

BU SAYIDA...

2003 yılının bu son sayısını telekomünikasyon sektörüne ilişkin rekabet hukuku sorunlarına ve düzenlemelerine ayırdık. Bunun en temel nedeni, kolayca tahmin edileceği üzere Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin ses iletimi üzerindeki tekel hakkının bu yılın sonunda sona ermesiyle sektörün rekabete açılacak olması. Amacımız, söz konusu serbestleşme sürecinde ve sonrasında karşılaşılabilecek muhtemel sorunları ve çözüm önerilerini gündeme getirmek.

Bu çerçevede, bu sayımızda ilk olarak Rekabet Kurumu Başkanı Sayın Mustafa PARLAK'ın 1-2 Mart 2004 tarihinde gerçekleşen IV. Telekomünikasyon Arenası'nda yaptığı konuşmaya yer verilmektedir.

Avrupa Birliği Yolunda Telekomünikasyon Sektörü'nün değerlendirildiği bu konuşmada, nitelikleri itibariyle rekabete kapalı olan doğal tekellerden bazılarının teknolojik gelişmeler sayesinde zaman içinde rekabete açılabilir hale geldiği, telekomünikasyon sektörünün de bu sektörlerden biri olduğu belirtilmektedir. Ancak, piyasanın rekabete açılabilir hale gelmesinin bu alanda düzenleme yapılması gereğini ortadan kaldırmadığı, bilakis sektör sağlıklı bir rekabet ortamına kavuşturuluncaya kadar devletin düzenleyici rolünün devam etmesi gerektiği vurgulanmaktadır.

Bunun yanı sıra altı çizilen bir diğer konu da, düzenleyici kurallar ile rekabet kurallarının birbirlerini tamamlayıcı nitelikte oldukları, serbestleştirme sonrasında rekabet ortamının daimi kılınması için bu kuralların belirli bir bütün içinde tasarlanıp uygulanması gerekliliğidir.

Metinde ayrıca mevzuatın tek bir çatı altında toplanması, mevzuat hazırlıklarının şeffaf ve katılımcı bir şekilde gerçekleştirilmesi, ilgili kurumlar arası işbirliğine dair belirsizliklerin giderilmesi gibi serbestleştirmeye ivme kazandıracak somut adımlara, mevcut mevzuatın uygulanmasına ve Türk Telekom'un özelleştirilmesine ilişkin önerilere yer verilmektedir.

Dergimizin bu sayısında yer alan ikinci çalışma ise Rekabet Uzmanı Sayın Ali DEMİRÖZ'ün *Avrupa Birliği'nin Yeni Düzenleyici*

Çerçevesi Işığında Telekomünikasyon Sektörünün Düzenlenmesinde Rekabet Hukukunun Rolü başlıklı makalesidir. Bu makalede Avrupa Birliği (AB)'nin 25 Temmuz 2003 tarihinden itibaren uygulamaya başladığı Yeni Düzenleyici Çerçeve'nin (*New Regulatory Framework*), telekomünikasyon piyasalarının düzenlenmesi konusunda getirdiği yenilikler ele alınmakta ve sektörel düzenlemelerde rekabet hukuku prensiplerinin esas alındığı özellikle vurgulanmaktadır. Dolayısıyla, rekabet hukuku telekomünikasyon piyasalarına doğrudan uygulanmakla kalmayıp, rekabet hukukunun pazar tanımı ve hakim durum vb. temel kavramlarıyla ilgili prensipler de elektronik haberleşme piyasalarının düzenlenmesinde önemli bir rol oynamaktadır.

Anılan çalışmada dikkat çekilen bir husus da, telekomünikasyon alanındaki serbestleşme çalışmalarına Avrupa Birliği'ne oranla daha geç başlayan Türkiye'nin AB'nin deneyimlerinden yararlanması, yapılan düzenlemelerin hem bu deneyimi, hem AB üyeliği –dolayısıyla da mevzuat uyumu- perspektifini yansıtması hem de yeni düzenlemelerin özellikle yakınsama (*convergence*) olgusu çerçevesinde, tüm elektronik haberleşme şebeke ve hizmetlerinin tek bir düzenleyici çerçeve altında düzenlenmesini öngören yeni bir yaklaşımı yansıtması gerekliliğidir.

Makalede ayrıca, yukarıda değinilen düzenlemeler ışığında ülkemizde telekomünikasyon sektörünün düzenlenmesine, bu düzenlemelerin uygulanmasına ve sektöre özgü düzenlemeler ile rekabet hukuku ilişkisinin nasıl olması gerektiğine yönelik bazı öneriler sıralanmaktadır.

Dergide yer alan üçüncü makalede ise, AB Komisyonu Rekabet Genel Müdürlüğü çalışanlarından Robert KLOTZ ve Jérôme FEHRENBACH'ın AB Komisyonu'nun telekomünikasyon sektöründe fiyat yoluyla rekabet ihlallerine ilişkin olarak vermiş olduğu *Deutsche Telekom* ve *Wanadoo* kararları incelenmektedir.

Makalenin ilk kısmında *Deutsche Telekom* kararı çerçevesinde hakim durumun kötüye kullanılması yöntemlerinden biri olan fiyat sıkıştırması uygulamasına, buna ilişkin testlere ve teşebbüsler ile üye devletlerin sorumluluğuna, ikinci kısmında ise *Wanadoo* kararı çerçevesinde yıkıcı fiyat uygulamaları ele alınmaktadır.

Bu makale, fiyatların sektöre özgü kurallar çerçevesinde düzenlendiği durumlarda dahi, teşebbüslerin hakim durumlarını uyguladıkları fiyatlar vasıtasıyla kötüye kullanabildiklerini göstermesi ve bu alanlarda düzenleme olmasının rekabet hukuku çerçevesinde

yaptırım uygulamasına engel teşkil etmediğini göstermesi açısından oldukça önemlidir.

Yukarıda değinilen çalışmaların yanı sıra bu sayımızda da her zaman olduğu gibi, rekabet hukukuna ilişkin güncel gelişmelere yer verilmekte ve elektrik iletimine ve seyahat acentelerine ilişkin seçilmiş Rekabet Kurulu kararları da bu sayımızda sizlere sunulmaktadır.

Ayrıca, Rekabet Kurulu kararlarına itiraz sonucunda kesinleşen Danıştay kararlarının bir listesini ve bu kararlardan seçtiğimiz iki tanesini de bu sayımızda yayınlamak bir ilki daha gerçekleştirmenin mutluluğunu yaşıyoruz.

Petrol Ofisi A.Ş.'nin (POAŞ) blok satış yöntemiyle özelleştirilmesine yönelik olarak, anılan teşebbüsün % 51'lik hissesini devralacak ortakların akaryakıt dağıtım alanında da faaliyet göstermesi nedeniyle Rekabet Kurulu 30.07.1999 tarihinde söz konusu işleme koşullu olarak izin vermiştir. POAŞ'a talip olan ortak girişimin ortaklarından Petrol Ürünleri Turizm ve Nakliyat A.Ş. (PÜİS), işlem sonucunda 4054 sayılı Kanun'un 7 nci maddesi açısından hakim duruma gelinmesi ya da mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesine sonucunun doğmayacağından ve anılan karar ile Rekabet Kurulu'nun getirmiş olduğu koşulların Anayasa'nın düzenlediği çalışma hürriyetine aykırı olduğundan bahisle Danıştay'a itiraz etmiş, Danıştay 10. Dairesi ise Rekabet Kurulu'nun yatay ve dikey bütünleşmeler yoluyla rekabetin ortadan kaldırılmasını önlemeye yönelik koşullar getirebileceğini belirterek davayı reddetmiştir.

Danıştay'ın 14.11.2002 tarihli kararı ise, Rekabet Uzmanlarının yerinde inceleme yapmalarının engellenmesi ile ilgilidir.

Dergimizin bu sayısının, özellikle telekomünikasyon sektöründeki serbestleşme süreciyle ve genel olarak da rekabet hukukuyla ilgilenenlere önemli bir kaynak teşkil edeceğine inanıyoruz.

Saygılarımızla . . .

IV. TELEKOMÜNİKASYON ARENASI
(AVRUPA BİRLİĞİ YOLUNDA TELEKOMÜNİKASYON SEKTÖRÜ)
01-02 MART 2004
Konuşma Metni

Mustafa PARLAK *

Rekabet Kurumu adına hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Diğer sektörleri doğrudan etkilemesi ve hızlı büyüme potansiyeli bulunması nedenleriyle ekonomimizin en dinamik alanlarından biri olan telekomünikasyon sektörünün AB'ye tam üyelik sürecinde serbestleştirilmesini konu alan bu konferansın önemini, önceki konuşmacılar gibi ben de bir kez daha vurgulamak istiyorum.

Telekomünikasyon sektörünün serbestleştirilmesi sürecinde diğer ülke uygulamalarından faydalanmak suretiyle, "geç gelenin avantajını" hala koruduğumuzu düşündüğüm bu konjonktürde, son derece doğru bir zamanda düzenlenmiş bulunan bu konferansta, Kurumumuz görüşlerini aktarma fırsatını bize tanıdıkları için STEAM ekibine teşekkür ediyorum.

İki gün sürecek olan bu konferanstan hepimizin azami derecede faydalanacağını umut ediyor ve herkesin kendi payına önemli sonuçlar ve görevler çıkaracağını düşünüyorum.

Rekabetin ulusal ekonomimizin gelişmesi ve güçlenmesi bakımından öneminin, bugüne kadar bir çok akademisyen, politikacı ve ilgili tarafından ifade edilmiş olması nedeniyle sizleri detaylı akademik söylem ve bilgilerle boğmak yerine, burada rekabetin toplumsal refahın artırılması yönünde en önemli dinamiklerden bir tanesi olduğunu söylemekle yetinmek ve toplumumuzun bir bütün olarak fayda sağlayacağı bir "esas" teşkil ettiğini belirtmek istiyorum.

Ekonominin her alanında rekabet önündeki engellerin kaldırılması ve rekabetin gelişmesini sağlamaya yönelik tedbirlerin alınması, başta

* *Rekabet Kurumu Başkanı*

sektör spesifik ve de genel görevli düzenleyici ve denetleyici biz kamu otoritelerinin başlıca ödevlerinden birini oluşturmaktadır.

Gerek ülkemizde, gerek yurtdışı uygulamalarında, devlet eliyle rekabetin birtakım ekonomik ve sosyal gerekçelerle sınırlandırıldığı alanları başta doğal tekel özelliği gösteren sektörler teşkil etmiştir.

Ne var ki doğal tekellerin, arz ettikleri özellikler dolayısıyla, yasal düzenlemeler aracılığı ile rekabete kapatılmış olması, bilindiği üzere “dinamik” bir biçimde ele alınması gereken bir husustur.

Bir hizmetin sunumunda ya da bir malın üretiminde yaşanan birtakım teknolojik gelişmeler o üretimin yapıldığı sektörün doğal tekel olma niteliğini ortadan kaldırmaktadır.

Teknolojide ve hizmetlerin sunumunda ortaya çıkan gelişmelerin hizmetin “doğal tekel olma niteliğini” ortadan kaldırdığı alanlara en güzel örnek, bu konferansa konu sektör olan telekomünikasyon sektörü olarak verilebilmektedir.

İşte iktisat bilimi çerçevesinde doğal tekel niteliği kalmayan sektörlerde yasal sınırlamaların kaldırılması gerekliliği de bu noktadan hareketle ortaya çıkmaktadır.

Konuşmamın ilerleyen bölümlerinde değineceğim üzere yasal sınırlamaların kaldırılması doğal tekel niteliğini kaybetmiş sektörlerde “devletin düzenleyici rolünün sona erdiği” anlamına da gelmemektedir. Aksine sektör sağlıklı bir rekabet ortamına kavuşturuluncaya değin devletin düzenleyici rolü devam etmektedir. Avrupa Birliği serbestleşme uygulamalarında izlenen yolu da ana prensipleriyle bu şekilde özetlemek mümkündür.

Ülkemizin de üyesi olduğu OECD bünyesinde, üye ülkelerinin neredeyse tamamında ve Avrupa Birliği’nde telekomünikasyon sektöründe rekabet kuralları ile sektör spesifik kurallar bir arada uygulanmaktadır.

Bu bakımdan Telekomünikasyon sektörünün serbestleştirilmesinde ve rekabet ortamının daimi kılınmasında rekabet kuralları ile düzenleyici kuralların birbirlerini tamamlayıcı karakterde oldukları ve bu sebeple yalnızca rekabet kurallarının sağlıklı rekabet ortamının sağlanmasında yeterli olmadığı gibi, yalnızca düzenleyici kuralların da yeterli olmayacağını vurgulamakta fayda görüyoruz.

Şimdi “AB Yolunda Telekomünikasyon Sektöründe Serbestleşme Süreci”ne Kurumumun bakış açısını açıklamak istiyorum.

Hepimizin malumu olduğu üzere, Avrupa Birliğine tam üyelik Türkiye için bir devlet politikası olarak kabul edilmektedir.

Türkiye'nin AB üyeliği gerçekleşmese bile bu çerçevede yapılacak olan düzenlemeler ülke menfaatine olacaktır. Bunun nedeni, Avrupa Birliği'nin telekomünikasyon sektöründeki düzenleme ve uygulamalarının dünya deneyimleri ile karşılaştırıldığında son derece akılcı olduğunun ilgili tüm çevrelerce genel kabul görmesidir.

Dolayısıyla konunun sırf "AB'ye uyum sürecinin bir zorunluluğu olarak" ele alınmasının son derece yanlış olacağı, aksine, Avrupa Birliği'nin bilgi birikimi ve deneyimlerinden faydalanılmasının son derece büyük yararlar sağlayacağı kanaatindeyim.

Ses ve altyapı tekelinin 1.1.2004 tarihi itibarıyla kalkmış olması ülkemizde telekomünikasyon piyasalarının tam rekabete açılması konusunda önemli bir adım anlamına gelmektedir.

Bu adımla birlikte, telekomünikasyon sektöründe rekabetin tesisi için ikinci bir aşamaya girilmiş olunduğu açıktır.

Sektörde rekabetin sağlanması için ise, bugüne kadar yasalar ile tesis edilen ve kamu kaynakları ile korunan tekelin önümüzdeki dönemde bu sektörde rekabetin gelişmesinin önünde engel teşkil etmemesi için, bir dizi tedbirlerin alınması kaçınılmaz bir gerekliliktir.

Bu çerçevede, sektöre girişlerin teminat altına alınması ve piyasalarda faaliyet gösteren firmaların mevcut eksik rekabet koşullarından mağdur olmalarının engellenmesi, bu düzenlemelerin temel hedeflerini teşkil etmelidir.

İşte Avrupa Birliği'nin yaklaşık 15 yıllık tecrübesi tam da bu noktada önem kazanmaktadır.

Avrupa Birliği'nin söz konusu deneyimi dikkate alınarak, sektörün serbestleştirilmesi esnasında başta arabağlantı ve erişim konularında olmak üzere, fiyatlandırma, yerel ağın erişime açılması gibi konularda düzenleme ve uygulamalarda son derece dikkatli davranılması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Keza, erişim ve ara bağlantı sağlanamaması, pazara girişlerin önünde engel teşkil etmekte, bu alanlara ilişkin yapılacak düzenlemeler aracılığı ile bu engellerin ortadan kaldırılması gerekmektedir.

Bu bağlamda görüşümüz, AB deneyiminden gerektiği ölçüde faydalanılması için ilgili düzenlemelerin dikkatle incelenip Türkiye şartlarına uygun bir biçimde adapte edilmesi gerektiği yönündedir.

Serbest rekabet ortamının tesisi amacına ulaşmak için yapılacak düzenlemeler, eksik rekabet koşullarının tespit edildiği haller ile sınırlanmalı, ancak bu nitelikte bir durumun varlığının tespiti halinde gerekli düzenlemelere başvurulmalıdır.

Amacını aşan bir düzenlemenin bizi kendisinin pazara giriş engeli teşkil edebileceği dikkate alındığında, düzenlemeler aracılığı ile piyasalara yapılacak müdahaleler *gerekli haller* ile sınırlı tutulması gerekmektedir.

Topluluk telekomünikasyon düzenlemelerinin detaylarına bakacak olursak; AB düzenleyici yaklaşımlarını 1998 ve 2002 düzenleyici çerçeveleri olmak üzere iki başlık altında toplayabiliriz.

Teknolojinin günümüz teknolojisine göre çok daha eski olduğu ve telekomünikasyon sektörünün rekabete açılmaya başladığı 90'lı yıllarda getirilen Topluluk düzenlemelerinin;

- bu sektörün yasal tekellere konu olması
- dolayısı ile rekabete açılan bu sektörlerde pazara yeni girecek teşebbüslerin eski yasal tekeller ile karşı karşıya kalması

nedenleriyle ilk olarak mevcut eksik rekabet koşullarının iyileştirilmesine yönelik tedbirler içerdiği görülmektedir.

Pazarda "*sağlıklı rekabet koşullarının tesisi*" ile geçen yaklaşık 7 yıllık bir süreç ertesinde,

- ilgili sektörlerin 1998 yılı itibarıyla *tamamen* rekabete açılması,
- teknolojik gelişmelerin tüketicilere sunulan hizmet çeşitliliğini artırması ve
- hizmetlerin sunum yöntemlerinde önemli değişiklikler getirmesi

nedenleriyle düzenleyici yapının zorunlu olarak yeniden ele alınması ve eksik rekabet koşullarının devam edip etmediğinin, başka bir ifade ile işletmeciler üzerine getirilen yükümlülüklerin gerekliliğini koruyup korumadığının gözden geçirilmesi ihtiyacı ortaya çıkmış, bu ihtiyaçtan hareketle sektöre yönelik yeni düzenlemelerin kabul edildiği 2002 düzenleyici çerçevesi yürürlüğe sokulmuştur.

İki ayrı döneme ilişkin yapılan düzenlemeler karşılaştırıldığında, henüz piyasaların yeni oluşmaya başladığı ilk dönemde düzenlemelere esas olarak, "*rekabet kuralları çerçevesinde yapılan ilgili pazar tanımları*" yerine "*önceden tespit edilmiş belirli alanların*" esas alındığı görülmektedir.

Buna paralel olarak, ilk dönemde getirilen *ex-ante* yükümlülüklerin muhatabının, rekabet kuralları uygulamasında *hakim durumda olmayabilecek ancak ilgili alanlarda önceden belirlenmiş eşikleri aşan işletmeler* olduğu görülmektedir.

Pazarlarda rekabet seviyesinin gözle görülür bir biçimde arttığı içinde bulunduğumuz ikinci dönemde ise, *ex-ante* yükümlülüklerle tabi işletmeler rekabet kurallarına dayalı *hakim durum analizi yapılmak suretiyle* belirlenmektedir.

Bu kapsamda örneğin sektörün rekabete açıldığı dönemde rekabet kuralları kapsamında pazarların çizilmesinde yaşanan zorlukların, ilgili otoriteleri ve Topluluk merciilerini serbestleşmenin gerektirdiği ivedilik çerçevesinde önceden belirlenmiş alanlarda faaliyet gösteren teşebbüslere yükümlülükler getirmeye itmiş olması önemli bir deneyimi ifade etmektedir.

Türkiye'nin içinde bulunduğu durum, Topluluk hukukunun geçirdiği düzenleyici evreler incelendiğinde dikkat çekicidir.

Ülkemiz, bir yandan pazarların rekabete yeni açılması bakımından 90'lı yılların başındaki Topluluk üyesi ülkeler ile benzer koşullara sahip iken, diğer yandan *teknolojik koşullar* bakımından Topluluk üyesi ülkelerin yeni düzenleyici yapı içinde bulunduğu koşullar ile benzer bir durumdadır.

Görüşümüz, yapılacak düzenlemelerde bu hususa özel önem verilmesi gerektiğidir.

Bu açıklamalar ertesinde SERBESTLEŞMEYE İVME KAZANDIRILMASI İÇİN GEREKLİ SOMUT ADIMLARA İLİŞKİN ÖNERİLERİMİZE geçmek istiyorum;

“Avrupa Birliği Yolunda Telekomünikasyon Sektöründe Serbestleşme”ye ilişkin önerilerimizin ilk ayağını, sektörde serbestleşmenin etkin bir biçimde gerçekleşmesine olanak tanıyacak, bu süreci hızlandıracak yasal ve idari düzenlemelerin bir an önce tamamlanması oluşturmaktadır.

Mevcut telekomünikasyon mevzuatımız, sektöre tekellerin hakim olduğu bir dönemden kalma yasalardan oluşmaktadır.

Sektöre yönelik bu yasal altyapı, dağınık bir hal sergilemektedir.

Bununla birlikte, bu yasalar, bugün artık kabul ettiğimiz anlayışı tam olarak yansıtmaktan da uzaktır. Dolayısıyla bu yasaların artık tek bir

çatı altında toplanarak yukarıda söylediğimiz anlayışı yansıtabilecek şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.

Ulaştırma Bakanlığı'nca hazırlanan “Elektronik Haberleşme Yasa Taslağı” bu çerçevede sevindirici bir gelişmedir.

Ne var ki, yasalaşmadan önce Taslak hakkında ilgili tüm kişi ve kurumların görüşünün alınması şeffaflık açısından bir zorunluluk olup, Bakanlığımızın bu yönde adımlar atmış olması kuşkusuz önem taşımaktadır.

Ancak söz konusu Taslağa ilişkin gönderilen görüşlerin hangi gerekçelerle kabul edilip edilmediğinin açıklanması, düzenlemenin yorumunda esas alınacak amacın netleştirilmesi ve çıkabilecek olası sorunlara önceden cevap verilmesi bakımından uygun olacaktır.

Elektronik haberleşmeye ilişkin Taslağın yasalaşması ile birlikte, mevcut düzenlemelerin Türk Telekom'un özelleştirilmesine ilişkin kalan kısımlarının da ihtiyaca cevap verip vermediği dikkatle değerlendirilmeli ve varsa eksiklikler bir an evvel tamamlanmalıdır.

Taslağa ilişkin ikinci olarak ise özellikle “kurumlar arası işbirliğini öngören hükümlerdeki belirsizlik” üzerinde durulmalıdır.

Avrupa Birliği deneyiminden de görüldüğü üzere sektörde serbestleşme kurumlar arası azami işbirliğinde bulunulmasını gerektirmektedir.

Bunun nedeni telekomünikasyon ve rekabet mevzuatlarının her ikisinin de rekabetin artırılmasını hedeflerken farklı “araçlarla” donanmış olmalarıdır.

Dolayısıyla da kurumlar arası işbirliğinin etkin bir şekilde gerçekleşmesine olanak sağlayacak bir düzenlemeye, “farklı nitelikteki bu araçların karıştırılmaması gerekliliği” nedeniyle ihtiyaç duyulmaktadır.

Mevcut düzenlemeler bu ihtiyacı karşılamamakta, Taslağın konuya yaklaşımı da belirsizlikler içermektedir.

Serbestleşmenin sağlanmasında yeterince vakit kaybedilmiş ve artık gecikmeye tahammül kalmamıştır.

Konuşmamın başında söylediğim “dezavantajı avantaja çevirme” imkanımız bu konuda acele edilmezse yavaş yavaş ortadan kalkmakta, dolayısıyla “geç gelenin avantajından” bahsedebilmek için önümüzde sınırlı bir zaman bulunmaktadır.

Bu çerçevede biz Rekabet Kurumu olarak ilgili düzenlemelerin oluşmasına destek olmak için her türlü olanağımızı seferber etmeye hazır bulunmaktayız.

Telekomünikasyon sektörüne ilişkin ihtiyaç duyulan yeni “Yetkilendirme Yönetmeliği”nin bir an evvel çıkarılmasında büyük fayda görülmekte, keza bu hususa, sektörün rekabetçi bir yapıya kavuşturulması için olmazsa olmaz teşkil eden “yasal belirliliğin sağlanması” bakımından önem verilmektedir.

Özellikle AB deneyimi dikkate alınarak, yerel ağın erişime açılmasına ilişkin yaşanan sorunların önüne geçilmesi amacıyla bir an evvel ilgili düzenlemenin yapılması zorunludur.

Aksi takdirde uygulamada ne tip sorunların yaşanacağı burada bulunan herkesin malumudur. Nitekim, DSL konusunda ortaya çıkan sorunlar da bu konuda düzenlemelere olan ihtiyacı açıkça ortaya koymaktadır.

Kısa vadede sektörde rekabetin oluşabilmesi bakımından piyasaya girişi teşvik eden erişim ve arabağlantı ücretlerinin, uzun vadede ise yatırım teşviklerini ve şebekeler arası rekabeti artıracak ücretlerin tespit edilmesine olanak tanıyan düzenlemelere Rekabet Kurumu olarak büyük önem vermekteyiz.

Bu çerçevede mevcut düzenlemelerin bu anlayışı açık bir şekilde yansıtmaya hale getirilmesi, uygulamaya esneklik kazandırılması bakımından Kurumumuz açısından önem verilen bir adım oluşturmaktadır.

Şebekeler arası rekabetin ve sektörde genel anlamda rekabetin bir an evvel sağlanması bakımından kablo tv ve sabit kablosuz teknolojilere ilişkin yetkilendirme yapılması ve ana telekomünikasyon şebekesine erişime olanak tanıyacak düzenlemelerin bir an evvel yürürlüğe sokulması ve eksikler varsa tamamlanması gerekmektedir.

Mevcut düzenlemelerin, uygulanma kabiliyetlerini zedeleyen bazı belirsizlikler içerdiği de malumdur.

Bu konuda örneğin, Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin kapsamına ilişkin yaşanan tereddüt, bu Yönetmelik çerçevesinde getirilebilecek erişim yükümlülükleri ve bu yükümlülüklerin muhataplarının tam olarak belirlenmesinde kanımızca sıkıntı doğurmaktadır.

Söz konusu belirsizlikler uygulamaya yönelik kurumlar arası görev alanlarının belirlenmesinde de tereddütlere yol açabilmektedir.

MEVZUATIN UYGULANMASINA İLİŞKİN ÖNERİLERİMİZ ise, ilgili mevzuatın uygulanması, kurumlar arası uygulama ve son olarak ise Türk Telekom'un özelleştirmesine ilişkin değerlendirmeden oluşmaktadır.

Avrupa Birliği hukuku kamuya, *pozitif*, yani bir edimde bulunma yönünde ödevler yüklediği gibi *negatif*, yani bazı davranışlardan kaçınma ödevi de yüklemektedir.

Buna göre "*pozitif yükümlülükler*" başlığı altında ilk olarak mevzuatın, örneğin erişim yükümlülüğüne ilişkin hükümlerinin bir an evvel uygulamaya sokulması gerekmektedir.

Avrupa Birliği kuralları çerçevesinde kamuya yüklenen "*negatif yükümlülükler*" altında ise kamunun, "*zorunlu olmayan hallerde müdahalede bulunmaktan*" kaçınması gerekmektedir.

Gerçekleştirilen müdahalelerin takibi, düzenlemelerin etkili bir biçimde uygulanması bakımından da önem taşımaktadır.

Örneğin işletmecilerin, "*maliyet esaslı fiyatlandırmaya geçilmesi ve hesap ayrıştırması*" yönündeki yükümlülüklerinin takibi konusundaki aksaklıklar, sektörde yaşanan sorunların başında gelmektedir. Bu alanda yayımlanan düzenlemelerin ve alınan kararların uygulanmasına yönelik her türlü takibin yapılması ve gerekli tedbirlerin alınması gerektiği açıktır.

Telekomünikasyon gibi yoğun bir biçimde düzenlemelere tabi bir sektörde, "*serbest rekabet ortamı sağlanması ve korunması*" şeklinde Rekabet Kanunu'na paralel faydaların, sektör spesifik düzenlemeler gibi rekabet kurallarından farklı araçlar kullanılmak suretiyle hedeflemiş olması, bu sektörde rekabet kurallarının uygulanmasında şüphesiz büyük bir hassasiyet gerektirmektedir.

Bu durum, rekabet kurallarının uygulanma alanının sınırlarının doğru çizilmesi; rekabet kuralları kapsamında ele alınması gereken bir durum varken rekabet otoritesinin müdahaleden kaçınması veya rekabet kuralları kapsamında ele alınabilecek bir durum bulunmazken otoritenin müdahalede bulunması şeklinde *hatalı negatif veya hatalı pozitif* gibi davranışlardan kaçınılması bakımından hayati önem taşımaktadır.

Bu şekilde son derece hassas bir dizi kriterin uygulanmasını gerektiren olaylara yönelik kamunun müdahalelerinin hangi hallerde rekabet kurallarının uygulanması, hangi hallerde ise, müdahale araçlarının açıkça çok daha geniş çizildiği sektör spesifik kurallar çatısı

altında gerçekleşmesi gerektiği, doğal olarak önceden çizilmesi zor bir ayrımı oluşturmaktadır.

Sektörün serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde teşekkülü ve gelişmesinin temini bakımından telekomünikasyon düzenlemelerinin rekabet kurallarından çok daha geniş kapsamlı araçlar içerdiği aşikardır.

Telekomünikasyon düzenlemeleri, açık bir biçimde “*sektörde tekellerin ortadan kaldırılması*” ve “*sektörünün yeniden yapılandırılması*” çabası içindedir. 4054 sayılı Kanun ise bunun aksine tekellerin ortadan kaldırılmasını değil ancak tekelleşme ve buna dayalı gücün kötüye kullanılmasını önleme çabası içinde bulunmaktadır.

Bu iki hedefin karıştırılması ciddi bir hata olacaktır.

Rekabet kuralları “*teşebbüs davranışlarının ne olması gerektiğini belirleme*” değil ancak “*bazı teşebbüs davranışlarını yasaklama*” hedefi gütmektedir.

Başka bir ifade ile rekabet kuralları teşebbüslere yönelik “*önceden yazılı reçeteler*” vermemektedir. Dolayısı ile rekabet kurallarının bu karakterine, bu iki husus arası hassas çizginin kaybolmamasına azami dikkat gerektiği açıktır.

Bahsettiğimiz bu ayrım, telekomünikasyon sektörü gibi yoğun bir biçimde düzenlemelerin (hazır reçetelerin) söz konusu olduğu bir alanda fazlasıyla ağırlığını hissettirmeli ve bu sektörde “*belirleyici*” karakterin Telekomünikasyon Kurumu’na ait olduğu her daim akılda tutulmalıdır.

Bu açıklamalar çerçevesinde kurumlar arası işbirliğinin zeminini oluşturacak sağlıklı yasal düzenlemelere ne derece ihtiyaç duyulduğu açıktır.

Uygulayıcı makamlar olarak bizlere düşen görev ise karşılıklı olarak işbirliğinin azami seviyeye çekilmesidir. Nitekim son dönemde gerçekleştirilen uygulamalar da bu yöndedir.

Mevzuatın uygulanmasına yönelik bu açıklamalardan sonra **ÖZELLEŞTİRME**’ye değinmek istiyorum.

Bu noktada altı çizilmesi gereken ve her fırsatta dile getirdiğimiz husus, “*özelleştirmenin gelir elde amacına yönelik değil, piyasanın uzun vadede serbestleşmesine zemin oluşturacak şekilde yapılması*” gerekliliğidir.

Bu anlayışın somutlaşması gereken en önemli örnek tartışmasız Türk Telekom özelleştirmesi olmalıdır.

Nitekim sektörün rekabetçi yapısı değerlendirildiğinde Türk Telekom'un mevcut yapılanmasından kaynaklanan birçok sorunun var olduğu görülmektedir.

Türk Telekom'un altyapı tekeli olarak katma değerli hizmet piyasalarında da aynı tüzel kişilik altında faaliyet gösteriyor olması, bu faaliyetlerin denetlenmesi açısından birçok problemi beraberinde getirmektedir.

Bununla birlikte, birbirine rakip altyapılarda tekel hakkı tanınmış olması sebebiyle Türk Telekom'un, rekabetin sınırlanması sonucunu doğurabilecek bir menfaat çatışması içinde bırakılmasının, konuşmamızın önceki bölümlerinde yer verilen serbestleşmeye yönelik anlayış ile uyumadığı da açıktır.

Bu nedenle Türk Telekom'un yapılacak özelleştirmede yapısal bir değişikliğe gidilmeden olduğu gibi devredilmesi, mevcut sorunların geleceğe taşınması sonucunu doğuracaktır.

Bu kapsamda şimdiden başlamak kaydı ile Türk Telekom'un yeniden yapılandırılması ihtiyacı duyulmakta ve özellikle sabit altyapılar ile TT-Net internet servis sağlayıcılığı faaliyetlerinin ayrı tüzel kişiliklere kavuşturulmasının faydalı olacağı düşünülmektedir.

Ne var ki bütün bunlardan önce, Türk Telekom'un serbestleştirilen bu sektörde rolünün yeniden ele alınması, sektörün uzun dönemdeki rekabetçi yapısında belirleyici olacaktır.

Bu çerçevede artık, Türk Telekom'un sektörde devleti temsil eden bir kurum olduğu anlayışının terkedilmesi gerekmektedir.

Bu kapsamda özellikle evrensel hizmet adı altında sunulan hizmetlerin finansmanının nasıl sağlanacağı açıklığa kavuşturulmalıdır. Türk Telekom'un halihazırda sunduğu ve piyasada etkin rekabetin sağlanması bakımından bir zorunluluk teşkil eden hizmetlerin maliyetlerinin belirlenmesi gerekmektedir.

Konuşmama burada son verirken "AB Yolunda Telekomünikasyon Sektöründe Serbestleşme Süreci" başlıklı bu iki günlük konferanstan hepimizin azami derecede faydalanacağı ve herkesin kendi payına önemli sonuçlar ve görevler çıkaracağı beklentimi yinelemek istiyorum.

Hepinizi saygıyla selamlıyorum.

**AVRUPA BİRLİĞİ'NİN YENİ DÜZENLEYİCİ
ÇERÇEVESİ İŞİĞİNDA TELEKOMÜNİKASYON SEKTÖRÜNÜN
DÜZENLENMESİNDE REKABET HUKUKUNUN ROLÜ**

Ali DEMİRÖZ *

* *Rekabet Uzmanı. Bu çalışma yazarın görüşlerini yansıtmakta ve Rekabet Kurulu'nu bağlamamaktadır.*

I- GİRİŞ

Telekomünikasyon ya da son zamanlarda sıkça kullanılan şekliyle elektronik haberleşme sektörü¹, sadece bu sektörün ekonomiye yaptığı katkıdan değil, aynı zamanda ekonominin tümü ve hatta haberleşmenin sosyal hayattaki yeri nedeniyle toplumun tümü için temel girdi olan hizmetleri sağlamasından dolayı büyük bir önem arz etmektedir (Larouche 2000:362-363). Elektronik haberleşme alanındaki teknolojik gelişmeler nedeniyle sürekli yeni ürün ve hizmetlerin ortaya çıkması, bu sektörün ekonomik büyüme ve istihdama olan katkısını da ön plana çıkarmaktadır. Telekomünikasyon sektörünün belirtilen bu önemi ve bu sektördeki piyasaların yapısı (doğal tekel, şebeke dışsallıkları gibi özelliklerden dolayı uzunca bir süre bu piyasalarda tekellerin varlığı) nedeniyle, tekelci yapılanmadan rekabete geçişi ve ülke çapında belli bir kalitede telekomünikasyon hizmetlerinin sunulmasını sağlamak gibi kamu politikası amaçları doğrultusunda, bu sektörde rekabet hukukunun ötesine giden ekonomik düzenlemeler yapılmaktadır.

Bilindiği gibi, temel telekomünikasyon hizmetlerinin (sabit telefon şebekesi ve sabit telefon hizmeti) rekabete açılması ya da serbestleşmesi, 1980'lerin başlarında ABD, İngiltere ve Japonya'nın öncülüğünde başlamış ve 1990'ların sonlarına doğru birçok ülke tarafından tamamlanmıştır. Ülkelerin kendi piyasalarını rekabete açmalarına ek olarak, temel telekomünikasyon hizmetleri ticareti, Dünya Ticaret Örgütü bünyesinde önemli sayıda ülkenin 1998 yılı başında yürürlüğe giren Temel Telekomünikasyon Anlaşması² ile kabul ettiği yükümlülüklerle gelişmeye başlamıştır.

Telekomünikasyon piyasalarının rekabete açılması için ülkesel, bölgesel ya da küresel düzeyde yapılan girişimler nedeniyle söz konusu piyasalarda rekabetin artması ve teknolojik ilerlemeler nedeniyle sektörün sürekli değişen niteliği, bu piyasalar için yapılan düzenlemelerin sürekli gözden geçirilmesine ve değiştirilmesine neden olmaktadır. Bu çerçevede, Avrupa Birliği (AB)'nin 2002 yılında kabul edip 25 Temmuz 2003 tarihinden itibaren uygulamaya başladığı Yeni Düzenleyici Çerçeve (*New Regulatory Framework*), telekomünikasyon piyasalarının düzenlenmesinde önemli yenilikler getirmektedir. Bu yeniliklerin en

¹ “Elektronik haberleşme” kavramı daha geniş bir anlamda kullanılmakla birlikte, bu çalışmada, “telekomünikasyon” ve “elektronik haberleşme” kavramları sektörün tümünü belirtmek amacıyla aynı anlamda kullanılacaktır.

² Bu Anlaşma 4 No'lu protokol olarak GATS (*General Agreement on Trade in Services*)'e eklenmiştir.

önemlisi, rekabet hukuku prensiplerinin sektörel düzenlemelerde esas alınmasıdır. Böylece rekabet hukuku, doğrudan telekomünikasyon piyasalarına diğer piyasalarda olduğu gibi uygulanmasının yanısıra, prensiplerinin (örn. pazar tanımı ve hakim durum ile ilgili prensipler) sektöre özgü düzenlemelerin uygulanmasında da esas alınması nedeniyle elektronik haberleşme piyasalarının düzenlenmesinde önemli bir rol oynamaktadır.

AB'nin yeni düzenlemelerinin, 1.1.2004 tarihinden itibaren belli alanlarındaki yasal tekeli sona erdirerek tüm telekomünikasyon şebeke ve hizmetlerinin rekabete açık bir şekilde işletilmesi ve sağlanmasını başlatan ülkemiz için ders çıkartılması gereken önemli yönleri bulunmaktadır. Ülkemizin serbestleşme adımını atmada geç kaldığı gerçeği (AB'den 6 yıl sonra)³ göz önüne alındığında, AB tecrübesinin, hem AB üyeliğimiz hedefi doğrultusunda bu düzenlemelere uyumun sağlanması gerekliliğinin ortaya çıkacak olması hem de yeni düzenlemelerin özellikle yakınsama (*convergence*) fenomeni çerçevesinde, tüm elektronik haberleşme şebeke ve hizmetlerinin tek bir düzenleyici çerçeve altında düzenlenmesini öngören yeni bir yaklaşımı yansıtması (Frieden 2003:245-249) nedeniyle, dikkate alınması gerekmektedir.

Bu çerçevede, bu çalışmada, öncelikle AB Yeni Düzenleyici Çerçevesi özellikle rekabet hukukunun bu düzenleyici çerçevedeki yeri ve rolü dikkate alınarak ana hatlarıyla incelenecek ve daha sonra bu düzenlemeler ışığında ülkemizde telekomünikasyon sektörünün düzenlenmesine, bu düzenlemelerin uygulanmasına ve sektöre özgü düzenlemeler ile rekabet hukuku ilişkisinin nasıl olması gerektiğine yönelik bazı öneriler sıralanacaktır.

II- AB YENİ DÜZENLEYİCİ ÇERÇEVESİ ve REKABET HUKUKU'NUN BU ÇERÇEVE İÇERİSİNDEKİ ROLÜ

1. Genel Olarak Elektronik Haberleşme Sektöründe Regülasyon ve Kullanılan Araçlar

Bilindiği gibi sabit telefon şebekesi bireysel elektronik haberleşmenin en önemli altyapısı durumundadır. Bunun gibi, televizyon ve radyo da kitlesel haberleşmenin vazgeçilmez araçlarıdır. Teknolojik gelişmelerle birlikte, hem bireysel hem de kitlesel haberleşme

³ AB, 1.1.1998 tarihinden başlayarak, üye ülkelerin sabit telefon şebekesi ve telefon hizmetleri alanında vermiş olduğu tüm özel ve münhasır hakları bazı istisnalarla (en geç Yunanistan 1.1.2001'den itibaren) kaldırmıştır.

alanlarında ilerlemeler olmuş, sabit telefon şebekesi ve karasal televizyon yayın şebekeleri dışında alternatif elektronik haberleşme şebekeleri (kablo tv, mobil telefon, dijital tv, uydu şebekeleri, internet vb.) ortaya çıkmaya başlamıştır. Bunun ötesinde, teknolojik gelişmelerle, her türlü bilgi, ses ve görüntünün aynı şebeke üzerinden taşınmasının önü açılmıştır. Örneğin, televizyon yayınlarının dağıtımı için kullanılan kablo tv şebekeleri çift yönlü ses ve veri iletimine uygun hale getirilerek, bu şebekelerde veri ve telefon hizmetlerinin sağlanması mümkün hale gelmiştir.

Bu gelişmelere rağmen, sabit telefon şebekesi ve telefon hizmetleri, uzunca bir süre, elektronik haberleşmenin en önemli aracı olmuştur. Halihazırda da bu şebekenin geliştirilmesiyle yeni hizmetlerin sağlanabilmesi nedeniyle, sabit telefon şebekesi telekomünikasyon sektöründeki önemini korumaktadır. Bu nedenle, ülke genelinde temel bir altyapı oluşturan bu şebeke ve bu şebeke üzerinden sağlanan telefon hizmetleri, bir kaç ülke dışında (Örn., ABD ve İngiltere) genellikle 1990'ların sonuna kadar ulusal kamu tekelleri eliyle işletilmiş ve sunulmuştur.

AB de tek pazar oluşturma amacı çerçevesinde, telekomünikasyon şebekelerinin işletilmesi ve hizmetlerinin sağlanmasında hem rekabet kuralları hem de Birlik organları tarafından çıkarılan direktifler⁴ yoluyla bu alanın serbestleştirilmesini ve üye ülkelerdeki düzenlemelerin harmonizasyonunu sağlamaya çalışmıştır. 1980'lerin sonuna doğru başlayan ve tedrici bir şekilde uygulanan politikalar sonucunda⁵, 1998 yılı başında sabit telefon şebekesi ve telefon hizmetlerinin sağlanması için üye ülkeler tarafından verilen tüm münhasır ve özel hakların kaldırılmasıyla⁶, telekomünikasyon sektöründe tam serbestleşme sağlanmıştır. AB'nde tam serbestleşmenin gerçekleştirilmesine yönelik adımlar bu çalışmanın kapsamında yer almadığından konunun ayrıntılarına girilmeyecektir.⁷

Tam serbestleşmeyle telekomünikasyon alanına girişteki hukuki engellerin kaldırılması önemli bir adım olmakla birlikte, bu adım doğrudan

⁴ Liberalizasyon (AB Anlaşması'nın 86. Maddesine göre Komisyon tarafından çıkarılan) ve harmonizasyon (AB Anlaşmasının 95. maddesine göre Konsey ve Avrupa Parlamentosu tarafından çıkarılan) direktifleri.

⁵ Bu süreç 1987 yılında yayınlanan bir Yeşil Kitap (Towards a dynamic European economy-Green Paper on the development of the common market for telecommunications services and equipment, COM(87)290 final) ile başlamıştır.

⁶ Bkz. Directive 96/19/EC, OJL 074/13, 22.3.1996.

⁷ Bu konuda detaylı ve kapsamlı bir inceleme için bkz. Larouche (2000: Bölüm 1-2).

rekabeti getirmemekte; hem ilk başta değinildiği gibi tüm toplum için elektronik haberleşme hizmetlerinin önemi nedeniyle tüketicilerin korunması hem de bu alandaki giriş engelleri ve şebeke dışlıkları nedeniyle yerleşik operatörlerin *de facto* tekel olarak kalmalarının önüne geçilebilmesi için, sektöre özgü düzenlemeler ile rekabet hukukunun birlikte uygulandığı bir düzenleyici çerçevenin varlığı gerekmektedir (Nikolinakos, Polykalos ve Kouvelou 2004:27).

Bu düzenleyici çerçeveler rekabet hukukunun (genel olarak hakim durumun kötüye kullanılmasının ve rekabeti bozucu anlaşma ve uyumlu eylemlerin yasaklanması ile birleşmelerin kontrolünü içeren) yanısıra üç grupta toplanabilecek sektöre özgü düzenlemeleri içermektedir: (i)-rekabeti artırmaya ve korumaya yönelik kurallar (örn. yetkilendirme, frekans tahsisi, arabağlantı ve erişime yönelik kurallar), (ii)- pazar gücüne olan sahip teşebbüslerin bu güçlerini kötüye kullanmalarını önleyecek düzenlemeler (arabağlantı ve erişim şartları, son kullanıcılara yönelik fiyat ve kalite yükümlülükleri gibi), (iii)- evrensel hizmet yükümlülükleri (Geradin and Kerf 2003:12-13).⁸

Düzenleyici çerçevelerde sektöre özgü kurallar ve rekabet hukukundan hangisinin daha ağırlıklı bir şekilde kullanılacağı ülkeden ülkeye değişmektedir.⁹ Tek başına rekabet hukukunun bu sektörde serbestleşme ve rekabetin sağlanması için yeterli olmadığı ve bu süreci yavaşlattığı kabul edilmektedir (Walden 2001:11-12), bununla birlikte, incelenecek olan AB Yeni Düzenleyici Çerçevesi örneğinde olduğu gibi, piyasalarda rekabet arttıkça sektöre özgü düzenlemelerin azaltılıp, rekabet (hukuku) kurallarının uygulanmasının ağırlık kazanması gerektiğine yönelik bir eğilimin de genel kabul gördüğünü söylemek yanlış olmayacaktır.

Diğer ülke örneklerine paralel olarak, AB'nde yukarıda örnekleri sayılan müdahaleleri içeren elektronik haberleşme düzenlemelerinin temelini birbirini tamamlayıcı mahiyetteki sektöre özgü kurallar ile rekabet kuralları oluşturmaktadır (Ungerer 2000:6). Sektöre özgü kurallar Birlik organları tarafından çıkarılan direktifler ya da düzenlemeler çerçevesinde üye ülkeler tarafından (ulusal düzenleyici otoriteler yoluyla)

⁸ Bu çalışma, elektronik haberleşme sektöründe yapılan ekonomik düzenlemeler ile sınırlıdır, özellikle üçüncü şıkta yer alan evrensel hizmet düzenlemeleri ya da tüketicilerin korunmasına yönelik düzenlemeler tek başına sektörel düzenlemenin konusunu oluşturmaktadır.

⁹ Örneğin, sadece Yeni Zelanda rekabet kuralları ile sektörü düzenleme yoluna giderken (son yıllarda bu ülkede de özellikle ara bağlantı konusunda sektöre özgü düzenlemelerin gerekliliği ortaya çıkmıştır), ABD'de sektöre özgü düzenlemelerin ağırlığı daha fazladır. Karşılaştırma için bkz. Geradin ve Kerf (2003).

uygulanmaktadır. Rekabet kuralları ise AB Anlaşması'nın 81 ve 82. Maddeleri ile Birleşme Tüzüğü¹⁰'nde getirilen hükümlerden oluşmakta¹¹ ve AB Komisyonu, üye ülke rekabet otoriteleri ya da mahkemeleri tarafından uygulanmaktadır. Bu kurallar 1982 yılındaki *British Telecommunications*¹² davasında ATAD'ın rekabet kurallarının telekomünikasyon sektörüne de uygulanacağına hükmetmesinden beri bu alanda uygulanmaktadır.

2. AB Yeni Düzenleyici Çerçevesi

2.1. Telekomünikasyon Sektöründe Yaşanan Gelişmeler ve Yeni Düzenleme İhtiyacı

Yukarıda telekomünikasyon sektörünün düzenlenmesine ilişkin verilen genel bilgiler ışığında, Yeni Düzenleyici Çerçeve, tam serbestleşme sonrasında oluşturulan 1998 düzenleyici çerçevesinin uygulaması gözden geçirilerek, telekomünikasyon piyasalarındaki gelişmelere cevap verebilmek amacıyla kabul edilmiştir. 1998 düzenleyici çerçevesi, 1998 yılı başında telekomünikasyon piyasalarında başlayan tam serbestleşme sonrasında rekabetin artırılmasını amaçlamıştır. Bu düzenleyici çerçeve genel olarak liberalizasyon ve harmonizasyon direktiflerinin üzerine bina edilmiştir. Yetkilendirme Direktifi¹³, Arabağlantı Direktifi¹⁴, Telefon Direktifi¹⁵, Kiralık Hatlar Direktifi¹⁶ ve 2000 yılında kabul edilen yerel şebekenin rekabete açılmasına (*local loop unbundling*) yönelik Düzenleme¹⁷, bu düzenleyici çerçevenin temel taşlarını oluşturmaktadır. Sektöre özgü düzenlemelere paralel olarak rekabet hukuku da bu dönemde AB Komisyonu, üye ülke rekabet otoriteleri ve mahkemeleri tarafından uygulanmıştır.

1998 düzenleyici çerçevesi genel olarak sabit telefon şebekesi ve bunun üzerinden verilen hizmetlerde rekabeti artırmayı hedeflemekte ve bu direktiflerde önceden belirlenmiş alanlara ya da şebekelere yönelik

¹⁰ Council Regulation (EEC) No 4064/89 "on the control of concentration between undertakings", OJ L 395, amended by Council Regulation (EC) No 1310/97 of 30 June 1997. Bu Düzenleme, 1 Mayıs 2004 tarihinden itibaren yeni Yoğunlaşma Tüzüğü'nün (Council Regulation (EC) No 139/2004) yürürlüğe girmesiyle ortadan kalkacaktır.

¹¹Anlaşma'nın kamu teşebbüsleri ve devlet yardımlarına ilişkin hükümleri bu çalışmada ele alınmayacaktır.

¹² Italian Republic v. Commission, Case 41/83, [1985] ECR 873, par.22.

¹³ Directive 97/13/EC, OJ L 117/15, 7.5.1997.

¹⁴ Directive 97/33/EC, OJ L 199/32, 26.7.1997.

¹⁵ Directive 98/10/EC, OJ L 101/24, 01.4.1998.

¹⁶ Directive 92/44/EEC, OJ L 165, 19.6.1992, (Directive 97/51/EC ile değiştirilmiştir).

¹⁷ Regulation 2887/2000, OJ L 336/4, 30.12.2000.

düzenleme ilkelerini belirlemekteydi. Bu durum, telekomünikasyon piyasalarının hızla değişen yapısına cevap verecek esnekliği içinde barındırmıyordu. Ayrıca bu düzenleyici çerçeve tüm elektronik haberleşme şebeke ve hizmetlerini (örneğin televizyon yayınlarının iletimi gibi) kapsamıyordu. Bu nedenle, 1998 düzenleyici çerçevesi, AB Komisyonu tarafından 1999 yılında yayınlanan bir Duyuru¹⁸ ile gözden geçirilmiştir (*Communications Review*). Söz konusu Duyuru, yeni düzenlemelerin hangi amaç ve ilkeler üzerine bina edileceği ve ana hatlarıyla nasıl bir düzenleyici çerçeve oluşturulması gerektiği konusunda AB Komisyonu'nun görüşlerini yansıtarak, Yeni Düzenleyici Çerçeve'nin temelini oluşturmuştur.

Böyle bir gözden geçirme sürecinin en önemli nedeni, serbestleşmenin ve teknolojik gelişmelerin etkisiyle telekomünikasyon piyasalarında ortaya çıkan değişimlerdir. Genel olarak bakıldığında, gözden geçirmenin yapıldığı ve yeni düzenlemelerin kabul edildiği dönemde elektronik haberleşme endüstrisinde gözlenen gelişim kabaca şu şekilde özetlenebilir: Ekipman üretimi, şebeke (sabit telefon şebekesi) işletilmesi ve bu şebeke üzerinden verilen telefon hizmeti, faks ve katma değerli hizmetlerin (900'lü hizmetler vs.) sunulmasından ibaret olan ve nispeten daha basit bir yapı arz eden telekomünikasyon sektörü, teknolojik gelişmelerle-özellikle internet teknolojisiyle- aynı tür hizmetlerin birden fazla iletim altyapısı (sabit telefon şebekesi (PSTN), kablo tv, mobil telefon, internet, dijital tv, vb.) yoluyla sağlanabilecek şekilde gelişmeye başlamıştır. Bunun sonucunda, iletim altyapısı işletilmesi, internet erişimi hizmetleri, tarayıcı, arama motoru gibi orta kademe yazılımların oluşturduğu yazılım hizmetleri ve bu iletim şebekeleri üzerinden verilen yayın ve *online* hizmetler olmak üzere çeşitli hizmetlerin tüketiciye ulaştırıldığı çok katmanlı (*multi-layered*) bir değer zincirinden oluşan daha karmaşık bir elektronik haberleşme endüstrisi ortaya çıkmıştır (Fransman 2002:67-69).

Böylece, düzenleyiciler, 1997 yılında bir Yeşil Kitap¹⁹ ile irdelenen yakınsama fenomeni çerçevesinde, bilişim teknolojileri, medya ve telekomünikasyon sektörlerinin birbirinin içine geçtiği, aynı tür hizmetlerin değişik altyapılar yoluyla iletilebildiği ve özellikle internetin hem teknolojisinin (*packet-switching*) getirdiği yenilikler hem de bir iletim platformu olması

¹⁸ *Communication from the Commission, "Towards a New Framework for Electronic Communications Infrastructure and Associated Services The 1999 Communications Review, COM (1999) 539. Bu çalışmada "1999 Duyurusu" olarak adlandırılacaktır.*

¹⁹ *Green Paper on the Convergence of the Telecommunications, Media and Information Technology Sectors, and the Implications for Regulation, COM(97)623, 1997.*

nedeniyle sektörde rekabetin artmasının ve yeni hizmetlerin sunulmasının önünü açtığı bir durumla karşı karşıya kalmıştır. Teknolojik gelişmeler nedeniyle yaşanan bu değişime paralel olarak, tekelci yapılanmadan rekabete geçiş için dizayn edilen 1998 düzenleyici çerçevesinin, artık belli düzeyde rekabetin sağlandığı piyasalarda ve elektronik haberleşmenin tüm segmentlerindeki rekabetin artırılması için yeterli olmadığı ifade edilmiştir.²⁰ Böyle bir ortamda, 1999 Duyurusu ile gerçekleştirilen gözden geçirme ile elektronik haberleşme piyasaları için en uygun düzenleme modelini oluşturmaya yönelik ilk adımlar atılmıştır.

2.2. Düzenleme Amaç ve İlkeleri Işığında Önerilen Temel Değişiklikler

1999 Duyurusu'nda AB Komisyonu, yakınsama ile ilgili danışma sürecinde ortaya çıkanlar başta olmak üzere değişik danışma süreçlerinde toplanan sonuçlar ışığında, elektronik haberleşme alanında yapılacak düzenlemelerde gözetilecek amaçları ve bu amaçlara ulaşmak için yapılan düzenlemelerde benimsenecek ilkeleri ele almaktadır. Bu amaç ve ilkeler Yeni Düzenleyici Çerçeve'yle getirilen düzenlemelerin şekillenmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Benimsenen ilkelerin bu alandaki düzenlemeler bakımından özellikle ülkemize örnek teşkil edebileceği düşünülmektedir.

Bu çerçevede, yeni düzenleyici çerçevenin amacı, serbest ve rekabetçi bir haberleşme hizmetleri pazarının (Avrupa çapında) oluşmasını desteklemek, Avrupa vatandaşlarının/tüketicilerin bundan faydalanmasını sağlamak (değişik sosyal gruptan vatandaşların hizmetlere erişiminin sağlanması, tüketicilerin korunması, hizmetlerin sağlanması ve koşulları ile ilgili konularda şeffaflığın sağlanması ve kişisel bilgilerin korunması) ve ortak pazarı bu pazardaki koşulları uyumlaştırarak güçlendirmek olarak belirlenmiştir.²¹

Bu amaçlara ulaşmak için kullanılacak ilkeler ise şöyle sıralanmıştır:

- Düzenlemeler ekonomik büyümeyi, rekabet edebilirliği ve istihdamı besleyecek ve pazar güçleri tarafından sağlanamayacak genel çıkarları garanti edecek şekilde önceden belirlenmiş politika amaçları üzerine oturmalıdır.
- Düzenlemeler söz konusu amaçların elde edilebilmesine imkan verecek ölçüde asgari düzeyde tutulmalıdır.

²⁰ Bkz. 1999 Duyurusu, dipnot 18, s.iv.

²¹ Ibid, s.10-11.

- Düzenlemeler değişen bir pazarda hukuki belirliliği artırmalıdır.
- Teknoloji nötr (*technologically neutral*) düzenleme amaçlanmalıdır.
- Düzenlemeler global, bölgesel ya da ulusal olarak kabul edilebilir ancak düzenlenen alanlara en uygun şekilde uygulanmalıdır.²²

Bu amaç ve ilkeler çerçevesinde, AB Komisyonu daha basit, daha esnek bir şekilde pazardaki aksaklıkların giderilmesiyle orantılı müdahale öngören, mümkün olduğunca teknoloji bağımsız bir şekilde tüm elektronik şebeke ve hizmetleri ile bu hizmetlerin sağlanmasına yardımcı unsur ve hizmetleri aynı çerçeve altında düzenlemeyi amaçlayan yeni bir düzenleyici çerçeveyi teklif etmiştir. Bu yeni çerçevede kullanılacak araçlar şunlardır: (i)-Düzenleme, direktif gibi bağlayıcı sektöre özgü mevzuat, (ii)-Rehberler, tavsiyeler gibi bağlayıcı olmayan metinler ve (iii)-Rekabet hukuku.

Uzun bir danışma süreci sonunda kabul edilen Yeni Düzenleyici Çerçeve'nin temel hukuki metinleri aşağıda sıralanmıştır:

- Çerçeve Direktif (*Framework Directive*)²³,
- Yetkilendirme Direktifi (*Authorisation Directive*)²⁴
- Evrensel Hizmet Direktifi (*Universal Service Directive*)²⁵
- Erişim ve Arabağlantı Direktifi (*Access and Interconnection Directive*)²⁶
- Rekabet Direktifi (*Competition Directive*)²⁷
- Kişisel Bilgilerin Korunması ile ilgili Direktif (*Data Protection Directive*)²⁸
- Pazar Analizi Rehberi²⁹ ve ilgili pazarlara yönelik Tavsiye³⁰.

Bu çalışmanın amacı dikkate alınarak, tüm bu dökümanlar ayrıntılı olarak incelenmeyecek, özellikle Çerçeve Direktif ile getirilen

²² *Ibid*, s.12-13.

²³ *Directive 2002/21/EC, OJ L 108/33, 24.4.2002.*

²⁴ *Directive 2002/20/EC, OJ L 108/21, 24.4.2002.*

²⁵ *Directive 2002/22/EC, OJ L 108/51, 24.4.2002.*

²⁶ *Directive 2002/19/EC, OJ L 108/7, 24.4.2002.*

²⁷ *Directive 2002/77/EC, OJ L 249/21, 17.9.2002.*

²⁸ *Directive 2002/58/EC, OJ L 201/37, 31.7.2002.*

²⁹ *Commission guidelines on market analysis and the assessment of significant market power under the Community regulatory framework for electronic communications networks and services, OJ C 165/6, 1.7.2002.*

³⁰ *Commission Recommendation, OJ L 114/45, 8.5.2003.*

esaslar irdelenerek rekabet hukukunun yeni düzenleyici çerçevedeki rolü ele alınmaya çalışılacaktır.

2.3.1. Çerçeve Direktif ile Getirilen Esaslar: Kapsam, Pazar Tanımı, Etkin Piyasa Gücü ve Pazar Analizi

Çerçeve Direktif, Yeni Düzenleyici Çerçeve'nin kapsamını, kullanılan kavramların tanımlarını, topluluk organları, üye ülke düzenleyici otoriteleri ve rekabet otoriteleri arasındaki ilişkileri ve özellikle sektöre özgü düzenlemelerin hangi hallerde ve hangi esaslar dikkate alınarak uygulanacağını belirlemesi açısından önemlidir. Çerçeve Direktif ile getirilen temel esaslar, Erişim ve Arabağlantı, Yetkilendirme gibi spesifik direktiflerle getirilen hükümlerin kimlere nasıl uygulanacağını göstermektedir.

2.3.1. Kapsam

Çerçeve Direktif, esas olarak, elektronik haberleşme şebeke ve hizmetlerinin düzenlenmesini amaçlamaktadır. Bu nedenle "elektronik haberleşme şebekesi" ve "elektronik haberleşme hizmeti" kavramları Çerçeve Direktif'in 3. maddesinde tanımlanmıştır. Bu tanımlarda göze çarpan iki önemli özellik bulunmaktadır. Bunlardan ilki içerik ve iletim ayrımıdır. Yeni Düzenleyici Çerçeve içeriği değil iletimi düzenlemektedir. İçerik denetimi büyük ölçüde üye ülkelerin denetiminde kalmaya devam etmektedir. Söz konusu bu ayrım, üye ülkelerin özellikle televizyon yayınlarının içeriği başta olmak üzere içerik denetimini Topluluk düzenlemelerine bırakmak istememelerinden kaynaklanmaktadır.

Ancak, bu durum içerik ve iletimin neredeyse ayrılmaz olarak birbirinin içine geçtiği durumlarda, bazı servis sağlayıcıların elektronik haberleşme hizmeti verip vermediği konusunda duraksamaya neden olmakta ve sektörel düzenlemelerin getirdiği garantilerden bazı hizmet sağlayıcılarının faydalanamaması ve sadece rekabet hukuku araçlarına başvurabilecekleri anlamına gelmektedir. Bu duruma en güzel örnek, bir internet servis sağlayıcının internet erişim hizmeti verirken bir elektronik haberleşme hizmeti sağlaması ancak aynı servis sağlayıcının abonelerine sağladığı "isteğe bağlı video (*video on demand*)" hizmetinin "elektronik haberleşme hizmeti" tanımına girmemesidir.³¹ Çerçeve Direktif'te yer alan elektronik haberleşme hizmeti tanımında ve Direktif'in dibacesinde yapılan açıklamalarda özellikle hangi bilgi hizmetlerinin (*information services*) elektronik haberleşme hizmeti tanımına girip girmediğine yönelik net bir kriter getirilememiştir. Ortaya çıkan bu

³¹ Konunun ayrıntıları için bkz. Rosenthal (2003).

sorunlar nedeniyle, içerik-iletim ayrımının ülkemiz düzenlemelerinde de doğrudan benimsenmemesi; içerik ve iletimin tutarlı bir şekilde aynı düzenleyici çerçeve içinde ve belki de aynı otorite eliyle düzenlenmesi konusunun tartışılması gerekmektedir.

İkinci olarak, elektronik haberleşme şebekesi tanımı, televizyon yayın şebekeleri de dahil olmak üzere her türlü şebekeyi (interneti oluşturan şebekeleri de kapsayacak şekilde) düzenleyici çerçevenin içine almaktadır. Bu tanım, ileride düzenleme esaslarının ele alındığı kısımda da belirtileceği üzere, teknoloji tarafsız düzenleme ilkesinin bir yansımasıdır. Ayrıca, elektronik haberleşme şebeke ve hizmetlerine ek olarak Çerçeve Direktif, elektronik haberleşme şebeke ve hizmetlerine yardımcı unsurları ve hizmetleri (yazılım sistemleri, elektronik program rehberleri, arayüzler gibi) de tanımlayarak düzenleyici çerçevenin içine almaktadır.

2.3.2. *Ex Ante* Düzenlenecek Elektronik Haberleşme Piyasalarının Belirlenmesi: Etkin Piyasa Gücü, Pazar Tanımı, Pazar Analizi

Çerçeve Direktif'in 14, 15 ve 16. maddeleri, Yeni Düzenleyici Çerçeve'de *ex ante* düzenlemelerin nasıl yapılacağını belirlemesi açısından merkezi öneme sahip hükümler olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna göre, ulusal düzenleyici otoriteler *ex ante* düzenleme yapılacak alanları Komisyon'un tavsiye³² ettiği pazarlar çerçevesinde rekabet hukuku yöntemlerini kullanarak belirleyecek, bu pazarlar içerisinde etkin rekabetin bulunduğu pazarlarda herhangi bir *ex ante* düzenlemeye gidilmeyecek ve varsa işletmeciler üzerindeki mevcut yükümlülükler kaldırılacak; belirlenen bu pazarlarda etkin rekabet yoksa spesifik direktiflerde (Erişim ve Arabağlantı ve Evrensel Hizmet) belirlenen uygun yükümlülükler ilgili operatörlere yüklenecektir. Bir başka ifadeyle, daha önce belirtilen teknoloji tarafsız düzenleme ilkesi gereği, ekonomik olarak belirlenen pazarlara, hedeflenen amaçlar doğrultusunda, istisnalar hariç olmak üzere, herhangi bir teknolojiye avantaj ya da dezavantaj sağlanmadan düzenlenmeye gidilecektir. Bu noktada, etkin rekabetin olduğu piyasaların sadece rekabet hukuku ile düzenleneceğini vurgulamak gerekmektedir.

Bu çerçevede, bazı yükümlülüklerin muhatabı olan işletmecilerin belirlenmesinde ve bir piyasada etkin rekabetin var olup olmadığının tespiti için yapılan pazar analizinde kullanılan önemli bir kavram olan etkin piyasa gücü (EPG) (*significant market power*) kavramına kısaca değinmekte fayda bulunmaktadır.

³² Komisyon yukarıda belirtildiği gibi ilk tavsiyesini 2003 yılında yayınlamıştır. Bkz. dipnot 30.

EPG kavramı, 1998 düzenlemelerinde AB rekabet hukukundaki hakim durum kavramından farklı ve daha düşük seviyede pazar gücünü işaret etmek için kullanılmıştır.³³ Çerçeve Direktif'in 14 üncü maddesi önemli bir yenilik yaparak EPG kavramını rekabet hukukunda (madde 82) kullanılan hakim durum kavramı ile eşitlemiştir. Buna göre, madde 14 (2):

Bir teşebbüs, tek başına ya da diğerleriyle birlikte, hakimiyete eşit bir konuma, bir başka ifadeyle tüketicilerden, müşterilerden ve rakiplerden önemli ölçüde bağımsız davranma imkanı veren ekonomik güce, sahipse bu teşebbüsün etkin piyasa gücüne sahip olduğu varsayılacaktır.

diyerek EPG'yi tanımlamıştır. Bu tanım AB rekabet hukuku içtihadlarındaki hakim durum tanımıyla paralellik göstermektedir.³⁴ Dolayısıyla, Yeni Düzenleyici Çerçeve'nin EPG kavramını "hakim durum" kavramıyla eşitleyerek, bu kavramların sektöre özgü düzenlemelerde kullanımı ve rekabet hukuku uygulamalarında farklılaşabileceği belirtilse de, rekabet hukuku ve sektörel düzenleme arasında bir paralellik kurduğu görülmektedir. Bu paralellik, hakim durumda bulunan teşebbüslere hem rekabet hukukunda hem de sektörel düzenlemelerde getirilen yükümlülükler gözönüne alındığında, bir takım kesişmeleri de beraberinde getirecektir. İleride açıklanacağı gibi, özellikle Erişim ve Arabağlantı Direktifi ile getirilebilecek yükümlülükler dikkate alındığında, *ex ante* düzenlemelerin işletmelere *ex post* olarak 82. madde çerçevesinde getirilebilecek yükümlülükleri yükleyebileceği, dolayısıyla 82. maddenin uygulanmasına daha az ihtiyaç duyulacağı anlaşılmaktadır. Hatta bir yazarın (Hocepiet 2002) iddia ettiği gibi düzenlenen piyasalarda "82. madde'nin modası geçebilecektir".

Yeni Düzenleyici Çerçeve'de bazı yükümlülüklerin uygulanacağı teşebbüslerin belirlenmesinde esas alınan pazar gücü kriterinin eski düzenlemelere göre yükseltilmesi, hakim durumda olmayan ancak pazarda güçlü durumda bulunan işletmecilere bazı yükümlülüklerin yüklenmeyeceği, bu durumun da özellikle piyasaya yeni girenler

³³ Buna göre, belli bir telekomünikasyon piyasasında %25'ten fazla pazar payına sahip organizasyonlar etkin piyasa gücüne sahip olacaktır. Bununla birlikte, ilgili organizasyonun pazar şartlarını etkileme gücü, pazardaki cirosu, son kullanıcılara erişimi kontrol edebilmesi, finansal kaynaklara erişebilmesi ve bu pazardaki tecrübesi dikkate alınarak, üye ülkelerin, %25'ten daha az payına sahip organizasyonların etkin piyasa gücüne sahip olduğuna ya da %25'ten fazla pazar payına sahip olanların etkin piyasa gücüne sahip olmadığına karar verebilecekleri de dikkate alındığında, üye ülkelere etkin piyasa gücünün belirlenmesi konusunda bir esneklik tanındığı görülmektedir (Arabağlantı Direktifi (bkz. dipnot 14), Madde 3)).

³⁴ Örn. bkz. *United Brands v. Commission*, [1978] ECR 207, para.65.

bakımından bir dezavantaj oluşturacağı yönündeki endişelere neden olmuştur. Bu endişelerin yumuşatılması amacıyla, rekabet hukukunda kullanılan iki kavram yukarıda açıkladığımız EPG testine dahil edilmiştir: “birlikte hakimiyet (*joint or collective dominance*)” ve “yakın ilişkili pazarlar (*closely related markets*)” (Braun ve Capito 2002:314).

Yukarıdaki tanımda geçen “tek başlarına ya da diğerleriyle birlikte” ifadesi “birlikte hakimiyet” kavramının sektörel düzenlemede kullanılacağını ve birden fazla teşebbüsün aynı piyasada EPG’ne sahip teşebbüs olarak belirlenebileceğini göstermektedir. Komisyon, pazar tanımı ve pazar analizi ile ilgili olarak ulusal düzenleyici otoritelere yol gösterici olarak Çerçeve Direktif hükmü uyarınca çıkardığı Pazar Analizi Rehberi’nde, birlikte hakimiyetin belirlenmesi ile ilgili kriterleri Bidayet Mahkemesi ve ATAD’ın 82. madde ve Birleşme Tüzüğü’nün uygulanması sırasında ortaya çıkan içtihatlarını yansıtabilecek şekilde açıklamıştır.

Birlikte hakimiyet kavramına ek olarak getirilen “yakın ilişkili pazarlar” kavramıyla (Madde 14(3)) da, belli bir piyasada EPG’ne sahip bir işletmenin, bu gücünü, ilgili piyasayla ilişkili bir başka piyasaya genişletmesini sağlayacak bağlar söz konusu olduğu durumlarda, diğer piyasada da EPG’ne sahip bir teşebbüs olarak belirlenebilmesine imkan tanınmıştır. Bu hüküm, elektronik haberleşme piyasaları gibi alt, üst ya da komşu pazarlarda aynı anda faaliyet gösteren teşebbüslerin bulunması nedeniyle önemlidir. Bununla birlikte, hangi şartlarda bir piyasada hakim olan teşebbüsün yakın ilişkili diğer piyasada EPG’ne sahip bir teşebbüs olarak belirleneceği dolayısıyla diğer piyasada da bazı yükümlülükler yükleneyeceği önemli bir soru işaretidir. Bu kavramın çıkış noktası olan ATAD’ın *Tetra Pak II*³⁵ kararında sergilediği yaklaşımın *ex ante* düzenlemelere uygulanması ve özellikle iki piyasa arasındaki ne tür “bağlar”ın yakın ilişkili pazar sayılacağı sorularının cevabını anılan Rehber’de net bir şekilde bulmak mümkün değildir. Ancak, bu kavramın istisnai şartlarda kullanılması gerektiği yönünde yorumlar yapılmaktadır.³⁶

Özetlemek gerekirse, yeni EPG testi rekabet hukukundaki hakim durum testine eşitlenmiş ve yüksek bir eşik oluşturan bu yeni test, birlik hakimiyet ve yakın ilişkili pazar kavramlarıyla tek başına hakimiyet dışındaki bazı durumları ele alacak şekilde genişletilmiştir.

İlk başta da değinildiği gibi, üye ülke düzenleyici otoriteleri, ileride belirtilecek işbirliği kapsamında rekabet otoritelerinin de yardımıyla, Komisyon’un Tavsiye’sini göz önüne alarak ülkelerindeki pazarları

³⁵ *Case C333/94P, Tetra Pak v. Commission, [1996] ECR I-5951.*

³⁶ *Bkz. Taylor (2001).*

rekabet hukuku prensiplerine göre belirleyecek ve analiz edeceklerdir. Komisyon'un Tavsiyesi'nde bulunmayan pazarlar da³⁷ üye ülkeler tarafından *ex ante* düzenlemeye konu edilebilecek ancak bu süreç belli bir prosedür içerisinde Komisyon ile yürütülecektir. Belirtilen pazar analizi sürecinde *ex ante* düzenlemenin söz konusu olacağı pazarların belirlenmesinde, (i)- yüksek ve kalıcı giriş engellerinin varlığı, (ii)- pazarların belli bir zaman diliminde etkin rekabete doğru bir gelişim içinde olup olmayacağı, ve (iii)- rekabet (hukuku) kurallarının tek başına bu pazarlardaki pazar aksaklıklarına çözüp çözemeyeceği kriterleri dikkate alınmaktadır.³⁸ Belirlenen bu pazarlarda EPG'ne sahip bir teşebbüsün varlığı, o piyasalarda etkin rekabetin olmadığı³⁹ ve spesifik direktiflerde yer alan uygun yükümlülüklerin EPG'ne sahip teşebbüslere yüklenmesi anlamına gelecektir.

2.4. Erişim Yükümlülükleri

Yukarıda belirtilen esaslara uygun bir pazar analizi sonucunda etkin rekabetin olmadığı piyasalardaki işletmelere Arabağlantı ve Erişim Direktifi ile Evrensel Hizmet Direktifi'nde yer alan yükümlülükler yüklenebilecektir. Çalışmanın amacını gözönünde bulundurarak burada sadece hem rekabet hukuku hem de sektörel düzenlemeler açısından önemli bir konu olan işletmelerin birbirlerinin şebeke unsurlarına ya da hizmetlerine erişimi ile ilgili yükümlülükler ele alınacaktır. Bu çerçevede, Arabağlantı ve Erişim Direktifi ile getirilebilecek yükümlülüklere kısaca değinilecektir. Bu yükümlülüklere geçmeden önce, bu Direktif'te "erişim" kavramının çok geniş tanımlandığı ve sadece şebekeye değil bu şebeke ve hizmetlerin tüm unsurlarına (şebeke unsurları, binalar, antenler, yazılım sistemleri gibi) erişimin hedeflendiği belirtilmelidir.

Bu çerçevede, sektörel düzenlemede *ex ante* bazı yükümlülükler tüm işletmelere yüklenirken, Arabağlantı ve Erişim Direktifi'nin 9-13 maddeleri ile getirilen yükümlülüklerin sadece EPG'ne sahip teşebbüslere yüklenebileceği belirtilmiştir. Bu yükümlülükler ilgili piyasadaki aksaklığın giderilmesi amacıyla uygun bir şekilde EPG'ne sahip teşebbüslere yüklenecektir. Bu yükümlülükler şunlardır:

- Madde 9: Şeffaflık yükümlülüğü (teknik, finansal, ticari bazı bilgilerin açıklanma zorunluluğu gibi),
- Madde 10: Ayrımcılık yapmama yükümlülüğü (aynı konumdaki teşebbüslere eşit koşulları uygulama ve hizmet ve bilgileri kendi

³⁷ Komisyon Tavsiyesi'nde 7 perakende, 11 toptan pazar belirlenmiştir.

³⁸ Komisyon Tavsiyesi, Dipnot30, par.9.

³⁹ Pazar Analizi Rehberi, par.5.

- şirketlerine sağladığı şartlarda ve kalitede üçüncü kişilere sağlama),
- Madde 11: Muhasebe ayrımı yükümlülüğü (özellikle rekabeti bozucu çapraz sübvansiyonun önlenmesi ve ayrımcılık yapmama yükümlülüğünün gözetilmesi amacıyla)
 - Madde 12: Şebeke unsurlarına erişimin ve bu unsurların kullanımının sağlanması (yerel şebekenin ayrıştırılması, ortak yerleşim, şebekenin fiziksel ve fiziksel olmayan unsurlarına erişim, önemli teknik bilgilerin paylaşılması vb.)
 - Madde 13: Fiyatlara ve maliyet muhasebesine ilişkin yükümlülükler.

Görüleceği gibi, EPG'ne sahip teşebbüsler üzerine *ex ante* yüklenebilecek olan bu yükümlülüklerin önemli bir kısmı, rekabet hukukunda hakim durumun kötüye kullanılması olarak ortaya çıkabilecek davranışları önceden önlemeye yöneliktir. EPG kavramının rekabet hukukundaki hakim durum kavramına eşitlenmesi nedeniyle, erişim yükümlülüklerinin amacına uygun bir şekilde yüklenmesiyle, erişim meselelerine daha hızlı ve etkin çözüm getirilmesini sağlayacağı ve rekabet hukuku anlamında bir ihlalin ortaya çıkmasının engelleneceği böylece düzenlenen alanlarda rekabet hukukunun daha az kullanılacağı düşünülmektedir. Bununla birlikte, ileride belirtileceği gibi, rekabet otoritelerinin ve düzenleyici otoritelerin hakim durum analizlerinde farklı sonuçlara ulaşabilme ihtimalleri ve bazı durumlarda *ex ante* yükümlülüklerin varlığı durumunda da rekabet kurallarının ihlal edilebileceği gözden kaçırılmamalıdır.

2.5. Düzenleyici Otoriteler ile Rekabet Otoriteleri Arasında İşbirliği

AB'nin yeni düzenleyici çerçevesiyle ilgili belirtilmesi gereken bir başka önemli nokta, ulusal rekabet kurumları ile düzenleyici otoriteler arasında öngörülen işbirliğidir. Sektörel düzenlemelerin uygulanması temel olarak düzenleyici otoritelerin sorumluluğunda olmakla birlikte, yukarıda belirtildiği gibi sektöre özgü düzenlemelerin rekabet hukuku prensiplerine göre yapılması, özellikle pazar analizi konusunda düzenleyici otoritelerle rekabet otoritelerinin işbirliği ihtiyacını beraberinde getirmektedir. Bu nedenle, söz konusu düzenlemelerin uygulanması sırasında, düzenleyici otoritelerle rekabet otoritelerinin birbirlerine gerekli bilgi ve belgeleri sağlayacakları (Çerçeve Direktif madde 3(5)) ve yukarıda bahsedilen pazar analizi sürecinde, düzenleyici otoritelerin rekabet otoriteleriyle işbirliği halinde çalışacakları (Madde 16(1)) öngörülmüştür.

3. AB Yeni Düzenleyici Çerçevesi'nde Rekabet Hukuku Uygulaması

Daha önce de belirtildiği gibi rekabet hukuku uygulaması AB'nin telekomünikasyon sektörüne yönelik düzenleyici çerçevelerinin bir parçasını oluşturmaktadır. Yeni Düzenleyici Çerçeve'nin *ex ante* düzenlemelerde rekabet hukuku ilkelerini esas alması, telekomünikasyon sektörüne uygulanan bu iki kurallar bütünü'nün tutarlı bir şekilde uygulanabilmesi için önemli bir adım olmuştur. Bu çerçevede, yukarıda ayrıntıları anlatılan sürece uygun olarak getirilen sektöre özgü kurallara ek olarak, rekabet hukuku, elektronik haberleşme piyasalarına uygulanacaktır. Komisyon 1991 yılında çıkardığı bir Rehber (Guidelines)⁴⁰ ve 1998 yılında çıkardığı bir Tebliğ (Notice)⁴¹ ile telekomünikasyon sektörüne rekabet kurallarını nasıl uygulayacağını duyurmuştur.

Bu noktada, öncelikle AB Yeni Düzenleyici Çerçevesi'nde rekabet hukukunun elektronik haberleşme piyasalarına hangi durumlarda uygulanacağını belirlenmesi, rekabet hukuku uygulamasının bu piyasalardaki rolünü belirlemek açısından önemlidir. Çerçeve Direktif ile getirilen pazar analizi yükümlülüğü ile ilgili daha önce açıklanan hükümler (Madde 15-16) dikkate alındığında, etkin rekabetin olduğu ve rekabet kurallarının ilgili piyasadaki sorunları çözeceğinin öngörüldüğü durumlarda, sadece rekabet hukukunun düzenleme aracı olarak kullanılacağı, bu piyasalarda faaliyet gösteren işletmelere tüm işletmelere getirilen yükümlülükler dışında *ex ante* bir yükümlülük yüklenmeyeceği anlaşılmaktadır.

Ayrıca yeni ortaya çıkan ürün ve hizmet piyasalarında (*emerging markets*) ise, bir işletmenin *de facto* pazar lideri olduğu durumlarda, bu işletme üzerine uygun olmayan *ex ante* yükümlülüklerin yüklenmemesi gerektiği Çerçeve Direktif'in dibacesinde (par. 27) ifade edilmiştir. Bu nedenle, bu piyasalar da büyük ölçüde rekabet hukukunun düzenlenmesine bırakılmış olmaktadır.

Benzer bir şekilde, elektronik haberleşme düzenlemeleri kapsamına girmeyen ve elektronik haberleşme piyasalarıyla doğrudan ya da dolaylı ilişkili olan pazarlarda (örneğin içeriğe erişim ilgili konular),

⁴⁰Commission Guidelines on the application of EEC competition rules in the telecommunications sector, OJ C 233/2, 06.09.1991.

⁴¹1998 Erişim Tebliği, "Notice on the Application of the Competition Rules to Access Agreements in the Telecommunications Sector", OJ C 265/2, 22.8.1998.

eğer ulusal üye ülkelerin bu konuda düzenlemeleri yoksa, sadece rekabet hukuku tarafından düzenlenecektir.

Ekonomik düzenlemenin tek başına rekabet hukukuna bırakıldığı telekomünikasyon piyasalarına ek olarak, *ex ante* regülasyona tabi piyasalarda da rekabet hukuku önemli bir rol üstlenmektedir. Daha önce de belirtildiği gibi pazar tanımı ve EPG kavramının rekabet hukuku prensiplerine uygun hale getirilmesi ve Erişim ve Arabağlantı Direktifi'nde belirlenen erişim yükümlülüklerinin hakim durumun kötüye kullanılması olarak ortaya çıkabilecek bir çok davranışı *ex ante* çözümlerle önceden önleyecek nitelikte olması nedeniyle, düzenlemeye tabi alanlarda rekabet hukuku daha az kullanılacaktır. Bununla birlikte, rekabet otoriteleri ve Komisyon'un, rekabet hukukunu uygularken düzenleyici otoritelerin hakim durum ve pazar tanımı sonuçlarından farklı sonuçlara ulaşabilmeleri teorik olarak mümkündür.⁴² Ayrıca, sektörel yükümlülüklerin belli konularda işletmelere kendi iradeleriyle karar verme esnekliği bıraktığı durumlarda, sektöre özgü yükümlülükler uygun olsa bile rekabet kurallarına aykırı olabilecek durumlar ortaya çıkabilmektedir.

1998 yılında yayınlanan ve rekabet hukukunun erişim meselelerine nasıl uygulanacağını açıklayan Erişim Tebliği'nde Komisyon, telekomünikasyon piyasalarına hangi hallerde rekabet kurallarıyla müdahale edileceğini belirtmiştir. Buna göre Komisyon, rekabet kuralları ve sektöre özgü kurallar kesiştiğinde, gereksiz bir şekilde çeşitli organların aynı durumu soruşturması riskini önlemek amacıyla, şikayetçinin hakları ya da Topluluğun çıkarlarını tehlikeye atmamak kaydıyla, üye ülke ve Topluluk otoriteleri ya da mahkemeleri önünde devam eden bir süreç varsa, rekabet kurallarıyla söz konusu olaya müdahale etmeyeceğini duyurmuştur.⁴³ Bununla birlikte, Komisyon, sektör spesifik mevzuat ya da rekabet hukukundan birine uygunluğun, diğer kurallar bütünü ile getirilen yükümlülüklerden bağımsızlık sağlayacağı anlamına gelmeyeceğini de ifade etmiştir.⁴⁴

Erişim Tebliği'nde getirilen bu ilkeyi, Komisyon, 2003 yılında aldığı *Deutsche Telekom* kararında uygulamış ve Alman sektörel düzenleyicinin fiyat tavanı regülasyonuna tabi olan *Deutsche Telekom*'un yerel şebekeye erişim için belirlediği toptan tarifelerini perakende tarifelerinden daha yüksek belirleyerek (fiyat makası/sıkıştırması (*price squeezing*)) hakim durumunu kötüye kullandığına ve fiyat regülasyonunda kendine böyle bir kötüye kullanmayı ortadan kaldıracak

⁴² Bkz. Çerçeve Direktif madde 15(1), *Pazar Analizi Rehberi*, para.14.

⁴³ 1998 Erişim Tebliği, para. 28-31.

