

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI**

**DOĞAL GAZ ALIM SÖZLEŞMELERİNDE AL YA DA ÖDE
KLOZU VE BENZERİ DİĞER KLOZLAR**

Yüksek Lisans Tezi

Serkan AÇIKEL

Ankara - 2010

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI**

**DOĞAL GAZ ALIM SÖZLEŞMELERİNDE AL YA DA ÖDE
KLOZU VE BENZERİ DİĞER KLOZLAR**

Yüksek Lisans Tezi

Serkan AÇIKEL

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. Vedat BUZ**

Ankara - 2010

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

**DOĞAL GAZ ALIM SÖZLEŞMELERİNDE AL YA DA ÖDE
KLOZU VE BENZERİ DİĞER KLOZLAR**

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı : Prof. Dr. Vedat BUZ

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

İmzası

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

Tez Sınavı Tarihi

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE**

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.(...../...../200...)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin
Adı ve Soyadı

.....

İmzası

.....

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR	Vii
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	
DOĞAL GAZ ALIM SÖZLEŞMELERİ	
§1. Doğal Gaz Alım Sözleşmelerinin Tanımı, Unsurları, Hukuki Niteliği ve Türleri.....	7
I. Genel Olarak.....	7
II. Tanımı	9
III. Esaslı Unsurları.....	9
A) Sözleşme Konusu Mal: Doğal Gaz	9
B) Bedel	11
C) Karşılıklı Anlaşma	11
IV. Hukuki Niteliği.....	12
A) Rızai Bir Sözleşmedir	12
B) Borç Doğurucu Nitelikte Bir Sözleşmedir	13
C) Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmedir.....	13
V. Türleri	14
A) Kaynağına Göre Doğal Gaz Alım Sözleşmeleri	14
1) Tüketim Sözleşmeleri (Depletion Contracts).....	14
2) Tedarik Sözleşmeleri (Supply Contracts).....	15
B) Sözleşme Süresine Göre Doğal Gaz Alım Sözleşmeleri	16
§2. Doğal Gaz Alım Sözleşmesinin Tarafları ve Tarafların Borçları	17

I. Taraflar.....	17
A) Satıcı	18
B) Alıcı	19
C) İlgili Kişiler.....	19
II. Tarafların Borçları	20
A) Satıcının Borçları	21
1) Genel Olarak.....	21
2) Teslim Borcu	21
a) Sözleşme (Teslim) Miktarları.....	22
aa. Yıllık Sözleşme Miktarı.....	23
bb. Aylık Sözleşme Miktarı.....	23
cc. Günlük Sözleşme Miktarı	24
b) Çekiş Talebi (Nomination).....	25
aa. Tanımı.....	25
bb. Çekiş Talebi Bildirimi.....	26
cc. Günlük Çekiş Talebi Miktarı	26
dd. Varsayılan Çekiş Talebi	26
ee. Çekiş Talebinin Al Ya da Öde Kaydına Etkisi	27
ff. Çekiş Talebi Bildiriminde Değişiklik.....	28
c) Teslim Noktası	29
d) Teslime Hazır Bulundurma.....	31
3) Teslim Borcuna Aykırılık	31
a) Teslim Miktarına İlişkin Borca Aykırılık.....	31
aa. Eksik Teslim Nedeniyle Borca Aykırılık.....	31

bb. Borca Aykırılık Teşkil Etmeyen Eksik Teslim	33
cc. Fazla Teslim	34
b) Teslim Edilen Gazın Niteliğine İlişkin Borca Aykırılık	35
B) Alıcının Borçları	37
1) Genel Olarak	37
2) Semen Ödeme Borcu	38
3) Teslim Alma Borcu	40
4) Al Ya da Öde Kaydının Alıcının Teslim Alma Borcuna Etkisi	42

İKİNCİ BÖLÜM

AL YA DA ÖDE KLOZU

§ 3. Al Ya Da Öde Klozunun Tanımı ve Fonksiyonları	44
I. Genel Olarak	44
II. Tanımı	45
III. Fonksiyonları	46
A) Düzenli Gelir Akışının Sağlanması	46
B) Arz Güvenliğini Sağlaması	48
C) Risklerin Dağıtılması	48
D) Fiyat Düşürücü Etkisi	50
E) Diğer Fonksiyonlar	51
§ 4. Al Ya Da Öde Klozunun Muhtevası	51
I. Genel Olarak	51
II. Al Ya da Öde Yükümlülüğünün Kapsamının Belirlenmesi	55
A) Yıllık Sözleşme Miktarında Yapılan Düzenlemeler (Adjustments) ..	55
1) Teslim Edilmeyen Gaz	56

2) Mücbir Sebepler.....	57
3) Miktar Nakli (Carry Forward).....	58
B) Yıllık Al Ya da Öde Miktarı.....	58
C) Yıllık Eksik Çekiş Miktarı	60
D) Al ya da Öde Ödemesi	61
III. Al Ya Da Öde Ödemesinin Telifisinde Kullanılan Sözleşme	
Kayıtları.....	61
A) Eksik Çekiş Telifisi (<i>Make up Gas</i>).....	63
1) Eksik Çekiş Telifisi Sınırlamaları.....	65
a) Hak düşürücü süre	66
b) Fiziksel Sınırlamalar	67
c) Sözleşmesel Sınırlamalar	68
2) Telif Edilmemiş Eksik Çekiş Miktarı	68
a) Hakkın Düşmesi.....	69
b) Gaz Alım Sözleşmesinin Süresinin Uzatılması.....	69
c) Nakit Ödeme	70
d) Alternatif Ürün Teslimi.....	70
3) Telif Edilmemiş Eksik Çekiş Miktarının Sınırlandırılması	70
B) Miktar Nakli.....	71
C) Eksik Çekiş Telifisi ve Miktar Naklinin Birlikte Gerçekleştiği Durumda Al Ya da Öde Miktarının Hesaplanması.....	73
§ 5. Al Ya Da Öde Klozunun Benzer Kavramlardan Ayırılması ve Hukuki Niteliği	
I. Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması.....	76

A) Asgari Alım Taahhüdü (Al ve Öde Klozu)	76
B) Götürü Tazminat.....	79
C) Cezai Şart.....	85
1) Tanımı, Konusu ve Unsurları	85
2) Türleri.....	88
3) Amaç ve İşlevleri.....	89
4) Al ya da Öde Klozu ile Karşılaştırılması	90
5) Anglo Sakson Hukukunda Al ya da Öde Klozunun Cezai Şart ile Karşılaştırılması	94
a) M & J Polymers Ltd v Imerys Minerals Ltd. Davası	95
b) Conoco Ltd. v Foxboro Great Britain Ltd. Davası.....	97
D) Seçimlik Borç.....	98
II.Hukuki Niteliği	101

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MUKAYESELİ HUKUKTA AL YA DA ÖDE KLOZU

§ 6. ABD ve AB Hukuklarında Al Ya Da Öde Klozu

I. ABD Hukukunda Al ya da Öde Klozu	104
A) Genel Olarak	104
B) Doğal Gaz Piyasasında İlk Uygulamalar	105
C) 1960'lar: <i>Phillips</i> Kararı ve Al Ya Da Öde Kaydının Ortaya Çıkışı	107
D) 1970'li Yıllar: Düşük Fiyatlandırma Politikası ve Doğal Gaz Arzı Sorunu.....	109
E) 1980'ler: "Gaz Kabarcığı" ve Al Ya da Öde Krizi.....	111
F) 1990'lar: Liberalleşmeye Doğru	113

G) Amerika'da Yaşanan AI Ya da Öde Sorunu.....	114
H) Çözüm Arayışları	115
1) Yargı Yolu	116
2) Mücbir Sebep.....	116
3) Ticari Elverişsizlik (Commercial Impracticability).....	118
II. Avrupa Birliğinde AI Ya da Öde Klozu	122
A) Avrupa'da Doğal Gaz	122
B) Gaz Direktifleri.....	123
C) Direktiflerde Yer Alan AI Ya da Öde ile İlgili Düzenlemeler.....	125
D) Gelişim	129
SONUÇ.....	132
BİBLİYOGRAFYA	137
ÖZET	152
ABSTRACT	153

KISALTMALAR

AIPN	: Association of International Petroleum Negotiators
AÜSBE	: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
AYÖM	: Al ya da Öde Miktarı
AYÖO	: Al ya da Öde Oranı
Bcm	: Billion Cubic Meters (Milyar metreküp)
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CNG	: Compressed Natural Gas
LNG	: Liqueied Natural Gas
LPG	: Liquefied Petroleum Gas
MSM	: Mücbir Sebep Miktarı
s.	: sayfa
S.	: Sayı
Vol.	: Volume
YSM	: Yıllık Sözleşme Miktarı

GİRİŞ

Yeşil bir enerji ürünü olan doğal gazın kullanım alanı ve miktarı günümüzde hızlı bir şekilde artmaktadır. Doğal gazın keşfi, üretimi ve nihai tüketicilere taşınması, çok yüksek maliyetli alt yapıların inşa edilmesini gerektirmektedir. Nitekim yeraltından kuyular vasıtası ile çıkarılan doğal gaz, içinde bulunan su, diğer gaz çeşitleri, toprak, kum ve buna benzer diğer parçacıklardan arındırılmak için işleme ünitelerinde rafine edilerek tüketime hazır hale getirilmekte ve tüketildiği pazarlara boru hatları veya LNG tankerleri ile taşınmaktadır. Doğal gazın boru hattı ile taşınması için binlerce kilometre uzunluğunda boru hatları inşa edilmekte, LNG tankerleri ile taşınması içinse üretici ülkelerde sıvılaştırma, tüketici ülkelerde ise yeniden gazlaştırma tesislerine ihtiyaç duyulmakta ve sıvılaştırılmış gazın taşınması için özel tankerler inşa edilmektedir.

Doğal gazın keşfi, üretimi ve taşınması için gerekli olan altyapıyı oluşturmanın yüksek yatırım maliyeti gerektirmesi, doğal gaz üreticilerini finans arayışına zorlamakta ve doğal gaz üreticilerinin kredi kuruluşları ile uzun dönemli borç ilişkisi kurmasını gerekli kılmaktadır. Kredi kuruluşları doğal gaz üreticileri tarafından talep edilen kredileri vermeden önce söz konusu kredilerin geri ödemeleri ve faiz ödemeleri için ciddi güvenceler şart koşmaktadır. Kredi kuruluşları tarafından talep edilen güvenceler arasında üretimi ve hatta üretim alt yapısının inşaatı henüz başlamamış doğal gaz için, güvenilir alıcılarla akdedilmiş olan uzun dönemli doğal gaz alım sözleşmeleri yer almaktadır. Bu şekilde ileride üretimi gerçekleştirilecek olan doğal gazın satılması garanti altına alınmakta ve uzun sürelere yayılan yüksek miktarda

kredi geri ödemelerinin düzenli bir şekilde gerçekleştirilmesi temin edilmektedir.

Ancak alıcılar ile imzalanan uzun dönemli doğal gaz alım sözleşmeleri, satıcı açısından düzenli bir gelir akışını tek başına garanti etmemektedir. Nitekim doğal gaz piyasasının konjonktürel yapısı, alıcının gazı teslim alma borcuna aykırı davranması yönünde önemli bir risk doğurmakta ve buna bağlı olarak satıcı açısından gaz bedelinin tahsilinde, yatırım maliyetlerinin karşılanmasında ve özellikle kredilerin geri ödemelerinde ciddi bir risk oluşturmaktadır.

Alıcıların gazı teslim alma borcuna aykırılığına bağlı risklerle karşılaşmak istemeyen (üretici) satıcılar, doğal gaz alım satım anlaşmalarının akdi sırasında, alıcının belli miktarda doğal gazı almayı taahhüt etmesini talep etmektedir. Bu şekilde, doğal gaz alım sözleşmelerine *al ve öde* kayıtları dâhil edilmeye başlanmıştır. Böylece bu taahhüde konu miktar doğal gazın teslim alınmamasının borca aykırılık oluşturduğu kabul edilmiştir. Ancak tazminat hukukuna ilişkin ispat zorlukları ve tahsilde yaşanan gecikme nedeniyle satıcıların düzenli gelir akışında sorunlar gündeme gelmiştir. Bu nedenle *al ve öde* kayıtları, satıcının düzenli gelir akışını tam anlamda koruyamamıştır.

Bunun üzerine, doğal gaz alım sözleşmelerinde, alıcının doğal gazı teslim alıp almamasına bakılmaksızın, belli bir miktar gazın bedelinin koşulsuz olarak ödenmesinin taahhüt edildiği *al ya da öde kayıtları* kullanılmaya başlanmıştır. *Al ya da öde* kaydının kararlaştırıldığı hallerde alıcı, *yıllık al ya da öde miktarı* olarak adlandırılan belli miktarda gazın

bedelini ödemeyi, fiilen teslim alma şartına bağlı olmaksızın, taahhüt etmektedir.

Al ya da öde kaydı ile alıcı, talep (pazar) dalgalanmalarından doğan riski üstlenmektedir. Bu risk alıcı açısından oldukça önem taşımaktadır. Nitekim doğal gaz tüketiminin konjonktürel olması ve doğal gazın alternatif yakıtlarla rekabeti nedeniyle çeşitli dönemlerde doğal gaz talebinde yaşanan dalgalanmalar, alıcıların, çok yüksek tutarlı *al ya da öde* ödemelerine maruz kalmasına sebep olabilmektedir.

Doğal gaz piyasasında yaşanan liberalleşme süreci de *al ya da öde* kayıtlarını alıcılar için ağırlaştırmaktadır. Esasen doğal gaz üretilen yerler ve üreticiler sınırlı sayıda olduğundan doğal gaz piyasası monopolcü bir yapılanma içerisindedir. Piyasanın rekabete açılmasından önce gazı ithal eden ve iç pazara tekrar satan alıcılar da genellikle tek kamu tüzel kişisi olduğundan aynı monopolcü nitelik iç pazara da yansımıştır. Ancak liberalizasyon çalışmaları, piyasaya yeni oyuncular girmesini ve bu oyuncuların kısa dönemli sözleşmeler ile doğal gaz almasını sağlamıştır. Bu durum yeni alıcıların, uzun dönemli *al ya da öde* sözleşmeleri ile gaz tedarik eden diğer alıcılara nazaran daha ucuza gaz bulabilmesine yol açmıştır. Böylece piyasaya yeni giren oyuncuların piyasadaki pazar payları önemli ölçüde artmıştır. Pazar payı düşen diğer alıcılar ise uzun dönemli sözleşmelerinde taahhüt ettikleri *al ya da öde* miktarlarındaki gazı almakta zorlanmış ve *al ya da öde* ödemeleri yapmak zorunda kalmıştır. Rekabete açılan piyasaya yeni gaz arzı olduğu için arz fazlası yaşanmış ve *al ya da öde* ödemelerinin tutarları çok yükselmiş ve alıcılar bu ödemeleri gaz

fiyatlarına yansıtılmak zorunda kalmıştır. Bu durum söz konusu alıcıların al ya da öde taahhüdü bulunmayan yeni oyuncularla rekabetini zorlaştırmıştır. Nitekim British Gas şirketinin özelleştirilmesi ve İngiltere gaz piyasasının liberalleştirilmesi sırasında, al ya da öde taahhüdü kapsamında 2.4 milyar £ ödenmesi gerekmiştir¹.

Türkiye doğal gaz piyasasında da benzer bir süreç yaşanmaktadır. BOTAŞ Boru Hatları ile Petrol Taşıma A.Ş. 2008 yılına kadar doğal gaz ithalatçısı konumundaki tek kamu tüzel kişisiyken, 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu'nun Geçici 2. maddesi uyarınca doğal gaz alım sözleşmelerini devretmek zorunda kalmış ve yıllık 4 milyar metreküplük miktara konu doğal gaz alım sözleşmesini üçüncü kişilere devretmiştir. Bu yolla piyasaya dört yeni oyuncu girmiştir. Ayrıca, BOTAŞ dışındaki ithalat lisansı sahiplerinin de spot LNG ithalatı yapmalarına izin veren mevzuat değişikliği gerçekleştirilmiş ve yeni oyuncular bu yolla daha ucuza doğal gaz temin etmeye başlamıştır. Ayrıca geçtiğimiz yıllarda olağanüstü yükselen petrol fiyatları, doğal gaz fiyatını da yükseltmiş ve bu durum doğal gazın iç tüketiminde önemli miktarda azalmaya yol açmıştır. Doğal gaz piyasasında yaşanan gelişmeler ABD ve İngiltere'de yaşanan arz fazlası sorununun ülkemizde de ortaya çıkma ihtimalinin yüksek olduğunu göstermektedir. Bu durum uzun dönemli sözleşmeler ile al ya da öde taahhüdünde bulunan Türk alıcılarının yakın bir gelecekte milyarlarca ABD Doları tutarında *al ya da öde* talebi ile karşı karşıya kalabileceğini göstermektedir. Bu durum sadece

¹ Detaylı açıklama için bkz. **Huggins**, J. S.: "Take or Pay" Gas Contracts: Is Disaster Looming?" OGLTR 1996, I. 3,s. 99 vd.

alıcılar açısından değil nihai tüketiciler açısından da endişe verici bir durumdur. Nitekim alıcılar *al ya da öde* taahhüdü neticesinde yaptıkları ödemeleri, doğal gaza yapılacak zamlar neticesinde tüketiciye yansıtmak isteyecektir. Bu durum konunun kamusal boyutunu ortaya koymaktadır.

Al ya da öde kaydı Türk hukukunda henüz detaylı bir çalışmaya konu olmamıştır. Ancak konunun ekonomik boyutları ve kamusal önemi dikkate alındığında detaylı bir hukuki incelemenin önemi anlaşılmaktadır. Bu nedenle tezimizde uzun dönemli doğal gaz alım sözleşmelerinde sıklıkla yer verilen *al ya da öde* kaydı incelenecektir.

Çalışmanın ilk bölümünde doğal gaz alım sözleşmeleri, genel olarak anlatılacak ve *al ya da öde* kaydına yer verilen doğal gaz alım sözleşmelerinde bu kaydın, alıcının yükümlülüklerini ne şekilde etkilediği hususu üzerinde durulacaktır.

Çalışmanın ikinci bölümünde, *al ya da öde* kaydı detaylı bir şekilde ele alınacaktır. Öncelikle *al ya da öde* kaydının tanımı ve fonksiyonlarına yer verilecektir. Bölümün devamında *al ya da öde* klozunun muhtevası ve *al ya da öde* ödemesi yapmak zorunda kalan alıcının, teslim almadan yaptığı ödemeyi telafi etmesine imkân veren sözleşme kayıtları yani *eksik çekiş* ve *miktar nakli* kayıtları açıklanacaktır. *Al ya da öde* klozunun hukuki niteliği, benzer kavramlarla olan ilişkisi detaylı olarak incelenmek suretiyle, irdelenecektir.

Çalışmanın son bölümünde, mukayeseli hukukta *al ya da öde* kaydı incelenecek ve özellikle tüm piyasa aşamalarını tamamlamış olan Amerika

örneği ele alınacaktır. Bu kapsamda, Amerikan doğal gaz piyasasının yaşadığı büyük al ya da öde krizi, krizi doğuran nedenler, krizin etkileri ve krizden kurtulmak için başvurulanan hukuki yollar ile alıcıların al ya da öde taleplerine karşı başvurduğu savunmalara detaylıca yer verilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

DOĞAL GAZ ALIM SÖZLEŞMELERİ

Ş1. Doğal Gaz Alım Sözleşmelerinin Tanımı, Unsurları, Hukuki Niteliği ve Türleri

I. Genel Olarak

Doğal gaz piyasasının her aşamasında doğal gaz alım sözleşmeleri düzenlenmektedir. Şöyle ki, doğal gaz üreticileri ile doğal gaz ithalatçıları veya toptan satıcılar arasında düzenlenen sözleşmeler ile piyasaya doğal gaz arzı sağlanmaktadır. Doğal gaz ithalat eden veya toptan satış yapan şirketler ise, dağıtım şirketleri, çevrim santralleri ve büyük sanayi kuruluşları ile düzenledikleri doğal gaz alım sözleşmeleri ile gazı iç piyasada tekrar satmaktadır. Dağıtım şirketleri ise düzenledikleri doğal gaz alım sözleşmeleri ile doğal gazın nihai tüketicilerine ulaşmasını sağlamaktadır.

Doğal gaz alım sözleşmeleri, belirli bir miktar doğal gazın bedeli karşılığında, teslim noktasında alıcıya teslimini düzenlemektedir. Borçlar Kanunu'nda doğal gaz alım sözleşmeleri adı altında düzenlenmiş olan ayrı bir sözleşme tipi bulunmadığından bu sözleşmeyi, Borçlar Kanununun satım sözleşmesine ilişkin hükümleri dâhilinde ele almak gerekmektedir.

Borçlar Kanunu'nda düzenlenen sözleşmeleri çeşitli yönlerden sınıflandırmak mümkündür. Bu sınıflandırma içinde en temel ölçüt, sözleşmelerin içerik ve amaçları bakımından sınıflandırılmasıdır². Buna göre

² **Zevkliler**, A / **Havutçu**, A.: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007, s. 44; **Gümüş**, M. A. : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2008, s. 4. Borçlar Kanunu'nun özel hükümlerinde yer alan sözleşme tiplerinin bu sınıflandırmaya göre düzenlendiği

sözleşmeler, temlik borcu doğurma, kullandırma, iş görme, muhafaza ve teminat amacı güden sözleşmeler olarak sınıflandırılmaktadır. Bu sınıflandırmaya göre, satım sözleşmesi temlik borcu doğuran sözleşmelerdendir³.

Satım sözleşmesi, Borçlar Kanununun 182 – 231. Maddeleri arasında “Aktin Muhtelif Nevileri” başlıklı ikinci kısmının altıncı babında, umumi hükümler, menkul satımı, gayrimenkul satımı, satımın bazı çeşitleri başlıklı fasılları ile düzenlenmiştir.

Bu noktada doğal gaz alım sözleşmelerinin hangi satım türüne ilişkin düzenlemeye tabi olacağını irdelemek lazım gelir. Türk Medeni Kanunu m. 762’ye göre taşınır mülkiyetinin konusu, nitelikleri itibarıyla taşınabilen maddî şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçlerdir. Taşınmaz kapsamına girmeyen doğal güçlerden sayılan ve temellüğe elverişli olan doğal gaz taşınır mülkiyetine konu olabilecektir. Bu nedenle doğal gaz alım sözleşmeleri, taşınır satım akdi olarak kabul edilmelidir⁴.

yönünde bkz. **Aral**, F.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 7. Baskı, Ankara 2007, s. 47.

³ **Tandoğan**, H.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, Tümü Yeninden İşlenmiş ve Genişletilmiş Beşinci Basım’da Altıncı Tıpkıbasım, İstanbul 2008, s. 2 vd.; **Serozan**, R. : Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Temel Kavramlar, Kaynaklar ve İlkeler, Atipik Sözleşmeler, Satım, Trampa, Bağışlama Uygulama Çalışmaları, İstanbul 2002s. 15 vd.; **Zevkililer / Havutçu**, s. 44 - 45; **Yavuz**, C. / **Acar**, F. / **Özen**, B.: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Yenilenmiş Altıncı Baskıdan Tıpkı 7. Baskı, İstanbul 2009, s. 7 – 8; **Tunçomağ**, K.: Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Borç İlişkileri C. II., İstanbul, 1967, s. 17; **Gümüş**, s. 4 – 5; **Yazıcı**, A. H.: “Satıcının Gemi Satım Sözleşmesinden Doğan Mülkiyeti Nakil Borcu Ve Bu Borcun İfasi”, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2008, s. 21.

⁴ **Uygur**, T.: Açıklamalı – İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Madde 109 – 213, C. 4, Ankara 2003, s. 4551.

II. Tanımı

Borçlar Kanunu m. 182/1, satım sözleşmesi için bir tanım vermemekte, sözleşmenin esaslı unsurlarını belirlemektedir. Borçlar Kanunu m. 182/1'e göre, "satım bir akittir ki onunla satıcı, satılan malı alıcının iltizam ettiği semen mukabilinde alıcıya teslim ve mülkiyeti ona nakleylemek borcunu tahammül eder".

Kanun hükmüne göre satım sözleşmesinin unsurları, satılan şey (mal), bedel (semen) ve satılan şey ile satım bedelinin birbirleriyle değiştirilmesi hususunda tarafların karşılıklı anlaşmalarıdır. Bu unsurlardan yola çıkılarak, bir tür satım sözleşmesi olan doğal gaz alım sözleşmelerinin aşağıdaki şekilde tanımlanması mümkündür.

Doğal gaz alım sözleşmesi, satıcının belirli bir miktar doğal gazı alıcıya teslim ve mülkiyetini nakil etmeyi ve alıcının da satım bedelini ödemeyi borçlandığı bir sözleşmedir⁵.

III. Esaslı Unsurları

A) Sözleşme Konusu Mal: Doğal Gaz

Doğal gaz alım sözleşmesinin konusu, hidro karbon türevi bir akışkan olan doğal gazın satımıdır. Doğal gaz, organik canlılar olan bitki ve hayvanların milyonlarca yıl gibi uzun bir zaman diliminde yeryüzü katmanları arasında kum, çamur ve diğer materyaller ile oksijensiz bir ortamda yüksek basınca ve ısıya maruz kalması ile oluşan; metan, etan, propan, butan ve pentan gibi yanıcı gazlardan meydana gelen; renksiz, kokusuz ve havadan

⁵ Benzer bir tanım için bkz. O'Neill, D.: "Gas Sale and Purchase Agreements" in Oil and Gas: A Practical Handbook, Law edited by G. P.- Tuberville, London 2009, s. 28.

hafif olan; fosil yakıtların aksine çok daha temiz bir şekilde yanan ve bu yanma sonucunda havaya sadece karbondioksit, su buharı ve çok az miktarda nitrojen oksit emisyonuna neden olan bir hidrokarbon gaz çeşididir^{6,7,8}.

Doğal gazın fiziksel özellikleri, örneğin kalitesini belirleyen kalorifik değeri, teslim noktasındaki bileşenlerinin oranı, gaz içinde bulunması arzu edilmeyen kimyasalların varlığı gibi haller gaz fiyatını etkilemektedir. Bu nedenle, doğal gazın hangi fiziksel özellikleri taşıyacağı sözleşmede açık bir şekilde belirtilmektedir. Ayrıca doğal gazın minimum teslim basıncı, sıcaklığı, hangi zaman dilimi içinde⁹ ve hangi formda teslim edileceği gibi hususlar da sözleşmede ayrıntılı bir şekilde düzenlenmektedir.

⁶ <http://www.naturalgas.org/overview/background.asp>

⁷ Doğal gazın, *nemli gaz (condensate gas)*, *doğal gaz sıvıları (natural gas liquids - NGLs)* *ıslak gaz (wet gas)*, *kuru gaz (dry gas)* şeklinde türevleri bulunmaktadır. Aynı şekilde *bağlı gaz (associated gas)* ve *bağlı olmayan gaz (non-associated gas)*, *sıvılaştırılmış doğal gaz (liquefied natural gas - LNG)* *sıvılaştırılmış petrol gazı (liquefied petroleum gas - LPG)*, *sıkıştırılmış doğal gaz (compressed natural gas - CNG)* diğer doğal gaz türevleridir (**Roberts**, P.: Gas Sales and Gas Transportation Agreements Principles and Practice, London 2004, 1-002). Al ya da öde hükümlerinin özellikle bağlı olmayan gaz üretimine kombine edilmesi satıcı açısından fayda sağlamaktadır. Bağlı gaz satışında ise, satıcının ham petrol üretimini daha fazla güvence altına alacak olması sebebiyle “al ve öde” taahhüdüne yer verilebilir (**Roberts**, 13-002).

⁸ Ticari kullanımı ilk kez 1700'lü yıllarda başlayan doğal gazın, içten patlamalı motorların icadından sonra, sanayi devrimiyle birlikte ekonomik ve stratejik bir madde haline geldiği görülmektedir. Teknolojik gelişmeyle birlikte kullanımı da artan doğal gaz, çevresel faktörlerin de etkisiyle, petrolden daha fazla kullanılma eğilimine girmiştir. Bkz. **Kidnay**, A.J./ **Parrish**, W.R.: Fundamentals of Natural Gas Processing, Boca Raton 2006, s. 1. Ancak Dünya'da doğal gazın önemli bir enerji kaynağı olarak ortaya çıkması, 1970'lerde başlayan petrol krizinden sonra petrole olan bağımlılığın azaltılması isteği neticesinde olmuştur (**Aslan**, İ. Y. : Enerji Hukuku, C. III, Ankara 2009, s 151).

⁹ Günlük, aylık, yıllık ve hatta bazen saatlik ve yarım saatlik teslimler dahi söz konusu olabilir.

B) Bedel

Doğal gaz alım sözleşmeleri, ivazlı sözleşmelerdendir. Yani satıcının doğal gazı teslim ve mülkiyeti nakil borcuna karşılık, alıcının belirli veya belirlenebilir bir miktar para ödeme borcu bulunmaktadır.

Bedelin ödenmesi, Türk parası üzerinden olabileceği gibi yabancı para üzerinden de kararlaştırılabilir. Doğal gazın yabancı ülkelerden ithaline dair gaz alım sözleşmelerinde, genellikle Amerikan Doları ödeme birimi olarak kararlaştırılmakta iken; iç piyasada akdedilen doğal gaz alım sözleşmelerinde ödemenin Türk parası üzerinden yapılması kararlaştırılmaktadır.

Sözleşmenin kurulduğu anda fiyatın belirli bir rakam olarak gösterilmesi zorunlu değildir; yani bedelin tarafların yeni bir anlaşmasına gerek olmaksızın belirlenebilir olması yeterlidir¹⁰. Alıcının ödeme borcu bölümünde ayrıntısıyla izah edileceği üzere, uluslararası doğal gaz alım sözleşmelerinde, bir başlangıç fiyatı tespit edilmekte ve bu fiyat, sözleşmede belirtilen dönemlerde bazı endekslere dayanan formüller yardımıyla, güncellenmektedir. Bu anlamda sözleşmenin başında belli olan fiyat, ilerleyen dönemlerde belirlenebilir nitelikte olmaktadır.

C) Karşılıklı Anlaşma

Satım akdinde, satılanın ve satım bedelinin değiştirilmesi hususunda tarafların karşılıklı anlaşmış olmalarıyla sözleşme kurulmaktadır. Satıcı, satım akdinin konusunu teşkil eden şeyin mülkiyetini veya hakkın kesin olarak devrini taahhüt etmelidir. Satılan ile satım bedeli bir miktar paranın

¹⁰ **Tandoğan**, C. I/1, s. 90; **Serozan**, Özel Bölüm, s. 89; **Gümüş**, s. 52.

değiştirilmesi konusunda anlaşma yeterli olup ayrıca satılanın teslimi ve paranın ödenmiş olması satışın tamam olması için şart değildir¹¹.

Bir tür satım sözleşmesi olan doğal gaz alım sözleşmeleri, belli miktar doğal gaz ile bedeli paranın değiştirilmesi hususunda tarafların anlaşması ile kurulmaktadır.

IV. Hukuki Niteliği

Para ile değiştirilebilen, ekonomik değeri ve maddi varlığı bulunan eşyalar ile maddi varlığı bulunmasa da egemenlik altına alınabilen ve mülkiyetin konusunu oluşturmaya elverişli bulunan gaz, elektrik¹², vb. doğal güçler, alacaklar ve parasal değeri bulunan bütün haklar satım sözleşmesinin konusunu oluşturabilmektedir¹³.

Yukarıda yer verildiği üzere, satım akdi olarak değerlendirilen doğal gaz alım sözleşmesinin hukuki niteliği, satım sözleşmesine ilişkin esaslar dâhilinde incelenecektir.

A) Rızai Bir Sözleşmedir

Doğal gaz alım sözleşmesi rızai bir sözleşmedir ve doğal gazın teslimi ve sözleşme bedelinin ödenmesi şartı aranmaksızın, tarafların gaz ve

¹¹ **Tandoğan**, C. I/1, s. 93 – 94; **Zevkliler / Havutçu**, s. 53.

¹² “*Elektrik enerjisinin de, ekonomik bir değeri olup edinime elverişli bulunması ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmemesi nedeniyle taşınır mülkiyetinin konusunu oluşturabilir ve elektrik satımı, taşınır satım sözleşmesi niteliğindedir...*”, Y. 13. HD. 12.1.1981 T. 1980/6544 E., 1981/6013 K. Sayılı kararı için bkz. **Yılmaz**, K.: Yüklenici ile Alıcı Arasında Yapılan Arsa Payının Devrine İlişkin Satım Sözleşmesi Şekli ve Hükümleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Adana 2010, s.68.

¹³ **Tandoğan**, C. I/1, s. 79; **Becker**, H. : İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm: Çeşitli Sözleşme İlişkileri (Madde 184 – 551), Ankara 1993, s. 3; **Aral**, s. 64; **Zevkliler / Havutçu**, s. 48; **Yavuz / Acar / Özen**, s. 21 **Gümüş**, s. 45.

sözleşme bedelinin değiştirilmesi konusundaki anlaşmaları ve bu konuda karşılıklı irade açıklamaları ile kurulur¹⁴.

B) Borç Doğurucu Nitelikte Bir Sözleşmedir

Doğal gaz alım sözleşmesi borçlandırıcı bir işlemdir. Çünkü Borçlar Kanunu, mülkiyetin alıcıya geçişini, teslim ile birlikte aynı sözleşmenin yapılması şartına bağlamıştır¹⁵. Diğer bir ifadeyle sözleşmenin kurulması, tek başına satılanın mülkiyetini satın alana geçirmemekte; mülkiyetin devri için gerekli fiillerin yapılması gerekmektedir¹⁶. Satıcının mülkiyeti devretme borcu bulunduğundan satım sözleşmeleri borç doğurucu sözleşmedir¹⁷. Doğal gaz alım sözleşmesi taşınır akdi hükmünde olduğundan doğal gazın teslimi ile mülkiyeti nakil borcu yerine getirilmiş olur.

C) Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmedir

Satım sözleşmesinde satıcı satılan malı alıcıya teslim ve mülkiyeti geçirme borcu altına girmekte, alıcı da bunun karşılığı olarak, satılan malla ilgili satım bedeli ödemeyi taahhüt etmektedir. Her iki tarafın anılan karşılıklı borçlarının bulunduğu satım sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen (synallagmatik) sözleşme niteliğindedir¹⁸.

¹⁴ **Tandoğan**, C. I/1, s. 78; **Aral**, s. 62; **Serozan**, Özel Borç İlişkileri, s. 89; **Yavuz / Acar / Özen**, s. 22; **Zevkliler / Havutçu**, s. 58; **Aral**, s. 62; **Uygur**, C. 4, s. 4480; **Gümüş**, s. 31.

¹⁵ **Tunçomağ**, K.: Türk Borçlar Hukuku, C. II, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977, s. 44.

¹⁶ **Aral**, s. 61; **Yavuz / Acar / Özen**, s. 22 – 23; **Uygur**, C. 4, s. 4479; **Gümüş**, s. 32.

¹⁷ **Tandoğan**, C. I/1, s. 78; **Aral**, s. 61; **Zevkliler / Havutçu**, s. 47; **Yavuz / Acar / Özen**, s. 23; **Serozan**, Özel Bölüm, s. 92.

¹⁸ **Tandoğan**, C. I/1, s. 78; **Aral**, s. 62; **Zevkliler / Havutçu**, s. 48; **Yavuz / Acar / Özen**, s. 23; **Becker**, s. 3; **Uygur**, C. 4, s. 4480; **Gümüş**, s. 32 – 33.

Doğal gaz alım sözleşmelerinde satıcının gaz teslimi, alıcının ise bedel ödeme borcu bulunduğundan bu sözleşmeler tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir¹⁹.

V. Türleri

Doğal gaz alım sözleşmelerinin akdedildikleri süreye ve tedarik kaynağına göre çeşitli türleri bulunmaktadır²⁰.

A) Kaynağına Göre Doğal Gaz Alım Sözleşmeleri

Doğal gaz alım sözleşmeleri tedarik kaynağına göre yapılan ayırmda iki kategoriye ayrılmaktadır. Birinci kategoride yer alan gaz alım sözleşmeleri, gaz kaynağının alıcı için önem taşıdığı yani belirli bir doğal gaz sahasının tümünün veya küçük yahut orta büyüklükte bir bölümünün belli bir alıcıya tahsis edildiği tüketim sözleşmeleridir²¹. İkinci kategoride yer alan doğal gaz alım sözleşmeleri ise, kaynağının belirleyici olmadığı yani belirli bir gaz sahasının çıkışına bağlı olmayan tedarik sözleşmeleridir²².

1) Tüketim Sözleşmeleri (Depletion Contracts)

Tüketim esaslı sözleşmelerde, satıcı belirli bir doğal gaz bölgesini (kuyusunu) alıcıya tahsis etmekte ve bu bölgede yer alan doğal gaz rezervinin tamamını veya ekonomik olarak kabul edilebilir bir kısmını alıcı için

¹⁹ **Sachsenhauser**, R.: "Zulässigkeit von Take-or-Pay-Klauseln in Gaslieferverträgen mit Sondervertragskunden", CuR 03-2009, s. 96.

²⁰ **O'Neill**, s. 138. Teslim edilen gazın miktarının satıcı tarafından tayin edildiği *satıcı opsiyonlu* ve sözleşme tutarı içinde olmak üzere miktar hakkında karar verme hakkı tanıyan *alıcı opsiyonlu* sözleşmeler gibi diğer gaz alım sözleşmesi türleri de bulunmaktadır. Bkz. **Beggs**, D. / **Sapte**, W. S.: "Gas Sales and Supply Contracts", in Natural Gas Sales Agreements, Martyn R. Davyd, London 2002, 7.1-03.

²¹ **Beggs /Sapte**, 7.1-03.

²² **Beggs / Sapte**, 7.1-04.

üretmeyi üslenmektedir²³. Bu tür sözleşmeler, satıcıya, sahadaki doğal gazın satımını sağlama alma imkânı verirken, alıcıya, sahadaki doğal gaz rezervinin üretilerek kendisine teslim edilmesini bekleme imkânı vermektedir²⁴. Diğer alıcıların aynı sahadan faydalanmasının engellendiği bu tür sözleşmelerde alıcının *al ya da öde* taahhüdünde bulunması, özel bir önem kazanmakta ve bu tür bir taahhüt ile düzenli gelir akışını güvence altına alan satıcı, doğal gaz sahasının gelişimini sağlamaktadır²⁵. Bu tür sözleşmelerde, sözleşme miktarları, saha rezervine bağlı olup, önceden feshedilmedikçe, rezervin sona ermesi ile sözleşme sona erecektir²⁶.

2) Tedarik Sözleşmeleri (Supply Contracts)

Tedarik esaslı sözleşmelerde ise satıcı, belirli bir miktar gazı belli bir sürede alıcıya teslim etmeyi üstlenmektedir. Bu yükümlülük, satıcının gaz rezervine ya da belli bir gaz sahasındaki üretimine bağlı değildir²⁷.

Bu tür sözleşmelerde temin edilen gazın kaynağının özellikle tahsis edilmesine gerek bulunmamakta, satıcının gaz sahaları portföyünde yer alan herhangi bir sahadan gazın teslimi mümkün olmaktadır. Belli bir sahadan gaz teslim etmekte meydana gelebilecek eksikliklerin diğer alternatif kaynaklarla kapatılması, hatta üçüncü taraflardan temin edilen gazın alıcıya teslim edilmesi mümkündür. Yani bu tür sözleşmeler özellikle satıcının çok sayıda

²³ **Roberts**, 4-006; **O'Neill**, s. 138.

²⁴ **Roberts**, 4-006.

²⁵ **Roberts**, 4-006.

²⁶ **Beggs /Sapte**, 7.1-03; **Roberts**, 4-006.

²⁷ **Roberts**, 4-007; **O'Neill**, s. 138. Gaz piyasasının liberalleşerek gelişmesiyle gaz arz ve talep güvenliği kadar kaynakların ve alıcıların çeşitlendirilmesinin de önem kazanması sonucunda *tüketim sözleşmeleri* daha yaygın kullanılabilir hale gelmiştir (**O'Neill**, s.138).

gaz üretim ve taşıma alt yapısına sahip olduğu ve farklı kaynaklardan gaz aldığı durumlarda akdedilmektedir²⁸.

B) Sözleşme Süresine Göre Doğal Gaz Alım Sözleşmeleri

Doğal gaz alım sözleşmeleri süreye göre yapılan ayrımında kısa, orta ve uzun dönemli olmak üzere üç kategoriye ayrılmaktadır. Kısa dönemli doğal gaz alım sözleşmeleri, doğal gazın haftalık veya birkaç aylık spot satışının düzenlendiği sözleşmelerdir²⁹. Bir ve beş yıl arası süreli olan sözleşmeler ise orta dönemli sözleşmeler olarak adlandırılmaktadır³⁰. Uzun dönemli gaz alım sözleşmeleri ise en az beş yıllık süreli olan ve otuz yıla kadar uzayabilen³¹ ve uygulamada en çok rastlanan doğal gaz alım sözleşmesidir.

