

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

(Danıştay Kararları Üzerine Verilen)
REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2007-1-10 (Önaraştırma)
Karar Sayısı : 10-65/1372-510
Karar Tarihi : 14.10.2010

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

10 **Başkan Üyeler** : Doç. Dr. Mustafa ATEŞ (İkinci Başkan)
: Mehmet Akif ERSİN, İsmail Hakkı KARAKELLE,
Doç. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY, Murat ÇETİNKAYA

B. RAPORTÖRLER : Harun ULU, Harun GÜNDÜZ

C. BAŞVURUDA BULUNAN

: BİS Enerji Üretim A.Ş.
Temsilcisi Av. Mustafa YAVUZ
Birlik Mh. 14. Sk. No:2/2 Çankaya/Ankara

D. İLGİLİ TARAF : BOTAŞ Boru Hatları İle Taşıma A.Ş.
Bilkent Plaza A-II Blok Bilkent-ANKARA

20 **E. DOSYA KONUSU: BOTAŞ Boru Hatları İle Petrol Taşıma A.Ş. (Botaş)'nin elektrik üretimi ve satışı alanında faaliyet gösteren BİS Enerji Elektrik Üretim A.Ş. (Bis Enerji)'nin üretim yapabilmek için ihtiyacı olan doğalgazı haksız bir şekilde keserek teşebbüsün faaliyetlerini zorlaştırmak ve ayrımcılığa sebep olmak suretiyle hâkim durumunu kötüye kullandığı iddiası.**

F. İDDİALARIN ÖZETİ

30 Başvuruda esas olarak, doğal gaz iletim ve toptan satış faaliyetleri bakımından ülke genelinde tekel olan Botaş'ın, elektrik üretimi ve satışı alanında faaliyet gösteren Bis Enerji'nin üretim yapabilmesi için ihtiyacı olan doğal gazı haksız bir şekilde keserek, teşebbüsün faaliyetlerini zorlaştırmak ve ayrımcılığa sebep olmak suretiyle hâkim durumunu kötüye kullandığı iddia edilmektedir.

40 Şikâyet konusu eylemin gerçekleştiği dönemde, Bursa Organize Sanayi Bölgesi (BOSB)'nde faaliyet gösteren Bis Enerji ile BOSB arasında ve BOSB ile de Botaş arasında akdedilmiş olan doğal gaz tedarik sözleşmeleri çerçevesinde, Bis Enerji, BOSB yoluyla Botaş'tan kesintili tarife üzerinden doğal gaz alımı yapmaktadır. Doğal Gaz Tedarik Sözleşmesi'nin 11. maddesinde, "*Bölge'nin ve/veya Botaş'ın ihtiyaç duyması halinde Müşteri'ye yapılan gaz arzı, gazın kesilmesi ile ilgili ihbarlar yapıldıktan sonra durdurulacaktır.*" hükmü yer almaktadır. Nitekim Botaş sözleşmedeki bu hükme dayanarak 13.02.2004 tarihinde BOSB aracılığıyla Bis Enerji'ye yaptığı gaz kesme bildiriminde, doğal gaz iletim sisteminde arz-talep dengesinin kurulamadığını, arz-talep dengesinin oluşturulması için teşebbüsün kullandığı doğal gazın kesileceğini belirtmiştir. Anılan bildirim takiben 14.02.2004 tarihinde Bis Enerji'nin doğalgazı kesilmiş ve bu kesinti 16.02.2004 tarihinde sona ermiştir.

Bu gelişmeler çerçevesinde, BİS Enerji, sözleşmedeki bu hükmün Botaş'ın istediği zaman ve keyfi olarak gazı kesmesine cevaz vermediğini, gaz kesme işleminin gerekçelerinin açık bir şekilde ortaya konulması gerekirken Botaş'ın bunu yapmadığını, gaz kesmenin fiili şartları oluşmadan gazın kesilerek Botaş'ın iyi niyet kurallarına aykırı

10-65/1372-510

50 davrandığını iddia etmektedir. Ayrıca, Botaş'ın, kesintinin devam ettiği esnada, kesintili tarife göre daha pahalı olan kesintisiz tarifeden gaz alınması halinde kendilerine gaz verebileceğine ilişkin tutanak imzalatmaya çalıştığı, Bis Enerji gibi kesintili tarifeden gaz alan ve aynı güzergâhta Uşak'ta bulunan Hitit Seramik ve Unpaş'ın bu tarihler arasında gazının kesilmediği de diğer iddialardır. Şikâyet dilekçesinde son olarak, Botaş'ın 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun anlamında teşebbüs niteliğine sahip olduğu, doğal gaz iletiminde tekel ve toptan satış pazarında hâkim durumda olması nedeniyle, Botaş'ın yukarıda açıklanan uygulamasının 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendine aykırı olduğu belirtilmektedir.

