

DEMİRYOLU TAŞIMACILIĞINDA SERBESTLEŞTİRME AÇISINDAN ALMANYA ÖRNEĞİ

THE LIBERALIZATION IN RAIL TRANSPORT MARKET IN THE FRAMEWORK OF GERMAN EXPERIENCE

Araş. Gör. Dr. Hasan KARAKILIÇ*

Öz

AB entegrasyonu esasen malların, hizmetlerin, sermayenin ve kişilerin serbest dolaşımının sağlandığı bir iç pazar hedefine dayanmaktadır. İç pazar hedefinin gerçekleşmesi açısından daha önceleri kamusal tekeller tarafından sunulan hizmetlerin serbestleştirme ile birlikte rekabet ortamında sunulması önem kazanmaktadır. Bu nedenle enerji ve telekomünikasyon gibi sektörlerde başlayan regülasyon ve serbestleştirme süreci son yıllarda demiryolu taşımacılığı pazarında devam etmektedir. Çalışmamızda da demiryolu taşımacılığında serbestleştirme konusu, bu alanda önemli bir yeri olan Almanya örneği çerçevesinde ele alınmıştır.

Demiryolu taşımacılığı genellikle dikey bütünleşik bir yapının olduğu bir pazardır. Dolayısıyla reform ve serbestleştirme çalışmaları açısından bu dikey bütünleşik yapının ayrıştırılması önem kazanmaktadır. Her ne kadar reform ve serbestleştirme açısından ayrıştırma bir zorunluluk olmasa da, ayrıştırmanın bu konuda bir yöntem olarak kullanıldığını söyleyebiliriz. Ayrıştırma ve rekabet açısından demiryolu altyapısı ile demiryolu taşıma faaliyetlerini yürüten teşebbüslerin farklı olması önemlidir. Bu durumda demiryolu raylarını da kapsayan demiryolu altyapı işletim hizmeti genellikle kamusal veya özel bir teşebbüs tarafından yerine getirilirken, üçüncü taraf demiryolu taşıma teşebbüslerinin de bu altyapıdan ayrımcı olmayan bir erişim hakkı kapsamında yararlanması öngörülmektedir.

Erişim yükümlülüğü kapsamında altyapı açısından ayrımcı olmayan bir erişim hakkı aynı zamanda serbestleştirme ile öngörülen etkin ve işleyen bir rekabet

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Bu çalışmanın temeli 2011 yılında, *Max-Planck-Institut für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (München-Almanya)*'de bulunduğum dönemde atılmıştır. Bu vesileyle, Enstitü Müdürü Prof. Dr. Josef DREXL'a sağladığı bu imkân için şükranlarımı sunarım. Ayrıca isimlerini bilmediğim sayın hakemlere de yapıcı görüş ve eleştirileri için teşekkür ederim.

hedefinin gerçekleşmesi açısından da önem kazanmaktadır. Bu süreçte bir diğer önemli husus ise sektöre özel erişim hükümleri ile genel rekabet hukuku hükümleri arasındaki ilişkiler ve aynı zamanda sektör düzenleyici kurumlar ile rekabet otoritelerinin ilişkileridir.

Anahtar Kelimeler: *Ayrıştırma, Ayrımcılık Yasağı, Demiryolu Taşımacılığı, Demiryolu Altyapısı, Erişim Hakkı.*

Abstract

As it is already known, European Union integration bases on the integral market concept aiming the free movement of persons, goods, services and capital. To provide the services which were previously provided by public monopolies, in a competitive environment become more important in realizing the integral market concept. Therefore the regulation and liberalization process commenced particularly in energy and telecommunication markets is still continuing with the rail transport market. This paper deals with the liberalization in rail transport market in the framework of German experience which took common attention and a leading position in this field.

Vertical integration is the structure of the rail transport market. For regulation and liberalization, it is important to separate the vertical integration structure as a former step. In this case while public oriented undertakings providing the infrastructure services including railway track construction, third party rail transport undertakings are predicted to use same infrastructure and relevant services regarding to right of access without any means of discrimination.

Practicing the right to access in anti-discriminatory way with in the scope of accession responsibility is also important to realize the active and effective competition aim predicted by liberalization. In this process another crucial issue is the relation between regulatory bodies and competition authorities, confusion deriving from the application priority between special provision for a particular sector and general provisions of competition law.

Keywords: *Unbundling, Prohibition of Discrimination, Rail Transport, Railway Infrastructure, Right-of-way (Right of Access).*

GİRİŞ

Avrupa Birliği (AB) entegrasyonu, “iç pazar” (Binnenmarkt) hedefinin gerçekleştirilmesi açısından temel ekonomik alanlarla bağlantılı sektörlerde bir serbestleştirmeyi de kaçınılmaz hale getirmektedir. Bu alanlarda daha önceleri kamusal nitelikli tekel tarafından sunulan hizmetlerin serbestleştirilmesi ve

rekabet ortamında bu hizmetlerin farklı teşebbüsler tarafından da verilmesi önem kazanmaktadır. Bu anlamda demiryolu taşımacılığı sektöründe yapılan serbestleştirmenin de bu açıdan değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu düşüncenin temelinde, demiryolu sektöründe reform ve serbestleştirme ile birlikte demiryolu taşımacılığının kapasitesinin yükseltilmesi ve aynı zamanda etkin bir rekabetin sağlanması da öngörülmektedir. Demiryolu teşebbüsleri arasındaki rekabet, aynı zamanda fiyat etkinliği yönündeki baskıyı da artıracadığından, maliyetlerde de düşme yönünde zorlayıcı bir etki yaratacaktır. Bu durum üretim ve kalite artışı yanında, yeni pazarlama ve sunum modelleri açısından da yenilikçi bir gelişme sağlayacaktır. Bu sonuçların gerçekteşmesi aynı zamanda demiryolu taşımacılığının diğer taşımacılık sektörleri karşısındaki rekabet yeteneğini de artıracaktır¹. Bununla birlikte, demiryolu taşımacılığında serbestleştirme açısından rekabetin tek başına bir amaç olmadığı, serbestleştirme açısından kamu yararı düşüncesi de hesaba katılmak suretiyle demiryolu taşımacılığı pazarının güçlendirilmesi amacının da bulunduğu söylenebilir.

Öte yandan bu konuda asıl sorun rekabetçi ve etkin bir pazar yapısına nasıl ulaşılacağı veya bunun nasıl başarılacağıdır. Serbestleştirme ve reform çalışmaları bağlamında farklı ülkeler tarafından farklı yöntemlerin benimsenmesi mümkündür. Uygulamada ise ağırlıklı olarak dikey yapının ayrıştırılması veya dikey yapı korunmakla birlikte bu yapının kullanımının diğer taşımacılık teşebbüslerine de açılması ve bu şekilde rekabetin sağlanmaya çalışıldığı görülmektedir. Teorik açıdan bakıldığında ise mevcut demiryolu hatlarına alternatif hatlar da açılmak ve her özel hat münhasıran bir teşebbüse ait olmak ve onun tarafından işletilmek suretiyle de rekabetin sağlanması mümkündür. Bununla birlikte, böyle bir çözüm açısından mevcut hatlara paralel yeni demiryolu hatları açmanın hukuksal ve ekonomik açıdan çeşitli sorunlara yol açma ihtimali söz konusudur. Özellikle ekonomik açıdan olaya bakıldığında nüfus yoğunluğu ve coğrafi etkenler de hesaba katıldığı zaman, birçok yerleşim bölgesinde yeni demiryolu hatlarının getireceği yüksek ekonomik ve sosyal maliyetler nedeniyle, günümüz koşullarında bu işlevsel bir proje veya çözüm de olmayacaktır².

Dolayısıyla bu konuda mevcut demiryolu alt yapısının geliştirilerek kapasitesinin artırılması ve taşımacılık faaliyetlerini yürütecek özel teşebbüslerin de erişimine açılması daha yerinde bir çözüm olacaktır. Bu tam dikey ayrışık bir

¹ HAFNER, P. (2011), *Entflechtung und Wettbewerb im Eisenbahnwesen*, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, s. 6.

² Hafner 2011, s. 7.

yapı ile mümkün olabileceği gibi dikey erişim şeklinde de olabilir. Bununla birlikte dikey ayrıştırma reform ve serbestleştirme için bir zorunluluk olmayıp, sadece bu konuda uygulanan yöntemlerden birisidir. Nitekim çalışmamızda üzerinde durulan Almanya uygulaması da bu ayrışmanın dikey erişim şeklinde benimsenmesi suretiyle serbestleştirme ve rekabetin sağlanmaya çalışıldığı bir örnektir. Bu anlamda çalışmamız kapsamındaki değerlendirmelerin de bu model esas alınmak suretiyle yapıldığı göz önünde tutulmalıdır.

Bilindiği üzere, dünyanın birçok yerinde demiryolu taşımacılığı genellikle kamusal tekeller tarafından yerine getirilen bir hizmettir. Dolayısıyla kamusal bir hizmetin serbestleştirilmesi ile birlikte ortaya çıkabilecek çeşitli sorunlar yanında, bu yönde toplumda oluşan algının değiştirilmesi de ayrı bir konudur. Bu durumda demiryolu taşımacılığında reform bağlamında yapılacak serbestleştirme sonucunda beklenen genel toplumsal refah ve bunun tüketicilere yansıyan boyutu ayrı bir önem kazanmaktadır. Özellikle dikey erişimin benimsendiği serbestleştirme sürecinde ortaya çıkan yeni pazar yapısında, daha önceki kamusal tekellerin ve özellikle de altyapıyı işleten teşebbüslerin rekabet açısından birçok avantajı olacaktır. Dolayısıyla bunların rakip teşebbüslerin demiryolu altyapısına erişim hakkını ayrımcı veya dışlayıcı davranışlarla engellememesi, etkin bir rekabetin sağlanması açısından önemlidir. Öte yandan ilgili sektörde serbestleştirmeden beklenen sonuçların gerçekleşmesi ve bu anlamda pazarda etkin bir rekabetin sürebilmesi için sektör düzenleyici kurumlar yanında, bu kurumların rekabet otoriteleri ve diğer kurumlar ile işbirliği içinde çalışmalarını da ayrı bir önem kazanmaktadır.

1. DEMİRYOLU TAŞIMACILIĞINDA SERBESTLEŞTİRME BAĞLAMINDA BELİRLEYİCİ KAVRAMLAR

1.1. Demiryolu

Demiryolu taşımacılığında serbestleştirme ve reform çalışmaları bağlamında yapılan yasal düzenlemeler açısından belirleyici olan bazı kavramlar bulunmaktadır. Bu kavramların başında ise hiç şüphesiz “demiryolu” gelmektedir. Demiryolu kavramı, Alman demiryolu taşımacılığı düzenleyici hükümleri açısından belirleyici olan Genel Demiryolu Kanunu (*Allgemeines Eisenbahngesetz, AEG*)’nun bu konudaki uygulama ve geçerlilik alanı olarak da tanımlanmıştır³. AEG § 1(2) hükmüne göre Kanun, demiryolları bağlamında uygulama alanına sahiptir. Burada demiryolu kavramı ile anlaşılması gereken

³ Bkz. HERMES, G. ve D. SELNER (2006), *Beck'scher AEG Kommentar, Allgemeines Eisenbahngesetz*, 1. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, § 1 Rdnr. 13 vd.

hususun ise genellikle tekerlek-ray teknik kombinasyonu ile karakterize edilen bir taşıma sistemi olduğu belirtilmiştir⁴.

AB yasal düzenlemeleri açısından bakıldığında ise “demiryolu” kavramı ile neyin anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. Çünkü demiryolu kavramı, ilgili yasal düzenlemeler kapsamında açıkça tanımlanmış değildir. Bunun nedeni ise AB düzenlemelerinde üzerinde durulan asıl hususun, demiryolu taşımacılığında sınır aşan bir altyapıya erişim hakkı sağlamak için, ulusal sınırları geçen bir demiryolu taşımacılığının öne çıkmasıdır⁵. Başka bir anlatımla, diğer alanlarda olduğu gibi, demiryolu taşımacılığında da Transit Ağların (*Trans-European Networks*) oluşturulmasıdır. Bu anlamda yapılan faaliyetin niteliğinden çok bunun nasıl ve hangi amaçla yapıldığı önem kazanmaktadır. Demiryolları açısından böyle bir değerlendirme veya böyle bir sonuca ulaşılması ise ancak klasik anlamda demiryolu hatları ile mümkündür. Başka bir anlatımla, vagon tekerlerinin üzerinde hareket ettiği demir raylardan oluşan ve teknik açıdan özel demiryolu hatları ile de uyumlu olan eski ve devlete ait hatlardan oluşan demiryollarıdır. Dolayısıyla AB düzenlemeleri açısından demiryolu kavramının sadece bu klasik anlamındaki demiryolları kavramı ile belirtilen somut durumlar bağlamında ele alınması gerektiği söylenebilir. Bu nedenle, klasik demiryolu hatları ile uyumlu olmadığı için teknik olarak da daha farklı değerlendirilen demiryolu hatları bu düzenlemelerin kapsamında değildir. Bu türden demiryolu hatlarına örnek olarak tramvay (*Straßenbahn*), banliyö-şehir (*Stadtbahn*) ve dağ veya teleferik (*Bergbahn*) hatları veya fabrika alanları içindeki demiryolu hatları verilebilir⁶.

Öte yandan AB hukukunda “demiryolu” kavramının içeriği konusundaki sorunlu durumun Genel Demiryolu Kanunu (AEG) açısından da geçerli olduğu söylenebilir. AEG düzenlemeleri açısından “demiryolu” kavramından neyin anlaşılması gerektiği veya bu kavramın AB hukuku kaynaklı kavramları kapsayıp kapsamadığı da tartışmalıdır. AEG §1(2) cümle 1 hükmüne göre, AEG

⁴ STAEBE E. ve T. SCHMITT (2010), “Rechtsgrundlagen der Eisenbahnregulierung”, T.Schmitt ve E. Staebe (der), *Einführung in das Eisenbahn-Regulierungsrecht* içinde, s. 35, Rdnr. 61.

⁵ Bkz. EUROPÄISCHE KOMMISSION (1991), Richtlinie 91/440/EWG des Rates vom 29.7.1991 zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft, ABl. 1991 L 237, S. 25, Nr. 9. Öte yandan bu Direktif ile birlikte 2001/11/EG sayılı Direktif de değişikliğe uğramıştır. Bkz. EUROPÄISCHE KOMMISSION (2007), Richtlinie 2007/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2007 zur Änderung der richtlinie 91/440/EWG des Rates zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft sowie der Richtlinie 2001/14/EG über die zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn und die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur, ABl. 2007 L 315, S. 44.

⁶ Bkz. Hafner 2011, s. 24.

demiryolları (*Eisenbahnen*) için geçerlidir. Öte yandan kavramlar konusunda AEG §2'ye bakıldığında burada öncelikle paragraf 1'de demiryolu taşıma teşebbüsleri ve demiryolu altyapı işletim teşebbüsleri tanımlanırken, bu tanımlama açısından merkezi kavram demiryolu (*Eisenbahn*) olmasına rağmen, bu konuda açık bir tanımlamaya gidilmemiştir. Ancak AEG §1 paragraf 2 cümle 2 düzenlemesinde yer alan “*Schienenbahnen*” (demiryolları) kavramına esasen “demiryolları” (*Eisenbahnen*) kavramının karşılık geldiği söylenebilir. Düzenlemeye göre *Schienenbahnen* kavramı, “sıkı bir iz bırakarak geçip giden, ancak bununla birlikte bu sıkı iz veya belirtinin zemin veya yerde olmasının da bir zorunluluk olmadığı bütün demiryolları” anlamında anlaşılmalıdır. Aynı zamanda bu hükümde yer alan ve AEG'nin tramvay ve kendi inşa ve hareket tarzı olan demiryolu, teleferik ve diğer kendine özgü yapı şekli olan diğer demiryolları (*Schienenbahnen*) kapsamadığı şeklindeki ifade de demiryolu kavramını, bu tanıma girmeyen örnekler üzerinden hareketle tanımlamak açısından önemlidir⁷.

Bununla birlikte, bütün bu tartışmalar açısından öğretilerdeki görüşlere göre, her şeye rağmen AEG anlamında genel olarak demiryolu kavramının AB hukuku bağlamında sahip olduğu içerikte ele alınıp bu şekilde kullanıldığı ve bu anlamda Alman hukuku ile AB hukuku düzenlemeleri açısından kavramsal açıdan bir birliktelik bulunduğu belirtilmektedir⁸.

1.2. Demiryolu Teşebbüsleri/Demiryolu Taşımacılığı Teşebbüsleri

Demiryolu teşebbüsleri kamu veya özel sektör teşebbüsleri olabilir. Bunlar aynı zamanda asıl faaliyet alanları demiryolu ile kişilerin veya malların taşınması olmak üzere faaliyet gösteren teşebbüsler (91/440/EWG m.3, 2001/14 m.2/k) olarak tanımlanmaktadır⁹. Bununla birlikte, taşımacılık hizmetlerinin sunumu açısından bir teşebbüsün hem yük hem de insan taşımacılığını da kapsayan bir ticari faaliyet alanının olması oldukça sık rastlanan bir durum olduğundan,

⁷ Bkz. Hafner 2011, s. 24.

⁸ Hermes ve Sellner 2006, AEG § 1, Rdnr. 15; Hafner 2011, s.24.

⁹ Ancak demiryolu teşebbüsleri konusunda AB düzenlemelerinde yer alan tanımlama açısından “asıl faaliyet alanı” kavramı şeklinde bir sınırlamanın aynı zamanda bu konuda bir belirsizlik de oluşturduğu belirtilmektedir. Bu anlamda bir faaliyetin “asıl faaliyet” olup olmadığı konusunda neyin ölçüt alınacağı açık ve net değildir. Öte yandan bir diğer sorunlu nokta ise demiryolu teşebbüsü için yapılacak tanımlamada, demiryolu taşıma faaliyetlerinin asli olarak sunulması gereğidir. Ancak 91/440/EWG sayılı Direktifin m.6/2 hükmünde ise hem taşıma faaliyetlerinin demiryolu teşebbüsleri tarafından yerine getirilmesi ve hem de altyapı işletimi faaliyetinin aynı teşebbüsün faaliyet alanı içinde yerine getirilmesi de söz konusu olduğundan, bu durum bir çelişki olarak da değerlendirilmiştir. Bkz. Hafner 2011, s. 26.

demiryolu taşımacılığı açısından bir teşebbüsün asıl faaliyet alanı gibi bir durum da tartışmalı hale gelmektedir.

Bu durum karşısında, demiryolu ulaşımında ayrımcı davranışların önlenmesi ve rekabetin sağlanabilmesi hedefinin gerçekleştirilmesi açısından, bu tarz bir kavramsal sınırlamanın gerekliliği ise tartışmalı görünmektedir. Çünkü ayrımcılık potansiyeli, demiryolu taşımacılık hizmetlerini asıl faaliyet alanı çerçevesinde sunmayan teşebbüsler açısından da geçerlidir. Dolayısıyla bu teşebbüslerin de ayrıştırmayı düzenleyen hükümler kapsamında yer alan teşebbüsler ile aynı şekilde değerlendirilmesi zorunludur.

Bu değerlendirmeler kapsamında, demiryolu taşımacılık hizmetleri sunan her teşebbüsün, “asıl faaliyet alanı” kriteri olmadan dahi, AB hukuku düzenlemeleri karşısında demiryolu teşebbüsü olduğu varsayılabilir. Böyle bir sonuç için mantıklı bir gerekçe ise, düzenleme yapılırken kanun koyucu bir anlamda, eğer bir teşebbüs esasen demiryolu taşımacılık hizmetleri sunmakla birlikte, örneğin karada veya denizde malların taşınması suretiyle kargo veya lojistik faaliyeti de yürütüyor veya aynı zamanda demiryolu altyapısı işletimi ile de uğraşıyorsa, bu teşebbüsün de bir demiryolu taşıma teşebbüsü olduğunu açık bir şekilde vurgulama isteğidir.¹⁰ Bu nedenle de demiryolu teşebbüsü kavramının, demiryolu altyapısı işleten teşebbüsleri de kapsayacak şekilde bir üst kavram olarak düşünülmemesi gerekmektedir. Ayrıca altyapı işleticisi ve demiryolu teşebbüsü arasındaki ayrım açısından, 2001/14/EG m.4/2 ve m. 14/2 düzenlemelerinde yer alan ifadeler de bu farklılığı açıkça göstermektedir. Eğer demiryolu işletimi ile uğraşan her teşebbüs, altyapı veya taşıma faaliyetleri sunma kriterinden bağımsız olarak, “demiryolu teşebbüsü” kavramı kapsamında değerlendirilseydi, bu durum karşısında hükmün getirdiği ayrımın da bir önemi kalmayacaktı¹¹.

Demiryolu taşıma teşebbüsü ile demiryolu teşebbüsü arasındaki bu farklılığın Alman hukuku açısından da geçerli olduğu söylenebilir. AEG § 2(1)’e göre, demiryolları, demiryolu ulaşım faaliyetleri veya demiryolu altyapı hizmetleri sunan kamu veya özel teşebbüslerdir. AEG § 2(2)’ye göre ise demiryolu taşıma/ulaşım faaliyetleri kişilerin veya malların taşınmasından oluşmaktadır. Dolayısıyla AB hukuku kaynaklı demiryolu teşebbüsleri kavramı ile AEG’de yer alan demiryolu taşıma teşebbüsleri kavramlarının aslında aynı anlama geldiği ve bu şekilde anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Her iki düzenlemeye göre de söz

¹⁰ Hafner 2011, s. 26.

¹¹ Hafner 2011, s. 27.

konusu teşebbüslerin faaliyet alanı, demiryolu ile kişilerin veya malların taşınmasından oluşan faaliyetlerinin sunulmasından ibarettir¹². Dolayısıyla çalışmamız kapsamında da demiryolu teşebbüsü kavramı dikey ayrıştırmanın söz konusu olduğu bir pazar yapısında demiryolu taşımacılık faaliyetlerini yürüten teşebbüsler anlamında kullanılmıştır.

1.3. Demiryolu Altyapısı/Demiryolu Altyapı Teşebbüsleri

Demiryolu taşımacılığı alanındaki düzenleyici kurallar en başta “demiryolu altyapı işletim teşebbüsleri” açısından uygulama alanı bulacaktır. Bu nedenle demiryolu sektörü düzenleme kuralları ve bu konuda özel düzenleme olan AEG’nin merkezi önemdeki AEG § 14(1) cümle 1 hükmüne göre, bütün “demiryolu altyapı işletim teşebbüsleri, “demiryolu taşıma teşebbüsleri”nin kendi altyapılarına erişimlerini, yani bu altyapıdan yararlanmalarını ve bu altyapı işletenleri tarafından sağlanan hizmetleri, ayrımcılık yapmadan sunmak zorundadırlar. Öte yandan düzenleyici kuralların uygulama alanı aynı zamanda “demiryolu altyapısı” kavramı ile de önemli ölçüde bağlantılıdır. Bu durum aynı zamanda dikey yapının ayrıştırılması bağlamında da geçerlidir. AEG’de yer alan bu kurallar aynı zamanda kamusal altyapı işleticileri açısından da uygulama alanı bulacaktır.

91/440/EWG m.3 açısından demiryolu altyapısı kavramı, demiryolu ulaşım yolları (raylar) açısından söz konusudur. Ancak bakım atölyeleri, demiryolu işletme/tesis/fabrika atölyeleri veya lokomotif hangarları bu kapsamda değildir. Devamında da demiryolu altyapısı kavramı kapsamında değerlendirilen unsurlar da ayrıntılı olarak sayılmıştır. Demiryolu yapısının ayrılmaz parçaları olarak sinyalizasyon ve iletişim ekipmanları, yolcu peronları, yükleme rampaları, köprü veya tünel gibi yapılar yanında, yolcular tarafından kullanılan bağlantı erişim yolları dahil istasyonlara erişim yolları bu kapsamdadır. Demiryolu ulaşımı için gerekli enerjinin sağlandığı ekipmanların yanı sıra, hizmet binalarının ulaşım hizmeti sunan bölümleri ve bu anlamda klasik bilet satış yerleri veya gişelerin de buna dahil olduğu söylenebilir¹³. Bununla birlikte, 2001/14/EG sayılı direktife göre, altyapı işleticisi özellikle demiryolu altyapısının kurulması ve bakımı için yetkili olan kurum veya kuruluştur. Bu anlamda altyapı işletimi kontrol/sinyalizasyon sistemleri yanında, altyapı ulaşım/güvenlik sisteminin işletimini de kapsayabilir¹⁴.

¹² Hafner 2011, s. 27.

¹³ Hafner 2011, s. 28.

¹⁴ Hafner 2011, s. 56.

Alman hukuku açısından demiryolu altyapı hizmeti sunan teşebbüsler AEG § 2(1) hükmüne göre demiryolu altyapı faaliyeti ile uğraşan kamusal kuruluşlar veya özel teşebbüslerdir. AEG § 2(3) hükmüne göre “demiryolu altyapısı” kavramı demiryolu enerji iletim hatları da dahil olmak üzere demiryolu işletim tesislerini de kapsamaktadır¹⁵. Demiryolu işletiminde kullanılan tesis ve araç ve gereçler AEG § 3(c) hükmünde ayrıca servis hizmetleri kapsamında da belirtilmiştir. Servis hizmetleri kapsamında sayılan araç ve gereçler arasında ise binaları da dahil olmak üzere yolcu istasyonları, yük taşımacılığı için kullanılan istasyonlar, yakıt alma ekipmanları, bakım-onarım ekipmanları ile diğer teknik araç ve gereçler ile limanlardaki teknik ekipmanlar da bu kapsamdadır¹⁶.

AEG’deki hükümler açısından demiryolu işletim tesisleri ve demiryolu altyapısı açısından ayrıca gerekli enerjinin kesintisizliğini sağlayan sistemler de bu kapsamda değerlendirilebilir. Burada söz konusu olanların demiryolu işletimi için gereken ekipmanlar olduğu söylenebilir¹⁷. Bunlar ray veya hatlar üzerindeki havai hatlar yanında, doğrudan hatlara bağlı olan trafo veya enerji merkezlerini de kapsamaktadır. Ancak demiryoluna elektrik iletimi sağlayan hatlar bunlardan ayırt edilmelidir. Bunlar örneğin bir enerji santralinden demiryolu enerji iletim hattına elektrik sağlayan hatlardır¹⁸.

Bu konuda son olarak, Alman hukukunda yer alan hükümler ile AB hukuku düzenlemelerinin birbiri ile uyumlu olup olmadığı konusundaki sorunun yanıtının olumlu olduğunu belirtmek gerekir. Hatta bu konuda Alman hukukunda yer alan düzenlemelerin daha ayrıntılı olduğu ve bu anlamda AB hukuku düzenlemelerini de aştığı söylenebilir. Örneğin Alman hukukunda, AEG § 2 paragraf 3(c)’de demiryolu altyapısı kavramı kapsamında değerlendirilen bakım-onarım araçları ve demiryolu limanlarındaki teknik malzemeler AB hukuku düzenlemelerinde yer almamaktadır. Diğer yandan ise, AB düzenlemelerinde kullanılan demiryolu altyapısı kavramı ile yetersiz ilişkilendirildiğinden, demiryolu işletim araçları arasında sayılmayan tesisat veya unsurlar Alman hukukundaki düzenlemeler arasında yer almamıştır. Bu durum özellikle de demiryolu istasyonu alanlarına erişimi sağlayan ulaşım yolları bağlantıları için geçerlidir¹⁹.

¹⁵ Bkz. LERCHE, C. (2010), “Anwendungsbereich der Regulierungsvorschriften”, T.Schmitt ve E. Staabe (der), *Einführung in das Eisenbahn-Regulierungsrecht* içinde, s. 38, Rdnr. 66.

¹⁶ OVG Münster, Beschluss vom 22.02.2008, 13 B 68/08, *Netzwirtschaften und Recht*, 2008, s. 152; OVG Münster, Beschluss vom 19.11.2008, 18 L 1371/08, *Netzwirtschaften und Recht*, 2009, s. 68-69.

¹⁷ KUNZ, W. (2006), *Eisenbahnrecht (Kommentar)*, Nomos Verlag, Baden-Baden, § 2, Rdnr. 11.

¹⁸ Kunz 2006, § 2, Rdnr. 16.

¹⁹ Hafner 2011, s. 28.