⁴⁴ *Ibid*, para.22.

takdir imkanı bırakılmasına rağmen kendi iradesiyle bu davranışı dizayn ettiğine karar vererek, bu şirketi cezalandırmıştır.⁴⁵

Yine 2003 yılında aldığı bir başka kararda Komisyon, *France Telecom*'un yavru şirketi *Wanadoo*'nun 1999-2002 yılları arasında ADSL üzerinden sağlanan internet erişim hizmetleri perakende fiyatlarını maliyetlerinin altında belirlediği dolayısıyla hakim durumunu yıkıcı fiyat uygulamak suretiyle kötüye kullandığına karar vererek cezalandırmıştır.⁴⁶

Bu iki örnek bize sektöre özgü düzenlemelere paralel ve tamamlayıcı rekabet hukuku uygulamasının gerekliliğini ve önemini göstermektedir. Bu çerçevede, *Deutsche Telekom* kararı, sektöre özgü düzenlemeye tabi alanlarda teşebbüslerin bu düzenlemelere uygun olan davranışlarının nasıl rekabet kurallarını ihlal edebileceğini ve düzenlenen alanlarda rekabet kurallarının tamamlayıcı rolünü gösterirken, *Wanadoo* Kararı ise genişband internet erişim hizmetleri gibi yeni ortaya çıkan pazarlarda rekabet kurallarının nasıl uygulanacağına, bu tür pazarlarda fiyatların ve maliyetlerin nasıl değerlendirileceğine ve internet kullanımının teşvik edilmesi gibi hedeflerin düşük fiyat uygulamalarına gerekçe olup olmayacağı gibi (Klotz ve Fehrenbach 2003:10-13) tartışmalı konulara ilişkin Komisyon'un bakış açısını göstermektedir.⁴⁷

Düzenlenen alanlarda sektöre özgü kurallara paralel rekabet hukuku uygulamasına ek olarak, daha önce belirtildiği gibi, etkin rekabetin bulunması nedeniyle *ex ante* düzenlemelerin bulunmadığı ya da kaldırıldığı veya elektronik haberleşme hizmet ya da şebekeleri tanımına girmeyen ancak elektronik haberleşme piyasalarını doğrudan ya da dolaylı etkileyen piyasalarda rekabet hukuku tek başına uygulanacaktır. Rekabet hukukunun bu piyasalara ve özellikle erişim sorunlarına nasıl uygulanacağı genel olarak Erişim Tebliği'nde duyurulmuştur. Bu çerçevede, içeriğe erişim konusu elektronik haberleşme piyasaları için özellikle genişband hizmet piyasaları büyük önem arz etmektedir ve AB'nde hem 82 hem de 81. madde yoluyla rekabet hukuku müdahalesi bu piyasalarda önemli rol oynamaktadır. Örneğin, Komisyon, Şampiyonlar Ligi yayın haklarının UEFA tarafından ortak satışına internet ve üçüncü nesil mobil şebekelerinin bu haklara ulaşabilmesini temin etmeye yönelik müdahalede bulunmuştur (Monti 2003). Yine bu piyasalarda Erişim Tebliği'nde geniş şekilde yer verilen

⁴⁵ Bkz. *Deutsche Telekom AG, Case COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, OJ L 263/9, 14.10.2003.*

⁴⁶ Bkz. *Komisyon Basın Duyuruları, 16.07.2003, DN:IP/03/1025, www.europa.eu.int.*

⁴⁷ *Deutsche Telekom ve Wanadoo Kararlarıyla ilgili yorumlar için bkz. Klotz ve Fehrenbach (2003), Garzaniti ve Liberatore (2004a) ve Garzaniti ve Liberatore (2004b).*

ancak ATAD'ın *Oscar Bronner*⁴⁸ Kararı'nda çok ihtiyatlı ve sınırlı bir şekilde kabul ettiği zorunlu unsur doktrininin uygulaması, şebeke ya da diğer unsurlara erişim yükümlülüğü getirilmesi bakımından önemlidir.

Rekabet hukukunun hakim durumda olan firmalara yüklediği yükümlülükler dışında, Birleşme Tüzüğü çerçevesinde birleşme ve ortak girişimlerin kontrolü ve 81. madde kapsamında işbirliği anlaşmalarının rekabete aykırı unsurlarının yasaklanması ya da muaf tutulması yoluyla, elektronik haberleşme piyasalarında rekabetin korunması ve geliştirilmesine önemli katkıları bulunduğu da belirtilmelidir. Ancak bu hükümlerin telekomünikasyon piyasalarına uygulanmasına yönelik örnekler çalışmanın kapsamı nedeniyle burada ele alınmayacaktır.⁴⁹

4. Yeni Düzenleyici Çerçeve de Rekabet Hukuku'nun Rolüne İlişkin Değerlendirme

Telekomünikasyon sektörüne yönelik AB'nin Yeni Düzenleyici Çerçevesi ve rekabet hukukunun uygulamasına ilişkin yukarıda verilen bilgiler ışığında, rekabet hukukunun bu düzenleyici çerçevede iki önemli rolü olduğu görülmektedir: (i)- rekabet hukuku prensipleri sektöre özgü düzenlemelerde esas alınacak ve üye ülke rekabet otoriteleri bu süreçte zaman zaman düzenleyici otoritelere katkıda bulunacak, (ii)- rekabet (hukuku) kuralları düzenlemeye tabi olan ya da olmayan tüm elektronik haberleşme piyasalarına diğer piyasalarda olduğu gibi uygulanacaktır.

Daha önce açıklandığı gibi, rekabet hukuku prensiplerinin sektörel düzenlemeye esas alınması özellikle pazar tanımı, pazar analizi ve pazar gücünün tespiti konularında rekabet hukuku ilkelerinin düzenlemelerde kullanılmasını gerektirmektedir. Rekabet hukuku prensiplerine dayanan regülasyonun, daha fazla ya da daha az regülasyon getirip getirmeyeceğinden ziyade, kendi varlığını devam ettirip sürdürmesini ve böylece rekabetçi ekonomik koşulların devam ettirilmesini sağlayabilecek olması bakımından en uygun regülasyon olduğu belirtilmektedir (Monti 2003).

Telekomünikasyon sektörü gibi hızla değişen ve önemli bazı segmentlerinde pazar aksaklıklarının bulunduğu bir sektörde, düzenlenecek alanların, yükümlülüklerin muhatabı teşebbüslerin ve yüklenecek yükümlülüklerin rekabet hukuku ilkelerine göre belirlenmesi tutarlı bir düzenleyici çerçeve ortaya çıkarmaktadır. Böylece, istisnalar hariç olmak üzere, rekabet hukukuna uygun bir şekilde tanımlanan

⁴⁸ *Oscar Bronner GmbH & Co kg v. Mediaprint, Case C-97, [1998] 4 ECR I-7791.*

⁴⁹ *Konunun ayrıntıları için bkz. Bartosch (2002).*

pazarlar, *ex ante* düzenleme ihtiyacı olup olmadığının tespiti için analiz edilecek, eğer etkin rekabetin olmadığı ve rekabet hukukunun etkin rekabeti sağlamada yeterli olmayacağı pazarlar varsa, bu pazarlarda hakim durumdaki teşebbüslere rekabet hukukundaki yükümlülüklerle benzer ya da onun ötesine giden yükümlülükler önceden yüklenecektir. Bunun sonucunda, sektöre özgü düzenleme, rekabet hukukunun bu piyasaların özelliği nedeniyle yeterli ölçüde ve hızlı bir şekilde çözemeyeceği pazar aksaklıklarını çözecektir. Bir başka ifadeyle, daha önce belirtildiği gibi hakim durumun kötüye kullanılması olarak ortaya çıkabilecek bir fiil, önceden sektörel düzenleme yoluyla yasaklanabilecektir. Yine birlikte hakimiyetin kötüye kullanılması ve bir pazardaki hakim durumun bir başka pazarda kötüye kullanılması durumlarını ele alacak rekabet hukuku kavramlarının daha önce açıklandığı gibi *ex ante* yükümlülükler yüklenirken esas alınması, düzenlenen alanlardaki bir çok aksaklığın sektörel düzenleme tarafından rekabet politikası doğrultusunda halledileceği ve rekabet hukukunun düzenlenen alanlarda tamamlayıcı olarak kullanılacağı görülmektedir.

Yeni Düzenleyici Çerçeve'de benimsenen bu sektörel düzenleme yaklaşımı, belli aralıklarla belirlenen pazar analizinin tekrarlanmasını öngörmekte böylece yeni gelişmeler yoluyla pazarda rekabetin şartlarının değişmesine göre düzenlemelerin değişebileceği esnek ve daha teknoloji nötr bir düzenleme getirmektedir. Pazar analizi sonucunda bir pazarda etkin rekabetin var olduğunun tespit edildiği ya da eskiden *ex ante* düzenlemeye tabi bir piyasanın yeni analizlerde rekabetçi olduğuna karar verildiği durumlarda ise sektörel düzenlemeye gidilmeyecek, tüm teşebbüslere uygulanan yükümlülükler haricinde sadece rekabet hukuku yoluyla bu piyasalara müdahale edilecektir.

Rekabet hukukunun Yeni Düzenleyici Çerçeve'deki ikinci rolü, düzenleyici çerçevenin bir parçası olarak önceki kısımda ele alındığı şekliyle elektronik haberleşme piyasalarına doğrudan uygulanmasıyla bu alanda rekabetçi olmayan davranışları engellemesidir. Bu çerçevede, rekabet hukuku, düzenlenen alanlarda sektörel düzenlemelere tamamlayıcı olarak, *ex ante* düzenlenmeyen alanlarda ise tek başına, telekomünikasyon piyasalarında rekabetin sağlanması ve korunması için önemli bir araç olacaktır.

III- AB YENİ DÜZENLEYİCİ ÇERÇEVESİ İŞİĞİNDE TÜRKİYE'DE SEKTÖRÜN DÜZENLENMESİNE YÖNELİK BAZI ÖNERİLER

Türk telekomünikasyon sektörünün bugünkü yapısına baktığımızda, yasal tekelin bu yılın başında sona erdiği dolayısıyla

rekabetin yeni başlayacağı piyasalara (sabit telefon şebekesi, sabit telefon hizmetleri gibi) ek olarak, rekabetçi bir yapılanmanın daha önceden benimsendiği piyasaların (cep telefonu şebeke ve hizmetleri, internet erişim hizmetleri gibi) birarada bulunduğu görülmektedir. Bununla birlikte, bu sektörde diğer bir çok hizmet sağlayıcısı tarafından çok kısa bir sürede kurulamayacak ve bu hizmet sağlayıcılar için gerekli önemli altyapıların (sabit telefon şebekesi ve kablo tv şebekesi vb.), eski yasal tekel tarafından sahip olduğu görülmektedir. Bu çerçevede, hem rekabete yeni açılan alanlarda, özellikle yeni girenleri özendirme ve yerleşik işletmecinin rekabete aykırı davranışlarına karşı hukuki garantiler sağlamak amacıyla, hem de belli düzeyde rekabetçi olan piyasalardaki rekabeti geliştirmek ve sürdürmek için, iyi dizayn edilmiş bir düzenleyici çerçeveye ihtiyaç olduğu açıktır.

Böyle bir düzenleyici çerçevenin araçlarının da sektöre özgü düzenlemeler ile rekabet hukuku olduğu ve iyi bir sektöre özgü kurallar bütünü olmadan rekabet hukuku uygulamasının, iyi bir rekabet hukuku uygulaması olmadan da sektöre özgü düzenlemelerin tek başına serbestleşmenin sağlanmasında ve rekabetin sağlandığı piyasalarda bu rekabetin artırılması ve korunmasında başarılı olamayacakları görülmektedir.

Halihazırda yürürlükte olan mevzuat telekomünikasyon piyasalarına sektörel düzenlemeler ile rekabet hukukunun birarada uygulanacağını öngörse de her iki mevzuat arasındaki ilişki net bir şekilde belirlenmemiştir. Elektronik haberleşme sektörüne yönelik yeni bir yasa hazırlığının olduğu bir dönemde, AB Yeni Düzenleyici Çerçevesi'nde benimsenen ilkeler çerçevesinde özellikle rekabet hukuku sektöre özgü regülasyon ilişkisinin nasıl olması gerektiğine yönelik bazı öneriler aşağıda sıralanacaktır.

1- AB Yeni Düzenleyici Çerçevesi'nde olduğu gibi, politika amaçları, benimsenecek ilkeler ve kullanılacak araçlar net bir şekilde tespit edilmelidir. Ülkemizin ihtiyaçları ve elektronik haberleşme sektörünün durumu göz önüne alınarak, nasıl bir elektronik haberleşme sektörü istendiği, hangi amaçların hedeflendiği, örneğin birden fazla altyapının rekabeti mi yoksa mevcut altyapılar üzerinden hizmetlerin sağlanmasında rekabetin mi artırılmak istendiği ya da her ikisi birden hedefleniyorsa önceliğin hangisine verileceğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Bu amaçlar, hem sektörel kurallar hem de rekabet hukuku uygulanırken uygulayıcılara yol gösterecektir. Bu amaçlar doğrultusunda, AB'nin benimsediği düzenleme ilkeleri benimsenmeli ancak bu ilkeler zaman zaman ülke ihtiyaçlarına göre

şekillendirilebilmelidir. Örneğin, teknoloji nötr düzenleme ilkesinden, bazı altyapı ya da hizmetler (kablo tv ve dijital yayıncılık gibi) için farklı düzenlemeler getirilmek suretiyle, bazı alanlarda belli bir süre vazgeçilebilmelidir. Bununla birlikte, politika amaçları çerçevesinde, düzenlemelerin asgari olması ve etkin rekabetin hakim olduğu piyasaların rekabet hukuku düzenlemesine bırakılması ilkesinden taviz verilmemelidir. Bu amaçlar ve ilkeler çerçevesinde, sektörel düzenlemelerin rekabet hukuku prensiplerine dayanması için gerekli çerçeve oluşturulmalı ve rekabet hukuku ile sektörel düzenlemeler arasındaki ilişkiler net bir şekilde tanımlanmalıdır. Mevzuatta benimsenen ya da benimsenecek amaç, ilke ve esaslara ilişkin kamuoyunu bilgilendirecek ayrıntılı dökümanların yayınlanması hem pazardaki aktörler hem de bu mevzuatı uygulayacak kurumlar açısından önem arz etmektedir.

2- Avrupa Birliği'nin de benimsendiği gibi, tüm elektronik haberleşme şebeke ve hizmetleri tek bir yasal çerçeve altında toplanmalı ve hatta ülkemizin ihtiyaçları çerçevesinde sadece "iletimin" değil aynı zamanda "içerik" düzenlemesinin de bu çerçevede yer almasının tartışılması gereklidir. AB Yeni Düzenleyici Çerçevesi gibi bu alanın düzenlemesindeki tecrübeler sonucunda ortaya çıkmış çağdaş yaklaşımların örnek alınması yoluyla serbestleşmede geç kalmış ülkemizin dezavantajı avantaj olarak kullanılmalıdır.

3- Erişim konularının önemi nedeniyle, sektörel erişim kurallarının net bir şekilde belirlenmesi ve muhataplarına yüklenmesinin hızlı bir şekilde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu durum, erişim meselelerine rekabet hukuku kurallarıyla müdahale edilmesinin, sektörel düzenlemelerin rekabet kurallarına göre daha somut olması, sektörel düzenleyicilerin bu sektörde rekabet otoritelerine göre daha uzmanlaşmış olmaları ve sektörel düzenlemelerin rekabet hukukunda olduğu gibi uzun prosedürlerle bağlı olmamaları gibi nedenlerle ortaya çıkan sınırları ve uygulamanın hızı bakımından önemlidir. Rekabet hukuku yoluyla, telekomünikasyon düzenlemelerinin kapsamadığı alanlarda ya da düzenlemelerin henüz olmadığı yeni ürün ve hizmet piyasalarına müdahale edilecek olmakla birlikte, erişim ihtiyaç ve sorunlarının belli olduğu alanlarda hem kurumların kaynaklarının etkin kullanılması hem de hızlı bir şekilde sorunlara çözüm bulunması açısından sektöre özgü erişim kurallarının hızlı ve net bir şekilde uygulanmasının önemi ortadadır. Bu alanda asli rolün sektörel düzenleyici üzerinde olması ve rekabet hukukunun tamamlayıcı bir rol üstlenmesi gerekmektedir. Özellikle erişim yükümlülüklerinin açıkça

kanunlarda ya da ikincil mevzuatta belirlendiği durumlarda, bu yükümlülüklerin sektörel düzenleyici tarafından sıkı bir şekilde uygulanması ve ilke olarak Rekabet Kurumu'nun 4054 sayılı Kanun çerçevesinde konuya müdahil olmaması gerekmektedir.

4- Rekabet Kurumu ve Telekomünikasyon Kurumu arasında varolan işbirliğinin, rekabet hukuku ilkelerini esas alan sektörel düzenlemelerin getirilmesi durumunda pazar analizlerinin yapılması başta olmak üzere, yapılacak soruşturma ve incelemelerde kanunlarda belirtilen görüş alıp verme mekanizmaları çerçevesinde daha da güçlendirilmesi gerekmektedir. Özellikle iki Kurumun da aynı konuda inceleme ya da soruşturma yaptığı durumlarda, belirtilen politika amaçlarına ulaşmak açısından, uygun olan en hızlı çözümün bulunması doğrultusunda ve AB'ne üyelik yolunda AB müktesabatına uyum bakımından da, kurumlar arası işbirliğini geliştirmenin gerekliliği ortadadır.

5- Telekomünikasyon sektörüne yönelik olarak önümüzdeki dönemde özellikle serbestleşmeyle ve Türk Telekom'un özelleştirilmesiyle artması beklenen yatırımlar gözönüne alınarak, Rekabet Kurumu'nca yapılan önemli müdahaleler ışığında⁵⁰, yatırımcılar açısından hukuki belirliliği sağlamak amacıyla bu sektöre rekabet hukukunun nasıl uygulanacağını açıklayacak bir rehber ihtiyacı bulunmaktadır. AB'nin 1998 Erişim Tebliği güzel bir örnek olmakla birlikte, ulusal düzeyde rekabet hukuku ve sektöre özgü regülasyon ilişkisini belirginleştirecek bir rehber ihtiyacı ortadadır.

IV- SONUÇ

Telekomünikasyon sektörünün ekonomide ve sosyal hayattaki rolü, teknolojik gelişmelerle sürekli değişen yapısı ve sektörde serbestleşmeyle artan rekabet, bu sektörün düzenlenmesine yönelik modellerin sık sık gözden geçirilmesine neden olmaktadır. Bu çerçevede, AB Yeni Düzenleyici Çerçevesi, telekomünikasyon piyasalarına yönelik *ex ante* düzenlemelerin yapılışı ve uygulamasında rekabet hukuku ilkelerini esas alarak bu piyasaların düzenlenmesinde önemli bir yenilik getirmektedir. Yeni Düzenleyici Çerçeve, bir takım istisnalar dışında, rekabet hukuku ilkelerine göre tanımlanmış pazarların analiz edilerek *ex ante* düzenlemeye ihtiyaç olup olmadığının tespit edildiği ve ancak etkin rekabetin olmadığı piyasalarda *ex ante* regülasyon uygulanmasını öngören bir sistem getirmektedir. Rekabet hukuku ilkelerinin sektörel

⁵⁰ Örn. bu makalenin yayımı tarihi itibarıyla henüz gerekçeli kararı yayınlanmayan Ulusal Dolaşım (Roaming) Kararı ve İnternet Erişim Hizmetleri pazarındaki Türk Telekom Kararı gibi.

düzenlemelerde kullanılmasının yanısıra, başta *ex ante* düzenlemeye ihtiyaç duyulmayan piyasalar olmak üzere, rekabet hukuku uygulaması Yeni Düzenleyici Çerçevenin önemli bir aracını oluşturmaktadır. Rekabet hukukunun hem ilkelerinin *ex ante* düzenlemelerde kullanılması hem de doğrudan elektronik haberleşme sektörüne uygulanmasından kaynaklanan çifte rolü nedeniyle, ulusal düzenleyici otoriteler ile rekabet otoriteleri arasındaki işbirliği de önem kazanmıştır.

Ülkemizde 1.1.2004 itibariyle tüm telekomünikasyon şebeke ve hizmetleri piyasalarının rekabete açılmasıyla, telekomünikasyon sektöründe yeni bir dönem başlamıştır. Bu dönemde hem rekabete yeni açılan alanlarda, özellikle yeni girenleri özendirmek ve yerleşik işletmecinin rekabete aykırı davranışlarına karşı hukuki garantiler sağlamak amacıyla, hem de belli düzeyde rekabetçi olan piyasalardaki rekabeti geliştirmek ve sürdürmek için, iyi dizayn edilmiş bir düzenleyici çerçeveye ihtiyaç duyulmaktadır. Elektronik haberleşme sektörü için yeni bir yasa hazırlığının bulunduğu bu dönemde, AB Yeni Düzenleyici Çerçevesi'nde benimsenen düzenleme modelinden yararlanılması gerektiği düşünülmektedir. Bu çerçevede, düzenleme amaç ve ilkelerinin, *ex ante* düzenleme yapılacak piyasaların tespitinde uygulanacak esasların, erişim yükümlülüklerinin ve rekabet hukuku ile sektörel düzenlemeler arasındaki etkileşimin net bir şekilde tanımlanması gerekmektedir. Bu çerçevede, etkin rekabetin bulunduğu alanlarda tüm işletmelere yüklenen yükümlülükler dışında düzenlemenin rekabet hukukuna bırakılmasını, etkin rekabetin bulunmadığı pazarlarda ise pazardaki aksaklıkla orantılı *ex ante* düzenlemeler ile rekabet hukuku uygulamasının tamamlayıcı bir şekilde uygulanmasını öngören bir yaklaşımın ülkemiz şartlarına uygun bir şekilde benimsenmesi AB'nin Yeni Düzenleyici Çerçevesi'nde getirilen yeni regülasyon yaklaşımına uygun bir düzenleme getirecektir.

KAYNAKÇA**Kitap ve Makaleler**

Bartosch, A., (2002) "The Application of Both the EC Merger Control Regulation and Regulation No. 17 in the Markets for Audiovisual Media, Telecommunications, and Internet-Related Services" in Koenig, C., Bartosch, A. ve Braun, J.D. (Der.), *EC Competition and Telecommunications Law*, Kluwer Law International.

Braun, J.D. ve Capito, R., (2002) "The Framework Directive" in Koenig, C., Bartosch, A. ve Braun, J.D. (Der.), *EC Competition and Telecommunications Law*, Kluwer Law International.

Commission (1987) "Towards a dynamic European economy-Green Paper on the development of the common market for telecommunications services and equipment", COM(87)290 final.

Commission (1997) "Green Paper on the Convergence of the Telecommunications, Media and Information Technology Sectors, and the Implications for Regulation", COM(97)623, 1997.

Fransman, M., (2002) *Telecoms in the Internet Age*, Oxford University Press.

Frieden, R. (2003) "Adjusting the Horizontal and Vertical in Telecommunications Regulation: A Comparison of the Traditional and a New Layered Approach", *Federal Communications Law Journal*, March 2003.

Garzaniti, L. ve Liberatore F., (2004a) "Recent Developments in the European Commission's Practice in the Communications Sector:Part1", *European Competition Law Review*, ECLR 2004, 25(3), 169-176.

Garzaniti, L. ve Liberatore F., (2004b) "Recent Developments in the European Commission's Practice in the Communications Sector:Part2", *European Competition Law Review*, ECLR 2004, 25(4), 234-240.

Geradin, D. ve Kerf, M., (2003) *Controlling Market Power in Telecommunications Antitrust vs Sector-specific Regulation*, Oxford University Press.

Hocepiet, C., (2002) "The New EU Regulatory Framework for Electronic Communications: From Sector Specific Regulation to Competition Law", IBA/ABA Communications and Competition: Developments at the Crossroad, 20-21.5.2002, Washington,

<http://www.europa.eu.int/comm/competition/speeches/index_2002.html>
>

Klotz, R. ve Fehrenbach, J. (2003) "Two Commission Decisions on Price Abuse in the Telecommunications Sector", *EC Competition Policy Newsletter*, Number 3- Autumn 2003.

Larouche P., (2000) *Competition Law and Regulation in European Telecommunications*, Hart Publishing.

Monti, M., (2003) "Competition and Regulation in the Telecom Industry The way forward", ECTA Conference, Brussels, 10 December 2003.

Nikolinakos, N., Polykalos, S. ve Kouvelou, D. (2004) "Bitstream Access Policy in the EU Electronic Communications Sector- Application of Ex Ante Regulation and Competition Law", *Computer and Telecommunications Law Review*, COMPTLR 2004, 10(2), 27-33.

Rosenthal, M. (2003), "Open Access from the EU Perspective", *International Journal of Communications Law and Policy*, Issue 7, Winter 2002/2003, <http://www.ijclp.org/7_2003/pdf/rosenthal-artikel-ijclp.pdf>

Taylor, S., (2001) "European Commission's Draft Guidelines on Market Analysis and Calculation of Significant Market Power: Extension of Tetra Pak II to Regulation", *Computer and Telecommunications Law Review*, C.T.L.R. 2001, 7(6).

Ungerer, H. (2000), "Access Issues Under EU Regulation and Anti-Trust Law –The Case of Telecommunications and Internet Markets", *International Journal of Communications Law and Policy*, Issue 5, Summer 2000, <http://www.ijclp.org/5_2000/pdf/ijclp_webdoc_4_5_2000.pdf>.

Walden, I., (2001) "Telecommunications Law and Regulation: An Introduction", Walden, I. ve Angel, J. (Der.) *Telecommunications Law*, Blackstone Press.

Mevzuat

Communication from the Commission, Towards a New Framework for Electronic Communications Infrastructure and Associated Services The 1999 Communications Review, COM (1999) 539.

Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic

communications networks and services (Framework Directive), OJ L 108/33, 24.4.2002

Directive 2002/19/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on access to, and interconnection of, electronic communications networks and associated facilities (Access Directive), OJ L 108/7, 24.4.2002.

Directive 2002/20/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on the authorisation of electronic communications networks and services (Authorisation Directive), OJ L 108/21, 24.4.2002.

Directive 2002/22/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services (Universal Service Directive), OJ L 108/51, 24.4.2002.

Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications), OJ L 201/37, 31.7.2002.

Commission Directive 2002/77/EC of 16 September 2002 on competition in the markets for electronic communications networks and services" (Competition Directive), OJ L 249/21, 17.09.2002.

Directive 98/10/EC of the European Parliament and of the Council of 26 February 1998 on the application of open network provision (ONP) to voice telephony and on universal service for telecommunications in a competitive environment, OJ L 101/24, 1.4.1998.

Directive 97/33/EC of the European Parliament and of the Council of 30 June 1997 on interconnection in telecommunications with regard to ensuring universal service and interoperability through the application of the principles of Open Network Provision (ONP), OJ L199/32, 26.7.1997.

Directive 97/13/EC of the European Parliament and of the Council of 10 April 1997 on a common framework for general authorizations and individual licenses in the field of telecommunications services, OJ L 117/15, 7.5.1997.

Commission Directive 96/19/EC of 13 March 1996 amending Directive 90/388/EEC with regard to the implementation of full competition in telecommunications markets, OJ L 074/13, 22.3.1996.

Directive 92/44/EC of the European Council of 5 June 1992 on the application of open network provision to leased lines, OJ L 165, 19.6.1992, as amended by Directive 97/51/EC.

Guidelines of the Commission on market analysis and the assessment of significant market power under the Community regulatory framework for electronic communications networks and service, OJ C 165/6, 11.7.2002.

Guidelines of the Commission on the application of EEC competition rules in the telecommunications sector, OJ C 233/2, 06.09.1991.

Notice on the application of the competition rules to access agreements in the telecommunications sector, OJ C 265/2, 22.8.1998.

Commission Recommendation of 11 February 2003 on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible to *ex ante* regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communication networks and services, OJ L 114/45, 8.5.2003.

Regulation (EC) No 2887/2000 of the European Parliament and of the Council of 18 December 2000 on unbundled access to the local loop, OJ L 336, 30.12.2000.

Regulation (EEC) No 4064/89 of The Council of 21 December 1989 on the control of concentration between undertakings, OJ L 395, amended by Council Regulation (EC) No 1310/97 of 30 June 1997

Mahkeme ve Komisyon Kararları

Italian Republic v. Commission, Case 41/83, [1985] ECR 873.

Oscar Bronner GmbH & Co Kg v. Mediaprint, Case C-97, [1998] 4 ECR I-7791.

Tetra Pak v. Commission, Case C 333/94, [1996] ECR I-5951.

United Brands v. Commission, Case 27/76, [1978] ECR 207.

Deutsche Telekom AG, Case COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, OJ L 263/9, 14.10.2003

TELEKOMÜNİKASYON SEKTÖRÜNDE FİYAT YOLUYLA REKABET İHLALLERİ HAKKINDA İKİ KOMİSYON KARARI

Robert KLOTZ ve Jérôme FEHRENBACH*
Çeviren: Özge İÇÖZ♦

2003 yılının ilk yarısında, Komisyon telekomünikasyon hizmetlerinin sunulmasında kötüye kullanmaya yönelik fiyatlandırmalar hakkında AB Antlaşmasının 82. maddesi uyarınca iki adet resmi yasaklama kararı almıştır. Bu kararlar, sektörün tamamen liberalleştiği/serbestleştiği 1998 yılından ve hatta BT'nin kamu tekeli olarak faaliyet gösterdiği 1982 yılında telefon ve telex hizmetlerinin kullanılmasını kısıtlayarak hakim durumunu kötüye kullandığının tespit edilmesinden⁵¹ sonra, bu konuda alınan ilk kararlar olma özelliğine sahiptir. Komisyonun bu iki kararı özellikle, üye ülkelerin ulusal düzenleyici otoritelerinin karar alma süreçleri aracılığıyla önemli rol oynadıkları ex-ante düzenlemeye tabi önemli bir ekonomik sektöre ilişkin olmaları nedeniyle dikkate değerdir. Bu düzenlemelerin kuralları, yeni elektronik haberleşme direktifleri ile 2002 yılında değiştirilmiştir ve bu tarihten itibaren düzenlemeler rekabet hukukuna dayanan kavramlara doğru yönelmektedir.

1- DEUTSCHE TELEKOM KARARI: FİYAT SIKIŞTIRMASI (MARGIN SQUEEZE)

21 Mayıs 2003 tarihinde Komisyon, 82. madde uyarınca Deutsche Telekom'un (DT) yerel sabit ağa erişim için belirlediği fiyat stratejisine ilişkin bir karar vermiştir. Bu kararda, Komisyon DT'nin, pazara yeni girenlere toptan erişim için, perakende olarak satışa sunulan hatlar için abonelerin ödemeleri gerekenden daha yüksek fiyat uygulamak suretiyle bir fiyat sıkıştırması eylemi içerisinde bulunduğunu tespit etmiştir. Bu durum, tüketiciler açısından fiyat rekabetini azalttığı gibi, yeni aktörlerin piyasaya girmesini zorlaştırarak telekomünikasyon hizmetlerini sunan teşebbüs sayısını da azaltmıştır. Komisyonun bu

* AB Komisyonu Rekabetten Sorumlu Genel Müdürlük, C-1 Birimi

♦ Rekabet Uzmanı

⁵¹ OJ L 360, 21.12.1982, p. 36.

yönde harekete geçmesine, 1999 yılında sabit telekomünikasyon hatları pazarına yeni girmeye çalışan teşebbüslerin şikayetleri neden olmuştur.

1.1. Yerel Ağa Erişim (Hizmetleri) Pazarı

Yerel ağ, müşterilerin (abonelerin) buldukları ev, ofis gibi ortamlarla telekomünikasyon operatörlerinin yerel santralleri arasındaki kablolardan oluşan fiziksel hatları ifade etmektedir⁵². Geleneksel olarak yerel ağ, bakır kablo çiftlerinden oluşmaktadır. Çoğu ülkede neredeyse yüzyıllık bir zamana yayılarak kurulmuş olan şebekenin yeniden inşa edilmesi mümkün olmadığından, pazara yeni giriş yapmak isteyen teşebbüslerin son kullanıcıya hizmet sunabilmeleri için yerel ağa eşit ve ayrımcı olmayan koşullarda erişime ihtiyaçları vardır (yerel ağın ayrıştırılması). Yerel ağın etkin bir şekilde ayrıştırılması, elektronik haberleşme hizmetlerinin yaygınlaştırılmasında anahtar rol oynamaktadır. Yerel ağın ayrıştırılması yükümlülüğü ana operatörlere AB seviyesinde yapılan düzenlemelerle getirilmiştir⁵³. Almanya gibi bazı üye ülkelerde, yerel ağın ayrıştırılması çok daha önceden uygulanmaya başlanmıştır. Bu açık yükümlülüğe rağmen, yerel ağın ayrıştırılmasında yeterli gelişme sağlanamamıştır⁵⁴. Ancak düzenleyici çerçeve, bu alanda yaşanan rekabet problemlerini çözmek için kullanılabilir tek araç değildir. Fiyatlama gibi, yerel ağın ayrıştırılması koşulları AB rekabet kuralları çerçevesinde de incelenebilmektedir.

Almanya'da DT yerel ağa erişimi iki farklı seviyede sağlamaktadır. Son kullanıcıya sunulan perakende aboneliğin yanı sıra, DT rakiplerine, bu teşebbüslerin de doğrudan son kullanıcılara ulaşabilmeleri için yerel ağa ayrıştırılmış erişim sağlamaktadır. Böylelikle DT rakiplerine yerel ağa toptan erişim hizmeti sunduğu üst pazarın yanı sıra son kullanıcıya sunulan perakende erişim pazarında da aktif durumdadır. Her iki pazar da birbiriyle bağlantılı pazarlardır. DT'nin yerel erişim şebekesi rakiplere toptan erişim hizmeti ve son kullanıcılara erişim sunulması için tek altyapı değildir. Ancak, diğer alternatifler olan fiber-optik, kablosuz yerel ağ, uydular, elektrik hatları ve çift yönlü iletişime uygun hale gerilmiş kablo TV altyapıları henüz yeterli derecede gelişmiş olmadığından, bu altyapıların DT'nin yerel ağına eşdeğer olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

⁵² Komisyon Basın Duyurusu IP/03/717, OJL 263, 14.10.2003. p.9

⁵³ 18.12.2000 tarih ve (EC) 2887/2000 sayılı Yerel Ağa Ayrıştırılmış Erişim Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Tüzüğü, OJL 336, 30.12.2000, p.4.

⁵⁴ Telekomünikasyon Sektörüne İlişkin Yeni Düzenleme Paketinin Aktarılmasına İlişkin Komisyonun 8. Uygulama Raporu, COM(2002) 695 son.

1.2. DT'nin Hakim Durumu

1998 yılının başından itibaren, DT ulusal hukuk kuralları gereği yasal olarak rakiplerine yerel şebekeye erişim sağlama yükümlülüğü altındadır⁵⁵. Bu açık yükümlülüğe rağmen, yerel ağın çok küçük bir kısmı etkin olarak ayrıştırılabilmektedir. DT gerçekte hala hem toptan yerel ağa erişim, hem de son kullanıcıya erişim pazarlarında Almanya'da hakim durumda bulunmaktadır. Komisyon toptan erişime ilişkin olarak, DT'nin ulusal çapta şebekesi bulunan tek Alman sabit telekomünikasyon operatörü olduğuna hükmetmiştir. Son kullanıcıya farklı türlerde hizmetler sunabilmek için, pazara yeni giren operatörlerin bu altyapıya toptan olarak erişebilmeleri gerekmektedir. Son kullanıcıya sunulan hizmetler açısından, 5 yıllık rekabet sürecine rağmen Komisyon, DT'nin hem darbant (analog ve ISDN) hem de genişbant (ADSL) hizmetlerde yaklaşık % 95 pazar payı olduğunu tespit etmiştir. Bunun yanında, geri kalan % 5'lik pazar payı çok sayıda rakip arasında bölünmektedir. Gerçekte, 1998 yılından beri pazara yeni girmeye çabalayan bir çok teşebbüs ana/yerleşik operatörle rekabet etmeye çalışmış ancak hiçbiri dikkate değer bir pazar payına erişememiştir.

1.3. Fiyat Sıkıştırması Testi

"Fiyat sıkıştırması", dikey olarak bütünleşmiş bir operatörün toptan erişim fiyatlarını, rakiplerinin kendi son kullanıcılarına, benzer hizmetler için ana operatörün kendi abonelerine sunduğu son kullanıcı fiyatından daha yüksek bir fiyata hizmet sunmasına neden olacak derecede yüksek belirlemesi olarak tanımlanmaktadır⁵⁶. Toptan fiyatlar, perakende fiyatlardan daha yüksek olduğunda, rakipler en az yerleşik operatör kadar etkin çalışsalar dahi, hiçbir zaman kar elde edememektedirler. Çünkü rekabet edebilecek fiyatta bir perakende hizmet sunmadan önce, bu toptan erişime ödenecek ücretlerin yanında pazarlama, faturalama, fatura tahsilatı, gibi diğer masrafları da karşılamaları gerekmektedir.

DT, bu davada fiyat sıkıştırması şeklinde bir kötüye kullanmaya yönelik fiyatlandırmanın mümkün olamayacağını, zira toptan fiyatların Alman Düzenleyici Otorite (RegTP) tarafından belirlendiğini savunmuştur. DT herhangi bir fiyat sıkıştırmasının, toptan fiyatların çok yüksek olmasından veya son kullanıcı fiyatlarının yıkıcı kabul edilecek derecede düşük olmasından ya da bu iki fiyatın birlikte olduğu durumlarda söz konusu olabileceğini ve sıkıştırmanın toptan veya

⁵⁵ 1.1.2001 tarihinde yürürlüğe giren Yerel Ağın Ayrıştırılması Hakkında AB Tüzüğü (Dipnot 3'e bakınız)

⁵⁶ 88/518/EEC sayılı Karar (Napier Brown-British Sugar), OJ L 284, 19.10.1988, p.41, para.66.

perakende fiyatlardan birinin değiştirilmesi sonucu sona erdirilmesinin hukuken mümkün olması gerektiğini iddia etmiştir. Ancak Komisyon, fiyat sıkıştırmasının bu dava için geçerli bir test olduğu ve sıkıştırmanın fiyat regülasyonu ile birlikte var olabileceği sonucuna ulaşmıştır. Ancak elbette, tarifeleri düzenlemeye tabi bir teşebbüsün, kendi inisiyatifiyle fiyat sıkıştırmasından kaçınabilecek veya bu uygulamayı sona erdirebilecek ticari bağımsızlığının bulunduğunun ortaya konulması gereklidir. Teşebbüsün bu bağımsızlığı var ise, fiyatların ex-ante olarak düzenlemeye tabi olup olmaması veya nasıl düzenlendiği soruları, sadece fiyat sıkıştırmasının sona erdirilebilmesi için gerekli tedbirlerin tespiti aşamasında dikkate alınacaktır.

Almanya'da yerel ağa erişim davasında Komisyon, DT'nin son kullanıcıya sunduğu fiyatlarla toptan erişim fiyatları arasındaki farkın ya negatif ya da çok az oranda pozitif olduğu, ancak DT'nin son kullanıcıya sunduğu ürün bazında maliyetlerini karşılamakta yetersiz olması nedeniyle, fiyat sıkıştırmasının kötüye kullanma niteliğinde olduğuna karar vermiştir. Yetersiz kar oranları nedeniyle, yerel ağa erişimin sağlanmaya başladığı tarihten kararın verildiği tarihe kadar, pazara yeni giren teşebbüslerin son kullanıcılara sunulan sabit hatlara erişim için DT ile hiç bir rekabet şansları bulunmamaktadır. Komisyon sağlıklı bir karşılaştırma yapabilmek amacıyla, son kullanıcı seviyesinde farklı erişim türleri için DT'nin abone sayılarını dikkate alan, ağırlıklandırılmış bir yaklaşım kullanmıştır. Komisyon böylelikle, 1998 yılından itibaren her yıl sonu ve Mayıs 2003 için yerel ağa toptan erişim tarifeleri ile son kullanıcıya sunulan analog, ISDN ve ADSL bağlantıları gibi çok sayıda farklı hizmetleri karşılaştırmıştır.

Komisyonun değerlendirmeleri, 1998 yılı başı ile 2001 yılı sonunu kapsayan dönem için DT'nin toptan seviyede rakiplerinden, kendi son kullanıcılarından perakende erişim için talep ettiği fiyattan daha fazla fiyat talep ettiğini ortaya koymuştur. Bu negatif kar oranı herhangi bir maliyet unsurunu dikkate almaya gerek olmaksızın çok belirgin bir fiyat sıkıştırması durumunu ortaya koymaktadır. 2002'den itibaren, toptan fiyatlar perakende fiyatlardan daha düşük hale gelmiştir gelmiş ve iki fiyat arasında bu şekilde pozitif bir oranı sağlanmıştır. Ancak bu dönemde dahi, pazara yeni girmeye çalışan operatörler DT ile eşit şartlarda rekabet edememişlerdir. DT'nin sağladığı bilgiler çerçevesinde, Komisyon bu pozitif yayılmanın yine de DT'nin son kullanıcıya sunduğu karşılaştırılabilir hizmetlerde ürün bazında maliyetlerini karşılamaktan uzak olduğunu tespit etmiştir. Bu nedenle Komisyon, bu davada uygun karşılaştırma unsuru olarak DT'nin kendi maliyetlerini kullanmıştır. DT'nin

kendisinin rakipleri ile aynı toptan fiyatlarla son kullanıcıya zarar etmeden hizmet sunmasının mümkün olmadığına açıkça ortaya koyması sayesinde bu test, fiyat sıkıştırmasının ispatlanabilmesi için gerekli delili sağlamaktadır⁵⁷. Komisyon bu yaklaşımı uygularken, 1 Mayıs 2003 tarihinde aylık toptan fiyatların RegTP tarafından düşürülmesinin ardından dahi, fiyat sıkıştırmasının devam ettiğini tespit etmiştir.

1.4. Teşebbüs-Üye Ülke Sorumluluğu

Komisyonun bir hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin bütün kararlarında, kötüye kullanmanın söz konusu teşebbüse kamu müdahalesi ile dikte ettirilmediğinin ortaya koyması gerekmektedir. Bu amaçla Komisyon, DT'nin fiyat sıkıştırmasını önleyebilmek için gerekli koşulları, son kullanıcıya sunulan analog, ISDN ve ADSL bağlantı tarifelerini Alman tavan fiyat sistemi içerisinde yükseltilmesi olarak belirlemiştir. Böyle bir olasılığın var olduğu gerçeği, 2002 yılında DT tarafından son kullanıcıya sunulan hizmetlerin fiyatlarının artırılması suretiyle de ispatlanmıştır. Ancak bu fiyat artışları doğru yönde atılmış adımlar olarak görülse bile, fiyat sıkıştırmasını ortadan kaldırmak için miktar açısından yetersiz bulunmuştur.

Federal Posta ve Telekomünikasyon Bakanlığı tarafından oluşturulan ilk tavan fiyat düzenlemesi, 1998 ve 2001 yılları arasında DT'ye tarife sistemini yeniden yapılandırma konusunda yeterli imkanı vermiştir. Son kullanıcı erişim fiyatlarındaki artışlar, arama ücretlerinde yapılacak düşüşlerle dengelenebil-mekteydi. Bu tavan fiyat sistemi, tarifelerde yapılacak indirimlerin sayısını ve kapsamını sınırlamıyordu, böylelikle DT erişim ücretlerini yükseltirken arama ücretlerini aynı oranda düşürebilmekteydi. Bu nedenle, son kullanıcı erişim ücretlerindeki artış da hukuki ve ekonomik olarak mümkündü. Bu doğrultuda, DT Ocak 1998 ve Şubat 2001 arasında altı kez fiyat indirimine gitti. Buna ek olarak, DT'nin arama ücretlerini, özellikle yerel aramalarda istediği her zaman daha da düşürebilme ve bu sayede aylık veya tek seferlik analog ve ISDN bağlantı fiyatlarının arttırabilmek için daha fazla imkanı olmasına rağmen, teşebbüs bunların hiç birisini gerçekleştirmemiştir.

Buna karşılık 1 Ocak 2002'de yürürlüğe giren yeni tavan fiyat sistemine göre, DT erişim fiyatları artışı konusunda neredeyse bütün özgürlüğünü tüketmişti. Ancak, DT'nin fiyat sıkıştırmasından kaçınma özgürlüğü sadece tavan fiyat düzenlemesine tabi erişim fiyatlarından kaynaklanmamaktadır. Çünkü düzenlemeye tabi olmayan ADSL

⁵⁷ *Telekomünikasyon Sektöründeki Erişim Anlaşmalarına Rekabet Kurallarının Uygulanması Hakkında Duyuru*, OJ C 265, 22.8.1998, p.2, para. 117.

fiyatlarının da dikkate alınması gerekmektedir. Gerçekte, fiyat sıkıştırmasının önüne geçebilmek için, RegTP'nin herhangi bir ön izni olmaksızın, DT'nin ADSL erişim fiyatlarını yükseltme konusunda serbestliği bulunmaktadır. Bununla beraber DT, ADSL ücretlerini neredeyse hiç değiştirmemiştir. Sıkıştırmayı tamamen ortadan kaldırmak için bu olasılığı kullanımasaydı dahi, DT'nin en azından fiyat sıkıştırmasını azaltması mümkündür.

1.5. Tamamlayıcı Karar (Follow-up Decision)

Kararın alındığı tarih olan Mayıs ayından sonra, DT ve RegTP tarafından fiyat sıkıştırmasının azaltılması amacıyla bir çok adım atılmıştır. 30 Haziran 2003 tarihinde alınan bir kararla, RegTP yerel ağın ayrıştırılması için tek seferlik alınan (one-off) toptan ücretlerini % 20'ye varan oranlarda azaltmıştır. DT'nin başta, RegTP tarafından nihai olarak onaylanan fiyatlardan daha yüksek bir fiyat talep etmiş olması nedeniyle, bu indirim doğru yönde atılmış bir adım olarak görülmüştür. Buna ek olarak, DT analog hatlar için son kullanıcı abonelik ücretlerini 1 Eylül 2003 tarihi itibarıyla yaklaşık %10 arttırmaya karar vermiştir. Bu düzenlemelerin hayata geçirilebilmesi için, RegTP'nin tavan fiyat sistemini adapte etmesi gerekmektedir. Bu durum ancak 22 Temmuz 2003 tarihli kararla mümkün olmuştur.

DT'nin değiştirilen tarife yapısı, yerel ağda daha fazla rekabet için daha uygun bir ortam sağlamaktadır. DT'nin rakipleri artık toptan erişimi daha ucuza alabildiklerinden, son kullanıcıya da daha cazip fiyatlar sunma şansına sahip olacaklardır. Özellikle DT'nin son kullanıcı erişim fiyatlarının da yükselmiş olması nedeniyle, bu durum rakip teşebbüslerin DT ile yerele ağa erişim konusunda daha kolay rekabet edebilmeleri sağlayacaktır.

DT, Komisyon Kararının uygulanabilmesi amacıyla aldığı tedbirlere paralel olarak, bu karara Anlaşmanın 230. maddesi uyarınca Bidayet Mahkemesinde iptal davası açarak itiraz etmiştir (T-271/03).

2- WANADOO DAVASI: YIKICI FİYAT

16 Temmuz 2003 tarihinde Komisyon, 82. madde çerçevesinde yürütülen bir soruşturma sonucunda, Wanadoo'nun ADSL fiyat stratejisine ilişkin olarak bir karar almıştır⁵⁸. ADSL Fransa'da ev ve KOBİ kullanıcılarına yüksek hızlı internet erişim hizmeti sunulabilmesi için mevcut başlıca teknolojidir. Bu sistem, yerel santrallerle müşterilerin buldukları yerler arasındaki mevcut bakır kablolar üzerinden genişbant

⁵⁸ Komisyon Basın Duyurusu IP/03/1025, karar henüz Resmi Gazete'de yayımlanmamıştır.

hizmetlerin sunulmasını sağlamaktadır. Kararın kapsadığı dönem boyunca, Fransa'daki neredeyse bütün ADSL hatları ana operatör olan France Telecom tarafından işletilmekteydi. Kablo TV şebekeleri de teorik olarak bu tür hizmetlerin sunulması için alternatif bir platform oluşturmaktadır. Ancak kablo TV şebekesinin Fransa'da ulaştığı/kapsadığı alan sınırlı durumda idi ve hiç bir kablo TV operatörü France Telecom'un ADSL hizmetleri ile karşılaştırılabilir düzeye bir ulusal şebeke kurabilecek durumda değildi. İlk genişbant hizmetleri 1998 yılından pazarlanmaya başlanmış, pazarın belirgin bir ölçek ve hızla atağa kalkması 1999 yılının sonundan önce mümkün olamamıştır.

2.1. Maliyetin Altındaki Fiyatlar

AB hukukuna göre, yıkıcı fiyat şeklinde bir kötüye kullanmayı ortaya koymak için kullanılabilir iki test bulunmaktadır: İlk teste göre, değişken maliyetlerin karşılanmadığı durumda kötüye kullanma olduğu otomatik olarak varsayılmaktadır. İkincisine göre de, rakiplerin piyasa dışına itilmesi yönünde bir planın parçası olduğunda, değişken maliyetleri karşılamasına rağmen, toplam maliyetleri karşılamayan bir fiyatlandırmanın kötüye kullanma olduğu kabul edilmektedir⁵⁹. Komisyonun bu kararında, Ağustos 2001 öncesi ve sonrası dönemler için iki test uygulanmıştır. Bu olayda Komisyon, hızla büyüyen pazarın özelliklerini de dikkate alabilmek amacıyla, maliyetlerde ve gelirlerde bazı ayarlamalar/düzeltilmeler yapmıştır. Özellikle, genişleyen bir pazarda toplam maliyetlerin önemli bir kısmını oluşturan müşteri edinme maliyetleri, yıllara yayılmış ve dikkate alınmamış, böylelikle bu maliyetler sermaye harcamaları olarak kabul edilmiştir. Buna ek olarak, Komisyon, firmanın muhasebesinde kayıtlı/işlenmiş ortalama abone başına gelirleri dikkate almamış, fakat firmanın büyüme dinamiklerinin, kullanıcı başına gelirleri mekanik olarak çarpıtması durumunu düzeltebilmek için çok ayarlama yapmıştır. Bütün bu ayarlamalar, yıkıcı fiyat testlerinin Akzo kararında ortaya konan felsefesini değiştirmeden maliyetlerin karşılanma oranını yükselttiği için şirketin/teşebbüsün lehine olmuştur.

1999 yılının sonundan Ekim 2002 tarihine kadar, % 72'si France Telecom'a ait bir yan kuruluş olan Wanadoo, "Wanadoo ADSL" ve "eXtense" olarak bilinen ADSL hizmetlerini ortalama maliyetlerin altında bir fiyatla pazarlamıştır. Komisyonun yürüttüğü soruşturma sonucunda, Wanadoo'nun fiyatlarının Ağustos 2001 tarihine kadar ortalama maliyetlerin altında olduğu, bu tarihten sonra fiyatların yaklaşık olarak ortalama maliyetlere eşit hale geldiği ancak yine de toplam maliyetlerin

⁵⁹ C-62/86 sayılı *Akzo v. Komisyon Kararı* [1991] ECR I-3359, C-333/94 P sayılı *Tetra Pak International SA v. Komisyon* [1996] ECR I-5951.

çok altında olduğu ortaya çıkmıştır. Wanadoo ADSL hizmetlerini büyük miktarlarda pazarlamaya sadece Mart 2001 tarihinde başladığı için, Komisyon kötüye kullanmanın bu tarihten itibaren başladığını kabul etmektedir. Wanadoo, bu eylem sonucunda 2002 yılı sonuna kadar büyük oranlarda zarar etmiştir. Söz konusu eylem, şirketin hızlı stratejik bir pazar olan internet hizmetleri pazarını ele geçirme planları ile çakışmaktaydı. Wanadoo bu hizmeti yüzünden bir taraftan büyük ölçekli zararlar görürken, o günlerde Wanadoo da dahil olmak üzere bütün internet servis sağlayıcılarına toptan ADSL hizmeti sunan ve bu pazarın neredeyse % 100'ünü elinde bulunduran France Telecom, yakın gelecekte bu pazarda kendi toptan ADSL hizmetlerinde önemli karlar beklemekteydi.

Wanadoo, uğradığı zararın boyutlarının ve eXtense hizmetini piyasa sürerken maruz kalacağı hukuki risklerin farkında olduğundan, bütün bu hususlara rağmen bu şekilde hareket ettiği için yürütülen politikanın kasıtlı olduğu ortadadır.

2.2. Pazardaki Etki

Komisyonun hakkında işlem yürüttüğü kötüye kullanma eylemi, çok hızlı büyüyen bir pazardan, diğer rakiplerin pazar dışına itilmesi pahasına aslan payını almak amacıyla planlanan bir hareketti. Ocak 2001'den Eylül 2002 tarihine kadar Wanadoo'nun pazar payı, bu dönemde beş kat büyüyen pazarda yaklaşık 30 puan artarak % 65-75 seviyesine yükselmiştir. Wanadoo'nun pazardan bugün için aldığı pay, 2004 yılı sonu için hedeflediği orandır. Wanadoo ile rekabet edebilmek için göze alınması gereken zarar miktarı, diğer rakipler üzerinde caydırıcı bir etki yaratmıştır. Kötüye kullanma eyleminin gerçekleştiği dönemin sonunda, hiç bir rakip pazarda %10'dan daha fazla pay elde edememiş ve Wanadoo'nun en büyük rakibi dahi kötüye kullanma eylemi başladığında kendi pazar payının tepetaklak olduğunu görmüştür. Bir ADSL hizmet sunucusu (Mangosta) ise Ağustos 2001'de pazardan çıkmıştır. Wanadoo'nun bu eyleminin etkileri sadece ADSL kesimi ile sınırlı kalmamış ve yüksek hızlı internet hizmeti sunan kablo operatörlerine de ulaşmıştır.

Kötüye kullanma eylemi, ancak France Telecom'un önceki fiyatlarının % 30'dan fazla düşmesini sağlayan yeni toptan fiyatların yürürlüğe girdiği tarih olan Ekim 2002'de sona ermiştir. Bu tarihten itibaren, pazardaki diğer rakipler de dikkate alındığında, Fransa yüksek hızlı internet pazarı çok daha hızlı ve dengeli bir şekilde büyüme göstermiştir. Eylemin sona ermesinin ardından pazarın büyümesi

hızlanmış, pazarda faaliyet gösteren internet servis sağlayıcılarının sayısı Eylül 2002 ile Mart 2003 tarihleri arasındaki yedi ayda, Mart 2001 ile Ağustos 2002 tarihleri arasındaki on yedi ayda olduğundan çok daha fazla artış göstermiştir.

2.3. Zararların Telafisi

Wanadoo dosyası, AB rekabet hukukundaki teşebbüsün meşru amaçları doğrultusunda gerçekleştirdiği normal davranışla, kötüye kullanma eyleminin birbirinden nasıl ayrılması gerektiği şeklindeki klasik soruyu gündeme getirmiştir. Wanadoo, hizmetlerini maliyetlerin altında satarak, yeni bir pazarı geliştirme ve orta vadede karlı duruma geçebilme hedefleri doğrultusunda rasyonel bir şekilde hareket ettiğini iddia etmiştir.

Şirket özellikle, her yeni abone için zararına satılan hizmetler için indirimli nakit akışının beş yıl içinde artıya/pozitive döneceğini ortaya koymak için hazırlanmış hesaplar sunmuştur. Bir yatırım kararının klasik standartları tarafından desteklenmiş olsa da, Komisyon bu hesapların, hakim durumdaki bir teşebbüsün davranışını ifade ettiğinin ya da yıkıcı fiyat olmadığını tespiti için uygun bir araç olduğunu kabul etmemiştir. Gerçekten de, kısa dönemde uğranılan zararların uzun dönemde telafi edilmesi, yıkıcı fiyatlandırmanın en temel hedefidir. Teşebbüs, rakiplerini pazar dışına çıkardıktan veya onları disipline ettikten sonra, yıkıcı fiyatın oluşturduğu zararı ortadan kaldırabilmek için kar marjını arttırabilecek duruma gelmeyi amaçlamaktadır/beklentisi içindedir. ADSL müşterisi elde etmenin beş yıl içerisinde pozitif gelir sağlayacağı için rasyonel olduğunu göstermek, en basit şekli ile yıkıcı fiyat stratejisinin kendi zararını telafi edeceğini ortaya koymaktır. Wanadoo'nun gerekçesini bu hali ile kabul etmek, yıkıcı fiyatın esas itibarıyla varolamayacağı sonucuna ulaşmayı gerektirecektir.

Komisyonun Wanadoo'nun iddialarını reddetmesinin bir diğer nedeni de davanın özellikleri ile ilgilidir. Wanadoo'nun karlılığı ortaya koyma girişiminin bir yanılığa dayandığı ortaya çıkmıştır. Bir kullanıcının yarattığı indirimli gelir akışının orta vadede pozitif olacağı kabul edilse dahi, büyüyen bir pazarda varolan/süregelen abone kazanma maliyetlerinin çok yüksek olması nedeniyle, (giriş tarihleri dikkate alınmaksızın bütün kullanıcılar için) söz konusu fiyat uygulaması çok uzun bir süre tümüyle karsız olmaya devam edebilecektir. Gerçekte teşebbüs ve şirketin hissedarları için asıl önemli olan, tek bir kullanıcının getirdiği net gelirden ziyade söz konusu faaliyetin finansal durumunun genel değerlendirmesidir.

Wanadoo kararı, görünüşte finansal olarak meşru olan bir teşebbüs davranışının, hakim durumdaki bir teşebbüsün özel yükümlülüğünü göz ardı etmesi nedeniyle, gerçekte kötüye kullanma olduğunu tekrar ortaya koymaktadır.

2.4. Yeni Gelişen Pazarlar

Wanadoo kararı, Komisyonun bu kadar emekleme aşamasında olan bir pazara müdahalesinin yerinde ve zamanından olup olmadığı şeklinde bir başka önemli soruyu daha gündeme getirmiştir. 2000 yılının sonunda, Fransa'daki yüksek hızlı internet pazarında yaklaşık 200.000 abone bulunmaktaydı. Salt teknik ve pazarlama konularındaki deneylerin ilk aşamaları çoktan geride bırakılmış, pazarda 2000 yılının ortalarından itibaren ivmelenen bir büyüme sürecine girilmiştir. Ancak bu pazarın büyümeye devam edeceği ve kararın verildiği tarihte henüz belli bir olgunluğa erişmemiş olduğu da bir gerçektir. Aslında bu sorunun iki alt başlığa bölünmesi mümkündür. İlk olarak, prensip gereği, bir rekabet otoritesinin geliştirmekte olan büyük bir pazarın bu kadar erken dönemlerinde müdahale edip teşebbüsü cezalandırmaya yetkisi/hakkı var mıdır? İkinci olarak, Wanadoo'nun görelî olarak yeni bir faaliyette bulunurken bu kadar zararlara uğraması kaçınılmaz mıydı?

İlk soruya ilişkin olarak, Komisyon 82. maddede veya Topluluk içtihadında henüz yeterince olgunlaşmamış veya yeni gelişen pazarlar olarak kabul edilen sektörlerle Komisyonun müdahalesi için istisna getiren herhangi bir husus bulunmadığı düşüncesindedir. Rekabet kurallarının uygulanması için pazarların tamamen dengeye ulaşmasını beklemek, rekabet otoritelerini sistemli hale gelen kötüye kullanma eylemlerinin bütün etkilerini ortaya koymadan ve bu eylemler yoluyla haksız olarak elde edilen pozisyonların sağlamlasınlarından önce zamanında harekete geçme güçlerinden mahrum bırakacaktır. Buna karşılık, rakiplerin ortadan kaldırılmasına yol açma tehlikesi bulunduğu her durumda, yıkıcı fiyatın cezalandırılmasının mümkün olması gerekmektedir. Anlaşmanın 3(g) maddesinde "sağlıklı/çalışılabilir rekabetin sürdürmesi" şeklinde ifade edilen amacı, Komisyonun böyle bir stratejinin pazardaki bütün rakipleri ortadan kaldırmasını beklemesi gibi bir duruma izin vermemektedir.

Komisyonun söz konusu davadaki müdahalesi, her şeyden önce bu sektörde ilk-girenin-avantajının çok önemli olması nedeniyle haklıdır/meşrudur. Hakikaten Wanadoo'nun yıkıcı fiyat stratejisinin amaçlarından biri de, hızlı-internet pazarını ilk ele geçiren ve toplumun

gözünde teknolojik yeniliği ilk olarak getiren şirket olmaktadır⁶⁰. Gerçek şu ki, kötüye kullanma eylemi sona erdikten sonra bile Wanadoo, yukarıda ifade edilen itibar etkilerini ve diğer ilk-girenin-avantajlarını paraya çevirebilme durumundadır. Politika açısından bakıldığında, Topluluğunun Lizbon Stratejisi⁶¹ hedeflerinin elde edilmesinde hızlı-internet erişiminin anahtar rol oynaması nedeniyle, Komisyonun bu olaya müdahalesi çok yerinde olmuştur.

İkinci soruya ilişkin olarak, ADSL ürün ve hizmetlerinin çok yeni olmasına rağmen, söz konusu ürünlerin gelişmesi sırasında hızlı kar elde etmenin imkansız olmadığına da belirtilmesi gerekmektedir. Wanadoo'nun çoğunluk hissedarı olan France Telecom, ADSL hizmetlerinden tüm maliyetler üzerinde çok hızlı bir şekilde pozitif net bir margin/kar elde etme beklentisi içinde olmuştur. ADSL'in teknik yayılımını/kurulumunu, bu hizmetin yalnızca yeniden satıcısı olan Wanadoo Interactif'in değil, France Telecom'un gerçekleştirdiğinin de hatırlatılması gerekmektedir. Bu nedenle, aynı zamandan ADSL hizmetinin sunulmasının ana mimarı olan Wanadoo grubunun ana şirketi, çok kısa sürede net pozitif kar elde etmeyi hedeflemiş, ancak Wanadoo'nun 2001 ve 2002 yılları için net kar düzeyi beklenenin çok altında kalmıştır. France Telecom'un Komisyona sunduğu bilgiler, beklenenin aksine ADSL hizmetlerinin yeniliğinin, oldukça hızlı bir karlılık elde etme hedefini hiç bir şekilde engellemediğini ortaya koymuştur. Yukarıda açıklanan sebeplerden ötürü, ADSL gibi yeni bir ürün çeşidinde zarar etmenin kaçınılmaz veya zaruri/gerekli olduğunun kabul edilmesi mümkün değildir.

2.5. İnternetin Desteklenmesi Geçerli bir Savunma Değildir/ İnternet'in Desteklendiği İddiası Geçerli Değildir

Wanadoo'nun maliyetin altındaki fiyatlandırması politikasının, diğer hususlar arasında şebeke maliyetlerini azaltarak, sonuçta rakiplerinin ve pazarın da yararına olabilecek olan, hızlı-internet konusundaki bilinci arttırma şeklinde bir meşru amaç ile haklı gösterilip gösterilemeyeceği sorusu, değinilmesi gereken en son soruyu oluşturmaktadır.

Bu olayda Komisyon söz konusu iddianın çok temel bir açıdan eksik/yetersiz olduğu düşüncesindedir: Teşebbüs tarafından güdülen bu stratejinin tek başına, Fransa'da genişbant internet kullanımının

⁶⁰ Yukarıda verilen C-333/94 sayılı Tetra Pak Davası, para.44.

⁶¹ Lizbon Stratejinin amacı, 2010 yılında Avrupa Birliği'ni dünyadan en rekabetçi ve dinamik bilgi-tabanlı ekonomisi haline getirmektir.

arttırılması hedefine ulaşmayı mümkün kılacağı yönünde herhangi bir delil/dayanak bulunmamaktadır. Pazarın büyümesine bağlı olan olumlu/pozitif etkiler, pazarın servis sağlayıcılar arasında denge koşulları altında/çerçevesinde gelişmesi ile de elde edilebilecektir. France Telecom grubun gerçek amacı/niyeti yüksek-hızlı internet pazarının bütün operatörlerin yararına olacak biçimde gelişmesi olsaydı, yerel ağa tam ve paylaşımlı erişimden yerel ağdan IP/ADSL erişimine ve yönlendirme/routing hizmetlerine kadar olan toptan fiyatlarını rakiplerinin pazara girmesini teşvik edecek şekilde düşük tutması gerekirdi.

Wanadoo Komisyonun kararına Bidayet Mahkemesinde iptal davası açarak. itiraz etmiştir (T-340/03).

3- SONUÇ

Bu iki kararla Komisyon, fiyatların sektör-spesifik düzenlemeler yoluyla incelendiği durumlarda bile, fiyatlar yoluyla oluşan kötüye kullanmalara karşı güçlü bir şekilde hareket edeceğini göstermiştir. Her iki karar da kötüye kullanmaları ortaya koymak için uygulanabilecek testlerin koşullarını ortaya koymuştur. Yıkıcı fiyat, son kullanıcıya sunulan fiyatlarla bu fiyatları oluşturan maliyetlerin doğrudan karşılaştırılmasını gerektirmekte ve kötüye kullanmaya yol açan fiyatların arttırılması yükümlülüğü getirmektedir. Fiyat sıkıştırması testi, toptan ve perakende fiyatların karşılaştırılması ile başlamakta, yalnızca sonrakinin öncekinden yüksek olması durumunda maliyetlerin de incelenmesini içermektedir. Böyle bir kötüye kullanma, toptan fiyatları düşürmek ya da nihai/son kullanıcı/perakende fiyatları yükseltmek suretiyle her seviyede giderilebilmektedir. Her iki test de, şebeke endüstrilerinde gelecekte karşılaşılabilecek fiyat yoluyla kötüye kullanma davalarında hem Komisyon için hem de ulusal rekabet otoriteleri hem de ulusal ulusal düzenleyici otoriteler hem de önemli örnek değerler barındırmaktadır.

ULUSLARARASI GELİŞMELER

- Avrupa Birliği ve Rekabet Haberleri
- DTÖ Cancun Bakanlar Konferansı
- Birleşme ve Devralmalardan Örnekler
- ICN
- MICROSOFT

▪ AVRUPA BİRLİĞİ ve REKABET HABERLERİ

- AB ve Japonya 10 temmuz 2003 tarihinde, her iki piyasada faaliyet gösteren şirketlerin ve tüketicilerin yararına olacak şekilde rekabet otoriteleri arasındaki işbirliğini güçlendirecek bir anlaşma imzalamışlardır. Bu anlaşma, benzer şekilde ABD ve Kanada'yla

imzalanan anlaşmalardan sonraki üçüncü anlaşmadır ve 30 gün içinde yürürlüğe girecektir.⁶²

- Avrupa Birliği Dönem Başkanlığı'nı Yunanistan'dan Selanik Zirvesi ile devralan İtalya, bu görevi 1 Temmuz-31 Aralık 2003 tarihleri arasında yerine getirecektir. İtalya dönem başkanlığının öncelikli konuları arasında yer alan Avrupa ekonomisini 2010 yılına kadar dünyanın en güçlü ekonomisi haline getirmeyi amaçlayan Lizbon Stratejisi'nin hedeflerine büyük önem vermektedir. Bu yöndeki faaliyetlerin temel noktasını ise Avrupa'daki finans kuruluşlarının da desteğiyle kamu yatırımlarının artırılarak ekonominin daha etkili bir şekilde desteklenmesi ve sonucunda da işgücü piyasalarının daha modern bir hale gelmesi, tam istihdamın sağlanması ve işletmelerin rekabet gücünün artırılması oluşturmaktadır.⁶³

- Bilindiği üzere 2001 yılında başlatılan Katılım öncesi mali izleme süreci kapsamında aday ülkeler ekonomik ve mali politikalarını ve öngörülerini Komisyon'a iletmektedirler. Bu kapsamda Türkiye 2003-2006 dönemini kapsayan üçüncü Katılım Öncesi Ekonomik Programını Ağustos ayında açıklamıştır. Program, Kopenhag ekonomik kriterlerini yerine getirme ve Maastricht kriterlerine yakınlaşma amacıyla uygulanmakta olan ekonomi politikaları ve yapısal uyum çalışmalarını içeriyor. Yapısal reformlar kapsamında TEKEL, THY ve TÜPRAŞ başta olmak üzere özelleştirme çalışmalarının tamamlanması ve kamu sektörünün ağırlıkta olduğu alanlarda serbestleşmenin sağlanması, DPT bünyesinde 2003 yılı sonuna kadar devlet yardımları izleme ve denetleme birimi kurulması, rekabet politikası alanında AB mevzuatına uyum çalışmalarının sürdürülmesi gibi konular bulunmaktadır.⁶⁴

- 25 Temmuz 2003 tarihinde Avrupa'daki elektronik iletişimine ilişkin daha rekabetçi bir piyasa yaratmak amacıyla hazırlanan yeni düzenleyici yasa paketi uygulamaya geçti. Ancak halihazırda sadece 5 üye ülke Finlandiya, Danimarka, İsveç, İngiltere ve İrlanda pakette yer alan 5 direktifi ulusal mevzuatlarına aktarmışlardır. Komisyon gerekli yasal düzenlemeleri tamamlamayan üye ülkeler hakkında yasal tedbir almayı planlamaktadır. 1998 yılında serbestleştirilen AB telekomünikasyon piyasasının daha rekabetçi olması ve farklı elektronik iletişim teknolojilerinin yakınlaştırılması için yeni direktifler büyük önem taşımaktadır. Yetkilendirme, erişim, evrensel hizmet ve kişisel bilgilerin gizliliği konularını düzenleyen yeni paket 1998 yılında hazırlanan

⁶² <http://www.europa.eu.int/rapid/start/cgi>

⁶³ İktisadi Kalkınma Vakfı (İKV) Bülteni, 1-15 Temmuz 2003, s.1.

⁶⁴ İktisadi Kalkınma Vakfı (İKV) Bülteni, 1-15 Ağustos 2003, s.1-2.

mevzuatın yerini alacaktır. Yeni paket ile AB'de yasal yapının belirgin ve net olması, internet altyapısına yönelik yatırımları kolaylaştırarak erişimi ucuzlatması planlanıyor.⁶⁵

▪ DTÖ CANCUN BAKANLAR KONFERANSI

Meksika'nın Cancun kentinde düzenlenen Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) Bakanlar Konferansı'nda, gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler arasındaki, tarım ürünlerine verilen destekler ve ticaretin kolaylaştırılması konularında yaşanan kilitlenme nedeniyle sonuç alınamamıştır. Bu sebeple İki yıl önce Doha'da gerçekleşen Bakanlar Konferansı neticesinde belirlenen öncelikler konusunda önemli bir ilerleme kaydedilmesi beklenen Cancun Toplantısı'nın, bu beklentileri karşılayamadığı belirtilmektedir. Bu sebeple, uluslararası ticareti düzenleyen yeni bir anlaşmanın 2005 Ocak ayından önce geliştirilmesi yönünde Doha'da alınan kararın çok gerçekçi olmadığı görülmüş ve gelecek toplantının Hong Kong'da düzenlenmesi kararlaştırılmış ancak tarih belirlenmemiştir.⁶⁶

▪ BİRLEŞME ve DEVRALMALARDAN ÖRNEKLER

- Sırbistan Özelleştirme İdaresi iç pazarın % 62'sine sahip en büyük tütün şirketi Duvanska Industrija Nis (DIN) şirketinin % 66.45'lik hissesini 387 milyon Euro'ya Philip Morris International'a, pazarın % 8'ine sahip Duvanska Industrija Vranje'nin (DIV) % 67.81'lik hissesini ise 50 milyon Euro'ya British American Tobacco'ya (BAT) satmıştır.⁶⁷

- Avrupa Komisyonu 3 Temmuz 2003 tarihinde Pinault-Printemps-Redouste grubunun alt kolu olan Pinault-Bois & Matériaux SA'nın İngiliz Wolseley Plc. Grubu tarafından devralınması işlemine izin vermiştir. Devralma işleminin, Fransa'da yapı malzemeleri alanında Wolseley Grubu'na en büyük dağıtım ağlarından birini sağladığı belirtilerek, bununla beraber yine de grubun çok sayıda rakibinin olacağı ifade ediliyor.⁶⁸

- AB Komisyonu, kamera, fotokopi v.b. makinaları üreten Japon firmaları Minolta ve Konica arasındaki devralma işlemine şartlı olarak izin vermiştir. Komisyon yeni oluşumun, piyasa liderleri Ricoh (kamera), Canon (fotokopi makinası) ve Olympus'un (kamera) gerisinde kaldığını,

⁶⁵ İktisadi Kalkınma Vakfı (İKV) Bülteni, 1-15 Ağustos 2003, s.3.

⁶⁶ İktisadi Kalkınma Vakfı (İKV) Bülteni, 16-30 Eylül 2003, s.1-2.

⁶⁷ Hürriyet Gazetesi, 7 Ağustos 2003, s. 12..

⁶⁸ <http://www.europa.eu.int/rapid/start/cgi>

bu sebeple fotokopi cihazı ve kamera piyasalarında rekabet ihlali yaratacak bir durumun olmadığını tespit etmiş ve Konica'nın Minolta'yı devralması işleminin fotoğraf karelerinin parlaklığını ölçen fotometre cihazı piyasasında hakim durum yaratabileceğini gözönünde bulundurarak, Konica'nın Japon Sekonic firmasındaki yaklaşık % 40 oranındaki hissesinden vazgeçeceğini açıklaması üzerine 11 Temmuz 2003'te işleme izin vermiştir. Komisyon bu konu ile ilgili incelemesini ABD ile yakın işbirliği içerisinde yürütmüştür.⁶⁹

▪ ICN

Uluslararası Rekabet Ağı (ICN), düzenleyici kurum temsilcileri ve özel sektör danışmanlarından oluşan yaklaşık 280 kişi ile 23-25 Haziran 2003 tarihlerinde Meksika'da ikinci yıllık toplantısını düzenlemiştir. Bu toplantıda ağırlıklı olarak 120'den fazla farklı ulusal rekabet rejiminin yarattığı sıkıntıların gelişen ilkeler ve iyi uygulamalar çerçevesinde azaltılması hedeflenmiştir. Bu çerçevede toplantıda, birleşmelerle ilgili işlemlerde dört adet "tavsiye edilen uygulama" benimsenmiştir. Bunlar ICN'in kilit sektörlerde ideal uygulama olarak kabul ettiği uygulamalar haline gelmiştir.⁷⁰

▪ MICROSOFT

Avrupa Birliği Komisyonu, Microsoft'un tekel olduğu ve rekabet ihlalinde bulunduğunu belirtmiştir. Rekabet Komisyonu üyesi Mario Monti Microsoft'a bir itiraz yazısı göndermiş ve bulguları belirterek "Media Player"ı Windows'dan ayırması gibi bazı çözümler önerdiklerini kaydetmiştir.⁷¹

⁶⁹ <http://www.europa.eu.int/rapid/start/cgi>

⁷⁰ *Global Competition Review, Volume 6, Issue 7, July/August 2003, p. 2.*

⁷¹ *Hürriyet Gazetesi, 7 Ağustos 2003, s.13..*

REKABET KURULU NİHAİ KARAR ÖZETLERİ

(01.07.2003 - 30.09.2003)

**REKABET KURULU NİHAİ KARAR ÖZETLERİ
REKABET İHLALLERİ**

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
1	03-53/601-267	Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin internet servis sağlayıcılarına kusurlu hizmet sunarak 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiği iddiasına yönelik olarak bir önaraştırma yapılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı, şikayetin reddi.	24-07-2003
2	03-55/645-296	"Ankara ili Sürücü Olur Sağlık Raporu" ilgili pazarında faaliyet gösteren bazı poliklinikler hakkında yürütülen soruşturma neticesinde; Özel Yeni Anıl Polikliniği, Özel Kızılay Mithatpaşa Polikliniği, Özel Başkent Sıhhiye Polikliniği, Özel Ziya Gökalp	08-08-2003

		Polikliniği, Özel Yeni Dışkapı Polikliniği, Özel Sincan Bilgi Tıp Merkezi, Özel Ortadoğu Polikliniği, Özel Servet Ünsal Polikliniği, Özel Umar Uzman Doktorlar Polikliniği ve Özel İlkiz Polikliniği unvanlı teşebbüslerin açılan banka hesapları ile bir havuz oluşturarak pazar paylaşımında bulunmak ve fiyat tespiti yapmak şeklindeki eylemlerinin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin (a) ve (b) bentlerinde sayılan örneklerle uyumlu olduğu ve yasak kapsamında rekabet ihlali oluşturduğu; 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında ihlale yol açan ve yukarıda unvanları belirtilen 10 teşebbüsün her birinin ayrı ayrı 9.247.613.000.-er TL. idari para cezası ile cezalandırılmaları; soruşturma kapsamındaki söz konusu teşebbüslerin ihlale konu olan sözleşmeler ile ilgili olarak 4054 sayılı Kanun'un 10. maddesi uyarınca bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemelerinden dolayı herbirinin ve bu teşebbüslerin yönetim organlarında bildirim yükümlülüğü bulunan tarihte görevli olan kişilerin ayrı ayrı idari para cezası ile cezalandırılmaları; ilgili pazardaki işleyişte kamu denetimi ve uygulamaları nedeniyle oluşan aksaklıklar konusunda 4054 sayılı Kanun'un 2 ve 27/g maddeleri uyarınca Sağlık Bakanlığı'na görüş bildirilmesi.	
3	03-56/653-300	Makina ve Kimya Endüstrisi Kurumu ile Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumu arasında imzalanmış bulunan "Trampa Sözleşmesi"nin 4054 sayılı Kanun'un 4, 6 ve 7. maddelerine aykırılık oluşturmadığı, talep edilen menfi tespit belgesinin verilmesi; Orica Nitro Patlayıcı Maddeler San. ve Tic. A.Ş. ile ilgili sözleşmenin pazardaki rekabeti olumsuz etkileyecek nitelikte olmadığı anlaşıldığından, önaraştırma yapılmasına veya soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı, şikayetin reddi.	14-08-2003
4	03-56/655-301	AYCELL Haberleşme ve Pazarlama Hizmetleri A.Ş.'nin GSM hizmetleri pazarında yıkıcı fiyat uygulamak suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiği iddiası ile ilgili olarak soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı.	14-08-2003
SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
5	03-57/671-304	Boyner Holding A.Ş.'ne bağlı Benkar Tüketici Finansmanı ve Kart Hizmetleri A.Ş. ile Fiba Holding A.Ş.'ne bağlı Fiba Bank A.Ş. arasında tüketici finansmanı ve bankacılık hizmetleri alanında işbirliğine gidilerek bir ortak girişim kurulmasına izin talebi ile ilgili 18.9.2001 tarih, 01-44/433-111 sayılı Kurul kararında öngörülen düzenlemelerin süresi içinde yerine getirilmemiş olması üzerine yürütölen soruşturma neticesinde: Benkar ile üye işyerleri arasında düzenlenen 18.12.1998 ve 13.11.2001 tarihli bildirimlere konu olan sözleşmelerdeki üye işyerlerine yüklenen Advantage Card dışında başka taksitli alışveriş kartları ile işlem yapmama –münhasır çalışma- şeklindeki belirsiz süreli rekabet yasağına ilişkin olarak, Rekabet Kurulu'nun 18.9.2001 tarih ve 01-44/433-111 sayılı kararı ile menfi tespit belgesinin geri alınmasına yönelik yapılan değerlendirme sonucu münhasırlık hükmünün uygulanmamasına ve gerekli düzenlemelerin yapılmasına karar	15-08-2003

		<p>verilmesine ve bu kararın taraflara tebliğ edilmesine rağmen Benkar'ın münhasırlık uygulamasına devam ettiği, söz konusu anlaşmaların 14.7.2002 tarihinde yürürlüğe giren 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında grup muafiyetinden yararlandığı, ancak bu muafiyetin, sözleşmelerdeki sözleşme süresine bağlı olarak süresiz rekabet yasağına uygulanamayacağı, Tebliğ ile tanınan muafiyetin, sözleşmedeki süresiz rekabet yasağına uygulanmaması sonucu, sözleşmelerde süresiz rekabet yasağına yer verilmesi suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlal edildiği; hukuki halefiyet ve ihlale devam edilmesi nedeniyle, Benkar'ı devralan HSBC Bank A.Ş.'ye, teşebbüsün cirosu dikkate alınarak 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca 5.000.000.000.000 TL. idari para cezası verilmesi; 13.11.2001 tarihli bildirimde yer alan anlaşmaların süresi içinde Rekabet Kurumu'na bildirilmemesi dolayısıyla, tüzel kişiliği ortadan kalkan Benkar Tüketici Finansmanı ve Kart Hizmetleri A.Ş.'ne bu nedenle ceza verilemeyeceği; Benkar'a verilemeyen bu cezanın, hukuki halefiyet dolayısıyla HSBC Bank A.Ş.'ne verilmesi gerektiği ve HSBC Bank A.Ş.'nin 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendi ve 2003/1 sayılı Rekabet Kurulu tebliği uyarınca, geç bildirimden dolayı idari para cezası ile cezalandırılması; diğer yandan, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin 3. fıkrası ve 2003/1 sayılı Rekabet Kurulu tebliği uyarınca, bildirim yükümlülüğünün bulunduğu tarihte Benkar'ın yönetim kurulunda görev alanların herbirine ayrı ayrı olmak üzere idari para cezası verilmesi; soruşturma sürecinde tespit olunan rekabet kısıtlaması nedeniyle, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde muafiyet alabilmek için öngörülen koşullar sağlanmadığından, 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin 6. maddesi.</p>	
SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
		<p>uyarınca muafiyetin geri alınması, 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, üye işyerlerine yüklenen başka sağlayıcılara ait kartlarla taksitli satış yapma yasağının bu yükümlülüğü düzenleyen sözleşme veya protokollerden çıkarılması ve bu işlemin yapıldığının Rekabet Kurulu'na belgelendirilmesi; HSBC Bank A.Ş.'nce yukarıda belirtilen işlemin yapılmaması halinde, verilen sürenin bitiş tarihinden itibaren 4054 sayılı Kanun'un 17 nci maddesinin (e) bendi ve içinde bulunulan yıl için Rekabet Kurulu tarafından yayımlanan para cezalarına ilişkin Tebliğ uyarınca süreli para cezası uygulanması.</p>	
6	03-58/681-308	<p>Uluslararası hızlı taşımacılık pazarında faaliyet gösteren DHL Worldwide Express, TNT International Expressve UPS United Parcel Service unvanlı firmaların aralarında gizli centilmenlik anlaşması yaparak yurtdışı gönderiler için ortak bir fiyat tespit etmek suretiyle 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettikleri iddiasına yönelik olarak soruşturma açılmasına gerek olmadığı, şikayetin reddi.</p>	21-08-2003

7	03-59/710-331	Türkiye genelinde; Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin "gelir ortaklığı sözleşmesi" yoluyla Kablo TV şebekesi üzerinden internete erişim hizmeti veren ve gelir ortağı olan firmaların uygulamalarının 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'u ihlal ettiği iddiasına ilişkin olarak kablo operatör firmaları Topaz Telekomünikasyon Yayıncılık Reklamcılık San. ve Tic. A.Ş., Kablonet İletişim Sistemleri San. ve Tic. A.Ş., Aktif Kablo TV Teknik Hizmetler San. ve Tic. A.Ş. ile İnteraktif Telekomünikasyon Tic. Tah. A.Ş.'ne söz konusu uygulamaların 4054 sayılı Kanun'a aykırılık teşkil edebileceği gerekçesi ile 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 3. fıkrası uyarınca bu yöndeki uygulamalarına son vermeleri yönünde yazılı görüş bildirilmesi.	28-08-2003
8	03-59/711-332	Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin internet erişim hizmetleri piyasasındaki faaliyetlerinin rekabet koşullarını bozduğu iddialarına dair Yeşil Ege Telekomünikasyon ve İnternet Hizmetleri A.Ş. tarafından yapılan başvuruya ilişkin olarak Türk Telekomünikasyon A.Ş.'ne 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 3. fıkrası uyarınca ihlale son verilmesi yönünde yazılı görüş bildirilmesi.	28-08-2003
9	03-60/733-343	Başta Erzurum, İzmir ve Van illeri olmak üzere, ithal parça kömür piyasasında yer alan teşebbüslerin 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiği iddiasına yönelik olarak kömür ithalatçıları hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığı; Van S.S. Kömürçüler Oduncular Temin ve Tevzi Kooperatifi hakkında da soruşturma açılmasına gerek olmadığı, ancak üyelerinin ticari özgürlüklerinin kısıtlanmaması bakımından tavan fiyat belirlenmesi yönteminden vazgeçilmesi gerektiğinin ilgili kooperatife bildirilmesi.	11-09-2003
SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
10	03-61/748-352	T.C. Devlet Demiryolları İşletmesi (TCDD)'nin ayrımcı davranışlarla Hat Uluslararası Taşımacılık ve Denizcilik Ltd. Şti'ni piyasa dışına iterek 4054 sayılı Kanun'u ihlal edip etmediğinin tespiti amacıyla yürütülen soruşturma neticesinde; şikayetçi taraf olan Hat Uluslararası Taşımacılık ve Denizcilik Ltd. Şti.'nin sözlü savunma toplantısı talebinin görüşülmesi sonucunda; 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 46. ve 47. maddelerine göre sözlü savunma toplantısı yapılmasını gerektirecek bir durum bulunmadığı; T.C. Devlet Demiryolları İşletmesi'nin 4054 sayılı Kanun'un uygulanması bakımından bir teşebbüs olduğu, demiryolu işletmeciliği hizmetleri pazarında hakim durumda bulunduğu; şikayetçi Hat Uluslararası Taşımacılık ve Denizcilik Ltd. Şti. ile imzalanan protokolün süresinin bir ayrımcılık unsuru olduğuna ilişkin ve Hat Ltd'e vagonların uyması gereken teknik şartlarla ilgili olarak ayrımcı ve piyasa dışına itme amacıyla davranıldığına ilişkin yeterli kanıt bulunmadığı, TCDD'nin şikayete konu uygulamalarının 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesine aykırılık teşkil ettiği yönündeki şikayetin reddi.	17-09-2003
11	03-63/764-	Konya'da faaliyet gösteren makina mühendislerinin havuz	19-09-

354	oluşturarak pazar paylaşımında bulunmak ve fiyat tespit etmek yoluyla 4054 sayılı Kanun'u ihlal edip etmediğinin tespiti amacıyla yürütülen soruşturma soruşturma neticesinde; "Konya İli Makina Mühendisliği Hizmetleri" ilgili pazarında bir havuz oluşturarak pazar paylaşımında bulunmak suretiyle, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile hukuka aykırı ilan edilen ve yasaklanan eylemleri gerçekleştirmiş oldukları; söz konusu uygulamanın "havuz sistemi" olarak adlandırılan bir tür birlik içerisinde yürütüldüğü dikkate alınarak, bu uygulamaya esas olan düzenlemenin, 4054 sayılı Kanun'un 3. maddesinde belirtildiği şekilde, 51 teşebbüs tarafından oluşturulan ve tüzel kişiliği olmayan bir teşebbüs birliği kararı olduğu; Kanun'un 4. maddesinde yasaklanan eylemlerin gerçekleştirilmiş olması nedeniyle; Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrası ve 2003/1 sayılı Rekabet Kurulu tebliği gereğince, tüzel kişiliği olmayan teşebbüs birliğinin 9.247.613.000.- TL. idari para cezası ile cezalandırılması ve bu cezanın, teşebbüs birliği içinde yer alan ve haklarında soruşturma yürütülen 51 teşebbüsten eşit olarak paylaşılması suretiyle tahsili; ayrıca, Kanun'un 10. maddesi hükümleri gereğince Rekabet Kurulu'na bildirmeleri gereken söz konusu havuz uygulamasına ilişkin kararı bildirmemiş olmaları nedeniyle, Kanun'un 16. maddesi birinci fıkrası (c) bendi çerçevesinde ve 2003/1 sayılı Tebliğ hükümleri uyarınca sözkonusu teşebbüs birliği kararına taraf olan mühendislerin her birine ayrı ayrı idari para cezası verilmesi.	2003
-----	---	------