G. DOSYA EVRELERİ: Rekabet Kurumu kayıtlarına 09.01.2007 tarih, 171 sayı ile giren başvuru üzerine hazırlanan Rapor, 15.3.2007 tarih ve 07-23 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek 07-23/217-72 sayı ile karara bağlanmıştır.

60 Adı geçen şirket tarafından açılan davada, Danıştay 13. Dairesinin 01.06.2010 tarihli kararı ile ilgili Kurul Kararının iptaline karar verilmiştir.

Konuya ilişkin olarak düzenlenen 17.8.2010 tarih ve 2007-1-10/İİ-10-264.HU sayılı İlk İnceleme Raporu, 26.08.2010 tarihli Kurul toplantısında görüşülmüş ve soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının belirlenmesi amacıyla, 4054 sayılı Kanun'un 40/1. maddesi uyarınca önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir.

05.10.2010 tarih ve 2007-1-10/ÖA-10-264.HU sayılı Önaraştırma Raporu 8.10.2010 tarih ve REK.0.05.00.00-110/393 sayılı Başkanlık önergesi ile 10-65 sayılı Kurul toplantısında görüşülmüş olup, Önaraştırma Raporu, Danıştay'ın iptal kararları, tüm dosya münderecatında yer alan bilgi ve belgelerin incelenmesi sonucunda dosya konusu karara bağlanmıştır.

70 **H. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ:** Raportörler tarafından; Botaş'ın kesintili kategoriden gaz satış yaptığı Bis Enerji'ye 14.2.2004-16.04.2004 tarihleri arasında gaz tedarikini kesmesi ve 1.7.2004 tarihinden itibaren adı geçen şirkete kesintisiz kategoriden gaz satışına başlamasının 4054 sayılı Kanun kapsamında bir ihlal olarak değerlendirilemeyeceği, bu doğrultuda şikâyet konusu ile ilgili soruşturma açılmasına gerek olmadığı, şikâyetin reddedilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

I.1. İlgili Pazar

I.1.1. İlgili Ürün Pazarı

80 Önaraştırmaya konu olan ürün "doğalgaz"dır. Doğalgaz pazarı temel faaliyetler bakımından; üretim, iletim, dağıtım ve toptan satış üzere dört başlık altında toplanmaktadır. İnceleme konusu bakımından ilgili ürün pazarı "doğalgaz toptan satış pazarı" olarak tespit edilmiştir.

I.1.2. İlgili Coğrafi Pazar

Şikâyet konusu olay açısından, ilgili coğrafi pazar, "Türkiye" olarak belirlenmiştir.

I.2. Yapılan Tespitler ve Deliller

I.2.1. Botaş'ın Pazardaki Konumu

9.2.1990 tarih ve 20248 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Doğal Gaz Kullanımı Hakkında 397 sayılı KHK'nın 1. maddesi uyarınca; "sıvılaştırılmış hali de dâhil olmak üzere" doğal gaz ithalatı konusunda Botaş'ın tekel hakkına sahip olması öngörülmüştür.

10-65/1372-510

90 Daha sonra yapılan düzenlemelerle Botaş'ın bazı doğalgaz kontratlarını özel sektöre devretmesi gerçekleştirilmiş ve özel sektörün LNG ithalatına izin verilmiştir. Başka bir ifade ile BOTAŞ'ın tekel durumu kaldırılmıştır.

1974 yılında kurulan ve 1995 yılında Kamu İktisadi Teşekkülü haline getirilen Botaş'a, sektörün rekabete açık olmaması nedeniyle tekel hakkı ile birlikte, büyük yatırımların gerçekleştirilmesini içeren bir kamu hizmeti yükümlülüğü de verilmiştir. İthalata imkân veren yüksek basınçlı doğal gaz boru hatlarının inşası, bu hatların işletilmesi ve kaynak çeşitlendirmesine yönelik yeni yatırımlara ilişkin faaliyetler bu dönemde Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının koordinasyonunda kamu-özel sektör işbirliğiyle yürütülmekte ise de, ithalat hizmetlerinin tamamı Botaş vasıtasıyla gerçekleştirilmiştir.

100 02.05.2001 tarih ve 24390 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanun ile doğal gazın kaliteli, sürekli, ucuz, rekabete dayalı esaslar çerçevesinde tüketicilerin kullanımına sunulması için, doğal gaz piyasasının serbestleştirilerek mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir doğal gaz piyasasının oluşturulması ve bu piyasada bağımsız bir düzenleme ve denetimin sağlanması amaçlanmıştır. Bu çerçevede ithalat, iletim, depolama, toptan satış ve şehir içi dağıtım faaliyetleri doğalgaz piyasası faaliyetleri olarak sayılmış ve bu faaliyetlerde bulunacak teşebbüslerin Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'ndan lisans alma mecburiyeti getirilmiştir.