2. DEMİRYOLU TAŞIMACILIĞINDA SERBESTLEŞTİRME SORUNU

AB hukukunda daha önceleri enerji ve telekomünikasyon pazarlarında başlatılan serbestleştirme süreci ile ortaya çıkan tartışmalar son dönemde demiryolu taşımacılığı alanına kaymış durumdadır. Bu durum çoğu zaman AB organları ile üye ülkeler arasında yeni tartışmalara da neden olmaktadır²⁰. Ancak demiryolu taşımacılığı bu alanda yapılan reformlar açısından belki de en zor sektörlerden birisi konumundadır. Çünkü demiryolu taşımacılığı eski ve yaygın olması yanında, ekonomik düzen açısından önem arz eden bir sektördür. Aynı zamanda demiryolu taşımacılığı açısından, sektörde altyapı ve üstyapı faaliyetleri arasında, diğer taşımacılık sektörlerine göre daha yüksek bir teknolojik bağımlılık bulunmaktadır²¹. Altyapı açısından ortaya çıkabilecek kapasite sorunları da düşünüldüğünde, bu alanda yapılacak bir serbestleştirme açısından pazar katılımcıları arasındaki koordinasyon ve etkileşimin sorunsuz devam edebilmesi önem kazanmaktadır.

Almanya örneği de benzer tartışma ve sorunların yaşandığı bir deneyimdir. Almanya'da demiryolu taşımacılığı gerek yolcu gerekse eşya/yük taşımacılığı alanında ülke ekonomisinde önemli bir yer tutmaktadır. Bu hem demiryolu ağlarının ve bu anlamda taşımacılığın yaygınlığı²² hem de demiryolu ulaşımına atfedilen önem veya onun tüketiciler açısından sahip olduğu vazgeçilmezlik ile de ilgilidir. Demiryolu taşımacılığı diğer yaygın taşımacılık türleri olan hava ve karayolu taşımacılığı ile karşılaştırıldığı zaman ekonomik avantajları yanında, hem güvenli hem de çevreye daha duyarlı bir taşımacılık türüdür. Örneğin Nisan 2010'da İzlanda'da meydana gelen volkan faaliyeti nedeniyle Avrupa'da havayolu taşımacılığı sık sık durma noktasına gelirken, özellikle Almanya'da Deutsche Bahn AG yolcu taşımacılığında ortaya çıkan sorunların giderilmesi açısından önemli bir rol oynamıştır²³.

²⁰ ENDE, K. ve J. KAISER (2004), "Wie ist die Liberalisierung der Schiene? Eine Bestandsaufnahme über die Marktöffnung im Eisenbahnsektor?", *Wirtschaft und Wettbewerb*, No:1, s. 26.

²¹ KARAMANOĞLU, C. (2012), "Demiryolu Reformları", *Ulaştırma Sektöründe Serbestleştirme, Rekabet ve Rekabet Hukuku Sempozyumu*, Rekabet Kurumu Yayını, İzmir, <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/etkinlikkitap/etkinlikkitap33.pdf>, Erişim Tarihi: 30.11.2011, s. 361.

²² Örneğin Deutsche Bahn AG'nin verilerine göre, Avrupa'da yolcu taşımacılığı açısından Deutsche Bahn AG % 11,9 civarında bir pazar payı ile birinci sırada yer alırken, Fransız SNCF ise %10,02'lik pazar payı ile ikinci sıradadır. Bkz. DB WETTBEWERBSBERICHT 2011, http://www.deutschebahn.com/file/2187402/data/wettbewerbsbericht_2011.pdf, Erişim Tarihi: 30.09.2012, s. 12.

²³ Bkz. DB Wettbewerbsbericht 2011, s. 8.

Demiryolu taşımacılığı açısından, serbestleştirme öncesi demiryolu hatlarını işleten kamusal teşebbüsler aynı zamanda doğal tekel durumundadırlar. Çünkü entegre bir yapının olduğu demiryolu taşımacılığı pazarında, demiryolu altyapı işletimi ve demiryolu taşımacılığı gibi farklı faaliyetler aynı kamusal teşebbüsler tarafından yerine getirilmektedir. Dolayısıyla demiryolu taşımacılığı pazarında dikey ayırışma sonucunda etkin bir rekabetin sağlanabilmesi açısından, mevcut altyapının çok sayıda teşebbüsün erişimine eşit koşullarda açılması önem kazanmaktadır. Başka bir ifadeyle, mevcut hatların veya demiryolu altyapısının üçüncü tarafların erişimine açılması bu anlamda bir zorunluluktur. Bu durum aynı zamanda demiryolu altyapısı ve demiryolu taşımacılığı faaliyetinin aynı teşebbüs tarafından yerine getirildiği durumlar için bir gereklilik de olmaktadır²⁴.

AB uygulamasına bakıldığında, demiryolu taşımacılığı alanındaki serbestleştirme sürecinde genellikle dikey yapının ayrıştırılması yönteminin tercih edildiği ortaya çıkmaktadır. Bu şekilde yapılan ayrıştırmada altyapı işletimi genellikle kamusal bir teşebbüse bırakılırken, demiryolu taşımacılığı yapan teşebbüslerin de altyapıya ayırıcı olmayan erişim hakkı bağlamında ulaşmaları yasal güvenceye kavuşturulmaktadır. Bu anlamda dikey ayrıştırmada genellikle “tam dikey ayırışık” ve “dikey erişim” olmak üzere iki model ortaya çıkmaktadır.

Tam dikey ayrıştırma yönteminde altyapı yöneticisi teşebbüsün genel anlamda demiryolu taşımacılığı, başka bir ifadeyle insan veya yük taşımacılığı bağlamında bir işletme faaliyeti söz konusu değildir. Dolayısıyla altyapı işletmecisi ile demiryolu taşıma teşebbüslerinin organik bir ilişkisi olmadığından, ayırıcı davranışların önlenmesi açısından bunun daha elverişli bir model olduğu da söylenebilir²⁵. Fakat taraflar arasında güzergâh veya hat kullanımında çeşitli koordinasyon sorunlarına yol açma olasılığı, modelin en önemli dezavantajlarından birisidir. Örneğin bu yöntemi tercih eden İngiltere’de yaşanan bazı demiryolu kazaları serbestleştirmeyi tartışmalı hale getirdi. Gerçekten de “Britanya Demir Yolu” (*British Rail*) bir altyapı işleteni (*Railtrack*) ve farklı taşıma teşebbüslerine bölünürken, maddi anlamda da tamamen özelleştirildi. Fakat altyapı işletimi açısından serbestleştirme başarısız oldu. Özellikle de 2000 yılında meydana gelen *Hatfield* kazası demiryolu taşımacılığının serbestleştirilmesine yönelik eleştirileri yeniden gündeme getirdi. Altyapı işletmecisinin iflası ile birlikte, 2002 yılında *Network Rail*’in resmi işleten olarak yeniden devletleştirilmesi zorunluluğu ortaya çıktı²⁶.

²⁴ GERSDORF, H. (2004), “Marktöffnung im Eisenbahnsektor”, *Zeitschrift für das gesamte Handels-und Wirtschaftsrecht*, No: 168, s. 576.

²⁵ Karamanoğlu 2012, s. 360.

²⁶ Bkz. SOLDNER, A. (2008), *Liberalisierung des Eisenbahnwesens: Zwischen Wettbewerb und Regulierung*, Peter Lang Verlag, Frankfurt, s. 268.

Bu konuda ikinci yöntem ise “dikey erişim” yöntemidir. Bu yöntemde, tam dikey ayrışık yöntemden farklı olarak, altyapı ve işletim faaliyetini bütünleşik olarak sunan yerleşik bir demiryolu teşebbüsü yanında, demiryolu taşıma teşebbüsleri de ilgili pazarda faaliyet gösterebilmektedir²⁷. Ancak bu model açısından ortaya çıkan önemli bir dezavantaj altyapı işletmecisi ile yerleşik demiryolu teşebbüsü arasındaki fiili veya hukuksal ilişkilerin, üçüncü taraf teşebbüsler açısından ayrımcı davranışlara zemin hazırlamasıdır. Dolayısıyla demiryolu taşımacılığı pazarında etkin bir rekabet açısından belirleyici olan demiryolu altyapısının bağımsızlığı, bu konuda merkezi bir kavram olduğu gibi, asıl belirleyici husus olmaktadır²⁸.

3. GENEL OLARAK AVRUPA DEMİRYOLU TAŞIMACILIĞI PAZARININ DURUMU

Demiryolu taşımacılığı pazarı açısından bakıldığında, bu pazar hem AB iç pazarı hem de üye ülkelerin ulusal pazarları açısından çok önemli bir role sahiptir. Avrupa Demiryolu Pazarında, 2006 yılında yaklaşık 632 teşebbüs faaliyet göstermekteydi²⁹. Aynı zamanda AB üyesi 27 ülkeye ait bu teşebbüsler yıllık toplam 78 Milyar Euro’luk bir ciroya sahiptirler³⁰. AB iç pazarında 2007 yılında demiryolu hatları kullanılarak yapılan yük taşımacılığı hizmetinin boyutu, ton-kilometre bazında yaklaşık 450 milyardır³¹. 1995 yılından bu yana taşımacılık hizmeti alanındaki pazar yaklaşık %17,1 oranında büyümüştür³². Öte yandan AB demiryolu yolcu taşımacılığı pazarının boyutu, 2007 yılı verilerine göre kişi/kilometre bazında yapılan analize göre yaklaşık 390 milyar kişi/kilometre olarak gerçekleşmiştir³³. 1995 verileri ile kıyaslandığında, pazarın bu bölümünde ortaya çıkan artış %12,7 civarında gerçekleşmiştir³⁴.

²⁷ Karamanoğlu 2012, s. 361.

²⁸ MONOPOLKOMMISSION (2009), 55. Sondergutachten, 21. 9. 2009, “Unabhängigkeit der Eisenbahninfrastruktur”, *Wirtschaft und Wettbewerb*, WuW/DE-V, No:1, s. 98.

²⁹ EUROPEAN COMMISSION (2006), Commission Staff Working Document, Annexes to the Communication on the implementation of the railway infrastructure package Directives (First Railway Package), 3.5.2006, COM (2006), 189 final, s. 56. Buradaki sayısal veriler 25 üye devlet baz alınarak hazırlanmıştır.

³⁰ EUROPÄISCHE KOMMISSION (2009), Generaldirektion Energie und Verkehr, EU energy and transport in figures, statistical pocketbook 2009, s. 101.

³¹ EUROSTAT (2009), Statistics in Focus 11/2009, Inland Freight and Passenger Transport in the EU-27 up to 2007, s. 2. Öte yandan bu belgede yer alan veriler 27 üye devlet baz alınarak hazırlanmıştır.

³² Europäische Kommission 2009, s. 108.

³³ Eurostat 2009, s. 4.

³⁴ Europäische Kommission 2009, s. 118.

Almanya demiryolu pazarı, hem AB içinde merkezi konumu nedeniyle hem de Avrupa kıtası çapındaki büyüklüğü göz önüne alındığında bu konuda belirleyici bir rol oynamakta olup, geçtiğimiz yıllar boyunca oldukça dinamik bir yapı sergilemiştir. Hâlihazırda 387 demiryolu teşebbüsü, demiryolu pazarında gözetim ve denetim makamı olan “Federal Demiryolu Kurumu” (*Eisenbah-Bundesamt*) tarafından verilen lisans kapsamında faaliyet göstermektedir³⁵. 2007 yılında demiryolu taşımacılığının boyutu yaklaşık 115 milyar Euro ton/kilometre seviyesine ulaşmıştır³⁶. 1995 yılı verileri ile karşılaştırıldığında ise bu yaklaşık %62,5 oranında bir artış anlamına gelmektedir³⁷. Almanya örneği bağlamında, demiryolu ile yolcu taşımacılığı pazarına bakıldığında ise yine 2007 verilerine göre bu 80 milyar kişi/kilometre civarında gerçekleşmiştir³⁸. Dolayısıyla 1995 verileri ile karşılaştırıldığında yaklaşık olarak % 11,8 oranında bir artıştan söz edilebilir³⁹. Bu veriler bağlamında, demiryolu taşıma teşebbüsleri içinde yerleşik demiryolu teşebbüsü olan Deutsche Bahn AG’nin rakiplerinin payları da önemli oranda artmıştır. Yük taşımacılığı alanında Deutsche Bahn AG’nin rakiplerinin pazar payları gittikçe artan bir eğilim içinde olup, 2004 yılında %9,6 düzeyinde iken, 2008 yılında ise %21 olarak gerçekleşmiştir⁴⁰. Deutsche Bahn AG’nin rakiplerinin uzak mesafe demiryolu yolcu taşımacılığı pazarındaki pazar payları ise marjinal bir düzeyde bulunmakla birlikte, yakın mesafe demiryolu yolcu taşımacılığı pazarında bu oran artış eğiliminde olup, bu alandaki pazar payları 2004 yılında %5,6 iken, 2008 yılında bu oran %10,1 olarak gerçekleşmiştir⁴¹. Almanya demiryolu pazarının en büyük altyapı işleticisi olan Deutsche Bahn Netz AG karşısındaki toplam faaliyet performansına bakıldığında ise, 2007’de % 14 olan bu oran 2008’de %16 olarak gerçekleşmiştir⁴².

³⁵ EISENBAHN-BUNDESAMT (2009), *Liste der öffentlichen Eisenbahnverkehrsunternehmen in Deutschland*, www.eisenbahn-bundesamt.de, Erişim Tarihi 23. 12. 2009.

³⁶ Eurostat 2009, s. 2.

³⁷ Krşl. Europäische Kommission 2009, s. 113.

³⁸ Eurostat 2009, s. 4.

³⁹ Krşl. Europäische Kommission 2009, s. 123.

⁴⁰ DEUTSCHE BAHN AG (2009), Wettbewerbsbericht 2009, https://www.deutschebahn.com/de/presse/publikationen/wettbewerbsberichte/2237008/Wettbewerbsbericht_2009.html?start=0, Erişim Tarihi: 10.09.2012, s. 11.

⁴¹ Bkz. Deutsche Bahn AG 2009, s. 15. Sektörde bu dönemde performans açısından gerçekleşen verilere bakıldığında ise, Deutsche Bahn AG’nin rakiplerinin pazar payı da 2004 yılında %11,9 iken, artarak 2008 yılında %18,4 olarak gerçekleşmiştir.

⁴² Deutsche Bahn AG 2009, s. 21.

4. AB HUKUKU DÜZENLEMELERİ

Daha önceden de belirtildiği üzere, AB bütünleşmesinin esas hedefi öncelikle bir iç pazar hedefinin gerçekleştirilmesidir. Bu iç pazar hedefi, Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Anlaşma (*Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, AEUV*)'nın geneline yansıdığı gibi aynı zamanda AEUV m. 26 ve devamındaki hükümlerde ise bu hedef açıkça vurgulanmıştır. Öte yandan AEUV m. 90'da iç pazar hedefi bağlamında, bütün Avrupa çapında ortak ve birbiriyle uyumlu bir taşımacılık politikasının gerçekleştirilmesi vurgulanırken, devamında ise AEUV m. 91'den m. 101'e kadar olan hükümlerde iç pazar hedefinin gerçekleştirilmesi açısından Topluluk Kurumlarına bu konuda görev ve yetki verilmiştir.

İç pazar hedefi bağlamında demiryolu taşımacılığı konusunda yapılan düzenlemelerin başlangıcı 29 Haziran 1991 tarih ve 91/440/EWG sayılı Direktif⁴³ olup bu konuda Topluluk demiryolu teşebbüslerinin sınır ötesi demiryolu altyapısına erişiminin yasal yönden geliştirilmesi hakkında ilkelere yer verilmiştir. Direktif aynı zamanda Avrupa'da demiryolu taşımacılığı pazarında serbestleştirme yönünde yapılan yasal düzenlemeler açısından atılan ilk adımdır. Direktifin asıl amacı da iç pazarda güçlü bir entegrasyonun da ancak Topluluk taşımacılık pazarının da entegrasyonu ile anlamlı olabileceği şeklinde belirtilmiştir⁴⁴. Direktif ile üye devletlere, kendi demiryolu teşebbüslerinin topluluk iç pazarı koşullarına uyumunu kolaylaştırmak ve daha etkin hale getirebilmek için dört temel öneri sunulmuştur: Birincisi, öncelikle yönetimin kamusal otoritelerin baskısından uzak tutulması, onlardan bağımsız hale getirilmesidir. İkincisi ise demiryolu altyapısı işletimi ile demiryolu işletim faaliyetlerinin organizasyonel ve kurumsal ayrımı üye ülkelerin tercihine bağlı olmakla birlikte, muhasebe bazında bir ayrımın yapılması gerekliliğidir. Üçüncüsü mali açıdan iyileştirmeye gidilmesi ve dördüncü olarak da demiryolu hatlarının üçüncü taraf teşebbüslere de açılmasıdır. Direktif ile öngörülen hedeflere ulaşılması açısından 1995 yılında iki direktif daha çıkarıldı. Bunlar demiryolu teşebbüslerine lisans verilmesi konusunda 95/18/EG sayılı Direktif⁴⁵

⁴³ EUROPÄISCHE KOMMISSION (2007), *Richtlinie 2007/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2007 zur Aenderung der Richtlinie 91/440/EWG des Rates zur Entwicklung der Eisenbahnen der Gemeinschaft, ve bunun yanında; Richtlinie 2001/14/EG über die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn und die Erhebung von entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur*, ABl. 2007 L 315, S. 44.

⁴⁴ Europäische Kommission 1991, *Richtlinie 91/440/EWG*, Nr. 1.

⁴⁵ EUROPÄISCHE KOMMISSION (1995), *Richtlinie 95/18/EG des Rates über die Erteilung von Genehmigungen an Eisenbahnenunternehmen*, ABl. EG 1995 L 143, S. 70.

ve demiryolu altyapı kapasitesinin tahsisi ile kullanım ücretlerinin belirlenmesi konusundaki 95/19/EG sayılı Direktiftir⁴⁶.

Bu gelişmeleri takiben AB Komisyonu bu konuda yeni bir çalışma başlatarak daha önce yayınlanmış bulunana her üç yönergeyi de yeniden ele aldı ve geliştirdi. 2001 yılında yapılan bu çalışmalar aynı zamanda “birinci demiryolu paketi” (*erste Eisenbahnpaket*) olarak da adlandırılmıştır. Bunlar esasen demiryolu teşebbüslerine lisans verilmesi, demiryolu altyapı kapasitesinin tahsisi, demiryolu altyapısının ücretli kullanımı ve güvenlik standartları konusunda yapılan düzenlemelerdir⁴⁷.

2004 yılındaki ikinci demiryolu paketi ve 2007/58/EG sayılı Direktif ile üçüncü demiryolu paketinin bir parçası olarak demiryoluna erişim hakkı genişletildi. Özellikle de erişim ve bu anlamda altyapıdan yararlanma hakkı için belirlenen ücretler ve yabancı altyapıdan yararlanma konusundaki kapasite kullanımı ile ilgili koşullar açık ve net bir şekilde belirlendi. Aynı zamanda düzenlemeler ulusal ağların sınır aşan ulaşımı konusunda birlikte çalışılabilirlik ve teknik açıdan bunların uyumluluğu hedefini de öngörmektedir. Yapılan bu yeni düzenlemeler ve getirilen önlemler ile AB Komisyonu hızlı bir şekilde bir Avrupa demiryolu alanı oluşturmaya çalışmaktadır⁴⁸. Öte yandan aşağıda da görüleceği gibi AB hukukuna özgü bu düzenlemeler, daha sonra üye ülkelerden Almanya’da demiryolu taşımacılığının serbestleştirilmesi sürecinde çıkarılan AEG (Genel Demiryolu Kanunu) açısından da etkili olmuştur. Dolayısıyla konudaki yasal çalışmalar açısından, AB hukukundan kaynaklanan düzenlemelerinin büyük ölçüde belirleyici olduğu söylenebilir⁴⁹.

5. ALMANYA’DA DEMİRYOLU TAŞIMACILIĞINDA SERBESTLEŞTİRME KONUSUNDA YASAL DÜZENLEMELER

Almanya’da yapılan demiryolu taşımacılığının serbestleştirilmesi çalışmaları aslında bir anlamda AB hukukundan kaynaklanan düzenlemelere uyum, başka bir

⁴⁶ EUROPÄISCHE KOMMISSION (1995), *Richtlinie 95/19/EG des Rates vom 19.6.1995 über die Zuweisung von Fahrkapazität der Eisenbahn und die Berechnung von Wegeentgelten*, ABLEG 1995 L 143, S. 75.

⁴⁷ EUROPÄISCHE KOMMISSION (2001), *Richtlinie 2001/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2.2001 zur Aenderung der Richtlinie 91/440/EWG des Rates zur Entwicklung der Eisenbahnernehmen der Gemeinschaft*, ABLEG 2001 L 75, S. 1.

⁴⁸ Bkz. MONOPOLKOMMISSION (2007), *Wettbewerbs- und Regulierungsversuche im Eisenbahnverkehr, Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 36 AEG*, http://www.monopolkommission.de/sg_48/text_s48.pdf, Erişim Tarihi: 20.08.2012, s. 5, Nr. 1.

⁴⁹ Hafner 2011, s. 9.

ifadeyle de bu düzenlemelerin iç hukuka dahil edilmesi çabasıdır. Demiryolu taşımacılığının yeniden yapılandırılması çerçevesinde bu alandaki reform ve serbestleştirme çalışmalarının geçmişi 1990'lı yıllara kadar gitmektedir. Bu kapsamda daha önceleri devlet demiryolları alanında yetkili resmi kurumlar olan *Deutsche Bundesbahn*⁵⁰ ve *Deutsche Reichsbahn*⁵¹ 1994 yılında Deutsche Bahn AG adı altında birleştirildi⁵². Demiryolu taşımacılığında yapılan reform çalışmalarının yasal dayanakları ise esasen 27.12.1993 tarihinde yürürlüğe giren ve bu konudaki beş farklı yasadaki oluşan *Eisenbahnneuordnungsgesetz* (ENeuOG)⁵³ adlı bir grup yasal düzenleme ile başladı. Bu tarihten sonra serbestleştirme çalışmaları kapsamında yapılan bazı kısmi düzenlemelerden sonra bu konudaki ulusal düzenlemeler ve yeni kurallar 2005 yılında yapılan esaslı bir reform hareketi ile birlikte yeniden düzenlenmiştir⁵⁴.

5.1. Genel Demiryolu Kanunu (AEG)

91/440/EG sayılı Direktif bağlamında ortaya çıkan ortak yasal yükümlülükler bağlamında, yapılan düzenlemeler Almanya'da demiryolu reformunda ilk aşamayı oluşturmaktadır. Bu çerçevede yapılan yasal düzenlemeler, 20.12.1993⁵⁵ tarihli anayasa değişikliği ile ilgili düzenleme, 27.12.1993⁵⁶ tarihli "Demiryolu Yeniden Yapılandırma Kanunu" (*Eisenbahnneuordnungsgesetz*)'nda yapılan değişikliklerdir. Anayasal açıdan yapılan düzenlemeler açısından ise "Alman Anayasası" (*Grundgesetz, GG*), Art. 87(e) ile Federal Demiryolları yönetimi hakkındaki yeni yasal düzenleme önem kazanmaktadır. Art. 87(e) GG ile federal demiryollarının federal yönetim altında idari faaliyetleri düzenlenirken, aynı zamanda bu teşebbüslerin özel hukuk hükümlerine tabi olarak faaliyet gösteren iktisadi kuruluşlar olduğu da vurgulanmıştır. Federal demiryolu teşebbüslerinin kurumsal yönetim ve organizasyon yapısı açısından sorumluluğu da federal yönetim tarafından garantiye alındı⁵⁷.

"Demiryolu Yeniden Yapılandırma Kanunu"nda değişiklikler ile 1993 yılında başlayan bu yasal değişiklikler, bir dizi başka yasal düzenleme ile

⁵⁰ Batı Almanya'daki demiryolları.

⁵¹ Doğu Almanya'daki demiryolları.

⁵² Gesetz über die Gründung einer Deutsche Bahn Aktiengesellschaft – Deutsche Bahn Gründungsgesetz (DBGRG) vom 27.12.1993 BGBl. 1993 I 2378, S. 2386.

⁵³ Eisenbahnneuordnungsgesetz (ENeuOG) vom 27.12.1993, BGBl. 1993 I, S. 2378.

⁵⁴ Staabe ve Schmitt 2010, s. 23, Rdnr. 43.

⁵⁵ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 20.12.1993, BGBl. 1993 I, S. 2089.

⁵⁶ ENeuOG, 27.12.1993, BGBl. 1993 I, S. 2378.

⁵⁷ Schmitt ve Staabe 2010, s. 23, Rdnr. 44.

desteklendi. Bu yeni yasal düzenlemeler kapsamında, “Federal Demiryollarının Birleştirilmesi ve Yeniden Yapılandırılması Kanunu”⁵⁸ yanında, “Demiryolu Taşımacılığı Yönetimi Kanunu”⁵⁹, “Deutsche Bahn AG Hakkında Kanun”⁶⁰, “Yakın Mesafe Bölgesel Taşımacılık Hakkında Kanun”⁶¹, “Genel Demiryolu Kanunu”⁶² ile birlikte 1.1.1994 tarihinde AB Hukukundan kaynaklanan yasal düzenlemeler ile birlikte iç hukuka aktarılmıştır.

AEG 1994’te başlatılan demiryolu reformunun bir parçası olarak tamamen yeni bir kanundur. Kanun öncelikle güvenli bir demiryolu taşımacılığını öngörmektedir (AEG §1 Nr. 1). Bununla birlikte, demiryolu taşımacılığının daha cazip hale getirilmesi yanında demiryolu taşımacılığı pazarında etkin ve bozulmamış bir rekabetin sağlanması için gerekli yasal güvencelerin oluşturulması da Kanun’un diğer önemli hedefleri arasında yer almaktadır. Öte yandan Kanun demiryolu güvenliği konusundaki kuralların yanında (AEG § 4), demiryolu taşımacılığında denetim/gözetim (AEG §§ 5 vd) ve demiryolu hatlarının onarımı ve yeniden planlaması açısından da önemli hükümler içermektedir (AEG § 9, AEG § 14, AEG § 18). Demiryolu sektöründe serbestleştirme bağlamında AEG § 9/1 bu anlamda demiryolu altyapısının işletilmesi ve demiryolu hizmetlerinin sağlanması alanında bir ayrıştırmayı öngörmektedir. Yasal düzenlemeler kapsamında öngörülen muhasebe kayıtlarının ayrıştırılması zorunluluğu nedeniyle, bir faaliyet alanından bir diğerine yapılacak çapraz sübvansiyonlar da kural olarak yasaklanmıştır.

Öte yandan AEG § 14(1) hükmü demiryolu altyapısının geliştirilmesi ve işletilmesi konusundaki faaliyetleri, ayrımcılık yasağı ilkesi temelinde, demiryolu altyapısını işleten teşebbüslere bırakmaktadır. Buna göre demiryolu altyapı işletenleri, sahip oldukları altyapıya erişimi, ilgili yasal düzenlemelerde ön görülen koşulları yerine getirmek suretiyle diğer teşebbüslere açmakla yükümlüdürler. AEG açısından demiryolu altyapısına erişim hakkından yararlananlar ulusal nitelikli kamu veya özel demiryolu teşebbüsleri yanında, AB üyesi ülkelerin demiryolu teşebbüsleri ve birlikleri de bu haktan yararlanabilecektir. Bunun yanında Avrupa Ekonomik Bölgesi Teşebbüsleri veya

⁵⁸ Gesetz zur Zusammenführung und Neugliederung der Bundeseisenbahnen.

⁵⁹ Gesetz über die Eisenbahnverkehrsverwaltung des Bundes (EVerkVerwG) vom 27.12.1993, BGBl. 1993 I, S. 2394.

⁶⁰ Gesetz über die Gründung einer Deutsche Bahn AktienGesellschaft – Deutsche Bahn Gründungsgesetz (DBGGrG), 27.12.1993, BGBl. 1993 I 2378, S. 2386.

⁶¹ Gesetz zur Regionalisierung des öffentlichen Personennahverkehrs (Regionalisierungsgesetz) vom 27. 12. 1993, BGBl. 1993 I, S. 2395.

⁶² Allgemeine Eisenbahngesetz (AEG) vom 27. 12. 1993, BGBl. 1993 I, S. 2378.

hükümetler arası anlaşmalar temelinde karşılıklılık esasına göre üçüncü ülke teşebbüsleri de erişim hakkından yasal düzenlemeler kapsamında yararlanabilecektir (AEG § 14/3). AEG § 14(4) hükmü de münferit bir sözleşme bağlamında altyapıya erişim hakkını düzenlemektedir. Buna göre; taraflar sisteme erişim açısından zaman ve sistemi kullanım süresi ve diğer kullanım ve yararlanma koşulları konusunda bir anlaşmaya varmak zorundadırlar. Tarafların bu konuda bir uzlaşmaya varamaması durumunda ise demiryolu denetim ve gözetim makamı olan *Eisenbahn-Bundesamt*, AEG § 14/5'e göre taraflardan birisinin başvurusu üzerine bu konuda bir karar verecektir⁶³.