Tezimizin konusunu oluşturan al ya da öde klozu, genellikle uzun dönemli gaz alım sözleşmelerinde yar almaktadır. Bu tür sözleşmeler, doğal gazın üretimi, taşınması, proje finansmanı ve benzeri tüm yatırım giderlerinin karşılandıktan sonra proje yatırımcılarının planladıkları oranda kâr sağlayacağı bir tarihe kadar sürmektedir. Diğer bir ifadeyle bu sözleşmeler, üreticilerin sermaye yatırımlarının amortismanı için gereken en az süreyi

²⁸ **Roberts**, 4-007.

²⁹ Gazın spot pazarda satımı tipik tedarik satış türüdür. Yani alıcı gazın kaynağı ile ilgilenmemekte ve üretime ilişkin risklerin hiçbirisine katılmamaktadır. Bkz. **Roberts**, 4-003. Gaz piyasasının liberalleşmesinden sonra önem kazanan gazın spot satışı, uzun dönemli gaz alım sözleşmeleri kapsamında arz talep dengesini kurmaya yardımcı olmaktadır. Zira uzun dönemli gaz alım sözleşmesi kapsamında alınan gazın tüketici taleplerini karşılamaya yetmemesi halinde spot pazardan gaz alınması ya da tüketici taleplerinin fazla hesaplanması durumunda elde kalan gazın spot pazarda satımı mümkündür. Bkz. **Beggs / Sapte**, 7.1-51.

³⁰ **Roberts**, 4-002.

³¹ **Roberts**, 4-002.

içermektedir³². Bu düzeyde bir dönüş ise, en az beş yıllık bir süreyi gerektirmektedir. Yeni gaz alanları geliştirilmesini gerektiren sözleşmelerde, yatırımın ekonomik olarak kabul edilebilmesini garanti edecek süre ise, en az on yıldan on beş yıla kadardır³³. Uygulamada taraflar, genelde on ile yirmi yıllık süreli sözleşmeler imzalamaktadır^{34,35}. Ancak günümüzde doğal gaz piyasasının liberalleşerek gelişmesine paralel olarak, gazın arz ve talep esnekliği önem kazanmış ve daha kısa süreli sözleşmeler düzenlenmeye başlanmıştır³⁶.

Ş2. Doğal Gaz Alım Sözleşmesinin Tarafları ve Tarafların Borçları

I. Taraflar

Doğal gaz alım sözleşmesinin tarafları satıcı ve alıcıdır. Bu sözleşme ilişkisine alıcı ve satıcı yanında, taraf yükümlülüklerini desteklemek veya garanti etmek için diğer ilgili kişilerin de dâhil olması mümkündür.

³² **Phillips**, B.: Examining the Future of Long- Term Take or Pay Contracts, OGLTR 1997, s. 73-78, s. 73; **Osikilo**, Y.: "How Are The Problems Of Buyer In Long-Term Take Or Pay Contracts In The Gas Industry Mitigated", http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/car/html/CAR9_ARTICLE24.pdf, s. 4; **Matthiesen**, H.: "To What Extent Do Take-or- Pay Contracts Facilitate the Development of Infant Gas Markets and What Challenges Do They Pose at a Time of Liberalisation", http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/car/html/car4_art7.htm, s. 3; **Creti**, A. / **Villeneuve**, B.: "Long-Term Contracts and Take-Or-Pay- Clauses in Natural Gas Markets", <http://www2.toulouse.inra.fr/lerna/cahiers2003/0310116.pdf>, s. 1 (son kontrol 08.01.2009); **O'Neill**, s. 138.

³³ **Phillips**, s. 73; **Osikilo**, s. 4.

³⁴ **Matthiesen**, s. 3.

³⁵ 1938 tarihli Amerikan Doğal Gaz Kanunu uyarınca, asgari sürenin on beş sene olması gerekmektedir (Natural Gas Act of 1938, ch. 556, 52 Stat. 821 (193) codified at 15 U.S.C. Bkz. **Lowe**, J. S.: Oil and Gas Law, Dallas 2004, s. 395; **Matthiesen**, s. 3; **Osikilo**, s. 4.

³⁶ **O'Neill**, s. 138.

A) Satıcı

Doğal gazın alıcıya teslimini üstlenen satıcı, gazın satılması konusunda yetkilendirilmiş bir kamu tüzel kişisi ya da bu imtiyazın tanındığı bir özel hukuk tüzel kişisi olabilir³⁷. Satıcının gazın üretimini yapmış olan üretim şirketi veya üretici tarafından atanmış olan pazarlama şirketi olması da mümkündür.

Alıcı ile satıcı arasındaki iki taraflı bir sözleşme olmasına rağmen, özellikle gazın üretim noktasından satıldığı ve üretimin birden fazla kişi tarafından gerçekleştirildiği hallerde, her bir tarafın birden fazla kişiden oluştuğu yapılarla da karşılaşılmaktadır³⁸. Örneğin, birden fazla kişinin ortaklaşa gaz sattığı doğal gaz alım sözleşmelerinde, *ortak girişim şirketi satıcılar*³⁹, *müstakil satıcılar*⁴⁰ ve *ortak satıcılar*⁴¹ gibi oluşumlar söz konusu olabilmektedir.

³⁷ **Roberts**, 5-002.

³⁸ **O'Neill**, s. 139. Özel şirketlerin doğal gaz projesine ortak girişim olarak dâhil olduğu haller gibi çok sayıda tüzel kişinin doğrudan veya dolaylı olarak doğal gaz alım sözleşmesinin tarafı haline geldiği karmaşık yapılarla da karşılaşılmaktadır Bkz. **Roberts**, 5-002.

³⁹ Birden çok tüzel kişi ortak girişim şirketi kurarak, şeriklerin ayrı ayrı satmasından da gazı ortaklaşa satmak isteyebilirler. Bu durumda ortakların ayrıca taahhüdü olmadığı durumlarda alıcı taleplerini ortak girişim şirketine karşı yöneltebilecek olup ortaklara başvurması mümkün olmayacaktır. Bkz. **Roberts**, 5-003. Türk hukukuna göre, adi şirket niteliğinde olan ortak girişimlerin tüzel kişiliği bulunmadığından, yalnızca ortak girişim şirketinin şeriklerine karşı sorumluluk yöneltebilecektir.

⁴⁰ Alıcı, toplam gaz ihtiyacını tek satıcıdan karşılamadığı durumlarda birden fazla satıcı ile doğal gaz alım sözleşmeleri imzalayarak ihtiyacı olan toplam miktarın temin edilmesini sağlayabilir. Bu durumda satıcı sayısı kadar doğal gaz alım sözleşmeleri düzenlenir. Bu sözleşmelerin her birinin bağımsız hükümler içermesine karşın alıcı her bir sözleşmenin aynı olması için müzakere eder. Bu durumda satıcıların sorumlulukları müstakildir. Bkz. **Roberts**, 5-003.

⁴¹ Farklı hükümler içeren birden fazla doğal gaz alım sözleşmeleri imzalanmasının doğuracağı olumsuzlukları üstlenmek istemeyen alıcı birden fazla satıcı ile tek bir doğal gaz alım sözleşmesi düzenleyebilir. Bu durumda birden fazla satıcı sözleşmeye konu miktar gazı teslim etme yükümlülüğünü üstlenir. Bkz. **Roberts**, 5-003.

B) Alıcı

Alıcı, satıcı tarafından teslim hazır bulundurulan gazı teslim almak ve bedelini ödemekle yükümlü olan sözleşme tarafıdır. Doğal gazın üretim sürecine ilişkin monopol yapı, uzun süre alıcılar bakımından da geçerli olmuştur. Kamu tüzel kişiliğini haiz alıcılar, gazı ithal etmiş ve kendi iç piyasalarına satış yapmıştır. Liberalleşme ve rekabetin gelişmesinin etkisiyle doğal gaz ithal eden alıcılar çoğalmaktadır.

Alıcının kendi ihtiyacını karşılamaktan ziyade, gazı tekrar satarak kâr elde etmek amacıyla, aracı gibi hareket ettiği durumlarda birden fazla alıcıdan söz edilebilir. Satıcıları, ortaklaşa gaz satmaya sevk eden anılan nedenlerin, alıcıları da ortaklaşa gaz satın almaya yönelttiği görülmektedir. Bu şekilde, ortak girişim şirketi alıcılar, ortak alıcılar ve acente alıcıları gibi yapılanmalar ortaya çıkmaktadır.

C) İlgili Kişiler

Doğal gaz alım sözleşmelerinde, sözleşmenin tarafı olmamakla birlikte, sözleşme ile yakından ilişki içinde olan üçüncü kişiler de bulunmaktadır. Bunlar gazın taşınması işini üstlenen taşıyan, sözleşme konusu mala sigorta himayesi sağlayan sigortacı ve finansmanı sağlayan kreditorlerdir. Bazı durumlarda sözleşmede alıcı ve satıcının yükümlülüklerinin ifasını desteklemek amacıyla taşıyıcı ve kreditorlere de yer verilmesi gerekebilmektedir⁴².

⁴² **Roberts**, 5-007.

Sözleşme imzalandığı tarihte ödeme kabiliyeti bulunan alıcının, uzun süreli sözleşme sürecinde meydana gelecek olumsuzluklar nedeniyle, bu gücü kaybolabilir. Bu nedenlerle satıcı, alıcı yanında ve alıcının ödeme kabiliyetini güçlendirecek yardımcı kişilerin (desteklerin) varlığını ön şart olarak ileri sürebilmektedir⁴³.

Yardımcı kişilerin bu destek ve garantileri, genellikle doğal gaz alım sözleşmelerinden bağımsız olarak düzenlenmektedir. Alıcının özel hukuk tüzel kişisi olduğu durumda bu destek, *ana şirket garantisi (parent company guarantee)* şeklinde ortaya çıkmaktadır. Alıcının kamu tüzel kişisi olduğu durumlarda ise *hükümet garantisi* gündeme gelmektedir⁴⁴.

II. Tarafların Borçları

Satım sözleşmesinde tarafların asli yükümlükleri ve bu yükümlülüklerine eşlik eden yan yükümleri bulunmaktadır. Asli edim yükümlülükleri sözleşmenin tipini belirlerken, yan edim yükümleri, asli edim yükümlerinin taraflarca izlenen özel ve öznel amaca uygun biçimde yerine getirilmesini sağlayan yükümlerdir⁴⁵. Tezimizde öncelikle, doğal gaz alım sözleşmelerinin taraflarının asli borçları irdelenecektir. Sonra alıcının doğal gazı teslim alma borcu ve al ya da öde kaydının, alıcının teslim alma borcuna olan etkisi ortaya konmaya çalışılacaktır.

⁴³ **Roberts**, 5-007.

⁴⁴ Ana şirket, bağımsız ödeme taahhüdünde bulunmamışsa, alıcının sahip olduğu itirazları satıcıya karşı ileri sürebilmektedir. Genellikle ana şirketler, alıcıların ileri sürdüğü itirazları satıcıya karşı ileri sürmekte ve garanti yükümlerini yerine getirmekten kaçınmaktadır. Bu durum *ana şirket garantisi* uygulamasında zorluklar yaşanmasına neden olmaktadır. Bkz. **Roberts**, 5-007.

⁴⁵ **Serozan**, Özel Bölüm, s. 108.

A) Satıcının Borçları

1) Genel Olarak

Satıcının asli edim yükümü, satılanı teslim ve mülkiyetini nakil borcudur. Zapta karşı ve ayıba karşı tekeffül borçlarının yanında teslim masraflarını karşılama, satılanı saklama ve koruma, satılanı gönderme, sağlama ve bilgi verme satıcının yan yükümlerini oluşturmaktadır⁴⁶. Satıcının gazı teslim etme borcu ve bu borca aykırılıkların, aşağıda açıklanacağı üzere, al ya da öde taahhüdünün kapsamının belirlenmesinde etkisi bulunduğu için satıcının teslim borcu incelemesine yer verilecek olup diğer yan yükümler inceleme dışında bırakılacaktır.

2) Teslim Borcu

Satıcının gazı teslim borcu, alıcının çekiş talebine konu miktarda gazı, sözleşmede belirtilen basınçta ve teslim noktasında teslim hazır bulundurmak⁴⁷.

Satıcının teslim borcu, teslim konu sözleşme miktarları, teslim noktası ve teslim hazır bulundurma şartları olarak üç başlık halinde irdelenecektir. Ayrıca, teslim ilişkisinin başlangıcı olan alıcının çekiş talebi, gaz alım sözleşmelerindeki teslim işleyişinin daha iyi ortaya konabilmesi için bu başlık altında irdelenecektir⁴⁸.

⁴⁶ **Yavuz / Acar / Özen**, s. 35 vd.; **Gümüş**, s. 95 – 96.

⁴⁷ **Roberts**, 6-005.

⁴⁸ Çekiş talebinin, kural olarak, alıcı tarafından gerçekleştiriliyor olması, bu hususun alıcının borçları içinde incelenmesi gerekliliğini doğurabilirse de, satıcının teslim borcuna başlangıç oluşturduğundan bu noktada incelenmesinde pratik fayda görülmüştür. Nitekim alıcı çekiş talebinde bulunmasa dahi, sözleşmesinde belirtilen *varsayılan çekiş talebinin* esas alınması, çekiş talebinin teslimle kuvvetli bağ içinde olduğunu ortaya koymaktadır.

a) Sözleşme (Teslim) Miktarları

Doğal gaz alım sözleşmelerinin hazırlık aşamasında, doğal gazın fiyatından sonra en yoğun müzakereler doğal gaz miktarlarına ilişkin hükümlerde ortaya çıkmaktadır. Teslim (sözleşme) miktarları, satıcının teslim borcunu oluşturacak gaz miktarlarının tanımlanmasının yanında, taraflar arasındaki ve genel olarak projenin tamamındaki risklerin dağıtılmasında esaslı önem arz eder⁴⁹.

Alıcı, doğal gaz talebine ilişkin risklerin gerektirdiği azami miktar esnekliğine ulaşmayı ve al ya da öde miktarının ise asgari düzeyde tutmayı; satıcı ise, alıcıya tanınacak miktar esnekliğini azaltmayı ve gazın teslim edilememesinden doğacak sorumluluğunu en aza indirmeyi isteyecektir⁵⁰.

Sözleşme süresi boyunca teslim edilecek toplam gaz miktarı *sözleşme miktarı* olarak anılır ve taraflarca öncelikle belirlenir. Sözleşmede sadece yıllık sözleşme miktarının belirlenmesi ile yetinilmişse, bu miktarın sözleşme yılı sayısı ile çarpılmasıyla, *sözleşme miktarı* elde edilebilmektedir. Sözleşmelerde sıklıkla yer verilen sözleşme miktarlarına ilişkin kayıtlara, aşağıda kısaca değinilecektir⁵¹.

⁴⁹ O'Neill, s. 145.

⁵⁰ O'Neill, s. 145.

⁵¹ Gaz miktarı, hacimsel olarak veya kalorifik değer olarak tanımlanabilir (O'Neill, s. 145). Doğal gazın hacmi için kullanılan ölçü birimi kübik futtur. Basınç ve hava sıcaklığının hacmi değiştirici etkisi nedeniyle, 60 °C sıcaklık ve 14 psi basınç altındaki standart kübik fut kullanılmaktadır. Aynı zamanda ISO 1000:1992 standartlarına göre 3.5 kübik fut olan metre küp birimi de kullanılmaktadır. Gazın kalorifik ölçümü yapılması için kullanılan esas birim *Btu*'dur. *Btu* (British thermal unit), 14.7 psi basınç altında bir libre saf suyun sıcaklığının 59 °F'den 60 °F'ye çıkarılması için gerekli ısıdır. Ayrıca, *Joule* birimi de kullanılmaktadır. ISO 1000:1992 standartlarına göre 1 *Btu* yaklaşık 1055 *Joule*'dür. Doğal gazın basıncının ölçümü için kullanılan birim ise *pound per square inch* (psi veya lbf/in) dir. Bunun yanı sıra *paskal* ve *kilopaskal* birimlerinin kullanıldığı da olmaktadır Bkz. Roberts, 1-002.

aa. Yıllık Sözleşme Miktarı

*Yıllık sözleşme miktarı*⁵², satıcının, bir sözleşme yılı içinde, alıcıya teslim etmekle yükümlü olduğu azami doğal gaz miktarını ifade eder. Yıllık sözleşme miktarı, toplam sözleşme miktarının, sözleşme süresini oluşturan yıl sayısına bölünmesiyle elde edilebilirse de, genellikle, her bir yılın yıllık sözleşme miktarı sözleşmede açıkça belirtilmektedir. Bu durumda özellikle doğal gaz sahasının gelişimine bağlı olan tüketim sözleşmelerinde yıllık sözleşme miktarı, tahsis edilen gaz sahasındaki üretilebilecek gaz rezervine göre değişkenlik göstermekte ve başlangıçta belirtilen miktarın ilerleyen yıllarda daha fazla olacağı kararlaştırılmaktadır⁵³. Al ya da öde yükümlülüğünü belirleyen *yıllık al ya da öde miktarı* ise, genellikle, yıllık sözleşme miktarının belirli bir oranı olarak tanımlanmaktadır.

bb. Aylık Sözleşme Miktarı

Doğal gaz alım sözleşmelerinde, aylık sözleşme miktarına genellikle yer verilmemekte ve günlük ve yıllık sözleşme miktarlarının belirtilmesi ile yetinilmektedir. Ancak, aylık al ya da öde rejiminin benimsendiği veya aylık tahmini miktarların veya tahsislerin alıcı tarafından bildirildiği doğal gaz alım sözleşmelerinde, yıllık sözleşme miktarının belirtilmesinden sonra, *aylık sözleşme miktarı* da tanımlanabilmektedir. Diğer bir ifadeyle, aylık tahsis

⁵² *Annual Contract Quantity*

⁵³ Yıllık gaz üretimi doğal gaz alım sözleşmesinin başlangıcı ile hızlanmakta ve saha işletmeye açılmaktadır. Bu döneme *başlangıç periyodu* (*start up period* veya *build up period*) ismi verilir. Gaz sahasındaki optimum üretime ulaşıldığı döneme *plato dönemi* (*plateau period*) ve gaz üretiminin azalışa geçtiği ve rezervin tüketilmeye başladığı döneme ise *tüketim periyodu* (*decline period*) ismi verilir. **Roberts**, 4-006. Ayrıca *plato sonrası dönem*, *sona erme periyodu* gibi diğer detaylı açıklama için bkz. **O'Neill**, s. 140 - 143. Tedarik sözleşmelerinde ise gazın belli bir rezervden temini söz konusu olmadığı için, yıllık sözleşme miktarı temel dönem içinde hep aynıdır.

öngörüsünde bulunabilmek veya düzenlenmişse aylık al ya da öde miktarının tespiti için aylık sözleşme miktarına yer verilebilmektedir⁵⁴.

cc. Günlük Sözleşme Miktarı

Doğal gaz alım sözleşmesinde belirtilen *günlük sözleşme miktarı*, alıcının her gün için çekiş talebinde bulunabileceği ve satıcı tarafından her gün teslim hazır bulundurulması gereken gazın azami miktarını ifade etmektedir⁵⁵. *Günlük sözleşme miktarı*, basitçe yıllık sözleşme miktarının o yılın toplam gün sayısına bölünmesi şeklinde belirlenebilir. Ancak genellikle; her bir yılda uygulanacak *günlük sözleşme miktarları*, sözleşme içinde başlı başına ayrı bir düzenleme konusu olmaktadır⁵⁶.

Alıcıya, pazar talebini karşılama konusunda yardımcı olmak üzere, günlük sözleşme miktarının belli bir miktar üstünde gazı talep etme hakkı tanınır. Bu aşkın gaz (excess gas), genellikle günlük sözleşme miktarının belli bir oranı olarak ifade edilir (örneğin %110) ve toplamda oluşan miktar, *azami günlük sözleşme miktarı* olarak tanımlanır. Satıcı bu aşkın miktardaki gazı teslim edebilmek için gerekli tüm çabayı (best endeavour) göstermelidir⁵⁷.

⁵⁴ **Roberts**, 8-006.

⁵⁵ **O'Neill**, s. 145.

⁵⁶ **Roberts**, 8-001.

⁵⁷ **O'Neill**, s. 146. Uzun dönemli doğal gaz alım sözleşmelerinde, sözleşmenin süresi boyunca, piyasanın değişkenlik gösterebilecek şartları karşısında alıcıya, sınırları kesin bir şekilde belirli olan, günlük sözleşme miktarını tek taraflı azaltma hakkı tanınması mümkündür. Ancak sattığı gaz karşılığında düzenli bir gelir elde etme amacı taşıyan satıcı genellikle böyle bir hakkın tanınmasından olumsuz etkilenecektir. Bu nedenle böyle bir hakkın talep edilmesi, sözleşme fiyatında artışa neden olabilecektir. Ayrıca, koşulların izin verdiği durumlarda, günlük sözleşme miktarının her bir tarafça azaltılabilmesine dair kayıtlar da bulunabilir. Bkz. **Roberts**, 8-002.

b) Çekiş Talebi (Nomination)

Çekiş talebi, taraflar arasındaki teslim ilişkilerini belirleyici mahiyettedir. Alıcının eksik teslim alması, satıcının eksik teslim etmesi, düzenlenmiş yıllık sözleşme miktarının belirlenmesi ve buna bağlı olarak yıllık al ya da öde miktarının belirlenmesi çekiş talebi üzerinden hesaplanmaktadır.

aa. Tanımı

Alıcının hangi zaman diliminde ne miktarda gaz talep ettiğini içeren bildirim, çekiş talebi (*tahsis talebi, nomination*) olarak adlandırılır⁵⁸. Çekiş talebi bildirim, doğal gazın alıcılarına teslim edilmek üzere taşındığı boru hattı sistemlerinin⁵⁹ işletilmesi için zorunlu ayarlamaların önceden gerçekleştirilebilmesi açısından gereklidir.

Birden fazla alıcıya doğal gaz satışında bulunan satıcı, bütün alıcılarından çekiş taleplerini toplar ve bu taleplere göre üretim ve/veya taşıma tesislerinde yapması gereken teknik düzenlemeleri yapar. Bu anlamda çekiş talebi, satıcının üretim ve taşıma sistemlerindeki işletme esnekliğinin temini için zaruridir. Bunun için alıcının teslim şartlarını ve bu şartlarda değişikliğe gidilme esaslarını satıcıya bildirmesini içeren bir sisteme ihtiyaç duyulmaktadır.

⁵⁸ Roberts, 9-001.

⁵⁹ Boru hattı, gazın giriş ve çıkış noktaları arasındaki mesafe uzunluğunda olan ve gaz sızdırmaz yuvarlak çelik borulardan oluşan, gazın taşınması ile depolanması için kullanılan bir taşıma sistemidir. Boru hattı sistemi, çelik borular, kompresör, ölçüm ve pig istasyonlarından oluşmaktadır. Pig istasyonları, boru hattının temizliği için kullanılırken, kompresör istasyonları ise gaz basınçlandırarak taşınmasını sağlar. Gaz ölçüm istasyonları ise, anıldığı üzere, gaz miktarını ve kalitesini ölçmekte kullanılır. Boru hattı sisteminin işletilmesinde, sistemde yer alan anılan unsurların, taşınacak gaz miktarı, gazın taşınacağı yer ve teslim basıncına göre, teknik ayarlamalarının yapılması gerekmektedir. Özellikle gazın uzun mesafelere taşınıyor olması durumunda, sistemde pek çok istasyon ve diğer ekipman söz konusu olacağı için, daha detaylı ayarlamalara ihtiyaç duyulacaktır.

bb. Çekiş Talebi Bildirimi

Satıcının teslim planlamasında kesinlik sağlanabilmesi için çekiş talebi bildirim, günlük, haftalık ve aylık olarak belirlenebilir. Günlük çekiş talebi sisteminde alıcı, gün içindeki belirlenmiş bir saate kadar, bir gün sonrası için teslim noktasında hazır bulundurulmasını istediği gaz miktarını satıcıya bildirir⁶⁰. Çekiş talebi, sözleşmedeki gaz miktarının tanımlanma şekline göre, kalorifik değerler veya hacimsel birimler üzerinden yapılır⁶¹.

cc. Günlük Çekiş Talebi Miktarı

Günlük çekiş talebi, “0” ile günlük azami sözleşme miktarı arasında gerçekleşebilecektir. Ancak satıcının gaz üretim ve taşıma tesislerinin işletme gereklerinin “0” çekiş miktarına izin vermemesi durumunda, sözleşmede günlük asgari çekiş miktarının tanımı yapılır. Bu asgari miktar, genelde günlük sözleşme miktarının belli bir oranı olarak belirlenir⁶².

dd. Varsayılan Çekiş Talebi

Sözleşmelerde, alıcı tarafından çekiş bildiriminde bulunulmadığı durumda, çekiş talebi yerine geçecek olan *varsayılan çekiş talebi* tanımlanır. Bu durumda, sözleşmede düzenlenen *varsayılan çekiş talebinde* yer alan miktar ve şartlar çekiş bildiriminin yerine geçer. Bu nedenle alıcı, çekiş

⁶⁰ **Roberts**, 9-002; Ayrıca alıcının çekiş talebini satıcıya hangi ana kadar, ne sıklıkta ve ne şekilde bildirebileceği ve bu bildirimde değişiklik yapılabilmesine ilişkin esaslar açıkça düzenlenir. Bir günün, belli bir saatte başlayıp ve bitecek şekilde 24 saat olarak tanımlandığı sözleşmelerde, her gün için en az bir çekiş talebinde bulunulur. Alıcının ihtiyaçlarına bağlı olarak sözleşme günü, birden fazla eşit parçaya bölünebilir ve her gün için birden fazla çekiş talebinde bulunulabilir. Bkz. **Roberts**, 9-004.

⁶¹ **Roberts**, 9-002.

⁶² **Roberts**, 9-004; Bağlı gaz üretimi söz konusu olduğunda, asgari miktarın, üretime göre belirtilmesi gerekir. Bkz. **O’Neill**,s. 157.

talebinde bulunmaya zorlanamaz. Al ve öde kaydı içeren sözleşmelerde bu husus özellikle önem arz eder. Çünkü alıcının teslim alıp bedelini ödemekle yükümlü olduğu borcun kapsamını çekiş talepleri belirlemektedir⁶³.

ee. Çekiş Talebinin Al Ya da Öde Kaydına Etkisi

i.Hesaplanmasına Olan Etkisi

Al ya da öde kaydı içeren sözleşmelerde, çekiş talebine konu miktarda gazın, alıcı tarafından teslim alınmamış olması durumunda, bu eksik çekişler yıl boyunca toplanır ve al ya da öde taahhüdü miktarının altında gaz teslim alınmışsa, taahhüt miktarı ile teslim alınan miktar arasındaki fark al ya da öde ödemesi olarak satıcıya ödenir. Gazın satıcı tarafından teslim edil(e)memiş olması durumunda ise, bu eksik teslimler yıl boyunca toplanır ve al ya da öde miktarına esas teşkil edecek olan yıllık sözleşme miktarından düşülür.

ii.İyi Niyetli Çekiş Talebi Rejimi

Sözleşme süresi boyunca, satıcının programlı bakım veya mücbir sebep nedeniyle gaz tesliminde kısıntıya gittiği veya hiç gaz teslim edemediği dönemler olmaktadır. Bu günlerde de çekiş talebinde bulunulur. Çünkü bu talepler, satıcının eksik teslimini ve alıcının zararının kapsamını belirler. İleride yer verileceği üzere, alıcının yıllık al ya da öde yükümlülüğü, yıllık sözleşme miktarı üzerinden hesaplanır ve fakat bazı miktarlara ilişkin düzenleme yapılması gerekir. Buna göre, satıcının sözleşme dönemi boyunca, mücbir sebep, programlanmış bakım veya diğer nedenlerle teslim edemediği gaz miktarları, yıllık sözleşme miktarından düşülür ve yeni

⁶³ Roberts, 9-004.

miktarın al ya da öde oranı ile çarpımından oluşan miktar al ya da öde yükümlülüğünün kapsamını belirler. Bu anlamda eksik teslimlerin al ya da öde taahhüdü kapsamını düşürücü etkisi bulunmaktadır. Satıcı, gaz tesliminde kısıntıya veya kesintiye gidileceğini önceden alıcıya bildirir. Bu bildirim karşın alıcı yine de çekiş talebini satıcıya bildirir. Bu noktada, kısıntı veya kesinti olacağını bilen alıcının yüksek çekiş talebinde bulunarak, satıcının eksik teslim miktarını artırmak ve al ya da öde taahhüdünün kapsamını azaltma eğilimi göstermesi söz konusu olabilmektedir. Alıcının bu eğilime tevessül etmemesi için, sözleşmelerde *iyi niyetli çekiş talebi rejimine* yer verilmektedir. Buna göre, anılan durumlarda, dürüstlük kuralı uyarınca, kısıntı veya kısıntıdan haberdar olan alıcının, çekiş taleplerinde değişiklik yapamaması ya da çekiş talebinin, talepten önceki belli zaman dilimindeki ortalamasının üzerinde bir miktar içermemesi gibi sınırlayıcı kayıtlara yer verilmektedir. Buna karşın, çekiş talebinin satıcının teslim edebildiği gaz ile sınırlandırılması mümkün değildir. Zira bu durumda, alıcının al ya da öde taahhüdünün kapsamını azaltması engellenecektir⁶⁴.

ff. Çekiş Talebi Bildiriminde Değişiklik

Alıcı, gaz talebinde maruz kaldığı kısa dönemli değişimlere cevap verebilmek ve azami işletme esnekliğini korumak için çekiş talebinde değişiklik yapmak isteyebilir⁶⁵. Buna karşın satıcının üretim ve taşıma tesislerinin teknik gerekleri ve fiziksel limitleri, çekiş talebinde değişiklik yapılmasını sınırlandırma zarureti doğurmaktadır. Çelişen bu iki menfaatin

⁶⁴ **Roberts**, 9-007.

⁶⁵ **Roberts**, 9-008.

dengelenmesi için sözleşmelerde, çekiş talebinde değişiklik yapılmasına ilişkin ayrıntılı düzenlenmelere yer verilmektedir⁶⁶.

c) Teslim Noktası

Teslim noktası, doğal gazın satıcının taşıma tesisinden alıcının taşıma tesisine geçtiği, yani teslim ve tesellümün gerçekleştiği noktadır. Teslim noktası, sözleşmelerde, satıcının üretim veya karşılama tesisi ile alıcının karşılama tesisleri arasında yer alan kesin bir coğrafi lokasyon olarak tanımlanır. Genellikle teslim noktası, sözleşmeye eklenen bir grafik resim ile açıkça tariflenmektedir⁶⁷.

Satıcı ve alıcının boru hattı sistemlerinin olanak vermesi durumunda birden fazla nokta teslim noktası olarak kabul edilebilir. Bu noktalara ana teslim noktası ve alternatif teslim noktası denilir. Bu durumda ana teslim noktasında gazın teslim alınmasına engel bulunması halinde alternatif teslim noktasından gaz alınmak suretiyle teslim alma borcuna aykırılığın doğmasının önüne geçilmiş olur⁶⁸.

Gazın alıcıya teslim edileceği yer olan teslim noktası, bir kumsal olabileceği gibi⁶⁹, Basınç Dengeleme (Kompresör) İstasyonu, Ulusal İletim Şebekesinin çıkış noktasındaki alıcının tesislerinin giriş noktası veya bu

⁶⁶ **Roberts**, 9-008. Aynı yönde bkz. **O'Neill**, s. 156. Satıcı, gaz üretim ve taşıma tesislerinin işletme şartlarının planlanmasında yardımcı olmak üzere, alıcıdan haftalık, aylık veya yıllık talep tahminleri bildirmesini de isteyebilir. alıcının bildireceği tahminler bağlayıcı olmayacaktır ve fakat dürüstlük kuralı uyarınca alıcının tahminlerini oluştururken özenli davranmalıdır Bkz.**Roberts**, 9-009; **O'Neill**, s. 157.

⁶⁷ **Roberts**, 9-008; **O'Neill**, s. 143.

⁶⁸ **Roberts**, 6-002.

⁶⁹ Mavi Akım Sözleşmesi uyarınca Rus Gazexport firması tarafından BOTAS'a satılan gaz, Karadeniz sahilinde teslim edilmektedir.

sayılanların karması *teslim noktası* olabilir⁷⁰. Tüm bunların yanı sıra gaz alım satım sözleşmeleri genellikle uluslararası sözleşmeler olduğu için karşımıza sınırda teslim hususu çıkar. Bu durum beraberinde tam sınır üzerinde bir gaz ölçüm istasyonu konamayacağı için gazın miktarı ile ilgili olarak bir noktanın daha faturaya temel alınması için belirlenmesini gerektirir.

Teslim noktası genellikle, mülkiyetin, zarar ve ziya ile muhafaza yükümünün satıcıdan alıcıya geçtiği noktadır⁷¹. Doğal gaz alım sözleşmelerinde satıcı tarafından alıcıya teslim edilen gazın mülkiyetinin, zarar ve zıyainin ve diğer risklerin el değiştirmesine ilişkin açık düzenleme yer almaktadır⁷².

Örneğin sınır ötesi boru hatları ile gazın taşındığı ve teslim noktasının alıcının ülke topraklarında konumlandığı durumlarda sıkça başvurulduğu üzere, mülkiyetin nakli sınır noktasında gerçekleşirken zarar ve ziya ile sözleşmeden doğan diğer risklerin alıcıya intikali teslim noktasında olmaktadır. Bu örneklerde gaz ithalatı ve ihracatı gerçekleştiriliyor olduğundan mülkiyetin sınır noktasında nakledilmesinin tarafların vergi yükümlülüklerinin tespitinde de önemli olmaktadır. Alıcının ticari menfaatlerinin zarar ve zıyain nakledildiği noktada olması nedeniyle bu noktaya ticari teslim noktası adı da verilir⁷³.

⁷⁰ **Osikilo**, s. 6.

⁷¹ **O'Neill**, s. 143.

⁷² **Roberts**, 6-004.

⁷³ **Roberts**, 6-004

d) Teslime Hazır Bulundurma

Satıcının asli edim yükümlülüğü, gazın teslim noktasında, teslim edilmek üzere hazır bulundurulmasıdır. Doğal gaz alım sözleşmelerinde “gaz teslim edilecektir” veya “gaz teslim sunulacaktır” kayıtlarına yer verildiği görülmektedir. Her iki durumda da esas olan, gazın teslim alınmaya hazır halde teslim noktasına taşınmasıdır. Satıcının doğal gazı teslim borcunu yerine getirmemesi ya da doğal gazı eksik teslim etmesi sözleşmenin ihlali anlamına gelecek ve satıcının sorumluluğuna yol açacaktır⁷⁴.

Satıcı, alıcının çekiş talebi üzerine, talebe konu miktarda gazın teslim noktasına taşınması ve bu noktada sözleşmede belirtilen basınçta teslim hazır halde bulundurmakla teslim borcunu ifa etmiş olur. Bu anlamda, satıcının teslim borcu, alıcının fiilen gazı teslim almasına bağlı değildir⁷⁵.

3) Teslim Borcuna Aykırılık

Satıcının, sözleşme konusu doğal gazı miktar ve gaz özellikleri bakımından sözleşmede kararlaştırılan şekilde alıcıya teslim etmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, satıcının teslim borcuna aykırılığı gündeme gelecektir.

a) Teslim Miktarına İlişkin Borca Aykırılık

aa. Eksik Teslim Nedeniyle Borca Aykırılık

Günlük çekiş talebi esası benimsendiği durumlarda, gün sonunda alıcının fiilen çektiği gaz miktarı ile çekiş talebine konu miktar karşılaştırılır.

⁷⁴ Roberts, 6-005.

⁷⁵ Roberts, 6-005.

Çekiş talebinde bildirilen miktardan daha az miktarda gaz teslim alınması durumunda, gazın tesliminin alıcının veya satıcının ekipmanları ile sağlanmasına göre iki farklı durumla karşılaşılır.

Gazın alıcının çekiş ekipmanı ile teslim alındığı durumda gün içinde gerçekleşen ortalama basınç değerine bakılır. Taraflar arasındaki sözleşmede tanımlanan basınç değerinin sağlanmış olması durumunda, satıcının, gazı teslim hazır bulundurduğu ve fakat alıcının gazı çekmeyerek teslim almadığı sonucu doğmaktadır. Bu durumda alıcının eksik çekişi söz konusu olur. Al ya da öde kaydı içeren sözleşmelerde yıl sonundaki toplam çekiş önem arz edeceğinden, günlük çekişteki eksikliklere sonuç bağlanmamaktadır.

Gerçekleşen ortalama basıncın, sözleşmede kararlaştırılan değer altında kalması durumunda ise, satıcının eksik teslimi söz konusu olacak ve sorumluluğu gündeme gelecektir. Doğal gaz akışı ve basıncının satıcının kontrolünde bulunduğu durumlarda ise, artık günlük ortalama basıncın kontrol edilmesine lüzum bulunmamaktadır. Çünkü gaz, alıcının çekiş ekipmanları ile çekilmemekte olup satıcı tarafından gazın alıcı tesisine ulaştırılması söz konusudur. Bu durumda satıcının eksik teslimi gündeme gelecektir. Bu tür eksik teslim durumlarında, gün içinde teslim alınan gazın bedelinde indirimle gidildiği görülmektedir.

Yılsonunda, satıcının, sözleşme yılı boyunca bu şekilde eksik teslim ettiği gaz miktarları toplanır ve bu toplam miktar yıllık sözleşme miktarından düşülür. Diğer kesintilerle birlikte oluşan *düzenlenmiş yıllık sözleşme miktarının* al ya da öde oranı ile çarpımı sonucunda al ya da öde

taahhüdünün kapsamı belirlenir. Bu şekilde, yıl içinde satıcının günlük bazda teslim edemediği gaz miktarlarının toplamı al ya da öde taahhüdünün kapsamını düşürür.

bb. Borca Aykırılık Teşkil Etmeyen Eksik Teslim

Doğal gaz alım sözleşmelerinde gazın eksik teslim edilmesi bazı hallerde mazur görülmekte ve satıcının sorumluluğuna yol açmamaktadır. Nitekim doğal gaz alım sözleşmesi normal satım sözleşmelerinden farklı olarak sürekli borç ilişkisine vücut veren bir sözleşmedir. Sözleşmenin ifası uzun bir zaman dilimine yayılı bulunduğundan sözleşme süresi boyunca ortaya çıkacak kimi etkenler doğal gaz tesliminde kesintiler doğmasına yol açabilecektir. Örneğin sözleşmede açıkça belirtilen durumlarda, satıcının üretim veya boru hattı sisteminde programlı bir bakım gerçekleştirilmesi nedeniyle oluşan doğal gaz kesintisi mazur görülmelidir.

Aynı şekilde mücbir sebep hallerinin gerçekleşmesi durumunda da gaz arzının kesilmesi gündeme gelebilecektir⁷⁶. Ayrıca bazı doğal gaz alım sözleşmelerinde satıcının, bir süre önceden bilgi vermesi ve belli bir süreyi kapsamı kaydıyla, her sözleşme yılı içinde belli sayıda gaz teslimini kesme hakkı bulunduğu dair kayıtlara yer verilmektedir. Satıcı lehine düzenleme içeren bu kayıtlar, genel sözleşme fiyatının düşmesi ya da sözleşme bedelinde indirim yapılması sonucunu doğurmaktadır⁷⁷.

Bazı hallerde alıcının teslim talebinin mutlak surette karşılanacağı hususunun sözleşmelerde açıkça düzenlendiği görülmektedir. Bu türden

⁷⁶ Roberts, 6-005.

⁷⁷ Roberts, 6-006.

hükümler alıcının teslim talebinin karşılanması için satıcının bütün imkânlarını zorlamasını ve alternatif gaz kaynaklarını kullanmasını gerektirmektedir⁷⁸.

cc. Fazla Teslim

Satıcının boru hattının sahibi veya işleticisi olduğu yani doğal gaz akışı ve basıncının satıcının kontrolünde bulunduğu durumlarda, alıcının talebinden fazla miktarda gazın teslim noktasında alıcıya teslimi söz konusu olabilmektedir.

Doğal gaz alım sözleşmelerinde fazla miktar gazın teslim alınmasını sağlayan ve teslim toleransı adı verilen bir oran belirlenmektedir. Buna göre teslim toleransı olarak kabul edilen oran içinde kalmak kaydıyla fazla teslim edilen gaz sözleşme fiyatı üzerinden alıcı tarafından teslim alınmaktadır. Ancak talebini aşan miktardaki gazı teslim alıp almamak konusunda alıcı özgürdür⁷⁹.

Doğal gaz akış veya basıncının alıcı kontrolünde bulunduğu hallerde gerçekleşen fazla gaz çekilmesinin ise teslim toleransı içinde değerlendirilmesi mümkün olmayıp bu husus sözleşmede ayrıca düzenlenmektedir⁸⁰.

⁷⁸ **Roberts**, 6-005.

⁷⁹ **Roberts**, 6-005.