110 4646 sayılı Kanun ile doğalgaz iletim faaliyeti Botaş'ın elinde bırakılmıştır. Öte yandan, şikâyet konusu eylemin gerçekleştiği dönemde, 4646 sayılı Kanun'un Geçici 2. maddesiyle de özel teşebbüslerin ithalat imkânlarına kısıtlama getirilmiş olup doğal gaz ithalatı münhasıran Botaş tarafından gerçekleştirilmiştir. 2006 yılında Türkiye'de 30,1 milyar metreküp doğalgaz tüketilmiş olup bunun 862 milyon metreküpü yerli üretimden karşılanmıştır. Bu çerçevede 2006 yılındaki tüketimin %96,5'si ithalat, %3,5'ü yerli üretimden karşılanmıştır. İthalatın ve ithal edilen gazın toptan satışının tamamının Botaş tarafından yapılması ve bu pazara girişin önünde hukuki engellerin bulunması nedeniyle Botaş ilgili eylemin gerçekleştiği dönemde doğalgaz ithalatı ve toptan satışı konusunda hâkim durumdadır.

1.2.2. Şikâyete Konu Olayların Gelişimi

120 Şikâyetçi Bis Enerji, BOSB'de 362 MW kurulu güce sahip doğalgaz santrali ile elektrik üretimi yapmakta ve bunu büyük müşterilere (serbest tüketici) pazarlamaktadır. 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeler Kanunu'nun 20. maddesi gereğince, BOSB doğalgazı Botaş'tan almakta ve bunu üyelerine dağıtmaktadır¹. Bu çerçevede BOSB ile Botaş arasında ve BOSB ile de Bis Enerji arasında bir gaz alım satım anlaşması bulunmaktadır.

Eylemin gerçekleştiği dönemde, BOSB 4646 sayılı Doğalgaz Piyasası Kanunu çerçevesinde bir "kullanıcı birliği" sayılmaktadır. Öte yandan BOSB yıllık tüketim miktarı bakımından da 4646 sayılı Kanun kapsamında bir serbest tüketicidir². BOSB içerisinde

¹ Bahsedilen dağıtım fiziki dağıtım değildir. Şöyle ki; Bis Enerji ve BOSB içindeki diğer elektrik üreticileri doğrudan Botaş'ın iletim hattına bağlı olup BOSB'nin diğer üyelerinin bağlı olduğu hattan gaz çekişi yapmamaktadırlar. Buna rağmen, adı geçen şirketler OSB içinde olmaları nedeniyle mevzuat uyarınca Botaş ile doğrudan gaz alım anlaşmaları yapma imkânları bulunmamaktadır.

² Serbest tüketici 4646 sayılı Kanun'da "Yurt içinde herhangi bir üretim şirketi, ithalat şirketi, dağıtım şirketi veya toptan satış şirketi ile doğal gaz alım-satım sözleşmesi yapma serbestisine sahip gerçek veya tüzel kişi" olarak tanımlanmıştır. Serbest tüketici limiti EPDK için her yıl belirlenmektedir. 21.12.2006 tarihli EPDK kararıyla 2007 yılına ilişkin olarak; 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten evvel alınmış kanuni bir hak, belge, izin ve yetkilendirmeye müsteniden doğal gaz dağıtım faaliyetinde bulunan dağıtım lisansı sahibi tüzel kişilerin

10-65/1372-510

130 Bis Enerji'yle birlikte, Zorlu Enerji, Entek ve Bosem Enerji de dâhil doğalgaz ile üretim yapan 4 teşebbüs bulunmaktadır.

Başvuru dilekçesi ve eklerinde yer alan bilgilere göre şikâyet konusu olaya ilişkin safahat şu şekildedir:

- Botaş, BOSB'ye yönelik 13.02.2004 tarihli faks mesajında; doğalgaz arz kaynaklarından kaynaklanan sorunlar nedeniyle iletim sisteminde arz-talep dengesinin kurulmadığı, bu dengenin oluşturulması için kesintili statüden kullanılan gazın 14.02.2004 tarihinde saat 10.00'da kesileceği, sorunlar giderildikten sonra gaz arzının yeniden sağlanacağı belirtilmiştir.

- Botaş yetkilileri, ilgili tutanaktan anlaşıldığı üzere, Bis Enerji'nin iki santralinin gazını 14.02.2004 tarihinde, sırasıyla, saat 15.15 ve 16.10'da kesmiştir.

140 - Botaş, 16.02.2004 tarihinde, saat 20:00 itibarıyla Bis-2, 21:30 itibarıyla da Bis-1'den (iki ayrı gaz giriş hattı) kesintili tarifeden gaz arzına tekrar başlamıştır.

- Botaş, BOSB'ye gönderdiği 28.06.2004 tarihli yazıda gaz arzının Haziran 2004 ayından itibaren kesintisiz tarife üzerinden verileceğini belirtmiştir.