MENFİ TESPİT/MUAFİYET

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
1	03-49/556-241	Akmaya Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin bayilik sözleşmelerinin 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ne aykırı hükümler içerip içermediğinin ve bayilere yönelik fiyat tespitine ilişkin uygulamalar ile 4054 sayılı Kanun'un ihlal edilip edilmediğinin tespiti amacıyla yürütülen soruşturma neticesinde; Akmaya Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin bayilik sözleşmelerinin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal eden hükümler içermesi ve anılan teşebbüsün bayilerin satış fiyatlarını belirlemeye yönelik girişimlerinin, rekabeti kısıtlayıcı etki doğurabilecek nitelikte olması nedeniyle Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiği; 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin 2. ve son fıkrası gereğince; anlaşmaların uygulama süreleri ile sonradan ibraz edilen sözleşmelerin ihlal içeren maddelerinin değiştirilmiş olduğu ve ayrıca önceki soruşturma aşamasında sözleşmelerin ihlal içeren maddelerinin çıkarılmasına rağmen tekrar benzer nitelikteki hükümlerin yürürlüğe konulduğu hususlarının yanı sıra 2001 yılı cirosu da dikkate alınarak Akmaya Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin 187.022.976.025 TL. idari para cezası ile cezalandırılması; 4054 sayılı Kanun'un 10. maddesine istinaden, bayileri ile yapmış olduğu rekabeti kısıtlayıcı nitelikteki sözleşmeleri Tebliğ'de öngörülen süre	09-07-2003

		içerisinde Rekabet Kurumu'na bildirmeyen Akmaya Sanayi ve Ticaret A.Ş.'ye ve bu teşebbüsün yönetim kurulunda görevli kişilere Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde öngörülen idari para cezasının uygulanması; 4054 sayılı Kanun'un "İhlale Son Verme" başlıklı 9. maddesi uyarınca; söz konusu bayilik sözleşmelerinin bazı maddelerinde yer alan Kanun'a aykırı hükümlerin düzeltilmesini teminen, ilgili tarafa kararın tebliğinden itibaren 60 gün süre verilerek, söz konusu bayilik sözleşmelerinin ilgili mevzuat hükümlerine uygun hale getirilmesi gerektiği; öngörülen düzeltmeler yapılmadan uygulamaya devam edilmesi halinde haklarında Kanun'un "Sürelî Para Cezaları" başlıklı 17. maddesinin (a) bendinin tatbik edileceği hususlarının Akmaya Sanayi ve Ticaret A.Ş.'ye bildirilmesi.	
2	03-50/561-243	AKSA Jeneratör Sanayi A.Ş. ile APC bayileri arasında yapılan bayilik sözleşmelerine koşullu olarak grup muafiyeti tanınması.	10-07-2003
3	03-51/576-252	Reklamcılar Demeği'nin biri taslak sözleşmeler diğeri tavan fiyat listesi olmak üzere iki tavsiye kararına koşullu olarak muafiyet tanınması.	17-07-2003
4	03-54/624-284	Pfizer İlaçları Ltd. Şti. ile Boehringer Ingelheim İlaç Ticaret A.Ş. arasında akdedilen ve ortak promosyon çalışmasını konu edinen Hizmet Sözleşmesi 4054 sayılı Kanun'un 4, 6 ve 7. maddelerine aykırılık oluşturmadığından, talep edilen menfi tespit belgesinin aynı Kanun'un 8. maddesi uyarınca verilmesi, ancak sözleşme konusu ürünlerin kapsamının genişletilmesi durumunda Rekabet Kurumu'na yeniden başvuruda bulunmaları gerektiğinin taraflara bildirilmesi.	30-07-2003
SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
5	03-56/650-298	Yonga Levha Sanayicileri Derneği'ni oluşturan üreticilerin sektör genelinde 18 mm. kalınlıkta üretilen standart baz ve kalınlıktaki ürünlerin yerine 16 mm. kalınlığında ürün üretmek konusunda dernek bünyesinde alınan teşebbüs birliği kararının, teşebbüslerin kendi tercihleri doğrultusunda 16 mm. veya 18 mm. baz kalınlıkta üretim yapabilmelerinin kısıtlanması riskini ve teşebbüsler için dışlanma olasılığını doğurmayacağı anlaşıldığından, sözkonusu karara 4054 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca talep edilen menfi tespit belgesinin verilmesi.	14-08-2003
6	03-56/651-299	Numil Gıda Ürünleri San. ve Tic. A.Ş. ile distribütörleri arasında imzalanan "Distribütörlük Sözleşmesi"nin koşullu olarak grup muafiyetinden yararlanmasına izin verilmesi.	14-08-2003
7	03-56/656-302	Netcell İletişim Hizmetleri Ticaret A.Ş., Ericsson Telekomünikasyon A.Ş. ve Sony Ericsson Türkiye arasındaki 1.3.2002 tarihli ve Sony Ericsson markalı mobil iletişim cihazlarının dağıtımını konu eden "protokol"e menfi tespit belgesi verilemeyeceği; imzalandığı tarihte yürürlükte olan 1997/3 ve 1997/4 sayılı grup muafiyeti tebliğleri kapsamında da olmadığı ve bireysel muafiyet için bildirim tabi olduğu; 4054 sayılı Kanun uyarınca protokolün akit tarihinden itibaren bir aylık süre içinde Kurum'a bildirilmemesi sebebiyle ilgili taraflara idari para cezası verilmesi; protokolün yapıldığı tarih ile bildirildiği tarih arasındaki dönem için aynı konuda daha önce bir soruşturma yapılmış ve soruşturma sonunda verilen 20.7.2001 tarih ve 01-35/347-95 sayılı Kurul Kararı ile cep telefonu dağıtım	14-08-2003

		piyasasına ilişkin düzenlemeler getirilmiş olması sebebiyle protokol tarafları hakkında geriye dönük olarak soruşturma açılmasına gerek olmadığı; protokolün 2002/2 sayılı Tebliğ'in yürürlüğe girdiği tarihten sonraki bir tarihte bildirildiği ve bu Tebliğ'in sağladığı muafiyetten yararlanabildiği, ancak 21.7.2003 itibarıyla protokolün taraflarca iptal edildiği bilgisine ulaşıldığı tespit edilerek bu sebeple anılan hükmün olası olumsuz etkileri açısından muafiyetin geri çekilmesi konusunda işlem yapılmasına gerek olmadığı.	
8	03-58/674-307	Transbeynak Uluslararası Nakliyat ve Ticaret A.Ş.'nin Exel International B.V. ve Exel Lojistik Hizmetleri A.Ş. tarafından devralınması işleminin izne tabi olmadığı; Hisse Satın Alma Anlaşması'nın 10. maddesi ile satıcı Sunshine Limited'e getirilen 3 yıl süreli rekabet yasağının devralma işlemi ile doğrudan ilgili ve gerekli bir sınırlama olduğu; "Hisse Satın Alma Anlaşması'nın 9. maddesi ile taraflara getirilen gizli bilgileri ifşa etmeme ve kullanmama yükümlülüğünün ise devralma işleminin yürütülebilmesi için gerekenden fazla bir sınırlama olduğu ve dolayısıyla bu anlaşmaya bireysel muafiyet tanınamayacağı; koşullu olarak menfi tespit belgesi verilmesi.	21-08-2003

BİRLEŞME VE DEVRALMALAR

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
1	03-48/544-237	BP Gaz A.Ş. tarafından Ocakgaz Ticaret ve Sanayi A.Ş. ile Öztekin Metalurji ve Kimya Sanayi A.Ş.'ne ait hisselerin tamamının devralınması işlemine izin verilmesi; BP Gaz ve satıcılar arasında imzalanan "Hisse Alım ve Satış Sözleşmesi'nin 8. maddesinde yer alan rekabet yasaklarının yoğunlaşmanın tamamlanabilmesi için gerekli yan sınırlamalar niteliğinde olduğu ve dolayısıyla bu hükümlere devralma işlemi ile birlikte izin verilmesi.	03-07-2003
2	03-50/559-242	The Goodyear Tire & Rubber Company'nin Goodyear Lastikleri T.A.Ş.'ndeki hisselerinin tümünün Goodyear S.A. tarafından devralınması işleminin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında bir devralma işlemi olmadığı.	10-07-2003
3	03-51/577-253	SEEF Holdings Limited'in Unikom Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş.'ni devralması işlemine izin verilmesi.	17-07-2003
4	03-51/578-254	Actaris Holding Luxembourg S.A. hisselerinin LBO France Gestion S.A., ING Bank N.V. ve RBS Mezzanine Ltd. tarafından ACTARIS Development S.A. şirketine devredilmesi işleminin izne tabi olmadığı.	17-07-2003
5	03-51/579-255	MatlinPatterson Global Opportunities Partners L.P., Huntsman Holdings LLC ve Vantico Holdings S.A. arasında gerçekleşmesi öngörülen ortak girişim işlemine izin verilmesi.	17-07-2003
6	03-53/599-	Linpac Group Limited'in HSBC Bank tarafından kontrol edilen	24-07-

	266	Montagu Private Equity Limited tarafından devralınması işleminin izne tabi olmadığı.	2003
7	03-53/619-280	Gerkonsan Gerede Çelik Konstrüksiyon ve Teçhizat Fab. San. ve Tic. A.Ş.'nin %99.99 oranındaki hissesinin özelleştirme yoluyla Törem Ortak Girişim Grubu, Albayrak Turizm Seyahat İnş. Tic. A.Ş. ve Teknotes-Oral Baytok Ortak Girişim Grubu'ndan herhangi birine devredilmesinin, 1998/4 sayılı Tebliğ kapsamında bir devir işlemi olduğu, ancak Rekabet Kurulu'nun iznine tabi olmadığı.	24-07-2003
8	03-54/621-281	Sümer Holding A.Ş.'ne ait Malatya Pamuklu Sanayii İşletmesi, Diyarbakır Pamuklu Sanayii İşletmesi, Adıyaman Pamuklu Sanayii İşletmesi ve Çanakkale Sentetik Deri İşletmesi'nin özelleştirme yoluyla devredilmesi işlemlerinin izne tabi olmadığı.	30-07-2003
9	03-54/622-282	Lafarge Beton A.Ş.'ne ait olan iki hazır beton tesisinin Çimbeton Hazır Beton ve Prefabrik Yapı Elemanları San. ve Tic. A.Ş.'ne devredilmesi işlemine izin verilmesi.	30-07-2003
10	03-54/623-283	Samsung Generals Chemicals Co. Ltd. ile Total Holdings UK Limited arasında kurulacak ortak girişim işleminin izne tabi olmadığı.	30-07-2003
SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
11	03-54/627-285	Infronic Bilgisayar Sistemleri Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin Acer Computer International Ltd.'ye ait %44 ve İhlas Holding A.Ş.'ye ait % 41.59 oranındaki hissesinin Meteksan Bilgisayar ve Sistem Teknolojileri A.Ş. tarafından satın alınması işleminin izne tabi olmadığı.	30-07-2003
12	03-56/646-296	İNTEM Ticaret Merkezleri A.Ş. hisselerinin tümünün CARREFOURSA Carrefour Sabancı Ticaret Merkezi A.Ş., İzzet HATEM, Claudia HATEM, Fulya DİKİCİ, Nedim KARAKO ve Sertaç SAYHAN tarafından devralınması işlemine izin verilmesi.	14-08-2003
13	03-56/647-297	Buderus Aktiengesellschaft'ın hisselerinin Robert Bosch GmbH tarafından devralınması işlemine izin verilmesi.	14-08-2003
14	03-56/669-303	Milda Mecmua Gazete Dağıtım San. ve Tic. Ltd. Şti. ve Bintaş Bina Malzemeleri San. ve Tic. A.Ş. unvanlı teşebbüslerden herhangi birinin Türkiye Selüloz ve Kağıt Fabrikaları A.Ş.'ne ait Aksu İşletmesi'ni devralmasında 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve 1997/1 sayılı Tebliğ hükümleri çerçevesinde bir sakınca bulunmadığı, bildirme konu özelleştirme işlemine izin verilmesi	14-08-2003
15	03-58/672-305	Alcan, Inc. tarafından, hisselerinin tamamına sahip olduğu Lawson Mardon Group International Ltd. aracılığıyla Rotopak Matbaacılık Ambalaj Sanayi ve Ticaret A.Ş., Rotogravür Klişecilik Grafik Sanayi ve Ticaret A.Ş., Rotopaş Ambalaj Pazarlama ve Dağıtım A.Ş.'nin sırasıyla %30, %1.5 ve %30 oranındaki hisselerinin devralınması işleminin izne tabi olmadığı.	21-08-2003
16	03-58/673-306	Telefonaktiebolaget LM Ericsson şirketinin bilişim teknolojileri varlıklarının Hewlett-Packard Sverige AB şirketi tarafından	21-08-2003

		devralınması işlemine izin verilmesi.	
17	03-59/706-327	Türkiye Selüloz ve Kağıt Fabrikaları A.Ş.'ne ait Kastamonu İşletmesi'nin varlık satışı yoluyla özelleştirilmesi işlemine izin verilmesi.	28-08-2003
18	03-59/707-328	PKD Pencere ve Kapı Donanımları San. ve Tic. A.Ş.'nin tüm aktif ve pasiflerinin Gretsched-Unitas Yapı Elemanları San. ve Tic. A.Ş. tarafından devralınması işlemine izin verilmesi.	28-08-2003
19	03-59/708-329	Biogen Inc. ile IDEC Pharmaceusticas Corporation'un birleşmesi işlemine izin verilmesi.	28-08-2003
20	03-59/709-330	OM Group, Inc.'in Değerli Madenler Grubu'na ait işkolunun NV Umicore S.A. tarafından devralınması işlemine izin verilmesi.	28-08-2003
21	03-59/724-337	Milliyet Gazetecilik A.Ş.'nin çoğunluk hissesine sahip olduğu Simge Yayıncılık A.Ş.'ni devralması işleminin izne tabi olmadığı.	28-08-2003
22	03-60/726-338	Philip Morris Holland B.V. şirketinin Papastratos Cigarette Manufacturing S.A. şirketini devralması işlemine izin verilmesi.	11-09-2003
SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
23	03-60/727-339	Nike Inc.'in Converse Inc.'i devralması işlemine izin verilmesi.	11-09-2003
24	03-60/728-340	Anadolu Holding A.Ş.'nin, Tur-kecom Teknoloji Hizmetleri A.Ş. hisselerinin %74,84'ünü devralması işleminin izne tabi bir işlem olmadığı.	11-09-2003
25	03-60/729-341	Bnet İletişim Hizmetleri A.Ş. ile Equant İstanbul Telekomünikasyon Ltd. Şti. arasında imzalanmış olan "Alım-Satım Anlaşması" yoluyla müşteri portföyünün kısmen devri işleminin izne tabi olmadığı; ancak, izne tâbi bir işlem olmamasına rağmen, devir sözleşmesinde yer alan rekabet yasağına ilişkin hükümler nedeniyle sözkonusu devralma işlemine koşullu olarak izin verilmesi.	11-09-2003
26	03-60/730-342	Roche Grubu'nun vitaminler ve ince kimyasallar bölümünün tüm kontrolünün, hisse ve mal satımı yoluyla DSM N.V.'ye devredilmesi işlemine koşullu olarak izin verilmesi.	11-09-2003
27	03-62/749-353	Seminis Inc.'in %75 ila %91 oranındaki hisselerinin, Seminis Acquisitions LLC tarafından Fox Paine Seminis Holdings, LLC'ye devredilmesi işlemine izin verilmesi	18-09-2003

SEÇİLMİŞ KURUL KARARLARI

	<u>Karar Tarihi</u>	<u>Karar No</u>
• ÇEAŞ	10.11.2003	03-72/874-373
• TÜRSAB-1	17.12.2003	03-80/967-397

Dosya Konusu: Çukurova Elektrik A.Ş.'nin, Enerjisa Enerji Üretim A.Ş.'nin otoprodüktör santralinde üreteceği elektriğin nakli için gerekli sözleşmeyi ve ulusal iletim ve dağıtım hattına ulaşım için gerekli bağlantıyı yapmadığına; Toros Enerji Üretimi Otoprodüktör Grubu A.Ş.'ye ait otoprodüktör tesislerinde üretilen elektriği taraflar arasındaki sözleşmeye aykırı bir biçimde satın almadığına ve Toros'un ortaklarına enerji nakli yapmasını engellediğine ilişkin iddiaların incelenerek 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesini ihlal edip etmediğinin tespiti.

Dosya Sayısı : 2002-1-42, 2002-1-75

Karar Sayısı : 03-72/874-373

Karar Tarihi : 10.11.2003

TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Mustafa PARLAK

Üyeler : Tuncay SONGÖR, A. Ersan GÖKMEN, R. Müfit SONBAY, Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ, Rıfki ÜNAL, Kublay ATASAYAR, Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI, M. Sıraç ASLAN, Süreyya ÇAKIN

SORUŞTURMA HEYETİ

Başkan : Rifkı ÜNAL
Raportörler : M. Ömür PAŞAOĞLU, F. Yeşim AKCOLLU,
Harun ULU, Mert KARAMUSTAFAOĞLU

C- ŞİKAYET EDEN

- Enerjisa Enerji Üretim A.Ş. (Enerjisa)
Kentsa 41220 Alikahya - KOCAELİ.
- Toros Enerji Üretimi Otoprodüktör Grubu A.Ş. (Toros)
Toros Binası, Akatlar 80630 İSTANBUL

HAKKINDA SORUŞTURMA YAPILAN

- Çukurova Elektrik A.Ş. (ÇEAŞ)
- Temsilcisi: Av. Mehmet İPEK
İpek Hukuk Bürosu Nispetiye Cad. Başa Sok. Alemdar Apt.
No:9/1 80620 1.Levent -İstanbul

İDDİALARIN ÖZETİ: ÇEAŞ'ın, Enerjisa'nın otoprodüktör santralinde üreteceği elektriğin nakli için gerekli sözleşmeyi ve ulusal iletim ve dağıtım hattına ulaşım için gerekli bağlantıyı yapmadığı; yine aynı teşebbüsün Toros'a ait otoprodüktör tesislerinde üretilen elektriği taraflar arasındaki sözleşmeye aykırı bir biçimde satın almadığı ve Toros'un ortaklarına naklini engellediği; bu eylemleriyle ÇEAŞ'ın bölgedeki hakim durumunu kötüye kullandığı iddia edilmektedir.

DOSYA EVRELERİ: Enerjisa'nın Kurum kayıtlarına 9.4.2002 tarih ve 1653 sayıyla giren şikayetine yönelik olarak hazırlanan 12.4.2002 tarih ve 2002-1-42/BN-02-YA sayılı Bilgi Notu, 30.4.2002 tarih ve 01-26 sayılı Kurul toplantısında görüşülmüş, dosya konusu şikayetteki iddiaların açıklığa kavuşturulabilmesi amacıyla 4054 sayılı Kanun'un 40/1. maddesi uyarınca ÇEAŞ hakkında önaraştırma yapılmasına ve Enerjisa'nın tedbir talebinin önaraştırma sürecinde değerlendirilmesine karar verilmiştir.

Başkanlıkça görevlendirilen Kurum Uzmanlarının 16.5.2002 tarihinde ÇEAŞ'ta yerinde inceleme yapması ÇEAŞ yetkilileri tarafından engellenmiştir. Bu durum, teşebbüsün konuya ilişkin görüşlerine de yer veren bir tutanakla tespit edilmiştir. Söz konusu tutanak, 16.5.2002 tarih ve 02-201 sayılı Kurul toplantısında görüşülmüş ve yerinde inceleme yapılmasına ilişkin yazılı bir davet gönderilinceye kadar, Kararın tebliğinden başlamak üzere ÇEAŞ'a her gün için 581.610.000 TL. süreli idari para cezası uygulanmasına karar verilmiştir.

ÇEAŞ'ın Kurum kayıtlarına 21.5.2002 tarih ve 2300 sayı ile giren dilekçesinde, yazılı bir davet yer almadığından ve Kurul'un süreli idari para cezası kararına dayanak teşkil eden 16.5.2002 tarihli tutanakta yer verilen görüşlerden farklı bir husus bulunmadığından, söz konusu dilekçe bir davet olarak değerlendirilmemiştir.

Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'na (Bakanlık) gönderilen 23.5.2002 tarih ve 1162 sayılı yazı ile; soruşturma sürecinde değerlendirilmek üzere bazı bilgi ve belgeler istenilmiştir. Bakanlık 4.6.2002 tarih ve 8766 sayılı yazı ile ilgili belgeleri göndermiştir.

Önaraştırma sonucunda hazırlanan 6.6.2002 tarih ve 2002-1-42/ÖA-02-MÖP sayılı Önaraştırma Raporu, 4.7.2002 tarih ve 02-42 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek, ÇEAŞ hakkında soruşturma açılmasına ve Enerjisa'nın ihtiyati tedbire ilişkin talebinin soruşturma aşamasında değerlendirilmesine karar verilmiştir.

ÇEAŞ'a gönderilen 15.7.2002 tarih ve 1559 sayılı yazı ile, hakkında soruşturma açıldığı bildirilmiş ve konuyla ilgili ilk yazılı savunmasını 30 gün içerisinde Kurum'a göndermesi istenilmiştir. Ayrıca, 15.7.2002 tarih ve 1557 sayılı yazı ile Enerjisa'ya soruşturmanın açıldığına ve geçici tedbir talebinin soruşturma aşamasında değerlendirileceğine dair bilgi verilmiştir.

Toros'un Kurum kayıtlarına 24.6.2002 tarih ve 2748 sayı ile intikal eden şikayetine yönelik olarak hazırlanan 2.7.2002 tarih ve 2002-1-75/BN-02-MÖP sayılı Bilgi Notu, 4.7.2003 tarih ve 02-42 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek ÇEAŞ hakkında önaraştırma açılmasına karar verilmiştir. Önaraştırma sonucunda hazırlanan 18.7.2002 tarih ve 2002-1-75/ÖA-02-MÖP sayılı Önaraştırma Raporu, 25.7.2002 tarih ve 02-45 sayılı toplantısında görüşülerek, ÇEAŞ hakkında soruşturma açılmasına ve bu soruşturmanın ÇEAŞ hakkında yürütülen mevcut soruşturma ile birleştirilerek yürütülmesine karar verilmiştir.

ÇEAŞ'ın temsilcisi tarafından gönderilen ve Kurum kayıtlarına 23.7.2002 tarih ve 3254 sayı ile giren dilekçede; Enerjisa'nın başvurusu sonucu açılan soruşturma ile ilgili savunma süresinin 30 günden 60 güne uzatılması ve ilgili dosyadaki tüm belgelerin kendilerine verilmesi talep edilmiştir. ÇEAŞ'ın ilk savunma süresinin uzatılması talebi 01.08.2002 tarih ve 02-46 sayılı Kurul toplantısında reddedilmiştir. Bu durum, 5.8.2002 tarih ve 1715 sayılı yazı ile bildirilmiş ve ilgili dosyadaki diğer

belgelerin birer kopyası 6.8.2002 tarihinde ÇEAŞ temsilcisine teslim edilmiştir.

Kurum kayıtlarına 29.7.2002 tarih ve 3362 sayı ile intikal eden dilekçede, Toros, grup ortaklarına enerji naklinin ÇEAŞ tarafından engellemesinin önlenmesi ile ilgili ihtiyati tedbir talebinde bulunmuştur.

ÇEAŞ'a gönderilen 6.8.2003 tarih ve 1733 sayılı yazı ile, Toros'un başvurusu üzerine yürütülmekte olan soruşturma kapsamının genişletildiği bildirilmiş ve konuyla ilgili ilk yazılı savunmasını 30 gün içerisinde göndermesi istenilmiştir.

ÇEAŞ'ın, Enerjisa'nın şikayeti üzerine açılan soruşturma ile ilgili ilk savunması 19.8.2002 tarih ve 3634 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.

Enerjisa, Kurum kayıtlarına 12.8.2002 tarih ve 3538 sayı ile giren dilekçesinde ihtiyati tedbir talebini yinelemiştir.

Toros'un şikayeti ile ilgili olarak hazırlanan Öneri Raporu ve ekleri 26.8.2002 tarihinde ÇEAŞ temsilcisi tarafından incelenmiş ve talep ettiği belgelerin bir kopyası kendisine teslim edilmiştir.

ÇEAŞ'ın, Toros'un şikayeti üzerine açılan soruşturmaya ilişkin yazılı savunması 9.9.2002 tarih ve 3947 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.

ÇEAŞ tarafından gönderilen ve değerlendirilmeye alınması istenen, İdare Hukuku öğretim üyelerinden Prof. Dr. T... A...'nın dosya konusu ile ilgili hukuki mütalaası Kurumumuz kayıtlarına 19.11.2002 tarih ve 4957 sayı ile intikal etmiştir.

Soruşturma Heyeti'nin talebi üzerine soruşturma süresinin, 4.1.2003 tarihinden itibaren 6 ay uzatılmasına 26.12.2002 tarih ve 02-81 sayılı Kurul toplantısında karar verilmiş ve taraflar bilgilendirilmiştir.

Enerjisa'nın Kurum kayıtlarına 20.1.2003 tarih ve 246 sayı ile giren yazısında; ÇEAŞ'la varılan anlaşma sonrası otoprodüktör santralının geçici kabulünün yapıldığı ve 1.10.2002 tarihinde faaliyete geçtiği belirtilmiştir.

31.1.2003 tarihinde, ÇEAŞ'a bir kez daha gidilerek yerinde inceleme yapılmıştır. Ancak, yerinde inceleme sırasında talep edilen bazı belgelerin temin edilememesi ve teşebbüs yetkililerinin bu belgelerin hazırlanması için süre talep etmesi üzerine, Kurum uzmanlarınca

istenilen belgeler bir tutanağa bağlanarak, teşebbüsün söz konusu belgeleri 26.2.2003 tarihine kadar Kuruma göndermesi talep edilmiştir. Söz konusu belgeler, Kurum kayıtlarına 3.3.2003 tarih ve 848 sayı ile intikal etmiştir.

Kurulun 6.3.2003 tarih ve 03-16 sayılı toplantısında, Soruşturma Heyeti Başkanlığı'na, görev süresi dolan Dr.Kemal Erol'un yerine Rekabet Kurulu Üyesi Rıfki Ünal'ın getirilmesine karar verilmiştir.

3.4.2003 tarih ve ve 03-22 sayılı Kurul toplantısında, ÇEAŞ'ta yapılmak istenen yerinde incelemenin engellenmesi ile ilgili olarak; 18.5.2003 tarihinden incelemenin gerçekleştirildiği 31.1.2003 tarihine kadar geçen süre için ÇEAŞ'a toplam 160.349.850.000 TL . süreli idari para cezası tahakkuk ettirilmesine karar verilmiştir.

Danıştay 10. Dairesi, Ankara 1. İdare Mahkemesi ve Ankara 5. İdare Mahkemesi'ne 28.1.2003 tarihinde gönderilen yazılarla konuya ilişkin devam etmekte olan davalar hakkında bilgi talep edilmiştir. Danıştay 10. Dairesi'nin cevabi yazısı 26.2.2003 tarih ve 795 sayıyla, Ankara 1. No'lu İdare Mahkemesi'nin yazısı 31.1.2003 tarih ve 453 sayıyla, Ankara 5. İdare Mahkemesi'nin yazısı ise 3.4.2003 tarih ve 1412 sayıyla Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.

Soruşturma Heyetince hazırlanan 30.6.2003 tarih, 2003-1-7/SR-03-MÖP sayılı Soruşturma Raporu, 4054 sayılı Kanun'un 45. maddesinin birinci fıkrası ve "Rekabet Kurumu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik" in 62. maddesi uyarınca ÇEAŞ'a ve Kurul Üyelerine 2.7.2003 tarihinde, Enerjisa ve Toros'a 3.7.2003 tarihinde tebliğ edilmiştir.

ÇEAŞ temsilcisinin, 23.7.2003 tarihinde Kurumumuza intikal eden dilekçesinde yer alan savunma süresinin uzatılması talebi, Kurulun 30.07.2003 tarihli toplantısında görüşülmüş ve ÇEAŞ'ın savunma süresinin 30 gün uzatılmasına karar verilmiştir.

ÇEAŞ'ın Soruşturma Raporuna ilişkin savunması 1.9.2003 tarihinde, Enerjisa'nın Soruşturma Raporu ile ilgili görüşleri ise 11.8.2003 tarihinde Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.

Kanun'un 45. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca Soruşturma Heyeti'nce hazırlanan Ek Görüş, ÇEAŞ'a 16.9.2003 tarihinde gönderilmiş; söz konusu Ek Görüş'e ÇEAŞ'ın cevabi savunması ise 17.10.2003 tarihinde Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.

ÇEAŞ'ın sözlü savunma talebinin olmaması ve sözlü savunma toplantısına gerek görülmemesi nedeniyle Kurul 10.11.2003 tarihinde 03-72/874-373 sayılı nihai kararını vermiştir. Bu Karar gereğince nihai kararın tefhimi Kurumumuz adresinde 17.11.2003 tarihinde yapılmıştır.

H- RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili raporda;

- ÇEAŞ'ın zorunlu unsuru elinde bulundurduğu ve altyapı hizmeti pazarında hakim durumda olduğu, ÇEAŞ'ın, şikayetçi teşebbüslerin altyapıya erişimlerini engellediği, bunu yaparken de öne sürmüştüğü gerekçelerin, engellemeyi haklı kılacak hukuki ve teknik dayanaklardan yoksun olduğu,
- Enerjisa'nın şikayeti ile ilgili olarak ihlalin, Aralık 2001 ve Ağustos 2002 tarihleri arasındaki dönemi kapsadığı, bu dönem boyunca, Enerjisa'nın sisteme bağlantı talebinin çeşitli gerekçelerle ÇEAŞ tarafından reddedildiği,
- ÇEAŞ'ın, Toros'un sisteme erişimini engellemeye yönelik tedbirleri Mayıs 2002 tarihinden itibaren almaya başladığı, bu tarihten sonra, Toros tarafından verilen enerjinin ortaklara naklinin sisteme ÇEAŞ tarafından konulan ters rölelerle engellendiği, ters rölelerin Ağustos 2002 tarihi itibarıyla Mersin Asliye Ticaret Mahkemesi' nin ihtiyati tedbir kararıyla kaldırıldığı, dolayısıyla, ortaklara yapılan enerji naklinin yeniden başlatıldığı; ancak, fazla enerjinin satışı konusunda ÇEAŞ'ın baskısının bu tarihten sonra da devam ettiği,
- Nitekim Toros ile ÇEAŞ arasında 17.3.2003 tarihinde imzalanan Sözleşme'de, Toros'un ortakları dışında hiç kimseye hiçbir şart altında enerji nakli yapamayacağına ilişkin hükümlerin yer aldığı, bahsi geçen hükümlerin Toros'a ÇEAŞ'ın baskısıyla kabul ettirildiği, dolayısıyla ihlalin kısmen devam ettiği,
- İhlale tümüyle son verilmesi için, 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, Toros'un fazla enerjisini üçüncü taraflara satışını engellemeye yönelik Sözleşme hükümlerinin iptal edilmesini ve mevcut Sözleşme'de Toros'un üçüncü taraflarla anlaşması ve mevzuatta gösterilen nakil bedellerini ÇEAŞ'a ödemesi koşuluyla söz konusu enerjinin ÇEAŞ'ça nakledilmesine yönelik düzenlemelere yer verilmesini sağlayacak bir tedbirin Rekabet Kurulu'nca alınmasının yerinde olacağı,

- ÇEAŞ'ın hakim durumunu kullanarak şikayetçi teşebbüslerin zorunlu unsura erişimini engellemeye ve zorlaştırmaya yönelik eylemlerinin, Kanun'un "*Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler*" şeklindeki 6(a) maddesi anlamında bir kötüye kullanma halini teşkil ettiği,
- Söz konusu uygulamalar ile, ÇEAŞ'ın, kendisine bölgede tanınan imtiyazları kullanarak, üretimde tekelleşmeye yönelik amacını açıkça gösterdiği, bu yönüyle alt pazardaki hakim durumunu kullanarak, bölgede fiili ve potansiyel rekabeti engellediği, bu çerçevede, ÇEAŞ'ın tutum ve davranışlarının aynı zamanda Kanun'un 6(d) maddesinde yer alan "*Belirli bir piyasadaki hakimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler*" kapsamında değerlendirilmesi gerektiği,
- Bu nedenlerle, ÇEAŞ'ın Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca idari para cezası ile cezalandırılmasının gerektiği

ifade edilmektedir.

I- İNCELEME ve DEĞERLENDİRME

I.1. ŞİKAYETÇİLERİN İDDİALARI VE ÇEAŞ'IN

SAVUNMALARI

I.1.1. Enerjisa'nın İddiaları

Enerjisa'nın şikayet dilekçelerinde özetle;

- Enerjisa'nın, 3096 sayılı "Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun" (3096 sayılı Kanun) ve bu Kanun'a dayalı olarak çıkarılan yönetmelikler çerçevesinde, Adana ili Tarsus yolu üzerinde toplam 120 MW (3x40) gücünde otoprodüktör üretim tesisi kurmak üzere 24.5.2000 tarihinde Bakanlığa ön müracaatta bulunduğu,
- Enerjisa'nın, mevzuat gereği teslim etmesi gereken fizibilite raporunu 21.8.2000 tarihinde Bakanlığa gönderdiği; söz konusu

raporun ilgili kuruluşlarca değerlendirilmesinin ardından Bakanlık ile Enerjisa arasında "Otoprodüktör Statüsünde Üretim Tesisi Kurulması, İşletilmesi ve Enerji Fazlasının Satışına İlişkin Sözleşme"nin (İzin Sözleşmesi) 9.10.2000 tarihinde imzalandığı,

- 4.12.2001 tarihi itibarıyla, tesisin tamamen kabule hazır halde bekletildiği,

- Adana Asliye Ticaret Mahkemesi'ne verilen 29.1.2002 tarihli Bilirkişi Raporu ile santralin gaz türbini ve jeneratörü kısmının tamamlandığı, gaz türbinlerinin işletilmeye hazır olduğu, ancak, iletim bağlantısı yapılmadığı için boşa döndüğü; santralin Bakanlık ile Enerjisa arasındaki 09.10.2000 tarihli sözleşme eki fizibilite raporundaki hususlara ve Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş. (TEAŞ) tarafından tespit edilmiş ulusal işletme esaslarına uygun olarak inşa edildiği; 154 kV'luk şalt tesisine ÇEAŞ tarafından gerilim uygulanmadığının tespit edildiği,

- Adana Üçüncü Sulh Hukuk Mahkemesi'ne verilen 13.3.2002 tarihli Bilirkişi Raporu ile teknik olarak, tesisin işletilmesine ilişkin herhangi bir engel bulunmadığının tespit edildiği,

- Mevcut mevzuat uyarınca, anılan tesisin devreye alınabilmesi için projelerinin onayı ve onaylı projelere göre de Bakanlık başkanlığındaki bir kabul heyeti tarafından kabul işlemlerinin tamamlanması, ancak, bunun için de öncelikle, Bakanlık ve Enerjisa arasında imzalanan sözleşme ve ilgili mevzuat uyarınca, santralin sisteme bağlantı detaylarını içeren bir "Enerji Alış ve Enerji Nakline İlişkin Sözleşme"nin (Alış ve Nakil Sözleşmesi) şikayetçi olunan ÇEAŞ ile imzalanması gerektiği,

- Enerjisa'nın, 19.12.2000, 25.9.2001, 31.10.2001, 24.11.2000 tarihli yazılarla nakil hattına bağlantı sağlaması ve gerekli sözleşmenin hazırlanarak imzalanması için ÇEAŞ'a başvurduğu; bu taleplerini birçok kez Bakanlığa da bildirdiği,

- Bakanlığın, 26.10.2001 ve 14.11.2001 tarihli yazıları ile ÇEAŞ'ı, Enerjisa ile Elektrik Satış Anlaşması (ESA) imzalayarak, bir nüshasını Bakanlığa göndermesi hususunda talimatlandığı,

- ÇEAŞ'ın çeşitli gerekçelerle söz konusu taleplere olumsuz cevap verdiği,

- ÇEAŞ ile "Sisteme Bağlantı ve Enerji Nakil Şartlarını Belirleyen Sözleşme'nin" 17.8.2002 tarihinde imzalandığı, anılan Sözleşme'nin imzalanmasından sonra tesise gerilim

uygulanmasına yönelik 10.9.2002 tarihli bir "Uygulama Zabtı" nın düzenlendiği, santralin geçici kabulünün 28.9.2002 tarihinde yapıldığı ve 1.10.2002 tarihinde de faaliyete geçtiği,

- Daha önce imzalanan Sözleşme ile ÇEAŞ'a teklif edilen "Sisteme Bağlantı ve Enerji Nakil Şartlarını Belirleyen Sözleşme" taslağı arasında özü itibarıyla hiçbir fark bulunmadığı,

- İmzalanan Sözleşme ile teklif olunan Sözleşme arasındaki farklılığın sadece teknik detaylarda görülebileceği, ancak bu farklılıkların ÇEAŞ açısından bir avantaj ya da dezavantaj oluşturmasının söz konusu olmadığı, bu tür teknik farklılıkların giderilmesi için 10 ay beklenilmesinin gerekmediği,

- ÇEAŞ'ın 17.8.2002 tarihli Sözleşme'yi imzalamasının, daha önce teklif edilen Sözleşme'ye oranla daha uygun koşulların oluşmasından ya da şartların olgunlaşmasından kaynaklanmadığı, ÇEAŞ'ın, hukuka aykırı ve hakim durumunu kötüye kullanması halini teşkil eden tutumunun, aynı zamanda Bakanlıkla imzalamış olduğu İmtiyaz Sözleşmesi'nin iptal sebebi olduğunu farketmesinden kaynaklandığı,

- Bir an için ihlalin 17.8.2002 tarihli Sözleşme'nin imzalanması ile ortadan kalktığı düşünülecek olsa dahi, santralin üretim ve kabule hazır olduğu 4.12.2001 tarihi ile söz konusu sözleşme tarihi arasında ihlalin olduğu, kesintisiz devam ettiği ve bu çerçevede telafisi güç zararların meydana geldiği,

- Şikayetin devamından bahisle ÇEAŞ'ın bu tutumunun cezalandırılması gerektiği

ifade edilmektedir.

I.1.2. ÇEAŞ'ın Enerjisa'nın İddialarına Yönelik Savunması

ÇEAŞ'ın, ilk savunmasında özetle;

- T.C. Hükümeti adına hareket eden Bayındırlık Vekaleti ile 23.12.1953 tarihinde yapılan sözleşme ile elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticaretine ilişkin bölgesel imtiyaz verilen ÇEAŞ'ın 3096 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesi doğrultusunda Bakanlar Kurulu'nun 26.9.1988 tarihli Kararı ile "görevli şirkete" dönüştüğü,

- ÇEAŞ'a verilen imtiyaza karşılık külfetlerin yüklendiği, bu doğrultuda ÇEAŞ'ın görev bölgesinde birçok elektrik üretim, iletim ve dağıtım tesisleri inşa ettiği ve bu yatırımların tamamının

devletten hiçbir yardım alınmaksızın yapıldığı, Adana 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 3.4.2000 tarihli tespitine göre bu yatırımların değerinin 3.221.304.309 ABD Doları olduğu,

- ÇEAŞ'ın özkaynakları ile yaptığı hidrolik santraller ve son olarak Berke Hidroelektrik Santrali'nin (HES) devreye alınmasıyla Mayıs 2002 döneminde bölgenin ihtiyacının üzerinde enerji üretildiği ve fazla enerjiyi Türkiye Elektrik Taahhüt ve Ticaret A.Ş.'ye (TETAŞ) satarak dövizin enerji gideri olarak yurt dışına çıkmasının önlendiği,

- Görev sözleşmesine göre, ÇEAŞ'ın kendi öz kaynakları ile yaptığı tüm tesislerin işletme hakkının sözleşme süresinin sonunda (2058 yılında) Bakanlığa ve Bakanlığın gösterdiği kuruluşlara devredilecek olduğu,

- Görev sözleşmesinin iptali istemiyle açılan davada Danıştay 10. Daire'nin 4.10.2000 tarihli 1998/4917 E. ve 1998/4828 E. sayılı kararlarında; sözleşmede nimet/külfet dengesinin kurulduğuna işaret edilerek davanın reddedildiği,

- Şikayetçi Enerjisa'nın hiçbir külfet yüklenmeden, hiçbir enerji alt yapı yatırımı yapmaksızın, başka şirketlerin kendi öz kaynakları ile yaptığı iletim ve dağıtım hatlarını kullanarak imtiyaz hukukuna tabi enerji ticareti yapmak istediği, bu bakımdan ÇEAŞ'ın hukuki imtiyazının hakim durumun kötüye kullanılması olarak nitelendirilemeyeceği,

- Adana Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2002/43 D. iş sayılı dosyası ile yaptırdığı tespit, Enerjisa'nın ortaklarının ÇEAŞ'ın büyük müşterilerinden olduğu Enerjisa'nın santrallerinin devreye girmesiyle 2001 yılı itibarıyla ÇEAŞ'ın %9.38 oranında daha az enerji satacağının belirtildiği, bu bakımdan nimet/külfet dengesinin ÇEAŞ aleyhine bozulduğu hususlarına yer verildiği,

- ÇEAŞ'ın bir kamu hizmeti gördüğü, özel bir kişi tarafından görülüyor olsa bile hizmetin kamusal niteliğini yitirmeyeceği, bir kamu hizmeti ve kamu imtiyazı söz konusu olduğunda, sözleşmede öngörülmemiş olsa bile idarenin, imtiyaz sahibinin tekel hakkını korumak yükümlülüğü altında olduğu,

- İdarenin imtiyaz sahibini, kamu hizmetinin niteliği gereği, rekabete karşı koruma yükümlülüğü altında olduğu, çünkü, yatırım yapması ve bunun uzun bir süreye yayılı olarak tahsilinin güvence altına alınması durumunda olduğu, ancak, Enerjisa'nın

otoprodüktör maskesi altında kamu imtiyazı konusu olan elektrik ticaretini istediği şartlarda yapma arayışında olduğu,

- Enerjisa santrallerinin kurulurken, ilgili mevzuat doğrultusunda alınması gereken DPT görüşünün alınmadığı, bu bakımdan Enerjisa'nın yasal bir piyasa aktörü olmadığı,

- 17.4.1996 tarih ve 22614 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Yönetmeliğin 3. maddesinde değişiklik yapan 1. maddesinde otoprodüktör grubunun kendi faaliyet alanlarının enerji ihtiyacını karşılamak üzere kurulacağını belirtildiği, Enerjisa'nın santrallerinin kendi şirketlerinin ihtiyacının çok üzerinde, Seyhan Barajı ve HES Barajı'nın 3 katı kapasiteye sahip olduğu, otoprodüktör değil, prodüktör olarak planlanıp kurulduğu, bunun altında ise hiçbir külfete girmeksizin kar amaçlı olarak ticaret yapma imtiyazı elde etme isteğinin yattığı,

- ÇEAŞ'ın bir çok yatırım yapma ve birçok yere bedelsiz elektrik verme yükümlülüğü mevcut iken, Enerjisa'nın hiçbir kamu hizmeti yatırımı yapmadan elektrik üreten ve ürettiği elektriği ÇEAŞ'a ilettiren ve ÇEAŞ abonelerine ÇEAŞ aracılığı ile satan, kamu hukukundan yararlanarak oluşan ama kamu yükümlülüklerine tabi olmayan bir özel hukuk kişisi olduğu,

- Kendi ihtiyacının çok üstünde üretim yapan Enerjisa'ya verilen imkanın otoprodüktör işlevi değil, örtülü ve tüm ülke üzerinde kullanabileceği bir imtiyaz hakkı devri olduğu, bu imtiyaz hakkının ise Bakanlar Kurulu Kararı ve Danıştay incelemesi olmaksızın verildiği,

- Kanuna karşı kurulan bu otoprodüktör tesisleri ile ilgili olarak Ankara 5. İdare Mahkemesi'nde 2002/349 E. ve Ankara 1. İdare Mahkemesi'nde 2002/24 ve 2002/37 E. sayılı davalarının devam ettiği,

- Enerjisa'ya karşı, bölgedeki diğer otoprodüktör şirketlerden farklı muamele yapıldığı iddiasının doğru olmadığı, Enerjisa'ya verilen iznin hukuka uygunluğunun tartışmalı olduğu, diğer otoprodüktörlerin toplam üretim kapasitesinin Enerjisa'ya verilen elektrik üretim ve iletim şeklinde özetlenebilecek örtülü imtiyaz kapasitesinin yarısına bile ulaşmadığı,

- Bakanlığın Rekabet Kurumu'na gönderdiği 4.6.2002 tarih ve 2624 sayılı yazıda, ÇEAŞ aleyhine, şikayetçi lehine açık bir tutum sergilenmiş olduğu, şöyle ki; ÇEAŞ ile Enerjisa arasında

imzalanması istenen sözleşmenin ileri sürülen bir takım iddialar nedeniyle bugüne kadar imzalanmadığı belirtilmekle birlikte, bu iddiaların ne olduğu hususuna yer verilmemiş olduğu,

- ÇEAŞ'ın sözleşme yapmaya hazır olduğu, ancak bu sözleşmelerin koşullarının Enerjisa tarafından tek taraflı olarak değil, tarafların teknik, mali ve hukuki konuların karşılıklı görüşülerek belirlenmesi gerektiği,

- Bakanlığın talebi üzerine, Enerjisa'ya sözleşme yapmaya hazır olduklarının bildirildiği, ancak Enerjisa'nın ÇEAŞ'ı teknik ve mali konularda tek taraflı olarak hazırladığı bir sözleşme metnini kabule zorladığı, buna karşılık, ÇEAŞ'ın tarafların asgari hak ve yükümlülükleri ile hizmet gereklerini dikkate alarak mevzuat hükümlerine uygun olarak hazırladığı sözleşmeyi ihtirazi kayıtla imzalayıp Enerjisa'ya ve idareye gönderdiği (ÇEAŞ'ın bu tutumu sayesinde sözleşmenin imzalandığı),

- Enerjisa'nın gönderilen sözleşmeyi imzalaması nedeniyle, şikayet konusunun ortadan kalktığı, diğer yandan sözleşmenin imzalanamamış olmasında kusurun Enerjisa'da olduğunun ortaya çıktığı

ifade edilmektedir.

I.1.3. Toros'un İddiaları

Toros'un şikayet başvurularında özetle;

- Bakanlar Kurulu'nun 26.9.1998 tarih ve 88/13314 sayılı Kararı uyarınca ve Bakanlıkla akdettiği 9.3.1998 tarihli İmtiyaz Sözleşmesi gereği, Çukurova bölgesinde elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti konularında imtiyaza sahip özel hukuk sermaye şirketi olan ÇEAŞ'ın anılan bölgede iletim konusunda fiili ve akdi bir tekele sahip olduğu,

- ÇEAŞ'ın Bakanlıkla imzaladığı İmtiyaz Sözleşmesi'nin yükümlülüklerle ilişkin 6. maddesinin (b) bendinde "*hizmet bölgesindeki talepleri hiç bir aksaklığa meydan vermeden yerine getirmekle yükümlüdür.*", aynı maddenin (h) bendinde ise "*müşterilerle arasındaki ilişkileri düzenleyen ve Bakanlık tarafından yürürlüğe konulmuş ve konulacak yönetmeliklere aynen uyacaktır.*" hükümlerinin bulunduğu,

- Ortaklarının enerji ihtiyacını karşılamak üzere, ilgili yönetmelik uyarınca Bakanlıktan aldığı izin ve bu doğrultuda Bakanlık ile

imzaladığı Sözleşme çerçevesinde elektrik üretmek üzere otoprodüktör grubu statüsünde kurulmuş bir şirket olan Toros'un, Ceyhan tesisleri ile Mersin Akgübre tesislerinde ürettiği elektrik enerjisi nedeniyle ÇEAŞ'ın doğrudan rakibi durumunda olduğu,

- Enerji üretim tesisi olmayan grup şirketlerinin ÇEAŞ dışındaki tek alternatifinin söz konusu otoprodüktör grubunun olduğu,

- İmtiyaz Sözleşmesi ve Enerji Nakil ve Satışına İlişkin Sözleşmeler gereği Toros'un ihtiyaç fazlası enerjiyi ÇEAŞ'a satmak durumunda olduğu; bu durumun ÇEAŞ'ın hukuki ve fiili tekel olmasından ve Toros'un ürettiği enerjinin ÇEAŞ olmaksızın başkalarına satışının mümkün olmamasından kaynaklandığı,

- İlgili pazarın Çukurova bölgesindeki elektrik üretimi, satışı ve nakli hizmetleri pazarı olduğu,

- ÇEAŞ'ın bölgedeki tekeli nedeniyle, Toros'un, ürettiği enerjinin grup ortaklarına nakli için ÇEAŞ'tan ücreti mukabili hizmet almak ve ihtiyaç fazlası enerjiyi de yine ÇEAŞ'a satmak durumunda bulunduğu,

- Toros ile ÇEAŞ arasında, Toros'un' Adana ve Mersin tesislerinde üretilen elektriğin grup ortaklarına nakli ve ihtiyaç fazlası elektriğin satın alınması hususunda 26.7.1999 tarihinde Enerji Alış-Satışına ve Enerji Nakline İlişkin Enerji Sözleşmesi (ESA) akdedildiği; Toros'un otoprodüktör tesislerine ilave yapılması nedeniyle ESA'nın 18.4.2001 tarihinde revize edildiği,

Taraflar arasında imzalanan ESA'da;

a) ÇEAŞ'ın, Toros'un ürettiği elektriği grup ortaklarına nakletmekle yükümlü olduğu, bunun karşılığında Toros'un sözleşmede belirtilen oranda bir nakil bedeli ödeyeceği (m.17.4),

b) Toros'un ürettiği ihtiyaç fazlası elektriği ÇEAŞ'a satacağı, tesislerinin ihtiyacı olduğu takdirde de ÇEAŞ'tan elektrik satın alacağı (m.21),

c) Toros ile ÇEAŞ'ın, karşılıklı olarak alıp verdikleri enerji miktarları için kW/saat bazında mahsuplaşma yapacakları (13.9.1999 tarihli ek sözleşme m.14.1),

d) Enerji nakli yapılacak grup şirketlerinin mevcut abone sözleşmelerini iptal ederek, ÇEAŞ'la tek terimli tarife üzerinden yeni abonelik sözleşmesi akdedecekleri (m.17.3); Toros'a ait Mersin ve

Ceyhan tesislerinin ise çift terimli tarifeye tabi olacağı (m.8.2.b.1) hususlarının yer aldığı,

- Nisan 2002 ayında, Berke HES'in inşaatının bitmesini takiben ÇEAŞ'ın İmtiyaz Sözleşmesi'ne ve ESA'ya aykırı uygulamalara başladığı; Toros'un üretimini durdurmaya ve kendi enerjisini almaya zorladığı,

- ÇEAŞ'ın ilk defa 8.4.2002 tarih ve 7096 sayı ile 15.5.2002 tarih ve 9406/9407 sayılı ihtarnamelerle Toros'un sisteme enerji vermesini önlemek üzere teknik çalışmalar başlattığını bildirdiği,

- ÇEAŞ yetkililerinin 17.5.2002 tarihinde Toros'a şifahi tesislerinden enerji akışını önlemek üzere ters röleler takmakta olduklarını ve enerji verilmesi halinde söz konusu tesislerin ulusal şebeke dışında kalacaklarını belirttikleri,

- ÇEAŞ'a ve Bakanlığa gönderilen 17.5.2002 tarihli yazıya cevaben, Bakanlığın ÇEAŞ'a gönderdiği 31.5.2002 tarih ve 2595 sayılı yazıda Toros'un enerji nakletme hakkı olduğunu ve ÇEAŞ'ın enerji nakline engel olmaması gerektiğini bildirdiği,

- ÇEAŞ'ın 21.5.2002 tarih ve 5199/5200 sayılı yazıları ile Toros'un grup ortaklarına nakil yapılmayacağını belirttiği ve ücreti mukabilinde naklettiği enerji için kendi enerjisiymiş gibi fatura tanzim ederek ödenmesini istediği,

- Söz konusu faturalara 29.5.2002 tarih ve 2083 sayılı, 30.5.2002 tarih ve 27102 sayılı ihtarnamelerle itiraz edildiği ve faturaların iade edildiği,

- ÇEAŞ'ın, Toros ile akdettiği ESA gereğince mahsuplaşma yapmak ve Mersin İLE Ceyhan tesisleri için %15 oranında güç bedeli tahakkuk ve fatura etmek durumunda olduğu, ancak, 21.5.2002 tarih ve 5191/5192 sayılı yazıları ile mahsuplaşmaya itiraz ettiği ve keyfi olarak tek terimli tarifeden ve %15 yerine %100 güç bedeli üzerinden fatura tanzim ederek Toros'u haksız bir ödemeye zorladığı,

- ÇEAŞ'ın söz konusu yazılarına 29.5.2002 tarih ve 26870, 26868, 26869 sayılı yazılarına noter vasıtasıyla itiraz edildiği ve faturaların iade edildiği,

- ÇEAŞ'ın 07.06.2002 tarih ve 5920, 5921, 5922 ve 5923 sayılı yazıları ile haksız olduğu iddia edilen fatura bedellerinin 17.06.2002 tarihine kadar ödenmesini istediği, aksi takdirde bir

ihbara hacet kalmadan Toros'un elektriğinin kesileceğini ihbar ettiği;

- Ceyhan 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2002/191 D. iş sayılı dosyasından 21.6.2002 tarihinde yapılan keşifte; Toros'a ait Ceyhan tesislerinden sisteme enerji verildiğinde bir süre sonra bağlantının kesildiği, ÇEAŞ'ın tesislerinde yapılan incelemede ters güç rollerinin takılı olduğu, ÇEAŞ çalışanının beyanına göre 18.4.2002 tarihinde ters güç rölesi takılarak ve 20.5.2002 tarihinde devreye alındığı hususlarının tespit edildiği,

- Mersin 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2002/191 D. iş sayılı dosyası ile 21.6.2002 tarihinde yapılan bilirkişi incelemesinde Toros'un Mersin Akgübre tesislerinde ürettiği enerjinin nakli için ÇEAŞ'ın kontrolündeki trafo merkezindeki fiderlere ters güç rolleri bağlandığı hususunun tespit edildiği,

- İtirazlara rağmen, ÇEAŞ'ın haksız fatura bedellerini talep etmeye devam ettiği,

- Bakanlığın son kez 25.6.2002 tarihli yazısı ile, ÇEAŞ'ı yönetmelik ve ESA'ya aykırı uygulamalara son vermesi hususunda uyardığı,

- Buna karşılık, ÇEAŞ'ın, Ceyhan tesislerinin elektriğini 9.7.2002 tarihi itibari ile keserek enerji akışını bu tarihten itibaren durdurduğu; bu durumun Ceyhan 1. Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından 2002/210 D. iş sayılı dosya ile tespit edildiği,

- ÇEAŞ'ın, çeşitli bankalardan verilen teminat mektuplarını Toros'un itirazlarına rağmen haksız yere nakde çevirdiği,

- ÇEAŞ'ın ESA eklerini, (a) Bakanlığın, otoprodüktör grubunun üretilen ÇEAŞ'a sattığı ihtiyaç fazlası enerjinin satış fiyatını belirleme yetkisinin olmadığı ve bu fiyatın TEAŞ'ın ÇEAŞ'a enerji satış fiyatından yüksek olamayacağını; (b) Kanun'un, otoprodüktör grubunun ÇEAŞ'a verdiği enerji ile ÇEAŞ'tan aldığı enerjinin kw/saat bazında mahsuplaşılmasına izin vermediğini ileri sürerek, ihtirazi kayıtla ödediği; ancak buna rağmen Borçlar Kanunu'nun 31. maddesinde öngörülen sürede ÇEAŞ tarafından bir hükümsüzlük davası açılmadığı,

- ÇEAŞ'ın, Toros'un ürettiği elektriği grup ortaklarına nakli konusunda herhangi bir itirazının bulunmadığı halde bu hususa ilişkin haksız uygulamalara giriştiği,

- ÇEAŞ'ın tüm bu uygulamalara, Toros'un mevzuata uygun olarak kurduğu otoprodüktör tesislerini atıl kılmak, kendi ihtiyacı olan enerjiyi üretmesini engellemek ve ÇEAŞ'tan enerji almaya zorlamak amacıyla giriştiği, bu durumun 4054 sayılı Kanun kapsamında hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilmesi gerektiği

ifade edilmektedir.

1.4. ÇEAŞ'ın Toros'un İddialarına Yönelik Savunması

ÇEAŞ'ın savunmasında özetle;

- İlgili pazarın kamu hizmeti niteliği taşıması ve imtiyaz usulüne dayalı olarak çalışması nedeniyle bu pazarda ticaret yapmak isteyen bir şirketin ilgili mevzuata uygun statüsünün olup olmadığının rekabet hukuku bakımından da öncelikle değerlendirilmesi gerektiği,

- Toros'un Mersin'de tesis edip çalıştırdığı 4,7 MW kurulu gücündeki otoprodüktör santrali ile ilgili olarak 5.11.1998 tarihinde Bakanlık ile şirket arasında otoprodüktör sözleşmesi imzalandığı ve bu santralin 13.11.1999 tarihinde işletmeye açıldığı, daha sonra Toros'un yeni yatırımlar sonucu artacak enerji ihtiyacını karşılamak amacıyla 7,4 MW kurulu gücünde ilave bir prodüktör santralı tesis edip işletmek üzere Bakanlığa müracaat ettiği ve Toros'un bu talebinin Bakanlık Enerji İşleri Genel Müdürlüğü'nce uygun bulunduğu,

- Toros'un mevcut 4,7 MW kurulu güçteki santralına ek olarak kurulu gücü 7,4 MW olan ikinci bir santral işletmeye alınmasına gerekçe olarak, şirketin yeni yatırımlar sonucu artacak enerji ihtiyacının karşılanmasını gösterdiği, gerçekte Toros'un enerji ihtiyacının artmadığı, söz konusu yeni santralı ÇEAŞ'a elektrik satmak amacıyla kurduğu, bu bakımdan Toros'un kendi ihtiyacına yönelik kullanmaktan çok satmak için elektrik ürettiği, bu durumun anılan şirketin Bakanlığa gönderdiği 14.7.2000 tarihli yazısından da açık olarak anlaşıldığı,

- Öte yandan, şikayetçi şirketin 7,4 MW güçteki santral için Bakanlık'tan izin alırken yeni bir tesis kurma mecburiyetine uymadığı ve 1969 yılında kurulan bir tesisi kısmen iyileştirerek bu tesis için otoprodüktör izni aldığı, bu durumun hukuka aykırılık dışında teknik zorluk ve uyumsuzlukları da beraberinde getirdiği,

- Bakanlığın Ankara 5. İdare Mahkemesinde devam etmekte olan E.2002/7 sayılı dosyaya verdiği 18.3.2002 tarih ve 2002-27-910 sayılı cevap dilekçesinde; “*Toros Enerji ile yapılan sözleşmenin enerji ve ticaret amaçlı olmayıp 3096 sayılı Yasa ve ilgili yönetmelik hükümleri çerçevesinde yapılmış ve sadece kendi enerji ihtiyacının karşılamasına yönelik bir sözleşme olduğu, Toros’un kendi ihtiyacı dışında atıl bulunan kapasitesi doğrultusunda üreteceği enerjinin Bakanlık, TEAŞ, Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş. (TEDAŞ) veya görevli şirketin alması zorunluluğu bulunmadığını*” belirttiği, Bakanlığın mahkemeye verdiği bu dilekçeden de anlaşılacağı üzere, görevli şirketin otoprodüktör şirketin ürettiği enerjinin kendi ihtiyacını aşan kısmını satın almak zorunda olmadığına açıkça anlaşıldığı,

- Ortadaki ihtilafın Toros’un, kamu hizmeti yükümlülüğü olmayan, Danıştay incelemesinden geçmeyen, Bakanlar Kurulu kararı gerektirmeyen, sadece Genel Müdür teklifi ve Bakan onayı ile usulüne aykırı bir imtiyaz elde ederek hazır müşteriye, hiçbir pazarlama gücünü çekmeden satış yapmak isteğinden ileri geldiği, bu pazarın kamu hizmeti niteliği ve özelliği dikkate alınmadan alt pazar tanımı yapılması ve zorunlu unsurun değerlendirilebilmesi için, hak sahibi olduğunu iddia eden tüzel kişinin kanunun gereklerini yerine getirerek kamu hizmeti yükümlülükleri alması, eşit külfetler ve hukuki kayıtlar ile yasal bir piyasa aktörü statüsünde bulunması gerektiği, bu bakımdan ÇEAŞ’la aynı hukuki kapsamda ve aynı pazarda olduğunun söylenemeyeceği,

- Adana 4. Asliye Hukuk Mahkemesi’ne sunulan Bilirkişi Raporu’nda;

a- Toros’un otoprodüktör şirket olmaktan çok üretici şirket gibi faaliyet gösterdiği, ancak bu pazara girmek için gerekli ve yeterli hukuki şartlara sahip olmadığı, Toros’un faaliyetlerinin ÇEAŞ’ı ekonomik yönden olumsuz etkileyeceği gibi kurulu şebekede de teknik yönden sorunlar çıkaracağı, bu tartışmalar bir yana, “elektrik nakli” hususunun şebeke sistemi içerisinde teknik olarak mümkün olmayacağı,

b- Toros Grubu’nun, ÇEAŞ’ın bölgede bulunan en büyük müşterilerinden olup, anılan grubun otoprodüktör adı altında üretim tesisi kurarak işletme altına almasının ÇEAŞ’ın satışlarında yaklaşık % 0,67 oranında azalmaya yol açacağı,

bölgede mevcut ve gelecekteki enerji tüketimlerini hesaplayarak İmtiyaz Sözleşmesi imzalayan ve bu doğrultuda inşaa ettiği enerji üretim, iletim ve dağıtım alt yapı tesislerini imtiyaz süresi sonunda Bakanlığa veya Bakanlığın göstereceği şirkete devretme yükümlülüğündeki ÇEAŞ'ın ekonomik kayıplara uğrayacağı,

c- 3096 sayılı Kanun'un 4. maddesi uyarınca üretim şirketi kurulabilmesi ile ilgili sözleşmenin imzalanması için Bakanlıkça DPT'den olumlu görüş alınması gerektiği, ancak, Toros'la imzalanan sözleşme için DPT görüşü alınmadığı ve bu durumun idari yargı alanına giren bir iptal davasının konusunu teşkil edeceği,

d- "Nakil" in bir yerden başka bir yere taşıma anlamına geldiği, enerji naklinden bahsedebilmek için otoprodüktör şirket tarafından sisteme verilen enerjinin aynı anda ve miktarda karşı taraftan çekilmesinin şart olduğu, şirket kayıtlarının tetkikinde, Toros tarafından sisteme verilen enerjinin aynı zaman ve miktarda çekilmediği, hatta, sisteme enerji verilmeden dahi enerji çekildiğinin tespit edildiği, bu durumda enerji naklinden bahsetmenin mümkün olmadığı, yapılan işlemin olsa olsa enerji mahsuplaşması/takas işlemi olduğu, mahsup işleminin ise karşılıklı alım/satımlarda söz konusu olacağı, ancak ÇEAŞ'ın Toros'a 12.3.2002 tarih ve 2440/2439 sayılı yazılarla enerji satın almaya ihtiyacı bulunmadığını açıkça belirterek, sattığı enerjinin bedelini talep edebileceği, enerji satın almadığı için ise mahsuptan söz edilemeyeceği,

e- Birebir üretim ve tüketim sağlayamayan otoprodüktörlere izin verilmesi, bunlara enerji üretim ve ticareti imtiyazının da verilmesi anlamına geldiği, diğer yandan, uygulanmaya çalışılan sistemde otoprodüktör tarafından sisteme verilen enerjide meydana gelen kayıp/kaçakların ÇEAŞ uhdesinde kalacağı,

f- Toros'un kayıtlarından, talebin az olduğu saatlerde sisteme enerji verildiği, talebin çok olduğu zamanlarda ise enerji çekildiğinin anlaşıldığı, oysa enerjinin sisteme verildiği ve çekildiği saatlerin birim fiyat açısından büyük önem arz ettiği, enerji tüketiminin az olduğu ve göl kotunun yüksek olduğu zamanlarda göl kotunun düşürülmesi ve enerji üretilmesi

gerektiği, böyle bir zamanda otoprodüktör şirketin herhangi bir kısıtlamaya tabi olmaksızın sisteme enerji verebildiği, buna bağlı olarak, ÇEAŞ'ın arz talep dengesine göre birkaç üretim ünitesini devre dışı bırakarak enerji üretmediği, buna karşın, göl kotunu düşürmek amacı ile boşa su atmak zorunda kaldığı, bu durumda ÇEAŞ'ın kendi özkaynağı ile yaptığı sisteme, hak sahibi olmasına rağmen öncelikle enerji veremediği,

g- Otoprodüktör santrallerde üretilen elektriğin planlı ve kontrollü olmadığı için gerilim dalgalanmaları ve darbelere sebep olduğu, bunun da voltaj düşüklüğü yarattığı ve teçhizat hasarına neden olduğu hususlarına yer verildiği,

- İlgili pazarda faaliyet göstermek için gerekli hukuki şartları taşımasa da, ürettiği elektriği ortaklarına nakledebilmesine yönelik olarak Toros'la 26.7.1999 tarihli bir sözleşme yapıldığı, ilave santral dolayısıyla da 18.4.2001 tarihinde ihtirazi kayıtlı bu sözleşmenin revize edilmeye çalışıldığı, ancak, anılan şirketin ihtirazi kayıtlı sözleşmeyi imzalamaktan kaçındığı,

- ÇEAŞ'ın Bakanlığa gönderdiği 27.11.2000 tarih ve 10695 sayılı yazıda; Bakanlığın Toros'un 4,7 MW kurulu gücündeki santrale ilave olarak 7,4 MW kurulu güçteki santrale ilgili fizibilitenin uygun bulunduğu, bu nedenle, 26.7.1999 tarihli ESA'nın revize edilmesini istediğini, ancak, Toros'un eski ve yeni santrallerinde elektrik üretimi için kullanılacak yakıtların farklı olduğunu, enerjinin ÇEAŞ sistemine aynı baradan verileceği ve ölçümlerin bu baradan yapılacağı, bu nedenle farklı yakıtlardan elde edilen elektrik için tespit edilmiş olan otoprodüktör satış fiyatının nasıl uygulanacağına ilişkin 13.11.2000 tarih ve 22941 sayılı Bakanlık yazısı ile 5.11.1998 tarihli İzin Sözleşmesinin revize edilmesi gerektiğinin belirtildiği, bu yazıda ayrıca, Toros'la yapılan 26.7.1999 tarihli ESA'nın Kanun'dan ve İmtiyaz Sözleşmesi'nden doğan haklarını mahfuz etmek suretiyle revize etmek istemenin imzadan imtina olarak nitelendirilemeyeceği, evvelce belirtildiği üzere ilgili ESA'yı ihtirazi kayıtlı imzalamaya hazır olduklarının ifade edildiği,

- Yukarıda yer verilen delillerin, ÇEAŞ'ın Toros'un grup ortaklarına enerji naklini engelleme gibi bir amacının olmadığını, sorunun Toros'un enerji fazlasını satışına ilişkin ihtilaftan doğduğunu açıkça ortaya koyduğu,

- Toros'un ürettiği fazla elektriği almak zorunda olmadığı, Bakanlığın 28.2.2002 tarih ve 3591 sayılı yazısıyla 1.4.2002 tarihinden itibaren otoprodüktörlerin kendi ihtiyaçları dışında kalan ve TETAŞ, TEDAŞ ile görevli şirketlere satacakları ihtiyaç fazlası enerji bedelinin, yürürlükteki 85/9799 sayılı Yönetmelik'te belirlenen üst limitleri geçmeyecek şekilde, taraflar arasında serbestçe belirlenerek uygulanması esasının getirilmesi üzerine, 12.3.2002 tarih, 2440 ve 2439 sayılı yazılarla ÇEAŞ'ın Toros'tan enerji alma ihtiyacı bulunmadığı ve kendileriyle anlaşma temin edilmeden sisteme 1.4.2002 tarihinden sonra enerji verilmemesi gerektiği hususlarını Toros'a bildirdiği,
- Toros'un talepleri doğrultusunda, herhangi bir yargı kararı beklenmeden, ürettiği enerjinin iletim hattına kabulünün devam ettiği, ancak bunun enerji nakline ilişkin olduğu, bu doğrultuda Enerjisa ile imzalanan sözleşmenin bir benzerinin Toros'a gönderilerek imzalanması hususunda gerekli girişimlerde bulunulduğu, bu bakımdan Toros'un şikayetinin geçerliliği kalmadığı ve tedbir gerektiren bir durumun da söz konusu olmadığı

belirtilmektedir.

I.2. OLAYLARIN GELİŞİMİ

I.2.1. Enerjisa'nın Şikayeti İle İlgili Gelişmeler

Dosya mevcudu bilgi ve belgelerden, Enerjisa'nın şikayeti ile ilgili olarak olayların aşağıdaki şekilde geliştiği tespit edilmiştir.

Enerjisa'nın Adana ilinde bulunan ortaklarının enerji ihtiyaçlarını karşılamak için kurmayı planladığı 120 MW kurulu gücündeki nafta ve doğalgaz yakıtlı otoprodüktör santraline ilişkin hazırlamış olduğu 22.5.2000 tarihli Ön Başvuru (fizibilite) Raporu'nun Bakanlık tarafından 1.6.2000 tarih ve 2718 sayılı bir yazı ile ÇEAŞ'a gönderildiği; başvuru gerekçelerinin, kurulması planlanan tesisin özelliklerinin ve yatırımın mali ve teknik yönlerine ilişkin açıklamaların yer aldığı söz konusu rapor ile ilgili ÇEAŞ'ın görüşlerinin talep edildiği belirlenmiştir.

ÇEAŞ'ın bahsi geçen ön başvuru raporuna ilişkin görüşünü Bakanlığa 12.6.2000 tarih ve 4862 sayılı bir yazı ile iletildiği, söz konusu görüşte ÇEAŞ'ın özetle;

- 3096 sayılı Kanun'un, kendi ihtiyacını karşılamak amacıyla üretim tesisi kurulmasına cevaz veren herhangi bir hüküm içermediğini, kanunla düzenlenmesi gereken bir konunun idari birer işlem olan yönetmeliklerle düzenlemiş olmasının hukuka aykırılık teşkil ettiğini,
- Sabancı Grubu'nun Ön Başvuru Raporu'nda iddia ettiğinin aksine, bölgede ulusal sistemden kaynaklanan arızalar dışında arz yetersizliği ve kalite sorunu bulunmadığını,
- İmtiyaz Sözleşmesi'nin 2. maddesine göre görev bölgesi içerisinde enerji ticareti işinin, ÇEAŞ'ın hak ve imtiyazında olduğunu,
- ÇEAŞ'ın, imtiyazın sona ereceği 2058 yılına kadar bölgenin enerji tüketim potansiyelini ve muhtemel geliri hesaplayarak bu işe girdiğini, bu doğrultuda da üretim, iletim ve dağıtım alt yapı tesisleri yapma külfetini ve yaptığı tesisleri bedelsiz Bakanlığa yahut Bakanlığın göstereceği şirkete devretme taahhüdünü üstlendiğini; buna karşılık anılan otoprodüktör grubunun kurulmasına müsaade edilmesi halinde yaklaşık %20 oranında enerji satışı kaybına ve dolayısıyla, kar kaybına maruz kalınacağını; bu nedenle, ÇEAŞ'ın uğrayacağı zararların telafi edilmesi gerektiğini, aksi halde, bu durumun İmtiyaz Sözleşmesi'nin ihlali anlamına geleceğini ileri sürerek Enerjisa'nın başvurusuna itiraz ettiği görülmektedir.

Enerjisa tarafından Bakanlığa gönderilen 23.6.2000 tarihli yazıda özetle;

- 1999 yılı itibarıyla Sabancı Holding ile yabancı bir teşebbüs olan Du Pont arasında stratejik bir ortaklığa gidilerek Avrupa'nın en büyük polyester hammadde üreticisi konumuna ulaşan bir ortak girişim kurulduğu; bu oluşum içerisinde en önemli tesis olan Sasa Adana fabrikasının elektrik girdisinin garanti altına alınabilmesi bakımından otoprodüktör tesisinin önem arz ettiği,
- Bölgenin iklim özelliklerinden kaynaklanan elektrik kesintilerinin, frekans ve voltaj dalgalanmalarının, üretim prosesinin son derece duyarlı olmasından dolayı Sasa'yı son derece olumsuz etkilediği,
- Başvuruya izin verilmesi halinde 2001 yılının son çeyreğinde santralin işletmeye alınabileceği

ifade edilmiştir.

Enerjisa'nın Bakanlığa göndermiş olduğu 18.7.2000 tarihli yazıda ise santralin kurulması halinde elektrik kayıplarında 11 MW'lık bir azalma gerçekleşeceği ve bunun yıllık 5,9 milyon ABD Doları tutarında bir mali kazanç sağlayacağı belirtilmiştir.

TEDAŞ'ın, 11.9.2000 tarih ve 1170 sayılı bir yazı ile Enerjisa'nın başvurusu hakkındaki görüşünü iletmiş; bölgede elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti yetkisinin ÇEAŞ'ta olması nedeniyle ÇEAŞ'ın görüşünün de alınması gerektiğini bildirdiği görülmüştür.

ÇEAŞ'ın Bakanlığa hitaben 11.9.2000 tarih ve 817 sayılı yazısında, 12.6.2000 tarihli yazısındaki görüşlerine ilave olarak;

- Mersin'de kurulması planlanan 60 MW gücündeki santralin, ÇEAŞ sistemindeki 154 kV Mersin, Yakaköy 154 kV Trafo Merkezi (TM) Mersin elektrik nakil hattına bağlantı şeklinin uygun görülmediği,
- Yalnızca, Çimsa fabrikasını beslemek üzere tesis edilen Yakaköy trafo merkezinin 4 milyon ABD Doları değerinde olduğu ve bu yatırımın atıl hale geleceği; ayrıca, arıza ve bakım hallerinde yılda birkaç kez otoprodüktör santrale elektrik verilmesi zorunluluğundan 180 MW gibi büyük miktarda bir rezerv gücün bekletilmek zorunda kalınacağı

hususlarına yer verilmiştir.

Enerjisa'nın başvurusunun, 9.10.2000 tarihinde Bakanlık tarafından uygun görüldüğü ve Bakanlık ile Enerjisa arasında İzin Sözleşmesi'nin bu tarihte imzalandığı, söz konusu sözleşmenin bir nüshasının ÇEAŞ'a 25.10.2000 tarihinde gönderildiği anlaşılmıştır.

"Türkiye Elektrik Üretim, İletim A.Ş. ve Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş. Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretim Tesisi Kurma ve İşletme İzni Verilmesi Esaslarını Belirleyen Yönetmelik" ile 8.10.2000 tarih ve 24194 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan "Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi ve Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretim Tesisi Kurma ve İşletme İzni Verilmesi Esaslarını Belirleyen Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkındaki Yönetmelik" in iptali ve karar verilinceye kadar yürütmenin durdurulması talebiyle, ÇEAŞ tarafından Danıştay'da Bakanlık aleyhine 5.12.2000 tarihinde bir dava açılmıştır.

Enerjisa'nın ÇEAŞ'a hitaben 24.11.2000 tarih ve 316 sayılı yazısında; Bakanlık ile imzalanmış olan İzin Sözleşmesi uyarınca, kurulacak santralin Ulusal Elektrik Sistemi ile paralel çalışmasının, ÇEAŞ'a ait 154 kV Zeytinli iletim hattı ile bağlantılı olan Adana Sasa Fabrikası'nın 154 kV trafo merkezine yapılacak ilave fiderler vasıtasıyla mümkün olacağı belirtilmiş; bu çerçevede, ÇEAŞ'tan, Bakanlık tarafından onaylanacak projelere esas olacak teknik hususların kendilerine bildirilmesi ve ESA için gerekli hazırlıkların başlatılması talep edilmiştir.

Enerjisa'nın ÇEAŞ'a yönelik talepleri, 19.12.2000 tarihinde bir kez daha yinelenmiştir.

Enerjisa'nın Bakanlığa hitaben 25.1.2001 tarihli yazısında Adana ilindeki otoprodüktör santralinden beslenecek ilave ortakların bir listesi verilmiştir.

25.1.2001 tarihinde Enerjisa tarafından ÇEAŞ'a, Bakanlık ile İzin Sözleşmesi'nin imzalandığı ve otoprodüktör grubuna yeni ortakların dahil edildiği hatırlatılmış ve gereken sözleşmelerin hazırlanarak gönderilmesi talep edilmiştir.

İlgili yönetmeliklerin iptali ve yürütmenin durdurulması amacıyla ÇEAŞ tarafından açılan 2000/6066 E. sayılı davada Danıştay, yürütmenin durdurulması isteminin davalı idarenin (Bakanlığın) savunmasının alınmasından sonra incelenmesine 7.2.2001 tarihinde karar vermiştir.

2.10.2001 ve 15.10.2001 tarihlerinde dönemin Bakanı ve ilgili Genel Müdürü'ne hitaben Enerjisa tarafından yazılan dilekçelerde, Aralık 2001'de üretime geçmesi planlanan santralin işletilebilmesi için ÇEAŞ ile imzalanması gereken ESA'nın söz konusu teşebbüsün tutumu yüzünden imzalanamadığı, bu nedenle de proje dosyalarının Bakanlıkça onaylanamadığı belirtilerek, Bakanlık'tan konuya acilen çözüm getirilmesi istenilmiştir.

Enerjisa'nın Bakanlığa hitaben 16.10.2001 tarihli yazısında ise TETAŞ'ın bölünmesi ve ÇEAŞ'ın direnci nedeniyle ESA'nın imzalanamadığı, dolayısıyla proje dosyaları hazır olmasına rağmen, Bakanlıkça onaylanmadığı ifade edilmiş; proje dosyalarının mevcut haliyle kabulü veya sürenin uzatılması talep edilmiştir.

Bakanlığın ÇEAŞ' a gönderdiği 26.10.2001 tarihli yazıda, ÇEAŞ'a, Enerjisa ile acilen ESA'yı imzalaması ve bir nüshasını Bakanlığa göndermesi gerektiği bildirilmiştir.

Enerjisa'nın ÇEAŞ'a göndermiş olduğu 31.10.2001 tarihli yazıda, ÇEAŞ'tan ESA taslağının görüşülmesi amacıyla toplantı tarihi ve yerinin bildirilmesi talep edilmiştir.

Enerjisa'nın Bakanlığa göndermiş olduğu 5.11.2001 tarihli yazıda, ÇEAŞ'ın tutumu nedeniyle;

- Projelerin onaylanmadığı ve bu nedenle kabul sürecinin başlatılmadığı,
- Deneme işletmesi için gerekli nafta ve motorin kullanım izninin alınmadığı,
- ÇEAŞ ile imzalanacak ESA'ya bağlı olarak, TETAŞ ile ESA yapılamadığı

ifade edilmektedir.

Bakanlığın, dağıtımı ÇEAŞ ve Enerjisa'ya yapılan 14.11.2001 tarihli yazısında, taraflara daha evvelki talimatlar da hatırlatılarak ESA'nın ivedilikle imzalanması gerektiği bildirilmiştir.

Enerjisa, 16.11.2001 tarihinde ÇEAŞ ile ESA imzalanmasına yönelik Bakanlık'ça bir toplantı organize edilmesini talep etmiş; Bakanlığın 20.11.2001 tarihli yazısı ile yer ve saati bildirilen toplantıya ÇEAŞ'ın iştirakini istemiştir.

Enerjisa'nın 23.11.2001 tarihli yazısında ÇEAŞ'a, santral ile ÇEAŞ iletim hattı arasındaki enerji alış-verişini ölçmeye yönelik istenilen nitelikteki sayaçların temin edildiği bildirilmiş ve ÇEAŞ'tan montaj yeri ve zamanının bildirilerek gerekli işlemlerin başlatılması talep edilmiştir.

Enerjisa'nın Bakanlığa hitaben 30.11.2001 tarihli yazısında, Adana Kojenerasyon Santrali'nin 1 no'lu türbin ve jeneratörünün geçici kabule hazır hale geldiği; ÇEAŞ ile ESA imzalanmasına yönelik işlemlerin tamamlanması ve Geçici Kabul Heyeti'nin görevlendirilmesi hususlarında Bakanlık talimat ve izinlerinin beklendiği ifade edilmiştir.

Enerjisa'nın 6.12.2001 tarihli yazısında, Adana santralinin 1 no'lu türbininin çalışabilecek duruma geldiği, ancak, sayaçların bağlanmasına ilişkin taleplerine ÇEAŞ'tan cevap gelmediği ve bu nedenle, ÇEAŞ

Zeytinli TM'ye bağlantı yapılamadığı Bakanlığa bildirilmiş; ÇEAŞ'a bu konuda talimat verilmesi ve söz konusu işlemlerin uzaması nedeniyle, Türkiye Elektrik İletim A.Ş.'nin (TEİAŞ), santralin 154 kV'luk şaltının geçici kabulü için görevlendirilmesi talep edilmiştir.

Bakanlığın ÇEAŞ'a göndermiş olduğu 10.12.2001 tarihli yazı ile, Enerjisa ile ESA imzalanması hususunda ÇEAŞ'tan cevap alınmadığı belirtilmiş; konunun neticelenmesi bir kez daha talep edilmiştir.

Bakanlığın, dağıtımı ÇEAŞ, Enerjisa ve TEİAŞ'a gönderilen 12.12.2001 tarihli yazısında, Enerjisa'nın, yapımı biten santral ünitesinin test edilebilmesi için 154 kV şalt tesisine gerilim uygulanması hususundaki talebinin uygun görüldüğü ifade edilmiştir.

ÇEAŞ'ın 20.12.2001 tarih ve 13382 sayılı yazısında; Enerjisa'nın Adana'da 1. ünitesi biten otoproduktör santraline deneme işletmesi yapılabilmesi için 154 kV'luk şalt tesisine gerilim uygulanması ve Enerjisa ile ESA imzalanması konusundaki Bakanlık yazılarına cevaben özetle;

- ÇEAŞ'ın, santralin tesisine ve işletilmesine yönelik olumsuz görüşlerine rağmen Bakanlığın İzin Sözleşmesi'ni imzaladığı,
- 3096 sayılı Kanun'un 4. maddesine göre, konu ile ilgili DPT görüşünün alınması gerekirken alınmadığı,
- Elektrik Tesisleri Kabul Yönetmeliği hükümlerine göre, iş yaptıran kuruluş, enerji sağlayan kuruluş ve yüklenici kuruluş temsilcilerinden oluşan Kabul Kurulu oluşturulmadan ve bu Kurul tarafından gerekli kontrol ve incelemeler yapılmadan gerilim uygulanamayacağı ve enerji satış/nakline yönelik ESA yapılamayacağı

ileri sürülmüş ve konunun Bakanlık tarafından yeniden değerlendirilmesi talep edilmiştir.

Enerjisa tarafından Bakanlığa gönderilen 20.12.2001 tarihli yazıda özetle;

- Türkiye'deki santral yatırımları için KfW'den (Almanya) 169.650.000 Euro tutarında dış kredi temin edildiği, ancak teknik olarak hazır durumdaki Adana santralinin devreye alınmadığı ve bu nedenle, KfW nezdinde taahhütlerde kusurlu hale düştüğü,

- ÇEAŞ'ın kayıtsızlığı nedeniyle, yatırım maliyetinin giderek yükseldiği; Türkiye'deki enerji kısıtları dikkate alındığında, Adana santralının atıl olarak bekletilmesinin ülkeyi de ekonomik zarara soktuğu,
- Bu nedenle, ÇEAŞ'a kesin ve süreli talimat verilmesi ve bunlara uymaması halinde uygulanacak yaptırımların hatırlatılması gerektiği

belirtilmiştir.

Bakanlığın organize ettiği ve Enerjisa ile ÇEAŞ yetkililerinin de katıldığı 16.1.2002 tarihli toplantıda, Enerjisa ile ÇEAŞ arasında ESA yerine Enerji Alış ve Enerji Nakline İlişkin Sözleşme yapılması ve ÇEAŞ'ın, bu hususa ilişkin kesin görüşlerini 21.1.2002 tarihine kadar Bakanlığa bildirmesine yönelik taraflar arasında mutabakata varılmıştır.

ÇEAŞ'ın Ankara 1. İdare Mahkemesi'ne 29.1.2002 tarihinde verdiği dava dilekçesinde;

- Enerjisa'ya ait santralin yapımı ve işletilmesine izin verilmeden önce 3096 sayılı Kanun'un 4. maddesine göre DPT'nin onayının alınması gerektiği,
- Söz konusu otoprodüktör şirketin kurulu gücü dikkate alındığında, gerçekte bir otoprodüktör değil, bir üretim tesisi niteliğinde olduğu ve bunun da ÇEAŞ'ın imtiyaz haklarına aykırı olduğu,
- Tam rekabet piyasasının varlığı açısından kurulacak tesisle ilgili Rekabet Kurulu tarafından verilmiş herhangi bir kararın bulunmadığı,
- DPT ve Rekabet Kurulu'ndan konuyla ilgili görüşlerinin sorulması ve hukuka aykırı olduğu iddia edilen 9.10.2000 tarihli İzin Sözleşmesi'nin iptali

talep edilmiştir.

Enerjisa'nın talebiyle, 2002/152 D. İş. sayılı dosya kapsamında Adana Asliye Ticaret Mahkemesi'ne verilen 29.1.2002 tarihli Bilirkişi Tespit Raporu'nda, 23.1.2002 itibarıyla;

- Enerjisa Adana Kojenerasyon santrali kapsamındaki gaz türbini ve jeneratörü kısmının tamamlandığı,

- 80 MW'lık gaz türbinlerinin işletmeye alınmaya hazır olduğu ve boşta döndüğü,
 - Santralin, Bakanlık ile Enerjisa arasındaki 9.10.2000 tarihli sözleşme eki fizibilite raporundaki hususlara ve TEİAŞ tarafından tespit edilmiş ulusal işletme esaslarına uygun olarak projelendirilerek inşa edildiği,
 - 154 kV'luk şalt tesisine ÇEAŞ tarafından gerilim uygulanmadığı
- tespit edilmiştir.

Enerjisa'nın Bakanlığa göndermiş olduğu 11.2.2002 tarihli yazıda, Adana santralindeki gaz türbinlerinin 4.12.2001 tarihinden itibaren (70 gündür), kabul işlemine hazır olduğu ve boşta döndüğü belirtilmiş, ESA'nın imzalanarak 154 kV'luk şalt tesisine gerilim uygulanması için ÇEAŞ'a kesin ve süreli talimat verilmesi talep edilmiştir.

