

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

**REKABET KURULU KARARI**

Dosya Sayısı : 2009-1-100 (Muafiyet)  
Karar Sayısı : 10-24/338-122  
Karar Tarihi : 18.03.2010

**A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER**

10

**Başkan** : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI  
**Üyeler** : Doç. Dr. Mustafa ATEŞ Mehmet Akif ERSİN,  
İsmail Hakkı KARAKELLE, Doç. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY,  
Murat ÇETİNKAYA, Reşit GÜRPINAR

**B. RAPORTÖRLER:** İsmail Atalay YOLCU, Şamil PİŞMAF, Tuğçe KOYUNCU

**C. BİLDİRİMDE**

20

**BULUNAN** : Total Oil Türkiye A.Ş.  
Onur Ofis Park İş Merkezi İnkılap Mah. Üntel Sok.  
B1 Blok No:10 34768 Ümraniye/İstanbul  
Temsilcisi: Dr. Metin KANMAZ  
Barbaros Mah. Dereboyu Cad. Fesleğen Sok. Uphill Court Sitesi  
A1-B Blok K:6 D:36, 34746 Ataşehir/İstanbul

**D. TARAFLAR** : - Total Oil Türkiye A.Ş. ile 516 adet Bayi

30

**E. DOSYA KONUSU:** Total Oil Türkiye A.Ş. ile 12 Mart 2009 tarihi öncesinde bayilik anlaşması imzalayan 516 adet bayi arasındaki dikey anlaşmalara muafiyet tanınması talebi.

40

**F. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 14.08.2009 tarih ve 5731 sayı ile giren ve eksiklikleri en son 07.01.2010 tarih ve 220 sayı sayı ile tamamlanan bildirim üzerine, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4 ve 5. maddeleri hükümleri uyarınca yapılan inceleme sonucunda düzenlenen 12.03.2010 tarih ve 2009-1-100/MM-10-İAY sayılı Muafiyet Ön İnceleme Raporu, 12.03.2010 tarih ve REK.0.05.00.00-130/60 sayılı Başkanlık önergesi ile 10-24 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır. Ayrıca inceleme sürecinde Total tarafından 09.03.2010 tarih ve 2101 sayılı yazı ile 2005 yılı sonrasında daha önce üzerinde hiçbir gerçek veya tüzel kişi tarafından akaryakıt bayilik faaliyeti yapılmamış arsalar/araziler üzerinde yapılan ve istasyonlara özgü yatırımların maliyetleri Total tarafından karşılanan akaryakıt istasyonları ve bu istasyonları işleten bayilerle yapılan anlaşmalarla ilgili bilgi verilmiştir.

50

**G. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda;

Total ile bayileri arasında 12.03.2009 tarihinden önce yapılan dikey anlaşmalardan;

- 1) - 18.09.2005 tarihi öncesi yapılmış olup da anılan tarih itibarıyla bakiye süreleri beş yılı aşanların, 18.09.2010 tarihine kadar,
- 18.09.2005 tarihinden sonra yapılanların ise aşağıda belirtilenler hariç olmak üzere, yapıldıkları tarihten itibaren beş yıl süreyle,

## 10-24/338-122

2002/2 sayılı Tebliğ ile tanınan grup muafiyetinden yararlanma ve uygulanma olanakları bulunduğu,

2) 18.09.2005 tarihinden sonra daha önce üzerinde istasyonlu akaryakıt bayilik faaliyeti yapılmamış arsalar/araziler üzerinde maliyeti Total tarafından karşılanmak suretiyle kurulan istasyonlara ilişkin anlaşmalara;

- "Bayilerin, anlaşmaların ilk olarak imzalandıkları tarihten itibaren beşinci yılın sonunda, Total tarafından üstlenilen ilişkiye özgü yatırımın varsa kalan süreye tekabül eden bedelini ödeyerek anlaşmaları sona erdirebilmeleri" konusunda tarafların anlaşmaları koşuluyla, imza tarihinden itibaren on yıla kadar muafiyet tanınabileceği,
- Tarafların yukarıda belirtilen hususlarda anlaşamamaları halinde ise bahse konu dikey anlaşmaların, yapıldıkları tarihten itibaren beş yıl süreyle 2002/2 sayılı Tebliğ ile tanınan grup muafiyetinden yararlanabilecekleri,

görüşü ifade edilmiştir.

## H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

### H.1. Taraflar

Total Oil Türkiye A.Ş. (Total), petrol ürünlerinin depolaması ile toptan ve perakende satış konularında faaliyet göstermektedir. Şirket EPDK'dan alınan Dağıtıcı Lisansına sahip olup, mevcut durumda şirkete ait Total markası altında faaliyet gösteren toplam istasyonlu bayi sayısı 509'dur. Bunun yanı sıra, bildirim formuna göre, 12.03.2009 tarihi öncesinde Total ile bayilik, intifa, kira ve sair sözleşmeler yoluyla bayilik ilişkisi kurmuş toplam 516 adet istasyonlu akaryakıt bayii bulunmaktadır.

### H.2. İlgili Pazar

#### H.2.1. İlgili Ürün Pazarı

Taraflar arasındaki "Bayilik Sözleşmesi"nin kapsamı göz önüne alındığında, bildirim konu işlem çerçevesinde ilgili ürün pazarı, "oto lpg dışında kalan otomotiv yakıtları" "oto-LPG" ve "madeni yağ" pazarları olarak belirlenmiştir.

#### H.2.2. İlgili Coğrafi Pazar

Gerek beyaz akaryakıt ürünleri, gerekse oto-LPG ve madeni yağ dağıtım faaliyetlerinin yurt çapında gerçekleştirilmesi ve ilgili hizmetler bakımından rekabet şartlarının farklılaşmasına neden olacak bir unsur bulunmaması nedeniyle coğrafi pazar, "Türkiye" olarak kabul edilmiştir.

### H.3. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

#### H.3.1. Bildirim Kapsamındaki Anlaşmaların Konusu ve Niteliği

2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin 2. maddesinde üretim ve dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren iki ya da daha fazla teşebbüs arasında belirli mal veya hizmetin alımı, satımı veya yeniden satımı amacıyla yapılan anlaşmalar dikey anlaşma olarak tanımlanmaktadır.

Rekabet Kurulunun akaryakıt sektöründe uygulanan dikey anlaşmalara ilişkin olarak almış olduğu geçmiş ve yakın tarihli çok sayıda kararlar ve Kuruma yapılan başvurular çerçevesinde, akaryakıt sektöründe dikey anlaşmaların çeşitli şekillerde kuruldukları görülmektedir. Bunlardan en yaygın olarak görülen anlaşma türünde, akaryakıt istasyonu ya da istasyon inşasına elverişli arsa/arazi maliki bayii adayı ile dağıtıcı arasında bayilik ilişkisinin kurulmasına esas teşkil eden bir protokol yapılmakta, söz konusu protokolda yüklenilen taahhüde istinaden, malik tarafından dağıtıcı lehine ilgili

taşınmaz üzerinde uzun süreli intifa hakkı tanınmasını müteakiben taraflar arasında ayrıca bayilik sözleşmesi yapılmaktadır.