- BOSB, Botaş'a gönderdiği 01.07.2004 tarihli yazısında, sözleşme bitiş tarihi olan 31.12.2004 tarihine kadar herhangi bir kategori değişikliği yapılmamasını talep etmiştir. Botaş 7.7.2004 tarihli yazısında özet olarak, BOSB'nin bu talebine cevap verilemeyeceğini belirtmiştir.

150 - 01.07.2004 tarihinden itibaren Botaş, BOSB'ye kesintisiz tarifeden gaz arzına başlamıştır. BOSB'nin Botaş'tan aldığı gazı Bis Enerji'ye kesintisiz tarifeden fatura etmesi üzerine Bis Enerji bunun mevcut sözleşmeye aykırı olduğunu ileri sürerek yapılan fazla ödemenin iadesini 09.09.2004 tarihli yazı ile talep etmiştir. Öte yandan Bis Enerji'nin Botaş'a gönderdiği 09.09.2004 tarihli yazıda, BOSB'nin kesintili tarifeden kesintisiz tarifeye geçirilmesinin mevzuat ve sözleşmelere aykırı olduğu belirtilerek, yapılan bu uygulamadan vazgeçilmesi istenmiştir.

- Botaş, BOSB'ye gönderdiği 27.08.2004 tarihli yazıda, kesintili tarifeden kesintisiz tarifeye geçilmesiyle ilgili olarak açıklamalarda bulunmuştur. Bu yazıda özetle;

160 Kesintili kategorinin, ülkede henüz doğal gaz yer altı depolama sistemi olmadığı için, özellikle kış döneminde şehirlerin artan gaz çekişlerinin sistemde yarattığı arz-talep dengesizliğine bağlı basınç düşmeleri sonucunda, belirli noktalara gazın ulaştırılmasında yaşanan sıkıntıların giderilmesi ve şehirlere kesintisiz gaz arzı sağlayabilmek için oluşturulmuş bir müşteri statüsü olduğu,

Dolayısıyla kesintili kategorinin, müşterilere düşük fiyattan gaz satışını amaçlayan bir uygulama olmayıp, doğal gaz iletim sisteminde zaman zaman yaşanan arz talep dengesizliğini gidermek üzere geliştirilen bir yöntem olduğu,

Doğal gaz sisteminde arz-talep dengesizliğine bağlı basınç düşmesi başladığında, kesintili müşterilerin kendilerine bildirilen sürede sistemden çıkmaları ve planlanan miktarda bir kesintiye ulaşılması, iletim sisteminin işletme sürekliliği ve güvenliği açısından önem arz ettiği,

sorumluluk alanları dâhilinde Kanunun 8. maddesinin (a) fıkrasının birinci bendinde belirtilen serbest tüketici olma sınırı 1 milyon m³, 4646 sayılı Kanunun 8. maddesinin (b) fıkrası uyarınca şehir içi doğal gaz dağıtım lisansı ihalesi sonucunda dağıtım lisansı sahibi olan tüzel kişilerin sorumluluk alanları dâhilinde Kanunun 8. maddesinin (a) fıkrasının birinci bendinde belirtilen serbest tüketici olma sınırı 15 milyon m³ olarak belirlenmiştir.

10-65/1372-510

170 Bu itibarla; mevcut arz imkanları, iletim sistemin kapasitesi ve kesintili müşteri portföyü birlikte değerlendirilmek suretiyle bir simülasyon yapıldığı ve düşük kapasiteli çok sayıda kesintili müşteri yerine büyük kapasiteli az sayıda kesintili müşteri portföyü oluşturulmasının, böyle bir kesinti gerektiğinde uygulamaya başlama sürecinin asgariye çekilmesi, sistemin işletme güvenliği ve kontrolü açısından daha uygulanabilir olduğunun belirlendiği, buna bağlı olarak da, değişik sektörlerde bulunmaları sebebiyle içinde doğal gazı buhar-proses, seramik üretimi ve/veya elektrik üretimi amaçlı olarak kullanan birçok tesisin bulunduğu göz önüne alınarak, toptan gaz satışı yapılan OSB'lere kesintisiz kategoriden gaz arzı sağlanmasının kararlaştırıldığı ve ilk kez gaz kullanacak OSB'lerle imzalanan sözleşmelerde ve gaz kullanan OSB'lerle yapılan sözleşme yenilemelerinde uygulama başlatıldığı,

180 Söz konusu uygulamanın, Bursa OSB'ye münhasır bir uygulama olmayıp, gaz arz ve iletim imkânları çerçevesinde yapılan değerlendirme neticesinde, aynı tipteki müşterilere yapılan uygulamaya paralellik arz eden bir uygulama olduğu ifade edilmiştir.

