

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2005-1-7
Karar Sayısı : **05-11/110-40**
Karar Tarihi : 24.2.2005

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

10

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

B. RAPORTÖRLER: Cengiz SOYSAL, Harun ULU

C. BİLDİRİMDE

20

BULUNAN : - Shell Enerji A.Ş.
Temsilcisi: Av. Prof. Dr. Ünal TEKİNALP
Büyükdere Cad. Ben-Tek İş Merkezi 47/606
Mecidiyeköy / İstanbul

D. TARAFLAR

: - Shell Enerji A.Ş.
Bilkent Plaza A3 Blok Kat:4 No:37 Bilkent 06800
Ankara

E. DOSYA KONUSU: **BOTAŞ'ın "Doğal Gaz Alım ve Satım Sözleşmeleri"nin bir kısmını mevcut bütün hak ve yükümlülükleri ile üçüncü taraflara devretmek amacıyla başlatmış olduğu ihale kapsamında, Shell Enerji A.Ş. tarafından yapılan menfi tespit talebi.**

30

F. DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 24.1.2005 tarih, 586 sayı ile intikal eden bildirim üzerine 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 8. maddesi kapsamında yapılan inceleme sonucu düzenlenen 11.2.2005 tarih, 2005-1-7/MM-05-CS sayılı Menfi Tespit Ön İnceleme Raporu 11.2.2005 tarih, REK.0.05.00.00/24 sayılı Başkanlık Önergesi ile 05-11 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

40

G. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili raporda; menfi tespit başvurusu çerçevesinde yapılan değerlendirmeler sonucunda,

- Rekabet Kurumu'nun teşebbüslerin herhangi bir ihaleye katılıp katılamayacağı konusunda menfi tespit değerlendirmesi yapmasının ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde mümkün olmadığı,

- Bildirimin gerekçelerinden birini oluşturan, ihale sürecinde gerçekleşecek olan kontrat devirlerinin ve miktar devirlerinin Kanun'un 4 ve 7. maddeleri kapsamında değerlendirmeye tabi tutulabileceği,

50

bununla birlikte, henüz ihalenin dahi gerçekleşmemiş olması dikkate alındığında, konunun Kanun'un 4, 7 ve dolayısıyla 8. maddeleri kapsamında değerlendirme yapılabilecek bir aşamada olmadığı, bu yönüyle bildirimle ilişkin bir menfi tespit belgesi verilmesinin bu aşamada söz konusu olmayacağı,

60 - Ayrıca, yukarıda belirtilen menfi tespit belgesi verilememesi durumunun, başvuruda bulunan firmanın 4054 sayılı Kanun'un 4, 6 ve 7. maddelerine aykırı bir durum oluşturmasından kaynaklanmayıp, ilgili mevzuat gereği konunun bu aşamada Rekabet Kurulu tarafından değerlendirmeye tutulamayacak olmasından kaynaklandığının BOTAŞ'a bildirilmesinin yerinde olacağı

ifade edilmektedir.

H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. İlgili Pazar

70 İlgili pazar tanımlamasının yapılacak değerlendirmenin sonucunu etkilemeyeceği görüşü çerçevesinde, ilgili pazara ilişkin herhangi bir tespitle bulunulmamıştır.

H.2. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

Shell Enerji A.Ş.'nin yaptığı menfi tespit başvurusu esas itibarıyla BOTAŞ'ın ihale ilanında yer alan koşullardan kaynaklanmaktadır.

