

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2017-1-49
Karar Sayısı : 17-35/538-229
Karar Tarihi : 26.10.2017

(Önaraştırma)

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Ömer TORLAK
Üyeler : Arslan NARİN, Adem BİRCAN, Şükran KODALAK, Mehmet AYAN

B. RAPORTÖRLER: Harun GÜNDÜZ, Hakan EREK, Dilan TOPRAK

C. BAŞVURUDA

BULUNAN : Ateş Çelik İnşaat Taahhüt Proje Mühendislik San. ve Tic. A.Ş.
Temsilcisi: Evren GÜLDOĞAN
8. Gazeteciler Sitesi 2. Söлтаş Evleri Hare Sok. No: 20 K:6
34255 Levent/İstanbul

D. HAKKINDA İNCELEME

YAPILAN : Bordo Elektrik Enerjisi Toptan Satış A.Ş.
Karaođlan Mah. Karaođlan Küme Evleri No:379
(Ankara-Konya Karayolu 23. Km.) Gölbaşı/Ankara

- (1) **E. DOSYA KONUSU:** Ateş Çelik İnşaat Taahhüt Proje Mühendislik Sanayi ve Ticaret A.Ş. ile Bordo Elektrik Enerjisi Toptan Satış A.Ş. arasında imzalanan Serbest Tüketici Enerji Alım Sözleşmesi'nin rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin maddeler içerdığı iddiası.
- (2) **F. İDDİALARIN ÖZETİ:** Başvuruda özetle; Bordo Elektrik Enerjisi Toptan Satış A.Ş. (BORDO) ile Ateş Çelik İnşaat Taahhüt Proje Mühendislik Sanayi ve Ticaret A.Ş. (ATEŞ ÇELİK) arasında imzalanan Serbest Tüketici Enerji Alım Sözleşmesi'nin (Sözleşme) ATEŞ ÇELİK'in diğer tedarik şirketlerinden elektrik alımı yapmasını engellemekte olduğu ve söz konusu Sözleşme'nin 4. ile 14. maddelerinin ise ATEŞ ÇELİK'in satın almış olduğu elektriğin yeniden satışını yapmasını sınırlamakta olduğu hususları iddia edilerek, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (4054 sayılı Kanun) kapsamında gereğinin yapılması talep edilmiştir.
- (3) **G. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 13.01.2016 tarih ve 280 sayı ile giren başvuru üzerine Rekabet Kurulunun (Kurul) 02.03.2016 tarih ve 16-07/140-M sayılı kararı ile 2012/2 sayılı Rekabet İhlallerine İlişkin Başvuru Usulüne Dair Tebliğ'in 5/4 maddesi uyarınca, yapılan başvuru hakkında 4054 sayılı Kanun çerçevesinde herhangi bir işlem yapılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.
- (4) Takiben ATEŞ ÇELİK'in açtığı dava üzerine, Ankara 15. İdare Mahkemesinin 26.04.2017 tarih ve 2016/1923 E., 2017/1132 K. sayılı kararı ile; Kurul tarafından, şikayetin 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığına saptanması halinde, aynı Kanun'un 42/2. maddesi uyarınca reddedilmesi mümkün bulunmakla beraber, şikayet edilen hususlarla ilgili olarak, eylemin Kanun'un 4. veya 6. maddesi anlamında bir ihlal olup olmadığına nitelendirilebilmesi için, anılan Kanun'un "*Kurulun İnceleme ve Araştırmalarında Usul*" başlıklı dördüncü kısmındaki, Kurul'un inceleme ve araştırmalarında uyulması zorunlu olan usullerin uygulanmasının ve önaraştırma kararının verilmesinin gerekli olduğu, davalı idarece soruşturma açılmasına gerek olup olmadığına tespiti için önaraştırma yapılmasına karar verilmesi gerekirken, belirtilen sürece uyulmaksızın doğrudan 4054 sayılı Kanun uyarınca herhangi bir işlem yapılmasına gerek olmadığına karar verilmesinde hukuka uyarlılık görülmediği belirtilerek ilgili Kurul kararı iptal edilmiştir.

17-35/538-229

- (5) Bunun üzerine ilgili Mahkeme kararının gereğinin yerine getirilmesi kapsamında düzenlenen 22.08.2017 tarih ve 2017-1-49/BN-1 sayılı Bilgi Notu, Kurulumuzun 07.09.2017 tarihli toplantısında görüşülmüş ve 17-28/469-M sayıyla önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir. Konuya ilişkin karar uyarınca düzenlenen 10.10.2017 tarih ve 2017-1-49/ÖA sayılı Önaraştırma Raporu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (6) **H. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda; başvuru konusu hakkında 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığı ifade edilmiştir.