100 Bir başka anlaşma türünde ise bayilik faaliyeti yürütmek isteyen ancak akaryakıt istasyonu sahibi olmayan kişiler, malik ile anlaşarak taşınmaz üzerinde kira hakkı elde etmekte, söz konusu kira hakkına istinaden herhangi bir dağıtıcı ile bayilik ilişkisi kurulmaktadır. Bu süreçte, dağıtıcı ile prensipte anlaşılmasının ardından; dağıtıcı, bayi adayı ve malik arasında üçlü bir protokol yapılmakta; söz konusu protokol gereğince malik tarafından ilgili taşınmaz üzerinde dağıtıcı lehine intifa hakkı tanınmakta; nihayetinde dağıtıcı ile taşınmaz üzerinde kira hakkını elinde bulunduran bayi arasında da bayilik sözleşmesi imzalanmaktadır.

110 Yine sektörde yaygın olarak görülen bir başka anlaşma türünde ise daha önce dağıtıcı lehine ilgili taşınmaz üzerinde intifa hakkı tanıyan malik ile dağıtıcı arasında bayilik sözleşmesi yapılmakta ve istasyon bir müddet malik tarafından bayi sıfatıyla işletilmektedir. Daha sonra malik ile dağıtıcı arasındaki sözleşme herhangi bir sebeple sona erdiğinde, malik tarafından bulunan ve dağıtıcı tarafından onaylanan üçüncü bir kişi bayilik faaliyetini devralmakta ya da işletme hakkı doğrudan dağıtıcı tarafından üçüncü bir kişiye kullandırılmaktadır.

120 Kuşkusuz sektörde yukarıda sayılanlar dışında da çeşitli şekillerde kurulan dikey ilişkiler bulunmaktadır. Bildirim formunda ise, bildirim konu anlaşmalardan hangisinin ne şekilde kurulduğuyla ilgili detaylı açıklamalara yer verilmemekle birlikte anılan anlaşmalara ilişkin örnek mahiyetinde bir adet bayi ile yapılan dikey anlaşma kapsamındaki sözleşmeler sunulmuştur. Bununla birlikte muafiyet talep edilen anlaşmaların tamamında, genel koşullar itibarıyla birbirinin aynı veya benzer nitelikte bayilik sözleşmeleri yapıldığı, söz konusu anlaşmalarda intifa (veya kira) süreleri, verilecek ekipmanlar, Total ya da bayi tarafından yapılacak inşaat, intifa bedelleri ve ödeme şekli ve sair hususlarda farklılıklar bulunabildiği belirtilmiştir.

Bildirim formu ekinde yer alan Total ve Mıhçılar Otomotiv Petrol Ür. Lastik San. Ve Tic. Ltd. Şti. (Mıhçılar) ile yapılan anlaşma: taraflar arasında 19.06.2007 tarihinde imzalanan "Sözleşme", 02.07.2007 tarihinde imzalanan "Bayilik Protokolü", 02.07.2007 tarihli "Akaryakıt İstasyonları İçin Ariyet ve Emanet Sözleşmesi", 02.10.2007 tarihli "Akaryakıt İstasyon İşletme Sözleşmesi" ve 02.08.2007 tarihinden itibaren anlaşma konusu akaryakıt istasyonu üzerinde Total lehine 12 yıl süreli olarak tesis edilen intifa hakkından oluşmaktadır.

130 Söz konusu "Akaryakıt İstasyon İşletme Sözleşmesi"nin 1.1 maddesinde "*İŞLETİCİ, ... adresli arsadaki akaryakıt istasyonunda ŞİRKET'ten satın alacağı petrol ürünlerini ve ŞİRKET'in öngöreceği diğer malları kendi nam ve hesabına iştigal etmek suretiyle satacağı bir servis satış istasyonu işletmeyi taahhüt eder. ...*" hükmü yer almaktadır. Aynı sözleşmenin 2. maddesinde ise: "*İŞLETİCİ satışa arz edeceği bütün petrol ürünlerini ve diğer mallarını yalnız ŞİRKET'den ve/veya ŞİRKET'in tayin edeceği bir ikmal kaynağından satın almayı ve hangi sebeple olursa olsun ŞİRKET'in yazılı oluru almadan başkalarından satın almamayı kabul ve taahhüt eder.*" ifadelerine yer verilmiştir. Taraflar arasında imzalanan "Bayilik Protokolü"nde de benzer hükümler bulunmaktadır.

140 Bu açıdan, Total ile Bayiler arasında imzalanan protokoller, bayilik sözleşmeleri, emanet sözleşmeleri ve bunlarla bağlantılı intifa hakkı ya da uzun süreli kira hakkı kurulmasına ilişkin resmi senetler ve sözleşmeler, bayi üzerine rekabet yasağı getiren dikey anlaşmalar niteliğinde olup 2002/2 sayılı Tebliğ'de yer alan düzenlemelere tabidir.

Diğer taraftan bildirim formu eki listede, Total bünyesinde yer alan ve hisselerinin %99'u Total'a ait olan Doco Petrol ve Danışmanlık A.Ş. tarafından işletilen istasyonların da bahse konu muafiyet başvurusu çerçevesinde bildirildiği görülmektedir. Aynı teşebbüs çatısı altında faaliyet gösteren şirketler arasındaki anlaşmaların, ekonomik bütünlük yaklaşımı çerçevesinde 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi anlamında "teşebbüsler arasında" rekabeti kısıtlayıcı birer anlaşma olarak değerlendirilememesi nedeniyle, bu ve izleyen bölümlerdeki açıklamalar ve ulaşılan sonuçlar söz konusu istasyonlara ilişkin anlaşmalar bakımından geçerli değildir.

### H.3.2. Bildirime Konu Dikey Anlaşmaların 2002/2 sayılı Tebliğ Bakımından Değerlendirilmesi

2002/2 sayılı Tebliğ'in 3. maddesinde rekabet etmeme yükümlülüğü "*alıcının anlaşma konusu mal veya hizmetlerle rekabet eden mal veya hizmetleri üretmesini, satın almasını, satmasını ya da yeniden satmasını engelleyen doğrudan veya dolaylı her türlü yükümlülük*" olarak ifade edilmiştir. Tebliğ'in 5/a maddesinde ise *Tebliğ ile tanınan muafiyetin anlaşmalarda alıcıya getirilen belirsiz süreli veya süresi beş yılı aşan rekabet etmeme yükümlülüğüne uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır.*

Yukarıda yer verilen sözleşme hükümlerinden görüldüğü üzere, bahse konu dikey anlaşmalar ile Bayilerin faaliyetleri üzerine 2002/2 sayılı Tebliğ anlamında rekabet yasağı getirilmekte olup söz konusu yasağın süresinin belirlenmesinde ise gerek bayilik sözleşmeleri, gerekse Total lehine tesis edilen intifa hakkı ve benzeri etkiye sahip sözleşmelerin sürelerinin dikkate alınması gerekmektedir.

