

SÖZLEŞME YAPMA ZORUNLULUĞU BAĞLAMINDA TOPTAN DOĞAL GAZ SATIŞ SÖZLEŞMESİ

*Yrd. Doç. Dr. Hülya ÇOŞTAN**

Giriş

Temel ihtiyaçlardan olan doğal gazın kullanıma sunulması, özel hukuk ve kamu hukuku kurallarının birlikte geçerli olduğu bir süreçtir. Doğal gazın ithali, iletimi, dağıtımı, depolanması ve ihracatı doğal gaz piyasası faaliyetleridir. Bu faaliyetlere ilişkin tüm gerçek ve tüzel kişilerin hak ve yükümlülüklerini tanımlayan lisans ve sertifikaların verilmesi; piyasa ve sistem işleyişinin incelenmesi, dağıtım ve müşteri hizmetleri yönetmeliklerinin oluşturulması ve uygulanması, denetlenmesi; maliyeti yansıtan fiyatların incelenmesi ve piyasada Doğal Gaz Piyasası Kanunu'na¹ (DGPK) uygun şekilde davranılmasının sağlanması konularında Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK) yetkili ve sorumlu kılınmıştır (DGPK ek madde 2). Doğal gaz piyasasında EPDK'ya tanınan yetkiler ve bu piyasada rekabet hukuku kurallarının etkili olması, konunun idare hukuku boyutu olarak kendini göstermektedir.

Doğal gazın piyasaya arzı sürecinde ise doğal gazın ithali, ihracı, depolanması, iletimi, toptan ve perakende satışı amacıyla yapılan sözleşmeler karşımıza çıkmaktadır. Doğal gazın piyasaya arzının sözleşmelere dayanması ise bu faaliyetin özel hukuk yönünü ortaya koymaktadır.

Doğal gazın tüketicilere sunulması dağıtım şirketleri tarafından sağlanmaktadır. Dağıtım şirketleri tüketicilere arz ettikleri doğal gazı, ithalat veya üretim şirketlerinden temin etmektedir. Bu aşamada dağıtım şirketleri ile ithalat veya üretim şirketleri arasında toptan doğal gaz satış sözleşmeleri imzalanmaktadır. Toptan doğal gaz satış sözleşmesinin DGPK uyarınca tabi olduğu kurallar, bu sözleşmede sözleşme özgürlüğü ilkesinin ne ölçüde ge-

* Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İşletme Bölümü Öğretim Üyesi.

¹ RG: 02.05.2001, S. 24390.

çerli olduğu hususunun Yargıtay ve Danıştay kararları ışığında değerlendirilmesi bu çalışmanın konusudur.

I- Toptan Doğal Gaz Satış Sözleşmesi Yapma Yetkisine Sahip Taraflar

DGPK m.3/b.15'de toptan satış; doğal gazın dağıtım şirketlerine ve serbest tüketicilere yapılan satışı olarak tanımlanmıştır. Toptan doğal gaz satış sözleşmesinde doğal gaz satışı yapan taraf toptan satış şirketi, doğal gazı alan taraf ise dağıtım şirketi veya serbest tüketicilerdir.

Toptan satış şirketleri; sistem içinde veya dışında, iletim veya dağıtım faaliyeti yapmaksızın, doğal gazın toptan satış faaliyeti ile iştigal eden tüzel kişilerdir² (DGPK m.3/b.16). **Dağıtım şirketleri** ise DGPK'da belirlenen bir şehirde doğal gazın dağıtımını ve mahalli gaz boru hattı şebekesi ile nakli faaliyetlerini yapmaya yetkili kılınan tüzel kişi olarak tanımlanmıştır (DGPK m.3/b.16). Bu tanımlardan toptan satış şirketi ve dağıtım şirketinin; şirket ve tüzel kişi niteliklerini taşıması gerektiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla toptan satış ve dağıtım şirketlerinin Türk Ticaret Kanunu hükümleri uyarınca ticaret şirketi (m.136) niteliğini taşımaları gerekmektedir. DGPK m.4/f.3'de piyasada faaliyet gösterecek özel hukuk tüzel kişilerinin TTK hükümleri doğrultusunda *anonim şirket veya limited şirket* olarak kurulmaları halinde, hisselerin tamamının nama yazılı³ olmasının şart olduğu ifade edilmiştir⁴.

2 Toptan satış şirketleri, serbest tüketicilere yapacakları toptan satış için, EPDKurulu'ndan lisans almak zorundadır. İthalatçı lisansı almış olan tüzel kişilerin, toptan satış lisansı alma zorunlulukları yoktur. İthalat lisansı ile toptan doğal gaz satışı yapılması mümkündür (DGPK m.4/4/e).

3 Limited şirkette nama yazılı pay çıkarılmasından söz edilmesi isabetli değildir. Zira limited şirket payını temsilen senet düzenlenmesi mümkün olmakla birlikte, bu senetler kıymetli evrak niteliğini haiz olmayıp sadece ispat vasıtası sayılmaktadır (TTK m.518/f.4).

4 DGPK m.4/f.4/g uyarınca EPDK'dan dağıtım lisansı alan şehir içi dağıtım şirketi, yetki aldığı şehirde bulunan belediye veya belediye şirketini sermaye koyma şartı aramaksızın, %10 nispetinde dağıtım şirketine ortak olmaya davet etmek zorundadır. Bu sermaye oranı, bedeli ödenmek kaydıyla en fazla %10 oranında artırılabilir. Ancak bu artış Hazineye borcu bulunmayan ve ilave kredi talep etmeyen veya Hazineye olan kredi borçlarını tasfiye ettikten sonra, bu amaçla Hazine garantili kredi sağlamaması kaydıyla mümkün olabilir. EPDK, belediye veya belediye şirketinin hisse almaması veya en az bir yönetim kurulu üyeliğine hak kazanılmayacak oranda hisse alması halinde, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu m.275'e göre belediyeye şirket yönetim ve denetim kurullarında temsil hakkı verecek düzenlemelerin yapılmasını, şehir içi dağıtım şirketinden isteyebilecektir.

DGPK'da toptan satış ve dağıtım şirketlerinin şahıs şirketi olarak kurulup kurulamayacakları konusunda açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak yukarıda belirtilen düzenlemeler yanında toptan satış ve dağıtım şirketlerinin lisans başvuruları ile katılacakları ihalelerde⁵ mali güçleri ortaya koymaları gerekliliği dikkate alındığında, şahıs şirketi olarak yapılanmalarının uygun olmadığı açıktır⁶.

Toptan satış sözleşmesine alıcı olarak taraf olabilen **serbest tüketici** ise yurt içinde herhangi bir üretim şirketi, ithalat şirketi, dağıtım şirketi veya toptan satış şirketi ile doğal gaz alım-satım sözleşmesi yapma serbestisine sahip gerçek veya tüzel kişidir⁷ (DGPK m.3/b.17).

DGPK'nın 2001 yılında yürürlüğe girmesinden önce doğal gazın toptan satışını yapma yetkisi sadece Boru Hatları ile Petrol Taşıma AŞ'ye (BOTAŞ) tanınmıştı. DGPK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte toptan doğal

Doğal Gaz Piyasası Dağıtım ve Müşteri Hizmetleri Yönetmeliği'nin 22. maddesinde dağıtım lisansı almaya hak kazanan şirketlerin, lisans alabilmesi için, ilgili mevzuat doğrultusunda, şirket ana sözleşmelerinde yapmaları gereken zorunlu değişiklikler düzenlenmiştir. Buna göre;

a) Şirketin, Türk Ticaret Kanunu hükümleri doğrultusunda kurulmuş bir anonim şirket olması halinde, hisseleri nama yazılı değil ise hisselerinin tamamının nama yazılı hale getirilmesi,

b) Dağıtım lisansı sahibi şirket, doğal gaz şehir içi dağıtım faaliyeti ile bu konudaki eğitim hizmetleri dışında başka faaliyette bulunamayacağından, şirketin ana sözleşmesinin ilgili kısmının buna uygun şekilde düzenlenmesi,

c) Lisansın iptalinin gerekmesi halinde, iptalden önce alınacak EPDKurulu Kararı doğrultusunda, tüketicilerin korunması ve hizmetin aksamaması açısından, lisans kapsamındaki faaliyetlerin yürütülmesini ve dağıtım şebekesinin işletilmesini teminen, lisans sahibi tüzel kişinin yönetim kurulu veya tüzel kişiyi idare edenlerin; lisans sahibinin *anonim şirket olmaması* halinde ise ortaklar genel kurulu ve/veya tüzel kişiliği idare edenlerin bir kısmının veya tamamının; geçici olarak değiştirilmesi suretiyle, EPDK tarafından yerlerine yeni atama yapılabileceğinin kabulüne ilişkin hükümlerin ana sözleşmede yer alacak şekilde düzenlenmesi.