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

I.1. İncelenen Taraf ve Başvuru Sahibine İlişkin Bilgiler

- (7) Dosyadaki bilgilere göre, hakkında önaraştırma yürütülen BORDO, Gürış Holding bünyesinde bulunmakta olup, tamamı yenilenebilir enerji kaynağı kullanan enerji santrallerinde üretilen elektrik enerjisinin toptan satışını gerçekleştirmektedir. BORDO enerji alımı, satımı ithalatı ve ihracatı faaliyetlerini gerçekleştirmektedir.
- (8) Başvuru sahibi ATEŞ ÇELİK ise, çelik konstrüksiyon imalatı pazarında ve bu alanda yer alan farklı alt ürün pazarlarında faaliyet göstermektedir. Çelik konstrüksiyon yapılar taşıyıcı sistemi çelikten imal edilen, dolayısıyla geniş ölçeklerde ve yüksek yapılar olarak imal edilme imkanı olan ve mukavemeti yüksek yapılardır. ATEŞ ÇELİK farklı alanlarda konstrüksiyon elemanlarının imalatı ile iştigal etmiş olmakla beraber mevcut durumda rüzgar enerji santrali kulesi imalatına odaklanmıştır.

I.2. İlgili Pazar

- (9) ATEŞ ÇELİK tarafından yapılan şikâyetin temelde elektrik perakende satışına yönelik olduğu ve ATEŞ ÇELİK'in sanayi grubunda yer alan bir müşteri olduğu düşünüldüğünde, ilgili ürün pazarının "sanayi müşterilerine yapılan elektrik perakende satışı pazarı" olarak tanımlanabileceği, yanı sıra ATEŞ ÇELİK'in BORDO tarafından elektriğin yeniden satışına ilişkin Sözleşme ile getirdiği kısıtlamaları da şikayet ettiği dikkate alındığında, "elektrik toptan satış pazarının" bir diğer ilgili ürün pazarı olabileceği değerlendirilmektedir.
- (10) ATEŞ ÇELİK'in İzmir'in Bergama ilçesinde faaliyet gösterdiği ve Kurulumuz içtihadının elektrik perakende satış piyasasına ilişkin "bölgesel" nitelikli coğrafi pazar tanımlamak yönünde olduğu dikkate alındığında, ilgili coğrafi pazar "İzmir ve Manisa (Gediz elektrik dağıtım bölgesi) illeri" olarak belirlenebilecektir.
- (11) Öte yandan, İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz 'un 20. paragrafı da dikkate alınmak suretiyle, dosya konusu iddialar bakımından hem ilgili ürün pazarı hem de ilgili coğrafi pazar açısından kesin bir pazar tanımı yapılmasına gerek görülmemiştir.

I.3. İlgili Mevzuat ve Sektöre İlişkin Bilgiler

- (12) Başvuru kapsamında ATEŞ ÇELİK tarafından temel olarak, ATEŞ ÇELİK'in rakip teşebbüslerden elektrik enerjisi tedarik etmesinin ve BORDO tarafından tedarik edilen elektrik enerjisinin yeniden satışının engellendiği, bu uygulamaya neden olan Sözleşme'nin 4. ve 14. maddelerinin 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nde (2002/2 sayılı Tebliği) tanımlanan rekabet etmeme yükümlülüğü niteliğinde olduğu, BORDO ile ATEŞ ÇELİK arasındaki Sözleşme'nin belirsiz süreli olması nedeniyle 2002/2 sayılı Tebliği'e aykırı olduğu, ayrıca Sözleşme'nin 4. ve 14. maddelerinin anılan Tebliği'nin 4. maddesine de aykırı olduğu iddia edilmektedir. Bu bağlamda öncelikle belirtilen hususlara ilişkin olarak elektrik piyasasına dair mevcut olan düzenlemeler incelenmiştir.