5.2. Demiryolu Altyapısına Erişim Yönetmeliği

Demiryolu taşımacılığında serbestleştirme alanındaki bu yasal düzenlemeleri bu konudaki ikincil mevzuat izledi. Bu konuda yapılan en önemli düzenleme ise, AEG § 26/1.6 ve AEG § 7/4.1'e dayanarak, 17.12.1997 yılında çıkarılan Yönetmeliktir⁶⁴. Kısaca "Demiryolu Altyapısına Erişim Yönetmeliği" (*Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung, EIBV*) olarak da adlandırılan bu Yönetmelik, öncelikle demiryolu altyapısına erişim hakkını, demiryolu hukuku bağlamında somutlaştıran düzenlemeler içermektedir (EIBV, § 3/1).

Yönetmelik de esasen ayrımcılık yasağı ilkesi bağlamında, demiryolu altyapısına erişimi düzenlemektedir. Demiryolu altyapısına erişim açısından ayrımcılık yasağı, her şeyden önce bu durumdan bir sözleşme bağlamında yararlanan tarafın, objektif haklı nedenler olmadığı sürece, bu sözleşme açısından farklı bir muameleye tabi tutulmamasını öngörmektedir. Öte yandan demiryolu altyapısına erişim hakkı, ancak demiryolu altyapısının kullanımı için gerekli teknik ve işlevsel (operasyonel) kapasite sorunları açısından ve genel işlem şartları bağlamında, ancak gerektiği ölçüde kısıtlanabilir.

5.3. AEG'de Yapılan 3. Değişiklik

Almanya'da demiryolu sektöründe serbestleştirme bağlamında 1993 yılında başlayan bu yasal düzenlemelerin uygulanma sürecinde ortaya çıkan aksaklık ve edinilen tecrübeler ışığında bazı yeni düzenlemelerin yapılması gereği ortaya çıkmıştır. Özellikle Deutsche Bahn AG'nin kurulması ve ticari bir şirket olarak faaliyete başlaması ile demiryolu sektöründe serbestleştirme açısından yapılan

⁶³ Staabe ve Schmitt 2010, s. 24, Rdnr. 45.

⁶⁴ Verordnung über die Diskriminierungsfreie Benutzung der Eisenbahninfrastruktur und über die Grundsätze zur Erhebung von Entgelt für die Benutzung der Eisenbahninfrastruktur vom 17.12.1997 (Eisenbahninfrastruktur- Benutzungsverordnung – EIBV), BGI. 1997 I, 3153.

düzenlemeler daha da önem kazandı ve demiryolu reformunda ikinci aşama başladı. Gerçekten de bu dönemde Deutsche Bahn AG'ye bağlı olarak yakın mesafe yolcu taşımacılığı, uzak mesafe yolcu taşımacılığı, eşya taşımacılığı ve araç taşımacılığı alanında üç farklı yavru şirket kuruldu. Kısa bir süre sonra ise demiryolu taşımacılığını düzenleyen kurallar için ikinci bir yasal değişiklik yapıldı⁶⁵. AEG § 14/3a'nın yürürlüğe giren yeni haline göre Alman Demiryolu Kurumu (*Eisenbahn-Bundesamt*), demiryolu altyapısına erişimde ortaya çıkan ayrımcı uygulamaları yasaklama hakkına sahiptir. Bu aynı zamanda demiryolu taşımacılığında etkin ve sürekli bir rekabetin sağlanması açısından da önemli olan yasal düzenlemelerden birisiydi⁶⁶. Düzenleme aynı zamanda özellikle genel anlamda altyapıya erişimden yararlanma koşulları yanında, teknik veya işletmesel (operasyonel) gereksinimlerden kaynaklanan ayrımcılık ile birlikte, altyapı erişim ücretlerinde ortaya çıkan ayrımcılığı da yasaklamaktadır.

Demiryolu taşımacılığı sektöründe yapılan düzenleyici çalışmalar bağlamında, AB Hukukundaki gelişmeler karşısında Alman Hukuku'nda yapılan temel bir değişiklik ise, 30.4.2005 tarihinde yürürlüğe giren, demiryolu hukuku düzenlemeleri konusunda 3. değişikliktir⁶⁷. “Bu değişiklik paketi ile AEG yanında, demiryolu yönetimi yasası”⁶⁸ ve demiryolu altyapısını geliştirme konusundaki yasada⁶⁹ da bazı değişikliklere gidildi. Düzenleyici kurallar bağlamında, demiryolu altyapısı işletimi ve yönetiminin ayrıştırılması hedefi kapsamında yapılan hukuksal düzenlemeler açısından belirleyici olan da şüphesiz AB Hukukunda bu konuda yer alan düzenlemelerdir. Dolayısıyla bu düzenleme ile demiryolu sektörünün idari ve mali yapısı, demiryolu altyapı işleticileri ve demiryolu taşımacılığı yapan teşebbüsler arasındaki ilişkiler bağlamında, kapsamlı ve geniş bir şekilde gözden geçirilmiş olarak AEG §§ 9 ve 9a'da yer aldı.

Demiryolu altyapısına erişimde ayrımcılık yasağı bağlamında hizmet sunumu konusundaki yükümlülük, öncelikle AEG § 14 çerçevesinde “erişim hakkı sahiplerinin” yetki ve haklarını, görevli taşıyıcılar, ilgili makamlar ve taşıma şirketleri karşısında artırmıştır. Öte yandan bu düzenleme ile artık demiryolu

⁶⁵ Zweites Gesetz zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften vom 21. 6. 2002, BGBl. 2002 I, S. 2191.

⁶⁶ Staebe ve Schmitt 2010, s. 25, Rdnr. 47.

⁶⁷ Drittes Gesetz zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften vom 27. 4.2005, BGBl. 2005 I, S. 1138.

⁶⁸ Bundeseisenbahnverkehrsverwaltungsgesetz (BEVVG) vom 27.12.1993, BGBl. 1993 I, S. 2378.

⁶⁹ Bundesschienebauengesetz (BSWAG) vom 15.11.1993, BGBl. 1993 I, S. 1874.

hat/ray işletmecileri (*Betreibern der Schienenwege*) ile hat işletmecileri dışında kalan hizmet tesislerini işleten altyapı teşebbüslerinin faaliyetlerini ayırmaktadır. Demiryolu hat veya ray işletmecileri de aslında birer demiryolu altyapı teşebbüsüdür (AEG §2, Nr.3a). Demiryolu altyapı hizmeti sunan diğer teşebbüslerden ayıran husus ise bunların, hizmet tesisleri demiryolu hatları dışında kalan demiryolu hatlarının inşası ile bakım ve onarımı konusunda yetkili olmalarıdır.

Öte yandan demiryolu veya tren raylarının tahsisi ve bu hatlardan yararlanma ücretleri, çeşitli yasal düzenlemelerle ayrıntılı olarak verilmiştir. Dolayısıyla, altyapı işletmecilerinin ücret belirleme hak veya özgürlükleri ancak mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde gerçekleşmektedir⁷⁰.

Demiryolu altyapısına erişimin gözetilmesi konusunda 1.1.2006 tarihinde “Elektrik, Gaz, Telekomünikasyon, Posta ve Demiryolu Federal Ağ/Şebeke Kurumu” (*Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnene, BNetzA*)⁷¹ yetkili düzenleyici kurum olarak belirlendi (BEVVG, §4/1). Bu kurum idari açıdan, Federal Ulaştırma, İnşaat ve Kentsel Gelişim Bakanlığı’na bağlıdır. 31.12.2005 tarihine kadar bu tarz düzenleyici işlemler, Federal Demiryolu Kurumu (*Eisenbahn-Bundesamt*) tarafından yerine getirilmekteydi (BEVVG, § 4/7). Düzenleyici Kurum olarak *BNetzA* 1.1.2006 tarihinden itibaren aynı zamanda hukuksal açıdan *ex ante* müdahale yetkilerine sahip bir kurum haline geldi⁷².

5.4. 2005 Tarihli Demiryolu Altyapısına Erişim Yönetmeliği

Genel Demiryolu Yasası (AEG) kapsamında yapılan değişiklikler aynı zamanda Demiryolu Altyapısı Erişim Yönetmeliği (*Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung, EIBV*) üzerinde de kapsamlı bir değişiklik yapılması ihtiyacı doğurdu. Bu değişikliklerin yasal dayanağı AEG § 26(6) ve § 26(3) olup, yeni Yönetmelik⁷³ 1.8.2005 tarihinde yürürlüğe girdi. Yönetmelik aslında büyük ölçüde eski yönetmeliğin yenilenmiş hali olmakla birlikte eski yönetmelikten kalma birçok düzenlemeyi de içermektedir. Bu düzenlemeler arasında en önemlilerinden birisi, EIBV §§ 4 ve 10’da yer alan altyapıya erişim hakkının kullanımı ile ilgili düzenlemeler ve bu bağlamda özellikle demiryolu hattının

⁷⁰ Staabe ve Schmitt 2010, s. 26, Rdnr. 48.

⁷¹ Bu Kurum, daha önceleri posta ve telekomünikasyon alanında düzenleyici kurum olarak görev yapmaktaydı.

⁷² Staabe ve Schmitt 2010, s. 26, Rdnr. 50.

⁷³ Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung (EIBV) vom 3. 6. 2005, BGBl. 2005 I, S. 1566.

kullanımı ile ilgili koşullar ve bu koşulların periyodik olarak yayınlanmasıdır. Hattın kullanımına dair koşullar konusunda yayınlanacak bu bilgiler arasında ilgili hattın yapısı hakkında asgari bilgiler, erişim koşulları, ücret belirleme ile ilgili temel ilke ve kurallarla birlikte, izlenecek güzergâh hakkında da asgari bilgiler yer almalıdır.

Güzergâh, yani hat tahsisi (*Trassenzuweisungsverfahren*) konusunda EIBV § 8 ve devamında yer alan düzenlemeler, önceki Yönetmelikte yer alan düzenlemelere göre daha ayrıntılıdır. Aynı zamanda EIBV § 9 kapsamında, bu yeni düzenlemeler arasında, altyapıya erişim hakkından yararlanma ile ilgili ortaya çıkabilecek çatışmalar konusunda verilecek kararlar hakkında, sınırlı ve nihai olmayacak şekilde bir kriterler katalogu da yer almaktadır. EIBV hatlardan yararlanma ile diğer demiryolu altyapısından yararlanma için ödenmesi gereken ücretler konusundaki koşulları da düzenlemektedir (EIBV §§ 20-23). Genel kural, altyapı işleticisinin bu konuda her zaman düzenleme yapma hakkına sahip olmakla birlikte, bu hakkın veya serbestinin de her durumda ayrımcılık yasağı ilkesi ile sınırlanmıştır⁷⁴. Ancak hat kullanımı karşılığı belirlenecek olan kullanım koşulları ve ücretleri konusunda daha ayrıntılı düzenlemelere de yer verilmiştir. Bu bağlamda EIBV § 21(1) ilk defa yararlanma koşul ve ücretlerinin performans, yani verimlilik ile ilgili bileşenleri de içermesi gerektiğini belirtmektedir. Belirlenen bu yararlanma koşulları, demiryolu taşımacılık işletmeleri ile hat işletmecileri açısından ortaya çıkabilecek arıza ve aksaklıkları azaltıcı, aynı zamanda ağ performansını artırıcı yönde teşvik edici olmalıdır⁷⁵.

⁷⁴ Staebe ve Schmitt 2010, s. 27, Rdnr. 52.

⁷⁵ Sonuç olarak, AEG üçüncü değişikliği ve aynı süreçte EIBV’de yapılan benzer yöndeki değişiklikler ile birlikte Almanya da demiryolu taşımacılığının serbestleştirilmesi ve regülasyonu konusundaki yasal çerçevenin mevcut haliyle geçici olarak tamamlandığı belirtilmektedir. Bununla birlikte, daha önceden “Federal Demiryollarının Yeniden Yapılandırılması İçin Yasal Süreç” (*Gesetzgebungsverfahren zur Neuorganisation der Eisenbahnen des Bundes*) ile başlatılan çalışmalar ile bağlantılı olarak, 2007 yılından bu yana, daha önce başlatılan düzenleyici yasal çalışmaların kapsamının genişletilmesi, bu çalışmaların yasal açıdan daha sıkı koşullara bağlanması yönünde daha fazla talep gelmektedir. Bu talepler daha çok özellikle sistem altyapısından yararlanma bağlamında, düzenleyici denetimin, yetkileri genişletilmiş bir kamusal otorite tarafından desteklenmesinin gerekliliği ve verimlilik odaklı bir yaklaşım geliştirilmesi çerçevesinde ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda önerilen yöntem, bundan böyle demiryolu hat işletmecilerinin belirlediği yararlanma ücretlerinin ortaya çıkan gerçek maliyetler açısından çok belirleyici bir ölçüt olarak ele alınmamasıdır. Aksine ekonomik bir hizmet sunumunun maliyetlerine ek olarak, makul bir getirinin de gerekli olduğu ve bu etkenlerin de dikkate alınması suretiyle bir uyarılmanın yapılması gerektiği yönündedir. Bu değişiklik talepleri açısından yasal dayanaklar ise AEG § 14(4) hükmü çerçevesinde öne sürülmektedir. Bu hususta bkz. Staebe ve Schmitt 2010, s. 27, Rdnrn. 52-53.

6. DEMİRYOLU TAŞIMACILIĞI ALANINDAKİ HUKUKİ DÜZENLEMELERİN KONUMU

6.1. Genel Olarak Rekabet Hukuku ile Bağlantısı

Almanya’da demiryolu taşımacılığı alanında ortaya çıkan bu düzenleyici kurallar aynı zamanda rekabet hukukunun bir parçası olarak da değerlendirilmektedir. Benzer kurallar özellikle doğal tekeller olarak da adlandırılan ve şebeke/ağ etkisinin olduğu örneğin enerji, telekomünikasyon veya posta gibi başka ekonomik sektörler kapsamında da ortaya çıkabilmektedir. Bu tarz düzenlemelerin koruyucu amacı açısından olaya bakıldığında ise, ilgili hükümleri öncelikle rekabet sınırlamalarına karşı getirilen genel hukuk düzenlemeleri kapsamında değerlendirmek gerekmektedir. Bu bağlamda demiryolu hukuku düzenleyici kurallarının “sektöre özgü düzenleyici hükümler” (*sektorspezifisches Kartellrecht*) olma özelliği söz konusudur. Özellikle altyapıya erişim hakkı konusundaki düzenlemeler, kendine has özelliği olan ve genel rekabet hukuku hükümleri arasına yerleştirilmiş veya konumlandırılmış kural ve ilkeler olarak da değerlendirilmektedirler⁷⁶. Bu konudaki düzenlemelerin pozitif hukuktaki yansımaları hâkim durumun kötüye kullanılması yasağı bağlamında AB Hukuku’nda AEUV m. 102 ve “Alman Rekabet Kanunu” (GWB) açısından GWB § 19 hükmü yanında, “ayrımcılık yasağı, haksız engellemenin yasaklanması” açısından ise GWB § 20 hükümlerinde ortaya çıkmaktadır.

6.1.1. Sektöre Özel Erişim Kuralları ile Genel Rekabet Hukuku Düzenlemeleri İlişkisi

Demiryolu taşımacılığı konusundaki düzenlemeler açısından üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise sektöre özgü düzenleyici hükümler ile rekabet hukuku hükümlerinin yan yana uygulanabilirliği sorunudur. AEG §14b(2) hükmüne göre, kartel (rekabet) makamlarının GWB nedeniyle sahip oldukları görev ve yetkiler aynen kalmıştır. Dolayısıyla bu hükümden hareketle, AEG §14 hükmünde yer alan altyapıya erişim hakkı ile ilgili hükümlerin GWB hükümleri yanında, “paralel uygulamaya” (*parallele Anwendung*) konu teşkil eden hükümler olduğu sonucunun ortaya çıktığı belirtilmiştir⁷⁷.

Bununla birlikte Berlin Landgericht Mahkemesi’nin 17.3.2009 tarihinde verdiği bir karar bu konuda yeniden bazı tartışmalara neden olmuştur. Mahkeme,

⁷⁶ Staabe ve Schmitt 2010, s. 29, Rdnr. 55.

⁷⁷ HOHMANN, H. (2001), *Die essential facility doctrine im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, s. 357.

AEG düzenlemeleri yanında, GWB’de yer alan rekabet hukuku düzenlemelerinin demiryolu altyapı teşebbüsleri ve demiryolu taşıma teşebbüsleri arasındaki ilişkiler açısından doğrudan uygulanamayacağını belirtmiştir. Mahkemeye göre AEG, taraflar arasında altyapı kullanımı konusunda yapılacak sözleşmeler için nihai, başka bir anlatımla kesin hükümler içermektedir⁷⁸.

Uygulamada mahkemelerin bu konudaki yaklaşımına bakıldığında, altyapıdan yararlanma için gerekli olan koşulların belirlenmesi hususunda GWB §§ 19 ve 20 hükümleri ile bir kötüye kullanma denetiminden genellikle kaçınıldığı görülmektedir. Öte yandan GWB §19 hükmünde “hakim durumun kötüye kullanılması yasağı” düzenlenirken, GWB §20 hükmünde ise “ayrımcılık ile haksız engellenmenin yasaklanması” düzenlenmekte olup her iki hükümde de bu tarz rekabet ihlali oluşturabilecek haller oldukça ayrıntılı bir şekilde yer almıştır.

Bu konudaki genel yaklaşıma göre, uygulamada bu şekilde birbiriyile çelişen veya farklı kararlardan kaçınmak endişesiyle, erişimden yararlanma koşulları *Bundesnetzagentur (BNetzA)* tarafından AEG §§ 14e ve 14f hükümleri kapsamında da değerlendirildiğinden, doğrudan GWB hükümlerine başvurmak suretiyle bir denetimden kaçınılmaktadır. Ancak bu yaklaşımın genel olarak eleştiriyile karşılaştığı söylenebilir⁷⁹. Dolayısıyla bu konuda ağırlıklı olarak öne çıkan görüş, GWB’de yer alan rekabet sınırlamaları ile ilgili genel hükümler ile AEG’de yer alan ve altyapıya erişim hakkını düzenleyen spesifik hükümlerin, somut olayın özelliğine göre, paralel uygulamaya konu teşkil eden hükümler olduğudur⁸⁰.

Buna göre GWB §§ 19 ve 20’de yer alan hükümler, GWB § 130(2) hükmü nedeniyle esasen bu tarz bütün sektörler için geçerlidir. Gerçekten de anılan hükme göre, GWB, kendi uygulama alanı dışında gerçekleşse dahi, etkileri kendi geçerlilik alanında ortaya çıkan bütün rekabet sınırlamaları hakkında geçerlidir. Dolayısıyla GWB’nin yukarıda adı geçen hükmü karşısında, bu konudaki istisnai durumların ilgili yasal düzenlemelerde açıkça yer alması gerektiği belirtilmiştir⁸¹. Bu konuda bir diğer gerekçe ise GWB’nin enerji (elektrik ve gaz) pazarını düzenleyen (*Energiewirtschaftsgesetzes*) EnWG ile ilgili GWB §130 hükmünde 2005 yılında yapılan değişikliktir. Bu değişiklikten sonra yeni GWB §

⁷⁸ Bkz. LG Berlin, 17.3.2009, 98 O 25/08, *Wirtschaft und Wettbewerb*, WuW/E DE-R, s. 2561 “Eisenbahngesellschaft”.

⁷⁹ Bu konuda bir değerlendirme için bkz. BREMER, E. ve T. HÖPPNER (2009), “Zum Verhältnis von Kartellrecht und Eisenbahnrecht”, *Wirtschaft und Wettbewerb*, No:12, s. 1271-1273.

⁸⁰ Hohmann 2001, s. 357.

⁸¹ Bremer ve Höppner 2009, s. 1271.

130(3) hükmüne göre, EnWG § 111 düzenlemesinde aksine bir hüküm yer almadığı sürece, EnWG hükümlerinin GWB §§§ 19, 20 ve 29'un uygulanmasına engel olmayacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla yapılan bu yasal değişiklik ile iki yasal düzenleme ve iki resmi düzenleyici otorite arasındaki ilişki ve yetki paylaşımı daha açık bir hale getirilmiştir. Bu durum karşısından kanun koyucunun da yasal tercihini açıkça sektöre özgü düzenleyici hükümler yönünde ortaya koyduğu sonucuna ulaşılmakla birlikte, hem AEG hem de GWB'de demiryolu sektörü düzenleyici hükümleri konusunda bu tarz bir düzenlemeye gidilmemiş olması, öğretilerde savunulan “paralel uygulama” görüşü için bir diğer gerekçe olmuştur⁸².

Gerçekten de AEG hükümleri incelendiğinde bu konuda açık ve kesin bir ifade veya yasal hükümle GWB hükümlerinin bu konuda uygulanmasının engellendiği veya bertaraf edildiği şeklinde bir sonuç ortaya çıkmamaktadır⁸³. Aksine, sistematik açıdan bakıldığında açıkça her iki yasada yer alan hükümlerin çoğu zaman paralel uygulanabileceği sonucunun ortaya çıktığı vurgulanmıştır⁸⁴. Aynı zamanda AEG § 14b(2) cümle 1 hükmüne göre, kartel otoritelerinin bu konudaki görev ve yetkilerinin saklı kaldığı da açıkça ifade edilmektedir⁸⁵. Başka bir ifadeyle, GWB'nin uygulama alanı konusunda bu tarz bir yasal sınırlamaya gidilmemiştir. Nihayetinde her iki yasanın koruyucu hedefinin etkin ve bozulmamış bir rekabetin sağlanması olduğu da söylenebilir. Böyle bir hedef ise haliyle hakim durumun kötüye kullanılmasına açıkça karşı olduğundan, bu durumda yasal düzenlemelerin koruyucu hedefi bağlamında aralarında bir paralellikten söz edilebilir⁸⁶. Hatta bu anlamda GWB hükümlerinin, rekabet

⁸² Hohmann 2001, s. 357; Bremer ve Höppner 2009, s. 1271.

⁸³ Benzer değerlendirmeler açısından bkz. KG Berlin, 26.6.2003, 2 U 20/02 Kart., *Wirtschaft und Wettbewerb*, WuW/E DE-R, s. 1321-1324-“Fahrplandaten”; OLG Düsseldorf, 19.03.2003, U (Kart) 20/02, IV-U (Kar) 20/02, *Wirtschaft und Wettbewerb*, WuW/E DE-R s. 1184-1188-“InfraCard-Tarif”; LG Berlin, 21.8.2008, 91 O 95/06, *Netzwirtschaften und Recht*, 2009, s. 70-72; Kühling ve Ernert 2006, s. 38.

⁸⁴ Bremer ve Höppner 2009, s. 1272.

⁸⁵ “Die Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen bleiben unberührt”.

⁸⁶ Sektöre özgü rekabet kuralları ile genel rekabet hukuku düzenlemeleri arasındaki ilişkiyi Telekomünikasyon sektörü açısından değerlendiren AMGWERD'e göre de bu düzenlemeler arasında tamamlayıcılık ilişkisi (komplementären Verhältnis) bulunmaktadır. Bu anlamda telekomünikasyon sektöründe yapılan serbestleştirme sürecinde rekabet hukukunun telekomünikasyon hukuku yanında önemli ve kendine has bir rolü olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle de sektöre özel rekabet hukuku hükümleri ile genel rekabet hukuku hükümlerinin paralel uygulanmasının tartışmasız mümkün olduğunu belirtmektedir. Ancak yazara göre İsviçre Rekabet Komisyonu bugüne kadar ihtiyatlı bir yaklaşımla, özel hükümler olması nedeniyle

açısından kötüye kullanma teşkil eden davranışların denetimi açısından asgari bir standart oluşturmaya çalıştığı söylenebilir⁸⁷.

Rekabet hukukuna özgü hakim durumun kötüye kullanılması ve ayrımcılık yasağı gibi genel kurallar karşısında, sektöre özgü erişim hükümleri bağlamında ortaya çıkan demiryolu altyapısına erişim hakkının özelliği açısından bir değerlendirme yapıldığında, sonuç olarak AEG ve EIBV'nin yanında, rekabet hukukunun temel hükümlerinin veya esaslarının bu konuda hiç uygulanmayacağı yönünde bir sonuç ortaya çıkmamaktadır. Sektöre özgü düzenleyici hükümler, düzenleyici hukuk normları olarak, rekabet hukukunun sadece daha belirgin veya somut bir ifadesi olarak da değerlendirilebilirler. Bu anlamda sektöre özgü düzenleyici hükümler ancak rekabet hukukunun daha açık veya somut bir şekilde tanımlanmış hali olarak açıklanabilir. Dolayısıyla rekabet hukukunun temel ilkeleri, somut düzenlemeler kapsamında açıkça başka türlü ortaya çıkmadığı veya izin vermediği sürece, bunlar esasen AEG ve EIBV uygulanmasında ve yorumlanmasında göz önünde bulundurulacak düzenlemelerdir. Aynı zamanda sektöre özgü düzenleyici hükümler özellikle regüle edilen pazarlarda rekabet hukuku düzenlemelerinin uygulanması hususunda belirli bir yayılma etkisi gösteren hükümler olarak da değerlendirilmektedir⁸⁸. Ters durumda da, sektöre özgü düzenleyici hükümler “genel” rekabet hukuku hükümleri yanında, düzenleyici piyasalar bağlamında belli bir “yayılma etkisi” gösteren hükümlerdir. Nihayetinde bu konuda ortaya çıkabilecek kötüye kullanma nitelikli bir davranışın denetimi açısından, GWB hükümlerinin uygulanabilirliği konusunda herhangi bir engel bulunmadığı da belirtilmektedir⁸⁹.

6.1.2. Zorunlu Unsur-Doktrini İle Bağlantısı

Enerji, telekomünikasyon, posta gibi sektörler yanında, demiryolu taşımacılığı da dikey bütünleşik bir yapının olduğu bir pazardır. Dolayısıyla bu tarz pazarlar açısından yapılan regülasyon ve serbestleştirme bağlamında, altyapıya erişim konusundaki yükümlülükler aynı zamanda zorunlu unsur doktrini ile de ilgilidir. Bu anlamda özellikle kamusal teşebbüs tarafından işletilen altyapıya erişim hakkının engellenmesi aynı zamanda hâkim durumun kötüye kullanılması yasağı

telekomünikasyon hukuku hükümlerine öncelik tanıma yönünde bir eğilim içinde olmuştur. Bu konuda daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. AMGWERT, M. (2008), *Netzzugang in der Telekommunikation*, Schulthess Juristischen Medien AG, Zürich, s. 241-243.

⁸⁷ VG Köln, 20.06.2005, 11 L 882/05, *Wirtschaft und Wettbewerb*, WuW DE/R, 2005, s.1508-1512.

⁸⁸ Staebe ve Schmitt 2010, s. 30, Rdnr. 56.

⁸⁹ Bremer ve Höppner 2009, s. 1273.

kapsamında da ortaya çıkabilir⁹⁰. Rekabet hukuku literatüründe geleneksel olarak “zorunlu unsur doktrini” (*essential facilities-doctrine*) kavramı ile ifade edilen bu durum, aynı zamanda Alman Rekabet Kanunu (GWB) § 19(4) Nr. 4’te de yer almaktadır. Gerçekten de GWB § 19(4) Nr. 4 hükmüne göre, hakim durumdaki teşebbüsün faaliyet gösterdiği üst veya alt pazardaki girdiden eğer hukuki veya fiili nedenlerle diğer teşebbüs için ortak kullanım olmaksızın yararlanmak mümkün değilse, bu durumda uygun bir bedel karşılığında ilgili şebeke veya altyapıdan yararlanmak isteyen teşebbüsün bu talebinin reddedilmesi, hakim durumun kötüye kullanılması yasağı kapsamında değerlendirilmektedir. Ancak hâkim durumdaki teşebbüsün, ortak kullanımın işletmesel veya diğer nedenlerden dolayı mümkün veya beklenebilir olmadığını ispatladığı hallerde, hakim durumun kötüye kullanılmasından da söz edilemez⁹¹. Bu anlamda demiryolu altyapısına ayrımcı olmayan bir erişim sağlanması açısından, bu altyapının etkin bir şekilde üçüncü tarafların erişimine açılması önemli olup, zorunlu unsur doktrini de bu konuda belirleyici olmaktadır⁹².

Öte yandan somut her olay bağlamında, zorunlu unsur doktrininin olup olmadığı ve hangi hakların sağlanmasında önem taşıdığına tespitinden çok, AEG § 14(1) hükmü sektöre özgü özel bir norm olarak, genel rekabet hukuku düzenlemelerini, aynı zamanda ayrımcılık yasağı bağlamında demiryolu altyapısına erişim hakkının sağlanmasını da düzenlediği için, diğer hukuki düzenlemeler karşısında öncelikle uygulanma özelliğine sahiptir⁹³. Bununla birlikte, Alman Rekabet Hukuku açısından, “özel yasal erişim hükmü” olarak GWB § 19(4) Nr. 4 ve ayrımcılık yasağı bağlamında GWB § 20 hükümleri aynı zamanda *lex specialis* düzenlemeler olarak, bu konuda önceliği olan hükümlerdir. Bu konuda rekabet hukuku düzenlemelerinin doğrudan uygulanabilmesi, somut olay bağlamında ortaya çıkan sorunun esasen demiryolu altyapısına erişimle ilgili olmayan bir husustan kaynaklanması durumunda söz konusu olabilir⁹⁴. Bu yaklaşım, rekabet otoritelerinin görev ve sorumluluklarının bu düzenlemeden

⁹⁰ Zorunlu unsur doktrini ve sektöre özel erişim kuralları açısından rekabet otoriteleri ile regülasyon (düzenleyici) kuruluşların yetkileri konusunda daha ayrıntılı ve özgün değerlendirmeler açısından bkz. GÜRZUMAR, O. (2006), *Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 224 vd.