⁵ Örneğin Doğal Gaz Piyasası Dağıtım ve Müşteri Hizmetleri Yönetmeliği (RG: 03.11.2002, S.24925) m.9/a'da; ihaleye başvuran dağıtım şirketinin yeterliliğinin değerlendirilmesinde öz sermaye, mali güç unsurları arasında sayılmıştır.

⁶ Doğal gaz piyasası katılımcılarının anonim veya limited şirket olarak kurulmalarının zorunlu olduğu görüşü için bkz. AYRANCI, Hasan: Enerji Sözleşmeleri, Ankara 2010, s.57.

⁷ Organize sanayi bölgesi veya elektrik üretimi yapan tesisler serbest tüketicilere örnek teşkil etmektedir. Serbest olmayan tüketici (abone) ise doğal gazı kendi kullanımı için dağıtım şirketlerinden almak zorunda olan gerçek veya tüzel kişidir (DGPK m.3/b.17).

gazın satışının lisans sahibi diğer şirketler tarafından da yapılmasına izin verilmiştir⁸. Bugün itibariyle BOTAŞ ile birlikte toplam 37 şirket toptan satış lisansına sahiptir. Ancak 2010 yılında Türkiye'nin toplam doğal gaz tüketimine ilişkin toptan satışın %90'lık kısmı BOTAŞ tarafından karşılanmıştır⁹. Sözleşme devri yoluyla piyasa tedarikçisi olan dört şirket¹⁰ ile ithalat (spot LNG) lisansı sahibi şirketlerin piyasadaki payları toplamı %8, üretim şirketlerinin payları ise %2'dir¹¹. Sonuç olarak toptan satış konusunda BOTAŞ'ın hukuki tekel statüsü DGPK ile sona ermiş olmakla birlikte BOTAŞ toptan satış konusunda piyasada hakim durumdadır.

8 Türkiye'de doğal gazın kullanımı ilk olarak 397 sayılı Doğal Gazın Kullanımı Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (RG: 09.02.1990, S. 20428) ile düzenlenmiştir. 397 sayılı KHK m.1/f.1'de; doğal gazın ithalinin, Boru Hatları ile Petrol Taşıma Anonim Şirketi (BOTAŞ) tarafından yapılacağı hükme bağlanmıştır. İthal edilen doğal gaz ile BOTAŞ tarafından satın alınan yerli doğal gazın satışı, satış fiyatının tespiti ve ülke içinde dağıtım yetkisi de BOTAŞ'a verilmiştir (m.1/f.2). Böylelikle doğal gazın ithali ve dağıtım konusunda BOTAŞ'a tekel statüsü tanınmıştır. Ancak 397 sayılı KHK'yi yürürlükten kaldıran 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu ile BOTAŞ'a tanınmış olan tekel statüsüne son verilerek doğal gazın ithalatı, üretimi, iletimi, toptan satışı, dağıtım, depolanması faaliyetlerinin her birisinin ayrı özel şirketler tarafından yapılması öngörülmüştür. Her bir faaliyet için de EPDK'dan lisans alınması gerekmektedir.

Toptan satış lisansına sahip şirketlerin listesi için bkz. <http://www2.epdk.org.tr/lisans/dogalgaz/lisansdatabase/toptan.asp> (Ziyaret tarihi: 20.02.2012).

9 2010 yılı Doğal Gaz Piyasası Sektör Raporu, s. 30. Bkz. <http://www.epdk.gov.tr/documents/10157/5240dd6f-6c54-4096-89f1-dd91337259b6> (Ziyaret tarihi: 20.02.2012).

10 DGPK'da öngörülen sözleşme devri mekanizması, 30.11.2005 tarihinde BOTAŞ tarafından 6 adet alım sözleşmesi için 6 ayrı ihaleye çıkılarak işletilmeye başlanmıştır. Söz konusu ihalelerde, 250 milyon Cm³ (Kontrat Cm³)'lük lotlar üzerinden 64 lota karşılık gelen toplam 16 milyar Cm³/yıl miktarındaki kısım devir konusu yapılmakla birlikte satıcı ön onay belgesinin sunulamaması nedeniyle tekliflerin bir kısmı geçersiz sayılmıştır. Teklifler içinde sadece, 16 lot için (4 milyar Cm³/yıl) ihaleye çıkılan 18.02.1998 tarihli Doğal Gaz Alım-Satım Sözleşmesinin devri için verilmiş olan 4 adet teklif geçerli sayılmıştır. BOTAŞ tarafından yapılan en uygun teklif sıralaması şu şekilde gerçekleştirilmiştir: SHELL Enerji AŞ 250, BOSPHORUS Gaz Corp. AŞ 750 (milyon Cm³/yıl), ENERCO Enerji San.ve Tic. AŞ 2500 (milyon Cm³/yıl), AVRASYA Gaz AŞ 500 (milyon Cm³/yıl). SHELL Enerji AŞ Aralık 2007'de, BOSPHORUS Gaz Corp. AŞ Ocak 2009'da, ENERCO Enerji Sanayi ve Ticaret AŞ ve AVRASYA Gaz AŞ ise Nisan 2009'da ithalat ve toptan satış faaliyetine başlamış bulunmaktadır (2010 yılı Doğal Gaz Piyasası Sektör Raporu, s. 25-26).

BOTAŞ tarafından satışı yapılan doğal gaz miktarı 2010 yılı için 31.462,00 milyon Cm³, 2011 yılı için 39.383,00 milyon Cm³'tür. Bkz. <http://www.botas.gov.tr/index.asp> (Ziyaret tarihi: 20.02.2012).

11 2010 yılı Doğal Gaz Piyasası Sektör Raporu, s. 30.

II- Doğal Gaz Piyasası Kanunu'nun Toptan Doğal Gaz Satış Sözleşmesinin İçeriğine İlişkin Düzenlemeleri

1- Arz Planlaması Yapma ve Depolama Tedbirlerini Alma Yükümü Uyarınca Sürekli Hazır Bulundurma Yükümü ile Azami Çekim Haddini Aşmama ve Asgari Alım Taahhütleri

DGPK m.4/e/1 uyarınca; dağıtım şirketlerine doğal gaz satışı yapan tüzel kişilerin, EPDK tarafından öngörülecek süre içerisinde, müşterilerin mevsimsel azami doğal gaz çekişlerini karşılamak amacıyla, gerekli arz planlamasını yapmaları ve depolama tedbirlerini almaları ve bu amaçla depolama şirketleri ile yapacakları kira sözleşmelerini EPDK'ya ibraz etmeleri zorunludur. Hükümden de anlaşıldığı üzere toptan doğal gaz satışı yapan tüzel kişiler arz planlaması yapma ve depolama tedbiri almakla yükümlüdür. Dolayısıyla toptan satış şirketleri, toptan satış sözleşmesi ile enerjiyi sürekli hazır bulundurma yükümü altına girmektedir¹².