17-35/538-229

- (13) ATEŞ ÇELİK'in tedarik ettiği elektriği veya opsiyonu başka tüketicilere satması konusunda elektrik piyasası mevzuatında lehe veya aleyhe herhangi bir düzenleme bulunmadığı anlaşılmaktadır. Elektriğin yeniden satışında olduğu gibi kendi tedarikçisini seçme hakkına sahip olan tüketicilerle tedarikçiler arasında yapılacak ikili anlaşmaların süresine ilişkin olarak da yürürlükte olan elektrik mevzuatında herhangi bir hüküm yer almamaktadır¹. Tüketicilerin bir araya gelerek elektrik taleplerini birleştirmeleri ve bu şekilde ortak sayaç üzerinden elektrik tedarik etmelerine ilişkin olarak da elektrik piyasası mevzuatında herhangi bir hüküm bulunmamaktadır².
- (14) Yukarıda belirtilen hususların elektrik piyasasındaki karşılığını irdelemenin yanı sıra dile getirilen yeniden satış ve talep birleştirme gibi hususların elektrik piyasasının işleyişindeki rolüne aşağıda kısaca değinilmiştir.
- (15) Bilindiği üzere elektrik piyasasında devam etmekte olan serbestleşme süreci neticesinde eskiden kamu tekelinin kontrolünde dikey bütünleşik olarak verilmekte olan elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve tedariki gibi hizmetler, birbirlerinden ayrıştırılarak rekabete açılmış veya düzenlenen özel tekellere dönüştürülmüştür. Bu kapsamda piyasa katılımcılarının yönetmesi gereken değişkenler hem çeşitlenmiş hem de eskisine nazaran daha kritik hale gelmiştir. Çeşitlenen ve daha önemli hale gelen değişkenlerin yönetilmesi için de elektrik toptan satış piyasaları çok kritik hale gelmiştir.
- (16) Bu bağlamda elektrik toptan satış piyasalarında olabildiğince fazla sayıda katılımcı olması, toptan piyasada ortaya çıkan referans fiyatın daha sağlıklı olmasını ve piyasa katılımcılarının risklerini daha rahat yönetmesini sağlamaktadır. Tam da bu noktada demir-çelik, çimento, seramik ve kimyasallar gibi elektrik tüketiminin yoğun olduğu alanlarda faaliyet gösteren müşterilerin, tedarikçilerle yaptıkları anlaşmalar sonucunda elde ettikleri elektrik enerjisini ve/veya elektrik enerjisini elde etme opsiyonunu başka oyunculara satabilmesinin toptan satış piyasasına yeni oyuncuların eklenmesi anlamına geleceği, bu durumun toptan elektrik piyasasının derinliğinin artmasına katkı sağlayacağı, dolayısıyla da rekabetçi bir etki yaratacağı değerlendirilmektedir.
- (17) Öte yandan elektrik perakende satışı tarafında da serbestleşme sayesinde birçok tüketici kendi tedarikçisini seçme hakkını elde ederek, daha ucuz elektriğe erişme imkanına kavuşmuştur. Ancak elektrik perakende satış faaliyetinin tüketici ayağının homojen olmadığı düşünüldüğünde, büyük tüketime sahip olan müşterilerle, mesken ve küçük ticarethane gibi küçük tüketime sahip olan müşterilerin tedarikçilerle pazarlık yapma güçleri doğal olarak eşit olmamakta, bu anlamda küçük ölçekli müşterilerin serbestleşmeden daha az fayda sağlaması gündeme gelmektedir. Bu çerçevede küçük ölçekli müşterilerin taleplerini birleştirerek daha büyük bir ölçek elde etmelerinin ve bu şekilde daha uygun koşullarda elektrik tedarik etme imkanına erişmelerinin hem rasyonel hem de rekabetçi bir davranış olduğu söylenebilecektir. Talep birleştirme davranışı küçük müşteriler arasında gerçekleştiğinde, etkisini sadece perakende satış piyasasında gösterebilecekken, büyük müşteriler arasında yapılacak talep birleştirme ise hem perakende hem toptan satış piyasalarında etkili olacaktır.
- (18) Özetle, son kullanıcıların tedarik ettikleri elektriğin yeniden satışını yapabilmeleri ve taleplerini birleştirerek belli bir ölçeği yakalamalarının elektrik piyasasının rekabetçi gelişimi açısından önemli olduğu değerlendirilmektedir.

¹ Kamuoyu ve Kurumumuzla paylaşılan Tüketici Hizmetleri Yönetmeliği taslağında serbest tüketicilerle tedarikçiler arasında yapılan ikili anlaşmalara iki yıllık bir süre sınırı getirilmesi öngörülmektedir.

² Her ne kadar ATEŞ ÇELİK cevabi yazısında, Serbest Tüketici Yönetmeliği'nde talep birleştirmeye ilişkin hüküm olduğunu ifade etse de, söz konusu Yönetmeliğin mevcut durumda yürürlükte olmadığı anlaşılmaktadır (<http://www.epdk.org.tr/TR/Dokumanlar/Elektrik/Mevzuat/Yonetmelikler>).

