

T.C.

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2011/1129

Karar No : 2016/778

REKABET KURUMU

Tarih : 22.07.2016

Sayı : 4521

Davacı : BİS Enerji Elektrik Üretim A.Ş.

Vekilleri : Av. Bülent Hayri ACAR, Av. Mustafa YAVUZ
İran Cad. Hayat Apt. A Blok 17/401 Kavaklıdere
Çankaya / ANKARA

Davalı : Rekabet Kurumu
Üniversiteler Mah. 1597. Cad. No:9 Bilkent / ANKARA

Vekili : Av. Meltem TÜRKOĞLU - Aynı adreste

Davanın Özeti : Boru Hatları ile Petrol Taşıma A.Ş.'nin (BOTAŞ) elektrik üretimi ve satış alanında faaliyet gösteren davacı şirketin, üretim yapabilmek için ihtiyacı olan doğal gazı haksız bir şekilde keserek teşebbüsün faaliyetini zorlaştırmak ve ayrımcılığa sebep olmak suretiyle hakim durumunu kötüye kullandığından bahisle davacı şirket tarafından yapılan şikâyet üzerine, şikâyet konusu uygulamanın 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinde yasaklanan faaliyetlerden olmadığı, BOTAŞ'ın piyasadaki rekabeti kısıtlamak veya ortadan kaldırmak amacıyla hareket etmediği kanaatine varıldığı gerekçesi ile aynı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikâyetin reddine ilişkin 14.10.2010 günlü ve 10-65/1372-510 sayılı Rekabet Kurulu kararının; doğal gaz iletim ve toptan satış faaliyetleri bakımından ülke genelinde tekel olan BOTAŞ'ın elektrik üretimi ve satışı alanında faaliyet gösteren davacı şirketin üretim yapabilmesi için ihtiyacı olan doğal gazı haksız bir şekilde keserek, teşebbüsün faaliyetlerini zorlaştırmak ve ayrımcılığa sebep olmak suretiyle hâkim durumunu kötüye kullandığı, BOTAŞ'ın istediği zaman ve keyfi olarak gazı kesme hakkının bulunmadığı, sözleşmeye aykırı olarak gaz kesintisi yapıldığı, gaz kesme işleminin gerekçelerinin açık bir şekilde ortaya konulması gerekirken bunun yapılmadığı, fiili şartlar oluşmadan gaz kesintisi yapılarak BOTAŞ'ın iyi niyet kurallarına aykırı davrandığı, kendileri gibi kesintili tarifeden gaz alan ve aynı güzergâh üzerinde Uşak'ta bulunan Hitit Seramik ve Unpaş'ın aynı dönemde gazının kesilmediği, bu uygulamaların 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında bir ihlal olduğu ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Kesintinin 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 yapıldığı, bu gaz satış sözleşmesinin kesintili temin anlaşması olduğu, sözleşme hükümlerine göre BOTAŞ'ın ihbar sürelerine uyararak gaz temininde kesinti yapma hakkının bulunduğu, kesintinin sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirildiği, kesintili ve kesintisiz kategorideki müşteri portföyü oluşturmanın iletim sistemindeki arz ve talebin dengelenmesi bakımından önemli ve gerekli olduğu, EPDK'nın bu konuda düzenleme yapmayarak, bu hususu sistemin işleticisi BOTAŞ'ın inisiyatifine bıraktığı, sözleşmelerde yer alan hükümler uyarınca BOTAŞ'ın müşterileri arasında kategori değişikliğine gidebileceği belirtilerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.



T.C.