80 BOTAŞ tarafından ilan edilen söz konusu ihaleye ilişkin esaslardan ihaleye katılmayacakların tanımlandığı 9. maddenin (e) ve (f) bentlerinde aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

90 *"... e) İhaleye teklif verecek olan bir tüzel kişinin ortaklık yapısı içerisinde, bu ihaleler kapsamındaki ithalat sözleşmelerindeki veya BOTAŞ'ın diğer mevcut ithalat sözleşmelerindeki i) satıcı şirketin, veya ii) satıcı şirketin doğrudan veya dolaylı olarak ortaklık payına sahip olduğu bir tüzel kişinin bulunması halinde, bu istekli tüzel kişi Rekabet Kurumu'ndan muafiyet veya menfi tespit belgesi almadığı takdirde ihaleye katılamaz.*

100 *f) ihaleye teklif verecek olan bir tüzel kişinin ortaklık yapısı içerisinde, bu ihaleler kapsamındaki ithalat sözleşmelerindeki veya BOTAŞ'ın diğer ithalat sözleşmelerindeki i) satıcı şirketin doğrudan veya dolaylı olarak ortaklık payına sahip olan bir tüzel kişi veya ii) satıcı şirketin ortağı olan bir tüzel kişinin doğrudan veya dolaylı olarak ortaklık payına sahip olan bir başka tüzel kişinin bulunması veya iii) satıcı şirketin doğrudan veya dolaylı olarak sermayesini ya da ticari mal varlıklarının yarısından fazlasını kontrol veya oy haklarının yarısından fazlasını kullanma hakkına ya da denetim kurulu, yönetim kurulu veya tüzel kişiyi temsile yetkili organların üyelerinin yarıdan fazlasını atama*

hakkına ya da işlerini idare etme hakkına sahip olan bir tüzel kişinin bulunması durumunda, bu istekli tüzel kişi Rekabet Kurumu'ndan muafiyet veya menfi tespit belgesi almadığı takdirde ihaleye katılamaz."

110 Öncelikle belirtmek gerekir ki, BOTAŞ'ın ihale ilanında getirdiği koşulda ne için menfi tespit belgesi istendiği açıkça yer almamaktadır. Söz konusu başvuruda ise Shell Enerji A.Ş., şirketin ortaklık yapısının anılan ihaleye katılma ve ihale sonrasında ihaleden alınacak kontrat devri veya miktar devri işlemleri ile ilgili herhangi bir kısıtlamaya tabi olmadığına ilişkin menfi tespit belgesi talep etmektedir. 4054 sayılı Kanun'un 8. maddesinin ilk fıkrası şu şekildedir:

"İlgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin başvurusu üzerine Kurul elinde bulunan bilgiler çerçevesinde bir anlaşmanın, kararın, eylemin veya birleşme ve devralmanın bu Kanun'un 4, 6 ve 7. maddelerine aykırı olmadığını gösteren bir menfi tespit belgesi verebilir."

120 Bununla birlikte, 4054 sayılı Kanun'un 10. maddesine göre; yapılmamış anlaşmalara ilişkin olarak Rekabet Kurulu muafiyet/menfi tespit değerlendirmesinde bulunmamakta, söz konusu anlaşmaları ancak imzalandıktan sonra tarafların talebi üzerine muafiyet/menfi tespit değerlendirmesine tabi tutabilmektedir. Bu nedenle, Shell Enerji A.Ş.'nin ihaleye katılması ile ihale sonrasında ihaleden alınacak kontrat devri veya miktar devri işlemlerine ilişkin menfi tespit talebinin, bu aşamada değerlendirmeye tabi tutulamayacağı kanaatine varılmıştır.

I. SONUÇ

130 Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre, Shell Enerji A.Ş. tarafından yapılan bildirimle ilişkin olarak;