I.4. Elde Edilen Bulgular

- (19) Önaraştırma kapsamında 12.09.2017 tarih ve 11405 ile 11403 sayılı yazılar ile BORDO ve ATEŞ ÇELİK'ten başvuruda dile getirilen hususlara ilişkin bilgi talep edilmiştir.

I.4.1. BORDO'dan Gelen Bilgi ve Belgeler

- (20) BORDO tarafından 21.09.2017 tarihinde Kurumuza gönderilen cevabi yazıda;
- 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nda (6446 sayılı Kanun) ve ilgili diğer mevzuatta sanayi müşterisi olarak tanımlanan bir tüketici tanımının bulunmamasında olduğu,
 - 6446 sayılı Kanun'un 3. maddesinde müşterilerin serbest tüketici olarak adlandırıldığı ve serbest tüketicinin Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu tarafından belirlenen elektrik enerjisi miktarından daha fazla tüketimi bulunan veya iletim sistemine doğrudan bağlı olan veya organize sanayi bölgesi tüzel kişiliğini haiz olduğu için tedarikçisini seçme hakkına sahip gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlandığı,
 - ATEŞ ÇELİK ile BORDO arasında 27.12.2014 tarihinde Sözleşme ve Ek Protokolün akdedildiği ve anılan Sözleşme'nin ATEŞ ÇELİK'in 08.01.2016 tarihli yazısı ile feshedildiği,
 - Serbest Tüketiciler ile imzalanan sözleşmelerin yenilenmesi, uzaması, feshedilmesi gibi süreçlerin BORDO ile serbest tüketici arasında akdedilen Sözleşme hükümleri uyarınca işletilmekte olduğu,
 - Bu kapsamda ATEŞ ÇELİK ile akdedilen Sözleşme ve Ek Protokol hükümleri uyarınca Sözleşme süresinin 12 ay olduğu ve bu sürenin bitiminden en az üç ay önce BORDO'ya Sözleşme'nin feshedilmesine ilişkin yazılı beyanın sunulması Sözleşme'nin feshedilebileceği,
 - Fesih iradesinin bildirilmemesi halinde ise Sözleşme'nin aynı süre (12 ay) için yenileneceğinin kararlaştırıldığı,
 - 6446 sayılı Kanun'un 10. maddesinin birinci fıkrasının "*Toptan ve perakende satış faaliyetleri, üretim şirketleri ile tedarik lisans, kapsamında kamu ve özel sektör tedarik şirketleri tarafından, bu Kanun ve bu Kanuna göre çıkarılan yönetmelikler uyarınca yürütülür*" şeklinde düzenlendiği,
 - Aynı Kanun'un 4. maddesinde ise "*Piyasada, bu Kanun hükümleri uyarınca lisans almak koşuluyla yürütülebilecek faaliyetler şunlardır a) Üretim faaliyeti, b) İletim faaliyeti, c) Dağıtım faaliyeti, ç) Toptan satış faaliyeti, d) Perakende satış faaliyeti, e) Piyasa işletim faaliyeti, f) İthalat faaliyeti, g) İhracat faaliyeti*" hükümlerinin yer aldığı,
 - Bu hükme uyarlı olarak 02.11.2013 tarih, 28809 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği'nin 6. maddesi hükmünde de elektrik piyasasında elektrik enerjisinin üretimi, iletimi, dağıtımı, toptan satışı, perakende satışı, ithalatı, ihracatı, piyasa işletimi faaliyetleri için uygun bir lisans alınmasının zorunlu olduğunun düzenlendiği,
 - Bu itibarla uygun lisansa sahip olmayan ve mevzuat tarafından aranan diğer şartlara haiz olmayan şirketlerin elektrik satışı yapabilmelerinin mümkün olmadığı, kaldı ki BORDO ile akdedilen 27.12.2014 tarihli Sözleşme'nin ATEŞ ÇELİK tarafından serbest tüketici vasfı ile imzalandığı

hususları ifade edilmiştir.