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2011/1129

Karar No : 2016/778

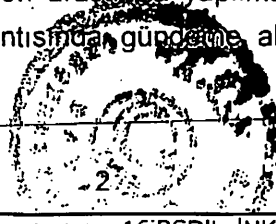
Danıştay Tetkik Hâkimi Ramazan DEMİREL'in Düşüncesi : Dava konusu kararın iptaline karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Aydın KURTULUŞ'un Düşüncesi : Dava, BOTAŞ Boru Hatları ile Petrol Taşıma A.Ş.'nin elektrik üretimi ve satış alanında faaliyet gösteren davacı şirketin, üretim yapabilmek için ihtiyacı olan doğalgazı haksız bir şekilde keserek teşebbüsün faaliyetini zorlaştırmak ve ayrımcılığa sebep olmak suretiyle hakim durumunu kötüye kullandığından bahisle davacı şirket tarafından yapılan şikâyet üzerine, şikâyet konusu uygulamanın 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinde yasaklanan faaliyetlerden olmadığı, BOTAŞ'ın piyasadaki rekabeti kısıtlamak veya ortadan kaldırmak amacıyla hareket etmediği kanaatine varıldığı gerekçesi ile 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikâyetin reddine ilişkin 14.10.2010 tarih ve 10-65/1372-510 sayılı Rekabet Kurulu kararının iptali istemi ile açılmıştır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 1. maddesinde; Bu Kanunun amacının, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamak olduğu belirtilmiş, 6. maddesinde de; bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanmasının hukuka aykırı ve yasak olduğu belirtildikten sonra, kötüye kullanma hallerinin özellikle nelerden oluştuğu bendler hâlinde sayılmıştır.

Aynı Kanun'un 40. maddesinde; Rekabet Kurulunun re'sen veya kendisine intikal eden başvurular üzerine doğrudan soruşturma açılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olup olmadığına tespiti için önaraştırma yapılmasına karar vereceği, önaraştırma yapılmasına karar verildiği takdirde önaraştırma yapmakla görevlendirilen raportörün elde ettiği bilgileri, her türlü delilleri ve konu hakkındaki görüşlerini Kurula yazılı olarak bildireceği, 41. maddesinde; önaraştırma raporunun Kurula teslimini takiben Kurulun elde edilmiş olan bilgileri değerlendirerek soruşturma açılmasına veya açılmamasına karar vereceği belirtilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; davacı şirketin, doğal gaz iletim ve toptan satış faaliyetleri bakımından ülke genelinde tekel olan BOTAŞ'ın elektrik üretimi ve satış 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 hakim durumu kötüye kullandığı iddiasıyla Rekabet Kurumu'na yapmış olduğu başvurunun, ilk inceleme raporunun göz önünde tutularak 15.03.2007 günlü ve 07-23 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek 07-23/217-72 sayılı kararla reddedildiği, bu kararın ise Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin 01.06.2010 günlü, E:2007/8875, K:2010/4589 sayılı kararı ile iptal edilmesi üzerine, 26.08.2010 günlü Kurul toplantısında, ön araştırma yapılmasına karar verildiği, ön araştırma raporu, 14.10.2010 günlü Kurul toplantısında gündeme alındığı ve dava konu olan Kurul kararının tesis edildiği anlaşılmaktadır.



T.C.

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2011/1129

Karar No : 2016/778

Olayda, şikâyetçi, sözleşmeye aykırı biçimde BİS Enerji'ye gaz tedarikinin kesilmesinin ve akabinde yüksek tarifieden gaz satışına başlanmasının, aynı hat üzerinde bulunan başka bir firmanın (Hitit Seramik) gazının kesilmemesinin 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında bir ihlal olduğunu ileri sürmektedir.

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 bulunmaktadır. BOTAŞ serbest tüketiciler ile "kesintili" veya "kesintisiz" doğalgaz 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 Bursa Organize Sanayi Bölgesi (BOSB) arasında 14.06.2002 tarihinde "Doğalgaz 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 hâlinde BURSA OSB'nin "Elektrik üretim amaçlı gaz için" gaz arzını kesebilecektir...*" ibaresi yer almaktadır.

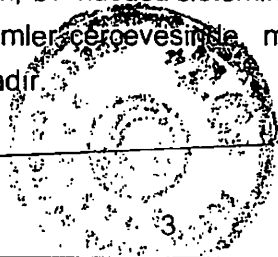
Gazın BOTAŞ tarafından sözleşmeye aykırı şekilde kesildiği iddiası, BİS Enerji tarafından Ankara Asliye Ticaret Mahkemesi'nde dava konusu yapılmış olup, mahkeme tarafından, BOTAŞ tarafından yapılan gaz kesintisinin, sözleşmeye ve iyi niyet kurallarına aykırı bir yönünün bulunmadığına karar vermiştir.

Diğer taraftan, doğalgaz iletim şebekesi, doğal tekel olarak kabul edilmekte ve bu faaliyet bir teşebbüs 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.