- Bis Enerji, 14.2.2004 tarihinde meydana gelen gaz kesintisi ile ilgili olarak Ankara Asliye İkinci Ticaret Mahkemesi'nde Botaş aleyhine, sözleşme hükümlerine aykırı hareket ettiği iddiasıyla dava açmış olup, Mahkeme bu dava ile ilgili olarak 09.03.2005 tarihinde karara varmıştır. Karar'da; davacı şirketin basiretli bir tacir olarak gaz alım sözleşmesini imzaladığı, bu nedenle "gaz arzının kesilmesi" başlıklı maddesi uyarınca Botaş'ın ihtiyaç duyması halinde gaz arzını kesebileceğini bilecek durumda olduğu, 190 Botaş'ın yaptığı gaz kesintisinin sözleşmeye ve iyi niyet kurallarına aykırı bir yönünün bulunmadığı gerekçe gösterilerek dava reddedilmiştir.

- Bis Enerji, Botaş'ın gaz arzını kesmesinden sonra, 19.02.2004 tarihli yazısıyla EPDK'ya başvurarak, Botaş'ın gaz arzını kesmesiyle ortaya çıkan durumun Elektrik piyasası Lisans Yönetmeliği'nin ilgili maddesi uyarınca mücbir sebep sayılması ve bu doğrultuda Elektrik Piyasasında Mali Uzlaştırma Yapılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkındaki Tebliğ kapsamında mücbir sebep olayı süresince etkilenen yükümlülüklerinin askıya alınmasını talep etmiştir. Bis Enerji'nin bu talebini EPDK 03.06.2004 tarihli yazısıyla; Botaş ile Bis Enerji arasındaki doğalgaz satış anlaşmasının kesintili temin anlaşması olduğu ve bu anlaşma hükümlerine göre Botaş'ın ihbar süresine uyararak gaz 200 temininde kesinti yapma hakkı bulunduğu ve Botaş'ın da bu madde kapsamında 14.02.2004 tarihinde gaz kesintisi yaptığının anlaşıldığı, bu durumun bir mücbir sebep değil, Botaş ile imzalanan anlaşma hükümleri sonucunda ortaya çıkan bir durum olduğu gerekçeleriyle reddetmiştir.

1.2.3. Şikâyetin Değerlendirilmesi

Şikâyet dilekçesinde temel olarak sözleşmeye aykırı biçimde Bis Enerji'ye gaz tedarikinin kesilmesinin ve akabinde yüksek tarifeden gaz satışına başlanmasının, aynı hat üzerinde bulunan Hitit Seramik'in gazının kesilmemesinin 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında bir ihlal olduğu ileri sürülmektedir.

210 Doğal gaz piyasası, 4646 sayılı Doğalgaz Piyasası Kanunu ile düzenlenmiş olup, bu piyasadaki düzenleme ve denetleme yetkisi EPDK'ya verilmiştir. 4646 sayılı Kanun'un 7. maddesine aşağıda yer verilmiştir.

"Madde 7.- a) Rekabetin korunması ve geliştirilmesine ilişkin esaslar aşağıda belirtilmiştir:

10-65/1372-510

1) 7.12.1994 tarihli ve 4054 sayılı *Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda öngörülen rekabet özgürlüğü, hakim durumun kötüye kullanılmaması, birleşme ve devir almaya ilişkin hususlar, doğal gaz piyasasında faaliyet gösterecek tüzel kişilere de uygulanır.*”

220 Bu madde hükmüyle, doğal gaz piyasasına ilişkin denetim faaliyetlerine EPDK'nın yanında mevzuatın izin verdiği ölçüde Rekabet Kurumunun da katılması ön görülmüştür. Bu çerçevede, doğal gaz piyasasında rekabet ihlali yapıldığı iddiasında bulunan şikâyet başvurusunun Kurum tarafından incelenmesinin önünde yasal bir engel bulunmamaktadır.

Şikâyete konu olayın gerçekleşmesinin üzerinden yaklaşık 4 yıl bir süre geçmiş olup, bu süre zarfında mevzuatta çeşitli değişiklikler söz konusu olmuştur. Aşağıda yer verilen değerlendirmede eylemin gerçekleştiği dönemde yürürlükte bulunan mevzuat hükümleri dikkate alınmıştır.

- Sözleşmeye aykırı biçimde gazın kesilmesi

230 Eylemin gerçekleştiği dönemde piyasada tek toptan satıcı konumunda olan Botaş'ın “şehir içi doğalgaz dağıtım şirketleri” ve “serbest tüketiciler” olmak üzere esas olarak iki müşteri portföyü bulunmaktaydı. Botaş, serbest tüketicilerle “kesintili” veya “kesintisiz” gaz satış sözleşmeleri yapmaktadır. Kesintisiz gaz satış sözleşmelerinde satış fiyatı daha yüksek olup, müşterinin gazı mücbir sebepler dışında kesilememektedir. Kesintili gaz satış sözleşmelerinde ise Botaş gerektiğinde müşteriye gaz tedarikini kesebilme hakkına sahiptir.