Danıştay'ın 13.05.2008 tarihli ve E.2006/1604, K.2008/4196 sayılı kararı ve bu karar üzerine Rekabet Kurulunun konuyla ilgili olarak daha önce almış olduğu kararlar ile sabit olduğu üzere; intifa, tapuya şerh edilmiş kira veya benzer etkiye sahip sözleşmeler, bayi üzerindeki rekabet etmeme yükümlülüğünün süresinin 2002/2 sayılı Tebliğ ile düzenlenen 5 yıllık üst sınırı fiili olarak aşmasına neden olmaktadır.

Diğer taraftan, 2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliğinin Açıklanmasına Dair Kılavuz'un 32. paragrafında yer alan açıklamalar doğrultusunda, gerek bahse konu anlaşmaların niteliği, gerekse mevzuattan kaynaklanan yükümlülükler dikkate alındığında, bildirimlere konu anlaşmalar bakımından rekabet yasağına ilişkin hükümlerin, anlaşmanın geri kalanından ayrılabilmesi mümkün olmadığından, anlaşmaların bir bütün olarak 2002/2 sayılı Tebliğ'in sağladığı grup muafiyetinden yararlanamayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Bu doğrultuda, Rekabet Kurulunun konuyla ilgili olarak daha önce almış olduğu ve taraflar arasındaki rekabet yasağına dayalı dikey ilişkinin kapsamının ve süresinin ne şekilde tespit edileceğinin açık bir şekilde ortaya konduğu kararlar<sup>1</sup> ile de belirtildiği üzere, Total tarafından yapılan başvuru ekinde unvanları sayılan bayilerle Total arasında yapılan dikey anlaşmalardan:

- 18.09.2005 tarihi öncesi yapılmış olup da anılan tarih itibarıyla bakiye süreleri beş yılı aşanların, 18.09.2010 tarihine kadar,

- 18.09.2005 tarihinden sonra yapılanların ise aşağıda H.3.4. no'lu bölümde yer verilen açıklamalar saklı kalmak kaydıyla, yapıldıkları tarihten itibaren beş yıl süreyle,

2002/2 sayılı Tebliğ ile tanınan grup muafiyetinden yararlanma ve uygulanma olanakları bulunduğu görülmektedir. Beş yılı aşan süreler bakımından ise bireysel muafiyet incelemesine tabi tutulmaları gerekmektedir.

<sup>1</sup> Rekabet Kurulunun 05.03.2009 tarih, 09-09-187-57 ve 09.12.2009 tarih, 09-58/1394-363 sayılı kararları.

190 **H.3.3. Bireysel Muafiyet Değerlendirmesi**

4054 sayılı Kanunun "Muafiyet" başlıklı 5. maddesine göre, Rekabet Kurulu, bu maddede belirtilen koşulların tamamının varlığı halinde teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının 4. madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verebilir: Bu koşullar 5. maddenin birinci fıkrasında;

- 200 a. Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması,  
 b. Tüketicinin bundan yarar sağlanması,  
 c. İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması,  
 d. Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması

şeklinde sayılmıştır. Başvuruya konu dikey anlaşmaların yukarıda yer alan muafiyet koşullarını taşıyıp taşımadığına ilişkin değerlendirmelere aşağıda yer verilmiştir.

**H.3.3.1. Malların Üretim ve Dağıtımı ile Hizmetlerin Sunulmasında Yeni Gelişme ve İyileştirmelerin Ya Da Ekonomik veya Teknik Gelişmenin Sağlanması Şartı, Total'in Etkinlik Savunması ve Değerlendirme**

Bu koşulun sağlandığının kabulü için üretimin ve dağıtımın iyileştirilmesi, teknik ve ekonomik gelişmenin artması ve bunun net pozitif etkilerle sonuçlanması, etkinlik artışının nesnel olarak gösterilebilmesi gerekmektedir.

- 210 Bu noktada, mehzaz mevzuatın uygulanması konusundaki ATAD içtihadı, taraflara özgü olan, yani öznel sayılabilecek ekonomik faydaların kabul edilemeyeceğini gösterdiğinden, Komisyon'un Uygulama Rehberi; ileri sürülen etkinlik artışının niteliği, anlaşma ile etkinlik artışı arasındaki bağlantı, iddia edilen etkinlik artışının büyüklüğü ve gerçekleşme olasılığı, bunun nasıl ve ne zaman ortaya çıkacağı ve etkinlik artışına ulaşmanın maliyeti konularında ikna edici açıklamaların bulunması gerektiğini belirtmektedir.

- 220 Total tarafından yapılan başvuruda, Rekabet Kurumu 1. Daire Başkanlığınca hazırlanan Akaryakıt Sektörü Raporu'nun, Rekabet Kurulunun 09-09/187-57 sayılı Barbaros/Altınbaş ve 09-09/186-56 sayılı Bölünmez/Pol-Pet kararının ve sektörde bu dosyalarla benzer nitelikte olup Rekabet Kurulunun önüne gelebilecek diğer uyuşmazlıklar için geçerli olacak yaklaşımı ortaya koyan 12.03.2009 tarihinde Kurum web sitesinde yayımlanan duyurusunun belirleyici olduğu belirtilmiştir. Söz konusu tarih esas alınmak suretiyle, 12.03.2009 tarihinden önce bayilik sözleşmesi ile birlikte imzalanmış olan tüm intifa sözleşmeleri için süreleri sonuna kadar muafiyet talep edilmiştir.

- 230 Bununla birlikte 12.03.2009 tarihinden önce akdedilen intifa sözleşmelerinin toplam sayısının 516 olduğu, bu sözleşmelerin (....) adedinin, 12.3.2009 tarihi itibarıyla kalan süresinin 5 yılın üzerinde olduğu ifade edilmiştir. 5 yılı geçen sözleşmelerin geriye kalan süresi ve bunların toplam Total satış miktarı içindeki payı itibarıyla dağılımı bir tablo halinde şu şekilde sunulmuştur:

**Tablo 1: Total bayilerine ilişkin sözleşme ve satış payı bilgileri**

<b>Geriyeye kalan süre (Yıl)</b>	<b>Sözleşme Sayısı</b>	<b>Total satış miktarı içindeki payı(%)</b>
(.....)	(....)	(....)
(.....)	(....)	(....)
(.....)	(....)	(....)
(.....)	(....)	(....)
(.....)	(....)	(....)
(.....)	(....)	(....)

Bu çerçevede, süresi 5 yılı geçen toplam (....) adet intifa sözleşmesinin (....) adedinin 15 yıldan daha az süreli sözleşmeler olduğu belirtilmiş, bu sözleşmelerin Total toplam satışları içindeki payının %(....) olduğu ifade edilmiştir. Söz konusu (....) adet sözleşmenin yaklaşık yarısının ise 8 yıldan daha kısa süreli olduğu belirtilerek Total için önem taşıyan bu sözleşmelere muafiyet verilmesinin akaryakıt pazarına etkisinin ihmal edilir seviyede olacağı iddia edilmiştir.