İletim sistemindeki arz ve talebin belirli eşikler içerisinde dengelenmesi görevi BOTAŞ tarafından yürütülmektedir. İletim sisteminde arz açığı tahmin edildiğinde veya fiilen arz açığı ortaya çıktığında, sistemde dengeyi sağlamak amacıyla bazı müşterilere gaz satışı durdurulmaktadır.

BOTAŞ ile BOSB arasında yapılan sözleşmede, BOSB içerisindeki elektrik santrallerine kesintili, diğer kullanıcılara kesintisiz kategoriden gaz tedariki yapılması öngörülmüştür.

Netice itibarı ile, 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'a bıraktığı, BOTAŞ'ın da, sözleşmelerde yer alan hükümler çerçevesinde, müşterileri arasında kategori değişikliği yapabileceği sonucuna ulaşılmaktadır.



T.C.

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2011/1129

Karar No : 2016/778

Bu nedenle, BOTAŞ'ın BOSB ve davacı şirket olan BİS Enerji'nin kategorisini değiştirmesi hususu, rekabet ihlali olarak değerlendirilemeyeceğinden, şikâyet konusu uygulamanın 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinde yasaklanan faaliyetlerden olmadığı, BOTAŞ'ın piyasadaki rekabeti kısıtlamak veya ortadan kaldırmak amacıyla hareket etmediği açıktır.

Açıklanan nedenlerle, 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikâyetin reddine ilişkin 14.10.2010 günlü ve 10-65/1372-510 sayılı Rekabet Kurulu kararında hukuka aykırılık görülmediğinden, davanın reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce duruşma için taraflara önceden bildirilmiş bulunan 22.03.2016 tarihinde, davacı vekili Av. Mustafa Yavuz'un ve davalı idare vekili Av. Meltem Türkoğlu'nun geldikleri, Danıştay Savcısı'nın hazır olduğu görülmekle, açık duruşmaya başlandı. Taraflara usulüne uygun olarak söz verilerek dinlendikten ve Danıştay Savcısı'nın düşüncesi alındıktan sonra taraflara son kez söz verilip, duruşma tamamlandı. Dava dosyası incelenip, gereği görüldü:

Dava, Boru Hatları ile Petrol Taşıma A.Ş.'nin (BOTAŞ) elektrik üretimi ve satış alanında faaliyet gösteren davacı şirketin, üretim yapabilmek için ihtiyacı olan doğalgazı haksız bir şekilde keserek teşebbüsün faaliyetini zorlaştırmak ve ayrımcılığa sebep olmak suretiyle hakim durumunu kötüye kullandığından bahisle davacı şirket tarafından yapılan şikâyet üzerine, şikâyet konusu uygulamanın 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinde yasaklanan faaliyetlerden olmadığı, BOTAŞ'ın piyasadaki rekabeti kısıtlamak veya ortadan kaldırmak amacıyla hareket etmediği kanaatine varıldığı gerekçesi ile aynı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikâyetin reddine ilişkin 14.10.2010 günlü ve 10-65/1372-510 sayılı Rekabet Kurulu kararının iptali istemiyle açılmıştır.

4054 sayılı Kanun'un 1. maddesinde, bu Kanun'un amacının, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamak olduğu, 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukukî işlem ve davranışlarının, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemlerin bu Kanun kapsamına gireceği kurala bağlanmış, "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinde, "teşebbüs", "piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler" olarak tanımlanmış; "Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması" başlıklı 6. maddesinde ise bir veya birden fazla teşebbüsün

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2011/1129

Karar No : 2016/778

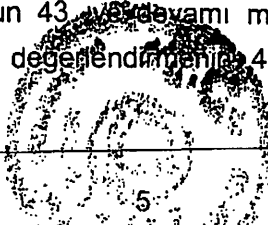
ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanmasının hukuka aykırı ve yasak olduğu belirtilmiştir.

