

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2017-1-49
Karar Sayısı : 18-15/276-136
Karar Tarihi : 22.05.2018

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

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

B. RAPORTÖRLER: 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

- (1) **D. DOSYA KONUSU:** Bordo Elektrik Enerjisi Toptan Satış A.Ş.'nin serbest tüketici enerji alım sözleşmesinin 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ne aykırı hükümler taşıdığı iddiasına yönelik alınan 26.10.2017 tarih ve 17-35/538-229 sayılı Kurul kararının İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11/1. maddesi çerçevesinde yeniden değerlendirilmesi talebi.
- (2) **E. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 13.03.2018 tarihinde giren başvuru üzerine düzenlenen 11.05.2018 tarih ve 2017-1-49/BN sayılı Bilgi Notu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (3) **F. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili Bilgi Notu'nda; 23.10.2017 tarih ve 17-35/538-229 sayılı Rekabet Kurulu kararının yeniden değerlendirilmesine gerek olmadığı ve başvurunun reddedilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

G.1. Başvuruya İlişkin Süreç

- (4) Kurum kayıtlarına 13.01.2016 tarih ve 280 sayı ile giren ve Ateş Çelik İnşaat Taahhüt Proje Mühendislik Sanayi ve Ticaret A.Ş. (ATEŞ ÇELİK) tarafından yapılan başvuru hakkında, 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. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (4054 sayılı Kanun) çerçevesinde herhangi bir işlem yapılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.

- (5) 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. maddesinin ikinci fıkrası 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.
- (6) Bunun üzerine ilgili Mahkeme kararının¹ gereğinin yerine getirilmesi kapsamında 07.09.2017 tarih ve 17-28/469-M sayılı Kurul kararıyla şikayet edilen Bordo Elektrik Enerjisi Toptan Satış A.Ş.'nin (BORDO) 4054 sayılı Kanun'u ihlal edip etmediğinin ve bu bağlamda BORDO hakkında soruşturma açılmasına gerek olup olmadığına tespiti amacıyla 4054 sayılı Kanun'un 40. maddesi çerçevesinde önaraştırma başlatılmıştır.
- (7) Önaraştırma sürecinde hazırlanan 10.10.2017 tarih ve 2017-1-49/ÖA sayılı rapor Kurul'un 26.10.2017 tarih ve 17-35 sayılı toplantısında görüşülmüş ve 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca şikayetin reddi ile soruşturma açılmamasına 17-35/538-229 sayılı karar verilmiştir. Gerekçeli karar şikayetçi tarafından 16.01.2018 tarihinde tebellüğ edilmiştir.
- (8) Bu defa Kurum kayıtlarına 13.08.2018 tarih ve 2110 sayılı ile giren ve aynı başvuru sahibi tarafından yapılan başvuruda ise özetle, söz konusu Kurul kararının 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu'nun (İYUK) 11. maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde yeniden değerlendirilmesi talep edilmektedir.

G.2. Başvurunun Konusu

- (9) Başvuruda, İYUK'un 11. maddesinin birinci fıkrasında ilgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılmasının üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebileceği, bu başvurunun işlemeye başlamış idari dava açma süresini durduracağı hükmüne yer verilerek, 26.10.2017 tarih ve 17-35/538-229 sayılı Kurul kararının geri alınması, bunun yerine şikayetin kabulü şeklinde yeni bir işlem yapılması talep edilmektedir. Başvuruda bu talebe gerekçe olarak;
- Yürürlükten kalkan Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK) mevzuatı bağlamında değerlendirme yapılmamasının maddi eksiklik olduğu, nitekim ATEŞ ÇELİK tarafından başvurunun yapıldığı tarihin 07.01.2016 olduğu fakat yapılan başvurunun 03.03.2016 tarihli yazı ile reddinin bildirildiği, bahse konu kararın 26.04.2017 tarih 2016/1923 E. 2017/1132 K. sayılı kararı ile iptal edildiği, idare mahkemesinin iptal kararını takiben önaraştırma başlatıldığı, dolayısıyla rekabet ihlalinin gerçekleştiği tarihte söz konusu EPDK yönetmeliğinin yürürlükte olduğu,

¹ Anılan önaraştırmanın başlamasına vesile olan Ankara 15. İdare Mahkemesinin kararı Ankara Bölge İdare Mahkemesi 7. İdari Dava Dairesinin E: 2017/815, K: 2018/28 sayılı kararıyla bozulmuştur.