- 1- Rekabet Kurumu'nun teşebbüslerin herhangi bir ihaleye katılıp katılamayacağı konusunda menfi tespit/muafiyet değerlendirmesi yapmasının ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde mümkün olmadığına,
- 140 2- Bildirimin gerekçelerinden birini oluşturan, ihale sürecinde gerçekleşecek olan kontrat devirlerinin ve miktar devirlerinin Kanun'un 4 ve 7. maddeleri kapsamında değerlendirmeye tabi tutulabileceğine, bununla birlikte, henüz ihalenin dahi gerçekleşmemiş olması dikkate alındığında, konunun Kanun'un 4, 5, 7 ve dolayısıyla 8. maddeleri kapsamında değerlendirme yapılabilecek bir aşamada olmadığına, bu yönüyle bildirimle ilişkin bir menfi tespit belgesi verilmesinin bu aşamada söz konusu olmayacağına,
- 3- Ayrıca, yukarıda belirtilen menfi tespit belgesi verilememesi durumunun, başvuruda bulunan firmanın 4054 sayılı Kanun'un 4, 6 ve 7. maddelerine aykırı bir durum oluşturmasından kaynaklanmayıp, ilgili mevzuat gereği konunun bu aşamada Rekabet Kurulu tarafından değerlendirmeye tutulamayacak olmasından kaynaklandığına

150

05-11/110-40

Kurul üyeleri Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ ve Rifkı ÜNAL'ın farklı gerekçesi ve OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.

FARKLI GEREKÇE
(24.02.2005 tarihli ve 05-11/108-38 sayılı,
24.02.2005 tarihli ve 05-11/109-39 sayılı,
24.02.2005 tarihli ve 05-11/110-40 sayılı,
24.02.2005 tarihli ve 05-11/111-41 sayılı,
24.02.2005 tarihli ve 05-11/112-42 sayılı
Kurul Kararları)

Menfi tespit talebiyle Kurul Kararına konu olan şirket başvurularının reddi bağlamında, sonuç itibariyle alınan menfi tespit talebinin reddi kararını paylaşmakla birlikte, aşağıdaki hususların da dikkate alınarak karar kapsamında yer verilmesi, gereklerinin yapılması ve önerilmesi gerekçeleriyle farklı düşünmekteyiz:

BOTAŞ'ın doğal gaz alım satım sözleşmelerinin bir kısmını üçüncü kişilere devretmek amacıyla başlatmış olduğu ihale işlemleri Rekabet Kurulunun gündemine 10.01.2005 tarihli 1 No.lu Daire Başkanlığının Bilgi Notuyla getirilmiştir. Bilgi Notunda; BOTAŞ'ın ihale yapacağını ilan ettiği, ihale koşullarında Rekabet Kurulundan muafiyet veya menfi tespit belgesi alınmasının öngörüldüğü belirtilmiş, ayrıca Kurula bu kapsamda 3 adet başvuruda bulunulduğu belirtilmiştir. Kurul toplantısında sorulan sorular üzerine, BOTAŞ tarafından ilanların 04.11.2004 tarihinde verilmiş olduğu, bu aşamada BOTAŞ'ın Rekabet Kurumuna doğrudan başvuruda bulunmadığı açıklaması yapılmıştır.

Kurul tarafından gerekli hukuki ve idari incelemenin yapılması ve somut önerilerin belirlenmesi amacıyla konu incelemeye alınmış, 09.02.2005 tarihli Hukuk Müşavirliği görüşü ve 01.02.2005 tarihli BOTAŞ'ın Rekabet Kurumuna başvurusu 10.02.2005 tarihinde Kurula dağıtılmıştır.

BOTAŞ'ın doğalgaz alım ve satım sözleşmelerinin bir kısmını üçüncü kişilere devretmek amacıyla gerçekleştireceği ihale süreci, 4646 sayılı Kanun'un geçici 2 nci maddesiyle düzenlenmiş bulunmaktadır. Kuşkusuz bu düzenleme, ihale usul ve esaslarıyla birlikte devralma işlemlerinde 4054 sayılı Kanun'u ve ilgili mevzuatı kapsam dışı tutmamıştır. Dolayısıyla BOTAŞ ihalelerinde devralma işlemlerine Rekabet Kurulunun ilgili düzenlemeleri uygulanacaktır.