⁸⁰ **Roberts**, 6-005. Gaz alım sözleşmesinde satıcı için eksik gaz teslim payı toleransı öngörülmüşse, alıcı da bunun karşılığında yıllık al ya da öde miktarında bir tolerans payına sahip olmayı şart koşabilir. Alıcının, söz konusu yıllık al ya da öde miktarı toleransı içinde kalan bir miktar gazı teslim almada ve buna ilişkin ödemede başarısız olması, al ya da öde sorumluluğuna yol açmayacaktır. Bkz. **Roberts**, 13-005.

b) Teslim Edilen Gazın Niteliğine İlişkin Borca Aykırılık

Yukarıda anıldığı üzere, doğal gaz metan, etan, propan, butan ve pentan gibi yanıcı gazlardan meydana gelmektedir. Ayrıca, doğal gazın içinde nitrojen, karbondioksit, oksijen gibi diğer gazlar da bulunmaktadır. Bu gazlar, doğal gazın bileşenleri olarak da anılır ve her bir bileşenin belirli miktar doğal gazın belli bir yüzdesini oluştururlar. Gaz türlerinin, belli miktar doğal gaz içindeki yüzdelerinden oluşan tablo gazın kompozisyonu olarak adlandırılır ve her sözleşmede gazın kompozisyon yapısı açıkça tanımlanır.

Doğal gazın sahip olduğu enerjiyi esas olarak metan (C1) gazı belirlediğinden, bu gazın yoğunluğu arttıkça gazdan elde edilen enerji miktarı da artacaktır. Doğal gazın kullanımı ile amaçlananın, gazın açığa çıkaracağı enerji olduğu dikkate alındığında, alıcılar metan gazının gaz kompozisyonu içinde en az belli bir yüzde ile bulunmasını talep eder. Örneğin, gaz kompozisyonunda, metan miktarının en az % 80 olacağı ifade edilebilmektedir. Buna karşın diğer gaz türlerinin gazın kompozisyonu içinde yer alabileceği en yüksek yüzdeler tanımlanır. Örneğin, en fazla %1 oranında butan gazı bulunabileceği kararlaştırılabilir.

Gazın kompozisyon yapısının yanında, hidrokarbonun ve suyun çığlenme noktası, gazın partikül ve toz içermemesi, gazın içeriğindeki hidrojen sülfür miktarı gibi diğer bazı parametreler de gazın niteliğini (kalitesini) belirlemektedir. Bu özellikleri nedeniyle gazın niteliği sözleşmede tanımlanır ve satıcı tarafından teslim edilecek gazın bu özellikleri taşıması gerekir.

Gazın miktarının ölçülmesi, ölçüm istasyonlarındaki giriş ve çıkış noktalarında yer alan orifiketre ve ultrasonik metrelerle gerçekleştirilmektedir. Bu cihazlarla belli bir noktadan belli bir zamanda akan gaz miktarı ölçülür⁸¹. Gaz kompozisyonu ise genellikle gaz kromatografileri ile analiz edilmektedir. Kromatografa giren örnek gaz akımı helyum ve argon gibi asal taşıyıcı gazlarla birlikte kromatograf sütununun içinden geçerler. Gazın farklı bileşenleri kromatograf sütununu farklı zamanlarda terk eder ve detektörler her bir bileşenlerin miktarını ölçerek gazın kalite analizini gerçekleştirir⁸². Bu ölçümler sonucunda gazın bileşenlerinin sınırlar içinde gerçekleşip gerçekleşmediği kontrol edilir.

Satıcı tarafından teslim noktasında hazır bulundurulan gazın, sözleşmede belirtilen nitelikleri taşıması durumunda, alıcının gazı reddetme (teslim almama) hakkı her zaman bulunmaktadır. Ancak alıcının kendi tesislerine almadan gazın özelliklerini tespit etme şansı genelde bulunmamaktadır⁸³. Ancak bazı durumlarda, teslim edeceği gazın sözleşmede düzenlenen kalitede olmadığını bilen satıcının, bu durumu ve gazın mevcut kompozisyon yapısını alıcıya bildirmesi gerektiğine dair sözleşmede bir düzenleme bulunabilmektedir. Satıcının böyle bir bildirimde bulunması durumunda, alıcı, bu gazı kabul edip etmeyeceğini satıcıya bildirmelidir. Alıcının bilerek bu gazı teslim alması durumunda, genellikle, bu gaz için düşük fiyat uygulanmaktadır⁸⁴. Gazın gereken özellikleri taşımadığını

⁸¹ **Roberts**, 28-002.

⁸² **Roberts**, 28-004.

⁸³ **Beggs/Sapte**, 7.1-08

⁸⁴ **O'Neill**, s. 153; **Beggs / Sapte**, 7.1-09.

bilmeden teslim alan alıcı, bu nedenle yapacağı tüm masraflar ve uğrayacağı tüm yükümlülükleri veya en azından iletim sistemindeki tesislerinde meydana gelen zararları giderme için gerekli tüm giderleri tazmin ettirme hakkına sahiptir⁸⁵.

Sözleşmede belirtilen nitelikleri taşımayan doğal gazın alıcı tarafından teslim alınmamasında, satıcının eksik teslimine bağlanan hükümler gündeme gelecektir.

B) Alıcının Borçları

1) Genel Olarak

Alıcının asli edim yükümü, satım bedelini ödemektir. Alıcının diğer bir borcu ise, ifa olarak sunulan satılanı teslim alma borcudur. Alıcının, başka yerden gönderilen şeyi saklama, teslim almada tescil ve senet masraflarını ödeme, taşıma masraflarını ödeme, satılanla ilgili yükümlülüklere katlanma gibi yan yükümleri bulunmaktadır⁸⁶. Al ya da öde taahhüdü kapsamında yapılan ödemelerin doğal gaz fiyatının bir parçası sayılması nedeniyle, semen ödeme borcuna aşağıda kısaca değinilecektir. Al ya da öde klozu içeren doğal gaz alım sözleşmesindeki teslim alma borcu ile bu klozu içermeyen sözleşmelerdeki teslim alma borcu arasında, aşağıda anılacağı üzere, farklılıklar bulunmaktadır bu farklılıkların ortaya konabilmesi için

⁸⁵ **Beggs / Sapte**, 7.1-09; **O'Neill**, s. 153. Satım sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül hükümleri emredici nitelikte değildir (**Aral**, s. 124, 157). Gazın, sözleşmede belirtilen özellikleri taşıması, diğer bir ifadeyle ayıplı olması durumunda uygulanacak esaslara ilişkin doğal gaz alım sözleşmelerinde çok detaylı düzenlemeler bulunmaktadır. Bu nedenle öncelikle bu sözleşme hükümleri uygulanacaktır ve fakat düzenleme bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu'nun satım sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanması gündeme gelecektir.

⁸⁶ **Tandoğan**, C. I/1, s. 210 vd.; **Yavuz / Acar / Özen**, s. 90 – 91; **Zevkililer / Havutçu**, s. 132.

alıcının teslim alma borcuna ve al ya da öde klozunun bu borç üzerinde yarattığı etkiye yer verilecektir. Alıcının diğer yan borçları ise inceleme dışında bırakılacaktır.

2) Semen Ödeme Borcu

İvazlı sözleşmelerden olan uzun dönemli doğal gaz alım sözleşmeleri genellikle sabit bir fiyat içermemektedir. Zira satıcılar, alternatif yakıt niteliğindeki diğer hidrokarbon türevli enerji kaynaklarının fiyatlarındaki değişimlerin gaz fiyatlarına yansımaları olmazsa olmaz bir unsur olarak görmektedir⁸⁷. Diğer yandan alıcı tarafından da sözleşme fiyatının gazın spot piyasadaki fiyatı ile olabildiğince yakın olması arzu edildiğinden⁸⁸, uzun dönemli gaz alım sözleşmeleri uygulamasında genellikle başlangıç fiyatının alternatif yakıt ürünleri fiyatlarındaki değişimleri yansıtacak şekilde uyarlanmasını sağlayan kayıtlara yer verilmektedir. Bu kayıtlar, fiyatların artmasını veya düşmesini sağlayan fiyat uyarlama klozları olarak anılmaktadır⁸⁹. Fiyat uyarlama klozları, “sabit uyarlama klozu”, “saha oranlı uyarlama klozu”, “en çok korunan ulus klozu”, “yeniden müzakere edilebilir fiyat klozu”, “alıcıyı koruyucu fiyat klozu” ve “indeks uyarlama klozu” ve benzeri klozlardır⁹⁰. Böylece doğal gazın fiyatı ham petrolün spot fiyatı, petrol

⁸⁷ Gaz alım sözleşmelerinde sözleşme süresi boyunca sabit kalan fiyata yer verilmesinin mümkün olduğu şeklinde görüşler için bkz. **Osikilo**, s. 6; **Matthiesen**, s. 3. ABD’deki Henry Hub ve İngiltere’deki National Balancing Point gibi gaz fiyatlarının yayınlandığı bazı gelişmiş piyasalarda ise bu yayımlanan fiyatlara referans verilerek de gaz fiyatı tanımlanabilir. Bkz. **O’Neill**, s. 154, dn. 34.

⁸⁸ **Trimble**, N.: “Gas Sales Agreements”, *Upstream Oil and Gas Agreements*, Martyn R. Davyd, London 1996, s. 170; **Osikilo**, s.6; **Beggs / Sapte**, s. 159.

⁸⁹ **Lowe**, s. 396.

⁹⁰ Bu klozlara ilişkin geniş bilgi için bkz. **Lowe**, s. 397; **Beggs / Sapte**, s. 160-161; **Trimble**, *Gas Sales*, s. 173-176.

ürünleri fiyatı, spot elektrik fiyatları ve kömür gibi benzer malların⁹¹ değerindeki değişimlere bağlı olan veya bunlardan bağımsız olan formüllerin kıyaslanmasıyla, esneklik kazanmaktadır⁹².

Uygulamada, “indeks uyarlama klozlarının” daha yaygın olarak kullanıldığını söylemek mümkündür. Nitekim Uluslararası Petrol Müzakerecileri Birliği tarafından hazırlanan gaz alım sözleşmesi standart taslağında da “indeks uyarlama klozuna” yer verildiği görülmektedir⁹³. Anılan formül aşağıdaki gibidir:

$$P_N = P_0 * (W_1 * \frac{A}{A_0} + W_2 * \frac{B}{B_0} + W_3 * \frac{C}{C_0} + \dots)$$

t_0 =Referans tarihi (sözleşme başlangıç tarihi veya fiyat revizyon tarihi).

P_N =oğal gazın 1000 metreküpü için ABD Doları cinsinden sözleşme fiyatıdır.

P_0 =Referans tarihinde tarafların anlaştıkları sözleşme fiyatıdır.

W_1, W_2, W_3 = Petrol türevlerinin formül içinde fiyat tespitindeki ağırlık oranı (toplamları “1” olur)

A, B, C =Petrol türevi veya ham petrolün cari dönem ortalama fiyatıdır.

A_0, B_0, C_0 =Petrol türevi veya ham petrol fiyatının ya da enflasyon değerinin baz dönem veya referans dönem tarihindeki (t_0) değeridir.

⁹¹ Trimble, s. 173-175; Matthiesen, s.10, sn. 25.

⁹² Matthiesen, s.3.

⁹³ www.aipn.org

Fiyat revizyon esasına göre, sözleşmedeki kararlaştırılan belli sıklıklarla⁹⁴, formülde yer alan endekslerin güncel değerleri kullanılarak yeni fiyat belirlenir.

Al ya da öde oranları ile fiyat arasında doğrudan denilebilecek bir ilişki bulunmamaktadır. Ancak al ya da öde oranlarının yüksek olduğu sözleşmelerde, üreticinin riskleri azalacağından, doğal gaz fiyatı düşme eğilimi taşıyacaktır. Al ya da öde oranlarının düşük olduğu sözleşmelerde ise üretici daha fazla risk üstlenmek zorunda olacağından bu riski, fiyatı yükseltmek yoluyla, dağıtmak isteyecektir⁹⁵.

3) Teslim Alma Borcu

Alicının doğal gazı teslim alma borcu, satıcının teslim borcunun karşıtıdır. Satılanın teslim alınması, alıcı için, hem bir hak hem de bir borçtur⁹⁶.

Satılanı teslim alma borcunun mahiyeti tartışmalıdır⁹⁷. Bir görüşe göre, malı teslim alma, fiili bir işlem olup ifanın alıcı tarafından kabulüne gerek yoktur⁹⁸. Diğer görüşe göre, satılanı teslim alma borcu, sözleşmedeki şartlara uygun olarak teslim edilen malın alıcı tarafından ifa olarak kabul edilmesi yükümlülüğü anlamını taşır⁹⁹.

⁹⁴ Örneğin, 3 ayda bir.

⁹⁵ **Matthiesen**, s. 3; **White**, H. W.: "The Right to Recover Royalties on Natural Gas Take – Or- Pay Settlements", Oklahoma Law Review, Vol. 41, s. 663 – 684, s. 671.

⁹⁶ **Tandoğan**, C. I /1, s. 208; **Zevkliler / Havutçu**, s. 131.

⁹⁷ Görüşler için bkz. **Tandoğan**, C. I /1, s. 207 – 208; **Becker**, s. 138 – 139; **Zevkliler / Havutçu**, s. 131;

⁹⁸ **Yavuz / Acar / Özen**, s. 89.

⁹⁹ **Becker**, s. 139; **Tandoğan**, C. I /1, s. 208; **Gümüş**, s. 202.

Bu yan borcun doğması için doğal gazın, satıcı tarafından konu, yer ve zaman bakımından sözleşmeye uygun bir ifa olarak, tesliminin teklif edilmesi yani teslim hazır bulundurulması lazımdır¹⁰⁰. Bu anlamda teslim arz olunan şey ile satılan mal arasında ayniyet olmalıdır. Ayrıca, teslim arz vaktinde yapılmalı ve teslim arz olunan mal ayıpsız olmalıdır¹⁰¹.

Alıcı, malı ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin teslim aldığı takdirde, bu, ifanın sözleşmeye uygun gerçekleştirildiğine karine teşkil eder; alıcı sonradan ifanın sözleşmeye uygun olmadığını iddia ederse bunu ispatla yükümlüdür¹⁰².

Satılanı teslim alma borcu kural olarak yan borçtur¹⁰³. Bu nedenle genellikle alıcının satılanı teslim alma borcunda temerrüdü halinde, Borçlar Kanunu m.106'daki seçimlik hakları ve özellikle fesih ve dönme haklarını kullanamayacağı kabul edilmektedir¹⁰⁴. Ancak maldan biran önce kurtulma menfaatinin olduğu bazı durumlarda, bu borç alıcının asıl borcu haline gelebilir ve BK m. 106'da yer alan seçimlik hakların kullanılması mümkün olur¹⁰⁵. Bununla birlikte, karşılıklı ve aynı anda ifa ilkesinin işlediği satım sözleşmesinde, alacaklı temerrüdü, genellikle, aynı zamanda borçlu temerrüdünü de yaratır. Çünkü teslim arz olunan malı almayan alıcı, bedeli ödemeye de yanaşmayacaktır. Satılanı teslim arz eden ve alıcı tarafından geri çev(r)ilen satıcı, alıcıyı temerrüde düşürdükten sonra, satım bedelini

¹⁰⁰ **Tandoğan**, C. I /1, s. 208; **Yavuz / Acar / Özen**, s. 89. Teslime arzın konu, yer, zaman ve varsa diğer koşullar bakımından sözleşmeye uygun yapılması gerekir (**Becker**,s. 139).

¹⁰¹ **Tandoğan**, C. I /1, s. 208; **Gümüş**, s. 203.

¹⁰² **Tandoğan**, C. I /1, s. 209; **Yavuz / Acar / Özen**, s. 89.

¹⁰³ **Tandoğan**, C. I /1, s. 209; **Zevkliler / Havutçu**, s. 131. Alıcının satılanı teslim alma borcunun bir ödev olduğu yönünde bkz. **Becker**, s. 138; **Serozan**, s. Özel Bölüm, s. 156.

¹⁰⁴ **Tandoğan**, C. I /1, s. 209; **Serozan**, Özel Bölüm, s. 156 – 157.

¹⁰⁵ **Tandoğan**, C. I /1, s. 209; **Serozan**, Özel Bölüm, s. 157; **Zevkliler / Havutçu**, s. 131;**Gümüş**, s. 202.

ödeme borcunda temerrüt nedeniyle Borçlar Kanunu m. 106'daki seçimlik haklarını kullanabilecektir¹⁰⁶.

4) Al Ya da Öde Kaydının Alıcının Teslim Alma Borcuna Etkisi

Yukarıda anılan ve alıcının teslim alma borcunda temerrüdü halinde uygulanacak olan hükümler emredici nitelikte değildir ve taraflarca farklı şekilde düzenlenmesi mümkündür. Nitekim doğal gaz alım sözleşmelerinde al ya da öde kaydına yer verilmesi, alıcının, teslim alma borcuna aykırı hareket etmesi halinde karşılaşılabilecek yaptırımları değiştirmektedir. Örneğin yıllık sözleşme miktarının 100 birim olarak kabul edildiği bir doğal gaz alım sözleşmesine, % 80 oranında al ya da öde miktarının kabul edildiği bir al ya da öde kaydı dercedilmesi halinde, alıcı öncelikle yıllık sözleşme miktarının % 20'sinin teslim alınması borcundan kurtulmaktadır¹⁰⁷. Burada dikkat edilmesi gereken husus, satıcının hala 100 birim doğal gazı teslim hazır bulundurma borcunun devam etmesi, alıcının isterse toplam yıllık sözleşme bedelinde gazı teslim alabilme hakkının bulunması, ancak % 20'ye tekabül eden 20 birim gazı teslim almaması halinde satıcının hiçbir zarar ve ziyan talebinde bulunamamasıdır¹⁰⁸. Bu oranda teslim alınmayan miktar için alacaklı temerrüdü söz konusu olmayacaktır.

Alıcı lehine tanınan bu esneklik geriye kalan 80 birim gazın teslim alınmasa dahi bedelinin ödenmesi koşuluyla satıcı lehine dönüştürülmektedir. Yani satıcı isterse 70 birim gaz alsın isterse hiç gaz almasın muhakkak 80

¹⁰⁶ **Serozan**, Özel Bölüm, s. 157; **Becker**, s. 140; **Gümüş**, s. 204.

¹⁰⁷ **Thomale**, H. C. / **Feurstein**, S.: "Die AGB-rechtliche Wirksamkeit von Take-or-Pay Klauseln in Energielieferverträgen", NJOZ 2010, s. 811 – 830, s. 814.

¹⁰⁸ **Thomale/Feurstein**, s.814.

birim gazın bedelini ödemekle yükümlüdür¹⁰⁹. Burada satıcının teslim hazır bulundurma yükümlülüğü devam etmesine rağmen, alıcının teslim alma yükümlülüğü tamamen bertaraf olmakta, ancak teslim alsa da almasa da al ya da öde miktarı olarak belirtilen miktardaki gazın bedelini ödeme borcu söz konusu olmaktadır. Yani sözleşmede belirtilen miktarda gazı almak alıcı için bir hak olarak karşımıza çıkmakta iken, al ya da öde miktarı olarak belirtilen miktarda gazın bedelini ödemek alıcının borcunu teşkil etmektedir.

¹⁰⁹ Thomale / Feurstein, s. 814.

İKİNCİ BÖLÜM

AL YA DA ÖDE KLOZU

§ 3. Al Ya da Öde Klotunun Tanımı ve Fonksiyonları

I. Genel Olarak

Al ya da öde klozu, alıcı açısından doğal gaz fiyatını düşürücü etkisi ve uzun bir müddet rakip alıcıların o kaynaktan gaz alımını engellemesi nedeniyle; satıcı açısından ise gelir akışını teminat altına alması sebebiyle oldukça cazip bulunmuş ve piyasanın rekabete açılmasından önce akdedilen hemen hemen bütün gaz alım sözleşmelerinde yer almıştır^{110,111}.

Al ya da öde klotuna göre; alıcı, belirli bir dönemde (genellikle 1 yıl), asgari bir miktarda gazı teslim almayı veya bu miktarda gazı gerçekte teslim alamasa dahi, bedelini ödemeyi taahhüt etmektedir. Belirli dönemin sonuna gelindiğinde, alıcının al ya da öde miktarında gazı, dönem içinde teslim almaması durumunda, eksik teslim aldığı gazın bedeli, al ya da öde ödemesi olarak tahsil edilir¹¹². Bu sözleşme yılından ilerideki yıllarda o yıla ait

¹¹⁰ **Strohl**, P.: "Settling the Take – or – Pay Claim: The Procuder's Perspective", Natural Resources & Environment, V. 3, 1988 - 1989, s. 11 – 13, s. 11; **Brooke II**, , A. F.: "Great Ecxpectations: Assessing the Contract Damages of the Take-or-Pay Producer", Texas Law Review, Vol. 70, s. 1468 – 1487, s. 1469.

¹¹¹ Alıcılar "al ve öde" veyahut "al ya da öde" yöntemlerine, satıcının, sipariş edilmeyen gazı istediği kişiye satma konusunda tamamen serbest oldukları gerekçesiyle itiraz edebilmektedir. Ancak satıcının gaz rezervlerini alıcıya tahsis etmiş olduğu tüketim sözleşmelerinde söz konusu gazın serbestçe bir başkasına satılamayacak olması dikkate alındığında anılan itiraz geçerliliğini yitirmektedir. Böyle bir durumda satıcının, atıl (boş) gaz iletim kapasitesi bulamaması (erişememesi) nedeniyle gazı 3. bir kişiye satma imkânı bulamama ihtimali olduğu gibi aynı zamanda, gaz pazarında bir başka alıcı bulabilmek için yeterli likidite de bulunmayabilir. Çünkü genellikle gaz piyasasında, petrol piyasasının aksine, alternatif gaz satışı için pazar bulmak daha zordur (**Roberts**, 13-001).

¹¹² **Greenwald**, G. B. : "Natural Gas Contracts Under Stress: Price Quantity and Take or Pay", JENRL 1987, Vol. 5, No. 2, p. 1 – 14, s. 1; **O'Neill**, s. 147; **Strohl**, s. 11; **Brooke II**, s. 1469; **Lowe**, J. S.: "Gas Contracting in the United States: Hard Times and New Responses", OGLTR (1988/89) 2, s. 38; **Buie**, A. M.: "Current Take - or - Pay Payments

belirlenmiş miktardan fazla gaz alması durumunda ise fazla aldığı bu gaz miktarı oranında telafi hakkına sahip olmaktadır¹¹³.

Al ya da öde klozu, yalnızca doğal gaz alım sözleşmelerinde değil diğer maden sözleşmelerinde, boru hattı finansmanının söz konusu olduğu bazı sözleşmelerde, petrol tankerlerinin charteri sözleşmelerinde, liman ve demiryolu giriş anlaşmalarında da yer almaktadır¹¹⁴.

II. Tanımı

Al ya da öde klozu, doğal gaz alım sözleşmelerinde, alıcının, yıllık asgari miktarda gazı almasını sağlayan ve gerçekte alıp almamasına bakılmaksızın, bu asgari miktarda gazın bedelini ödemeyi yüklediği bir kloz olarak tanımlanmaktadır¹¹⁵.

as Advanced Sales of Gas: Why The Lessor's Royalty Claim is Still Alive and Well in Texas After Killiam Oil Com. v. Bruni", Baylor Law Review, Vol. 44 (1992), s. 714 – 715; **Stimpert**, M. R.: "Lenope Resources Corporation v. Tennessee as Pipeline Company: Natural Gas Take - or - Pay Contracts Under The Uniform Commercial code", Energy Law Journal, Vol. 18, s. 421.

¹¹³ **Greenwald**, s. 1; **Strohl**, s. 11; **Brooke II**, s. 1469; **Coffey**, R. J.: "Fairness is in the Eye of the Beholder: The Conflicting Interpretations of the Correct Measure of Damages for Breaches of Natural Gas Contracts Containing Take - or - Pay Provisions", BYU Journal of Public Law, Vol. 14 (99 - 00), s. 151 – 178, s. 151; **Smith**, E. E. : "Royalty Issues: Take - or - Pay Claims and Division Orders, Tulsa Law Journal, Vol. 24 (Summer 89), No. 4, s. 509 – 545, s. 511; **Marseglia**, E. A. Jr.: "Take-or-Pay Litigation - The Producer Perspective: Part 1", OGLTR 1987/8, I. 4, s. 93 – 99, s. 94; **Hardaker**, G.: "Force Majeure and Take or Pay Contracts for Power Stations: The Buyers Perspective", JELTR 2000, s. 163; **Nichols**, A. V. / **Crumbley** D. L.: "Tax and Accounting Treatments Differ For Take-or-Oay Purchase Contracts", Oil & Gas Tax Quarterly 1989, Vol. 38, s. 688 - 690; **Seida**, J.A.: "Tax Treatment of Contested Take-or-Pay Liabilities: Only Amounts Actually Paid Are Deductible", Oil & Gas Tax Quarterly 1993, Vol. 41, Number 4-6/93, s. 432; **Bily**, K. J.: "Royalty on Take - or - Pay Payments and Related Consideration Accruing to Producers", Houston Law Review, Vol. 27 (90), s. 106.

¹¹⁴ **Greenwald**, s. 1.

¹¹⁵ **Zachos**, S.: "Gas Purchase Contracts: Equitable Remedies for Breach", Houston Law Review, Vol. 24, s. 991-1020, s. 993; **Smith**, E. E.: "Royalty Issues: Take – or- Pay Claims and Division Orders", Tulsa Law Journal, Vol. 24, Summer 1989, Number 4, s. 509-545, s. 511.

III. Fonksiyonları

Al ya da öde klozunun fonksiyonlarını ortaya koyabilmek için, doğal gaz ticareti ile ilgili projelerin geniş bir perspektifte değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira bir doğal gaz projesinde genel olarak satıcıların beklentisi, düzenli gelir akışı sayesinde uzun sürelerle yayılı kredi geri ödemelerinin gerçekleştirilmesi iken; alıcılar için arz güvenliğinin sağlanması esaslı bir önem taşımaktadır¹¹⁶. Doğal gaz piyasasının şekillenmesine yön veren bu iki husus her iki taraf için de önemli risk unsurlarını teşkil etmektedir ve bu riskler piyasanın her aşamasında satıcı ve alıcılar tarafından diğer piyasa aktörlerine yansıtılmak istenmektedir. Bu nedenle al ya da öde kayıtlarının etkileri nihai tüketiciler tarafından dahi hissedilebilecek ve piyasa faaliyetleri içinde nihai tüketiciye yaklaştıkça varlık gerekçeleri sorgulanabilecektir. Ancak doğal gazın arz sorunu yaşanmadan tüketicilere sunulmasında sözleşmede yer verilen al ya da öde kaydının önemi unutulmamalıdır. Al ya da öde kayıtları aşağıda yer verilen fonksiyonları sayesinde uzun dönemli doğal gaz alım sözleşmelerinin akdini ve doğal gaz arzının tesisini sağlamaktadır.

A) Düzenli Gelir Akışının Sağlanması

Doğal gazın üretimi ve genelde çok uzaklarda olan tüketici pazarlarına taşınması çok büyük sermaye yatırımları gerektirmektedir. 2001-2030 yılları arasında yaklaşık iki katına çıkması beklenen Dünya doğal gaz talebini karşılamak için kapasite artırımı, yeni doğal gaz sahaları aranması-geliştirilmesi ve mevcut doğal gaz sahalarının iyileştirilmesi gibi alanlarda, 3.1

¹¹⁶ **Stimpert**, s. 423.

trilyon ABD Doları yatırım yapılması öngörülmektedir¹¹⁷. Bu ölçüde büyük finansman yükü doğuran projelerin gerçekleştirilmesi, büyük ölçekte finans desteğini zorunlu kılmaktadır. Projeye finansman sağlayacak kredi kuruluşları ise sağlayacakları kredilerin geri dönüşünün sağlanabilmesi hususunda düzenli gelir akışının garanti altında olmasını talep etmektedir. Uzun sürelerle yayılan bu kredi geri ödemelerinin sağlanabilmesi için alıcılarla uzun dönemli sözleşme yapma zorunluluğu doğmaktadır. Al ya da öde kayıtlarının yer verildiği uzun dönemli doğal gaz alım sözleşmeleri ile satıcının doğal gaz projelerinin başından itibaren sözleşme süresi boyunca düzenli bir gelir elde etmesi sağlanmaktadır¹¹⁸.

Doğal gaz ihtiyacı, hava koşulları ve ekonomik koşullara bağlı olarak konjonktürelidir. Isınma için daha çok kullanılan yerlerde, kış aylarında ihtiyaç artacakken ekonomik etkenlerin etkili olduğu durumlarda ise ekonomik koşullara bağlı olarak belli dönemlerde ihtiyaç artacaktır¹¹⁹. Gaz talebinin konjonktürel niteliği nedeniyle kimi dönemlerde azalacak gaz talebindeki dalgalanmalardan olumsuz etkilenecek olan satıcılar, nakit akışlarını garanti altına almak üzere, uzun dönemli alıcılarından, önemli miktarda gazı almaları veya almasalar dahi bedelini ödemeleri için al ya da öde adı altında

¹¹⁷ **Bülbül**, O.: "Doğal Gaz Piyasasında Rekabet", Rekabet Kurumu 5. Dönem Uzmanlık Tezi, <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=tezdeta y&ld=77>, s. 40, dn. 43. Alt yapı ve taşıma faaliyetlerinin bu denli yüksek maliyetler gerektirmesinin uluslar arası doğal gaz piyasasının gelişimini yavaşlattığı ileri sürülmektedir. Bkz. **Oluseye**, s. 6.

¹¹⁸ Al ya da öde kavramı, uzun süredir, üreticilerin nakit akışının güvence altına alınması ve enerji sektöründeki sermaye yoğunluklu projeler için kreditorlere ek teminat olarak gösterilmesinde faydalı bir mekanizma olduğundan kreditorler alacaklarının güvence altına alınması için uzun dönemli sözleşmelerde ısrarcı olmaktadır Bkz. **Osikilo**, s. 7; **Strohl**, s. 11; **Greenwald**, s. 1; **Lowe**, Hard Times,s. 38; **Oluseye**, A.: "International Project Finance Abolition Of Long-Term Contracts: What Are The Implicationsand Options For Bankability In Energy Projects Financing?", http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/car/html/car8_article3.pdf, s. 1.

¹¹⁹ **Lowe**, s. 398.

taahhütler almaktadır¹²⁰. Alıcı, her durumda belli miktar gazın bedelini ödeyecek olduğundan satıcının gelir akışı, talepteki değişimlerden etkilenmeyecektir.

B) Arz Güvenliğini Sağlaması

Belirli bir satıcı ile uzun dönemli sözleşme yapılması alıcıyı, özellikle doğal gaz talebinin arttığı dönemlerde bir satıcı aramak külfetinden kurtarır. Zira uzun dönemli sözleşmelerde alıcı, belli miktarda gazın teslim edileceğini ve bu teslimin aynı kaynaktan uzunca bir süre temin edilmesinin garanti edilmiş olduğunu bilmektedir. Satıcının, düzenli nakit akışının kesilmemesi için, taahhüt altına girdiği miktarda gazı sağlamak amacıyla elinden gelen tüm çabayı sarf edecek olması alıcının arz güvenliği için bir garanti oluşturmaktadır¹²¹.

Alıcı, satıcının sözleşmeye uygun olarak teslim hazır bulundurduğu gazı uzun süre alamaz ise, satıcı bu gazı diğer alıcılara satabilecektir. Buna karşılık, satıcının sözleşmede belirtilen gazı alıcıya teslim etmede başarısız olması halinde; alıcı bu durumu piyasaya duyuracak ve satıcının ürettiği gaz için pazar bulması çok zorlaşacaktır¹²².

C) Risklerin Dağıtılması

Uzun dönemli sözleşmeler, risklerin sözleşmenin yalnızca bir tarafınca üstlenilmemesini sağlar. Risklerin etkin dağılımı, riskin gerçekleşmesi halinde doğacak yükümlülüklerin en uygun durumda olan sözleşme tarafından

¹²⁰ Lowe, s. 399.

¹²¹ Osikilo, s. 10.

¹²² Lowe, s. 400.

üstlenilmesi sağlaması nedeniyle, gereklidir. Bu, sözleşmenin kolaylıkla uygulanmasını sağlamaktadır¹²³. Çok büyük tutarlarda sermaye yatırımı gerektiren ve dönüşü uzun dönme yayılan gaz projelerinde doğacak risklerin tek bir tarafça üstlenilmesi mümkün değildir.

Al ya da öde klozu, doğal gaz üretimi ve satışındaki riskleri satıcı ve alıcı arasında dağıtır. Buna göre satıcı, üretime ilişkin riskleri ve alıcı pazar talebinin düşmesine ilişkin riskleri üstlenir¹²⁴.

Al ya da öde kaydının bulunmadığı sözleşme ilişkisinde, satıcıdan aldığı gazı kendi pazarına satacak olan alıcı, pazardaki fiyatın sözleşme fiyatının altında olması durumunda satıştan kâr elde edemeyeceği hatta zarar edeceği için, gaz almak istemeyecektir. Bu da tüm riskin satıcı üstünde kalmasına neden olacaktır. Al ya da öde klozu, gazın piyasa fiyatının sözleşme fiyatı altına düşmesi durumunda dahi alıcının gazı alması veya tekrar satmasının kârlı olup olmamasına bakılmaksızın belli bir asgari miktar gazın sözleşme fiyatı üzerinden bedelinin alıcı tarafından satıcıya ödenmesini teminat altına alır. Bu kloz, satıcıyı tüm riskleri üstlenmeye zorlamak yerine, piyasa fiyatındaki dalgalanmalarından doğan riskleri alıcı üzerinde bırakarak, risklerin dağıtılmasını sağlar.¹²⁵

Al ya da öde klozu, üretici açısından talep riskini ortadan kaldırır ve düzenli gelir akışı sağlar. Tahmin edilen nakit akışı gaz projesi ekipmanlarının kısa sürede amortismanının sağlanması sürecinin

¹²³ **Osikilo**, s. 10.

¹²⁴ **White**, s. 669; **Brooke II**, s. 1469; **Stimpert**, s. 429.

¹²⁵ **Coffey**, s. 154; **Mc Arthur**, J. B.: "The Take - or Pay Crisis: Diagnosis, Treatment and Cure for Immorality in the Marketplace", *New Mexico Law Review*, Vol. 22 (1992), s. 358 – 458, s. 358 – 359.

hesaplanmasında kullanılabilir. Ayrıca, al ya da öde kaydının sağladığı sözleşme ile sabitlenmiş gelir akışı, proje finansmanında bankaların kredi ödemelerini garanti altına alınmasını sağlar ve bankaların faiz taleplerinin esaslarının belirlenmesinde etkili olur. Uzun yıllara yayılı düzenli gelir akışını sağlayan al ya da öde sözleşmeleri, gaz üretimi ve taşınması için gerekli alt yapı ve tesislerin finanse edilmemesi riskini azaltır¹²⁶.

D) Fiyat Düşürücü Etkisi

Düzenli gelir akışını garanti etmesi nedeniyle finansman maliyetlerini düşürme etkisi bulunduğundan al ya da öde klozunun doğal gaz fiyatını düşürme fonksiyonu da bulunmaktadır.

Frey V. Amoco Production Co. davasında alınan kararda anılan esaslar al ya da öde klozunun fiyat düşürme fonksiyonu açıklanmaktadır¹²⁷.

“Bir gaz alım anlaşmasında toplam gelir, miktar ve fiyatın bir fonksiyonudur. Çünkü üretici, boru hattı işleticisinin belirlenmiş minimum miktar gazı almasını ya da ödemesini sağlamak için daha düşük bir fiyat belirlemek isteyecek, böylece al ya da öde hükmü üreticinin her bir ünite gaz için boru hattı işletenden isteyeceği fiyatı, etkin bir şekilde

¹²⁶ **Omorhirhi**, I.: “The Emergence of a Global Gas Market: Fallacy Or Reality?”, http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/car/html/CAR10_ARTICLE3.PDF,s. 11. Al ya da öde kayıtları, bu risklerin gaz müşterileri ile paylaşıldığı bir mekanizma sunmaktadır. Maruz kalınacak bu risklerin azaltılması sayesinde, daha küçük şirketlerin gaz üretimi piyasasına girmesi ve üretim sektöründeki rekabetin artması sağlanır.

¹²⁷ Louisiana Temyiz Mahkemesi tarafından 1992 yılında karara bağlanan Frey V. Amoco Production Co. davası için bkz. **Martin**, P.H. / **Kramer**, B. M.: Williams & Meyers Oil and Gas Law, Second Edition, Lexis Nexis Pub. 2004, § 643.6; anılan kararın ayrıntıları için bkz. **Maxwell**, R. C. / **Martin**, P. H. / **Kramer**, B. M. Oil and Gas Cases and Materials, Seventh Edition, New York 2002,s. 384 -395; **Hardwick**, J. / **Hayes**, K. J.: "Gas Marketing Issues in the 1990's Part III" OGLTR 1993, I. 11/12, s. 355 – 356; **King**, R.: “Royalty Owner Claims to Take – or- Pay Payments Under the Implied Covenant to Market and the Duty of Good Faith and Fair Dealing”, South Texas Law Review, Vol. 33 (92), s. 814 – 817.

düşürecektir. Bu nedenle al ya da öde hükmünün olmaması durumunda gazın fiyatı ve dolayısıyla onun üzerindeki şerefiye ücreti, artacaktır....”

Satıcı (üretici), proje süresi boyunca düzenli nakit akışı garantisine kavuşurken; alıcı belli bir kaynaktan sözleşme süresi boyunca gaz tedarik etme garantisine sahip olmaktadır. Son kullanıcılar ise, arz güvenliği olarak adlandırılan kesintisiz gaz tedarik edebilmekte ve al ya da ödenin gaz fiyatını düşürücü etkisi nedeniyle daha ucuza gaz alabilmektedir¹²⁸.

E) Diğer Fonksiyonlar

Bu fonksiyonların yanında al ya da öde klozu, bankalarca proje finansmanı veya 3. kişilerin desteklenmesinde garanti sağlama, proje ekonomisi ve karar almada, fiyatı oluşturan bileşenleri (endeksleme, salanılımlar gibi) ve genel fiyat/gelir optimizasyonu için pazarlıkta kullanılma ve ticari avantajı garanti altına almada kullanılmaktadır¹²⁹.

§ 4. Al Ya Da Öde Kloxunun Muhtevası

I. Genel Olarak

Al ya da öde klozu ile, belli bir dönemde belli miktar gazın bedelinin ödenmesi, teslim alınması koşulundan bağımsız olarak, taahhüt edilmektedir. Taahhüde konu miktar genellikle sözleşme miktarının belli bir yüzdesi olmaktadır.

¹²⁸ **Sachenhauser**, R.: “Zulässigkeit von Take-or-Pay-Klauseln in Gaslieferverträgen mit Sondervertragskunden”, CuR 03-2009, s.97.

¹²⁹ **Ross**, P.: “Sales Of Gas to Power Generators, Industrial Consumers, and Bulk Marketers” in Natural Gas Sales Agreements, Martyn R. Davyd, London 2002, 7.2-30; **Oluseye**, s. 4-5.

Tipik bir “al ya da öde” klozu, yıllık bazda uygulanmakta; fakat satıcı, nakit akışını artırmak ve alıcının kredibilitesindeki yetersizliğinin sonuçlarına maruz kalmamak için daha kısa zaman aralıkları belirleyerek alıcıdan yılın çeyreğini kapsayan veya aylık ya da günlük “al ya da öde” taahhüdü isteyebilmektedir¹³⁰.

Al ya da öde klotuna ilişkin düzenlemeler, sözleşme müzakerelerine bağlı olarak değişen ve karmaşıklaşan formüllere dayanarak belirlenmektedir. Aşağıda bu formüllere ilişkin iki örnek verilecektir. Bunlardan ilki, Uluslararası Petrol Müzakerecileri Birliği (AIPN), tarafından hazırlanan model sözleşmeden alınan bir örnektir. İkincisi ise, iç piyasada imzalanan sözleşmelerdeki kayıtlara örnek teşkil etmektedir.

Uluslararası gaz alım sözleşmelerine model olmak üzere AIPN tarafından düzenlenen Model Doğal Gaz Alım Sözleşmesinde yer alan örnek al ya da öde kaydı aşağıdaki gibidir¹³¹:

“Alıcı, her bir Sözleşme Yılı içinde, asgari olarak Al Ya da Öde Miktarında gazı teslim alıp bedelini ödemek veya almasa dahi bedelini ödemekle yükümlüdür. Bir Sözleşme Yılı içinde Yıllık Eksik Çekiş Miktarı oluşmuşsa Alıcı, Satıcıya Yıllık Eksiklik Ödemesi gerçekleştirecektir. Ödemede aşağıdaki formül uygulanacaktır.

$$AYÖÖ = AYEÇM \times AYÖF^{132,133}$$

¹³⁰ Roberts, 13-003; Aynı yönde bkz. O’Neill, s. 147.

¹³¹ www.aipn.org

¹³² AYÖÖ Al Ya da Öde Ödemesi

Al ya da öde kaydına ilişkin verilecek ikinci örnek, büyük miktarlarda tüketim gerçekleştiren doğal gaz çevrim santralleri, endüstri kuruluşları ve dağıtım şirketleri ile imzalanan doğal gaz satım sözleşmelerinde, *asgari alım taahhüdü* adı altında yer almaktadır¹³⁴. Aşağıdaki düzenleme, bu kayıtlara örnek olarak gösterilebilir:

“Alıcı her sözleşme yılına ait asgari alım taahhüdünü çekecektir. Müşteri mücbir sebepler ve satıcının kusurundan doğan sebepler dışında, bu taahhüdünü yerine getirmemezse eksik çekişlerin bedelini (asgari alım taahhüdü bedelini) satıcıya ödeyecektir.