ÇEAŞ'ın Adana Asliye Ticaret Mahkemesi'ne vermiş olduğu 15.2.2002 tarihli yazıda;

- 29.1.2002 tarihli Bilirkişi Raporu'nu veren bilirkişilerin ehliysiz oldukları,
- Söz konusu otoprodüktör santralin tesisi için DPT görüşünün alınmadığı yönünde istihbari bilgilerin bulunduğu,
- Bakanlık ile Enerjisa arasında imzalanan İzin Sözleşmesi'nin hukuka aykırılığı iddiasıyla iptali için Danıştay 10. Dairesinde dava açıldığı ve davanın derdest olduğu,
- Elektrik tesisine gerilim uygulanması işleminin Geçici Kabul Heyeti Başkanı'nın yazılı onayı ile mümkün olabileceği, ancak, böyle bir onayın olup olmadığına bakılmaksızın bahsi geçen bilirkişilerce yanlış bir rapor verildiği

belirtilerek yukarıda özetine yer verilen bilirkişi tespitlerine itiraz edilmiştir.

Adana 1. Sulh Hukuk Hakimliği'nden DPT'ye gönderilen 19.2.2002 tarihli bir yazı ile, Enerjisa'nın Adana'da tesis edilip işletilmesi planlanan nafta/doğal gaz yakıtlı üretim tesisi ile ilgili 3096 sayılı Kanun'un 4. maddesi çerçevesinde herhangi bir başvuruda bulunulup bulunulmadığı sorulmuştur.

ÇEAŞ'ın talebiyle Adana 1. Sulh Hukuk Mahkemesi'ne verilen ve ÇEAŞ kayıtları dikkate alınarak hazırlanan 21.2.2002 tarihli Bilirkişi Raporu'nda;

- Enerjisa'nın tesisinin devreye girmesi halinde, 2001 yılı tüketim ve satışları esas alınarak yapılan hesaplamada, tespit isteyen ÇEAŞ'ın doğrudan ve dolaylı olarak, bir yılda 729.842.221 kW/saat daha az enerji satacağı, bu rakamın ÇEAŞ satışlarının %9,38'ine tekabül ettiği,
- Şirket kayıtlarında konu ile ilgili DPT'nin onayına rastlanmadığı,
- Bahsi geçen tesisin işletmeye alınabilmesi için teşkil edilmesi gereken kabul heyetlerinin oluşturulduğuna dair Şirket kayıtlarında herhangi bir belgenin mevcut olmadığı

tespit edilmiştir.

- ÇEAŞ tarafından 27.2.2002 tarihinde Bakanlığa, T.C. Başbakanlık Teftiş Kurulu'na ve T.C. Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği'ne gönderilen yazılarda özetle;
- Enerjisa'nın Adana'da tesis edilip işletilmesi planlanan 120 MW kurulu gücündeki nafta/doğalgaz yakıtlı santralinin devreye alınması halinde ÇEAŞ'ın %9.38 oranında bir satış ve dolayısıyla kar kaybına uğrayacağı,
- 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun yürürlüğe girmesi nedeni ile, Enerjisa'nın Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'ndan (EPDK) otoprodüktör ve otoprodüktör lisansı alması gerektiği, ancak böyle bir lisansın mevcut olmadığı ve EPDK'ya ait bir yetkinin Bakanlıkça kullanılmasının hukuka aykırılık teşkil ettiği,
- Bahsi geçen santrale ilişkin DPT'nin olumlu görüşünün alınmadığı,
- Bakanlık ve Enerjisa arasında imzalanmış İzin Sözleşmesi'nin hukuka aykırı olduğu ve iptali için Danıştay'da dava açıldığı,
- Dönemin Bakanlık Müsteşar Yardımcısının Enerjisa lehine ve haksız yere yanlı olarak ÇEAŞ üzerinde baskı tesis ettiği

ifade edilmiştir.

DPT Müsteşarlığı'nın Adana 1. Sulh Hukuk Mahkemesi'ne göndermiş olduğu 5.3.2002 tarihli yazıda, Adana'da tesisi planlanan proje ile ilgili herhangi bir kayıt ve müracaata rastlanmadığı bildirilmiştir.

Enerjisa'nın Bakanlığa göndermiş olduğu 8.3.2002 tarihli yazıda, otoprodüktör tesisinin üç aydır atıl vaziyette bekletildiği, bu mağduriyetin giderilmesi için gerekli işlemlerin yapılması bir kez daha talep edilmiştir.

Enerjisa'nın tespit talebi üzerine, Adana 3. Sulh Hukuk Mahkemesi'ne verilen 13.3.2002 tarihli Bilirkişi Tespit Raporu'nda; Enerjisa Adana santralının, Sasa fabrikasının yanında bulunan 154 kV Sasa trafo merkezinin 154 kV barasına bağlanabilecek durumda olduğu ve bağlantı için gerekli cihazların standartlara uygun olarak tesis edildiği tespit edilmiştir.

Enerjisa'nın Bakanlığa göndermiş olduğu 14.3.2002 tarihli yazıda; Adana santralının ÇEAŞ'ın ESA'yı imzalamaması nedeniyle kabul işlemleri tamamlanamadığından 100 gündür kabule hazır halde bekletildiği; proje onayına esas teknik unsurların Adana 3.Sulh Mahkemesi'ne verilen 13.3.2002 tarihli Bilirkişi Raporu'nda tespit edildiği; bu çerçevede, projelerin onaylanması, Geçici Kabul Heyeti'nin teşkili ve enerji sağlayan kuruluştan katılacak temsilcinin davet edilmesi, tesise gerilim uygulanarak geçici kabulün yapılması hususlarında gereğinin yapılması talep edilmiştir.

Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt A.Ş.'nin (TETAŞ) 26.3.2002 tarihli yazısı ve eki ile, TETAŞ ile Enerjisa arasında 22.3.2002 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere imzalanan Enerji Nakli ve Fazla Enerjinin Satılmasına İlişkin Sözleşme sureti Bakanlığa sunulmuştur.

ÇEAŞ'ın Bakanlığa göndermiş olduğu 19.4.2002 tarihli yazıda; *"...Bakanlık ile Enerjisa arasında Otoprodüktör Tesisi Kurulmasına İzin Verilmesine İlişkin Sözleşme'nin ve TETAŞ Genel Müdürlüğü ile ESA'nın imzalandığı; ÇEAŞ tarafından konunun yargıya intikal ettirildiğinden bahisle, herhangi bir sonuç alınmadığı; ilgili mevzuatlar gereğince, Enerjisa ile ESA'nın bugüne kadar imzalanmadığı; bugüne kadar herhangi bir yürütmenin durdurulması kararının alınmamış olduğu; Enerjisa tarafından Bakanlığa verilen projelerin uygun görüldüğü; Enerjisa tarafından hazırlanan fizibilite ve projelerde, santralin Ulusal Şebeke sistemine bağlantısının, ÇEAŞ tarafından işletilmekte olan Zeytinli Trafo Merkezinden yapılacağı belirlendiği; ölçme sistemine ait sayaçların yeri, karakteristikleri ve diğer teknik hususların, Bakanlığa 22.4.2002 tarihine kadar iletilmemesi halinde; santralin Ulusal Şebeke Sistemine bağlantısı konusunda teknik bir sakınca bulunmadığı hususunda ÇEAŞ tarafından olumlu görüş verildiğinin kabul edileceği..."* şeklindeki Bakanlık görüşlerine cevaben;

- Bakanlığın, Enerjisa tarafından yaptırılan tek yanlı Mahkeme tespitlerini kullanarak, 3096 sayılı Kanun'a aykırı olarak imzalanan İzin Sözleşmesi'ni hayata geçirmek için teamüllere aykırı olarak, yazı ve telefon trafiği ile ÇEAŞ'a baskı tesis ettiği,
- Adana 1. Sulh Hukuk Mahkemesi'ne DPT tarafından gönderilen 5.3.2002 tarihli yazıya göre, Adana'daki projeye ilişkin DPT'ye herhangi bir başvuruda bulunulmadığı,
- İmtiyaz Sözleşmesi'nin ÇEAŞ'a yüklediği külfetler dikkate alınmadan söz konusu projeye izin verilmesinin ÇEAŞ'ın kar kaybına yol açtığı ve bu durumun ÇEAŞ'ın ticaret yapma imtiyazını zedelediği,
- Geçici Kabul Heyeti oluşturulmadan ve herhangi bir kabul işlemi yapılmadan söz konusu santralin işletmeye alınmak istendiği, bu durumun ilgili Yönetmelik hükümlerine aykırı olduğu,
- İmtiyaz Sözleşmesi'nde Enerjisa ile ESA imzalanmasını gerektirecek zorunlu bir hüküm bulunmadığı,
- Söz konusu tesise Bakanlık tarafından verilen izin ile ilgili, ÇEAŞ tarafından Ankara 1. ve 5. İdare Mahkemeleri'nde iki dava açıldığı, İzin Sözleşmesi uygulanması için öncelikle bu dava sonuçlarının beklenmesi gerektiği,
- İhtilaf konusu İzin Sözleşmesi'nin, 3096 sayılı Kanun'a, Elektrik Tesisleri Kabul Yönetmeliği'ne ve İmtiyaz Sözleşmesi hükümlerine aykırılık teşkil ettiği

ifade edilmektedir.

TETAŞ ile Enerjisa arasında imzalanan 27.11.2001 tarihli ESA, TETAŞ Genel Müdürlüğü tarafından Adana 1. Sulh Hukuk Mahkemesi'ne 1.5.2002 tarihli yazı ile gönderilmiştir.

ÇEAŞ'ın Bakanlığa göndermiş olduğu 3.6.2002 tarihli yazıda;

- Berke HES'in deneme üretimine başladığı, söz konusu tesislerde üretilen enerjinin Ceyhan 2 TM üzerinden Seyhan TM ve Zeytinli TM'ne akacağı, belirtilen her iki noktadan ve buna ilaveten Enerjisa'dan Zeytinli TM'ye enerji akması ve Zeytinli TM'nin tüketiminin az olması nedeniyle, yük akışı ve iletim hatları yönünden Zeytinli TM'ye bağlantı yapılmasının mümkün olmadığı,
- Otoprodüktör tesisinden üretilip, sisteme verilecek enerjinin, planlı ve kontrollü olamayacağı, bunun gerilim dalgalanmalarına, buna

bağlı olarak darbelere neden olacağı ve mevcut sisteme zarar vereceği,

- İmtiyaz Sözleşmesi'ne göre, enerji ticareti yapma imtiyazının 2058 yılına kadar ÇEAŞ'a ait olduğu, buna karşılık bölgenin muhtemel tüketimlerini, dolayısıyla elde edeceği karı hesaplayan ÇEAŞ'ın, bölgenin enerji altyapı yatırımlarını kendi öz kaynakları ile yapmak ve belirtilen süre sonunda bunları Hazine'ye bedelsiz olarak devretme yükümlülüğü altına girdiği, bölgede ÇEAŞ açısından büyük enerji müşterilerinin azalmasına sebep olan otoprodüktör üretim tesislerinin kurulup işletilmesinin; esas itibarıyla, Yasa'ya ve İmtiyaz Sözleşmesi'ne aykırı olduğu,

- Enerjisa'nın projesi ile ilgili olarak 3096 sayılı Kanun'un 4. maddesi gereğince DPT Müsteşarlığı'nın olumlu görüşünün alınmadığı,

- 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun geçici 4 ve 8. maddeleri ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi tarafından verilen 13.2.2002 tarih ve 2001/293E., 2002/28K. ve aynı tarihli 2001/389E., 2002/29K. sayılı karar gerekçelerinde yer alan "...daha önce düzenlenmiş ve tarafların özgür iradeleri sonucunda belli koşullara bağlanmış olan sözleşmeler yasayla hükümsüz kılınmaktadır. Oysa, sözleşmelerin sona erdirilmesi veya diğer koşullarla ilgili uyuşmazlıkların çözümü sözleşmelerde belirtilen usul ve esaslara ya da bu konuda hüküm bulunmayan hallerde genel hukuk kurallarına bağlıdır." şeklindeki hükümler dikkate alındığında, 4628 sayılı Kanun'un 3096 sayılı Kanun'u ve bu çerçevede akdedilmiş sözleşmeleri ortadan kaldırmadığı, dolayısıyla, ÇEAŞ'ın imtiyaz haklarının yeni Yasa'ya dayanılarak ortadan kaldırılamayacağı,

- İmtiyaz Sözleşmesi'nin herhangi bir kuruluş ile enerji bazında mahsuplaşma yapmak suretiyle iş-hizmet yapılmasına imkan vermediği, son on yıl içerisindeki uygulamada TEK, TEAŞ ve TEDAŞ ile yapılan karşılıklı enerji alışverişlerinde hiçbir zaman mahsuplaşma işleminin yapılmadığı,

- Otoprodüktör şirketlerinin elektrik üretimlerini kendi ortaklarına yönelik yapmalarından dolayı, KDV, TRT payı, Elektrik Enerji Altyapı Yatırımlarına Katkı Payı ile Belediye Tüketim Vergisi gibi vergilerin söz konusu şirketlerden tahsil edilemediği, bu durumun kamu yararına aykırı bir şekilde vergi kaybına yol açtığı,

- Gerçekte, Enerjisa'ya Danıştay onayı olmadan, kanuna karşı hile kullanılmak suretiyle, gizli bir şekilde enerji üretim ve ticaret imtiyazı verildiği,

- ÇEAŞ ile ESA imzalanmadan Enerjisa santralının kabul işlemlerinin yapılamayacağı, Enerjisa tarafından Adana Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2002/152 D. İş sayılı dosyası kapsamında yaptırılan tespit, Bilirkişi Raporu'nda Elektrik Tesisleri Kabul Yönetmeliği'nin 11. maddesinde; geçici kabule başlanabilmesi için "tesisatın 5. maddede yazılı onaylı proje, yürürlükte bulunan yasal uygulamalar (kanun, tüzük, yönetmelik vb.), esas sözleşme ve enerji sağlayan kuruluşla yapılmış tesis sözleşmesi ile bunların eklerine ve diğer belgelere tam uygun şekilde yapılmış olduğunun bir tutanakla belirlenmiş olması durumunda mümkündür" denildiği ve 5. maddede açıklandığı gibi, onaylı projesi bulunmayan kabul işlemlerinin yapılamayacağını belirtildiği; ayrıca, "Bakanlıkça onaylı projelerden sonra kabule başlanılacağından ve nihai projelerin son şeklinin alınması ESA ile belirleneceğinden, öncelikle Görevli Şirket (ÇEAŞ) ile Enerjisa arasında ESA imzalanması gerekmektedir." şeklindeki ifadeler dikkate alındığında, projeleri nihai şekle ulaşmamış bir tesisin kabul işlemlerinin yapılmasının mümkün görülmemeyeceği,

- TETAŞ ile Enerjisa arasında imzalanan 27.11.2001 tarihli ESA'nın 20. maddesinde yer alan "Bu sözleşme 20 maddeden ibaret olup, taraflarca imzalanmasını müteakip, Şirket, ÇEAŞ ile 4 maddede belirtilen sözleşmeleri imzalayarak birer suretini TETAŞ'a teslim ettiği tarihten itibaren yürürlüğe girecektir." şeklindeki hükmü dikkate alındığında, gerçekte TETAŞ ile yürürlükte olan bir ESA'nın mevcut olmadığı ve bu nedenle ihtilaf konusu tesislerin kabul işlemlerinin yapılamayacağı

ifade edilmektedir.

ÇEAŞ'ın Bakanlığa göndermiş olduğu 4.6.2002 tarihli yazıda, daha evvelki yazılarda açıklanan teknik, mali ve hukuki gerekçeler nedeniyle geçici kabul işleminin yapılamayacağı ve geçici kabul işlemi için herhangi bir heyetin gönderilmemesi gerektiği belirtilmiştir.

Bakanlığın ÇEAŞ'a çekmiş olduğu 24.7.2002 tarih ve 34427 no'lu ihtarnamede, olayın gelişimi aktararak, yürürlükteki mevzuat ve İmtiyaz Sözleşmesi'nin 6 ncı maddesinin (h) bendine rağmen, bölgede kurulan otoprodüktör tesisinin ulusal sisteme bağlantısının ÇEAŞ tarafından yapılmadığı ve üretilecek enerjinin Enerjisa'nın grup ortaklarına naklinin engellendiği belirtilmiş; ÇEAŞ ile Enerjisa arasında yapılması gereken ve tesisin Ulusal Sisteme bağlantı ve elektrik enerjisinin nakil şartlarını belirleyecek olan ESA'nın, ihtarnamenin tebliğinden itibaren 15 gün

içerisinde imzalanması ve anlaşma hükümlerinin ivedilikle yerine getirilmesi gerektiği, aksi takdirde İmtiyaz Sözleşmesi'nin 19. maddesine göre işlem yapılacağı bildirilmiştir.

ÇEAŞ'ın Bakanlığa ve Enerjisa'ya çekmiş olduğu 7.8.2002 tarih, 15399 ve 15429 sayılı ihtarnamelerde, yasadan ve İmtiyaz Sözleşmesinden doğan haklarını, uğranılan ve uğranılacak zararları talep ve dava etme hakkını mahfuz tutmak kaydıyla, "Sistem Bağlantı ve Enerji Nakil Şartlarını Belirleyen Sözleşme"nin imzalanacağı bildirilmiş, ihtarname ekindeki sözleşme taslağının 4 gün içinde imzalanarak ÇEAŞ'a teslimi talep edilmiştir.

ÇEAŞ'ın Enerjisa'ya çekmiş olduğu 13.8.2002 tarih ve 15732 no'lu ihtarnamede, yukarıda yer verilen ihtarnameye süresi içinde cevap verilmediği, bu kez ÇEAŞ tarafından imzalanarak gönderilen ihtarname ekindeki sözleşme taslağına yönelik bir cevabın verilmemesinin, muhatap taraf Enerjisa'nın sözleşmeyi imzalamaktan imtina ettiğinin kabulü anlamına geleceği belirtilmiştir.

Enerjisa'nın Kurumumuz kayıtlarına 20.1.2003 tarih ve 246 sayı ile intikal eden yazısında "Sisteme Bağlantı ve Enerji Nakil Şartlarını Belirleyen Sözleşme"nin, 17.8.2002 tarihinde imzalandığı bildirilmiştir.

Gerilim Uygulama Zaptı 10.9.2002 tarihinde, Geçici Kabul Tutanağı ise 28.9.2002 tarihinde taraflarca imzalanmıştır.

Ankara 5. İdare Mahkemesi'nin, ÇEAŞ'ın, 3096 sayılı Kanun'da enerji fazlasının satışına yönelik tesis izni verileceğine dair bir hükme yer verilmediği, aynı Yasanın 4. maddesinde öngörülen otoprodüktör sözleşmesi için DPT'nin olumlu görüşü alınması zorunluluğuna uyulmadığı, ayrıca dava konusu sözleşme ile kurulacak tesisin kendi İmtiyaz Sözleşmesi görev alanı içinde bulunduğu, bu alan içinde 2058 yılına kadar enerji üretim, dağıtım ve iletim görevinin kendilerine verildiği iddialarıyla Bakanlık ile Enerjisa arasında 9.10.2000 tarihinde imzalanan İzin Sözleşmesi'nin iptalinin istemine yönelik olarak 18.10.2002 tarihinde vermiş olduğu Karar'da;

- 3096 sayılı Kanun ve bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan "Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi ve Türkiye Dağıtım Anonim Şirketi Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretim Tesisi Kurma ve İşletme İzni Verilmesi Esaslarını Belirleyen Yönetmelik" hükümleri gereği, kendi faaliyet alanlarının enerji ihtiyacını karşılamak üzere otoprodüktör statüsünde enerji üretim tesisi

kurma ve işletme izni verilmesi konusunda Bakanlığa kamu yararı ile sınırlı olmak üzere takdir yetkisi tanındığı,

- Söz konusu yönetmelikte tanımlandığı üzere otoprodüktör grubunun ticaret yapmak amacıyla değil, yalnızca kendi faaliyet alanlarında enerji ihtiyacını karşılamak amacıyla kurulduğu; bu itibarla, otoprodüktör üretim tesisinin kendisine imtiyaz hakkı tanınan herhangi bir görevli şirketin görev bölgesi içinde faaliyet göstermesinin, imtiyazlı duruma herhangi bir şekilde müdahale olmadığı,

- Yurt içindeki üretim olanakları yeterli olmadığından, enerji ihtiyacının bir kısmını yurt dışından karşılamak zorunda kalan ülkemizde, bu tür tesislerin gerek kendi ihtiyaçlarına yönelik üretimi, gerekse ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde ürettiği ihtiyaç fazlası enerjiyi Bakanlıkça belirlenen tarifeye göre TEAŞ, TEDAŞ veya görevli şirkete satabilmesi nedeniyle kamu yararına uygun oldukları,

- Bu durumda, dava konusu İzin Sözleşmesi'nde mevzuata ve kamu yararına aykırılık bulunmadığı,

- Her ne kadar, 3096 sayılı Kanun'un 4. maddesinde DPT'nin olumlu görüşünün alınması zorunlu kılınmışsa da, Yasa hükmü incelendiğinde açıkça görüleceği üzere bu zorunluluğun ticari amaçla elektrik üretimi yapan sermaye şirketleri için getirilmiş olduğu, otoprodüktörler için bu zorunluluktan söz edilemeyeceği,

- Öte yandan ilgili Yönetmeliğin otoprodüktör üretim tesisinin kuruluşuna imkan tanıyan 4. maddesinin (f) bendinde, kuruluş esnasında DPT'nin olumlu görüşünün alınmasını zorunlu kılan bir kurala da yer verilmediği

gerekçeleriyle davacı ÇEAŞ'ın iptal istemi reddedilmiştir.

1.2.2. Toros'un Şikayeti ile İlgili Gelişmeler

Dosya mevcudu bilgi ve belgelerden, Toros'un şikayeti ile ilgili olarak olayların aşağıdaki şekilde geliştiği tespit edilmiştir.

17.4.1996 tarih ve 22614 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Yönetmelik dikkate alınarak, 14.5.1996 tarihinde ÇEAŞ, TEDAŞ, TEAŞ, Kepez A.Ş., Aktaş ve Kayseri ve Civarı T.A.Ş. arasında enerji nakli ile ilgili uygulama esaslarına ilişkin bir protokol imzalanmıştır. Bu protokole göre, ÇEAŞ ve Kepez'in görev bölgesi dışında kurulan otoprodüktör santrallerinde üretilen ve dağıtım sistemine verilen enerjinin tamamını

TEAŞ alacak, ÇEAŞ ve Kepez'e ait iletim hattını kullanarak enerji nakledecek kuruluşlar ise nakil bedelini söz konusu şirketlere ödeyecektir. ÇEAŞ bu protokolü aşağıdaki ihtirazi kayıtlarla imzalamıştır:

“Otoprodüktör grubunun görevli şirketlere sattığı üretim fazlası enerjinin alış fiyatı, her durumda TEAŞ'ın bu şirketlere sattığı enerji fiyatını geçemez.

Görev bölgesinde otoprodüktör grubu tüketici şirketlerine mevcut elektrik satış sözleşmesine göre uygulanan tarife fiyatından enerji satamaması nedeniyle, ÇEAŞ'ın uğradığı zararı TEAŞ, Bakanlık ve diğer ilgili şirketlerden talep hakkı saklıdır”.

Bakanlık ile Toros arasında 5.11.1998 tarihinde imzalanan İzin Sözleşmesi'nin gereği olarak, Toros'un Adana ve Mersin'de kurulu 4.7 MW gücündeki tesislerine ilişkin Toros ile ÇEAŞ arasında 26.7.1999 tarihinde iki ESA imzalanmıştır.

Bakanlığın talimatı doğrultusunda, 13.9.1999 tarihinde Toros ve ÇEAŞ, enerji alış-satışı konusunda mahsuplaşma yapılacağına ilişkin ek bir sözleşme imzalamıştır. ÇEAŞ bu sözleşmeyi, enerji mahsuplaşması ve uygulanacak enerji alış-satış fiyatına ilişkin hükümlerde talep ve dava hakkı saklı kalmak üzere ihtirazi kayıtla imzalamıştır.

Toros'un yeni ortaklarına enerji nakli talebinde bulunması üzerine, Toros ile ÇEAŞ arasında 26.7.1999 tarihli sözleşmeye ek olarak 15.12.1999 tarihinde yeni bir sözleşme daha yapılmıştır.

ÇEAŞ, Toros'a gönderdiği 21.12.1999 tarihli ihtar yazısında; mahsuplaşmanın İmtiyaz Sözleşmesine ve KDV Kanunu'nun 2/5. maddesine aykırı olduğu ve Toros'un satış fiyatının, ÇEAŞ'ın TEAŞ'tan enerji alış fiyatının üstünde olduğu hususlarını ileri sürerek, Toros'un Kasım 1999 dönemine ilişkin hazırladığı faturaya itiraz etmiş ve Toros'a faturayı iade etmiştir. Aynı yazıda, Bakanlık talimatı ile taraflar arasında imzalanan ESA'da belirtilen bazı hususlara ÇEAŞ tarafından ihtirazi kayıt konulduğu, ayrıca Kanuna ve İmtiyaz Sözleşmesi'ne aykırı Yönetmeliğin ilgili hükümlerinin iptali için Danıştay'da dava açıldığı ifade edilmiştir.

Toros, ÇEAŞ'ın 21.12.1999 tarihli ihtar yazısına cevaben Beşiktaş 6. Noterliği'nden gönderdiği 19.1.2000 tarihli ihtarnamede, ÇEAŞ'ın öne sürdüğü hususların dayanaksız ve aralarındaki sözleşmelere aykırı olduğunu ifade etmiştir.

ÇEAŞ, Adana 7. Noterliği yoluyla Toros'a gönderdiği 10.3.2000 tarihli yazısında; Toros'un Şubat 2000 dönemine ilişkin hazırladığı faturaya, mahsuplaşmanın İmtiyaz Sözleşmesi'ne ve KDV Kanunu'nun 2/5. maddesine aykırılığını ve Toros'un satış fiyatının ÇEAŞ'ın TEAŞ'tan enerji alış fiyatından yüksek olduğunu ileri sürerek itiraz etmiş, bu doğrultuda faturanın ihtirazi kayıtla ödeneceğini bildirmiştir.

ÇEAŞ, Bakanlığa yönelik 27.11.2000 tarihli yazısında, Toros'un Mersin'de kurduğu 7,4 MW güçteki ek santral için 26.7.1999 tarihli ESA'nın revize edilmesi yönündeki Bakanlık talimatını, yasal haklarını mahfuz tutmak suretiyle yerine getireceğini bildirmiştir.

ÇEAŞ, Toros'a gönderdiği 15.1.2001 tarihli yazıda; Toros'un Aralık 2000 dönemine ilişkin hazırladığı faturaya, mahsuplaşmanın İmtiyaz Sözleşmesi'ne ve KDV Kanunu'nun 2/5. maddesine aykırı olduğunu, diğer yandan Toros'un satış fiyatının ÇEAŞ'ın TEAŞ'tan enerji alış fiyatından yüksek olduğunu ileri sürerek itiraz etmiş ve faturayı düzeltilmesi için Toros'a iade etmiştir.

ÇEAŞ, Toros'a yönelik 28.5.2001 tarih ve 5281 sayılı yazısında; Toros'un Mersin'de kurduğu 7,4 MW gücündeki buhar türbinli ilave güç santrali ile ilgili olarak 18.4.2001 tarihinde imzalanan ikinci Ek ESA'nın, bu tesislerde üretilen enerjiden sadece ihtiyaç fazlasının ÇEAŞ sistemine verilmesi kaydıyla, 1.6.2001 tarihinden itibaren yürürlüğe gireceğini bildirmiştir.

Bakanlık, ÇEAŞ'a gönderdiği 28.2.2002 tarih ve 3591 sayılı yazıda, 1.4.2002 tarihinden itibaren otoprodüktörlerin kendi ihtiyaçlarının dışında kalan ve TETAŞ, TEDAŞ ile Görevli şirketlere satacakları ihtiyaç fazlası enerji bedelinin, yürürlükteki yönetmelikte belirlenen üst limitleri geçmeyecek şekilde taraflar arasında serbestçe belirlenmesi esasının getirildiğini belirtmiştir.

ÇEAŞ'ın Toros'a gönderdiği 12.3.2002 tarihli yazıda;

- ÇEAŞ'ın imzalanan sözleşmeler ile tüm yazışmalarda, Toros'tan enerji almaya zorlanamayacağını ve enerji alış fiyatının TETAŞ enerji birim fiyatının üstünde olamayacağını belirttiği, sözleşmelerin tamamının belirtilen hususlarda dava ve talep hakkının korunması suretiyle ihtirazi kayıtla imzalandığı,
- Bakanlığın 28.2.2002 tarihli yazısı gereğince, 1.4.2002 tarihinden sonraki dönemde enerji fiyatlarının taraflarca serbestçe belirleneceği, 1.4.2001 tarihinden sonraki dönemde ÇEAŞ'ın

TETAŞ'tan satın aldığı enerji birim fiyatının üstünde bir fiyat ile Toros'tan enerji almayacağı, ÇEAŞ'la görüşme yapılması ve fiyatta anlaşma temin edilmeden bu tarihten sonra sisteme Toros tarafından enerji verilmemesinin gerektiği, aksi halde herhangi bir ödeme yapılmayacağı

belirtilmiştir.

Toros'un, ÇEAŞ'ın 12.3.2002 tarihli yazısına cevaben gönderdiği 1.4.2002 tarihli yazısında; önceden akdedilmiş olan ESA'nın aynen yürürlükte olduğu, ÇEAŞ'ın otoprodüktör tesislerinde üretilen fazla enerjiyi mevcut ESA şartlarına göre almak ve bedel ödemekle yükümlü olduğu, ÇEAŞ'ın TETAŞ-ÇEAŞ fiyatı üzerinden enerji bedeli ödemek zorunda olduğu, bu bakımdan Toros'un normal faaliyetini sürdüreceği ve ihtiyaç fazlası enerjiyi 1.4.2002 tarihinden sonra da sisteme vermeye devam edeceği ifade edilmiştir.

ÇEAŞ, Toros'a Adana 7. Noterliği yoluyla gönderdiği 8.4.2002 tarihli yazıda, önceki taleplerini yineleyerek anlaşma temin edilmeden sisteme enerji verilmesinin, Toros'un paralellikten çıkarılmak suretiyle önleneyeceğini ve bu sebeple nakil yapılmaması da dahil meydana gelecek her türlü zarardan Toros'un sorumlu olacağını belirtmiştir.

ÇEAŞ'ın, Adana 7. Noterliği vasıtasıyla Toros'a gönderdiği 15.5.2002 tarihli yazıda, Toros'un ÇEAŞ'ın rızası hilafına sisteme verdiği 20.016 kW/saat'lik enerji sebebiyle, 30.4.2002 tarihli bir fatura düzenlediği, ancak mahsuplaşma işleminin elektrik ticaretinde teknik bakımdan mümkün olmadığı ve ÇEAŞ'ın bu faturayı ödemek zorunda olmadığı belirtilmiş, Toros'un sisteme enerji vermesinin önlenmesi için teknik yönden önlemlerin alınmaya başlandığı bildirilmiştir.

Toros'un ÇEAŞ'a yönelik 17.5.2002 tarihli yazısından; ÇEAŞ'ın Toros'un sisteme bağlantı noktalarına ters röleler koyduğunu ve nakletmek amacı ile dahi olsa sisteme enerji verilmemesi konusunda uyarıda bulunduğunu, Toros'un ise kendi şirketlerinin ihtiyacı kadar enerji ürettiği ve bu enerji naklinin yalnızca ÇEAŞ sistemi ile gerçekleştirilebileceğini, aksi halde, ortak şirketlerin faaliyetlerinin kesintiye uğrayacağını belirttiği anlaşılmaktadır.

Toros, 17.5.2002 tarihli yazıyla, Bakanlığı, ÇEAŞ'ın iletim hatlarına enerji naklini engelleyecek ters röleler monte ettiği konusunda bilgilendirerek, enerji nakil hizmetinin kesintisiz olarak verilmesini teminen gerekli önlemlerin alınmasını talep etmiştir.

ÇEAŞ'ın Toros'un ortakları Toros Gübre ve Kimya Endüstrisi A.Ş. (Toros Gübre A.Ş.) ve TST Teknik Servis ve Ticaret A.Ş.'ye gönderdiği 21.5.2002 tarihli yazılarda; nakil yapılmadığından 2002 Nisan ayı için düzenlenen faturalarda ilave olarak enerji satış faturaları tahakkuk ettirildiği bildirilmiştir.

ÇEAŞ'ın, Toros'a yönelik 21.5.2002 tarihli yazısında; 2002 Nisan ayına ilişkin düzenlediği mahsuplaşma faturasının iptal edilerek yerine çift terimli sanayi tarifesinden ilave tüketim faturası tahakkuk ettirildiği ve güç tarifesinin %15'i üzerinden düzenlenen faturaya %85'lik bir güç bedelinin ilave edildiği belirtilerek, 2002 Nisan ayı için düzenlenen 456671 ve 456695 no'lu faturaların ödenmesi istenilmiştir.

Toros'un Bakanlığa yönelik 23.5.2002 tarihli yazısında; ÇEAŞ'ın yazıları neticesinde Toros'un üretimi kısma ve ihtiyacı kadar enerji üretme kararı aldığı ve enerji satışını sıfırladığı, ancak ÇEAŞ'ın, Toros'un ortaklarına enerji nakline engel olmak için sisteme ters güç röleleri taktığı, mahsuplaşma faturalarını iade ederek ortaklara yapılan enerji naklini yok saydığı ve %15 üzerinden ödenecek güç bedelini Nisan 2002 ayında %100 olarak belirleyerek ilgili faturaların ödenmesini istediği ifade edilmiş ve Bakanlık'la yapılan sözleşmelerle, ESA ve ilgili mevzuat çerçevesinde konuya çözüm getirilmesi talep edilmiştir.

Toros'un, ÇEAŞ'ın 15.5.2002 tarihli yazısına cevaben, Beşiktaş 6. Noterliği vasıtasıyla gönderdiği 29.5.2002 tarih ve 26868 sayılı yazıda; Toros Gübre A.Ş. tesislerinden verilen enerji sebebi ile düzenlenen faturanın ÇEAŞ tarafından iade edilmesinin hukuka aykırı olduğu, karşılıklı olarak alınıp verilen enerjinin mahsuplaşılmasının ESA ve mevzuat gereği olduğu, ESA'nın ihtirazi kayıtla imzalanmış olmasının ÇEAŞ ile Bakanlık arasındaki bir sorun olduğu, Toros'un ihtilaf çözümlene dek üretimini kısıttığı ve kendi ihtiyacı kadar enerji üretimi kararı aldığı, ancak küçük miktarlarda da olsa ortaya çıkan enerji fazlasının mahsuplaşma yapılmayarak ÇEAŞ tarafından bedelsiz olarak el konulmasının kabulünün hukukten mümkün olmadığı belirtilmiştir.

ÇEAŞ'ın 21.5.2002 tarihli yazılarına karşılık Toros'un Beşiktaş 6. Noterliği vasıtası ile gönderdiği 29.5.2002 tarih, 26870 sayılı yazı ile Ceyhan 1. Noterliği vasıtası ile gönderdiği 2082 sayılı yazıda; ÇEAŞ'ın Mersin ve Adana tesislerine ilişkin 2002 Nisan ayına ait mahsuplaşma faturasını iptal etmesi ve %15 yerine %100 üzerinden güç bedeli tahakkuk ettirmesinin, aralarında imzalanmış ESA'ya aykırı olduğu ve

hukuki dayanağı bulunmadığı, bu bakımdan ÇEAŞ tarafından gönderilen 456671 ve 456695 no'lu faturaların iade edileceği belirtilmiştir.

Toros'un ortaklarından Toros Gübre A.Ş.'nin ÇEAŞ'a yönelik 29.5.2002 tarihli yazısında, ÇEAŞ'ın 21.5.2002 tarihli yazısının hukuka aykırı olduğu bildirilmiş ve ÇEAŞ tarafından düzenlenen 456665 no'lu fatura iade edilmiştir.

Toros ortaklarından TST Teknik Servis ve Tic. A.Ş.'nin ÇEAŞ'a yönelik 30.5.2002 tarihli yazısında, ÇEAŞ'ın 21.5.2002 tarihli yazısının hukuka aykırı olduğu bildirilmiş ve ÇEAŞ tarafından düzenlenen 456667 no'lu fatura iade edilmiştir.

Toros'un, Bakanlığa gönderdiği 30.5.2002 tarihli yazısında; ÇEAŞ'ın önceki yazılarda belirtilen taleplerinin hukuka aykırı olduğu ve İmtiyaz Sözleşmesi'nden kaynaklanan tekel durumunu kullanarak otoprodüktör grubunun üretim yapmasını tamamen durdurmak amacını taşıdığı, Toros'un mevcut sözleşmelere göre hareket edeceği, bunun dışındaki talepleri kabul etmeyeceği ve enerji kesintisinden doğacak zararlardan ÇEAŞ'ın sorumlu olacağı belirtilmiş ve ÇEAŞ'ın ESA'dan doğan yükümlülüklerini yerine getirmesini teminen gereği talep edilmiştir.

Bakanlığın, ÇEAŞ'a hitaben 31.5.2002 tarihli yazısında; Toros'un ortaklarına enerji nakli yapmasına engel olunmaması, ülke genelinde uygulamada birlikteliğin sağlanması açısından otoprodüktör şirketleri ile enerji alış-satış ve nakli konusundaki uygulamaların mevcut ESA hükümleri ve TETAŞ ile TEDAŞ Genel Müdürlüğü uygulamaları paralelinde yapılması gerektiği belirtilmiştir.

ÇEAŞ'ın, Bakanlığın 31.5.2002 tarihli yazısına cevaben gönderdiği 7.6.2002 tarihli yazısında;

- ÇEAŞ'ın 1. Görev Bölgesi'nde görevli/imtiyazlı şirket olduğu ve otoprodüktör şirketlerin kurulmasına izin verilmesinin İmtiyaz Sözleşmesi'ne aykırı olduğu, bu imtiyazın sonradan çıkarılan Yasa ve yönetmeliklerle tek taraflı olarak değiştirilemeyeceği,
- Bu şirketlerin kurulması esnasında DPT'nin görüşünün alınmadığı,
- Toros'un, sonradan ESA kapsamına alınan 7,4 MW'lık santralinin eski bir tesis iken yeni kurulmuş bir tesis gibi gösterildiği ve Bakanlığın bu tesise Yasa'ya aykırı bir biçimde elektrik ticareti yapma izni verdiği,

- Otoprodüktör tesislerinde üretilip sisteme verilen elektrik enerjisinin planlı ve kontrollü olmaması nedeniyle gerilim dalgalanmalarına ve darbelere sebep olduğu ve mevcut ÇEAŞ sistemine büyük zararlar verdiği,
- İmtiyaz Sözleşmesi'ne göre, otoprodüktör şirketlerle mahsuplaşma yapmanın mümkün olmadığı, diğer yandan mahsuplaşma işleminin vergi ziyanına neden olduğu,
- ÇEAŞ'ın %100 rezerv gücü kullanmaya mecbur tutulmasına karşılık %15 oranında güç bedeli almasının yönetmeliğe ve hakkaniyete aykırı olduğu

hususlarına yer verilmiştir.

ÇEAŞ'ın Toros ve Toros ortakları TST Teknik Servis ve Tic. A.Ş., Toros Gübre A.Ş.'ye gönderdiği 7.6.2002 tarihli yazılarda; Nisan 2002 ayına ilişkin faturaların ödenmemiş olduğu, bu borçların 10 gün içinde ödenmemesi halinde enerjilerinin 17.6.2002 tarihinde kesileceği ifade edilmiş, bu durum Toros tarafından 10.6.2002 tarihli yazısı ile Bakanlığa bildirilmiştir.

ÇEAŞ'ın, Toros'a hitaben Adana 7. Noterliği vasıtasıyla gönderdiği 11.6.2002 tarih 11116 sayılı yazısında; 26.7.1999 tarihli, ihtirazi kayıtla imzalanan ESA'nın bitim tarihinde yürürlükten kaldırılacağı ve yenilenmeyeceği bildirilmiştir.

TST Teknik Servis ve Tic.A.Ş. ve Toros Gübre A.Ş., ÇEAŞ'a yönelik 12.6.2002 tarihli yazılarında, elektrik kesilmesi tehdidi karşısında Mayıs 2002 dönemine ilişkin faturaların ihtirazi kayıt ile ödeneceğini bildirmiştir.

Toros'un, ÇEAŞ'a yönelik 14.6.2002 tarihli yazısında; muhatabın Mayıs 2002 dönemi için düzenleyerek gönderdiği 31.5.2002 tarih 461804 ve 461803 no'lu faturaların ESA'ya aykırı olduğu belirtilerek, anlaşmaya uyumsuz olan aradaki fark 31.5.2002 tarih ve 59539, 59540 no'lu faturalarla ÇEAŞ'a iade edilmiştir.

ÇEAŞ'ın, Toros'a gönderdiği 18.6.2002 tarihli yazısında, enerji faturasının son ödeme günü olan 17.6.2002 tarihine kadar Toros'un ödeme yapmadığı, ilgili borcun 10 gün içerisinde ödenmemesi halinde uyarı ve ihbara gerek olmaksızın 28.6.2002 tarihinde enerjilerinin kesileceği ihtar edilmiştir.

Toros'un talebi üzerine, Ceyhan 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce, 2002/113 sayılı dosya kapsamında yapılan 21.6.2002 tarihli tespitte Toros'un ÇEAŞ sistemine bağlantı noktasına ters güç rölelerinin takılı olduğu belirtilmiştir.

Bakanlığın, ÇEAŞ'a hitaben gönderdiği 25.6.2002 tarihli yazısında; Bakanlıkla ÇEAŞ arasında imzalanan 9.3.1998 tarihli Sözleşmenin 6(h). maddesinde ÇEAŞ'ın Bakanlık tarafından yürürlüğe konulan yönetmeliklere uyacağı hükmünün yer aldığı, bu nedenle otoprodüktör şirketleri ile enerji alış-satış ve nakli konusundaki uygulamalarda, 17.4.1996 tarih ve 22614 sayı ile Resmi Gazete'de yayımlanan Yönetmelik değişikliğinin enerji nakline ilişkin 6. maddesi ile 5.7.2000 tarih ve 24100 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Yönetmelik değişikliğinin mahsuplaşmaya ilişkin 1. maddesine ve ESA hükümlerine titizlikle uyulması gerektiği belirtilerek, Toros ile olan ihtilafların acilen çözüme kavuşturulması ve Bakanlığın bilgilendirilmesi talep edilmiş, aksi halde, doğacak tüm zarardan ÇEAŞ'ın sorumlu olacağı ifade edilmiştir.

Toros'un Kurumumuza yönelik 21.6.2002 tarihli yazısında; ilgili bölgede elektrik iletimi ve dağıtımı konusunda tekel olan ÇEAŞ'ın imzalanan ESA'ya aykırı davranarak elektrik satışı ve naklini engellemek suretiyle hakim durumunu kötüye kullandığı, bu bakımdan, ÇEAŞ'ın 4054 sayılı Kanun'u ihlal eden davranışlarının durdurulması talep edilmiştir.

Toros'un talebi üzerine, Mersin 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce 2002/191 D. sayılı dosyadan 21.6.2002 tarihinde yaptırılan tespitte sunulan Bilirkişi Raporu'nda; Toros Gübre A.Ş.'nin ÇEAŞ sistemine bağlandığı noktaya ters güç röleleri yerleştirilmiş olduğu hususuna yer verilmiştir.

ÇEAŞ'ın, Bakanlığın 25.6.2002 tarihli yazısına cevaben gönderdiği 1.7.2002 tarihli yazısında;

- Otoprodüktör şirketlerinin kurulmasının İmtiyaz Sözleşmesi'ndeki nimet/külfet dengesini bozduğu, İmtiyaz Sözleşmesi'nde yer alan elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti imtiyazının çıkarılan Yasa ve yönetmeliklerle tek taraflı olarak değiştirilmesinin Anayasa'ya aykırı olduğu,
- Toros'a hukuka aykırı şekilde, imtiyaz hukukuna tabi enerji üretim ve satışı izni verildiği,

- Otoprodüktör üretim tesislerinde üretilip sisteme verilen elektrik enerjisinin, planlı ve kontrollü olmadığı, bu nedenle gerilim dalgalanmalarına ve darbelere sebep olduğu,
- Elektrik naklinden bahsedebilmek için sisteme verilecek enerjinin aynı anda ve miktarda karşı tarafça çekilmesi gerektiği, aksi takdirde nakilden söz edilemeyeceği, dolayısıyla mevcut uygulamaların elektrik nakli olmadığı,
- İmtiyaz Sözleşmesi'ne göre mahsuplaşmanın mümkün olmadığı, bunun yanında mahsuplaşma işleminin vergi ziyarı ve vergi kaçırılmasına yol açtığı,
- Toros ile ÇEAŞ arasındaki ESA'nın ÇEAŞ'ın yasal hakları mahfuz tutulmak suretiyle ihtirazi kayıtlı imzalandığı, bu nedenle hür irade ile imzalanmayan bir sözleşmenin ÇEAŞ yönünden bağlayıcı olmadığı

hususları ifade edilmiştir.

Toros'un ÇEAŞ'a yönelik 5.7.2002 tarihli yazısında; muhatabın Haziran 2002 dönemi için düzenleyerek gönderdiği 30.6.2002 tarihli 465901 ve 465900 no'lu faturaların ESA'ya aykırı olduğu belirtilmiş ve bunlardaki uyumsuz farklar 30.6.2002 tarihli 59550 ve 59551 no'lu faturalarla iade edilmiştir.

Mersin 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2002/245 sayılı dosyası kapsamında 11.7.2002 günü yapılan tespit ve 17.7.2002 tarihli Bilirkişi Raporu'nda, Toros'tan ÇEAŞ'a elektrik verildiğinde, verilen enerjinin 1430 KW'ya geldiğinde sistemle bağlantısının otomatik olarak kesildiği tespit edilmiştir.

Toros'un Beşiktaş 6. Noterliği vasıtasıyla ÇEAŞ'a gönderdiği 16.7.2002 tarihli ihtarnamede; ÇEAŞ'ın imtiyazını, mevzuat ve görevlendirme sözleşmesine aykırı olarak suistimal ettiği, haksız ve keyfi davranışlar içine girdiği, öyle ki; Toros'un ürettiği elektriği gasp ettiği, ESA altında Toros'a karşı taahhütlerini yerine getirmediği, Toros'un sistemle olan bağlantısını kestiği, Bakanlık uyarılarına rağmen ESA hükümlerini açıkça ihlal etmeye devam ettiği belirtilerek, ESA'ya aykırı davranışlara son verilmesi ihtar edilmiştir.

Toros'un Bakanlığa gönderdiği 17.7.2002 tarihli yazıda ÇEAŞ'ın Toros Ceyhan Tesislerinin ulusal şebeke bağlantısını 9.7.2002 tarihinde kestiği, tesislerin kendi ürettiği enerji ile şimdilik kendini idame ettirmeye

çalıştığı, ancak kendi üretiminde olabilecek bir aksaklık halinde amonyak tanklarının patlaması tehlikesinin bulunduğu ifade edilmiştir.

ÇEAŞ, 17.7.2002 tarihli yazıları ile, Toros'a ait, İşbankası A.Ş.'den toplam 53.568.000.000 TL., Tekfenbank'tan da toplam 79.032.000.000 TL. değerindeki süresiz kesin teminat mektuplarının nakde çevrilmesini talep etmiştir.

Toros'un Bakanlık, EPDK ve Rekabet Kurumu'na yönelik 18.7.2002 tarihli yazılarında; ÇEAŞ'ın kanunsuz ve haksız olarak, kendisine verilen teminat mektuplarını nakde çevirdiği ifade edilmiş ve ÇEAŞ'ın haksız davranışlarına engel olunması talep edilmiştir.

Toros'un 16.7.2002 tarihli ihtarnamesine karşılık ÇEAŞ'ın gönderdiği 26.7.2002 tarihli cevabi ihtarnamede; mevcut ESA'nın baskı sonucu ihtirazi kayıtlı imzalanmış olduğu, bu bakımdan ÇEAŞ'ı bağlayıcı olmadığı, Toros'un tesislerinin kurulmasının ve işletme izni verilmesinin İmtiyaz Sözleşmesi'ne ve mevzuata aykırı olduğu, Toros'tan elektrik alınmayacağını önceden bildirildiği ifade edilerek, mahsuplaşma ve nakil konusunda daha önce belirttiği görüşler tekrarlanmıştır.

ÇEAŞ'ın, Adana 7. Noterliği yoluyla Toros'a gönderdiği 7.8.2002 tarihli ihtarnamede; dava ve talep hakkı mahfuz kalmak kaydıyla, Bakanlığın 24.7.2002 tarihli talimatı doğrultusunda 7.8.2002 tarihinde ters güç rölelerinin kaldırılarak Toros'un grup ortaklarına enerji nakletmesinin olanaklı hale getirildiği ve Yönetmelik hükümlerine göre kesilen elektrik enerjisinin tekrar verildiği, sözleşme gücünün %15'i üzerinden güç bedeli tahakkuk ettirildiği, ancak, daha önceki yazıları doğrultusunda ÇEAŞ'ın yasalardan ve İmtiyaz Sözleşmesinden doğan haklarının mahfuz olduğu belirtilmiştir. Aynı yazıda; ÇEAŞ'ın Toros'tan elektrik satın almayacağı, bu nedenle, Adana ve Mersin santrallerinden sisteme satmak amacı ile elektrik verilmemesi gerektiği ifade edilerek Bakanlık talimatlarına uygun olarak tanzim edilen ve yazı ekinde gönderilen "Sisteme Bağlantı ve Enerji Nakil Şartlarını Belirleyen Sözleşme"nin imzalanarak bir nüshasının ÇEAŞ'a ulaştırılması istenilmiştir.

Toros'un ihtiyati tedbir talebi üzerine, Mersin Asliye Ticaret Mahkemesi, 7.8.2002 tarihinde ve 2002/943 sayılı dosya kapsamında;

- ÇEAŞ'ın Toros'un elektrik üretmesi ve grup ortaklarına nakletmesine engel olmasının önlenmesi ve enerji naklinin kesintisiz sürmesi,

- Toros'un ulusal elektrik şebekesine bağlantısının engellenmesine yönelik ÇEAŞ tarafından konulan fiziki engellerin kaldırılması,
- Toros'un %15 teminat yatırması halinde teminat mektuplarının ÇEAŞ tarafından nakde çevrilmesinin önlenmesi

konularında ihtiyati tedbir kararı vermiştir.

ÇEAŞ'ın, Bakanlığa yönelik 12.8.2002 tarihli yazısında;

- Toros'un Adana santrali ile ilgili olarak, Ceyhan 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2002/128 sayılı dosyasında 8.8.2002 tarihinde yapılan tespit ile, Yumurtalık TM'de bulunan ters güç rölelerinin söküldüğü ve otoprodüktör tesisinde üretilen enerji naklinin olanaklı hale geldiği,
- Mersin 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2002/276 sayılı dosyasında 8.8.2002 tarihinde yaptırdığı tespit ile; Mersin Termik TM'ne Toros tarafından enerji verildiği ve daha önce sistemde bulunan 2 adet ters güç rölesinin söküldüğü

ifade edilmiştir.

Toros, Beşiktaş 6. Noterliği yoluyla ÇEAŞ'a gönderdiği 7.8.2002 tarihli ihtarnamede; ÇEAŞ'ın gecikme zammı adı altında düzenleyerek Toros tesislerine gönderdiği 29.7.2002 tarihli faturaların ESA'ya aykırı olduğunu ileri sürerek, iade etmiştir. ÇEAŞ'ın, Toros'a gönderdiği 16.8.2002 tarihli yazısında; Temmuz 2002 ayına ilişkin elektrik faturasının ödenmediği, 10 gün içinde ödeme yapılmaması halinde 26.8.2002 tarihinde ihbara gerek olmaksızın enerjinin kesileceği ve alacakların tahsili için yasal yollara başvurulacağı ifade edilmiştir.

EPDK'nın, Toros'un 18.7.2002 tarihli yazısına cevaben gönderdiği 20.8.2002 tarihli yazıda; Elektrik Piyasası Kanunu'nda tanımlanan hazırlık döneminin sona erdiği tarihten itibaren 30 gün içerisinde çıkarılacak bir yönetmeliğe göre iletim faaliyetine ilişkin usul ve esasların belirleneceği, adı geçen yönetmeliğin yürürlük tarihine kadar ÇEAŞ'la olan ihtilafların yürürlükte bulunan sözleşme hükümleri doğrultusunda çözümlenmesi gerektiği belirtilmiştir.

Toros'un Beyoğlu 34. Noterliği yoluyla ÇEAŞ'a gönderdiği 21.8.2002 tarihli yazıda; Mersin Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 7.8.2002 tarihli tedbir kararı hatırlatılarak, ÇEAŞ'ın 16.8.2002 tarihli yazısını 3 gün içerisinde geri alması ihtar edilmiştir.

ÇEAŞ'ın Adana 7. Noterliği vasıtasıyla 7.8.2002 tarihli ihtarnamesine Toros'un cevaben gönderdiği 22.8.2002 tarihli yazısında;

- ÇEAŞ'ın göndermiş olduğu, Sisteme Bağlantı ve Enerji Nakil Şartlarını Belirleyen Sözleşme Taslağının 4628 sayılı Yasa ile TEİAŞ'ın tekeline bırakılmış olan elektrik enerjisi iletimi faaliyeti ile ilgili olduğu ve TEİAŞ'ın 4628 sayılı Yasa çerçevesinde Toros ile imzalayacağı Bağlantı ve Sistem Kullanım anlaşmalarının konusunu içerdiği,
- 4628 sayılı Yasa'nın hazırlık döneminin 3.9.2002 tarihinde sona ereceği, hazırlık döneminin sona ermesinden sonra ÇEAŞ'ın imtiyaz bölgesinde elektrik iletimi yapmasının olanaklı olmadığı, bu yetkinin TEİAŞ'a verildiği, dolayısıyla ÇEAŞ'ın enerji nakli ve sisteme bağlantı anlaşması yapması yetkisi ve imkanının olmayacağı, bu bakımdan Taslağın kabulünün mümkün olmadığı,
- ÇEAŞ'ın, TEAŞ ve TEDAŞ Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Üretim Tesisi Kurma ve İşletme İzni Verilmesi Esaslarını Belirleyen Yönetmeliğin 17.10.1997 tarih ve 23143 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan değişik 4(h) maddesi ile 1.12.1998 tarih ve 23540 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan değişik 4(g) maddesinin iptali için açmış olduğu davanın reddedilmesi karşısında ESA'ya konulan ihtirazi kayıtların iptalinin zorunlu olduğu,
- Bu nedenlerden dolayı, mevcut ve 31.12.2002 tarihine kadar yürürlükte olan ESA ve eklerinin, ihtirazi kayıtlar kaldırılarak uzatılmasının makul olacağı

ifade edilmiştir.

Toros'un, Bakanlığa hitaben 22.8.2002 tarihli yazısında; ÇEAŞ'ın 31.12.2002 tarihinden itibaren ESA'yı yenilemeyeceğini bildirdiği, bu nedenle ESA'nın, cevabi yazılarında belirttiği esaslar çerçevesinde kısmen tadil edilerek uzatılması konusunda ÇEAŞ'a talimat verilmesi talep edildiği anlaşılmıştır.

Toros'un, EPDK'ya yönelik 27.8.2002 tarihli yazısında; ÇEAŞ ile aralarındaki ihtilafın gelişimi hakkında bilgi verilerek, 4628 sayılı Yasaya dayanılarak çıkarılan Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği kapsamında otoprodüktör lisansı için yapılacak başvurunun ÇEAŞ'ın mevcut ESA'yı yenilemeyeceğini bildirdiği 31.12.2002'den sonraki bir tarihte gerçekleştirileceği, belirsizlik içeren bir dönemin söz konusu olmaması

bakımından ÇEAŞ'ın fesih bildirimini geri alınması konusunda Kurulun görüş, destek ve talimatlarına ihtiyaç duyulduğu belirtilmiştir.

Toros'un 22.8.2002 tarihli ihtarnamesine karşılık ÇEAŞ'ın Adana 7. Noterliği vasıtasıyla gönderdiği 2.9.2002 tarihli cevabi ihtarnamede; İmtiyaz Sözleşmesi hükümlerine göre bölgede elektrik üretimi, dağıtımı ve ticareti yapma imtiyazının ÇEAŞ'a ait olduğu, bunun sonradan çıkarılan bir kanunla alınamayacağı, bu bakımdan Toros'un ihtarnamesinde yer alan iddiaların mesnetsiz olduğu belirtilerek, ESA'nın süresinin bitim tarihinde yürürlükten kaldırılacağı ve yenilenmeyeceği, bu bakımdan Toros'un yeni sözleşme yapıp yapmamakta serbest olduğu ihtar edilmiştir.

Toros'un Beşiktaş 6. Noterliği vasıtasıyla ÇEAŞ'a gönderdiği 3.9.2002 tarihli yazıda; ÇEAŞ'ın Haziran 2002 dönemi fark faturası altında düzenleyerek gönderdiği 23.8.2002 tarih, 473547 no.lu ve 23.8.2002 tarih, 473548 no'lu faturaların münderacatının ESA sözleşmesine aykırı olduğu belirtilmiş ve sözleşmeye uyumsuz farklar, 29.8.2002 tarihli, 59560 59561 no'lu faturalarla ÇEAŞ'a iade edilmiştir.

Toros'un, Beşiktaş 6. Noterliği marifetiyle ÇEAŞ'a gönderdiği 6.9.2002 tarihli yazısında, ÇEAŞ'ın Ceyhan ve Mersin tesislerine gönderdiği 31.8.2002 tarihli 471862 ve 480981 no'lu faturaların münderacatının gerek ESA'ya gerekse Elektrik Tarifeleri Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmeliğin 2(f) maddesine aykırı olduğu belirtilerek, 31.8.2002 tarihli 59569 59571 no'lu iade faturaları yazının ekinde ÇEAŞ'a gönderilmiştir.

Toros'un, Bakanlığa gönderdiği 10.9.2002 tarihli yazısında, ÇEAŞ'ın sisteme bedelsiz olarak verilen reaktif enerjiye bedel talep ettiği ve 720 kW/saatlik mahsuplaşma maksatlı miktarın ÇEAŞ tarafından kabul edilmeyerek yok sayıldığı ifade edilmiştir.

ÇEAŞ'ın, Toros'un 3.9.2002 tarihli yazısına cevaben gönderdiği 13.9.2002 tarihli yazısı ile, Toros'un göndermiş olduğu 29.8.2002 tarihli faturalar iade edilmiştir. Söz konusu yazıda ÇEAŞ, enerji nakli ve satışı ile güç bedelleri hakkında daha önce öne sürdüğü iddiaları yineleyerek, Toros'a gönderilmiş olan Haziran 2002 dönemine ait 23.8.2002 tarihli faturaların ödenmesini ihtar etmiştir.

Toros'un 6.9.2002 tarihli yazısına cevaben, ÇEAŞ'ın Adana 7. Noterliği yoluyla gönderdiği 19.9.2002 tarihli yazıda; muhatabın göndermiş olduğu 31.8.2002 tarihli faturaların kabul edilmeyerek iade

edileceği bildirilmiş ve Ceyhan ile Mersin tesislerinin Ağustos 2002 dönemine ait borçlarının ödenmesi ihtar edilmiştir.

Toros'un, Beşiktaş 6. Noterliği marifetiyle ÇEAŞ'a gönderdiği 10.10.2002 tarihli yazısında; ÇEAŞ'ın Eylül 2002 dönemine ilişkin olarak Ceyhan ve Mersin tesislerine gönderdiği 30.9.2002 tarihli, 480988 480985 no'lu faturaların mündericatinin gerek ESA'ya, gerekse Elektrik Tarifeleri Yönetmeliği'ne aykırı olduğu belirtilerek, 30.9.2002 tarihli 59577 ve 26568 no'lu iade faturaları yazı ekinde ÇEAŞ'a gönderilmiştir.

Toros'un 10.10.2002 tarihli yazısına cevaben, ÇEAŞ'ın Adana 7. Noterliği yoluyla gönderdiği 17.10.2002 tarihli yazıda; muhatabın göndermiş olduğu 30.9.2002 tarihli faturaların kabul edilmeyerek iade edileceği bildirilmiş ve Ceyhan ile Mersin tesislerinin Eylül 2002 dönemine ait borçlarının ödenmesi ihtar edilmiştir.

Toros'un, Beşiktaş 6. Noterliği marifetiyle ÇEAŞ'a gönderdiği 7.11.2002 tarihli yazısında; ÇEAŞ'ın Ekim 2002 dönemine ilişkin olarak Ceyhan ve Mersin tesislerine gönderdiği 31.10.2002 tarihli 480991 ve 480994 no'lu faturaların mündericatinin gerek ESA'ya gerekse Elektrik Tarifeleri Yönetmeliği'ne aykırı olduğu belirtilerek, 31.10.2002 tarihli 59584 ve 448848 no'lu iade faturaları yazı ekinde ÇEAŞ'a gönderilmiştir. ÇEAŞ ise, bu yazıya cevaben gönderdiği 18.11.2002 tarihli yazısında; Toros'un gönderdiği faturaları kabul etmediğini bildirerek, Ekim 2002 dönemine ait borçların ödenmesini ihtar etmiştir.

Toros, ÇEAŞ'a Beşiktaş 6. Noterliği yoluyla gönderdiği 4.12.2002 tarihli yazıda; ÇEAŞ'ın, Toros Ceyhan ve Mersin tesislerine gönderdiği Kasım 2002 dönemine ait 30.11.2002 tarihli 480999 ve 489756 sayılı faturaların haksız düzenlendiği ileri sürülerek, 30.11.2002 tarihli iki adet iade faturasını ÇEAŞ'a göndermiştir.

Toros'un Beşiktaş 6. Noterliği marifetiyle ÇEAŞ'a gönderdiği 9.12.2002 tarihli yazıda; ÇEAŞ'ın 7.8.2002 tarihli ihtarnamesinin ekinde yeni bir "Sisteme Bağlantı ve Enerji Nakil Şartlarını Belirleyen Sözleşme" taslağını gönderdiği ve imzalanmasını ihtar ettiği, bu ihtarnamede Toros'un ortaklarına enerji nakil hizmetleri vermeye devam edeceğini teyit ettiği, bu nedenle söz konusu yazının aynı zamanda Toros ile ÇEAŞ arasındaki sözleşmenin mevcut ESA'nın, sadece enerji satışına ilişkin hükümleri dışında bırakılarak yürütülebileceğinin teyidi mahiyetinde olduğu, bu bakımdan mevcut enerji naklini de düzenleyen ve halen yürürlükte olan ESA'nın adı da değiştirilmek ve ihtiyaç fazlası enerji

satışına ilişkin hükümleri iptal edilmek suretiyle uygulanmasının uygun ve makul olacağı ifade edilmiş, bu husustaki ÇEAŞ görüşünün en kısa zamanda bildirilmesi istenmiştir.

Toros'un, Beşiktaş 6. Noterliği marifetiyle ÇEAŞ'a gönderdiği 6.1.2003 tarihli yazısında; ÇEAŞ'ın Aralık 2002 dönemine ilişkin olarak Ceyhan ve Mersin tesislerine gönderdiği 31.12.2002 tarihli 489773 ve 489769 no'lu faturaların münderacatının gerek ESA'ya gerekse Elektrik Tarifeleri Yönetmeliği'ne aykırı olduğu belirtilerek, 31.12.2002 tarihli ve 59596 59600 no'lu iade faturaları yazının ekinde ÇEAŞ'a gönderilmiştir.

ÇEAŞ'ın, Adana 7. Noterliği vasıtasıyla Toros'a gönderdiği 7.1.2003 tarihli yazısında; 26.7.1999 tarihli ESA'nın 31.12.2002 tarihi itibarıyla fesh edildiği, Bakanlığın talimatlarına uygun olarak düzenlenen ve başka bir otoprodüktör ile de imzalanan "Sisteme Bağlantı, Enerji Nakil Şartları ve ÇEAŞ'tan Enerji Satın Alma Şartlarını Belirleyen Sözleşme"nin imzalanmak üzere 2 nüsha olarak gönderildiği, bu sözleşmenin, yazının tebliğ tarihinden itibaren 3 gün içerisinde imzalanarak ÇEAŞ'a teslim edilmemesi halinde Elektrik Tarifeleri Yönetmeliği'nin ilgili maddeleri uyarınca 23.1.2003 tarihinden itibaren Ceyhan ve Mersin otoprodüktör santrallerinin enerjilerinin kesileceği ihtar edilmiştir.

ÇEAŞ'ın, Toros'un 6.1.2003 tarihli yazısına cevaben, Adana 7. Noterliği yoluyla gönderdiği 14.1.2003 tarihli yazısında, muhatabın göndermiş olduğu 31.12.2002 tarihli iade faturalarının kabul edilmeyerek iade edileceği bildirilmiş ve Ceyhan ile Mersin tesislerinin Aralık 2002 dönemine ait borçlarının ödenmesi ihtar edilmiştir.

Toros'un, ÇEAŞ'a gönderdiği 15.1.2003 tarihli yazısında; muhatabın 7.1.2003 tarihli yazısının ekinde yer alan "Sisteme Bağlantı, Enerji Nakil Şartları ve ÇEAŞ'tan Enerji Satın Alma Şartlarını Belirleyen Sözleşmenin" genel olarak benimsendiği, ancak bazı düzeltme ve ilaveler yapıldığı belirtilerek, yazı ekinde gönderilen bu sözleşmenin 3 gün içerisinde ÇEAŞ tarafından imzalanması istenilmiştir.

ÇEAŞ'ın Toros'a yönelik 16.1.2003 tarihli yazısında, Toros'un Aralık 2002 dönemine ilişkin borcunun ödenmediğinin tespit edildiği, 10 gün içerisinde bu borcun ödenmemesi halinde Elektrik Tarifeleri Yönetmeliği'nin ilgili hükümleri gereğince enerjinin 26.1.2003 tarihinde kesileceği ihtar edilmiştir.

Toros'un 15.1.2003 tarihli yazısına cevaben ÇEAŞ'ın gönderdiği 20.1.2003 tarihli yazıda; muhatabın sözleşmede yaptığı değişikliklerin kabul edilmediği belirtilerek, ekte gönderilen sözleşmenin 2 gün içerisinde imzalanması, aksi takdirde, Yumurtalık ve Mersin santrallerinin elektriğinin kesileceği ihtar edilmiştir.

ÇEAŞ'ın Bakanlığa gönderdiği 20.1.2003 tarihli yazıda; "Sisteme Bağlantı, Enerji Nakil Şartları ve ÇEAŞ'tan Enerji Satın Alma Şartlarını Belirleyen Sözleşme"nin üç gün içerisinde imzalanmak üzere 1.7.2003 tarihinde Toros'a gönderildiği, ancak Toros'un bu sözleşmeyi imzalamak yerine Elektrik Tarifeleri Yönetmeliği'ne aykırı olarak tanzim edilmiş yeni bir sözleşmeyi 15.1.2003 tarihinde ÇEAŞ'a gönderdiği, bunun üzerine Bakanlığın istek ve talimatlarına uygun olarak hazırlanmış sözleşmenin tekrar Toros'a gönderildiği ve 2 gün içerisinde imzalanmaması halinde 23.1.2003 tarihinden itibaren enerjilerinin kesileceğinin ihtar edildiği belirtilmiştir.

ÇEAŞ'ın 16.1.2003 tarihli yazısına cevaben Toros'un gönderdiği 24.1.2003 tarihli yazıda; iki şirket arasında ESA'nın yorumlanmasında anlaşmazlık olduğu ve konunun mahkemeye intikal ettiği, Elektrik Tarifeleri Yönetmeliği'nin 52. maddesine göre bu anlaşmazlık giderilene kadar ÇEAŞ'ın elektrik vermeye zorunlu olduğu belirtilmiş, bu doğrultuda muhatabın 16.1.2003 tarihli ihtarını üç gün içerisinde geri alması ihtar edilmiştir.

Toros'un, Beşiktaş 6. Noterliği marifetiyle ÇEAŞ'a gönderdiği 27.1.2002 tarihli yazıda; muhatabın 20.1.2003 tarihli yazısı ekindeki sözleşmenin genel olarak benimsendiği, ancak bedelsiz verilecek reaktif enerjiye ceza tahakkuku ile ilgili kısımda anlaşma sağlanamadığı için sözleşmenin bu konuda talep ve dava hakkı saklı kalmak kaydıyla imzalanacağı, diğer yandan 5.3. maddede öngörülen teminat verme hükmününün 12. maddeye eklenen şartla kabul edildiği ifade edilmiştir.

Taraflar arasındaki yazışmalar neticesinde, "Sisteme Bağlantı, Enerji Nakil Şartları ve ÇEAŞ'tan Enerji Satın Alma Şartlarını Belirleyen Sözleşme" 17.3.2003 tarihinde ÇEAŞ ve Toros arasında imzalanmıştır.

I.3. İLGİLİ PAZAR

I.3.1. İlgili Ürün Pazarı

Genel anlamda, elektrik sektörü; elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımını olmak üzere üç bölümden oluşmaktadır.

Elektrik üretimi, ısı enerjisi veya sudaki potansiyel enerji gibi başka formdaki enerjinin elektriğe çevrilmesi işlemidir. Üretim teknolojilerinde gözlenen ilerlemeler sonucunda, nispi olarak küçük, fakat etkin çalışan ve firmalara elektrik arzında kontrol olanağı sağlayan üretim yöntemleri geliştirilmiştir. Böylece, daha büyük güçteki jeneratörlerin daha etkin çalıştığı fikri tamamen terk edilmemekle beraber, daha çok sayıda üreticinin piyasaya girişi mümkün hale gelmiştir. Bu çerçevede, ülkemizde özellikle otoprodüktörlerin üretime katkılarında yıllar itibarıyla bir artış gözlemlenmektedir. Otoprodüktörler, herhangi bir hizmet veya sanayi iş kolunda faaliyet gösterirken kendi hizmet ya da mamul üretimi için gerekli ısıyı, buharı veya bir başka enerjiyi üretmek zorunda olan ve bu enerjisini kendi prosesinde kullandıktan sonra atık ısı-buhar vb. enerjisini elektrik enerjisine dönüştürebilecek yapı ile donatılmış tesisleri kuran ve işleten tüzel kişileri ifade etmektedir. Herhangi bir elektrik kesintisinden büyük zarar görebilecek olan, özellikle petrol, tekstil, maden gibi alanlarda çalışan şirketler, bu şekilde kendi elektrik ihtiyaçlarını karşılamanın yanı sıra, ellerindeki üretim fazlasını satarak sisteme dahil olmaktadır.

Üretilen ve yüksek voltajlı olduğu için doğrudan kullanıma uygun olmayan enerjinin iletim hatlarıyla voltajın düşürüldüğü dağıtım merkezlerine ulaştırılması gerekmektedir. Elektrik santrallerinin birbirlerine ve trafo merkezlerine bağlantılarını sağlayan sistem, iletim sistemidir.

Üretim ve iletimin koordinasyonu, “enterkonnekte sistem” aracılığı ile sağlanmaktadır. İki ya da daha çok şebekenin bir ya da daha çok hat tarafından bağlantı ekipmanları ile birbirine bağlanmasına “enterkonneksiyon” denilmektedir.

İletim hatlarındaki çok yüksek voltajlı elektrik doğrudan kullanıma müsait olmadığından, tüketicilere ulaşmadan önce trafo merkezlerinde düşük voltaja indirilmektedir. 36 kV ve aşağı gerilim kademelerinde yer alan bu trafo merkezleri ve dağıtım şebekeleri elektrik dağıtım sistemini oluşturmaktadır.

Elektrik pazarını diğer ürün pazarlarından ayıran en önemli özellik yukarıda yer verilen nakil sistemidir. Depolanamayan ve bu nedenle üretildiği anda tüketilmesi gereken bir ürün olması nedeniyle, elektriğin nakli büyük önem arz etmektedir. Bu bakımdan iletim ve dağıtım hatlarına erişim, zorunlu bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır.

Elektrik sektörünün temel olarak üç ayrı ürün pazarını kapsadığı görülmekle beraber, rekabet hukuku bakımından doğal tekel niteliğinde

olan elektrik iletim ve dağıtım hizmetlerinin üretimden oldukça farklı özelliklere sahip olması nedeniyle, sektördeki ürün pazarları “elektrik üretim pazarı” ile iletim ve dağıtım hatları üzerinden elektrik naklini kapsayan “elektrik nakil pazarı” olarak tanımlanmıştır.

ÇEAŞ, İmtiyaz Sözleşmesi gereği 1 No’lu Görev Bölgesi’nde elektrik üretimi, iletimi, dağıtım ve ticareti ile iştigal etmektedir. Üretim seviyesinde Seyhan1-2, Kadıncık 1-2, Sır ve Berke baraj ve hidroelektrik santrallerini işleten ÇEAŞ, bölgede aynı zamanda tüm iletim hatlarının ve 66kV ile 144 kV’luk iletim trafo merkezlerinin de işleticisi konumundadır. Dosya mevcudu bilgilere göre, TEDAŞ ile ÇEAŞ arasında, mülkiyeti kamuya ait dağıtım tesislerinin işletme haklarının ÇEAŞ’a devri konusunda İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi 29.5.1998 tarihinde imzalanmıştır. Ancak 3096 sayılı Kanun’un 9. maddesinde ve İmtiyaz Sözleşmesi’nin 12. maddesinde belirlenen tarife yapısına uygun Enerji Satış Anlaşması’nın mülga TEAŞ Genel Müdürlüğü ile ÇEAŞ arasında imzalanamaması, elektrik enerjisi kayıp-kaçak oranlarının tespit edilememesi, TEDAŞ Genel Müdürlüğü’nden kiralanacak taşınmazlarla ilgili olarak taraflar arasında kira anlaşmalarının imzalanamaması nedenleriyle, dağıtım tesislerinin devir çalışmaları 7.9.1998 tarihinde, Bakanlık ile ÇEAŞ arasında imzalanan Protokol gereği durdurulmuştur. Buna karşılık ÇEAŞ, 10.6.1910 tarihli “Menafi-i Umumiyye Mütteallik İmtiyazat Hakkındaki Kanun”a dayanılarak 23.12.1953 tarihinde verilen imtiyaz kapsamında, kurulu gücü 500 kW ve üzerindeki tüketicilere enerji dağıtım ve satışı yapmaktadır. Dosya mevcudu bilgiler çerçevesinde, bölgedeki kurulu gücü 500 kW’ın üzerindeki müşterilere yönelik dağıtım tesislerinin ÇEAŞ, bu miktarın altında kalan tüketicilere yönelik dağıtım tesislerinin ise TEDAŞ tarafından işletildiği anlaşılmaktadır. Teşebbüsün beyanına göre ÇEAŞ, 154 kV’luk, 66 kV’luk, 30 kV’luk, 15 kV’luk ve 6,3 kV’luk olmak üzere toplam 3524 km uzunluğunda enerji nakil hattına sahiptir. Şikayetçi teşebbüslerin enterkonnekte sisteme bağlantı noktalarını oluşturan iletim ve dağıtım tesisleri de ÇEAŞ’ın işletme sorumluluğu altında bulunmaktadır⁷².

Bu çerçevede, şikayetçi Enerjisa ve Toros’un, elektrik piyasasının üretim seviyesinde, ÇEAŞ’ın ise elektrik üretimi, iletimi, dağıtım ve

⁷² Enerjisa’nın üretim tesisleri ÇEAŞ’ın işletmekte olduğu Zeytinli Trafo Merkezindeki (TM) 154kv’luk baraya 1575 ve 1585 no’lu enerji nakil hatları aracılığı ile bağlanmaktadır. Toros’un Adana-Yumurtalık üretim tesisi, ÇEAŞ’ın işletme sorumluluğu altında olan Yumurtalık TM’deki 30 kV’lık 3500 no’lu fider, Mersin üretim tesisi ise, yine ÇEAŞ’ın kontrolü altında bulunan Mersin TM’deki 66 kV’luk 635 ve 645 no’lu fiderler vasıtasıyla sisteme bağlanmaktadır.

ticareti konusunda faaliyet gösterdikleri dikkate alınarak, ilgili ürün pazarları, elektrik üretim pazarı ve nakil pazarı olarak belirlenmiştir.

I.3.2. İlgili Coğrafi Pazar

Elektriğin iletimi ve dağıtım pazarlarının doğal tekel yapısında olması, iletim ve dağıtım hatlarının ulusal ya da bölgesel bazda tek bir teşebbüs tarafından işletilmesini zorunlu kılmaktadır. 4.12.1984 tarih ve 3096 sayılı Kanun'a dayanılarak çıkarılan ve 16.8.1985 tarih ve 9800 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe giren "TEK Dışındaki Kuruluşların Görevlendirilecekleri Bölgeleri Gösteren Yönetmelik"te ülkemizdeki bölgesel ulaşıma ilişkin teknik zorunluluklar ile bölgelerin enerji tüketimleri dikkate alınarak, dağıtım tesislerine yönelik 33 ayrı görev bölgesi belirlenmiştir. Anılan Yönetmeliğin 2. maddesine göre, "Adana-Mersin-Hatay-Osmaniye illerinin tamamı ile Kahramanmaraş ilinin Merkez ilçesi Merkez bucağına bağlı Küçüksır ve Yeşildere köyleri ile Merkez ilçe Yeniköy bucağına bağlı Kısıklı köyü sınırlarının içinde kalan bölge" 1. Görev Bölgesi olarak tanımlanmış olup; söz konusu bölgedeki iletim ve dağıtım hizmetlerinin yürütülmesi görevi, Bakanlık ile ÇEAŞ arasında 9.3.1998 tarihinde imzalanan "Adana, Mersin, Hatay, Osmaniye İlleri Kahramanmaraş İlinin Üç Köyünde Elektrik Üretim, İletim, Dağıtım ve Ticareti Hizmetlerinin Yapılması İçin Görev Verilmesine İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi" (İmtiyaz Sözleşmesi) gereğince 2058 yılına kadar ÇEAŞ'a verilmiştir. Enerji Naklinin yapılmasını isteyen şikayetçi teşebbüslere ait tesisler bu bölge dahilinde olduğundan, ilgili coğrafi pazar, söz konusu Yönetmelik ve İmtiyaz Sözleşmesi'nde tanımlanan 1 No'lu Görev Bölgesi olarak tespit edilmiştir.

I.4. DOSYA KONUSU ŞİKAYETLERLE İLGİLİ MEVZUAT

I.4.1. 3096 Sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtım ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun

Bu Kanun ile Türkiye Elektrik Kurumu (TEK) dışındaki özel hukuk hükümlerine tabi sermaye şirketleri statüsüne sahip yerli ve yabancı şirketlerin elektrik üretimi, iletimi, dağıtım ve ticareti ile görevlendirilmeleri düzenlenmiştir.

3096 sayılı Kanun'un "Görevin Verilmesi" başlığını taşıyan 3. ve "Elektrik Üretimi Müsaadesi Verilmesi" üst başlığını taşıyan 4. maddesi aşağıda sunulmuştur:

“Madde 3- Elektrikle ilgili hizmet vermek üzere kurulmuş olan sermaye şirketlerine; Devlet Planlama Teşkilatının görüşünü havi, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının teklifi üzerine, Bakanlar Kurulu, önceden yönetmelikle belli edilmiş görev bölgelerinde, elektrik üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurulması ve işletilmesi ile ticaretinin yaptırılmasına karar verebilir.

Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, Bakanlar Kurulu Kararı ile belirlenen çerçeve içerisinde ilgili görevli şirketle sözleşme akdeder.”

Madde 4- Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, Devlet Planlama Teşkilatının olumlu görüşünü almak suretiyle sadece, elektrik üretmek amacı ile kurulacak sermaye şirketlerine, elektrik üretimi yapacak tesisi kurma ve tesisi işletme müsaadesi verebilir.

Bu tesiste üretilecek elektrik enerjisi, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığınca tespit olunacak tarifeye göre bölgelerinde Türkiye Elektrik Kurumuna veya o bölgede faaliyet gösteren görevli şirkete satılır.”

Söz konusu Kanun’un 10. maddesi ise, bu Kanunun uygulanması ile ilgili hususları düzenleyen yönetmeliğin Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığınca hazırlanacağını ve Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulacağını belirtmektedir.

3096 sayılı Kanun’un geçici 2. maddesine göre bu Kanunun yayımı tarihinde mevcut elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticaret imtiyazına sahip şirketlerin diledikleri takdirde, Kanunun yayımı tarihinden itibaren bir yıl içerisinde Bakanlığa müracaat etmek suretiyle, 3. maddede anılan görev şirketine dönüşmelerini istedikleri takdirde, adı geçen Kanunun yayımı tarihinden itibaren bir yıl içerisinde Bakanlar Kurulu kararıyla kendilerine bu Kanun esasları içerisinde 99 yıla kadar süreli bir görevlendirme hakkı verilebileceğini hükme bağlanmıştır.

I.4.2. TEAŞ ve TEDAŞ Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretim Tesisi Kurma ve İşletme İzni Verilmesi Esaslarını Belirleyen Yönetmelik (85/9799 Sayılı Yönetmelik)

3096 sayılı Kanuna dayandırılarak çıkarılan 85/9799 sayılı Yönetmelik TEAŞ ve TEDAŞ dışındaki kuruluşlara elektrik enerjisi üretim tesisi kurma ve işletme izni verilmesinin esaslarını belirlemektedir.

Söz konusu Yönetmeliğin izin verme esaslarına ilişkin 4. maddesinin (f), (g), (h) ve (j) bendlerine aşağıda yer verilmektedir:

(f) (Değişik: 6/11/1998 - 98/11982 K.) Otoprodüktörlere, tesisin bulunduğu bölgeye bağlı olarak Türkiye Üretim İletim Anonim Şirketi ve Türkiye Dağıtım Anonim Şirketi ile görevli şirketin görüşü alınmak suretiyle, Bakanlık tarafından üretim tesisi kurma ve işletme izni verilebilir.

(g) (Değişik: 6/11/1998 - 98/11982 K.) Otoprodüktör veya otoprodüktör grubu şirketi, otoprodüktör statüsünde üretim tesisi kurup işletme izni almak amacıyla Bakanlığa başvurur...

Otoprodüktör veya otoprodüktör grubu şirketlerin ürettiği ihtiyaç fazlası enerjisi TEAŞ, TEDAŞ veya görevli şirketlere satıp, satmamasına bakılmaksızın enterkonnekte sisteme bağlantısı bulunması halinde şirket, "otoprodüktör statüsünde üretim tesisi kurulması, işletilmesi ve enerji fazlasının TEAŞ, TEDAŞ ve bağlı ortaklıkları veya görevli şirketlere satışına izin verilmesine ilişkin sözleşme"yi Bakanlık ile imzalar...

Bu tür elektrik üretim tesislerinde üretilen enerji, üretildiği yerde tüketilmeyip, TEAŞ/TEDAŞ, bunların bağlı ortaklıkları, dağıtım şirketleri ve/veya görevli şirketlere ait enerji iletim ya da dağıtım hatları üzerinden nakil yapıldıktan sonra tüketilecekse, Bakanlık ile Otoprodüktör Sözleşmesi ve TEAŞ/TEDAŞ, bunların bağlı ortaklıkları, dağıtım şirketleri ve/veya görevli şirketler ile Elektrik Satış Anlaşması (ESA) yapılır...

(Değişik: 18/5/2000 - 2000/743 K.) Otoprodüktör ve/veya otoprodüktör grubu şirketler faaliyet gösterdikleri bölge içerisinde TEAŞ, TEDAŞ, bağlı ortaklıkları veya görevli şirketler ile Enerji Satış Anlaşması imzalarlar. Otoprodüktör ve/veya otoprodüktör grubu şirketler TEDAŞ, TEAŞ bağlı ortaklıklar veya görevli şirketler enerji alış-verişi konusunda enerji mahsuplaşması yaparlar. Mahsuplaşılan enerji için taraflar Bakanlıkça belirlenen otoprodüktör enerji satış fiyatı üzerinden karşılıklı olarak fatura düzenlerler...

h) (Değişik: 29/9/1997 - 97/10059 K.) Otoprodüktör ve/veya otoprodüktör grubu üretim tesisleri, ihtiyacının üzerinde üretilen elektrik enerjisinin satış fiyatı, enerji dağıtımını yapan kuruluşların ülke geneline nihai tüketiciye uyguladıkları ortalama enerji satış fiyatından fonlar ve paylar düşüldükten sonra kalan kısmın %85'ini geçmeyecek şekilde Bakanlıkça belirlenir. Şirket

ihtiyacının üzerindeki enerjisi santralin enerji bağlantısını yaptığı kuruluşa satar.

- j) (Ek: 14/7/1997-97/9670 K., Değişik : 6/11/1998 – 98/11982 K., Değişik birinci paragraf: 29/9/2000 – 2000/1307 K.) Otoprodüktör ve/veya otoprodüktör grubu şirketler ürettikleri elektrik enerjisini ortaklarına; TEAŞ, TEDAŞ ve bunların bağlı ortaklıkları ve/veya görevli şirketlerin iletim ve dağıtım tesislerinden yararlanmak üzere nakledebilirler.”

Yönetmeliğin çeşitli maddelerinde (Ek madde 2, geçici madde 1), otoprodüktör gruplarının kendi ortaklarına TEAŞ, TEDAŞ ve bağlı ortaklıkları ve/veya görevli şirketlerin iletim ve/veya dağıtım hatları yoluyla elektrik enerjisi nakletmeleri için söz konusu teşebbüslere ödeyecekleri nakil bedelleri düzenlenmektedir.

I.4.3. Elektrik Tesisleri Kabul Yönetmeliği

Amacı, kamu görevi yapan Devlet, il, belediye ve köy idareleri ile gerçek ve tüzel kişiler tarafından elektrik enerjisi üretmek, iletmek ve/veya dağıtmak üzere kurulacak tesislerinin kabul işlemlerini düzenlemek olan Elektrik Tesisleri Kabul Yönetmeliği'nin 2, 5, 6, 7, 8, 11, 12 ve 20. maddelerine aşağıda yer verilmiştir:

“Madde 2- Herhangi bir Tesisin bu Yönetmelik kapsamına girip girmeyeceği konusunda ve kabul işlemleri ile ilgili konularda bir kararsızlık veya anlaşmazlık ortaya çıkarsa, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın bu konuda vereceği karar geçerlidir...”

Madde 5- Elektrik Tesislerinin geçici ve kesin kabul işlemleri, o tesisin Bakanlıkça veya Bakanlığın yetkili kıldığı kuruluşça onaylı projesi, sözleşmesi, yürürlükteki ilgili tüzük, yönetmelik ve Türk Standartları, bu konudaki Türk standartları henüz hazırlanmamışsa, tanınan ilgili yabancı standartların yürürlükteki hükümleri ve bu Yönetmelik esaslarına göre yapılır. Onaylı Projesi bulunmayan tesislerin kabul işlemleri yapılmaz...