⁹¹ Demiryolu taşımacılığı pazarı açısından zorunlu unsur doktrini konusunda daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Hohmann (2001), s. 67 vd.

⁹² GIUDICI, G. (2004), *Die Anwendbarkeit des essential-facilities-Doktrin auf die Immaterialgüterrechte*, Peter Lang, Frankfurt am Mein, s. 108.

⁹³ Staabe ve Schmitt 2010, s. 29, Rdnr. 56; Guidici 2004, s. 170.

⁹⁴ Staabe ve Schmitt 2010, s. 29, Rdnr. 56.

etkilenmeyeceğini belirten AEG 14b(2) cümle 1 hükmü ile de uyumludur. Öte yandan AEG § 14b (2)'ye göre düzenleyici kurumlar ve demiryolu düzenleyici kurumları ile Telekomünikasyon Yasası ve Enerji Piyasası Yasasına göre oluşturulan düzenleyici kurumlar da ilgili sektörde hem önemli konulardaki görevlerini yerine getirebilmek hem de işbirliği içinde hareket edebilmek için birbirlerini karşılıklı bilgilendirmeliler. Özellikle demiryolu altyapısına erişim bağlamında ortaya çıkan ve yasaklayıcı nitelikte olan ayrımcı veya kötüye kullanma nitelikli davranışlar ile ilgili kararlar konusunda ilgili kurumlar birbirlerini bilgilendireceklerdir. Bu konuda ilgili idari prosedür sona ermeden önce, bu makamlar birbirlerine, ilgili somut olay bağlamında değerlendirme yapabilmek veya görüş belirtebilmek için fırsat da tanınalıdır.

6.2. Anayasa Hukuku İle Bağlantısı

Demiryolu taşımacılığı alanındaki düzenlemelerin anayasal boyutu da bulunmaktadır. Bu konudaki tartışmalar özellikle de demiryolu taşımacılığının ayrıştırılması ve bu şekilde rekabetin sağlanmasının anayasal dayanakları olup olmadığı konusunda yoğunlaşmıştır. “Alman Anayasası” (*Grundgesetz, GG*) Art. 73(1) Nr.6a hükmü, tamamı veya çoğunluğu federal (*Bundes*) devletin mülkiyetinde olan demiryollarını, federal demiryolları⁹⁵ olarak tanımlamıştır. Almanya’da bu konudaki tartışmalar daha çok AB düzenlemeleri yanında GG Art. 87e hükmünün de demiryolu taşımacılığı konusunda idari ve işlevsel açıdan bir ayrıştırma öngörüp öngörmediği noktasında yaşanmıştır. Bu durum özellikle de demiryolu altyapısına ayrımcı olmayan erişim hakkı bağlamında ortaya çıkan tartışmalarda gündeme gelmiştir. Aynı zamanda GG Art 87e (3) cümle 1 hükmü federal demiryollarını, özel hukuk hükümleri bağlamında ekonomik temelde faaliyet gösteren bir teşebbüs olarak görmektedir. Bunun pratikteki anlamı ise hiç şüphesiz ticari temelde faaliyet göstererek özellikle kazanç elde etme ve aynı zamanda zarar etmekten de kaçınmanın teşebbüsün ticari politikasının merkezinde yer almasıdır⁹⁶.

Anayasa hukuku açısından ortaya çıkan bir diğer sorun ise yabancı bir altyapıya erişim hakkı açısından, mülkiyet hakkı ve girişim veya mesleki faaliyet özgürlüğünün sınırlarının olup olmadığı veya bunun hangi ölçüde olacağıdır. Bununla bağlantılı bir diğer sorun ise anayasal açıdan, kendisine ait altyapıyı işleten teşebbüsün bunu üçüncü bir taraf ile birlikte kullanmaya zorlanmasının mülkiyet hakkı açısından kabul edilebilir olup olmadığıdır. Fakat öğretiyeye göre

⁹⁵ *Eisenbahnen des Bundes*.

⁹⁶ Hafner 2011, s. 162.

ortaya çıkan tüm bu sorunlar açısından, bugüne kadar herhangi bir görüş birliğine de ulaşılammıştır. Öte yandan bu yararlanmanın karşılığında bir tür garanti olarak ödenen ücretin ise, temel haklar konusundaki ihlalleri haklı gösterebilmek ve her durumda bunu yasal bir hak olarak görmek için yeterli olmayabileceği belirtilmiştir⁹⁷.

Sonuç olarak, Alman öğretisinde bu konudaki görüşlere göre GG Art. 87e hükmünün asıl hedefinin federal demiryollarının finansal açıdan modernizasyonu olduğu, bu şekilde maddi anlamda federal demiryollarının özelleştirilmesine olanak sağladığı ve bu şekilde toplumsal refah açısından kamusal bir güvence öngördüğü belirtilmektedir. Aynı zamanda demiryolu taşımacılığında ayrımcı olmayan erişim yükümlülüğü ile rekabetin sağlanması da burada düzenlenmemiştir. Rekabet olgusu, bu konuda AB hukuku düzenlemeleri temelinde ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla bu hedef ile öngörülen altyapı ve işletim faaliyetlerinin ayrıştırılmasının anayasal yükümlülükler bağlamında ortaya çıkmadığı ve bu anlamda ayrıştırmanın anayasal bir yükümlülük olmadığı belirtilmiştir⁹⁸.

7. DEMİRYOLU TAŞIMACILIĞINDA SERBESTLEŞTİRME AÇISINDAN AYRIŞTIRMA

7.1. Ayrıştırma Kavramı

Demiryolu taşımacılığında serbestleştirme açısından belirleyici olan bir diğer kavram ise ayrıştırma (*Unbundling*)'dir. Bir yandan altyapının düzenlenmesi ve diğer yandan ise ağ ekonomisinden yararlanma ilkesi açısından kurumsal ve işlevsel açıdan ayırma veya bölme süreci, yaygın olarak aynı başlık altında "ayrıştırma" kavramı ile tanımlanmaktadır⁹⁹.

AB hukuku düzenlemelerine bağlamında, 91/440/EWG sayılı Direktif'in 6. maddesinin birinci paragrafı taşımacılık faaliyetleri ile demiryolu altyapısının

⁹⁷ Aynı zamanda kamusal teşebbüsler açısından bu tartışma ise ancak bunların hak ehliyeti (*Grundrechtsfähigkeit*) ve yetki alanları (*Grundrechtsberechtigung*) dışında kaldığı zaman söz konusu olabilir. Ancak hak ehliyeti koşulu açısından bakıldığında, dolaylı olarak Federal Devletler bazında neredeyse %100 oranında DB Netz AG en önemli ağ işletici olarak Almanya'da demiryolu hatlarının da ana işleticisi durumundadır. Bu durum karşısında bu tür kamu işletmeleri aynı zamanda kamusal otorite veya hükümetin de bir parçası olarak değerlendirildikleri zaman, temel haklar açısından da devlete karşı bir itiraz da söz konusu olmayacaktır. Bkz. Staebe ve Schmitt 2010, s. 31, Rdnr. 58.

⁹⁸ Hafner 2011, s. 165.

⁹⁹ Hafner 2011, s. 17.

işletimi arasında muhasebe bazında bir ayrıştırma öngörmektedir. Direktif'in 6. maddesi ikinci fıkrasında ise üye ülkelere bu konuda bir seçenek sunulmaktadır: Buna göre üye ülkeler taşımacılık faaliyeti ile altyapı işletimini aynı teşebbüsün yetkisinde bırakabilirler. Ancak bu ihtimalde her iki faaliyetin ayrı birer işletme faaliyeti kapsamında sunulması gerekir. Böyle bir ihtimalde altyapı işletimini devralacak ayrı bir teşebbüsün kurulması da şüphesiz alternatif bir çözüm olarak değerlendirilebilir¹⁰⁰.

Öte yandan 2001/14/EG sayılı Direktifin 4. maddesi birinci fıkrasına göre üye ülkeler açısından, kural olarak organizasyon veya işlevsel açıdan demiryolu pazarında herhangi bir ayrıştırma zorunluluğu söz konusu değildir. Üye ülkelere bu konuda bir seçim hakkının tanındığından bahsedilebilir. Bununla birlikte adı geçen Direktifin 4. maddesinin ikinci fıkrasında ise altyapı yönetiminin hukuki yapısı, organizasyon veya karar alma işlevlerinin herhangi bir demiryolu teşebbüsünden bağımsız olmaması durumunda, kapasite tahsisinin en azından bağımsız bir organ tarafından yapılması yükümlülüğü getirilmektedir.

Daha önceden de belirtildiği üzere, demiryolu taşımacılığında serbestleştirme sürecinde beklenen hedeflerin gerçekleştirilmesi büyük oranda altyapı ile ilgilidir. Altyapının rakip teşebbüslere ayrımcılık yasağı ilkesi bağlamında açılması ve bu konudaki yasal düzenlemeler sektörde etkin bir rekabetin sağlanması açısından önemlidir. Bu anlamda demiryolu taşımacılığı teşebbüsleri arasında rekabetin gerçekleşmesi hususunda demiryolu altyapısı vazgeçilmez bir girdi olduğundan, altyapının bağımsızlığı ilgili sektörde etkin bir rekabetin sağlanabilmesi bakımından merkezi bir önem taşımaktadır¹⁰¹. Ancak burada ayrıştırmanın temelinde altyapı kullanıcıları ile altyapı işleticileri arasında bir bağımsızlıktan ziyade, demiryolu teşebbüsleri yönetiminin kamusal veya devlet organlarının müdahalesinden uzak tutulması amacı bulunmaktadır¹⁰².

Alman hukuku açısından, AEG § § 9 ve 9a hükümleri, altyapıya erişim ve altyapının önceden belirlenmiş bir bedel karşılığında kullanılması hususunda yapılacak düzenlemeler açısından öncelikle ilgili yapının ayrıştırılmasını öngörmektedir. Ayrıştırma düşüncesinin temelinde ise dikey bütünleşik bir yapının olası kötüye kullanma potansiyelini ortadan kaldırmak veya en aza indirmektir. Bu konuda ayrıştırma gerekliliği veya zorunluluğu, dikey yapının olduğu bir ağ/şebeke ekonomisinde, bu dikey bütünleşik yapıya sahip teşebbüsün

¹⁰⁰ Hafner 2011, s. 30.

¹⁰¹ Monopolkommission 2009, s. 99.

¹⁰² Hafner 2011, s. 54.

hem altyapı işleticisi ve hem de altyapı yoluyla yapılan hizmetlerin sağlayıcısı olarak faaliyet gösterdiği durumlarda ortaya çıkmakta ve önem kazanmaktadır¹⁰³.

Bu anlamda, AEG § § 9, 9a hükümlerinin muhatabı her durumda ya kendi başına demiryolu altyapısı işleten ya da bir demiryolu altyapısı işleten teşebbüs ile ticari anlamda hukuksal bir ilişki içinde olan teşebbüslerdir. Her türlü muhataplık durumu açısından öncelikle bir muhasebe ayrıştırması (*buchhalterischen Entflechtung*), bu anlamda özellikle demiryolu altyapı işletme faaliyeti ile demiryolu taşımacılık faaliyeti arasında, faaliyet alanı bağlamında bir muhasebe ayrıştırması geçerlidir. Bu ayrıştırma kamusal nitelikli demiryolu teşebbüsleri açısından da geçerlidir. Hatta muhasebe ayrıştırmasının ötesinde operasyonel açıdan bir ayrıştırma (*operationellen Entflechtung, Management Unbundling*) yükümlülüğü de bulunmaktadır. AEG § 9 paragraf 1'e göre, hem demiryolu taşıma teşebbüsleri (EVU) ve hem de demiryolu altyapı işleticileri demiryolu taşımacılık faaliyetleri ve demiryolu altyapı işletim faaliyetini yerine getirmek ve bu hizmetlerin sağlanması açısından da örgütsel anlamda ayrı faaliyet alanları (*organisatorisch getrennte Unternehmensbereiche*) kurmak zorundadırlar. Demiryolu altyapısına erişim ve bunun için ödenecek ücretlerin belirlenmesi hususundaki kararlar, demiryolu altyapısını işleten teşebbüsler tarafından verilecektir.

Operasyonel ayrıştırma bağlamında, AEG 9a(1), hat işletmecisi için başka bir bağımsızlık şekli olarak kurumsal ayrıştırma (*gesellschaftsrechtlichen Entflechtung, Legal Unbundling*) modeli de öngörmektedir. Bu düzenlemelerin nihai amacı ve hedefi konusunda ise öncelikle demiryolu altyapı işleticileri için demiryolu taşıma teşebbüslerinden somut ve sınırları belli objektif anlamda bir bağımsızlığın garantiye alınabilmesi kaygısı bulunmaktadır. Bir diğer etken ise altyapıya erişim açısından önem kazanan güzergâh tahsisi ve altyapı erişim koşullarının da ayrımcılık yasağı ilkesi bağlamında hakkaniyete uygun olarak belirlenmesidir. Dolayısıyla, hem demiryolu taşıma teşebbüsü hem de demiryolu altyapısı işletimi alanında faaliyet gösteren kamusal nitelikli teşebbüsler, AEG § 9a(1) cümle 2 Nr.1 hükmü nedeniyle, farklı uğraşı alanları bağlamında, her

¹⁰³ ERNERT, A. (2010), "Entflechtungsvorgaben (Unbundling), T. Schmitt ve E. Staebe (der), *Einführung in das Eisenbahn-Regulierungsrecht* içinde, s. 79, Rdnr. 137. Ayrıca bkz. KÜHLING, J. (2004), *Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften*, Verlag C.H.Beck, München, s. 337 vd. Öte yandan bu konuyla ilgili düzenlemeler özellikle enerji ve telekomünikasyon sektöründeki yasal düzenlemeler bağlamında da çok sık ortaya çıkmaktadır. Örneğin bu konuda Alman hukukunda EnWG § § 6-10 arası veya TKG § 24 bağlamında yer alan düzenlemeler belirtilebilir.

durumda bu teşebbüsleri ayırma veya bunları tasfiye etmek durumundadırlar. Bu gereklilik, altyapı işleticiliği ile taşımacılık faaliyetini ayırştırmak suretiyle üçüncü tarafların altyapıdan yararlanırken ayrımcılığa uğramamaları açısından önemlidir¹⁰⁴.

7.2. Ayırıştırma Açısından Yasal Çerçeve

Ayırıştırma yükümlülüğü kapsamında ortaya çıkan düzenlemelerin, aslında ilk bakışta muhatabı net bir şekilde anlaşılamayan hükümler olduğu da söylenebilir¹⁰⁵. Burada kanun koyucu AEG §§ 9 ve 9a'da bütün kamusal teşebbüsler açısından geçerli olan genel çerçeve hükümler ile sadece kamusal nitelikli olup da aynı zamanda demiryolu hat işleticisi olan teşebbüsler için öngörülen özel hükümler arasında bir ayırım yapmaktadır. AEG § 9 paragraf 1 Nr.1'de yer alan düzenleme öncelikle hem demiryolu taşıma teşebbüsleri (EVU) hem de demiryolu altyapı işletimi (EIU) alanında faaliyet gösteren kamusal nitelikte dikey entegre demiryolu teşebbüsleri açısından uygulama alanı bulacaktır. Benzer şekilde bu durum sadece demiryolu taşıma teşebbüsü olarak faaliyet göstermekle beraber, ana bir teşebbüs üzerinden bir altyapı işletim teşebbüsü ile bağlantılı olan teşebbüsler için de geçerli olduğu gibi (AEG § 9 paragraf 1, cümle 1, Nr. 2/a), sadece demiryolu altyapı teşebbüsü olmakla beraber, kendisine bağlı bir demiryolu taşıma şirketi olan ana teşebbüse bağlı teşebbüsler için de geçerlidir (AEG § 9 paragraf 1, cümle 1, Nr. 2/b).

Yasal düzenlemeler açısından bakıldığında demiryolu taşıma teşebbüsleri ile demiryolu altyapı teşebbüsleri arasında bir konzern¹⁰⁶ ilişkisi ve bu anlamda bir

¹⁰⁴ Ernert 2010, s. 80, Rdnr. 139; Ende ve Kaiser 2004, s. 27. Öte yandan, demiryolu taşımacılığı pazarındaki yasal düzenlemeler açısından ayırıştırma gerekliliği ile ilgili düzenlemeler esasen AB Hukuku'ndan kaynaklanmaktadır. AB hukuku açısından bu konuda ortaya çıkan ilk düzenleme olan 91/440/EWG sayılı Yönerge (bu aynı zamanda "Demiryolu Çerçeve Yönergesi" olarak da adlandırılmaktadır) ve daha sonra yayımlanan 2001/12/EG sayılı Yönerge ve diğer farklı zamanlarda ortaya çıkan ve demiryolu altyapısı ile ilgili olan yasal düzenleme paketleridir. Söz konusu düzenlemeler demiryolu taşımacılığının AB sınırları içinde serbestleştirilmesi ve bu konuda ayrımcı olmayan bir erişim hakkının üçüncü taraflara sağlanması için üye ülkeleri yasal düzenlemeler yapmak hususunda hem teşvik eden ve hem de onlara yol gösteren düzenlemelerdir. Aynı zamanda bu düzenlemelerden, özellikle demiryolu altyapısı ile ilgili olarak, dikey entegre altyapı işletenler ile bu altyapıya erişim hakkından yararlanmak isteyen teşebbüsler arasındaki çıkar çatışmaları ile ilgili sorunların belirlenmesi dahil, ortaya çıkabilecek bu tarz önemli konularda yararlanılması da önerilmektedir. Bkz. Ernert 2010, s. 80, Rdnr. 140; Hafner 2011, s. 185.

¹⁰⁵ Ernert 2010, s. 107, Rdnr. 193.

¹⁰⁶ Birbirleri ile kanunda öngörülen tipte bir ilişki içerisine girmiş olan işletmeler, "bağlı işletme" (*verbundene Unternehmen*) sayılırlar. Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (*Aktiengesetz, AktG*) § 15

konzern olgusundan söz edilebilir. Bu durum karşısında ayrıştırma konusundaki yasal düzenlemeler, demiryolu taşıma veya demiryolu altyapı işletimi alanında bağlı (yavru) veya ana teşebbüs olarak kamusal bir teşebbüs ile ilişki içinde olan teşebbüsler için de uygulanacaktır (AEG § 9 paragraf 1, cümle 1, Nr. 3). Dolayısıyla demiryolu altyapısının işletimi ile ilgili ayrıştırma yükümlüğü kapsamında olan teşebbüslerin belirlenmesinde önemli olan husus; somut olay bağlamında söz konusu teşebbüsün tek başına mı demiryolu altyapısını işlettiği yoksa demiryolu taşımacılığı faaliyeti de yürüten bir teşebbüs ile konzern yapılanma bağlamında bir hukuki ilişki içinde olup olmadığıdır¹⁰⁷.

Ayrıştırma yükümlülüğü konusunda bir diğer husus ise AEG § 9(1)d hükmünde yer almaktadır. Buna göre, ayrıştırma yükümlülüğü ile ilgili düzenlemeler, taşımacılık faaliyetleri kapsamında, hem yolcu taşımacılığı hem de eşya taşımacılığı alanında faaliyet gösteren demiryolu taşıma teşebbüsleri açısından da geçerlidir. Burada demiryolu taşıma teşebbüsleri açısından yatay bir entegrasyondan söz edilebilir. Bu nedenle, burada ayrıştırma konusundaki yasal zorunluluk ve bu anlamda yasal düzenlemeler, demiryolu altyapı işletiminden bağımsızdır¹⁰⁸.

AEG § 9(1) Nr.1 bağlamında, dikey entegre demiryolu teşebbüsleri açısından tipik örnek yerleşik teşebbüs olan Deutsche Bahn AG'dir. Deutsche Bahn AG aynı zamanda Deutsche Bahn Konzern açısından üst veya holding (*Dachgesellschaft*) kuruluş konumunda olup, doğrudan veya dolaylı yoldan kendisine bağlı çok sayıda demiryolu teşebbüsü bulunmaktadır¹⁰⁹. Konzern bir yapılanma bağlamında Deutsche Bahn AG ve bağlı teşebbüslere örnek olarak DB Netz AG¹¹⁰ ve DB Stations & Service AG demiryolu altyapı işleticisi olarak,

hükmü, bağlı işletmeleri sayarken, bunlar arasında konzernlere de yer vermiştir. Konzern, bir veya birden fazla bağlı işletmenin, hakim işletmenin “tek elden yönetimi” altına girmesi ile oluşturdukları topluluğun adıdır (AktG § 18). Bununla birlikte tek elden yönetim kavramı tanımlanmamıştır. Fakat kanun gerekçesinde konzern, tek elden yönetilen iktisadi bir bütünlük olarak adlandırılmaktadır. Bu durum sözleşmesel bir konzern şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, iki şirket arasında sözleşmeye dayanmaksızın bir hâkimiyetin tesis edildiği durumlarda fiili konzern şeklinde de ortaya çıkabilir. Ancak fiili konzernde, sözleşmesel konzernden farklı olarak, bağlı şirket, iktisadi bağımsızlığını bir ölçüde korumaktadır. Bu konuda daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. OKUTAN NILSSON, G. (2009), *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku*, 1. Bası, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 31 vd.

¹⁰⁷ Ernert 2010, s. 107, Rdnr. 193.

¹⁰⁸ Ernert 2010, s.107, Rdnr. 194.

¹⁰⁹ Hafner 2011, s. 191.

¹¹⁰ Öte yandan DB Net AG'ye bağlı bölgesel demiryolu altyapı işleticileri de DB RegioNetz Infrastruktur GmbH olarak faaliyet göstermektedirler. Bölgesel taşımacılık alanında faaliyet

bunun yanında DB ML AG ile DB Schenker Rail Deutschland AG¹¹¹, DB Personenfernverkehrs AG ve DB Regio AG demiryolu taşıma şirketleri gösterilebilir¹¹². Burada AEG § 9(1) cümle 1 Nr. 2a ve 2b hükmü açısından, demiryolu taşıma teşebbüsleri ve demiryolu altyapı işletenleri bağlamında bir Konzern ilişkisi söz konusudur¹¹³.

Dolayısıyla Almanya’da demiryolu taşımacılığı alanında, Deutsche Bahn AG hem altyapı hem de taşımacılık faaliyeti ile uğraştığından, dikey entegre bir Konzern niteliğindedir. Öte yandan bu durumun serbestleştirme açısından “dikey erişim” modelinin tercih edilmesinin ve aynı zamanda Deutsche Bahn AG’nin pazarda yerleşik teşebbüs olmasının da bir sonucudur. Öğretide Deutsche Bahn AG’nin bu Konzern yapısı, özellikle AEG §9a hükmünde yer alan düzenlemelere aykırı olduğu gerekçesiyle, eleştirilmiştir¹¹⁴. AEG §9a hükmü, kamusal nitelikli altyapı işleticilerinin kapasite tahsisi ve altyapıya erişim ücretleri konusundaki kararları açısından hukuki yapı, organizasyon ve karar alma işlevleri açısından demiryolu taşıma teşebbüslerinden bağımsızlığını öngörmektedir. Demiryolu altyapı işletimi ile taşımacılık hizmetinin faaliyet alanları farklı teşebbüsler tarafından sunulmasını öngören AEG §9a(1)1 hükmü ise bu anlamda hukuksal bağımsızlığı sağlamaya yöneliktir.

Ancak böyle bir yapılanmanın aynı zamanda ayrımcı davranışlar için de oldukça elverişli olduğu bir ortam hazırladığı söylenebilir. Nitekim uygulamada da somut olaylar bağlamında ayrımcı davranışlar konusunda çok sayıda şikâyet ortaya çıkmıştır. Örneğin DB AG’nin bağlı şirketi ve aynı zamanda demiryolu ağ işleteni olan DB AG Netz, altyapıya erişim için yüksek fiyatlar belirlemek suretiyle, bu tarz ayrımcı davranışlara kolayca başvurabilmektedir. Her ne kadar Deutsche Bahn AG Konzern’e bağlı diğer demiryolu taşıma teşebbüslerinin de bu

gösteren DB RegioNetz Verkehrs GmbH de DB Regio AG’ye bağlı teşebbüslere örnek gösterilebilir. Deutsche Bahn AG’nin Konzern yapısı açısından bkz. DB Geschäftsberichte 2009, s. 264.

¹¹¹ DB Schenker Rail Deutschland AG ise Deutsche Bahn Konzern’e bağlı ve halen yük taşımacılığı ile işigal eden teşebbüstür. Bkz. Hafner, s. 13.

¹¹² DEUTSCHE BAHN AG (2008), *Geschäftsbericht 2008*, http://www.deutschebahn.com/site/shared/de/dateianhaenge/berichte/geschaeftsbericht_2008_konzern.pdf, Erişim Tarihi: 25.5.2012, s. 5.

¹¹³ Demiryolu taşımacılığında Konzern yapı konusunda bir diğer örnek teşebbüs ise *Veolia-Verkehr GmbH* olarak verilebilir. Bu teşebbüs ise daha önceki *DEG GmbH* olarak demiryolu altyapısı ile ilgili alanlarda faaliyet gösterirken, aynı zamanda insan ve yük taşımacılığı alanında da faaliyet göstermekteydi. Bkz. Ernert 2010, s. 108, Rdnr. 196.

¹¹⁴ Hafner 2011, s. 194-195.

fiyatları ödemek zorunda oldukları düşünülse de, bu durum DB Netz AG açısından ortaya çıkan maliyet artışları açısından bir anlamda ek gelir olmaktadır. Dolayısıyla bu konuda Konzern açısından sonuç pek de farklı olmayacaktır. Çünkü böyle bir davranış, bir anlamda “sol cepten sağ cebe” aktarma olarak da değerlendirilebilir¹¹⁵.

Bu konuda tartışmalı bir diğer husus ise demiryolu taşımacısının, taşımacılık faaliyetleri yanında aynı zamanda atölye, yani tamir-bakım hizmeti ile uğraşmasının da dikey entegre yapı içinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Bu konuda yapılacak değerlendirme, her durumda şimdiye kadar tartışmalı olan ve ilgili işletmesel tesislerin demiryolu altyapı faaliyetleri kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususuna bağlıdır¹¹⁶. Bu durum Münster OVG (*Oberverwaltungsgericht*) tarafından yakın zamanda hızlı taşımacılık konusunda verilen bir geçici karara konu olmuştur. Mahkeme somut olay açısından atölyelerin de demiryolu altyapısı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaştı¹¹⁷.

7.3. Muhasebe Kayıtlarının Ayrıştırılması

AEG § 9 kapsamında yer alan bütün muhataplar, AEG 9(1)'de yer alan yükümlülüklerin yerine getirilebilmesi için faaliyet alanlarına göre muhasebe kayıtlarının da ayrıştırılması yükümlülüğü altındadırlar. Bu kapsamda faaliyet gösteren teşebbüsler her sene esaslı bir finansal tablolar analizi ve faaliyet-yönetim raporu da hazırlayıp yayınlamak zorundadırlar. Öte yandan dikey entegre demiryolu teşebbüsleri AEG § 9(1)'e göre büyük sermaye şirketleri için, Alman Ticaret Kanunu (*Handelsgesetzbuch, HGB*) §§ 264 ve devamında öngörülen düzenlemeler çerçevesinde yıllık bir ayrıntılı bilanço ve faaliyet raporu hazırlayıp, bunu gerekli açıklama ve değerlendirmelerle birlikte yayınlamak zorundadırlar. Bu durumda, Deutsche Bahn gibi bir konzern yapılanması altında faaliyet gösteren teşebbüsler de AEG § 9(1)'de yer alan düzenleme ve bu bağlamda ortaya çıkan yükümlülüklerle tabidirler. Fakat yatay seviyede gerçekleşen birleşme veya entegrasyonlar açısından bu kurallar geçerli değildir¹¹⁸.

¹¹⁵ GERSDORF, H. (2004), “Marktöffnung im Eisenbahnsektor”, *Wirtschaft und Wettbewerb*, 168/2004, s. 584; Hafner 2011, s. 12.

¹¹⁶ Ernert 2010, s. 108, Rdnr. 197.

¹¹⁷ OVG Münster, 19. 11. 2008, 13 B 1543/08, *Netzwirtschaften und Recht*, 2009, s. 68. Ancak bu konuda doğru ve haklı sebepler bir yana, yargılamanın henüz sonuçlanmamış olması nedeniyle, bu tarz bir değerlendirme yapmak ve böyle bir çıkarıma ulaşmak açısından daha ihtiyatlı davranılması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Schmitt ve Staebe 2010, s. 108, Rdnr. 197.