AYEÇM Alıcının Yıllık Eksik Çekiş Miktarı

AYÖF Al Ya da Öde Fiyatı (Uygulandığı Sözleşme Yılına ait)

¹³³ “In each Contract Year Buyer shall be obligated to take and pay for, or to pay for if not taken, a quantity of Gas at least equal to the Take or Pay Quantity. If, in any Contract Year, there is a Buyer’s Annual Deficiency Quantity, then Buyer shall pay Seller Buyer’s Deficiency Payment determined using the following formula:

$$BDP = BADQ \times TOPP$$

Where:

BDP is Buyer’s Deficiency Payment for such Contract Year,

BADQ is Buyer’s Annual Deficiency Quantity for such Contract Year,

TOPP is Take or Pay Gas Price for such Contract Year.”

¹³⁴ Doğal gaz ithal edenler uluslararası doğal gaz alım sözleşmelerinde alıcı durumunda iken Türkiye iç piyasasında satıcı tarafında buldukları satım sözleşmelerine taraf olmaktadır. İthalata dayanan uzun dönemli doğal gaz alım sözleşmelerindeki al ya da öde kayıtları nedeniyle üstelenilen riskler, iç pazarda akdedilen doğal gaz satım sözleşmelerinde yer verilen al ya da öde kayıtları ile piyasaya dağıtılmaktadır. Büyük miktarlarda tüketim gerçekleştiren doğal gaz çevrim santralleri, endüstri kuruluşları ve dağıtım şirketleri ile imzalanan doğal gaz satım sözleşmelerinde al ya da öde kayıtlarına yer verildiği bilinmektedir. Bu kayıtlar anılan sözleşmelerde *asgari alım taahhüdü* olarak adlandırılmaktadır. Bu kayıtlar her ne kadar asgari alım taahhüdü olarak adlandırılmış olsa da madde metnine bakıldığında belli miktar doğal gazın alınıp bedelinin ödenmesi ya da alınmaması da bedelinin ödenmesinin düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Bu metin tipik bir al ya da öde kayıdır. Asgari alım taahhüdünde asgari miktar gazın alınması taahhüt edilmekte ve bu gazın alınmaması sözleşmeye aykırılık oluşturmaktadır. Bu durumda satıcı zararlarını talep edebilecekken anılan sözleşme hükmünde asgari miktar gazın alınması değil bu miktar gazın bedelinin alınsa da alınmaması da ödenmesi taahhüt edilmektedir. Bu nedenle bu sözleşme kayıtlarının asgari alım taahhüdü olarak adlandırılması doğru olmamaktadır. Adlandırılma yanlış dahi olsa anılan sözleşme kaydı bir al ya da öde klozu örneğidir.

Yıl içinde Mücbir Sebep ve satıcının kusurundan doğan sebepler nedeniyle yapılamayan Çekiş var ise, bu miktar o Sözleşme Yılı için geçerli Yıllık Sözleşme Miktarından düşüldükten sonra Asgari Alım Taahhüdü hesaplanır.

Herhangi bir Sözleşme Yılında o yılın Asgari Alım Taahhüdünü yerine getirdikten sonra Müşteri'nin yapacağı çekişler, Eksik Çekiş Telifisi olarak kabul edilecektir. Eksik Çekişlerin Telifisi sadece eksik çekişleri takip eden 2 Sözleşme Yılı içinde miktar bazında yapılabilir. Bu durumda alıcının Eksik Çekiş Telifisini yaptığı Sözleşme Yılı'nın son gününde geçerli doğal gaz satış fiyatı, ... Maddesine göre satıcıya ödenen Eksik Çekiş Miktarı bedeline esas doğal gaz fiyatından daha yüksek ise, alıcı bu iki fiyat arasındaki fark ile Eksik Çekiş Miktarının çarpımı yoluyla hesaplanacak bedeli de satıcıya ödeyecektir. ...”.

Örnek kayıtlardan da görüleceği üzere, al ya da öde klozuna ilişkin düzenlemede yıllık al ya da öde miktarı, bu miktarın hesaplanmasında uygulanacak düzenlemeler (*adjustments*), al ya da öde ödemesinde uygulanacak esaslar ve al ya da ödemesinin telifisi imkânları ile bunların sınırlandırmalarına yer verilmektedir.

Yıllık sözleşme miktarının yılın belirli bir bölümü için eşit olarak bölüdüğü durumlarda yıllık al ya da öde miktarı da eşit olarak bölünmektedir¹³⁵.

II. Al Ya da Öde Yükümlülüğünün Kapsamının Belirlenmesi

Alıcının, teslim alma koşuluna bağlı olmaksızın, bedelini ödemeyi taahhüt ettiği yıllık gaz miktarı, *yıllık al ya da öde miktarı* olarak anılmaktadır. Bir sözleşme yılı içerisinde alıcının al ya da öde yükümlülüğü ile karşılaşma karşılaşmayacağı belirlenmesi çeşitli hesaplamaların yapılmasını gerektirmektedir. Bu kapsamda öncelikle yıllık al ya da öde miktarının hesaplanması önem arz eder. Nitekim yıllık al ya da öde miktarı, sabit bir miktar olmayıp yıllık sözleşme miktarında yapılan düzenlemeler neticesinde her yıl değişiklik göstermektedir. İkinci aşamada ise alıcının yıllık teslim aldığı gaz miktarı yıllık al ya da öde miktarından düşürülerek alıcının ne kadar eksik gaz teslim aldığı hesaplanır. Son aşamada ise eksik teslim alınan gaz miktarı sözleşme fiyatı ile çarpılarak alıcının yapmak zorunda olduğu al ya da öde miktarı bulunur.

A) Yıllık Sözleşme Miktarında Yapılan Düzenlemeler (Adjustments)

Yıllık sözleşme miktarı genellikle yıllık al ya da öde ödemesine doğrudan esas teşkil etmemektedir. Yani satıcının teslim edemediği veya eksik teslim ettiği gaz miktarları, mücbir sebep nedeniyle teslim edilemeyen veya teslim alınamayan gaz miktarları ve *miktar nakline* konu gaz, yıllık

¹³⁵ Roberts, 13-005; Ross, 7.2-32.

sözleşme miktarından düşülmekte ve *düzenlenmiş yıllık sözleşme miktarına* ulaşılmaktadır¹³⁶. Ulaşılan bu miktarın, sözleşmede belirtilen al ya da öde oranı ile çarpılması suretiyle, *yıllık al ya da öde miktarına* ulaşılır.

Günlük çekiş talebine dayalı sistem uyarınca, yıllık sözleşme miktarından düşülecek miktarlar gün sonlarında yapılan hesapların toplamı ile ortaya çıkmaktadır. Gün sonundaki hesaplarda tespit edilen satıcının eksik teslim ettiği gaz miktarları, mücbir sebep nedeniyle teslim edilemeyen veya alınamayan gaz miktarları tek tek toplanır ve yılsonunda toplamda oluşan miktar *yıllık sözleşme miktarından* düşülür.

Düzenlemeye konu miktarlar, bu şekilde al ya da öde taahhüdüne konu miktarı azaltma etkisine sahiptir. Bu düzenlemeler ile al ya da öde şartının satıcıya sağladığı gelir akışı güvencesi azalacağı için; satıcılar, ayarlamaların asgari seviyede kalmasına uğraşacaktır¹³⁷.

1) Teslim Edilmeyen Gaz

Satıcının teslim edemediği ve eksik teslim ettiği gaz için yapılan düzenlemedir. Alıcının çekiş talebinde yer alan miktarın satıcı tarafından teslim edilmediği veya eksik teslim edildiği durumda, bu miktar kaydedilir ve yılsonunda kaydedilen miktarlar toplamı yıllık sözleşme miktarından düşülür.

¹³⁶ **Roberts**, 13-006; **Trimble**, Gas Sales, s. 168; **Trimble**, N.: "An Introduction to Gas Sales Agreements", OGLTR 1992, I. 11/12, s. 331 – 336, s.333; **O'Neill**, s. 148.

¹³⁷ **Roberts**, 13-006.

Bu düzenleme çerçevesinde, planlanmış bakım esnasında teslim edilmeyen veya teslim alınamayan gazı miktarları da yıllık sözleşme miktarından düşülmektedir¹³⁸.

2) Mücbir Sebepler

Sözleşmede yer verilen mücbir sebep halleri nedeniyle satıcının teslim edemediği veya alıcının teslim alamadığı gaz miktarları, yıllık sözleşme miktarının düzenlenmesine konu olmaktadır.

Alıcının gazı satın alıp tekrar satıyor olması durumunda, kendisinin nihai kullanıcıları bakımından mücbir sebepten yararlanması halinde bu düzenleme, nihai kullanıcıların mücbir sebep nedeniyle alamadığı gaz bakımından da geçerli olur^{139,140}. Mücbir sebebe dayanarak al ya da öde ödemesinden kurtulmak isteyen alıcıların sözleşmelerin kaleme alınması sırasında bu hükmü özenle hazırlamaları gerekmektedir.

Doğal afetler, grev, lokavt, kuşatma, savaş, ayaklanma, terör saldırıları, salgın hastalık, heyelan, deprem, yangın, fırtına, su baskını, patlamalar, önlenemez kazalar veya gaz rezervinin doğal yapısından

¹³⁸ **Beggs / Sapte**, 7.1-30; **Trimble**, Gas Sales, s. 168; **Trimble**, Introduction, s.333; **O'Neill**, s. 148.

¹³⁹ **Roberts**, 13-007; **Beggs / Sapte**, 7.1-30; **Trimble**, Gas Sales, s. 168; **Trimble**, Introduction, s.333.

¹⁴⁰ Mücbir sebep kapsamına girmeyen nedenlerle alıcının gazı teslim alamaması halinde alıcı, yıllık sözleşme miktarında bir ayarlama isteyemeyecek ve bunun sonucunda al ya da öde hükmü kapsamında ödeme yapmak durumunda kalacaktır. Böyle bir durumda alıcı satıcıya, alıcının gazı için alternatif satış seçenekleri arama yükümü getirmek isteyebilir (alıcıyı etkileyen mücbir sebepler durumunda satıcının böyle bir opsiyonu kullanmasına benzer bir şekilde). Böylece toplanacak gelirler birikerek alıcının al ya da öde hükmüne maruz kalma etkisini azaltacak veya bu gaz satışları alıcının al ya da öde taahhüdüne ilişkin ödemesinden düşecektir. Bununla birlikte satıcı, bu şekildeki ek yükümlülükler üstlenmek istemeyecektir (**Roberts**, 13-010).

kaynaklanan ve gaz teslim edilmesine yahut alınmasına engel olan hallerin mücbir sebep olarak kabul edildiği görülmektedir.

3) Miktar Nakli (Carry Forward)

Gaz alım sözleşmesinin miktar nakli hükmü içermesi halinde, bir önceki yıldan tahakkuk etmiş olan miktar nakli için de bir düzenleme yapılacaktır¹⁴¹. *Miktar naklinde*, bir sözleşme yılında al ya da öde miktarından daha fazla alınan gaz miktarı,, bir sonraki yılın *yıllık sözleşme miktarından* düşülmektedir¹⁴².

Örneğin al ya da öde miktarının 80 birim olduğu sözleşme yılında 90 birim gaz teslim alınması durumunda bu 10 birim aşkın miktar, bir sonraki yıl(lar)ın al ya da öde miktarının düşürülmesinde kullanılabilir.

B) Yıllık Al Ya da Öde Miktarı

Yıllık al ya da öde miktarı, düzenlenmiş yıllık sözleşme miktarının al ya da öde oranı ile çarpımıyla elde edilmektedir. Al ya da öde oranı, genellikle, %75 - %90 arasında gerçekleşmektedir¹⁴³.

Bu hesaplama aşağıdaki formülle ifade edilmektedir:

$$\text{“YAYÖM} = \text{AYÖÖ} \times (\text{YSM} - \text{TEGM} - \text{MSM} - \text{MNM} \text{)”}^{144,145}$$

¹⁴¹ **Roberts**, 13-007; **Beggs / Sapte**, 7.1-30; **Trimble**, Gas Sales, s. 168. **Trimble**, Introduction, s.333.

¹⁴² **Beggs / Sapte**, 7.1-30; **Trimble**, Gas Sales, s. 168; **Trimble**, Introduction, s.333.

¹⁴³ **O’Neill**, s. 147. Yıllık al ya da öde oranının %80 -100 arasında değiştiği yönünde bkz. **Schöler**, s. 14.

¹⁴⁴ YAYÖM Yıllık Al ya da Öde Miktarı
AYÖÖ Al ya da Öde Oranı
YSM Yıllık Sözleşme Miktarı
TEGM Teslim Edilmeyen Gaz Miktarı (Saticının Teslim Edemediği Gaz Miktarı)
MSM Mücbir Sebep Miktarı (Mücbir Sebep Nedeniyle Teslim Edilemeyen veya Teslim Alınamayan Gaz Miktarı)

Bu çarpım sonrası ulaşılan miktar alıcının al ya da öde taahhüdünün kapsamını oluşturur. Satıcının menfaati, mümkün olan en yüksek yıllık al ya da öde miktarını güvenceye almaktır. Çünkü bu, satıcının garanti altına alacağı gelir seviyesini belirleyecektir. Alıcının menfaati ise, yıllık al ya da öde taahhüdünün daha düşük bir miktardan oluşmasını sağlamaktır. Zira bu miktar, alıcının ödeme yapmakla yükümlü olacağı asgari gaz miktarını belirleyecek ve rekabet halindeki gaz tedarik anlaşmaları oluşturma konusunda alıcıya çok daha fazla esneklik sağlayacaktır¹⁴⁶.

Yıllık al ya da öde miktarının düzenlemeleri ile ilgili olarak değerlendirilmesi gereken bir başka husus, formülün belirlenmesinde ortaya çıkmaktadır. Yukarıda yer verilen formülde yıllık al ya da öde miktarı, düzenlenmiş yıllık sözleşme miktarının yıllık al ya da öde oranı ile çarpımıyla hesaplanmıştır. Alternatif yöntem ise, yıllık sözleşme miktarının al ya da öde oranı ile çarpımıyla elde edilen miktardan düzenlemelere konu miktarların düşülmesidir. Yıllık sözleşme miktarının 1000, düzenlenmeye konu miktarın 200 ve al ya da öde oranının %90 olduğu varsayıldığı bir örnekte iki hesaplama arasındaki fark ortaya konabilecektir. İlk formülasyona göre, düzenlenmiş yıllık sözleşme miktarının %90'ı olan 720 birim yıllık al ya da öde miktarını oluşturacaktır¹⁴⁷. İkinci formülasyona göre ise, yıllık sözleşme

MNM Miktar Nakli (Carry Forward) Miktarı

¹⁴⁵ Formülde parantez içinde yer verilen ifade, esasında, *düzenlenmiş yıllık sözleşme miktarının* açılımıdır.

¹⁴⁶ **Roberts**, 13-005. Benzer yönde bkz. **O'Neill**, s. 147.

¹⁴⁷ $(1000-200) \times 90\% = 720$

miktarının %90'ı olan 900 birimden düzenlemeye konu miktarlar düşölünce, yıllık al ya da öde miktarı, 700 birim olarak gerçekleşecektir^{148,149}.

C) Yıllık Eksik Çekiş Miktarı

Bir sözleşme yılında gerçekleşen çekiş miktarının yıllık al ya da öde miktarından az olması durumunda, bu iki miktar arasındaki fark, *yıllık eksik çekiş miktarı* olarak ifade edilmektedir.

Satıcı, yıllık eksik çekiş miktarını genellikle, alıcının yıllık al ya da öde taahhüdü ile satıcı tarafından teslim noktasına getirilen ve alıcının gerçekte teslim aldığı ve ödeme yaptığı gaz miktarı arasındaki fark olarak hesaplamaktadır¹⁵⁰.

Alıcı açısından bakıldığında ise; yıllık eksik çekiş, alıcının gerçek manada teslim aldığı ve ödeme yaptığı gaz miktarına bakılmaksızın, sadece satıcı tarafından teslim edilen gaz miktarı göz önüne alınarak hesaplanmalıdır. Zira, alıcı tarafından teslim alınan ve ödeme yapılan gaz miktarı, satıcı tarafından teslim edilen gaz miktarına oranla daha düşük olabilmektedir¹⁵¹.

Tarafların müzakeresi sonucunda *yıllık eksik çekiş miktarı* hesabında uygulanacak esas belirlenecek olup bu miktar al ya da öde ödemesinin temelini oluşturacaktır.

¹⁴⁸ $1000 \times 90\% - 200 = 700$

¹⁴⁹ Roberts,13-007.

¹⁵⁰ Roberts, 13-008.

¹⁵¹ Roberts, 13-008.

D) Al ya da Öde Ödemesi

Yıllık al ya da öde miktarından eksik miktarda gazın teslim alınması durumunda alıcı, bu eksik miktar gazın bedelini ödemek zorunda kalmaktadır. Bu şekilde alıcının yıllık al ya da öde miktarında gazın bedelini ödeme taahhüdü gerçekleştirilmiş olur. Gerçekleştirilen bu ödeme *al ya da öde ödemesi* olarak adlandırılmaktadır.

Bu ödeme, yıllık eksik çekiş miktarının o yıl için öngörülen sözleşme fiyatıyla çarpılmasıyla hesaplanır. Gaz alım sözleşmesinde yer alan sözleşme fiyatı alıcının al ya da öde sorumluluğunun boyutlarını belirlemede temel teşkil eder¹⁵². Endeksleme yöntemi ile gaz fiyatının belirlendiği sözleşmelerde, bir sözleşme yılı içinde birden fazla endeksleme yapılıyor olması durumunda, al ya da öde ödemesine esas alınacak gaz bedelinin tespiti sorunu doğabilecektir. Bu sorunla karşılaşılması için, uygulanacak al ya da öde fiyatının sözleşmede belirtilmesi gerekmektedir. Yıl içindeki gaz fiyatlarının ortalaması veya sözleşme yılının sonundaki fiyat al ya da öde fiyatı olarak benimsenmiş olabilir. Uygulamada genellikle, yıl içindeki ortalama gaz fiyatı, al ya da öde fiyatı olarak tayin edilmektedir¹⁵³.

III. Al Ya Da Öde Ödemesinin Telafisinde Kullanılan Sözleşme Kayıtları

Al ya da ödemesi ile yüzleşen alıcı, teslim almadığı gazın bedelini ödemek zorunda kalacaktır; ancak hemen her *al ya da öde klotunda* yer

¹⁵² Roberts, 13-010.

¹⁵³ Trimble, Gas Sales, s. 168; Trimble, Introduction, s. 333.

verildiği üzere, bu ödemenin olumsuzluklarını gidermek için, alıcıya bir takım telafi imkanları tanınmaktadır.

Al ya da öde ödemesinin yapıldığı dönemi takip eden al ya da öde dönemlerinde alıcının bedelini ödediği ancak alamadığı miktar gaz, sözleşme müzakerelerine bağlı olarak, tümüyle yok olabilir veya ileriki dönemlerde bedelsiz olarak alınabilir. Doğal gaz alım sözleşmelerinde, ileriki dönemlerde bedelsiz olarak gaz almaya ilişkin *eksik çekiş telafisi (make up right)* ve *miktar nakli (carry forward)* haklarına yer verilmektedir¹⁵⁴.

Eksik çekiş telafisi ve miktar nakli hakları, alıcıya, öngörülemeyen işletme gerekleri nedeniyle ihtiyaç duyduğu esnekliği tanıyan sözleşme araçlarıdır. Eksik çekiş telafisi hakkının al ya da öde taahhüdünün karşılığı (quid pro quo) olduğu ileri sürülebilir. Buna karşılık, taraflar arasındaki müzakerelere bağlı olarak tanınabilecek bir ticari öge olan *miktar nakli* için aynı şeyi kabul etmek daha zordur¹⁵⁵.

¹⁵⁴ **Ross**, 7.2-31; **Nichols / Crumbley**, s. 688 - 690; **Seida**, s. 432-433; **Lowe**, Hard Times, s. 38.; **King**, s. 802. BOTAŞ'ın taraf olduğu uluslar arası gaz alım sözleşmelerinde ve iç piyasadaki gaz satım sözleşmelerinde "Make up gas" kaydına yer verilmektedir. Bu kayıt İngilizce sözleşmelerin tercümelerinde ve iç piyasadaki satım sözleşmelerinde "eksik çekiş telafisi" olarak anılmaktadır. Uygulamayı yansıtmaması ve kaydın işleyişini ortaya koyması nedeniyle bu terim aynen kullanılmaktadır. Buna karşılık anılan uluslar arası ve yerel sözleşmelerde "carry forward gas" kayıtları bulunmamakta olup bu kayıt yerine al ya da öde miktarında gaz alındıktan sonra teslim alınan gaz bedeli indirimli olmasını sağlayan kayıtlar bulunmaktadır. Bu nedenle "carry forward gas" kaydının Türkçeleştirilmesi söz konusu olmamıştır. "Miktar devri" terim olarak önerilebilecekken 4646 sayılı Kanunda BOTAŞ'ın taraf olduğu uluslar arası doğal gaz alım sözleşmelerinin devrine ilişkin anılan yöntemlerden biri olarak anıldığından karıştırılmaması için "miktar nakli" kullanılacaktır.

¹⁵⁵ **Roberts**, 14-001. Nitekim anıldığı üzere BOTAŞ'ın taraf olduğu sözleşmelerin tamamında eksik çekiş telafisi bulunmamaktadır. Bunun yerine al ya da öde miktarını aşan miktarda teslim alınan gaz için indirim düzenlenmektedir.

A) Eksik Çekiş Telifisi (*Make up Gas*)

Alicının *al ya da öde ödemesinde* bulunduğu durumda satıcının gaz bedelini tahsil etmesi ve fakat gazı elinde bulundurmaya devam etmesi haksızlık olarak değerlendirilebilmektedir. Eksik çekiş telifisi hakkı, bu ödemenin yarattığı olumsuzlukları hafifletmek için kullanılan bir sözleşme kaydı olup gerçekleştirilen *al ya da öde ödemesine* konu miktarda gazın ileriki yıllarda bedelsiz olarak alınabilmesi imkânı sağlamaktadır¹⁵⁶.

Al ya da öde klozu uyarınca yapılan ödemede, bedeli ödenmesine rağmen teslim alınamayan gaz miktarı bir kurgusal eksik çekiş telifisi hesabına aktarılır. Bu ödemeyi takip eden yıl(lar)da alıcı, yıllık *al ya da öde* miktarına eşit miktarda gazı teslim aldığı andan itibaren, eksik çekiş telifisi hesabındaki miktara kadar gazı, bedelsiz olarak gazı eksik çekiş miktarı hesabından, teslim alabilmektedir¹⁵⁷. Bu yolla alınan miktar *eksik çekiş telifisi gazı* olarak adlandırılır ve bu miktar gaz eksik çekiş telifisi hesabından düşülür¹⁵⁸.

Yıllık *al ya da öde* miktarının 80 birim ve ilk yıl için fiilen teslim alınan gazın 70 birim olduğu örnekte, 10 birim gazın bedeli *al ya da öde ödemesi* olarak kurgusal bir hesaba aktarılır. Alıcı, bir sonraki sözleşme yılında, 80 birim gazın teslim aldıktan sonra, bir önceki yıl bedelini ödeyip teslim almadığı 10 birim gazı, tekrar bedel ödemeksizin, teslim alabilir.

¹⁵⁶ **Roberts**, 14-002; **Trimble**, Gas Sales, s. 168; **Trimble**, Introduction, s.333.

¹⁵⁷ **Roberts**, 14-002; **Trimble**, Gas Sales, s. 168; **Trimble**, Introduction, s.333; **Beggs / Sapte**, 7.1-31.

¹⁵⁸ **Roberts**, 14-002.

Eksik çekiş telafisi hakkı kullanılarak teslim alınan doğal gaz, çoğu zaman *bedava gaz* olarak da adlandırılrsa, eksik çekiş telafisinin işleyişine bakıldığında, bu ifadenin tam olarak gerçeği yansıtmamaktadır Her ne kadar alıcı bu miktar gazı bedel ödemediği alma hakkına sahip olsa da, bu miktar için daha önceki yıllarda ödeme yapılmış olduğundan, önceden ödemesini yaptığı malı, teslim alma olarak var sayılabilir¹⁵⁹.

Al ya da öde ödemesi yapıldığı tarihteki gaz fiyatı ile eksik çekiş telafisi hakkı kullanılıp gazın bedelsiz alındığı tarihteki gaz fiyatı arasında fark olabilmektedir. Çünkü gaz fiyatları, endeksleme yöntemine göre, düzenli aralıklarla yeniden belirlenmektedir.

Al ya da öde ödemesi yapıldığı tarihteki gaz fiyatının eksik çekiş telafisi ile bedel ödemediği gaz alındığı tarihteki gaz fiyatından düşük olması durumunda, satıcının eksik çekiş telafisine konu gaz üzerinden elde edeceği karı azalmaktadır¹⁶⁰. Bunu önlemek için satıcı, eksik çekiş telafisi dönemindeki gaz fiyatı ile al ya da öde ödemesine esas gaz fiyatı arasında pozitif fark bulunması halinde bu farkın kendisine ödenmesine dair bir hak veren bir hükme yer verilmesini talep edebilmektedir¹⁶¹. Alıcı, benzer bir korumayı fiyatların ters yönde seyretmesi halinde talep edebilecektir ve fakat

¹⁵⁹ **Roberts** 14-002. Eksik çekiş telafisine konu gazın ileride, ikinci bir ödeme olmaksızın, teslim alınabiliyor olması, al yada öde ödemesinin alıcı için her zaman bir zarar oluşturmayabileceğini göstermektedir. Son tahlilde, bu ödemenin, ileride teslim alınacak gaz için bir avans mahiyetinde değerlendirilebileceği yönünde bkz. **Buie**, s. 715.

¹⁶⁰ Örnekleme gerekirse, al ya da öde ödemesi gerçekleştirildiği dönemde gazın fiyatının 300 ABD Doları ve ödemeye konu miktarın X olarak kabul edildiği durumda eksik çekiş hesabına 300X aktarılacaktır. Eksik çekiş telafisi hakkının kullanıldığı dönemde gaz fiyatının 360 ABD Doları olması ve X miktarda eksik çekiş telafisi hakkı kullanılması durumunda cari piyasadan 360X ödenerek temin edilebilecek gazı alıcı daha önceden ödediği 300X karşılığında temin etmiş olacaktır. Bu durumda satıcı aynı gazı cari piyasaya satmış olsaydı%20 daha fazla kar elde etmiş olacaktır.

¹⁶¹ **Roberts**, 14-003.

satıcı, al ya da öde klotunda fiyata ilişkin risklerin alıcı tarafından üstlenildiğini ileri sürerek genelde bu yöndeki bir talebi reddetmektedir¹⁶².

Satıcının aynı zamanda taşıtan olarak gaz taşıma sözleşmesi uyarınca taşıma bedeli ödediği durumlarda satıcı, eksik çekiş telafisine konu gazdan bir gelir bedel elde edemeyeceği gibi eksik çekiş telafisine konu gaz miktarı için taşıma bedeli de ödemek zorunda kalmaktadır.

Eksik çekiş telafisi düzenlemeleri, sözleşme müzakerelerine bağlı olarak şekillenmektedir. Eksik çekiş telafisinin *yıllık al ya da öde miktarı* veya takip eden yıl için olan diğer öncelikli miktarlardan sonra mı alınacağı, bir yıl içinde telafisi mümkün olan miktar için veya telafisi mümkün olan yılların sayısı için bir üst limit olup olmadığı, telafinin biriminin MMBtu veya G veya Kcal veya para olup olmadığı ve sözleşme dönemi sonun da telafi edilmemiş gaza ne olacağı hususlarında taraflar anlaşarak eksik çekiş telafisinin esaslarını belirlemektedir¹⁶³.

1) Eksik Çekiş Telafisi Sınırlamaları

Al ya da öde ödemesinin karşılığı olarak da nitelendirilen *eksik çekiş telafisi* düzenlemesinde alıcı yararına olan esnekliklerin çoğaltılması al ya da öde klotunun uygulanmasını ve sonuçta gaz üretim döngüsü için çok önemli olan düzenli gelir akışını olumsuz etkileyebilecektir. Eksik çekiş telafisiyle alıcıya tanınan esnekliklerin gelir akışında dalgalanmalara ve işletme

¹⁶² Roberts, 14-003.

¹⁶³ Ross, 7.2-31.

öngörülerinde sapmalara neden olduğunu ileri süren satıcılar, bu esneklikleri sınırlandırılmak istemektedir¹⁶⁴.

Bu sınırlandırmaları *hak düşürücü süre, fiziksel sınırlamalar ve sözleşmesel sınırlandırmalar* başlıkları altında toplamak mümkündür. Bu tip sınırlandırıcı hükümlerin amacı, al ya da öde ödemesinden sonra eksik çekiş telafisinin varlığına güvenerek düzenli gaz çekişi ve ödemesinden uzaklaşmamak yönünde alıcıyı zorlamaktır¹⁶⁵.

a) Hak Düşürücü Süre

Doğal gaz alım sözleşmelerinde genellikle eksik çekiş telafisi hakkının kullanılması bir süre ile sınırlandırılmaktadır. Alıcı bu telafi hakkını, sözleşme süresi boyunca değil, sözleşme ile kararlaştırılan sınırlı bir süre içinde kullanabilmektedir. Eksik çekiş telafisi hakkını düzenleyen sözleşme hükümlerinde genellikle, sözleşmede belirtilen süre içinde kullanılmayan bu hakkın düşeceği açıkça belirtilir. Belli sürede kullanılmayan eksik çekiş telafisi hakkının düşeceğine dair bu hükümlerde öngörülen süreler *hak düşürücü süre* niteliğini taşır¹⁶⁶.

Alıcı, hak düşürücü bu sürenin mümkün olabildiği kadar uzun olmasını ve satıcının kusuru veya mücbir sebep nedeniyle gaz teslim edilemeyen

¹⁶⁴ **Roberts**, 14-005; **O'Neill**, s. 149.

¹⁶⁵ **Roberts**, 14-006.

¹⁶⁶ **Roberts**, 14-006. Uygulamada, bu hakkın kullanımının iki ile 5 yıl arasında sınırlandırıldığı yönünde bkz. **O'Neill**, s. 149, dn. 25; **Smith**, s. 511; **Marseglia**, s. 94.

sürenin bu süreye eklenmesini talep etmekteyken; satıcı ise, hak düşürücü bu sürenin mümkün olduğu kadar kısaltılmasını isteyecektir¹⁶⁷.

b) Fiziksel Sınırlamalar

Doğal gaz alım sözleşmesi ile satılan gazın üretilmesi ve alıcıya taşınması gerekmektedir. Doğal gazın üretilmesi ve taşınmasına ilişkin satıcının sahip olduğu alt yapının sınırları, alıcıya teslim edilecek gaz miktarının üst sınırını oluşturmaktadır. Bu nedenle, eksik çekiş telafisi hakkı kapsamında bedelsiz olarak teslim edilecek gaz miktarının tavanını da, üretim ve taşıma tesisleri veya araçlarının kapasiteleri belirleyecektir¹⁶⁸. Bu sınırlandırma *fiziksel sınırlandırma* olarak anılır ve sözleşme hükümlerinde genellikle *yıllık sözleşme miktarının* belli bir yüzdesi olarak tayin edilir¹⁶⁹.

Satıcının yıl içinde teslim etmek zorunda olduğu azami miktar yıllık sözleşme miktarıdır ve bu miktara göre üretim ve taşıma kapasitesi rezervasyonu yaptırmış olması gerekir. Bu nedenle eksik çekiş telafisi hakkının *yıllık sözleşme miktarı* ile *yıllık al ya da öde miktarı* arasındaki fark ile sınırlandırılması gerekebilir¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Çok nadiren de olsa, hak düşürücü döngü kaydının bulunmadığı eksik çekiş telafi hakkı kayıtlarına da rastlanmaktadır. Hak düşürücü döngü kaydı içermeyen eksik çekiş telafisi düzenlemeleri “*evergreen*” olarak adlandırılır (**Roberts**, 14-006).

¹⁶⁸ **Roberts**, 14-006.

¹⁶⁹ **Roberts**, 14-006.

¹⁷⁰ **Roberts**, 14-006.

c) Sözleşmesel Sınırlamalar

Eksik çekiş telafisi hakkı, genellikle sözleşmede kararlaştırılan belli miktar gazın teslim alınmasından sonra kullanılabilir. Bir nevi eşik niteliğindeki bu gaz miktarı, *eksik çekiş miktar telafisi eşiği* olarak adlandırılmaktadır.

Eksik çekiş miktar telafisi eşiği, genelde yıllık al ya da öde miktarına eşit olmaktadır. Buna karşın yıllık al ya da öde miktarını aşan bir miktar da eşik miktar olarak kabul edilebilir. Eşik miktarı yükseldikçe alıcının eksik çekiş telafisinden yararlanması gecikecek ve eksik çekiş telafisi hakkının tamamından yararlanma ihtimali azalacaktır. Bu eşik miktarının yüksekliği eksik çekiş telafisinin kullanılmasına sözleşmesel bir sınır getirmiş olacaktır¹⁷¹.

Alıcının bir sözleşme yılında kullanabileceği eksik çekiş telafisi hakkı, bir tavan miktar ile sınırlandırılabilir. Örneğin, bir sözleşme yılı içinde, *yıllık sözleşme miktarının* yüzde beşinden fazlasının eksik çekiş telafisine konu olamayacağı kararlaştırılabilir¹⁷².

2) Telafi Edilmemiş Eksik Çekiş Miktarı

Yukarıda yer verildiği üzere, eksik çekiş telafisi hakkının kullanılması iki ile beş yıl arasında sınırlandırılmaktadır. Diğer bir ifadeyle alıcı, bedelini ödemesine rağmen teslim al(a)madığı doğal gaz miktarını, o yılı izleyen beş yıla kadar ücretsiz teslim alabilmektedir. Alıcının bu şekilde ücretsiz gaz

¹⁷¹ **Roberts**, 14-006. Ayrıca, günlük gaz çekiş miktarının tamamı veya belli bir oranı üzerinde gaz alınması durumunda, eksik çekiş telafisi hakkının kullanılabilirliği kararlaştırılabilir. Bkz. **O'Neill**, s. 150.

¹⁷² **O'Neill**, s. 150.

teslim alma hakkı bulunmasına rağmen, sözleşme süresinin sona ermesi halinde izlenecek yol, tarafların müzakerelerine bağlı olarak, farklı şekillerde belirlenmektedir. Uygulamada sıkça başvurulmuş seçenekler, bu hakkın düşmesi, bu hakkın tamamı kullanılabildiği kadar sözleşme süresinin uzatılması, hakka konu gaz miktarının bedelinin nakden ödenmesi ve alternatif ürün teslim edilmesidir.

a) Hakkın Düşmesi

Gaz alım sözleşmesi sonuna kadar birikmiş eksik çekiş miktarı kadar gazı teslim alma hakkı bulunan ve fakat bu gazı teslim almada başarısız olan alıcının hakkını kaybettiği kabul edilebilir¹⁷³.

Satıcı, hakkın kaybolmasına savunma olarak, eksik çekiş telafisine konu birikmiş miktarın telafisi için sözleşmede yer alan diğer şartların varlığına rağmen alıcının bu hakkını kullanamamış olmasından doğan bu sonuca katlanması gerektiğini ileri sürebilir¹⁷⁴.

b) Gaz Alım Sözleşmesinin Süresinin Uzatılması

Alıcının eksik çekiş miktarı telafisi hakkı elde edebilmesi için gerekli ve yeterli süre kadar sözleşme süresinin uzatılması yoluna da gidilebilir. Bu seçeneklerden birini seçmekle yüzleşen satıcılar için, diğer yollarla eksik çekiş miktarının telafisinin ekonomik olarak kendileri için daha uygun olduğu durumlar hariç, sözleşme süresinin uzatılmasını en uygun seçenek olarak

¹⁷³ Roberts, 14-004.

¹⁷⁴ Roberts, 14-004.

değerlendirilebilir. Bu durumda eksik çekiş miktarı telafisi hakkının bakiyesine kavuşacak alıcının da beklentileri karşılanabilecektir¹⁷⁵.

Bu uzama dönemindeki gaz üretimine ilişkin işletme ve taşıma giderlerinin tamamı veya bir kısmı alıcı tarafından karşılanır. Sözleşme süresine eklenen bu ilave süre boyunca al ya da öde ve süre uzatımı ile bağdaşmayan diğer yükümlülük ve taahhütler uygulanmamalıdır¹⁷⁶.

c) Nakit Ödeme

Eksik çekiş telafisi hakkına konu olan ve fakat ücretsiz teslim alınmayan gaz miktarının, sözleşme döneminde uygulanan al ya da öde fiyatı üzerinden hesaplanan para karşılığının alıcıya ödenmesi de söz konusu olabilir¹⁷⁷. Alıcı ise sözleşme süresinin uzaması yerine nakit ödeme yapılmasını talep edebilmektedir¹⁷⁸.

d) Alternatif Ürün Teslimi

Alıcıya, eksik çekiş telafisi hesabında biriken ve sözleşme süresi içinde kullanılmayan miktarda gaza eşdeğer alternatif gaz veya petrol ürünlerinin verilmesi de kararlaştırılabilir¹⁷⁹.

3) Telafi Edilmemiş Eksik Çekiş Miktarının Sınırlandırılması

Gaz alım sözleşmesinde yukarıda sayılan seçeneklerin hangilerinin uygulanacağına dair sınırlamalar bulunabilir. Alıcının kusuru nedeniyle

¹⁷⁵ Roberts, 14-005.

¹⁷⁶ Roberts, 14-004.

¹⁷⁷ Roberts, 14-004.

¹⁷⁸ Roberts, 14-005.

¹⁷⁹ Roberts, 14-004.

sözleşmenin sona ermesi durumunda alıcı gaz alım sözleşmesinin uzatılması, nakit ödeme yapılması veya alternatif ürün teslim edilmesi haklarından yararlanamayacaktır. Satıcının ifa engeli nedeniyle sözleşmenin sona ermesi durumunda ise gaz alım sözleşmesinin süresinin uzatılması veya alternatif gaz teslim edilmesi uygun olmayacaktır¹⁸⁰.

B) Miktar Nakli

Al ya da öde ödemesinin olumsuzluklarını gideren sözleşme kayıtlarından ikincisi *miktar nakli*dir. Eksik çekiş telafisinde bir önceki yıl / dönem maruz kalınan al ya da öde ödemesi telafi edilmeye çalışılırken, miktar naklinde ise, bir sonraki yılın al ya da öde miktarı azaltılarak alıcının yükü hafifletilmektedir. Bir sözleşme yılında al ya da öde miktarından fazla miktarda gaz teslim alınması durumunda bu fazla miktar gaz, sonraki yıl(lar)ın al ya da öde miktarının düşürülmesi için kredi oluşturur¹⁸¹. Bu nedenle alıcı, imkânı bulunması halinde, daha fazla miktarda gaz alır ve sonraki yıllardaki al ya da öde miktarını düşürebilir¹⁸².

Miktar naklindeki anılan işleyiş şu şekilde gerçekleşmektedir: Bir sözleşme yılı içinde alıcının yıllık al ya da öde taahhüdünden daha fazla gaz teslim alması durumunda, *miktar nakli gazı* (*carry forward gas*) olarak adlandırılan fazlaya ilişkin bu gaz miktarı, bir sonraki sözleşme yıl(lar)ının al ya da öde miktarından düşülebilmektedir. Örneğin, yıllık sözleşme miktarının 100 birim, al ya da öde miktarının 80 birim (%80) ve ilk yıl için fiilen teslim

¹⁸⁰ Roberts, 14-004.

¹⁸¹ Roberts, 14-005; Trimble, Gas Sales, s. 169; Trimble, Introduction, s. 333.

¹⁸² Roberts, 14-008; O'Neill, s. 148.

alınan gazın 90 birim olduğu örnekte, al ya da öde taahhüdünden fazla alınan 10 birim gaz, bir sonraki yılın al ya da öde miktarının hesabında kullanılacaktır. Bir sonraki yılın hesabında bu 10 birim sözleşme miktarından düşülür ve al ya da öde miktarına esas olacak sözleşme miktarı 90 birim olur. Bu miktarın %80'i olan 72 birim ise yeni al ya da öde miktarı olarak gerçekleşir. Görüldüğü üzere, bir önceki yıl fazla alınan gaz miktarı, bir sonraki yılın al ya da öde miktarını, 80 birimden 72 birime indirmiştir.

Miktar nakli, alıcı için esnek gaz yönetiminde önemli bir araçtır ve alıcının yıllık al ya da öde miktarından daha fazla gaz alma isteği taşıdığını ortaya koymaktadır. Miktar naklini, bir sonraki yılın *yıllık al ya da öde miktarını* azaltıcı etkisi bulunması nedeniyle, gelir akışında düzensizlik yaratacak bir risk olarak değerlendiren satıcılar, miktar nakline hiç yer verilmemesini veya miktar naklinin sınırlandırılmasını istemektedir¹⁸³.

Gaz üretimi veya taşınmasından kaynaklanan engellerin görmezden gelinmesi durumunda, bir sözleşme yılında yıllık al ya da öde miktarının iki katının teslim alınması halinde bir sonraki yılın yıllık al ya da öde miktarı sıfır olacaktır. Bu durumda satıcının bir sonraki yıl geliri sıfırlanacaktır. Bu olumsuzluğun engellenmesi için bir sözleşme yılı içinde kullanılacak miktar nakli hakkı, yıllık sözleşme miktarının belli bir yüzdesi ile sınırlandırılmaktadır¹⁸⁴. Örneğin yıllık sözleşme miktarının yüzde beşinden fazlasının miktar nakline konu olamayacağı düzenlenebilir. Ayrıca bir diğer sınırlandırma da bu hakkın

¹⁸³ Roberts, 14-008.