240 Diğer taraftan, Total'in beyaz akaryakıt ürünlerindeki pazar payının 2002 yılında %(....) düzeylerinde iken, 2008 yılında %(....) gerilediği, oto-LPG pazarında ise 2002 yılında %(....) olan pazar payının 2008 yılında %(....) olarak gerçekleştiği, madeni yağ pazarında ise istasyonları vasıtasıyla satılan madeni yağ oranının %(....) gibi çok düşük seviyelerde olduğu ifade edilmiş, rakiplerinin pazar paylarıyla karşılaştırıldığında en büyük 4 rakibi ile aralarında ciddi farklar bulunduğu, bu nedenle Total'in pazarda küçük bir teşebbüs olduğu vurgulanmıştır. Yine Total'in yeni istasyon kurmakta, mevcut istasyonları transfer etmekte ve dağıtım ağındaki istasyonları büyükler karşısında korumakta zorlanması nedeniyle satışlarını arttıramamakta ve pazar payının düşmesini engelleyememekte olduğu belirtilmiştir.

250 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan bireysel muafiyetin ilk koşulu olan "ekonomik fayda" şartının sağlandığına ilişkin başvuru formunda belirtilen gerekçeler ise şu şekilde özetlenebilir;

1) Rekabet Kurumunun özellikle Akaryakıt Sektör Raporu'ndaki uzun süreli intifa sözleşmelerinin büyüklerin yararına olduğu ve küçüklerin satış artışını ve pazara girişini engellediği ve böylece uzun süredir yoğunlaşmış pazar yapısının devam ettiği şeklindeki tespitlerinden hareketle, talep edilen muafiyetin esas itibarıyla amacı ve etkisinin Total'in diğer rakiplerine karşı korunması değil akaryakıt sektöründeki yoğunlaşmanın önlenmesi ve azaltılması, böylece rekabetin korunması ve geliştirilmesi olduğu belirtilmiştir. 12.03.2009 tarihinden önceki intifa sözleşmelerine muafiyet verilmediği takdirde Total'in ciddi şekilde pazar dışına çıkma tehdidi altında kalacağı, kaybettiği pazar payının büyükler tarafından alınacağı ve böylece Rekabet Kurumu'nun ana amacının aksine en büyük 4 dağıtıcının oluşturduğu yoğunlaşmanın artmasının kaçınılmaz olacağı belirtilerek alt gerekçeleri şu şekilde ifade edilmiştir;

260 “  
a. Total'in istasyonlarının hemen hemen tamamının Eylül 2010'da rekabete açılması, bu istasyonların büyük dağıtıcılara transferine ve pazardaki mevcut yoğunlaşmanın artmasına neden olacaktır.  
b. Total'in beklenen ciddi kaybını büyük şehirlerde ve mevcut durumda istasyon olmayan illerde (bölgelerde) istasyon kurarak/transfer ederek telafi etmesi söz konusu değildir. Dolayısıyla mevcut istasyonlarının önemli bir kısmını koruması zaruridir.  
270 c. Total tarafından istasyonlara yapılan toplam yatırımların sadece düşük bir kısmının kendisini geri ödediği ve beklenen kar beklentisinin gerçekleşmediği dikkate alındığında mevcut sözleşmelerin karardan muaf tutulması Total'in zaten yetersiz olan finans gücünü koruyarak ekonomik fayda sağlayacaktır.”

2) Total'in sözleşmelerinin yaklaşık %(....) rekabete açılması ve bu rekabette istasyonlarının büyük bir kısmını kaybedeceği riski dikkate alındığında, muafiyet verildiği takdirde Total'in tapuda intifaların 5 yıla çekilmesinin yaratacağı yatırımların geri kalan kısmının geri alınması gibi ciddi sorunlarla karşılaşmayacağı ve bu durumun ekonomik fayda sağlayacağı öne sürülmüştür.

280 Bu noktada, öncelikle inceleme konusu ürünün özelliği ile dağıtım ve perakende satış noktalarındaki standardizasyon dikkate alındığında, akaryakıt dağıtım anlaşmalarının,

bireysel muafiyetin ilk koşulu olan yeni ürün veya üretim tekniklerinin bulunması ve geliştirilmesi bakımından uygun bir zemin teşkil etmediği görülmektedir.

Total tarafından, bireysel muafiyet tanınması halinde muafiyetin ilk koşulunun gerçekleşmiş olacağı yönelik olarak yapılan etkinlik savunmasının ise bu konuyla doğrudan bir bağlantısının bulunmadığı, ancak genel olarak rekabet hukuku kapsamında değerlendirilebileceği görülmektedir.

Rekabet hukukunun asıl amacı rakibi değil rekabeti korumak olup küçük ve orta ölçekli işletmelerin korunmasına yönelik olarak kanunda doğrudan bir hüküm de bulunmamaktadır. Bu noktada, Rekabet Kurulunun 19.11.2008 tarihli ve 08-65/1055-411 sayılı kararında rekabet hukukunun amacına ilişkin olarak şu ifadelerle yer verildiği vurgulanmalıdır:

*“4054 sayılı Kanun’un temel amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarının önlemek, bunun için gerekli düzenlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır. Son cümleden görüldüğü gibi, Rekabet Hukuku’nun en önemli evrenselleşen ilkesi **“rekabet hukukunun rakibi değil, rekabeti koruduğudur”**...”*

Bu çerçevede rekabet hukuku açısından önemli olan husus, sadece belirli bir seviyenin altındaki rakiplerin değil piyasadaki etkin rekabetin olumsuz etkilenmemesidir. Bu nedenle, muafiyet tanınmaması halinde Total’in piyasa dışına çıkma tehdidi altında olacağı iddiası dikkate alınarak, akaryakıt sektöründeki rekabetin olumsuz etkileneceğinin kabul edilmesi mümkün değildir.

Diğer taraftan, Total yapmış olduğu etkinlik savunmasında muafiyet tanınması halinde pazardaki yoğunlaşmanın azalacağını belirtmiş, ancak bu savını destekleyecek veriler de ortaya koyamamıştır. Dolayısıyla muafiyet tanınmadığı takdirde Total’in pazar dışına çıkabileceği iddiası kadar, muafiyet tanınması halinde pazardaki yoğunlaşmanın azalacağı iddiası da nesnellikten yoksundur.