Aynı Kanun'un "Kurulun Görev ve Yetkileri" başlıklı 27. maddesinin (a) bendinde, bu Kanun'da yasaklanan faaliyetler ve hukukî işlemler hakkında, başvuru üzerine veya re'sen inceleme, araştırma ve soruşturma yapmak; bu Kanun'da düzenlenen hükümlerin ihlâl edildiğinin tespit edilmesi üzerine, bu ihlâllere son verilmesi için gerekli tedbirleri alıp bundan sorumlu olanlara idarî para cezaları uygulamak Rekabet Kurulu'nun görevleri arasında sayılmış; "Önaraştırma" başlıklı 40. maddesinde, Rekabet Kurulu'nun re'sen veya kendisine intikal eden başvurular üzerine doğrudan soruşturma açılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için önaraştırma yapılmasına karar vereceği, önaraştırma yapılmasına karar verildiği takdirde önaraştırma yapmakla görevlendirilen raportörün elde ettiği bilgileri, her türlü delilleri ve konu hakkındaki görüşlerini Kurul'a yazılı olarak bildireceği; "Önaraştırmanın Sonuçlanması" başlıklı 41. maddesinde, önaraştırma raporunun Kurul'a teslimini takip eden 10 gün içinde Kurul'un elde edilmiş olan bilgileri değerlendirerek soruşturma açılmasına veya açılmamasına karar vereceği belirtilmiş; 43., 44., 45., 46. ve 47. maddelerinde ise Kurul'un soruşturmaya başlaması hâlinde uygulanacak idari usul çerçevesinde delillerin toplanması, tarafların bilgilendirilmesi, tebligat ve cevap verme ve sözlü savunma toplantısına ilişkin kurallara yer verilmiştir.

Kanun'un bu düzenlemelerine göre soruşturma açılması için yeterli bilgi ve belge varsa doğrudan soruşturma açılmasına karar verilebileceği, doğrudan soruşturma açılmasına yetecek bilgi ve belge bulunmadığı hâllerde ise daha fazla bilgi veya belge elde edebilmek için önaraştırma yapılabileceği ve önaraştırma yapmakla görevlendirilen raportörün elde ettiği bilgi ve deliller ile önaraştırma raporunun Kurul'ca değerlendirilerek soruşturma açılmasına veya açılmamasına karar verilebileceği, bu iki karar türünden birini verme hususunda Rekabet Kurulu'nun takdir yetkisinin bulunduğu ve bu yetkinin 4054 sayılı Kanun'un 1. maddesinde belirtilen amaçları gerçekleştirme hedefi doğrultusunda kullanılması gerektiği açıktır.

Bu bağlamda, önaraştırma sonucunda rekabet kurallarını ihlâl eden eylem, karar ve anlaşmaların söz konusu olmadığı hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak şekilde ortaya çıkması hâlinde Kurul'ca soruşturma açılmamasına karar verileceği, ancak önaraştırma sonucu elde edilen bilgi ve delillerin bu sonuca ulaşmaya elverişli olmaması veya yetersizliği hâlinde ise soruşturma açılmasına karar verilmesi gerektiği konusunda duraksamaya yer yoktur.

Başka bir anlatımla, ihbar ve şikâyet başvurularında ileri sürülen iddia ve deliller ile re'sen araştırma sonucunda elde edilen bilgi ve bulguların noksan olduğu ve dolayısıyla önaraştırmaya konu edilen olayın soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı yönünde kesin bir kanaate ulaşmaya yetecek ölçüde aydınlatılmadığı hâllerde, Kurul'ca soruşturma açılmasına karar verilerek 4054 sayılı Kanun'un 43. maddesinde düzenlenen idari usulün uygulanması sonucunda yapılacak değerlendirilme 48. maddede öngörülen nihai kararlar sonuçlandırılması gerekir.



T.C.

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2011/1129

Karar No : 2016/778

Aksi takdirde rekabet kurallarının ihlâl edildiğine ilişkin iddialar açıklığa kavuşmadan soruşturma açılmaması yönünde alınan kararın rekabetin korunması amacıyla hizmet etmeyeceği kuşkusuzdur.