Madde 6- Tesisin geçici veya kesin kabule hazır olduğu, yüklenicinin veya tesisi yapan kimsenin tesis sahibi kuruluşa veya kişiye yazılı başvurusu üzerine; tesis sahibi, yüklenici veya onun bulunamaması durumunda vekilinin katılması ile tesisin durumu incelenerek kabule hazır olup olmadığı, hazır ise bu duruma en son hangi tarihte getirildiği bir tutanakla saptanır...

Tesisin kabule hazır olduğu sözleşmede yer alan işlerin tümünün sözleşme ve eklerine, onaylı projelerine, bu konuda yürürlükte bulunan tüzük, yönetmelik ve şartnamelere tamamen uygun bir şekilde yapılmış olduğu belirlenerek saptanır...

Madde 7- Tesisin kabule hazır olduğu belirlendikten sonra, durum Bakanlığa veya yetkili kuruluşa iletilerek kabulün yapılması istenir...

Kabul işlemleri Bakanlık veya yetkili kuruluşlarca görevlendirilecek kişi veya kişiler, iş yaptıran kuruluş ve enerji sağlayan kuruluş ile yüklenici veya temsilcisinden oluşan Kabul Kurulu tarafından yapılır...

Kabul Kurulunda yer alan üyelerden kabule katılmayacak olanların, katılmama nedenlerini belirterek kabul tarihinden önce Bakanlığa veya yetkili kuruluşa bildirmeleri gerekir.

Davet edildiği halde yüklenici veya vekilinin kabule katılmaması, kabulün yapılmasını engellemez...

Madde 8-...Kabul Kurulunun toplanma tarihi Bakanlıkça veya yetkili kuruluşça belirlenir. Kabul Kurulunda görev alan başkan ve üyeler belirlenen tarihte kabulü yapılacak tesisin yerinde bulunmak zorundadırlar. Bu tarihte kabul yerinde bulunamayacak olanlar, zamanında Bakanlığa veya yetkili kuruluşa yazılı olarak bilgi vermelidirler. Kabul Kurulu listesinde bulunmasına rağmen kabule katılmayan veya katılmayan eleman Kabul Kurulu listesinde çıkarılır...

Herhangi bir nedenle Kabul Kurulu belirlenen tarihten başlamak üzere iki gün içerisinde tesis yerinde toplanmazsa, Kurul başkanı durumu Bakanlığa veya yetkili kuruluşa yazı ile bildirir ve Bakanlığın veya yetkili kuruluşun bu konudaki kararına göre hareket edilir...

Madde 11- Elektrik tesislerinin geçici kabulünün yapılması, tesisatın tamamının 5. maddede yazılı onaylı proje, yürürlükte bulunan yasal uygulamalar (kanun, tüzük, yönetmelik ve benzeri), esas sözleşme ve enerji sağlayan kuruluş ile yapılmış tesis sözleşmesi ile bunların eklerine ve diğer belgelere tanı uygun şekilde yapılmış olduğunun bir tutanakla belirlenmiş olması halinde mümkündür...

Madde 12- Geçici kabulden önce kabul ön hazırlıkları sırasında tesis sahibi kuruluşun yazılı istekte bulunması durumunda ilgili

kuruluş (TEAŞ, TEDAŞ, görev şirketi, otoprodüktör grubu veya üretim şirketi ve benzeri) tesise gerilim uygulamak zorundadır.

Geçici kabul işlemi sırasında yapılan muayene ve incelemelerden sonra tesise kesinlikle gerilim uygulanmalıdır. Geçici Kabul Kurulu başkanının yazılı isteği üzerine enerji sağlayan kuruluş elektrik tesisine gerilim uygulamak zorundadır.

Madde 20- Tesisin tümünün veya kısmi kabulü yapılan bölümlerinin teknik ve idari bakımdan ticari işletmeye açılmasında sakınca görülmemesi durumunda, Kabul Kurulunun kararı Kurul başkanınca ekli form (Ek Form 3) uygun bir yazı ile mahallin en büyük mülki amirine bildirilir. Bu bildirim üzerine tesis geçici olarak ticari işletmeye açılabilir. Geçici işletme durumu, geçici kabul tutanakları onaylanıncaya kadar devam eder. Onay işlemi bir ay içinde sonuçlandırılır. Onaydan sonra tesis sürekli olarak işletilebilir...”

1.4.4. 4628 Sayılı Elektrik Piyasası Kanunu

3.3.2001 tarih ve 24335 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu (4628 sayılı Kanun) ile elektrik piyasasına yeni düzenlemeler getirilmiştir. Söz konusu Kanun ile rekabetin sağlanması amaçlanmış ve rekabet ortamında özel hukuk hükümlerine göre işleyecek bir elektrik piyasasının oluşturulması hedeflenmiştir. Bu husus Kanunun “Amaç, kapsam ve tanımlar” başlığını taşıyan 1. maddesinde aşağıdaki şekilde ifade edilmiştir:

“Bu kanunun amacı; elektriğin yeterli, kaliteli, sürekli, düşük maliyetli ve çevreyle uyumlu bir şekilde tüketicilerin kullanılmasına sunulması için, rekabet ortamında özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösterebilecek, mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir elektrik enerjisi piyasasının oluşturulması ve bu piyasada bağımsız düzenleme ve denetimin sağlanmasıdır...”

4628 sayılı Kanun ile elektrik piyasasına yeni düzenlemeler getirilmiştir. Kanun’un 1. maddesinde belirtilen rekabet ortamının sağlanması için elektrik piyasasında dikey ayrıştırma öngörülmüş ve üretim, iletim ve dağıtım hizmetleri birbirinden ayrılmıştır. Kanun’un 2. maddesinde üretim, iletim ile dağıtım faaliyetleri ayrı ayrı düzenlenerek, her bir faaliyet için ayrı lisans zorunluluğu getirilmiştir. Söz konusu Kanun’la 18-24 aylık bir hazırlık dönemi öngörülmüştür. Bu hazırlık

döneminde esas olarak Elektrik Piyasası Düzenleme Kurumu'nun⁷³ teşkilatlandırılması ve oluşturulan Kurumun ikincil mevzuat çalışmalarını gerçekleştirmesi öngörülmüştür. Kurum, 24 aylık süre içerisinde elektrik sektöründe gerekli ikincil mevzuatı hazırlayarak yürürlüğe girmesini sağlamış ve elektrik piyasası 3.3.2003 itibarıyla serbest piyasa ortamında faaliyete geçmiştir. Hazırlık döneminin sona ermesi ile piyasada faaliyet gösteren teşebbüsler lisans başvurusunda bulunmuşlar, söz konusu lisans başvurularının çoğu karara bağlanarak ilgili teşebbüslerin lisans sahibi olmaları sağlanmıştır. EPDK'nın, Toros'un 18.7.2002 tarihli yazısına cevaben gönderdiği 20.8.2002 tarihli yazısında, Elektrik Piyasası Kanunu'nda tanımlanan hazırlık döneminin sona erdiği tarihten itibaren 30 gün içerisinde çıkarılacak bir yönetmelik hükümlerine göre iletim faaliyetine ilişkin usul ve esasların belirleneceği, adı geçen yönetmeliğin yürürlük tarihine kadar ÇEAŞ'la olan ihtilafların yürürlükte bulunan sözleşme hükümleri doğrultusunda çözümlenmesi gerektiği belirtilmiştir.

Kanun'un 2. maddesinin (b) bendinde iletim faaliyetlerinin sadece TEİAŞ tarafından yürütülebileceği belirtilerek "*Kamu mülkiyetindeki tüm iletim tesislerini devralmak, kurulması öngörülen yeni iletim tesisleri için iletim yatırım planı yapmak, yeni iletim tesislerini kurmak ve işletmek, TEİAŞ'ın görevidir*" denilmektedir:

4628 sayılı Kanun'un 3(c)(1). maddesinde üretim şirketlerinin elektrik enerjisi üretimi ve satışı faaliyetleri dışında herhangi bir faaliyette bulunamayacağı ancak, üretim şirketlerinin, dağıtım şirketleri ile kontrol oluşturmaksızın iştirak ilişkisine girebileceği belirtilmiştir. Kontrol kavramı ise Kanun'un 1. maddesindeki "*Bir tüzel kişi üzerinde doğrudan veya dolaylı olarak o tüzel kişinin sermayesinin ya da ticari mal varlığının yarısından fazlasını kullanma hakkı ya da denetim kurulu, yönetim kurulu veya tüzel kişiyi temsile yetkili organların üyelerinin yarısından fazlasını atama hakkı ya da işleri idare etme hakkı*" olarak tanımlanmıştır.

Dağıtım lisansı olarak faaliyette bulunabilecek dağıtım şirketlerine ilişkin olarak Kanun'un 3(c)(3). maddesinde, "*Özel sektör dağıtım şirketleri, dağıtım ve perakende satış faaliyeti dışında, lisanslarında belirtilen bölgelerde üretim lisansı almak kaydıyla ve yıllık elektrik enerjisi üretimi bir önceki yılda bölgelerinde tüketime sunulan yıllık toplam*

⁷³ Doğal Gaz Piyasası Kanunu ile Elektrik Piyasası Düzenleme Kurumu'nun adı 'Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK)' olarak değiştirilmiş ve yetkileri arasına doğal gaz piyasası da eklenmiştir.

elektrik enerjisi miktarının yüzde yirmisinden fazla olmamak üzere üretim tesisi kurabilir. Dağıtım şirketleri sahibi olduğu veya iştirak ilişkisinde bulunduğu üretim şirketi veya şirketlerinden, bölgelerinde bir önceki yılda dağıtımını yaptıkları yıllık toplam miktarın yüzde yirmisinden fazla elektrik enerjisi satın alamaz” hükmü bulunmaktadır:

Aynı maddede, bölgelerinde mevcut sözleşmeleri kapsamında işletme hakkı devri yoluyla dağıtım hizmeti yapma hakkı elde etmiş özel sektör dağıtım şirketlerinin bu Kanunda belirlenmiş serbest rekabet koşullarını sağlayacak şekilde sözleşmelerini tadil edip yeni düzenlemelere geçmedikleri sürece, üretim lisansı alarak üretim tesisi kurma hakkından yararlanamayacağı ve üretim faaliyetiyle uğraşan tüzel kişilerle iştirak ilişkisine giremeyeceği düzenlenerek, 4628 sayılı Kanun'dan önce imzalanan sözleşmeler yoluyla görevli kılınan şirketler de Kanun kapsamına alınmıştır.

4628 sayılı Kanun ile oluşturulmak istenen serbest rekabet ortamının sağlanmasına yönelik bir hüküm de Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği'nin 9. maddesinin (c) bendinde görülmektedir. Bu maddede, EPDK'nın tüm lisanslar açısından “tüketici haklarının korunması ile rekabetin ve piyasanın gelişimine olan etki”yi göz önünde bulunduracağı öngörülmüştür.

Üretim şirketlerinin ve otoprodüktörlerin faaliyet alanlarının çerçevesi, 4628 sayılı Kanun'un “Elektrik Piyasası Faaliyetleri” başlıklı 2. maddesinde belirlenmiştir. Buna göre, üretim şirketleri lisansları uyarınca gerçek ve tüzel kişilere elektrik enerjisi ve/veya kapasite satışı yapabilmektedir. Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği'nde bu husus daha ayrıntılı olarak ele alınmış ve 17. maddenin ilk fıkrasında üretim lisansı sahibi tüzel kişilerin ürettikleri elektrik enerjisini müşterilere satabilecekleri hükme bağlanmış ve aynı Yönetmeliğin “Tanımlar ve kısaltmalar” başlıklı 4. maddesinde müşteri tanımının, “toptan satış şirketleri, perakende satış şirketleri, perakende satış lisansı sahibi dağıtım şirketlerini ve serbest tüketicileri” kapsadığı ifade edilmiştir.

Otoprodüktör tanımına 4628 sayılı Kanun'un 1. maddesinde “Esas olarak kendi elektrik enerjisi ihtiyacını karşılamak üzere elektrik üretimi ile iştigal eden tüzel kişiyi ifade eder” şeklinde yer verilmiştir.

Otoprodükterlerin faaliyet çerçevesi ise 4628 sayılı Kanun'un 2(a)(3). maddesinde belirlenmiştir:

“Bir otoprodüktör ya da otoprodüktör grubu, ürettiği elektrik enerjisinin, bir takvim yılı içinde yüzde yirmisini aşmamak kaydıyla Kurul tarafından belirlenecek orandaki miktarını rekabet ortamında satabilir... Bir takvim yılı içinde Kurulca belirlenen orandan daha fazla elektrik enerjisinin satılması halinde üretim lisansı alınması zorunludur.”

Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği'nin 33. maddesinin ilk fıkrası, otoprodüktör sahibi tüzel kişilerin üretim fazlası olması durumunda fazla enerjiyi müşterilere, bir başka deyişle toptan satış şirketlerine, perakende satış şirketlerine, perakende satış lisansı sahibi dağıtım şirketlerine ve serbest tüketicilere satabileceklerini; aynı maddenin dördüncü fıkrası da söz konusu müşterilere yapılacak satışta, enerji satış fiyatının taraflar arasında yapılacak ikili anlaşmalar kapsamında serbestçe müzakere edilerek belirlenebileceğini hükme bağlamıştır.

Söz konusu düzenlemelerle otoprodüktörlerin de enerji fazlalarını serbestçe satarak, rekabet esasına dayalı bir elektrik piyasasının gelişimine katkıda bulunmaları öngörülmüştür. Buna getirilen tek sınırlama ise, otoprodüktör grubunun ürettiği elektrik enerjisinin bir takvim yılı içerisinde yüzde yirmisini aşmamak kaydıyla Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu tarafından belirlenen bir orandaki miktarını satabileceği, bu orandan daha fazla elektrik enerjisinin satılması halinde ise üretim lisansının alınmasını zorunlu kılan hükümdür.

Otoprodüktörlerin satacağı fazla elektrik enerjisinin nakline ilişkin olarak Yönetmeliğin 35 (j) maddesinde aşağıda yer verilen hüküm bulunmaktadır:

“Müşterileri ve/veya ortaklarına yapılan elektrik enerjisi naklinde, TEİAŞ ve/veya dağıtım sistemini veya sistemlerini işleten tüzel kişilere, Elektrik Piyasası Tarifeler Yönetmeliğinde yer alan usul ve esaslara göre belirlenen iletim tarifesi ve/veya dağıtım tarifleri üzerinden ücret ödeneceği...”

4628 sayılı Kanun'un ve Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği'nin yukarıda açıklanan ilgili maddeleri uyarınca, oluşturulacak elektrik piyasasında rekabet ortamının yaratılmasının amaçlandığı, bu çerçevede dikey ayrıştırmaya yönelik olarak teşebbüslerin üretim, dağıtım ve iletim faaliyetlerinin farklı lisanslara tabi kılındığı görülmektedir.

I.5. TARAFLAR ARASINDAKİ SÖZLEŞMELER

Enerjisa'nın şikayeti ile Toros'un şikayeti arasındaki fark bulunmaktadır. Toros'un şikayeti, uygulanmakta olan sözleşme

hükümlerine ÇEAŞ'ın uymaması gerekçesine dayanmaktadır. Enerjisa'nın şikayeti ise esasen tesis edilen santralin ulusal iletim sistemine bağlantısının sağlanmasına yönelik ÇEAŞ ile imzalanması gereken Enerji Alış ve Nakil Sözleşmesi'nin ÇEAŞ tarafından zamanında yapılmaması ve geciktirilmesine yöneliktir.

Enerjisa'nın 20.1.2002 tarih ve 246 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal eden yazısında; gerçekte ÇEAŞ'a teklif edilen sözleşme taslağı ile 17.8.2002 tarihinde imzalanan sözleşme arasında özü itibarıyla bir fark bulunmadığı, bu durumun geciktirmenin keyfiliğini ve hakim durumun kötüye kullanılmasını açık bir şekilde gösterdiği ifade edilmekte; taslak ile imzalanan sözleşme arasında bir fark bulunmadığının Rekabet Kurulu'nca tespiti istenilmektedir. Bu nedenle, Toros'un şikayetinden farklı olarak, Enerjisa'nın şikayetinin değerlendirilmesi bakımından sözleşme hükümlerinin yanı sıra ilgili taslak hükümlerine ve Bakanlıkla Enerjisa arasında imzalanan "Otoprodüktör Statüsünde Üretim Tesisi Kurulması, İşletilmesi ve Enerji Fazlasının Satışına İzin Verilmesine İlişkin Sözleşme"ye de yer verilmiştir.

I.5.1. Enerjisa ile Bakanlık Arasında İmzalanan İzin Sözleşmesi ve Enerjisa ile ÇEAŞ Arasındaki İmzalanan ESA Taslakları ile Enerji Alış ve Nakline İlişkin Sözleşme

I.5.1.1. Enerjisa ile Bakanlık Arasında İmzalanan İzin Sözleşmesi

Enerjisa ile Bakanlık arasında 9.10.2000 tarihinde İzin Sözleşmesi imzalanmıştır. Söz konusu Sözleşme ile, Enerjisa'ya 120 MW'lık otoprodüktör santrali tesis etme, işletme, Enerjisa'nın ortaklarının elektrik ihtiyaçlarını karşılama, ÇEAŞ'ın iletim ve dağıtım hatlarını kullanma ve fazla enerjiyi satma yetkileri verilmiştir.

Söz konusu Sözleşme'nin "Yetki" başlıklı 4. maddesinde Enerjisa'nın yetkileri arasında; "*dağıtım şebekesine ihtiyaç gösteren Şirket Ortaklarına enerji nakli için ESA'da belirtilen belli kira karşılığında TEAŞ, TEDAŞ, bağlı ortaklık, dağıtım şirketleri veya görevli şirketlerin enerji iletim ve dağıtım hatlarının kullanılması*" ve "*ihtiyaç fazlası elektrik enerjisinin TEAŞ, TEDAŞ, bağlı ortaklık, dağıtım şirketleri ve/veya görevli şirketlere satılması*" sayılmaktadır.

Ayrıca Sözleşme'nin "İmzalanacak Diğer Sözleşmeler" başlıklı 13. maddesinde; "*Şirket (Enerjisa), ürettiği elektrik enerjisi fazlasının*

satışı için TEAŞ, TEDAŞ, bağlı ortaklık, dağıtım şirketleri ve/veya görevli şirketlerle ESA imzalayacaktır. Bu ESA aynı zamanda şirketin ürettiği elektrik enerjisinin ulusal elektrik sistemine ulaşması için gerekli enerji nakli hattı, üretilen elektrik enerjisinin dağıtım şebekesine ihtiyaç gösteren şirket ortaklarına nakledilmesinde; TEDAŞ, TEAŞ, bağlı ortaklık, dağıtım şirketleri ve/veya görevli şirketlere ait sistemlerden ne şekilde yararlanacağı ve diğer tesislerin yapılması konularını da kapsayacaktır.” denilmektedir.

Enerji fazlasının alış-verişine ilişkin 14. maddede ise “Şirket üreteceği ihtiyaç fazlası elektrik enerjisini TEAŞ, TEDAŞ, bağlı ortaklık, dağıtım şirketleri ve/veya görevli şirketlerden (şirketlere) işbu sözleşmenin esasları doğrultusunda ESA hükümlerine göre satacaktır... Şirket, ihtiyacı olan elektrik enerjisini TEAŞ, TEDAŞ, bağlı ortaklık, dağıtım şirketleri ve/veya görevli şirketlerden aşağıda belirtilen tarife esasları doğrultusunda satın alacaktır...” hükümlerine yer verilmektedir.

I.5.1.2. Enerjisa'nın ÇEAŞ'a Gönderdiği Enerji Alış ve Enerji Nakline İlişkin Sözleşme Taslağı

Enerjisa'nın Kurumumuz kayıtlarına 9.4.2002 tarih ve 1653 sayıyla giren şikayeti ekinde yer alan “Alış ve Nakil Sözleşmesi” taslağının “Sözleşmenin Konusu” başlığını taşıyan 2. maddesi aşağıda sunulmuştur:

“Bu sözleşmenin konusu,

a) Enerjisa'nın Adana'da tesis ederek işleteceği 120 MW kurulu gücündeki otoprodüktör santralinde üreteceği enerjinin, otoprodüktör ortaklarına mevcut iletim ve dağıtım hatlarının kira karşılığında kullanılması ile nakledilmesi,

b) Enerjisa'nın ihtiyacı olduğu takdirde, ÇEAŞ'tan elektrik enerjisi satın alması esaslarının belirlenmesidir...

Enerjisa Adana Santrali'nden sisteme vereceği aktif enerjinin ortaklarına yapacağı enerji naklinden arta kalanın, (TETAŞ) tarafından satın alınacağına dair sözleşme Enerjisa ile TETAŞ arasında 27.11.2001 tarihinde imzalanmıştır.”

Bu sözleşme taslağının 5. maddesinde Enerjisa'ya tahsis edilen güç (sözleşme gücü=rezerv güç) 40.000 kW olarak belirlenmiştir. Ayrıca bu maddeye göre, Enerjisa'nın ÇEAŞ'tan satın alacağı elektrik enerjisi için İzin Sözleşmesi'nin 14. maddesinde belirtilen esaslar ve Enerjisa'nın

ÇEAŞ'tan alacağı elektrik enerjisi için yürürlükteki "Çift Terimli Puant Tarife" uygulanacak, Enerjisa tarafından belirlenecek olan rezerv olacak güç miktarı esas alınarak, yürürlükteki elektrik enerjisi tarifesinde ait olduğu grubun güç bedelinin % 15'i üzerinden aylık güç bedeli ödeyecektir. Taslağın 8. maddesi ile Enerjisa'nın enerji nakli yapacağı ortakları gösterilmiş, Enerjisa'nın Bakanlık tarafından onay verilen ortaklarının otoprodüktör grubu listesine dahil edilmiş addedileceği hükme bağlanmıştır.

Taslağın "Sözleşmenin Yürürlüğe Girmesi ve Süresi" üst başlığını taşıyan 10. maddesi aşağıdaki şekildedir:

"Bu Sözleşme, taraflarca sözleşmenin imzalanması ve Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından oluşturulan Kabul Heyetinin kabul işlemlerini tamamlaması ve Enerjisa Adana Santralinin işletmeye açılmasında teknik yönden bir sakınca bulunmadığını beyan eden kabul tutanağının ÇEAŞ'a gönderildiği tarihten itibaren yürürlüğe girer.

Bu sözleşmenin süresi yürürlük tarihinden itibaren 1(bir) yıl olup, sürenin bitiminden en az bir ay önce taraflardan birisi Sözleşmenin yürürlükten kaldırılması veya değiştirilmesi için yazılı olarak başvurmazsa Sözleşme kendiliğinden aynı koşullarla bir yıl daha uzatılmış sayılır."

Enerjisa tarafından gönderilen bu taslak 26.12.2001 tarihli Bakanlık yazısı ile ÇEAŞ'a iletilmiş ve Enerjisa Santrali'nin proje onayı ve kabul işlemlerinin yapılıp, devreye alınabilmesi için imzalanması gereken Alış ve Nakil Sözleşmesi taslağının, Enerjisa ile uzlaşmaya varılarak imzalanması istenmiştir.

I.5.1.3. Enerjisa'nın ÇEAŞ'a Gönderdiği Enerji Alış ve Enerji Nakline İlişkin Sözleşme

Enerjisa ve ÇEAŞ arasında 17.8.2002 tarihinde imzalanan "Çukurova Elektrik A.Ş. ile Enerjisa Enerji Üretim A.Ş. arasında Adana Otoprodüktör Santrali ile İlgili Sisteme Bağlantı ve Enerji Nakil Şartlarını Belirleyen Sözleşme" ile taraflar arasında enerji alış veriş ve nakli konusunda anlaşma sağlanmıştır. Söz konusu sözleşmenin "Sözleşmenin Konusu" başlığını taşıyan 2. maddesiyle, Enerjisa'nın 120 MW kurulu gücündeki otoprodüktör santralının ÇEAŞ'ın kendi iletim sistemine bağlanması, Enerjisa'nın Adana'daki santralinde üretilen enerjinin ÇEAŞ'ın görev/imtiyaz bölgesinde otoprodüktör grubu firmalara

“sisteme bağlantı ve nakil işinin” öngörülen bir bedel karşılığında yapılması, ÇEAŞ bölgesindeki Enerjisa’ya ortak olan otoprodüktör grubu ortaklarının ihtiyacı olduğu takdirde ÇEAŞ’tan elektrik enerjisi satın alması kabul edilmiştir. Bu maddenin (c) bendinde Enerjisa’nın TETAŞ’a satacağı enerjinin naklinin ÇEAŞ tarafından yapılacağı ve nakil bedelinin ÇEAŞ’a ödeneceği, TETAŞ tarafından kabul edilmeyen enerji için ise Enerjisa’nın ÇEAŞ’tan bir bedel talep edemeyeceği hükmü bulunmaktadır.

Sözleşmenin 5. maddesinde ÇEAŞ tarafından nakli yapılacak enerjinin nakil fiyatının ne olacağı belirlenmiştir. Buna göre, nakil bedeli dağıtım hatlarında (35 kV’da) nakledilen enerjinin %6,5 ile çarpılması, iletim hatlarında ise (66 ve 154 kV’da) nakli yapılacak enerjinin kuş uçuşu mesafesi; 0-100 km için %3, daha sonraki her 100 km için bu orana %1,5 ilavesi ile çarpılması sonucu bulunacaktır. Bu maddeye göre 4628 sayılı Kanun gereğince EPDK tarafından yapılacak tarifeler yukarıdaki fiyatların yerini alacaktır.

Sözleşmenin “Nakli yapılacak enerji miktarı ile ilgili uygulanacak esaslar” başlığını taşıyan 6. maddesinde;

“ÇEAŞ iletim ve dağıtım hatlarına nakil için Enerjisa Adana Santrali tarafından verilecek enerji miktarı toplamı; madde 8’de belirtilen ve ÇEAŞ’ın İmtiyaz Bölgesindeki otoprodüktör grup şirketleri tarafından tüketilen/çekilen enerji miktarı/zamanı paralellik arz edecektir. Günde üç zaman diliminde (06:00-17:00; 17:00-22:00, 22:00-06:00) nakli yapılan enerji ile otoprodüktör grupları tarafından çekilen enerji aynı miktarda olacaktır. Aksi halde, nakil için fazla verilen enerji aylık hesaba katılmayacak ve herhangi bir bedel ödenmeyecektir.

Enerjisa kendine bağlı otoprodüktör grubu firmalarının; ÇEAŞ’tan çektikleri enerji miktarı kadar günde üç zaman diliminde (06:00-17:00; 17:00-22:00, 22:00-06:00) Adana tesislerinden sisteme nakil yapılmak üzere enerji vereceğini taahhüt eder...

Sisteme nakledilmek üzere verilen enerji miktarı, otoprodüktör ortaklarının tükettiği enerji miktarından az ise; ÇEAŞ bu abonelere bağlı bulunduğu abone grubundan abonelik şartlarına göre fatura tanzim edecektir.”

hükümlerine yer verilmiştir.

Sözleşmenin "Sözleşmenin Yürürlüğe Girmesi ve Süresi" başlığını taşıyan 10. maddesi aşağıdaki şekildedir:

"Bu sözleşme taraflarca sözleşmenin imzalanması ve ETKB tarafından oluşturulan Kabul Heyetinin kabul işlemlerini tamamlaması ve Enerjisa Adana Santralinin işletmeye açılmasında teknik yönden bir sakınca bulunmadığını beyan eden Kabul Tutanağının ÇEAŞ'a gönderildiği tarihten itibaren yürürlüğe girer.

Bu Sözleşmenin yürürlük süresi yürürlük tarihinden itibaren 1 (bir) yıldır. Taraflardan yürürlük tarihinin sona ermesinden 90 gün önce Sözleşmenin değiştirilmesi konusunda bir istek gelmediği takdirde Sözleşme süresi bir yıl uzatılmış kabul edilir.

Sözleşme süresi tamamlanmadan 90 gün önce Taraflardan değişiklik yapılması konusunda istek geldiği takdirde değişiklik konusunda mutabakat sağlanması halinde Sözleşme yeni şekliyle bir yıl uzatılır. 3096 ve 4628 sayılı yasalar ve bunlara dayanılarak çıkarılan ve çıkarılacak olan yönetmeliklerle düzenlenen hususların dışındaki nedenlerle mutabakat sağlanamaması halinde Sözleşme sona erer."

Taraflar, Sözleşmenin 13. maddesi ile doğabilecek anlaşmazlıkların çözüm mercii olarak Adana Mahkemeleri ve İcra Dairelerini göstermiştir.

1.5.2. Toros ile ÇEAŞ Arasındaki Enerji Satın Alma ve Nakil Sözleşmeleri (ESA)

1.5.2.1. Adana-Yumurtalık İlçesi Toros Gübre Tesislerindeki Otoprodüktör için Yapılan ESA ve Ek Sözleşmeler

26.7.1999 tarihinde Toros ile ÇEAŞ arasında imzalanan bu sözleşme ile Toros'un Adana ili, Yumurtalık ilçesinde Toros Gübre tesislerinde kurulmuş olan 4,7 MW kurulu gücündeki otoprodüktör tesisinin ihtiyacı üzerinde ürettiği elektrik enerjisinin satılması ve bu tesislerin ihtiyacı olduğu takdirde ÇEAŞ'tan elektrik enerjisi satın alınması konuları düzenlenmiştir. Sözleşmenin 2. maddesinde; Toros'un otoprodüktör tesislerinde üreteceği ihtiyaç fazlası enerjiyi Bakanlık ile Toros arasında 5.11.1998 tarihinde imzalanan İzin Sözleşmesi uyarınca ÇEAŞ'a satacağı, Toros'un otoprodüktör grubu ortaklarına naklinin ise mevcut iletim ve dağıtım hatlarının kira karşılığında kullanılması ile mümkün olacağı belirtilmiştir.

Toros'un ÇEAŞ'a satacağı fazla enerji konusu, bu sözleşmenin 7. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, ÇEAŞ sadece satın aldığı aktif enerjiye ödeme yapacak ve Toros tarafından verilen reaktif enerjiye hiçbir ödemede bulunmayacaktır. Ayrıca Toros ÇEAŞ'tan güç tahsis bedeli talep etmeyecektir. Bu anlaşmada ÇEAŞ tarafından tahsis edilen güç (sözleşme gücü) 3.840 kW olarak belirlenmiştir (madde 8.2.a). Toros'un ÇEAŞ'tan alacağı elektrik enerjisi için Bakanlık ile Toros arasında yapılan İzin Sözleşmesi'nin 13. maddesinde belirtilen enerji alış-veriş ve tarife esasları uygulanacaktır. Toros'un ÇEAŞ'tan alacağı elektrik enerjisi için yürürlükteki çift terimli tarife uygulanacaktır.

Sözleşmenin 8(2)(b)(2) maddesine göre, Toros otoprodüktör grubu genel olarak grup ortaklarına enerji verecek ve sadece arıza, bakım vb. gibi durumlarda ÇEAŞ'tan enerji alacaktır. Toros'un kendisi tarafından belirlenecek rezerv güç miktarı esas alınarak, yürürlükteki enerji tarifesinde ait olduğu grubun güç bedelinin %15'i üzerinden aylık güç bedeli ödeyeceği kararlaştırılmıştır. Yine aynı maddede, Toros'un, ÇEAŞ'dan alacağı enerjinin her bir kW/saati için yürürlükteki enerji tarifesinde ait oldukları grubun çift terimli aktif enerji fiyatı üzerinden ödeme yapacağı belirtilmiştir.

Bu sözleşmenin "Alış-Satış" tarifesi başlığını taşıyan 14. maddesiyle Toros'un üretim tesislerinde ihtiyacının üzerinde ürettiği ve ÇEAŞ'a satacağı beher kW/saat aktif enerjinin fiyatının, 17.4.1996 tarih ve 22614 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 96/8007 sayılı Yönetmeliğin 3. maddesinin (h) bendine göre Bakanlığın otoprodüktörler için her tarife döneminde belirlemiş olduğu fiyat tarifesinden olacağı ve bu tarife fiyatının hiçbir zaman ÇEAŞ-TEAŞ alış- satış fiyatından fazla olamayacağı, fazla olması halinde, ÇEAŞ-TEAŞ alış- satış fiyatının uygulanacağı kararlaştırılmıştır. Aynı maddeye göre, Toros'un ÇEAŞ'tan alacağı elektrik enerjisi için Bakanlık ile Toros arasında imzalanan İzin Sözleşmesi'nin 13. maddesindeki tarife esaslarının uygulanacağı belirtilmiştir.

Toros'un üreteceği fazla enerjinin nakli konusunda ise sözleşmenin 17. maddesinde hükümler bulunmaktadır. Bu madde uyarınca, Toros'un, otoprodüktör grubu içinde yer alan kuruluşlara enerji nakli, 96/8007 sayılı Yönetmelik dikkate alınarak hazırlanmış olan "Enerji Nakli ile İlgili Uygulama Esasları Protokolü"ne uygun olarak yapılacağı kararlaştırılmıştır. Söz konusu maddeye göre, ÇEAŞ aboneli olan Toros Gübre ve Kimya Endüstrisi A.Ş. ile Toros Adana Yumurtalık Serbest

Bölgesi Kurucu ve İşleticisi A.Ş.'ye (TAYSEB) enerji nakledileceği kabul edilmiştir.

Sözleşmenin 17.3. maddesinde; enerji nakledilen kuruluşların tek terimli tarifeden enerji almalarının esas olduğu, Elektrik Tarifeleri Yönetmeliği gereği çift terimli tarifeden enerji almaları zorunlu olan kuruluşlara enerji naklinin yapılamayacağı, bu nedenle Toros Gübre ve Kimya Endüstrisi A.Ş.'nin, sözleşmenin yürürlüğe gireceği tarihe kadar, çift terimli tarifeden, tek terimli tarifeye geçmek üzere, ÇEAŞ ile ESA'nın yenilemesi gerekeceği belirtilmiştir.

Sözleşmenin 19. maddesinde; sözleşmenin 31.12.1999 tarihine kadar geçerli olacağı, sürenin bitiminden en az bir ay önce taraflardan birisinin sözleşmenin kaldırılması için yazılı olarak başvurmaması durumunda, sözleşmenin kendiliğinden aynı koşullarla ve bir yıl için uzatılmış sayılacağı, başvurusu halinde ise sözleşmenin, geçerlilik süresinin bitiminde yürürlükten kaldırılacağı ve Toros'un elektriğinin kesileceği belirtilmiştir. Taraflar sözleşmenin yürürlükten kaldırılması konusunda ise, 21. maddedeki şekilde anlaşmışlardır: "*Taraflardan biri bu sözleşmenin hükümlerine uymazsa, diğer taraf 15 gün önceden yazılı olarak sözleşmenin yürürlükten kaldırılacağı hususunda bilgi verir ve sözleşmenin yürürlükten kaldırılması için ileri sürülen nedenler bu süre içinde ortadan kaldırılmazsa, elektrik alış verişine son verilir*". Sözleşme tarafları bu sözleşmeden doğabilecek anlaşmazlıkların giderilmesinde yetkili mercii olarak, 22. maddede Adana Mahkemeleri ve İcra Dairelerini belirlemişlerdir.

Toros ve ÇEAŞ arasında imzalanan bu sözleşmeye ek olarak 13.9.1999 tarihinde Bakanlığın talimatı doğrultusunda "Ek Sözleşme" yapılmıştır. Bu sözleşme ÇEAŞ tarafından enerji mahsuplaşması ve uygulanacak enerji alış-veriş fiyatına ilişkin hükümler talep ve dava hakkı saklı kalmak kaydıyla ihtirazi kayıt ile imzalanmıştır. Sözleşmenin 14. maddesiyle Toros ve ÇEAŞ arasında gerçekleşecek enerji alış-veriş konusunda mahsuplaşmada bulunacakları ve bunun enerji bazında kW/saat olarak yapılacağı kabul edilmiştir (m.14). Toros'un ürettiği ihtiyaç fazlası ve ÇEAŞ'a satacağı beher kW/saat aktif enerjinin fiyatı, 96/8007 sayılı Yönetmeliğin 3. maddesinin (h) bendine göre Bakanlığın otoprodüktör için her tarife döneminde belirtilmiş olduğu fiyat tarifesinden olacaktır. Sözleşmenin 26. maddesinde "Ek Sözleşme"de yer alan enerji mahsuplaşması, enerji alınması ve uygulanacak enerji alış-veriş birim fiyatına ilişkin hükümlerin, Bakanlık talimatı sebebiyle, talep ve dava

hakkı saklı kalmak kaydıyla ihtirazi kayıtla ÇEAŞ tarafından imzalanmış olduğu hükmü yer almıştır.

Toros tarafından nakil yapılan otoprodüktör grubu ortaklarından TAYSEB'in kurmuş bulunduğu ilave tesisten kendi bünyesindeki sanayi kuruluşuna enerji satmak istemesi üzerine, Toros ve ÇEAŞ arasındaki ESA anlaşmasının enerji nakline yönelik 17.2. maddesinin revize edilmesi ile ilgili olarak taraflar arasında 15.12.1999 yılında "İkinci Ek Sözleşme" imzalanmıştır. İkinci ek sözleşme ile Toros'un otoprodüktör grubu şirketlerine enerji nakli konusunda ilk sözleşmedeki 17.2. maddesi revize edilmiştir. 1.6.2001 tarihinde TAYSEB'in besleme yeri değişikliği nedeniyle enerji nakli konusundaki 17.4. maddeyi revize eden üçüncü bir ek sözleşme yapılmıştır.

I.5.2.2. Akdeniz Gübre Tesislerinde Kurulu Otoprodüktör İçin Yapılan ESA

Bu sözleşme 26.7.1999 tarihinde İçel ilinde Akdeniz Gübre Sanayi tesislerinde bulunan 4,7 kW/saat kurulu gücündeki otoprodüktör tesisinin ihtiyacının üzerinde ürettiği elektrik enerjisinin, bölgedeki görevli şirket olan ÇEAŞ'a satılması ve tesislerin ihtiyacı olduğu takdirde, ÇEAŞ'tan enerji satın alınması konuları düzenlenmiştir. Bu sözleşme, Bakanlık ile Toros A.Ş. arasında 5.11.1998 tarihinde imzalanan sözleşmenin gereği olarak imzalanmıştır.

Taraflar sözleşme ile, Toros'un ürettiği ihtiyaç fazlası elektrik enerjisini ÇEAŞ'a satacağı, Toros'un otoprodüktör grubu ortaklarına nakil yapmasının ise ÇEAŞ'a ait olan mevcut iletim ve dağıtım hatlarının kira karşılığında kullanılması ile mümkün olacağı konusunda anlaşmışlardır.

Sözleşmenin 7. maddesinde, ÇEAŞ'ın sadece satın aldığı aktif enerjiye ödeme yapacağı, Toros tarafından satılan reaktif enerjiye hiçbir bedel ödenmeyeceği ve Toros'un güç tahsisi bedeli talep edemeyeceği hükümleri bulunmaktadır.

Bu sözleşmenin (8)(2)(a) maddesinde Toros'a tahsis edilecek güç (sözleşme gücü=rezerv güç) 4,7 kW/saat olarak belirlenmiştir. Sözleşmenin "Enerji Nakli ve Uygulama Esasları" başlığını taşıyan 17. maddesinde, Toros'un bu sözleşme kapsamında, TST Teknik Servis ve Ticaret A.Ş.'ye enerji nakledeceği kararlaştırılmıştır. Enerji nakledilen kuruluşların tek terimli tarifeden enerji alması esas olduğu için en geç bu sözleşmenin yürürlüğe gireceği tarihe kadar TST Teknik Servis ve Ticaret A.Ş.'nin, tek terimli tarifeye geçmek üzere ÇEAŞ'a başvurması ve

ÇEAŞ'la olan ESA'nın yenilemesi konusunda taraflar anlaşmaya varmışlardır.

“Sözleşmenin Yürürlükten Kaldırılması” başlığını taşıyan sözleşmenin 20. maddesine göre, taraflardan birinin bu sözleşmenin hükümlerine uymaması durumunda, diğer tarafın 15 gün önceden yazılı olarak sözleşmenin yürürlükten kaldırılacağı hususunda bilgi vereceği ve sözleşmenin yürürlükten kaldırılması için ileri sürülen nedenler bu süre içinde ortadan kaldırılmazsa, elektrik alış-verişine son verileceği hükmü bulunmaktadır.

Ayrıca sözleşme, yukarıda yer verilen “Toros Adana-Yumurtalık Toros Gübre Tesisleri ESA Anlaşması”yla aynı hükümleri içermektedir. İkinci sözleşmede de, sözleşmenin 31.12.1999 tarihine kadar geçerli olduğu belirtilmiş ve sözleşme süresinin kendiliğinden uzamasıyla ilgili yukarıda yer verilen düzenleme kabul edilmiştir.

Bakanlığın talimatları nedeniyle, bu sözleşmeye ek olarak yapılan 13.9.1999 tarihli “ek sözleşme”yle, taraflar arasındaki ESA'nın alış-satış tarifesini düzenleyen 14. maddesi revize edilmiş ve Toros ile ÇEAŞ'ın enerji alış-verişi konusunda mahsuplaşma yapacakları ve bu mahsuplaşmanın enerji bazında, kW/saat olarak yapılacağı, Toros'un ÇEAŞ'a satacağı beher kW/saat aktif enerjinin fiyatının 96/8007 sayılı Yönetmeliğin 3. maddesinin (h) bendine göre Bakanlığın otoprodüktörler için her tarife döneminde belirleyeceği fiyat tarifesi üzerinden olacağı kararlaştırılmıştır. Toros'un ÇEAŞ'tan satın alacağı elektrik enerjisi için Bakanlık ile Toros arasında yapılan İzin Sözleşmesi'nin 13. maddesindeki tarife esaslarının uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bu sözleşmede yer alan, enerji alınması ve uygulanacak enerji alış-veriş birim fiyatına ilişkin hükümleri ÇEAŞ, Bakanlık talimatı ile talep ve dava hakkı saklı kalmak kaydıyla ihtirazi kayıtla imzalamıştır.

Toros, 4,7 MW kurulu gücündeki otoprodüktör santrali için 9.10.2000 tarihinde imzalanmış olan ESA anlaşmasının 12,1 MW kurulu güç (4,736+7,4=12,136 MW) için revize edilmesi talebinde bulunmuş ve Bakanlık oluru ile sözleşme revize edilmiştir. Bakanlığın talimatı doğrultusunda, 18.4.2001 tarihinde ikinci ek sözleşme taraflar arasında imzalanmış ve bu sözleşmeyle taraflar arasında ilk sözleşmede belirlenmiş olan tahsis edilen güç (sözleşme gücü=rezerv güç) 5000 kW/saat' e çıkarılmıştır. Bu sözleşmeyi de ÇEAŞ, Toros'un kurulu güç artışına ve buna bağlı olarak yapılan rezerv güç artışına karşı sahip olduğu talep ve dava hakları saklı kalmak kaydıyla, ihtirazi kayıtla

imzalamıştır. İkinci ek sözleşmenin 31.12.2001 tarihine kadar geçerli olduğu hükme bağlanmıştır.

Toros otoprodüktör grubunun ortakları olan, Toros Gübre A.Ş. (8.11.1999 tarihli), TST Teknik Servis ve Ticaret A.Ş. (23.11.1999 tarihli) ve TAYSEB (4.10.1991 tarihli) ile ÇEAŞ arasında elektrik satışına ilişkin sözleşmeler bulunmaktadır.

Taraflar arasında yukarıda ayrıntılı olarak açıklanan sözleşmeler çerçevesinde enerji alış-verişi ve enerji nakli devam etmekteyken, ÇEAŞ tarafından yapılan Adana 7. Noterliği'nin 11.6.2002 tarih, 11115 ve 11116 no'lu ihtarnameler ile taraflar arasındaki ESA'nın 31.12.2002 tarihinden itibaren yenilenmeyeceği belirtilerek, feshi ihbarda bulunulmuştur. Toros ise bu ihtarnamelere cevap olarak gönderdiği Beşiktaş 6. Noterliği'nin 20.8.2002 tarih ve 40460 sayılı yazısı ile ÇEAŞ'ın görevli şirket olması nedeniyle Bakanlık oluru olmadan sözleşmeleri feshedemeyeceğini ve aynı şartlarla sözleşmelerin uzatılması gerektiğini belirtmiştir.

ÇEAŞ tarafından Adana 7. Noterliği'nin 7.8.2002 tarih ve 15398 no'lu ihtarname ekinde, yeni bir "Sisteme Bağlantı ve Enerji Nakil Esaslarını Belirleyen Sözleşme" taslağı gönderilmiş ve imzalanması ihtar edilmiştir. Bu ihtarname ile, ÇEAŞ'ın Bakanlığın 29.7.2002 tarihinde kendilerine tebliğ edilen talimatı doğrultusunda 7.8.2002 tarihinde ters güç rölelerinin kaldırıldığı ve Toros'un otoprodüktör ortaklarına enerji iletilip/nakletmesinin mümkün hale geldiği, kesilen enerjinin tekrar verildiği ve bundan böyle Toros'a sözleşme gücünün %15'i üzerinden güç bedeli faturası çıkarılacağı bildirilmiştir.

Bu sözleşme taslağına cevaben, Toros tarafından Beşiktaş 6. Noterliği'nin 10.11.2002 tarih ve 57309 no'lu yazısı ile tarafların aralarında yer alan mevcut ESA'nın, enerji satışına ilişkin hükümlerinin dışarıda bırakılarak yürütülmesinin sağlanabileceği bildirilmiş ve ÇEAŞ'ın gönderdiği sözleşme taslağına ilişkin değişiklik önerileri ile birlikte yeni taslak ÇEAŞ'a gönderilmiştir.

Buna cevaben ÇEAŞ, Adana 7. Noterliği'nin 7.1.2003 tarih ve 307 sayılı ihtarnamesini Toros'a göndererek, aralarındaki ESA sözleşmesinin 31.12.2002 tarihi itibarıyla feshedildiğini, 17.8.2002 tarihinde başka bir otoprodüktör şirketi (Enerjisa) ile Bakanlık talimatlarına uygun "Sisteme Bağlantı ve Enerji Nakil Şartlarını Belirleyen Sözleşmeyi" imzaladıklarını bildirerek, ihtarname ekinde gönderdiği

“Sisteme Bağlantı, Enerji Nakil Şartları ve Çeş’tan Enerji Satın Alma Şartlarını Belirleyen Sözleşme”nin 3 gün içinde imzalanmasını aksi takdirde, 23.1.2003 tarihinden itibaren “Elektrik Tarifeleri Yönetmeliği” uyarınca Toros’un Yumurtalık ve Mersin otoprodüktör santrallerinin elektriğinin kesileceğini belirtmiştir.

Toros bu ihtarnameye Beşiktaş 6. Noterliği’nin 15.1.2003 tarih ve 2867 no’lu yazısı ile cevap vermiş ve genel olarak ÇEAŞ tarafından gönderilen sözleşme taslağını benimsediklerini ancak, bazı düzeltmeler ve eklemeler yaptıklarını belirterek imzalanmak üzere ÇEAŞ’a göndermişlerdir.

Toros tarafından gönderilen bu yazıya ÇEAŞ, Adana 7. Noterliği’nin 20.1.2003 tarihli ve 1039 sayılı ihtarnamesi ile cevap vermiştir. Bu ihtarnamede Toros’un değişiklik önerileri ve eklemelerine ilişkin olarak; sözleşme başlığına, ölçü düzeneklerine, reaktif (endüktif, kapasitif) enerjiye ve depozito bedellerine yönelik açıklamalar yer almaktadır.

Toros, Beşiktaş 6. Noterliği’nin 28.1.2003 tarih ve 5430 sayılı yazısı ile ÇEAŞ’ın göndermiş olduğu “Sisteme bağlantı, Enerji Nakil Şartları ve ÇEAŞ’tan Enerji Satın Alma Şartlarını Belirleyen Sözleşmeyi” genel olarak kabul ettiğini ancak tesislerde enerji kabloları nedeniyle üretilecek reaktif enerjiye ÇEAŞ tarafından ceza tahakkuk ettirilmesi konusunda anlaşma sağlanamadığını ve bu yüzden söz konusu sözleşmeyi bu konudaki talep ve dava hakkı saklı kalmak kaydıyla ihtirazi olarak imzalayacağını bildirmiştir.

Taraflar arasındaki yazışmalar neticesinde, “Sisteme Bağlantı, Enerji Nakil Şartları ve ÇEAŞ’tan Enerji Satın Alma Şartlarını Belirleyen” yeni bir sözleşme 17.3.2003 tarihinde ÇEAŞ ve Toros arasında imzalanmıştır.

I.5.2.3. 17.3.2003 Tarihli Sisteme Bağlantı, Enerji Nakil Şartları ve ÇEAŞ’tan Enerji Satın Alma Şartlarını Belirleyen Son Sözleşme

Taraflar arasında yapılan müzakerelerin sonucunda 17.3.2003 tarihinde “Sisteme Bağlantı, Enerji Nakil Şartlarını ve ÇEAŞ’tan Enerji Satın Alma Şartlarını Belirleyen Sözleşme” imzalanmıştır. Bu sözleşmeyle, Toros’un Yumurtalık-Adana ve Mersin’deki 4,7 MW ve 12,1 (4,7 +12,1) MW kurulu gücündeki otoprodüktör santrallerinin sisteme

bağlantısı, ortaklara enerji nakli ve ÇEAŞ'tan gerektiğinde enerji satın alma işinin yapılması kararlaştırılmıştır.

Sözleşmenin 2(d) maddesinde Toros'un otoprodüktör grubu ortakları dışında hiç bir şekilde, hiç bir kimseye veya kuruluşa doğrudan veya dolaylı olarak elektrik enerjisi nakledeyeceği belirtilmiştir.

ÇEAŞ tarafından Toros Yumurtalık tesisine tahsis edilen güç (sözleşme gücü=rezerv güç) 3840 KW, Mersin tesisine tahsis edilen güç (sözleşme gücü=rezerv güç) 5000 KW olarak sözleşmenin 5(2)(a) maddesinde belirlenmiştir. Sözleşmeye göre, Toros'un ÇEAŞ'tan alacağı elektrik enerjisi için yürürlükteki çift terimli tarife uygulanacaktır (madde 5.2.b.1.). Toros, kendisi tarafından belirlenecek ve rezerv olacak güç miktarı esas alınarak, yürürlükteki enerji tarifesinde ait olduğu grubun güç bedelinin %15'i üzerinden aylık güç bedeli ödeyecektir (madde 5(2)(b)(2)).

Sözleşmenin, nakil yapılacak enerji ile ilgili hususlarının düzenlendiği 6. maddesi aşağıdaki şekildedir:

“ÇEAŞ iletim ve dağıtım hatlarına nakil için Toros Yumurtalık ve Mersin otoprodüktör üretim tesisleri tarafından verilecek enerji miktarı, madde 8'de belirtilen ve ÇEAŞ'ın imtiyaz bölgesindeki otoprodüktör grubu ortakları tarafından çekilecek enerji miktarından fazla olamaz.

Toros'un, ÇEAŞ sistemine verdiği enerji, madde 6.1.'de belirtilen otoprodüktör grubu ortaklarının kullanımından fazla olur ise, Toros ÇEAŞ'tan herhangi bir enerji bedeli talebinde bulunamaz.

Herhalükarda otoprodüktör üretim tesislerinden sisteme nakil için verilen enerji miktar/zamanı ile işbu sözleşmenin 8. maddesinde belirtilen otoprodüktör grubu ortakları tarafından tüketilen/çekilen enerji miktar/zamanı paralellik arz edecektir. Günde üç zaman diliminde (06:00-17:00, 17:00-22:00 ve 22:00-06:00) nakil yapılan enerji ile otoprodüktör grubu ortakları tarafından çekilen enerji aynı miktarda olacaktır. Aksi halde, nakil için fazla verilen enerji aylık hesaba katılmayacak ve herhangi bir bedel ödenmeyecektir.

Toros kendine bağlı otoprodüktör grubu ortaklarının; ÇEAŞ'tan çektikleri enerji miktarı kadar, günde üç zaman diliminde (06:00-17:00, 17:00-22:00 ve 22:00-06:00) Yumurtalık ve Mersin tesislerinden sisteme nakil yapılmak üzere enerji vereceğini taahhüt eder.

Sisteme nakledilmek üzere verilen enerji miktarı, otoprodüktör grubu ortaklarının tükettiği enerji miktarından az ise; ÇEAŞ bu abonelere bağlı bulunduğu abone grubundan abonelik şartlarına göre fatura tanzim edecektir.”

Sözleşmenin 10. maddesinde, sözleşme süresinin yürürlük tarihinden itibaren bir yıl olduğu ve sürenin bitiminden en az bir ay önce taraflarca, sözleşmenin değiştirilmesi konusunda istek gelmediği takdirde, sözleşme süresinin bir yıl uzatılmış kabul edileceği belirtilmiştir. Aynı maddeye göre, sözleşme süresi tamamlanmadan bir ay önce taraflardan değişiklik yapılması konusunda istek geldiği takdirde, değişiklik konusunda mutabakat sağlanması halinde, sözleşmenin yeni şekliyle bir yıl uzatılacağı, 3096 ve 4628 sayılı Kanunlar ve bunlara dayanılarak çıkarılan ve çıkarılacak olan yönetmeliklerle düzenlenen hususların dışındaki nedenlerle mutabakat sağlanamaması halinde sözleşmenin sona ereceği kabul edilmiştir.

ÇEAŞ bu sözleşmeyi de otoprodüktör tesislerinin kurulması konusunda görev verilmesine ilişkin İmtiyaz Sözleşmesinden doğan tüm talep ve dava haklarını saklı tutarak imzalamıştır. Toros ise iki konuda ihtirazi kayıtla sözleşmeyi imzalamıştır. Toros'un ilk ihtirazi kaydı reaktif enerji konusundadır. İkincisi ise Toros tarafından sözleşmenin 5.3. maddesinde öngörülen depozito bedellerine ilişkindir. Buna göre, Toros sözleşmenin 5.3. maddesinde öngörülen depozito bedelleri karşılığı teminat vermeyi, sözleşmenin yürürlüğe girmesinden sonra bu sözleşmeden doğabilecek borç ve yükümlülüklerin teminatı olmak ve ÇEAŞ'ın daha önceki tarihlerle ilgili taleplerinin kabulü anlamına gelmemek kayıt ve şartı ile kabul ettiğini, bu sözleşme gereği verilen teminatların önceki talepler nedeniyle paraya çevrilemeyeceğini belirtmiştir.

I.6. İLGİLİ MEVZUAT VE OLAYLARIN GELİŞİMİ ÇERÇEVESİNDE YAPILAN HUKUKİ DEĞERLENDİRME

I.6.1. Otoprodüktör Tesisinin Kurulmasına ve İşletilmesine İlişkin Değerlendirme

Enerjisa'nın otoprodüktör tesisleri, 3096 sayılı Kanun ve bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan yönetmelik hükümlerine göre kurulmuştur. Bir otoprodüktör tesisinin üretime geçebilmesi ve enterkonnekte sisteme bağlantısının yapılabilmesi için, iletim ve dağıtım hatlarını işleten görevli şirketle ESA imzalaması gerekmektedir. ÇEAŞ ile Enerjisa arasındaki uyumsuzluğun temelinde, Enerjisa'nın sözleşme talebinin uzunca bir süre

ÇEAŞ tarafından reddedilmesi yatmaktadır. Bu süre içerisinde Enerjisa tesisleri faaliyete geçememiştir.

3096 sayılı Kanun'da TEK dışındaki özel hukuk hükümlerine tabi yerli ve yabancı şirketlerin elektrik üretimi, iletimi, dağıtım ve ticareti konularında faaliyetlerine yönelik düzenlemeler yer almaktadır. Bu Kanun'un geçici 2. maddesinde, Kanun'un yayımı tarihinde mevcut elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticaret imtiyazına sahip şirketlerin diledikleri takdirde, Kanun'un yayımından itibaren bir yıl içinde Bakanlar Kurulu kararıyla kendilerine 99 yıla kadar süreli bir görevlendirme hakkı verilebileceği hükmüne bağlanmış, bu çerçevede 9.3.1998 tarihinde ÇEAŞ ile Bakanlık arasında "Görev Verilmesine İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi" ve 29.5.1998 tarihinde de "İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi" imzalanmıştır. Anılan bu sözleşmeler ile, ÇEAŞ 3096 sayılı Kanunun 3. maddesi anlamında bir görevli şirkete dönüşmüştür.

Söz konusu Kanun maddesine göre, DPT görüşünü içeren Bakanlık teklifi üzerine Bakanlar Kurulu, önceden yönetmelikle belirlenmiş görev bölgelerinde elektrik üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurulması ve ticaretinin yaptırılması için karar alabilmekte ve bu çerçevede Bakanlık ile görevli şirket arasında sözleşme imzalanmaktadır. Aynı Kanun'un 4. maddesinde, DPT görüşü alınmak suretiyle Bakanlığın sadece, elektrik üretimi yapmak üzere kurulacak şirketlere üretim yapacak tesisleri kurma ve tesisi işletme müsaadesi verilebileceği hükmüne bağlanmıştır.

Yukarıdaki hükümlerden, 3096 sayılı Kanun'un 3. maddesi anlamında görevli şirket olan ÇEAŞ'ın görev bölgesinde, Bakanlığın, aynı Kanunun 4. maddesi uyarınca üretim şirketlerine elektrik üretimi yapacak tesisleri kurma ve işletme müsaadesi verebileceği anlaşılmaktadır.

Bu Kanuna dayanılarak çıkarılan 85/9799 sayılı Yönetmelik ile, TEAŞ ve TEDAŞ dışındaki kuruluşların elektrik enerjisi üretim tesisi kurma ve işletme esasları belirlenmiştir. Otoprodüktör tanımı ilk defa bu Yönetmelikle yapılmıştır. Yönetmeliğin 4(f) maddesine göre Bakanlık, otoprodüktörlere tesisin bulunduğu bölgeye bağlı olarak TEAŞ ve TEDAŞ ile görevli şirketin görüşü alınmak suretiyle üretim tesisi kurma ve işletme izni verebilmektedir. Aynı yönetmeliğin 4(g) maddesine göre, otoprodüktör veya otoprodüktör grubu şirketlerin, ürettikleri ihtiyaç fazlası enerjiyi TEAŞ, TEDAŞ veya görevli şirketlere satıp satmamasına bakılmaksızın enterkonnekte sisteme bağlantısının yapılması amacıyla Bakanlık ile İzin Sözleşmesi imzalaması gerektiği anlaşılmaktadır. Eğer

otoprodüktörler tarafından üretilecek enerji, üretildiği yerde tüketilmeyip, TEAŞ/TEDAŞ, bunların bağlı ortaklıkları, dağıtım şirketleri ve/veya görevli şirketlere ait enerji iletim ya da dağıtım hatları üzerinden nakil yapıldıktan sonra tüketilecekse, Bakanlık ile imzalanacak İzin Sözleşmesi'ne ilave olarak; TEAŞ/TEDAŞ, bunların bağlı ortakları, dağıtım şirketleri ve/veya görevli şirketler ile de ESA yapılması gerektiği söz konusu yönetmeliğin 4(g) maddesiyle hükme bağlanmıştır. Yönetmelikte, otoprodüktörler ve/veya otoprodüktör grubu şirketlerinin faaliyet bölgeleri içinde yer alan TEAŞ, TEDAŞ, bağlı ortaklıkları veya görevli şirketler ile ESA imzalayacağı ve otoprodüktör ve/veya otoprodüktör grubu şirketlerin bu şirketler ile enerji alış-verişi konusunda enerji mahsuplaşması yapacağı belirtilmiştir.

Otoprodüktörlerin ihtiyaçları üzerinde üretecekleri elektrik enerjisinin satış fiyatı ve bu enerjinin kime satılacağı konusunda ise Yönetmeliğin 4(h) maddesi ile getirilen düzenleme uyarınca; otoprodüktör ve/veya otoprodüktör grubu üretim tesislerinin üreteceği fazla elektrik enerjisinin satış fiyatının, enerji dağıtımı yapan kuruluşların ülke genelinde nihai tüketiciye uyguladıkları ortalama enerji fiyatından fonlar ve paylar düşüldükten sonra kalan kısmının % 85'ini geçmeyecek şekilde Bakanlıkça belirleneceği ve otoprodüktör şirketinin bu enerjiyi santralin bağlantısını yaptığı kuruluşa satacağı görülmektedir.

Otoprodüktör santrallerinin faaliyete geçebilmesi için ayrıca, 7.5.1995 tarihli ve 22280 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Elektrik Tesisleri Kabul Yönetmeliği uyarınca kabul işlemlerinin yapılması gerekmektedir. Bu yönetmeliğin amacı elektrik enerjisi üretmek, iletmek ve/veya dağıtmak üzere kurulacak tesislerin kabul işlemlerini yapmaktır.

Yönetmeliğin 5. maddesinde; *“Elektrik Tesislerinin geçici ve kesin kabul işlemlerinin, o tesisin Bakanlıkça veya Bakanlığın yetkili kıldığı kuruluşça onaylı projesi, sözleşmesi, yürürlükteki ilgili tüzük, yönetmelik ve Türk Standartları, bu konudaki Türk Standartları henüz hazırlanmamışsa tanınan ilgili yabancı standartların yürürlükteki hükümleri ve bu yönetmelik esaslarına göre yapılır. Onaylı projesi bulunmayan tesislerin kabul işlemleri yapılmaz”* hükmü bulunmaktadır. Yönetmeliğin 6. maddesinde kabul için ön hazırlık ve başvurma şekli, 7. maddesinde kabul heyetinin oluşturulması ve 11. maddesinde geçici kabul işlemleri düzenlenmiştir. Kabul işlemleri ile ilgili konularda anlaşmazlık çıkması halinde sorunun nasıl çözümleneceği Yönetmeliğin 2. maddesinde belirtilmiştir. Anılan maddenin son fıkrasında; *“Herhangi bir tesisin bu Yönetmelik kapsamına girip girmeyeceği konusunda ve*

kabul işlemleri ile ilgili konularda bir kararsızlık veya anlaşmazlık ortaya çıkarsa, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın bu konuda vereceği karar geçerlidir” denerek uyuşmazlıkların nihai çözümünde Bakanlık yetkili kılınmıştır.

Yukarıda yer verilen Yönetmelik hükümleri çerçevesinde, otoprodüktör tesislerinin Bakanlığa projelerini (fizibilite raporlarını) sunacakları, onaylanan bu projeler ve ilgili mevzuat ve yönetmelik hükümlerine göre tesislerin kabul işlemlerinin yapılarak, tesislerin işletilmeye başlanacağı ve kabul işlemleri konusunda anlaşmazlık çıkması halinde Bakanlığın vereceği kararın geçerli olacağı anlaşılmaktadır.

Olayların gelişiminden, Enerjisa'nın, ÇEAŞ'ın görev bölgesinde kurulması planlanan 120 MW kurulu gücündeki nafta ve doğal gaz yakıtlı otoprodüktör santraline ilişkin ön başvuru (fizibilite) raporunu 22.5.2000 tarihinde Bakanlığa sunduğu ve Bakanlığın bu başvuruyu 1.6.2000 tarihinde 2718 sayılı yazı ile ÇEAŞ'a gönderdiği anlaşılmaktadır. Bakanlık Enerjisa'nın başvurusunu, 9.10.2000 tarihinde uygun bulmuş ve Enerjisa ile "Otoprodüktör Statüsünde Üretim Tesisi Kurulması, İşletilmesi ve Enerji Fazlasının Satışına İzin Verilmesine İlişkin Sözleşme" imzalamıştır. Bu sözleşmenin bir örneği 25.10.2000 tarihinde ÇEAŞ'a gönderilmiştir. Enerjisa 24.11.2000 tarih ve 316 sayılı yazı ile ÇEAŞ'tan, Bakanlık ile imzaladığı İzin Sözleşmesi'ne atıf yaparak Enerjisa tesisinin Ulusal Elektrik Sistemi ile bağlantılı çalışması ve ESA için gereken hazırlıkların yapılmasını talep etmiştir. Enerjisa'nın Bakanlığa yazdığı 30.11.2001 tarihli yazısında, Adana Kojenarasyon Santrali'nin 1 no'lu türbin ve jeneratörünün geçici kabule hazır hale geldiği belirtilerek, ÇEAŞ ile ESA imzalanmasına yönelik işlemlerin tamamlanması ve Geçici Kabul Heyeti'nin görevlendirilmesi hususlarında Bakanlık talimat ve izinlerinin beklendiği ifade edilmiştir. Bakanlığın ÇEAŞ'a gönderdiği 12.12.2001 tarihli yazıda, Enerjisa'nın yapımı biten santral ünitesini test edebilmesi için 154 kV'luk şalt tesisine gerilim uygulanması hususundaki talebinin uygun görüldüğü belirtilmiştir. Enerjisa talebiyle açılan Adana Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2002/152 D.İş sayılı dosyası kapsamında, 23.1.2002 tarihli Bilirkişi Tespit Raporu'nda; Enerjisa Adana Kojenarasyon Santrali kapsamındaki gaz türbini ve jeneratörü kısmının tamamlandığı, Enerjisa Adana Santrali'ndeki gaz türbinlerinin işletilmeye hazır olduğu ve boşa döndüğü, Santral'in, Bakanlık ile Enerjisa arasındaki 9.10.2000 tarihli sözleşme eki fizibilite raporundaki hususlara ve Türkiye Elektrik İletim A.Ş. tarafından tespit edilmiş ulusal işletme esaslarına uygun olarak projelendirilerek

inşa edildiği ve ÇEAŞ'ın 154 kv'lık şalt tesisine gerilim uygulamadığı tespit edilmiştir.

Enerjisa ve Bakanlığın ESA imzalanmasına ve tesislerin geçici kabulünün yapılarak işletilmesine başlanabilmesine ilişkin taleplerini daha sonraki tarihlerde de çeşitli yazılarla yinelemesine rağmen, ÇEAŞ tarafından bu taleplerin uzun bir süre kabul edilmediği anlaşılmaktadır. Bakanlık, ÇEAŞ ve Enerjisa arasındaki çok sayıdaki yazışmanın neticesinde, Enerjisa ile ÇEAŞ arasında "Sisteme Bağlantı ve Enerji Nakil Şartlarını Belirleyen Sözleşme" 17.8.2002 tarihinde imzalanmış; taraflar arasında Gerilim Uygulama Zaptı 10.9.2002 tarihinde, Geçici Kabul Tutanağı ise 28.9.2002 tarihinde düzenlenmiştir.

I.6.2. Nakil ve Enerji Satış Şartlarına İlişkin Değerlendirme

Toros ile ÇEAŞ arasındaki ihtilafın, Toros'un otoprodüktör grubu ortaklarına nakil yapması ve ürettiği fazla enerjinin satışı konularında ortaya çıktığı, ayrıca Enerjisa'nın şikayetinden farklı olarak aralarındaki mevcut sözleşmenin uygulanmasından kaynaklandığı görülmektedir. Toros ile ÇEAŞ arasındaki ESA'ya rağmen, Bakanlık tarafından belirlenen fazla enerji fiyatları ve enerji mahsuplaşması konularında çıkan uyuşmazlıklar nedeniyle, Toros'un Ulusal Enterkonekte Sistem'le olan bağlantısının bir süre için ÇEAŞ tarafından kesildiği; bu sürenin sonunda da anlaşmazlıkların sürdüğü ve nihayetinde tarafların yeni bir sözleşmeyi 17.3.2003 tarihinde imzaladığı tespit edilmiştir.

17.4.1996 tarih ve 22614 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan yönetmelik dikkate alınarak, ÇEAŞ, TEDAŞ, TEAŞ, Kepez A.Ş., Aktaş ve Kayseri ve Civarı T.A.Ş. arasında enerji nakli ile ilgili uygulama esaslarına ilişkin imzalanan 14.5.1996 tarihli protokolde, ÇEAŞ ve Kepez'in görev bölgesi dışında kurulan otoprodüktör santralinde üretilen ve dağıtım sistemine verilecek enerjinin tamamını TEAŞ'ın alacağı ve ÇEAŞ ile Kepez'e ait iletim hattını kullanarak enerji nakledecek kuruluşların bu kuruluşlara nakil bedeli ödeyeceği kararlaştırılmıştır.

Bakanlık ile Toros arasında 5.11.1998 tarihinde "Otoprodüktör Statüsünde Üretim Tesisi Kurulması, İşletilmesi ve Enerji Fazlası Satışına İzin Verilmesine İlişkin Sözleşme" imzalanmıştır. İmzalanan bu sözleşmenin gereği olarak 26.7.1999 tarihinde Toros'un Adana ve Mersin'de kurulu tesislerine ilişkin Toros ve ÇEAŞ arasında iki adet ESA imzalanmıştır. Bu sözleşmeleri ÇEAŞ, enerji mahsuplaşması ve uygulanacak enerji alış-veriş fiyatına ilişkin hükümlere yönelik olarak talep ve dava hakkı saklı kalmak kaydıyla ihtirazi olarak imzalamıştır.

Yine Bakanlık talimatı üzerine 13.9.1999 tarihinde ÇEAŞ ile Toros arasında enerji alışverişi konusunda mahsuplaşma yapılacağına dair bir ek sözleşme düzenlenmiştir. 18.4.2001 tarihinde ÇEAŞ ile Toros arasında Akdeniz Gübre tesislerine ilişkin ek bir sözleşme yapılmıştır. Bu sözleşme, Akdeniz Gübre otoprodüktör tesisinin kapasitesinin kurulu güç kapasitesinin ve revize güç artışına ilişkin hükümleri içermekte olup ve ÇEAŞ tarafından buna dair açılan/açılacak dava sonucuna göre tüm yasal hakları mahfuz kalmak kaydıyla ihtirazi kayıtla imzalanmıştır.

3096 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ikinci fıkrasında; kurulacak üretim şirketlerinin tesislerinde üretilecek elektrik enerjisinin, Bakanlıkça tespit olunacak tarifeye göre, bölgelerindeki TEK veya o bölgede faaliyet gösteren görevli şirkete satılacağı belirtilmiştir. Bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan 85/9799 sayılı Yönetmeliğin 4(g) maddesiyle otoprodüktör ve/veya otoprodüktör grubu şirketlerin faaliyet gösterdikleri bölge içerisinde TEAŞ, TEDAŞ, bağlı ortaklıkları veya görevli şirketler ile ESA imzalayacağı ve otoprodüktör ve/veya otoprodüktör grubu şirketlerin TEDAŞ, TEAŞ, bağlı ortaklıklar veya görevli şirketler ile enerji alış-verişi konusunda enerji mahsuplaşması yapacağı ve mahsuplaşılan enerji için tarafların Bakanlıkça belirlenen otoprodüktör enerji satış fiyatı üzerinden karşılıklı olarak fatura düzenleyeceği hükme bağlanmıştır.

Söz konusu Yönetmeliğin 4(h) maddesinde, otoprodüktörler tarafından üretilecek fazla enerji fiyatının nasıl tespit edileceği; 4(j) maddesinde otoprodüktörlerin ürettikleri enerjinin nakli ve diğer bazı maddelerinde enerji naklinde TEAŞ, TEDAŞ ve bağlı ortaklıklar ve/veya görevli şirketlere ödeyecekleri nakil bedelleri düzenlenmiştir.

Söz konusu hükümler uyarınca, şikayet konusu bölgede görevli şirket olan ÇEAŞ'ın otoprodüktör şirketlerinin ürettiği enerjiyi ortaklarına nakletmekle yükümlü olduğu anlaşılmaktadır. Aynı hükümler çerçevesinde, Toros'un ürettiği fazla enerjiyi ÇEAŞ'a satma hakkı olduğu ve bunun bedelinin de Bakanlıkça belirleneceği görülmektedir.

ÇEAŞ ile Toros'un Adana-Yumurtalık ve Mersin otoprodüktör tesisleri için imzalanan 29.11.1999 tarihli ESA sözleşmelerinde, Toros'un tesislerinde üreteceği fazla elektrik enerjisinin ÇEAŞ'a satılması, Toros tesislerinin ihtiyacı olması halinde ÇEAŞ'tan enerji alması hususları ve ÇEAŞ'a ait mevcut iletim ve dağıtım hatlarını kullanarak, Toros'un otoprodüktör grubu ortaklarına yapacağı enerji nakli için ödeyeceği bedeller düzenlenmiştir. Bu anlaşmalarla Toros'un, ÇEAŞ'a tesislerinde üreteceği fazla enerjiyi satacağı (madde 7), Toros'un ÇEAŞ'a satacağı

enerji fiyatının Yönetmeliğin 3(h) maddesinde belirtildiği üzere, Bakanlığın otoprodüktörler için her tarife döneminde belirleyeceği fiyat tarifesinden olacağı; Toros'un üreteceği ve ortaklarına nakledeceği fazla enerjinin nakli hususunun ise Yönetmelik dikkate alınarak hazırlanmış olan "Enerji Nakli ile İlgili Uygulama Esasları Protokolüne" uygun olarak yapılacağı kararlaştırılmıştır. Bu sözleşmelere ek olarak yapılan 13.9.1999 tarihli sözleşmeler ile taraflar, enerji alış-verişi hususunda mahsuplaşma ve bunun kW/saat bazında olması hususlarında uzlaşmışlardır.

ÇEAŞ ile Toros arasındaki sözleşmelerde, bu sözleşmelerin nasıl yürürlükten kaldırılabileceği ve sözleşmeden doğacak ihtilafların nasıl ve hangi yetkili mercilerce çözüme bağlanacağı konusunda hükümler bulunmaktadır. ÇEAŞ, Toros'un kuruluşunun İmtiyaz Sözleşmesi'ni ihlal ettiği, kuruluşu sırasında DPT onayı alınmadığı yönündeki savunmalarını, ancak İmtiyaz Sözleşmesi'nin diğer tarafı olan Bakanlığa karşı öne sürebilecektir. Bunun dışında Toros ile imzaladığı ESA sözleşmelerine uyması ve sözleşmelerden doğan yükümlülüklerini yerine getirmesi gerekmektedir. ÇEAŞ'ın, Toros'la arasında ihtilaf kaynağı olan fazla enerjinin alınması ve bunun fiyatı ile ilgili sorunları yargı yoluyla çözmek yerine, ters güç rölelerini sisteme yerleştirerek Toros'un otoprodüktör grubu ortaklarına enerji nakli yapmasını engellediği ve böylelikle yasal mevzuat ve ESA'dan doğan yükümlülüklerini yerine getirmediği görülmektedir.

I.6.3. Enerjisa'nın "İmzalanan Sözleşme İle Teklif Edilen Sözleşme Arasında Bir Fark Bulunmadığı İddiası"'nın Değerlendirilmesi

ÇEAŞ ile Enerjisa arasında 17.8.2002 tarihinde "Sisteme Bağlantı ve Enerji Nakil Şartlarını Belirleyen Sözleşme" imzalanmıştır. Bu sözleşmenin imzalanmasından sonra 10.9.2002 tarihli "Uygulama Zaptı" imzalanmış ve 28.9.2002 tarihli "Geçici Kabul Tutanağı" uyarınca, 1.10.2002 tarihinde santral faaliyete geçmiştir.

Enerjisa ile ÇEAŞ arasında imzalanan 17.8.2002 tarihli "Sisteme Bağlantı ve Enerji Nakil Şartlarını Belirleyen Sözleşme" konusunu, Enerjisa Adana'da tesis edilen Enerjisa'nın 120 MW kurulu gücündeki otoprodüktör santralının ÇEAŞ'ın iletim sistemine bağlanması, ÇEAŞ'ın görev/ımtiyaz bölgesinde Sözleşme'nin 8. maddesinde belirtilen otoprodüktör grubu firmalara sisteme bağlantı ve nakli işinin bir bedel karşılığında yapılması, Enerjisa'ya ortak olan ÇEAŞ bölgesindeki

otoprodüktör grubu ortaklarının ihtiyacı olduğu takdirde ÇEAŞ'tan elektrik enerjisi satın alması oluşturmaktadır. Bu sözleşmeye göre, Enerjisa otoprodüktör üretim tesisinin 154 kV açık şalt tesisinden; ÇEAŞ'a ait, Zeytinli Trafo Merkezindeki 154 kV'luk baraya 1575 ve 1585 no'lu enerji nakil hatları (ENH) aracılığıyla bağlanacağı kabul edilmiştir.

17.8.2002 tarihli Sözleşme'de, Enerjisa'nın enerji fazlasını ÇEAŞ'a satmasıyla ilgili bir hüküm bulunmamaktadır. Enerjisa, ÇEAŞ ile imzaladığı bu sözleşmeden önce Bakanlık aracılığıyla teklif ettiği "Sisteme Bağlantı ve Enerji Nakil Şartlarını Belirleyen Sözleşme"nin de fazla enerjinin ÇEAŞ'a satışıyla ilgili bir husus içermediğini, her iki sözleşme arasında büyük bir fark olmadığını, sadece teknik konulara ilişkin farklılıklar olabileceğini ancak bunun da ÇEAŞ açısından bir avantaj ya da dezavantaj teşkil etmeyeceğini belirterek, ÇEAŞ'ın bu sözleşmeyi 10 ay bekletmesinin ardından Enerjisa ile imzalamasının nedeninin ise hukuka, kanuna aykırı, hakim durumunun kötüye kullanılmasını teşkil eden bu durumun, Bakanlıkla imzaladığı görev sözleşmesinin iptal sebebi olduğunu farketmesinden kaynaklandığını iddia etmektedir. Enerjisa kendisinin teklif ettiği sözleşme ile ÇEAŞ'ın imzaladığı sözleşmeler arasında fark bulunmamasının ÇEAŞ'ın kötü niyetli ve hakim durumunu kötüye kullanır nitelikteki tutumunun varlığını ispatladığını ifade etmektedir.

Enerjisa'nın teklifine ve Bakanlık talimatlarına rağmen taraflar arasında ESA 17.8.2002 tarihinde imzalanmıştır. ÇEAŞ, Bakanlığın gönderdiği çeşitli yazılara Enerjisa ile ESA anlaşması imzalanmasına yönelik isteklerine ilişkin olarak 3.6.2002 tarihli yazısı ile cevap vermiş ve bu yazıda; *"Berke HES'in deneme üretimine başladığı, söz konusu tesislerde üretilen enerjinin Ceyhan 2 Trafo Merkezi (TM) üzerinden Seyhan TM ve Zeytinli TM'ne akacağı, belirtilen her iki noktadan ve buna ilaveten, Enerjisa'dan Zeytinli TM enerji akması ve Zeytinli TM'nin tüketiminin az olması nedeniyle, yük akışı ve iletim hatları yönünden Zeytinli TM'ye bağlantı yapılmasının mümkün olmadığı"* belirtilmiştir. Oysa taraflar arasında imzalanan 17.8.2002 tarihli ESA anlaşmasında Enerjisa otoprodüktör tesisinin bağlantı noktası olarak; "Zeytinli Trafo Merkezindeki 154 kV'luk baraya 1575 ve 1585 no'lu ENH'ları belirlenmiştir. Bu bağlantı yeri, Enerjisa tarafından teklif edilen taslakta bağlantı yapılması istenen noktadır.

Enerjisa tarafından teklif edilen anlaşma taslağında da, 17.8.2002 tarihinde taraflar arasında imzalanan anlaşmada da Enerjisa tesislerinde üretilen fazla enerjinin satışına ilişkin hükümler

bulunmamaktadır. İmzalanan 17.8.2002 tarihli anlaşmada ve Enerjisa taslağında esas olarak, Enerjisa tesislerinin ÇEAŞ sistemine bağlantısının yapılması, gerektiğinde ÇEAŞ'tan elektrik enerjisi satın alınması ve Enerjisa'nın otoprodüktör grubu ortaklarına enerji nakli yapması hususları bulunmaktadır. ÇEAŞ, Enerjisa taslağını reddederken kimi zaman yukarıda açıklandığı gibi teknik nedenler öne sürmüştü ve bağlantı yapılmasının mümkün olmadığını belirtmiş, kimi zaman da, Enerjisa'nın DPT onayı olmadan kurulmasının, İmtiyaz Sözleşmesine ve hukuka aykırı olduğunu, büyük müşterilerinin azalmasına sebep olan otoprodüktör tesislerinin kurulup, işletilmesinin, İmtiyaz Sözleşmesi'ni ihlal ettiğini ve Enerjisa'ya kanuna aykırı olarak gizli bir enerji üretim ve ticaret imtiyazı verildiğini belirtmiştir. Söz konusu teklif ile imzalanan sözleşme tarihleri arasında geçen sürede, ÇEAŞ'ın sözleşmeyi geciktirme gerekçelerini ortadan kaldıran bir yasal değişiklik ya da Bakanlık talimatı tespit edilememiştir.

Esasen ÇEAŞ'ın öne sürdüğü bu gerekçelere rağmen, Bakanlık 24.7.2002 tarih ve 34427 sayılı ihtarnamesinde, ÇEAŞ'a İmtiyaz Sözleşmesinde yer alan 6(h) maddesindeki "*Şirket (ÇEAŞ), müşterilerle arasındaki ilişkileri düzenleyen ve Bakanlık tarafından yürürlüğe konulmuş veya konulacak yönetmeliklere aynen uyacaktır*" hükmünü hatırlatarak, bu ihtarnamenin tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde Enerjisa tesisinin ulusal sisteme bağlantı ve elektrik enerjisinin nakil şartlarını belirleyecek olan ESA'yı imzalamadığı takdirde İmtiyaz Sözleşmesi'nin "*Şirket kusuru nedeniyle Sözleşmenin feshi*" başlığını taşıyan 19. maddesine göre işlem yapacağını bildirmesi üzerine, ESA'yı imzalama yoluna gittiği anlaşılmaktadır.

Yukarıda yer verilen bilgiler çerçevesinde, Enerjisa tarafından teklif edilen taslakla, taraflar arasında 17.8.2002 tarihinde imzalanan sözleşme arasında, fazla enerjinin ÇEAŞ'a satışı, üretilen enerjinin nakli ve tesislerin ÇEAŞ sitemine bağlantısının yapılması ve gerektiğinde ÇEAŞ'tan enerji alması konularında bir farklılık bulunmadığı ve temel olarak benzer hükümler içerdiği görülmektedir.

I.7. ŞİKAYET KONUSUNUN 4054 SAYILI KANUN'UN 6. MADDESİ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinde, bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması yasaklanmaktadır.

Söz konusu maddede sayılan başlıca kötüye kullanma halleri arasında zorunlu unsura ilişkin açık hükümler bulunmamakla beraber, zorunlu unsur kavramının altında yatan temel varsayımların bir kötüye kullanma haline işaret ettiği görülmektedir.

Zorunlu unsur doktrini, hakim durumdaki teşebbüslere anlaşma yapma yükümlülüğünün getirilmesi bağlamında ortaya çıkan özel bir uygulamadır. Zorunlu unsur doktrini genellikle, dikey olarak bütünleşmiş piyasalarda söz konusu olmaktadır. Bu doktrinle, birbirleriyle bağlantılı olan pazarlardan birisinde hakim durumda olan bir teşebbüsün sahip olduğu imkan/tesis/altyapı gibi bir unsurun bağlantılı pazardaki rekabetçi yapı için vazgeçilmez olduğu ve bu unsurun alternatifinin oluşturulmasının hukuki, teknik veya ekonomik olarak mümkün olmadığı durumlarda, teşebbüse sahip olduğu bu unsuru alt piyasalardaki rakip teşebbüslerin kullanımına açma zorunluluğu getirilmektedir. Bu doğrultuda doktrinin uygulama alanı enerji (elektrik, gaz), telekomünikasyon gibi şebekelerin önemli rol oynadığı sektörler ile ulaşım (demiryolu, liman, havayolu) alanlarında ortaya çıkmaktadır.

Zorunlu unsur; hakim durumdaki bir teşebbüs tarafından sahip olunan, aynısının yapılması başka teşebbüsler için teknik, hukuki veya ekonomik olarak mümkün olmayan veya rasyonel olarak çok zor olan ve bağlantılı bir piyasadaki rekabetçi yapı için olmazsa olmaz bir özellik sergileyen bir unsurdur. Bu unsurun talepte bulunan teşebbüslere geçerli bir teknik veya ticari objektif gerekçe göstermeksizin kullanılabilmesi hakim durumun kötüye kullanılmasını teşkil etmektedir.

Bu çerçevede, zorunlu unsur doktrinini uygulayabilmek için;

- 1) Zorunlu unsurun tekel ya da hakim durumda bulunan bir teşebbüs tarafından kontrolü,
- 2) Zorunlu unsurun başka bir teşebbüsce yeniden tesisinin ya da üretiminin makul şartlar altında mümkün olmaması,

Bir kötüye kullanma halinin varlığını belirleyebilmek için ise,

- 1) Hakim durumdaki teşebbüsün zorunlu unsuru kullandırmayı reddetmesi ya da kullanımını engellemesi,
- 2) İlgili zorunlu unsurdan faydalanmanın imkanlar dahilinde olması, bir başka deyişle, söz konusu reddetme eyleminin objektif gerekçelere dayanmıyor olması,

koşullarının mevcut olması gerekmektedir.

Bu aşamada söz konusu dört koşulun söz konusu şikayetlerde mevcut olup olmadığının tespiti önem kazanmaktadır.

I.7.1. ÇEAŞ'ın Hakim Durumu ve Zorunlu Unsur

İlgili coğrafi pazarın, Adana-Mersin-Hatay-Osmaniye illerinin tamamını kapsayan 1 no'lu Görev Bölgesi olduğu ve Bakanlık ile ÇEAŞ arasında 9.3.1998 tarihinde imzalanan İmtiyaz Sözleşmesi gereğince bu bölgedeki iletim ve dağıtım hizmeti görevinin ÇEAŞ'a verildiği dikkate alındığında, ÇEAŞ'ın "elektrik nakil" pazarında (alt pazar) hakim durumda olduğu görülmektedir.

Elektriğin depolanamayan bir ürün olması nedeniyle enterkonekte sistemin (elektrik iletimi ve dağıtımı) üretim sürecinde çok önemli bir payı bulunmakta ve bu bakımdan elektriğin nakli, üretim sürecinin zorunlu bir unsuru olarak ortaya çıkmaktadır. Başvuru konusu şikayetlere ilişkin olarak alt pazarda hakim durumdaki ÇEAŞ, zorunlu unsuru bir başka deyişle, elektriğin nakline yönelik altyapıyı elinde bulundurmaktadır.

Elektriğin iletimi ve dağıtımına ilişkin altyapı doğal tekel niteliğindedir; iktisadi etkinlik açısından söz konusu altyapıyı yalnızca tek bir teşebbüsün işletmesi gerekmektedir. Ölçek ekonomisi gereği ilgili coğrafi pazarda ikinci bir enterkonekte sistemin oluşturulamayacağı dikkate alındığında, zorunlu unsurun şikayetçi teşebbüsler tarafından yeniden tesisinin ya da üretiminin makul şartlar içerisinde mümkün olmadığı açıktır.