Botaş ile BOSB arasında 14.06.2002 tarihinde “Doğal Gaz Satış Sözleşmesi (Kesintili/Kesintisiz)” isimli bir sözleşme akdedilmiştir. Bu sözleşmenin “Gaz Arzının Kesilmesi” başlıklı 15. maddesinde, “ *İşbu Sözleşmeye göre BURSA OSB “Elektrik üretimi amaçlı gaz kullanımı için” kesintili müşteri olarak doğalgaz kullanacak olup, her sözleşme yılı için BOTAŞ ihtiyaç duyması halinde BURSA OSB'nin “Elektrik üretimi amaçlı gaz kullanımı için” gaz arzını kesebilecektir...*” ibaresi yer almaktadır.

240 Bis Enerji vekili başvurusunda, sözleşmedeki gaz kesme halinin “şartların oluşması halinde” mümkün olabileceğini ileri sürerek, gazın kesildiği dönemde sistemde gazın kesilmesini gerekli kılabilecek bir durum olmadığını, Botaş'ın bunu müşterilerini düşük fiyatlı kesintili tarifeden yüksek fiyatlı kesintisiz tarifeye geçirmek için tehdit unsuru olarak kullandığını belirtmektedir. Botaş'ın gazın tedarikini hangi hallerde kesebileceği ile ilgili konu taraflar arasında imzalanan sözleşme hükümleri ve bunların yorumlanma ve uygulanmasında ortaya çıkan bir ihtilaf olup, bu konunun mahkemelerde görülmesi esastır. Gazın Botaş tarafından sözleşmeye aykırı şekilde kesildiği iddiası, yukarıda yer verildiği gibi, Bis Enerji tarafından Ankara Asliye İkinci Ticaret Mahkemesi'nde dava konusu yapılmış olup, Mahkeme Botaş'ın yaptığı gaz kesintisinin sözleşmeye ve iyi niyet kurallarına aykırı bir yönünün bulunmadığına karar vermiştir.

250 Öte yandan, 4646 sayılı Kanun'un 4/e maddesinde “*Serbest tüketicilere toptan gaz satışı yapan tüzel kişiler, bu Kanunun yürürlüğe girmesini müteakip müşterilerine mevsimlik, günlük ve saatlik esneklik limitleri dahilinde gaz girişini sağlamak mecburiyetindedir.*” şeklinde düzenleme getirilmiştir. Bu hüküm gereğince Botaş'ın haksız yere gaz kesintisi yaptığı iddiasında bulunan Bis Enerji'nin bu konudaki şikâyetlerini 4646 sayılı Kanun'un uygulayıcısı olan EPDK'ya iletmesi gerekir. Yukarıda yer verildiği gibi, Bis Enerji'nin EPDK'ya sadece gazın kesilmesi sonucu elektrik üretimiyle ilgili yükümlülüklerini yerine getirememesi nedeniyle, bu yükümlülüklerin askıya alınması için başvuruda bulunmuş; EPDK'nın bu başvuruya cevabi yazısında 260 Botaş'ın gaz kesme fiilinin sözleşme hükümlerine dayandığı, bu durumun elektrik

10-65/1372-510

piyasasındaki faaliyetler bakımından mücbir sebep olarak kabul edilemeyeceği, dolayısıyla elektrik piyasasına ilişkin yükümlülüklerinin askıya alınmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir.

Bu açıklamalar çerçevesinde, Botaş tarafından Bis Enerji'ye gaz tedarikinin kesilmesi ile ilgili konunun taraflar arasındaki sözleşme hükümleri ile EPDK'nın yetki ve sorumluluğundaki alanlara ilişkin olduğu, mahkeme kararı çerçevesinde Botaş'ın gazı kesmesinin sözleşmeye aykırı olarak değerlendirilmemesi nedeniyle Hitit Seramik'in gazının kesilmemesinin de rekabet kuralları karşısında ayrımcılık olarak değerlendirilemeyeceği, dolayısıyla Kurumumuzca bu konuda yapılacak bir işlemin olmadığı kanaatine varılmıştır.

- Gaz Satış Kategorisinin Botaş Tarafından Değiştirilmesi

Botaş'ın BOSB içerisindeki elektrik üreticilerini 01.07.2004 tarihinden itibaren kesintili kategoriden kesintisiz kategoriye alması sonucu Bis Enerji gazı yaklaşık %3 oranında daha pahalı almaya başlamıştır. Konuyla ilgili değerlendirmeye geçmeden önce doğalgaz piyasasının toptan satış seviyesindeki tarifelere ilişkin düzenlemelere yer vermek yerinde olacaktır.