Dosyanın incelenmesinden; davacı şirket (Bis Enerji) tarafından Rekabet Kurumu kayıtlarına 09.01.2007 tarih ve 171 sayı ile alınan başvuruya ileri sürülen, doğal gaz iletim ve toptan satış faaliyetleri bakımından ülke genelinde tekel olan BOTAŞ'ın elektrik üretimi ve satışı alanında faaliyet gösteren şirketlerinin üretim yapabilmesi için ihtiyacı olan doğal gazı haksız bir şekilde keserek, teşebbüsün faaliyetlerini zorlaştırmak ve ayrımcılığa sebep olmak suretiyle hâkim durumunu kötüye kullandığı, kesintinin 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 yapıldığı, bu sözleşmede BOTAŞ'ın istediği zaman ve keyfi olarak gazı kesmesine cevaz verilmediği, gaz kesme işleminin gerekçelerinin açık bir şekilde ortaya konulması gerekirken bunun yapılmadığı, fiili şartlar oluşmadan gaz kesintisi yapılarak BOTAŞ'ın iyi niyet kurallarına aykırı davrandığı, Bis Enerji gibi kesintili tarifeden gaz alan ve aynı güzergâh üzerinde Uşak'ta bulunan Hitit Seramik ve Unpaş'ın bu tarihler arasında gazının kesilmediği iddiaları üzerine hazırlanan ilk inceleme raporunun 15.03.2007 tarihli Kurul toplantısında görüşülerek 07-23/217-72 sayı ile karara bağlandığı, bu karara karşı açılan davada Dairemizin 01.06.2010 tarih ve E:2007/8875 sayılı kararı ile, soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için ön araştırma yapılmasına karar verilmesi gerekirken, doğrudan ilk inceleme raporuna istinaden karar verilmesinde hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle iptal kararı verilmesi üzerine yapılan ön araştırma sonucunda hazırlanan 05.10.2010 tarih ve 2007-1-10/ÖA-10-264.HU sayılı Öneri Raporu'nun 10-65 sayılı Kurul toplantısında görüşülmesi üzerine alınan dava konusu Kurul kararında sözleşmeye aykırı biçimde gazın kesilmesi ile ilgili olarak; eylemin gerçekleştiği dönemde BOTAŞ'ın, serbest tüketicilerle "kesintili" veya "kesintisiz" gaz satış sözleşmeleri yaptığı, kesintisiz gaz satış sözleşmelerinde satış fiyatı daha yüksek olup, müşterinin gazının mücbir sebepler dışında kesilemediği, kesintili gaz satış sözleşmelerinde ise BOTAŞ'ın gerektiğinde gaz tedarikini kesebilme hakkına sahip olduğu, BOTAŞ ile BOSB arasında 14.06.2002 tarihinde "Doğal Gaz Satış Sözleşmesi (Kesintili/Kesintisiz)"nin imzalandığı, 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 hâlinde BURSA OSB'nin "Elektrik üretimi amaçlı gaz kullanımı için" gaz arzını kesebilecektir..." hükmünün yer aldığı, BOTAŞ tarafından BOSB'ye gönderilen 13.02.2004 tarihli faks mesajında; doğalgaz arz kaynaklarından kaynaklanan sorunlar nedeniyle iletim sisteminde arz-talep dengesinin kurulamadığı, bu dengenin oluşturulması için kesintili statüden kullanılan gazın 14.02.2004 tarihinde saat 10.00'da kesileceği, sorunlar giderildikten sonra gaz arzının yeniden sağlanacağını belirtildiği, Bis Enerji'ye ait iki santralin gazının 14.02.2004 tarihinde, sırasıyla, saat 15:15 ve 16:10'da kesildiği, 16.02.2004 tarihinde, saat 20:00 itibarıyla Bis-2, 21:30 itibarıyla da Bis-1'den kesintili