¹¹⁸ Ernert 2010, s. 109, Rdnr. 199.

7.4. Operasyonel (İşletmesel) Ayrıştırma

İşletmesel (*Operationelle*) açıdan yapılacak ayrıştırmalar açısından yasa koyucu, hat işletmeciliği bağlamında genel yükümlülükler ve özel hükümler açısından farklılıklar öngörmektedir. Genel yükümlülükler açısından, AEG § 9(1)c hükmüne göre, dikey entegre demiryolu teşebbüsleri, demiryolu taşıma faaliyetleri ve demiryolu altyapı işletimi faaliyetlerini yürütebilmek için, bu faaliyetlerin işletmesel açıdan ayrı faaliyet alanları şeklinde organize edildiği bir yapılanmaya gitmek zorundadırlar. Çünkü demiryolu altyapısına erişim ve bu konuda belirlenecek ücretler açısından verilecek kararlar, demiryolu altyapısı ile uğraşan teşebbüsler açısından söz konusu olabilecektir. Bu nedenle AEG § 9(1)c hükmünün asıl amacı, özellikle de demiryolu altyapısına erişim açısından erişim ve kullanım ücretlerinin birbirinden bağımsız olarak belirlenebilmesi konusunda yasal bir güvence sağlamaktır. Aynı zamanda, işletme veya faaliyet alanı açısından ortaya çıkacak tartışmalar da, bu tarz işletmesel iş birliği içinde olan teşebbüsler açısından söz konusu olabilecektir¹¹⁹.

Demiryolu hat işletmecileri, işletmesel açıdan yapılacak ayrıştırma konusunda da, bazı özel yükümlülükler altındadırlar (AEG § 9a(1) cümle 2 Nr. 1-5). Bu düzenlemeler açısından da kanun koyucu burada, kamusal nitelikli hat işletmecilerinin demiryolu taşıma teşebbüsleri için hat kullanım zaman çizelgesi ve tren yollarının tahsisi konusundaki diğer kurallar ile kullanım ücretleri ve bu konuda verecekleri kararlar açısından dikkat edilmesi gereken hususları somut hükümler ile netleştirmeye çalışmıştır¹²⁰.

8. DEMİRYOLU ALTYAPISINA ERİŞİM HAKKI

8.1. Genel Olarak

Demiryolu taşımacılığında serbestleştirme ve bu kapsamda yapılan reform açısından düzenleyici kuralların özünü, AEG § 14(1)'de de somut bir şekilde vurgulandığı üzere, üçüncü taraf teşebbüslerin ayrımcılık yasağı ilkesi bağlamında demiryolu altyapısına erişiminin sağlanması oluşturmaktadır¹²¹. Bu

¹¹⁹ Ernert 2010, s. 112, Rdnr. 207.

¹²⁰ Hafner 2011, s. 196; Ernert 2010, s. 112, Rdnr. 208. Öte yandan AEG § 9a(1) cümle 2 Nr. 5 hükmünde geçen ilgili teşebbüsler ise Deutsche Bahn AG ve ona bağlı yavru şirketler yanında, demiryolu altyapı teşebbüsleri ve demiryolu taşıma teşebbüsleridir. Burada "hat işletmecisi" ile belirtilen teşebbüsler ise DB Netz AG ve DB RegioNetz Infrastruktur GmbH'dir. Bkz. Hafner, s. 197.

¹²¹ FÖRSTER, S. ve M. KARDETZKY (2010), "Infrastrukturzugang", T. Schmitt ve E. Staebe (der), *Einführung in das Eisenbahn-Regulierungsrecht* içinde, s. 133, Rdnr. 250; Ende ve Kaiser 2004, s. 34.

nedenle demiryolu altyapısı işleten teşebbüsler, AEG § 14 (2) ve (3)'te yer alan hükümler çerçevesinde bahsedilen “erişim yetkilileri”, işlettikleri demiryolu altyapısını ayrımcılık yapmadan üçüncü tarafların erişimine açmak ve bu kapsamda gerekli altyapı hizmetlerini de yine ayrımcılık yapmadan sağlamakla yükümlüdürler. Altyapıyı kullanım karşılığı belirlenen ücret ödeme ile ilgili düzenlemeler ise AEG § 14(4) ve (5)'te yer almaktadır. Altyapıya erişim ile ilgili ayrıntılar, özellikle erişim zamanı ve süresi yanında bu kapsamda ödenecek ücret ve diğer başka kullanım koşulları, AEG § 14(6)'da yer alan esaslar çerçevesinde erişimden yararlanmak isteyen teşebbüs ve kullanılacak demiryolu altyapısını işleten teşebbüs arasında AEG § 14(1)'de yer alan düzenlemeler esas alınmak suretiyle yapılacak münferit bir sözleşme ile belirlenecektir.

Altyapıya ayrımcı olmayan erişim hakkı AEG § 1(1) cümle 1'de yer alan düzenleme bağlamında mutlak bir hedef olup, demiryolu taşımacılık hizmetleri ve demiryolu altyapısı işleten teşebbüsler tarafından, raylar üzerinde etkin ve bozulmamış bir rekabetin sağlanmasına yönelik önemli bir ilkedir. Dolayısıyla rekabet sürecinin asıl can alıcı noktasının da esasen “raylar” bağlamında ortaya çıktığı söylenebilir. Bu anlamda pazar katılımcıları bir yandan ray/hat işletmecisi olurken, diğer yandan ise altyapıya erişim hakkına sahip olan kişiler kapsamında hat kullanıcısı olarak demiryolu taşıma şirketleridir¹²².

Demiryolu hat işleticileri açısından olaya bakıldığında ise başta 34.000 kilometrelik hat işletmeciliğinden sorumlu olan DB Netz AG öne çıkmaktadır. Ancak DB Netz AG ile birlikte ayrıca otuzdan fazla hat işleten başka teşebbüs de bu alanda faaliyet göstermektedir. Öte yandan bütün bunlarla birlikte bu konuda hesaba katılmayacak düzeyde önemsiz olan ve genelde diğer hatlarla bağlantılı yerel veya bölgesel ağ işleticileri de söz konusudur¹²³. Demiryolu hat işleticileri de erişim hakları açısından aynı yükümlülüklerine tabi olup, bunlar kendi pazar paylarından bağımsız olarak aynı düzenleyici kontrol mekanizmasına tabidirler¹²⁴.

¹²² Öte yandan Almanya'da demiryolu hatlarının hâlihazırda üç yüzden fazla demiryolu taşıma şirketi tarafından kullanıldığı tahmin edilmektedir. Bu bağlamda demiryolu ile yük ve insan taşımacılığı yapan teşebbüsler hem ülke içinde ve hem de ülke dışından ortaklarıyla bu faaliyetlerini sürdürürken, aynı zamanda sanayi/endüstri demiryolu hatları, federal devlet demiryolları, orta ölçekli özel demiryolları (*mittelständische Privatbahnen*), yerel ortak tren hatları (*Kommunale Bahnen*), sanayi/endüstri demiryolu hatları (*Industriebahnen*) ve müze demiryolu (*Museumsbahnen*) hatları olmak üzere farklı kullanım özellikleri olan demiryolu hatları da bulunmaktadır. Bu hususta bkz. Förster ve Kardetzky 2010, s. 133, Rdnr. 251.

¹²³ Hafner 2011, s. 192.

¹²⁴ Förster ve Kardetzky 2010, s. 133, Rdnr. 251; Ende ve Kaiser 2004, s. 35.

8.2. Altyapı Erişim Hakkı Sahibi ve Erişim Yüklümlüsü

Altyapıya erişim hakkı açısından belirleyici olan hususlar altyapı işleticisi kavramının anlamı ve içeriğidir. Bu konuda 2001/14/EG sayılı Direktif'te yer alan altyapı işleticisi (*Betreibers des Infrastruktur*) kavramının, AEG §9a'da yer alan demiryolu altyapısı işleticisi (*Betreibers der Schienenwege*) kavramı kadar kapsayıcı olduğu belirtilmiştir. Bu kavramlar sadece demiryolu altyapısını kapsamamakta, aynı zamanda bakım/onarım gibi hizmet tesislerini de kapsamaktadırlar¹²⁵.

Demiryolu altyapısına erişim açısından ayrımcı olmayan bir erişimi sağlamakla yüklümlü olanlar, AEG § 14(1) bağlamında bütün demiryolu altyapı işletmecileridir. Bunlar aynı zamanda AEG § 2(1) ve (2)'de yer alan yasal tanım kapsamında, demiryolu altyapısını işleten teřebbüslerdir¹²⁶. Demiryolu altyapısına erişim yüklümlülüğü demiryolu hatlarını (AEG § 2 paragraf 3a), bazı belli başlı servis hizmetlerini (AEG § 2 paragraf 3c) ve bunlarla birlikte diğer başka demiryolu altyapısı hizmetlerini de kapsamaktadır¹²⁷.

8.2.1. Demiryolu Hatları İşletenleri

Demiryoluna erişimi konusundaki yüklümlülüklerin önemli bir bölümü demiryolu hatlarının işletimi ile ilgilidir (AEG § 2 paragraf 1). Burada demiryolu altyapısını işleten teşebbüsler söz konusu olup, bunlar aynı zamanda demiryolu altyapısı bakım ve inşası konusunda da yetkilidirler. Demiryolu altyapı işleticileri olarak DB Netz AG ve ona bağlı DB RegioNetz Infrastruktur GmbH gibi şirketler görevlidir. Demiryolu hat işleticileri, pek çok açıdan diğer demiryolu altyapısı işletenlerine göre daha sıkı denetim ve gözetim şartlarına tabi olarak faaliyet göstermektedirler (AEG § 14 paragraf 1 cümle 3, EIBV §§ 4 vd). Bu konudaki yasal yüklümlülüklerden muafiyet veya istisnai durumlar, ancak yerel veya bölgesel hat işletmecileri için mümkündür. AEG § 14(1) cümle 1-5 hükmüne

¹²⁵ Bununla birlikte, her demiryolu altyapısı işleticisi aynı zamanda bir demiryolu altyapı teşebbüsü de olmakla birlikte, her demiryolu altyapı teşebbüsünün aynı zamanda bir demiryolu altyapı işleticisi de olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Dolayısıyla altyapı işleticisi kavramı demiryolu altyapı teşebbüsleri kavramına göre daha özel bir anlam taşımaktadır. Bu anlamda demiryolu altyapı teşebbüsleri kavramı bir üst kavram olarak ortaya çıkmaktadır. Bu ayırım konusundaki esas neden ise altyapı işleticisinin kendi teşebbüsünün yapısı ve özellikle de altyapıya veya ağa erişim açısından bazı özel yüklümlülükler taşımasıdır. Bu hususta bkz. Hafner 2011, s. 51.

¹²⁶ Hermes ve Sellner 2010, § 14 Rdnr. 29.

¹²⁷ Förster ve Kardetzky 2010, s. 137, Rdnr. 260.

göre, bu konuda lisans vermeye yetkili makamlar EIBV’de yer alan hükümler kapsamında muafiyet talebine ilişkin konularda da söz sahibidirler¹²⁸.

8.2.2 Hizmet Tesislerini İşletenler

AEG § 2 (3c) hükmü, servis tesisleri veya araç gereçlerini işletenlerin (*Betreiber von Serviceeinrichtungen*) işlettiği demiryolu hizmet tesislerinin söz konusu olduğu durumlarda, bunları da erişim yükümlülüğüne tabi olan demiryolu altyapı teşebbüsleri arasında değerlendirmektedir. Erişim yükümlülüğü bağlamında tek istisnai durum ise AEG § 14(1) cümle 4 kapsamında demiryolu altyapı işleteni olup da AEG § 2(3b) hükmüne göre münhasıran kendi eşya taşımacılığı ile uğraşanlardır. Bu durum aynı zamanda “endüstriyel demiryolu ayrıcalığı” (*Werksbahnprivileg*) olarak da tanımlanmaktadır¹²⁹. Ancak endüstriyel demiryolu ayrıcalığı, terminal veya limanlarda birden çok nihai yararlanıcı veya kullanıcıya hizmet sunulan demiryolu hizmetlerinin söz konusu hata erişimi konusunda geçerli değildir¹³⁰.

Bir diğer tartışmalı husus ise, demiryolu altyapı teşebbüslerinin kendi atölye veya fabrikalarının işleteni olarak, bu yerleri servis hizmetleri sunan teşebbüslerin erişimine açma yükümlülüğü altında olup olmadığıdır. Bu konuda ağırlıklı olan görüş atölye veya fabrikaların erişim yükümlülüğü kapsamında görülmeyeceğidir. Çünkü demiryolu altyapısı düzenleyici hükümleri kapsamında ne atölye ne de fabrikalar açısından böyle bir durum söz konusu değildir¹³¹.

8.3. Altyapıya Erişim Hakkı Bağlamında Ayrımcılık Yasağı

AEG § 14(1) cümle 1 ve Demiryolu Altyapı İşletimi Yönetmeliği (EIBV) § 3(1) bağlamında erişimin sağlanması ile öncelikle, bu erişimden yararlanacak olanların demiryolu altyapısını ayrımcı bir uygulamaya tabi olmadan kullanmaları ve bu kullanımla bağlantılı olarak EIBV Ek 1 Nr.2’de tanımlanan hizmetlerden yararlanmalarına olanak sağlanması hedeflenmektedir¹³².

¹²⁸ Bu tarz bir muafiyet için gerekli olan koşullar ise, yerel veya bölgesel demiryolu hattının başka demiryolu hatlarıyla bağlantılı olmaması ve aynı zamanda rekabeti sınırlayıcı bir durumun da ortaya çıkmamasıdır. Fakat uygulamada böyle bir muafiyet bugüne kadar somut bir olay bağlamında da ortaya çıkmamıştır. Bkz. Förster ve Kardetzky 2010, s. 138, Rdnr. 261.

¹²⁹ WEYERS, U. (2009), “Der Anwendungsbereich des Werksbahnprivilegs-Muss jedes Eisenbahninfrastrukturunternehmen Zugang zu seiner Eisenbahninfrastruktur gewähren?”, *Netzwirtschaften und Recht*, No:4, s. 241.

¹³⁰ Förster ve Kardetzky 2010, s. 139, Rdnr. 262.

¹³¹ Förster ve Kardetzky 2010, s. 139, Rdnr. 263.

¹³² Förster ve Kardetzky 2010, s. 143, Rdnr. 273.

Ancak genel olarak ayrımcılık yasağı ve bu kapsamda ayrımcı olmayan erişim (*diskriminierungsfreien Zugang*) demiryolu taşımacılığı konusundaki düzenleyici hukuk kuralları bağlamında merkezi öneme sahip bir kavram olarak görülmektedir¹³³. AEG § 14(1) cümle 1'e göre, demiryolu altyapı işletenleri, kendi işlettikleri altyapı hizmetlerinin, bu hizmetlerden yararlanmak isteyen tarafların kullanımına, çerçevesi EIBV kapsamında belirlenen somut koşullar altında, ayrımcılık yapmadan sunmakla yükümlüdürler. Bununla birlikte ayrımcılık yasağı ne AEG'de ne de EIBV'de açıkça tanımlanmış bir kavram değildir. Münster OVG Mahkemesi'nin daha önce de bahsedilen kararında, AEG § 14(1) cümle 1 bağlamında bir ayrımcılık söz konusuydu. Buna göre altyapı hizmetlerinden yararlanmak isteyen teşebbüs, altyapıya erişim hakkı bağlamında, objektif açıdan haklı bir neden olmaksızın farklı bir muameleye tabi tutuluyorsa, bu bir ayrımcılık olarak değerlendirilmiştir¹³⁴. Ayrımcılık olmadan demiryolu erişiminden yararlanma ile ilgili kavramın bu şekilde anlaşılması, AEG'nin öngördüğü rekabetçi bir pazar hedefi ile de uyumludur. Bu hedef doğrultusunda, demiryolu taşımacılığı pazarında etkin ve sağlam bir rekabet ancak demiryolu taşımacılık hizmetleri ve demiryolu altyapı işletimi çerçevesinde mümkün olup, bu konuda gerekli yasal güvencelerin sağlanması gerekmektedir. Bu yasal güvenceler de hem AEG §§ 9(1) cümle 2, 10(3) cümle 2 hem de EIBV § 13(8)'de yer almaktadır.

Öte yandan ayrımcılık kavramının içeriği somut olay bağlamında değişebilir. Örneğin en başta haklı bir hukuki gerekçe olmadan, aynı maddi olgular karşısında açıkça farklı davranışlara tabi tutulmak da ayrımcılık kapsamında değerlendirilebilir. Bu şekli bir ayrımcılık (*formelle Diskriminierung*) olarak da tanımlanmaktadır. Bu durum aynı zamanda örtülü, başka bir ifadeyle ilk bakışta anlaşılabilen eşit olmayan bir davranış (*versteckte Ungleichbehandlung*) olarak, maddi bir ayrımcılık (*materielle Diskriminierung*) olarak nitelenebilecek bir şekilde de ortaya çıkabilir. Bu tarz bir ayrımcılık açısından, şekli anlamda eşit bir muameleye rağmen, sonuçta bireysel erişim hakları aslında hiç de istenmeyen bir

¹³³ Monopolkommission 2009, s. 99.

¹³⁴ Ayrımcılık ve ayrımcılık kavramının değerlendirildiği bazı kararlar için bkz. OVG Münster, 5. 6. 2003, 20 B 113/03, *Neu Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2004, s. 339; OVG Münster, 16. 2. 2006, 20 B 758/05, *Wirtschaft und Wettbewerb*, WuW/E DE-R, s. 1673; OVG Münster, 26.3.2007, 13 B 2592/06, *Netzwirtschaften und Recht*, 2007, s.124-128; OVG Münster, 28.1.2008, 13 B 2014/07, *Netzwirtschaften und Recht*, 2008, s. 102; OVG Münster, 19.11.2008, 13 B 2092/07, *Netzwirtschaften und Recht*, 2009, s. 270-272. Öte yandan bu konuda bir değerlendirme için bkz. LAU, U. (2009), "Die Rechtsprechung des OVG Münster zum Eisenbahnregulierungsrecht", *Netzwirtschaften und Recht*, 2009, s. 43.

şekilde engellenmiş olmaktadır¹³⁵. Bununla birlikte, maddi ve şekli anlamda ayrımcılık yasağı açısından eşit davranış veya işlem gerektiren genel koşullar dışında, haklı bir gerekçe olmadan ortaya çıkan eşit olmayan bir davranış, ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilemez¹³⁶.

Alman öğretisinde bu konuda savunulan bazı görüşlere göre¹³⁷ demiryolu hukuku düzenlemeleri açısından, Federal Anayasa Mahkemesinin Kararına da konu olan ve Alman Anayasası (*GG*)’nın 3. Maddesi 1. paragrafına dayalı olarak geliştirilen “genel eşitlik ilkesi” (*allgemeinen Gleichheitsatz*) anlamında herhangi bir eşitlik içermemektedir¹³⁸. Demiryolu düzenlemeleri bağlamında ortaya çıkan ayrımcılık yasağı kavramı, daha çok genel olarak rekabet hukuku (örneğin *GWB* § 20’de yer alan ayrımcılık yasağı) düzenlemeleri ve Avrupa Birliği Adalet Divanı (*ABAD*) tarafından *AB Hukuku* açısından geliştirilen ve kullanılan “ayrımcılık yasağı” kavramına¹³⁹ benzemekte olup, genellikle de bu düzenlemeler bağlamında anlaşılmakta ve uygulanmaktadır.

Bu anlamda bir demiryolu altyapı işleticisi, demiryolu erişiminden yararlanmak isteyen bir teşebbüse karşı, altyapıya erişim hakkından yararlanan bir başka teşebbüs ile karşılaştırıldığı zaman, haklı bir hukuki gerekçe olmadan, açık veya gizli farklı bir davranış içinde bulunuyorsa, sadece bu durumda dahi ortada bir ayrımcılık bulunmaktadır. Öte yandan bir demiryolu altyapı işleteni, demiryolu altyapısından yararlanmak konusunda, bütün erişim hakkı sahipleri veya yararlanıcıları için genel geçer düzenlemeler öngördüğü zaman dahi, bu bazı durumlarda, somut olay bağlamında neredeyse bir ayrımcılık gibi düşünülebilir. Bununla birlikte, kapasite tahsisi açısından uyulması gereken yasal kuralların belirlenmesi, bu konuda bazı çalışma teknik ve şartnamelerinin hazırlanması ve tek bir yönetim altında yapılacak düzenlemeler, yani belirli bir altyapıdan yararlanma için geçerli olan her şey, kural olarak *AEG* § 14(1) cümle 1 anlamında bir ayrımcılık değildir¹⁴⁰. Ancak belirli bir hat veya şebekeden yararlanmak için

¹³⁵ Bkz. *OVG Münster*, 28.01.2008, 13 B 2025/07, *Netzwirtschaften und Recht*, 2008, s. 102.

¹³⁶ Aynı doğrultuda “görüş” belirten bir karar için bkz. *BNetzA*, 6. 4. 2009, Az. 10.050-F-08-611, s. 5. Erişim bedelinde indirim ile ilgili olarak aynı şekilde bkz. 12.11.2007 tarihli Karar, Az. 10.030-F07-301, s. 12; Fakat *OVG Münster* bugüne kadar, gereksiz/sebepsiz eşit muamele durumlarında dahi bir ayrımcılık olabileceği görüşündeydi. Krşl. *OVG Münster*, 20. 8. 2009, Az. 13 B 922/09, s. 10.

¹³⁷ Förster ve Kardetzky 2010, s. 144, Rdnr. 275.

¹³⁸ Fakat aksi yönde, ancak kesinleşmemiş bir mahkeme kararı için bkz. *VG Köln*, 21. 8. 2009, 18 K 2722/07.

¹³⁹ Krşl. *EuGH*, 7. 6. 2005, Rechtssache C-17/03, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2005, s. 697, Nr. 48.

¹⁴⁰ Förster ve Kardetzky 2010, s. 145, Rdnr. 276.

gerekli olan koşulun, bir yararlanıcı tarafından yerine getirilmesi objektif açıdan gerçekten de mümkün değilse, bu durumda da örtülü veya gizli bir ayrımcılıktan söz edilebilir¹⁴¹.

Demiryolu taşımacılığında serbestleştirme açısından altyapıya ayrımcı olmayan erişim hakkının sağlanması, sistemin işleyişi ve başarısı açısından belirleyicidir. Fakat ayrımcılığın somut olaylar bağlamında farklı şekillerde de ortaya çıkması her zaman mümkündür. Özellikle konzern yapılanmanın olduğu durumlarda hem altyapıyı işleten, hem de bu altyapıdan yararlanan teşebbüslerin rakip teşebbüsleri rekabet açısından dezavantajlı konuma düşüren ve bu şekilde kendilerine pazarda bir koruma sağlayan davranışlara başvurmaları olasıdır.

Bu nedenle de ayrımcı davranışların sadece açık bir biçimde eşit davranmama şeklinde ortaya çıkması da gerekli değildir. Bazı durumlarda görünüşte şekli anlamda eşit bir davranışa rağmen, gerçekte ise özellikle yabancı teşebbüslere karşı dezavantajlı bir durum ortaya çıkmak suretiyle, başka bir ifadeyle örtülü bir ayrımcılık nedeniyle rekabet fiilen sınırlanabilir¹⁴². Örneğin bu şekilde bütün altyapı kullanıcılarını eşit etkilemesine rağmen ekonomik açıdan farklı ağırlıkta etkileri ortaya çıkabilen ray ile vagon tekerleri arasındaki teknik uyumsuzluk, altyapı ile sürüş materyali açısından ortaya çıkacak teknik veya mekanik problemler de bu tarz dolaylı ayrımcılık halleridir. Bu konuda somut bir örnek ise, %40 eğimli Frankfurt-Köln bağlantısı, Paris-Brüksel güzergâhından Frankfurt/M.'ne gidecek *Thalys* trenleri için teknik açıdan elverişli olmadığından, engelleyici bir sonuç doğurmuştur¹⁴³.

Öte yandan altyapıdan yararlanma için yüksek ücretler belirlenmesi ve güzergâh dağıtımında sınırlı kapasite nedeniyle yapılan haksız uygulamalar da esasen ayrımcı etkileri olan davranışlardır. Benzer şekilde, farklı iki kullanıcının aynı hat üzerinde, aynı zaman diliminde bir sefer yapmak istemelerine rağmen, sadece bir seferin yapılabildiği veya hattın tek yönlü olması nedeniyle ancak bir trenin seyahat edebildiği durumlarda da aslında örtülü bir ayrımcılık söz konusudur¹⁴⁴.

Hat kullanımı nedeniyle ortaya çıkan çatışmaların temelinde ise esasen hat kapasitesinin sınırlı olması gerçeği yatmaktadır. Dolayısıyla bir hat üzerinden, belirli bir zaman diliminde ancak bir tane tren seyahat edebilir. Gelecekteki olası

¹⁴¹ LG Berlin, 12.10.2004, Az. 16 O 465/04 (Kart), IR 2005, s.16-18.

¹⁴² OVG Münster, *Neu Zeitschrift für Verwaltungsrecht-RR*, 2009, s. 920.

¹⁴³ Hafner 2011, s. 10.

¹⁴⁴ Hafner 2011, s. 11.

hat kullanımı ile ilgili zaman çizelgelerinin hazırlanmasında, yeni başvurulara karşı daha önceki programda var olanlara öncelik tanınması da ayrımcılık yasağı açısından çeşitli şikâyet ve suçlamalara neden olacaktır. Bu durum karşısında yeni gelen demiryolu taşıma işletmeleri dezavantajlı bir konuma düşebilir. Bu sonuç karşısında özellikle bir demiryolu Konzern'ine bağlı demiryolu taşıma işletmelerinin bu durumdan yararlanacağı veya bu tarz durumlar karşısında rakiplere göre daha avantajlı olacakları da söylenebilir. Örneğin Deutsche Bahn AG ve Deutsche Bahn Netz AG ilişkisinde olduğu gibi¹⁴⁵. Almanya örneğinde bu konuda bir diğer eleştiri ise Deutsche Bahn Netz AG'nin, Deutsche Bahn-Konzern'in taşımacılık yapan yavru şirketine, rakiplerine ait ticari sırları vermek suretiyle onlara pazarda avantaj sağlanmasıdır. Bu bilgi avantajının olası etkilerinden birisi de, Konzern içinde bulunan ve yük taşımacılığı yapan teşebbüsün, malların taşınması konusunda rakiplerin fiyatlarına rekabetçi fiyatlar ile karşılık verebilmesi ve bu durum karşısında, rakip demiryolu taşıma şirketlerinin müşterilerine verdiği fiyatların daima düşük gerçekleşme tehlikesidir¹⁴⁶.

Sonuç olarak, sadece altyapıya erişim hakkının sağlanması ile sınırlı veya bu hakkı korumaya odaklı bir yasal düzenleme ve bu yönde bir serbestleştirme stratejisinin, ayrımcı olmayan erişim hakkı karşısında işlevsiz kalma tehlikesi de bulunmaktadır. Altyapıya erişim hakkının yasal anlamda güvenceye kavuşturulması yanında, aynı zamanda bu hakkın kurumsal çerçevesini garantiye alan yapısal değişikliklerin de tamamlanması ve bu anlamda gerekli olan koşulların sağlanması önem kazanmaktadır. Dolayısıyla bu alanda faaliyet gösterebilmek için belki de milyonlarca dolarlık bir yatırım yapan bir girişimci dahi, pazara erişim açısından "politik koşulların" tüm katılımcıları için eşit ve adil olduğu konusunda emin olmak zorundadır.

8.4. Erişim Koşullarının Düzenlenmesi Açısından Yasal Durum

AEG § 14(1) cümle 1 hükmü altyapıya erişim hakkından yararlanacak olanlara, doğrudan herhangi bir yasal erişim hakkı tanımamaktadır. Ağ erişiminden yararlanmak esasen somut olay bağlamında bu konuda taraflar arasında varılacak bir anlaşmaya istinaden gerçekleşebilir¹⁴⁷. AEG § 14(6) bu konuda altyapı

¹⁴⁵ MONOPOLKOMMISSION (2007), *Wettbewerbs- und Regulierungsversuche im Eisenbahnverkehr, Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 36 AEG*, Monopolkommission, Bonn, s. 65, Nr. 174-176.

¹⁴⁶ Hafner 2011, s. 13.