I.7.2. Zorunlu Unsura Erişimin ÇEAŞ Tarafından Reddedilmesi ve Engellenmesi

I.7.2.1. Enerjisa'nın Zorunlu Unsura Erişiminin Reddedilmesi ve Geciktirilmesi

Olayların gelişimine göre, 4.12.2001 tarihinden önce ESA imzalanmasına yönelik Enerjisa'nın taleplerine ve Bakanlık talimatlarına ÇEAŞ'ın cevap vermediği, Enerjisa'nın ilk üretim ünitesinin 4.12.2001 tarihi itibarıyla işletmeye alınabilecek duruma geldiğini beyan ettiği ve ÇEAŞ'ın 20.12.2001 tarihli ilk yazısında da Bakanlığın gerilim uygulaması talimatına olumsuz cevap verdiği dikkate alındığında, ÇEAŞ'ın nakli engellemeye yönelik eyleminin fiilen Aralık 2001 tarihinden itibaren başladığı görülmektedir.

Söz konusu tarihten sonra da ÇEAŞ'ın bazı gerekçeler öne sürerek Enerjisa'nın taleplerini reddettiği anlaşılmaktadır.

Olayların gelişiminden, Bakanlığın ÇEAŞ'a gönderdiği 24.7.2002 tarihli yazı ile ÇEAŞ'ın Enerjisa'nın grup ortaklarına enerji naklini engellediğini belirttiği, ilgili ESA'nın 15 gün içerisinde imzalanması, aksi takdirde, İmtiyaz Sözleşmesi'nin "Şirket Kusuru Nedeniyle Sözleşmenin Feshi" başlığını taşıyan 19. maddesine göre işlem yapılacağını ihtar ettiği; bu yazıdan sonra, ÇEAŞ'ın, Enerjisa'ya çekmiş olduğu 7.8.2002 tarihli ihtarnamede, talep ve dava hakkı saklı kalmak kaydıyla ekte gönderilen sözleşmenin imzalanmasını talep ettiği ve taraflar arasında müzakerelerin başladığı görülmektedir.

Müzakereler sonucunda, Enerjisa ile ÇEAŞ arasında, 17.8.2002 tarihinde "Sisteme Bağlantı ve Enerji Nakil Şartlarını Belirleyen Sözleşme"nin, 10.9.2002 tarihinde Adana Santraline gerilim uygulanmasına ilişkin zaptın, 28.9.2002 tarihinde ise geçici kabul tutanağının imzalandığı anlaşılmıştır.

ÇEAŞ'ın Enerjisa tesislerine gerilim uygulaması 10.9.2002 tarihinde gerçekleşmiş, ancak bu tarihten önce, 7.8.2002 tarihinde ÇEAŞ Enerjisa'ya imzalanmak üzere ESA'yı göndermiş ve anılan ESA Enerjisa tarafından 17.8.2002 tarihinde imzalanmıştır. ESA'nın imzalanmasıyla gerilim uygulanması arasında kısa bir sürenin geçmiş olması, tarafların mutabık kaldığı bir ESA'nın imzalanmasının Enerjisa'nın zorunlu unsura erişiminin önündeki engellerin kaldırılması niyetinin bir göstergesi olarak alınmasını gerektirmektedir.

Bu durumda, ÇEAŞ'ın, Bakanlık talimatlarına ve Enerjisa'nın taleplerine rağmen, Aralık 2001 tarihinden Ağustos 2002 tarihine kadar Enerjisa'nın zorunlu unsura erişimini engellediği anlaşılmıştır.

1.7.2.2.Toros'un Zorunlu Unsura Erişiminin Engellenmesi

ÇEAŞ'ın Toros'a gönderdiği 12.3.2002 tarihli yazıda; 26.7.1999 ve 15.12.1999 tarihli ESA'ların Bakanlığın baskısı ile imzalandığı belirtilerek 1.4.2002 tarihinden itibaren ÇEAŞ'ın Toros'tan enerji satın almayacağı ve anlaşma temin edilmeden sisteme bu tarihten sonra verilen enerji için bedel ödemeyeceği belirtilmiştir. ÇEAŞ, Toros'u 8.4.2002 tarihli yazısıyla sisteme enerji vermemesi, aksi halde, bunun Toros'un sistemden çıkarılmak suretiyle önleneyeceği konusunda uyarılmıştır. 15.5.2002 tarihinde, Toros'un sistemle olan bağlantısını kesmeye yönelik girişimlere başladığını bildirerek ÇEAŞ, Toros'un

zorunlu unsura erişimini engelleme yönündeki amacını kesin olarak ifade etmiştir.

17.5.2002 tarihinde ÇEAŞ, Toros'un sistemle bağlantı noktalarına ters röleler koyarak sistemle olan bağlantısını kesmiş, dolayısıyla, Toros'un grup ortaklarına enerji nakletmesi ve ÇEAŞ'a enerji fazlasını gönderme olasılığı ortadan kalkmıştır.

ÇEAŞ'ın Bakanlığa gönderdiği, yıl sonunda ESA'nın feshedileceğini bildiren 11.6.2002 tarihli ihtarname, taraflar arasındaki ihtilafın sadece fazla enerji satışından kaynaklanmadığını, ÇEAŞ'ın amacının ESA'nın feshi yoluyla Toros'un zorunlu unsura erişimini engellemek ve Toros'u pazardan çıkarmak olduğunun açık bir delilini teşkil etmektedir.

ÇEAŞ, Bakanlığa gönderdiği 1.7.2002 tarihli yazısında, Toros ile ÇEAŞ arasındaki ESA'nın ihtirazi kayıtlı imzalandığını, bu nedenle hür irade ile imzalanmayan bir sözleşmenin ÇEAŞ yönünden bağlayıcı olmadığını ifade etmiştir. Daha sonra gerek Bakanlığa, gerekse Toros'a göndermiş olduğu yazılarda mevcut ESA'nın kendisini bağlayıcı olmadığını bildiren ÇEAŞ'ın bu tutumu, Toros'u sistemle bağlantısını kesmek suretiyle pazar dışına çıkarma amacını taşıdığı diğer bir delilini oluşturmaktadır.

Şirketler arasındaki fatura ihtilaflarına ilişkin karşılıklı yazışma ve ihtarnameler sonucunda 9.7.2002 tarihinde, ÇEAŞ Toros Ceyhan tesislerinin ulusal şebeke bağlantısını, başka bir ifade ile elektriğini kesmiş ve 17.7.2002 tarihinde de Toros'un 4 teminat mektubunu nakde çevirmiştir.

Toros'un ihtiyati tedbir talebi üzerine, Mersin Asliye Ticaret Mahkemesi, 7.8.2002 tarihinde ve 2002/943 sayılı dosya kapsamında;

ÇEAŞ'ın Toros'un elektrik üretmesi ve grup ortaklarına nakletmesine engel olmasının önlenmesi ve enerji naklinin kesintisiz sürmesi,

Toros'un ulusal elektrik şebekesine bağlantısını engellemesine yönelik ÇEAŞ tarafından konulan fiziki engellerin kaldırılması,

Toros'un %15 teminat yatırması halinde teminat mektuplarının ÇEAŞ tarafından nakde çevrilmesinin önlenmesi konularında ihtiyati tedbir kararı vermiştir.

8.8.2002 tarihinde, Ceyhan 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin Toros'un Yumurtalık TM, Mersin 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin ise Mersin Termik TM tesislerinde yaptıkları tespitlerde daha önce sistemde bulunan 2 adet ters güç rölesinin söküldüğü belirlenmiştir.

Bakanlığın İmtiyaz Sözleşmesi'nin "Şirket Kusuru Nedeniyle Sözleşmenin Feshi" başlığını taşıyan 19. maddesini işleteceğine ilişkin 7.8.2002 tarihli uyarısından sonra ÇEAŞ, Toros'a gönderdiği 7.8.2002 tarihli ihtarnamede, Bakanlığın talimatı doğrultusunda 8.8.2002 tarihinde ters güç rölelerinin kaldırılarak Toros'un ortaklarına enerji nakletmesinin olanaklı hale getirildiği ve Yönetmelik hükümlerine göre kesilen elektrik enerjisinin tekrar verildiğini belirterek, ekte gönderilen "sisteme bağlantı ve enerji nakil şartlarını belirleyen sözleşmenin" imzalanmasını ihtar etmiştir. Toros ise 22.8.2002 tarihli yazısında, ÇEAŞ'ın göndermiş olduğu sözleşme taslağının 4628 sayılı Kanun ile TEİAŞ'ın tekeline bırakılmış olan elektrik iletimi faaliyeti ile ilgili olduğunu ve bu Kanunun hazırlık döneminin sona ermesinden sonra ÇEAŞ'ın imtiyaz bölgesinde elektrik nakli yapma yetkisinin olmayacağını, bu bakımdan taslağın kabulünün mümkün olmadığını ifade etmiştir. ÇEAŞ ise Toros'a gönderdiği cevabi yazıda, İmtiyaz Sözleşmesine göre bölgede elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti yapma imtiyazının ÇEAŞ'a ait olduğunu, bunun sonradan çıkarılan bir kanunla alınamayacağını, bu bakımdan Toros'un iddialarının mesnetsiz olduğunu belirterek ESA'nın süresinin bitim tarihinde yürürlükten kaldırılacağı ve yenilenmeyeceğini, Toros'un yeni sözleşme yapıp yapmamakta serbest olduğunu ifade etmiştir.

Taraflar arasındaki yazışmalar sonucu, nakil sözleşmesi 17.3.2003 tarihinde ÇEAŞ'la Toros arasında imzalanmıştır.

Olayların gelişimi çerçevesinde, ÇEAŞ'ın bölgede otoprodüktörlerin kurulmasına izin verilmesine devamlı olarak itiraz ettiği anlaşılmıştır. Ancak, önemli olan husus, yukarıda da yer verildiği gibi ÇEAŞ'ın evvelce yazılı olarak itiraz ettiği konularda eyleme geçerek, Bakanlık talimatlarına aykırı bir şekilde Toros'un önce ortaklarına naklini engellemek üzere sisteme ters röleler yerleştirmesi daha sonra şirketin elektriğini tümünden kesmesi, ESA'nın 31.12.2002 tarihinden sonra yenilenmeyeceğini Toros'a bildirmesi ve ayrıca mevcut ESA'nın kendisini bağlayıcı olmadığını iddia etmesidir. Bu doğrultuda, ÇEAŞ, Toros'un zorunlu unsura erişimini kesmiş, sonrasında ESA'nın feshine yönelik çalışmalar başlatmıştır.

Dosya mevcudu bilgi ve belgeler ışığında, ÇEAŞ'ın, Enerjisa'nın altyapıya erişim talebini geciktirdiği; Toros'a yönelik enerji naklini engellediği ve mevcut ESA'yı değiştirme girişimlerine başladığı anlaşılmaktadır.

I.7.3. Reddetme ve Engelleme Eyleminin Gerekçelerinin Değerlendirilmesi

İlgili zorunlu unsurdan faydalanmanın imkanlar dahilinde olması, bir başka deyişle, söz konusu reddetme eyleminin objektif gerekçelere dayanmıyor olması, hakim durumun kötüye kullanıldığına işaret etmektedir. Bu çerçevede, soruşturma kapsamında ÇEAŞ'ın gerek gönderdiği savunmalar, gerekse Bakanlık ve şikayetçi taraflarla yaptığı yazışmalarda ileri sürmüş olduğu iddialar dikkate alınmıştır. ÇEAŞ'ın savunmaları ve iddiaları, bir başka deyişle soruşturmaya konu eylemlerinin gerekçeleri, niteliğine göre tasnif edilerek Enerjisa ve Toros'un şikayetlerine yönelik olarak iki ayrı bölüm halinde ele alınmıştır.

I.7.3.1. Çeaş'ın, Enerjisa'nın Şikayetine İlişkin Gerekçeleri ve Değerlendirme

ÇEAŞ'ın Savunması 1: ÇEAŞ'ın, Bakanlık ile imzaladığı İmtiyaz Sözleşmesi çerçevesinde, 1 No'lu Görev Bölgesinde elektriğin üretimi, iletimi ve dağıtımını konularında imtiyazlı bir şirket olarak faaliyet gösterdiği, bu faaliyet konularına ilişkin devletten yardım almaksızın yatırım yaptığı, kendi özkaynakları ile yaptığı tesislerin işletme hakkının sözleşme süresi sonunda (2058 yılı) Bakanlığa ya da Bakanlığın gösterdiği kuruluşa devredileceği; ÇEAŞ'ın bir kamu hizmeti gördüğü, özel bir kişi tarafından görülüyor olsa bile hizmetin kamusal niteliğini yitirmeyeceği, bu nitelikten dolayı sözleşmede öngörülmemiş olsa bile idarenin, imtiyaz sahibini rekabete karşı koruma yükümlülüğü altında olduğu; şikayetçi Enerjisa'nın ise hiçbir külfet yüklenmeden otoprodüktör maskesi altında ÇEAŞ'ın iletim ve dağıtım hatlarını kullanarak gerçekte imtiyaz hukukuna tabi olan enerji ticaretini istediği şartlarda yapmak arayışında olduğu, bu nedenle ÇEAŞ'ın hukuki imtiyazının hakim durumun kötüye kullanılması olarak yorumlanamayacağı; Önaraştırma Raporu'nun, kamu hizmetinin özel hukuk kişileri tarafından görülme usullerine ilişkin hukuki rejiminin ve kamu hizmetinin söz konusu olduğu alanlarda Rekabet Hukuku ilke ve kavramlarının irdelenmeden hazırlanmış olduğu belirtilmektedir.

Değerlendirme 1: ÇEAŞ'ın imtiyaz hukuku konusundaki savunması imtiyazın ve kamu hizmeti kavramının bir tekel hakkına işaret

ettiği ve rekabet mevzuatının söz konusu olay bazında uygulanamayacağı varsayımına dayanmaktadır. Bu bakımdan öncelikle, kamu hizmeti ve bu hizmetin görülüş usullerinin kısaca incelenmesi verilmesi, sonrasında ise, 3096 sayılı Kanun ve ÇEAŞ'ın Bakanlıkla imzalamış olduğu İmtiyaz Sözleşmesi çerçevesinde ÇEAŞ'a tanınmış hakların bir tekel hakkı içerip içermediği hususunun değerlendirilmesi gerekmektedir.

Kamu hizmeti kavramının teoride ve mahkeme kararlarında çeşitli tanımlamalar bulunmaktadır. Bir tanıma göre kamu hizmeti, giderilmesinde kamu yararı bulunan bir toplumsal gereksinmeyi karşılamak amacıyla kamu tüzel kişileri ya da onların gözetim ve denetimi altında özel girişim tarafından, özel bir hukuksal düzen içinde yürütülen etkinliklerdir. Başka bir tanıma göre ise, toplumda ortak ve genel bir ihtiyacın belirmesi, bunun süreklilik taşıması yani giderilmekle tükenmemesi, her gün yenilenmesi ve tatmin edilmemesi halinde de huzursuzluk doğacağı ihtimalinin bulunması durumunda, böyle bir ihtiyacı tatmine yönelik etkinlikler kamu hizmeti olarak nitelendirilmektedir. Diğer bir tanımlamaya göre ise, kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinmeleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulan sürekli ve düzenli etkinliklerdir⁷⁴.

Anayasa'nın 47. maddesine göre, kamu hizmetleri, Devlet yanında birer kamu tüzel kişisi olan kamu kurumları, yerel yönetimler, kamusal-özel karma kuruluşlar, Devletle özel girişimin kurduğu ortaklıklar aracılığıyla veya özel hukuk sözleşmeleri ile özel hukuk kuralları uyarınca yürütülebilir. Dolayısıyla, kamu hizmeti bir kamu tüzel kişisi tarafından yürütülebileceği gibi özel hukuk kişilerin de yürütülebilmektedir. Kamu hizmetleri nasıl ve kimin tarafından yerine getirilirse getirilsin, hizmetin görülmesinde uyulması gereken ilkeler vardır. Bunlara kamu hizmetinin genel ilkeleri de denir. Bu ilkeler, süreklilik, eşitlik, değişkenlik ve uyumdur.

Eşitlik ilkesi uyarınca idare kamu hizmetini dilediğine sunmakta özgür olmadığı gibi, eşit durumda bulunanlara eşit, farklı konumda bulunanlara da farklı biçimde sunmak durumundadır. Hatta, yararlananların "akdi" bir ilişki içinde buldukları endüstriyel ve ticari kamu hizmetlerinde, idarenin gereken koşulları yerine getirerek

⁷⁴ Anayasa Mahkemesi'nin 23.6.1996 tarih, 1994/71 E., 1995/23 K. sayılı kararı; Resmi Gazete tarihi 20.03.1996, sayı 22586

hizmetten yararlanmak isteyenle sözleşme yapmak zorunda olduğu kabul edilmektedir.

İdari kamu hizmetleri, ulusal savunma, tapu ve kadastro gibi geleneksel olarak sadece Devlet tarafından yürütülmesi kabul edilen kamu hizmetleridir. Bu kamu hizmetleri gerek iç ilişkileri, gerek idare edilenlerle ilişkileri açısından Kamu Hukuku kurallarına ve yöntemlerine göre yerine getirilirler.

Ticari ve endüstriyel nitelikli kamu hizmetlerinin hukuksal düzeni ise, kural olarak özel hukuk düzenidir. Ticari ve endüstriyel nitelikli kamu hizmetleri, özel girişimler gibi, aynı konuda ve aynı yöntemlerle yürütülmektedir. Aynı alanda, özel girişimin ve Devletin etkinliği de birlikte devam etmektedir. Ancak kamu hizmeti gören özel teşebbüsler, kuruluş amaçları, denetimleri, kanunla kurulmaları, malvarlıklarının Devlet tarafından sağlanması ve kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik faaliyetleri nedeniyle Kamu Hukuku kurallarına bağlı olmaktadır. Bu nedenle ticari ve endüstriyel nitelikli kamu hizmetleri, bir yandan özel hukuk kurallarına, öte yandan, kamu hukuku kurallarına konu olabilmektedir.

Kamu hizmetinin ilgili İdare ile aralarında imzalanmış bulunan bir sözleşmeye dayalı olarak Türk hukuk düzenine göre anonim şirket statüsündeki bir özel hukuk kişisi tarafından görülmesine imtiyaz usulü denmektedir. Danıştay'a göre imtiyaz, "*İdarenin gerçek ve genel olarak sermaye şirketi olan bir tüzel kişiyle yaptığı sözleşmeyle, bir kamu hizmetinin belirli ve uzun süre içinde kurulması ve işletilmesinin karşılığında hizmetten yararlananlardan ücret ya da bedel alınmak ve giderleriyle kâr ve zararı özel girişimciye ait olmak üzere idarenin kendi buyruğu ve sorumluluğu altında sağladığı bir yönetim biçimidir (Danıştay, 1.D; 24.9.1992, E. 992/232-K.992/294.)*". İmtiyaz, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi olarak adlandırılan idari bir sözleşme ile verilmekte ve bu sözleşme ya belli bir kamu hizmetinin kurulması ve belli bir süre işletilmesi ya da kurulmuş bulunan bir kamu hizmetinin sadece işletilmesi için yapılmaktadır. İmtiyaz sözleşmesi tarafların hak ve borçlarını öngörürken, hizmetin kuruluş ve işleyişini düzenleyen şartnameden oluşmaktadır. Bu usulde kamu hizmetinin masrafları, kâr ve zararı özel kişiye aittir. İdareye imtiyaz veren, hizmeti gören özel hukuk kişisine ise imtiyaz sahibi veya imtiyazcı denilmektedir.

İdare, imtiyaz sahibinin üstlendiği yükümlülüklerini yerine getirmişini denetleme ve gerektiğinde yaptırım uygulama yetkisine sahiptir. Hatta,

sözleşme ve şartnamede bu yetkiler açıkça belirtilmemiş olsa dahi, idarenin bu gibi yetkilere sahip olduğu kabul edilmektedir. İmtiyaz sahibinin ağır kusuru bulunması halinde idare, bir yaptırım olarak sözleşmeyi tek yanlı olarak feshetme hakkına sahiptir.

İdari bir sözleşme olan imtiyaz sözleşmesinin uygulanmasında idare ile imtiyaz sahibi arasında çıkan uyuşmazlıklar Danıştay Kanunu'nun 24. maddesi gereğince Danıştay'da çözülmekte iken, 4446 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerini Değiştiren Kanunla" Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrası sonuna eklenen "*kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir.*" hükmü nedeniyle artık tahkim yoluyla da çözümlenebilecektir. Ayrıca Anayasanın 47. maddesinde yapılan değişiklikle de yasama organına, ne tür kamu hizmetlerinin özel hukuk kuralları ile gerçek ve tüzel kişilere gördürülebileceğini belirleme yetkisi de verilmiştir. Böylelikle bugüne kadar Anayasa Mahkemesi'nce imtiyaz olarak nitelendirilen bazı hizmetlerin, idare hukuku yerine özel hukuk hükümlerine tabi olması imkanı getirilmiştir.

İmtiyaz sahibi şirket ile hizmetten yararlananlar arasındaki uyuşmazlıklar, endüstriyel ticari kamu hizmeti söz konusu olduğunda adli yargının görev alanına girmektedir.

İmtiyazlı şirket uygulamalarından birisi de ÇEAŞ uygulamasıdır. ÇEAŞ ile T.C. Hükümeti adına hareket eden Bayındırlık Vekaleti arasında "Seyhan Barajı Hidroelektrik Santralinde Enerji Üretilmesi, Bunun İstihlak Merkezlerine Nakli ve Toptan Satışına Dair İmtiyaz Sözleşmesi" ile "Seyhan Barajı Hidroelektrik Santralinde Enerji Üretilmesi, Bunun İstihlak Merkezlerine Nakli ve Toptan Satışına Dair Bayındırlık Vekaleti ile Çukurova Elektrik Türk Anonim Ortaklığı Arasında Akdolunan İmtiyaz Sözleşmesine Bağlı Şartlaşma" Devlet Şurası, 3. Dairenin, E. No. 53/32, K. No. 53/37 sayılı kararı ve Bakanlar Kurulu'nun 25.06.1953 gün ve 4/1017 sayılı Kararnamesine istinaden hazırlanmış; 21.11.1953 tarih ve 7622 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış ve Sözleşme, 23.12.1953 tarihinde imzalanmıştır. İmtiyaz Sözleşmesi gereğince, Adana ve İçel illerinin enerji üretimi, nakli ve satış imtiyazı 49 yıl sonunda Devlete devredilmek üzere ÇEAŞ'a verilmiştir. ÇEAŞ İmtiyaz Sözleşmesi'nde belirtilen bölgelerde santral kurma ve bu santrallerde üretilen elektriği belediyelere bağlı işletmelere toptan satış yoluyla verme

ve imtiyaz bölgeleri içinde faaliyet gösteren ve kurulu gücü 500 kW'ı aşan tesislere doğrudan elektrik satma imtiyazına sahip olmuştur.

19.11.1984 tarih ve 18610 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, 3096 sayılı "Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtım ve Ticareti İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun" yayımlandıktan sonra ÇEAŞ bu Kanun'un geçici 2. maddesi doğrultusunda 30.9.1985 tarihinde Bakanlığa başvurarak "görevli şirkete" dönüşme isteminde bulunmuştur. 26.9.1988 tarih ve 88/13314 sayılı Bakanlar Kurulu kararı uyarınca bu istem kabul edilmiş, Danıştay 1. Dairesi'nce uygun bulunmuş ve bu karar Danıştay İdari İşler Kurulu tarafından, 1998/1 E., 1998/7 sayılı kararı ile onanmıştır. Bakanlar Kurulu'nun 23.6.1989 tarih ve 89/14505 sayılı kararıyla, ÇEAŞ'ın görev bölgesinde olan kamu kurum ve kuruluşlarına ait elektrik üretim, iletim ve dağıtım tesislerinden üzerinde mutabakata varılanların işletme haklarının, ÇEAŞ'a verilmesi kararlaştırılmış, 9.3.1998 tarihinde "İmtiyaz Sözleşmesi", 29.5.1998 tarihinde de "İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi" imzalanmıştır. Bu sözleşmeler ile ÇEAŞ'a kendi görev bölgesi olan 1. Bölgeye dahil, Adana, Mersin, Hatay ve Osmaniye il sınırları içinde 2058 yılına kadar 99 yıl süreyle elektrik üretimi, iletimi, dağıtım ve ticareti yapma görevi verilmiştir.

ÇEAŞ'ın yaptığı faaliyet olan elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımının kamu hizmeti olup olmadığı konusunda Anayasa Mahkemesi'nin almış olduğu Karar'da, "Elektrik üretimi, iletimi ve dağıtım ile ilgili etkinlikler kamu hizmetidir. Çünkü bu etkinlikler, kamu yararına dönük, toplumun ortak gereksiniminin karşılanmasına yönelik, düzenli ve sürekli etkinliklerdir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin 26.3.1974 günlü, Esas 1973/32, Karar 1974/11 sayılı kararında "...kişilerin su, elektrik, havagazı gibi ihtiyaçların karşılanması önemli kamu hizmetlerindedir." denilerek, elektrik hizmetlerinin kamu hizmeti olduğu açıkça vurgulanmıştır. Buna göre, ÇEAŞ'ın yaptığı hizmet imtiyaz yolu ile görülen bir kamu hizmetidir.

Ancak, yukarıda yer verilen bilgilerden de anlaşılacağı üzere, kamu hizmeti kavramının bir tekel hakkını barındırdığına ilişkin yargıya varmak mümkün görünmemektedir. Nitekim, Yüksek Yargı organlarının kararlarında kamu hizmetinin bir tekel hakkını içerdiği ya da bu hizmetin görülüş usulleri kapsamında hizmetin bir tekel aracılığı ile yürütülmesi gerektiği yönünde herhangi bir hükme de rastlanılmamıştır. Bu aşamada, 3096 sayılı Kanun'un ve bu Kanun'a dayanılarak ÇEAŞ ile Bakanlık arasında imzalanan İmtiyaz Sözleşmesi'nin bir tekel hakkı içerip içermediği hususunun açıklığa kavuşturulması önem kazanmaktadır.

3096 sayılı Kanun'un 3. maddesinde "Elektrikle ilgili hizmet vermek üzere kurulmuş olan sermaye şirketlerine; Devlet Planlama Teşkilatının görüşünü havi Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının teklifi üzerine, Bakanlar Kurulu, önceden yönetmelikle belli edilmiş görev bölgelerinde, elektrik üretim, iletim ve dağıtım tesisleri kurulması ve işletilmesi ile ticaretinin yaptırılmasına karar verebilir. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, Bakanlar Kurulu Kararı ile belirlenen çerçeve içerisinde ilgili görevli şirketle sözleşme akdeder." denilmektedir. ÇEAŞ ile Bakanlık arasındaki İmtiyaz Sözleşmesi bu hükme dayanılarak imzalanmış ve bu yolla ÇEAŞ, görevli şirket olarak belirlenmiştir.

Aynı Kanun'un "Elektrik Üretimi Müsaadesi Verilmesi" başlığını taşıyan 4. maddesinin birinci fıkrasında; "Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, Devlet Planlama Teşkilatının olumlu görüşünü almak suretiyle sadece, elektrik üretmek amacıyla kurulacak sermaye şirketlerine, elektrik üretimi yapacak tesisi kurma ve tesis işletme müsaadesi verebilir"; ikinci fıkrasında ise "Bu tesiste üretilen elektrik enerjisi, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığınca tespit olunacak tarifeye göre bölgelerinde Türkiye Elektrik Kurumuna veya o bölgede faaliyet gösteren görevli şirkete satılır." hükümlerine yer verilmiştir. Bu maddeden anlaşılacağı üzere, endüstrinin üretim seviyesinde, tekel hakkı bir yana, aynı görev bölgesi içinde birden fazla teşebbüsün üretim yapabileceği bir pazar yapısı öngörülmüştür. Nitekim, literatürde; "Esasen kamu hizmeti imtiyazında tekel oluşturma düşüncesi değil, serbest rekabet fikri hakimdir. İmtiyaz veren imtiyaz sahibine rakip olmak üzere diğer bir talibe tesisat ve işletme için imtiyaz vermek hakkına sahiptir. Ancak imtiyaz veren ile imtiyaz sahibi arasında, imtiyaz sahibi ile rekabet edebilecek bir başkasına imtiyaz verilmeyeceği hususu kararlaştırılmışsa, o konuda başka bir imtiyaz verilemez." yönünde görüşler mevcuttur. Bir başka deyişle, 3096 sayılı Kanun'un üretim seviyesinde öngörmediği bir tekel hakkının, ÇEAŞ'a tanınıp tanınmadığının anlaşılabilmesi için, mevcut İmtiyaz Sözleşmesi hükümlerinin incelenmesi gerekmektedir.

İmtiyaz Sözleşmesi, ilk fıkrasından da açıkça anlaşılacağı üzere, Bakanlık ile ÇEAŞ arasında, bölgedeki elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti hizmetlerinin yapılması koşullarını belirlemek üzere düzenlenmiştir. İmtiyaz Sözleşmesi'nin "Sözleşmenin Konusu" başlığını taşıyan 2. maddesi aşağıdaki şekildedir:

"Sözleşmenin konusu, Çukurova Elektrik Anonim Şirketince, Adana, Mersin, Hatay, Osmaniye İllerinin tamamı, Kahramanmaraş İlinin Merkez İlçesi Merkez Bucağı Küçükcasır ve Yeşildere Köyleri

ve Merkez İlçe Yeniköy Bucağına bağlı Kısıklı Köyünün sınırladığı görev Bölgesi içinde bulunan Seyhan I-II, Kadıncık I-II, Yüreğir ve Sır Hidroelektrik Santralleri ile yapımı devam etmekte olan Berke Hidroelektrik Santralinin İşletilmesi, aynı bölgedeki TEDAŞ uhdesinde bulunan dağıtım tesislerinin işletme haklarının Şirkete devri, yeni üretim ve dağıtım tesislerinin yapımı, görev bölgesi içerisinde enerji ticareti yapılması ve sözleşme süresinin sonunda söz konusu tesislerin Şirket tarafından Bakanlığa veya Bakanlığın göstereceği Kuruluşa devredilmesidir”.

Söz konusu hükümlerden de anlaşılacağı üzere, ÇEAŞ yukarıda belirtilen santralleri işletme ve yeni üretim tesislerini yapma yetkisine sahiptir. Ancak ne bu maddede, ne de İmtiyaz Sözleşmesinin takip eden bölümlerinde üretimde bir tekel hakkı tanıyan ya da görev bölgesi içerisine başka bir üretim şirketinin girmesini ve faaliyet göstermesini engelleyen nitelikte bir hükme rastlanılmamıştır. Söz konusu iddianın aksine, İmtiyaz Sözleşmesinin diğer hükümleri ÇEAŞ’a üretim seviyesinde tanınmış bir tekel hakkının söz konusu olmadığını göstermektedir. Sözleşmenin 6. maddesinin (g) bendinde yer alan “Şirket, görev bölgesi içerisinde üretim tesisi kurma ve işletme izni verilen üretim şirketlerince üretilecek enerjiye gereksinim duyması halinde, bu enerjiyi Bakanlıkça onaylanan tarifeye göre satın alabilecektir.” şeklindeki hükümden, 3096 sayılı Kanunda da yer aldığı gibi, birden fazla üretim şirketinin Bakanlık’tan izin alarak ÇEAŞ’ın görev bölgesinde faaliyet gösterebileceği anlaşılmaktadır.

Tüm bu düzenlemeler dikkate alındığında, kamu hizmeti kavramının ve imtiyaz hakkının bir tekel hakkı içerdiği, bu nedenle de imtiyazcının rekabete karşı korunması gerektiği görüşünün doğru olmadığı anlaşılmaktadır. Bu çerçevede, Enerjisa’nın, ister otoprodüktör, ister üretim şirketi statüsünde olsun, pazara girişini engelleyen yasal bir düzenlemenin söz konusu olmadığı; bir başka deyişle, imtiyaz hakkının bir tekel hakkına işaret ettiği görüşüne dayanarak, Enerjisa’nın pazara girişinin kısıtlanamayacağı kanaatine varılmıştır.

ÇEAŞ’ın Savunması 2: ÇEAŞ’ın özkaynakları ile yaptığı hidroelektrik santraller sayesinde ve son olarak Berke HES’in devreye alınmasıyla Mayıs 2002 döneminde bölgenin ihtiyacının üstünde enerji üretildiği; buna karşılık, Enerjisa’nın, ortaklarının ihtiyacının çok üzerinde, Seyhan HES’in üç katı büyüklüğünde elektrik üretecek bir kapasiteye sahip olduğu, bu durumun altında, anılan şirketin otoprodüktör statüsüne değil, örtülü bir imtiyazla elektrik ticareti yapma olanağına kavuşacak bir

üretim şirketi statüsüne sahip olma isteğinin yattığı; Adana 1. Sulh Hukuk Mahkemesi Hakimliği'ne verilen ve ÇEAŞ kayıtları dikkate alınarak hazırlanan 21.02.2002 tarihli Bilirkişi Raporu'nda, Enerjisa'nın tesisinin devreye girmesi halinde, 2001 yılı tüketim ve satışları esas alınarak yapılan hesaplamada, tespit isteyen ÇEAŞ'ın doğrudan ve dolaylı olarak, bir yılda 729.842.221 kW/saat daha az enerji satacağı, bu rakamın ÇEAŞ satışlarının %9,38'ine tekabül ettiği; kamu yükümlülüklerine tabi olmayan söz konusu şirketin faaliyete geçmesi halinde, ÇEAŞ'ın bu oranda bir kar kaybına uğrayacağı iddia edilmektedir.

Değerlendirme 2: ÇEAŞ'ın yukarıdaki savunması, Enerjisa'nın kurulması sonucunda ve Enerjisa ortaklarının yüksek bir tüketim miktarına sahip olması nedeniyle ÇEAŞ'ın portföyünde bir kayıp yaşanacağı; bununla birlikte, Enerjisa'nın kendi ortaklarının üzerinde bir kapasiteye sahip olduğu ve amacının enerji ticareti yapmak olduğu, oysa ki bölgede bir arz fazlası yaşandığı temel noktalarına dayanmaktadır. Bu çerçevede, öncelikle savunmanın esasını teşkil eden verilerin değerlendirilmiştir.

ÇEAŞ'ın 2001 yılı faaliyet raporunda, işletmekte olduğu hidroelektrik santrallerin üretim kapasitesi ve kurulu güçleri aşağıdaki şekilde verilmiştir:

[1]

Tablo 1- ÇEAŞ'ın Hidroelektrik Santrallerinin Üretim Kapasitesi

Santraller	Santral Yeri	İşletmeye Alınış Tarihi	Kurulu Güç (KW)	Yıllık Üretim Kapasitesi (kW/saat)
SEYHAN	Adana	Nisan 1956	60.000	350.000.000
KADINCIK 1	Tarsus	Temmuz 1971	70.000	315.000.000
YÜREĞİR	Adana	Nisan 1972	6.000	20.000.000
KADINCIK 2	Tarsus	Şubat 1974	56.000	307.000.000
SIR	K.Maraş	Nisan 1991	283.500	725.000.000
SEYHAN 2	Adana	Ocak 1992	7.552	33.000.000
BERKE HES	K. Maraş Osmaniye	Ocak 2002	510.000	1.672.000.000
TOPLAM			993.072	3.422.000.000

Yukarıdaki verilere göre, ÇEAŞ'ın işletmekte olduğu toplam kurulu güç 993MW'tır. Buna karşılık, Bakanlıkça Enerjisa'ya tesis izni verilen santralin toplam 120 Mw'lık kurulu güce sahip olduğu bilinmektedir. Bu durumda Enerjisa'nın kurulu gücünün ÇEAŞ'ın toplam kurulu gücünün yaklaşık sekizde birine eşit olduğu görülmektedir.

Öte yandan, ÇEAŞ'ın savunmasında, Mayıs 2002 yılında bölge ihtiyacının üzerinde üretim yapıldığı ifade edilmekle birlikte, söz konusu bölgede ne kadar üretim ve tüketimin gerçekleştiğine ilişkin verilere ve belgelere yer verilmemiştir. Buna karşılık, yıllar itibarıyla ÇEAŞ üretiminin bölge tüketiminin tamamını karşılayamadığına ilişkin bulgulara rastlanılmıştır. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 2001/92 E. ve 2001/505 K. sayılı kararında, ÇEAŞ'ın 1993 yılı itibarıyla görev bölgesinde sattığı enerjinin %43'ünü kendi üretimi ile, %57'lik bölümünü ise TEAŞ şebekelerinden karşıladığı belirtilmektedir. Yine ÇEAŞ'ın 2001 yılı Faaliyet Raporu'nda, konuyla ilgili aynen şu ifadelerle yer verildiği görülmektedir:

“Şirketimiz, 2001 yılında 1.044.709.000 kW/saat elektrik enerjisi üretmiştir. Bölgemize 2001 yılında gelen suların, bir önceki yıla ve uzun yıllar ortalamasına göre azalması nedeniyle 2001 yılı enerji üretimi de bir önceki yıla göre %34,3 oranında bir azalış göstermiştir. Toplam satış %6 azalmış olup, bölgemiz enerji ihtiyacının %13.43'ü Şirketimizin öz üretimi ile karşılanmıştır. Şirket olarak öncelikli hedefimiz, bölgemiz enerji ihtiyacının %60-70'inin kendi üretim tesislerimizce karşılanmasıdır. Bu nedenle 2001 yılında şirketimiz, üretim kapasitesini iki katına çıkaracak olan Berke HES inşaatının bitirilmesine hız vermiştir.”

2001 yılında yağışların azalmış olması koşulu dikkate alınsa dahi, Berke HES'in devreye girmesiyle birlikte hedeflenen oranın bölge ihtiyacının % 60-70'ini geçemediği, dolayısıyla, ÇEAŞ'ın yıllık üretiminin bölge ihtiyacını karşılamaktan uzak olduğu, arz açığının önemli bir kısmının mülga TEAŞ tarafından karşılandığı görülmektedir. Bu çerçevede, Enerjisa'nın kendi ortaklarına yönelik enerji üretiminin, esasen bölge üretimine bir katkı sağlayacağı anlaşılmaktadır.

ÇEAŞ'ın, Enerjisa'nın başvurusunun altında, bir otoprodüktör olmaktan ziyade bir üretim şirketi gibi faaliyet gösterme isteği yattığına ilişkin iddiası ise Enerjisa tarafından reddedilmektedir. Enerjisa, söz konusu iddiaya, gerçekte hiçbir zaman enerji fazlasını ÇEAŞ'a satmak gibi bir amacı olmadığını, taleplerinin yalnızca ortakları için üretilecek enerjinin nakli olduğunu, bu durumun ÇEAŞ'a teklif edilen ve Bakanlığa da gönderilen Alış ve Nakil Sözleşmesi taslağının incelenmesiyle

anlaşılacağını öne sürerek cevap vermektedir. Kurum kayıtlarına intikal eden şikayet dilekçesi ekindeki söz konusu Alış ve Nakil Sözleşmesi taslağının “Sözleşmenin Konusu” başlığını taşıyan 2. maddesi şu şekildedir:

“Bu sözleşmenin konusu,

Enerjisa'nın Adana'da tesis ederek işleteceği 120 MW kurulu gücündeki otoprodüktör santralinde üreteceği enerjinin, otoprodüktör ortaklarına mevcut iletim ve dağıtım hatlarının kira karşılığında kullanılması ile nakledilmesi,

Enerjisa'nın ihtiyacı olduğu taktirde, ÇEAŞ'tan elektrik enerjisi satın alması esaslarının belirlenmesidir.

Enerjisa Adana Santralinden sisteme vereceği aktif enerjinin ortaklarına yapacağı enerji naklinden arta kalanın, Türkiye Elektrik Taahhüt ve Ticaret A.Ş. (TETAŞ) tarafından satın alınacağına dair sözleşme Enerjisa ile TETAŞ arasında 27.11.2001 tarihinde imzalanmıştır.”

Söz konusu maddede ve taslağın takip eden bölümlerinde, Enerjisa'nın ürettiği enerji fazlasının ÇEAŞ'a satışı konusunda herhangi bir hükme rastlanmamaktadır. Kaldı ki, “TEAŞ ve TEDAŞ Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretim Tesisi Kurma ve İşletme İzni Verilmesi Esaslarını Belirleyen Yönetmelik'in” 4. maddesinin değişik: 29/9/1997-97/10059 K. (h) bendinde yer alan

“Otoprodüktör ve/veya otoprodüktör grubu üretim tesisleri, ihtiyacının üzerinde üretilen elektrik enerjisinin satış fiyatı, enerji dağıtımını yapan kuruluşların ülke geneline nihai tüketiciye uyguladıkları ortalama enerji satış fiyatından fonlar ve paylar düşüldükten sonra kalan kısmın %85'ini

geçmeyecek şekilde Bakanlıkça belirlenir. Şirket ihtiyacının üzerindeki enerjiyi santralin enerji bağlantısını yaptığı kuruluşa satar.”

şeklindeki hükümlerden de anlaşılacağı üzere, mevzuata göre Enerjisa'nın enerji fazlasını görevli şirkete (ÇEAŞ'a) satma hakkı bulunmaktadır.

Esasen, rekabet mevzuatı çerçevesinde önemli olan husus, erişimin engellenip engellenmediği, pazara girişin kısıtlanıp kısıtlanmadığıdır. Enerjisa'nın aslında bir üretim şirketi olarak faaliyet göstereceğine ilişkin ÇEAŞ savunmalarının değerlendirilmesinin temel

amacı, naklin engellenmesine izin veren bir yasal ve maddi dayanağın olup olmadığının tespitidir ki, yukarıda yer verilen bilgilerden de anlaşılacağı üzere ÇEAŞ'ın iddialarını destekleyen bir kanıya varmak mümkün görülmemektedir.

ÇEAŞ'ın Savunması 3: ÇEAŞ'ın yatırım yapma ve birçok yere bedelsiz elektrik verme yükümlülüğünde iken, Enerjisa'nın hiçbir kamu hizmeti yatırımı yapmadan elektrik üreten, ürettiği elektriği ÇEAŞ'a ilettiren ve ÇEAŞ abonelerine satan, buna karşılık kamu yükümlüklerine tabi olmayan bir özel hukuk kişisi olduğu; kamu hizmeti görevinin ifası bakımından bir rakip anlayışının olamayacağı belirtilmektedir.

Değerlendirme 3: ÇEAŞ'ın savunması, bir kamu hizmeti gördüğü ve yükümlülükleri gereği rekabet mevzuatı çerçevesinde otoprodüktör teşebbüsler ile bir rakip kavramı ile değerlendirelemeyeceği varsayımına dayanmaktadır.

Herşeyden önce ÇEAŞ'ın borsada işlem gören bir özel sermaye şirketi olduğunu belirtmek yerinde olacaktır. Bu çerçevede, ÇEAŞ, söz konusu hizmetlerin ifası esnasında elde edeceği kâr ve karşılaşacağı zarardan bizatihi kendisi sorumludur ki, bu durum Yüksek Yargı organlarının kararlarında da açıkça teyit edilmiştir.

İkinci olarak, ÇEAŞ'ın yükümlükleri ve haklarının çerçevesi İmtiyaz Sözleşmesi'nde belirlenmiştir. İmtiyaz Sözleşmesi hükümlerinde ÇEAŞ'a yüklenen külfetlerin bir ekonomik karşılığı olduğu, dolayısıyla ÇEAŞ'a rekabet mevzuatının uygulamasından muaf tutulmasını sağlayacak nitelikte bir sorumluluğun yüklenmediği görülmektedir. Bu durum, aşağıda yer verildiği üzere, İmtiyaz Sözleşmesi'nin "Tarife" başlıklı 12. maddesinden açıkça anlaşılmaktadır:

"Elektrik enerjisi satış tarifeleri, yürürlükteki mevzuat hükümleri ve aşağıdaki hususlar gözönünde bulundurulmak suretiyle hazırlanarak, Şirket'in önerisi ve Bakanlığın onayıyla yürürlüğe girecektir.

Tarifelerin tespitinde;

- Yakıt ve malzeme masrafları: kullanılan her çeşit yakıt, yağ ve işletme malzemesinin tutarı,
- Su masrafları: Hidroelektrik santrallerde kullanılan su bedeli,
- Dışarıdan alınan enerji bedeli: Şirketin kendi üretimi olmayıp dışarıdan aldığı elektrik enerjisi için ödeyeceği meblağ,

- *Personel masrafları: Her türlü işçi ve personele yapılan masraflarla yönetim ve denetim giderleri,*
- *Bakım ve onarım masrafları: Bina, makina ve tesisatla, nakil vasıtaları ve demirbaşların bakım ve onarımı için yapılan masraflar,*
- *Vergi, resim ve harçlar: Üretilen enerjinin taşıdığı vergi, resim ve harçlar,*
- *Kanuni ihtiyatlar,*
- *Fonlar,*
- *Teknik ve sermaye amortismanları,*
- *Yatırımlar için sağlanan kredilere ait faizler, ana para ile bunlara ilişkin kur farkları,*
- *Çeşitli masraflar: Görev konusu işlerle Bakanlık tarafından verilecek sokak aydınlatması ve benzeri görevlerin ifa, idame ve idaresi için lüzumlu her türlü masraflar,*
- *İşletme hakkı devir bedeli,*
- *Şirketin yeniden değerlendirilmiş, ödenmiş sermayesine ve piyasa koşullarına göre makul oranda bir temettü*

gözönünde bulundurulacaktır.”

Madde kapsamından, ÇEAŞ'ın, Bakanlığın yüklediği bedelsiz hizmetler de dahil olmak üzere, herhangi bir teşebbüs gibi her türlü maliyetini fiyatlara yansıtılabildiği görülmektedir. Kamu hizmeti kavramı için niteliğinin kamusal bir yarar içermesini ifade etmekte olup, bu hizmeti gören özel teşebbüs açısından, aksi görev sözleşmesinde belirtilmedikçe, bedeli olmayan bir yükümlülük getirmemektedir. Bu çerçevede, ÇEAŞ'ın rekabet mevzuatından muaf tutulmasını gerektiren türden bir sorumluluğuna rastlanmamıştır.

4054 sayılı Kanun'un 3. maddesinde de teşebbüs, “*piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler*” olarak tanımlanmıştır. Bu çerçevede ÇEAŞ, ekonomik faaliyet gösteren bir özel sermaye şirketi olarak 4054 sayılı Kanun bakımından bir teşebbüstür. 4054 sayılı Kanun'un kapsam maddesi olan 2. maddesinde de, “*Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarda faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma,*

uygulama ve kararlar ile piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukuki işlem ve davranışlar, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemler bu Kanun kapsamına girer.” denilerek, mal ve hizmet üreten her türlü teşebbüsün rekabete aykırı davranış ve işlemlerinin Kanun kapsamı dahilinde olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle, ÇEAŞ'ın İmtiyaz Sözleşmesi ile görevlendirilmiş bir şirket olması, 4054 sayılı Kanun'un uygulanmasına engel teşkil etmemektedir.

Yukarıda yer verilen değerlendirmeler çerçevesinde, ÇEAŞ'ın Enerjisa ile aynı coğrafi pazarda üretim faaliyeti gösterdiği dikkate alındığında, gerçekte her iki teşebbüsün dolaylı olarak rakip durumunda olduğu görülmektedir. Enerjisa ortaklarının, bölgede Enerjisa dışındaki tek tedarik alternatifi ÇEAŞ'tır. ÇEAŞ'ın *“Enerjisa'nın hiçbir kamu hizmeti yatırımları yapmadan elektrik üreten, ürettiği elektriği ÇEAŞ'a ilettiren ve ÇEAŞ abonelerine satan, buna karşılık kamu yükümlüklerine tabi olmayan bir özel hukuk kişisi olduğu ve faaliyete geçmesi ile ÇEAŞ'ın %9 civarında bir kar kaybına uğrayacağı”* şeklindeki görüşleri de, gerçekte Enerjisa'nın ÇEAŞ'ın rakibi durumunda olduğuna işaret etmektedir.

4628 sayılı Kanun'un 2(a)(3). maddesinde de bir otoprodüktör ya da otoprodüktör grubunun, ürettiği elektrik enerjisinin, bir takvim yılı içinde %20'sini aşmamak kaydıyla Kurul tarafından belirlenecek orandaki miktarını rekabet ortamında satabileceği, bir takvim yılı içinde Kurulca belirlenen orandan fazla enerjinin satılması halinde ise üretim lisansı almaları gerektiğini hükme bağlamıştır. Bu Kanun'a dayalı olarak çıkarılan Lisans Yönetmeliği'nin 33. maddesine göre de otoprodüktörler tarafından müşterilere serbestçe yapılacak satışlarda, enerji satış fiyatının taraflar arasında yapılacak ikili anlaşmalar yoluyla serbestçe müzakere edilerek belirlenebileceği görülmektedir. Söz konusu hükümler, otoprodüktörlerin elektrik üretim piyasasındaki üretim şirketlerine rakip oldukları hususunu açıkça destekler niteliktedir.

ÇEAŞ'ın Savunması 4: Enerjisa ile sözleşmenin imzalanması nedeniyle, şikayet konusunun ortadan kalktığı; Enerjisa'nın tesisi ile ilgili 3096 sayılı Kanun'un 4. maddesine göre DPT'nin olumlu görüşünün alınması gerektiği ancak, böyle bir görüşün alınmadığının Mahkemece tespit edildiği; ESA'nın imzalanmasından önce kendilerine onaylı projenin gönderilmesi ve Geçici Kabul Kurulu'nun oluşturulması gerektiği halde söz konusu hususların yerine getirilmediği; sonuç olarak, Enerjisa'nın projesiyle ilgili hukuka aykırı hususların bulunduğu ve bu nedenle

sözleşmenin gecikmesinde Enerjisa'nın kusuru bulunduğu ileri sürülmektedir.

Değerlendirme 4: ÇEAŞ, konuyla ilgili tüm yazışmalarında 3096 sayılı Kanun'un 4. maddesine göre üretim şirketlerine Bakanlığın izin verilmesinden önce DPT'nin görüşünün alınması gerektiğini ileri sürmüş ve bu nedenle Enerjisa'nın başvurusuna Bakanlıkça doğrudan izin verilmesini önemli bir hukuki eksiklik olarak değerlendirmiştir. ÇEAŞ tarafından gönderilen ve değerlendirilmeye alınması istenen, Prof. Dr. T... A... 'nun konuyla ilgili hukuki mütalaalarında da şu görüşlere yer verilmiştir:

"1. Dosyadaki bilgilerden anlaşıldığına göre ÇEAŞ 25.12.2000 tarihinde Ankara 5. İdare Mahkemesine Enerjisa'nın Enerji Bakanlığı ile yapmış olduğu otoprodüktör sözleşmesinin iptali için dava açmış (E.2002/349) olup, halen bu davaya bakılmaktadır. ÇEAŞ Enerjisa'nın Rekabet Kurulu'na şikayetinden (15.7.2002) bir süre sonra 17.8.2002 tarihinde Enerjisa ile "Sisteme Bağlantı ve Enerji Nakil Şartlarını Belirleyen" Sözleşme'yi imzalamıştır. ÇEAŞ Sözleşme yapmaya zorlanmasından doğan zararı ayrıca talep etme hakkını saklı tutmuştur. Başka bir deyişle ÇEAŞ Sözleşme yapmakla Enerjisa iddialarını kabul, bu arada hakim durumu kötüye kullandığını ikrar etmiş olmadığını vurgulamaktadır.

2. Anılan sözleşmenin ÇEAŞ tarafından imzalanmasıyla şikayet, 17.8.2002 itibarıyla konusuz kalmış bulunmaktadır. Bu nedenle, hakim durumun kötüye kullanıldığı iddiası bu tarihten önceki dönem bakımından mevcut mudur sorusuna yanıt aranmalıdır. Bu sorunun yanıtı tamamen Ankara 5. İdare Mahkemesi önündeki işin sonuçlanmasına bağlı görünmektedir..."

Ankara 5. Bölge İdare Mahkemesi yukarıda bahsi geçen konuyla ilgili kararını (2002/349 E. , 2002/1325K) 18.10.2002 tarihinde vermiştir.

Buna göre; Ankara 5. Bölge İdare Mahkemesi'nin, ÇEAŞ'ın, Bakanlık ile Enerjisa arasında 09.10.2000 tarihinde imzalanan İzin Sözleşmesi'nin, 3096 sayılı Kanun'da enerji fazlasının satışına yönelik tesis izni verileceğine dair bir hükme yer verilmediği, aynı yasanın 4. maddesinde öngörülen otoprodüktör sözleşmesi için DPT'nin olumlu görüşü alınması zorunluluğuna uyulmadığı, ayrıca, dava konusu sözleşme ile kurulacak tesisin kendi İmtiyaz Sözleşmesi görev alanı

içinde bulunduğu, bu alan içinde de 2058 yılına kadar enerji üretim, dağıtım ve iletim görevinin kendilerine verildiği iddialarıyla iptalinin istemine yönelik olarak vermiş olduğu Karar'da;

“- 3096 sayılı Kanun ve bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan “Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi ve Türkiye Dağıtım Anonim Şirketi Dışındaki Kuruluşlara Elektrik Enerjisi Üretim Tesisi Kurma ve İşletme İzni Verilmesi Esaslarını Belirleyen Yönetmelik” hükümleri gereği, kendi faaliyet alanlarının enerji ihtiyacını karşılamak üzere otoprodüktör statüsünde enerji üretim tesisi kurma ve işletme izni verilmesi konusunda Bakanlığa kamu yararı ile sınırlı olmak üzere takdir yetkisi tanındığı,

- Yönetmelikte tanımlandığı üzere otoprodüktör grubunun ticaret yapmak amacıyla değil, yalnızca kendi faaliyet alanlarında enerji ihtiyacını karşılamak amacıyla kurulduğu; bu itibarla, otoprodüktör üretim tesisinin kendisine imtiyaz hakkı tanınan herhangi bir görevli şirketin görev bölgesi içinde faaliyet göstermesinin, imtiyazlı duruma herhangi bir şekilde müdahale olmadığı,

- Yurt içindeki üretim olanakları yeterli olmadığından, enerji ihtiyacının bir kısmını yurtdışından karşılamak zorunda kalan ülkemizde, bu tür tesislerin gerek kendi ihtiyaçlarına yönelik üretimi, gerekse ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde ürettiği ihtiyaç fazlası enerjisi Bakanlıkça belirlenen tarifeye göre TEAŞ, TEDAŞ veya görevli şirkete satılabilmesi nedeniyle kamu yararına uygun oldukları,

- Bu durumda dava konusu İzin Sözleşmesi'nde mevzuata ve kamu yararına aykırılık bulunmadığı,

- Her ne kadar 3096 sayılı Kanun'un 4. maddesinde DPT'nin olumlu görüşünün alınması zorunlu kılınmışsa da, yasa hükmü incelendiğinde açıkça görüleceği üzere bu zorunluluğun ticari amaçla elektrik üretimi yapan sermaye şirketleri için getirilmiş olduğu, otoprodüktörler için bu zorunluluktan söz edilemeyeceği,

- Öte yandan ilgili Yönetmeliğin otoprodüktör üretim tesisinin kuruluşuna imkan tanıyan 4(f) maddesinde kuruluş esnasında DPT'nin olumlu görüşünün alınmasını zorunlu kılan bir kurala da yer verilmediği”

gerekçeleriyle davacı ÇEAŞ'ın iptal istemi reddedilmiştir.

Bu çerçevede, DPT'nin olumlu görüş şartı bulunmamasının, Enerjisa tesislerinin sisteme bağlantısını engellemeye yönelik bir dayanak teşkil edemeyeceği yargı kararınca hükme bağlanmış olup, ÇEAŞ'ın bu yöndeki savunması da dayanaksız kalmıştır.

ÇEAŞ'ın hukuka aykırılığa ilişkin ikinci iddiası, ESA'nın geçici kabul yapıldıktan ve Bakanlığın proje onayından sonra imzalanması gerektiği; Elektrik Tesisleri Kabul Yönetmeliği hükümlerine göre, iş yaptıran kuruluş, enerji sağlayan kuruluş ve yüklenici kuruluş temsilcilerinden oluşan Kabul Kurulu oluşturulmadan ve bu Kurul tarafından gerekli muayene ve incelemeler yapılmadan gerilim uygulanamayacağı ve enerji satış/nakline yönelik ESA yapılamayacağı yönündedir. Ancak ÇEAŞ Bakanlığa göndermiş olduğu 3.6.2002 tarihli yazıda tam tersini savunmuş ve bu kez ÇEAŞ ile ESA imzalanmadan Enerjisa santralinin kabul işlemlerinin yapılamayacağını öne sürmüştür. Bir gün sonra da ÇEAŞ'ın Bakanlığa göndermiş olduğu 4.6.2002 tarihli yazıda, daha evvel ki yazılarda açıklanan teknik, mali ve hukuki gerekçeler nedeniyle geçici kabul işleminin yapılamayacağı ve geçici kabul işlemi için herhangi bir heyetin gönderilmemesi gerektiği belirtilmiştir. Bu gelişmelerden de anlaşılacağı üzere, ÇEAŞ'ın tesisin kabulüne ilişkin iddialarında çelişkiler söz konusudur.

Buna karşılık, kabule ilişkin ihtilafların nasıl çözümleneceğine yönelik olarak Elektrik Tesisleri Kabul Yönetmeliği'nin "Kapsam" başlıklı 2. maddesinin son fıkrasında "*Herhangi bir tesisin bu Yönetmelik kapsamına girip girmeyeceği konusunda ve kabul işlemleri ile ilgili konularda bir kararsızlık veya anlaşmazlık ortaya çıkarsa, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın bu konuda vereceği karar geçerlidir.*" denerek, çözüm mercii gösterilmiştir. Bakanlığın, ÇEAŞ'ı ESA'yı imzalaması konusunda defalarca uyardığı, ayrıca Enerjisa'nın fizibilite raporunu onaylayarak 9.10.2000 tarihinde Bakanlık ile Enerjisa arasında İzin Sözleşmesi'nin imzalandığı dikkate alındığında, ihtilafın gerçekte ÇEAŞ'ın tutumundan kaynaklandığı görülmektedir.

Ayrıca, şu an faaliyette bulunan Enerjisa tesislerine gerilim uygulamasının ve bu tesislerin kabul işleminin Enerjisa ile ÇEAŞ arasında nakle ilişkin sözleşmenin imzalanmasından sonra gerçekleştirildiği hususu da dikkate alınmalıdır.

ÇEAŞ'ın Savunması 5 : Berke HES'in deneme üretimine başladığı, söz konusu tesislerde üretilecek enerjinin Ceyhan 2 TM üzerinden Seyhan TM ve Zeytinli TM'ye akacağı, belirtilen her iki

noktadan ve buna ilaveten Enerjisa'dan Zeytinli TM'ye enerji akması ve Zeytinli TM'nin tüketiminin az olması nedeniyle, yük akışı ve iletim hatları yönünden Zeytinli TM'ye bağlantı yapılmasının mümkün olmadığı, otoprodüktör tesisinden üretilip, sisteme verilecek enerjinin, planlı ve kontrollü olamayacağı, bu sebeple gerilim dalgalanmalarına, buna bağlı olarak darbelere neden olacağı ve mevcut sisteme zarar vereceği ifade edilmektedir.

Değerlendirme 5: Dosya mevcudu belgelerde, ÇEAŞ'ın söz konusu iddiasını destekleyen yönde bir mahkeme kararı ya da Bakanlığın bu konuda bir tespitine rastlanılmamıştır. Nitekim, Enerjisa ile ÇEAŞ arasında 17.8.2002 tarihinde imzalanan sözleşmede de ÇEAŞ'a ait Zeytinli TM merkezindeki 154 kV'luk baraya bağlanacağı (madde 4.3) hükme bağlanmıştır.

Bakanlığın Enerjisa ile imzaladığı İzin Sözleşmesi de, esasen teknik açıdan bağlantının yapılmasında herhangi bir sakınca bulunmadığını göstermektedir. Dolayısıyla, ÇEAŞ'ın söz konusu görüşünün, sadece bir iddia olarak kaldığı anlaşılmaktadır.

I.7.3.2. ÇEAŞ'ın, Toros'un Şikayetine İlişkin Gereçleri ve Değerlendirme

ÇEAŞ, Toros'un şikayeti ile ilgili olarak gönderdiği ilk yazılı savunmasında, açıklanan konulara ilave olarak, Enerjisa'nın şikayeti ile ilgili olarak yapılan savunmanın bu savunma için de geçerli olduğunu belirtmiştir. Bu bölümde ÇEAŞ'ın Toros ile ilgili ilk yazılı savunmasının yanısıra, Toros ve Bakanlık'la olan yazışmalarında yer alan önemli iddia ve savunmaları değerlendirilmiştir.

ÇEAŞ'ın Savunması 1: ÇEAŞ'ın görev bölgesi'nde görevli/ımtiyazlı şirket olduğu ve otoprodüktör şirketlerin kurulmasına izin verilmesinin İmtiyaz Sözleşmesine aykırı olduğu, bu imtiyazın sonradan çıkarılan Kanun ve yönetmeliklerle tek taraflı olarak değiştirilemeyeceği, Toros'un bir otoprodüktör şirketten çok ÇEAŞ'a elektrik satmak amacı ile kurulan kamu hizmeti yükümlülüğü olmayan bir üretim şirketi olduğu ve ÇEAŞ satışlarında yaklaşık %0,67 oranında bir azalmaya yol açacağı öne sürülmektedir.

Değerlendirme 1: İmtiyaz sözleşmesinin ÇEAŞ'a ilgili bölgede tekel hakkı verip vermediği hususu daha önce açıklandığından tekrar değerlendirilmemiştir.

Otoprodüktör şirketlerinin kurulması, 85/9799 sayılı Yönetmeliğin 4.4.1996 tarihli 96/8007K ile değişik 3. maddesine dayanmaktadır. Bu çerçevede, otoprodüktör şirketlerin kurulması 9.3.1998 tarihinde imzalanan İmtiyaz Sözleşmesi'nden önce çıkarılan Yönetmelik'te dayanak bulmaktadır. Bu bakımdan ÇEAŞ'ın İmtiyaz Sözleşmesinin sonradan çıkarılan yönetmelikle değiştirildiği iddiasının gerçeği yansıtmadığı görülmektedir. Kaldı ki; İmtiyaz Sözleşmesi'nin 6(h) maddesine göre, ÇEAŞ, müşterilerle arasındaki ilişkileri düzenleyen ve Bakanlık tarafından yürürlüğe konulmuş ve konulacak yönetmeliklere uygun davranmak yükümlülüğü altındadır.

Diğer yandan, otoprodüktörlere fazla enerjiyi satma hakkı anılan Yönetmeliğin 29.9.1997 tarihli değişik 4(h) maddesi ile verilmiştir. Bu bakımdan tekel hakkı öngörmeyen, aksine rekabetçi kayıtlar taşıyan bir İmtiyaz Sözleşmesi imzalamış olan ÇEAŞ'ın, piyasanın yapısında meydana gelen değişikliğe bağlı olarak satış ve kâr miktarının düşmesini, Toros'un sisteme erişimini engellemek için gerekçe olarak göstermesi kabul edilemez bir savunmadır.

Toros'un otoprodüktör veya üretim şirketi olması, konunun 4054 sayılı Kanun açısından ele alınışında bir farklılığa yol açmayacaktır. Burada önemli olan husus, ister kendi gereksinimi için isterse ticaretini yapmak için olsun, elektrik üreten, diğer bir ifadeyle pazarın üretim seviyesinde yer alan bir teşebbüsün sisteme erişiminin engellenmesinin söz konusu olup olmadığıdır.

ÇEAŞ'ın Savunması 2: ÇEAŞ'ın otoprodüktörlerin fazla enerjisini almak zorunda olmadığı ve otoprodüktörlerden enerji alınması durumunda bunun fiyatının TEAŞ fiyatının üzerinde olamayacağı iddia edilmektedir.

Değerlendirme 2: Otoprodüktörlerin ihtiyacının üzerindeki enerjiyi satması ve uygulanacak fiyatla ilgili hükümlere, 85/9799 sayılı Yönetmeliğin 29.9.1997 tarihli değişik 4(h) maddesinde yer verilmiştir. Otoprodüktörlerin enerji satış fiyatlarının Bakanlıkça belirleneceği hususunun belirtildiği bu maddede, "*Şirket ihtiyacının üzerindeki enerjiyi santralin bağlantısını yaptığı kuruluşa satar.*" şeklinde emredici bir hükmün yer aldığı görülmektedir. Bu bakımdan ÇEAŞ'ın, otoprodüktörlerin satacağı fazla enerjiyi Bakanlığın belirlediği fiyattan almak zorunda olduğu anlaşılmaktadır.

ÇEAŞ'ın Savunması 3: Şikayetçi teşebbüslerin sadece elektrik satmak için kurulduğu, hiç bir kamu yükümlülüğü taşımadıkları, ÇEAŞ'ın ise yatırım yapma ve sokak aydınlatması gibi kamu yükümlülükleri taşıdığı, bu bakımdan diğer şirketlerle ÇEAŞ'ın karşılaştırılmasının yapılamayacağı ve bu teşebbüslerle aynı pazarda olmadığı ileri sürülmektedir.

Değerlendirme 3: ÇEAŞ'ın, İmtiyaz Sözleşmesi'ne göre yatırım yapmakla ve sokak aydınlatması gibi görevleri ifa etmekle yükümlü olduğu, ancak söz konusu sözleşmesinin tarife ile ilgili hükümleri dikkate alındığında, yaptığı hizmetlerin karşılığı olan maliyetleri fiyata yansıtma hakkına sahip olduğu, bu nedenle de kamu hizmeti yükümlülüğüne ilişkin savunmasının dayanaksız kaldığı hususlarına önceki bölümlerde yer verilmiştir.

Bu hususa ilave olarak, ÇEAŞ'ın savunmalarında bazı çelişkili iddiaların bulunduğu görülmektedir. ÇEAŞ bir yandan Toros ile aynı pazarda olmadığını iddia ederken, bir yandan da Toros'un üretim şirketi gibi faaliyet gösterdiğini ileri sürmektedir. Daha önce de ifade edildiği gibi, Toros ister otoprodüktör, isterse üretim şirketi olsun, pazarın üretim seviyesinde yer almakta ve ürettiği elektriği ÇEAŞ'ın eski müşterisi konumundaki kendi şirketlerine vermektedir. Bu bakımdan, ÇEAŞ ve Toros, aynı pazarda olmadıkları yönündeki savunmanın aksine, gerçekte rakip konumdadır. Bölgedeki Toros ortaklarının Toros dışındaki tek alternatifinin ÇEAŞ olduğu dikkate alındığında bu husus netlik kazanmaktadır.

ÇEAŞ'ın Savunması 4: Toros santralleri kurulurken alınması gereken DPT görüşünün alınmadığı, Toros'un sonradan ESA kapsamına alınan, kurulu gücü 7,4 MW olan santralinin hukuka aykırı olarak tesis edildiği, söz konusu santralin teknik zorluk ve uyumsuzlukları beraberinde getirdiği belirtilmektedir.

Değerlendirme 4: Ankara 5. İdare Mahkemesi'nin 18.10.2002 tarihli kararında otoprodüktör santraller için DPT görüşünün alınmasının zorunlu olmadığı yönündeki hükmüne önceki bölümlerde yer verilmiştir.

ÇEAŞ, Bakanlığın, "*Toros'un 4,7 MW kurulu gücündeki santraline ilave edilen 7,4 MW gücündeki santralle ilgili fizibilitesini uygun bulunduğu ve bu doğrultuda Toros ile yapılan ESA'nın revize edilmesi yönündeki talebine*" cevaben gönderdiği yazıda, iki santralin değişik yakıtlar kullanması nedeniyle satış fiyatının belirlenmesi konusundaki belirsizliğe

dikkat çekmiş ve 5.11.1998 tarihli ESA'nın revize edilmesi gerektiğini belirtmiş, bunun dışında söz konusu santralin hukuka aykırı olarak kurulduğu, teknik zorluk ve uyumsuzlukları beraberinde getirdiği hususlarına değinmemiştir.

Dosya mevcudu belgelerden, ÇEAŞ'ın, söz konusu tesisin yasaya aykırı olarak kurulduğunu 18.4.2001 tarihli ESA'nın imzalanmasından bir yıl sonra, Toros'a gönderdiği 12.3.2002 tarihli yazıda dile getirdiği anlaşılmaktadır. Diğer yandan, otoprodüktör santrallerin kurulması için alınacak izin ve bunun için gerekli işlem ve esaslar 85/9799 sayılı Yönetmelik'te düzenlenmektedir. Toros'un 7,4 MW güçteki santralin fizibilitesi de Bakanlıkça uygun bulunmuş ve sisteme bağlanmasına izin verilmiştir.

ÇEAŞ'ın Savunması 5: Mahsuplaşmanın İmtiyaz Sözleşmesi'ne aykırı olduğu iddia edilmektedir.

Değerlendirme 5: Otoprodüktörler ile TEAŞ, TEDAŞ, bağlı ortaklıklar veya görevli şirketler arasında mahsuplaşma yapılacağı hükmüne, 85/9799 sayılı Tebliğin 4(g) maddesinde yer verilmiştir. ÇEAŞ'ın, İmtiyaz Sözleşmesinin 6(h) maddesi uyarınca müşterileriyle aralarındaki ilişkileri düzenleyen ve Bakanlık tarafından çıkarılan/çıkarılacak yönetmeliklere uyma yükümlülüğü altında olduğu ve İmtiyaz Sözleşmesi'nde mahsuplaşma yapmayı engelleyici bir hüküm olmadığı dikkate alındığında, ÇEAŞ'ın savunmasının yerinde olmadığı görülmektedir. Ayrıca; ÇEAŞ'ın 85/9799 sayılı Yönetmeliğin bazı maddelerinin iptali için açtığı dava, Danıştay 10. Dairenin 26.12.2001 tarih ve 2001/4978 sayılı kararı ile reddedilmiştir. Bu davada Danıştay, görevli şirketle otoprodüktör şirket arasından imzalanan ESA kapsamında mahsuplaşma yapılması ve satış fiyatının Bakanlık tarafından belirlenmesinin, her ne kadar İmtiyaz Sözleşmesinde yer almasa da, 3096 sayılı Kanun ve bu Kanunun uygulanmasına ilişkin Yönetmeliğe uygun olduğuna karar vermiştir.

Danıştay anılan kararında aşağıdaki değerlendirmelere yer vermiştir:

"01.12.1998 tarih ve 23540 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Yönetmelik değişikliğiyle 4(g) maddesi yeniden düzenlenmiştir. Maddenin davacının iptalini istediği 7. bendinde, otoprodüktör ve/veya otoprodüktör grubu şirketlerinin, faaliyet gösterdikleri bölge içerisinde TEAŞ, TEDAŞ, bağlı ortaklıkları veya görevli şirketler ile Enerji Satış Anlaşması imzalayacakları, otoprodüktör ve/veya

otoprodüktör grubu şirketlerin TEAŞ, TEDAŞ, bağlı ortaklıkları veya görevli şirketler enerji alışverişi konusunda enerji mahsuplaşması yapacakları, enerji mahsuplaşmasının enerji bazında kW/saat olarak yapılacağı kurala bağlanmıştır.

Anılan dava konusu düzenleme, 5.7.2000 tarih ve 24100 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan yönetmelik değişikliği ile yeniden kurala bağlanmıştır. Yeni düzenlemeye göre, otoprodüktör ve/veya otoprodüktör grubu şirketlerin faaliyet gösterdikleri bölge içerisinde TEAŞ, TEDAŞ, bağlı ortaklıklar veya görevli şirketler ile Enerji Satış Anlaşması imzalayacakları, bu şirketlerin TEAŞ, TEDAŞ, bağlı ortaklıklar veya görevli şirketler (ile) enerji alış verişi konusunda enerji mahsuplaşması yapacakları, mahsuplaşılan enerji için taraflar Bakanlıkça belirlenen otoprodüktör enerji satış fiyatı üzerinden karşılıklı olarak fatura düzenleyecekleri yönündedir.

1.12.1998 tarih ve 23540 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan dava konusu yönetmeliğin değişik 4(g)(7) maddesinin yukarıda anılan düzenleme ile kaldırıldığından, işin esasının incelenmesi olanağı görülmemiştir.

Diğer yandan, davacı şirketin görevlendirilmesine ilişkin İmtiyaz Sözleşmesinin 6(g) maddesindeki görevli şirketin, görev bölgesi içerisinde üretim tesisi kurma ve işletme izni verilen üretim şirketlerince üretilecek enerjiye gereksinim duyması halinde, bu enerjinin Bakanlıkça onaylanan tarifeye göre satın alınabileceği yönündeki düzenlemesi karşısında, davacının, enerji bazında mahsuplaşma ve şirketin alacağı enerji fiyatının belirlenmesi konusunda İmtiyaz Sözleşmesinde bir hüküm bulunmadığı yönündeki savları yerinde görülmemiştir."

ÇEAŞ'ın Savunması 6: Naklin bir yerden bir yere taşınma anlamı taşıdığı, elektrik iletim sisteminde sisteme verilen ve sistemden çekilen enerjinin bire bir eşleşmemesi nedeniyle naklin mümkün olmadığı, diğer yandan otoprodüktör şirketlerin talebin az olduğu saatlerde sisteme enerji verdiği, talebin yüksek olduğu zamanlarda enerji çektiği, bu durumun da ÇEAŞ'ı zarara uğrattığı öne sürülmektedir.

Değerlendirme 6: ÇEAŞ'ın bu savunması, diğer savunmalarında olduğu gibi imzalanan ESA anlaşmalarındaki hükümlerin adil olmadığı, ÇEAŞ aleyhine işlediği iddiasına dayanmaktadır. Toros ise enerji üretiminin, ortaklarının enerji ihtiyaçlarına göre planlandığını, ürettikleri miktarın sistemi etkileyebilecek büyüklükte olmadığını, gerçekte ÇEAŞ

sisteminden kaynaklanan darbeler neticesinde büyük ekonomik kayıplara uğranıldığını ileri sürmektedir. Söz konusu sorun, tarafların kendi arasında yapacakları düzenlemeye veya Bakanlık talimatlarına göre ya da konunun yargıya intikal ettirilerek karara bağlanmasıyla çözülebilecek niteliktedir. Nitekim, Toros ile ÇEAŞ arasında imzalanan 17.3.2003 tarihli ESA'nın 6(3). maddesinde günün elektrik tarifelerinin değiştiği üç zaman diliminde (06:00-17:00, 17:00-22:00, 22:00-06:00) Toros'un sisteme verdiği enerjinin çekilen enerjiden az olmayacağı, eğer fazla enerji çekilirse aradaki farkın ÇEAŞ satış fiyatı üzerinden fatura edileceği hükmüne yer verilmiştir. Ancak, bu anlaşma sağlanmadan önce ÇEAŞ, yargı kararı olmaksızın Toros'un sistemle olan bağlantısını kesme yoluna gitmiştir ki; bu durum sahip olduğu pazar gücünü keyfi olarak kullanmayı ifade etmektedir.

ÇEAŞ'ın Savunması 7: Bakanlığın 1.4.2002 tarihinden sonraki dönemde enerji fiyatlarının taraflarca serbestçe belirlenmesini öngören yazısını takiben, Toros'a ihtar çekildiği ve bu ihtarla fiyatta anlaşma temin edilmeden 1.4.2002 tarihinden sonra Toros tarafından sisteme enerji verilmemesinin talep edildiği, sorunun fazla enerji satışı konusundan kaynaklandığı ve kötüye kullanma durumunun söz konusu olmadığı belirtilmektedir.

Değerlendirme 7: ÇEAŞ, Toros ile olan ihtilafın fazla enerji satışı ve bunun fiyatı ile ilgili konulardan ortaya çıktığını ileri sürmektedir. Yukarıda yer verildiği üzere, ilgili mevzuat ve mahkeme kararları çerçevesinde ÇEAŞ'ın bu itirazlarının dayanağı bulunmamaktadır.

ÇEAŞ'ın, Bakanlığın 1.4.2002 tarihinden itibaren otoprodüktörlerin ihtiyaç fazlası enerji satışında uygulanacak fiyatların taraflar arasında serbestçe belirlenmesini öngören 28.2.2002 tarihli yazısından sonra Toros'a gönderdiği ihtarnamede; Toros'tan elektrik alınmayacağı ve fiyatta anlaşma yapılmadan 1.4.2002 tarihinden sonra sisteme fazla enerji verilmemesi gerektiği ifade edilmiştir. Ancak, fiyatların serbest bırakılma uygulaması çok kısa sürmüş, Bakanlık, ÇEAŞ'a yönelik 29.4.2002 tarihli yazısında ilgili yönetmelik uyarınca 2002 yılı Nisan ayı için uygulanacak otoprodüktör satış fiyatını bildirmiştir. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı gibi, 1.4.2002 tarihinde başlayan otoprodüktör enerji satış fiyatının serbestçe belirlenmesi uygulaması 29.4.2002 tarihli Bakanlık yazısı ile son bulmuş ve bu yazıda, fiyatların 1.4.2002 tarihinden itibaren uygulanacağı belirtilmiştir. Bu doğrultuda, otoprodüktörlerin enerji satış fiyatlarının serbest bırakılması ÇEAŞ ve Toros arasında bir ihtilafa neden oluyorsa, bu ihtilafın Bakanlığın tekrar fiyat belirlemeye başladığı 29.4.2002 tarihinde sona ermesi

gerekmektedir. Bu tarihten sonra da ÇEAŞ'ın 15.5.2002 tarihinde Toros'un sistemle olan bağlantısını keseceğini ifade etmesi, 11.6.2002 tarihinde de ESA'nın yıl sonunda feshedeceğini bildirdiği dikkate alındığında; ÇEAŞ'ın Toros'u tamamen sistem dışına itmeye çalıştığı ve söz konusu savunmasının dayanaksız kaldığı görülmektedir.

Öte yandan, Bakanlığın fiyatın serbestçe belirleneceğine ilişkin talimatı, ÇEAŞ'ın Toros'un sistemle bağlantısını kesmesine bir dayanak oluşturmamaktadır. Zira, sözleşmelerin tadilinin veya feshinin hangi şartlarda yapılacağı tarafların iradesine bırakılmış olup, mevcut sözleşme şartları üzerinde ortaya çıkan anlaşmazlıkların giderilmesi için yargı yoluna başvurulması gerektiği açıktır.

Yukarıda yer verilen değerlendirmeler ışığında, ÇEAŞ'ın, Enerjisa'nın sisteme erişim talebini engellemeye ve geciktirmeye yönelik, Toros'un ise sisteme erişimini durdurmaya yönelik öne sürmüştüğü hukuki ve teknik görüşlerinin, objektif gerekçeler olarak ele alınamayacağı anlaşılmaktadır. Bu çerçevede, zorunlu unsur doktrininin uygulanabilmesi için gerekli tüm şartların mevcut olduğu kanaatine ulaşılmıştır.

I.8. İHLALİN KAPSAMI VE SÜRESİ

Dosya mevcudu bilgi ve belgeler çerçevesinde;

ÇEAŞ'ın zorunlu unsuru elinde bulundurduğu ve altyapı hizmeti pazarında hakim durumda olduğu,

Toros'un ve Enerjisa'nın benzer bir altyapıyı tesis etmesinin makul şartlar çerçevesinde mümkün olmadığı,

ÇEAŞ'ın, şikayetçi teşebbüslerin altyapıya erişimlerini engellediği,

Bunu yaparken de öne sürmüştüğü gerekçelerin, engellemeyi haklı kılabilecek hukuki ve teknik dayanaklardan yoksun olduğu

ve bu nedenle anılan teşebbüsün hakim durumunu kötüye kullandığı kanaatine varılmıştır.

Olayların gelişiminden, ÇEAŞ'ın, Enerjisa'nın erişim talebini reddederek söz konusu teşebbüsü üretim pazarı dışında tutmaya çalıştığı; mevcut sözleşmeyi ise ancak, Bakanlığın ısrarlı talimatları sonucunda imzaladığı anlaşılmaktadır. Aynı şekilde Toros ile olan ihtilafında, aralarında mevcut sözleşme hükümlerini, tarafların karşılıklı

fesih konusunda bir uzlaşması olmaksızın ya da yargı kararı bulunmaksızın tek taraflı olarak değiştirmeye çalıştığı; buna yönelik olarak da ortaklara enerji naklinin engellenmesi de dahil Toros'u pazar dışına çıkaracak çeşitli uygulamaları yürürlüğe koyduğu görülmektedir.

ÇEAŞ'ın, eski müşterileri konumundaki Enerjisa ve Toros'un ortaklarını kendi ürettiği elektriği almaya mecbur bırakmaya ve ilgili pazarda alternatif arz kaynağını kısıtlamaya yönelik uygulamaları, İmtiyaz Sözleşmesi ile verilen yetkilerini üretimde tekelleşme amacıyla kullandığına işaret etmektedir. Nitekim, anılan teşebbüsün savunmasının önemli bir bölümü, kamu hizmeti ifasına yönelik teşebbüse tanınan imtiyazın bir tekel hakkı içerdiği savına dayanmaktadır. Yapılan incelemeler sonucunda ise, kamu hizmeti kavramının kendiliğinden bir tekel hakkına işaret etmediği, gerek teşebbüsün taraf olduğu İmtiyaz Sözleşmesinin gerekse Sözleşmenin yasal dayanağını teşkil eden 3096 sayılı Kanun'un bu tür bir hak tanımadığı, aksine bahsi geçen Kanun ve Sözleşme'de yer alan hükümlerin "*birden fazla üretim şirketinin Bakanlığın izni doğrultusunda aynı bölgede faaliyet göstermesine*" cevaz verdiği tespit edilmiştir. Esasen teşebbüsün konuya ilişkin söz konusu savunması da bölgede üretim seviyesindeki tekelleşme gayesini ortaya koymaktadır. ÇEAŞ'ın alt pazardaki hakim durumunu üst pazarda kötüye kullanması yalnızca fiili rekabeti değil, aynı zamanda olası yeni üretim şirketlerinin veya otoprodüktörlerin pazara girişini caydırmakta ve bu yönüyle potansiyel rekabeti de engellemektedir.

4054 sayılı Kanun bakımından, başvuru konusu ihlal, şikayetçi teşebbüslerin ürettiği elektriğin ÇEAŞ tarafından naklinin engellenmesini kapsamaktadır.

Enerjisa'nın şikayeti ile ilgili ihlal, ÇEAŞ ile 17.8.2002 tarihinde imzalanan Enerji Alış ve Enerji Nakline İlişkin Sözleşme'nin imzalanmasıyla sona ermiş olup, şikayetçi teşebbüs tarafından yapılan geçici tedbir talebi de bu tarih itibarıyla konusuz kalmıştır. Enerjisa'nın ilk üretim ünitesinin 4.12.2001 tarihi itibarıyla geçici kabule hazır hale geldiği yönündeki beyanı ve ÇEAŞ'ın Bakanlığın tesislere gerilim uygulanması talimatını 20.12.2001 tarihinde verdiği cevabi yazıda, yukarıda incelenen gerekçeleri öne sürerek reddettiği dikkate alındığında, ihlalin, Aralık 2001 ile Ağustos 2002 tarihleri arasındaki süreyi kapsadığı görülmektedir.

Toros'un şikayetine ilişkin olarak ise ÇEAŞ'ın, Toros'un sisteme bağlantı noktalarına ters röleler yerleştirerek, söz konusu teşebbüsün sisteme erişimini, dolayısıyla ortaklarına enerji naklini engellediği hususunun 21.6.2002 tarihli Ceyhan 2. Asliye Hukuk Mahkemesi Bilirkişi

Raporu ile saptandığı; ters rölelerin, 7.7.2002 tarihinde Mersin Asliye Ticaret Mahkemesi'nin almış olduğu ihtiyati tedbir kararının ardından, 8.8.2002 tarihinde kaldırıldığı; bu tarih itibarıyla şikayetçinin geçici tedbir talebinin konusuz kaldığı; dolayısıyla, Toros'un şikayetine ilişkin ihlalin 21.6.2002-8.8.2002 tarihleri arasındaki dönemi kapsadığı görölmektedir.

SONUÇ

Düzenlenen raporlara, toplanan delillere ve incelenen dosya kapsamına göre;

1- 4.12.1984 tarih ve 3096 sayılı "Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun"a dayanılarak çıkarılan ve 16.8.1985 tarih ve 9800 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe giren "TEK Dışındaki Kuruluşların Görevlendirilecekleri Bölgeleri Gösteren Yönetmelik" çerçevesinde belirlenen ve Bakanlık ile ÇEAŞ arasında 9.3.1998 tarihinde imzalanmış "Adana, Mersin, Hatay, Osmaniye İlleri Kahramanmaraş İlinin Üç Köyünde Elektrik Üretim, İletim, Dağıtım ve Ticareti Hizmetlerinin Yapılması İçin Görev Verilmesine İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi"nde gösterilen 1 No'lu Görev Bölgesi'nde, ÇEAŞ'ın zorunlu unsuru elinde bulundurduğu ve elektrik nakil pazarında hakim durumda olduğu, şikayetçi teşebbüslerin altyapıya erişimlerini engellediği, bunu yaparken öne sürdüğu gerekçelerin, engellemeyi haklı kılacak hukuki ve teknik dayanaklardan yoksun olduğu,

- ÇEAŞ tarafından, Enerjisa'nın tesislerinin kabule hazır hale geldiği Aralık 2001 tarihinden "Enerji Alış ve Enerji Nakline İlişkin Sözleşme"nin imzalandığı Ağustos 2002 tarihine kadar, Enerjisa'nın sisteme bağlantı taleplerinin çeşitli gerekçelerle reddedildiği; bu nedenle, Enerjisa'nın şikayetine ilişkin ihlalin Aralık 2001-Ağustos 2002 tarihleri arasındaki dönemi kapsadığı,

- ÇEAŞ'ın, Toros'un sisteme bağlantı noktalarına ters röleler yerleştirerek, söz konusu teşebbüsün sisteme erişimini, dolayısıyla ortaklarına enerji naklini engellediği hususunun 21.6.2002 tarihli Ceyhan 2. Asliye Hukuk Mahkemesi Birlikli Raporu ile saptandığı; ters rölelerin, 7.7.2002 tarihinde Mersin Asliye Ticaret Mahkemesinin almış olduğu ihtiyati tedbir kararının ardından, 8.8.2002 tarihinde kaldırıldığı; dolayısıyla, Toros'un şikayetine ilişkin ihlalin 21.06.2002-8.8.2002 tarihleri arasındaki dönemi kapsadığı,

- Bu çerçevede, ÇEAŞ'ın bölge elektrik üretiminde tekelleşmeye yönelik olarak, alt pazardaki (elektrik nakil pazarı) hakim durumunu kullanarak, üst pazardaki (elektrik üretim pazarı) fiili ve potansiyel rekabeti engellediği, dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi bağlamında hakim durumunu kötüye kullandığı sonucuna ulaşılmış,

2- Bu nedenle ÇEAŞ'a, Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, 2001 yılı net satışları üzerinden takdiren %2 oranında olmak üzere 9.557.363.023.000 (Dokuztrilyonbeşyüzellidimilyar üçyüzaltmış üçmilyon yirmüçbin) TL. idari para cezası verilmesine; OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.