I.4.2. ATEŞ ÇELİK'ten Gelen Bilgi ve Belgeler

- (21) ATEŞ ÇELİK tarafından 21.09.2017 tarihinde Kurumuza gönderilen cevabi yazıda;
- ATEŞ ÇELİK'in yüksek miktarda elektrik tüketimi yapmakta olan bir şirket olduğu ve elektrik piyasası mevzuatı kapsamında serbest tüketici niteliğine haiz olduğu,
 - Bu çerçevede 01.01.2015 tarihinde BORDO ile Sözleşme imzaladığı,
 - Fakat devamında BORDO ile yaşanan bazı ihtilaflar sebebi ile tedarikçi değişimi yapmaya karar verdikleri,
 - Ancak BORDO tarafından Sözleşme'nin kendiliğinden uzamış bulunduğu iddia edilerek feshedilmediği,
 - Bunun üzerine söz konusu Sözleşme'nin incelendiği ve 2002/2 sayılı Tebliğ'e aykırı hükümler içerdiğinin anlaşıldığı,
 - Söz konusu Sözleşme'nin 4. maddesinin *"Tüketici, işbu Sözleşme kapsamındaki hak ve yükümlülüklerini Tedarikçinin yazılı izni olmadan doğrudan ya da dolaylı olarak hiçbir şekilde ve surette, üçüncü kişilere veremez devredemez ve satamaz. Tüketicinin, işbu madde ile düzenlenen yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde Tedarikçinin hiçbir ihtar ve ihbara gerek kalmaksızın Sözleşmeyi fesih etme hakkı doğacaktır."* şeklinde olduğu,
 - Oysa ATEŞ ÇELİK'in Sözleşme kapsamında hakkının elektrik tedarik etmek olduğu, bu hakkın üçüncü kişilere satılmasının yasaklanmasının ise yeniden satım konusunda getirilen bir sınırlama olduğu,
 - Elektrik piyasası mevzuatı kapsamında serbest olmayan tüketicilerin ikili anlaşmalar yoluyla elektrik tedarik edebilmesinin mümkün olmadığı ve ATEŞ ÇELİK'in elektrik tedarik hakkını ancak başka bir tüketiciye satabilmesinin gerektiği, ancak söz konusu maddede yer alan sınırlamalar nedeniyle serbest olup olmaması farketmeksizin tüm alıcılara hakkın yeniden satışının engellendiği,
 - Öte yandan, ATEŞ ÇELİK'in elektrik piyasası mevzuatına göre perakende elektrik satışı yapma lisansı bulunmadığı açık olmakla birlikte, perakende elektrik satın alma hakkının satışının yapılması yani bir opsiyon satışı yapılması hususunda mevzuat açısından bir engel bulunmadığı,
 - Sözleşme'nin 14. maddesinde ise *"Tüketici, bu Sözleşme çerçevesinde tedarik edilen elektrik enerjisini, işbu Sözleşme'nin 1. Maddesinde belirtilen Tüketim Tesislerinde ve adreslerde kullanmak zorunda olup, tedarik edilen enerjiyi başka tesisler ve/veya adresler için kullanamaz ve/veya üçüncü şahıslara satamaz."* hükmünün yer aldığı,
 - Sözleşme'nin 14. maddesinin de yukarıda belirtilen 4. maddeye benzer şekilde bir sınırlandırma ve rekabet etmeme yükümlülüğü içerdiği ve bu çerçevede 4. madde için yapılan açıklamaların 14. madde için de geçerli olduğu,
 - Sözleşme'nin 4. ve 14. maddelerinin hem Elektrik Piyasası Serbest Tüketici Yönetmeliği'ne hem de 2002/2 sayılı Tebliğ'in 4. maddesine aykırı olduğu ve bireysel muafiyet koşullarının karşılanmadığı,
 - Şöyle ki, Sözleşme'nin 41. maddesinde *"İşbu Sözleşme Tüketici tarafından Sözleşme'nin 42. Maddesindeki belirtilen bitiş tarihinden en az üç (3) ay önce Sözleşmeyi fesih etmek istediğini Tedarikçi'ye yazılı olarak bildirmesi suretiyle Sözleşme'nin bitiş tarihi itibarı ile fesih olunabilir."* ve de *"Bu bildirim yapılmaması halinde Sözleşme Madde 41'de belirtilen süre kadar daha aynı şartlarla yenilenmiş sayılır."* hükmünün yer aldığı,

