

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2011-1-96 (Önaraştırma)
Karar Sayısı : **11-46/1133-398**
Karar Tarihi : 25.08.2011

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Üyeler : Doç. Dr. Mustafa ATEŞ, Dr. Murat ÇETİNKAYA
Reşit GÜRPINAR, Prof. Dr. Metin TOPRAK

10 **B. RAPORTÖRLER** : Mert KARAMUSTAFAOĞLU, Seda Nurtaç BAYRAMOĞLU,
Emine TOKGÖZ

C. BAŞVURAN : Tüsan Yapı Sanayi A.Ş.
Temsilcisi: Av. Haydar ŞENDUR
Palmiye Mah. Adnan Menderes Blv. Canatan Apt. K:24/2
Mersin

D. HAKKINDA İNCELEME

YAPILAN : Güney Doğal Gaz Sanayi ve Ticaret A.Ş.
Kurtuluş Mah. Ziyapaşa Bul. 9. Sok. Büşra Apt. Kat:1 D:1
Seyhan/Adana

20 **E. DOSYA KONUSU: Güney Doğal Gaz San. ve Tic. A.Ş. (GDG)'nin hakim durumunu kötüye kullanarak LNG teslim fiyatını aşırı artırdığı ve doğal gaz sektöründe faaliyet gösteren diğer teşebbüslerin aralarında bulunan centilmenlik anlaşması sebebiyle fiyat teklifi vermedikleri iddiaları.**

F. İDDİALARIN ÖZETİ: Başvuruda;

- Alıcı Tüsan Yapı Sanayi A.Ş. (Tüsan) ile GDG arasında doğal gaz satış sözleşmesi bulunmasına rağmen, 07.05.2011 tarihinde "LNG satış fiyatında anlaşma sağlamadığı" gerekçesiyle GDG tarafından mal arzının durdurulduğu,

- GDG'nin LNG (Sıvılaştırılmış Doğalgaz) dağıtım pazarında tekel konumunda olup, satış fiyatlarını istediği gibi belirlediği,

30 - Alıcı tarafın "fahiş fiyatlı" LNG satışlarını ihtirazi şerhli olarak kabul ettiğinde GDG'nin gaz sevkiyatı yapmayarak alıcı firmayı zor duruma düşürdüğü,

- Alıcı firma diğer teşebbüslerden fiyat teklifi istediğinde ise, bu teşebbüslerin birçoğunun aralarında centilmenlik anlaşması olduğundan cevap vermediği; cevap veren iki firma olan İpragaz A.Ş. (İpragaz) ve Aytemiz Gaz A.Ş. (Aytemiz Gaz)'nin ise yüksek fiyat istedikleri,

- GDG ile yapılmış olan hâlihazırdaki sözleşme sebebiyle, Tüsan'ın başka bir teşebbüsten LNG alamadığı

ifade edilmiştir.

G. DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 17.05.2011 tarih ve 3855 sayı ile giren başvuru üzerine hazırlanan 30.6.2011 ve 2011-1-96/İİ-11-340-MK sayılı İlk İnceleme Raporu, 06.07.2011 tarih ve 11-41 sayılı Kurul toplantısında görüşülmüş ve soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının belirlenmesi amacıyla, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 40/1. maddesi uyarınca önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir.

40

11-46/1133-398

Tüsan 03.08.2011 tarih ve 5631 sayı ile Kurum kayıtlarına giren yazıda şikâyetini geri aldığını beyan etmiştir. Söz konusu yazıda yer alan ifadeler ve yapılan diğer tespitler dikkate alınarak, 24 teşebbüsün faaliyet gösterdiği pazarda inceleme Tüsan'la sınırlı tutulmuştur.

Öte yandan, önaraştırma kapsamında 10.08.2011 tarih ve 4885 sayılı yazı ile Tüsan'a bilgi isteme yazısı gönderilmiştir. Tüsan tarafından bilgi isteme yazısına cevaben gönderilen ek bilgi yazısı 19.08.2011 tarih ve 6062 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir. Tüsan tarafından gönderilen ciro bilgilerine ilişkin ek belgeler ise Kurum kayıtlarına 22.08.2011 tarih ve 6116 sayı ile girmiştir.