Dosya Konusu: Türkiye Seyahat Acentaları Birliği (TÜRSAB) tarafından, Kasım 2001 tarihinde alınan Genel Kurul kararı ile yüksek giriş aidatı uygulanarak piyasaya girişlerin engellenmesi suretiyle 4054 sayılı Kanun'un ihlal edilip edilmediğinin tespiti

Dosya Sayısı : 2002-4-170

Karar Sayısı: 03-80/967-397

Karar Tarihi : 17.12.2003

A- TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan: Tuncay SONGÖR (İkinci Başkan).

Üyeler: R. Müfit SONBAY, Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ, Rıfki ÜNAL, Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI, Kublay ATASAYAR, M. Sıraç ASLAN, Süreyya ÇAKIN.

B- SORUŞTURMA HEYETİ**Soruşturma Heyeti Başkanı:** Rıfkı ÜNAL**Raportörler:** Kemal Tahir SU, Sezin ELÇİN, Hatice AKKAYA**C- ŐİKAYETÇİLER**Çağdaş SARAÇRıhtım Cad. Derya İŞ Merkezi A Blok Kat: 5 D: 84
Kadıköy-İSTANBUL

Vekili: Av.Filiz SARAÇ

Rıhtım Cad. Derya İŞ Merkezi A Blok Kat: 5 D: 84
Kadıköy-İSTANBULTuğrul Ali TUFANKameraman Ali Uğur Cad. Dr. Fethi Oğuz Apt. 24/2 P.K. 48300
Fethiye-MUĞLAHalil TURANAytur Oto Kiralama Atatürk Cad. Duranoğlu Apt.
No: 15/C DENİZLİ**D- HAKKINDA SORUŞTURMA YAPILAN TARAF**Türkiye Seyahat Acentaları Birliği

DikilitaŐ Mah. AÇık Kerem Sk. No: 48-50 80690

Beşiktaş-İSTANBUL

Vekili: Av. Şükran TEZEL

Bahariye Caddesi SüleymanpaŐa Sok. Aybek İŐhanı No: 30/30
Kadıköy-İSTANBUL**E- İDDİALARIN ÖZETİ**

Rekabet Kurumu'na intikal eden Çağdaş SARAÇ imzalı dilekçede; Türkiye Seyahat Acentaları Birliği (TÜRSAB)'nin Kasım 2001 tarihinde alınan Genel Kurul kararı ile, seyahat acentesi kurmak isteyen turizm girişimcilerinden TÜRSAB Giriş Aidatı adı altında 35.000.000.000.-TL talep edilmesinin yeni seyahat acentelerinin kurulmasını engellediği ve Türk turizmini baltaladığı; TÜRSAB'ın bu uygulamasının, Türk turizminin 3-5 tane büyük tur operatörü firmanın eline geçmesine neden olduğu ve Kasım 2001 tarihinden önce acente açmış olanların bu uygulama ile büyük rantlar sağladığı ifade edilmiştir. Ayrıca, Kurum kayıtlarına intikal eden Tuğrul Ali TUFAN imzalı dilekçede, TÜRSAB'ın belirlediği 50.000.000.000.-TL'lik giriş aidatının piyasaya giriş

engeli yarattığı, bu durumun 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesine aykırılık teşkil ettiği; Halil TURAN imzalı dilekçede ise TÜRSAB Genel Kurulu'nca belirlenen 50.000.000.000.-TL tutarındaki üyelik ödentisinin bugünkü ülkemiz koşullarında oldukça yüksek olduğu, dolayısıyla rekabet koşullarını ortadan kaldırarak girişimciliği azalttığı, söz konusu giriş ücretinin ne amaçla alındığının ve yeni üyeye sunulacak hangi hizmetin karşılığı olduğunun açık olmadığı, yüksek giriş ücretinin yeni seyahat acentesi açılmasını engelleyerek, eski acentelerin devir bedelleri yoluyla haksız kazanç elde etmelerine neden olduğu ifade edilmiştir.

F- RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ

Raportörler;

- 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un uygulaması bakımından "Seyahat Acenteliği Hizmetleri" pazarında faaliyet gösteren seyahat acentelerinin herbirinin teşebbüs olduğu,

- Seyahat acentelerinin ilgili mevzuat gereği üye olmak zorunda oldukları TÜRSAB'ın, 4054 sayılı Kanun çerçevesinde bir teşebbüs birliği olduğu,

- TÜRSAB Genel Kurulu'nda alınan soruşturma konusu kararın 4054 sayılı Kanun'un uygulaması bakımından birer teşebbüs birliği kararı olduğu,

- TÜRSAB'ın 15. Genel Kurulu'nda belirlenen giriş ücretinin, ilgili pazara girişi engelleyici nitelikte olduğu,

söz konusu Genel Kurul Kararı'nın, 4054 sayılı Kanun'un "Rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar" başlıklı 4. maddesinin;

"Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır."

şeklindeki genel hükmünü ve özellikle de;

"Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkarılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi,"

şeklindeki (d) bendini ihlal etmesi nedeniyle;

Türkiye Seyahat Acentaları Birliği'nin 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca para cezası ile cezalandırılması gerektiği, görüşünü ifade etmişlerdir.

G- DOSYA EVRELERİ

Şikayet dilekçesinin Rekabet Kurumu'na intikali üzerine, Kurul'un 28.11.2002 tarihli toplantısında 4054 sayılı Kanun'un 40/1. maddesi uyarınca konuya ilişkin olarak önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir.

Önaraştırma sonucunda Kurum raportörlerince düzenlenen 6.1.2003 tarih ve 2002-4-170/ÖA-03-KTS sayılı Önaraştırma Raporu, Rekabet Kurulu'nun 16.1.2003 tarihli toplantısında görüşülmüş ve önaraştırmanın derinleştirilmesi istenmiştir. Konu yeniden değerlendirilerek hazırlanan 31.1.2003 tarih ve 2002-4-170/ÖA-03-KTS sayılı önaraştırma raporu Rekabet Kurulu'nun 6.2.2003 tarihli toplantısında görüşülmüş ve şikayet edilen teşebbüs birliği TÜRSAB hakkında soruşturma açılmasına karar verilmiştir.

19.2.2003 tarihinde, Kanun'un 43/2. maddesi uyarınca TÜRSAB'a soruşturma açıldığına dair bildirimde bulunularak 30 gün içinde ilk yazılı savunmasını göndermesi istenmiştir.

TÜRSAB'ın ilk yazılı savunması yasal süre içerisinde Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.

Soruşturma Heyeti'nce tamamlanan 25.7.2003 tarih ve S.R./03-8 sayılı Soruşturma Raporu, Kanun'un 45/1. maddesi uyarınca Başkanlıkça Kurul üyeleri ile ilgili taraflara tebliğ olunmuş ve aynı maddenin ikinci fıkrası gereğince taraflardan 30 gün içinde yazılı savunmalarını göndermeleri istenmiştir.

Soruşturma Raporu'nun tebliğini takiben, hakkında soruşturma yürütülen teşebbüs birliğinin ikinci yazılı savunması da yasal süresi içinde Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.

Soruşturma Heyeti'nin hazırladığı "Ek Yazılı Görüş", Kanun'un 45/2. maddesi uyarınca, 12.9.2003 tarihinde Kurul üyeleri ve taraflara tebliğ edilmiştir.

TÜRSAB'ın, Ek Yazılı Görüş'e karşı cevabı yasal süresi içinde Rekabet Kurumu'na intikal etmiştir.

Rekabet Kurulu'nun 30.10.2003 tarih ve 03-70 sayılı toplantısında, yürütülen soruşturma ile ilgili olarak 10.12.2003 tarihinde sözlü savunma toplantısı yapılmasına karar verilmiş ve sözlü savunma toplantısı anılan tarihte şikayetçilerden Çağdaş SARAÇ ve temsilcisi Av.

Filiz SARAÇ ile TÜRSAB temsilcileri Başaran ULUSOY ve Av. Şükran TEZEL'in katılımları ile yapılmıştır.

Rekabet Kurulu'nun 17.12.2003 günlü toplantısında verilen 03-80/967-397 sayılı nihai karar, 25.12.2003 tarihli tefhim toplantısında TÜRSAB temsilcisi Av. Şükran TEZEL'in huzurunda okunarak tefhim edilmiştir.

H- İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. İLGİLİ PAZAR

H.1.1. İlgili Ürün Pazarı

Seyahat acenteliği hizmetleri pazarı turizm sektörü içindeki dikey yapılanmanın bir halkasıdır ve bu sektörde faaliyet gösteren acentelerin sunduğu hizmetler, 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu'nun verdiği yetkiyle Seyahat Acentaları Yönetmeliğinde tanımlanmıştır (Hukuki çerçeve ileriki bölümlerde ayrıntılı olarak açıklanmıştır). Buna göre seyahat acenteleri, müşterilerine tur düzenlemek, transfer, rezervasyon, enformasyon, kongre-konferans organizasyonu, turistik gezi amaçlı münferit taşıma aracı kiralama, ulaştırma araçları biletleri satmak ve seyahat acentesi ürünü satmak olmak üzere 8 ana hizmet türü sunarlar. Bu çerçevede *İlgili Ürün Pazarı*, "Seyahat Acenteliği Hizmetleri Pazarı" olarak belirlenmiştir.

H.1.2. İlgili Coğrafi Pazar

Türkiye'de seyahat acenteliği hizmetleri verebilmek için, 1618 sayılı Kanun'un 32. maddesi gereği TÜRSAB'a üye olmak zorunluluğu bulunduğundan, *İlgili Coğrafi Pazar*, "Türkiye Cumhuriyeti Sınırları" olarak belirlenmiştir.

H.2. YAPILAN TESPİTLER VE DELİLLER

H.2.1. Hakkında Soruşturma Yapılan Teşebbüs Birliği

Seyahat acenteleri ve seyahat acenteliği mesleğinin yurt ekonomisi ve turizmüne uygun surette gelişmesini sağlayıcı tedbirleri almak ve meslek ahlak ve tesanüdünü korumak amacıyla Anayasa'nın 135. maddesi çerçevesinde kamu kurumu niteliğinde tüzel kişiliği haiz bir birlik olan TÜRSAB, 1973 yılında bir meslek birliği olarak kurulmuş ve mesleki faaliyetlerin yerine getirilmesi bakımından kamu kurallarına tabi tutulmuştur. 1618 sayılı Kanun'un 32. maddesi uyarınca seyahat acentelerinin bu birliğe üye olmaları zorunludur. TÜRSAB'ın temel amacı,

seyahat acenteliği mesleğinin ve faaliyet alanının temelini oluşturan turizm sektörünün gelişimine katkıda bulunmaktadır.

TÜRSAB'ın, İstanbul'daki Genel Merkezinin yanı sıra Türkiye'nin çeşitli bölgelerinde faaliyet gösteren 20 tane "Bölgesel Yürütme Kurulu" ve Brüksel'de bir temsilciliği bulunmaktadır. TÜRSAB'ın 3359 üyesi bulunmaktadır⁷⁵ ve bu anlamda dünyanın en çok üyeye sahip beşinci birliğidir. TÜRSAB'ın kurum olarak Türkiye'yi temsil ettiği uluslararası kuruluşlar arasında Uluslararası Tur Operatörleri Federasyonu (IFTO), Dünya Turizm Örgütü (WTO) ve Dünya Seyahat Acenteleri Birlikleri Federasyonu (UFTAA) bulunmaktadır.

TÜRSAB 1972 yılından beri üçü olağanüstü olmak üzere, 16 Genel Kurul yapmıştır⁷⁶. TÜRSAB Genel Kurul toplantıları iki yılda bir, bütün üyelerin katılımıyla yapılmaktadır. Genel Kurul, 9 kişilik Yönetim Kurulu'nu seçmekte, Yönetim Kurulu daha sonra kendi içinde görev bölüşümü yaparak; Başkan, İkinci Başkan, Genel Sekreter ve Sayman Üye'yi belirlemektedir.

TÜRSAB'ın 2001-2003 dönemindeki Yönetim, Denetim ve Disiplin Kurulu Üyeleri aşağıdaki gibidir:

TÜRSAB Yönetim Kurulu Üyeleri

Başkan	<u>Başaran ULUSOY</u>
II. Başkan	<u>Hülya ASLANTAŞ</u>
Genel Sekreter	<u>Rıza T. EPİKMEN</u>
Sayman	<u>Mustafa KUTLUOĞLU</u>
Üye	<u>Semih SELİMOĞLU</u>
Üye	<u>Mustafa ALTIPARMAK</u>
Üye	<u>Halit TEKİN</u>
Üye	<u>Talha GÖRGÜLÜ</u>
Üye	<u>İnci TAN</u>

TÜRSAB Denetim Kurulu Üyeleri

Başkan	<u>Cahit EROL</u>
--------	-------------------

⁷⁵TÜRSAB üyesi 3359 merkez seyahat acentesinin toplam 1093 şubesi bulunmaktadır. Rakamlar Haziran 2003 tarihi itibarıyla geçerlidir.

⁷⁶ 16. genel kurul toplantısı Aralık 2003'te yapılmıştır.

Üye	<u>Demir ÜNSAL</u>
Üye	<u>Neşat DEMİR</u>

TÜRSAB Disiplin Kurulu Üyeleri

Başkan	<u>Halit CURA</u>
Üye	<u>Engin ÖZDEMİR</u>
Üye	<u>Lale ERGÜN</u>

H.2.2. İfade Tutanakları

Soruşturma safhasında, Raportörler tarafından TÜRSAB Genel Merkezi'nde yerinde inceleme yapılmış; İstanbul, Bursa ve Muğla'ya gidilerek nesnel kriterlere göre seçilen seyahat acentesi yetkilileriyle ve çeşitli meslek birliklerinin yetkilileriyle görüşmeler gerçekleştirilmiş ve tutanaklar tutulmuştur.

TÜRSAB Genel Merkezi'ndeki yerinde inceleme sırasında 15. Olağan TÜRSAB Genel Kurulu'nda giriş ücretleri ve yıllık aidatlara ilişkin hazırlanan önergeler temin edilmiştir. Bu önergelerin değerlendirilmesi sonucunda, soruşturma sürecinde görüşme yapılacak üç grup seyahat acentesi belirlenmiştir. Bunlar;

- TÜRSAB giriş ücretinin 10.000.- ABD Dolarına endekslenip; birinci yıl 20.000.000.000.-TL, ikinci yıl ise 30.000.000.000.-TL ile sınırlandırılması yönündeki önergeye imza atan seyahat acenteleri (Birinci Önerge),
- Giriş ücretinin birinci yıl 100.000.000.000.-TL, ikinci yıl 150.000.000.000.-TL olması yönündeki önergeye imza atan seyahat acenteleri (İkinci Önerge),
- Giriş ücretinin birinci yıl 35.000.000.000.-TL, ikinci yıl 50.000.000.000.-TL olması yönündeki önergeye (Üçüncü Önerge) imza atan seyahat acenteleridir.

Soruşturma sürecinde Raportörler tarafından yukarıda bahsedilen üç grup seyahat acentesinden bir örneklem seçilerek bu acentelerin yetkilileri ile, şikayetçi Çağdaş SARAÇ ile ve turizm sektöründe faaliyet gösteren TÜRSAB dışındaki meslek birliklerinin yetkilileri ile görüşmeler yapılmış; yapılan görüşmeler tutanağa bağlanmıştır.

Yapılan bütün bu görüşmelerden, turizm sektörünün mevcut sisteminde çeşitli aksaklıklar olduğu kanaatine ulaşılmıştır. Yapılan

görüşmelerin hepsi birlikte değerlendirildiğinde ulaşılan sonuçlar şu şekilde özetlenebilir:

- Sektörde ciddi bir denetim sorunu vardır. Ne TÜRSAB, ne de Turizm Bakanlığı üzerlerine düşen görevi tam anlamıyla yerine getirememektedir. Örneğin, sektördeki kaçak acentacılık sorununa henüz çözüm getirilememiştir. Sektörde TÜRSAB ve Turizm Bakanlığı tarafından sağlanamayan denetim ve kalite, giriş ücretinin yüksek tutularak girişin engellenmesi veya azaltılması suretiyle sağlanmaya çalışılmaktadır.
- 1618 sayılı Kanun, sektörün güncel ihtiyaçlarını karşılamaktan uzaktır. Yeni yasal düzenlemelere ihtiyaç vardır.
- Genel Kurul'da giriş ücretlerine ilişkin bilinçsiz seçimler yapılmaktadır. Giriş ücretlerinin her yıl artırılması, enflasyon oranı, döviz paritesi, TÜFE gibi herhangi bir kritere bağlı değildir. Hatta, Genel Kurul'da giriş ücretinin belirlenmesi, çoğu kez bazı acentelerin eldeki işletme belgelerine değer kazandıracakları bir mekanizma işlevini görmektedir.
- TÜRSAB, seyahat acentelerine, üye olurken ödenen ücret nispetinde bir fayda sağlayamamaktadır. Bu ücret sadece sektöre girişin parasal bedelidir.
- Sektörde kalitenin artırılmasının yolu, giriş ücretinin yükseltilmesi değil, yeni giriş yapacaklar için eğitim kriterleri, ofis standartları, sektörel tecrübe şartı gibi uygulamalar olmalıdır.

H.2.3. Sektöre İlişkin Sayısal Veriler

Soruşturma sürecinde sektöre ilişkin yapılan incelemelerde; 1989 yılından itibaren TÜRSAB giriş ücretleri ve yıllık aidat miktarları, bu miktarların yıllar itibarıyla ABD Doları karşılıkları, 1963 yılı itibarıyla turizm gelirleri ve yıllara göre sektöre yeni giriş yapan acente sayılarına ulaşılmıştır.

1995 yılından bu güne, TÜRSAB giriş ücretleri ve yıllık aidatları Tablo-1'de gösterilmiştir:

Tablo-1: 1995'ten bu güne TÜRSAB Giriş Ücretleri ve Yıllık Aidatları (*)

Yıllar	Giriş Ücreti (TL)	Yıllık Aidatlar (TL)		
		A Grubu	B Grubu	C Grubu
1995	500,000,000	3,000,000	2,000,000	1,000,000
1996	500,000,000	3,000,000	2,000,000	1,000,000

1997	2,000,000,000	20,000,000	17,500,000	15,000,000
1998	3,000,000,000	20,000,000	17,500,000	15,000,000
1999	8,500,000,000	30,000,000	25,000,000	20,000,000
2000	12,000,000,000	30,000,000	25,000,000	20,000,000
2001	35,000,000,000	100,000,000	70,000,000	50,000,000
2002	50,000,000,000	100,000,000	70,000,000	50,000,000

(*) Rakamlar bir önceki yılın Kasım ayından itibaren geçerlidir.

TÜRSAB'ın iki yılda bir yapılan genel kurul toplantılarında giriş ücreti ve yıllık aidatlar iki yıl için belirlenirken, 1997 yılındaki genel kurul toplantısından itibaren giriş ücreti için her yıl artış yapıldığı, yıllık aidatlar içinse iki yılda bir artış yapıldığı belirlenmiştir. Bunun yanısıra, giriş ücretleri 1995 seviyesinin 1997 yılında 4 katına, 1998 yılında 6 katına, 1999 yılında 17 katına, 2000 yılında 70 katına ve 2002 yılında 100 katına çıkmıştır. Aynı dönemde yıllık aidat miktarı (A) grubu seyahat acenteleri için 33.3 katına, (B) Grubu seyahat acenteleri için 35 katına, (C) grubu seyahat acenteleri için 50 katına çıkmıştır.

Tablo-1'de belirtilen TÜRSAB giriş ücreti ve yıllık aidatlarının ABD Doları karşılıkları Tablo-2'de gösterilmiştir:

Tablo-2: TÜRSAB Giriş Ücreti ve Yıllık Aidatlarının ABD Doları Karşılığı
(*)

Yıllar	Giriş Ücreti (ABD Doları)	Yıllık Aidatlar (ABD Doları)		
		A Grubu	B Grubu	C Grubu
1995	10,881	65	44	22
1996	6,113	37	24	12
1997	13,089	131	115	98
1998	11,440	76	67	57
1999	20,135	71	59	47
2000	19,148	48	40	32
2001	28,425	81	57	41
2002	33,045	66	46	33

(*) ABD Doları, o yılın ortalama kuru baz alınarak hesaplanmıştır.

Yıllık aidat miktarları ABD doları bazında dalgalı bir seyir izleyip, (A), (B) ve (C) grupları için sırasıyla 1995'te yaklaşık 65, 44 ve 22 ABD

Doları iken, 2002'de yaklaşık 66, 46, 33 ABD Doları olarak belirlenmiştir. Buna karşın giriş ücreti, 1995'teki 10881 ABD Doları seviyesinden, 1999 yılında 20135, 2002 yılında 33045 ABD Doları seviyesine yükselmiştir.

ABD Dolarının ve giriş ücretinin 1995'teki seviyesi baz alınarak artış miktarları hesaplandığında, 1 ABD Doları'nın 2002'de, 1995'teki Türk Lirası karşılığının yaklaşık 33 katı olduğu; ancak, TÜRSAB giriş ücretinin 2002'de, 1995'teki seviyesinin 100 katı olarak belirlendiği görülmektedir.

Ülkemizin turizm sektöründen yıllar itibariyle sağladığı gelirlere bakıldığında, Türkiye'nin turizm gelirin 1963 yılında 7.659.000.- ABD Doları seviyesinden, 2002 yılında 11.900.900.000.- ABD doları seviyesine çıktığı görülmektedir. 1995 yılından itibaren turizm geliri rakamları aşağıda Tablo:3'te verilmiştir:

Tablo-3: Yıllar itibariyle turizm gelirleri

Yıllar	Turizm Geliri (ABD Doları)	Yıllar	Turizm Geliri (ABD Doları)
1995	4,957,000,000	1999	5,203,000,000
1996	5,962,100,000	2000	7,636,000,000
1997	8,088,549,000	2001	10,066,500,000
1998	7,808,940,000	2002	11,900,900,000

1995 yılından itibaren TÜRSAB'a yeni üye olan acente sayıları ise; 1995'te 357, 1996'da 476, 1997'de 636, 1998'de 128, 1999'da 75, 1999'da 75, 2000'de 52, 2001'de 48 ve 2002'de 23 olarak gerçekleşmiştir.

Elde edilen verilerden, turizm gelirlerinin 1963 yılından günümüze artış eğiliminde olduğu, bilhassa 80'li yılların ortalarından itibaren hemen hemen her yıl arttığı anlaşılmaktadır. 1990-2000 yılları arasında dünya turizm geliri artışı ortalama % 6.8 iken, aynı dönemde ülkemizin turizm gelirleri ortalama % 11.1 artmıştır. 2000-2001 arasında dünya turizmi % 0.5 küçülmüş, ama ülkemizin turizm gelirleri % 11.4 oranında artmıştır⁷⁷. Turizm açısından çok büyük sorunlarla (terör olayları, depremler, ekonomik krizler, vb.) karşılaşıldığı bu yıllarda dahi Türkiye turizmi hem kendi içinde reel olarak, hem dünya ölçeğinde nisbi olarak artış göstermiştir. Bu eğilimle doğru orantılı olarak, seyahat acenteleri

⁷⁷Rakamlar Dünya Turizm Örgütü ve TC Kültür ve Turizm Bakanlığı'ndan temin edilmiştir.

hizmetleri pazarına giriş yapan teşebbüs sayısının artması ekonomik rasyonalitenin gereğidir. Ancak, yukarıda belirtildiği gibi, TÜRSAB'a yeni üye olan acente sayısı 1997 yılından beri sürekli düşmektedir. Turizm gelirlerinde yaşanan reel artışa rağmen, TÜRSAB'a yeni üye olan seyahat acentesi sayısı 1997 yılında 636 iken, 2002 yılında 23'e düşmüştür.

TÜRSAB'a yeni üye olan acente sayısı ile giriş ücreti arasındaki ilişki, giriş ücretinin reel olarak artmasının mantıksal bir sonucu olarak, TÜRSAB'a üye olan acente sayısının azalması şeklindedir.

Bununla birlikte, sektöre girişler, sadece yeni işletme belgesi alınması suretiyle değil, söz konusu belgenin devri suretiyle de gerçekleşmektedir⁷⁸. Şöyle ki, 2003 yılının ilk altı aylık döneminde, bu şekilde 240 işletme belgesinin devri için başvuru yapıldığı bilgisi, Turizm Bakanlığı'ndan edinilmiştir. Sadece altı aylık döneme ait olan bu sayı, 1999 yılından bu güne geçen 4 yıllık dönemde TÜRSAB'a üye olmak kaydıyla açılan acente sayısının toplamından (183) bile fazladır.

TÜRSAB'ın giriş ücretlerinden elde ettiği gelirin yıllara göre ABD Doları karşılığı hesaplandığında, TÜRSAB'ın yeni üyelerden 1995 yılında 3.884.488.- ABD Doları, 1996 yılında 2.909.678.- ABD Doları, 1997 yılında 8.324.335.- ABD Doları, 1998 yılında 1.464.347.- ABD Doları, 1999 yılında 1.510.120.- ABD Doları, 2000 yılında 995.673.- ABD Doları, 2001 yılında 1.364.387.- ABD Doları ve 2002 yılında yaklaşık 760.029.- ABD Doları gelir elde ettiği görülmektedir^{79, 80}. Bu rakamlar, yıllar itibariyle TÜRSAB'a üye olan seyahat acentesi sayısı ile birlikte değerlendirildiğinde, TÜRSAB giriş ücretinin yükselmesiyle, yeni üye sayısının azaldığı, TÜRSAB'ın yeni üyelerden sağladığı toplam gelirin reel olarak düştüğü görülmektedir.

H.2.4. Benzer Nitelikli Diğer Meslek Birlikleri ile Karşılaştırma

Soruşturma sürecinde, ülkemizdeki bazı kamu kurumu niteliğindeki meslek birliklerinden (Türkiye Mühendis ve Mimar Odaları

⁷⁸ Seyahat Acentesi İşletme Belgesi, devredilebilen bir değerdir. Bu değer, TÜRSAB giriş ücretinin seviyesiyle bağlantılıdır. Şöyle ki, TÜRSAB giriş ücretindeki artış, fiili olarak belgenin ikinci el piyasasını oluşturan devir piyasasında da belgenin değerini artırmaktadır. Böylece, işletme belgesi kimi zaman girişimciler tarafından bir çeşit yatırım aracı olarak görülmektedir. Yapılan görüşmelerde, sektörle ilgisi dahi olmayan bazı kişilerin, bu belgenin ticaretini yapmak suretiyle kazanç sağladıkları sık sık ifade edilen bir husus olmuştur.

⁷⁹ Gelir rakamları, her yıl için bir önceki yılın Kasım ayından itibaren 12 ay geçerlidir.

⁸⁰ ABD Doları değeri, o yılın ortalama kuru baz alınarak hesaplanmıştır.

Birliği, Türk Tabipleri Birliği, Türk Eczacıları Birliği, İstanbul Barosu, Ankara Barosu, Ankara Ticaret Odası ve Ankara Sanayi Odası, Ankara Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odası, Ankara Bakkallar ve Bayiler Odası, Ankara Berberler Odası, Ankara Umum Otomobilciler ve Şoförler Odası) aşağıdaki bilgiler talep edilmiştir:

- Son beş yıl itibariyle Birliğe üye olmak isteyenlerden talep edilen giriş ücreti miktarları,
- Son beş yıl itibariyle üyelerden talep edilen yıllık aidat miktarları,
- Bu aidatların belirlenme usulleri,
- Giriş ücreti veya üyelik aidatlarının yeniden belirlenmesinde göz önünde bulundurulan kriterler.

Bu sorulara meslek birliklerinden gelen cevaplar neticesinde, incelenen 33 meslek birliğinin giriş ücretlerinin 5.000.000.-TL ile 490.000.000.-TL arasında olduğu belirlenmiştir. Ayrıca, giriş ücretinin miktarı, ilgili mevzuat hükümleri uyarınca; enflasyon oranları (TÜFE ve TEFE), memur maaş katsayısı artışı, üyelerin sermaye ve özvarlıkları, yıllık ciroları v.b. kriterlere göre belirlenmektedir.

Buna karşın, TÜRSAB giriş ücreti 50.000.000.000.-TL olup, bu miktarın belirlenmesine yönelik ilgili mevzuatta herhangi bir kriter bulunmamaktadır. 1618 sayılı Kanun'un 34. maddesinin (f) bendine göre üye kayıt ücreti ve aidatını tespit etmek Genel Kurul'a verilen yetkiler arasındadır. Ayrıca Seyahat Acentaları Birliği Yönetmeliği'nin 20. maddesinin (a) bendinde "kayıt ücreti A grubunda yer alan bütün seyahat acentaları için 2000-TL, B grubunda yer alan seyahat acentaları için 1000-TL ve C grubunda yer alan seyahat acentaları için 500-TL'den aşağı olmamak üzere, bir miktar nakden ve bir defada tahsil edilir. Kayıt ücretinin tavanı, ödeme şart ve şekilleri ilk Genel Kurul toplantısında tespit edilir." hükmü yer almaktadır. Bu hükümden kayıt ücretinin tavanı, ödeme şart ve şekillerinin genel kurul iradesine bırakıldığı anlaşılrsa da, belirlenen miktarın 'nakden ve bir defada tahsil' edileceğine ilişkin hüküm nedeniyle, Genel Kurul iradesine bırakılan tek hususun kayıt ücreti tavanı olduğu anlaşılmaktadır. Dosya mevcudu bilgilerden, genel kurullarda, "kayıt ücreti" nin herhangi bir kriter olmaksızın oylanarak belirlendiği, daha sonraki genel kurullarda giriş ücretine ilişkin olarak grup bazında bir ayırım yapılmadığı anlaşılmıştır.

Ayrıca, yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarih olan 15.6.1973 tarihi itibarıyla, grup bazında belirlenen giriş ücretlerinin, ABD Doları karşılığı⁸¹ değeri (A), (B) ve (C) grupları için sırasıyla yaklaşık 115, 58 ve 29 ABD Dolarıdır. Buna karşılık, TÜRSAB giriş ücretinin ABD Doları karşılığı her üç grup acente için 2002 Kasım ayı itibarıyla yaklaşık 33.000.-ABD Dolarıdır.

İncelenen 33 meslek birliğinin yıllık aidatları ise, 2003 yılı için 12.000.000.-TL ile 200.000.000.-TL arasında değişmektedir. TÜRSAB'ın 2003 yılı yıllık aidatları (A), (B) ve (C) grubu seyahat acenteleri için sırasıyla 100, 70 ve 50 milyon TL'dir. Bu rakamlar, giriş ücretindeki durumun aksine, diğer meslek birliklerinin belirlediği yıllık aidatlarla yakın seviyelerdedir. TÜRSAB'ın, yıllık aidatlarında ilgili mevzuatta öngörülenin aksine grup ayırımı yapılmasına rağmen, giriş ücretleri konusunda mevzuatta öngörülmüş olan bu ayırım gözardı edilmiştir.

H.3. İLGİLİ MEVZUATA İLİŞKİN BİLGİLER

H.3.1. 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu

1618 sayılı Kanun'un 1. maddesinde, seyahat acenteleri, "kar amacıyla turistlere ulaştırma, konaklama, gezi, spor ve eğlence imkanları sağlayan, onlara turizmle ilgili bilgiler veren, bu konuya ilişkin tüm hizmetleri gören ve turizm ekonomisine ve genellikle, ödemeler dengesine katkıda bulunan ticari kuruluşlardır." şeklinde tanımlanmıştır.

Aynı Kanun'un 3. maddesinde seyahat acenteleri gördükleri hizmetlere göre üç grupta toplanmıştır. (A) grubu seyahat acenteleri, 1. maddede söz konusu olan tüm seyahat acenteliği hizmetlerini görürler. (B) grubu seyahat acenteleri, uluslararası kara, deniz ve hava ulaştırma araçlarının ve (A) grubu seyahat acentelerinin düzenleyecekleri turların biletlerini satarlar. (C) grubu seyahat acenteleri ise yalnız Türk vatandaşları için yurt içi turlar düzenlerler. (B) ve (C) grubu seyahat acenteleri kendi hizmetleri dışında kalan diğer seyahat acenteliği hizmetlerini göremezler. Ancak kendilerine (A) grubu seyahat acentelerince verilen hizmeti yerine getirir ve bu acentelerin ürünlerini pazarlarlar. (A) grubu seyahat acenteleri, tertipledikleri turistik gezilerle bir önceki yıl yurtdışından getirdikleri dövizin %25'ini geçmemek üzere, yurtdışına turlar düzenleyebilirler. Söz konusu %25'in hesabına, ulaştırma aracı ücreti, yemek, ikamet ve sair masraflar adı altında

⁸¹ Haziran 1973 ayı için TC Merkez Bankası döviz satış kuru olan 1 ABD Doları=14.28 TL kullanılmıştır.

müşteriden alınan her türlü paralar katılır. Yabancı uyruklu seyahat acenteleri yurtdışına tur tertip edemezler.

(A) grubu seyahat acenteleri Turizm Bakanlığı'ndan geçici işletme belgesi, (B) ve (C) grubu seyahat acenteleri ise işletme belgesi aldıktan sonra faaliyete geçerler. (A) grubu seyahat acentelerine verilen geçici işletme belgelerinin süresi iki yıldır. Bu süre içinde, yurtdışından tertipleyecekleri turistik turlarla ilgili olarak toplam 80.000.- ABD Doları tutarında döviz geliri temin eden (A) grubu seyahat acentesinin geçici işletme belgesi, işletme belgesine çevrilir. Söz konusu miktarlarda döviz iki yıl içinde yurtdışından getiremeyen (A) grubu seyahat acentelerinin geçici işletme belgeleri Bakanlıkça geri alınır. İşletme belgesi alan (A) grubu seyahat acentelerinin her iki senede bir, aynı miktarda döviz yurtdışından getirdiklerini belgelendirmeleri şarttır. (B) ve (C) grubu seyahat acentelerine asgari döviz transferi mecburiyeti aranmaksızın işletme belgesi verilir. Belgeler kişiseldir ve bir işletmeye mahsus olmak üzere verilir. İşletme belgeleri Bakanlığın izni olmadan devredilemez. Seyahat acenteliği geçici işletme belgesi veya işletme belgesini alan gerçek ve tüzel kişiler, seyahat acentesi sahibi sayılır.

Kanun'un 12-16. maddelerinde ise kuruluş teminatına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. 12. maddede, seyahat acenteleri ve şubelerinin müşterileri ile biletlerini satacakları ulaştırma müesseselerine sunacakları hizmetler ve tüm seyahat acenteliği işlemlerinden doğacak yükümlülüklerine karşılık teşkil etmek üzere bir kuruluş teminatı vermek zorunda oldukları ve kuruluş teminatının, Bakanlık emrine kayıtsız şartsız kesin olarak para, Devlet istikraz tahvilleri, kati ve süresiz banka teminat mektubu olarak verileceği hükmü yer almaktadır. 13. maddede, teminat miktarının (A) grubu seyahat acenteleri için asgari 50.000 TL., (B) grubu seyahat acenteleri için asgari 30.000 TL ve (C) grubu seyahat acenteleri için asgari 15.000 TL olmak üzere Bakanlıkça tespit edileceği⁸²; yurtdışına tur tertipleyen seyahat acentelerinin, turun bitişinden 2 ay sonra iade edilmek üzere tur masraflarının % 25'ine tekabül eden bir teminatı, Bakanlık emrine önceden vermek zorunda oldukları düzenlenmektedir. Seyahat acentelerinin işletme belgelerinin geri alınması halinde kuruluş teminatı bir yıl süreyle Bakanlık'ta aynı gayeler için alıkonulur. 16. maddeye göre, seyahat acentelerinin gerçek ve tüzel kişilere teminat konusu ile ilgili olarak 12. maddede açıklanan borçlarından ötürü alacaklı, Bakanlığa başvurduğu takdirde, Bakanlık,

⁸² Bu miktarlar 2003 yılı itibarıyla; A Grubu için 50.000.000 (elli milyon) TL, B Grubu için 12.500.000 (oniki milyon beşyüzbin) TL, C Grubu için 25.000.000 (yirmibeş milyon) TL olarak belirlenmiştir.

borçlu seyahat acentesine borcunu ödemesi için tebligat yapar. Bu tebligatı alan seyahat acentesi tebellüğ tarihinden itibaren 30 gün içinde borcunu ödemek zorundadır. Seyahat acentesi, borcunu bu süre içinde ödemediği veya ödemeyiş sebebi Bakanlık'ça haklı bulunmadığı takdirde, Bakanlık, borcu emrinde bulunan teminat akçesinden ödeyebilir ve durumu derhal ilgili seyahat acentesine bildirir. Her ne suretle olursa olsun teminat akçeleri eksilen seyahat acenteleri, eksilen miktarı 30 gün içinde tamamlarlar.

Aynı Kanun'un 32. maddesine göre seyahat acenteleri, seyahat acenteliği mesleğinin yurt ekonomisi ve turizmine uygun surette gelişmesini sağlayıcı tedbirleri almak ve meslek ahlak ve tesanüdünü korumak amacıyla Seyahat Acentaları Birliği adı altında kamu kurumu niteliğinde tüzel kişiliği haiz bir Birlik kurarlar ve seyahat acentelerinin bu birliğe üye olmaları zorunludur. Birliğin temel amacı, seyahat acenteliği mesleğinin ve faaliyet alanının temelini oluşturan turizm sektörünün gelişimine katkıda bulunmaktır.

Kanun'un 34. maddesinde Genel Kurul'un, her seyahat acentesinin temsilci olarak göndereceği birer sahip veya birer sorumlu müdürden oluştuğu, Genel Kurul'un 2 yılda bir Kasım ayında toplandığı, ayrıca Genel Kurul'un Yönetim Kurulu tarafından veya Bakanlık'ça re'sen olağanüstü toplantıya çağrılabilirdiği, adi ve olağanüstü toplantılara temsilcilerin çoğunluğunun katılmasının şart olduğu, ilk toplantıda bu çoğunluk elde edilemediği takdirde toplantının en çok bir hafta içinde çoğunluk aranmaksızın yapıldığı, toplantılarda kararların mevcut temsilcilerin çoğunluğu ile alındığı hükümleri yer almaktadır ve (f) bendinde *Üye kayıt ücreti ve aidat miktarını tespit etmek*, Genel Kurulun görevleri arasında sayılmıştır.

1618 sayılı Kanun'un 35. maddesinde Birliğin gelirlerinin, üyelerin Birliğe kayıt ücreti ve aidatı, seyahat acenteleri personelinin yetiştirilmesi için düzenlenecek kurs ve seminerlerden elde edilecek gelirler ile bağış ve yardımlardan oluşacağı hükmü yer almaktadır.

H.3.2. Seyahat Acentaları Birliği Yönetmeliği

15.6.1973 tarihli ve 14565 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Seyahat Acentaları Birliği Yönetmeliği'nin 4. maddesinde Birliğin görevleri; pazar araştırmaları ve seyahat acenteliği konusunda incelemeler yapmak, Birlik üyeleri arasındaki haksız rekabetin önlenmesi hususunda gerekli tedbirleri almak, seyahat acenteleri personelinin yetiştirilmesi için Bakanlık ile işbirliği yapmak, kurs ve seminerler düzenlemek, 1618 sayılı Kanun'un 29. ve 30. maddelerinde belirtilen

hallerde yasak olarak seyahat acenteliği faaliyetinde bulunan yerli/yabancı özel ve tüzel kişiler hakkında gerekli işlemlerin yapılması ve yasak faaliyetlerin durdurulması için mülki amirler ve Cumhuriyet Savcıları nezdinde gerekli teşebbüslerde bulunmak ve bu konuda açılmış davalara müdahil olarak iştirak etmek, uluslararası kuruluşlarda Türkiye Seyahat Acentaları Birliği'ni temsil etmek, Bakanlıktan belge almadan seyahat acenteliği faaliyetinde bulunan işletmeleri ve şahısları gerekli kanuni işlemler yapılmak üzere Bakanlığa bildirmek, belge almış olan seyahat acentelerinden ait olduğu grubun hizmetleri dışında seyahat acenteliği hizmetlerinde bulunanlar hakkında gerekli işlemler yapılmak üzere Bakanlığa bilgi vermek, seyahat acenteliği konusunda bilirkişilik yapmak olarak sıralanmaktadır.

Seyahat Acentaları Birliği Yönetmeliği'nin 8. maddesi gereği, Genel Kurul çağrısı Bakanlığa ve mülki amire bildirilmekte ve aynı Yönetmeliğin 10. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince de Bakanlıkça gerekli görüldüğü takdirde, en az bir yetkili temsilci bu toplantılara müşahit sıfatıyla katılmaktadır. Yapılan Genel Kurul Toplantısını müteakip, ilgili tutanaklar Bakanlığa ve ilgili resmi makamlara sunulmak üzere Genel Kurul'da hazır bulunan Hükümet Komiserine ibraz edilmektedir. TÜRSAB Yönetim Kurulu, bu tutanaklarla birlikte, yıllık faaliyetlerini ve acentelerin durumunu içeren bir raporu Bakanlığa ayrıca sunmaktadır.

Seyahat Acentaları Birliği Yönetmeliği'nin 20. maddesinde, TÜRSAB'ın gelir kaynakları ayrıntılı olarak belirtilmektedir; (a) bendinde üyelerin Birliğe verecekleri kayıt ücreti şu şekilde düzenlenmektedir:

"Kayıt ücreti A grubunda yer alan bütün seyahat acenteleri için 2.000 TL., B grubunda yer alan seyahat acenteleri için 1.000 TL ve C grubu seyahat acentelerinden ise 500 TL'ndan aşağı olmamak üzere bir miktar nakten ve bir defada tahsil edilir. Kayıt ücretinin tavanı, ödeme şart ve şekilleri, ilk Genel Kurul toplantısında tespit edilir. Belirtilen asgari miktarlar acentelerin merkez kuruluşlarını kapsar. Hangi gruptan olursa olsun, merkeze bağlı her şube için bu miktarların dörtte biri oranında ayrıca kayıt ücreti alınır. Üyelik aidatı da Merkez ve Şubeler için ayrı ayrı ayda 100'er TL'dan aşağı olamaz. Üyeler üyelik aidatını yıllık ve peşin olarak öderler."

H.3.3. Seyahat Acentaları Yönetmeliği

4.9.1996 tarih ve 22747 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Seyahat Acentaları Yönetmeliği'nin 4. maddesinde seyahat acentelerine münhasır hizmetler şöyle sıralanmıştır: tur

düzenlemek, transfer, rezervasyon, enformasyon, kongre-konferans organizasyonu, turistik gezi amaçlı münferit taşıma aracı kiralama (rent-a-car hizmetleri), ulaştırma araçları biletleri satmak, seyahat acentesi ürünü satmak. Yönetmeliğin seyahat acenteliği gruplarının düzenlendiği 7. maddesinde ise, (A) Grubu seyahat acentesinin (B) veya (C) grubu seyahat acentesine gerçekleştirmeleri için vereceği görevin bir yazı ya da sözleşme ile belgelenmesi gerektiği ve bu görevin (A) grubu seyahat acentesi hizmetine giren bir turun tamamının (B) veya (C) grubu seyahat acentesince düzenlenmesi şeklinde olamayacağı hükmü yer almaktadır.

Seyahat Acentaları Yönetmeliği'nin 9. maddesinde seyahat acentesi sıfatının Bakanlık'ça verilecek işletme belgesine hak kazanan işletmenin TÜRSAB'a üye olması ile kazanılacağı belirtilmiştir. 13. maddede ise, TÜRSAB'ın yapacağı inceleme sonucunda, Kanun'da belirtilen şartları havi olarak değerlendirilen seyahat acentesi adayı işletmenin Kanun'a uygun olarak belirlenmiş giriş aidatının ödenmesi ile TÜRSAB üyesi olarak kaydedilebileceği hükmü yer almaktadır.

Yönetmeliğin 17-19. maddelerinde; seyahat acentesi sahibi, sorumlu müdürü ve personelinin sahip olması gereken nitelikler düzenlenmektedir. Sorumlu müdür⁸³ ve personelin turizm konusunda mesleki yeterliliğe sahip kişiler olması gerekmektedir. Seyahat acenteleri, Yönetmeliğin 21. maddesine göre, TÜRSAB ve Turizm Bakanlığı tarafından kuruluşta yerinde denetime tabidirler.

Yönetmeliğin 43. maddesinde (A) grubu ve geçici (A) grubu seyahat acentelerinin yurtdışına düzenleyecekleri turlarda doğabilecek tüketici haklarına karşılık olmak üzere, tur masraflarının %25'i tutarında bir teminatın Bakanlığa verileceği, turun bitişinden itibaren iki ay sonra paraya çevrilmesi herhangi biri tarafından talep edilmeyen teminatın Bakanlık tarafından seyahat acentesine iade edileceği hükme bağlanmıştır.

H.4. AVRUPA BİRLİĞİ UYGULAMALARI

H.4.1. AB Üyesi Ülkelerde TÜRSAB Muadili Kuruluşlar

Avrupa Birliği ülkelerinde bulunan seyahat acenteleri ve tur operatörleri, kısa adı ECTAA olan Avrupa Seyahat Acentaları ve Tur Operatörleri Birliği bünyesinde toplanmışlardır. Belçika kanunlarına göre kurulmuş ve merkezi Brüksel'de bulunan, kar amacı gütmeyen

⁸³ Seyahat Acentaları Yönetmeliği'ne göre, sektörde 2 yıllık tecrübeye sahip, enformasyon memurluğu sınavında başarı göstermiş, turist rehberi kokartı olan ve yabancı dil bilen kişiler sorumlu müdür olabilmektedirler.

uluslararası bir kuruluş olan ECTAA, 1961 yılında Ortak Pazar'a öncülük eden 6 devlet -Almanya, Belçika, Fransa, İtalya, Lüksemburg ve Hollanda- tarafından kurulmuştur. Birlik, 1973 yılında Danimarka, İrlanda ve İngiltere; 1981'de Yunanistan; 1986'da İspanya ve Portekiz; son olarak 1995'te Avusturya, Finlandiya ve İsveç'in de katılımıyla 15 ülke seyahat acenteleri ve tur operatörleri birliklerinin üye olduğu bir örgüt haline gelmiştir. Bunun yanı sıra, ECTAA'nın son yıllardaki uygulamaları, Birliğe 5 tane bağlı üye (Kıbrıs, Macaristan, Romanya, Türkiye, Estonya) ve 3 tane gözlemci üyenin (Hırvatistan, Norveç, İsviçre) katılmasını sağlamıştır. ECTAA, yıllık cirosu yaklaşık 50.000.000.000.-Euro olan, Avrupa çapında irili ufaklı 80.000'den fazla seyahat acentesi ve tur operatörünü temsil etmektedir. ECTAA'ya gerek tam üyelik gerekse bağlı veya gözlemci üyelik başvuruları her iki yılda bir toplanan genel kurul tarafından karara bağlanmaktadır. Bir seyahat acentesi ve tur operatörü birliğin, birtakım yasal prosedürleri gerçekleştirmesinden sonra üyelik başvurusunun genel kurul tarafından olumlu bulunması halinde, ECTAA'ya bir üyelik ücreti ödemesi gerekmektedir. Söz konusu bu ücret, birliğin bulunduğu ülkenin büyüklüğü ve zenginliği; ülkenin Avrupa Birliği bütçesine katkısı ve birliğin üye sayısı gibi birtakım somut kriterlere göre belirlenmektedir. Bağlı üyeler ve gözlemci üyelerin ECTAA'ya maddi katkısı ise, üyeyle ilgili olarak yapılan idari masraflara (örneğin; toplantı giderleri, posta ve telefon masrafları vb.) bağlı olarak belirlenmektedir.

Avrupa Birliği ülkelerindeki TÜRSAB benzeri kuruluşlar incelendiğinde, Almanya, İngiltere, Fransa, İspanya, İrlanda, Belçika gibi ülkelerin hiçbirinde üyeliğin yasal bir zorunluluk olmadığı görülmektedir.

H.4.2. Sektöre Girişe İlişkin Mevzuat

H.4.2.1. AT Anlaşmasının 14. Maddesi

Avrupa Topluluğu Anlaşması'nın 14. maddesi iç sınırların olmadığı, malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımının var olan anlaşma hükümlerince temin edildiği bir alandan oluşan iç piyasanın varlığını düzenlemektedir.

İç sınırların olmadığı bir alanda hizmetlerin serbest dolaşımı, Birliğin herhangi bir ülkesinde sahip olunan mesleki lisansın, Birliğin diğer bir üye ülkesinde de tam bir serbesti içinde kullanılabilmesi halinde sağlanmış olur. Fakat turizm sektörüne uygulanabilir karşılıklı niteliklerin

tanınmasına ilişkin AB mevzuatı⁸⁴, seyahat acentelerinin iç piyasadan tamamen istifade etmelerini sağlamamaktadır. Ancak, kendi ülkesinde faaliyet gösteren bir seyahat acentesinin, Birliğin başka bir üye ülkesinde de mesleğini icra etmesini kolaylaştırmakta; buna karşın, seyahat acentesini diğer ülkede lisans alma zorunluluğundan muaf kılmamaktadır.

H.4.2.2. Kuruluş Özgürlüğü

Avrupa Ekonomik Birliği Anlaşması'nın 43. maddesinde getirilen kuruluş serbestisinin etkili biçimde gerçekleşmesi için, uyum sistemi ve niteliklerin karşılıklı tanınması üzerine düzenlemeler yapılmıştır. Öncelikle, belirli sektörlerde Yönergeler kabul edilmiştir. Bu durum, sektörel yönergelerin kapsamadığı genel bir sistemle takviye edilmiştir. Düzenlemelerin birleştirilmesi ihtiyacından dolayı Konsey, 35 sektörel yönergeyi iptal ederek genel sistemi takviye eden yeni bir yönerge yayınlamıştır.

H.4.2.3. Genel Sistem

Sektörel yönergelerin içermediği ve en az üç yıllık üniversite düzeyinde eğitimin gerekli olduğu tüm düzenlenmiş mesleklere⁸⁵, 89/48 sayılı Yönerge⁸⁶ uygulanır. Temel prensip olarak, bir üye ülke, diğer bir üye ülkenin bir meslek için aranan niteliklere sahip olan vatandaşının ülkesinde düzenlenmiş o mesleğe giriş talebini geri çeviremez. Aynı şekilde, üye ülkenin yetkili otoriteleri, söz konusu kişi yönergede belirtilen profesyonel ve akademik eğitim şartlarını yerine getirmişse, kişinin niteliklerinin yeterli olmadığını ileri sürerek girişi reddedemez.

H.4.2.4. Genel Sistemi Takviye Eden 1999/42/EC sayılı Yönerge

Yönergenin amacı, bir üye ülkenin teşebbüsleri ve kişileri tarafından diğer bir üye ülkede hizmetlerin kurulmasında kolaylık sağlamaktır. Yönerge, diğer bir üye ülkede yönergenin ekinde listelenen faaliyetlerden birini sürdürmek isteyen üye ülke vatandaşlarına uygulanır. Seyahat acenteliği ve tur operatörlüğü faaliyetleri de söz konusu ekte sayılmıştır.

⁸⁴ 85/368/EEC sayılı ve 16.7.1985 tarihli Konsey Kararı. (Council Decision [85/368/EEC](#) of 16 July 1985 on the comparability of vocational training qualifications [Official Journal L 199 of 31.7.1985])

⁸⁵ Seyahat Acenteliği Hizmetleri mesleği de bu kapsamda değerlendirilmektedir.

⁸⁶ 89/48 sayılı en az üç yıllık profesyonel stajın tamamlandığını belirten yüksek okul diplomalarının tanınması için genel sistem üzerine Yönerge.

H.4.2.5. Seyahat Acentesi veya Tur Operatörü Kuruluşu İçin Gereken Şartlar⁸⁷

Üye ülkelerde, seyahat acentesi veya tur operatörü olmak için bazı asgari şartların yerine getirilmesi gerekmektedir. Ancak, bu konuda ülkelerin uygulamaları arasında bir paralellik bulunmamaktadır. Örneğin, Almanya, Danimarka, İsveç ve Norveç, seyahat acentesi kuruluşu için herhangi bir lisans alınmasını veya mesleki yeterlilik şartını zorunlu kılmaz iken, Avusturya, Fransa, İrlanda, İtalya, Kıbrıs, Macaristan ve Romanya, her iki şartı da zorunlu tutmaktadır. Belçika, İspanya, Finlandiya, Yunanistan, Lüksemburg, Hollanda, Portekiz ve İngiltere ise, bu iki şarttan yalnızca bir tanesini zorunlu kılmıştır. Asgari sermaye şartına bakıldığında da, ülkeler arasında yeknesak bir uygulama görülmemektedir. Bu bağlamda, Almanya, Belçika, Danimarka, Finlandiya, İtalya ve Norveç'te herhangi bir asgari sermaye şartı aranmazken, diğer ülkelerde 70.000.000.-TL ile 300.000.000.000.-TL arasında değişen miktarlarda asgari sermaye şartı aranmaktadır. Bununla birlikte, tüm üye ülkelerde yapılacak turlar için önceden teminat getirilmesi zorunluluğu bulunmaktadır.

Ülkemizde ise, seyahat acentelerinin faaliyet gösterebilmeleri için Bakanlık⁸⁸ tarafından verilen "seyahat acentesi işletme belgesi" sahibi olmaları gerekmektedir. Bu belgeyi almak için yapılan başvuru sırasında Bakanlık, yasa gereği TÜRSAB üyeliğini zorunlu tutmaktadır. TÜRSAB giriş ücreti olarak Kasım 2002 - Kasım 2003 dönemi için belirlenen 50.000.000.000.-TL, yukarıdaki gibi asgari sermaye koşulu veya finansal teminat ya da sigorta niteliğinde olmayıp, sadece işletme belgesi sahibi olabilmenin ön koşulu niteliğinde, geri dönüşü olmayan bir ödemedir. Bunun dışında asgari sermaye koşulu bulunmamakta, Bakanlık tarafından alınan finansal teminatlar ise gruplara göre 12.500.000-50.000.000 TL arasında değişmektedir.

H.5. SAVUNMALAR

Soruşturma konusu ile ilgili olarak TÜRSAB'ın birinci ve ikinci yazılı savunmaları ile sözlü savunma toplantısında yapmış olduğu savunma ve ileri sürdüğü hususlar aşağıda aktarılmaktadır.

⁸⁷ Bu bölümün hazırlanmasında TÜRSAB tarafından yayınlanan 'Avrupa Birliği ve Turizm' adlı kitaptan da yararlanılmıştır.

⁸⁸ 1618 sayılı Kanun'da Bakanlık, Turizm ve Tanıtma Bakanlığı olarak tanımlanmıştır. Bakanlığın bugünkü ismi Kültür ve Turizm Bakanlığı'dır.

H.5.1. Usule İlişkin Savunmalar

TÜRSAB vekili tarafından gönderilen ilk yazılı savunmada,

- 4054 sayılı Kanun'un 44. maddesi doğrultusunda, soruşturma açılmasına oy çokluğu ile karar verilmiş olduğundan, karara olumsuz oy kullananların muhalefet şerhleri için, 18.3.2003 tarihinde Kuruma yapılan başvuruda karşı oy yazılarının olmadığı şifahi olarak kendilerine beyan edildiği; 4054 sayılı Kanun'un 52 (k) maddesine göre 'varsa karşı oy yazılarının' kararda bulunması gerektiği,

- 4054 sayılı Kanun'un 53. maddesi ve Rekabet Kurumu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 24. maddesi ifadesi ile de, alınan kararın üyeler tarafından imzalanması ve karşı oy yazısını tutanağa yazdırması ve altını imzalaması yükümlülüğü getirildiği, Birliğe tebliğ edilen Soruşturma Kararı'nın üyeler tarafından imzalanmadığı, bu nedenle işbu soruşturma kararının Kanun ve yönetmeliğe aykırı olduğu, öne sürülmüştür.

H.5.2. Esasa İlişkin Savunmalar

TÜRSAB vekili tarafından, esasa ilişkin olarak;

Yazılı savunmalarda,

- Genel Kurul'a, kayıt ücreti ve aidat miktarını tespit etme yetkisinin, 1618 sayılı Kanun'la ve bu kanundan dayanağını alan Seyahat Acentaları Birliği Yönetmeliği ile verilmesi dolayısıyla, soruşturma açılmasına karar verilmesinin haksız ve Anayasa'ya aykırı olduğu,

- İşletme gücü yeterli olmayan acentenin düzenlenen organizasyonlardaki başarısızlığının tüketicinin de maddi ve manevi mağduriyetlerine yol açtığı, Rekabet Kanunu'nun 5. maddesine göre "Tüketicinin bundan yarar sağlaması" halinde teşebbüs birliklerinin kararlarına 4. madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulabileceği için, seyahat acentelerinin sunduğu hizmetin tüketiciye sunulması nedeniyle tüketicinin ve kamu menfaatinin korunması amacıyla soruşturma açılmasına gerek olmadığı,

- TÜRSAB'ın 1618 sayılı Kanun'la pazar araştırmaları ve seyahat acenteliği konusunda incelemeler yapmak, birlik üyeleri arasında haksız rekabeti önlemek, seyahat acenteleri personelinin yetiştirilmesi için kurslar ve seminerler düzenlemek, Bakanlıkça istendiğinde görüş bildirmek, uluslararası kuruluşlarda seyahat acentalarını temsil etmekle görevlendirildiği,

- Genel Kurul kararlarının, üye kayıt ücreti ve yıllık aidata ilişkin kararların usule uygun olduğu ve bugüne kadar Genel Kurul kararının iptaline yönelik bir dava açılmadığı,

- Şube açılışında da giriş aidatının ¼'ünün ödendiği, dolayısıyla giriş ücretinin yalnızca sektöre giriş yapacakları değil, birlik üyesi seyahat acentelerini de ilgilendirdiği,

- Soruşturma açılmasına esas teşkil ettirilen 2001 Genel Kurulu'nda, 2001-2002 yılında 103 kişinin imzası ile ilk yıl için 100.000.000.000.-TL, ikinci yıl için 150.000.000.000.-TL önerilmiş olmasına rağmen, 43 imza ile birinci yıl 35.000.000.000.-TL, ikinci yıl 50.000.000.000.-TL önerilen makul artış oranını haiz önerenin Genel Kurul'da kabul edildiği,

- 2328 merkez, 1008 şube olmak üzere toplam 3336 (A) grubu; 466 merkez, 47 şube olmak üzere toplam 513 (A) geçici; 225 merkez, 20 şube olmak üzere 245 (B) grubu; 343 merkez, 61 şube olmak üzere toplam 404 (C) grubu işletme belgesine haiz, toplam 4498 acente mevcut olduğundan, sektörde faaliyetin sınırlandırılmadığı ve acente sayısının da artış gösterdiği,

- Genel Kurul kararının alınmasında rekabeti engelleyici, sınırlayıcı bir amaç taşınmadığı, kasıt ve suinnet olmadığı; TÜRSAB tarafından rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacıyla bir karar alınmadığı,

- Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un, bir genel kanun olduğunun doktrinde kabul edildiği; Rekabet Kurulu tarafından verilen Türkiye Şoförler ve Otomobilciler Federasyonu, Elektrik Mühendisleri Odası Kararı ve İstanbul Menkul Kıymetler Borsası kararlarında özel yasaları doğrultusunda faaliyet gösteren meslek kuruluşlarının bu hakkı yasadan alması nedeniyle Kurul'un kendisinin yetkili olmayacağına karar verdiği; düzenlemenin yasadan doğması halinde Rekabet Kurulu'nun kendisini yetkili görmediği belirtilmiştir.

Sözlü savunma toplantısında TÜRSAB Başkanı Başaran ULUSOY ve TÜRSAB temsilcisi Şükran TEZEL gizli oturum talebinde bulunmuşlar, ancak bu talepleri, 4054 sayılı Kanun'un 47. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen "genel ahlakın ve ticari sırların korunması" niteliğinde olmadığından Kurul tarafından oybirliğiyle reddedilmiştir. Sözlü savunmada, yazılı savunmada belirtilen hususlara ek olarak, 1999 yılındaki depremin, arkasından PKK terörünün, 1996 yılındaki Orta Asya ve Rusya'daki ticarî, ekonomik krizin ve dalgali kur uygulamasının sektöre girişi engellediği; sektöre girişi engelleyen TÜRSAB'ın Genel Kurulu olmadığını, dolayısıyla, sektöre girişi engellemeyi sadece ve

sadece üye kayıt ücretinin yüksekliğine bağlamanın yanlış olduğu ifade edilmiştir.

H.6. SAVUNMALARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

H.6.1. Usule İlişkin Savunmaların Değerlendirilmesi

H.6.1.1. Soruşturma Açılması Kararında Karşı Oy Yazılarının Bulunmadığı Savunması

4054 sayılı Kanun'un 52. maddesinde kararlarda bulunması gereken hususlar sıralanmıştır ve (k) bendinde 'varsa karşı oy yazıları' kararların ihtiva edeceği hususlar arasında belirtilmiştir. Ancak söz konusu madde, Rekabet Kurulu tarafından verilen nihai kararları düzenler. Rekabet Kurulunun verdiği soruşturmaya başlama kararı, bu anlamda nihai karar olmayıp, Kanun'un 43/son maddesi uyarınca kesindir. Dolayısıyla, karşı oy yazılarının kararda olmaması, karar yeter sayısının olduğu ve kesin nitelikte olan soruşturmayı başlama kararını sakatlayıcı nitelikte sayılamaz.

H.6.1.2. Soruşturma Açılması Kararının Üyelerce İmzalanmadığı Savunması

Kararda toplantıya katılan üyelerin imzaları bulunmaktadır ve bu karar Kurum'da karar kartonunda muhafaza edilmektedir. Ancak, tebligat aşamasında ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde, yazı ekinde bulunan belgelerdeki imzalar çıkarılmıştır. Bu nedenle yapılan usuli itiraz yerinde değildir.

H.6.2. Esasa İlişkin Savunmaların Değerlendirilmesi

H.6.2.1. Genel Kurul'un Üye Kayıt Ücreti ve Aidat Miktarını Belirleme Yetkisinin Dayanağını 1618 Sayılı Yasa'dan Aldığı Savunması

Genel Kurul'un yasadan ve yönetmelikten aldığı yetkiye dayanarak giriş ücreti ve aidat miktarını tespit etmesi, soruşturma açılmamasını gerektiren bir unsur olarak kabul edilemez. Aksine, Genel Kurul'un yasal yetkisini 4054 sayılı Kanun'a aykırılık teşkil edecek surette, bir piyasadaki rekabeti kısıtlayıcı şekilde kullanmaması gerekmektedir. Yasanın verdiği yetki, Genel Kurul tarafından bir başka yasal düzenlemeyi ihlal edecek şekilde kullanılmamalıdır. Yetkinin yasa ile tanınmış olması, 4054 sayılı Kanun'a aykırılık hususunu ortadan kaldırmamaktadır; çünkü giriş ücretinin belirlenme kriterleri ve sınırları yasal çerçevede belirlenmemiştir. Bu nedenle 1618 sayılı Kanun'un 34/f maddesi uyarınca giriş ücretini tespit etmek, TÜRSAB genel kurulunun

görevidir, ancak tespit edilen miktar 4054 sayılı Kanun'u ihlal edecek biçimde yüksek olmamalıdır.

H.6.2.2. İşletme Gücü Yeterli Olmayan Acentenin Düzenlenen

Organizasyonlardaki Başarısızlığının Tüketicinin de Maddi ve Manevi Mağduriyetlerine Yol Açtığı, Bu Nedenle Soruşturma Açılmasına Gerek Olmadığı Savunması

Seyahat acenteleri, kendilerinin veya tur operatörlerinin düzenlediği paket turları satan perakendeci teşebbüsler olarak tanımlanabilirler. İşletme gücü yeterli olmayan acentenin düzenlediği organizasyondaki başarısızlığın tüketici mağduriyetine yol açmasının önüne geçmek için başka türlü mekanizmalar kurulabilir. Esasen soruşturma konusu giriş ücreti de bu iş için kullanılmamaktadır. Ayrıca her ölçekteki seyahat acentesi çok yüksek bir işletme gücüne ihtiyaç duymaz. Bu tür mağduriyetlerin önüne geçmek için dünyada kullanılan (fonlar, sigortalar, vb.) araçlar mevcutken, giriş ücretinin yüksek tutulup sektöre girişi sınırlamak gibi bir araç kullanmak sağlıklı değildir. Zira tüketici mağduriyeti, büyük ölçekli işletmelerde de söz konusu olabilmektedir.

H.6.2.3. TÜRSAB'ın 1618 Sayılı Kanun'la Sektöre İlişkin Konularda Faaliyet Göstermekle Görevlendirildiği, Görevlerini Yerine Getirebilmek İçin Gelire İhtiyacı Olduğu Savunması

Turizm gibi hassas bir sektörün önde gelen mesleki birliği konumundaki TÜRSAB'ın kendisine yasa ile verilen görevleri yerine getirebilmek için ciddi gelir kaynaklarına ihtiyacı olduğu açıktır; ancak bu durum, giriş ücretinin Genel Kurul'da yüksek belirlenmesini mazur gösteremez. Çünkü, TÜRSAB'ın gelirleri arasında yer alan diğer bir kalem olan yıllık aidatlar düşük tutulmaya çalışılmaktadır. Sektöre ilişkin konularda faaliyet gösterme giderlerinin öncelikle sektörde faal olan teşebbüslerden yani acentelerden karşılanması mümkündür, ki bunun yolu da yıllık aidatları artırmaktır. Hal böyle iken, giriş aidatları yoluyla Birliğe gelir sağlanmaya çalışıldığı savunması kabul edilemez. Bunun yanı sıra, bu savunma çerçevesinde hiç girişin olmaması durumunda TÜRSAB'ın faaliyetlerini durdurması gerekir ki, bu da kabul edilebilir bir gerekçe değildir.

Ayrıca geçmiş döneme ilişkin rakamlar, giriş ücreti arttıkça TÜRSAB'ın bu kalemden elde ettiği gelirin reel olarak azaldığını göstermektedir.

H.6.2.4. Genel Kurul Kararlarını, Üye Kayıt Ücreti ve Yıllık Aidata İlişkin Kararların Usule Uygun Olduğu ve Bugüne Kadar Genel Kurul Kararının İptaline Yönelik Bir Dava Açılmadığı Savunması

Soruşturma konusu, Genel Kurul kararlarının, giriş ücreti ve yıllık aidatların 1618 sayılı Kanun'a uygunluğu veya aykırılığı değil, giriş ücretine ilişkin kararın 4054 sayılı Kanun'a aykırılık teşkil edip etmediğidir. Bugüne kadar, Genel Kurul kararına yönelik iptal davası açılmamış olması, 4054 sayılı Kanun'a göre soruşturma açılmamasını gerektiren bir husus olarak değerlendirilemez. Genel Kurul'da alınan karar, 4054 sayılı Kanun açısından bir teşebbüs birliği kararı olduğundan, bu Kanun uyarınca sorgulanabilir niteliktedir.

H.6.2.5. Şube Açılışında da Giriş Aidatının ¼'ünün Ödendiği; Dolayısıyla Giriş Ücretinin Yalnızca Sektöre Giriş Yapacakları Değil, Birlik Üyesi Seyahat Acentalarını da İlgilendirdiği Savunması

Seyahat Acentaları Birliği Yönetmeliği'nin 20. maddesinde, merkeze bağlı her şube için giriş aidatının dörtte biri oranında ayrıca kayıt ücreti alınacağı düzenlemesi yer almaktadır. Ancak, giriş ücretinin yüksek seviyelerde belirlenmesi, birlik üyesi seyahat acentelerinin sahip oldukları belgenin değerini artırdığı için, şube açılması durumunda dahi, seyahat acentesi toplamda kazançlı çıkmaktadır. Esasen bu savunma giriş engeli yaratan kararın makuliyetine gerekçe olamaz.

H.6.2.6. Soruşturmaya Esas Teşkil Ettirilen 2001 Genel Kurulu'nda Makul Artış Oranını Haiz Önergenin Genel Kurul'da Kabul Edildiği Savunması

Kayıt ücretine ilişkin önergelerin, yalnızca yasadan alınan yetkiyi kullanmak amacıyla değil; mevcut belgelere değer kazandırmak, seyahat acenteliği hizmetleri pazarına girişi engellemek gibi başka amaçlar göz önünde bulundurularak belirlendiği ifade tutanaklarında sabittir. Ayrıca, verilen önergeler arasından "makul artış oranını haiz" olduğu iddia edilen önergenin kabul edilmiş olmasının, bu miktarda belirlenen kayıt ücretinin piyasaya girişi engellemediğinin göstergesi olarak kabul edilemeyeceği kanaatine varılmıştır. Diğer yandan daha yüksek miktardaki artış

önerilerinin olması da, mevcut belgelerin değerlerinin artırılması yönündeki çabaların bir göstergesi niteliğindedir.

H.6.2.7. Sektörde Şubelerle Birlikte Toplam 4498 Acenta Mevcut Olduğundan, Sektörde Faaliyetin Sınırlandırılmadığı ve Acenta Sayısının Artış Gösterdiği Savunması

Mevcut acente sayısının yüksek oluşu, giriş ücretinin rekabeti kısıtlayıcı, sektöre girişleri engelleyici olmadığını göstermez. Önemli olan, giriş ücretinin yeni girişleri engelleyici niteliğinin olup olmadığıdır. Ayrıca, tam rekabet şartlarının geçerli olduğu bir pazarda, pazara giriş serbest olduğundan, teşebbüsler giriş yapmaya kendi iradeleriyle karar verirler. Pazardaki teşebbüs sayısı doyma noktasına geldiğinde, pazara giriş yapmak ekonomik açıdan rasyonel değildir; dolayısıyla, böyle bir durumda teşebbüsler pazara girmemeyi tercih ederler. Ancak, TÜRSAB giriş ücretinin, bütün bunlardan farklı olarak ilgili pazarda yapay bir giriş engeli teşkil ettiği kanaatine varılmıştır.

H.6.2.8. TÜRSAB Genel Kurul Kararının Alınmasında Rekabeti Engelleyici, Sınırlayıcı Bir Amaç Taşınmadığı, Kasıt ve Suiniet Olmadığı Savunması

4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinde "Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır." hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla yalnızca, rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları değil; aynı zamanda bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları da hukuka aykırı ve yasaktır.

H.6.2.9. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Genel Kanun Olduğunu ve Rekabet Kurulu'nun Çeşitli Kararlarında Düzenlemenin Yasadan Doğması Halinde Kendisini Yetkili Görmediği Savunması

Yazılı savunmada Türkiye Şoförler ve Otomobilciler Federasyonu kararı, Elektrik Mühendisleri Odası kararı ve İstanbul Menkul Kıymetler Borsası kararlarına atıfta bulunulmuş, incelenen kararlarda düzenlemenin yasadan doğması halinde Rekabet Kurulu'nun kendisini yetkili görmediği belirtilmiştir. İlk yazılı savunmada özel kanun-genel

kanun uyuşmazlığı ile ilgili olarak, İ.Yılmaz Aslan'ın "Eğer belirli bir konuda rekabetin bozulmasına yol açan bir yasa hükmü varsa ya da yasayla devlete ya da herhangi bir devlet kuruluşuna böyle bir yetki tanınmışsa burada hüküm çatışmasından söz ederiz. Burada aşağı yukarı daima ikinci kural, daha bir özel hüküm olduğu için önce uygulanır. Birlik kararının uyulması zorunlu olan bir kamusal karardan kaynaklanıyor olması halinde dahi kamusal tasarrufun iptal edilmediği sürece geçerli olduğunu ve aksi halin devletin koyduğu ve uyulması zorunlu olan kurallara uyduğu için kişilere yaptırım uygulanması doğru değildir." görüşlerine yer verilmiştir. Ancak burada kastedilen, yasa bulunan rekabeti sınırlayıcı bir hükmün varlığıdır. 1618 sayılı yasadaki Genel Kurul'a tanınan giriş ücreti belirleme yetkisi, rekabeti sınırlayıcı bir hüküm değildir; ancak bu yetki, rekabeti sınırlayıcı biçimde kullanılabilir bir yetkidir. Dolayısıyla, giriş ücretine ilişkin Genel Kurul kararının dayanağını 1618 sayılı özel kanundan almasının, alınan kararın 4054 sayılı Kanun'a aykırılık göstermesine gerekçe olarak gösterilemeyeceği kanaatine varılmıştır. 4054 sayılı Kanun'a aykırılık teşkil eden husus, Genel Kurul'a yasa ile böyle bir yetki tanınmış olması değil; Genel Kurul'un bu yetkiyi kullanım biçimidir.

H.6.2.10. Sektöre Girişi Engelleyen Giriş Ücreti Değil, Terör,

Ekonomik Kriz, Dalgalı Kur Uygulaması vb. Faktörler Olduğu Savunması

Bu sayılanların sektöre girişi asıl engelleyen faktörler olmaları için, bu dönemde sektörün küçülmüş olması gerekir. Halbuki ülkemiz turizm gelirleri, 1995 yılında 4.957.000.000.-ABD Doları iken, 2002 yılında 11.900.900.000.- ABD Dolarına yükselmiştir. Aynı dönemde ülkemizin dünya turizm pastasından aldığı pay da sürekli artmıştır. Bu artışlara karşın, turizm sektörünün en büyük alt pazarlarından biri olan seyahat acentalığı hizmetleri pazarına girişin terör, ekonomik kriz vb. nedenlerle azaldığı savunmasının kabul edilemeyeceği kanaatine varılmıştır.

I- GEREKÇE VE HUKUKİ DAYANAK

I.1. TÜRŞAB'IN TEŞEBBÜS BİRLİĞİ NİTELİĞİ

4054 sayılı Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinde teşebbüs, "piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek veya tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler" olarak tanımlanmıştır. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, bir teşebbüsün mal veya hizmet üreten ya da pazarlayan, gerçek veya tüzel,

kamu ya da özel tüm birimler için bağımsız karar verebilmesi ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil etmesi gerekir. Bu çerçevede, TÜRSAB'a üye olan ve hizmet üreten satan seyahat acenteleri, 4054 sayılı Kanun'a göre teşebbüs olarak nitelendirilmektedir.

1618 sayılı 'Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu'nun 32. maddesine göre; seyahat acenteleri, seyahat acenteliği mesleğinin yurt ekonomisi ve turizmüne uygun surette gelişmesini sağlayıcı tedbirleri almak ve meslek ahlak ve tesanüdünü korumak amacıyla Seyahat Acentaları Birliği adı altında kamu kurumu niteliğinde tüzel kişiliği haiz bir Birlik kurarlar ve seyahat acentelerinin bu birliğe üye olmaları zorunludur. 4054 sayılı Kanun çerçevesinde, teşebbüs konumunda bulunan seyahat acentelerinin TÜRSAB'a üye olmaları ve üyeliklerini devam ettirmeleri yasal bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. TÜRSAB, 1618 sayılı Kanun uyarınca kurulmuş, tüzel kişiliği haiz bir meslek birliğidir. Meslek mensuplarının uymaları zorunlu yasal düzenlemelere uymamaları durumunda disiplin cezası uygulama ve Turizm Bakanlığı'na meslekten çıkarılmaları ve yetki belgelerinin alınması konularında bildirimde bulunma yetkisi bulunmaktadır.

4054 sayılı Kanun'un 3. maddesinde "Teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlik" teşebbüs birliği olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla, seyahat acenteliği hizmetleri sunan tüm seyahat acentelerinin üye olmak zorunda oldukları TÜRSAB, 4054 sayılı Kanun çerçevesinde teşebbüs birliği konumundadır.

Nitekim, Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği (TMMOB) tarafından kendi birliklerine bağlı meslek odalarının asgari ücret tarifelerinin ve TMMOB üyesi olan Şehir Plancıları Odası'nca şehir plancılarının asgari ücret tarifelerinin belirlenmesi suretiyle adı geçen Birlik ve Odanın 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'u ihlal ettikleri iddiasıyla açılan soruşturmaya ilişkin olarak Rekabet Kurulu'nun 22.1.2002 tarih ve 02-04/40-21 sayılı Kararında da; meslek odalarına üye olan ve mühendislik, mimarlık ve şehir plancılığı gibi alanlarda hizmet üreten satan serbest meslek mensuplarının her biri 4054 sayılı Kanun'un 3. maddesi anlamında "teşebbüs", ve haklarında soruşturma yürütülen TMMOB ile TMMOB Şehir Plancıları Odası, ihlal konusu eylemler bakımından 4054 sayılı Kanun'un 3. maddesi anlamında birer "teşebbüs birliği" olarak değerlendirilmiştir.

I.2. TÜRSAB GENEL KURULU'NUN YETKİLERİ ve GENEL KURUL KARARI'NIN TEŞEBBÜS BİRLİĞİ KARARI NİTELİĞİ

1618 sayılı yasa gereği 15.6.1973 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Seyahat Acentaları Birliği Yönetmeliğinin 12. maddesinin (i) bendi uyarınca hazırlanan TÜRSAB İç Tüzüğü'nün 7-39. maddeleri arasında Genel Kurul'un yetki ve çalışma şekilleri ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Buna göre, Genel Kurul, Birliğin en üst organıdır. Genel Kurul, her seyahat acentesinin temsilci olarak göndereceği birer sahip veya birer sorumlu müdüründen oluşur. Her seyahat acentesinin bir oy hakkı vardır, şubelerin temsil ve oy hakkı yoktur. Genel Kurul yasa gereği iki yılda bir Kasım ayında olağan olarak toplanır. Ayrıca Genel Kurul, Yönetim Kurulu tarafından veya Bakanlık'ça re'sen olağanüstü toplantıya çağrılabilir. Toplantı nisabı, birlik üye sayısının yarısından bir fazlasıdır. Ancak, ilk toplantıda bu çoğunluk sağlanamadığı takdirde, müteakip toplantı, çoğunluk aranmaksızın yapılır. İç Tüzüğü'nün 31. maddesi uyarınca Genel Kurulda kararlar Genel Kurula katılanların oy çokluğu ile alınır.

Gündemi düzenleyen 15. maddeye göre, gündem, yönetim kurulu tarafından belirlenir ve genel kurulda yalnızca gündemde yer alan maddeler görüşülür. İç Tüzük'te olağan bir Genel Kurul gündeminde bulunması zorunlu hususlar da belirtilmiştir. Bunlar; a) Yönetim Kurulu ve Denetim Kurulu raporlarının okunması ve görüşülmesi, b) bilanço ve gelir-gider hesabının okunması ve görüşülmesi, c) yeni dönem tahmini bütçesinin okunması ve görüşülmesi, d) Yönetim Kurulunun ibrası, e) Birlik Yönetim Kurulu, Denetleme Kurulu ve Disiplin Kurulu asil ve yedek üyelerinin seçimi ve f) dilekler.

Seyahat Acenteleri Birliği Yönetmeliği'nin 12. maddesinde Genel Kurulun görevleri şu şekilde sıralanmıştır; a) Birliğin hesaplarını incelemek, Yönetim Kurulu raporlarını görüşüp karara bağlamak, Yönetim Kurulunu ibra etmek, b) Birliğin çalışma programı ve bütçesini görüşüp karara bağlamak, idarecilere ve temsilcilere verilecek ücretler ile bunlara ilişkin her türlü ödenek ve yollukları tespit etmek, c) Genel Kurul üyelerinin yirmide biri tarafından görüşülmesi veya gündemden çıkarılması istenen konuları görüşmek ve gündeme alınan maddeleri karara bağlamak, d) Yönetim Kurulu tarafından Genel Kurula arz olunan hususları görüşüp karara bağlamak, e) Yönetim, Denetim ve Disiplin Kurulu üyelerini seçmek, f) Üye kayıt ücreti ve aidat miktarını tespit etmek, g) Birliğe lüzumlu taşınmaz malların satın alınması veya mevcut taşınmaz malların satılması hususunda Yönetim Kurulu'na yetki vermek,

h) Seyahat Acentaları Birliği'nin şubelerinin açılmasına veya kapatılmasına, Birliğe kayıtlı üye sayısının en az salt çoğunluğu ile karar vermek i) Birlik Yönetim Kurulunca hazırlanacak İç Tüzük'ü incelemek ve kabul etmek, İç Tüzük değişikliklerini kabul veya reddetmek.

TÜRSAB üyesi olan acenteler, Genel Kurul'da oy hakkına sahiptirler ve yasa gereği acente giriş ücretlerine ilişkin karar alma yetkisine sahip olan Genel Kurul tarafından verilen ve üyeleri ile üye olacakların uymaları gereken ve bağlayıcı nitelikteki düzenlemeyi içeren her türlü karar, 4054 sayılı Kanun çerçevesinde teşebbüs birliği kararı niteliğindedir. Zira, "Teşebbüs birlikleri tarafından gerçekleştirilen her türlü sözlü veya yazılı mahiyetteki düzenleme, üyelerinin kabul etmesi ve uyması şartıyla karar niteliğinde kabul edilebilecektir. Kararın birlik tarafından alınmış olması şart değildir. Birlik mevzuatına göre karar alma yetkisine sahip bir kurul veya yönetimin aldığı karar da aynı kapsamda bir karar niteliğindedir⁸⁹. Ayrıca, bir teşebbüs birliği kararının varlığı için, birliğin statüsünden kaynaklanması ve organlarının iradesini yansıtmasıyla, üyelerin statüyü kabulü ile tavsiyenin bu statüye dayanılarak çıkarılması yeterli olacaktır⁹⁰." Bu nedenle TÜRSAB Genel Kurulu'nda, yeni üye olaklardan alınacak giriş ücretinin miktarına yönelik olarak alınan karar, 4054 sayılı Kanun çerçevesinde bir teşebbüs birliği kararı olup, bu Kanun'a aykırı olmaması gerekir.

I.3. TÜRSAB GENEL KURUL KARARI'NIN 4054 SAYILI KANUN'UN 4. MADDESİNE AYKIRILIK TEŞKİL ETTİĞİNE DAİR DEĞERLENDİRME

4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinde "Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri" yasaklanmıştır. Maddenin devamında, bu haller tahdidi olmamak üzere sıralanmış, maddenin (d) bendinde "...piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi" de 'rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar' arasında sayılmıştır. Söz konusu maddenin gerekçesinde de, teşebbüslerin ortak sorunlarıyla ilgilenmek üzere oluşturdukları birliklerin zaman zaman üyeleri arasında rekabeti önleyerek üyelerinin daha fazla kazançlar elde etmelerine

⁸⁹ GREEN, N. ve A. ROBERTSON (1997), *Commercial Agreements and Competition Law*, London.

⁹⁰ Güzel, Oğuzkan; *Rekabet Hukukunda Teşebbüs ve Teşebbüs Birlikleri*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Eylül 2001, Ankara.

hizmet edici kararlar alabilecekleri, bu gibi kararların da rekabet sistemine aykırı ve yasak olduğu ifade edilmektedir.

I.3.1. Giriş Engeli Kavramı

Kanun'da yer alan 'Piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi' ifadesi, ekonomi literatüründe 'giriş engeli' kavramı çerçevesinde değerlendirilmektedir. Giriş engelini herkesçe kabul edilen tek bir tanımı bulunmamaktadır. Stigler⁹¹, giriş engelini "bir pazara yeni giriş yapanların katlandığı, ama pazarda faaliyet gösterenlerin katlanmadığı üretim maliyeti" olarak tanımlamıştır. Benzer olarak, Baumol ve Willig⁹², "yeni giriş yapan için harcama gerektiren, ama pazarda faal olan bir firmaya dengi bir maliyeti bulunmayan herhangi bir kalem" şeklinde tanımlamışlardır. Von Weizsäcker, Stigler'in tanımına "sosyal bakımdan kaynak dağılımının çarpıtılması" şartını eklemiştir⁹³.

Pazara giriş engeli niteliğini taşıyan unsurlar, genel ekonomiden, pazarın yapısından veya pazardaki firmaların davranışlarından kaynaklanabilir. Söz konusu unsurların başlıcaları; sermaye gereksinimi, ölçek ekonomisi, ürün farklılaştırmaları veya çeşitlendirmeleri, batık maliyetler, pazardan çıkış engelleri, dikey bütünleşme, misilleyici ve önleyici firma davranışları, mutlak maliyet avantajları, atıl kapasite, satış maliyetleri, patentler ve/veya lisanslar, dağıtım ağına giriş ve hükümet politikalarıdır.

Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında, Komisyon ve Adalet Divanı, giriş engeli kavramını açık bir şekilde tanımlamamakla birlikte, kararlarında bu kavramı geniş yorumlamakta ve bu bağlamda, dikey bütünlük, fazla kapasite, finansal güç, ürün farklılaşması ve hukuken korunan sınai mülkiyet hakları gibi, çok farklı faktörleri somut olay kapsamında giriş engeli olarak nitelendirmektedir. Bu geniş yorumlamaya bağlı olarak, giriş engeli doktrinde "ilgili piyasaya yeni girecek olan teşebbüslerin karşılaştıkları her türlü zorluk" olarak tanımlanmaktadır. Giriş engelini daha geniş olan bir diğer tanımına göre, "giriş engeli, bir endüstriye girmek isteyen teşebbüslerin katlanmak zorunda olup da, halen o piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin

⁹¹ STIGLER, G. (1983), *The Organization of Industry*, The University of Chicago Press, Chicago.

⁹² BAUMOL, W; R.WILLIG (1986), "Contestability: Development since the Book" J.S.VICKERS vd. (Ed.) *Strategic Behavior and Industrial Competition*, Clarendon Press, Oxford.

⁹³ (1994) *Barriers to Entry and Exit in UK Competition Policy*, Office of Fair Trading Research Paper, No:2, London.

katlanmakla yükümlü olmadıkları üretim maliyetidir". Piyasaya yeni giriş yapacak teşebbüs için giriş engeli olarak nitelendirilebilecek pek çok durum olmakla birlikte, AB Hukuku uygulamasında hakim durumda olmanın diğer göstergesi olarak kabul edilen temel birtakım giriş engeli görünümünü ifade etmekte fayda vardır. Sınırlayıcı sayılması mümkün olmayan giriş engeli görünümüleri, somut olayda birbirinden bağımsız olarak bulunabileceği gibi, birarada da bulunabilirler⁹⁴.