¹⁸⁴ Roberts, 14-008.

kullanımının süreye tabi tutulmasıdır. Bu hakkın kullanımı, genellikle 2 – 5 yıl arasında bir süre ile sınırlandırılmaktadır¹⁸⁵.

C) Eksik Çekiş Telifisi ve Miktar Naklinin Birlikte Gerçekleştiği Durumda Al Ya da Öde Miktarının Hesaplanması

Eksik çekiş telifisi ve miktar naklinin her ikisine yer verilen doğal gaz alım sözleşmelerinde yıllık eksik çekişin yaşandığı yılı izleyen yılda yıllık al ya da öde miktarından daha fazla gaz alınması durumunda bu fazla gazın eksik çekiş telifisine mi yoksa miktar nakline mi konu olacağı sorunu ile karşılaşılacaktır. Gaz alım sözleşmelerinde bu sorunun çözümü için başvurulacak yol, genellikle eksik çekiş telifisine öncelik verilmesi olmaktadır.

Bu durumda eksik çekiş telifisi hesabındaki gazın tamamı teslim alınmadan miktar nakli mümkün olmamaktadır. Eksik çekiş telifisi hesabındaki gazın tamamı teslim alındığı andan itibaren teslim alınan gaz miktarı, miktar nakline konu olacaktır¹⁸⁶. Al ya da öde, eksik çekiş telifisi ve miktar naklinin bir arada kullanılmasına ilişkin kurgusal bir örneğe aşağıdaki tabloda yer verilmektedir¹⁸⁷.

¹⁸⁵ O'Neill, s. 149, dn. 24.

¹⁸⁶ Roberts, 14-009.

¹⁸⁷ Tablo için bkz. Roberts, 14-009. Benzer nitelikteki bir diğer kurgusal örnek için bkz. Trimble, Gas Sales, s. 169; Trimble, Introduction, s. 334.

YIL	YSM ¹⁸⁸	YAYÖM ¹⁸⁹	Fiili Teslim ¹⁹⁰	YEÇM ¹⁹¹	EÇTH ¹⁹²	EÇT ¹⁹³	TEÇM ¹⁹⁴	Biriken Miktar Nakli	Uygulanabilir Miktar Nakli
1	146	116,8 ¹⁹⁵	116,8	0	0	0	0	0	0
2	146	116,8	73	43,8	43,8	0	43,8	0	0
3	146	116,8	100	16,8	16,8	0	60,6	0	0
4	146	116,8	146	0	0	29,2 ¹⁹⁶	31,4	0	0
5	146	116,8	146	0	0	29,2	2,2	0	0
6	146	116,8	146	0	0	2,2	0	27	11,68 ¹⁹⁷
7	146	105,12	146	0	0	0	0	40,88	11,68
8	146	105,12	105,1	0	0	0	0	0	0
9	146	116,8	116,8	0	0	0	0	0	0

Bu örneğe göre gaz alım sözleşmesinin başlangıcındaki ilk üç yılda alıcının pazarının gelişmekte olması nedeniyle alıcı al ya da öde taahhütlerini yerine getirmekte zorlanmakta ve al ya da öde ödemesi gerçekleştirmektedir. Bu ödemelere konu miktarlar eksik çekiş hesabına aktarılmaktadır. Dördüncü yıldan itibaren dört yıl boyunca alıcının gaz ihtiyacı yıllık al ya da öde miktarının üstünde gerçekleşmiştir.

¹⁸⁸ Yıllık Sözleşme Miktarı

¹⁸⁹ Yıllık Al Ya da Öde Miktarı

¹⁹⁰ Yıl içinde alıcının teslim aldığı toplam gaz miktarı

¹⁹¹ Yıllık Eksik Çekiş Miktarı

¹⁹² Yıllık Eksik Çekiş Hesabına Aktarılan Gaz Miktarı

¹⁹³ Eksik Çekiş Telifisinde Kullanılan Gaz Miktarı

¹⁹⁴ Toplam Eksik Çekiş Miktarı

¹⁹⁵ Yıllık Al Ya da Öde Oranı %80'dir.

¹⁹⁶ Eksik çekiş telifisinin yıllık kullanımı Yıllık Sözleşme Miktarının %20'si ile sınırlanmıştır.

¹⁹⁷ Miktar nakli hakkının yıllık kullanımı Yıllık Al Ya da Öde Miktarının %10'u ile sınırlanmış ve izleyen yıl kullanılmayan miktar nakli hakkı kaybolmaktadır.

Gaz çekişindeki artış, dördüncü ve beşinci yıllarda alıcının eksik çekiş telafisi hesabından gaz almasını sağlamıştır. Altı yılda hem eksik çekiş telafisi hem miktar nakli birlikte uygulamaktadır. Öncelikle eksik çekiş telafisi hesabındaki 2.2 milyar m³ kullanılmış ve sonra miktar nakli gerçekleştirilmiştir. Miktar nakilleri sayesinde yedinci ve sekizinci yılların yıllık al ya da miktarı azalmıştır. Sekizinci yıldan sonra gaz çekışı yıllık al ya da öde miktarı seviyesine düşmüş ve eksik çekiş telafisi veya miktar nakli hakkı doğmamıştır.

§ 5. Al Ya da Öde Klozunun Benzer Kavramlardan Ayırdedilmesi ve Hukuki Niteliği

Al ya da öde klozunun hukuki niteliği hususunda doktrinde ve yargı kararlarında birbirinden farklı görüşler ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, al ya da öde klozunun hukuki niteliğini doğru bir şekilde tespit edebilmek amacıyla öncelikle benzer kavramlarla karşılaştırılmasına yer verilecek ve al ya da öde klozunun benzer hukuki kavramlar ile ortak yönleri ve ayrıştıkları hususlar ortaya konulacaktır. Bu çerçevede ilk olarak al ya da öde klozu ile oldukça benzerlik gösteren asgari alım taahhüdü (*al ve öde klozu*) ele alınacak ve bu taahhüt ile al ya da öde klozu arasındaki, teslim koşuluna bağımlı olup olmama yönündeki temel fark irdelenecektir. Al ya da öde klozunun, cezai şart veya götürü tazminat olarak nitelendirildiği yönünde görüşler bulunması nedeniyle bu iki kavram ayrıntısıyla izah edilecektir. Ayrıca *al ya da öde klozu* ifadesindeki “ya da” bağlacının yarattığı seçimlik borç çağrışımı nedeniyle, bu kavram yönünden de inceleme yapılacaktır. Al ya da öde klozunun benzer

hukuki kavramlardan ayırt edilmesinin ardından, hukuki niteliği hususunda doktrinde genel kabul gören görüş açıklanacaktır.

I. Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması

A) Asgari Alım Taahhüdü (Al ve Öde Klozu)

Asgari alım taahhüdü, alıcının, belli bir dönemde, sözleşmenin konusunu oluşturan mal veya hizmetten asgari bir miktarda satın almayı taahhüt etmesidir. Uygulamada bu yönde bir taahhüde genellikle tedarik sözleşmeleri ile acentelik ve tek satıcılık sözleşmelerinde yer verildiği görülmektedir¹⁹⁸. Bazı gaz piyasaları ile kısa ve orta süreli doğal gaz alım sözleşmelerinde de asgari alım taahhüdü şeklinde *al ve öde* (take and pay) kayıtlarına da yer verilmektedir¹⁹⁹.

Asgari alım taahhüdünün enerji tedarik sözleşmelerindeki uygulaması şu şekilde ortaya çıkmaktadır. “Basit” yani al ya da öde kaydı içermeyen enerji tedarik sözleşmelerinde temel olarak ödeme yükümlülüğü ya da ödeme miktarı ne kadar gaz teslim alındığına göre belirlenmektedir. Bu durum

¹⁹⁸ “Özel Müşteri Tüp Sözleşmeleri” için bkz. Yargıtay 19. HD. E. 2005/917, K. 2005/11353, T. 17.11.2005; hurda alım sözleşmesi için bkz. Yargıtay 19. HD. E. 2004/3286, K. 2004/12435, T. 13.12.2004; beyaz ürün tedariki için bkz. Yargıtay 19. HD. E. 2000/8268, K. 2001/1889, T. 19.03.2001; Tek Satıcı Sözleşmesi için bkz. Yargıtay 19. HD. E. 2003/201, K. 2003/9321, T. 06.10.2003; LPG Teslim Sözleşmesi için bkz. Yargıtay 19. HD. E. 2000/2396, K. 2001/6755, T. 23.10.2001; Benzin istasyonu için Petrol Temin Sözleşmesi için bkz. Yargıtay 19. HD. E. 2002/1972, K. 2002/4216, T. 03.06.2002

¹⁹⁹ Modern doğal gaz endüstrisinin kurulmaya başlandığı Birinci Dünya Savaşı’nın hemen sonrasında akdedilen sözleşme şartlarının, alıcının belli miktarda gazı satın almasını gerektirdiği görülmüştür. Alıcının teslim alma yükümlülüğünü ihlal ettiği durumda, gaz bir sonraki tarihte alınmak üzere satıcı rezervinde kalmakta ve üreticinin tazmin edilen zararları, sözleşmede belirtilen miktarın ileride alıcı tarafından teslim alınmasına bağlı olarak, paranın zaman içindeki değer kaybıyla sınırlı olabilmekteydi. Bu durumda alıcı, satıcı rezervini adeta kendi yer altı deposu olarak kullanabilmekte ve satıcı düzenli nakit akışı ve kredi ödemeleri için yeterli satış yapma güvencelerinden mahrum kalmakta idi. Bu koşullar altında satıcı, doğal gaz kuyuları araştırmak ve buralardan üretim yapabilmek için gerekli büyük miktardaki sermaye harcamalarına maruz kalmıştır. Al ya da öde klozu, bu işletmesel sorunları ticari olarak makul kabul edilebilecek şekilde çözme aracı olarak ortaya çıkmıştır. Bkz. **Strohl**, s. 11.

aslında gaz için toplu bir bedel belirlenmeyip birim başına (kwh) bir ücret kararlaştırılmasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle ödenecek miktar taşınan ve teslim alınan gaz miktarına sıkı sıkıya bağlıdır. Bu tür bir teslim ilişkisinin varlığı, alıcının akdi olarak teslim alma yükümlülüğü altında olduğu *belirli (asgari) bir miktar* gazın kararlaştırılmasına yol açmaktadır. Alıcının alım yükümlülüğünü yerine getirmemesi sözleşmenin ihlali anlamına gelmektedir ki bu durum, ancak teslim karşılığında talep edilebilecek olan asli nitelikteki ücret alacağının elde edilememesine sebep olmakta ve alıcıyı tazmin yükümlülüğü altına sokmaktadır²⁰⁰. Yani alıcı sözleşmeden doğan borcunu yerine getirmez ve kararlaştırılan enerji miktarını (tam olarak) teslim almazsa, temerrüt hükümlerine göre, zararın karşılanması, sözleşmeden dönme veya edimin yerine getirilmesi olarak devamını teslim alma olanakları gündeme gelecektir²⁰¹.

Dolayısıyla asgari alım yükümlülüğü öngören sözleşmelerde, alıcı sözleşme ile belirlenen miktarda gazı teslim alma yükümlülüğü altına girmektedir. Alıcının sözleşme ile üstelendiği asgari alım taahhüdünü yerine getirmemesi, yani sözleşmede belirlenen gaz çekişini gerçekleştirmemesi durumunda, satıcı alıcıdan tazminat isteme hakkını kazanacaktır. Ancak

²⁰⁰ **Schöler**, s. 11.

²⁰¹ **Thomale / Feurstein**, s. 812. Asgari alım taahhüdü (*al ve öde*) alıcıya, yapacağı gaz alımını ayarlamak konusunda çok az esneklik tanıdığı için alıcı bakımından “al ya da öde” klozuna oranla daha az çekicidir. Ancak “al ve öde” klozu yine de kimi gaz piyasaları ile kısa ve orta vadeli gaz alım sözleşmelerinde kullanılmaya oldukça uygundur (**Roberts**, 13-002).

bunun için satıcının bir zarara uğradığını ve bu zararın miktarını ispat etmesi gerekecektir²⁰².

Zararın kapsamı belirlenirken hareket noktası olarak teslim alınmayan miktarın sözleşme fiyatı ile çarpımı neticesinde ortaya çıkacak rakam esas alınabilir. Bu hesaplamada alıcı, satıcının mahsup edilmesi gereken avantajlar elde ettiğini veya satıcının zararın oluşmasında kendi kusurunun da bulunduğunu ileri sürebilecektir²⁰³.

Bunun yanında, eksik alınan mal miktarı ile taahhüt edilen miktar arasındaki fark için, satıcının zararını tazmin etmek üzere, belli miktar ödemenin kararlaştırdığı da görülmektedir. Bu ödeme, eksik alınan miktarın bedelinin veya eksik alınan miktar nedeniyle uğranılan kâr kaybının yahut belirlenen cezai şartın ödenmesi şeklinde olabilmektedir.

Hemen belirtelim ki, bir yandan alıcı tarafından taahhüde aykırı olarak çekilmeyen doğal gazın depolanabilir olması, öte yandan Dünya'daki doğal

²⁰²Yukarıda al ya da öde klozu örneği olarak yer verilen sözleşme kaydına dair, Ankara Asliye 9. Ticaret Mahkemesi'nin 2002/540 E. Sayılı dosyasında, açılan davada alıcı, yaşanan ekonomik krizin mücbir sebep oluşturması nedeniyle borcunun bulunmadığını ileri sürmüştür. Mahkeme, 2002/540 E., 2004/680 K. Sayılı ilamı ile fesihten önceki döneme ilişkin asgari alım taahhüdü miktarının ödenmesine hükmetmiştir. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 24.03.2006 T., 2005/6165 E., 2006/3015 K. Sayılı kararı ile asgari alım taahhüdüne ilişkin temyiz itirazlarını reddetmiş ve diğer noktadan bozmaya hükmetmiştir. Yerel mahkeme, bozma sonrası 2007/257 E. sayılı dosyada yürüttüğü yargılamada 23.10.2008 T., 2008/480 K. Sayılı kararı ile asgari alım taahhüdü miktarının ödenmesine tekrar karar vermiş ve bu karar Yargıtay 19. Hukuk Daire'sinin 28.05.2009 T., 2009/4129 E., 2009/5050 K. Sayılı kararı ile onanmıştır. Yargıtay, asgari alım taahhüdünü zarar koşuluna bağlamış ve bilirkişilere zarar hesabı yaptırılması gerektiğine hükmetmiştir. Bunun üzerine bilirkişi incelemesi ile hesaplanan zarara göre verilen karar onanmıştır. Tipik bir al ya da klozu olan sözleşme maddesinin asgari alım taahhüdü olarak adlandırılmış olması ve bu nitelikte olduğunun savunulmuş olmasının mahkeme kararında etkili olduğu düşünülebilir.

²⁰³ **Thomale / Feurstein**, s. 2 – 3. Ancak Anglo Sakson hukukuna tabi sözleşmelerde, genellikle, satıcının gaz teslim etmek için yapacağı ve zararın hafifletilmesi için satıcıdan beklenen makul çabanın (*reasonable endeavour*) yerine getirilmesi için sarf edilen masrafların tazminat miktarından düşülmemesini sağlayan düzenlemelere yer verilmektedir. Bkz. **Greenwald**, s. 2.

gaz rezervlerinin sınırlı olması ama doğal gaz talebinin sürekli artması nedeniyle doğal gaz fiyatlarının sürekli bir artış trendinde bulunması nedeniyle, satıcının talep edebileceği tazminat miktarı son derece düşük olacaktır²⁰⁴.

Bu şekildeki bir “al ve öde” taahhüdü çerçevesinde tedarik edilecek gaz miktarı, teslim alma ve ödeme hususları genellikle, günlük alım miktarına ilişkin olarak alıcı tarafından yapılacak bildirimle dayanmaktadır. Söz konusu alım miktarı asgari ve azami günlük sözleşme miktarı arasında gerçekleşmekte, alıcı herhangi bir teklif vermediği takdirdeyse genellikle asgari günlük sözleşme miktarı üzerinden belirlenmektedir²⁰⁵.

Al ya da öde sözleşmelerinde ise, al ya da öde miktarına konu alım yükümlülüğünün ihlali halinde, tali nitelikteki tazmin taleplerine başvurmak yerine, kararlaştırılan miktardaki gazın teslim alınması şartına bağlı olmayan bir koşulsuz ödeme talebinde bulunmaktadır. Al ya da öde kaydı, ifaya bağlı olmayan asli nitelikteki ödeme hakkı doğurmaktadır²⁰⁶. Bu bakımdan al ya da öde klozunun bir asgari alım taahhüdü olarak kabulü mümkün değildir.

B) Götürü Tazminat

Götürü tazminat kavramı, sözleşmeye aykırılık durumunda tazmin edilmesi gereken muhtemel zararın miktarının taraflarca önceden belirlenmesini ve bu şekilde somut zararın miktarı konusunda hukuki ilişkiye katılanlar arasında bu yönde oluşacak ihtilafın ortadan kaldırılmasını ifade

²⁰⁴ Schöler, s.16, dn. 63.

²⁰⁵ Roberts, 13-002

²⁰⁶ Schöler, s. 11.

eder²⁰⁷. Bu anlamda götürü tazminat, asıl yükümlülüğün ifasını teminat altına almaktan ziyade, tazminatın hesaplanmasında taraflara, özellikle alacaklıya kolaylık sağlamaya yöneliktir²⁰⁸.

Götürü tazminat, tazminatın götürü olarak belirlenmesi konusunda bir sözleşme kaydı veya ayrı bir sözleşme ile düzenlenebileceği gibi, Borçlar Kanunu m. 103/l'de öngörülmüş olan *temerrüt faizi* gibi kanundan da doğabilir²⁰⁹.

Alacaklı götürü tazminat sonucuna bağlanan borcun ihlali durumunda ancak kararlaştırılmış olan tazminatı talep edebilir. Bu nedenle götürü tazminat, sözleşmeye aykırılık geciktirici şartına bağlı bir borç doğurur²¹⁰. Ayrıca götürü tazminat, niteliği itibariyle bir cezai şart olmayıp, tazminat niteliğini taşımaktadır^{211,212}. Bu nedenle tazminata ilişkin hükümlere tabi

²⁰⁷ **Ozanoğlu**, H. S. : “İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları” GÜHF Dergisi, C. III, Sayı I-II (Haziran - Aralık 1999), http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/3_4.pdf, s. 28; **Tunçomağ**, K.: Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963, s. 23; **Ekinci**, H.: Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, Ankara 2004, s. 46.

²⁰⁸ **Ozanoğlu**, s. 28.

²⁰⁹ **Erdem**, M.: “Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28 - 29 Mayıs 2009), Ankara 2009, s. 98 – 99.

²¹⁰ **Erdem**, s. 101 – 102. Götürü tazminat sözleşmesi ile kararlaştırılmış olan borca aykırılık gerçekleştiği takdirde, bundan kaynaklanan tazminat borcu da bağımsız nitelik kazanır. Bu andan itibaren tazminat borcu için 10 yıllık bağımsız zamanaşımı işlemeye başlar. Oysa tazminat borcu muaccel olmadan önce, asıl borca bağımlı niteliği gereği (BK 131), asıl borcun zamanaşımına uğraması onun da talep edilmesine engel olur (**Erdem**, s. 101).

²¹¹ **Ozanoğlu**, s. 24; **Erdem**, s. 120 vd.

²¹² Cezai şartın aslında bir götürü tazminat olduğuna dair bkz. **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 29 vd. Bu görüşün Fransız hukukundaki tartışmaların etkisinde kalınarak oluşturulduğu yönündeki eleştiri için bkz. **Erdem**, s.120 vd.

olmalıdır. Bu husus götürü tazminat ileri sürülmesini zararın varlığı ön koşuluna bağlı kılmaktadır²¹³.

Götürü tazminatın konusu, kural olarak bir miktar *para*dır. Ancak bir miktar para dışında *başka bir şeyin* de tazminat olarak kararlaştırılması mümkündür²¹⁴.

Sözleşmeye aykırılık halinde tazminat talep edilebilmesi için kural olarak borçlunun kusuruyla sözleşmeye aykırı davranması gerekmektedir. Tazminat mahiyetinde olanı götürü tazminatın da talep edilebilmesi için sözleşmeye aykırılıkta borçlunun kusurlu bulunması zorunludur. Sözleşmeye aykırılıkta borçlunun kusurlu olduğu karine olarak kabul edildiğinden alacaklı borçlunun kusurunu ispat etmek zorunda olmayacak; ancak sözleşmeye aykırılıkta kusurlu olmadığını ispat eden borçlu götürü tazminat ödemeyecektir^{215,216}.

Götürü tazminatın öncelikli amacı, borca aykırılık halinde alacaklıyı zararın miktarını ispat yükümlülüğünden kurtarmaktır. Cezai şarttan farklı olarak borçlunun borcuna uygun davranmasını temin etmek veya borcuna

²¹³ **Ozanoğlu**, s. 24.

²¹⁴ **Erdem**, s. 105.

²¹⁵ **Erdem**, s. 106.

²¹⁶ Bununla birlikte kanun borçlunun sorumluluğuna gidilebilmesi için, onun sözleşmeye aykırılıkta kusurlu olması şartını aramıyorsa, götürü tazminatın talep edilebilmesi için de borçlunun kusurlu olması aranmayacaktır. Örneğin, borçlunun temerrüt faizi ödemesi için, para borcunun ödenmesinde temerrüde düşmede kusurlu olması aranmamaktadır (**Oğuzman**, M. K. / **Öz**, M. T.: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş 6. Bası, İstanbul 2009, s. 391).

uygun davranmasına yönelik baskı altına almak gibi bir amaca sahip değildir²¹⁷.

Sözleşmeye aykırılık durumunda tazminat talep edilebilmesi için kural olarak alacaklının zararın varlığının ispat etmesi gerekir²¹⁸. Bu kuralın istisnası mahiyetindeki götürü tazminatta ispat yükü tersine dönmüştür²¹⁹. Götürü tazminatta alacaklı, zararın oluşup oluşmadığını²²⁰, oluşmuşsa kapsamını ve zararın miktarını ispat yükünden kurtulur, zararın götürü olarak kararlaştırılan miktarda olmadığını ispat yükü borçluya düşer^{221,222}. Götürü tazminatın esas özelliği, gerçekten bir zararın meydana gelmesi halinde zararın kapsamını kanıtlama kolaylığı sağlamasıdır²²³.

Al ya da öde hükümlerinin, satıcının belirli masraflarını ve olası kazanç kaybını karşıladığı iddiasıyla, ekonomik olarak götürü tazminat mahiyetinde

²¹⁷ **Erdem**, s. 101. Borçlunun sözleşmeye aykırılık durumunda ödeyeceği miktarı önceden biliyor olması borçlu üzerinde baskı oluşturduğu anlamına gelmez. Tazminat mahiyetinde olması nedeniyle zarar bulunmadığını veya zararın götürü tazminattan daha az olduğunu ispatlayan borçlu tazminatın tamamından veya fazlaya ilişkin kısmından kurtulur. Doktrinde diğer bir görüş, maktu tazminat ile gerçek zararların yerine geçilse de bu tür bir tazminatın baskı aracı olarak da kullanıldığı yönündedir. Böylece bir sözleşme ihlalinin sonuçları somutlaştırılmakta, yani karşı taraf sözleşme ihlalinin sonuçları hakkında bilgilendirilmekte ve uyarılmaktadır. Bu nedenle maktu tazminat asli fonksiyonu olan ispat kolaylığı yanında borçlu üzerinde bir baskı unsuru taşımaktadır (**Schöler**, s.).

²¹⁸ **Oğuzman / Öz**, s. 345 ve 551; **Erdem**, s. 106.

²¹⁹ **Ozanoğlu**, s. 24; **Erdem**, s. 106.

²²⁰ Götürü tazminatın zararın miktarına ilişkin olduğu ve alacaklının zararın varlığını ispat emek zorunda olduğu yönündeki görüş için bkz. **Erdem**, s. 106 vd.

²²¹ **Ozanoğlu**, s. 24.

²²² Alacaklı, götürü tazminat sözleşmesi ile borca aykırılık halinde talep edebileceği tazminat alacağını baştan bilerek kendini hukuki güvenlik içinde hissedeceği gibi; zaman kaybı, yargılama masraflarının azalması gibi doğrudan ekonomik yararlar da elde eder (**Erdem**, s. 102). Götürü tazminatın borçlu bakımından da yararı mevcuttur. Zira, borçlu böylelikle daha başlangıçtan, edim ihlali durumunda kendisinin bundan nasıl etkileneceğini bilir. Bu itibarla, tazminat başlangıçtan götürü olarak kararlaştırılması, edim ihlallerinin gerçekçi bir tarzda denkleştirilmesi yanında her iki tarafın risklerinin tespitine de yardımcı olur ve bu suretle götürü tazminat cezai şartın aksine her iki tarafın menfaatlerine hizmet eder (**Ozanoğlu**, s. 25, dn. 47).

²²³ **Thomale / Feurstein**, s. 814.

olduğu da ileri sürülmüştür. Ancak, bu görüş, al ya da öde hükmünün amacı ve götürü tazminatın fonksiyonu arasında değerlendirme içermemektedir²²⁴.

Doğal gaz sektöründe al ya da öde klozu, satıcının, üretim ve iletim için gerçekleştirdiği alt yapı yatırımının garantisi olarak görülmektedir. Al ya da öde hükmü ile tarafların ulaşmak istedikleri hedef ilk aşamada üreticinin yatırım risklerini teminat altına almak, ikinci ve üçüncü aşamalarda ise teslim almama ya da az teslim alma risklerinin dağıtılmasını sağlamaktır²²⁵. Dolayısıyla al ya da öde kaydı ile ispat kolaylığı yaratmak düşünülmemekte ya da en azından ispat kolaylığı asli bir fonksiyon olarak ortaya çıkmamaktadır²²⁶. Zaten çoğu zaman al ya da öde klotunda yer alan koşulsuz ödeme taahhüdü neticesinde yapılacak olan ödeme tahmin edilen zararları aşmakta ve klotun götürü tazminat özelliği taşımadığına bir kanıt oluşturmaktadır²²⁷.

Ayrıca götürü tazminat tanımından da anlaşılacağı üzere zarara bağlı bir götürü hesaplamayı şart koşmaktadır. Yani götürü tazminat her zaman bir zararın ortaya çıkmasını gerektirmektedir. Ancak bu şart koşulsuz ödeme taahhüdü içeren al ya da öde klozu açısından gerçekleşmemekte, zarar oluşmasa da alıcının ödeme yükümlülüğu meydana gelmektedir²²⁸.

²²⁴ Thomale / Feurstein, s. 814.

²²⁵ Schöler, s. 20.

²²⁶ Schöler, s. 21.

²²⁷ Schöler, s. 21; Thomale / Feurstein, s. 814 – 815.

²²⁸ Schöler, s. 21; Sachenhauser, s. 99.

Nitekim al ya da öde kaydı uyarınca taahhüt edilen koşulsuz ödeme yükümlülüğü, çoğu zaman tahmini zararların üstündedir. Bu durum da, al ya da öde klotunun, bir götürü tazminat olmadığını ortaya koymaktadır²²⁹.

Al ya da öde taahhüdü kapsamında yapılan ödeme, al ya da öde miktarı ile o sözleşme dönemi içinde fiilen teslim alınan gaz miktarı arasındaki fark miktarın, gazın o sözleşme dönemindeki ortalama fiyatı ile çarpımından elde edilmektedir. Anılan iki miktar arasındaki eksik gaz alımının zarar olarak değerlendirilmesi durumunda, satıcının zararı satamadığı bu miktar gazın piyasa değeridir. Bu durumda eksik teslim alınma nedeniyle alıcının temerrütte olduğu ve satıcının zarar talep edeceği varsayıldığında, talep edilebilecek olan zarar eksik miktar gazın o tarihteki fiyat üzerinden toplam bedelidir. Bu durumda gaz fiyatına ilişkin riskin satıcı tarafından üstlenilmesi söz konusu olacaktır. Ayrıntısıyla açıklandığı üzere, doğal gaz üretiminden son tüketicisine ulaşmasına kadarki her safhada risk alıcı üzerindedir. Düzenli gelir akışının doğal gaz ticareti için olmazsa olmaz (sine qua non) özelliği nedeniyle fiyat riski alıcı üzerinde bırakılmaktadır. Çok yüksek miktarlardaki kredi geri ödemelerinin düzenli yapılabilmesi için satıcının gaz fiyatından doğan riskleri alıcı üzerinde bırakması zorunludur. Bu nedenle asgari miktarda gazın alınmasının değil bedelinin ödenmesinin taahhüt edilmesini istemektedir. Al ya da ödenin götürü tazminat olarak kabulü, fiyat riskinin satıcı üzerine çevrilecek olması ve bunun piyasa gerçekleri karşısında kabul edilemez olması nedeniyle dahi, mümkün değildir.

²²⁹ Schöler, s. 20; Thomale / Feurstein, s. 815.

C) Cezai Şart

1) Tanımı, Konusu ve Unsurları

Borçlar Kanunu'nun 96 ve devamı maddeleri uyarınca borcun ifa edilmemesi durumunda alacaklı, borçluyu temerrüde düşürecek ve zararının tazminini talep edebilecektir. Ancak alacaklının öncelikle zararın varlığını ve nihayet uğradığı zararın miktarını ispat etmesi gerekmektedir.

İspatla ilgili sorunlar ise taraflar arasında çekişmelere neden olmakta ve hatta sırf bu konuda karşılaşılan zorluklar nedeniyle alacaklı hakkını elde edememektedir. Böyle bir durumla karşılaşmak istemeyen alacaklılar, zararı ispat şartına bağlı olmayan bir müeyyideyi sözleşme ile borçluya kabul ettirerek alacaklarını teminat altına almak isterler²³⁰. Bu tür bir teminat aracı olan cezai şart, Borçlar Kanunu'nun 158 – 161 maddeleri arasında düzenlenmektedir.

Cezai şart, borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi ya da başka yerde yahut geç ifa etmesi durumunda, alacaklıya karşı önceden kararlaştırılmış ekonomik değer taşıyan bir edimi yerine getirmeyi taahhüt etmesidir^{231,232}.

²³⁰ **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 1; **Oğuzman / Öz**, s. 897; **Kılıçoğlu**, A. M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 12. Bası, Ankara 2009, s. 624; **Kocaağa**, K.: Türk Özel Hukukunda Cezai Şart (BK m. 158-161), Ankara 2003, s. 29,

²³¹ **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 6; **Ozanoğlu**, s. 77; **Uçar**, S.: Hukuta Cezai Şart ve Uygulaması, İstanbul 1993; s. 12; **Dirican**, Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Uygulaması, İstanbul 2007, s. 15 – 16.

²³² Ceza, borç ihlal edildiği zaman, alacaklıya ödenecek bir miktar para şeklinde kararlaştırılır. Ancak cezanın para şeklinde kararlaştırılması zorunlu değildir. Başka bir şey verme veya bir yapma edimi hatta ekonomik değer ifade etmek kaydıyla bir yapmama ediminin de ceza olarak tayinine engel yoktur. Ancak ceza olarak kararlaştırılan husus, kanuna, ahlaka veya kişilik haklarına aykırı nitelikteyse yahut imkânsızsa bu cezai şart hükümsüzdür. **Oğuzman / Öz**, s. 871.

Cezai şartın konusunu, mali bir değere sahip olmak şartıyla, herhangi bir şey veya belli bir fiil oluşturabilir. Bu şeyin mutlak surette para olması gerekmemektedir²³³.

Bu tanımdan cezai şartın unsurları kolayca anlaşılacaktır. Buna göre öncelikle, cezai şartın varlığı için geçerli ve mevcut bir asıl borcun varlığı zorunludur. Asıl borç yoksa cezai şarttan söz edilemez²³⁴.

Asıl borcun yanında asıl borca eklenmiş ya da asıl borcu çoğaltan ayrı ve bağımsız bir başka edimin cezai şart olarak kabul edilmiş olması gerekir²³⁵. Cezai şart olarak kabul edilen bu edim asıl borçtan ayrı ve asıl borcun içeriğinde bulunmayan bağımsız bir edim olmalıdır²³⁶. Bu ayrılık edimin niteliği yönünden olabileceği gibi miktarı yönünden de olabilir²³⁷. Asıl borca bağlı edim, mali değeri haiz olmalıdır²³⁸. Cezai şart olarak kararlaştırılan edimin müstakil bir mali değer taşımaması halinde kararlaştırılan edim cezai şart olarak kabul edilemez²³⁹.

Asıl borç ile cezai şart olarak kabul edilen bu ayrı edim arasında asıl borç – fer'i borç ilişkisi bulunması zorunludur²⁴⁰. Cezai şart asıl borcun ifasını

²³³ **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 65; **von Tuhr**, s. 763; **Oğuzman / Öz**, s. 901; **Gökçeoğlu**, s. 40 – 41; **Ekinci**, s. 35; **Günay**, C. İ. : Cezai Şart (BK m. 158 – 161), Ankara 2002, s.6

²³⁴ **von Tuhr**, s. 764; **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 7; **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, s. 342; **Kılıçoğlu**, s. 625; **Ozanoğlu**, s. 15; **Ekinci**, s. 27; **Uçar**, s. 14; **Günay**, s. 23; **Dirican**, s. 17. Asıl borcun konusu para ya da paradan başka bir şey olabileceği yönünde bkz. **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 8.

²³⁵ **von Tuhr**, s. 765; **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 12; **Ekinci**, s. 35; **Günay**, s. 8.

²³⁶ **Ekinci**, s. 36; **Günay**, s. 27.

²³⁷ **Kocağa**, s. 102; **Uçar**, s. 15; **Dirican**, s. 23.

²³⁸ **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 14; **Gökçeoğlu**, s. 40.

²³⁹ **Uçar**, s. 15; **Ekinci**, s. 36.

²⁴⁰ **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 15; **Gökçeoğlu**, s. 36; **Günay**, s. 28; **Dirican**, s. 24. Aksi halde söz konusu anlaşma bir cezai şart anlaşması değil seçimlik borç anlaşması olur **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 15; **von Tuhr**, s. 763; **Günay**, s. 28.

teminat altına almak amacıyla kararlaştırıldığından, cezai şartın varlığı ve hukuki kaderi, ifasını teminat altına aldığı asıl borcun kaderine bağlıdır. Bu bağlılık cezai şartın fer'i niteliğini ortaya koymaktadır²⁴¹. Cezai şart olarak kabul edilen asıl borçtan ayrı ve bağımsız edimin sağlıkta hüküm doğuran bir hukuki işlem ile tespit edilmiş olması gerekir²⁴².

Cezai şart sözleşmenin ihlali erteleyici şartına bağlı bir edim taahhüdüdür²⁴³. Buradaki erteleyici şart, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi ya da zamanında veya belirlenen yerde ifa edilmemesidir²⁴⁴. Cezai şart alacağının doğabilmesi için borca aykırılık yeterli olmayıp aykırılıkta borçlunun kusurlu olması gerekmektedir²⁴⁵. Borçlu borcuna aykırılıkta kusurlu olmadığını ispat edemediği takdirde cezai şart ödemek zorunda kalacaktır²⁴⁶. Cezai şartın miktarı, alacaklının uğradığı zarara göre değil, taraflar arasındaki sözleşmeye göre olur²⁴⁷.

²⁴¹ **Kocağa**, s. 134. Cezai şartın fer'i niteliğinin sonuçları için bkz. **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, s. 344 – 347; **Kılıçoğlu**, s. 625 – 627; **Dirican**, s. 24 - 25

²⁴² **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 16; **Günay**, s. 29.

²⁴³ **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 50; **Oğuzman / Öz**, s. 898; **Ozanoğlu**, s. 16; **Günay**, s. 75; **Ekinci**, s. 38; **Dirican**, s. 16. Cezai şart bir tür geciktirici şarta bağlı borç olmasına rağmen, Borçlar Kanunu'nun 158 – 161. maddelerinde özel olarak düzenlenmiş olduğundan, şarta bağlı Borçlar Kanunu m. 149 vd. hükümlerinden önce bu özel hükümlere tabidir. Borçlar Kanunu m. 158 – 161'de boşluk bulunması halinde ve niteliğine uyduğu ölçüde şarta bağlı borçlara ilişkin hükümlerin cezai şarta uygulanması mümkündür (**Oğuzman / Öz**, s. 899; **Dirican**, s. 24).

²⁴⁴ **Ozanoğlu**, s. 16.

²⁴⁵ **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 102; **Kılıçoğlu**, s. 634.

²⁴⁶ **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 102; **Tekinay**, s. 360; **Kılıçoğlu**, s. 635. Borçlar Kanunu m. 159/II ve 161/II hükümlerinde yer alan kusura ilişkin düzenlemelerin yorumlanması için bkz. **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 101-105; **Tekinay**, s. 359-360; **Kılıçoğlu**, s. 634-635.

²⁴⁷ **von Tuhr**, s. 769.

2) Türleri

Borçlar Kanunu'nun 158. maddesinde cezai şartın üç türü sayılmıştır. Bunlar, *seçimlik cezai şart*, *ifaya eklenen cezai şart* ve *dönme cezasıdır*. Cezai şarta ilişkin kanun hükümlerinin emredici nitelikte olmaması nedeniyle taraflarca bu türler dışında cezai şart kabul edilmesi mümkündür.

Borçlar Kanunu m. 158/I hükmüne göre, borçlunun borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi durumunda, alacaklıya borcun ifasını ya da cezai şartın ödenmesini seçme hakkı tanınabilir. Alacalıya seçim hakkı tanıyan bu tür cezai şarta *seçimlik cezai şart* adı verilmektedir²⁴⁸.

Borçlar Kanunu m. 158/II hükmüne göre, borçlunun borcunu, kararlaştırılan yer veya zamanda ifa etmemesi durumunda, alacaklı hem aynen ifayı hem de kararlaştırılan cezai şartın ödenmesini talep edebilecektir. Seçimlik cezai şarttan farklı olarak aynen ifa yanında cezai şartın ödenmesi talep edilebildiği için bu tür cezai şarta *ifaya eklenen cezai şart* adı verilmektedir²⁴⁹.

Borçlar Kanunu m. 158/III hükmü uyarınca; taraflar arasında dönme cezasının (*ifa yerine cezai şart*) kabul edilmiş olması durumunda, borçlunun, borca aykırı davranması koşulu aranmaksızın, cezai şartı ödeyerek sözleşmeden dönebilme hakkı bulunmaktadır. Seçimlik cezadan farklı olarak

²⁴⁸ Alacaklının seçiminin bir seçimlik hak olması nedeniyle yenilik doğuran hak olarak kabulü gerekir. Buna bağlı olarak yenilik doğuran haklara ilişkin kurallar geçerli olacaktır. Bkz. **Kılıçoğlu**, s. 628.

²⁴⁹ Borçlar Kanunu m. 158/II hükmünde ifaya eklenen cezai şart, borca aykırılığın iki türü ile sınırlı tutulmuştur. Bunlar borcun zamanında veya yerinde ifa edilmemiş olmasıdır. Cezai şarta ilişkin düzenlemelerin emredici nitelikte olmamaları nedeniyle borca aykırılığa ilişkin sınırlandırmaya rağmen taraflar diğer borca aykırılık halleri için de ifaya eklenen cezai şart kabul edebilir. Bkz. **Kılıçoğlu**, s. 630.

asıl edimi ifa etme ile dönme cezasını ödeyerek sözleşmeden dönme arasındaki seçimi yapma hakkı borçluya tanınmıştır.

3) Amaç ve İşlevleri

Cezai şartın teminat, tazminat ve ceza olmak üzere üç temel işlevi bulunmaktadır²⁵⁰.

Borca aykırılığın cezai şartta bağlandığı durumlarda borçlu, zarardan bağımsız olarak, cezai şartta konu edimi yerine getirmek zorunda kalacaktır²⁵¹. Cezai şart kabul edilmediği durumlarda ise borca aykırılık durumunda ise borçlu tazminat ödeme yükümlüsü olacaktır. Taraflarca belirlenen cezai şartta konu edim, genellikle mahkemelerce tayin edilecek tazminattan daha fazla olmakta ve bu suretle borçlunun durumunu ağırlaştırıcı etkiye sahip olmaktadır. Bu ağırlaştırıcı etkiye maruz kalmak istemeyen borçlu, borcunu yerine getirmek ve cezai şart edimi yükümlüsü olmamak yönünde kendini daha dikkatli ve özenli davranmak zorunda hissetmektedir²⁵². Borçlu üzerinde oluşan bu baskı cezai şartın zorlama ve asıl borcu teminat altına alma fonksiyonunu oluşturur²⁵³.

Cezai şartın ikinci işlevini *tazminat fonksiyonu* oluşturmaktadır. Cezai şartta taraflar belli miktarın tazminat olarak kabulü hususunda önceden

²⁵⁰ İfayı engelleyen cezai şartta borçlunun cezai şartı ödemek suretiyle sözleşmeden kolayca dönmesini sağlama işlevi olduğundan söz edilmektedir. Bkz. **Kocaağa**, s. 40.