Önaraştırma yapılmasına ilişkin karar uyarınca düzenlenen 19.08.2011 tarih ve 2011-1-96/ÖA-11-340.MK sayılı Önaraştırma Raporu 24.08.2011 tarih ve REK.0.15.00.00-110/257 sayılı Başkanlık Önergesi ile 11-46 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

H. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ: İlgili Rapor'da;

- GDG ve/veya LNG satış pazarında faaliyet gösteren önaraştırmaya konu teşebbüslerin 4054 sayılı Kanun'un 4. ve/veya 6. maddesini ihlal ettiğine ilişkin herhangi bir bulguya ulaşılamadığından Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı;

- Bununla beraber Tüsan'ın istenilen bilgi ve belgeleri Kurum'a geç göndermesi sebebiyle Kanun'un 16. maddesinin (c) bendi uyarınca anılan teşebbüse 2010 mali yılında elde ettiği gayri safi gelirinin binde 1'i oranına tekabül etmek üzere 20.292,431 TL idari para cezası verilmesi gerektiği

görüşüne yer verilmiştir.

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

I.1. İlgili Pazar

I.1.1. İlgili Ürün Pazarı

LNG (sıvılaştırılmış doğal gaz), homojen bir üründür ve özellikle gerekli altyapının kurulu olmaması nedeniyle boru hatları ile doğalgaz sevkiyatı yapılamayan bölgelerde kullanılmaktadır. Boru hattından tedarik edilen doğalgaz ile LNG'nin birbiriyle ikame olup olmadığı, dolayısıyla aynı pazarda bulunup bulunmadığı hususu ilgili pazarın kesin olarak belirlenmesi açısından değerlendirilmesi gereken bir unsur olsa da, boru hattından doğalgaz temini için gerekli tesislerin zaman zaman yüksek yatırım gerektirmesi ve şikâyetçinin boru hattına bağlantısının bulunmaması gibi nedenlerle, başvuru konusu dosya bakımından ilgili ürün pazarı "LNG satışı pazarı" olarak belirlenmiştir.

I.1.2. İlgili Coğrafi Pazar

LNG, tesislerde yeniden gaza dönüştürüldükten sonra uzun süre tanklarla sevk edilebildiğinden ve boru hattı ile sağlanan doğalgazdan farklı olarak, tarifelere göre teslim bedeli bölgeler özelinde değişmeyip, ilgili teşebbüslerce genel bir formüle dayanarak kararlaştırıldığından, ilgili coğrafi pazar "Türkiye" olarak tespit edilmiştir.

I.2. Tespitler ve Değerlendirme

I.2.1. Tespitler

I.2.1.1. İlk inceleme döneminde, başvuru sahibi raportörler ile yaptığı telefon görüşmelerinde özetle;