17-35/538-229

- Bununla birlikte Sözleşme'nin 42. maddesinin ise tedarikçilerin olağanüstü fesih haklarını düzenlediğinden ve herhangi bir bitiş tarihi belirtmediğinden 41. maddenin ilk fıkrasında 42. maddeye sehven atıfta bulunulduğunun anlaşıldığı,
- Sözleşme'nin 40. maddesine göre Sözleşme Piyasa Mali Uzlaştırma Merkezi'ne (PMUM) yapılacak kayıt tarihi itibarıyla yürürlüğe gireceği ve 12 ay geçerli olacağını anlaşıldığı,
- Söz konusu açıklamalar çerçevesinde Sözleşme'nin süresinin 12 ay olduğu ancak ATEŞ ÇELİK tarafından fesih bildiri yapılmadığı sürece üçer aylık süreler boyunca uzayacağı,
- Bu durum dikkate alındığında Sözleşme'nin üçer aylık süreler boyunca uzayarak beş yıla sınırlı olan rekabet etmeme yükümlülüğü süresini aşabileceği ve bu nedenle 2002/2 sayılı Tebliğ ile getirilen grup muafiyetinden yararlanamayacağı,
- Sözleşme'nin 5. maddesinin ise *"Bu Sözleşmede yer alan kavram ve kısaltmaların yorumlanmasında, Sözleşmede aksi belirtilmedikçe, elektrik piyasası mevzuatında yer alan tanım ve açıklamalar esas alınacaktır."* şeklinde olduğu ve böylelikle elektrik piyasası mevzuatının Sözleşme ile atıf yoluyla birleştirildiği

hususları ifade edilmiştir. Öte yandan, ATEŞ ÇELİK tarafından 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiği iddia edilen bir diğer hususa aşağıda yer verilmekle birlikte atıf yapılan yönetmeliğin yürürlükten kalkması nedeniyle ayrıntılı bir değerlendirme yapılmamıştır.

- Elektrik Piyasası Serbest Tüketici Yönetmeliği'nin "Serbest tüketici kapsamı" başlıklı 5. maddesinin dördüncü ve altıncı fıkralarının,

"(4)Serbest tüketici kapsamında yer alan tüketicilerin tedarikçisini seçme hakkını kullanmaları halinde; ortak veya birden fazla tüketim noktasındaki tüketici sayaçlarının EPDK tarafından yayımlanan tebliğe uygun çok zaman dilimi ölçüm yapabilen elektronik sayaçlar olması zorunludur.

(6)Serbest tüketici niteliği ile birden fazla gerçek ve/veya tüzel kişinin aralarından yetkilendirdiği bir tüketici adına satın alınan tek bir ortak sayaç ile ölçülebilen elektrik enerjisi, kar amaçlı olarak tekrar satışı yapılmaksızın ilgili gerçek ve/veya tüzel kişilere ait tüketim noktalarına verilebilir."

şeklinde olduğu ve dolayısıyla söz konusu Yönetmeliğin serbest tüketicilere bir ortak sayaç vasıtası ile elektrik tedarik etmesine izin verildiği, ancak BORDO ile imzalanan Sözleşme'nin 14. maddesinde yer alan hüküm nedeni ile bu uygulamanın imkansız kılındığı ifade edilmiştir.

I.5. Değerlendirme

- (22) Yapılan şikayette esas itibarıyla, ATEŞ ÇELİK ile BORDO'nun elektrik tedarikine ilişkin akdettikleri Sözleşme'nin, 4054 sayılı Kanun'a aykırı hükümler içerdiği ileri sürülmektedir. Bu çerçevede şikayet konusuyla ilgili olarak, anılan Sözleşme hükümlerinin 4054 sayılı Kanun ile 2002/2 sayılı Tebliğ karşısındaki durumunun değerlendirilmesi gerekmektedir.
- (23) 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. Söz konusu hükmün teşebbüsler arasındaki hem yatay hem de dikey anlaşmalara yönelik olduğu dikkate alınarak, BORDO'nun tedarik ettiği elektriğin yeniden satışının engellediği ve talep birleştirmeyi yasakladığı iddiası 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında incelenmiştir.

