

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2011-4-359 (Ortak Girişim)
Karar Sayısı : 11-64/1663-593
Karar Tarihi : 29.12.2011

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Üyeler : Doç. Dr. Mustafa ATEŞ, İsmail Hakkı KARAKELLE, Doç. Dr.
Cevdet İlhan GÜNAY, Dr. Murat ÇETİNKAYA, Reşit GÜRPINAR,
Prof. Dr. Metin TOPRAK

B. RAPORTÖRLER : Serpil YANIK, Buket ARI

C. BİLDİRİMDE

BULUNAN : Opet Petrolcülük A.Ş.
Temsilcisi: Av. Hasan ŞAHİN
Kısıklı Mah. Sarıgazi Cad. No:65 Üsküdar/İstanbul

D. DOSYA KONUSU: Opet Petrolcülük A.Ş.'ye ait "endüstriyel ve otomotiv madeni yağları" işkolunun ve buna ilişkin malvarlığının Opet Petrolcülük A.Ş. ile Fuchs Petrolub Aktiengesellschaft'ın ortak girişimi olan Opet Fuchs Madeni Yağ Sanayi ve Ticaret A.Ş.'ye devredilmesi işlemine izin verilmesi talebi.

E. DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 22.11.2011 tarih ve 7992 sayı ile giren, eksiklikleri en son 21.12.2011 tarihinde tamamlanan bildirim üzerine, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in ilgili hükümleri çerçevesinde düzenlenen 21.12.2011 tarih ve 2011-4-359/Öİ-11-187.SY sayılı Ön İnceleme Raporu görüşülerek karara bağlanmıştır.

F. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili raporda, bildirim konusu işlemin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 2010/4 sayılı "Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" kapsamında izne tabi olduğu; ancak işlem sonucunda anılan Kanun maddesinde belirtilen nitelikte bir hâkim durum yaratılmasının veya mevcut hâkim durumun güçlendirilmesinin ve böylece rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmadığı, dolayısıyla işleme izin verilebileceği,

Bildirim konusu işlem ile haberdar olunan ve Opet Petrolcülük A.Ş. ile Fuchs Petrolub Aktiengesellschaft arasında Ocak 2005'te imzalanan Hissedarlar Sözleşmesi ile madeni yağ pazarında faaliyet göstermek üzere kurulan bir ortak girişim olan Opet Fuchs Madeni Yağ Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin Kurul'un izni olmaksızın gerçekleştirilmiş olması nedeniyle idari para cezası verilmesi gerekmele birlikte 4054 sayılı Kanun'un mülga 19. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre zamanaşımına uğradığından idari para cezası verilmesine yer olmadığı, ayrıca söz konusu ortak girişim sonucunda hâkim durum yaratılmasının veya mevcut hâkim durumun güçlendirilmesinin ve böylece rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmadığı ifade edilmiştir.

G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

Bildirime konu devralma işlemi, Opet Petrolcülük A.Ş. (Opet)'nin endüstriyel ve otomotiv madeni yağları işkolu ve madeni yağ ile ilgili varlıklarının Opet ve Fuchs Petrolub AG (Fuchs)'nin yarı yarıya kontrol ettikleri Opet Fuchs Madeni Yağ Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Opet Fuchs)'ye devretmesine ilişkin olup bu işleme izin verilmesi talebiyle bildirim yapılmaktadır. Devir işlemine izin verilmesi halinde bir (.....) Sözleşmesi, (.....) Sözleşmesi,

(.....) Sözleşmesinin de tanzim edilmesi planlanmaktadır. İşlem neticesinde Opet madeni yağlar iş kolunun kontrolü Opet'ten çıkarak Opet ve Fuchs'un ortak girişimi olan Opet Fuchs'a geçecektir. Bildirim konusu işlemle ilgili inceleme yapılırken, devralan tarafın yani Opet Fuchs'un bir ortak girişim olarak 2005 yılında kurulduğu ve bu işlemle ilgili olarak Kurumumuza herhangi bir bildirim yapılmadığı tespit edilmiştir. Bildirime konu işlem ile ilgili değerlendirme yapılmadan önce, söz konusu ortak girişim hakkında inceleme ve değerlendirme yapılmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

a.Devralan Teşebbüs olan Opet Fuchs'un Ortak Girişim Olarak Kurulması İşlemi

Opet Fuchs, Opet Petrolcülük A.Ş. ile FUCHS Petrolub Aktiengesellschaft arasında Ocak 2005'te imzalanan Hissedarlar Sözleşmesi ile madeni yağ pazarında faaliyet göstermek üzere kurulan bir ortak girişimdir. Ancak gerek taraf vekiliyle yapılan görüşmelerde gerek Rekabet Kurumu kayıtlarında yapılan taramalarda söz konusu işlemin Kurul'a bildirilmediği saptanmıştır.