11-46/1133-398

- Tüsan'ın GDG ile yaşadığı ihtilaf neticesinde sektördeki diğer teşebbüslerden LNG tedariki amacıyla LNG fiyat teklifi istediği, ancak İpragaz, Aytemiz Gaz A.Ş. ve Enerjigaz Gaz Dağıtım ve Petrol Ürünleri Nakliyat Pazarlama San. ve Tic. Ltd. Şti. (Enerji Gaz) dışında dosya mevcudunda belirtilmiş olan diğer şirketlerin Tüsan'ın sözleşme süresinin bitmemiş olması ve söz konusu şirketlerle GDG arasındaki centilmenlik anlaşması sebebiyle teklif vermelerinin uygun olmayacağı cevabını almış olduğu,
- 90 - Tüsan ile çalışmak isteyen İpragaz, Enerji Gaz, Aytemiz Gaz'ın fiyat teklifleri yüksek olduğu için GDG'den enerji tedariki yapıldığı, ancak GDG'nin nakliye bedeli gibi maliyetleri bahane ederek, teslim bedelini tespit ederken, Egegaz A.Ş. (Egegaz)'nin belirlediği LNG fiyatını esas aldığı, oysa Boru Hatları ile Petrol Taşıma A.Ş. (BOTAŞ) tarafından belirlenen ve daha düşük olan fiyatın dikkate alınması gerektiği,
 - Tüsan ile GDG arasındaki Doğal Gaz Satış ve Ekipman Kira Sözleşmesi'nin yapıldığı dönemde Egegaz ve BOTAŞ fiyatları arasında herhangi bir fark bulunmadığı ve bu nedenle kendilerinde bu iki fiyattan düşük olan fiyatın uygulanacağı yönünde bir düşünce oluştuğu,
 - Gazın tedarik edilmediği dönemde, çok yüksek maddi zararların oluşması sebebiyle yüksek bulunan Egegaz LNG fiyatı üzerinden anlaşmak zorunda kaldıkları,
- 100 - BOTAŞ'tan gaz alımı konusunda önceden yapılmış olan görüşmeler neticesinde istenen 2.000.000 ABD Doları ederinde bağlantı bedelinin ise ekonomik olarak anlamlı olmadığı,
 - Sonuç olarak, gaz tedarik edebilecekleri başka bir kaynak bulunmadığı beyan edilmiştir.
- 1.2.1.2. İlk inceleme döneminde şikâyetçiden elde edilen Doğal Gaz Satış ve Ekipman Kira Sözleşmesi ile GDG tarafından şikâyet sahibine çekilmiş olan Cevabi İhtarname'ye göre GDG'nin, LNG teslim fiyatındaki artış ve LNG tedarikini durdurma sebepleri;**
 - Başvuru sahibinin bir ay içerisinde almış olduğu LNG'ye karşılık düzenlenen faturaların toplam bedellerini üç defadan fazla geciktirmiş olması,
 - Başvuru sahibinin aylık alım taahhüdü olan 200.000 sm³'ün altında sarfiyat yapması,
- 110 - Sözleşme'de, GDG'nin müşterinin LNG teslim fiyatını her ayın ilk iş günü BOTAŞ ve Egegaz tarafından belirlenecek olan LNG fiyat artış ve azalışları oranında değiştireceğinin belirtilmiş bulunmasıdır.

1.3. Değerlendirme

- Başvuru iki temel iddiayı içermektedir. Bunlardan birincisi, GDG ile LNG toptan satış pazarında faaliyet gösteren diğer teşebbüsler arasında bir centilmenlik anlaşması bulunduğu ve bu anlaşma sebebiyle GDG dışında pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin fiyat teklifi vermekten kaçındığı veya verilen tekliflerin caydırma amaçlı olarak yüksek belirlendiği iddiasıdır.
- İkinci iddia ise GDG'nin LNG teslim fiyatını BOTAŞ fiyatına göre daha yüksek olan Egegaz fiyatını temel alarak belirlemek suretiyle aşırı fiyat uyguladığı yönündedir. Söz konusu iddialara ilişkin olarak 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddeleri kapsamında değerlendirme yapılmıştır.

120

1.3.1. Kanun'un 4. Maddesi Açısından Değerlendirme

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

11-46/1133-398

doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar” yasaklanmaktadır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise yasaklanan hallere ilişkin örnekler sayılmıştır. Söz konusu fıkranın (b) bendinde “mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü” yasaklanan hallerden sayılmıştır.

130 Pazar paylaşımı, fiyat tespiti ve arz-talep koşullarının piyasa dışında belirlenmesi Türk rekabet hukukuna mehz teşkil eden Avrupa Birliği uygulamalarında mutlak ihlal kabul edilmektedir. Anlaşma kavramı tüm dünya örneklerinde geniş bir çerçevede yorumlanmakta, yazılı bir metin aranmamakta ve teşebbüsler arasındaki karşılıklı anlayış bile ek faktörlerin (sinyalleşme, teşebbüsün kendi menfaatine aykırı hareketi, danışıklık için yeterli fırsat) varlığında teşebbüsler arasında anlaşma olduğu sonucuna götürmektedir. Özellikle ürünün homojen oluşu, az sayıda oyuncunun bulunduğu yoğunlaşmış piyasalarda bir anlaşmaya varmak, anlaşmayı uygulamak ve böylece piyasadaki rekabeti kısıtlamak daha kolay olmaktadır.