17-35/538-229

- (24) Şikayet konusunu Sözleşme'deki "yeniden satış yasağı" oluşturmaktadır. 2002/2 sayılı Tebliğ'in 2. maddesinde yer alan, "üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren iki ya da daha fazla teşebbüs arasında belirli mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımı amacıyla yapılan anlaşmalar olarak tanımlanan" ifadesinden hareketle şikayete konu olan Sözleşme'nin;
- İki teşebbüs arasında yapılması,
 - Taraflarından her birinin anlaşmanın amaçları bakımından üretim ya da dağıtım zincirinin farklı bir seviyesinde faaliyet gösteriyor olması,
 - Taraflarının (sağlayıcı ve alıcı) hangi koşullar altında mal ve hizmetlerin alımını, satımını ve yeniden satımını yapacaklarını düzenlemesi
- sebebiyle 2002/2 sayılı Tebliğ'in "Kapsam" başlıklı 2. maddesi bağlamında "dikey anlaşma" niteliğini haiz olduğu anlaşılmaktadır.
- (25) Yine 2002/2 sayılı Tebliğ'in 2. maddesinin ikinci fıkrasında; Tebliğ ile sağlanan muafiyetin, sağlayıcının dikey anlaşma konusu mal veya hizmetleri sağladığı ilgili pazardaki pazar payının %40'ı aşmaması durumunda uygulanacağı ifade edilmektedir. Bu kapsamda Sözleşme'nin tarafı olan BORDO'nun 2007/2 sayılı Tebliğ ile getirilen %40'lık pazar payı eşiğini aşıp aşmadığının incelenmesi gerekmektedir.
- (26) Nihai bir ilgili coğrafi pazar tanımı yapılmamakla birlikte, şikayetçinin İzmir ili sınırlarında olması nedeniyle İzmir ve Manisa illerinden oluşan Gediz elektrik dağıtım bölgesinin coğrafi pazar olarak ele alınması mümkündür. Ancak tüm ihtimalleri değerlendirmek adına BORDO'nun hem anılan bölgedeki hem de tüm Türkiye'deki pazar payı dikkate alınmıştır. Yine tüm ihtimalleri değerlendirmek adına hem tüketim hem de sayaç sayısı bazında pazar payları hesaplanmıştır:

Tablo: BORDO'nun Pazar Payı Değerlendirmesi (Eylül 2016)

	BORDO	TOPLAM	Pazar Payı (%)
Gediz Bölgesi Tüm Gruplar (Tüketim)	(.....)	(.....)	(.....)
Gediz Bölgesi Sanayi Grubu (Tüketim)	(.....)	(.....)	(.....)
Türkiye Tüm Gruplar (Tüketim)	(.....)	(.....)	(.....)
Türkiye Sanayi Grubu (Tüketim)	(.....)	(.....)	(.....)
Gediz Bölgesi Tüm Gruplar (Sayaç)	(.....)	(.....)	(.....)
Gediz Bölgesi Sanayi Grubu (Sayaç)	(.....)	(.....)	(.....)
Türkiye Tüm Gruplar (Sayaç)	(.....)	(.....)	(.....)
Türkiye Sanayi Grubu (Sayaç)	(.....)	(.....)	(.....)

- (27) Tablodan görüleceği üzere BORDO, hiçbir pazar tanımı altında 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında öngörülen %40'lık pazar payı eşiğini aşmamaktadır. Bu bağlamda Sözleşme pazar payı bakımından grup muafiyeti kapsamında yer almaktadır.
- (28) Bununla birlikte şikayet konusu Sözleşme'nin 4. maddesi, "Tüketici, işbu Sözleşme kapsamındaki hak ve yükümlülüklerini Tedarikçi'nin yazılı izni olmadan doğrudan ya da dolaylı olarak hiçbir şekil ve surette, üçüncü kişilere veremez, devredemez ve satamaz. Tüketicinin, işbu madde ile düzenlenen yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde Tedarikçi'nin, hiçbir ihtar ve ihbara gerek kalmaksızın Sözleşmeyi fesih etme hakkı doğacaktır." şeklindedir.
- (29) Yine aynı Sözleşme'nin 14. maddesi, "Tüketici, bu Sözleşme çerçevesinde tedarik edilen elektrik enerjisini, iş bu Sözleşme'nin 1. maddesinde belirtilen Tüketim Tesislerinde ve adreslerde kullanmak zorunda olup, tedarik edilen enerjiyi başka tesisler ve/veya adresler için kullanamaz ve/veya üçüncü şahıslara satamaz." şeklindedir.