Ne var ki, her ne kadar, Kurumun 10.01.2005 tarihli Bilgi Notunda "4646 sayılı Doğalgaz Piyasası Kanunu'nun taslak ve tasarı aşamalarında Rekabet Kurumu görüşü" alındığı belirtilmekte ise de, kurumlar arası teknik görüşmeler yapılmadan ve mevzuat tam bilinmeksizin ihale ilanlarına çıkılarak uygulamaya geçildiğinden, gerek başvuruların yapılması, gerekse ihale tarihine bağlı süre sıklığı nedeniyle uygulanacak yöntem ve olası sonuçları oldukça önem kazanmıştır.

Rekabet Kurumu mevzuatı gereği sözü geçen devir işlemlerinde, hem kamu kurumları arasında uyumlu sonuç elde edilebilmesi, hem de tebliğ

düzenlemesinin amacı gereği, özelleştirme devralmalarında geçerli olan 1998/4 Tebliğini uygulamak durumundadır. Böylece, devir işlemleri ön bildirim tabii tutulacak, Rekabet Kurulu da, olası rekabet aykırılıklarını önceden bildirecek, işleme izin vermeyebileceğini belirterek, aykırılıkları önleme fonksiyonunu gerçekleştirecektir. Sonuçta, "işlemlerin geçersizliği" gibi müeyyidesi ağır, uygulanabilirliği güç sonuçlar ortaya çıkmayacaktır.

10.01.2005 tarihli, Daire Bilgi Notu, 1998/4 Tebliği hükümlerinin uygulanabilirliğine değinerek, bunun gerekli olmadığı görüşünü ifade etmiş, Hukuk Müşavirliği de, devrin 1998/4 Tebliği kapsamında bir işlem olmadığını belirtmiştir.

Rekabet Kurulu, kararında 1997/1 veya 1998/4 Tebliği hükümlerinin uygulanabilirliğine, bunların yapılacak ihalelerle bağlantısına hiç değinilmeksizin ve uygulamayı yönlendirmeksizin kararlarını almış ve ihale sonuçlarının rekabet mevzuatıyla bağlantılı değerlendirmelerini ötelemiş; fakat aykırılık halinde doğabilecek "geçersizlik" veya "iptal" sonuçlarını göz ardı etmiştir. Rekabet Kurulu, açıkça ifade etmemekle birlikte, almış olduğu bu kararlarla BOTAŞ'ın devirlerinde 1998/4 Tebliği hükümlerinin uygulama imkanını reddetmiş bulunmaktadır. Bu reddin anlamı şudur: Kurul ihale sonuçlanıp devralma başvuruları yapıldığında, devralmanın uygunluğunu denetleyecek, uygun bulmadığı takdirde devralma işlemine 7 nci madde ve 1997/1 Tebliği kapsamında izin vermeyecektir. Ancak, bu aşamada hangi işleme izin verilmediği dikkatle incelenmelidir: Kamu, BOTAŞ kanalıyla ihaleye çıkmış, ihale öncesi bu yetkiler ve sonuçlar ihaleye katılanlara açıklanmamış, ulusal veya uluslararası kuruluşlar bu ihale sözleşmelerini devralmayı taahhüt etmişlerdir. Rekabet Kurulu ihale sonrası başvurulduğunda, aykırılıkların bulunması halinde ya işleme izin vermeyecek ya da devralmayı onaylayacaktır. İzin vermemesi halinde uluslararası boyutu da olan bu işlemlerde kamu güvenilirliği (hangi kurum kanalıyla olursa olsun) zedelenmiş olacaktır.

Sonuç olarak, menfi tespit başvurularının reddi kararını uygun bulmakla birlikte, Rekabet Kurulunun 1998/4 Tebliğinin uygulanabilirliğini ortadan kaldırarak ve uygulamayı yönlendirmeyerek ilanla çıkması muhtemel ve ağır sonuçları şimdiden önleme gayretine girmemesini doğru bulmuyoruz.

Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ
Kurul Üyesi

Rıfki ÜNAL
Kurul Üyesi