Nitekim, her ne kadar pazarda yoğunlaşma oranları görece yüksek de olsa pazar yapısına bakıldığında yıllar itibarıyla pazara yeni giren ve pazardan çıkan teşebbüsler olduğu gibi pazar paylarını arttıran ve düşüren teşebbüsler olduğu da görülmektedir. Örneğin beyaz ürünler bakımından POAŞ’ın pazar payı 1994 yılında %34,9 iken 2010 yılında %25,06’ya gerilemiş, Shell ve Turcas’ın pazar payı 1994 yılında %27,4 iken 2010 yılında benzin türlerinde %29,67’ye yükselmiştir. Yine Total’in 1994 yılında pazar payı %5,9 iken 2010 yılında bu oran %5,68 olarak gerçekleşmiş, BP’nin 1994 yılında pazar payı %8,9 iken 2010 yılında % 14,66 olmuştur<sup>2</sup>. Bu çerçevede pazarda faaliyet gösteren firmaların zamanla diğerlerinden pay alabildiği ve zaman içinde büyüyebildikleri görülmektedir. Bu nedenle, Total’e 15 yılı bulan sürelerle muafiyet tanınması halinde, pazardaki yoğunlaşmanın azalacağı ve daha rekabetçi bir pazar yapısı sağlanacağına dair iddia bilimsellikten uzaktır. Ayrıca Total’in piyasa dışına çıkma tehdidi altında olması, ilgili pazarın yapısı itibarıyla pazarda arz miktarının düşmesi ve bunun da mevcut fiyat seviyesi ve kalite düzeyini olumsuz yönde etkilemesi gibi bir endişe de yaratmamaktadır.

Bu nedenlerle, Total tarafından iddia edilen aksine, özellikle intifa, kira vb. uzun süreli sözleşmelerle birlikte akdedilen bayilik sözleşmelerinin bir bütün halinde, 2002/2 sayılı Tebliğ ile düzenlenen beş yıllık rekabet etmeme yükümlülüğü sınırı kapsamında değerlendirilmeye başlanmasıyla birlikte pazardaki yoğunlaşmanın azalacağı,

<sup>2</sup> Kaynak: Soysal, Cengiz: Rekabet Perspektifinden Türkiye Akaryakıt Sektörü , Ankara 2003 ve EPDK 2008 yılı Petrol Piyasası Sektör Raporu.

potansiyel girişlerin artacağı ve pazarın daha dinamik bir yapıya kavuşacağı; bunun dışında pazar payı %5'in altında yer alan teşebbüslere ayrıca muafiyet tanınması gibi farklı bir uygulamaya gidilmesinin gerekli olmadığı değerlendirilmektedir.

330 **H.3.3.2. Tüketicinin Ortaya Çıkan Ekonomik veya Teknik Gelişmeden Yarar Sağlaması Şartı, Total'in Etkinlik Savunması ve Değerlendirme**

4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi anlamında rekabeti sınırlayıcı etkileri olan bir anlaşmanın muafiyet alabilmesi için, tüketicinin ekonomik gelişmeden yarar sağlaması, ortaya çıkacak faydadan tüketicinin adil bir pay alması bir diğer koşuldur. Tüketicie yansiyacak yararlar kapsamında; fiyatlarda sağlanacak düşüş, kalitenin ve ürün çeşitliliğinin artırılması, mal veya hizmet arzında devamlılığın sağlanması gibi hususlar sayılabilir.

340 Total tarafından, bu madde bakımından yapılan savunmada da öncekine benzer şekilde, muafiyet verilmesi halinde ortaya çıkacak en önemli ekonomik faydanın en büyük 4 teşebbüsün oluşturduğu yoğunlaşmanın azalması ve rekabetin artması olduğu, bu çerçevede; rekabetin artması nedeniyle fiyatların düşmesi, istasyonların yaygınlaşması nedeniyle tüketicilerin ürüne daha kolay ulaşacağı, hizmet kalitesinin ve seçme imkânının yükseleceği ve neticede tüketicilerin fayda sağlayacağı belirtilmiştir.

Bildirim konusu anlaşma bakımından tüketici yararı öncelikle fiyat açısından değerlendirilecektir. Fiyat konusu Rekabet Kurulu'nun 24.07.2008 tarih ve 08-47/653-250 sayılı kararında ayrıntılı olarak ele alınmış olup; kararda akaryakıt dağıtım şirketlerinin uyguladıkları fiyatlar arasında litre bazında genellikle 1-3 kuruşluk farkların bulunduğu, genel olarak ise rafineri çıkış fiyatlarını takip ettikleri belirtilmiştir.

350 Petrol piyasasında satışa sunulan ürünlerin -özellikle ulusal marker uygulamasından sonra- büyük ölçüde homojen nitelikte olmaları, rafinaj ve dağıtım kademelerinde yeterince rekabetçi bir yapının bulunmaması, pompa satış fiyatları içerisinde dolaylı vergilerin payının çok yüksek olması gibi nedenlerle, farklı dağıtıcılarca ülke genelinde uygulanan akaryakıt fiyatlarının birbirine çok yakın düzeylerde seyrettiği dikkate alındığında, dikey anlaşmalar bakımından getirilecek kolaylıklar sonucunda fiyatlarda tüketiciye doğrudan yansiyacak anlamlı bir düşüş beklentisinin gerçekçi olmayacağı açıktır.

360 Diğer yandan, somut olarak bakıldığında da akaryakıt ürünlerinde rekabetçi bir fiyatlandırmanın olmadığına işaret eden olgular mevcuttur: Bilindiği üzere 2009 yılının ortalarında, uzun süreli intifa sürelerine dayalı anlaşmaların yürürlükte olduğu dönemde ortaya çıkan fiyatlandırma yapısına EPDK tarafından müdahale edilmiştir. EPDK tarafından yapılan tavan fiyat müdahalesinin en önemli gerekçeleri; ilgili pazarda fiyatların dünya fiyatlarına kıyasla ve yalnızca dolaylı vergi oranlarıyla açıklanamayacak derecede yüksek olması ve pazardaki dağıtıcılar tarafından uygulanan fiyatların neredeyse aynı sayılabilecek kadar birbirine yakın seyretmesidir. Yalnızca dikey anlaşmalara dayalı katı yapıyla açıklanması mümkün olmamakla birlikte, ortaya çıkan bu sorunlar, uzun süreli sözleşmelere dayalı yapının fiyatlandırma bakımından olumlu sonuçlar doğurmadığını göstermektedir.

370 Total tarafından öne sürülen: tüketicinin seçme imkânının yükselmesi, hizmet kalitesinin artması, istasyon sayısının yaygınlaşması nedeniyle tüketicinin ürüne daha kolay ulaşması gibi hususlar ise dikey anlaşmaların bilinen ve genel olarak varlığı kabul edilen faydaları olmakla birlikte, bu tür faydaların ortaya çıkması için bildirim konu türden anlaşmaların gerçekten de muafiyet talep edilen süreler kadar uygulanmasına ihtiyaç bulunup bulunmadığı, dolayısıyla rekabetin gereğinden fazla kısıtlanıp kısıtlanmadığı Kararın izleyen bölümlerinde ele alınmıştır.