140 Dosya konusu şikâyet LNG toptan satış pazarına ilişkin olup, dosya mevcudu bilgilerden pazarda aktif olarak yaklaşık on oyuncunun bulunduğu anlaşılmaktadır. Ancak on iki firmanın daha LNG lisansı bulunmaktadır. Her ne kadar LNG tesislerinin yapımı bazı sabit maliyetler gerektirse de, LNG, teşebbüslere arz esnekliği sağlamakta; boru hatları inşasına göre daha pratik bir yatırım olmakta ve sürekli gelişen teknoloji ile büyüyen bir sektör trendi çizmektedir. Bu sebeplerle, yerleşik firmaların pazar gücü mutlak olmayıp geriye kalan on iki teşebbüsün de LNG pazarına girebileceği tehdidi her an mevcuttur. Bu çerçevede, ellerinde lisans bulunduğu için hemen pazara girebilecek durumda olan bu on iki LNG lisansı sahibi teşebbüsün yarattığı potansiyel rekabetin pazardaki teşebbüsler üzerinde ciddi bir rekabetçi baskı yarattığı söylenebilir. Dolayısıyla LNG piyasasındaki teşebbüslerin pazardaki rekabeti kısıtlayıcı bir centilmenlik anlaşması yapması durumunda, anılan potansiyel rakipler pazara

150 girerek anlaşmanın uygulanmasını çok güçleştirecek hatta imkânsız kılacaktır.

İlk inceleme raporuna esas teşkil eden şikâyet dilekçesinde, Tüsan yirmiden fazla teşebbüsten fiyat teklifi istediğini; ancak bunlardan İpragaz ve Aytemiz Gaz dışındaki teşebbüslerin “centilmenlik anlaşması” nedeniyle kendilerine teklif vermediğini ifade etmiştir. Buna karşın Öneraştırma kapsamında Tüsan ile yapılan görüşme tutanağından ve Tüsan’ın ek bilgi yazısından anlaşıldığı üzere Tüsan, teklif vermeyerek centilmenlik anlaşması içerisinde olduğunu iddia ettiği teşebbüslerin bazılarının yazılı olarak değil, ancak sözlü olarak geri dönüş yaptığını, bazılarının da LNG faaliyeti olmadığı için geri dönüş yapmadığını belirtmiştir.

160 Düzenlenen görüşme tutanağından da açıkça anlaşılmaktadır ki Tüsan LNG temini için internetten yaptığı araştırma neticesinde yaklaşık otuz teşebbüsten teklif istemiş, bunların bir kısmı yazılı, bir kısmı telefonla sözlü olarak geri dönüş yapmış ve bir kısmı da LNG faaliyetleri olmadığından fiyat teklifi vermemiştir. Oysa Tüsan’ın şikâyet dilekçesinde fiyat teklifi istenen teşebbüsler tek tek isim olarak sayılmış ve telefonla geri dönen ya da faaliyeti olmadığı için fiyat teklifi vermeyen teşebbüslerden bahsedilmemiştir. İlk inceleme aşamasında raportörlerin Tüsan’la yaptığı görüşmelerde centilmenlik anlaşmasına ilişkin iddialar tekrarlanmıştır. İlk incelemeyi takiben yürütülen Öneraştırma aşamasında, Tüsan’ın şikâyetini geri çektiği dilekçesinde, bu defa, birçok teşebbüsün adının geçtiği centilmenlik anlaşması iddiasının yalnızca “duyum” olduğu, aynı zamanda da GDG dışında 6 teşebbüsün daha fiyat teklifi verdiği düzeltilmesi yapılmıştır.¹

¹ Aytemiz Gaz A.Ş., Petrol Ofisi Alternatif Yakıtlar Toptan Satış A.Ş., Milangaz LNG Toptan Satış Ticaret ve A.Ş., İpragaz A.Ş., Enerji Grup Sıvı Doğalgaz LNG Akaryakıt Petrol Ürünleri Toptan Satış A.Ş. ve Aygaz Doğalgaz Toptan Satış A.Ş.

11-46/1133-398

170 Tüsan tarafından Öneraştırma kapsamında gönderilen ek bilgi yazısında ise centilmenlik anlaşmasına ilişkin olarak ellerinde “duyumlar” haricinde başkaca bir bilgi ve belge bulunmadığı tekrarlanmıştır. Tüsan’ın anılan bilgi yazısında şirketin çalışanının “sehven olayları yanlış yorumlama sebebiyle” fiyat teklifi gelmeyince “böyle olabileceği düşünülerek” centilmenlik anlaşması iddiasını dile getirdiği açıkça ifade edilmiştir.