4646 sayılı Kanun'un "Tarifeler" başlıklı 11. maddesinde, bağlantı tarifeleri, iletim ve depolama tarifeleri, toptan satış tarifesi ve perakende satış tarifelerinin belirlenmesine ilişkin esaslara yer verilmiştir. 4646 sayılı Kanun'un 11/3. maddesinde, EPDK'nın doğalgaz satış tarifelerinde esas alınacak unsurları ve şartları belirleyeceği, satış fiyatlarının ise bu esaslar dâhilinde doğalgaz alım satımı yapan taraflarca serbestçe belirleneceği hükmü getirilmiştir. 4646 sayılı Kanun'un 4/e maddesinde ise; "*Toptan satış şirketi, ithalatçı şirket veya ihracatçı şirket veya serbest tüketici veya dağıtım şirketi ile satış sözleşmeleri yapar ve fiyatları serbestçe belirler.*" hükmüne yer verilmiştir. 26.09.2002 tarihinde EPDK tarafından yayımlanan Doğal Gaz Piyasası Tarifeler Yönetmeliğinin 8. maddesinde ise şu düzenleme getirilmiştir:

"Toptan satış tarifelerinde, hâkim durumun kötüye kullanılmaması, doğal gaz arz güvenliği ve düzenliliğinin sağlanması ve Kurumun bu konuda belirleyeceği diğer önlemlere uyulması esastır.

Doğal gaz toptan satış fiyatları bu esaslar çerçevesinde doğal gaz alım satımı yapan taraflar arasında Kurul tarafından onaylanmış tarifelere uygun olmak kaydıyla serbestçe belirlenir."

Doğal Gaz Piyasası Tarifeler Yönetmeliği'nin Geçici 2. maddesinde ise şu şekilde düzenleme getirilmiştir:

"BOTAŞ'ın toplam yıllık ithalat miktarı yıllık ulusal tüketimin yüzde yirmisine düşünceye kadar, mevcut doğal gaz alım ve satış sözleşmelerini kısmi veya bütün olarak devralan tüzel kişiler hariç olmak üzere, doğal gaz piyasası içerisinde rekabetin hiç veya yeterince oluşmadığı durumlarda toptan satış fiyatları Kurul tarafından belirlenir."

EPDK'nın 27.01.2004 tarih, 291 sayılı Kurul Kararı ile doğalgaz piyasası faaliyetlerine ilişkin tarifelerin (iletim, depolama, toptan satış, taşıma, abonelere uygulanacak perakende satış ve hizmet bedelleri) hesaplama yöntemleri belirlenmiştir. Bu Karar'da Botaş'ın uygulayacağı tarifelere esas olacak hesaplamalar ve azami satış fiyatları da formüller halinde EPDK tarafından belirlenmiştir. Örneğin, Karar'ın 3. maddesinde Botaş tarafından serbest tüketicilere ve dağıtım şirketlerine toptan gaz satış fiyatının üst sınırı Şubat 2004 ayı için 212,73 YTL/m³ olarak belirlenmiş, Mart 2004 ayından itibaren de;

10-65/1372-510

İçinde bulunulan ay Fiyatı = Bir önceki ay Fiyatı * (1 + Kurdaki değişim + Botaş alım fiyatındaki değişim)

310 şeklinde özetlenebilecek bir tavan satış fiyat formülü oluşturulmuştur. Öte yandan aynı Karar'ın 12. maddesinde, doğal gaz satış fiyatlarına ilişkin belirlenen bu hesaplama yöntemlerinin kesintisiz tarifeler için geçerli olduğu, kesintili fiyatlar hesaplanırken kesintisiz fiyatların üzerinden %3 indirim yapılacağı belirtilmiştir.

Botaş'ın kesintili ve kesintisiz kategorideki müşterilere Botaş'ın toptan doğalgaz satış fiyatının üst sınırı EPDK tarafından belirlenmiştir. Bununla birlikte, Botaş'ın hangi müşterilerle kesintili, hangi müşterilerle kesintisiz gaz satım anlaşması yapacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Kategori değişikliği ile ilgili açık bir düzenleme olmaması nedeniyle bu noktada değerlendirmenin doğalgaz piyasasının işleyişi ve Botaş ile BOSB arasında yapılan sözleşme hükümleri dikkate alınarak yapılması gerekmektedir.

320 Doğalgaz iletim şebekesi doğal tekel olarak kabul edilmekte ve bu faaliyet bir teşebbüs (sistem operatörü) tarafından yürütülmektedir. İletim faaliyetinde bulunan teşebbüsün başlıca görevi iletim sistemindeki arz ve talepten kaynaklanan dengesizliklerin giderilerek, doğalgazın belirlenen basınç altında büyük müşteriler ve tüketim merkezlerine naklini sağlamaktır. 4646 sayılı Kanun'un 4/c.5 maddesinde "*Mevcut, planlanan ve yapımı devam etmekte olan ulusal iletim şebekesi BOTAŞ'a ait olur. İletim şirketlerince mevcut hatlarla bağlantılı sistem oluşturacak şekilde inşa edilecek iletim amaçlı yeni boru hatları mülkiyeti kendilerine ait olmak üzere yatırım yapan diğer iletim şirketlerince işletilir.*" şeklinde düzenleme getirilmiştir. Öte yandan, aynı kanun maddesinde "*İletim şirketleri, doğal gazın akışı ve sistemin işlemesi için gerekli ayarlama ve diğer her türlü hizmetlerin yerine getirilmesi hususunda kendilerinin sahip olduğu kısımdan sorumludur.*" hükmüne yer verilmiştir.