Ortak girişimin kurulduğu tarihte yürürlükte olan 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2 nci maddesinin (c) bendi uyarınca, amaçlarını gerçekleştirmek üzere işgücü ve malvarlığına sahip olacak şekilde bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkan ve taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmayan ortak girişimlerin, aynı Tebliğ'in 4. maddesinde belirtilen eşikleri geçmesi halinde, hukuken geçerli olabilmesi için Kurul'dan izin alınması gerekmektedir. Buna göre, birleşmeyi veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin, ülkenin tamamında veya bir bölümünde ilgili ürün piyasasında, toplam pazar paylarının piyasanın % 25'ini aşması halinde veya bu oranı aşmasa bile toplam cirolarının yirmi beş trilyon Türk Lirasını aşması halinde Rekabet Kurulu'ndan izin almalarının zorunlu olduğu belirtilmiştir.

1997/1 sayılı Tebliğ kapsamına giren ortak girişimler, bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini uzun süreli olarak yerine getirmek üzere kurulan ve böylece taraf teşebbüslerin yapısında kalıcı bir değişiklik meydana getiren ortak girişim türleridir. Ortak girişimin faaliyetlerini sürekli şekilde yürütebilmesi, temelde ortak girişimin günlük işlerini yürüten ve faaliyetlerinin devamı için yeterli mali kaynakların yanı sıra personel, finansman ve varlıkları da içeren diğer kaynaklara ulaşımını sağlayan bağımsız bir yönetim kadrosunun varlığına bağlıdır. Opet Fuchs'un yapısına bakıldığında, Yönetim Kurulu'nun ikisi Fuchs diğer ikisi de Opet tarafından önerilen toplam 4 kişiden oluşacağı, (.....TİCARİ SIR.....) ve şirket strateji ve politikalarının Yönetim Kurulunca belirleneceği, anlaşılmaktadır. Ortak girişimin iş gücü ve malvarlığına bakıldığında, 2011 yılı Ekim ayı sonu itibariyle (.....) kişi ile faaliyetlere devam edildiği, ilgili pazarda tek başına mal varlığı ve donanımı ile bağımsız bir iktisadi varlık olarak hareket ettiği belirtilmektedir. Ayrıca, Opet Fuchs'un, başta ana şirketler olmak üzere piyasada dilediği tedarikçiden ürün tedarik edebilme konusunda bağımsız olup ana teşebbüslerle olan tedarik ilişkisini de piyasa koşullarına göre şekillendirdiği belirtilmiştir. Dolayısıyla Opet Fuchs'un tam işlevsel bir ortak girişim olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Tarafların 2004 yılı toplam cirolarının hem tüm faaliyetleri, hem de ilgili pazar cirosu bakımından 25 milyon TL'yi aştığı ve 1997/1 sayılı Tebliğe göre bildirim tabi olduğu görülmüştür.

2010/4 sayılı Tebliğ açısından bakıldığında ise, Fuchs'un o tarihteki global cirosunun beş yüz milyon TL'yi; Opet'in Türkiye cirosunun da beş milyon TL'yi aştığı ve tarafların cirolarının 2010/4 sayılı Tebliğ'in 7 nci maddesinin ilk fıkrasının (b) bendinde öngörülen eşiklerin üzerinde olduğu anlaşılmıştır.

4054 sayılı Kanun'un 11. maddesi bildirim tabi yoğunlaşmaların Kurul'a bildirilmemesine ilişkin olup aşağıdaki hükmü haizdir:

“Madde 11- Bildirilmesi zorunlu olan birleşme ve devralma işleminin Kurula bildirilmemiş olduğu hallerde, Kurul, herhangi bir şekilde işlemde haberdar olduğu zaman kendiliğinden birleşme veya devralmayı incelemeye alır. İnceleme sonucunda;

(a) Birleşme veya devralmanın 7 nci maddesinin birinci fıkrası kapsamına girmediğine karar vermesi durumunda birleşme veya devralmaya izin verir, ancak ilgililere bildirimde bulunmadıkları için para cezası uygular.(...)”