DGPK m.4/e/1'de EPDK'nın her yıl iklim değerlerine göre, her şehir için müteakip yılın mevsimsel yoğunluğunu karşılayacak dengeleme amaçlı depolama miktarlarını tayin etmeye ve gerekli tedbirleri almaya yetkili olduğu da ifade edilmiştir. Serbest tüketicilere toptan gaz satışı yapan tüzel kişilerin de gerekli arz ve depolama kapasitelerine ulaşmaları zorunludur (DGPK m.4/e/2). Ayrıca doğal gaz toptan satışı yapan tüzel kişilerin, EPDK tarafından öngörülen süre içerisinde talebi karşılayabilecek iletim, depolama ve sistemi dengeleyici kapasiteleri sağlamaları gerekmektedir (DGPK m.4/e/3).

Açıklanan bu yükümlülüklerin yerine getirilebilmesi, dağıtım şirketleri tarafından çekilecek doğal gazın miktarının toptan satış sözleşmelerinde hiç olmazsa alt ve üst sınırlar arasında tahmini olarak belirlenmesini gerektirmektedir. Bu nedenle doğal gaz satım sözleşmelerinde azami çekim haddini aşmama ve asgari alım taahhütlerine yer verilmektedir¹³.

¹² AYRANCI, s.173.

¹³ Bkz. aşağıda III/2/a başlığı altında açıklanan kararda da taahhütsüz gaz çekişinden söz edilmektedir. "Al ya da öde" kaydı olarak adlandırılan bu yüküm konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. AYRANCI, s. 188 ve 306 vd.

2- Toptan Satış Sözleşmelerinde Fiyatın Serbestçe Belirlenebilmesi

Toptan satış şirketlerinin, ithalatçı şirket veya ihracatçı şirket veya serbest tüketici veya dağıtım şirketi ile yaptığı satış sözleşmelerinde fiyatları serbestçe belirlemelerine izin verilmiştir (DGPK m.4/e/4)¹⁴. Bununla birlikte DGPK m.11/f.3'de EPDKurulu'nun toptan *doğal gaz satış tarifelerinde esas alınacak unsurlar ve şartları belirleyeceği*, satış fiyatlarının ise, bu esaslar dahilinde doğal gaz alım satımı yapan taraflarca serbestçe belirleneceği hükme bağlanmıştır.

Doğal Gaz Piyasası Tarifeler Yönetmeliği¹⁵ m.13'de; toptan satış tarifelerinde, hakim durumun kötüye kullanılmaması, doğal gaz arz güvenliği ve düzenliliğinin sağlanması ve EPDK'nın bu konuda belirleyeceği diğer önlemlere uyulmasının esas olduğu belirtilmiştir. Toptan doğal gaz satış fiyatlarının bu esaslar çerçevesinde doğal gaz alım satımı yapan taraflar arasında *EPDKurulu tarafından onaylanmış tarifelere uygun olmak kaydıyla* serbestçe belirleneceği hükme bağlanmıştır. Bu yönetmeliğin geçici 2. maddesinde ise BOTAS'ın toplam yıllık ithalat miktarı yıllık ulusal tüketimin %20'sine düşüncüye kadar, mevcut doğal gaz alım ve satış sözleşmelerini kısmi veya bütün olarak devralan tüzel kişiler hariç olmak üzere, doğal gaz piyasası içerisinde rekabetin hiç veya yeterince oluşmadığı durumlarda toptan satış fiyatlarının EPDKurulu tarafından belirlenmesi öngörülmüştür.

Gerek DGPK gerekse Tarifeler Yönetmeliği uyarınca EPDK'nın doğrudan emredici nitelikte tarifeler hazırlama yetkisi bulunmamakta, EPDK sadece tarifelerin tabi olacağı genel esasları belirleyebilmektedir¹⁶.

EPDKurulu, DGPK m.11/f.3 ile kendisine verilen tarife belirleme yetkisini, toptan satış tarifeleri bakımından 2007 yılının sonuna kadar geçerli olacak şekilde kullanmıştır. EPDKurulu'nun 12.12.2006 tarihli ve 1006 sayılı Kararında; 01.01.2007 tarihinden itibaren uygulanacak toptan satış tarifesi, üst sınırın ve hesaplamada geçerli olacak formülün düzenlenmesi yoluyla

¹⁴ Ticari gizliliği olan bu bilgilerin Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu haricinde üçüncü kişilere açıklanması ve suistimal edilmesi yasaklanmıştır.

¹⁵ RG: 26.09.2002, S. 24888.

¹⁶ ASLAN, Yılmaz/ KITIRCIOĞLU, Erol/ ALTINAY, Galip/ ARDIYOK, Şahin/ ILICAK, Ali/ GÜLTEKİN, Banu/ ÖNAL, Emre/ AKÇAOĞLU, Can: Enerji Hukuku, C.I, Bursa 2007, s.358.

tespit edilmiştir¹⁷. 01.01.2008 tarihinden itibaren ise EPDKurulu toptan satış tarifelerine ilişkin yetkisini kullanmamıştır. EPDKurulu'nun 28.12.2010 tarih ve 2971 sayılı Kararında¹⁸ doğal gaz toptan satış fiyatlarının taraflar arasında serbestçe belirleneceği, fiyatların belirlenmesinde eşit taraflar arasında ayırım yapılmaması ve şeffaflık ilkelerinin dikkate alınacağı belirtilmiştir (m.1). Tedarikçilerin, her bir dağıtım şirketi için ilgili ayda uygulayacakları iletim ve sevkiyat kontrolüne ait bedeller, varsa depolama bedeli ve asgari alım-azami çekiş benzeri taahhütlerden kaynaklanabilecek bedeller dahil nihai toptan satış fiyatlarını tek bir fiyat olarak belirleyeceği ve her ayın ilk günü dağıtım şirketlerine bildireceği de ifade edilmiştir (m.2). Ayrıca tedarikçilerin, dağıtım şirketlerine uyguladıkları fiyatlar ile satış miktarlarını ve serbest tüketicilere uyguladıkları tarifelere ilişkin bilgileri aylık olarak internet sitesinde yayımlanması öngörülmüştür (m.3)¹⁹.

Sonuç olarak doğal gazın toptan satış fiyatı, 31.12.2007 tarihine kadar EPDKurulu Kararları ile yürürlüğe giren tarifler ile belirlenmiştir. Bu tarihten sonra ise EPDKurulu toptan satış fiyatına ilişkin herhangi bir tarife belirlememiş ve fiyatın taraflar arasında serbestçe belirlenmesi yönünde karar vermiştir.

Yukarıda açıklandığı üzere Aralık 2007 itibariyle ikinci toptan satış şirketi olarak SHELL AŞ, onu takiben de 2009 yılında BOSPHORUS AŞ, AVRASYA AŞ ile ENERCO AŞ doğal gaz piyasasında faaliyet göstermeye başlamıştır²⁰. Bu gelişmeleri takiben de toptan satış tarifesinin EPDK tarafından belirlenmesi bırakılmıştır. DGPK ile BOTAŞ'ın toptan satış konusunda tekel statüsünün kaldırılmasının amacı, doğal gaz piyasasının rekabete açılmasıdır. Dolayısıyla toptan satış tarifesinin EPDK tarafından belirlenmemesi DGPK'nın temelinde yatan düşünceye uygun olmakla birlikte,

¹⁷ RG: 31.12.2006, S. 26383. 2006 yılı için geçerli toptan satış tarifesi için bkz. EPDKurulu'nun 15.12.2005 tarihli ve 596 sayılı Kararı (RG: 22.12.2005, S.26031); 2005 yılı için geçerli toptan satış tarifesi için bkz. EPDKurulu'nun 21.12.2004 tarihli ve 402 sayılı Kararı (RG: 30.12.2004, S.25686); 2004 yılı için geçerli toptan satış tarifesi için bkz. EPDKurulu'nun 21.12.2004 tarihli ve 402 sayılı Kararı (RG: 30.12.2004, S.25686).