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2011/1129

Karar No : 2016/778

tarifeden gaz arzına tekrar başlandığı, BOTAŞ'ın gazın tedarikini hangi hâllerde kesebileceği ile ilgili konunun tarafları arasında imzalanan sözleşme hükümleri ve bunların yorumlanma ve uygulanmasında ortaya çıkan bir ihtilaf olup, bu konunun Mahkemelerde görülmesi gerektiği, nitekim bu hususun Bis Enerji tarafından Ankara Asliye İkinci Ticaret Mahkemesi'nde dava konusu yapıldığı, Mahkemenin BOTAŞ'ın yaptığı gaz kesintisinde sözleşmeye ve iyi niyet kurallarına aykırı bir yönün bulunmadığına karar verdiği, Mahkeme kararı çerçevesinde BOTAŞ'ın gazı kesmesinin sözleşmeye aykırı olarak değerlendirilmemesi nedeniyle Hitit Seramik'in gazının kesilmemesinin de rekabet kuralları karşısında ayrımcılık olarak değerlendirilemeyeceği, gaz satış kategorisinin BOTAŞ tarafından değiştirilmesi ile ilgili olarak; 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 ulaşıldığı, bu çerçevede, BOTAŞ'ın BOSB ve şikâyetçi Bis Enerji'nin kategorisini değiştirmesinin rekabet ihlali olarak değerlendirilemeyeceği, BOTAŞ'ın BOSB ile yaptığı Sözleşme'nin süresinin dolmasına 6 ay kala kategori değişikliğine gitmesinin Sözleşme'nin ihlali olup olmadığı hususunun ise mahkemelerce incelenmesi gerektiğinden bahisle şikâyet konusu uygulamanın 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinde yasaklanan faaliyetlerden olmadığına, BOTAŞ'ın piyasadaki rekabeti kısıtlamak veya ortadan kaldırmak amacıyla hareket etmediğine, 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verildiği, bu kararın iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Dava konusu uyuşmazlıkta; Doğal Gaz Tedarik Sözleşmelerinin BOTAŞ'a dilediği zaman keyfi ve gerekçesiz bir şekilde gaz kesintisi yapma hakkı vermediği, gaz kesintisi gerekçelerinin hiçbir belirsizliğe mahal bırakmayacak şekilde ortaya konulması gerektiği, kesinti sırasında gaz arzında herhangi bir arz problemi bulunmadığı ve gaz kesme şartlarının oluşmadığı, idarenin davacı şirketi kesintisiz tarifeye geçmeye zorlamak için keyfi olarak kesinti yaptığı iddia edilmesine karşın, dava konusu Kurul kararında gaz kesintisinin gerçekleştirildiği dönemde gaz arzında bir problem olmadığı yönündeki iddialara ilişkin olarak yeterli seviyede araştırma yapılmadığı, arz problemine ilişkin olarak BOTAŞ'ın görüşüne başvurulmadığı, BOTAŞ nezdinde yapılacak yazışmalar da dâhil olmak üzere araştırma genişletilerek maddi gerçeğin açıkça ortaya çıkarılması gerekirken, bu yapılmadan önaraştırma aşamasında şikâyetin reddedildiği ve soruşturma açılmasına gerek görülmediği anlaşılmaktadır.

Bu itibarla, şikâyete konu iddiaların 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında incelenmesi amacıyla, davalı idarece araştırma genişletilmek suretiyle elde edilecek bilgi, belge ve deliller ışığında değerlendirme yapılması ve konunun her türlü şüpheden uzak bir şekilde açıklığa kavuşturulması için soruşturma açılması gerekirken, eksik inceleme sonucu şikâyetin önaraştırma aşamasında reddi ile soruşturma açılmasına gerek olmadığı yönünde tesis edilen dava konusu Kurul kararında hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2011/1129
Karar No : 2016/778

Açıklanan nedenlerle; dava konusu 14.10.2010 tarih ve 10-65/1372-510 sayılı Rekabet Kurulu kararının **İPTALİNE**, ayrıntısı aşağıda gösterilen toplam 224,70.-TL yargılama gideri ile Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 3.000,00-TL vekâlet ücretinin davalı idareden alınarak davacı şirkete verilmesine, posta giderleri avansından artan tutarın kararın kesinleşmesinden sonra davacı şirkete iadesine, bu kararın tebliğ tarihini izleyen 30 (otuz) gün içerisinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na temyiz yolu açık olmak üzere, 22.03.2016 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
Nevzat ÖZGÜR	Ahmet EĞERCİ	Dr. Hasan GÜL	Hasan ŞAHİN	Fatih Mehmet ALKIŞ (X)

YARGILAMA GİDERLERİ :
Başvuru Harcı : 28,20.-TL
Karar Harcı : 38,20.-TL
YD Harcı : 30,30.-TL
YD İtiraz Harcı : 50,00.-TL
Posta Gideri : 78,00.-TL
Toplam: : 224,70.-TL



(X) KARŞI OY :

Dava konusu 14.10.2010 tarih ve 10-65/1372-510 sayılı Rekabet Kurulu kararında hukuka aykırılık bulunmadığı ve davanın reddi gerektiği oyuyla aksi yönde oluşan çoğunluk kararına katılmıyorum.

Üye
Fatih Mehmet ALKIŞ