- 100 1997/1 sayılı Tebliğ’in 6 ncı maddesi gereğince birleşme ve devralmaların değerlendirilmesinde ilgili piyasanın yapısı ve ülke içinde veya dışında yerleşmiş olan teşebbüslerin fiili ve potansiyel rekabeti bakımından ülkedeki etkin rekabetin korunması ve geliştirilmesi ihtiyacı ile ilgili teşebbüslerin, pazardaki durumu, ekonomik ve mali güçleri, sağlayıcı ve kullanıcı bulabilme alternatifleri, arz kaynaklarına ulaşabilme veya pazarlara giriş olanakları; pazara girişte herhangi bir yasal veya diğer giriş engelleri, ilgili mal ve hizmetlere olan arz-talep eğilimleri, aracı ve son tüketicilerin menfaatleri, rekabet engeli şeklinde olmayan ve tüketiciye avantajlar sağlayan teknik ve ekonomik süreçteki gelişmeler ve diğer hususlar göz önünde tutulacaktır. Buna göre, Opet’in madeni yağ iş biriminin 2004 yılı cirosu (.....) olup, toplam Türkiye cirosunun yaklaşık (.....) ’sine tekabül
- 110 etmektedir. Aynı dönemde Fuchs’un ise Türkiye’de herhangi bir iştiraki vasıtasıyla faaliyeti bulunmayıp, toplam cirosu (.....) olarak ifade edilmiştir. Opet’in madeni yağlar iş kolundaki 2004 yılı Türkiye pazar payı yüzde (.....) olarak bildirilmiştir. Fuchs’un 2004 yılında Türkiye’de pazar payı, Petrol Sanayi Derneği (Petder)’ne satış rakamları veren şirketlerin pazardaki satış miktarına göre değerlendirildiğinde (.....) pazar payına karşılık gelmektedir. 2004 yılında pazardaki firmaların pazar paylarına bakıldığında, tarafların otomotiv ve endüstriyel madeni yağ pazarlarındaki payının düşük olduğu ve piyasanın rekabet koşulları dikkate alındığında söz konusu ortak girişim sonucunda hâkim durum yaratılmasının veya mevcut hâkim durumun güçlendirilmesinin ve böylece rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Öte yandan taraflar Opet Fuchs
- 120 kurulduktan sonra, Fuchs’un Türkiye’deki yerleşik distribütör ve direkt kullanıcılara satışlarının Opet Fuchs tarafından yapılmaya başlandığını belirtmişlerdir. Ayrıca Fuchs’un Türkiye’deki pazar payı da çok düşük seviyelerdedir. Dolayısıyla söz konusu işlem neticesinde ilgili pazarda ana teşebbüsler arasında rekabetçi davranışların koordinasyonu yolu ile rekabetin kısıtlanmasının da söz konusu olmayacağı kanaati hasıl olmuştur.

- Ancak anılan işlemin Kurul’a bildirilmemesi nedeniyle 4054 sayılı Kanun’un 11. maddesi gereğince para cezasına hükmedilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, 4054 sayılı Kanun’un işlemin gerçekleştiği tarihte yürürlükte olan 19. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde, Kurul’un para cezası ve süreli para cezası verme yetkisinin, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin başvurusu veya bildirimle, bilgi verme ya da yerinde inceleme
- 130 yapılmasıyla ilgili hükümlerin ihlali halinde üç yıl, diğer hallerde beş yıl zaman aşımı süresine tabi olduğu belirtilmiştir. Bu çerçevede, 2005 yılında gerçekleşmiş olan işlem ilgili hüküm çerçevesinde zaman aşımına tabidir.¹

b. Bildirime Konu İşlem: Opet Fuchs Tarafından Opet’in Madeni Yağ İş Kolunun Devralınması

2010/4 sayılı “Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ”in (“Tebliğ”) 5 nci maddesinin ilk fıkrasının (b) bendinde; “Bir veya daha fazla teşebbüsün tamamının ya da bir kısmının doğrudan veya dolaylı kontrolünün, hisse ya da mal varlığının satın alınmasıyla, sözleşmeyle veya diğer bir yolla bir ya da daha fazla teşebbüs veya hâlihazırda en az bir teşebbüsü kontrol eden bir ya da daha fazla kişi

¹ 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun soruşturma zaman aşımı sürelerini düzenleyen 20. maddesinin 6/12/2006-5560/33 md. ile değişik 2. fıkrasının (c) bendinde soruşturma zaman aşımı süresinin elli bin Türk Lirasından az idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde de üç yıl olduğu belirtilmektedir.