¹⁸ RG: 31.12.2010, S. 27802

¹⁹ EPDKurulu'nun 24.12.2008 tarihli ve 1902 sayılı Kararında (RG: 30.12.2008, S.27096) 2009 yılı için, EPDKurulu'nun 27.12.2007 tarihli ve 1439/2 sayılı Kararında (RG: 30.12.2007, S.26742) da 2008 yılı için benzer düzenlemelere yer verilmiştir.

²⁰ Bkz. yukarıda dpn.10.

BOTAŞ'ın mevcut doğal gaz piyasasında hakim durumda olması nedeniyle Türkiye'de toptan satış fiyatının rekabet ortamında serbestçe belirlenmesine imkan veren şartlar henüz oluşmamıştır. Bu nedenle de doğal gaz piyasasında rekabet ortamı oluşana kadar ki süreçte toptan satış fiyatlarının EPDKurulu tarafından belirlenmesi uygun görünmektedir²¹.

3- Kesintili veya Kesintisiz Doğal Gaz Satışı Şartı

Doğal Gaz Piyasası Tarifeler Yönetmeliği m.4/b.16, 17'de kesintili doğal gaz satışı; ilgili taraflarca, sözleşme koşulları çerçevesinde, doğal gazın kesilebilmesi esasına dayanan satış, kesintisiz doğal gaz satışı ise doğal gazın kesintisiz olarak sağlanması esasına dayanan satış şeklinde tanımlanmıştır. Yukarıda da açıklandığı üzere toptan doğal gaz satış sözleşmesinin satıcı tarafı toptan satış şirketi, alıcı tarafı ise dağıtım şirketleri veya serbest tüketicilerdir. Açıklanan yönetmelik hükmünde kesintili veya kesintisiz doğal gaz satış sözleşmesinin her iki alıcı içinde de uygulanıp uygulanmayacağı açıkça belirtilmemekle birlikte kesintili tarifeler serbest tüketiciler için uygulanmaktadır²². İşin niteliği gereği kesintisiz doğal satış sözleşmelerinde satış fiyatı daha yüksek olup, mücbir sebep olmadıkça doğal gaz arzı kesilememektedir²³.

4- Toptan Satış Şirketlerinin Yıllık Toplam Satış Miktarlarının Sınırlanmış Olması

DGPK m.4/e/6'da toptan satış şirketlerinin her birinin 1 yıl içinde satışını gerçekleştirdikleri toplam gaz miktarının, EPDK'nın cari yıla ilişkin belirlediği ulusal tüketim tahmininin %20'sini geçemeyeceği hükme bağlanmıştır. Bu hüküm rekabetin korunması amacını taşıyan bir düzenlemedir. DGPK geçici madde 2'de de BOTAŞ'ın, Kanunun yayımlandığı tarihten sonra ithalatı ulusal tüketimin %20'si oranına düşünceye kadar, sınırlanmış doğal

21 ASLAN/ KİTİRCİOĞLU / ALTINAY / ARDIYOK / İLİCAK / GÜLTEKİN / ÖNAL / AKÇAOĞLU, s.358 vd.

22 Serbest tüketicilerle, kesintili veya kesintisiz doğal gaz satış sözleşmesi yapılabileceği yönünde bkz AYRANCI, s.175.

23 AYRANCI, s.175.

gaz (LNG) ithalatı haricinde yeni doğal gaz alım sözleşmesi yapamayacağı belirtilmiştir²⁴.

Dolayısıyla BOTAŞ'ın hakim durumunun sona ermesinden sonraki süreçte toptan satış şirketlerinin satış miktarı ulusal tüketim tahmininin %20'si ile sınırlanacaktır.

5- Toptan Satış Şirketlerine Bölgesel Tekel Hakkı Tanınmamış Olması

Toptan satış şirketlerinin bölgesel sınırlamaya tabi olmaksızın yurt genelinde satış yapmaları mümkündür (DGPK m.4/e/7).

6- BOTAŞ'ın Doğal Gaz ile İlgili Alacakları Hakkında 6183 sayılı Kanun'un Uygulanması

DGPK m.12/e uyarınca BOTAŞ'ın doğal gazla ilgili alacakları hakkında 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uygulanacaktır. Bu düzenleme BOTAŞ tarafından imzalanan toptan satış sözleşmeleri bakımından emredici hüküm niteliğindedir.

BOTAŞ'a tanınan bu ayrıcalık diğer toptan doğal gaz satış şirketlerine tanınmamıştır. Dolayısıyla BOTAŞ dışındaki toptan satış şirketlerinin alacaklarına ilişkin hususlar, taraflar arasındaki sözleşmede özel hukuk kurallarına göre düzenlenebilecektir.

7- Değerlendirme

Toptan doğal gaz satış sözleşmesi, mevzuatta esas itibariyle özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmiştir. Bu sözleşmenin DGPK'dan kaynaklanan bazı düzenlemeleri içermesi zorunlu olmakla birlikte, sözleşmenin içeriğinin serbestçe belirlenmesine izin verilmiştir. Toptan satış şirketlerinin dağıtım şirketleri ile imzaladıkları sözleşmelerin, iltihaki sözleşme veya genel işlem şartlarını içeren sözleşme niteliğinde olması gibi yasal zorunluluk veya EPDK düzenlemesi bulunmamaktadır. Toptan satış sözleşmeleri, EPDK onayına da tabi tutulmamıştır. Toptan doğal gaz satış sözleşmelerine ilişkin

²⁴ Yine bu maddede 2009 yılına kadar toplam yıllık ithalat miktarını yıllık ulusal tüketimin %20'sine düşürünceye kadar, mevcut doğal gaz alım veya satım sözleşmelerinin kısmi veya bütün olarak tüm hak ve yükümlülükleri ile devredilmesi için istekli olan diğer ithalat lisans yeterlilik sahibi ve satıcı şirketten sözleşme devri hususunda ön onay alan şirketlerin katılacağı devir için BOTAŞ tarafından ihale yapılacağı hükme bağlanmıştır.

olarak DGPK'da öngörülen bu serbestinin sınırının rekabet hukuku kurallarına göre çizilmesi öngörülmüştür.

III- Yargı Kararlarının Toptan Satış Sözleşmelerine Etkisi

1- BOTAS'ın Toptan Satış Sözleşmesi Yapmakla Yükümlü Olması

a- Ankara İdare Mahkemesi ve Danıştay Kararları

1994 yılında BOTAS, Ankara Belediyesi EGO Genel Müdürlüğü'nün kendisinden aldığı doğal gazın bedelini ödemediğini ileri sürerek, EGO'ya sağlanan doğal gazı kesmek istemiştir. BOTAS'ın EGO'ya sağlanan doğal gaz arzını kesmesi, Ankara Valiliği'nin 20.10.1994 tarih ve B05 4 VLK 4060 400/12-276 sayılı işlemi ile engellenmiştir. Valilik işleminin iptali için BOTAS tarafından açılan davada, Ankara 6. İdare Mahkemesi ret kararı²⁵ vermiştir. Kararda; 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 9. ve 11. maddeleri uyarınca valinin il sınırları içinde kamu düzeni ve güvenliğini korumak, il sınırları içinde huzur ve güvenliğin, kamu esenliğinin sağlanması için her türlü önlemi alabileceği ifade edilmiştir. BOTAS ve EGO arasındaki uyuşmazlığın ilgili mevzuat ve 6183 sayılı Yasa'da öngörülen prosedüre uyularak çözülmesi gerektiği, beldeye yaşayanların mağduriyetine ve bütün işyerleri ile kurum ve kuruluşların faaliyetlerinin durdurulmasına yol açacak davranışlarda bulunmanın doğrudan kamu güvenliği, esenliği ve düzenini tehlikeye düşüreceği, bu nedenle de Valiliğin doğal gazın hangi nedenle olursa olsun kesilmesini durdurmasında mevzuata aykırılık bulunmadığı gerekçesi ile dava reddedilmiştir.