¹⁴⁷ Kunz 2006, § 14 AEG, Rdnr. 7.

işleticisi ve erişimden yararlanacak kişi arasında, özel hukuk hükümlerine tabi bir sözleşmenin yapılmasını öngörmektedir. Bu sözleşme aynı zamanda ilgili erişim hakkı bağlamında erişim zamanı, erişim süresi, kullanım bedeli ve diğer altyapı kullanımı ile ilgili sair koşullar yanında altyapı işletim güvenliği ile ilgili koşulları da içermelidir. Dolayısıyla demiryolu altyapısına erişim hakkı bağlamında ortaya çıkan bu hak, ancak somut olayda taraflar arasında altyapının kullanımı konusunda yapılacak tam ve geçerli bir sözleşmesinin kurulması ile mümkündür¹⁴⁸.

Bununla birlikte, demiryolu altyapı işleticileri ile demiryolu taşıma teşebbüsleri arasında önceden çerçeve anlaşmalar (*Rahmenverträge*) yapılması da mümkündür (AEG §14a). Ancak periyodik olarak hazırlanan hat hareket planını ile belirlenen süreleri aşan çerçeve sözleşmelerin de AEG §14(1) hükmünde öngörülen düzenlemeler çerçevesinde yapılması mümkün olmakla birlikte, beş yılı aşan bir zaman dilimini öngören çerçeve sözleşmeler açısından, AEG § 14a(2) hükmü düzenleyici kurumun onayını öngörmektedir.

Taraflar arasında yapılacak altyapıdan yararlanma sözleşmesi bağlamında, altyapı işleten teşebbüsler öncelikle AEG ve EIBV’de öngörülen düzenlemeler ile bağlıdırlar. Bu konuda getirilen düzenlemeler aslında sözleşme serbestisi ilkesi bakış açısıyla da değerlendirilebilir. Her iki yasal düzenleme açısından da sadece belirli birkaç nokta ile ilgili hükümlere yer verilmiştir. Bunlar özellikle altyapı kullanım koşullarının içeriği ve bunların düzenlenmesinden oluşmaktadırlar. Bu nedenle de demiryolu altyapısına erişim hakkının kullanılması kapsamında AEG ve EIBV’de yer alan hükümler bu konuda nihai veya kesin düzenleyici kurallar olarak anlaşılmalıdır. Dolayısıyla ilgili düzenlemeler dışında kalan alanlarda altyapı işletim teşebbüslerinin, genel anlamda sözleşme özgürlüğü ilkesi ve sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü ile bağlı oldukları söylenebilir¹⁴⁹.

OVG Münster bir kararında, altyapı işleten teşebbüsler ile erişimden yararlanmak isteyen teşebbüsler arasındaki sözleşme ilişkilerine genel özel hukuk kurallarının uygulanmasını ancak AEG ve EIBV’de bu konuda özel hükümler bulunmama koşuluyla kabul etmektedir. Bu şu anlama gelmektedir; bu tarz sözleşmesel ilişkiler açısından, BGB §§ 273, 320 anlamında hizmet sunmayı reddetme hakkı bulunmaktadır. Bu bağlamda demiryolu altyapı işletenleri, daha önce hattın kullanımı nedeniyle ortaya çıkan ve ödenmeyen alacakları için bu kapsamda aynı zamanda bir hapis hakkı nedeniyle de hizmetin ifasından

¹⁴⁸ Förster ve Kardetzky 2010, s. 148, Rdnr. 282.

¹⁴⁹ Förster ve Kardetzky 2010, s. 149, Rdnr. 283.

kaçınabilirler¹⁵⁰. Bu olay açısından da bir demiryolu taşıma şirketine, geçmiş dönem borçları nedeniyle altyapı hizmeti sunulmamıştı. OVG Münster, DB Netz AG'nin geçmiş dönem borçları nedeniyle taşıma şirketine hizmet vermeyi reddetme hakkı bulunduğu karar verdi. Aslında bu durum BGB § 242'de ifadesini bulan dürüstlük kuralına dayanmaktadır. Dolayısıyla sözleşmeye bağlı kalan taraf, aynı zamanda sözleşmenin karşı tarafının da ilgili sözleşmeye bağlı kalacağı hususunda ona güvenmelidir¹⁵¹. Somut olayda Mahkeme bu konuda özel hukuk genel kurallarının geçerliliğini de, şayet bunlar sektöre özgü düzenleyici hükümler tarafından açık ve net bir şekilde bertaraf edilmemişlerse, kabul etmiş oldu. Burada yeri gelmişken vurgulamak gerekir ki, bu konuda özel hukuk genel kurallarının uygulanmasını red veya bertaraf eden bu tarz spesifik bir düzenleme ne AEG ne de EIBV'de yer almamaktadır.

Öte yandan demiryolu altyapı işleticisi, önceden belirlediği altyapıdan yararlanma koşulları çerçevesinde, altyapıya erişim hakkından yararlanacak olan teşebbüsten güvenlik ile ilgili bazı hususların da yerine getirilmesini talep edebilir. Bu durumda demiryolu taşıma şirketi söz konusu güvenlik koşullarını yerine getirmediği sürece, altyapı işleticisi, hattı ilgili teşebbüse kullandırmaktan kaçınabilir. Burada da altyapının kullanılması çerçevesinde sözleşmenin kurulması konusunda örnek kabilinde sayılan hükümler yanında, özel hukuk alanında sözleşmenin kurulması aşamasında icap ve kabul ile sözleşmenin sona ermesi bakımından geçerli olan özel hukuk genel hükümleri de geçerliliğini koruyacaktır¹⁵².

8.5. Altyapı Erişim Ücretleri

AEG § 14(1) ve yine AEG § 14 (4) ve (5) altyapı kullanım koşulları bağlamında ödenecek ücretler ile ilgili hükümler içermektedir. Bu düzenlemeler ilgili yönetmelik (EIBV) ile de somutlaştırılmıştır. Demiryolu altyapısının değişik kategorileri için farklı düzenlemeler söz konusudur. Burada yasa koyucu hat işletmecisi için geçerli olan ücretler (*Entgelte der Betreibers der Schienenwege*, "*Trassenpreise*") ile diğer demiryolu altyapı işletenleri için geçerli olan kurallar arasında bir ayrıma gitmiştir¹⁵³.

¹⁵⁰ OVG Münster, 16. 2. 2006, Az. 20 B 758/05, *Wirtschaft und Wettbewerb*, WuW/E DE-R, s.1673.

¹⁵¹ OVG Münster, 16. 2. 2006, Az. 20 B 758/05, *Wirtschaft und Wettbewerb*, WuW/E DE-R, s.1673.

¹⁵² Förster ve Kardetzky 2010, s. 150, Rdnr. 285.

¹⁵³ STAEBE, E. (2010), "Infrastrukturnutzungsentgelte", T.Schmitt ve E. Staebe (der), *Einführung in das Eisenbahn-Regulierungsrecht* içinde, s. 209, Rdnr. 424. Bu konuda daha ayrıntılı bir çalışma için bkz. KÜHLING, J., G. HERMEIER ve U. HEIESHOFF (2007), *Entgeltregulierung im Eisenbahnrecht*, Münster, s. 5.

Hatlardan yararlanma ile ilgili koşullar AEG § 14(4)'te yer almaktadır. Buna göre, demiryolu hatlarını işleten teşebbüs, bu hatlardan yararlanmak isteyenlerin ödemesi gereken ücretleri başta AEG § 26(1) Nr. 6-7 ve EIBV'de yer alan koşullar çerçevesinde belirleyebilir. Öte yandan belirlenen ücretler günün koşullarına göre, gerektiğinde her zaman gözden geçirilebilir. Belirlenecek olan bu ücretin, hat işleticisinin toplamda en azından bu hizmeti sağlarken yerine getirmesi gereken yükümlülükler için gereken masrafları karşılamaya yetecek düzeyde ve trenlerin işletilmesi sonucu doğrudan oluşacak maliyetler de dikkate alınarak pazar koşullarında ulaşılabilir nitelikte ek bir gelir olması da gerekir. Esasen bu fiyat düzenlemesi bağlamında, işletici açısından ücret ayrımcılığı yasağına uymak ve AEG § 14(4) cümle 2 - 4'e ve EIBV §§ 20-23 arasındaki düzenlemelere uymak koşuluyla bir "düzenleme serbestisi"nden dahi söz edilebilir¹⁵⁴.

AEG § 14(4) cümle 2'ye göre işletmeci, işletim nedeniyle ortaya çıkan doğrudan artışları bu maliyetlere yansıtabilir. Bu anlamda farklı ulaştırma hizmetleri kapsamında (örneğin yakın ve uzak mesafe yolcu taşımacılığı, yük taşımacılığı gibi) veya farklı pazar bölümlerine göre, bu taşımacılık hizmetleri çerçevesinde bir fiyat farklılaştırmasına gidilebilir. Fakat bu konuda her durumda dikkat edilmesi gereken asıl husus, bu durumun özellikle sınır aşan yük taşımacılığı ve farklı ulaştırma hizmetleri bağlamında taşımacılık alanında rekabet yeteneğini sınırlamamasıdır¹⁵⁵. AEG § 14(4) cümle 3 kapsamında dikkat edilmesi gereken bir diğer konu ise, pazar bölümlerine göre yapılacak bu fiyat farklılaştırması sonucu ortaya çıkan yararlanma ücretlerinin, her durumda demiryolu taşımacılığının doğrudan bir gereği olarak ortaya çıkan maliyetleri aşamayacağıdır.

Yasal düzenlemelerin tamamlanması bağlamında kanun koyucu, EIBV §§ 20-23 arasında da erişim ücretleri konusunda başka düzenlemelere de yer vermektedir. EIBV § 21(1)'e göre, taşımacılığının çevresel etkileri, belirlenecek bu erişim ücretleri maliyetlerine kısmen yansıtılabilir. Öte yandan EIBV § 21'e göre, bir ulaşım hizmeti diğer ulaşım hizmetleri karşısında yüksek maliyetlere neden oluyorsa, bu maliyetler sadece bu taşıma hizmeti için dikkate alınır. Servis hizmetleri işleticisi ücretleri için öngörülen kurallar AEG § 14(5)'te yer almaktadır. Buna göre kullanım ücretleri bir yandan da erişim hakkı sahibinin pazarda rekabet olanaklarını kısıtlamamalıdır. Diğer yandan ise bu ücretler

¹⁵⁴ Staebe 2010, s. 209, Rdnr. 424.

¹⁵⁵ Staebe 2010, s. 209, Rdnr. 425.

ayrımcılık yapılmadan tahsil edilmelidir. Erişim ücretleri hakkındaki kuralların uygulanması ve yorumlanması konusunda öğretilerde bir görüş birliği yoktur¹⁵⁶.

Öte yandan uygulamada bu konuda somut yasal standartlara ulaşılması ve bu şekilde pazarda etkin bir kontrolün de sağlanması yönünde gittikçe artan bir talep söz konusudur. Demiryolu sektörü şu anda halen diğer şebeke ekonomileri tarafından da yıllardır yakından ve dikkatle izlenen bir gelişme içindedir. Son zamanlarda BNetzA çeşitli vesilelerle DB Station&Service AG'nin istasyon fiyatlandırma sistemi¹⁵⁷ ve DB Netz AG'nin de hat/güzergâh kullanım ücret sistemini (*Trassenpreissystem*)¹⁵⁸, bu sistemlerin münferit unsurlarının özelliklerini de dikkate almak suretiyle incelemeye almıştır¹⁵⁹. Bu konuda taraflar arasında kapsamlı bir uzlaşma ve yasal düzenlemeye ulaşılması hedeflenmektedir¹⁶⁰. BNetzA'nın 2009 Faaliyet Raporu'nda, altyapı erişim hakkı konusundaki düzenlemelerin Kurum'un en önemli faaliyet alanı olduğu vurgulanmıştır. Özel hukuk alanıyla ilgili birçok uyuşmazlık bağlamında hukuk mahkemeleri demiryolu altyapısına erişim ile ilgili düzenlemeleri ve bu alandaki yasal kontrolün hukuka uygunluğunu AEG ve EIBV yanında, BGB ve GWB açısından da değerlendirmektedirler¹⁶¹. Tartışmalı yasal düzenlemeler dikkate alındığında, tartışmalı hususlar yeniden değerlendirilmek suretiyle, bu konuda daha açık ve net düzenlemelere gidilmesi gerektiği savunulmaktadır¹⁶². Bu reform çalışmalarında, halen mevcut yasal düzenlemeler bağlamında ortaya çıkan önemli tartışma noktalarının açıklığa kavuşturulması da gerekmektedir. Aksi

¹⁵⁶ Bkz. STAEBE, E. (2006), "Grundfragen der Trassenpreisregulierung nach der dritten AEG-Novelle", *Wirtschaft und Wettbewerb*, No:5, s. 492.; KOENIG, C., A. NEUMANN ve M. SCHELLBERG (2006), "Neue Spielregeln für den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur als Voraussetzung für chancengleichen Wettbewerb auf der Shiene", *Wirtschaft und Wettbewerb*, No:2, s. 139.; Gersdorf 2004, s. 577 vd.

¹⁵⁷ BNetzA, 10.12.2009 tarihli karar, Az. 705-07 038 – Stationspreissystem der DB Station&Service AG. BNetzA bu kararı ile DB Station & Service AG'nin 2010 yılı için belirlediği ücretlerin geçersiz olduğuna karar vermiştir.

¹⁵⁸ BNetzA, 10.03.2009 tarihli karar, Az. 10.050 F 07-607 – Trassenpreissystem der DB Netz AG.

¹⁵⁹ BNetzA, Az. 10.010 F 08-801 – Regionalfaktoren; Az. 10.050 F 08-901 – Stornierungsentgelte.

¹⁶⁰ Bkz. Özellikle BNetzA, 10. 12. 2009 tarihli Karar, Az. 705-07 038 –Stationspreissystem. Benzer şekilde 6. 4. 2009 tarihli Karar, Az. 10.050 F 08-611 – Minderungsregeln. Bu kararlara; <http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/16061.pdf>, adresinden ulaşılabilir. AyrıcaVG Köln, 16. 6. 2009, Az. 18 L 637/09, *Netzwirtschaften und Recht*, 2009, s. 272-276 ve OVG Münster, 20. 8. 2009, Az. 13 B 922/09.

¹⁶¹ Bu konuda bkz. BREDT, S. (2009), "Zivilgerichtliche Prüfung von Eisenbahninfrastrukturnutzungsentgelten", *Netzwirtschaften und Recht*, 2009, No:4, s. 235-236.

¹⁶² KÜHLING, J. (2009), "Die Zukunft der Eisenbahntgeltregulierung", *Netzwirtschaften und Recht*, No:1, s.36.

takdirde gelecekte ortaya çıkacak düzenlemelerin dahi, halen mevcut düzenlemeler bağlamında yaşanan sorunlarla ilgili bir çözüm getirememe tehlikesi ile karşı karşıya olduğu belirtilmektedir¹⁶³.

9. SEKTÖREL DÜZENLEYİCİ KURUMLAR İLE REKABET OTORİTELERİNİN İLİŞKİLERİ

9.1. Sektöre Özgü Düzenleyici Kurumlar

9.1.1. Düzenleyici Makam Olarak *Bundesnetzagentur*

Almanya’da demiryolu taşımacılığı pazarındaki düzenleyici kurumların görev ve yetkileri AEG § 14 vd hükümlerinde düzenlenmiştir. Daha önceleri *Eisenbahn-Bundesamt*’a bağlı olan düzenleyici kurumların görev ve yetkileri 1 Ocak 2006 tarihi itibarıyla *Bundesnetzagentur* (*BNetzA*)’a geçmiştir. Dolayısıyla demiryolu taşımacılığı sektöründe düzenleyici makam, şebeke özelliği olan elektrik, gaz, telekomünikasyon ve posta gibi sektörlerde olduğu gibi, BEVVG § 4(1) hükmüne göre *BNetzA*’dır. Özerk bir idari kurum olan *BNetzA*’nın merkezi Bonn’da olup, ilişkili olduğu bakanlık ise Federal Ulaştırma, İnşaat ve Kentsel Gelişim Bakanlığıdır. Kurum idari açıdan ise Federal Ekonomi ve Teknoloji Bakanlığına bağlıdır. *BNetzA* esas işlevi regüle edilen sektörlerde etkin bir rekabetin sağlanması konusunda gerekli gözetim ve denetimi sağlamaktır. Demiryolu taşımacılığı alanında ise bu görev ve yetkiler öncelikle demiryoluna ayrımcı olmayan bir erişimin sağlanması olarak ortaya çıkmaktadır.

Düzenleyici makamın demiryolu taşımacılığı alanındaki en önemli görevi şüphesiz araştırma konusundaki yasal düzenlemelerin etkin uygulanmasını denetlemektir. Bununla birlikte düzenleyici makam, AEG §§ 34 ve 35’te yer alan hükümler bağlamında özellikle altyapıya erişim konusundaki sorunlarda diğer yetkili kurumlarla ve GWB hükümlerine göre oluşturulan tek el komisyonu (*Monopolkommission*)¹⁶⁴ ile istişare ve işbirliği içinde bulunmakla

¹⁶³ Staebe 2010, s. 209, Rdnr. 428.

¹⁶⁴ *Monopolkommission* rekabet politikası ve düzenleme (regülasyon) konusunda federal hükümet için danışmanlık yapan bağımsız bir kuruldur. Kurul’un beş üyesi federal hükümetin önerisi ve federal cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır. Kurul’un görev alanı konusundaki bilgilendirme yükümlülükleri GWB § 44’te düzenlenmiştir. Öte yandan AEG § 36 hükmüne göre de enerji ve telekomünikasyon pazarlarında olduğu gibi, demiryolu taşımacılığı pazarında da her iki yılda pazarın durumu konusunda özel bir uzmanlık raporu yayınlamakla yükümlüdür. Bu şekilde demiryolu pazarında mevcut durumun belirlenmesi yanında, rekabetin gelişimi konusundaki olası tahminlerin yapılması da mümkündür. Özellikle de AEG §1 hükmü ile demiryolu taşımacılığı için öngörülen etkin ve bozulmamış bir rekabetin sağlanması hedefi daha somut bir şekilde değerlendirilecektir. Raporun bir diğer yararı ise demiryolu pazarında rekabet politikası

yükümlüdür¹⁶⁵. Öte yandan *BNetzA*'nın düzenleyici makam olarak görevli olduğu posta ve telekomünikasyon pazarlarından farklı olarak, demiryolu taşımacılığı pazarında simetrik bir regülasyon söz konusudur. Başka bir ifadeyle, tüm kamu demiryolu altyapı teşebbüsleri de pazar konumlarından bağımsız olarak, *BNetzA* tarafından yapılan regülasyona tabidirler¹⁶⁶.

Düzenleyici makamın demiryolu taşımacılığındaki diğer görevleri ise AEG § 14b ve devamındaki hükümlerde yer alan ve özellikle demiryolu altyapısına erişim konusundaki hükümlerin uygulanmasını gözetmektir. Bu kapsamda hat yararlanma çizelgeleri ve bununla bağlantılı güzergâh tahsisi konusunda ortaya çıkan sorunlar açısından da nihai karar merciidir. Aynı zamanda AEG §§ 14 ve 14f hükümleri kapsamında altyapı ve servis hizmetlerine erişim yanında, ücretlendirme konusundaki esaslar ve belirlenen ücretlerin düzeyi gibi kullanım koşulları açısından da düzenleyici makamdır¹⁶⁷. Düzenleyici makam bu anlamda AEG § 14(2) 2 hükmünde belirtilen durumlarda demiryolu altyapısına erişim konusunda belirlenen ücret ve yararlanma koşullarını inceleme ve uygun bulmadığı durumlarda bunları reddetme hakkına da sahiptir.

Düzenleyici makam *BNetzA* demiryolu erişimi konusundaki sorunlarda aynı zamanda Almanya genelinde yetkili bir kurumdur. Bu anlamda federal hükümete ait demiryollarına erişim konusunda olduğu gibi, federal yapıya ait olmayan demiryolları konusunda da düzenleyici kurum olarak yetkilidir¹⁶⁸. Bununla birlikte düzenleyici kurumun ilişkili olduğu bakanlığın aynı zamanda Deutsche Bahn AG yönetiminde de söz sahibi olması tartışmalı bir durum olarak değerlendirilmiştir. Çünkü federal bir kurum olan Deutsche Bahn AG aynı zamanda konzerne bir yapı olup, bünyesinde demiryolu taşımacılığı faaliyeti yürüten teşebbüsler yanında altyapı işleticisi olan teşebbüsler de bulunmaktadır. Dolayısıyla finansal açıdan hak sahibi olan federal yönetim açısından Deutsche Bahn AG'nin ekonomik olarak iyi durumda olması konusunda çıkarları da

konusundaki mevcut sorunlar ve yasal düzenlemelerin uygulanması açısından daha yerinde değerlendirmelere olanak tanınmasıdır. Bkz. SCHMITT, T. (2010), "Behördliches und gerichtliches Verfahren, T.Schmitt ve E. Staabe (der), *Einführung in das Eisenbahn-Regulierungsrecht* içinde, s. 299, Rdnr. 619.

¹⁶⁵ Schmitt 2010, s. 294, Rdnr. 605; Hafner 2011, s. 158.

¹⁶⁶ http://www.bundesnetzagentur.de/cln_1931/DE/Sachgebiete/Eisenbahnen/eisenbahnen_node.html;jsessionid=77308F8376749D55E1DAB14F2036E6B5, Erişim Tarihi: 30.12.2012.

¹⁶⁷ Staabe 2010, s. 261, Rdnr. 536-537.

¹⁶⁸ Schmitt 2010, s. 295, Rdnr. 608.

bulunmaktadır¹⁶⁹. Bu durum diğer rakip teşebbüsler ile olan ilişkiler açısından sorunlu bir husus olmaktadır.

9.1.2. Denetim ve Gözetim Makamı Olarak *Eisenbahn-Bundesamt*

Alman hukukunda demiryolu taşımacılığında sektöre özgü denetim ve gözetim makamı ise *Eisenbahn-Bundesamt* olup, AEG § 14b Nr.1 hükmü ise denetim ve gözetim makamının görev alanını düzenlemektedir. Denetim makamı öncelikle demiryolu taşımacılığı alanındaki yasal düzenlemelerin ve bu anlamda da özellikle AEG hükümlerinin uygulanmasını gözetlemekle yükümlüdür. Bir diğer önemli görevi ise demiryolu taşımacılığı pazarında faaliyet göstermek isteyen teşebbüsler için gerekli olan ruhsat veya yetki belgelerini düzenlemektir. *Eisenbahn-Bundesamt* BEVVG¹⁷⁰ § 2(1) hükmüne göre özerk bir federal üst kuruluş olup, idari açıdan ise Federal Ulaştırma, İnşaat ve Kentsel Gelişim Bakanlığına bağlıdır. *Eisenbahn-Bundesamt* demiryolu taşımacılığı alanında aynı zamanda eyalet düzenleyici kurumlarının da üst kuruluşu olan bir sektöre özgü denetim ve gözetim makamı konumundadır¹⁷¹.

Hem federal hem de eyalet düzenleyici kurumlarının önemli görevlerinden bir diğeri ise demiryolu taşımacılığı pazarını ortaya çıkarabilecek rekabet karşıtı davranışlara karşı korumak ve demiryolu taşımacılığı faaliyetleri açısından tehlike arz eden bu tarz müdahaleleri soruşturmadır (Bkz. AEG §5 paragraf 2 cümle 2). Öte yandan düzenleyici kurumların özellikle de demiryoluna erişim konusunda dikkat edecekleri bazı hususlar AEG § 14b(1)'de yer almıştır. Bunlar özellikle demiryolu altyapısına erişim hakkı bağlamında güzergâh tahsisi için gereken koşulları da içeren ağ ulaşım planları, zorunlu yükümlülükler de dahil olmak üzere güzergah tahsisi konusunda verilen kararların denetlenmesi, bu konuda gerekli yükümlülükler de dahil olmak üzere demiryolu altyapısı hizmet

¹⁶⁹ Bu durumda olası bir tehlike ise ilgili bakanlığın düzenleyici kurum üzerinde DB AG Konzern'e bağlı demiryolu taşıma teşebbüslerinin tercih edilmesi yönünde yönlendirici davranışlarda bulunmasıdır. Böyle bir davranış ise rakip teşebbüsler, yani Deutsche Bahn AG'ye bağlı demiryolu teşebbüsleri ile rekabet halinde olan diğer teşebbüsler açısından bir anlamda ayrımcılık olacaktır. Bkz. KÜHLING, J. ve A. ERNERT (2006), "Das neue Eisenbahnwirtschaftsrecht – Hochgeschwindigkeitstrasse für den Wettbewerb?", *Neu Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, No:1, s. 38.

¹⁷⁰ *Bundeseisenbahnverkehrsverwaltungsgesetz*.

¹⁷¹ AEG § 5(1a) Nr.1 hükmüne göre, demiryolu taşımacılığı konusundaki görev ve yetkilerini *Eisenbahn-Bundesamt*'a henüz devretmemiş olan eyalet düzenleyici kurumları varlığını koruyacaktır. Bu istisnai hükümden yararlanan eyaletler ise Berlin, Hamburg ve Niedersachsen olarak belirtilmiştir. Bkz. Schmitt 2010, s. 296, Rdnr. 610; Ende ve Kaiser 2004, s. 33.

tesislerine erişim hususu, yararlanma koşulları, ücretlendirme konusunda esaslar ile ücretlerin düzeyi ile birlikte sınır aşan yolcu taşımacılığı hizmetleri için teşebbüslerin erişim haklarının gözetilmesidir¹⁷².

9.2. Sektör Düzenleyici Kurumun Rekabet Otoriteleri İle İşbirliği

AEG § 14b(2) hükmüne göre, kartel makamlarının (*Kartellbehörden*)¹⁷³ Alman Rekabet Kanunu (GWB) kapsamında sahip oldukları görev ve yetkiler açısından herhangi bir değişiklik veya sınırlama söz konusu değildir¹⁷⁴. Bu durum karşısında, kartel otoritelerinin bu alanda sahip oldukları görev ve yetkiler açısından, demiryolu taşımacılığına özgü düzenleyici hükümlerle herhangi bir sınırlama getirilmediği sürece, başka bir sınırlamanın da söz konusu olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır¹⁷⁵.

Öte yandan demiryolu gözetim ve denetim kurumu (*Eisenbahn-Bundesamt*) yanında, kartel otoriteleri ile birlikte Telekomünikasyon Yasası ve Enerji Yasasına göre oluşturulan düzenleyici makamlar da, ilgili sektörde kendi görevlerini yerine getirirken önemli konularda sahip oldukları bilgileri karşılıklı olarak paylaşmak suretiyle işbirliği halinde çalışacaklardır. Sektörel düzenleyici kurumlar özellikle de AEG § 14b (2) cümle 2 hükmünde yer alan ve demiryolu altyapı teşebbüsleri için yasaklanan ayrımcı veya kötüye kullanma nitelikli davranışlar bağlamında verilecek kararlar hakkında, karşılıklı olarak birbirlerini bilgilendirmek zorundadırlar. Bu şekilde ilgili düzenleyici kurumun başlattığı soruşturma süreci tamamlanmadan önce, ilgili makamlar AEG§ 14b (2) cümle 4 hükmüne göre karşılıklı olarak görüş bildirme fırsatı tanınmalıdır¹⁷⁶.

Sektörel düzenleyici kurumlar için getirilen bu bilgi değişimi yükümlülüğü, farklı sektörlerde faaliyet gösteren kurumlar arasında, rekabet hukuku açısından yeknesak kararlar verilmesi ve bu şekilde birbiriyle zıt veya tamamen çelişen kararların önüne geçilmesi bakımından önem kazanmaktadır¹⁷⁷. Bu durum sadece düzenleyici kurumlar ve rekabet otoritelerinin sorumlulukları açısından da

¹⁷² Schmitt 2010, s. 296, Rdnr. 611.

¹⁷³ GWB § 48/1 hükmü, kartel makamlarının, Federal Kartel Otoritesi (*Bundeskartellamt*), İktisat Bakanlığı ve eyalet hukuklarına göre ilgili eyaletlerin bu konuda yetkili olan en üst mercileri olduğunu belirtmektedir.

¹⁷⁴ Hohmann 2001, s. 357.

¹⁷⁵ Schmitt 2010, s. 297, Rdnr. 613.

¹⁷⁶ Ancak kanun koyucu, kurumlar arasındaki bu karşılıklı bilgilendirme yükümlülüğünü düzenlerken, bu konuda bilgilendirmenin muhatabı makam konusunda, şekli anlamda zorlayıcı bir görüş veya düşünce belirlemekten kaçınmıştır. Bkz. Hermes ve Sellner 2010, AEG § 14e, Rdnr. 33.

¹⁷⁷ Schmitt 2010, s. 297, Rdnr. 613.

geçerli değildir. Çünkü demiryolu düzenleme ve gözetim makamlarının ayrıştırma düzenlemeleri konusundaki sorumlulukları nedeniyle ortaya çıkan tehlike, benzer olgular konusunda erişim denetimi veya gözetimi konusunda düzenleyici makamların hem de AEG §§ 9, 9a hükmüne göre demiryolu düzenleyici makamını ilgilendiren bir durumun ortaya çıkmasıdır. AEG § 14b(2) cümle 2-4 arasında yer alan bu bilgi değişimi yükümlülüğünün temelinde de, düzenleme ve denetim makamları açısından ortaya çıkabilecek ve bir anlamda çift başlı bir düzenleme nedeniyle etkin olmayan sonuçlara yol açmaktan kaçınma düşüncesi bulunmaktadır¹⁷⁸.