330 İletim sisteminde arz ve talebin belirli eşikler içerisinde dengelenmesi görevi Botaş tarafından yürütülmektedir. Doğal gaz pazarının genel özelliklerinden olan, ithalat sözleşmelerindeki "al ya da öde" koşulu, depolama tesislerinin yetersizliği, nispeten tedarikçi sayısının az olması, hava koşullarının gaz nakil ve tüketim üzerindeki etkileri gibi hususlar ulusal doğalgaz arz talebinin dengelenmesinde titiz bir programlama ve uygulama gerektirmektedir. İletim sisteminde arz açığı tahmin edildiğinde veya fiilen arz açığı ortaya çıktığında sistemdeki dengeyi (basınç) sağlamak amacıyla bazı müşterilere gaz satışı durdurulmaktadır. Yukarıda yer verilen, Botaş'ın BOSB'ye yönelik 27.08.2004 tarihli yazısında da, Botaş'ın kesintili ve kesintisiz kategorideki müşteri portföylerini 340 müşterilerin isteğine göre veya fiyat avantajına göre değil, iletim sisteminde ortaya çıkacak dengesizlikleri en pratik şekilde giderecek şekilde oluşturmaya çalıştığı ifade edilmektedir. Aynı yazının devamında, tedarik kaynaklarının çeşitlenmesi nedeniyle doğalgaz sıkıntısı çekilmeyeceği, bu nedenle toptan gaz satışı yapılan OSB'lere kesintisiz kategoriden gaz sağlanmasının kararlaştırıldığı, bu uygulamanın BOSB'ne münhasır bir uygulama olmadığı belirtilmektedir.

350 Botaş ile BOSB arasında yapılan Sözleşme'de, BOSB içerisindeki elektrik santrallerine kesintili, diğer kullanıcılara kesintisiz kategoriden gaz tedariki yapılmasını öngörmektedir. Söz konusu Sözleşme 14.04.2002 tarihinde imzalanmış olup, 01.01.2001 tarihinden itibaren 2 yıl süreli olması ön görülmüştür. Sözleşme'nin 10. maddesinde ise Botaş'ın anlaşma süresinin bitiminden en geç 30 gün önce müşteriye Sözleşme'nin yenilenmesi ile ilgili önerilerini bildireceği, önerilen koşulların 30 gün geçerli olacağı, bu sürede tarafların anlaşamaması halinde Sözleşme'nin yenilenmeyeceği belirtilmektedir.

10-65/1372-510

360 Raportörlerin görüştüğü Bis Enerji vekili tarafından, ilgili Sözleşme'nin her yıl aynı şartlarla uzatıldığı, Botaş'ın, yenilemenin yapıldığı Ocak ayından önce Sözleşme hükümlerinin değiştirilmesi konusunda şartlar ileri sürebileceği, ancak, şikâyete konu olayda Botaş'ın 2004 yılının Temmuz ayında sözleşme şartlarını BOSB'ye bildirerek, Sözleşme'ye aykırı davranışta bulunduğu belirtilmiştir. Nitekim yukarıda yer verilen, BOSB'nin Botaş'a gönderdiği 01.07.2004 tarihli yazıda da Sözleşme bitiş tarihi olan 31.12.2004 tarihine kadar herhangi bir kategori değişikliği yapılmaması talep edilmiştir.

370 Netice itibarıyla, kesintili ve kesintisiz kategorideki müşteri portföyü oluşturmanın iletim sistemindeki arz ve talebin dengelenmesi bakımından önemli ve gerekli olduğu, EPDK'nın bu konuda bir düzenleme yapmayarak, bu hususu sistemin işleticisi Botaş'ın inisiyatifine bıraktığı, Botaş'ın sözleşmelerde yer alan hükümler uyarınca müşterileri arasında kategori değişikliğine gidebileceği sonucuna ulaşılmıştır. Bu çerçevede, Botaş'ın BOSB ve şikâyetçi Bis Enerji'nin kategorisini değiştirmesi rekabet ihlali olarak değerlendirilemez. Botaş'ın BOSB ile yaptığı Sözleşme'nin süresinin dolmasına ve yeni şartlar ileri sürmesi için koşullarının oluşmasına 6 ay kala kategori değişikliğine gitmesinin Sözleşme'nin ihlali olup olmadığı hususunun ise mahkemelerde görülmesi gereklidir.

Bu değerlendirmeler ışığında, şikâyet konusu uygulamanın 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinde yasaklanan faaliyetlerden olmadığı, Botaş'ın piyasadaki rekabeti kısıtlamak veya ortadan kaldırmak amacıyla hareket etmediği kanaatine varılmıştır.

J. SONUÇ

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre, dosya konusu iddialara yönelik olarak 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikâyetin reddine OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.