Bu kararın temyizi için BOTAS tarafından Danıştay'a başvurulmuştur. Temyiz başvurusunda; EGO'nun tüm bildirimlere rağmen borcunu ödemesi nedeniyle doğal gazın kesilmesinin söz konusu olduğu, Valilik işleminin sözleşme serbestisine aykırı olarak sözleşmeye müdahale niteliği taşıdığı, doğal gaz bedellerinin tahsil edilememesi halinde dışarıdan alınan doğal gaz bedelinin ödenemeyeceği ve tüm ülkenin doğal gaz sıkıntısı ile karşı karşıya kalacağı belirtilerek Ankara 6. İdare Mahkemesi'nin kararının bo-

²⁵ 08.11.1995 tarihli, E:1994/1393 ve K:1995/1458 sayılı Karar.

zulmasını talep edilmiştir. Temyiz incelemesi sonucunda 6. İdare Mahkemesi'nin kararı, Danıştay 10. Daire tarafından onanmıştır²⁶.

b- Değerlendirme

Yukarıda DGPK uyarınca toptan satış sözleşmelerinin esas itibarıyla özel hukuk hükümlerine tabi kılındığı açıklanmıştır. Açıklanan İdare Mahkemesi ve Danıştay kararlarında ise dağıtım şirketinin bedel ödeme borcunu yerine getirmemesine rağmen, BOTAŞ'ın BK m.81 uyarınca ödemezlik defii yoluyla doğal gaz arzını kesmesi engellenmiştir. Şöyle ki BK m.81'e göre bir tarafın diğerini borcunu ifaya zorlayabilmesi için, vadeden yararlanması mümkün değil ise kendi borcunu ifa etmiş veya ifasını teklif etmiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla açıklanan kararın verildiği tarihte doğal gaz arzının hukuki tekel konumunda olan BOTAŞ tarafından sağlanması nedeniyle, dağıtım şirketi bedel ödeme borcunu ifa etmemesine rağmen BOTAŞ'ın edimini ifa etmeye devam etmek zorunda olduğu yönünde karar verilmiştir. Bu karar sözleşme kurma zorunluluğu bağlamında değerlendirilmelidir. Zira aşağıda açıklanacağı üzere BOTAŞ açısından sözleşme yapma zorunluluğu söz konusudur. Özel hukukta sözleşme kurma zorunluluğuna temel teşkil eden gerekçeler, ödemezlik definin ileri sürülerek ifadan kaçınılabileceği hallerde ifanın zorunlu olması durumu için de geçerlidir.

İdare Mahkemesi ve Danıştay kararlarında açıkça vurgulanmamakla birlikte doğal gaz arzı, kamu hizmeti niteliği taşımaktadır²⁷. Zira genel itibarıyla devlet veya diğer kamu tüzel kişileri ya da bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kişiler tarafından toplumdaki genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı veya kamu çıkarını sağlamak amacıyla yapılan ve topluma sunulan sürekli ve düzenli etkinlikler kamu hizmeti olarak tanımlanmaktadır²⁸.

Piyasa ekonomisinde, arz eden işletmeler arasında rekabetin bulunması ve talep sahiplerinin uygun şartları taşıyan mal ve hizmetleri tercih etmesi

²⁶ 09.09.1999 tarihli, E: 1996/1960 ve K: 1999/2930 sayılı Karar.

²⁷ ASLAN/KITIRCIOĞLU/ALTINAY/ARDIYOK/ILICAK/GÜLTEKİN/ÖNAL/AKÇAOĞLU, s.367

²⁸ ASLAN/KITIRCIOĞLU/ALTINAY/ARDIYOK/ILICAK/GÜLTEKİN/ÖNAL/AKÇAOĞLU, s.284.

esastır²⁹. Mal veya hizmeti arz eden işletmenin tekel konumunda olduğu, hakim durumda olduğu³⁰ veya rekabeti önleyebilecek güce sahip olduğu hallerde ise piyasa ekonomisi kuralları işlerlik gösterememektedir³¹. İnsanların zaruri ihtiyaçları olan mal ve hizmetlerin söz konusu olduğu hallerde kanuni bir düzenleme bulunmasa da özel hukukta sözleşme kurma zorunluluğu söz konusu olabilmektedir³². Kamuya normal ihtiyaçlara yönelik mal ve hizmet arzı sunan işletmenin, hakim durumda olması nedeni ile söz konusu mal ve hizmetin başka yerden teminin imkansız veya beklenemez olması sözleşme kurma zorunluluğuna yol açabilmektedir³³. Bu zorunluluk yargı kararı ile de yüklenebilmektedir³⁴. Bu durumda sözleşme kurma zorunluluğu da Medeni Kanun m.2’de yer alan dürüstlük kuralına dayanmaktadır³⁵.

29 AYRANCI, s.250.

30 AYRANCI, s.253.

31 AYRANCI, s.250-251.

32 Doğal gaz piyasasında serbest tüketiciler ile toptan satış şirketleri arasında sözleşme yapılması zorunluluğu, DGPK m.4/4/e/2’de açıkça düzenlenmiştir. Buna göre; serbest tüketicilere toptan gaz satışı yapan tüzel kişilerin, bu Kanunun yürürlüğe girmesini müteakip müşterilerine mevsimlik, günlük ve saatlik esneklik limitleri dahilinde gaz girişini sağlamak *mecburiyetinde* olduğu hükme bağlanmıştır. DGPK m.11/f.1’de ise EPDK tarafından belirlenecek bağlantı tarife esaslarının, ilgili bağlantı anlaşmalarına dahil edilecek olan ve iletim sistemi ya da bir dağıtım sistemine bağlantı için *eşit durumda olan serbest tüketiciler arasında ayırım yapılmaması esasına dayalı* hükümleri ve şartları içereceği belirtilmiştir. Söz konusu düzenlemeler serbest tüketicilerle doğal satış sözleşmesi kurulmasına ilişkin olarak kanundan doğan sözleşme kurma zorunluluğuna işaret etmektedir (AYRANCI, s.260). Toptan satış şirketlerinin dağıtım şirketleri ile sözleşme yapma zorunlulukları hakkında ise DGPK’da açık bir düzenleme öngörülmemiştir. Ancak Doğal Gaz Piyasası Tarifeler Yönetmeliği m.13/f.1 uyarınca da toptan satış tarifelerinde, hakim durumun kötüye kullanılmaması, doğal gaz arz güvenliği ve düzenliliğinin sağlanması ve EPDK’nın bu konuda belirleyeceği diğer önlemlere uyulması esastır.

33 Sözleşme kurma zorunluluğunun şartları hakkında bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme, C.I, İstanbul 2008, s.519. Ayrıca bkz. AYRANCI, s.261.

34 Devlet veya kamu kuruluşlarının tekelinde bulunan bazı kamu hizmetleri ve zaruri ihtiyaç maddelerini dağıtan kuruluşlar bakımından belirtilen bu görüş için bkz. EREN, Fikret: Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, İstanbul 2010, s.274.

35 OĞUZMAN, M.Kemal/ÖZ, M.Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009, s.146; AYRANCI, s.251, dn.652.

Öğretide bir başka görüş ise özel hüküm bulunmayan hallerde sözleşme yapma zorunluluğunun MK m.2 yerine, BK m.41/f.2’ye dayandırılarak kasten ahlaka aykırı davranışla

Diğer taraftan ise 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un³⁶ 6. maddesinde bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanmasının hukuka aykırı ve yasak olduğu hükme bağlanmıştır³⁷. Yine aynı maddede eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması hakim durumun kötüye kullanılması olarak tanımlanmıştır. Eşit durumdaki alıcılar arasında ayırım yapılması yasaklanmıştır. Rekabet hukukundan kaynaklanan sözleşme kurma zorunluluğunun³⁸ nedeni, hakim durumun kötüye kullanılmasının yasak olmasıdır³⁹. Ancak hemen belirtmek gerekir ki sözleşme kurma zorunluluğundan söz edilebilmesi için alıcı bakımından alternatif bir temin imkanı bulunmamalıdır⁴⁰.

başkasına zarar vermek şeklinde haksız fiil olarak nitelenebileceği yönündedir (EREN, s.275-276).