### H.3.3.3. İlgili Pazarın Önemli Bir Bölümünde Rekabetin Ortadan Kalkmaması Şartı, Total'in Savunması ve Değerlendirme

380 Muafiyet kararı verilebilmesinde aranan bu olumsuz koşul gereğince, muafiyete konu anlaşma ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmasına neden olmamalı, başka bir deyişle sağlanan ekonomik gelişme veya fayda ile tüketicinin bundan yarar sağlaması, rekabetin ortadan kaldırılması ile ulaşılan sonuçlar olmamalıdır. Bu değerlendirme yapılırken dikkate alınması gereken başlıca hususlar; pazarda hâlihazırda giriş engellerinin olup olmadığı, hâkim durumda olan bir teşebbüsün bulunup bulunmadığı, dikey anlaşmalar aracılığıyla giriş engeli yaratılıp yaratılmadığı, tüketici tercihlerinin ne ölçüde kısıtlandığı ve pazarın yapısı olarak sıralanabilir.

390 Esasen akaryakıt dağıtım lisansı alabilmek için pazarda önemli bir hukuki giriş engeli bulunmamaktadır. Bu nedenle hâlihazırda çok sayıda dağıtım firmasının sektörde faaliyet gösterdiği söylenebilir. Akaryakıt dağıtım piyasasında 1994 yılında 10 adet şirket faaliyet gösterirken 2009 yılı itibarıyla 53 lisanslı dağıtım şirketi bulunmaktadır. Akaryakıt ürünlerinin tüketiciyle bulunduğu bayiler bakımından ise 5015 sayılı Kanun'da belirtilen kilometre tahdidi ve istasyon ruhsatı alabilecek arsa bulma zorluğu, kısmi giriş engelleri olarak değerlendirilebilir.

Dosyada yer alan EPDK verilerine göre, pazar paylarına göre en büyük 5 dağıtıcı şirketin, pazarın yaklaşık %84'üne; en büyük 10 dağıtıcı şirketin ise, pazarın yaklaşık %92'sine sahip olduğu görülmektedir. Teşebbüslerin pazar paylarına bakıldığında, herhangi bir teşebbüsün hakim durumda olduğunu söylemenin mümkün olmadığı ilgili ürün pazarında, yaklaşık %26'lık oranla en yüksek pazar payına sahip teşebbüsün Petrol Ofisi A.Ş. olduğu, onu sırasıyla yine yaklaşık %21 ile Shell&Turcas A.Ş., %16 oranla Opet Petrolcülük A.Ş. ve %12 ile BP Petrolleri A.Ş.'nin takip ettiği görülmektedir.

400 Pazara ilişkin bu genel istatistiksel verilerin ötesinde, ilgili pazarın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkıp kalkmadığına ilişkin değerlendirmelerde; dikey anlaşmalardaki rekabet kısıtlamalarının, teşebbüslerin bu kısıtlamaları stratejik bir şekilde piyasaya girişleri kapatmak için kullanma olasılığı çerçevesinde ele alınması ve benzer anlaşmaların pazarda yaratacağı kümülatif (birikimli) etkiye bakılması gerekmektedir.

410 En geniş tanımı ile piyasa kapama etkisi, alıcının sağlayıcıya ve/veya sağlayıcının alıcıya erişimini kısıtlayan ticari stratejileri ifade etmektedir. Bir diğer tanımda ise piyasa kapama etkisi, *mevcut ya da piyasaya yeni giren rakip teşebbüslerin rekabet etme şansı bulamadığı piyasa yapısı* şeklinde ifade edilmiştir<sup>3</sup>. Dağıtım seviyesinde ortaya çıkan kapama etkisi, ilgili piyasada bağlı satış noktası sayısının toplam dağıtım ağına oranı şeklinde ifade edilmektedir. Bu oranın yükselmesi, bir sağlayıcının, girdi temininde veya üretimde herhangi bir güçlük yaşamadığı halde dahi, en basit ifadeyle ürettiği mal ya da hizmetleri son kullanıcılara ulaştıracak alıcı bulamaması nedeniyle piyasa dışına çıkmasına neden olabilmektedir<sup>4</sup>. Bir başka deyişle, eğer bir teşebbüs yeterli sayıda müşterisini rakiplerinden mal almamaya ikna ederse, rakipler etkin bir şekilde üretim yapmalarını ya da piyasada var olmalarını sağlayacak miktardaki ürünü satın alacak sayıda (hacimde) müşteri bulamayabilirler<sup>5</sup>. Bu durumun doğal sonucu, potansiyel rakiplerin piyasaya girişinin engellenmesi ve/veya mevcut rakiplerin görece

<sup>3</sup>Karakurt, A., "Ekonomik ve Hukuki Açından Piyasa Kapama Etkisi", Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, s. 3-4, Ankara, 2005

<sup>4</sup> Karamustafaoğlu M. ve Pişmaf, Ş. 15. Uluslararası Enerji ve Çevre Fuarı ve Konferansı Bildiriler Kitabı, pp.164,167, İstanbul,2009

<sup>5</sup> Ekdi, B., "Dikey Anlaşmalar Yoluyla Piyasanın Kapatılması", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - II, pp.97-133, Nisan, 2004

420 yüksek maliyetlere katlanarak varlığını sürdürme ya da piyasadan çekilme kararı ile karşı karşıya kalmasıdır<sup>6</sup>. Kuşkusuz bu sonucun ortaya çıkmasında ve yaratacağı olumsuz etkilerin derecesinde, piyasa kapama etkisine neden olan dikey anlaşma(lar)nın süresi de son derece önem arz etmektedir.

Bu bakımdan dikey anlaşmaların ekonomiye ve tüketiciye sağlayacağı yararlar ile ilgili pazardaki rekabetçi yapı üzerinde yaratması muhtemel zararlar arasında makul bir denge kurmayı hedefleyen 2002/2 sayılı Tebliğ, bu tür anlaşmaların rekabet yasağına ilişkin hükümlerinin beş yılı aşmamak kaydıyla muafiyetten yararlanabileceğini düzenlemektedir.

430 Bu noktada anılan bildirim formunda, Total'in ilgili ürün pazarlarındaki payının %5-6 seviyesinde olduğu, en büyük 4 rakibinin Total'e göre 2 ile 5 misli arasında daha büyük ölçekte olduğu ve bu rakiplerine göre marka imajı, satış tonajı ve yüksek intifa bedellerini karşılamaktaki finans gücü bakımından ciddi şekilde zayıf konumda olduğu hususlarına dikkat çekildiği görülmektedir.