Tüsan İhaleli İşler ve Satınalma Müdürü’nün tutanağa geçen aşağıdaki beyanları da pazar paylaşımına yönelik bir anlaşmanın varlığına yönelik iddiaları çürütür niteliktedir:

180 *“2011 yılının Nisan ayında Botaş fiyatı ile Egegaz fiyatı arasında bir farklılık ortaya çıktı. Botaş fiyatı bu tarihten itibaren daha ucuz kaldı. Biz de Botaş fiyatından alım yapmak istedik. Dolayısıyla hem gaz bedeli hem de nakliye konusunda anlaşmazlığımız ortaya çıktı. Bu anlaşmazlık 10 gün kadar sürdü. Biz, bu süre zarfında internetten yaptığımız araştırma neticesinde otuz kadar şirkete teklif almak için başvurduk. Bunların bir kısmı yazılı olarak döndüler, bir kısmı telefonla sözlü olarak fiyat verdiler ve bir kısmı da LNG faaliyeti olmadığından teklif veremeyeceklerini ifade ettiler. Aldığımız teklifleri gördükten sonra en ucuz teklifin GDG’ye ait olduğunu anladık ve onlarla çalışmaya devam ettik...”*

190 Söz konusu ifadeler ve Tüsan’ın İlk İnceleme ve Öneraştırma kapsamındaki tüm açıklamalarının bir bütün olarak değerlendirilmesi neticesinde, centilmenlik anlaşmasına ilişkin iddiaların pazardaki fiili durumu yansıtmadığı, sadece teklif istenen birkaç teşebbüsün fiyat vermemesinden kaynaklanan bir yanlış anlaşılardan kaynaklandığı neticesine varılmıştır. Tüsan’ın inceleme konusu dosyanın çeşitli aşamalarındaki çelişkili ifadeleri, pazarın yapısına, rekabet koşullarına ilişkin yukarıda verilen bilgiler ve son olarak Öneraştırma kapsamında yapılan inceleme ve tetkiklerde centilmenlik anlaşması veya pazar paylaşımı iddiasını destekleyecek herhangi bir olgunun tespit edilemediği de dikkate alındığında, anılan iddianın temelsiz kaldığı anlaşılmaktadır.

Son olarak incelenmesi gereken, GDG’de öneraştırma kapsamında yapılan yerinde incelemede ve görüşmede elde edilen bilgi ve bulgulardır. Öneraştırma kapsamındaki iddialar hakkındaki GDG Genel Müdürü’nün Görüşme Tutanağı’ndaki açıklamalarının ilgili bölümleri aşağıdaki gibidir:

“(...) Egegaz uzun vadeli bir alım anlaşması yapmadığı için bir süredir yaklaşık %... daha pahalı fiyat uygulamaktadır. (...)

200 *Botaş ile Egegaz fiyatları arasında bu tarz bir farklılık olduğundan biz mümkün olduğunca müşterilerimiz için daha ucuz olduğundan Botaş’tan alım yapmaktayız. Tüsan ile aramızdaki anlaşmazlıkta da öncelikle biz Egegaz ve Botaş arasındaki fiyat farklılığını belirterek daha ucuz olan Botaş fiyatını uygulamak istedik. Ancak nakliye bedeli konusunda Tüsan, Egegaz terminaline göre nakliye bedeli alınmasını istedi. Biz LNG’yi Botaş’tan aldığımız için Botaş tesisine göre nakliye uygulamak istedik. Bunu şikâyetçi önce kabul etmedi, ancak bir süre sonra bunu kabul ettiğini bildirerek bizimle çalışmaya devam etti. Şikâyetçi, zaten bir süre önce tesisindeki ikinci ünitesini kurarak bunun için gerekli LNG’yi bizden almaya başladı.*

210 *Şikâyetçinin bir diğer iddiası olan LNG firmaları arasındaki centilmenlik anlaşması ile ilgili olarak verilebilecek bir örnek, yaklaşık 6-7 önce bir maden şirketi olan bir müşterimizin bizimle sözleşmesi olduğu halde daha ucuz bulunduğu için başka bir firma ile çalışmaya başlamasıdır. Bu örnek de açıkça göstermektedir ki; firmalar zaman zaman birbirlerinin müşterilerine daha ucuza LNG teklif edebilmekte ve buna göre alıcılar da sağlayıcılarını değiştirmektedir.”*

GDG’de yapılan yerinde incelemede elde edilen belgeler yukarıdaki durumu doğrulamaktadır. GDG ile LNG temini için sözleşme imzalamış olan ..., GDG’nin verdiği bilgilere göre sonradan

daha ucuz bir teklif veren ...'tan LNG tedarik etmeye başlamıştır. Dolayısıyla bu husus da ilgili pazardaki sağlayıcıların birbirlerinin müşterilerine fiyat teklifi verdiklerini göstermektedir.