Sözleşme kurma zorunluluğu hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.507 vd.; AYRANCI, Hasan: Sözleşme Kurma Zorunluluğu, AÜHFD, C.52, S.3, s.229 vd.

³⁶ RG. 13.12.1994, S. 22140.

³⁷ Nitekim Anayasa m.167/f.1'de de "Devlet... piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler" hükmüne yer verilmiştir.

³⁸ Rekabet hukukundan kaynaklanan sözleşme kurma zorunluluğu üreticiler ve tacirler için öngörülmüştür. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m.4-7 ticari piyasanın işlemesine ilişkindir. Bu hükümlerden tüketiciler yararlanamaz (SANLI, Kerem Can: Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Ankara 2000, s.200).

Tekel durumundaki işletmeler, haklı bir sebep olmadıkça sözleşme yapmaktan kaçınmazlar (OĞUZMAN/ÖZ, s.146).

³⁹ AYRANCI, s.267.

⁴⁰ "Rekabet hukukunda, bir teşebbüsü belir bir müşteri veya müşteri guruplarına mal satmaya mecbur kılmanın çok sıkı ve sınırlı koşulları bulunmaktadır. Öncelikle mal satmaya zorlanan teşebbüs hakim durumda bulunmalıdır...Hakim durumda olan bir teşebbüse ancak iki durumda satış yapma zorunluluğu getirilebilmektedir. Bunlardan birincisi, hakim durumda olan teşebbüsten mal talebinde bulunan müşterinin, hakim durumdaki hakim durumdaki teşebbüsün sürekli alıcısı durumunda bulunmasıdır...İkinci durum ise, bir teşebbüsün belli bir faaliyette bulunabilmesinin zorunlu unsuru olan temel kaynak faaliyetine hakim durumdaki teşebbüsün sahip bulunmasıyla ilgilidir..."bkz. Rekabet Kurulu'nun 21.12.2000 tarih ve 00-50/533-295 sayılı Kararı (RG: 15.09.2001, S. 24524) (ayrıca bkz. 2001 yılında Resmi Gazete'de Yayınlanan Rekabet Kurulu Kararları, Cilt II, s.695).

Sonuç olarak BOTAŞ yukarıda açıklanan gerekçelerle sözleşme yapma zorunluluğuna tabidir. Bu nedenle İdare Mahkemesi ve Danıştay kararlarında, karşı taraf edimini ifa etmemesine rağmen, BOTAŞ'ın BK m.81 uyarınca doğal gaz arzını kesemeyeceğine hükmedilmiş olması yerindedir. Bunun sebebi de yukarıda açıklanmış olduğumuz kamu hizmeti arzı ve tekel statüsüne bağlı olarak sözleşme yapma zorunluluğuna ilişkin gerekçelerin, sözleşmenin ifası bakımından da geçerli olmasıdır. Dolayısıyla BOTAŞ'ın tekel durumunda olması ve doğal arzının kamu hizmeti niteliği taşıması nedeniyle, MK m.2'den kaynaklanan bir ifa zorunluluğu söz konusudur. Bu zorunluluk da somut olayda BK m.81'e dayanılarak ifadan kaçınılmasına engel teşkil etmektedir. Söz konusu kararlar BOTAŞ'ın doğal gaz piyasasında hukuken tekel olduğu dönemde verilmiş kararlardır. Ancak BOTAŞ'ın hakim durumu devam ettiği sürece somut duruma göre sözleşme kurmak ve mevcut sözleşmeleri aynen ifa etmeye devam etmekle yükümlü olabileceği açıktır.

2- Toptan Satış Sözleşmesine Özel Hukuk Kurallarının Uygulanması

a- Asliye Ticaret Mahkemesi ve Yargıtay Kararları

"...AŞ" tarafından, BOTAŞ aleyhine aralarındaki toptan doğal gaz satış sözleşmesinin yorumuna ilişkin olarak dava açılmıştır. Davacı; taraflar arasında imzalanmış olan sözleşmenin 3.3 maddesine dayanarak sözleşmenin hala yürürlükte bulunduğunun, sözleşme sona ermiş olsa bile sözleşmenin 3.3 maddesinin yürürlükte olduğunun tespitini talep etmiştir. Taraflar arasındaki sözleşmenin 3.3 maddesinde; *"sözleşme döneminin sona erme tarihinden en geç 90 takvim günü önce taraflardan herhangi birinin sözleşmenin feshine dair bildirimde bulunmaması halinde sözleşmenin aynı şartlar altında devam edeceğinin düzenlendiği, devamında yukarıdaki süreye uymak koşuluyla taraflardan herhangi biri yeni şartlar için bildirimde bulunursa tarafların bir araya gelerek sözleşme şartlarını gözden geçirecekleri ve mutabakata varılması halinde üzerinde anlaşılan koşullarla yeni bir sözleşme imzalanacağı, imzalanan sözleşmenin sözleşme sonundan itibaren geçerli olacağı, mutabakat sağlanamadığı durumda ise bu sözleşmenin dönem bitiminde son bulacağı, sözleşmenin alacak ve borçlarla ilgili hükümlerinin sözleşmenin sona ermesinden sonra da yürürlükte kalmaya devam edeceğinin düzenlendiğini"* belirtilmektedir.

Davalı BOTAŞ ise taraflar arasındaki sözleşmenin sona ermesinden sonra davacının yeni bir sözleşme imzalamaya yanaşmayarak plansız, program-

sız ve taahhütsüz olarak gaz çekişine devam ettiğini, davalıya doğal gaz gecikme faturası düzenlenerek gönderilen faturanın ödenmemesi üzerine 6183 sayılı Yasaya göre tahsil için ödeme emri düzenlenerek davacıya gönderildiğini, davacının önceden imzalanan sözleşmenin 3.3 maddesine dayanarak borç bulunmadığı iddiasının yerinde olmadığını, söz konusu 3.3 maddesinin amacının sözleşme yürürlükte iken doğan hak ve borçların sözleşme sona erdikten sonra da devamını amaçladığını ileri sürmüştür.

Ankara 7. Asliye Ticaret Mahkemesi 06.05.2010 tarihli, E.2009/5 ve K.2010/207 sayılı Kararında; taraflar arasında ...tarihinde imzalanan sözleşmenin ...tarihinde sona erdiğine, sonraki süreçte taraflar arasında yeni bir sözleşme imzalanmadığına, ancak davacı şirketin gaz çekişine devam ettiğine, uyuşmazlık konusunun sözleşme imzalanmayan süreçteki *aylık faturaların ödeme tarihi* konusunda olduğuna, sona eren sözleşmedeki 3.3 maddesinin bu sözleşmenin yürürlükte olduğu dönemde doğan alacak ve borçların tasfiyesine yönelik olduğuna, 3.3 maddesinin sözleşme döneminden sonra gerçekleşen alımlar için yürürlükte olmadığına hükmetmiştir.

Yargıtay 19. Dairesi 30.06.2011 tarihli, E.2010/10616 ve K.2011/6631 sayılı Kararı ile Ankara 7.Asliye Ticaret Mahkemesi'nin bu kararını onamıştır.

b- Değerlendirme

ba- Taraflar Arasında İmzalanan Sözleşmenin Sona Ermesi Meselesi

Yukarıda dava konusu uyuşmazlığa yol açan mesele; taraflar arasındaki sözleşmenin 3.3 hükmüne göre sözleşmenin devam edip etmediği ve bu hükmün yorumuna bağlı olarak da aylık faturaların ödeme tarihlerinin belirlenmesidir. Bilindiği üzere BK m.18'de; bir sözleşmenin şekil ve şartlarının belirlenmesinde, tarafların gerek yanılarak, gerekse sözleşmedeki gerçek niyetlerini gizlemek için kullandıkları sözlere ve isimlere bakılmaksızın, onların gerçek ve ortak maksatlarını aramak gerekeceği hükme bağlanmıştır. Taraflar arasında sözleşmenin içeriği ile ilgili hukuki uyuşmazlığın giderilmesinde geçerli olan bu kural uyarınca, uyuşmazlığa konu sözleşme hükmünün içeriği, tarafların gerçek sözleşme iradesine göre yorumlanmalıdır⁴¹.