Öte yandan Federal Ağ/Şebeke Kuruluşu (*BNetzA*) ve Federal Demiryolu Kurumu (*Eisenbahn-Bundesamt*)'nun AEG § 14b(3) hükmüne göre, AB'deki diğer düzenleyici kurumlar ile de bilgi değişimi kapsamında yasal yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu kurumlar kendi çalışmaları, bu konuda verdikleri kararların gerekçesi ve somut olaylardaki uygulamaları konusunda sahip oldukları bilgileri de ilgili makamlara iletmek zorundadırlar. Böyle bir bilgi paylaşımı gerekliliği, diğer düzenleyici kurumların başvuru veya taleplerinden bağımsız düzenlenmiştir. Bununla birlikte somut kararlar açısından bu tarz bir bilgilendirme yükümlülüğü öngörülmemiştir. Bu düzenleme aynı zamanda ilgili kurumlar arasında bilgi değişiminde bir süreklilik sağlanmak suretiyle, AB uygulamasında ortaya çıkan kararlar arasında bir eşgüdüm sağlamayı da hedeflemektedir¹⁷⁹.

10. REKABET AÇISINDAN SORUNLAR

Demiryolu taşımacılığının serbestleştirilmesi açısından belirleyici olan altyapıya ayrımcı olmayan erişim hakkı konusunda asıl sorun, daha önceleri kendi hatlarını münhasır kullanan kamusal nitelikli teşebbüslerin şimdi rekabet ortamında kendi hatlarından yararlanılmasına göz yummak zorunda kalmalarında yatmaktadır. Daha önceleri dikey bütünleşik bir yapının olduğu bu alanda hem demiryolu altyapısını hem de demiryolu taşımacılık hizmetlerini sağlayan teşebbüs veya daha genel bir ifadeyle Konzern'ler, genellikle rakip teşebbüslerin de bu alana girmelerini sağlamak ve bu anlamda rekabet ortamında faaliyet göstermek konusunda genellikle pek istekli davranmayacaklardır. Aksi yönde bir davranış aslında onların çıkarlarına da uygun olmadığından, rekabet baskısı karşısında bu normal bir davranış olarak da değerlendirilebilir. Çünkü rekabet hukuku açısından bakıldığında her teşebbüs pazarda rakiplerine göre önde veya üstün

¹⁷⁸ Schmitt 2010, s. 297, Rdnr. 613.

¹⁷⁹ Hermes ve Sellner 2010, AEG § 14e, Rdnr. 33.

olmak ister. Bu anlamda hem altyapı üzerinde hak sahibi olan hem de bu altyapıyı bizzat işleten bu teşebbüslerin varlığı nedeniyle ortaya çıkan bir diğer sorun ise rakip diğer demiryolu teşebbüslerine karşı, kendi münhasır taşıyıcı olma konumunu devam ettirmek için ayrımcı davranışlara başvurmadır¹⁸⁰.

Öte yandan ayrımcı davranışlar doğrudan fiyat veya altyapı kullanımından kaynaklanabileceği gibi dolaylı olarak teknik veya diğer altyapıya özgü farklılıklardan da kaynaklanabilirler. Almanya örneği açısından bakıldığında, ortaya çıkan belli başlı rekabet sorunları bazı somut olaylar açısından değerlendirilebilir.

10.1. Yüksek Erişim Ücretleri

Demiryolu taşımacılığı alanında ortaya çıkan rekabet ihlalleri farklı olmakla birlikte bu ihlallerden en önemlisi şüphesiz altyapı işleticileri tarafından rakip teşebbüsler için belirlenen yüksek erişim ücretleridir. Bu durum ilgili pazarda etkin bir rekabetin gerçekleşmesi önünde ciddi bir tehlike oluşturmaktadır. Özellikle Konzern tarzı bir yapılanmanın olduğu durumlarda, altyapıyı işleten ve Konzern içinde yer alan teşebbüsün güzergâh ücretlerini yüksek belirlemesi rakiplerin rekabet yeteneklerini önemli ölçüde azaltmak suretiyle pazarda rekabeti de esaslı şekilde sınırlayabilir. Bu anlamda ayrımcı nitelikli davranışların veya bu yöndeki çabaların genellikle güzergâh veya hat kullanımı konusunda ortaya çıktığı da söylenebilir¹⁸¹.

1999 yılı Ekim ayında Federal Rekabet Otoritesi (*BKartA*) Deutsche Bahn AG'ye karşı, kendi kuruluşu olan DB Netz AG'nin yüksek erişim fiyatları nedeniyle soruşturma başlattı. *BKartA*'a göre, demiryolu altyapı yönetmeliğinin yürürlüğe girmesi ile yenilenen erişim ücretleri hattın kullanımı ile kazanılan indirim sistemi nedeniyle Deutsche Bahn Konzern içinde yer alan ve DB Netz AG'nin "kardeş nakliye şirketine" yaramaktaydı. Bu sonuç ayrımcılık ve engelleyici nitelikte bir kötüye kullanma davranışı konusundaki şüphelerden kaynaklanmaktaydı. Bu yaklaşım aynı zamanda altyapıya ayrımcı olmayan bir erişim açısından, demiryolu taşımacılık faaliyeti ile altyapı işletiminin ayrıştırılmasının önemi açısından da geçerlidir. 2000 yılının sonuna kadar *BKartA* ve *Eisenbahn-Bundesamt* tarafından yüksek ücretler veya diğer engelleyici davranışlar ile altyapıya erişim hakkının engellenmesi konusunda en az sekiz adet soruşturma açılmıştır¹⁸². Daha sonra 2001 yılı hat ücretleri

¹⁸⁰ Hafner 2011, s. 10; Ende ve Kaiser 2004, s. 35.

¹⁸¹ Hafner 2011, s. 13.

¹⁸² Ende ve Kaiser 2004, s. 35.

konusunda da, ayrımcı etkileri nedeniyle yapılan şikâyetler karşısında mahkemeler birçok defa bu tarz fiyat tespitlerini ayrımcılık olarak değerlendirdiler¹⁸³.

Uygulamada gözlenen bir diğer sorun ise, DB Netz AG tarafından, Deutsche Bahn Konzern'e dahil olanlar ile diğer bütün demiryolu taşıma teşebbüslerine karşı, şekli anlamda dahi olsa, tam bir eşit davranma olgusunun gerçekleşmemesidir. Bu anlamda örneğin 1998 yılı hat fiyatları üzerinden sağlanan ve indirim hak kazanmanın hattan yararlanma oranına bağlı olduğu miktar indirimlerini kazanabilmek için, gerekli olan yararlanma oranlarına sadece Deutsche Bahn Konzern'e bağlı demiryolu taşıma şirketleri ulaşabildi¹⁸⁴.

10.2. Bağlama Uygulamaları

Almanya örneği açısından, demiryolu taşımacılığında serbestleştirme sürecinde geçen zaman diliminde sık sık ortaya çıkan bir diğer sorun ise Deutsche Bahn AG ve yakın mesafe banliyö taşımacılığı konusunda yükümlü olan Federal Devletler (*Bundesländern*) arasında ortaya çıkan ve rekabet hukukunda “bağlama uygulamaları” (*tying, Kopplungsgeschäfte*) olarak da tanımlanan ve genellikle rekabet karşıtı etkileri olan davranışlardır¹⁸⁵. Deutsche Bahn AG, Federal Devletlerin taşımacılık hizmetlerini rakip teşebbüsler yerine kendi hukuki bütünlüğü içindeki taşımacılık şirketlerinden almaları halinde, gerekli altyapı yatırımlarına hazır olduğunu belirtiyordu. Deutsche Bahn AG entegre bir teşebbüs olmanın verdiği ve rakip teşebbüslerin sahip olmadığı pazar gücü ve büyük işletme avantajlarını rakiplerine karşı bir baskı aracı olarak kullanabiliyordu. Bu durum karşısında ilgili eyaletler bu hizmetleri Deutsche Bahn AG'den almayı tercih ettiklerinden, rakiplerin dışlanması sonucunda alternatif hizmet sunan teşebbüs sayısının yokluğu veya yetersizliği nedeniyle pazarda etkin bir rekabetin gerçekleşmesi de zorlaşmaktadır.

Öte yandan uygulamada ortaya çıkan sorunlar, kısmen de olsa DB-Konzern ile ilgili yapısal sorunlardan kaynaklanmakla birlikte, DB-Konzern'in aslında genelde ayrımcılık potansiyeli olmayan bir entegrasyon olarak da yönetilmesinin mümkün olduğu şeklinde görüşler de savunulmuştur¹⁸⁶. Örneğin “Elektrik, Gaz,

¹⁸³ Bu yönde bazı mahkeme kararları için bkz. LG Berlin, 9.8.2005 tarihli karar, Az: 102 O 19/05 (Kart); OLG Düsseldorf, 07.02.2007 tarihli karar, Az: VI-U (Kart) 3/06, IR, 2007, s. 91-92; OLG Frankfurt/a.M., 10.10.2006 tarihli karar, Az: 11 U 46/05 (Kart).

¹⁸⁴ Hafner 2011, s. 14. Ayrıca bkz. Ende ve Kaiser 2004, s. 35.

¹⁸⁵ Bu konuda daha ayrıntılı değerlendirmeler için ayrıca bkz. Hafner 2011, s. 239-240.

¹⁸⁶ Hafner 2011, s. 14.

Telekomünikasyon, Posta ve Demiryolu Federal Ağ Kuruluşu” (*Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahn*) bu türden ayrımcı uygulamaları tespit ederken aynı zamanda Deutsche Bahn AG’nin yavru şirketi Deutsche Bahn Netz AG’den bu konuda sık sık çözüm önerileri de istemektedir¹⁸⁷. Hatta bu konuda yapılan değerlendirmelerin yasal dayanakları ile ilgili kısmı, kısmen de olsa bir mahkeme kararında da yer almak suretiyle kabul edilmiştir¹⁸⁸.

10.3. Altyapıya Erişim Sorunları Açısından “Sylt-Strecke Hattı Olayı”

Bu konuda ayrımcılık olarak değerlendirilen somut bir olay ise DB Netz AG’nin hat işletiminden sorumlu olduğu Hamburg-Westerland (Sylt) güzergâhında meydana geldi. Bölgesel taşımacılığı bu hat üzerinde yürüten Nord-Ostsee-Bahn (NOB), kısa süren inşaat faaliyetleri sırasında, ortaya çıkan büyük sefer gecikmelerini ortadan kaldırıp müşterilerin mağduriyetlerini giderebilecek tedbirleri zamanında almakta ve uygulamakta başarısız oldu.

Bu hat (Sylt-Strecke), Hamburg’dan başlayan ve Hindenburgdamm üzerinden Kuzey Denizi Adaları (Nordseeinsel Sylt)’na ulaşan ve yıllık yaklaşık 5,5 milyon yolcu ve bunun yanında 850.000 ağır ve hafif ticari aracın taşındığı, Deutsche Bahn AG için oldukça kârlı bir güzergâhtır. Deutsche Bahn AG’nin karşı koymasına rağmen, onun önemli rakiplerinden birisi olan Connex’e bağlı Nord-Ostsee-Bahn 2002 yılından bu yana bu hat üzerinden, Deutsche Bahn AG’nin fiyatlarına göre daha düşük bir fiyatla gidiş-geliş 77 Euro olacak şekilde, günlük beş adet araba-treni seferi düzenlemek konusunda talepte bulunmuştur. Ancak bu talep karşısında DB Autozug kendi yükleme rampalarını rakip teşebbüse kullandırmaktan kaçınmak suretiyle rekabeti engellemiştir. DB Autozug, yükleme ekipmanlarının kullanımının rekabet açısından bir yükümlülük olmadığını belirtmiştir¹⁸⁹. Fakat burada asıl sorun farklı trenler için ayrı bir araba yükleme rampasının inşasının pratikte mümkün olmamasıdır. *BNetzA*, DB Netz AG tarafından başvuru bu tarz davranışları AEG § 14(1) kapsamında haksız bir engelleme olarak değerlendirdi¹⁹⁰. Gerçekten de bu hükme göre, demiryolu altyapısını işleten teşebbüsler, üçüncü tarafların ağa erişim talepleri karşısında, ayrımcı olmayan bir erişim sağlamakla yükümlüdürler.

¹⁸⁷ Bkz. DB AG, Wettbewerbsbericht 2008, s. 45.

¹⁸⁸ OVG Münster, 28.01.2008 tarihli karar, 13 B 2025/07, *Netzwirtschaften und Recht*, 2008, s. 102; OVG Münster, 28.01.2008 tarihli karar, 13 B 2014/07, *Netzwirtschaften und Recht*, 2008, s. 94.

¹⁸⁹ Ende ve Kaiser 2004, s. 36.

¹⁹⁰ Hafner 2011, s. 15.

10.4. Erişim Planlaması Bilgileri Konusunda Ortaya Çıkan Sorunlar

Bazı durumlarda altyapı erişim hakkı sahibi teşebbüslerin kullanacakları hat ve seferler konusundaki bilgilerin şeffaflığı da önemli bir rekabet sorunu haline gelebilmektedir. Uygulamada Deutsche Bahn AG'nin bu konuda pazarda sahip olduğu hakim durumunu kötüye kullandığı şüphesiyle bazı soruşturmalar da açılmıştır. Rakip teşebbüslerden Connex pazara girmeden önce Deutsche Bahn AG uzak mesafe yolcu taşımacılığı konusunda tek teşebbüs durumundaydı. Connex'in pazara girmesi ile birlikte Federal Rekabet Otoritesi (BKartA) Deutsche Bahn AG'nin rakibin rekabet yeteneklerini, objektif haklı gerekçeler olmadan hakim durumun kötüye kullanılması suretiyle esaslı bir şekilde sınırlayıp sınırlamadığını da incelemeye başlamıştır.

Bu konuda somut bir olay 2003 yılında Deutsche Bahn AG'nin en önemli rakiplerinden birisi olan Connex tarafından kullanılan ve o zamanlar henüz yeni faaliyete geçirilen Rostock-Berlin-Halle-Kassel-Köln uzak mesafe hattında taşımacılık yapan Connex trenleri açısından ortaya çıkmıştır. Deutsche Bahn AG bu hatta yapılan "Interconnex" tarifeleri kendi ulaşım planına almaktan kaçınarak, rakibinin faaliyetlerini zorlaştırmaya çalıştı.

Somut olayda üzerinde durulan husus; DB AG'nin hareket planları konusundaki bilgi sistemine, yakın mesafe yolcu taşımacılığı yapan diğer teşebbüslerin kesinleşmiş hareket planı verilerini de özellikle ekleyerek, bu durumu özellikle Connex'ten gelecek başvuruları reddetmek, başka bir ifadeyle onun hareket planları konusundaki bilgilerini sistemine eklememek amacıyla kasıtlı olarak kullandığı şüphesine dayanmaktadır¹⁹¹. Bu durumu değerlendiren dönemin Federal Rekabet Kurumu başkanı Ulf Böge; "demiryolu müşterileri açısından alışıldık bir sistem olan Deutsche Bahn AG'nin hareket planı konusundaki bilgi sisteminde, yeni bir teşebbüsün seyahat zamanı ve ücretlerini gösteren hareket planı verilerine yer verilmediği zaman, bu durumda demiryolu taşımacılığının serbestleştirilmesi amacı açısından vazgeçilmez olan pazarın daha çok teşebbüse açılması hedefinin tehlikede olduğunu"¹⁹² belirtmiştir.

10.5. Hat Kullanımından Kaynaklanan Atık Sorunları

Uygulamada bir diğer sorun ise hattın kullanımı sırasında ortaya çıkan trenlerdeki atıklardır. Örneğin yukarıda bahsi geçen olayda DB AG, Rostock-Berlin-Halle-

¹⁹¹ Ende ve Kaiser 2004, s. 36.

¹⁹² BUNDESKARTELLAMT (2003), *Pressemeldung des Bundeskartellamtes vom 17.2.2003*, http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/archiv/PressemeldArchiv/2003/2003_02_17.php, Erişim Tarihi: 20.10.2012

Kassel-Köln uzak mesafe hattında taşımacılık faaliyetleri yürüten Connex trenlerinin tuvalet temizliği ve dış yüzey temizliği nedeniyle ortaya çıkan atıkların Rostock'ta 12,3 milyon Euro'ya mal olan atık ve temizleme tesisine kabul etmek istemedi. Bu yeni tesiste geceleri öncelikle sadece Deutsche Bahn AG'nin trenlerinin temizliği yapıldığından, işletmesel nedenlerden dolayı, "Interconnex" trenlerinin dış temizliği ve diğer atıklarının alınması mümkün olmuyordu. Fakat bu davranışın rekabete aykırılığı tartışmalı bulunmuştur. Deutsche Bahn AG yetkilileri açısından bu tarz demiryolu hizmetleri açısından rakiplerin bir hak talebi söz konusu değildir. Tesisin bulunduğu Mecklenburg-Vorpommern Eyalet Ulaştırma Bakanlığına göre, ilgili tesisin maliyetinin yaklaşık %75'ini eyalet hükümeti karşılamakla birlikte, yatırım projesinden rakip teşebbüslerin de yararlanması yönünde herhangi bir açık hüküm bulunmamaktadır. Bu durum karşısından Connex'e karşı dışlayıcı bir davranıştan söz edilemeyeceği belirtilmiştir¹⁹³.

11. TÜRKİYE ÖRNEĞİ

11.1. Genel Demiryolu Kanunu Tasarısı

Demiryolu taşımacılığının serbestleştirilmesi Türkiye'nin de gündemindedir. Bu konuda yapılan çalışmalar açısından 14.07.2008 tarihli Genel Demiryolu Kanunu Tasarısı¹⁹⁴ (GDKT)'nin üzerinde durmak gerekmektedir. Genel gerekçeye göre GDKT, AB demiryolu mevzuatına uyum kapsamında, demiryolu taşımacılığındaki mevcut tekelin kaldırılmasını ve sektörün serbestleştirilmesini sağlamaktadır. Öte yandan demiryollarının özellikle karayolu ile rekabet edebilir bir konuma gelebilmesi için alınması gerekli önlemlerin başında demiryolu sektöründeki tekelin kaldırılması, serbest, şeffaf ve adil rekabetin sağlanmasının gerektiği belirtilmiştir.

Genel gerekçe de GDKT ile sektörde bir dikey ayrıştırmanın öngörüldüğü sonucu ortaya çıkmaktadır. Buna göre *“demiryolu altyapısının demiryolu işletmelerine tahsisi ile altyapının kullanım ücretlerinin belirlenmesi konusunda tam bir şeffaflık ve tarafsızlık sağlanmalıdır. Ayrım yapılmaksızın, şeffaf ve adil bir şekilde demiryolu altyapısının tahsis edilmesini, altyapı kullanım ücretlerinin belirlenmesini ve tahsil edilmesini sağlamak üzere, demiryolu altyapı yönetimi ile taşımacılık hizmeti verecek demiryolu işletmeleri arasındaki ilişki, hukuki yapı, yönetim ve hesapların ayrılması bakımından tanımlanmaktadır. Bu amaçla,*

¹⁹³ Ende ve Kaiser 2004, s. 36.

¹⁹⁴ Genel Demiryolu Kanun Tasarısı (2008), <http://www.tcdd.gov.tr/Upload/Files/ContentFiles/2010/demiryolu-kanunu/kanuntasarisi.pdf>, Erişim Tarihi: 30.11.2012

demiryolu altyapısının idaresinden sorumlu altyapı yönetimlerinin tahsis ve ücretlendirme yapabilmesi için demiryolu taşımacılık hizmetlerini sunan demiryolu işletmelerinden bağımsız, farklı tüzel kişilikler olması şartı getirilmektedir”¹⁹⁵.

Kurumsal açıdan ilgili pazarda iki makamın öngörüldüğü ortaya çıkmaktadır. Birincisi “demiryolu emniyetini düzenleyen genel yapıyı oluşturmak ve denetlemek, demiryolu işletmeleri ile altyapı yönetimlerine lisans ve ilgili emniyet belgelerini vermek üzere öngörülen Demiryolu Emniyet Makamı”dır (GDKT m.4). İkinci kurum ise, sektörde rekabet açısından gerekli düzenlemelerin yapılmasını sağlamak ve uygulamaları denetlemek üzere bağımsız bir Demiryolu Rekabetini Düzenleme Makamıdır. Buna göre, “demiryolu pazarına serbest, şeffaf ve ayrımcı olmayan bir şekilde erişilmesini düzenlemek, denetlemek ve demiryolu işletmeleri ile altyapı yönetimleri arasındaki ihtilafları çözümlmek üzere, işlevsel olarak Demiryolu Emniyet Makamından bağımsız Demiryolu Rekabetini Düzenleme Makamı Kurulur” denmektedir (GDKT m.5(1)).

Bununla birlikte genel gerekçede ilgili cümlede “haksız rekabetin önlenmesi için...” bu kurumun oluşturulduğu belirtilmektedir. Oysa bu düzenleme açısından üzerinde durulması gereken husus rekabeti sınırlayıcı davranışların önlenmesidir. Her ne kadar rekabet ve haksız rekabet hukuku hükümleri serbest piyasa ekonomisinde rekabetçi düzenin sağlanması ve işleyişi bakımından birbirini tamamlar nitelikte düzenlemeler olarak tanımlansalar da, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK) düzenlemeleri anti rekabetçi davranış ve oluşumların önüne geçerek, bozulmamış bir rekabet piyasasının oluşumunu hedeflerken, haksız rekabet hükümleri ise piyasada faaliyet gösteren tacirlerin rekabet ederken tabi oldukları davranışsal sınırları belirlemektedirler¹⁹⁶. Bu bağlamda rekabet hukuku ile haksız rekabet hukuku hükümleri arasında amaç yönünde bir paralellik olmakla birlikte, terminolojik açıdan demiryolu taşımacılığının serbestleştirilmesi açısından rekabeti sınırlayıcı davranışların engellenmesi belirleyicidir. Başka bir ifadeyle, serbestleştirme sonucunda yerleşik teşebbüs veya özellikle de demiryolu altyapısını işleten teşebbüslerin rekabeti sınırlayıcı nitelikte ayrımcı davranışlara başvurmalarının engellenmesi gerekmektedir.

¹⁹⁵ Genel Demiryolu Kanunu Tasarısı Genel Gerekeçe (2008), <http://www.tcdd.gov.tr/Upload/Files/ContentFiles/2010/demiryolu-kanunu/kanuntasarisi.pdf>, Erişim Tarihi: 30.11.2012, s. 22

¹⁹⁶ POROY R. ve H. YASAMAN (2012), *Ticari İşletme Hukuku*, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 360.

Serbestleştirme açısından etkin bir rekabetin ortaya çıkması ilgili pazarda çok sayıda rakip teşebbüsün demiryolu altyapısına erişimi ile desteklenmelidir. Bu teşebbüslerin ayrımcı olmayan bir erişim hakkı kapsamında faaliyet gösterebilmesi için gerekli yasal güvencelerin de sağlanması gerekmektedir. Bu anlamda, GDKT'nin "Eşitlik" yan başlığını taşıyan 4. maddesi bu hususu düzenlemektedir. Hükme göre, "*altyapı yönetimleri, asgari erişim paketine dahil hizmet tesislerine hat erişimini adil ve ayrımcı olmayan bir şekilde demiryolu işletmelerine sunmakla yükümlüdür*". Ancak bu maddenin başlığının "eşitlik" yerine, "eşit davranma yükümlülüğü" veya "ayrımcılık yasağı" şeklinde düzenlenmesi daha isabetli olabilir. Çünkü burada esasen eşitlikten çok, demiryolu altyapısına ayrımcı olmayan bir erişim hakkı bağlamında objektif nedenler dışında "ayrımcılık yasağı" öne çıkmaktadır.

Tasarı, altyapı yönetimini "*demiryolu altyapısının tesisi, bakımı ve onarımı ile trafiğin sevk ve idaresi dahil yönetiminden sorumlu kurum, kuruluş veya işletme*" olarak tanımlamaktadır. Bu tanımlama ile kamusal veya özel bir teşebbüsün mü öngörüldüğü belli olmamakla birlikte, ayırıştırma sonucunda altyapı işletiminin kamusal bir kurum veya kuruluşun hâkimiyetinde bırakılması daha yararlı olabilir. Bu anlamda kamusal bir kurum veya kuruluşun taraflar arasındaki olası çıkar çatışmaları konusunda "kamu yararı" düşüncesinden hareketle daha hakkaniyete uygun çözümler bulması ve taraflara eşit mesafede durması düşünülebilir. Aksi durumda, altyapı işleticisinin mevcut TCDD'nin bünyesinde yer alan bir kuruluş olması ve sonuçta bir "konzern" yapılanmanın ortaya çıkması durumunda, Almanya örneğinde de görüldüğü üzere, rakip teşebbüsler açısından çeşitli rekabet sorunları ortaya çıkabilir. Böyle bir yapı sonucunda özellikle hat tahsis ve ücretler konusunda ortaya çıkabilecek ayrımcı davranışlardan ziyade, rakip demiryolu taşıma teşebbüslerinin hat kullanımı ve taşımacılık faaliyeti konusundaki ticari sırlarının bir anlamda konzern yapı nedeniyle yerleşik teşebbüs tarafından da öğrenilebilme ihtimalidir. Bu tarz sorunların üstesinden gelebilmek açısından etkin idari ve yasal önlemlerin ikincil mevzuat ile düzenlenmesi önem kazanmaktadır.

Öte yandan altyapı işleticisi ve mevcut TCDD'nin aynı ekonomik ve hukuksal bütünlük içinde yer alması idari açıdan da sorunlu olacaktır. Her iki kuruluşun Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının idari denetiminde olması ihtimalinde, özellikle altyapı işleticisi için bağımsız karar alma sorununun ortaya çıkması muhtemeldir. Bu durum karşısında altyapı işleticisinin başka bir bakanlığa bağlı olması daha yerinde bir çözüm olabilir.

Bu konuda bir diğer olası sorun ise sektöre özel rekabet kuralları ile RKHK hükümleri arasında, ilgili idari makamları da kapsayacak şekilde çeşitli yetki

sorunlarının nasıl çözüleceğidir. Bu konuda Rekabet Kurulu'nun "genel rekabet hukuku hükümleri" olarak RKHK m.4 ve m.6 hükümleri bağlamında sahip olduğu görev ve yetkileri şüphesiz devam edecektir. Ancak yapılacak yasal düzenlemeler çerçevesinde özellikle ayrımcılık yasağı ve altyapıya erişim hakkı bağlamında daha somut ve çerçevesi belirlenmiş yasal düzenlemelerin yapılması da gerekmektedir. Fakat bu noktada rekabeti sınırlayıcı davranışlar açısından Rekabet Kurumu ve sektör düzenleyici kurum olarak Demiryolu Rekabetini Düzenleme Makamı arasındaki işbirliği önem kazanmaktadır.

RKHK m.1 hükmü Kanun'un amacını; "*mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamak*" olarak açıklamaktadır. Bununla birlikte daha öncede bahsedildiği gibi, "Alman Rekabet Kanunu" (GWB) § 130'da yer aldığı gibi, genel rekabet düzenlemeleri ile sektöre özgü rekabet kuralları arasındaki ilişki ve bu anlamda ilgili makamların görev ve yetkilerini somut bir şekilde belirleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konuda olası bir çözüm önerisi olarak, ilgili makamlar arasında bir işbirliği protokolü önerilebilir¹⁹⁷. Rekabet Kurumu sektör düzenleyici kurumlar olarak Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK)¹⁹⁸ ve Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK)¹⁹⁹ ile daha önceden bu

¹⁹⁷ Nitekim sorunu enerji sektörü açısından ele alan bir çalışmada, Rekabet Kurumu ile Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK)'nın ortak alanında kalan hususlara ilişkin olarak, kurumlar arası eşgüdüm ve sürekli iletişimle, konuların ortaklaşa takip edilmesi, bu açıdan iki kurum arasında imzalanacak bir protokol ile düzenli aralıklarla temas ve bilgi değişimini sağlayan mekanizmaların öngörülmesinin önemli olduğu belirtilmiştir. Bu konuda öne çıkan gerekçeler ise kısaca; rekabet hukuku ve politikası konusunda uzmanlaşmış rekabet otoritesinin sektörel düzenleyici kurumlara kıyasla, sektöre özgü teknik bilgi ve becerilere, sektörel gelişmelere uzak olması, rekabet otoritesinin sektöre özgü bilgi ve becerilere sektörel düzenleyici kurum kadar hakim olmasının mümkün olmadığı gibi, asıl işlevinin geri planda kalmaması bakımından (bunun) istenir de olmadığı, bu bakımdan Rekabet Kurumu ile EPDK arasında etkin bir işbirliği mekanizmasının çalıştırılmasının, Rekabet Kurumunun sektörel bilgi ihtiyacının, sektörde uzmanlaşmış kurum tarafından sağlanmasını sağlama yönüyle de önemli olduğu belirtilmiştir. Bu hususta daha ayrıntılı değerlendirmeler açısından bkz. ŞAHİN, S.Y. (2010), "Türk Enerji Sektöründe Rekabet Kurumu ile Sektörel Düzenleyici Kurum Arasındaki İlişki, *Rekabet Dergisi*, Cilt: 11, Sayı: 4, s.49-50.