220 Tüsan'ın şikâyetini geri çekmesi, centilmenlik anlaşmasına ilişkin iddiaların sehven, bir yanlış anlaşılma sonucu dile getirildiğini ifade etmesi ve GDG'de yapılan yerinde incelemede elde edilen bilgi ve bulgular çerçevesinde, LNG pazarında teşebbüsler arasında rekabeti kısıtlayıcı bir paylaşım veya centilmenlik anlaşmasına yönelik somut bilgi ve belgeye rastlanmamıştır.

I.3.2. Kanun'un 6. Maddesi Açısından Değerlendirme

230 Dosya konusu şikâyet, tedarikçi GDG ile alıcı Tüsan arasında yapılan LNG tedariki sözleşmesinin fiyat oluşumuna ilişkin hükümlerin uygulanması sırasında ortaya çıkmıştır. Taraflar arasındaki sözleşmenin 4.1. maddesinde uygulanacak fiyatın Egegaz ve BOTAŞ fiyatları baz alınarak belirleneceği yazılıdır. Dolayısıyla uygulanacak fiyatın belirlenmesinde Egegaz ve BOTAŞ fiyatlarının ilgili sözleşme maddesi hükümlerine göre beraberce değerlendirileceği anlaşılmaktadır. Ancak her halükarda taraflar arasında LNG fiyatının hesaplanmasından kaynaklanan bir uyuşmazlık çıkması durumunda, hâkim durumun kötüye kullanılması hali haricinde, konunun öncelikle özel hukuk hükümleri çerçevesinde adli yargı yerlerince çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Ancak sağlayıcının bir rekabeti sınırlayıcı anlaşma neticesinde alıcının alternatif tedarik kaynaklarını kısıtladığı durumlarda ya da hâkim durumunu kötüye kullanması hallerinde, bu tarz bir uyuşmazlıkta 4054 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerinin uygulanması mümkün olacaktır. Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, dosya kapsamında yapılan inceleme ve tetkikler neticesinde herhangi bir centilmenlik ya da pazar paylaşımı anlaşmasına ilişkin bulguya ulaşılmamıştır. Bu durumda, geriye incelenebilecek bir tek aşırı fiyat uygulamak suretiyle hâkim durumun kötüye kullanılması hali kalmaktadır.

240 Kanun'un 6. maddesinin birinci fıkrasında "*Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır*" hükmü yer almaktadır. Hâkim durumun kötüye kullanılması birçok yolla gerçekleştirilebilirken; en tipik örnekleri arasında yıkıcı fiyat gibi dışlayıcı uygulamalar ile fiyat ayrımcılığı ve aşırı fiyat gibi uygulamalar sayılabilir. Her ne kadar Kanun'un lafzında bizzat yer almasa da, Türk rekabet hukukuna mehz teşkil eden AB rekabet hukukunda sömürücü aşırı fiyatlamaya müdahale edilmektedir. Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma'nın 102. maddesinde sayılan kötüye kullanma örnekleri arasında "*Doğrudan ya da dolaylı olarak haksız alım ya da satış fiyatları uygulamak veya haksız ticari koşullar öne sürmek*" davranışı sayılmış olup, bu, sömürücü aşırı fiyatlamayı da içine alan bir başlık olarak kabul edile gelmiştir.

250 Aşırı fiyatlamaya yoluyla hâkim durumun kötüye kullanılması, hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün fiyatları rekabetçi seviyenin üzerinde belirleyip, uzun sayılabilecek bir süre boyunca da bu davranışını devam ettirebilmesi demektir. Rekabet otoriteleri fiyatlamaya müdahale etmeyi çoğu zaman yeğlemediklerinden, ancak aşağıdaki faktörlerin değerlendirilmesinden sonra fiyatların aşırı olduğu sonucuna ulaşılabilecektir:

- Pazar payları ve pazardaki yoğunlaşma oranları (hâkim durum veya birlikte hâkim durum tespiti).