Bir pazarda yüksek kar oranlarının olması, yeni girişi teşvik eder. Yeni girişler ise rekabetin artmasına neden olur. Bu nedenle, sektörde faaliyet gösteren firmalar açısından yeni girişi engellemek, mevcut kar marjlarını korumak için zaman zaman başvurulan bir yöntemdir. Ancak, pazara yeni girişi engellemek isteyen teşebbüslerin, belirli miktarda pazar gücünü ellerinde bulundurmaları gerekir. Şikayet konusu özelinde ise bu güç, TÜRSAB Genel Kurulu'na 1618 sayılı Kanun'la verilmiştir.

TÜRSAB'a üye olmak için ödenen giriş ücreti, pazara yeni giriş yapılırken katlanılan bir maliyet kalemidir. Yukarıdaki tanımlar ışığında, 'pazara giriş engeli' işlevi gören TÜRSAB giriş ücreti şu nitelikleri taşımaktadır:

Sermaye Gereksinimi: En temel giriş engeli olan sermaye gereksinimi, pazara yeni giriş yapan firmanın katlanmak durumunda olduğu başlangıç maliyetleri için ihtiyaç duyulan sermayeyi ifade etmektedir. Seyahat acenteleri hizmetleri pazarına giriş yapmak için ofis kurulması, reklam harcamaları, gerekli donanımın sağlanması gibi başlangıç maliyetlerine katlanmak gerekmektedir. Bunlara ek olarak, TÜRSAB'a nakit olarak ödenmesi gereken giriş aidatı ayrıca, bir maliyet kalemi oluşturmaktadır.

Batık Maliyet: Pazara giriş yapmak için yapılan bazı harcamalar, kısa veya uzun vadede likiditeye dönüştürülemeyebilir. Örneğin, promosyon harcamaları, başka bir amaç için kullanılmayacak ekipman, pazarlama ağı için yapılan yatırımlar, vb. batık maliyet kalemi teşkil edebilirler. TÜRSAB giriş aidatı, sadece sektöre giriş yapmak için ödenen, bunun karşılığında temin edilen belge de çoğu zaman likit olmayan veya bütünüyle geri döndürülemeyen bir maliyet kalemi niteliğindedir.

⁹⁴ SANLI, K.C.; 'Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği', Ekim 2000, Rekabet Kurumu, Ankara; s. 253.

Pazardan Çıkış Engeli: Pazara giriş yapmak için üstlenilen maliyetler, işlerin iyi gitmemesi durumunda pazardan çıkmayı rasyonel olmaktan çıkarabilir. Bu nedenle, çıkış engellerinin yüksek olduğu bir pazar, yeni giriş yapmayı alıkoyucu bir etki yapabilir. TÜRSAB giriş ücreti, anında likiditeye dönüştürülemediği veya yatırılan nakit para bütünüyle geri alınamadığı durumlarda pazardan çıkış engeli niteliğini taşımaktadır⁹⁵.

I.3.2. TÜRSAB Giriş Ücretinin İlgili Pazara Girişi Engelleme Niteliği

Giriş ücretinin reel olarak giderek yükselmesi, pazara daha sonra giriş yapanın daha fazla giriş maliyetine katlanmasına neden olmaktadır. Bu miktara, halen faal olan acenteler karar verdiklerinden dolayı, TÜRSAB Genel Kuruluna ait olan bu tasarruf, aynı zamanda Krattenmaker ve Salop'un⁹⁶ ifadesiyle "rakiplerin maliyetini yükseltici bir davranış" niteliğindedir.

Daha önceki bölümlerde ifade edildiği gibi, konu ile ilgili bütün faktörler TÜRSAB Genel Kurul üyelerinin giriş ücretini yüksek belirlemeleri yönünde teşvik edici niteliktedir. Şöyle ki, yüksek giriş ücreti, hem sektöre daha az giriş olmasına, hem de mevcut işletme belgeleri devredilebildiğinden, eldeki belgelerin değer kazanmasına neden olmaktadır. Giriş ücreti herhangi bir nesnel kritere bağlı olarak belirlenmemektedir. Bunun yanı sıra, soruşturma sürecinde görüşülen sektör mensuplarının ifadeleri ve TÜRSAB'ın yazılı savunması da bu hususu doğrulamaktadır.

Giriş ücreti, seyahat acenteleri gruplarından ve bölgesel ayırımından bağımsız olarak, bütün yeni giriş yapan acenteler için aynıdır. İlgili pazar, turizm faaliyetlerine bağlı olarak ülkemizin her yerinde homojen bir yapıya sahip değildir. Bunun bir sonucu olarak, örneğin, İstanbul'da 1514 acente (merkez ve şube toplam) mevcut iken, Burdur, Çankırı, Gümüşhane ve Bayburt illerinde hiç acente bulunmamakta; 47 ilde ise, 10'dan az sayıda acente bulunmaktadır.

⁹⁵ Seyahat acentesi işletme belgesi iptal edildiğinde, giriş ücreti iade edilmemektedir. Devir söz konusu olduğunda ise, işletme belgesinin değeri bölgeden bölgeye değişmektedir; örneğin, giriş ücretinin 50 milyar TL seviyesinde olduğu sırada İstanbul'da bu miktar 35-40 milyar TL, Bursa ve Marmaris'te 25-30 milyar TL arasında değişmekte olduğu, soruşturma sırasında görüşülen sektör çalışanları tarafından ifade edilmiştir.

⁹⁶ Krattenmaker, G.T., S.C. Salop (1986), *Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Cost to Achieve Power over Price*, *The Yale Law Journal*, Vol. 96, No: 2, s. 246-247.

Buna rağmen, giriş ücretinin her bölge ve ilde aynı miktarda olması ülke gerçekleriyle bağdaşmamakta, özellikle ilgili pazarın canlı olmadığı az gelişmiş bölgelerde yerleşik teşebbüsler aleyhine de bir durum ortaya çıkarmaktadır. Ayrıca, her grup seyahat acentesi için aynı miktar giriş ücreti talep edilmesi de, göreceli olarak daha küçük ekonomik güce sahip teşebbüsler aleyhine girişimciliği caydırabilecek nitelikte, piyasaya giriş engeli olarak daha bariz bir rekabet kısıtı yaratmaktadır.

Ayrıca benzer nitelikteki diğer meslek birliklerinin giriş ücretlerinin incelenmesi sonucunda, bu birliklerin 33 tanesinde giriş ücretinin 5 milyon TL ile 490 milyon TL arasında değiştiği tespit edilmiştir. Bu çerçevede TÜRSAB'ın aldığı giriş ücretinin makul olmaktan çok uzak olduğu açıkça görülmektedir.

Yukarıda yer verilen bilgi, tespit ve açıklamalar çerçevesinde, TÜRSAB Genel Kurulu'nca belirlenen üyelik giriş ücretinin, ilgili pazara girişi engelleyici nitelikte, dolayısıyla ilgili pazarda "rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı" bir etki doğuran bir teşebbüs birliği kararı olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

I.4. BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRME

4054 Sayılı Kanun'un "Anlaşma, Birleşme ve Devralmaların Kurula Bildirilmesi" başlıklı 10. maddesi uyarınca, 4. madde kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararların yapıldıkları tarihten itibaren bir ay içinde Kurul'a bildirilmesi gerekmektedir.

1997/6 No'lu "Rekabet Kurumu Teşkilatının Oluşturulmasından Sonra Teşebbüslerin ve Teşebbüs Birliklerinin 4054 sayılı Kanun'dan Doğan Hak ve Yükümlülüklerine İlişkin Tebliğ" in 'Yeni Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararların Bildirimi' başlıklı 2. maddesinde ise "05.11.1997 tarihinden itibaren teşebbüslerin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamına giren anlaşma ve uyumlu eylemleriyle teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri, alındıkları veya yapıldıkları tarihten itibaren en geç bir ay içinde Kurulumuza bildirilecektir." hükmü yer almaktadır.

Ancak; ilgili teşebbüs birliğince alınan teşebbüs birliği kararı 4054 sayılı Kanun'un 10. maddesi uyarınca Kurul'a süresinde bildirilmemiştir. TÜRSAB tarafından süresinde bu bildirim yükümlülüğü yerine getirilmemiş olmakla birlikte, soruşturma raporunun mahiyetinde veya sonuç bölümünde bu eyleme yer verilmemiş olması, teşebbüsün bu eylemden dolayı savunmasının alınmamasına neden olmuştur. 4054 sayılı Kanun'un 44. maddesinin son fıkrası uyarınca;

“Kurul, tarafları bilgilendirmediği ve savunma hakkı vermediği konuları kararlarına dayanak yapamaz.”

Bu fıkranın açıklığı karşısında teşebbüs veya teşebbüs birlikleri hakkında isnat edilen eylem açıkça soruşturma raporunun içeriğinde veya sonuç bölümünde yer almamışsa ve bu nedenle o konuda teşebbüs veya teşebbüs birliğinin savunmasının alınması imkanı ortadan kaldırılmışsa, ceza tertibine de gidilemeyecektir.

Bunun yanında; ilgili Genel Kurul kararının 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi anlamında rekabet hukukunu ilgilendiren bir karar olmadığı, dolayısıyla bildirim yükümlülüğünün doğmamış olması nedeniyle de ceza tertibine gidilemeyecektir.

Yukarıda açıklanan gerekçeler çerçevesinde 4054 sayılı Kanun’un 16. maddesinin birinci fıkrasının c bendi uyarınca TÜRSAB’a bildirimde bulunulmaması nedeniyle ceza uygulanmaması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

J- İHLALE SON VERME

4054 sayılı Kanun’un 4. maddesinin birinci fıkrası hükümleri gereği, soruşturmaya konu TÜRSAB 15. Genel Kurul kararı, ‘hukuka aykırı ve yasaktır’.

4054 sayılı Kanun’un 9. maddesinin birinci fıkrasında “Kurul ihbar, şikayet veya Bakanlığın talebi üzerine veya resen bu Kanun’un 4, 6 ve 7. Maddelerinin ihlal edildiğini tespit ederse ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine bu Kanun’un 4. kısmında belirtilen hükümler çerçevesinde rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi yada kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir kararı bildirir.” Hükmüne yer verilmiştir. Bu çerçevede soruşturmaya konu TÜRSAB 15. Genel Kurulu’nda giriş ücretlerine ilişkin alınan kararın uygulamasının durdurulması gerekmektedir.

K- SONUÇ

Düzenlenen rapora, toplanan delillere, sözlü savunma toplantısındaki açıklamalara ve incelenen dosya kapsamına göre konunun değerlendirilmesi ile 15.12.2003 tarihinde yapılan ilk oylamaları içeren 03-79/966-M sayılı Rekabet Kurulu kararında da belirtildiği üzere, 4054 sayılı Kanun’un 51. maddesi uyarınca yapılan ikinci oylamalar sonucunda;

1- 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un uygulanması bakımından:

- a) "Seyahat Acenteliği Hizmetleri" pazarında faaliyet gösteren seyahat acentelerinin birer "teşebbüs" olduğuna OYBİRLİĞİ ile;
- b) Seyahat acentelerinin ilgili mevzuat gereği üye olmak zorunda buldukları Türkiye Seyahat Acentaları Birliği (TÜRSAB)'nin bir "teşebbüs birliği" olduğuna OYBİRLİĞİ ile;
- c) TÜRSAB Genel Kurulu'nda alınan soruşturma konusu kararın bir "teşebbüs birliği kararı" niteliğinde olduğuna OYÇOKLUĞU⁹⁷ ile;

2- a) TÜRSAB'ın Kasım 2001 tarihinde yapılan 15. genel kurulunda alınan karar ile piyasaya yeni girişleri engelleyici nitelikte yüksek giriş ücreti belirlemek suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlal edildiğine OYÇOKLUĞU⁹⁸ ile;

Bu ihlâlden dolayı TÜRSAB'a, 2002 yılı sonunda oluşan gelirlerinin % 3'ü oranında olmak üzere takdiren 193.764.290.070.- (Yüz doksan üç milyar yedi yüz altmış dört milyon iki yüz doksan bin yetmiş) TL para cezası verilmesine⁹⁹ OYÇOKLUĞU¹⁰⁰ ile;

3-a) Söz konusu genel kurul kararının 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında bir teşebbüs birliği kararı olması nedeniyle, aynı kanunun 10. maddesi ve 1997/6 sayılı Tebliğ'in 2. maddesi ile öngörülmüş olan bir aylık süre içerisinde bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmediğine OYÇOKLUĞU²⁶ ile;

b) Bununla beraber, İkinci Başkan Tuncay SONGÖR'ün ilgili teşebbüs birliğince alınan teşebbüs birliği kararı 4054 sayılı Kanun'un 10. maddesi uyarınca süresinde bildirilmemiş ise de soruşturma raporunun mahiyetinde ve sonuç bölümünde bu eyleme yer verilmemiş olması ve bu nedenle ilgili teşebbüs birliğine bu konuda savunma hakkı tanınmamış olması nedeniyle para cezası

⁹⁷ 4054 sayılı Kanun'un 51. maddesi birinci fıkrasına göre oylanmıştır.

⁹⁸ 4054 sayılı Kanun'un 51. maddesi ikinci fıkrasına göre, 28. madde hükümleri çerçevesinde oylanmıştır.

⁹⁹ 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde, tespit edilen ihlale ilişkin olarak verilecek para cezasında, TÜRSAB'ın 15. Dönem faaliyet raporunda belirtilen 2002 yılına ait gelir rakamları esas alınmıştır. Buna göre, TÜRSAB'ın 2002 yılı gelirleri toplamı, 6.458.809.668.995-TL'dir.

¹⁰⁰ 4054 sayılı Kanun'un 51. maddesi ikinci fıkrasına göre, 28. madde hükümleri çerçevesinde oylanmıştır.

verilemeyeceği görüşü ve Kurul Üyeleri Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI, Kublay ATASAYAR ve Sıraç ASLAN'ın bildirim yükümlülüğünün doğmamış olması nedeniyle cezaya yer olmadığı yönündeki oyları ile 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının c bendi uyarınca TÜRSAB'a bildirimde bulunulmaması nedeniyle ceza uygulanamayacağına, Kanun'un 51. maddesi ikinci fıkrasına göre OYÇOKLUĞU²⁶ ile;

4-a) Rekabet Kurulu tarafından tespit edilen bu ihlale nasıl son verileceğine ilişkin olarak, 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesi birinci fıkrası doğrultusunda; TÜRSAB 15. Genel Kurulu'nda alınan ve piyasaya giriş engeli teşkil ettiği tespit edilen giriş ücreti ile ilgili kararın uygulamasının durdurulması ve bu yönde işlem yapıldığı konusunda Rekabet Kurumu'na bilgi verilmesi gerektiğinin TÜRSAB'a bildirilmesine OYÇOKLUĞU²⁶ ile;

b) Soruşturmaya konu genel kurul kararının uygulamasının durdurulması ve bununla ilgili işlemlerin tekemmül ettirilmesi için adigeçen teşebbüs birliğine 45 gün süre verilmesine, aksi takdirde 4054 sayılı Kanun'un 17. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca hergün için süreli para cezası ile cezalandırılacaklarının hatırlatılmasına OYÇOKLUĞU²⁶ ile;

Danıştay yolu açık olmak üzere karar verilmiştir.

KARŞI OY GEREKÇESİ

(17.12.2003 tarihli ve 03-80/967-397 sayılı Kurul Kararı 3/b Bendi)

Kurul kararında, TÜRSAB Genel Kurulu tarafından Kasım 2001'de alınan soruşturma konusu kararın bir teşebbüs birliği kararı niteliğinde olduğu sonucuna varılmıştır. 4054 Sayılı Kanun'un 10 uncu maddesinin birinci fıkrası hükmüne göre, adı geçen kararın alındığı tarihten itibaren bir ay içinde Kurul'a bildirilmesi gerekmekte, süresi içinde bildirimde bulunulmaması halinde yine Kanun'un 16 ncı maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca idari para cezası verileceği hükme bağlanmaktadır. Dolayısıyla, 4 üncü maddeye aykırı bir teşebbüs birliği kararının süresinde Kurul'a bildirilmemesi halinde, bildirmeme cezasının doğrudan uygulanması gerekir. Bir başka ifadeyle, bildirmeme cezası, ihlalin tespiti halinde takdir hakkına bağlı olmaksızın teşebbüse verilecek bir ceza niteliğindedir. Nitekim, bildirim esaslarını düzenleyen 1997/6 sayılı tebliğ'in 5 inci maddesinde de; "Bildirimde Bulunulmamasının Müeyyidesi" başlığı altında, "..... gibi, ilgili

teşebbüslere Kanun'un 16 ncı maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde öngörülen para cezası tatbik edilecektir." hükmü yer almaktadır.

Kanun'un 44 üncü maddesinin son fıkrası hükmü ve 25.07.2003 tarihli Soruşturma Heyeti raporunun sonuç kısmında, bildirmeme cezasının önerilmemesi gerekçesiyle, ceza uygulanmaması şeklindeki çoğunluk görüşüne katılamıyoruz. 26.12.2003

Müfit SONBAY
Kurul Üyesi

Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ
Kurul Üyesi

Süreyya ÇAKIN
Kurul Üyesi

KARŞI OY GEREKÇESİ

(17.12.2003 tarih ve 03-80/967-397 sayılı Kurul Kararı)

TÜRSAB'ın Kasım 2001 tarihli Genel Kurulunda aldığı kararla, yüksek giriş ücreti belirlemek suretiyle 4054 sayılı Kanununun 4.maddesini ihlal ettiği ve bu gerekçeyle ilgili kanundaki müeyyidelere tabi tutulması gerektiği şeklindeki Kurul kararına;

a) Söz konusu giriş ücretlerinin piyasaya girişleri engellediğine dair iddianın bilimsel verilerle yeterince desteklenmediği,

(Ülkemizin turizm gelirlerinin gittikçe artmasına rağmen,son yıllarda giriş ücreti yatıran seyahat acentesi sayısının geçmiş yıllara göre düşük kaldığı, bunun da sebebinin özellikle TÜRSAB tarafından alınan giriş ücretlerinin yüksek belirlenmesi olduğu gibi bir düşünce bilimsel açıdan zafiyetinin yanı sıra hem ülkemizdeki gerçeklere hem de uluslararası alandaki eğilimlere ters düşmektedir. Son yıllarda, resmen piyasaya giren seyahat acentası sayısındaki düşüşten daha fazlası, eğer geçmiş yıllarla kıyaslanırsa, başka ekonomik ve sosyal göstergeler için de doğrudur. Son üç beş yıl içinde bütün toplumsal olgularda çarpıcı olumsuzlukların yaşandığı, ayrıca gittikçe artan sayıdaki aktörün piyasaya girmesinin zaten mümkün olmadığı, belli bir noktadan sonra, ölçek ekonomileri ve rekabet gereği hem ulusal hem de uluslararası alanda birleşme ve devralmaların yaşandığı dikkate alınır, piyasaya girişin yüksek ücret uygulaması nedeniyle engellendiği tezi savunulmayacak ölçüde zayıflamaktadır.)

b) Kamu Kurumu niteliğindeki meslek teşekküllerinin çağdaş yönetim ve işletmecilik yaklaşımları çerçevesinde yönetilememesinden kaynaklanan bazı problemlerinin, haklı eleştiri ve şikayetlere sebep

olduğu ve zaman zaman kendi üyeleri veya ilgili kamuoyu tarafından gündeme getirildiği, TÜRSAB soruşturmasına esas teşkil eden şikayetin de bu neviden telakki edilebileceği ve başka yollarla çözülebileceği, bu nedenle de rekabet politikası kapsamında ele alınmaması gerektiği düşünceyiyle katılamıyorum. 06.01.2004

Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Kurul Üyesi

KARŞI OY GEREKÇESİ

(Rekabet Kurulu'nun 17.12.2003 tarih ve 03-80/967-397 sayılı Kararı'na)

Kasım 2001 tarihinde alınan Genel Kurul Kararı ile yüksek giriş aidatı uygulayarak piyasaya yeni firma girişleri engellenmek suretiyle Türkiye Seyahat Acentaları Birliği (TÜRSAB) nin 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu ihlal ettiği iddiasıyla soruşturma açılmıştır.

TÜRSAB tüm savunmalarında; ilgili yasanın verdiği yetkiye dayalı olarak giriş aidatlarının belirlenmesi ile alakalı Genel Kurul tarafından alınan kararın 4054 Sayılı Kanuna muhalefet oluşturmadığını beyan etmiştir.

Yapılan Soruşturma sonunda toplanan deliller, konu ile ilgili yasal düzenlemeler ve tüm dosya münderecatı savunmayı teyit etmesine karşın, TÜRSAB'ın cezalandırılması cihetine gidilmesi doğru ve hukuki değildir. şöyle ki:

1973 Yılında bir meslek birliği olarak kurulmuş olan TÜRSAB 3359 üyeli, dünyanın en çok üyeye sahip 5. Birliğidir. TÜRSAB'ın temel amacı, seyahat acentalığı mesleğinin ve faaliyet alanının temelini oluşturan turizm sektörünün gelişimine katkıda bulunmaktır. 1618 Sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanununun 1. maddesinde, Seyahat Acentaları; "**Kar amacıyla** turistlere ulaştırma, konaklama, gezi, spor ve eğlence imkanları sağlayan, onlara turizmle ilgili bilgiler veren, bu konuya ilişkin tüm hizmetleri gören ve turizm

ekonomisine ve genellikle ödemeler dengesine katkıda bulunan **TİCARİ KURULUŞLAR** dır” şeklinde tanımlanmaktadır. Aynı Kanunun 35. maddesinde Birliğin **gelirlerinin**, üyelerin Birliğe ödedikleri **kayıt ücreti** ve **aidatı**, seyahat acentaları personelinin yetiştirilmesi için düzenlenecek kurs ve seminerlerden elde edilecek gelirler ile bağış ve yardımlardan oluşacağı hükmü yer almaktadır. 1618 sayılı Kanun’un 34. maddesi Seyahat Acentaları Birliğinin orgalarının Genel Kurul, Yönetim Kurulu, Denetleme Kurulu ve Disiplin Kurulundan oluşacağını, her seyahat acentasının bir temsilcisinden oluşan Genel Kurul’un iki yılda bir Kasım ayında toplanacağını, görevlerinden birinin de üye kayıt ücreti ve aidat miktarlarının belirlenmesi olduğunu öngörmektedir. Keza Seyahat Acentaları Birliği Yönetmeliğinin 20. maddesinde de, Birliğin önemli gelir kaynaklarından biri olarak belirlenen birliğe kayıt ücretinin tavanı, ödeme şartları ve şekillerinin Genel Kurul Toplantısında Karara bağlanacağı kabul edilmektedir.

TÜRSAB, Kasım 2001 tarihinde yaptığı Genel Kurul Toplantısında, Birliğe Giriş Ücretini 2001 yılı için **35** milyar (28.425\$), 2002 yılı için **50** milyar (33.045\$) lira olarak belirlemiştir. Şikayete konu edilen 2001 yılı 35 milyar liralık giriş ücretidir. TÜRSAB’ın bu giriş ücretini ilgili yasa ve yönetmeliklerin kendisine verdiği yetkiye dayalı ve usulüne uygun saptadığı konusunda hiçbir tereddüt bulunmamaktadır. Belirlenen bu ücret, piyasaya yeni girişleri engelleyecek, dolayısıyla 4054 Sayılı Kanunun 4. maddesi kapsamında değerlendirilebilecek bir ücret kararı mıdır? Üzerinde durulup tartışılacak konu budur. Savunma; giriş engelleme amaçlı yüksek ücret belirleme, dolayısıyla bir ihlalin söz konusu olmadığı, suçlama ve Kurul çoğunluk görüşü ise ihlalin mevcut olduğu yönündedir.

Birliğe giriş ücreti ödenmesi uygulaması Türkiye’ye özgü bir uygulama değildir. Avrupa Birliği (AB) ülkelerinde bulunan Seyahat Acentaları ve Tur Operatörlerinin bünyesinde toplandığı Avrupa Seyahat Acentaları ve Tur Operatörleri Birliği (ECTAA) ne üyelik için de girişte bir “Üyelik Ücreti” ödenmesi gerekmektedir. TÜRSAB’ın şikayete konu edilen giriş ücreti girişe engel oluşturacak **YÜKSEK BİR ÜCRET** midir? Yüksek, ya da değildirin objektif ölçüsü nedir? Ücret skalasında, hangi ücret diğerine göre düşüktür ve girişe engel olmayacaktır? Bunu takdir edecek kurum, Rekabet Kurulu mudur? TÜRSAB, Kasım 2001 tarihindeki Genel Kurulunda; giriş ücreti için üyeler tarafından teklif edilen “ilk yıl için **100 milyar**-2. yıl için **150 milyar**” ve “ilk yıl için **35 milyar**-ikinci yıl için **50 milyar**” şeklindeki **iki farklı önergeden** ikincisini yani **ilk yıl için 35 milyar- ikinci yıl için 50 milyar lira giriş ücreti alınmasına**

ilişkin önergeyi kabul etmiştir. Görüleceği üzere 100 ve 150 milyar liralık giriş ücreti, Genel Kurulca karar altına alınan 35 milyar ve 50 milyara göre yüksek olarak kabul edilebilecek bir ücrettir. 35 ve 50 milyar lira yerine 10 milyar ve 25 milyar lira giriş ücreti olarak benimsenseydi, bu ücret uygun ücret ve giriş engeli oluşturmayan bir karar olarak mı kabul edilecekti? **Sektörün** herkesçe bilinen ve kabul edilen **önemi sebebiyle**, bu ücretin; diğer birlik giriş ücret ve aidatlarının belirlenmesinde ölçü olarak alındığı ifade edilen enflasyon oranı, döviz paritesi, TÜFE gibi kriterlere göre saptanması doğru olmayacaktır.

TÜRSAB Genel Kurulu'nun Kasım 2001 tarihli giriş ücreti belirleme Kararı yasalara, yönetmeliklere, hukuka uygun ve 4054 Sayılı Kanuna aykırı olmayan bir Karardır. Ayrıca;

1- TÜRSAB, Yasasının 1. maddesinde vurgulandığı üzere, diğer meslek birliklerinden (Türk Tabipler Birliği, Türk Eczacılar Birliği, Türkiye Barolar Birliği vs. gibi) farklı olarak KAR AMACIYLA turistlere ulaştırma, konaklama, gezi, spor ve eğlence imkanı sağlayan onlara turizmle ilgili bilgiler veren, turizm ekonomisine ve genellikle ödemeler dengesine katkıda bulunan TİCARİ KURULUŞ tur. Yasa bu kuruluşa önemli görevler yüklemiştir. Bunları yerine getirebilmek için parasal kaynağa, hem de yeterli kaynağa ihtiyacı vardır. **Birliğin gelir kaynakları yasa ile ve sınırlı bir şekilde belirlenmiştir. Bunlardan biri de yeni üyelerden alınan "**giriş ücreti**"dir. Her ticari kuruluş gibi TÜRSAB adlı ticari kuruluş da, müddibir bir tacir gibi görevlerini yerine getirmek için yapacağı harcamaların karşılığını, yasal zeminde sağlamak amacıyla Birliğin birinci sırada gelir kaynağı olan "giriş ücretini" 35-50 milyar olarak saptamıştır. Bu ücret de giriş engeli yaratabilecek bir ücret değildir. Avrupa'da Seyahat Acentalığı için yeterli (belli seviyede) bir kuruluş sermayesi aranırken, Türkiye'de bunun aranmadığı nazara alındığında "giriş ücretinin" çok düşük tutulması, Türkiye'nin ekonomisinde, bütçesinde, nihayet kalkınmasında çok önemli bir yer tutan turizm sektöründe, önemli olan bu sektörde; 10m² lik bir oda, bir masa iki sandalyeden oluşan acentaların piyasaya girmesine ve bunların sayısının çoğalmasıyla sektörün çökmesine neden olunulur.**

2- TÜRSAB, sektöre yeni acentelerin girişini engellemeyi amaçlasaydı, bir kez alınan "giriş ücretini" yüksek tutma yerine ve belki de bunun yanına, her yıl alınan ve süreklilik arz eden "yıllık üye aidatlarını" da yüksek belirlerdi. Genel Kurulda kabul edilen "yıllık üye aidatları" diğer birliklerdeki aidatlarla aynı seviyededir, bazısından daha da düşüktür.

3- Yüksek olduğu iddia olunan “giriş ücreti”nden olumsuz etkilenecek olan, sektöre yeni girecek acentalar kadar **mevcut acentalar** da olacaktır. Seyahat Acentaları Yönetmeliğinin 23. maddesi; şube kuruluşlarında, acenta kuruluşu için aranan şart ve kuruluş esaslarının aranacağını öngörmüştür. Bir acenta, herhangi bir yerde bir şube açmak istediğinde, giriş ücretinin ¼ kadar bir ücreti şube kuruluşu için ödemek zorundadır. Türkiye’de 2328 A Grubu seyahat acantasının 1008 tane şubesi olduğu nazara alındığında, yüksek olarak belirlendiği ileri sürülen “giriş ücreti”nden bu kararı alan acentaların birinci derecede etkileneceği tartışmasız bir gerçektir.

4-a- Nihai (ceza) kararında, “giriş ücretinin yüksekliğinin sektöre girişe engel oluşturduğu kabul edilmektedir. Veriler bu kabulü doğrulamamaktadır. Örneğin; “giriş ücreti”nin 13.089\$ olduğu 1997 yılında yeni kurulan acentası sayısı 636 iken, giriş aidatının 11.440\$ olduğu 1998 yılında sayısı 128’ dir. Giriş ücretinin 33.045 dolar olduğu 2002 yılında yeni acentası sayısı 145’dir. Yani 33.045 dolar olan giriş ücreti 1998 yılındaki giriş ücretinin üç katı kadar artmış olmasına rağmen açılan yeni acentası sayısı 1998’de açılan acentalardan fazladır. (Gerekçeli Kararın 7.sayfasındaki 2.tablo). Bu olgu ücret yüksekliğinin piyasaya yeni girişlere engel olmadığını göstermektedir.

b- Nihai Kararda; Giriş ücretinin yüksek olması sebebiyle sektörde Seyahat Acentası Belgelerinin, bu belgeye sahip olanlar tarafından yüksek bir değerle sektöre yeni girecekler devir edildiği, sektörde böyle bir pazarın oluştuğu kabul edilmektedir. Mevcut acentalar, ellerindeki bu belgelerin değerini yükseltmek amacıyla “giriş ücretini” yüksek belirlemekte ve belge devirlerinde yüksek gelir elde ettikleri ileri sürülmektedir. Bu görüşü doğrulayan ciddiye alınabilir bir beyan, bilgi, belge ve delil mevcut değildir. Varsayımla böyle bir sonuca varmak ve birliği ihlalle suçlamak mümkün değildir.

c- Kurul, yüksek belirlenen “giriş ücreti”nin geriye dönüşü olmayan bir harcama kalemi ve bir “batık maliyet” olduğunu kabul ederek yeni müteşebbislerin sektöre girmeye cesaret edemediği, dolayısıyla engellendiği görüşündedir. Bu kabulün bir başka kabulü yani “giriş ücretleri” bu belgeye sahip olanlarca, belgelere “devir piyasasında değer kazandırmak için yüksek belirlenmektedir” kabulüyle çelişmektedir. Belgeler, ikinci el piyasasında değer ifade etmekte, talep görmekte ve kolaylıkla devir edilebilmektedir. Bu nedenle belge için yatırılan “giriş ücreti” batık bir maliyet değildir.

TÜRSAB Genel Kurulu'nun; tüm seyahat acentalarının, Türkiye'deki 4498 acentanın katılımı ve iradesiyle iki alternatif "giriş ücreti"nden üç kat daha az olan 35-50 milyar lira belirleme kararını, piyasaya girişleri engelleme ve dolayısıyla 4054 Sayılı Kanun'a muhalefet teşkil eden bir karar olarak kabul etmek olanaksızdır. **4498 ayrı iradenin, yasal bir toplantıda** (Genel Kurulda) Rekabet Yasasına muhalefet doğrultusunda amaçlı, kasıtlı olarak birleştiğini kabul etmek gerçekçi değildir.

TÜRSAB 1973 yılından bu yana 30 yıldır **Türkiye'nin tanıtımına, turizminin gelişmesine** olağanüstü hizmette bulunmuş, katkı sağlamıştır. Dünyada beş büyükten biri olan bu Birliğe, bu güne kadar yaptıkları için Devletin, organlarının ve kurumlarının teşekkür etmesi gerekir, cezalandırması değil.

Çünkü bunu hiç hak etmiyor TÜRSAB.

M. Sıraç ASLAN
Kurul Üyesi

KARŞI OY GEREKÇESİ

(Rekabet Kurulu'nun 17.12.2003 tarih ve 03-80/967-397 sayılı Kararı)

Soruşturma konusu teşebbüs birliği kararına ilişkin olarak 4054 sayılı Kanun'un 16 ncı maddesinin birinci fıkrasının c bendi uyarınca, söz konusu teşebbüs birliğine bildirimde bulunmaması nedeniyle ceza uygulanamayacağı, bunun bir sonucu olarak aynı maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca ceza verilmemesi karara bağlanmış ise de, sayın çoğunluğun görüşüne aşağıdaki nedenlerle katılmam mümkün olmamıştır.

- 4054 sayılı Kanun'un 10 uncu maddesinde "4 üncü madde kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar yapıldıkları tarihten itibaren bir ay içinde Kurul'a bildirilir." hükmü yer almaktadır. Soruşturma konusu teşebbüs birliği kararı, 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi kapsamındadır ve bildirim yükümlülüğüne tabi olup Kurul'a bildirilmemesi halinde, takdir hakkı olmaksızın, bildirmeme cezasının doğrudan uygulanması gerekir. Söz konusu kararın bildirim yükümlülüğü yerine getirilmediği için, Kanun'un 16 ncı maddesi birinci fıkrası c bendi uyarınca ceza uygulanması gerekir.

- Kanun'un 16 ncı maddesi birinci fıkrasında sayılan para cezaları maktu nitelikte idari para cezalarıdır. Bu cezaların uygulanması için Kurum tarafından savunma istenmesi gerekli değildir, bu nedenle savunma hakkının engellenmesi gibi bir durum söz konusu olamaz.

- Ayrıca, sözlü savunma toplantısında hakkında soruşturma açılan tarafa, soruşturma konusu teşebbüs birliği kararına ilişkin bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin nedeni sorulmak suretiyle savunma hakkı verilmiştir.

- Kanun'un 16 ncı maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "...birinci fıkrada belirtilen para cezalarına çarptırılmaları halinde bu tüzel kişiliğin yönetim organlarında görev alan gerçek kişilere de şahsen verilen cezanın yüzde onuna kadar ayrıca para cezası uygulanır." hükmü uyarınca, 15 inci dönemde Yönetim Kurulu'nda görev alanlara idari para cezası verilmesi gerekir. Ancak ilgili teşebbüs birliğine 16 ncı maddenin birinci fıkrası hükümlerine göre ceza verilmediği için, üçüncü fıkrada öngörülen cezanın verilmesi de mümkün olmamıştır.

Rıfki ÜNAL
Kurul Üyesi

KARŞI OY AÇIKLAMASI

TÜRSAB ile ilgili karara aşağıdaki nedenlerle katılmıyorum.

Herşeyden önce, Türkiye Seyahat Acentaları Birliği (TÜRSAB)'in üyelerinden aldığı giriş ve üyelik aidatını belirleme yetkisi, 1618 sayılı kuruluş yasasına dayanmaktadır. Yasa, bu yetkiyi TÜRSAB'ın Genel Kuruluna bırakmıştır ve başkaca bir sınırlama da getirmemiştir.

Giriş aidatı olarak Genel Kurul'un aldığı karar, 4054 sayılı yasanın 4. maddesi kapsamında bir karar değildir. Diğer bir deyişle, Teşebbüs Birliklerinin aldığı kararların 4054/4 kapsamında olması için "belirli bir hizmet piyasasını" ilgilendirmesi ve "rakip teşebbüslerin" faaliyetlerini zorlaştırması veya engellemesi şartı (4054/4-d) bulunmaktadır. TÜRSAB, hiç bir seyahat acentasının rakibi değildir. Alınan karar, mesleki bir karar olup, rekabet yönü bulunmayan bir özellik göstermektedir.

Diğer taraftan, 50 Milyar TL. olarak belirlenen giriş aidatının, pazara girişi engellediği hakkındaki sonuç, tamamen subjektif ve kişiye bağlı bir sonuç olup, genellik taşımaz.Şikayetçinin zorunlu olan en az sermaye ile kurulmuş bir şirket olduğu gözönünde bulundurulursa, ona çok gelen bir miktarın, diğer pazara giriş şartlarını yerine getirmiş (sermayesi yüksek, ölçek ekonomisine uygun, ürününü farklılaştırmış ve diğer rekabet üstünlüklerini sağlamış) şirketler için yüksek görülmemesi mümkündür. Böyle bir ölçü de, Seyahat Acentalığı hizmetleri pazarında, kaliteyi ve tüketici güvenini sağlamak için zorunlu olabilir. Bu nedenle, diğer ülkelerde, giriş aidatı düşük tutulmakla beraber, asgari sermaye, Finansal teminat ve Seyahat Sigortası gibi temel şartlar öngörülmüştür. Mevzuatımızda bu gibi sınırlamalar olmadığı için, pazarı düzenlemek açısından giriş aidatının yüksek tutulması tüketici yararına sonuç doğuracak mesleki bir karardır.

Bir aidatın “yüksek” ve “rekabeti sınırlayıcı” ölçüde olduğunu söyleyebilmek için, “sınırlayıcı olmayan ölçünün” de belirtilmesi gereklidir.Oysa, Rekabet Kurulu’nun böyle bir tesbite ne hakkı ne de yetkisi vardır. Böyle bir karar,giriş ve üyelik aidatını kararlaştıran Kamu Kurum niteliğindeki mesleki kuruluşların tamamı için söz konusu olabileceğinden, Rekabet Kurulu, giderek tarife belirleme gibi bir görevi yerine getirir hale gelebilir.

Kurulun bu kararı, daha önceki bazı kararları ile de uyumlu değildir. 13.11.2003 tarih ve 2003-4-145/BN.03/M dosya sayılı Türkiye Barolar Birliği, Türk Diş Hekimleri Birliği, Türk Tabipler Birliği, Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği kararlarında, yasaya dayanan düzenleme yetkisinin “4054’e aykırı olmakla beraber” Yasanın düzeltilmesi ve değiştirilmesi ile düzeltilebileceği görüşü ile 4054/27-g ve 30/f gereğince görüş bildirilmesi kararı verilmiştir. Görüşüme göre TÜRSAB kararının niteliği ile hukuki dayanağı da bu emsal kararlarla aynıdır.

TÜRSAB Genel Kurulunda alınan karardan zarar gören veya görececek olanların, İdari Dava yoluna gitmeleri mümkün olduğu için TÜRSAB tarafından alınan kararın ihlal teşkil etmediği, bu nedenle para cezası verilemeyeceği görüşümdedir.

Kubilay ATASAYAR
Kurul Üyesi

KESİNLEŞMİŞ DANIŞTAY KARARLARI LİSTESİ

KESİNLEŞMİŞ DANIŞTAY KARARLARI LİSTESİ

SIRA NO	MAHKEME	ESAS NO	KARAR NO	DAVACI	KARAR KONUSU
1	Danoıştay 10. Daire	98/5648	02/849	İ. Aytemiz	Teşebbüslerin hisse devri ve devredebileceği kişilerin de Rekabet Kurulu'nun onayına tabi olması ve koşullu izin verilmesi ticaret ve çalışma özgürlüğünün yok edilmesi olup hukuka aykırı olduğundan bahisle kararın iptali istenmektedir..
2	Danıştay 10. Daire	98/5649	02/846	Püaş	Teşebbüslerin hisse devri ve devredebileceği kişilerin de Rekabet Kurulu'nun onayına tabi olması ve koşullu izin verilmesi ticaret ve çalışma özgürlüğünün yok edilmesi olup hukuka aykırı olduğundan bahisle kararın iptali istenmektedir.
3	Danıştay 10. Daire	98/5517	01/738	Cine-5 Film.A.ř	Türkiye Futbol Fedarasyonu ile Cine 5 Filmcilik ve Yayıncılık A.ř. arasında yapılan sözleşmenin uygulanması ile ortaya çıkan davranışların 4054 sayılı

					Kanun'a aykırı olduğundan bahisle Rekabet Kurulu'nca verilen tedbir kararının iptali istemidir.
4	Danıştay 10. Daire	98/5735	01/739	T.F.F.	Türkiye Futbol Federasyonu ile Cine 5 Filmcilik ve Yayıncılık A.Ş. arasında yapılan sözleşmenin uygulanması ile ortaya çıkan davranışların 4054 sayılı Kanun'a aykırı olduğundan bahisle Rekabet Kurulu'nca verilen tedbir kararının iptali istemidir.
5	Danıştay 10. Daire	98/7180	99/2637	Gürsel Ümit Sezer	TEDAŞ'a ait 17. görev bölgesindeki elektrik dağıtım tesislerinin işletme haklarının ilgili firmalara devrine şartlı izin verilmesine dair Kurul Kararının ve 97/1 nolu Tebliğ'in 6. maddesinin iptali istemiyle açılmıştır.
6	Danıştay 10. Daire	99/1255	01/2029	MilangazA Ş, LikidgazA Ş, MilgazAŞ	Aynı alanda faaliyet gösteren teşebbüslerin anlaşma suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (a) ve (d) bentlerini ihlal ettiklerinin belirlenmesi üzerine aynı yasanın 16. maddesi uyarınca verilen idari para cezasının iptali istemiyle açılmıştır.
7	Danıştay 10. Daire	99/1253	01/3	Zihni Gemi İşl.A.Ş	4054 Sayılı Kanun'un 4 ve 6. maddesine aykırı olduğu iddiasıyla yapılan başvurunun teşebbüs niteliğinde olmayan Kamu Kurum ve Kuruluşları işlemlerinin 4054 sayılı
SIRA NO	MAHKEME	ESAS NO	KARAR NO	DAVACI	KARAR KONUSU
					Kanun kapsamında olmadığı gerekçesiyle reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.
8	Danıştay 10. Daire	99/2611	01/4	Zihni Gemi İşl.A.Ş	4054 Sayılı Kanun'un 4 ve 6. maddesine aykırı olduğu iddiasıyla yapılan başvurunun teşebbüs niteliğinde olmayan Kamu Kurum ve Kuruluşları işlemlerinin 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığı gerekçesiyle reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.
9	Danıştay 10. Daire	99/1734	01/53	Sihirgaz Tic San Aş.	Aynı alanda faaliyet gösteren teşebbüslerin anlaşma suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (a) ve (d) bentlerini ihlal ettiklerinin belirlenmesi üzerine aynı yasanın 16. maddesi uyarınca verilen idari para cezasının iptali istemiyle açılmıştır.
10	Danıştay 10. Daire	99/1735	01/52	İpragaz A.Ş.	Aynı alanda faaliyet gösteren teşebbüslerin anlaşma suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (a) ve (d) bentlerini ihlal ettiklerinin belirlenmesi üzerine aynı yasanın 16. maddesi uyarınca verilen idari para cezasının iptali istemiyle açılmıştır.
11	Danıştay	00/260	02/4360	Türkcell	Önaraştırma safhasında yerinde inceleme

	10. Daire			İletişim Hizm. A.Ş.	yapmak üzere davacıya ait firmaya giden uzmanlara engel olunması nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 17/d maddesi uyarınca verilen para cezasının iptali istemiyle açılmıştır.
12	Danıştay 10. Daire	00/1393	01/58	Batıçim (BatıAnad olu Çimento San. A.Ş)	Ege bölgesinde faaliyet gösteren Çimento Şirketlerinin anlaşması suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (a),(b) ve (c) bentlerini ihlal ettiklerinin belirlenmesi üzerine aynı kanunun 16. maddesi uyarınca verilen idari para cezasının iptali istemiyle açılmıştır.
13	Danıştay 10. Daire	00/1392	01/57	Batısöke (Söke Çimento Sanayi A.Ş)	Ege bölgesinde faaliyet gösteren Çimento Şirketlerinin anlaşması suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (a),(b) ve (c) bentlerinin ihlal ettiklerinin belirlenmesi üzerine aynı kanunun 16. maddesi uyarınca verilen idari para cezasının iptali istemiyle açılmıştır.
14	Danıştay 10. Daire	00/1220	01/55	Çimentaş (İzmir Çimento Fabrikası A.Ş)	Ege bölgesinde faaliyet gösteren Çimento Şirketlerinin anlaşması suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (a),(b) ve (c) bentlerinin ihlal ettiklerinin belirlenmesi
SIRA NO	MAHKEME	ESAS NO	KARAR NO	DAVACI	KARAR KONUSU
					üzerine aynı kanunun 16. maddesi uyarınca verilen idari para cezasının iptali istemiyle açılmıştır.
15	Ank. 4. İdare Mah.	00/270	00/1098	Metropol Sağlık Hizmetleri Ltd.Şti	Emekli Sandığı'nın iştirakçilerinin sağlık problemlerinin çözülmesi için yalnızca kamu yararına kurulmuş dernek ve vakıflar tarafından açılan tesislerden sağlık hizmeti satın aldığı anda aynı alanada faaliyet gösteren sağlık kuruluşları arasında haksız rekabete yol açtığından bahisle yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.
16	Danıştay 10. Daire	00/1657	01/56	Denizli Çimento Sanayi A.Ş	Ege bölgesinde faaliyet gösteren Çimento Şirketlerinin anlaşması suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (a),(b) ve (c) bentlerini ihlal ettiklerinin belirlenmesi üzerine aynı kanunun 16. maddesi uyarınca verilen idari para cezasının iptali istemiyle açılmıştır.
17	Danıştay 10. Daire	00/1432	01/54	Akçansa Çimento San. A.Ş.	Ege bölgesinde faaliyet gösteren Çimento Şirketlerinin anlaşması suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (a),(b) ve (c) bentlerini ihlal ettiklerinin belirlenmesi üzerine aynı kanunun 16. maddesi uyarınca verilen idari para cezasının iptali

					istemiyle açılmıştır.
18	Danıştay 10. Daire	01/8	03/1496	Mauri Maya San A.Ş	Maya üreticisi şirketler arasında uyumlu eylem yoluyla bayiler arasındaki rekabetin önlenerek bayi satış fiyatlarının yükseltilmesi nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (a) bendi uyarınca verilen para cezasının iptali istemiyle açılmıştır.
19	Danıştay 10. Daire	01/89	03/1	Borusan Loj. Dağ.Dep. A.Ş	Marmara Denizinde faaliyet gösteren Liman İşletmeleri ile Milli Emlak Müdürlüğü'nün yaptığı irtifak hakkı sözleşmesinin 4054 sayılı Kanun'un 4 ve 6. Maddelerine aykırı olduğundan bahisle yaptığı başvurunun cevap verilmemek suretiyle zımnî reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.
20	Danıştay 10. Daire	01/2138	02/1809	Mercedes- Benz Türk A.Ş	Davacı şirket ile bayiler arasında imzalanan bayilik sözleşmesine grup muafiyeti tanınması istemiyle yapılan başvurunun 1998/3 sayılı Tebliğ'den
SIRA NO	MAHKEME	ESAS NO	KARAR NO	DAVACI	KARAR KONUSU
					yararlanamayacağına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.
21	Danıştay 10. Daire	02/1545	02/1035	Birleşik Basın Dağıtım A.Ş	17/07/2000 tarih ve 00-26/292-162 sayılı Rekabet Kurulu Kararı'nın uygulanmaması nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 17. maddesinin (a) bendi uyarınca verilen süreli para cezasının iptali istemiyle açılmıştır.
22	Danıştay 10. Daire	02/6056	02/4133	Asım Başar ve arkadaşlar ı	Hakim durumun kötüye kullanılması nedeniyle ilgililer hakkında işlem yapılması istemiyle Rekabet Kurumu Başkanlığı'na yapılan başvuruya 60 gün içinde cevap verilmemesi nedeniyle zımnî red işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

SEÇİLMİŞ DANIŞTAY KARARLARI

	<u>Esas No</u>	<u>Karar No</u>
• PÜAŞ	1998/5649	2002/846
• TURKCELL	2000/260	2002/4360

T.C.
DANIŞTAY
Onuncu Daire
Esas No: 1998/5649
Karar No: 2002/846

Davacı : PÜAŞ-Petrol Ürünleri Turizm ve Nakliyat A.Ş.
Vekili : Av.Timuçin Yeniaras
Ali Suavi Sok.No:4/3 Altıyol/Kadıköy
Davalı : Rekabet Kurumu Başkanlığı-ANKARA
Vekili : Av.Zeynep Eron-Aynı yerde

İstem Özet : Rekabet Kurulu'nun 30.7.1998 tarih ve 77 sayılı

kararının POAŞ'ın halka açık anonim şirket statüsünde olduğu. POAŞ paylarının %6.7'sinin İstanbul Menkul Kıymetler Borsasında işlem gördüğü. POAŞ hisselerinin Akaryakıt ana dağıtım sektöründe %5.1'nin PÜAŞ'a ait olduğu. PÜİS hisselerinin satın alınması sürecinde ortak sayısının hızla arttığı PÜİS üyelerinin sayısı dikkate alındığında PÜAŞ'ın muhtemel ortak sayısının 2000 civarında olacağı hisselerin ortak girişim grubuna satılacağı, PÜAŞ'ın ortaklarının hemen hemen tamamının POAŞ bayisi olduğu, kararda davacının ortaklarının akaryakıt sektöründe faaliyet göstermesi sebebiyle ön plana çıkarıldığı PÜAŞ'ın %10'luk nissesinin yönetimde %90'ın üzerinde etkili olamayacağı PÜAŞ'ın ortaklarından olup da POAŞ dışında bir anadağıtım şirketinin bayiliğini yapanların bu bayiliklerini devretmesine ilişkin kararın yanlış olduğu, bu hisselerin devredileceği kişilerin de Rekabet Kuruluncun onayına tabi tutulmasının; kişileri Rekabet Kurumunun hegemonyasına sokacağı. Anayasanın düzenlediği çalışma hürriyetine aykırı olduğu, Aytemiz Akaryakıt Dağıtım ve Pazarlama A.Ş.'nin POAŞ ile tam bir uyum içinde olduğu kabul edilse bile POAŞ'ın pazar payı %52.6 dan %53.4'e çıkacağı pazar payındaki %08'lik bir farkın hakim durum yaratmayacağı ve hakim durumu da güçlendirmeyeceği. PÜAŞ ortadığıının Aytemiz Akaryakıt Dağıtım ve Pazarlama A.Ş.'deki hisselerinin devretmesine ilişkin karar ve devralacak kişilerin de onaya tabi tutulmasının hatalı olduğu PÜAŞ'ın 1996 yılında POAŞ hisselerinin devralmak üzere kurulan ve hiçbir ticari faaliyeti bulunmayan bir anonim şirket olduğu, POAŞ bayisi olan bir PÜAŞ ortağıının POAŞ yönetim kurulunda görev almasının yasaklanmasına ilişkin idari işlemin kabul edilebilir bir sebebi ve amacı bulunmadığı, dava konusu kararın uygulanabilir nitelikte olmadığı, pay satışının rekabeti bozmasının ve tüketicieye zarar vermesinin imkansızlığı bir yana bırakılarak baskı yaratıldığı, ticaret ve çalışma özgürlüğünün haksız olarak yok edildiği iddialarıyla iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özet : Gerçek bir piyasa ekonomisinin uygulanabilmesi amacıyla gerekli ortamın sağlanabilmesi için kamusal iktisadi ve hukuki tüm engellerin kaldırılmasına yönelik karar işlem ve davranışları ifade eden

T.C.
DANIŞTAY
Onuncu Daire
Esas No: 1998/5649
Karar No: 2002/846

Özelleştirmenin kamunun piyasa düzenini bozucu olabilen müdahalelerin önüne geçilebilmesi ve ülkede sermaye sahipliğinin yaygınlaştırılması açısından büyük öneme sahip olduğu, özelleştirme ile ilgili kararlarında rekabet koşullarının bozucu olmaması gerektiği, ortak girişim grubunun oluşturacağı anonim şirkete vereceği yetkiler nedeniyle davacının böyle bir anonim şirkette %10'luk hisseye sahip olmasının kendisine POAŞ yönetimine sahip anonim şirket üzerinde Ticaret Kanununun hissedarlara verdiği bazı olanakları kullanabilme yetkisi ve POAŞ'ın yönetimini etkileyebilme gücü vereceği, halen POAŞ'ın hisselerinin %6.7'sinin İstanbul Menkul Kıymetler Borsasında işlem gördüğü, 199.3'ünün de Özelleştirme İdaresinin elinde bulunduğu, hisselerin 3 gruba ayrıldığı, Özelleştirme İdaresinin halka satacağı hisselerin B grubu hisseler olduğu ve sermayenin %51'ini temsil ettiği, Özelleştirme İdaresine ait olan yönetim hakkının B grubu hisse sahibine geçeceği, hem POAŞ'ın hem de diğer dağıtım şirketlerinin ortağı olanların POAŞ'ın geleceğe yönelik kararlarından öncelikle haberdar olacakları için sektörde yer alan diğer bayilere oranla kendi performanslarıyla elde etmedikleri bir rekabet avantajına sahip olacakları, davacının POAŞ'ın 6 kurucu ortağından birisi ve yönetim kurulu başkanı olduğu, POAŞ dolayısıyla Ortak Girişim Grubunca oluşturulan şirket üzerinde etkisi bulunduğu, POAŞ'a rakip bir akaryakıt dağıtım şirketinin ortağı olduğu ortak girişimi oluşturan diğer ortakların akaryakıt ürünleri dağıtım piyasasında herhangi bir faaliyetleri bulunmadığı, POAŞ'ın sahip olduğu yüksek pazar payı, düşük pazar payları olan teşebbüslerle girecekleri işlem yada eylem nedeniyle piyasadaki rekabetin olumsuz etkilenmesi olasılığının yüksek olduğu, hem POAŞ'ın ortağı hem de POAŞ'a rakip firmanın sahibi olan davacının, POAŞ'ın aldığı kararlar doğrultusunda faaliyetlerini yönlendirebileceğinden rekabetin bozulmasına neden olacağı, koşullu izne uyulmaması halinde yaptırım uygulanacağı, taahhütlerin yerine getirilmemesi halinde hisse devrinin gerçekleşmeyeceği ileri sürülerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

D.Tetkik Hakimî : Elmas Mucukgîl

Düşüncesi : Davalı idare tarafından, 4054 sayılı Yasanın amacı 1997/1 sayılı Tebliğin hükümleri dikkate alınmak suretiyle özelleştirmenin amacı ile sonucunda piyasadaki yansımaları gözönünde bulundurularak rekabetin oluşması gayesiyle POAŞ'ın %51 hissesini devralacak ortak girişimi oluşturan firmaların alt ortakları nezdinde yapılan inceleme sonucunda davacının da bir dağıtım şirketi ortağı olması ve ortak girişimin ortağı olarak ve devralacağı POAŞ ile aynı işi yapıyor olması sebebiyle rekabeti önleyebilecek hallerin ortadan kaldırılması için bu devir işlemine bazı koşullar belirlemek suretiyle izin verilmesinde mevzuata aykırılık görülmemiştir.

D.Savcısı : Ayla Perктаş

Düşüncesi : Dava: Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın Petrol Ofisi A.Ş.'nin sermayesinin % 51'lik kısmının özelleştirme yoluyla devrine ilişkin

T.C.
DANIŞTAY
Onurcu Daire
Esas No: 1998/5649
Karar No: 2002/846

olarak 4054 sayılı Yasa uyarınca izin konusundaki müracaatları üzerine Rekabet Kurumu 4 Nolu Birleşme ve Devralma Dairesi Başkanlığının 31.7.1998 tarihli ve 237 sayılı yazısı ile tebliğ edilen 30.7.1998 tarih ve 77 sayılı işleminin totali sistemiyle açılmıştır.

4046 Sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine Dair Kanun'un 2. maddesinin d bendinde "oluşabilecek tekelci bir yapının olumsuz etkilerinin önlenmesi", g bendinde "stratejik konularda devletin sahip olacağı imtiyazlı hisse oluşturulması" özelleştirme uygulamalarında esas alınacak ilkeler arasında sayılmış. 16. maddesinde ise, bu Kanun hükümleri çerçevesinde yapılacak özelleştirme uygulamaları sonucu Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde tekel teşkil edenler de dahil olmak üzere, mal ve hizmet piyasalarının işleyişine, ekonomik gereklere ve kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarının korunmasını amaçlayan bazı yasaklamalar getirmiş. teşebbüsler arası rekabeti engelleyici, bozucu, kısıtlayıcı anlaşma uygulama ve kararlar ile tekelleşmeye yol açacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukuki işlem, faaliyet ve fiiller hakkında kuvvetli emarelerin varlığı halinde Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca gerekli tedbirlerin alınmasını öngörmüştür.

13.12.1994 gün ve 22140 Sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya nakım olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukuki işlem ve davranışlar, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit düzenleme ve cenetlenmeye ilişkin işlemlerin bu kanun kapsamına girdiği belirtilmiştir.

Kanunun 20.maddesi ile Rekabet Kurumu; Mal ve Hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde teşekkülünün ve gelişmesinin temini ile Kanunun uygulanmasını gözetmek ve kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirmek üzere kurulan kamu tüzel kişiliğine haiz idari ve mali yönden özerk bir kurum olarak tanımlanmış ve müteakkip maddelerde özelleştirilen teşebbüsler de dahil mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren tüm teşebbüslerle ilgili olarak rekabetin korunması konusunda uygulamacı Rekabet Kurulu oluşturularak,4054 sayılı Kanunun 27.maddesinin (d) fıkrasında Rekabet Kurulunun görev ve yetkileri arasında "birleşme ve devralmalara izin vermek" sayılmıştır.

Bu itibarla 4054 sayılı Kanunun rekabetin korunması alanını düzenleyen yeni ve genel nitelikte bir kanun olduğu ve özelleştirme uygulamaları sonucu özelleştirilen kuruluşlarla ilgili olarak 4054 sayılı Kanun hükümlerinin

T.C.
D A N I Ő T A Y
Onuncu Daire
Esas No: 1998/5649
Karar No: 2002/846

uygulanacağı tabiidir.Nitekim Danıştay 1.Dairesinin 14.7.1995 gün ve K:1995/153 sayılı iştişari mütalaasında bu yöndedir.

4054 sayılı Kanunun 7.maddesi ile"bir yada birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumları daha da güçlendirmeye yönelik olarak Ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün yada kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarını tümünü veya bir kısmını yada kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları,minas yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere devralması hukuka aykırı ve yasaktır".hükümü getirilmiş ve 2.fıkırada hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için kurula bildirilerek izin alınmasını gerektiğini Kurul'un çıkaracağı tebliğlerle düzenleneceği belirtilerek bu fıkıra uyarınca 5.11.1997 tarihinde Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalara ilişkin 1997/1 sayılı tebliğ çıkarılmıştır.

4054 sayılı Yasanın 7.maddesindeki düzenlemeden bir birleşmenin yada devralmanın hukuka aykırı olması için piyasadaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuran hakim durum yaratması veya hakim durumu güçlendirmesi gerekmektedir.Yani bu maddeye göre"hakim durum" hali sadece birleşme ve devralma anındaki değil: "rekabeti önemli ölçüde azaltıp azaltmadığı" kriteri çerçevesinde piyasanın yapısal ve ileriye dönük bir çerçevede ele alınması suretiyle gelecekte hakim durumu yaratıcı veya hakim durumu güçlendirmesi olasılığını da içermektedir.

Öte yandan 7.maddenin 2.fıkrasının verdiği yetkiye istinaden çıkarılan 1997-1 sayılı Tebliğin 6.maddesinde de "hakim durumu" değerlendirmede hangi ölçütlerin gözönünde bulundurulacağı açıklanmış olup, a bendinde "ilgili piyasanın yapısı ve ülke içinde veya dışında yerleşmiş olan teşebbüslerin fiili ve potansiyel rekabeti bakımından ülkedeki etkin rekabetin korunması ve geliştirilmesi ihtiyacının bu değerlendirmede nazara alınması gerektiği" belirtilmektedir.

4046 ve 4054 sayılı kanunların amacı, ruhu ve ilkeleri gözönüne alındığında: özelleştirme ile devredilen şirketlerin sahip oldukları büyük ürün piyasası ve pazar payları, sahip oldukları hukuki ve fiili imtiyazlar, devrin gerçekte gerçekleşmesi halinde hakim durum yaratma ihtimali karşısında Rekabetin korunması hakkında Kanunla getirilen öngörüş ve izin müessesesinin bu alanda ayrıca ele alınması gerekeceği tabiidir.

Zira Özelleştirme suretiyle satışta olduğu gibi teşebbüsün statüsünün değiştirilmesi suretiyle satış halinde ön bildirim ve izin konusundaki prosedüre uyulmaksızın ya da satış işleminin tesisinden sonra verilen koşullu

T.C.
DANIŞTAY
Onuncu Daire
Esas No: 1998/5649
Karar No: 2002/846

izinle satış ve devir işlemlerinin gerçekleştirilmesinden sonra 11. maddede belirtilen geri dönüşün sağlanması çok güç veya imkansız olabileceği gibi bu durumun ülkenin özelleştirme ile çözüm beklediği ekonomik ve sosyal çıkarlarında telafisi imkansız zararlar doğurabileceği ve özelleştirmeden beklenen kamu yararının gerçekleşmeyeceği açıktır.

Nitekim Rekabet Kurumunca bu gerekliliğin farkına varılarak herne kadar dava konusu işlemin tesisinden sonra yayımlanması sebebiyle uyumsuzluğa uygulanması söz konusu değil ise de 12.9.1998 tarih ve 24361 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 98/4 sayılı "Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Gereklilik Kazanabilmeleri için Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde ve izin başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ" yürürlüğe girmiştir.

Anılan tebliğ ile teşebbüsün ilgili ürün piyasasında toplam pazar payı % 21'i veya cirosu 20 trilyonu aşması veya bu eşikler aşılmaya dahi teşebbüsün hukuki veya fiili imtiyazlara sahip olması halinde ihale şartlarının kamuoyuna duyurulmasından önce Rekabet Kurulundan ilgili pazarda böyle bir özelleştirmenin ne gibi sonuçlar doğuracağı, özelleştirilecek teşebbüsün sahip olduğu imtiyazların özelleştirme sonrası durumunun değerlendirilmesi bakımından "görüş" alınmasının, devralma işlemlerinin hukuki geçerlilik kazanabilmesi için ise "izin" alınmasının zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden: Petrol Ofisi A.Ş.'nin % 51 hissesini devralacak ortak girişim grubunda yer alan Petrol Ürünleri Turizm ve Nakliyat A.Ş. (PÜAŞ) ortaklarından İsmail Aytemiz'in akaryakıt pazarında Aytemiz Akaryakıt Dağıtım ve Pazarlama A.Ş. ünvanlı dağıtım şirketinin ortağı olduğu anlaşılmaktadır. İncelene raporunda da tesbit edildiği üzere: bu durum dağıtım şirketi ile Petrol Ofisi A.Ş. arasındaki rekabetin ortadan kaldırılmasına yönelik koordinasyona yol açacağı gibi, Petrol Ofisi bayilerinin PÜAŞ Petrol Ürünleri Turizm ve Nakliyat A.Ş. ortağı almaları nedeniyle dikey anlamda da rekabetin kaldırılmasına yönelik ihlallere sebebiyet vereceği tabii bulunmaktadır.

Öteyandan Petrol Ofisi A.Ş.'nin sermayesinin %51 ni teşkil eden B grubu hisse senetleri özelleştirme konusu olup, A ve C Grubu hisse senetlerinin şirket yönetim ve denetiminde söz hakkı bulunmadığı hususu göz önünde bulundurulduğunda Petrol Ofisi AŞ ana sözleşmesinde yapılacak bir değişiklikle (Petrol Ofisi AŞ) PÜAŞ yönetiminin tamamen devralacak ortak girişim grubuna geçeceği açıktır.

Olayda sermayesindeki kamu payı çok yüksek olan ve ürün pazarının % 53 ile çeşitli imtiyazlara ve stratejik öneme sahip bir devlet teşebbüsünün özelleştirme suretiyle satışı ve devri söz konusudur.

Bu durumda: bütün bu tesbitlerden Petrol Ofisi A.Ş.'nin İş Bankası A.Ş. Park Holding A.Ş. Bayındır Holding A.Ş. ve Petrol Ürünleri Turizm Nakliyat A.Ş.

T.C.
DANIŞTAY
Onuncu Daire
Esas No: 1998/5649
Karar No: 2002/846

(Püaş) den oluşan ortak girişim grubuna devri halinde; 4054 sayılı Yasanın 7. maddesi uyarınca hakim durum yaratmaya ve güçlendirmeye yönelik olarak ülke bütünü yahut bir kısmında ilgili ürün piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracağı anlaşıldığından; dava konusu işlemle Püaş Ortaklarına ilişkin olarak öngörülen koşulların yerine getirilmemesi halinde ortak girişim tarafından oluşturulacak A.Ş. ortakları arasında PÜAŞ'ın yer alması yolundaki şartlı izin kararında hukuka aykırılık görülmemiştir.

Öte yandan dava konusu izin kararının alınmasına neden olan Petrol Ofisi A.Ş.'nin % 51 oranındaki hissesinin satışı hakkındaki Özelleştirme Yüksek Kurulu işlemi Ankara 6. İdare Mahkemesinin 23.2.1999 tarih ve E:1998/773, K:1999/101 sayılı kararı ile iptal edilmiş olup, sözü geçen karar temyiz edilmemek suretiyle kesinleşmiş bulunmaktadır.

Diğer taraftan; Özelleştirme Yüksek Kurulunun 9.4.1999 tarih ve 22 sayılı kararı ile de Ankara 6. İdare Mahkemesinin iptal kararı karşısında sözü geçen finale karar; iptal edilerek Petrol Ofisi A.Ş. nin özelleştirilmesinin yeniden finale çıkarılması için özelleştirme İdaresi Başkanlığına yetki verilerek yeni bir süreç başlatıldığı anlaşılmış bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle davanın reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği düşünüldü:

Dava.Rekabet Kurulunun 30.7.1998 tarih ve 77 sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.

Dava konusu karar, davacının iddialarına göre ve davacıyı ilgilendiren 4. maddeye yönelik olarak incelendi.

Anayasanın 167. maddesinde, "Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili ve anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler," hükmü getirilmiştir.

Mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini köyüte kullanmalarını önlemek bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamak amacıyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hazırlanarak yürürlüğe konulmuştur.

4046 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun; "Özelleştirme Uygulamaları Sonucu Rekabetin Korunması" başlığıyla düzenlenen 16. maddesinde de, bu Kanun hükümleri çerçevesinde yapılacak özelleştirme uygulamaları sonucu Türkiye Cumhuriyeti sınırları içindeki tekel teşkil edenler de dahil olmak üzere

T.C.
DANIŞTAY
Onuncu Daire
Esas No: 1998/5649
Karar No: 2002/846

mal ve hizmet piyasalarının işleyişine, ekonomik gereklere ve kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarların korunmasına ilişkin olarak:

a)Mal ve hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynakları veya unsurlarının paylaşılması yada kontrolü .

b)Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması ve piyasalara yeni girecek olanların engellenmesi,

c)Eşit hak ve yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması.

d)Bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması yada arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi,

yasaktır.

Teşebbüsler arası rekabeti doğrudan veya dolaylı bir şekilde engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile tekelleşmeye yol açacak veya rekabeti önemli ölçüde azaltacak veya bunu sağlayacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukuki işlem, faaliyet ve fiilleri hakkında kuvvetli emarelerin varlığı halinde Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından gerekli tedbirler alınır." kuralına yer verilmiştir.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 7. maddesinde, "Bir yada birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün yada kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümüne veya bir kısmını yada kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere devralması hukuka aykırı ve yasaktır.

Hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul, çıkaracağı tebliğlerle ilan eder." hükmüne yer verilmiştir.

Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında 1997/1 sayılı Tebliğ'in 6. maddesi "a" fıkrasında, ilgili piyasanın yapısı ve ülke içinde veya dışında yerleşmiş olan teşebbüslerin fiili ve potansiyel

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onuncu Daire
Esas No: 1998/5649
Karar No: 2002/846

rekabeti bakımından ülkedeki etkin rekabetin korunması ve geliştirilmesi ihtiyacı:

"b" fıkrasında, ilgili teşebbüslerin pazardaki durumu ekonomik ve mali güçleri, sağlayıcı ve kullanıcı bulabilme alternatifleri, arz kaynaklarına ulaşabilme veya pazarlara giriş olanakları; pazara girişte herhangi bir yasal veya diğer giriş engelleri, ilgili mal ve hizmetlere olan arz-talep eğilimleri, aracı ve son tüketicilerin menfaatleri, rekabet engeli şeklinde olmayan ve tüketiciye avantajlar sağlayan teknik ve ekonomik süreçteki gelişmeler ve diğer hususlar gözönünde tutular.

Hakim durum yaratmayan veya bir hakim durumu güçlendirmeyen ve bunun sonucu olarak ülkede veya bir bölümünde etkin rekabeti önemli ölçüde engellemeyen birleşme veya devralmalara izin verilir.

Kurul, bildirilen birleşme veya devralmaya gerekli gördüğü diğer tedbirlerin alınması ve bazı yükümlülüklerle uyulması koşuluyla izin verebilir.

Bir hakim durum yaratan veya mevcut bir hakim durumu güçlendiren ve bunun sonucunda ülkede veya bir bölümünde etkin rekabeti önemli ölçüde engelleyen birleşme veya devralmaların Kanuna aykırı olduğu kabul edilir ve bunlara izin verilmez" kuralı getirilmiştir.

Olayda, Petrol Ofisi A.Ş.'nin %51 oranındaki hissesini blok olarak satış yöntemiyle özelleştirilmesine karar verildiği, yapılan ihale en yüksek üçüncü teklifi veren İş Bankası Park Holding A.Ş., PUAŞ Petrol Ürünleri ve Turizm Ticaret A.Ş. ve Bayındır Holding A.Ş.'den oluşan ortak girişim grubu üzerinde kaldığının ve devrine izin verilmesinin Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca bildirilmesi üzerine ve yine sözkonusu ortak girişimi oluşturacak firmaların bildirimini üzerine 4054 sayılı Yasanın 7. maddesi, 1997/1 sayılı Tebliğin ilgili maddeleri yönünden incelenme yapıldığı anlaşılmaktadır.

Piyasa ekonomisinin gereği gibi işletilebilmesi için, kamunun piyasa düzenini bozucu olabilen müdahalelerini önlemekte önemli rol oynayacağı düşünülen özelleştirmenin aynı zamanda rekabet koşullarını bozucu etkisinin de bulunmaması gerektiği açıktır.

Özelleştirme öncesinde kamunun işlettiği ve bu nedenle imtiyazlı durumda olan mal veya hizmet piyasasındaki bir firmanın, özelleştirildikten sonra bu imtiyazı kullanamayacağı kabulü ile POAŞ'ın da bu durumda olduğu gözönüne alınarak davalı idarece bazı önerilerde bulunulurken, %51'lik POAŞ hissesini devralacak ortak girişimi oluşturacak firmalar yönünden de bazı saptamalar yapılmasında ve değişiklikler önerilerek devir sözleşmesinin imzalanmasından en az 15 gün önce kurum nezdinde tevsik edilmesi ve izin alınması gerektiği belirtmek suretiyle koşullu olarak izin verilmesinde, bu işleme dayanak oluşturan mevzuata ve hizmetin amacına aykırılık görülmemiştir.

T.C.
D A N I Ş T A Y
Onuncu Daire
Esas No: 1998/5649
Karar No: 2002/846

Öte yandan Rekabet hukuku açısından birleşme ve devralmada, devraların kontrolü ele geçirmesinin önemli olduğu 97/1 sayılı Tebliğ hükümlerinde de vurgulanmaktadır.

97/1 sayılı Tebliğde kontrol: hak sahipleri yada bir sözleşmeye göre hakları kullanmaya yetkili kılınmış olan veya böyle bir hak ve yetkisi olmamakla birlikte fiilen bu hakları kullanma gücüne sahip olan kişiler veya teşebbüsler tarafından elde edilmiş kabul edilir şeklinde açıklanmıştır.

Bu açıklama, POAŞ'ın %51'lik hissesini devralacak olan ortak girişim oluşturan alt ortakların da mevcut durumunun incelenmesini gerekli kılmaktadır.

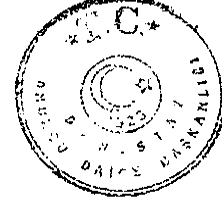
PÜAŞ'ın ortaklarının bir kısmının POAŞ dışındaki dağıtım şirketleri ile bayilik ilişkisi içinde bulunması, yine doğrudan yada dolaylı olarak POAŞ yanında başka dağıtım şirketlerinin de bayiliğini sürdürmeleri, POAŞ bayilerinin PÜAŞ'ın ortakları olması nedeniyle PÜAŞ'ı temsilen bir gerçek yada tüzel kişinin POAŞ'ın yönetim kurulunda yer almaması yine POAŞ dışındaki dağıtım şirketleri bayiliği ve ortaklığı olanların PÜAŞ yönetiminde görev almamaları, PÜAŞ ortaklarından İsmail Aytemiz'in de Aytemiz Akaryakıt Dağıtım ve Pazarlama A.Ş. ünvanlı bir dağıtım şirketine ortak olması nedeniyle bu ortaklığın, POAŞ'ın devir anlaşmasından itibaren 6 ay içinde alıcının da onanması kaydı ile devredilmesi yada davacının PÜAŞ ortaklığından ayrılması ve bu koşulların yerine getirilmemesi durumunda PÜAŞ'ın ortak girişimi oluşturan ortaklar arasında yer almaması yönünde ileri sürülen koşulların anılan Yasa ve Tebliğ hükümleri uyarınca yatay ve dikey bütünleşme yoluyla rekabetin ortadan kaldırılmasına ilişkin ihlalleri önlemek amacını taşıdığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davanın reddine, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, davanın açıldığı tarihte yürürlükte olan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre 20.250.000.TL.vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine, 26.3.2002 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
Burhan	Zafer	Mustafa İlhan	Serap	Ali
ÖÇ	KANTARCIOĞLU	DİNÇ	AKSOYLU	ÖZTÜRK

NM-7.5.2002

DANIŞTAY
ONUNCU DAİRE
Esas No : 2000/260
Karar No : 2002/4360



Davacı : Turkcell İletişimi Hizmetleri A.Ş.
Vekilleri : Av.Orhan Gemicioğlu,
 Av.Kadriye Burnak,
 Av.Leyla Demirağ
 Turkcell Plaza, Meşrutiyet Cad. No:153-Tepebaşı/İSTANBUL
Davalı : Rekabet Kurumu,
 Bilkent Plaza B-3 - Bilkent/ANKARA
Vekili : Av.Meltem Özbaysal - Aynı Adreste
İstemin Özeti : Rekabet Kurulu'nun 16.11.1999 tarih ve 569 - 358 sayılı

kararının davacıya para cezası verilmesine ilişkin kısmının iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Usul yönünden; dava konusu işlemin 60 günlük yasal dava açma süresi geçirildikten sonra açıldığı, esas yönünden; dava konusu kararın, kurum elemanlarının inceleme yapmalarına engel olunması sonucu verildiği, 4054 sayılı Yasanın 16/b maddesi uyarınca verilen para cezasının kurul kararı ile kaldırıldığı, bu kısmın konusuz kaldığı, iletişim şirketinin genel müdürünün bilgisayar şifresini temin edememesinde fiili imkansızlıktan söz edilemeyeceği, işyerlerindeki odalar, bilgisayar gibi işle ilgili aletlerin özel amaçlı kullanılmayacağı, Kanundan doğan yetkilerini kullanan kamu görevlisine engel olunamayacağı, mevcut durumun incelenmesinin esas olduğu, çok kısa sürede maddi gerçeklikten uzaklaşılmasının mümkün olduğu, süreli para cezasının gereğinin yerine getirilmediği, davacıya para cezası uygulanmasının kanuni bir zorunluluk olduğu, davanın reddi gerektiği savunulmuştur.

D.Tetkik Hakimi : Elmas Mucukgil

Düşüncesi : Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş. ile Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin hakim durumlarını kötüye kullanmak suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'u ihlal ettiklerine ilişkin bazı şirketlerin şikayette bulunmaları üzerine Kurulun telekomünikasyon piyasasında 4054 sayılı Kanun'un ihlal edilip edilmediğini ve soruşturma açılmasına gerek olup olmadığını belirlemek amacıyla verilen önaraştırma yapılmaması kararları çerçevesinde yetkili raportörler tarafından yerinde inceleme yapmak üzere davacı firmaya gidildiğinde yerinde inceleme yapılmasına izin verilmediği nedeniyle 4054 sayılı Yasanın 16/b ve 17/d maddeleri uyarınca verilen 16.11.1999 tarih ve 569-358 sayılı kararın bu davanın konusunu oluşturduğu anlaşılmaktadır.

Dosya içinde mevcut bilgi belgelerin incelenmesinden dava konusu işlemin davacıya tebliği üzerine davacı firmanın 22.11.1999 tarihli dilekçe ile itirazda bulunduğu kurul tarafından sözkonusu itiraz, 2577 sayılı Yasanın 11.maddesi kapsamında değerlendirilerek durumun yeniden incelendiği ve, 4054 sayılı Yasanın 16/b maddesi uyarınca verilen cezanın kaldırılması 17/d maddesi uyarınca verilen cezaya yönelik itirazın reddi yolunda 21.12.1999 tarih ve 99-58/622 - 396 sayılı kararın verildiği görülmektedir.

T.C.
DANIŞTAY
ONUNCU DAİRE
Esas No : 2000/260
Karar No : 2002/4360



4054 sayılı Yasanın 15.maddesinde, "Kurul, bu Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirirken gerekli gördüğü hallerde, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinde incelemelerde bulunabilir. Bu amaçla teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin;

a) Defterlerini, her türlü evrak ve belgelerini inceleyebilir ve gerekirse suretlerini alabilir, b) Belirli konularda yazılı veya sözlü açıklama isteyebilir, c) Teşebbüslerin her türlü mal varlığına ilişkin mahallinde incelemeler yapabilir.

İnceleme, Kurul emrinde çalışan uzmanlar tarafından yapılır. Uzmanlar incelemeye giderken yanlarında incelemenin konusunu, amacını ve yanlış bilgi verilmesi halinde idarî para cezası uygulanacağını gösteren bir yetki belgesi bulundurlar." kuralına yer verilmiştir. 16.maddesi "b" fıkrasında, "Kurul kararı ile bilgi isteme veya yerinde inceleme hallerinde eksik, yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi halinde para cezası verir", 17.maddesi "d" fıkrasında, 15.madde uyarınca Kurul uzmanlarının yerinde inceleme yapmalarının engellenmesi halinde süreli para cezası verir" kuralı getirilmiştir.

Dosyada mevcut 9.11.1999 tarihli bilgi tutanağından yerinde inceleme yapılmasına olanak tanınmadığı görülmektedir.

Yukarıda anılan madde hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden amacın, mevcut bilgilere o anda ve mevcut haliyle ulaşmak ve bu bilgiler ışığında bir sonuca ulaşılmasını sağlamak olup, daha sonradan yapılacak incelemeler ile o anki bilgilere ulaşıldığından sözetme imkanı bulunmamaktadır.

Bu durumda yasanın yukarıda yer verilen hükümleri ile ulaşmak istenilen amacı gözönünde bulundurulduğunda para cezası verilmesi yolunda tesis edilen dava konusu işlemden mevzuata aykırılık bulunmadığı, davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Emin Celalettin Özkan

Düşüncesi : Dava; Rekabet Kurulu'nun 16.11.1999 tarih ve 569-358 sayılı kararının, davacıya para cezası verilmesine ilişkin kısmının iptali istemiyle açılmıştır.

21.12.1999 tarih ve 99-58/622-396 sayılı Rekabet Kurulu Kararı ile davacı şirket adına düzenlenen maktu para cezası kaldırılmış olduğundan, dava konusu işlemin bu kısmının iptali istemi hakkında karar verilmesine yer bulunmamaktadır.

Dava konusu kararın süreli para cezası verilmesine ilişkin kısmına gelince;

Dava konusu kurul kararıyla, Turkcell Mobil İletişim Hizmetleri A.Ş. (Turcell)'nin hakim durumunu kötüye kullandığı ve Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş. (Telsim) ile Turkcell Mobil İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin uyumlu eylem içinde buldukları ve hakim durumlarını kötüye kullandıkları iddialarına ilişkin olarak başlatılan ön araştırmanın engellenmesi nedeniyle, şirketçe engellemeyi sona erdirecek bir inceleme yapılmasını temin edici davet vuku bulunmadığı sürece hergün için 160.000.000 TL süreli para cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir.

4054 sayılı Yasa'nın ihlal edilip edilmediği ön araştırmanın konusunu oluşturduğuna

T.C.
DANIŞTAY
ONUNCU DAİRE
Esas No : 2000/260
Karar No : 2002/4360



göre, Kurum raporlarının böyle bir incelemenin yapılması konusundaki yetkilerini kullanmalarına izin verilmemesi, bir başka deyişle, 4054 sayılı Yasa'nın Kurum'a yüklediği yükümlülüğün yerine getirilmesinin engellenmesi nedeniyle, şirketce engellemeyi sona erdirecek bir davetin yapılmasına kadar süreli para cezası verilmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Belirtilen nedenle, yasal dayanaktan yoksun bulunan davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği düşünüldü:

Dava, Rekabet Kurulu'nun 16.11.1999 tarih ve 569-358 sayılı kararının davacıya para cezası verilmesine ilişkin kısmının iptali istemiyle açılmıştır.

2577 sayılı Yasanın 7.maddesi 1.fıkrasında, dava açma süresinin, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştayda ve İdare mahkemelerinde altmış ve Vergi mahkemelerinde otuz gün olduğu, 2 fıkrasında, bu sürelerin; idari uyuşmazlıklarda yazılı bildirim yapıldığı, tarihi izleyen günden başlayacağı, aynı Yasanın 14.maddesinde, dilekçelerin görev ve yetki, idari merci tecavüzü, ehliyet, idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı, süre aşımı, husumet, 3 ve 5.maddelere uygun olup olmadıkları yönlerinden sırasıyla inceleneceği, 15.maddenin 1/b fıkrasında da, süresinde açılmayan davanın reddine karar verileceği hükmüne yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, davacı firmaya dava konusu kurul kararının 19.11.1999 tarihinde tebliğ edildiği, 22.11.1999 tarihinde davacı tarafından itirazda bulunulduğu, 21.12.1999 tarihli kurul kararıyla itirazın kısmen kabulü üzerine 27.1.2000 tarihinde bu davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 55.maddesinde, Kurulun nihai kararlarına, tedbir kararlarına, para cezalarına ve süreli para cezalarına karşı kararın taraflara tebliğinden itibaren süresi içinde Danıştaya başvurabilecekleri, bu süre içinde yargı yoluna başvurulmazsa kararın kesinleşeceği hükmü yer almıştır.

Yukarıda anılan yasa maddesi ile işlemi tesis eden idarenin bu konudaki yetkisinin mutlak olduğu bu yetkinin kullanılmasına karşı dava yolundan başka başvurulabilecek bir yol tanınmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

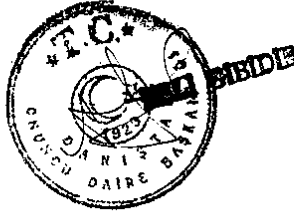
Dava konusu edilen 16.11.1999 tarihli kurul kararına karşı 22.11.1999 tarihli dilekçeyle itirazın yapılan başvuruyu yukarıda anılan 4054 sayılı Yasa hükmü karşısında 2577 sayılı Yasanın 11.maddesi uyarınca dava açma süresini durdurur nitelikte yapılmış bir başvuru olarak kabul etme olanağı bulunmamaktadır.

Bu durumda davacı firmaya 19.11.1999 tarihinde tebliğ edilen kurul kararına karşı en geç 18.1.2000 tarihinde dava açılması gerekirken 27.1.2000 tarihinde açılan davanın esasının incelenmesi olanaklı değildir.

T.C.
DANIŞTAY
ONUNCU DAİRE
Esas No : 2000/260
Karar No : 2002/4360

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı Yasanın 15.maddesi 1/b bendi uyarınca davanın süre yönünden reddine, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, davanın açıldığı tarihte yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 45.000.000.- TL. vekalet, ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine 14.11.2002 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
Burhan	Yılmaz	Serap	Ali	Ahmet
ÖÇ	TAŞDELEN	AKSOYLU	ÖZTÜRK	BAŞPINAR



DUYURU

- 1- Dergiye gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Metinler bilgisayar ortamında bir disket ile beraber A4 kağıdının bir yüzüne çift aralıkla yazılmış üç kopya halinde teslim edilmelidir. Disket ile birlikte kullanılan yazılım programı, bilgisayar ismi ve dosya ismi gönderilmelidir. Teknik nedenlerden ötürü, daktilo ile yazılmış metinler kabul edilmez. Yayın Komisyonunca kabul edilmeyen yazılar iade edilmez.
- 2- Yazıyla birlikte, İngilizce başlık ve en çok 15 satırlık İngilizce bir özet teslim edilmelidir.
- 3- Tablo ve şekillere numara verilmeli, başlıklar tablo ve şekillerin üzerinde yer almalı kaynaklar ise tablonun altına yazılmalıdır. Denklemlerin sıra numarası parantez içinde, sayfanın sağ tarafında gösterilmelidir.
- 4- Kaynaklara yapılan göndermeler dipnotlar yerine, metin içinde açılan ayraçlarla belirtilmelidir. Ayrıca içindeki bilgiler sırasıyla şöyle olmalıdır: Yazar(lar)ın soyadı, kaynağın yılı, sayfa numaraları: Örneğin:

..... tespit edilmiştir. (Atkinson, 1983; 77-82).

..... Sayer (1996a: 43-72; 1986b: 666-695) belirtilmelidir.

KİTAPLAR

FÖRLSTER, S. (1991), *The Art of Encouraging Invention: A New Approach to Government Innovation*, California Press.

MAKALELER

BAUMOL, W.J. (1986), "Productivity Growth, Convergence and Welfare: What the Long Run Data Show", *American Economic Review*, 76,1072-82.

DERLEMELER

HALL, P.H. "The Theory and Practice of Innovation Policy: An Overview", P. Hall (der), *Technology, Innovation and Economic Policy* içinde, Oxford: Philip Alan, 1-34.

- 5- Dipnot halinde verilen ek bilgiler, metin içinde numara sırasıyla ve sayfa altında ayrıca verilmelidir.
- 6- Belirtilen kurallara uymayan yazılar, gerekli düzeltmelerin yapılması için geri gönderilebilir. Yazının yayınlanması halinde, derginin 3 kopyası yazara ücretsiz gönderilecektir.
- 7- Yazarların, makaleleri ile birlikte, yazışma adresi, telefon ve faks bilgilerini de içeren notu göndermeleri gereklidir.