⁴¹ EREN, s.423.

Dolayısıyla tarafların birbirine uygun gerçek iradelerinin dürüstlük kuralına göre tespiti gerekmektedir⁴².

İlk olarak uyuşmazlık konusu sözleşmenin 3.3 hükmü uyarınca sözleşmenin devam edip etmediği hususu üzerinde durulmalıdır. Söz konusu hüküm “..mutabakat sağlanamadığı durumda ise bu sözleşmenin dönem bitiminde son bulacağı, sözleşmenin alacak ve borçlarla ilgili hükümlerinin sözleşmenin sona ermesinden sonra da yürürlükte kalmaya devam edeceği” ifadesini içermektedir. “Dönem bitiminde son bulacağı” ifadesi sürekli borç ilişkisi niteliği taşıyan⁴³ söz konusu sözleşmenin belirli süreli olarak akdedildiğini göstermektedir. Yukarıda da açıklandığı üzere bu hüküm davacı tarafından sona eren sözleşmenin devam ettiği şeklinde yorumlanmıştır. Ancak sözleşmenin belirli süreli sözleşme olması ve anılan hükümde mutabakat sağlanamaması halinde sözleşmenin sona ereceğinin açıkça öngörülmesi karşısında bu tür bir yorum yerinde değildir. Zira davacının mutabakata yanaşmaması halinde Danıştay kararı uyarınca gaz arzına devam etmekle yükümlü olan BOTAŞ’ın mevcut sözleşme koşulları ile belirsiz süre ile bağlı kalması şeklinde bir yorum MK m.2’ye ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırıdır. Böyle bir sonucun tarafların yapmış oldukları sözleşmeyi değiştirme hürriyetine⁴⁴ de aykırı olacağı açıktır. Somut olayda BOTAŞ’ın sözleşme yapma zorunluluğu altında olması veya gaz arzını kesmemesinin, sözleşmenin içeriğinin de değiştirilemeyeceği şeklinde bir sonuca yol açmayacağı ortadadır. Dolayısıyla dava konusu m.3.3’e sözleşmenin alacak ve borçlarla ilgili hükümlerinin sözleşme sona erdikten sonra yürürlükte kalması şeklinde bir anlam yüklenememelidir.

Anılan sözleşmenin 3.3 hükmünün yorumu açısından dikkat edilmesi gereken bir husus da yukarıda açıklandığı üzere Danıştay kararı ile BOTAŞ’ın doğal gaz arzını kesmesinin engellenmiş olmasıdır. Bu açıdan bakıldığında sözleşme taraflarından BOTAŞ’ın, davacı ile imzaladığı sözleşme sona erse bile doğal gaz arzına devam etmek zorunda olması nedeniyle⁴⁵, taraflar ara-

42 EREN, s.428-429.

43 Öğretide hakim görüşe göre enerji sağlama sözleşmeleri sürekli borç ilişkisi niteliği taşımaktadır (AYRANCI, s.157 ve dn.329).

44 EREN, s.284.

45 Söz konusu Danıştay kararı, BOTAŞ’ın hukuken tekel olduğu 1999 yılında verilmiş bir karardır. Yukarıda açıklanan Asliye Ticaret Mahkemesi Kararı ise 2010 yılında verilmiştir. 2010 yılında BOTAŞ hukuken tekel olmamakla birlikte, doğal gaz arzının %90’ını

sında mutabakat sağlanamaması durumunda en azından sona eren sözleşmenin hükümlerinin geçerli olmasını istemiş olabileceği de akla gelmektedir. Ancak böyle bir yorum da söz konusu sözleşmenin 3.3 hükmünün çelişik ifadeler içerdiği, dürüstlük kuralı uyarınca tarafların gerçek ve ortak iradelelerini yansıtan bir düzenleme olmadığı sonucunu değiştirmemektedir.

Söz konusu sözleşme hükmüyle ilgili olarak akla gelen bir soru da doğal gaz satış sözleşmesinin “alacak ve borçlarla ilgili hükümlerinin” neler olduğudur. Alacak ve borçlarla ilgili hükümler, sadece edimleri belirleyen hükümler olarak anlaşılmamalıdır. Nitekim vade, cezai şart gibi düzenlemeler de alacak ve borçlarla ilgili düzenlemelerdir.

Ankara 7. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin sona eren sözleşmenin 3.3 hükmünün, bu sözleşmenin yürürlükte olduğu dönemde doğan alacak ve borçların tasfiyesine yönelik olduğu şeklindeki tespiti de eleştiriye açıktır. Zira sona eren sözleşmeden doğan alacak ve borçların tasfiyesi için, bu sözleşmenin alacak ve borçlarla ilgili hükümlerinin yürürlükte kalması gerekmemektedir. Mahkeme tarafından sözleşmenin dönem sonunda sona erdiğine hükmedilmiş olması ise yukarıda açıklanan gerekçelerle isabetlidir.

bb- Sözleşme İmzalanmadan Geçen Süreçte Vadenin Belirlenmesi

Yukarıdaki yargı kararları bağlamında değerlendirilmesi gereken bir başka mesele ise davacı ile BOTAŞ arasında sözleşme imzalanmadan toptan doğal gaz satışının devam ettiği süreçte vadenin ne şekilde belirlenebileceği meselesidir. Dava konusu uyuşmazlığa yol açan asıl mesele de vade konusundadır. Sözleşme imzalanmayan dönemde BOTAŞ doğal gaz arzına devam etmiş ve davacı şirkette bedeli ödemeye devam etmiştir. Satım konusu mal ve bedel konularında uzlaşma olması satım sözleşmesinin kurulması için yeterlidir (BK m.2, m.182). Vade ise sözleşmenin kurulması için zorunlu unsur olmadığından sonradan tamamlanabilmektedir (BK m.2/f.2). Dolayısıyla incelediğimiz somut olayda taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu⁴⁶

sağlaması nedeniyle hakim durumdadır. Dolayısıyla doğal gaz piyasasının henüz tam olarak rekabete açılmamış olması nedeniyle BOTAŞ'ın somut duruma göre toptan doğal gaz satış sözleşmesi yapmakla yükümlü olabileceğini söylemek yanlış olmayacaktır.

⁴⁶ Bu bağlamda fiili sözleşme ilişkisi teorisine de değinilmelidir. Fiili sözleşme ilişkisi teorisi uyarınca sözleşme yapmak ve böylece bir karşı edim borçlanmak şartıyla kamuya sunulan hizmetlerden yararlanan kişi, sözleşme yapmadan karşılıksız olarak hizmetten yararlanmış olsa bile dürüstlük kuralı uyarınca fiilen kurulmuş olan bir borç ilişkisi ile hizmetin bedelini borçlanmış sayılmaktadır. Bunun için de edimden yararlanılmış olması

ve sözleşmenin esaslı noktası olmayan vade konusunda ise anlaşmazlık bulunduğu anlaşılmaktadır. Tarafların sözleşmenin içeriğine ilişkin bir hukuki sorunu isteyerek veya istemeyerek düzenlememeleri halinde sözleşme boşluğu meydana gelmektedir⁴⁷. Sözleşme boşluklarının doldurulması için sözleşmenin tamamlanması gerekmektedir⁴⁸. Sözleşme boşluğu taraflarca, tamamlayıcı hukuk kurallarıyla veya hakim tarafından tamamlanabilmektedir⁴⁹.