17-35/538-229

- (30) Bu bağlamda şikâyet konusu Sözleşme'nin 2002/2 sayılı Tebliğ'in 3. maddesine yer alan, "*Alıcının anlaşma konusu mal veya hizmetlerle rekabet eden mal veya hizmetleri üretmesini, satın almasını, satmasını ya da yeniden satmasını engelleyen doğrudan veya dolaylı her türlü yükümlülük*" olarak tanımlanmış olan rekabet etmeme yükümlülüğü içerdigi görülmektedir.
- (31) Rekabet etmeme yükümlülüğü içeren bir dikey anlaşmanın, %40'lık pazar payı eşliğinin altında kalsa dahi, grup muafiyetinden yararlanabilmesi için söz konusu rekabet etmeme yükümlülüğünün en fazla beş yıllığına öngörülmüş olması gerekmektedir. Şikayet konusu Sözleşme'nin 40. maddesi, "*İşbu Sözleşme (...) kayıt tarihi itibarı ile yürürlüğe girecek ve 12 Ay geçerli olacaktır.*" şeklindedir.
- (32) Yine aynı Sözleşme'nin 41. maddesi, "*İşbu Sözleşme Tüketici tarafından Sözleşmenin 42. maddesindeki belirtilen bitiş tarihinden en az üç (3) ay önce Sözleşmeyi fesih etmek istediğini Tedarikçi' ye yazılı olarak bildirmesi suretiyle Sözleşmenin bitiş tarihi itibarı ile fesih olunabilir.*" ve de "*Bu bildirin yapılması halinde Sözleşme Madde 40'da belirtilen süre kadar aynı şartlarda yenilenmiş sayılır...*" şeklindedir.
- (33) 2002/2 sayılı Tebliğ'in "Rekabet Etmeme Yükümlülüğü" başlığını taşıyan 5. maddesinde, alıcıya belirsiz süreli veya süresi beş yılı aşan rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmesi durumunda söz konusu Tebliğ ile tanınan muafiyetten yararlanılamayacağı, rekabet etmeme yükümlülüğünün beş yıllık süreyi aşacak şekilde zımnen yenilenebileceğinin kararlaştırılması halinde ise rekabet etmeme yükümlülüğünün belirsiz süreli sayılacağı düzenlenmektedir. Şikayet konusu anlaşmanın 40. maddesi hükmünden anlaşılacağı üzere, şikayet konusu dikey Sözleşme'nin süresinin bir yıl olduğu ve bu sürenin sonunda zımnen yenileceğine ilişkin hüküm ihtiva ettiği görülmektedir.
- (34) Kurulumuzun, süresi beş yılı aşan rekabet yasağı hükümleri içeren veya rekabet yasağının süresini belirsiz kılan hükümleri barındıran anlaşmaları değerlendirdiği çeşitli kararları³ bulunmaktadır. Bu kararlarla benimsenen ve Kurulumuz tarafından daha birçok kararda yeknesak bir biçimde uygulanan "azami hadde indirme" ilkesine göre, 2002/2 sayılı Tebliğ'de öngörülen limitlerin üzerinde bir süre için alıcıya rekabet etmeme yükümlülüğünün getirilmesine rağmen henüz anılan Tebliğ'de öngörülen limit doldurulmamış ise Kurulumuz, rekabet etmeme yükümlülüğünün süresini Tebliğ'de öngörülen azami hadde indirilmiş olarak değerlendirebilmektedir. Böyle bir durumda alıcı, kalan süre kadar, başka bir ifadeyle Tebliğ'deki üst sınır dolana kadar, rekabet etmeme yükümlülüğü altında kalmaktadır⁴.
- (35) Bu çerçevede, şikayet konusu Sözleşme'nin 27.12.2014'de imzalandığı ve ATEŞ ÇELİK'in 01.01.2015 itibarıyla BORDO'dan elektrik tedarik etmeye başladığı, ATEŞ ÇELİK'in 08.01.2016 tarihli yazısı ile Sözleşme'nin 2016 yılının nisan ayında son bulduğu ve Sözleşme'nin toplam süresinin 15 ay sürdüğü ve bu bağlamda Sözleşme'nin 2002/2 sayılı Tebliğ'de belirtilen beş yıllık süresini doldurmadan sona erdiği görülmektedir. Kaldı ki, Sözleşme halen yürürlükte olsaydı dahi rekabet etmeme yükümlülüğünün uygulanma süresinin 2002/2 sayılı Tebliğ'de öngörülen üst limiti aşmadığı anlaşılmaktadır. Öte yandan inceleme konusu Sözleşme hükümlerinin 2002/2 sayılı Tebliğ'in 4. maddesindeki yasaklamaları içermediği görülmüştür. Dolayısıyla söz konusu Sözleşme'nin, yürürlükte olduğu sürede 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden yararlandığı kanaatine varılmıştır.

³ Kurulumuzun 25.03.2004 tarihli, 04-22/231-48 sayılı; 08.07.2004 tarihli, 04-46/587-142 sayılı ve 20.07.2006 tarihli, 06-53/709-201 sayılı kararları.

⁴ Nitekim bu husus, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz'un 37. paragrafında da belirtilmektedir.

J. SONUÇ

- (36) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre, 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca şikâyetin reddi ile soruşturma açılmamasına, gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 60 gün içinde Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açık olmak üzere, OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.