²⁵¹ BK m. 159/I uyarınca, durumda alacaklının herhangi bir zararı oluşmasa dahi cezai şart ödenmesini talep edebilir. Bu nedenle cezai şartın kabulü, tazminat hukuku bakımından istisnai bir durum meydana getirmekte ve borcun ihlalinden zarar görmeyen alacaklıya cezai şart talep etme hakkı verilmektedir. Oysa tazminat hukukunun genel ilkesi uyarınca, tazminat talep edilebilmesi için zararın ispatı zorunludur (**Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, s. 358).

²⁵² **Oğuzman/Öz**, s. 868; **von Tuhr**, s. 763; **Günay**, s. 74.

²⁵³ **Ozanoğlu**, s. 16; **Kocaağa**, s. 42; **Günay**, s. 74 – 75; **Dirican**, s. 27.

anlaşmış olduklarından ve alacaklının cezai şartta ulaşması için zarara uğradığını ispat etmesi gerekmeyeceğinden; alacaklı, öngörülen cezai şart oranında kendisine yüklenen ispat yükünden kurtulmuş olur²⁵⁴. Borçlar Kanunu m. 96 ve devamında yer alan hükümlerle karşılaştırıldığında, alacaklı, borçlunun cezai şart ediminden doğan alacağını daha kolay talep edebilmektedir²⁵⁵.

Cezai şartın son işlevi, teminat işlevi ile irtibatlı olan ceza işlevidir. Zira cezai şart, asıl borcun kapsamını genişletmek veya asıl borca eklenmek suretiyle özel bir ceza niteliği taşımaktadır²⁵⁶. Cezai şartın bu işlevi özellikle asıl sözleşmenin ihlali halinde, tazmin yükümlülüğünün kapsamı aşıldığında kendisini göstermektedir²⁵⁷. Yani götürü şekilde kararlaştırılan tazminat, gerçekten oluşan zarardan fazla olsa hatta zarar oluşmasa dahi cezai şart talep edilebiliyor olması cezai şartın ceza işlevini ortaya koymaktadır.

4) Al ya da Öde Klozu ile Karşılaştırılması

Teslim alınmasa dahi belli miktar gazın bedelinin ödenecek olması son derece ağır bir yükümlülüktür ve alıcıyı gazı teslim almak konusunda gerekli tüm çabayı göstermeye zorlamakta ve bir baskı unsuru yaratmaktadır. Bu yönden cezai şartın zorlama ve asıl borcu teminat altına alma fonksiyonu ile benzerlik taşımaktadır. Bunun yanında her ikisi de zarardan bağımsız olup, zararın varlığını ispat zorunluluğunun bulunmamaktadır. Bu benzerlikler

²⁵⁴ **von Tuhr**, s. 763; **Ozanoğlu**, s. 78; **Kocaağa**, s. 46; **Günay** s. 75.

²⁵⁵ **Ozanoğlu**, s. 16; **Kocaağa**, s. 46; **Günay** s. 75.

²⁵⁶ Bu özellikten hareketle cezai şartın, hukuka aykırı bir fiilin cezalandırılması amacıyla konulmuş gerçek bir ceza niteliğine sahip olduğu görüşü de ileri sürülmüştür. Bkz. **Kocaağa**, s. 43, dn. 61.

²⁵⁷ **Ozanoğlu**, s. 78.

nedeniyle al ya da öde taahhüdünün cezai şart olarak değerlendirildiği görülmektedir²⁵⁸.

Al ya da öde hükmü, aynen cezai şartta olduğu gibi, sözleşmede kararlaştırılan enerji miktarının alınması için ilk bakışta baskı aracı olmaktadır. Ancak dikkat edilmesi gereken husus, gaz ihtiyacının devamlı ve çoğu zaman öngörülemez şekilde değişkenlik göstermesidir. Alıcılar, özellikle depolama imkânları da bulunmadığında, sıcaklık, üretimdeki değişiklik, konjktürel çevre şartları gibi nedenlerle, al ya da öde taahhüdüne konu miktarda gazı isteseler dahi teslim alamayabilmektedir. Bu nedenle al ya da öde taahhüdünün, taahhüde konu miktar gazın fiilen alınması için alıcılar üzerinde gerçek bir baskı unsuru olamaz. Ancak sözleşmenin kurulma aşamasında olası gaz ihtiyacının mümkün olduğu kadar doğru tahmin edilmesi ve buna göre sözleşme miktarları kabul edilmesi yönünde bir baskı unsuru taşıdığı söylenebilir²⁵⁹.

Cezai şart, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi ya da zamanında veya belirlenen yerde ifa edilmemesi erteleyici şartına bağlıdır.

²⁵⁸ **Thomale / Feurstein**, s.815. Ankara Asliye 7. Ticaret Mahkemesi'nin 2004/302 E. Sayılı dosyasında gerçekleştirilen yargılamada satıcı BOTAŞ satım sözleşmesinde yer alan asgari alım taahhüdüne (al ya da öde klozu) rağmen davalı Akayteks'in sözleşmede belirtilen asgari miktarı teslim almadığını ve fakat almasa da bu bedeli ödemesi gerektiğini ileri sürmüştür. Davalı savunmasında, ülkede yaşanan ekonomik krizin mücbir sebep oluşturması nedeniyle borcunun bulunmadığını ileri sürmüştür. Mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişilerin raporunda, alıcının asgari miktardaki gazı almakla yükümlü olduğu ve bu yükümlülüğe aykırı davranıldığı durumda cezai şart olan al ya da ödenin devreye gireceği ileri sürülmüştür. Mahkeme, 15.10.2009T., 2004/302 E., 2009/553 K. Sayılı ilamında "... tarafların serbest iradeleriyle imzaladıkları sözleşmedeki asgari alım taahhüdünü yerin getirmeyen davalının sözleşmede belirlenen bedeli ödemesi gerektiği kanaatine varılmıştır" gerekçesiyle asgari alım taahhüdünün ödenmesine karar vermiştir. Mahkemenin zararın varlığı yada ispatı hususlarını inceleme dışı bırakmış olması karşısında cezai şart esasına dayalı olarak karar verdiğini kabul etmek mümkündür.

²⁵⁹ **Sachenhauser**, s.97.

Buna karşın al ya da öde yükümlülüğünde yer verilen ödeme taahhüdü koşulsuzdur. Yani diğer bir akdi yükümlülüğün -mesela sipariş edilen gazın alınması- ihlal edilip edilmemesine bağlı değildir. Al ya da öde klozu sözleşme ihlali ile arasında bir bağlantı olmaması dolayısıyla cezai şart karakteri taşımamaktadır²⁶⁰. Öte yandan cezai şart asıl borca bağlı fer'i nitelikte bir borç doğururken al ya da öde kaydından doğan borç ise alıcının asli borcudur. Asli borcun yerine getirilmemesi onu fer'i borç haline getiremez. Dolayısıyla al veya öde kaydı bir cezai şart borcu olarak nitelendirilemez²⁶¹.

Alıcının, sözleşmeye göre teslim aldığı yıllık al ya da öde miktarı ile eksik teslim aldığı durum karşılaştırıldığında, her iki durumda da borçlunun ifa edeceği edimin aynı niteliktedir. Al ya da öde taahhüdüne konu miktarın 100 birim olduğu örnek üzerinden bu hususun açıklanması yararlı olacaktır.

Alıcının sözleşme dönemi içinde al ya da öde taahhüdü uyarınca fiilen teslim alsa da almasa da bedelini ödeyeceği gaz miktarı 100 birimdir. Sözleşme dönemi boyunca fiilen teslim aldığı gazın 100 birim ve üstünde olması durumunda 100 birim gazın bedeli satıcıya ödenmiş olacaktır. Sözleşme döneminin sonuna gelindiğinde alıcının sözleşme dönemi içinde örneğin, 90 birim gaz almış olması durumunda taahhüde konu 10 birim gazın bedeli ödenmemiş olduğundan alıcı bu 10 birim gazın bedelini satıcıya ödeyecektir. Bu şekilde toplamda 100 birim gaz bedeli satıcıya ödenmiş olacaktır.

²⁶⁰ **Schöler**, s. 22; **Thomale / Feurstein**, s.817 .

²⁶¹ Alıcının alma yükümlülüğü olmadığı için al ya da öde ödemesi, edimi ihlalinin sonucu değildir. Bu nedenle de, ceza niteliğinde değildir ve cezai şarta ilişkin hükümler tatbik edilemez (**Beggs/Sapte**, 7.1-11).

Örnekte görüldüğü üzere, alıcı fiilen al ya da öde miktarında gazı teslim alsa da almasa da ödediği bedel hep 100 birim gazın bedeli olmaktadır. Diğer bir ifadeyle gaz teslim alınması ile alınmaması durumlarında borçlunun ifa ettiği edim hep aynı olmaktadır: Al ya da öde taahhüdüne konu miktarda (100 birim) gazın bedelinin ödenmesi

Cezai şart olarak kararlaştırılan edim, asıl borçtan ayrı bir edim olmalıdır. Asli edim ile cezai şart olarak kararlaştırılan edimin niteliği ve/veya miktarı aynı ise cezai şarttan söz etmek mümkün değildir.

Al ya da öde taahhüdünde, taahhüde konu miktar gazın teslim alınması veya alınmaması hallerinde borçlunun ifa ettiği edim aynı olduğundan al ya da öde taahhüdünün cezai şart olarak kabulü mümkün değildir.

Ayrıca cezai şarttan farklı olarak al ya da öde ödemesini telafi imkanı bulunmaktadır. Eksik çekiş telafisi hakkı (*Make up right*) uyarınca belli bir sözleşme döneminde al ya da öde taahhüdüne konu miktarda gazı teslim alamayan ve fakat bedelini ödeyen alıcı, sonraki sözleşme dönemlerinde, o dönemlerin al ya da öde taahhüdünü oluşturan miktarda gazı teslim aldıktan sonra, bedel ödemeksizin gaz teslim alabilmektedir. Bu şekilde bedeli ödenmesine rağmen teslim alınamayan gazın alıcıya teslimi imkânı tanınmaktadır. Al ya da öde taahhüdünde böyle bir telafi imkanı mevcutken cezai şartta ise cezai şart ödemesi yapıldıktan sonra bu ödemenin telafisi imkanı bulunmamaktadır.

Bu haklar, teslim alın(a)mayan gazın bedelinin ödenmesini telafi edici etki doğurmaktadır. Telafi edici bu etki, teslim alınmayan gaz için yapılan

ödemelerin, asgari miktar gazın teslim alınması borcuna aykırılıktan doğan zararların tazmini amacına hizmet etmediğini kanıtlamaktadır²⁶².

5) Anglo Sakson Hukukunda Al ya da Öde Klozunun Cezai Şart ile Karşılaştırılması

Al ya da öde kaydının cezai şart olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği yönündeki tartışmalar Anglo Sakson hukukunda da ele alınmıştır. İngiliz ya da Amerikan hukuku, uluslar arası doğal gaz alım sözleşmelerinde yaygın bir şekilde, geçerli hukuk olarak kabul edilmektedir. Anglo Sakson hukukuna cezai şarta ilişkin kayıtların geçersiz sayılması nedeniyle, bu hukukun geçerli olduğu sözleşmelerde al ya da öde klozunun cezai şart olduğunu ileri süren alıcılar yükümlülüklerinden kurtulmak istemiştir. Bu savunmaların yapıldığı davalarda alınan kararların al ya da klozunun mahiyetinin açıklanmasına yardımcı olacağı düşünüldüğünden, bu davalar ve kararlar hakkında kısaca bilgiler verilecektir.

İngiliz hukukunda bir tarafın sözleşmede öngörülen edimini tam olarak yerine getirmesini güvence altına almak için sözleşmede yer verilen cezai şart, ceza (penalty) amacı veya etkisine sahip ise, uygulanamaz kabul edilmektedir²⁶³. Özellikle, sözleşmenin ihlali halinde korkutucu etki doğuran

²⁶² **Brothwood**, M. / **Sapte**, D. W.: "Take-or-pay contracts", Gas Trading Manual, Edited by David Long and Gay Wenban –Smith, Second Edition, Cambridge 2003, 11.4/ s. 2.

²⁶³ **Rebophone Facilities Ltd v. Blank** [1966] 3 All E. R. 128. Ayrıca, İngiliz mahkemeleri cezai şarta ilişkin bu yasağın, ivazlı sözleşmelerden kolayca kurtulmanın bir aracı olarak kullanılmasına izin vermemektedir (**Export Credits Guarantee Department v. Universal Oil Products Co** [1983] 2 All E. R. 205). Cezai şartın uygulanabilmesi için olumlu ve olumsuz iki koşulu vardır. Olumlu koşul, sözleşmenin ihlali halinde doğabilecek zararın tahmini olarak makul bir oran sabitlenmeli, olumsuz koşul ise sözleşmenin ihlalden doğacak zararın tam olarak hesaplanması mümkün olmamalıdır. Bu koşullar gerçekleşmiş ise somut olayda gerçekten zarar oluşup oluşmaması cezai şartın uygulanması açısından önem taşımamaktadır. **Wickwire** J. M. / **Driscoll** T. J. / **Hurlbut**, S. B. / **Hillman**, S. B.:

bir miktarın (in terrorem) ödenmesini öngören ve tarafları sözleşme ile bağlı kalmaya zorlayan bir kayıtlar haksız görülmekte ve mahkemelerce çoğu zaman geçersiz kabul edilmektedir.

Ancak tarafların sözleşme özgürlüğüne müdahale gibi gözükten hallerde mahkemeler bu kuralı uygulamak istememektedir. Yani bu kural sadece aşırı bir baskının olduğu, müzakere gücünün eşit olmadığı, hükmün ticari açıdan adil olmadığı hallerde uygulama bulmaktadır. *Dunlop Pneumatic*²⁶⁴ davasında Lordlar Kamarası, ödenmesi şart koşulan miktarın, sözleşmenin ihlali sonucunda ortaya çıkması muhtemel olan en yüksek zarara oranla fahiş olmaması ve adil olması halinde cezai şartın kabulü gerektiğini belirtmiştir.

M & J Polymers Ltd v Imerys Minerals Ltd. davası, al ya da öde klotunun sektörel ve ticari gerekliliğini ortaya koymak açısından önem arz etmektedir. Conoco Ltd. v Foxboro Great Britain Ltd. davasında verilen karar ise, al ya da öde taahhüdünün, belli miktar gazın satın alınması borcuna aykırılığa bağlı bulunmayan, koşulsuz bir ödeme taahhüdü niteliğinde olduğunu ortaya koyması bakımından büyük önem arz etmektedir.

a) M & J Polymers Ltd v Imerys Minerals Ltd. Davası

M & J Polymers Ltd v Imerys Minerals Ltd davasında, al ya da öde kaydının cezai nitelik taşıyıp taşımadığı, bu nedenle geçersiz sayılıp sayılamayacağı ve cezai şarta yönelik düzenlemelerini ihlal edip etmediği

Construction Scheduling: Preparation, Liability, And Claims, 2nd Edition, New York 2003 s. 562.

²⁶⁴ Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v. New Garage and Motor Co Ltd. [1915] A.C. 79.

değerlendirmiştir²⁶⁵. Mahkeme, al ya da öde kaydının bazı koşulların varlığı halinde cezai şart niteliği taşıyabileceğini göz önünde bulundurmuş ve somut olaydaki al ya da öde kaydına, cezai şarta ilişkin hâkim kuralların uygulanmasının mümkün olmadığını kabul etmiştir. Mahkemeye göre davaya konu al ya da öde kaydı, yerine getirilmediği takdirde bir miktar paranın muaccel hale geldiği, alıcının asgari miktardaki ürünü sipariş etme yükümlülüğüne bağlı olan ve bu haliyle *prima facie* cezai şart niteliği taşıyan bir kayıttır.. Ancak mahkeme satım sözleşmesini müzakere eden tarafların pazarlık gücündeki eşitliği özellikle de bu tür sözleşmelerde al ya da öde kayıtlarına yer verilmesinin ticari gerekçelerini göz önünde bulundurmuş ve bu kayıtların cezai şarta karşı olan kuralın uygulanması için önemli bir koşul olan *in terrorem* olarak kabulünün pek mümkün olmadığını, al ya da öde kayıtlarının çok istisnai durumlarda cezai şart olarak kabul edilmesi gerektiğini söylemiştir.

Her ne kadar somut olayda al ya da öde kaydının cezai şart niteliği taşımadığı kabul edilmiş ise de al ya da öde kayıtlarının prensip olarak bir

²⁶⁵ M & J Polymers Ltd v Imerys Minerals Ltd 1 2008 EWHC 344 (Cmm) Burton J için bkz. <http://www.lawcareers.net/Information/BurningQuestion/Detail.aspx?r=115> İngiliz Yüksek Mahkemesi kararına konu olan uyuşmazlıkta M & Polymers, Imerys Minerals'e kimyasal satmaktadır. Taraflar arasında akdedilen Sözleşmede Imerys'in asgari alım yapmasını öngören bir al ya da öde kaydına yer verilmektedir. Asgari miktarın sipariş edilmemesi halinde teslim alınmayan miktarın ödenmesi gerekmektedir. Satım sözleşmesinde al ya da öde klozu niteliğine aşağıdaki gibi bir düzenleme bulunmaktadır:

“...aylık süre içerisinde belirtilen miktarı sipariş etmese de ... işbu maddede belirtilen asgari miktarda ürün için ödeme yapacaktır...”

Satımı gerçekleştirilen ürünlerin kalitesine (ayıplı ifa edildiğine) dair bir uyuşmazlık ortaya çıkmış ve Imerys asgari miktarı teslim almamış ve ödeme yapmamıştır. Imerys ürünlerin ayıplı ifa edildiğini iddia ederek sözleşmeyi feshetmiştir (Mahkeme feshin haksız olduğuna karar vermiştir). Feshe kadar olan süre içerisinde Imerys asgari alım miktarından daha az bir miktarda alım gerçekleştirmiş ve bu farkın bedelini ödememiştir. M&J Polimers, bu bedelin ödetilmesini dava etmiştir. M&J Polimers'in iddiasına karşılık Imerys al ya da öde kaydının cezai bir hüküm olması nedeniyle uygulanamayacağını ve İngiliz hukukunda cezai şarta yönelik hâkim olan kurallara göre geçersiz olduğunu iddia etmiştir.

cezai şart olabileceğinin tespitinin enerji, kaynak ve altyapı sektörlerinde önemli bazı etkileri olacağı belirtilmiştir. Zira bu tespit, alıcılara bu kayıttan kaynaklanan sorumluluktan kurtulmak için inandırıcı, akla yatkın bir kanıt vermektedir. Bu tür bir netice ile karşılaşmak istemeyen satıcıların sözleşme müzakereleri sırasında ayrıca bir özen göstererek *in terrorem* kuralını ihlal etmeyecek şekilde ve tarafların pazarlık gücünün eşit olmasını sağlayacak şekilde davranmaları gerekmektedir.

b) Conoco Ltd. v Foxboro Great Britain Ltd. Davası

Conoco Ltd. v Foxboro Great Britain Ltd davasında İngiliz Temyiz Mahkemesi mühendislik hizmetleri sağlayıcına karşı borçlanılan al ya da öde taahhüdüne ilişkin bir karar vermiştir. Davaya konu olan olayda al ya da öde taahhüdüne ilişkin benimsenen prensipler, doğal gaz sözleşmelerindeki al ya da öde taahhüdüne tatbik edilebileceğinden önem taşımaktadır²⁶⁶.

Temyiz mahkemesinde davaya bakan üç yargıç da aynı sonuca ulaşmıştır: Davaya konu sözleşmedeki al ya da öde taahhüdü uyarınca yapılacak ödemenin, belli asgari miktar hizmet alma borcuna aykırılıktan doğmadığı ifade edilmektedir. Al ya da öde taahhüdü uyarınca yapılacak ödemenin dayanağı, belli bir asgari miktar hizmet bedelinin ödenmesidir. Buradaki borç, belli bir asgari miktar hizmet bedeli ile fiilen gerçekleşen ödeme arasındaki farkın ödenmesine ilişkin müstakil bir yükümlülüktür.

²⁶⁶ Brothwood / Sapte, 11.4 / s. 1.

Sonuç olarak bu ödeme yükümlülüğü, İngiliz hukuku bakımından cezai şart niteliğinde kabul edilemez ve geçerlidir²⁶⁷.

D) Seçimlik Borç

Al ya da öde klozunun adında yer alan “ya da” bağlacı, klozun birden fazla edimi içerdiği çağrışımı yaratmaktadır. Anılan çağrışım, al ya da öde klozunun “seçimlik borç” kavramı ile karşılaştırılması zarureti doğurmaktadır. Öncelikle seçimlik borca ilişkin düzenleme ve doktrin görüşlerine yer verilerek iki kavram arasındaki farklar ortaya konulacaktır.

Seçimlik borçlara ilişkin Borçlar Kanunu’nun 71. maddesinde yer alan düzenleme uyarınca, borç birden ziyade şeylerin yapılmasını veya verilmesini şamil olupta borçlu bunlardan yalnız biriyle mükellef tutulabilirse işin mahiyetinden hilafı anlaşılımadıkça intihap, borçluya aittir.

Seçimlik borçlarda borcun konusu birden fazla edimdir, fakat ifanın konusu bunlardan yalnızca biri olacaktır. İfanın konusunu oluşturacak edim, seçim hakkının kullanılmasıyla tayin edilir²⁶⁸.

Seçimlik borçlar, sözleşme yapılırken edimin kesin bir şekilde belirlenmesindeki güçlük veya kararsızlık hallerinde pratik önem kazanır²⁶⁹.

²⁶⁷ Brothwood / Sapte, 11.4/ s. 2.

²⁶⁸ Kocayusufpaşaoğlu, N.: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 1, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Bası, İstanbul 2008, s. 64; Tekinay, S. S. / Akman, S. / Burcuoğlu, H. / Altop, A.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 811; Eren, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 10, Ankara 2009, s. 923; Tunçomağ, K.: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, B. 6, İstanbul 1976, s. 74; Oğuzman / Öz, s. 225. Seçimlik borcun varlığı, seçim hakkının çeşitli edimlere ilişkin olması şartına bağlıdır. İfanın ne şekilde gerçekleşeceği konusunda tanınan imkânlar bir seçimlik borca vücut vermez (Kocayusufpaşaoğlu, s. 64).

²⁶⁹ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 812.

Seçim hakkı borçluya, alacaklıya veya üçüncü bir kişiye ait olabilir²⁷⁰. Borçlar Kanunu m. 71 uyarınca, taraflar aksini kararlaştırmadıkça seçim hakkı borçluya aittir.

Seçim hakkı, bu hakka sahip olan tarafından muhatabına ulaştırılması gerekli tek taraflı irade beyanı ile kullanılır²⁷¹. Seçim hakkı, bir değiştirici yenilik doğuran hak olup seçim beyanı ise yenilik doğuran bir beyandır²⁷².

Seçim hakkının kullanılması, seçim hakkının borçluda olduğu durumda borçlunun edimlerden birini yerine getirmesi örneğinde olduğu gibi, zımni dahi olabilir²⁷³. Seçim hakkının kullanılması, ispat bakımından HUMK hükümleri saklı kalmak üzere, bir şekle tabi değildir²⁷⁴.

Seçim hakkının kullanılmasından sonra seçilen edim borcun konusunu oluşturur. Seçilmeyen diğer edim ise borcun konusu olmaktan çıkar. Seçilen edimin ifa edilmesiyle borç sona erer²⁷⁵.

Borçlar Kanunu m. 71'de düzenlenen seçimlik borçtan söz edilmesi için birden fazla edimin varlığı olmazsa olmaz koşul olarak karşımıza çıkmaktadır. "Al ya da öde" klozunda yer alan "ya da" ifadesi, bu kloz

²⁷⁰ von Tuhr, A. (Çev. Edege, C.): Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. 1 – 2, B. 2, Ankara 1983, s. 72; Kocayusufpaşaoğlu, s. 64; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 813; Eren, s. 925; uygulamada bu hakkın genellikle alıcıya verildiğine dair bkz. Serozan, R.: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 3, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, B. 3, İstanbul 2002, s. 55.

²⁷¹ von Tuhr, s. 72; Kocayusufpaşaoğlu, s. 64; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 814; Tunçomağ, C. I, s. 78; Serozan, C. 3, s. 55; Oğuzman / Öz, s. 227; Eren, s. 925; Uygur, T.: Açıklamalı – İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C. 3, Ankara 2003, s. 2954.

²⁷² von Tuhr, s. 72; Kocayusufpaşaoğlu, s. 64; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 814; Tunçomağ, C. I, s. 78; Oğuzman / Öz, s. 227; Eren, s. 925.

²⁷³ Kocayusufpaşaoğlu, s. 64; Eren, s. 923.

²⁷⁴ Tunçomağ, C. I, s. 78; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 814; Uygur, s. 2954.

²⁷⁵ von Tuhr, s. 72; Kocayusufpaşaoğlu, s. 64; Oğuzman / Öz, s. 227; Eren, s. 923.

uyarınca birden fazla borç doğduğunu çağrıştırmasına rağmen, borç tektir. Al ya da öde klozu ile borçlu asgari miktarda gazı almayı değil her durumda bu miktar gazın bedelini ödemeyi taahhüt etmektedir. Asgari miktar gazın bedeli ya fiilen teslim alınarak yahut al ya da öde taahhüdünün gereği olarak alıcı tarafından satıcıya ödenmektedir. İster gaz teslim alınmış olsun isterse alınmamış olsun her durumda borcun konusunu, al ya da öde klozu ile taahhüt edilen miktarda gazın bedeli olacaktır²⁷⁶. Bu nedenle doktrinde “al veya öde”(take or pay) ifadesinin bu kaydın mahiyetini tam olarak ifade etmekte yetersiz kaldığı, bunun yerine “al veya almasan da öde”(*take or take not but pay*) teriminin kullanılması önerilmektedir²⁷⁷.

Al ya da öde kloxuna konu borcun tek olması nedeniyle, bu kloxun seçimlik hak olarak kabulü mümkün değildir. Bu noktada borcun tek olduğu seçimlik yetkiden söz etmek gerekir. Seçimlik yetkide, sözleşmenin kurulduğu anda borcun konusu belirlenmiş olan tek bir edimdir; ancak borçlu asıl edim yerine başka bir edimi ifa ederek borçtan kurtulma hakkına sahiptir²⁷⁸. Sorun edimin belirlenmesinde değil edimin değiştirilmesiyle ilgilidir²⁷⁹. Seçimlik borçlarda iki asli edim söz konusu iken seçimlik yetkide ise bir asli edim söz konusu olmakla birlikte borçluya taraflarca kararlaştırılmış başka bir edimi

²⁷⁶ Asgari alım taahhüdünden farklı olarak, taahhüt edilen asgari miktarda gazın satın alınması değil bu miktar gazın bedelinin ödenmesidir.

²⁷⁷ **Bunte, H. J.:** Langfristige Gaslieferverträge nach nationalem und europäischem Kartellrecht, Köln 2003, s. 4.

²⁷⁸ **von Tuhr**, s. 75; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 67; **Serozan**, C. 3, s. 57; **Oğuzman / Öz**, s. 227; **Eren**, s. 929. Seçimlik borç kanundan doğabileceği gibi sözleşme ile de kararlaştırılabilir. Borçlar Kanunu m. 83/III gereği, borçlu yabancı para borcunu ulusal para ile ödeyebilir. Sözleşmeden doğan seçimlik yetkiye ilişkin verilen en yaygın örnek, borçlu alıcının, satın aldığı arabanın karşılığında satış parasının belirli bir bölümünü ödeme yerine, yedek edim olarak, kullanılmış arabasını verme yetkisini saklı tutmasıdır (**Serozan**, C. 3, s. 58).

²⁷⁹ **Serozan**, C. 3, s. 57.

yerine getirerek borcundan kurtulma imkânı tanınmıştır. Asli edim dışında kalan edim bir yedek edimdir²⁸⁰. Al ya da öde klozunda ise edim tektir ve başka bir edimin ifası ile borçlunun borçtan kurtulması mümkün değildir. Bu nedenle al ya da öde klozunu seçimlik yetki olarak da kabul etmek mümkün değildir.

II. Hukuki Niteliği

Al ya da öde klozunun hukuki niteliğine ilişkin doktrinde ağırlık kazanan görüş²⁸¹, al veya öde klozunun, asgari alım taahhüt miktarı kadar gaz bedelinin, kayıtsız şartsız ödenmesini teminat altına alan, kendine özgü bir sözleşme kaydı olduğunu kabul etmektedir.

Yukarıda ayrıntısıyla açıklandığı üzere doğal gaz alım satım anlaşmaları, diğer benzerlerinden ve hatta petrol alım satım anlaşmalarından farklı olarak, henüz gazın üretilmesine başlanmadan önce imzalanmaktadır. Gazın keşif, sondaj, üretim ve taşıma giderlerinin olağan üstü derecede yüksek olması nedeniyle üreticiler finansal destek almadan tek başlarına bu işlemleri gerçekleştirmemektedir²⁸². Bu nedenle, yatırımın gerçekleştirilebilmesi için kreditorlerden finansal destek alınmaktadır. Çok büyük ölçekteki bu yatırımları finanse edecek kreditorler, bu büyüklükteki alacaklarının geri dönüşünü güvenceye salabilmek için üreticilerden ciddi garantiler talep etmektedir.

²⁸⁰ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 818; Serozan, C. 3; s. 57.

²⁸¹ Schöler, s.22; Thomale /Feurstein, s. 816.

²⁸² Scholz,

Kredi geri ödemelerinin güvenceye alınabilmesinin en önemli koşulu üreticinin nakit akışının güvenceye alınabilmesini sağlamaktır. Bunun için de, kreditoörlere, belirli bir miktarda gazın bedelinin, alınsın ya da alınmasın ödeneceğini, yani nakit akışını garanti eden uzun dönemli al ya da öde sözleşmeleri de güvence olarak sunulmaktadır. Bu sözleşmelerden doğan üretici alacaklarının ilgili kısımlarının kreditoörlere temlik edilmesi de talep edilen garantilerden biridir. Dolayısıyla, üreticinin al ya da öde klozundan beklediği menfaat, yalnızca sözleşme miktarındaki gazın satılmasının temin edilmesi değil sabit nakit akışının güvenceye alınmasıdır. Bunun için de, asgari alım garantileri değil asgari miktarda gazın alınması ve alınmasa da bedelinin ödenmesi taahhüdü alınmaktadır.

Alıcı, enerji miktarını hangi oranda alma konusunda serbest bırakılmakta, ancak de facto almış olduğu miktardan bağımsız olarak alıcı, teslim miktarının belirli bir yüzdesini ödemek zorunda kalmaktadır.²⁸³ Alıcı bu bedeli her halükarda ödeyecek olup gazı teslim alıp almamasını teknik ve ticari şartları belirleyecektir. Bu anlamda garanti edilen semen (para borcu) ödenmesidir.

Al ya da öde klozunun benzer kavramlardan ayırt edilmesine ilişkin bölümde detaylıca yer verildiği üzere, bu klozu asgari alım taahhüdü, cezai şart, götürü tazminat veya seçimlik borç olarak kabul etmek mümkün olmamaktadır.

²⁸³ **Thomale / Feurstein**, s. 812; Benzer yönde bkz. **Farnsworth, E.A./ Young, W.F. / Sanger, C.:** Contracts Cases and Materials, Sixth Edition, New York 2001, s. 553.

Bu nedenlerle gaz miktarı alınmasını değil gaz bedeli ödenmesini garanti altına alan bu klozun sui generis niteliğinde olduğunu kabul eden görüşe²⁸⁴ tarafımızca da iştirak edilmektedir.

²⁸⁴ **Schöler**, s.22; **Thomale /Feurstein**, s. 816.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MUKAYESELİ HUKUKTA AL YA DA ÖDE KLOZU

§ 6. ABD ve AB Hukuklarında Al Ya Da Öde Klozu

I. ABD Hukukunda Al ya da Öde Klozu

A) Genel Olarak

Al ya da öde kayıtlarının Amerikan hukukunda incelenmesi oldukça büyük bir önem taşımaktadır. Zira doğal gazın kullanılmaya başlandığı 1900'lü yıllardan itibaren bu ülkede yaşanan ekonomik gelişmeler ve hükümet tarafından bu alanda yapılan müdahaleler doğal gaz alım sözleşmelerinde, al ya da öde kaydının ortaya çıkış sebeplerini, bu kayıt sebebiyle yaşanan sorunları ve bu sorunları gidermek amacıyla alınan tedbirleri çok açık bir şekilde ortaya koymaktadır.

İlk kez 1960'lı yıllarda Amerikan gaz sözleşmelerinde yer verilen al ya da öde kayıtları 1980'lerin ortalarına kadar yaygın bir şekilde kullanılmıştır²⁸⁵. Ancak acımasız bir rekabet ortamının gündemi işgal ettiği o yıllar, Amerikan doğal gaz endüstrisinde gaz alıcılarının bu kayıtlar nedeniyle önemli sorunlar yaşadığı bir dönem olmuştur. Alıcıların al ya da öde kayıtlarından kaynaklanan sorunlarını ve alıcılar ile satıcılar arasında yaşanan hukuki çekişmeleri anlayabilmek için bu sorunların ortaya çıktığı ekonomik ve hukuki ortamın anlaşılması gerekmektedir.

²⁸⁵ Pegg, G. J. /Waller, M.R.: "Take or Pay Provisions in Natural Gas Contracts The US Experience as a Comparator to the UK Gas Industry's Problems" Journal of Energy and Natural Resources Law, Vol. 14, 1996, s. 456; Stimpert, s. 421; Capron, S. J.: "Oil and Gas: Watts v. Atlantic Richfield Co.: Lessors Distant Beacon of Hope - Will Oklohama See It?, Oklohama Law Review (1999), Vol. 52, s. 146.

B) Doğal Gaz Piyasasında İlk Uygulamalar

Amerika'da üretimi ilk kez 1850'li yıllarda başlayan doğal gaz, genellikle üretildiği belediye sınırları içerisinde kullanılmıştır. Yerel hükümetlerin, doğal gaz piyasasında doğal bir tekel niteliği görmeleri, doğal gaz dağıtım işinin kamu hizmeti olarak kabulü sonucunu doğurmuştur. Bu nedenle bir yandan doğal gazın tüketicilere taşınması için gerekli olan dağıtım hattının tüm dağıtım hattına sahip tek bir şirket tarafından işletilmesinin daha ucuza mal edilebileceği düşüncesiyle tekelci bir yapılanma oluşturulurken; diğer yandan söz konusu dağıtım şirketinin tekelci yapısından kaynaklanan gücünü fiyatlara yansıtmasını önlemek amacıyla, fiyat tarifelerinin yerel hükümetler tarafından belirlendiği ve dağıtım şirketlerinin piyasadaki hakim durumlarını kötüye kullanmalarını engelleyecek bir mekanizma oluşturulmuştur²⁸⁶.

1900'lü yılların başında doğal gazın belediyeler arasında taşınmaya başlaması ve belediyelerin eyalet içinde (intrastate) yapılan taşıma faaliyetlerinde düzenleyici yetkilerinin bulunmaması, eyalet seviyesinde olan hükümet otoritelerinin, eyalet içi doğal gaz piyasasına müdahil olmalarını gerektirmiştir²⁸⁷. Doğal gazın daha uzak mesafelere taşınmasını sağlayan teknolojik gelişmeler neticesinde eyaletlerarası (interstate) doğalgaz taşımacılığı başlamıştır. Belediye seviyesinde yaşanan yetki sorunlarına benzer sorunlar bu aşamada da ortaya çıkmıştır. Bu dönemde bazı eyaletler, eyaletlerarası doğal gaz taşımacılığında düzenleyici yetkilerinin olduğunu

²⁸⁶ <http://www.naturalgas.org/regulation/history.asp>

²⁸⁷ <http://www.naturalgas.org/regulation/history.asp>

iddia etseler de bu tür iddialar Amerikan Yüksek Mahkemesinin verdiği kararlar neticesinde geçersiz kabul edilmiştir²⁸⁸. Eyaletlerarası boru taşımacılığı hususunda federal bir düzenlemenin olmaması ve Yüksek Mahkeme tarafından verilen kararlar, bu tür doğal gaz taşımacılığı açısından hukuki bir boşluk doğmasına neden olmuştur²⁸⁹.

1938 yılında yürürlüğe gire Doğalgaz Kanunu (Natural Gas Act – NGA) ile Federal Enerji Komisyonu'na²⁹⁰ eyaletler arası doğal gaz satımını düzenleme yetkisi verilmiştir²⁹¹. Böylece Federal Hükümet ilk kez eyaletler arası doğal gaz faaliyetlerine dahil olmuştur²⁹². Kanun ile Komisyona, eyaletler arası doğal gaz taşımacılığında uygulanacak tarifeleri belirleme ve gerekli lisansları düzenleme yetkileri tanınmıştır. Bu dönemde Amerikan doğal gaz piyasasında birçok doğal gaz alım satım sözleşmesi, satıcı olarak doğal gaz üreticisi, alıcı olarak ise boru hattı taşıma şirketleri arasında kuyu ömrüne bağlanan sözleşmeler şeklinde akdedilmekteydi²⁹³. Yani boru hattı şirketleri hem gaz alıcısı hem de taşıyıcısı olmak üzere birleşik yapıda faaliyet göstermekteydi. Doğal Gaz Kanunu'na hakim olan bakış açısı, eyaletlerarası boru hattı şirketlerinin tekelci yapısı nedeniyle rekabetçi

²⁸⁸ “Supreme Court Commerce Clauses” olarak anılan bu kararlarda temel olarak eyaletlerarası boru hattı şirketlerinin eyalet seviyesindeki hükümetin düzenleyici yetkisi altında olmadığı vurgulanmıştır. Bkz. <http://www.naturalgas.org/regulation/history.asp>

²⁸⁹ <http://www.naturalgas.org/regulation/history.asp>

²⁹⁰ O tarihte Federal Enerji Komisyonu olarak adlandırılan kurum, bugün Federal Enerji Düzenleme Komisyonu (FERC) adını almıştır. Bkz. <http://www.ferc.gov/>

²⁹¹ 1935 yılında Federal Enerji Komisyonu tarafından yayınlanan bir raporda, elektrik ve gaz şirketlerinin piyasadaki hâkimiyetlerinden duyulan endişeler gündeme getirilmiş ve bu rapor Doğal Gaz Kanunu'nun yayınlanmasında etkili olmuştur.

²⁹² <http://www.naturalgas.org/regulation/history.asp>

²⁹³ Pegg / Waller, s. 457.

fiyattan daha yüksek miktarlarda fiyat uygulanmasını engellemek olmuştur²⁹⁴. Taşıma hizmetleri için makul ücretlerin uygulanmasını öngören Kanun, gazın kuyu fiyatının oluşumuna dair herhangi bir düzenleme getirmemiştir. 1940 yılında verilen bir kararda ise Yüksek Mahkeme, satıcı olan üretici şirket ile, alıcı konumunda olan boru hattı şirketinin bağlı şirketler olması halinde kuyu fiyatının federal incelemeye tabi olduğuna karar vermiştir²⁹⁵.

C) 1960'lar: *Phillips Kararı ve Al Ya Da Öde Kaydının Ortaya Çıkışı*

1954 yılında ABD Yüksek Mahkemesi tarafından verilen *Phillips Petroleum Co. V. Wisconsin* kararında, üreticilerin, doğrudan eyaletler arası boru hattı taşıma şirketlerine gaz satması işinin Amerikan Doğal Gaz Kanunu hükümlerine tabi olduğu hükme bağlanmıştır. Kararda, doğal gaz üreticilerinin de Doğal Gaz Kanunu'nda tanımlanan "doğal gaz şirketi" kategorisine girdiği ve Federal Enerji Komisyonu'nun denetimine tabi olduğu kaydedilmiştir. Bu kararın sonucunda Komisyon, üreticiler ile boru hattı şirketleri arasında akdedilmiş olan mevcut sözleşmelerin ve ileride yapılacak sözleşmelerin kayıt altına alınması, gazın satılabileceği en yüksek fiyatın belirlenmesi hususlarında yetkilendirilmiştir²⁹⁶.

Phillips kararı neticesinde Komisyon, tarifelerin belirlenmesinde "maliyet unsurları" ölçütünü dikkate alan bir mekanizma oluşturmuştur. Yani

²⁹⁴ <http://www.naturalgas.org/regulation/history.asp>

²⁹⁵ Bu karara rağmen Federal Enerji Komisyonu üretici ve boru hattı şirketlerinin bağlı olmayan şirketler olması halinde kuyu fiyatlarının rekabetçi koşullarda serbestçe oluşabileceğini düşünüyordu. <http://www.naturalgas.org/regulation/history.asp>

²⁹⁶ **Pegg / Waller**, s. 457; **Heeg**, P. A.: " Gas Transportation in the United States: What's to Be Learned", OGLTR 1997, I. 10, s. 381 – 387, s. 382; **Mc Arthur**, s. 360.

üreticinin uygulayacağı fiyat, gazın üretimi için yapılan masraflara adil bir kâr marjının uygulanması neticesinde ortaya çıkmaktadır. Ancak söz konusu fiyat mekanizmasının üreticilere uygulanması, sayıları daha az olan boru hattı şirketlerine olduğu gibi kolay olmamış ve Komisyona ilave idari iş yükü getirmiştir²⁹⁷.