¹⁹⁸ Bilgi Teknolojileri ve İletişim Grubu ile Rekabet Kurumu arasındaki İşbirliği Protokolü konusunda bkz. http://www.btk.gov.tr/basin_bultenleri/dosyalar/Basin-bulteni-BTK-RK-Protokolu.pdf, Erişim Tarihi: 2.12.2012

¹⁹⁹ Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu ile Rekabet Kurumu Arasında İşbirliği ve Bilgi Paylaşımı Protokolü, <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/images/file/Basin/RK-BDDK.pdf>, Erişim Tarihi: 2.12.2012

tarz işbirliği protokolleri imzalamış bulunmaktadır. Esasen bu tarz işbirliği protokolleri taraflar arasında bilgi değişimi ve bu anlamda ilgili sektörlerde rekabet sorunlarının izlenmesi açısından faydalı olmakla birlikte, yasal anlamda bağlayıcılıkları ve bu konuda etkin bir çözüm üretmeleri de tartışmalıdır. Aynı zamanda çok sayıda sektöre özgü düzenleyici kurumun bulunduğu Türkiye’de, her kurum ile bu tarz protokoller yapılması da bir diğer sorundur.

Bilindiği gibi düzenleme ve denetleme yapma görev ve yetkileri belirli piyasalarla sınırlanmış olan sektörel düzenleyici kurumların aksine, Rekabet Kurumu, kural olarak, herhangi bir sektörel sınırlandırma olmaksızın, tüm mal ve hizmet piyasalarında rekabet kurallarını uygulamakla görevlidir. Bu durum RKHK’nın amaç başlıklı m.1 ve kapsam başlıklı m.2 hükmünde de açıkça yer almıştır. Öte yandan sektöre özgü düzenlemeler, rekabet politikalarının aksine, geçici bir işleve sahiptirler. Bu anlamda rekabet hem teşebbüslerin maliyetlerini düşürmelerini teşvik eden hem de bu maliyet düşüşlerinin doğrudan tüketicilere de yansımaları sağlayan bir süreç olarak da değerlendirildiğinden, regülasyona kıyasla daha üstün bir kaynak dağıtım mekanizması olarak da görülmektedir²⁰⁰.

Dolayısıyla bu konuda Rekabet Kurumu’nun müdahale yetkisi ayrı bir önem kazanmaktadır. Kanaatimizce RKHK m.1 ve m.2 hükümleri bir yana, RKHK’nın uygulama alanı dışında meydana gelse dahi, etkileri RKHK’nın uygulama alanında ortaya çıkan bütün rekabeti sınırlayıcı davranışlar konusunda RKHK hükümlerinin uygulanacağı belirten açık bir hükmün RKHK’ya eklenmesi yerinde olacaktır. Öte yandan eklenecek bu hükümde, diğer sektörel düzenleyici kanunlarda bu konuda aksine bir açık ve net hüküm olmadığı sürece, özellikle RKHK m. 4, 6 ve 7 hükümlerinin bu sektörler için de geçerli olduğunun açıkça vurgulanması yerinde olacaktır. Böyle bir düzenleme bir yandan Rekabet Kurumu’nun rekabeti sınırlayıcı davranışlara etkin ve yerinde müdahaleler yapmasını kolaylaştırırken, diğer yandan ise sektörel düzenleyici kurumlar ile yaşanabilecek çeşitli yetki sorunlarının ve nihayetinde benzer konularda çelişen kararların önüne geçilmesi de mümkün olabilecektir.

Daha önceden Almanya örneği açısından belirtildiği gibi, AEG §14b(2) hükmünde rekabet makamları ile sektöre özgü demiryolu düzenleyici kurumlarının işbirliği düzenlenirken, kartel (rekabet) makamlarının GWB’den kalan görev ve yetkilerinin saklı kaldığı vurgulanmıştır. Aynı zamanda düzenleyici kurum ile demiryolu gözetim ve denetim kurumu yanında ayrıca rekabet makamlarının ve telekomünikasyon kanunu ile enerji piyasası kanununa

²⁰⁰ Şahin 2010, s. 25.

göre oluşturulan yetkili makamların da görevlerini yerine getirirken söz konusu düzenleyici makamların önemli görevlerini yerine getirebilmeleri açısından önemli olabilecek konularda karşılıklı olarak birbirlerini bilgilendirecekleri belirtilmiştir. Özellikle de demiryolu altyapı teşebbüsleri için yasaklanabilecek nitelikte kötüye kullanma veya ayrımcı davranışlara ilişkin kararlar konusunda, düzenleyici kurumlara karşılıklı olarak bilgilendirme yükümlülüğü getirilmiştir.

Türkiye örneği açısından yeniden olaya dönülecek olursa, GDKT'ye ilgili kurumlar arasındaki işbirliği açısından bu yönde bir açık hüküm eklenmek suretiyle de bu sorunun çözülmesinin mümkün olabileceği düşünülmektedir.

11.2. Demiryolu Düzenleme Genel Müdürlüğü

Demiryolu taşımacılığının serbestleştirilmesi çalışmaları kapsamında Türkiye'de yapılan çalışmalardan birisi de 655 sayılı Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile oluşturulan Demiryolu Düzenleme Genel Müdürlüğü'dür. Müdürlüğün önemli görev alanlarından birisi de *“demiryolu altyapı işletmecisi ve demiryolu tren işletmecileri ile demiryolu taşımacılığı alanında organizatör, acente, komisyoncu, gar veya istasyon işletmecisi ve benzeri faaliyette bulunanların hizmet esasları, mali yeterlik ve mesleki saygınlık şartlarını belirlemek, bunları yetkilendirmek ve denetlemek”* olarak belirtilmiştir.

Genel Müdürlüğün bir diğer önemli görevi ise demiryolu altyapısı kullanımı, tahsisi, erişimi ve ücretlendirmeye ilişkin olarak demiryolu altyapı işletmecileriyle demiryolu tren işletmecileri arasında oluşan ihtilafların çözümüne yönelik karar almaktır. Aynı zamanda, demiryolu ulaşımını geliştirmek ve serbest, adil, sürdürülebilir bir rekabet ortamı sağlamak amacıyla sınırlı olmak üzere; demiryolu altyapı kullanım ücretleri ile taşımacılık faaliyetlerine ilişkin gerektiğinde taban ve tavan ücret tespit etmek ve uygulamasını denetlemek de genel müdürlüğün görevleri arasında sayılmıştır.

SONUÇ

Almanya örneğinde demiryolu taşımacılığında serbestleştirme açısından geçen zaman dilimi de göz önünde bulundurulduğunda, rekabetin henüz istenen seviyede olmadığı belirtilmiştir. Bu değerlendirme aynı zamanda bu konudaki ilk AB düzenlemesinin üzerinden 15 yıldan fazla bir zaman geçtiği halde yapılmaktadır. Bu sonuç aslında genel olarak AB demiryolu pazarı açısından da geçerlidir. Demiryolu taşımacılığında kalite ve yüksek verimlilik ilkeleri açısından öngörülen Avrupa demiryolu pazarının entegrasyonu hedefi, geçen

zaman diliminde teknik engeller yanında, üye devletlerin bu konuda yavaş hareket etmeleri yanında farklı çıkar gruplarının dirençleri nedeniyle de tam anlamıyla gerçekleşmemiştir²⁰¹.

Öte yandan Almanya örneği açısından demiryolu taşımacılığının serbestleştirilmesi sürecinde rekabet açısından ortaya çıkan yetersizliğin önemli bir nedeni olarak yerleşik teşebbüs olan Deutsche Bahn AG'nin konzern yapısı nedeniyle Almanya'da demiryolu taşımacılığı hizmetlerini sunmak için gerekli olan demiryolu altyapı sistemi üzerindeki güçlü konumudur²⁰². Gerçekten de yakın mesafe (şehir merkezleri ve büyükşehirlerde banliyöler dahil) demiryolu yolcu taşımacılığında Deutsche Bahn AG'nin pazar payı 2004 verilerine göre %91 üzerinde gerçekleşmiştir. Uzak mesafe yolcu taşımacılığında ise bu oran neredeyse %99 civarında gerçekleşirken, yük taşımacılığında ise %94 civarında gerçekleşmiştir²⁰³.

Bu konuda olası bir kapsayıcı çözüm önerisi ise Deutsche Bahn Konzern'e bağlı demiryolu taşıma teşebbüslerinin devri olarak öne çıkmaktadır. Buna göre Deutsche Bahn Konzern'e bağlı demiryolu taşıma teşebbüslerinin hisselerinin çoğunluğu devredilmelidir. Bu konuda hala %25 olarak öngörülen bu devir oranının yeterli olmayacağı da belirtilmiştir. Ancak bu durumda Deutsche Bahn AG ile onun altyapı şirketlerinin tamamen federal devletin mülkiyetinde kalması söz konusudur. Öte yandan bu çözüm önerisinin aynı zamanda Deutsche Bahn AG'ye bağlı demiryolu taşıma teşebbüslerinin özelleştirme ile borsada halka arzı için bir avantaj olarak da değerlendirilmektedir²⁰⁴.

Bu konuda ikinci bir çözüm önerisi ise Deutsche Bahn AG'nin mevcut yapısı korunmakla birlikte, kapasite tahsisinin başka bir kuruluş tarafından yapıldığı bir yapılanmayı önermektedir. Bu öneri aynı zamanda 2001/14/EG sayılı Direktif'in 4. maddesinin 2. ve 14. maddesinin 2. fıkraları ile öngörülen düzenlemelerle de uyumlu değerlendirilmektedir. Adı geçen direktif esasen altyapı yönetiminin hukuki yapısı, organizasyon ve karar alma fonksiyonlarının herhangi bir demiryolu teşebbüsünden bağımsız olmaması durumunda, kapasite tahsisinin bağımsız bir organ tarafından yapılmasını öngörmektedir. Bu öneri açısından söz

²⁰¹ Ende ve Kaiser 2004, s. 36.

²⁰² Fakat Monopolkommission'un 2009 Demiryolu Özel Raporuna göre rekabetçi açıdan şimdiye kadar ortaya çıkan sonuçlar olumlu yöndedir. Özellikle yakın mesafe yolcu taşımacılığında doğrudan bağlantılar, yoğunluğun olduğu bu pazarda tüketicilerin de istediği bir sonuç olarak, daha kaliteli hizmet sunumu konusunda önemli avantajlar sağlamıştır. Bkz. Monopolkommission 2009, s. 99.

²⁰³ Gersdorf 2004, s. 578.

²⁰⁴ Hafner 2011, s. 223.

konusu olan özellikle kamusal nitelikte ve bağımsız bir kuruluşun varlığıdır. Ancak somut öneri açısından demiryolu pazarında Deutsche Bahn AG'nin konzern yapısı da devam ettiğinden, sektörde faaliyet alanlarının tam ayrıştırıldığı bir modele göre daha az rekabetçi bir öneri olarak da değerlendirilmiştir²⁰⁵.

Bu konuda bir diğer eleştiri konusu ise demiryolu taşımacılığı pazarında yetkili kurumlar olan *Eisenbahn-Bundesamt* ve *Bundesnetzagentur*'un idari denetimi altında oldukları Federal Taşımacılık-İnşaat ve Kentsel Gelişim Bakanlığının aynı zamanda devlete ait Deutsche Bahn AG'nin yönetiminde de bulunmasıdır. Dolayısıyla idari açıdan ortaya çıkan bu hiyerarşik yapı karşısında, demiryolu taşıma teşebbüslerinin bağımsızlığı da tartışmalı olmaktadır. Federal yönetime ait Deutsche Bahn AG'ye bağlı demiryolu taşıma teşebbüsleri de bulunduğundan, düzenleyici kurumların bu teşebbüslerin davranışları karşısında her durumda bağımsız davranmaları şüphe götürmektedir. Bu durum karşısında düzenleyici idari makamların da tam anlamıyla bağımsız olmadığı belirtilirken, farklı bakanlıklara dağıtılmış bir idari denetim ve pazar yapısının oluşturulması da bir diğer olası çözüm önerisidir²⁰⁶.

Almanya örneği açısından Deutsche Bahn AG'nin pazarda hala hakim durumda olduğu ve kurumsal açıdan Deutsche Bahn Konzern için şimdiye kadar yeterli bir ayrıştırma da gerçekleştirilmediğinden, Deutsche Bahn AG'nin demiryolu taşımacılığı pazarındaki hakim durumunun devam edeceği öngörülmektedir. Öte yandan bu tarz bir pazar yapısı ile birlikte ortaya çıkan ayrımcılık potansiyelinin pazardaki olası sonuçları ise diğer demiryolu taşıma şirketlerinin pazara girişinin engellenmesidir. Çünkü işlevsel bir rekabetin sağlanabilmesi açısından ayrıştırma önemli bir husustur. Nitekim AB Komisyonu da, Almanya'nın birinci demiryolu paketi ile öngörülen hedeflerin gerçekleştirilmesi konusunda isteksiz davrandığı ve bu konudaki çalışmaların yetersiz kaldığına karar verdi. AB Komisyonu bu konuda ayrıca Avrupa Birliği Adalet Divanı önünde Almanya'nın da aralarında bulunduğu 13 üye devlete karşı davacı oldu²⁰⁷.

Deutsche Bahn AG bünyesinde yer alanlar dışında Almanya'da yüzden fazla demiryolu taşıma şirketi bulunmaktadır. Fakat yukarda genel hatlarıyla

²⁰⁵ Hafner 2011, s. 224.

²⁰⁶ Hafner 2011, s. 248.

²⁰⁷ Bkz. EUROPÄISCHE KOMMISSION (2010), Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 24.06.2010, IP/10/807, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-807_de.htm?locale=en, Erişim Tarihi: 30.08.2012

bahsedilen rekabet sorunları bu teşebbüsler açısından da geçerlidir. Bu durum karşısında Deutsche Bahn-Konzern'e ait altyapıya erişim ekonomik açıdan daha büyük önem kazanmaktadır. Öte yandan Almanya'da çok sayıda bölgesel demiryolu taşımacılığı yapan teşebbüs de bulunmaktadır²⁰⁸. Deutsche Bahn AG'nin 2011 Rekabet Raporu'na göre, bölgesel taşımacılık pazarının büyüklüğü, demiryolu reformunun başladığı yıl olan 1994 ile karşılaştırıldığında %26 oranında artmıştır²⁰⁹. Bölgesel demiryolu taşımacılığı pazarının büyüklüğü 1994 yılında 500 milyon tren/kilometreden 2010 yılında 630 milyon tren/kilometreye ulaşmıştır. Bu durum karşısında demiryolu taşımacılığı da olumlu yönde gelişmiştir. 1994'te 30,3 milyar yolcu/kilometreden, 2010'da 47 milyar yolcu/kilometre'ye ulaşılırken, artış oranı yaklaşık %55 civarında gerçekleşmiştir. 2010 yılında taşıyıcı iş miktarı 62 milyon tren/kilometre yük olurken, Deutsche Bahn Regio AG bu miktarın 38,5 milyon tren/kilometrelik kısmını almıştır. Bu da %62 oranında bir pazar payı anlamına gelmektedir. Bununla birlikte bölgesel taşımacılık açısından son zamanlarda yaşanan olumlu gelişmeler sonucunda rakiplerin pazar payı %21,6 oranına ulaşmıştır. 2010 yılında %7'lik bir artışla 137 milyon tren/kilometre oranına ulaşmıştır²¹⁰.

Almanya'da genel olarak taşımacılık sektörü, yük/eşya taşımacılığı açısından 2010 yılında, 2009 kriz yılının ardından % 11 oranında büyümüştür. Bununla birlikte diğer taşımacılık sektörleri ile karşılaştırıldığında, Almanya'da demiryolu taşımacılığının pazar payı 2010 yılında %17,2 civarında gerçekleşmiştir²¹¹. Demiryolu taşımacılığı açısından Deutsche Bahn-Schenker Rail'in taşıdığı yük miktarı 80,4 milyar ton/kilometre olurken, rakip teşebbüslerin taşıdıkları yük miktarı oranları ise 26,9 milyar ton/kilometre olmuştur. Rakip teşebbüslerin pazar payı oranı ise %25,9 civarında gerçekleşmiştir. Rakip teşebbüslerin pazar payı oranları 1994 yılında %1,2, 2006 yılında %16,4 ve 2008 yılında ise %21,2 olmak üzere²¹² sürekli artış yönünde gerçekleşmiştir.

Bununla birlikte Almanya örneği açısından bir diğer önemli eleştiri de teknik açıdan ayrımcılık yasağına karşı, yasal açıdan yeterli önlemlerin öngörülemediğidir. Bu konudaki görüşler Deutsche Bahn Konzern'in her açıdan

²⁰⁸ Bu bölgesel demiryolu taşımacılığı yapan teşebbüslere örnek olarak özellikle Baden-Württemberg Eyaleti'nde faaliyet gösteren Hohenzollerische Landesbahn AG veya Albtal-Verkehrs-Gesellschaft mbH gösterilebilir. Bkz. Hafner 2011, s. 16.

²⁰⁹ Bkz. DB Wettbewerbsbericht 2011, s. 10.

²¹⁰ Bkz. DB Wettbewerbsbericht 2011, s. 10.

²¹¹ Bkz. DB Wettbewerbsbericht 2011, s. 15.

²¹² Bkz. DB Wettbewerbsbericht 2011, s. 17.

rakiplerini teknik, işletmesel, organizasyon, bilgi veya iletişim bakımından zorluklar çıkarmak suretiyle mağdur edebilecek olanaklara sahip olduğu ve bu Şekilde etkin bir rekabeti de engelleyebileceği yunindedir²¹³. Sonuç olarak, demiryolu reformu hedefi bağlamında demiryolu taşımacılığında serbestleştirme ve rekabet için “raylar üzerinde çok sayıda taşıt” hedefinin henüz risk altında olduğu belirtilmektedir.

²¹³ Gersdorf 2004, s. 576.

KAYNAKÇA

AMGWERD, M. (2008), *Netzzugang in der Telekommunikation*, Schulthess Juristischen Medien AG, Zürich.

BREDT, S. (2009), “Zivilgerichtliche Prüfung von Eisenbahninfrastrukturnutzungsentgelten”, *Netzwirtschaften und Recht*, No:4, s.235-241.

BREMER, E. ve T. HÖPPNER (2009), “Zum Verhältnis von Kartellrecht und Eisenbahnrecht”, *Wirtschaft und Wettbewerb*, No:12, s.1271-1273.

BUNDESKARTELLAMT (2003), *Pressemeldung des Bundeskartellamtes vom 17.2.2003*, http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/archiv/PressemeldArchiv/2003/2003_02_17.php, Erişim Tarihi: 20.10.2012.

DEUTSCHE BAHN AG (2008), *Geschäftsbericht 2008*, http://www.deutschebahn.com/site/shared/de/dateianhaenge/berichte/geschaeftsbericht_2008_konzern.pdf, Erişim Tarihi 25.5.2012.

DEUTSCHE BAHN AG (2009), *Wettbewerbsbericht 2009*, https://www.deutschebahn.com/de/presse/publikationen/wettbewerbsberichte/2237008/Wettbewerbsbericht_2009.html?start=0, Erişim Tarihi: 10.09.2012.

DEUTSCHE BAHN AG (2011), *Wettbewerbsbericht 2011*, http://www.deutschebahn.com/file/2187402/data/wettbewerbsbericht_2011.pdf, Erişim Tarihi: 30.09.2012.

EISENBAHN-BUNDESAMT (2009), *Liste der öffentlichen Eisenbahnverkehrsunternehmen in Deutschland*, www.eisenbahn-bundesamt.de, Erişim Tarihi: 23.12.2009.

ENDE, K. ve J. KAİSER (2004), “Wie ist die Liberalisierung der Schiene? Eine Bestandsaufnahme über die Marktöffnung im Eisenbahnsektor”, *Wirtschaft und Wettbewerb*, No: 1, ss. 26-37.

ERNERT, A. (2010), “Entflechtungsvorgaben (Unbundling)”, T. Schmitt ve E. Staebe (der), *Einführung in das Eisenbahn-Regulierungsrecht* içinde, s.79-126.

EUROPÄISCHE KOMMISSION (2009), *Generaldirektion Energie und Verkehr, EU energy and transport in figures, statistical pocketbook*, 2009.

EUROPEAN COMMISSION (2006), *Commission Staff Working Document, Annexes to the Communication on the implementation of the railway infrastructure package Directives* (“First Railway Package), 3. 5. 2006, COM (2006).

EUROSTAT (2009), *Statistics in Focus 11/2009*, Inland Freight and Passenger Transport in the EU-27 up to 2007.

FÖRSTER, S. ve M. KARDETZKY (2010), “Infrastrukturzugang”, T. Schmitt ve E. Staeb (der), *Einführung in das Eisenbahn-Regulierungsrecht* içinde, s.133-207.

GERSDORF, H. (2004), “Marktöffnung im Eisenbahnsektor”, *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, No: 168, s. 576-612.

GIUDICI, G. (2004), *Die Anwendbarkeit des essential-facilities-Doktrin auf die Immaterialgüterrechte*, Peter Lang , Frankfurt am Mein.

GÜRZUMAR, O.B. (2006), *Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

HAFNER, P. (2011), *Entflechtung und Wettbewerb im Eisenbahnwesen*, Verlag Dr. Kovac, Hamburg.

HERMES, G. ve D. SELLNER (2006), *Beck’scher AEG Kommentar, Allgemeines Eisenbahngesetz*, 1. Auflage, Verlag C. H. Beck, München.

HOHMANN, H. (2001), *Die essential facility doctrine im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.

KARAMANOğLU, Canan (2012), “Demiryolu Reformları”, *Ulaştırma Sektöründe Serbestleştirme, Rekabet ve Rekabet Hukuku Sempozyumu*, İzmir.

KOENIG, C., A. NEUMANN ve M. SCHELLBERG (2006), “Neue Spielregeln für den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur als Voraussetzung für chancengleichen Wettbewerb auf der Schiene”, *Wirtschaft und Wettbewerb*, No: 2, s.139-149.

KUNZ, W. (2006), *Eisenbahnrecht (Kommentar)*, Nomos Verlag, Baden-Baden.

KÜHLING, J. (2004), *Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften*, Verlag C.H.Beck, München.

KÜHLING, J. (2009), “Die Zukunft der Eisenbahntgeltregulierung”, *Netzwirtschaften und Recht*, No:1, s.36-43.

KÜHLING, J. ve A. ERNERT (2006), “Das neue Eisenbahnwirtschaftsrecht – Hochgeschwindigkeitstrasse für den Wettbewerb?”, *Neu Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, No:1/25, s.33-39.

KÜHLING, J., G. HERMEIER ve U. HEIESHOFF (2007), *Entgeltregulierung im Eisenbahnrecht*, Münster.

LAU, U. (2009), “Die Rechtsprechung des OVG Münster zum Eisenbahnregulierungsrecht”, *Netzwirtschaften und Recht*, Nr:1, s.43-47.

LERCHE, C. (2010), “Anwendungsbereich der Regulierungsvorschriften”, T. Schmitt ve E. Staeb (der), *Einführung in das Eisenbahn-Regulierungsrecht*, içinde, s.33-78.

MONOPOLKOMMISSION (2007), “Wettbewerbs- und Regulierungsversuche im Eisenbahnverkehr”, *Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 36 AEG*, http://www.monopolkommission.de/sg_48/text_s48.pdf, Erişim Tarihi: 20.08.2012, Bonn

MONOPOLKOMMISSION (2009), “Unabhängigkeit der Eisenbahninfrastruktur”, 55. Sondergutachten-Bahn 2009, 21. 9. 2009, *Wirtschaft und Wettbewerb*, WuW/DE-V, No:1, s.98-104.

OKUTAN NILSSON, G. (2009), *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku*, Birinci Bası, XII Levha Yayıncılık, İstanbul.

POROY R. ve H. YASAMAN (2012), *Ticari İşletme Hukuku*, Ondördüncü Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul.

SCHMITT, T. (2010), “Behördliches und gerichtliches Verfahren”, T. Schmitt ve E. Staebe (der), *Einführung in das Eisenbahn-Regulierungsrecht* içinde, s.291-330.

SOLDNER, A. (2008), *Liberalisierung des Eisenbahnwesens: Zwischen Wettbewerb und Regulierung*, Peter Lang Verlag, Frankfurt.

STAEBE, E. ve T. SCHMITT (2010), “Rechtsgrundlagen der Eisenbahnregulierung”, T. Schmitt ve E. Staebe (der), *Einführung in das Eisenbahn-Regulierungsrecht* içinde, s.1-32.

STAEBE, E. (2006), “Grundfragen der Trassenpreisregulierung nach der dritten AEG-Novelle”, *Wirtschaft und Wettbewerb*, No: 5, s.492-501.

STAEBE, E. (2010), “Infrastrukturnutzungsentgelte”, T. Schmitt ve E. Staebe (der), *Einführung in das Eisenbahn-Regulierungsrecht* içinde, s. 209-290.

ŞAHİN, S.Y. (2010), “Türk Enerji Sektöründe Rekabet Kurumu ile Sektörel Düzenleyici Kurum Arasındaki İlişki”, *Rekabet Dergisi*, Cilt: 11, Sayı: 4, s.7-57.

WEYERS, U. (2009), “Der Anwendungsbereich des Werksbahnprivilegs – Muss jedes Eisenbahninfrastrukturunternehmen Zugang zu seiner Eisenbahninfrastruktur gewähren?”, *Netzwirtschaften und Recht*, No: 4, s.241-247.

MAHKEME KARARLARI

BNetzA, 10.03.2009 tarihli karar, Az. 10.050 F 07-607 – Trassenpreissystem der DB Netz AG.

BNetzA, 10.12.2009 tarihli karar, Az. 705-07 038 – Stationspreissystem der DB Station&Service AG.

EuGH, 7.6.2005, Rechtssache C-17/03, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2005, s.695-697.

KG Berlin, 26.6.2003, 2 U 20/02 Kart., *Wirtschaft und Wettbewerb*, WuW/E DE-R, s. 1321-1324-“Fahrplandaten”.

LG Berlin, 9.8.2005 tarihli karar, Az: 102 O 19/05 (Kart).

LG Berlin, 21.8.2008, 91 O 95/06, *Netzwirtschaften und Recht*, 2009, s.70-72.

LG Berlin, 17.3.2009, 98 O 25/08, *Wirtschaft und Wettbewerb*, WuW/E DE-R, s. 2561-“Eisenbahngesellschaft”.

OLG Düsseldorf, 19.03.2003, U (Kart) 20/02, IV-U (Kar) 20/02, *Wirtschaft und Wettbewerb*, WuW/E DE-R ss.1184-1188-“InfraCard-Tarif”.

OLG Düsseldorf, 07.02.2007 tarihli karar, Az: VI-U (Kart) 3/06, IR, 2007, s.91-92.

OLG Frankfurt/a.M, 10.10.2006 tarihli karar, Az: 11 U 46/05 (Kart).

OVG Münster, 5.6.2003, 20 B 113/03, *Neu Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2004, s.339.

OVG Münster, 16.2.2006, 20 B 758/05, *Wirtschaft und Wettbewerb*, WuW/E DE-R, s.1673.

OVG Münster, 26.3.2007, 13 B 2592/06, *Netzwirtschaften und Recht*, 2007, s.124-128.

OVG Münster, 28.1.2008 tarihli karar, 13 B 2025/07, *Netzwirtschaften und Recht*, 2008, s. 102.

OVG Münster, 28.1.2008, 13 B 2014/07, *Netzwirtschaften und Recht*, 2008, s.102.

OVG Münster, Beschluss vom 22.02.2008, 13 B 68/08, *Netzwirtschaften und Recht*, 2008, s.152-154.

OVG Münster, 19.11.2008, 13 B 1543/08, *Netzwirtschaften und Recht*, 2009, s.68-70.

OVG Münster, 19.11.2008, 13 B 2092/07, *Netzwirtschaften und Recht*, 2009, s.270-272.

OVG Münster, Beschluss vom 19.11.2008, 18 L 1371/08, *Netzwirtschaften und Recht*, 2009, s.68-70.

OVG Münster, *Neu Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2009, s. 920.

VG Köln, 20.06.2005, 11 L 882/05, *Wirtschaft und Wettbewerb*, WuW DE/R, 2005, s.1508-1512.

VG Köln, 16.6.2009, Az. 18 L 637/09, *Netzwirtschaften und Recht*, 2009, s.272-276.