- Belirsiz süreli rekabet yasağı içeren sözleşmelere ilişkin olarak azami hadde indirgeme ilkesinin uygulanmayacağı, şöyle ki 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin (2002/2 sayılı Tebliğ) 5. maddesinde;

“Bu Tebliğ ile tanınan muafiyet anlaşmada yer alan, aşağıda belirtilen yükümlülükler uygulanmaz:

a) Alıcıya getirilen belirsiz süreli veya süresi beş yılı aşan rekabet etmeme yükümlülüğü.

Rekabet etmeme yükümlülüğünün yukarıda belirtilen süreyi aşacak şekilde zımnen yenilenebileceğinin kararlaştırılması halinde, rekabet etmeme yükümlülüğünün belirsiz süreli sayılır...”

hükmünün yer aldığı ve buradan görüldüğü üzere 2002/2 sayılı Tebliğ'in, rekabet yasaklarının süresine ilişkin olarak

- Rekabet etmeme yükümlülüğü süresinin beş yılı aşması ve
- Rekabet etmeme yükümlülüğü süresinin yıl sayısından bağımsız olarak belirsiz olması

şeklindeki iki farklı durumu grup muafiyeti kapsamına almadığı,

- Beş yıldan uzun süreli bir rekabet etmeme yükümlülüğünün azami hadde indirgeme ilkesi doğrultusunda beş yıla kadar olan süresi için grup muafiyetinden yararlandığı değerlendirilmesinin yapılabileceği, bu konuda aykırılık olmadığı, ancak belirsiz süreli olan ve zaten beş yıldan kısa bir süre devam etmiş olan bir sözleşmenin azami hadde indirme ilkesi açısından ele alınmasının hukuken ve mantıken kabul edilebilir olmadığı, zira bu durumda “azami hadde indirme yerine azami hadde çıkarma yapılmış olduğu, böyle bir yaklaşımın rekabet hukuku ile korunması öngörülen menfaatlere aykırı olduğu

ifade edilerek, yapılan incelemenin hatalı ve eksik olduğu ve konunun tekrar ele alınması istenmektedir.

G.3. Değerlendirme

- (10) Yeniden değerlendirme talepli başvurunun temel olarak iki gerekçeye dayandığı görülmektedir. Bunlardan ilki değerlendirmenin yürürlükten kalkan EPDK mevzuatı bağlamında yapılmamasının maddi eksiklik olduğu ve rekabet ihlaline ilişkin zamanaşımının dolmadığı, ikincisi ise belirsiz süreli rekabet yasağı içeren sözleşmelere ilişkin olarak “azami hadde indirme” ilkesinin uygulanamayacağı hususudur.
- (11) İlk husus bakımından belirtmek gerekir ki, 26.10.2017 tarih ve 17-35/538-229 sayılı Kurul kararı çerçevesinde talep birleştirmeye ilişkin EPDK'nın ikincil mevzuatında yürürlükte olan bir hüküm bulunmadığının tespiti yapılmıştır. Öte yandan Kurul, 4054 sayılı Kanun kapsamında bulunan hususları değerlendirmesine konu etmiştir. Bu anlamda başvuruda dile getirilen düzenlemenin varlığının 4054 sayılı Kanun kapsamında yapılacak değerlendirme ile bir ilgisi bulunmamaktadır.

- (12) Yeniden değerlendirme başvurusunda ifade edilen ikinci husus olan belirsiz süreli rekabet yasağı içeren sözleşmelere ilişkin “*azami hadde indirme*” ilkesinin uygulanamayacağı iddiasına da katılmak mümkün değildir. Nitekim yeniden değerlendirme talebine konu Kurul kararının gerekçesinde de yer verilen 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 Kurul kararları çerçevesinde 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 Kurul’un, rekabet etmeme yükümlülüğünün süresini 2002/2 sayılı Tebliğ’de öngörülen azami hadlere indirmiş olarak değerlendirebildiği görülmektedir². Bu bağlamda başvuru konusu olan Kurul kararında 4054 sayılı Kanun’a aykırı bir değerlendirme bulunmamaktadır.
- (13) Yukarıdaki bilgi ve değerlendirmeler doğrultusunda, dosya kapsamında yapılan başvuruda ilgili kararı etkileyebilecek ya da değiştirebilecek nitelikte yeni bir bilgi veya belgeye yer verilmediği kanaatine varılmıştır.

H. SONUÇ

- (14) Yapılan yeniden değerlendirme sonucunda, düzenlenen rapora ve dosya kapsamına göre; 26.10.2017 tarih ve 17-35/538-229 sayılı Kurul kararının kaldırılmasına, geri alınmasına, değiştirilmesine veya yeni bir işlem yapılmasına yer olmadığına gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 60 gün içinde Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açık olmak üzere OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.

² Söz konusu durum Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz’un 42. paragrafında da ifade edilmektedir.