Bu dönemde üreticilere, fiyat tarifesi için getirilen yükümlülükler yanında ilave yükümlükler de getirilmiştir. Zira taraflar arasındaki gaz satım sözleşmesinin, fiyat tarifesini de içerecek şekilde Komisyonca kayda alınmasından sonra, arazi kaynağı kuyunun, alıcının tedarik portföyüne dahil olduğu ve taraflar arasındaki sözleşmenin süresi sona erdikten sonra bile üreticinin, boru hattı taşıyıcısı alıcıya, sözleşme konusu doğal gaz kuyusu rezervlerinden gaz satmaya devam etmek zorunda olduğu düzenlenmiştir²⁹⁸.

Benzer yükümlülüklerin boru hattı taşıma şirketlerinin gazın tekrar satımı için yapmış oldukları sözleşmelerde de yer aldığı görülmektedir. Örneğin boru hattı şirketlerinin yerel gaz dağıtım şirketlerine gaz satabilmesi Komisyon'dan "kamu yararına uygunluk ve gereklilik sertifikası" alınması koşuluna tabi kılınmıştır. Ayrıca, boru hattı taşıma şirketi, sözleşmeyi feshetme hususunda Komisyonca yetkili kılınana kadar, yerel gaz dağıtım şirketlerine gaz tedarik etmeye mecbur kılınmıştır. Boru hattı taşıma şirketleri, anılan akdi ve düzenleyici tedarik yükümlülükleri nedeniyle, gaz tedarikinin devamlılığını sağlayabilmek amacıyla tüketicilerin maksimum seviyedeki gaz taleplerini göz önünde bulundurarak aslında günlük taleplerinden fazla

²⁹⁷ <http://www.naturalgas.org/regulation/history.asp>

²⁹⁸ Bu zorunluluk Komisyon'un satıcıyı yükümlülüğünden azletmesine veya gaz tedarikinin taraflara pratik bir faydası kalmayınca kadar devam etmektedir. **Pegg / Waller**, s. 457.

miktardaki gaz alımı için uzun vadeli sözleşmeler yapmak zorunda kalmıştır²⁹⁹. Yani “al ya da öde” hükümleri Amerikan doğal gaz sanayi yapısı ve bu sektörde geçerli olan düzenleyici kuralların bir sonucu olarak bu dönemde ortaya çıkmıştır.

D) 1970’li Yıllar: Düşük Fiyatlandırma Politikası ve Doğal Gaz Arzı Sorunu

1970’lerin başında Komisyon tarafından belirlenen gazın kuyu fiyatına ilişkin düşük fiyatlandırma politikası, üreticilerin daha az keşif, sondaj ve kuyu geliştirme çalışmaları yapmasına neden olmuştur³⁰⁰. Hatta Komisyonun sadece eyaletler arası piyasada satışı yapılacak kuyu fiyatlarını düzenlemesi ve eyalet içinde yapılacak satış fiyatlarına karışmaması eyalet içi doğal gaz satışını üreticiler için daha cazip hale getirmiştir³⁰¹. Bu durum gazın sadece üretildiği eyaletlerde tüketime sunulmasına ve boru hattı şirketlerinin diğer eyaletlere olan tedarik yükümlülüklerini yerine getirmesini engelleyen ciddi bir doğal gaz arz sorunu doğmasına sebep olmuştur³⁰². Bu sorun boru hattı şirketleri arasında güvenli ve uzun dönemli doğal gaz temini hususunda ciddi bir rekabet doğurmuş ve bu rekabete karşı direnmek isteyen boru hattı şirketleri yapabileceklerinin en iyisini, yani gazın kuyu fiyatı için kanunen

²⁹⁹ Pegg / Waller, s. 457.

³⁰⁰ Pegg / Waller, s. 457.

³⁰¹ <http://www.naturalgas.org/regulation/history.asp>

³⁰² Heeg, s. 383; Stimperrt, s. 422. Ayrıca 1976 ve 1977 yıllarında doğalgaz üretimi olmayan Ortabatı Amerika’da, pek çok okul ve fabrika doğalgazda yaşanan arz sıkıntısı nedeniyle kapanmak zorunda kaldığı hususunda. kz. <http://www.naturalgas.org/regulation/history.asp>

mümkün olan en yüksek oranı ve al ya da öde taahhütlerini üreticilere sunmuştur³⁰³.

1978 yılında yani doğal gaz arz sıkıntısının devam ettiği bir dönemde, yeni gaz rezervlerinden çıkan gazın fiyatının enflasyona göre ayarlanmasını öngören Doğal Gaz Politikası Kanunu (Natural Gas Policy Act - NGPA) yayımlanmıştır³⁰⁴. Bu kanun ile doğal gaz satım sözleşmelerinin, sözleşmede yer alan kayıtların ötesinde hükümler doğurmasını öngören konseptte son verilmiş, doğal gaz fiyatının, özellikle yeni açılan kuyulardan çıkarılan gazın fiyatının serbestçe oluşumu sağlanmıştı³⁰⁵r. Tedarik taahhütlerini yerine getirmek isteyen boru hattı şirketleri, al ya da öde düzeylerinin yarattığı cazibeyle fiyatı belirlenmiş gaz için, Kanun'da öngörülen en yüksek fiyattan ve fiyatı belirlenmemiş gaz için daha yüksek fiyatlarda yeni gaz alım sözleşmeleri akdetmiştir³⁰⁶. Doğal gaz endüstrisinde ortaya çıkan hareketlenme yeni sondaj çalışmalarının yapılmasına ve yeni gaz rezervlerinin ortaya çıkmasına neden olmuş, üreticilerin serbest bırakılmış en yüksek fiyatlarla gaz satabildiği bir dönem başlamıştır³⁰⁷.

³⁰³ **Lewis**, A. H.: Allocating Risk in Take or Pay Contracts: Are Force Majeure and Commercial Impracticability the Same Defence? Southwestern Law Journal Vol. 42, 1989, s. 1050. %30'lar düzeyinde olan al ya da öde oranları %90'ı geçmiştir. Bkz. **Lowe**, J. S.: "Gas Contracting: The Lessons of the Seventies", 3. Nat. Resources & Env't, 1988 – 1989, s. 5.

³⁰⁴ Ulusal Enerji Kanun'unun (National Energy Act – NEA) bir parçası olan Kanun'nun temel hedefleri; tek bir ulusal doğal gaz piyasasının oluşturulması, arz ve talep dengesinin sağlanması, piyasa güçlerinin kuyu fiyatını serbestçe oluşturmasına izin vermektir.

³⁰⁵ **Mc Arthur**, s. 361; **Bily**, s. 106.

³⁰⁶ **Mc Arthur**, s. 362.

³⁰⁷ **Pegg / Waller**, s. 458; **Coffey**, s. 154..

E) 1980'ler: "Gaz Kabarcığı" ve Al Ya da Öde Krizi

1981 yılında Amerika'da yaşanan ekonomik durgunluk petrol fiyatlarının düşmesine neden olmuş ve petrol doğal gazdan ucuz hale gelmiştir. Bu durum ise özellikle petrol ve doğal gazın rekabet halinde olduğu sanayi ve elektrik üretimi alanında, boru hattı şirketlerinin kendisine uygulamak zorunda olduğu fiyattan gaz satımı yapamayacak duruma gelen yerel dağıtım şirketlerinin alımlarını önemli ölçüde azaltmasına neden olmuştur. Boru hattı şirketleri ile yerel dağıtım şirketleri arasında akdedilen sözleşmelerde asgari miktardaki gaz için al ya da öde hükümleri yer alsa da bir takım büyük dağıtım şirketleri söz konusu taahhütlerin yerine getirilmesi halinde kendi ticari varlıkları tehlikeye düşeceğinden ve özellikle konut tüketimi zarar göreceğinden söz konusu yükümlülüklerini yerine getiremeyeceklerini belirtmiştir.

Yerel dağıtım şirketlerinin gaz alımlarını azaltması neticesinde oluşan gaz talebindeki keskin düşüş, "gaz kabarcığı" adı ile anılan gaz miktarı fazlası oluşmasına neden olmuştur³⁰⁸. Bu gelişmelerin devamında boru hattı şirketleri, büyük boyutlarda al ya da öde talepleri ile karşı karşıya kalmıştır³⁰⁹.

³⁰⁸ Anderson, O.L. / Dzienkowski, J.S. / Lowe, J.S./ Peroni, S.J. / Pierce, D.E./ Smith, E.E.: Hemingway Oil and Gas Law Taxation, Fourth Edition, Thomson West 2004, s. 349. 1979 ile 1986 yılları arasında gaz talebi %21 düşüşle 6.16 trilyon m³'ten 4.88 trilyon m³'e inmiştir (Lowe, Lessons,, s. 3). s. 349.

³⁰⁹ Bu dönemde boru hattının müşterisi olan yerel dağıtım şirketleri, boru hattı şirketlerinin taşıma ve satım şeklinde birleşik bir yapıda faaliyetinde bulunmaları nedeniyle gaz fiyatlarının düşürülmesi için lobi faaliyetleri yapmışlar hatta doğrudan üreticiden gaz alabilmeleri ve bu gazı eyaletlerarası boru hattında taşıtabilmek hususunda taleplerde bulunmuşlardır. <http://www.naturalgas.org/regulation/history.asp>. Uzun dönemli sözleşmeler nedeniyle 1985 ve 1986 yıllarında boru hattı şirketlerinin gerçekleştirdiği al ya da öde ödemeleri tutarı 1.6 milyar ABD Doları iken 1986 yılı sonunda bu tutar 6.8 milyar ABD Doları'na ulaşmıştır (Marseglia, s. 93). Al ya da öde krizinin devam ettiği bu dönemde 1989 yılı itibarıyla boru hattı şirketlerinin mevcut ve gelecek için düzenlenen al

Boru hattı taşıma şirketlerinin durumu, Kurumun 1984'de 380 numaralı kuralını yayınlamasıyla daha da kötüye gitmiştir. Bu kural ile boru hattı taşıma şirketleri ile yerel gaz dağıtım şirketleri arasında kararlaştırılan asgari alım taahhütlerinin geçersiz olduğu düzenlenmiştir³¹⁰. 1985 yılında yayınlanan 436 no'lu kural ise eyaletler arası iletim yapan teşebbüslerin, gönüllülük ilkesi çerçevesinde bir doğal gaz taciri olarak değil, sadece doğal gaz taşıyıcısı olarak faaliyet göstermelerine imkân tanımıştır³¹¹. Boru hattı müşterilerine, doğal gaz alımı ve taşıma hizmetlerini tercih etme hakkının tanınması "serbest erişim" olarak anılmıştır³¹².

Ciddi al ya da öde sıkıntılarının yaşandığı 1983 ve 1987 yılları arasında Kurum tarafından alınan kararlar, boru hattı şirketlerinin yaşadığı al ya da öde sorunlarının ağırlaşmasına etkiye bulunmuştur. 1987 yılında verilen bir mahkeme kararı ise Kurum'u, "serbest erişim" düzenlemesini tekrar değerlendirmeye ve boru hattı şirketlerini al ya da öde hükümlerinin olumsuz etkilerine karşı destekleyecek bir program hazırlamaya mecbur kılmıştır. Bu gelişmeler üzerine verilen, 500 numaralı karar ile boru hattı

ya da öde ödemelerinin 44 milyar ABD Doları'na ulaştığını FERC'e bildirmiştir (**Mc Arthur**, s. 356).

³¹⁰ **Lowe**, J. S.: "Take-or-Pay Wars – Is Peace at Hand?", OGLTR 1989/90, I. 1, s. 3.

³¹¹ <http://www.naturalgas.org/regulation/history.asp>; Bu bağlamda, iletim hattı sahiplerinin kendilerinden doğal gaz iletimi talep eden müşterilerine sadece taşıyıcılık hizmeti vermesine izin verilmekte, taşıyıcılık hizmeti veren teşebbüsün doğal gaz endüstrisinin diğer kısımlarında faaliyet gösteren yavru şirketleri lehine müşterileri arasında ayrımcı uygulamalarda bulunması yasaklanmakta ve iletim hattı sahibi teşebbüslerin müşterilerine uygulayacağı oranların üst ve alt sınırları tespit edilerek, söz konusu teşebbüslerin bu sınırlar arasında kalan kısımda serbestçe hareket edebilmelerine olanak tanınmıştır. 436 numaralı kural yerel dağıtım şirketlerine ve gaz tüketicisi olan sanayi/elektrik üretim tesislerine doğrudan üretici/satıcıdan fiyat düzenleyici kurallara bağlı olmaksızın ve boru hattı şirketlerinin ağırlık maliyet ortalamasının oldukça altında bir fiyattan gaz alım hakkı ve söz konusu gazı boru hattı şirketlerine taşıma hakkı vermiştir. **Pegg / Waller**, s.459; **Bülbül**, s. 32-33.

³¹² **Lowe**, Take or Pay Wars, s. 4.

şirketlerine, taşıma hizmetleri dolayısıyla oluşan birim miktarına mevcut sözleşmelerindeki al ya da öde hükümlerinden kaynaklanan masraflarını ekleme veya bu masraflarını boru hattı şirketinin absorbe etmek istediği orana denk bir şekilde müşterilerine eşit oranda fatura etme şeklinde iki seçenek sunulmuştur. Ayrıca boru hattı şirketlerinin gaz alım sözleşmesi akdettikleri üreticilere olan al ya da öde taahhütlerinden kaynaklanan borçlarına yönelik olarak kredi kullanma mekanizması geliştirilmiştir. Ancak söz konusu kredinin kullanımı kredi kuruluşlarına üçüncü kişi erişimi sağlanması koşuluna tabi tutulduğundan uygulamada pek etkili olmamıştır³¹³.

F) 1990'lar: Liberalleşmeye Doğru

1989 yılında yayınlanan Doğal Gaz Kuyu Serbestleştirme Kanunu (The Natural Gas Wellhead Decontrol Act – NGWDA) ile kuyu satışlarında gaz fiyatının tamamen serbestleştirilmesi sağlanmıştır. Kurum, 1993 yılında yayınladığı kural ile boru hattı şirketlerinin taşıma hizmetleri ile gaz satımı faaliyetlerini birleşik bir yapıda ifa etmesini engellemiştir. Böylece Amerikan doğal gaz piyasasının yeniden yapılanmasına ilişkin çalışmalar büyük ölçüde tamamlamıştır. 636 numaralı karar uyarınca boru hatları taşıma şirketlerinin, gaz piyasasındaki rolleri belirlenmeden önce yapmış oldukları gaz alım sözleşmelerinden kaynaklanan masraflarını, yeniden fiyatlandırma yoluyla taşıma bedellerine, ekleme imkanı tanımıştır. Ancak söz konusu düzenleme boru hattı şirketlerinin sorunlarını çözmeye yetmemiştir. Zira aynı piyasada faaliyet gösteren boru hattı şirketlerinden bu tür masraflar nedeniyle fiyat tarifesi pahalı olanlar işlerini diğer boru hattı şirketlerine kaptırmışlardır. Bu

³¹³ Pegg / Waller, s.459; Lowe, Take or Pay Wars., s. 4; Matthiesen, s. 13.

nedenle üreticiler ve boru hattı taşıma şirketleri arasındaki al ya da öde yükümlülükleri nedeniyle çekişmelerin yansımaları günümüze kadar uzanmaktadır³¹⁴.

G) Amerika'da Yaşanan Al Ya da Öde Sorunu

Amerika'da yaşanan al ya da öde sorunu doğal gaz sektöründe ilk yıllardan itibaren uygulanan politikalar ve endüstrisinin değişken regülasyonu neticesinde ortaya çıkmıştır. Boru hattı şirketlerinin al ya da öde taahhütlerini ilk başta bir nimet olarak görmeleri ve doğal gaz piyasasındaki arz talep dengesini hesaplayamamaları söz konusu kayıtları zamanla önemli bir sorun haline getirmiştir. Düzenleyici kurumların doğal gazın diğer enerji ürünleri ile rekabet halinde olan bir enerji ürünü olduğunu anlayamaması ise sorunun boyutlarını arttırmıştır. Boru hattı şirketleri ile üreticiler arasındaki doğal gaz satım sözleşmelerinin fiyata ilişkin hükümleri ile boru hattı taşıma şirketlerinin kendi içlerinde rekabet edebilmelerini sağlayan diğer bazı sözleşme hükümleri Kurum tarafından düzenlenirken, sözleşmelerdeki "al ya da öde" yükümlülüklerinin oranı hususunda Kurum hiç bir düzenleme getirmemiştir. Bunun sonucunda boru hattı şirketlerinin yıllık asgari alım taahhüdü pazar payında yer alabilmek amacıyla % 90 civarında olmuştur. Boru hattı taşıma şirketlerinin teslim zamanı alamadıkları gazı eksik çekiş telafisi hakkı ile ilerleyen yıllarda ama hakkı olsa da bu hakkın beş yıl ile sınırlı tutulması ve o yıl için öngörülen asgari alım taahhüdünün yerine getirilmemesi halinde eksik çekiş hakkının kullandırılmaması nedeniyle söz konusu fırsat imkansız hale gelmiştir.

³¹⁴ Pegg / Waller, s.459 - 460.

H) Çözüm Arayışları

Ciddi miktarlarda al ya da öde talepleri ile karşı karşıya kalan boru hattı taşıma şirketleri söz konusu yükümlülüklerini asgari seviyeye indirmek veya tamamen ortadan kaldırmak amacıyla çözümler üretme yoluna gitmişlerdir³¹⁵. Al ya da öde hükümleri nedeniyle oluşan masrafların, zaten yüksek olan gazın piyasa fiyatına eklenmesi halinde, doğal gaz talebinin düşeceğini, piyasanın daha da daralacağını, (ölüm spirali) bu tür bir piyasanın ise üreticilerin menfaatine olmayacağını iddia eden boru hattı şirketlerinin başvurduğu ilk yol, al ya da öde hükümlerinden muaf tutmaları yönünde üreticileri ikna etmeye çalışmak olmuştur³¹⁶.

Bir kısım boru hattı şirketi ise al ya da öde sorumluluğundan muafiyet karşılığında, bu muafiyeti tanıyan üreticilere kendi piyasasından adil bir pay vermeyi önermiş ve üreticilerin pek çoğu bu alternatifi değerlendirme yoluna gitmiştir³¹⁷. Ancak elde edeceği tüm kârı sondaj ve geliştirme çalışmalarına finansman sağlayabilmek için teminat olarak gösteren küçük üreticiler için bu tür bir imkân söz konusu olmamıştır. Bir kısım üreticiler ise sözleşme sözleşmedir mantığından hareket ederek boru hattı şirketlerinin finansal olarak yapabildikleri sürece sözleşme hükümlerini yerine getirmeleri gerektiğini söylemiştir. Al ya da öde faturası ile karşılaşan ancak bunu

³¹⁵ **Pegg / Waller**, s. 460. Bu kapsamda örnek gösterilebilecek olan sektörün önde gelen şirketlerinden Tennessee Gas Pipeline Company (Tennessee) 1982 yılında asgari al ya da öde miktarlarını azaltmak amacıyla gaz alım sözleşmelerinde yer alan al ya da öde hükümlerini yeniden müzakere etmek hususunda yoğun girişimlerde bulunmuştur. Tennessee, arz ve talep arasındaki farkın giderek büyümesi neticesinde ağırlık maliyet ortalamasını azaltmayı tasarlayan Acil Gaz Alım Programını (Emergency Gas Purchase Programme) uygulamaya sokmuş ve eski sözleşmelerinde yer alan al ya da öde miktarlarını tek taraflı olarak azaltmıştır. Bkz. **Greenwald**, s. 4.

³¹⁶ **Pegg / Waller**, s. 460.

³¹⁷ **Lewis**, s. 1051.

ödemeyi reddeden (clear breach of contract) ya da bu tür bir faturayı ödemeyeceğini önceden belli eden (anticipatory breach) boru hattı şirketleri ile üreticiler arasında müzakereler gündeme gelmiş burada da çözümlenemeyen sorunlar adli yollar ile çözümlenmeye çalışılmıştır³¹⁸.

1) Yargı Yolu

Al ya da öde taahhüdünden kaynaklanan uyuşmazlıklar, genellikle doğal gaz üretiminin yapıldığı yer mahkemelerinde görülmüştür. Al ya da öde yükümlülüklerinden kurtulmak isteyen şirketler yargılama sırasında sözleşmede yer alan mücbir sebep hükümlerini, ticari elverişsizlik ve beklenmeyen hal nedeniyle sözleşmenin uyarlanması, ifa imkânsızlığı, müşterek kusur gibi hukuki savunmaları devreye sokmaya çalışmışlardır³¹⁹. Bu bölümde Amerikan mahkemelerinin al ya da öde uyuşmazlıklarında mücbir sebep ve ticari elverişsizlik iddialarını ne şekilde yorumladıkları üzerinde kısaca durulacaktır.

2) Mücbir Sebep

Anglo Sakson hukukunda mücbir sebep, tarafların gelecekte meydana gelebilecek olumsuz olaylara karşı riski sözleşmede nasıl paylaştıklarını göstermektedir³²⁰. Zira sözleşmede mücbir sebep olarak kararlaştırılan olaylar neticesinde edimin ifa edilememesi ifayı gerçekleştirilmeyen tarafın

³¹⁸ Pegg / Waller, s.460.

³¹⁹ Greenwald, s. 5. Pipelines of the Internorth System, 1983 yılında kendi tedarikçileri ile öngörülemeyen ve kontrol edilemeyen ekonomik koşulların gaz alım sözleşmelerinin ifasını ticari olarak uygulamaz olduğunu dile getirmiştir (Greenwald, s. 4).

³²⁰ Lewis, s. 1060

sorumluluğunu kaldırmaktadır³²¹. Amerikan mahkemelerinin, uzun dönemli al ya da öde sözleşmelerinden kaynaklanan davalarda alıcılar tarafından ileri sürülen mücbir sebep iddialarına karşı yaklaşımı, özellikle torba hükmü (catch-all provisions)³²² niteliği taşıyan mücbir sebep maddelerini dar yorumlamak şeklinde olmuştur³²³. Mahkemeler, *ejusdem generis* yorumundan hareketle iddia edilen olayın sözleşmede sayılan mücbir sebep halleri ile benzer ya da aynı nitelikte olduğu haller dışında bu iddiaları reddetmiştir³²⁴. Bu kapsamda *Mainline Investment Corp. V. Gaines* davasında, 1973 yılında OPEC ambargosu nedeniyle petrol fiyatlarında ortaya çıkan artışın, mücbir sebep olarak kabul edilemeyeceğine karar verilmiştir³²⁵. Buna gerekçe olarak, fiyat anlaşmalarının en önemli amacının fiyatı ve fiyat dalgalanmalarındaki riski sabitlemek olduğu gösterilmiştir³²⁶.

Esasen mücbir sebep iddialarına dayanan davaların çoğunda tarafların kontrol edemeyeceği olaylar sebebiyle ortaya çıkan zararlar kâr kaybına dayanmaktadır ve mahkemeler torba hükümlerini bu hallerde uygulamamıştır³²⁷. Elverişsiz ekonomik ya da piyasa koşullarının mücbir

³²¹ **Lewis**, s. 1060

³²² Pek çok mücbir sebep maddesi tarafların kontrol edemeyeceği olayları mücbir sebep olarak tanımlamaktadır. Çok genel bir anlam taşıyan bu ifade torba hüküm olarak anılmaktadır. Bkz. **Lewis**, s. 1061.

³²³ **Greenwald**, s. 5.

³²⁴ **Lewis**, s. 1061.

³²⁵ **Greenwald**, s. 6.

³²⁶ **Greenwald**, s. 6.

³²⁷ *Lanham-Hill Petroleum, Inc, v. Southern Furels Co.*, 813 F.2d 1327, 1329-30 (4th Cir.) cert denied, 108 S. Ct. 99 (1987) davasında mücbir sebep iddiası Dünya petrol fiyatlarından yaşanan değişimle mali olarak çok etkili olmasına rağmen sözleşmedeki edimin ifasını engellemediğinden bahisle reddedilmiştir.; *Northern Ind. Pub. Serv. V. Cabron County Cal Co.*, 799 F. 2d 265, 275 (7th Cir. 1986) davasında mücbir sebep iddiası şirketin petrol fiyatlarını müşterilerine yansıtamaması şirketin kendi akdini yerine getirmesine engel teşkil etmediğinden bahisle reddedilmiştir.; *Northern Ill. Gas Co. v.*

sebeup maddesinde sayılmaması durumunda riskin alıcı üzerinde bırakıldığına hükmedilmiştir³²⁸. Ancak ekonomik ve piyasa dalgalanmalarının, gaz alım sözleşmelerinde açıkça mücbir sebep olarak gösterildiği hallerde, mahkemelerin bu kayda geçerlik tanımaları mümkün olmuştur³²⁹. Örneğin *Constuctivist Realty, Inc. v. ONG Western, Inc.* davasında, Oklahoma Mahkemesi, “gaz arzı ve piyasa kusuru – failure of gas supply and market” kaydını içeren mücbir sebep maddesinin, sözleşmede yer alan al ya da öde yükümlülüğünü kaldıracağına hükmetmiştir³³⁰. Ancak bazı davalarda, bu kayda sözleşmede açıkça yer verilmiş olmasına rağmen boru hattı şirketlerinin, sadece pazarlanamayan doğal gazı alamaması mazur görülmüş ve fakat alternatif olarak ödeme sorumluluğuna hükmedilmiştir³³¹.

3) Ticari Elverişsizlik (Commercial Impracticability)

Ticari elverişsizlik ilkesi Anglo Sakson hukukunda imkânsızlık doktrinine dayanmaktadır³³². Esasen edimin imkânsızlığı İngiliz hukukunda uzun bir müddet borçlunun sorumluluğunu kaldıran bir hal olarak kabul edilmemiştir³³³. Ancak 19. yy.ın ikinci yarısından sonra bu kurala esneklikler getirilmiş ve borçluya isnat olunamayan haller sebebiyle edimin yerine

Energy Coop., Inc., 122 Ill. App. 3d 940, 461 N. E. 2d 1049, 1057 (1984) davasında bir kamu kuruluşu komisyonunun fiyat artış talebini reddetmesi önemli ölçüde mali zararlar doğmasına yol açsa da mücbir sebep olarak kabul edilmemiştir. Bkz. **Lewis**, s. 1061, dipnot 105.

³²⁸ **Lewis**, s. 1062.

³²⁹ **Greenwald**, s. 6.

³³⁰ **Greenwald**, s. 6; **Lowe**, Lessons, s. 5.

³³¹ **Pegg / Waller**, s.461.

³³² **Lewis**, s. 1052.

³³³ **Gözübüyük**, A. P.: Mücbir Sebepler Beklenmeyen Haller, Ankara 1977, s. 171.

getirilmesi imkansız bir hale gelmişse borçlunun sorumlu olmayacağı kabul edilmiş ve böylece “imkansızlık” doktrini geliştirilmiştir³³⁴.

Amerikan Ticaret Kanunu (Uniform Commercial Code - UCC) 2. Bölüm 615. maddesinde elverişsizlik hususu düzenlenmiştir. Bu maddeye göre elverişsizlik doktrininin uygulanması 4 koşula bağlanmıştır: sonradan ortaya çıkan olay sözleşmede kararlaştırılan ifayı elverişsiz kılmalıdır, söz konusu olayın gerçekleşmeyeceği farz edilmiş olmalıdır, olay ifası güçleşen tarafça ortaya çıkmamalıdır ve sözleşme ile daha büyük bir yükümlülük üstlenilmemiş olmalıdır.

Ticari elverişsizlik hususunun değerlendirildiği bazı davalarda imkansızlık doktrininde kabul edilen esaslar uygulanmıştır. Örneğin *Asphalt International, Inc. v. Enterprice Shipping Corp.*, davasında mahkeme sözleşme konusu gemi neredeyse yok olduğu için gemi malikinin gemiyi tamir etme sorumluluğunun kalktığına hükmetmiş, *Waldinger Corp., CRS Group Engineers, Inc* davasında ise sözleşmenin ifası hukuka aykırı hale geldiğinden alt yüklenicinin sorumluluğunun kalktığına hükmedilmiştir³³⁵. Bu kararlar Anglo Sakson hukukundan gelen imkânsızlık kuralı ve UCC2-615

³³⁴ **Gözübüyük**, s. 171; **Lewis**, s. 1052. Anglo Sakson hukuku sözleşmenin mutlak ifası kuralına üç istisna getirmiştir: İlk olarak edimin ifasının mutlaka taraflardan birinin varlığına ya da faaliyetine bağlı olduğu hallerde ilgili kişinin ölümü; sonradan alınan idari tedbirler nedeniyle ilgili edimin ifası hukuka aykırı hale gelmesi ve sözleşme konusunun yok olması. Bkz. **Lewis**, s. 1052.

³³⁵ *Asphalt International, Inc. v. Enterprice Shipping Corp.*, davasında bir charter sözleşmesine dayanarak gemi kiralayan geminin sözleşmeye uygun şekilde tamir edilmediğinden bahisle dava açmıştır. Dava konusu olayda gemiye iskelede yükleme sırasında başka bir geminin çarpması neticesinde ağır hasar görmüştür. Gemi sahibi, UCC 2-615'e dayanmıştır. UCC 2-615'in sadece alım sözleşmelerine uygulanabilmesine karşın mahkeme gemi maliki tarafından yapılacak tamirin sözleşme ile kararlaştırıldan başka tür bir ifa olacağından bahisle gemi malikini haklı bulmuştur. İkinci derece mahkemesi de geminin tamamen yok olması gemi malikinin tamir yükümlülüğünü ticari olarak elverişsiz hale getireceğini belirtmiştir. Bkz. **Lewis**, s. 1054.

arasındaki benzerliği açık bir şekilde göstermektedir. Yani İngiliz hukukunda üç kategoriden herhangi birine giren imkânsızlık Amerikan hukukunda UCC 2-615 kapsamında kabul edilmektedir. Ancak Amerikan Mahkemeleri, sonradan ortaya çıkan durumun ifayı daha pahalı ya da daha az kârlı hale getirmesi halini sorumluluğun kalması için yeterli bir sebep olarak görmemiştir³³⁶.

Elverişsizlik doktrininin uzun dönemli sözleşmeler açısından uygulamasına gelince, *Missouri Public Service Co. v. Peabody Coal Co.* davasında uzun dönemli bir sözleşme kapsamında olan bir kömür şirketi potansiyel mali zararları dolayısıyla sözleşmeyi ifa etmekten kaçınmış mahkeme ise şirketin mali zararlara uğrayabileceği kötü bir anlaşma yapmış olması dolayısıyla ifanın elverişsiz hale gelmeyeceğini söylemiştir. Bu karar Amerikan mahkemelerinin uzun dönemli sözleşmeleri tarafların sözleşme konusunun bağlı olduğu büyük ekonomik riskleri dağıtma yönünde seçmiş oldukları bir yöntem olarak değerlendirdiklerini ve bu yöneme müdahale etmek istemediklerini göstermektedir. Uzun dönemli sözleşmelerde tespit edilen sabit fiyatın modern ekonominin bir parçası olan riskleri paylaşırma amacı taşıdığı pek çok davada tekrarlanmış³³⁷ ve UCC 2-615'in resmi

³³⁶ Orta Doğu krizi sırasında Süeş Kanalının kapanması nedeniyle pek çok gemi Ümit Burnu çevresinden dolaşmak zorunda kalmıştır. *Transatlantic Financing Corp. V. United states* davasında gemi işleteni yeni güzergâh nedeniyle doğan masraflarının giderilmesini talep etmiştir. Mahkeme, sözleşme ile beklenen masraflar ile gerçekten oluşan masraflar arasındaki farkın ticari elverişsizlik kuralını işletmek için yeterli olmadığını söylemiştir. Bkz. **Lewis**, s. 1056.

³³⁷ (purpose of long term fixed price is to allocate risks attendant with modern economy; fluctuations in that economy cannot serve as excuse to "allow the buyer to walk away from the contract") *Northern Ind. Pub. Serv. Co. V. Carbon County Coal Co.*, 799 F. 2nd 265, 278 7.th circuit. 1986; "long term fixed price supply contracts allocate the risk of a fall in prices to buyer, and court will not alter that allocation) *Northern Ill. Gas. Co. V. Energy Coop., Inc.*, 122 Ill. App. 3d 940, 461 N.E.2d 1049,1061 (1984) Bkz. **Lewis**, s. 1056 dn. 70.

yorumunda piyasa dalgalanmalarının “ticari sözleşmelerde kararlaştırılan sabit fiyat ile giderilmeye çalışılan tipik ticari risk olduğu” belirtilmiştir³³⁸.

Al ya da öde taahhütlerinden kaynaklanan pek çok davada da alıcılar UCC 2-615'e dayanarak doğal gaz fiyatlarındaki düşüşün kendi sözleşmelerinden doğan yükümlülüklerini ticari olarak elverişsiz hale getirdiğini iddia etmiştir. Ancak mahkemeler Pebody davasında kullanılan argümanlara benzer sebeplerle bu davaları reddetmiştir³³⁹. UCC 2-615'in yorumunda belirtilen “masraflarda ortaya çıkan artışın tek başına edimin ifasını ortadan kaldırmayacağına ancak masraflardaki artışın ifanın temel niteliğini değiştiren beklenmeyen bir hal neticesinde oluşması halinde ifanın ortadan kalkabileceği”³⁴⁰ ifadesi bazı hallerde ekonomik sıkıntı dolayısıyla sorumluluğun ortadan kalkabileceği şeklinde yorumlanmıştır³⁴¹. *Mineral Park Land Co. v. Howard* davasında mahkeme borçlunun edimini ancak normalinden 10 - 12 kat fazla bir şekilde ifa edeceğinden bahisle kurtarmıştır³⁴². Yine de beklenilmeyen haller” ilkesine dayalı savunmalar

³³⁸ Official Comment 4: Increased cost alone does not excuse performance unless the rise in cost is due to some unforeseen contingency which alters the essential nature of the performance. Neither is a rise or a collapse in the market in itself a justification, for that is exactly the type of business risk which business contracts made at fixed prices are intended to cover. But a severe shortage of raw materials or of supplies due to a contingency such as war, embargo, local crop failure, unforeseen shutdown of major sources of supply or the like, which either causes a marked increase in cost or altogether prevents the seller from securing supplies necessary to his performance, is within the contemplation of this section. (See *Ford & Sons, Ltd. v. Henry Leatham & Sons, Ltd.*, 21 Com. Cas. 55 (1915, KBD)). Bkz. http://law.justia.com/ohio/codes/orc/jd_130273-544b.html

³³⁹ **Lewis**, s. 1057. **Pegg / Waller**, s.462.

³⁴⁰ Bkz. Dip not 45.

³⁴¹ *Transatlantic Fin. Corp. V. United States*, 363 F.2d 312, 319 (D.C. Cir. 1966) davasında masraflarda ortaya çıkan artışın asla elverişsizlik olmayacağını kabul etmenin abartı bir yorum olduğu söylenmiştir (it may be an overstatement to say that increased cost of performance never constitute(s) impracticability.” Bkz. **Lewis**, s. 1057. dipnot 75.

³⁴² **Lewis**, s. 1057.

“öngörülebilirlik” kavramının dar yorumlanması neticesinde başarısız olmuştur. Northern Illinois Gas Co. v. Energy Cooperative, Inc davasında uzun dönemli al ya da öde sözleşmesine dayanarak kimyasal hammadde satın alan alıcı, alternatif yakıtların sözleşme bedelinin altına inmesi üzerine enerji ekonomisinde yaşanan değişimlerin edimin ifasını ticari elverişsizliğinden bahisle feshetmiştir. Ancak mahkeme enerji sektöründe ortaya çıkan değişimlerin öngörülebilir olduğu ve alıcının sözleşmenin inikadı sırasında söz konusu değişiklikleri öngörmüş olması sebebiyle davayı reddetmiştir³⁴³. Mahkeme alıcının al ya da öde sözleşmesi akdetmesiyle gerçekten kimyasal hammadde ihtiyacı olup olmadığına bakılmaksızın edimin ifasını garanti etmiştir³⁴⁴. *Eastern Airlines Inc. v. Gulf Oil Corp*, davasında Mahkeme, OPEC ambargosu sebebiyle hükümet kontrolleri ve enerji krizlerinin öngörülebilir olduğuna, al ya da öde hükümlerinin zaten piyasa kusuru nedeniyle oluşan riskleri alıcıya dağıtma amacıyla konulduğuna hükmetmiştir³⁴⁵.

II. Avrupa Birliğinde Al Ya da Öde Klozu

A) Avrupa’da Doğal Gaz

Avrupa’da doğal gaz endüstrisinin ortaya çıkışı, Hollanda’nın “Groningen” bölgesinde doğal gaz bulunması ve bu doğal gazın başta

³⁴³ Lewis, s. 1058.

³⁴⁴ “The purchaser had assumed an obligation to pay for the product even if subsequent events rendered its ability to take the product impracticable, or even impossible.” 461 N.E.2d at 1060-61. Bkz. Lewis, s. 1060.

³⁴⁵ Greenwald, s. 7. Ayrıca, *Iowa Electric Power & Light Co. v. Atlas* davasında uranyum fiyatının, *Missouri Public Service Co. v. Peabody Coal Co.* davasında ise kömür fiyatının aniden artmasına neden olan olayların öngörülebilir olduğuna hükmedilmiştir. Bkz. Greenwald, s. 7. Pegg / Waller, s. 462.

Almanya, Fransa ve Belçika olmak üzere diğer komşu ülkelere ihraç edilmesi ile olmuştur³⁴⁶. Günümüzde Avrupa devletlerinin büyük çoğunluğu, Rusya, Cezayir, Libya ve Norveç gibi AB üyesi olmayan ülkelere doğal gaz ithal etmektedir. Hollanda, Danimarka ve İngiltere'nin yerel gaz rezervleri bulunmakla birlikte söz konusu rezervlerden elde edilen gaz iç tüketimin bir kısmını karşılamak amacıyla kullanılmaktadır. İlerleyen yıllarda Avrupa gaz ihtiyacının katlanarak artması öngörülmektedir³⁴⁷.

1990'lı yıllarda başlayan serbestleşme sürecinden önce Avrupa Birliği üye ülkelerinin al ya da öde kayıtlarını ihtiva eden ve 15-20 yıllık bir süreyi kapsayan uzun dönemli gaz alım sözleşmeleri akdettikleri görülmektedir. Avrupa gaz ihtiyacının artması yönündeki eğilim dikkate alındığında bu ihtiyacın, önümüzdeki yıllarda yine al ya da öde sözleşmeleri akdedilmek suretiyle karşılanması beklenmektedir^{348,349}.

B) Gaz Direktifleri

Avrupa Birliği'nde enerji piyasasının yapısını ve bu piyasada faaliyet gösteren teşebbüsler ile bu teşebbüslerin faaliyetlerini düzenlemek amacıyla hazırlanan Gaz Direktiflerinde "al ya da öde" kayıtları ile ilgili düzenlemelere

³⁴⁶ Doğal gaz aslında "Slochteren" bölgesinde ortaya çıkmasına rağmen, bu yer en yakın yerleşim birimi olan "Groningen" adı ile özdeşleşmiştir. Bkz.: **Bülbul**, s. 34, dn. 34.

³⁴⁷ **Creti, A. / Villeneuve, B.**: "Long-Term Contracts and Take-Or-Pay- Clauses in Natural Gas Markets", <http://www2.toulouse.inra.fr/lerna/cahiers2003/0310116.pdf>, s. 2.

³⁴⁸ **Creti / Villeneuve**, s. 2.

³⁴⁹ Uzun dönemli sözleşmeler, güvenilir alıcılara yapılan uzun süreli satışlardan elde edilen gelir akışı sayesinde gazın üretimi ve uzak pazarlara taşınmasına yardımcı olmuştur. Ayrıca çok büyük ölçekli arama ve üretim projelerinin ve gaz piyasalarının geliştirilmesini kolaylaştırmıştır. Örnek olarak, Norveç Orman – Lange Boru Hattı, Rusya'dan Almanya ve İngiltere'ye uzanan Kuzey Avrupa (Baltık Denizi) Boru Hattı, Rusya – Türkiye arasındaki Mavi Akım Boru Hattı ve halen geliştirilmekte olan Nabucco Boru Hattı projesi gösterilebilir. Esas endişe bu kadar büyük projelerin tamamen liberalleşen pazarlarda gerçekleştirilmesinin mümkün olup olmadığıdır (**Creti / Villeneuve**, s. 2).

rastlanmaktadır. Söz konusu düzenlemelere geçmeden önce AB'de doğal gaz endüstrisini düzenleyen Gaz Direktiflerine kısaca değinmek gerekmektedir.

98/30/EC sayılı Doğal Gaz İç Piyasası Hakkında Ortak Kurallar Direktifi³⁵⁰ (98/30/EC sayılı Direktif), Elektrik Piyasası Liberalleşme Direktifi'ne büyük oranda benzemektedir ve üye ülkeleri, doğal gaz piyasalarını liberalleştirmeye zorlayacak düzenlemeler içermektedir³⁵¹. Direktif, doğal gazın tedariki, taşınması, depolanması ve dağıtımı için genel kuralları düzenlemektedir. Doğal gaz piyasasının yapılanması ve işlemesi için, piyasaya erişim, sistemlerin işletilmesi ve lisanslandırmalar ile ilgili kriter ve prosedürler düzenleme altına alınmıştır³⁵². 98/30 sayılı Direktif'in çıkış noktası Avrupa gaz piyasalarındaki rekabetin işleyebilmesi için zaruri görülen üçüncü kişi erişiminin sağlanmasıdır³⁵³.