Bilindiği üzere vadenin sözleşmede kararlaştırılmadığı ve tarafların da vade konusunda anlaşamadığı hallerde kural olarak Borçlar Kanunu'nun tamamlayıcı hukuk kuralı olan 74. maddesini uygulanmaktadır. BK m.74'de; ifa zamanı belirlenmemiş veya işin mahiyetinden anlaşılmıyor ise borcun derhal ifasının talep olunabileceği hükme bağlanmıştır. Bu madde uyarınca derhal ifa kuralının vadenin belirlenmediği toptan doğal gaz satış sözleşmelerinde uygulanıp uygulanamayacağı üzerinde durulmalıdır.

Toptan satış şirketinin arz ettiği doğal gaz, dağıtım şirketleri tarafından ihtiyaca göre farklı zamanlarda ve miktarlarda çekilebilmektedir. Dağıtım şirketlerinin doğal gaz çekişi belli bir zamana hasredilememekte, miktarı değişmekle birlikte her gün 24 saat boyunca gaz çekişi olabilmektedir. Bir başka ifadeyle dağıtım şirketi ay içinde kullanacağı doğal gazı bir defada çekmemektedir. Dolayısıyla BK m.74'deki derhal ifa kuralı, toptan doğal gaz satış sözleşmelerinin mahiyetine uymamaktadır.

Uygulamada ise toptan satış sözleşmelerinde vade, aylık vadeler şeklinde belirlenmektedir. Vade, dağıtım şirketinin toptan satış şirketinden aylık olarak çektiği doğal gaz bedelini, kendi abonelerinden fatura tahsilatlarını ger-

yeterli görülmektedir. Böylece sunduğu hizmetten yararlanan kişi, sebepsiz zenginleşme veya vekaletsiz iş görme şartlarının gerçekleştiğini ispatlamak zorunda kalmaksızın, sözleşme yapılsaydı isteyebileceği bedeli talep edebilmektedir (OĞUZMAN/ÖZ, s.38). Bu konuda ayrıca bkz. TUNÇOMAÇ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku- Genel Hükümler, C.I, İstanbul 1976, s.208 vd.; YAVUZ, Nihat: Eylemsel Sözleşme İlişkileri Kavramı ve Yargıtay Uygulaması, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s.1061 vd.

Ancak inceleme konusu olayda taraflar arasında sözleşmenin esaslı noktaları olan gaz arzı ve ücrete ilişkin bir uyumsuzluk söz konusu olmadığı için sözleşme ilişkisi kurulmuştur. Bu nedenle fiili sözleşme ilişkisi söz konusu değildir.

47 EREN, s.431.

48 EREN, s.431.

49 EREN, s.432-433.

çekleştirdikten sonra ödemesine imkan verecek şekilde belirlenmektedir. Ancak bu uygulama henüz ticari örf adet niteliğine dönüşmemiştir.

Sonuç olarak toptan satış sözleşmelerinde vade unsurunun belirlenmediği hallerde BK m.74 uyarınca derhal ifa kuralının uygulanması için niteliğine uygun düşmemektedir. Somut olaya ilişkin örf adet kuralı niteliğini kazanmış bir uygulama da bulunmamaktadır. Dolayısıyla tarafların toptan satış sözleşmesi kurulduktan sonra vade konusunda anlaşamaması halinde, vadenin hakim tarafından belirlenmesi gerekmektedir.

IV- SONUÇ

DGPK'da doğal gaz piyasasının rekabete açılması ve toptan satış sözleşmesinin de esas itibarıyla özel hukuk kurallarına tabi olması öngörülmüştür. Ancak yukarıda da açıklandığı üzere doğal gaz piyasasında hakim durumun devam ettiği bir süreçte sözleşme özgürlüğü ilkesinin tam anlamıyla uygulanabilmesi mümkün değildir. Nitekim yukarıda açıklanan İdare Mahkemesi ve Danıştay kararlarında da bu yönde karar verilmiştir. Doğal gaz piyasasında hakim durumda olması nedeniyle BOTAS hem sözleşme yapmakla yükümlü olup hem de hakim durumunu kötüye kullanmak suretiyle ayrımcılık yapmamakla yükümlüdür.

Ancak yukarıda açıklanan Asliye Ticaret Mahkemesi kararından da anlaşıldığı üzere BOTAS'ın doğal gaz arzını kesmemesi ve sözleşme yapmakla yükümlü olması karşısında, dağıtım şirketlerinin yeni koşullarda sözleşme imzalamaktan kaçınması, hatta sözleşme imzalamaksızın bedelini ödemek suretiyle doğal gaz alımına devam etmesi söz konusu olabilmektedir. Bu durum dağıtım şirketlerinin sözleşme imzalamamak yoluyla asgari ve azami alım taahhütlerinden kaçınmasını da beraberinde getirmektedir. Bu tür uyuşmazlıkların dava yoluyla çözümü mümkün olmakla birlikte, bu çözümün uygulama açısından pratik olmayacağı açıktır.

Gerek DGPK'da gerekse uygulamada toptan satış şirketi ile dağıtım şirketleri ve serbest tüketiciler arasındaki toptan satış sözleşmeleri bakımından dağıtım şirketleriyle aboneler arasında olduğu gibi genel işlem şartlarını içeren sözleşmeler öngörülmemiştir. Nitekim yukarıda Asliye Ticaret Mahkemesi kararına ilişkin açıklamalarda da belirtildiği üzere toptan satış sözleşmesinde taraflara müzakere hakkının tanınmış olması, DGPK'da fiyatın serbestçe belirlenmesinin öngörülmüş olması da toptan satış sözleşmesinin

genel işlem şartlarını içeren sözleşme veya iltihaki sözleşme niteliğinde olmadığına işaret etmektedir.

Toptan satış şirketleri ile dağıtım şirketleri arasında sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca sözleşmelerin yapılabilmesi için öncelikle BOTAS'ın piyasadaki hakim durumunun sona ermesi gerekmektedir. Bu nedenle gerek hakim durumdaki BOTAS'ın menfaatlerinin korunabilmesi gerekse dağıtım şirketleri arasında ayırım yapılmasının önlenmesi açısından doğal gaz piyasasında hakim durumun sona ermesine kadar ki süreçte toptan satış sözleşmelerinin genel işlem şartlarını içeren sözleşme veya iltihaki sözleşme olarak şekillendirilmesi isabetli görünmektedir. Böylece dağıtım şirketlerinin hakim durumdaki şirketin sözleşme yapmakla yükümlü olmasına dayanarak sözleşme imzalamaksızın doğal gaz alımını sürdürmeleri de engellenebilecektir. Bu bağlamda BOTAS'ın hakim durumunun devam ettiği süreçte, EPDK'nın düzenleyici üst kurul olarak toptan satış sözleşmeleri bakımından genel esasları belirlemesinin çözüm olabileceği fikrindeyiz.

BİBLİOGRAFYA

2010 yılı Doğal Gaz Piyasası Sektör Raporu,
<http://www.epdk.gov.tr/documents/10157/5240dd6f-6c54-4096-89f1-dd91337259b6>.

ASLAN, Yılmaz/ **KITIRCIOĞLU**, Erol/ **ALTINAY**, Galip/ **ARDIYOK**, Şahin/ **ILICAK**, Ali/ **GÜLTEKİN**, Banu/ **ÖNAL**, Emre/ **AKÇAOĞLU**, Can: Enerji Hukuku, C.I, Bursa 2007.

AYRANCI, Hasan: Enerji Sözleşmeleri, Ankara 2010.

AYRANCI, Hasan: Sözleşme Kurma Zorunluluğu, AÜHFD, C.52, S.3, s.229 vd.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, İstanbul 2010.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme, C.I, İstanbul 2008.

OĞUZMAN, M.Kemal/**ÖZ**, M.Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009.

SANLI, Kerem Can: Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Ankara 2000.

TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku- Genel Hükümler, C.I, İstanbul 1976.

YAVUZ, Nihat: Eylemsel Sözleşme İlişkileri Kavramı ve Yargıtay Uygulaması, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s.1061 vd.