140 *tarafından devralınması Kanununun 7 nci maddesi kapsamında birleşme veya devralma işlemi sayılır.” hükmüne yer verilmiştir.*

Bildirime konu devir işlemi ile Opet'in endüstriyel madeni yağ ve otomotiv madeni yağlarına ilişkin iş kolunun hâlihazırda Türkiye'de endüstriyel madeni yağ pazarında faaliyet göstermekte olan Opet Fuchs'a devredilmesi öngörülmüştür. Halen Opet ile Fuchs'un ortak girişimi olan Opet Fuchs'un hissedarlık yapısında işlem sonrasında herhangi bir değişiklik olmayacağı bildirilmiştir. Opet Fuchs'un hâlihazırdaki hissedarlık yapısına göre sermaye oranının (.....) Fuchs Petrolub A.G.'ye, (.....) Opet Petrolcülük A.Ş.'ye ve geri kalan (.....) oranındaki hisseler ise Ekrem EKMENCİ, Yavuz EVRANDIR ve Mogaz Petrol Gazları A.Ş.'ye aittir. Bu bilgiler çerçevesinde, Opet Fuchs'un tam işlevsel bir ortak girişim olduğu ve bildirim konu işlemde ilgili teşebbüs olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

150 Bildirime konu işlem ile Opet'in madeni yağ iş kolu ve buna ilişkin varlıklarının kontrolü Opet Fuchs'a geçecektir. Tebliğin 8 nci maddesinin 2 nci fıkrası uyarınca, işlem taraflarının tüzel kişiliğe sahip olan ya da olmayan kısımlarının devredilmesi halinde devreden taraf bakımından yalnızca devredilen kısmın cirosu esas alınmalıdır.

Taraflardan Opet'in devre konu madeni yağ iş birimine ait 2010 yılı Türkiye cirosu (.....) dir. Devralan Opet Fuchs'un Türkiye cirosu ise (.....) olmakla beraber, Opet Fuchs'un ana teşebbüslerinden Fuchs'un dünya cirosu (.....) ve diğer ana teşebbüs Opet'in Türkiye cirosu ise (.....). Dolayısıyla 2010/4 sayılı Tebliğ'in 7 nci maddesinin (a) ve (b) bendlerindeki ciro eşikleri aşıldığından, söz konusu işlemin izne tabi bir işlem olduğuna hükmedilmiştir.

Gerçekleşecek devralma işleminin Türkiye'deki otomotiv ve endüstriyel yağ pazarına etkisini hesaplayabilmek için, bu pazardaki rakiplerin pazar paylarına bakılması gerekmiştir. Petrol Sanayi Derneği (Petder) verilerinden yola çıkarak yapılan hesaplamalara göre şu bilgiler edinilmiştir: Etkilenen pazarlarda ortalama pazar büyüklüğü en fazla olan üç firma (.....TİCARİ SİR.....) olarak sıralanmaktadır. Opet bu sıralamada (.....) pazar payı ile (.....) sırada gelmekte; anılan iş kolu Opet Fuchs'a devredildiğinde elde edilecek toplam pazar payı %(.....) yükselecek olup, devir işlemi bu sıralamayı değiştirmeyecektir. Dolayısıyla belirtilen pazar payları ve etkilenen pazarların rekabetçi yapısı dikkate alındığında, bildirim konu devralma işleminin Türkiye sınırları içinde önemli bir yoğunlaşmaya neden olması mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla bildirim konu işlem ile herhangi bir pazarda hâkim durum yaratılmasının veya mevcut hâkim durumun güçlendirilmesinin ve böylece rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmadığı değerlendirilmiştir.

H. SONUÇ

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre;

180 - Bildirim konusu işlemin 4054 sayılı Kanun'un 7 nci maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 2010/4 sayılı "Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" kapsamında izne tabi olduğuna, işlem sonucunda aynı Kanun maddesinde belirtilen nitelikte hakim durum yaratılmasının veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesinin ve böylece rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmaması nedeniyle işleme izin verilmesine,

11-64/1663-593

190 - Bununla birlikte, bildirim konusu işlem ile haberdar olunan ve Opet Petrolcülük A.Ş. ile Fuchs Petrolub Aktiengesellschaft arasında Ocak 2005'te imzalanan Hissedarlar Sözleşmesi ile madeni yağ pazarında faaliyet göstermek üzere kurulan bir ortak girişim olan Opet Fuchs Madeni Yağ Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin Rekabet Kurulu'nun izni olmaksızın gerçekleştirilmiş olması nedeniyle idari para cezası verilmesi gerekmele birlikte; 4054 sayılı Kanun'un mülga 19. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre zamanaşımına uğradığından idari para cezası verilmesine yer olmadığına, ayrıca söz konusu ortak girişim sonucunda hâkim durum yaratılmasının veya mevcut hâkim durumun güçlendirilmesinin ve böylece rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmadığına

200

OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.