2003 yılında ise doğal gaz endüstrisini oluşturan kısımlarda dikey bütünleşik³⁵⁴ biçimde faaliyet gösteren teşebbüslerin sahip olduğu pazar gücünü azaltmak, teşebbüslerin sahip olduğu pazar gücünün kullanımına bağlı olarak ortaya çıkabilecek olumsuzlukları ortadan kaldırmak ve dağıtım ve iletimde ayrımcı uygulamaları önleyerek üçüncü kişi erişimini garanti altına

³⁵⁰ 10.8.1998'de yürürlüğe girmiştir.

³⁵¹ **Cross, E.D. / Hancher, L. / Slot, P. J.:** EC Energy Law, in: M.M. Roggenkamp, A.Ronne., C.Redgwell and Inigo del Guayo, eds. Energy Law in Europe, OUP 2001, 5.279; **Hampshire, S. / Wardlaw, S. A.:** "The EU Gas Liberalisation Directive - Facing the Future", OGLTR 1998, s. 295 – 299, s. 295..

³⁵² **Cross / Hancher / Slot,** 5.279; **Hampshire / Wardlaw,** s. 295..

³⁵³ **Creti / Villeneuve,** s. 2.

³⁵⁴ 4646 sayılı Elektrik Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması ve Doğal Gaz Piyasası Hakkında Kanun'un 3. Maddesinin 29 nolu bendinde yer alan tanıma göre, doğal gazın üretim, iletim, dağıtım, ithalat, ihracat, depolama veya satış faaliyetlerinden iki veya daha fazlasını gerçekleştiren tüzel kişiler dikey bütünleşmiş tüzel kişiyi oluşturmaktadır.

almak gibi amaçlarla hazırlanan ve “İvmelenme Direktifi (Acceleration Directive)” olarak adlandırılan 2003/55/EC sayılı “Doğal Gaz İç Piyasası Hakkında Ortak Kurallar Direktifi” (2003/55/EC sayılı Direktif) kabul edilmiştir³⁵⁵. Direktifin üçüncü kişi erişimini düzenleyen 18. maddesinin üçüncü fıkrasında uzun dönemli gaz alım sözleşmelerinin ancak AB’nin rekabet kurallarına aykırılık teşkil etmemesi koşuluna tabi tutulması AB’nin konuya yaklaşımını ve rekabete verdiği önemi oldukça net bir şekilde ortaya koymaktadır³⁵⁶.

13 Temmuz 2009 tarihinde 2009/73/EC sayılı “Doğal Gaz İç Piyasası Hakkında Ortak Kurallar Gaz Direktifi” yayımlanmıştır. Bu son Direktifte de Al ya da öde klotuna ilişkin önceki direktiflerde yer alan hükümlere aynen yer verildiği görülmektedir.

C) Direktiflerde Yer Alan Al Ya da Öde ile İlgili Düzenlemeler

Doğal gaz endüstrisinde arz çeşitliliği sağlanarak rekabetçi bir ortam yaratılması, piyasada düşük fiyatlı doğal gaz bulunmasına neden olabilecektir. Bu durumda al ya da öde klotu içeren sözleşmelerle daha yüksek bedele gaz satacak olan teşebbüslerin sahip olduğu pazar payının azalacağı tahmin edilmektedir. Bu durum ise, dikey entegre olarak doğal gaz endüstrisinde faaliyet gösteren teşebbüslerin daha önceden taahhüt altına alınan miktarda doğal gazı alamaması ya da aldığı pahalı doğal gazı ucuza satması nedeniyle finansal açıdan zor durumda kalması anlamına

³⁵⁵26.6.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

³⁵⁶ Art. 18.3: The provisions of this Directive shall not prevent the conclusion of long term contracts in so far as they comply with the Community competition rules.

gelmektedir³⁵⁷. Doğal gazı satacak müşteri bulamayan alıcı al ya da öde ödemesine maruz kalacaktır. Rekabetin arttığı piyasada ileriki yıllarda da gaz satmakta zorlanacak olan alıcı eksik çekiş telafisi hakkını kullanmakta zorlanacaktır. Al ya da ödemesini telafi etmekte zorlanacak olan alıcı maruz kaldığı al ya da ödemelerini gaz maliyetine yansıtmak zorunda kalacaktır. Mevcut sözleşmeler ile alınan gazın, bu sözleşmelerde yer alan hükümler dolayısıyla rekabetçi piyasada erişime hazır gaz ile rekabetini elverişsiz hale getirebileceği yönündeki sıkıntıyı kabul eden AB, al ya da öde sözleşmelerinin doğurabileceği potansiyel olumsuz etkileri azaltmaya çalışmıştır. ABD'den alınan dersler ve özellikle İngiltere'de yaşanan kriz bu yaklaşımın benimsenmesini sağlamıştır. Bu sebeple her iki Direktifte de al ya da öde kayıtları üçüncü kişi erişimi ile ilgili olarak ele alınmıştır³⁵⁸.

98/30/EC sayılı Gaz Direktifi'nin 25. maddesinde, sisteme erişim verilmesinin, al ya da öde yükümlülükleri nedeniyle, kendisine "ciddi" ekonomik ve finansal zorluklar doğuracağını ileri süren boru hattı şirketlerine, üçüncü kişilerin erişim taleplerini reddetme hakkı yönünde bir istisna tanınmıştır³⁵⁹. Aynı istisna 2003 Avrupa Gaz Direktifi'nin 21. maddesinde de yer almaktadır.

³⁵⁷ Jones 2004, s. 169 (Bülül, s. 34'ten naklen)

³⁵⁸ Neuhoff, K. / von Hirschhausen, C.: "Long-term vs. Short-term Contracts: A European Perspective on Natural Gas", <http://www.dspace.cam.ac.uk/bitstream/1810/131595/1/eprg0505.pdf>, s. 10; Landridge, A.: "European Regimes for 'Take or Pay' Contracts", OGLTR 1998, I. 10, s. 372 – 374, s. 374; Omorhirhi, s. 13. 2009/73/EC Avrupa Gaz Direktifinin 32 ve 35. Maddeleri ile de aynı düzenleme devam etmiştir.

³⁵⁹ "If a natural gas undertaking encounters, or considers it would encounter, serious economic and financial difficulties because of its take-or-pay commitments accepted in one or more gas-purchase contracts, an application for a temporary derogation from Article 15 and or Article 16 may be sent to the Member State concerned.."

2003 Avrupa Gaz Direktifi'nde, üçüncü kişilerin sisteme erişimine ilişkin kuralın, piyasanın liberalleşmesi yönünde alınan önlemlerin, alıcı ve satıcıların Avrupa dışında milyarlarca dolarlık yeni yatırımlar yapmalarını gerektirecek uzun dönemli al ya da öde sözleşmelerine girmesi konusunda isteksizlik yaratmasına neden olacağı endişesiyle, yeni yatırımlarla gerçekleştirilecek gaz projelerine ilişkin muafiyetler düzenlenmiştir^{360,361}.

2003/55/EC sayılı Direktif'te, piyasanın serbetleştirilmesi nedeniyle al ya da öde taahhütleri ile gaz tedarik eden dikey bütünleşik kişilerin liberalizasyon sürecinden olumsuz etkilendiği dikkate alınarak bu finansal olumsuzlukları çözebilmek için derogasyon süreci öngörülmüş ve bu süreç Direktif'in 27. maddesinde ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir³⁶². Buna göre, doğal gaz endüstrisinde dikey bütünleşik olarak faaliyet gösteren teşebbüslerin daha önce doğal gaz üreticileri ile akdettikleri sözleşmelere konu olan pahalı doğal gazı satın alma (ya da bu gazı ucuza satma) zorunluluğu onları finansal açıdan zor durumda bırakıyor ve 27/3. maddede sayılan koşulları karşılıyor ise; bu teşebbüslerin, kendi tercih ettikleri üreticilerden doğal gaz almak isteyen serbest tüketicilerin iletim sistemine

³⁶⁰ Madde 22: "Major new gas infrastructures, i.e. interconnectors between Member States, LNG and storage facilities, may, upon request, be exempted from the provisions of Articles 18, 19, 20, and 25(2), (3) and (4) under the following conditions:..."

³⁶¹ Esasen Avrupa Birliği bir yandan piyasanın liberalleşmesine yönelik bir mevzuat hazırlama çabası gönderken diğer yandan liberalleşmenin getirebileceği sıkıntıları öngörerek mevzuatta önemli muafiyetlere yer vermektedir. Söz konusu muafiyetler sadece al ya da öde taahhütleri ile sınırlı olmayıp yeni alt yapı projelerinin yapımında da gündeme gelmektedir. Örneğin Nabucco Projesi bu tür bir alt yapı projesi olduğundan üçüncü kişi erişimine ilişkin muafiyetten yararlanmaktadır.

³⁶² "If a natural gas undertaking encounters, or considers it would encounter, serious economic and financial difficulties because of its take-or-pay commitments accepted in one or more gas-purchase contracts, an application for a temporary derogation from Article 18 may be sent to the Member State

Concerned or the designated competent authority.

girip ucuz doğal gaz satan sağlayıcılardan doğal gaz tedarik etme isteğini reddedebilme³⁶³ (dolayısıyla gazı pahalı da olsa kendilerinden alma zorunluluğu getirebilme) imkanına sahip olacağı ve 2003/55/EC sayılı Direktif'in üçüncü kişi erişimine ilişkin olan 18. Maddesinin uygulanmamasından doğan sorumluluklarından geçici süre için muaf tutulacağı hükme bağlanmıştır.

Bu yöndeki bir derogasyon kararı, üye ülkenin kendisi ya da yetkili bağımsız idari otorite tarafından verildikten sonra ivedilikle Komisyon'a bildirilmek zorundadır³⁶⁴. Komisyon'un görevi ise, kendisine yapılan bildirim takiben azami 8 hafta içerisinde yapacağı inceleme ve değerlendirmeyi sonuçlandırarak derogasyonun kaldırılması ya da yürürlükte kalması yönünde verdiği kararı üye ülkeye bildirmek ve üye ülkenin bu kararını azami 4 hafta içinde uygulamasını sağlamak şeklinde tanımlanmıştır³⁶⁵.

Derogasyon sürecinin, serbest tüketicilerin diğer sağlayıcılar ile yapmış olduğu doğal gaz alım sözleşmelerindeki taahhütlerini yerine getirmelerini engellemesi, ucuz doğal gaz üreten/satan sağlayıcıların pazara girişini önlemesi ve AB çapında tek doğal gaz pazarı yaratılması hedefini olumsuz etkilemesi bakımından çok istisnai hallerde kullanılması gereken bir çözüm yöntemi olduğu vurgulanmaktadır³⁶⁶.

³⁶³ 40

³⁶⁴ The Member State, or the designated competent authority, shall notify the Commission without delay of its decision to grant a derogation, together with all the relevant information with respect to the derogation.

³⁶⁵ Within eight weeks of its receipt of this notification, the Commission may request that the Member State or the designated competent authority concerned amend or withdraw the decision to grant a derogation.

³⁶⁶ Jones 2004, s.171 (**Bülül**, s. 34'ten naklen).

Bu direktifin yürürlüğe girmesinden önce imzalanmış olan al ya da öde sözleşmelerine istisna getirilmesi talebine ilişkin bir karar, ekonomik alternatif pazarlar bulunmasını imkânsız kılacak bir duruma yol açmamalıdır.

Doğalgaz satışlarının, al ya da öde hükmü içeren gaz alım sözleşmelerinde yer alan indirim güvencelerinin altına düşmemesi veya al ya da öde hükmü içeren gaz alım sözleşmelerinin uyarlanabilir olması yahut doğalgaz piyasasında faaliyet gösteren teşebbüsün alternatif pazarlar bulma imkânının bulunması durumunda ciddi zorlukların bulunmadığı kabul edilir.

27.4 maddesi uyarınca, kendilerine, birinci paragrafta öngörülen istisna tanınmayan doğalgaz teşebbüsleri, doğalgaz alım sözleşmelerinde yer alan al ya da öde taahhütleri nedeniyle şebekeye erişimi reddedemez.

D) Gelişim

Avrupa Komisyonu'nun al ya da öde sözleşmeleri ile ilgili olarak ilgili belgelerde yaptığı değerlendirmelerde aşağıdaki tespitlere ulaşılmaktadır³⁶⁷:

i- Al ya da öde sözleşmeleri, piyasaya giriş açısından bir engel oluşturmamalı ve sınır aşan rekabete engel teşkil etmemelidir.

ii- Al ya da öde sözleşmeleri portföyüne sahip olan büyük şirketler, piyasaya yeni girecek teşebbüsler aleyhine rekabeti bozmamalıdır.

iii- Gazın diğer gazlarla fiyat rekabetinin gelişimi, mevcut sözleşmelerin değişen koşullara adapte edilmesi ve daha kısa süreli ve daha esnek fiyatlandırma kayıtları içerir şekilde düzenlenmesi hususunda tedarikçiler üzerinde güçlü bir baskı unsurudur.

³⁶⁷ Bu belgeler için bkz.: **Creti / Villeneuve**, s. 3.

iv- Al ya da öde sözleşmelerinde, uzun süreli yatırım planlaması ve sermaye yoğun işletmecilikten doğan risklerin satıcı ve alıcılar arasında paylaşılması amaçlanmaktadır.

v- Uzun dönemli al ya da öde sözleşmeleri Avrupa gaz arzı güvenliğinin esaslı parçasıdır.

Söz konusu tespitlerden anlaşıldığı üzere AB, bir yandan, al ya da öde düzenlemelerinin yeniden tanımlanmasına dâhil olmak istememekte ve piyasa esaslı çözümleri desteklemekte iken diğer yandan al ya da öde kayıtlarının yatırımın geri dönüşünü desteklemesi ve uzun dönemde arz güvenliği açısından önemini vurgulamaktadır³⁶⁸.

Yakın zamanlarda AB gaz arzının spot pazar alımları ile de sağlandığı görülmektedir. Kısa süreli sözleşmelere dayanan gaz ticareti 1990'ların ortasında başlamış ve İngiltere'nin gaz pazarının kısıtlayıcı şartlarını tamamen ortadan kaldırılması ile hızlıca gelişmiştir. Diğer ülkeler de İngiltere'yi takip etmektedir.³⁶⁹

Kısa süreli sözleşmelere dayanan gaz ticaretinin ortaya çıkışını, Avrupa Komisyonu tarafından teşvik edilen düzenleyici reformların bir sonucu olarak değerlendirmek mümkündür³⁷⁰.

Gelişen rekabetin gaz piyasasındaki uzun dönemli sözleşmelerin alıcı için yarattığı faydaları azalttığı ileri sürülmektedir. Artan indirim oranları ile

³⁶⁸ Creti / Villeneuve, s. 3.

³⁶⁹ Belçika'nın Zeebrugge şehrinde gaz ticaret merkezi kurulmuş ve Almanya ve Hollanda piyasaları ise kanatlanmakta olan pazar niteliğindedir. Ayrıca henüz gelişmekte olan ve fakat ileride varlığını sürdürmesi belli olmayan diğer bölgeler de bulunmaktadır. Bunlar: Almaya'da Aachen, Eynatten ve Lampertheim ve Belçika – Hollanda arasındaki Zelzate'dir. Bkz.: Creti / Villeneuve, s. 2.

³⁷⁰ Creti / Villeneuve, s. 2.

azalan sermaye giderleri, düşen taşıma bedelleri ve piyasaya giren yeni alıcı ve satıcılar uzun dönemli sözleşmelerin süresini kısaltmıştır. Bu etkiler dikkate alındığında, liberalleşen piyasada uzun dönemli gaz sözleşmelerine yer olup olmadığı tartışma konusu olmaktadır.³⁷¹

Liberalleşen piyasada ancak radikal piyasa değişikliklerine bağlı olarak sözleşme değişikliğine gidilebilmesini sağlayan kayıtları içeren uzun dönemli sözleşmeler varlığını sürdürebileceği düşünülmektedir. Bu nedenle uzun dönemli gaz alım sözleşmelerinde esnek bir uyarlama mekanizmasına yer verilmesi uygun görülmektedir³⁷².

³⁷¹ **Omorhirhi**, s. 13.

³⁷² **Brothwood**, M.: "The E.U. Gas Directive and Take or Pay Contracts", O.G.L.T.R. 1998, s. 318 – 321, s. 319; **Omorhirhi**, s. 13. Anılan türde kayıtlara ilişkin bu soruna liberalleşme sonrasında düzenlenen sözleşmelerde rastlanmamaktadır. Ancak liberalleşme öncesindeki dönemde imzalanan ve halen yürürlükte olan sözleşmeler için bu sorun varlığını sürdürmektedir. Liberal bir gaz piyasasında liberalleşme öncesinde düzenlenen ve halen uygulaması devam eden bu sözleşmeler "miras sözleşmesi"³⁷² olarak adlandırılmaktadır³⁷².

SONUÇ

Medeni Kanun'un 762. Maddesi uyarınca taşınır mülkiyetine tabi olan doğal gazın satımına ilişkin düzenlenen *doğal gaz alım sözleşmeleri* taşınır satım sözleşmesi hükümlerine tabidir. Alıcının asli edim borcu semen ödemek ve satıcının ise gazı teslim hazır halde bulundurmaktır. Gazın teslim edilmek üzere taşındığı boru hattındaki teknik ayarlamaların yapılabilmesi için, alıcı, bir sonraki gün teslim edilmesini istediği gazın miktar ve özelliklerini satıcıya bildirmektedir. Bu bildirim, *günlük çekiş talebi* olarak adlandırılır ve tarafların teslim borçlarını şekillendirir. Satıcı, günlük çekiş talebine konu miktar ve özellikteki gazı, talep edilen tarihte ve teslim noktasında teslim hazır halde bulundurmalıdır. İlgili gün sonunda çekiş talebine konu miktarda gazın eksik teslim edilmiş olması durumunda, bu eksik miktarlar yıl boyunca toplanır ve yıllık sözleşme miktarından düşülür. Yılsonunda yapılan hesaplama göre, genel toplamda al ya da öde miktarından eksik miktar gaz teslim alınmışsa eksik miktarın bedeli al ya da öde ödemesine konu olur.

Al ya da öde klozu uyarınca alıcı, bir sözleşme yılı için, yıllık al ya da öde miktarında gazın bedelini, gerçekte teslim alıp almadığına bakılmaksızın, ödemeyi taahhüt etmektedir.

Sözleşme yılı sonuna gelindiğinde, alıcının yıl boyunca teslim alıp bedelini ödemediği gaz miktarları toplamının yıllık al ya da öde miktarından eksik olması durumunda, alıcı, bu eksik miktarın bedelini, *al ya da öde ödemesi* olarak, satıcıya öder. Bu ödemede genellikle ilgili sözleşme yılında

gerçekleşen ortalama gaz fiyatı esas alınır. Bu şekilde alıcı, yıllık al ya öde miktarında gazın bedelini ödeme taahhüdünü yerine getirmiş olur.

Teslim alamadığı gazın bedelini ödeyecek olan alıcının karşılaştığı bu olumsuzlukların giderilmesi amacıyla, genellikle, al ya da klozuna ilişkin düzenlemelerde *eksik çekiş telafisine* yer verilir. Al ya da öde klozu uyarınca yapılan ödemede, bedeli ödenmesine rağmen teslim alınamayan gaz miktarı bir kurgusal *eksik çekiş telafisi* hesabına aktarılır. Bu ödemeyi takip eden yıl(lar)da alıcı, yıllık al ya da öde miktarına eşit miktarda gazı teslim aldığı andan itibaren, *eksik çekiş telafisi* hesabındaki miktara kadar gazı, bedelsiz olarak gazı *eksik çekiş* miktarı hesabından, teslim alabilmektedir. Al ya da öde ödemesinin yarattığı olumsuzluklarını gidermek için kullanılan diğer bir kayıt ise *miktar nakli*dir. Bir sözleşme yılı içinde alıcının yıllık al ya da öde taahhüdünden daha fazla gaz teslim alması durumunda, *miktar nakli gazı* olarak adlandırılan fazlaya ilişkin bu gaz miktarı, bir sonraki sözleşme yıl(lar)ının al ya da öde miktarından düşülebilir. Gelir akışında düzensizlik yaratacağını ileri süren satıcıların talebi nedeniyle, bu telafi haklarının kullanımının süre ve miktar bakımından sınırlandırıldığı görülmektedir.

Al ya da öde klozunun hukuki niteliğini ortaya koymak için öncelikle benzer kavramlara olan ilişkisi incelenmelidir. Asgari alım taahhüdünde alıcı, asgari miktarda gazı teslim alıp bedelini ödemeyi taahhüt etmektedir. Alımı taahhüt edilen mal miktarından *eksik mal* alınması, sözleşmeye aykırılık oluşturmakta ve *eksik miktar* açısından satıcı için talep hakkı doğmaktadır. Alıcının borca aykırılığı nedeniyle, genel olarak temerrüde bağlı sonuçlar doğacaktır. Bu durumda satıcının mahrum kaldığı karın ödenmesi

gerekmektedir. Al ya da öde klotunda ise, alım yükümlülüğünün ihlali halinde tali nitelikteki tazmin taleplerine başvurmak yerine, kararlaştırılan miktardaki gazın alınmasına bağlı olmadan da koşulsuz ödeme talebinde bulunmaktadır. Al ya da öde kaydı ifaya bağlı olmayan asli nitelikteki ödeme hakkı doğurmaktadır. Bu bakımdan al ya da öde klotunun bir asgari alım taahhüdü olarak kabulü mümkün değildir.

Götürü tazminat, alacaklıya bir zarara uğradığını ve bu zararın miktarını ispat noktasında kolaylık sağlamakta ve tazminat miktarının üst sınırını belirlemektedir. Buna karşın al ya da öde klotunun asıl amacı ise satıcının düzenli gelir akışının korunmasıdır. Ayrıca, götürü tazminatın talep edilebilmesi için zararın varlığı zorunlu ön şart iken al ya da öde klotu ile alıcı, teslim şartına ve zarara bağlı olmaksızın belli miktar gazın bedelini ödemeyi taahhüt etmektedir. Bu nedenlerle, al ya da öde klotunun götürü tazminat olarak kabulü mümkün değildir.

Teslim alınmasa dahi belli miktar gazın bedelinin ödenecek olması son derece ağır bir yükümlülüktür ve alıcıyı gazı teslim almak konusunda gerekli tüm çabayı göstermeye zorlamakta ve bir baskı unsuru yaratmaktadır. Bu yönden al ya da öde klotu, cezai şartın zorlama ve asıl borcu teminat altına alma fonksiyonu ile benzerlik taşımaktadır. Ayrıca alıcının, al ya da öde taahhüdü altında yapması gerekli ödeme satıcının zarara uğraması koşuluna bağlı değildir. Satıcının zarara uğradığını ispat yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu yönden de cezai şartın telafi veya tazminat fonksiyonu ile benzerlik göstermektedir. Teslim alınmayan gazın bedelinin ödenmesinin ceza mahiyeti taşıyabileceği ve cezai şartın ceza fonksiyonu ile benzerlik

taşıyacağı ileri sürülebilse dahi al ya da ödemesinde cezai şarttan farklı olarak telafi imkanı bulunmaktadır. Zira bedelini ödeyen ve fakat gaz teslim almayan alıcının ileriki sözleşme yıllarında yeniden bedel ödemeksizin bu miktarı alma hakkı bulunmaktadır.

Anılan tam ve kısmi benzerlikler yanında al ya da öde ve cezai şart bazı esaslı noktalarda ayrılmaktadır. Cezai şart sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi ya da zamanında veya belirlenen yerde ifa edilmemesi erteleyici şartına bağlı iken al ya da öde yükümlülüğünde yer verilen ödeme taahhüdü koşulsuz bir yükümlülüktür. Alıcının asgari miktarda gazı alma yükümlülüğünün bulunmadığı ve fakat bu miktarda gazın alınmasa da bedelinin ödeneceği şeklinde kaleme alınan bir ödeme taahhüdü, sözleşmenin ihlalden doğan bir ödeme olmayıp bağımsız bir taahhüttür. Cezai şartın asıl borca bağlı bir fer'i borç olma niteliği karşısında al ya da öde borcu borçlunun asli borcudur. Cezai şart olarak kararlaştırılan edim, asıl borçtan ayrı bir edim olmalıdır. Asıl borç ile cezai şart ediminin ayrı olması, edimin niteliği yönünden olabileceği gibi miktarı yönünden de olabilir. Asli edim ile cezai şart olarak kararlaştırılan edimin niteliği ve/veya miktarı aynı ise cezai şarttan söz etmek mümkün değildir. Alıcının sözleşmeye göre teslim aldığı yıllık al ya da öde miktarı ile eksik teslim aldığı durum karşılaştırıldığında her iki durumda da borçlunun ifa edeceği edimin aynı niteliktedir. Bu nedenlerle al ya da öde klozu, cezai şart niteliğinde değildir.

Borçlar Kanunu m. 71'de düzenlenen seçimlik borçtan söz edilmesi için birden fazla edimin varlığı olmazsa olmaz koşul olarak karşımıza çıkmaktadır. "Al ya da öde" klozunda yer alan "ya da" ifadesi, bu kloz

uyarınca birden fazla borç doğduğunu çağrıştırmasına rağmen, borç tektir. Al ya da öde klozu ile borçlu asgari miktarda gazı almayı değil her durumda bu miktar gazın bedelini ödemeyi taahhüt etmektedir. Al ya da öde klozuna konu borcun tek olması nedeniyle, bu klozun seçimlik hak olarak kabulü mümkün değildir.

Doktrinde anılan nedenlerle, al ya da öde kaydının kendine özgü, asgari alım taahhüt miktarı kadar gaz bedelinin gazı teslim alma koşuluna bağlı olmaksızın kayıtsız şartsız ödenmesini teminat altına alan bir kayıt olduğu kabul edilmektedir.

BİBLİYOGRAFYA

Anderson, O.L. /

Dzienkowski, J.S. /

Lowe, J.S./

Peroni, S.J. /

Pierce, D.E. /

Smith, E.E.

Hemingway Oil and Gas Law Taxation,
Fourth Edition, Thomson West 2004.

Aral, F.

Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri,
Genişletilmiş 7. Baskı, Ankara 2007.

Becker, H.

İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm:
Çeşitli Sözleşme İlişkileri (Madde 184 –
551), Ankara 1993.

Beggs, D. /

Sapte, W. S.

Gas Sales and Supply Contracts, in
Natural Gas Sales Agreements, Martyn R.
Davyd, London 2002.

Bily, Kirk J.

"Royalty on Take - or - Pay Payments and
Related Consideration Accruing to
Producers", Houston Law Review, Vol. 27 (90), p. 105 - 146.

- Brooke II, A. F.** Great Expectations: Assessing the Contract Damages of the Take - or - Pay Producer", Texas Law Review 1991-92, Vol. 70, p. 1468 - 1487.
- Brothwood, Michael** "The E. D. Gas Directive and Take or Pay Contracts", OGLTR 1998, I. 8, p. 318 - 321.
- Brothwood, M. / Sapte, D. W.** "Take-or-pay contracts", Gas Trading Manual, Edited by David Long and Gay Wenban -Smith, Second Edition, Cambridge 2003
- Buie, Alan M.** "Current Take - or - Pay Payments as Advanced Sales of Gas: Why The Lessor's Royalty Claim is Still Alive and Well in Texas After Killiam Oil Com. v. Bruni", Baylor Law Review, Vol. 44 (1992), s. -711 - 757..
- Bülbül, O.** Doğal Gaz Piyasasında Rekabet, Rekabet Kurumu 5. Dönem Uzmanlık Tezi, <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=tezdetay&Id=77>

- Capron, S. Joseph** "Oil and Gas: Watts v. Atlantic Richfield Co.: Lessors Distant Beacon of Hope - Will Oklohama See It?, Oklohama Law Review (1999), Vol. 52, p. 145 - 161.
- Coffey, Rodrick J.** "Fairness is in the Eye of the Beholder: The Conflicting Interpretations of the Correct Measure of Damages for Breaches of Natural Gas Contracts Containing Take - or - Pay Provisions", *BYU Journal of Public Law*, Vol. 14 (99 - 00), p. 151 - 178.
- Creti, A. / Villeneuve, B.** "Long-Term Contracts and Take-Or-Pay-Clauses in Natural Gas Markets", <http://www2.toulouse.inra.fr/lerna/cahiers2003/0310116.pdf>
- Cross, E. / Hancher, L. / Slot, P.J.** "EC Energy Law" In M.M. Roggenkamp & A. Ronne (Eds.), *Energy Law in Europe* (pp. 213-320), Oxford 2001.
- Dirican, G.** Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Uygulaması, İstanbul 2007.
- Ekinci, Hüseyin** Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, Ankara 2004.

- Erdem, M.** "Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28 - 29 Mayıs 2009), Ankara 2009.
- Eren, F.** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, Ankara 2009.
- Farnsworth, E. A./**
Young, W. F./
Sanger, C. Contacts Cases and Materials, Sxth Edition, New York 2001.
- Greenwald, Gerald B.** "Natural Gas Contracts Under Stress: Price Quantity and Take or Pay", JENRL 1987, Vol. 5, No. 2, s. 1 - 14.
- Gökçeoğlu, K. H.** Cezai Şart ve Güncel İçtihatlar, İstanbul 2007.
- Gözübüyük, A. P.** Mücbir Sebepler Beklenmeyen Haller, Genişletilmiş 3. Bası, Ankara 1977.
- Gümüş, M. Alper** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2008.
- Günay, Cevdet İlhan** Cezai Şart, Ankara 2001.

- Hampshire, Samantha**
/ **Wardlaw, Steven A.** "The EU Gas Liberalisation Directive - Facing the Future", OGLTR 1998, p. 295 - 299.
- Hardaker, Guy** "Force Majeure and Take or Pay Contracts for Power Stations: The Buyers Perspective", JELTR 2000, p. 163 - 166.
- Hardwick, James /**
Hayes, Kevin. J. "Gas Marketing Issues in the 1990's Part III" OGLTR 1993, I. 11/12, p. 353
"Gas Marketing Royalty Issues in the 1990s Part II", OGLTR 1993, No. 9/10, p. 279.
- Huggins, John S.** "Take or Pay" Gas Contracts: Is Disaster Looming?" OGLTR 1996, I. 3, p. 99 - 104.
- Heeg, Peggy A.** "Gas Transportation in the United States: What's to Be Learned", OGLTR 1997, I. 10, p. 381 - 387.
- Kaya, B.** Avrupa Birliği Elektrik ve Doğal Gaz Yasalarında Rekabet ve Türkiye'ye Yansımaları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, AÜSBE 2007.

- King, Randy** "Royalty Owner Claims to Take - or - Pay Payments Under the Implied Coverant to Market and the Duty of Good Faith and Fair Dealing, South Texas Law Review, Vol. 33 (92), p. 801 - 837.
- Kılıçoğlu, A. M.** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 12. Bası, Ankara 2009.
- Kocaağa,K.** Türk Özel Hukukunda Cezai Şart (BKm. 158-161), Ankara 2003.
- Kocayusufpaşaoğlu, N.** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 1, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Bası, İstanbul 2008
- Landridge, Adam** "European Regimes for Take or Pay' Contrats", OGLTR 1998, I. 10, p. 372 - 374.
- Lewis, H. Alexander** "Allocating Risk in Take - or - Pay Contracts: Are Force Majeure and Commrecial Impracticability The Save Defense?", Southwestern Law Journal, vol. 42 (88-89), p. 1047 - 1069.

- Lowe, John S.** "The Take-or-Pay Wars - Is Peace at Hand?", OGLTR 1989/90, I. 1, p. 3 – 7 ("Lowe, Take or Pay Wars" olarak anılacaktır).
- Lowe, John S.** "Gas Contracting: The Lessons of the Seventies", Natural Resources & Environment, Vol. 3 (88 89), p. 3 – 6 ("Lowe, Lessons" olarak anılacaktır).
- Lowe, John . S.** "Gas Contracting in the United States: Hard Times and New Responses", OGLTR (1988/89) 2, s. 37 – 41 ("Lowe, Hard Times" olarak anılacaktır).
- Lowe, John S.** Oil and Gas Law, Dallas 2003.
- Marseglia, E. A. Jr.** "Take-or-Pay Litigation - The Producer Perspective: Part 2", OGLTR 1987/8, I. 5, p. 125 - 133.
- "Take-or-Pay Litigation - The Producer Perspective: Part 1", OGLTR 1987/8, I. 4, p. 93 - 99.

Martin, P.H./

Kramer, B. M.

Williams & Meyers Oil and Gas Law,
Second Edition, Lexis Nexis Pub. 2004.

Matthiesen, H.

"To What Extent Do Take-or- Pay
Contracts Facilitate the Development of
Infant Gas Markets and What Challenges
Do They Pose at a Time of Liberalisation",
[http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/car/html/c
ar4_art7.htm](http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/car/html/car4_art7.htm).

Maxwell, R. C./

Martin, P. H./

Kramer, B. M.

Oil and Gas Cases and Materials, Seventh
Edition, New York 2002.

Mc Arthur, J. Burnitt

"The Take - or Pay Crisis: Diagnosis,
Treatment and Cure for Immorality in the
Marketplace", New Mexico Law Review,
Vol. 22 (1992), p. 358 - 458.

Neuhoff, K. /

von Hirschhausen, C.

Long-term vs. Short-term Contracts: A European Perspective on Natural Gas”,
<http://www.dspace.cam.ac.uk/bitstream/1810/131595/1/eprg0505.pdf>

Nichols, Virginia A. /

Crumbley, Larry D.

"Tax and Accounting Treatments Differ for Take - or - Pay Gas Purchase Contracts",
Oil & Gas Tax Quarterly, Vol. , p. 687 - 696.

Omorhirhi, I.

“The Emergence of a Global Gas Market: Fallacy Or Reality?”,
http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/car/html/CAR10_ARTICLE3.PDF

Oluseye, A.

“International Project Finance Abolition Of Long-Term Contracts: What Are The Implicationsand Options For Bankability In Energy Projects Financing?”,
http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/car/html/car8_article3.pdf.

O’Neill, D.:

“Gas Sale and Purchase Agreements” in Oil and Gas: A Practical Handbook, Law edited by G. P.- Tubervill, London 2009.

Osikilo, Y.

“How Are The Problems Of Buyer In Long-Term Take or Pay Contracts In The Gas Industry Mitigated”,
http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/car/html/CAR9_ARTICLE24.pdf

Ozanoğlu, H. S.

“İstisna Ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran-Aralık 1999 Cilt:III, Sayı:1- 2, s. 63-121.

Pegg, J. G. /

Waller, M. R.

"Take or Pay Provisions in Natural Gas Contracts: The US Experience as a Comparator to the UK Gas Industry's Problems", Journal of Energy & Natural Resources Law, Vol. 14, No. 4, p. 456 - 463.

- Pervan, N.** Türkiye’de Doğal Gaz Piyasasının Yeniden Yapılandırılması ve Sonuçları”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, AÜSBE 2006.
- Petrash, Jeffrey M.** "Long Term Natural Gas Contracts: Dead, Dying or Merely Resting", Energy Law Journal, Vol. 27, p. 545 - 582.
- Phillips, Bleddyn** "Examining the Future of Long - Term Take or Pay Contracts", OGLTR 1997, I. 3, p. 73 - 76.
- Roberts, Peter** Gas Sales and Gas Transportation Agreements Principles and Practice, London 2004.
- Ross, P.** Sales Of Gas to Power Generators, Industrial Consumers, and Bulk Marketers” in Natural Gas Sales Agreements, Martyn R. Davyd, London 2002.
- Sachsenhauser, R.** “Zulässigkeit von Take-or-Pay-Klauseln in Gaslieferverträgen mit Sondervertragskunden”, CuR 03-2009.

- Schöler, M.** Langfristige Gaslieferverträge, Die kartellrechtliche Zulässigkeit von Take or Pay-Verträgen auf der Importstufe und deren Weiterreichung auf die nachfolgenden Absatzstufen nach Art. 81 EG, Köln 2006.
- Serozan, R.** Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Temel Kavramlar, Kaynaklar ve İlkeler, Atipik Sözleşmeler, Satım, Trampa, Bağışlama Uygulama Çalışmaları, İstanbul 2002.
- Serozan, R.** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 3, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, B. 3, İstanbul 2002
- Smith, E. E. /**
- Dzienkowski, J. S. /**
- Anderson, O. L. /**
- Conine, G. B. /**
- Lowe, J. S. /**
- Kramer, B. M.** International Petroleum Transactions, RMMLF Edition, Colorado 2000.
- Smith, Ernest E.** "Royalty Issues: Take - or - Pay Claims and Division Orders, Tulsa Law Journal, Vol. 24 (Summer 89), No. 4, p. 509 - 545.

- Stimpert, Marc Ryan** "Lenope Resources Corporation v. Tennessee as Pipeline Company: Natural Gas Take - or - Pay Contracts Under The Uniform Commercial code", Energy Law Journal, Vol. 18, p. 421 - 431.
- Strohl, Paul** "The Take - or - Pay Claim: The Producers Perspective", Natural Resources & Environment, V. 3, (1988 - 1989), p. 11 - 13.
- Tandoğan, Haluk** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, Tümü Yeninden İşlenmiş ve Genişletilmiş Beşinci Basım'a Altıncı Tıpkıbasım, İstanbul 2008.
- Tekinay, S. S. /**
Akman, S. /
Burcuoğlu, H. /
Altop, A. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7 . Baskı, İstanbul 1993.
- Thomale, H. C. /**
Feurstein, S. Die AGB-rechtliche Wirksamkeit von Take-or-Pay Klauseln in Energielieferverträgen“, NJOZ 2010, s. 811 – 830.

- Trimble, Niall** "An Introduction to Gas Sales Agreements", OGLTR 1992, I. 11/12, p. 331 - 336.
- Trimble, Niall** "Gas Sales Agreements", Upstream Oil and Gas Agreements, Martyn R. Davyd, London 1996
- Tuhr, A. von**
(çev. Edege, C.) Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı, C. 1-2, Ankara 1983.
- Tunçomağ, K.** Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963.
- Tunçomağ, K.** Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, B. 6, İstanbul 1976.
- Tunçomağ, K.** Türk Borçlar Hukuku, C. II, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977.
- Uçar, Salter** Hukukta Cezai Şart ve Uygulaması, İstanbul 2003.
- Uygur, T.** Açıklamalı – İctihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C. 3, Ankara 2003.

- Uygur, T.** Açıklamalı – İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Madde 109 – 213, C. 4, Ankara 2003.
- White, William H.** “The Right to Recover Royalties on Natural Gas Take - or - Pay Settlements”, Oklahoma Law Review 1988, V. 41, p. 663 - 684.
- Wickwire J. M. /**
Driscoll T. J. /
Hurlbut, S. B. /
Hillman, S. B. Construction Scheduling: Preparation, Liability, And Claims, 2nd Edition, New York 2003
- Yazıcı, A. H.** “Satıcının Gemi Satım Sözleşmesinden Doğan Mülkiyeti Nakil Borcu Ve Bu Borcun İfası”, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2008.
- Zevkliler, A /**
Havutçu, A. Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007.
- Zachos, Susan** “Gas Purchase Contracts: Equitable Remedies for Breach, Houston Law Review 1987, V. 24, s. 991 - 1018.

ÖZET

Doğal gaz temiz, emniyetli ve kullanışlı olması sebebiyle günümüzde oldukça önemli bir enerji kaynağıdır. Ancak gerek üretici ülkelerin bu alanda monopol bir yapı sergilemesi ve gerekse doğal gaz üretimi ve diğer faaliyetlerinin büyük yatırımları gerektirmesi üreticiler ile alıcılar arasında uzun dönemli gaz tedarik sözleşmeleri akdedilmesi zaruretini doğurmuştur. Bu tür sözleşmelere eklenen al ya da öde hükümleri ile sektörel riskler özellikle üretici riskleri bertaraf edilmeye çalışılmaktadır. Konu şimdiye kadar Türk hukukunda ele alınmamıştır. Çalışmanın birinci bölümünde doğal gaz alım sözleşmelerinin genel özellikleri ve al ya da öde kayıtlarının ortaya çıkış sebepleri üzerinde durulacak, ikinci bölümünde ise al ya da öde kayıtlarının muhtevası ve benzer kayıtlar ile karşılaştırılması suretiyle hukuki niteliği araştırılacaktır. Çalışmanın son bölümünde mukayeseli hukukta al ya da öde kaydı incelenecektir.

ABSTRACT

As a clean, safe and useful energy supply natural gas is a vital energy source of our times. Because of the monopolist structure of producer countries in the industry and the required high investment costs resulted in the development of long term gas supply contracts between the producer and the supplier. Such contracts protect gas producers against the possibility of hold-up, after they have made a decision to invest in facilities to exploit gas deposits. Such contracts usually incorporate the so called “take or pay” clauses. This topic has not been dealt within the Turkish literature yet. The aim of the thesis is to make a detailed research on take or pay clauses. Therefore thesis will begin as a starting point with the characteristics of natural gas purchase contracts in Chapter 1 and introduce the general remarks of take or pay clauses included in natural gas purchase contracts in Chapter 2. Herein thesis will try to point out the contents of the take or pay commitments and concentrate on the legal qualification of such commitments by making a comparison with other similar contractual clauses. Last Chapter will analyse the take or pay clause in comparative law.