- Pazara giriş ya da pazarda genişleme engelleri (yasal engeller, kapasite sınırlamaları, kapsam ve ölçek ekonomileri, mutlak maliyet avantajları gibi diğer engeller).

11-46/1133-398

260 - Alıcı gücünün var olup olmadığı ya da alıcıların yüksek fiyatları sorgulamaktansa bir sonraki aşamaya yansıtmayı tercih edip etmedikleri.

Aşırı fiyata, ancak sınırlı bazı koşullar altında rekabet hukuku çerçevesinde müdahale edilmesi gerekir. Bunun gerekçesi, müdahale sonucunda teşebbüslerin karlarının sınırlanacak olması nedeniyle, pazara yeni girişlerin ve pazarda yatırımların engellenmesi gibi pazarın işleyişine ilişkin sakıncalar ve rekabet otoritelerinin aşırı fiyatlamayı tespiti ve aşırı fiyatlamaya müdahale yöntemindeki hata riskidir.

270 GDG'nin ilgili pazardaki hâkim durumunu kötüye kullanarak aşırı fiyat uyguladığı iddiasını değerlendirmek için, öncelikle GDG'nin ilgili pazarda hâkim durumda olup olmadığını incelemek ve kıyaslama yoluyla aşırı fiyat uygulayıp uygulamadığını tespit etmek bir yöntem olarak değerlendirilebilir. GDG'nin faaliyette bulunduğu LNG pazarında BOTAŞ ve Egegaz gibi büyük ölçekli ithalat yapan, bundan dolayı da yüksek ölçekte maliyet ve fiyat avantajına sahip teşebbüsler bulunmaktadır. Buna ilaveten, GDG kendi fiyatlarını dahi belirlerken tamamen bağımsız davranmamakta, BOTAŞ ve Egegaz fiyatlarını dikkate almaktadır. GDG, LNG'yi bu iki teşebbüsten almakta ve üstüne kendi kârını ekleyerek satmaktadır.

Tüsan, GDG dışında başkaca alternatif temin kaynaklarına sahip bulunmaktadır. Tüsan'ın ilk inceleme aşamasında belirttiği gibi 2.000.000 ABD Doları değerinde bir yatırım yapması halinde, boru hattından da doğalgaz temini imkânı bulunmaktadır. Ayrıca Tüsan, tesislerinde LNG haricinde, Kalyak kullanma olanağına sahiptir. Dolayısıyla GDG'nin hâkim durumda olmayabileceğine ilişkin birçok emare bulunmaktadır.²

280 Öte yandan, GDG'nin ilgili ürün pazarında hâkim durumda bulunduğu varsayılsa dahi, pazara her an girebilecek durumda on iki adet lisanslı sağlayıcı bulunduğu; aşırı fiyat uygulanması halinde, bu teşebbüsler pazara girerek fiyatları düşürebilecektir. Bu durum, GDG hâkim durumda bulursa dahi, aşırı fiyat uygulama olanağının sınırlılığını göstermektedir.

GDG'nin hâkim durumunu kötüye kullanmadığı iddiasını geçersiz kılan bir diğer unsur, bizzat Tüsan tarafından Kurumumuza intikal ettirilen bilgi ve belgelerde bulunmaktadır. Örneğin Tüsan'ın şikâyetini geri çektiği dilekçesinde ve ek bilgi yazısında, başka teşebbüslerden teklif aldığı halde, en ucuz teklifin yine GDG'den geldiği ve GDG ile "uygun fiyatla" yeniden çalışılmaya başlandığı ifade edilmektedir. Ayrıca Tüsan, yeni kurduğu tesisi için gerekli LNG'yi en ucuz olduğu için, yine GDG'den almaya başlamış ve bu durum GDG tarafından da teyit edilmiştir. Dolayısıyla bütün bu verilerin birlikte değerlendirilmesi neticesinde, Tüsan'ın 290 iddia ettiği, aşırı fiyat uygulanması yoluyla hâkim durumun kötüye kullanıldığı hususu bizzat Tüsan'ın kendi ifadeleri ile geçersiz hale gelmektedir.

Yukarıda yer verilen açıklamalar çerçevesinde, GDG hâkim durumda sayılsa dahi aşırı fiyat uyguladığına dair herhangi bir somut bilgi ya da bulguya rastlanmadığı ve bu nedenle söz konusu teşebbüs hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

I.3.3. Bilgi İsteme Yazısına Geç Cevap Verilmesi

300 Önaraştırma kapsamında, Kurum tarafından Tüsan'a gönderilen 10.08.2011 tarihli yazıda, 16.08.2011 günü mesai bitimine kadar cevap verilmesinin gerektiği belirtilerek, ek bazı bilgi ve belgeler istenmiştir. Anılan şirket tarafından, ek bilgi yazısı kapsamındaki bilgiler, üç gün gecikmeli olarak 19.08.2011 tarihinde Kurum kayıtlarına intikal ettirilmiştir. Ancak dosya mevcudu bilgilerden, anılan yazının 7201 Sayılı Tebligat Kanunu'nun 11. maddesinde

² EPDK'nın 2010 Doğal Gaz Sektör Raporu'na göre Türkiye'de LNG tüketiminin %37,27'si EGEGAZ; %59,1'i ise BOTAŞ tarafından karşılanmaktadır. GDG, BOTAŞ ve EGEGAZ'dan aldığı LNG'yi perakende olarak satmaktadır.

11-46/1133-398

açıklanan, “vekil tarafından takip edilen işlerde tebligat vekile yapılır” hükmüne aykırı olarak, tebligatın Tüsan vekili yerine Tüsan’a yapıldığı anlaşıldığından, bu çerçevede, söz konusu teşebbüse, talep edilen bilgi ve belgelerin Kuruma süresi içinde gönderilmediği gerekçesiyle idari para cezası verilmesine olanak bulunmadığı kanaatine varılmıştır.

J. SONUÇ

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre,

1- Dosya konusu iddialara yönelik olarak 4054 sayılı Kanun’un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına OYBİRLİĞİ ile

310

2- Tüsan Yapı Sanayi A.Ş.’den talep edilen bilgi ve belgelerin Kuruma süresi içinde gönderilmemesi sebebiyle Kanun’un 16. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca adı geçen teşebbüse idari para cezası verilmesine yer olmadığına OYÇOKLUĞU ile

karar verilmiştir.

25.08.2011 tarih ve 11-46/1133-398 Sayılı Kurul Kararına KARŞI OY GEREKÇESİ

11-41/876-M sayılı Kurul kararı ile yürütülmekte olan önaraştırma kapsamında, Tüsan Yapı Sanayi A.Ş.’ne gönderilen 10.08.2011 tarihli yazı ile 16.08.2011 günü mesai saati sonuna kadar cevap verilmesi gerektiği belirtilerek ek bilgi ve belgeler istenmiş, ancak adı geçen teşebbüs tarafından süresi içinde istenen bilgi ve belgeler gönderilmemiştir. Teşebbüsün bu eyleminin değerlendirilmesi sonucunda Kurul tarafından verilen 25.08.2011 tarih ve 11-46/1133-398 sayılı kararda, 7201 sayılı Tebligat Kanunu’nun 11. maddesinin “vekil tarafından takip edilen işlerde tebligat vekile yapılır” hükmüne aykırı olarak tebligatın vekili yerine adı geçen teşebbüse yapıldığı gerekçesiyle idari para cezası verilmesine olanak bulunmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

Oysa bahse konu bilgi/belge istenen yazı, Tüsan Yapı Sanayi A.Ş. tarafından teslim alınmış, 19.08.2011 tarihinde de ilgili bilgi ve belgeler Kuruma gönderilmiştir. Dolayısıyla 7201 sayılı Kanun’un 32. maddesinin “Tebliğ usulüne aykırı yapılmış olsa bile, muhatabı tebliğe muttali olmuş ise muteber sayılır.” şeklindeki hükmü kapsamında yapılan işlemin geçerli olduğu dikkate alınarak, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 16. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca istenen bilgi ve belgelerin belirlenen süre içinde gönderilmemiş olması nedeniyle teşebbüse yıllık gayri safi gelirinin binde biri oranında idari para cezası verilmesi gerekirdi.

Bu nedenle Tüsan Yapı Sanayi A.Ş. vekiline tebligat yapılmamış olması gerekçe gösterilerek idari para cezası verilmemesi yönündeki çoğunluk görüşüne katılmak mümkün olmamıştır.

Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Başkan