Yine söz konusu bildirim formunda, Rekabet Kurulunun birçok muafiyet kararında, %5 civarındaki pazar payına sahip teşebbüslerin rekabeti sınırlayıcı uygulamalarının pazardaki rekabeti azaltmadığını tespit ettiği belirtilmiş ve Kurulun 6.6.2002 tarihli ve 02-36/399-167 sayılı Pilsa kararı örnek olarak gösterilmiştir. Bahse konu kararın ilgili bölümü şu şekildedir:

440 *“Dosya mevcudu bilgi ve belgeler çerçevesinde; pazarda 50-60 civarında teşebbüsün olduğu, bu teşebbüslerden 8-10'unun pazarın yaklaşık %80'ine sahip bulunduğu, PİLSA'nın pazar payının ise yaklaşık %5 olması nedeniyle pazarın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması şartının yerine getirildiği anlaşılmaktadır.”*

450 Bildirim formunda ayrıca, pazar yapısı itibarıyla muafiyet incelemesine konu olan pazarlarla büyük benzerlik gösteren (çok sayıda teşebbüs, yoğunlaşmanın yüksekliği) bir pazarda Total'in sahip olduğu %5 seviyesinde pazar payı nedeniyle, verilecek muafiyet sonucunda pazarın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmadığı/kalkmayacağı iddia edilmektedir. Bu konuda ayrıca “Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz”un 119. paragrafında yer verilen “... Bir sağlayıcının bağlı pazar payı %5'ten az ise, anılan sağlayıcının birikimli kapama etkisine önemli bir katkıda bulunmadığı kabul edilebilir.” açıklamasının da bu görüşü destekler nitelikte olduğu öne sürülmektedir. Yine AB mevzuatı içinde %5 pazar payına sahip teşebbüslerin “De Minimis” (göz ardı edilebilirlik) kuralı gereğince rekabet mevzuatı kapsamı dışında kaldığı hususu da ileri sürülen gerekçeler arasındadır.

460 Yukarıda sayılan nedenlerle, Total'in %5 civarındaki pazar payı ile ve sadece 12.03.2009 öncesinde imzaladığı intifa sözleşmelerine süreleri sonuna kadar muafiyet verilmesinin hiçbir şekilde rekabete negatif etkisinin söz konusu olmayacağı, muafiyeti istenen sözleşmelerden [kalan] süresi 5 yılı geçen toplam (...) adet intifa sözleşmesinin (...) tanesinin 15 yıldan daha az süreli sözleşmeler olduğu, Total için önem taşıyan bu sözleşmelere muafiyet verilmesinin akaryakıt pazarına etkisinin hem Total'in pazar payı bakımından hem de bu sözleşmelerin süresi bakımından ihmal edilir seviyede olduğu ve son olarak, verilen muafiyet ile Total'in bundan ek yarar sağlayarak pazar payını anlamlı bir şekilde artırmasının söz konusu olmayacağı savunulmuştur.

<sup>6</sup> Karamustafaoğlu M. ve Pişmaf, Ş. age. s 165

470

Buna ilave olarak, Total'e mevcut sözleşmeleri için verilecek muafiyetin pazarda aynı veya daha zayıf konumda olan küçük teşebbüslere de verilmesi halinde dahi, paralel ağ şartı olan %50 seviyesinin söz konusu olmayacağı, bu seviyenin bahse konu küçük teşebbüsler için sadece %20 olması nedeniyle rekabeti azaltıcı etkisinin bulunmayacağı iddia edilmiştir.

480

Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz'un 116. paragrafında "Tebliğ'de tek marka sınırlamaları (rekabet etmeme yükümlülüğü, miktar zorlaması gibi) sağlayıcının pazar payının %40'ın altında olduğu ve anılan sınırlamanın beş yılı aşmadığı durumda muaf tutulmaktadır. Pazar payının %40'ın veya zaman sınırının beş yılın üzerinde olduğu hallerde bireysel değerlendirmeler için aşağıdaki hususlar dikkate alınmalıdır" ifadesi yer aldıktan sonra, Kılavuzun devamında sağlayıcının bağlı pazar payı ve rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi arttıkça pazarın kapanmasının o oranda artacağı ve ilgili pazarda sağlayıcılar önemli sayıda alıcıyla bu yönde anlaşmalar yapmış ise, pazarın potansiyel rakiplere kapatılabileceği açıklamalarına yer verilmiştir.

Bu bağlamda dosyada yer alan ve Türkiye akaryakıt sektöründe faaliyette bulunan dağıtıcı teşebbüsler, bu teşebbüslere bağlı akaryakıt istasyonu sayıları ve pazar paylarına aşağıda yer verilmektedir:

Tablo 2: Dağıtım şirketlerinin anlaşmalı olduğu istasyonlu bayi sayıları ve 2008 yılı satış miktarı verileri<sup>7</sup>

DAĞITIM ŞİRKETİ	İstasyonlu Bayi Sayısı	Toplam İstasyon Sayısına Oranı	Benzin Satış m3(İstasyonlu Bayiler Aracılığıyla)	Benzin Satış Pazar Payı (İstasyonlu Bayiler Aracılığıyla)	Motorin Satış m3(İstasyonlu Bayiler Aracılığıyla)	Motorin Satış Pazar Payı (İstasyonlu Bayiler Aracılığıyla)
PETROL OFİSİ + ERK	3071	24,19%	557.125	25,06%	3.517.596	28,68%
OPET	1393	10,97%	371.150	16,69%	1.918.705	15,64%
SHELL	1225	9,65%	659.689	29,67%	2.242.251	18,28%
LUKOIL + AKPET	763	6,01%	43.658	1,96%	402.463	3,28%
BP	626	4,93%	325.820	14,66%	1.585.754	12,93%
TOTAL	514	4,05%	126.318	5,68%	690.178	5,63%
ALPET	426	3,36%	31.453	1,41%	344.712	2,81%
BALPET (BPET)	441	3,47%	5.891	0,26%	98.584	0,80%
BÖLÜNMEZ (MOIL)	391	3,08%	25.210	1,13%	198.549	1,62%
TERMOPET	390	3,07%	4.801	0,22%	90.512	0,74%
STARPET	378	2,98%	4.009	0,18%	76.693	0,63%
ENERJİ	372	2,93%	7.505	0,34%	111.169	0,91%
TURKUAZ	288	2,27%	10.467	0,47%	152.676	1,24%
YALÇINKAYA + TECO	266	2,10%	4.344	0,20%	103.741	0,85%
KADOIL	227	1,79%	4.971	0,22%	94.073	0,77%
PETLINE	216	1,70%	9.435	0,42%	95.146	0,78%
ERDELTA (USPET)	206	1,62%	2.036	0,09%	72.425	0,59%
BEST OIL	189	1,49%	2.917	0,13%	67.126	0,55%
SOIL	178	1,40%	3.189	0,14%	61.435	0,50%
N-PET (PETROTURK)	166	1,31%	3.760	0,17%	60.619	0,49%
BİRLEŞİK	107	0,84%	1.353	0,06%	31.783	0,26%
DELTA	97	0,76%	2.498	0,11%	32.223	0,26%
TPPD	82	0,65%	3.217	0,14%	33.283	0,27%
TURKOIL	61	0,48%	149	0,01%	2.159	0,02%
DİĞER	620	4,88%	12.223	0,55%	181.517	1,48%
TOPLAM	12693	100,00%	2.223.188	100,00%	12.265.372	100,00%

<sup>7</sup> Kaynak: <http://www.epdk.gov.tr/lisans/petrol/bayilik/bayilikbul.asp>

Tablo'dan görüleceği üzere sektörde herhangi bir teşebbüsün hakim durumda olduğuna işaret edebilecek bir pazar payının mevcut olmadığı; muafiyet talep eden Total'in ise ortalama %5 civarında pazar payına sahip olduğu görülmektedir.

Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuzun 119. paragrafı şu şekildedir:

“Sağlayıcının pazar gücü değerlendirilirken “rakiplerin pazardaki konumu” da önemlidir. Rakipler yeterince çok ve güçlü ise sağlayıcının uyguladığı tek marka anlaşmasından hissedilir derecede rekabeti bozucu etkiler beklenmez. Pazar kapama etkisi, rakip teşebbüslerin tek marka anlaşmasını uygulayan sağlayıcıdan önemli ölçüde küçük olduğu hallerde ortaya çıkabilecektir. Rakipler birbirine benzer büyüklükte ve benzer çekicilikte ürünler sunuyorsa pazarın rakiplere kapatılması söz konusu olmayabilecektir. **Ancak ilgili pazarda sağlayıcılar önemli sayıda alıcıyla bu yönde anlaşmalar yapmış ise, pazar potansiyel rakiplere kapatılabilir.** Birikimli etki olarak da adlandırılan bu durum aynı zamanda sağlayıcılar arasında rekabeti sınırlayıcı işbirliğine (collusion) de yol açabilir. Şayet sağlayıcılar Tebliğ kapsamında iseler bu yöndeki birikimli etkiyi ortadan kaldırmak için muafiyetin geri alınması gerekebilir. Bir sağlayıcının bağlı pazar payı % 5'ten az ise, anılan sağlayıcının birikimli kapama etkisine önemli bir katkıda bulunmadığı kabul edilebilir.”

Söz konusu Kılavuz'un 49. paragrafında ise şu açıklamalar bulunmaktadır:

“...Pazarda faaliyet gösteren pek çok sağlayıcının dağıtım organizasyonlarını benzer kısıtlamaları kullanarak birbirlerine paralel biçimde düzenlemeleri, dikey kısıtlamaların olumsuz etkilerini artırıcı etkiye sahiptir. Bu durum birikimli etki olarak da tanımlanmakta olup, muafiyetin geri alınması, birikimli etkiden kaynaklanabilecek rekabet sorunları nedeniyle de gündeme gelebilecektir. İlgili pazara girişler ve ilgili pazardaki rekabet, birbiriyle rekabet halindeki sağlayıcılar veya alıcılar tarafından uygulanan benzer nitelikteki dikey anlaşmaların oluşturduğu paralel ağlar tarafından önemli ölçüde engellenmekte ise Kanun'un 5. maddesindeki muafiyet şartlarının gerçekleşmesi mümkün değildir.”

2002/2 sayılı Tebliğ'in 6. maddesinde de şu düzenleme yer almaktadır:

“Benzer nitelikteki dikey sınırlamaların oluşturduğu paralel ağlar ilgili pazarın %50'sinden fazlasını kapsıyorsa, Rekabet Kurulu, ayrıca çıkaracağı bir tebliğ ile ilgili pazarda belirli sınırlamaları içeren dikey anlaşmaları bu Tebliğ'in sağladığı muafiyetin dışına çıkarabilir.”

Yukarıda yer verilen açıklamaların çoğu, pazar payının muafiyete ilişkin değerlendirmelerde dikkate alınması gereken bir unsur olduğunu göstermektedir. Ancak, bireysel muafiyet tanınmasına ilişkin Rekabet Kurulu kararları, benzer nitelikteki diğer işlemler bakımından da emsal teşkil edebileceği dikkate alındığında, rekabet mevzuatında küçük teşebbüsler lehine pozitif ayrımcılık yapılmasını gerektiren genel bir düzenleme de bulunmadığından, salt ilgili teşebbüsün pazar payının düşük olmasına bağlı olarak verilecek bir muafiyet kararının, büyüklerin de muafiyet talep etmelerini engellemeyeceği açıktır. Bu nedenle, muhtemel kümülatif etkinin belirlenmesinde yalnızca ilgili tarafların pazar payına dayalı bir yaklaşım yeterli olmayıp, muafiyet tanınan anlaşmanın niteliği ve diğer anlaşmalar içerisindeki yerinin iyi tespit edilmesi ve benzer anlaşmalarla birlikte ele alınması gerekmektedir.

Bu noktada, pazar payı ölçütü dışarıda bırakıldığında, akaryakıt ürünlerinin istasyonlar marifetiyle satışında, gerek yerleşik teamüller gerekse ilgili mevzuat nedeniyle, benzer nitelikteki dikey sınırlamalar içeren anlaşmaların oluşturduğu paralel ağların, Total'in iddiasının aksine, **ilgili pazarın %100'ünü** kapsadığını vurgulamak gerekmektedir. Yani ilgili pazarda yer alan dağıtıcı teşebbüslerin **tamamının** istasyonlu bayileri ile

yapmış oldukları **bütün** dikey anlaşmalar tek marka sınırlaması içermekte ve bu bakımdan, bayiler üzerine dağıtıcılar tarafından arz edilen mallar ile rekabet etmeme yükümlülüğü getirmektedir. Bu nedenle, mevcut hukuksal durum da dikkate alındığında, muafiyet talebine konu olan anlaşmalarla benzer nitelikteki anlaşmalardan kaynaklanan kümülatif etkinin %100'e kadar çıkabileceği görülmektedir.

540 Diğer taraftan EPDK'nın 2008 yılı Petrol Piyasası Sektör Raporu'ndaki verilere ve EPDK internet sitesinde yer alan istasyonlu bayilik lisansı verilerinden ortaya konulan sonuca göre; ülkemiz akaryakıt sektöründe, Total da dahil olmak üzere, pazar payı %5 gibi görece düşük sayılabilecek bir oranın altında olan dağıtıcı şirketlerin anlaşmalı istasyonlu bayi sayılarının 04.01.2010 tarihi itibarıyla **6378** olduğu görülmektedir. Bu sayı; toplam istasyonlu bayi sayısının **yarısından fazladır**. Bu bakımdan: münferit olarak değerlendirildiğinde, pazarda hissedilir bir etki yaratmayabileceği düşünülen bir anlaşmanın, sektörde eşdeğer ya da büyük ölçüde benzer durumda olan teşebbüslerin tamamınca uygulanması nedeniyle ortaya çıkan birikimli etkinin, pazarın önemli bir bölümünün diğer dağıtıcıların rekabetine kapatılması, pazarda işbirliği ve koordinasyon riskinin önemli ölçüde artması sonucunu doğurması kaçınılmaz olacaktır.

550 Dolayısıyla Total tarafından talep edilen husus, esas itibarıyla, Türkiye akaryakıt sektöründeki mevcut bayilik ağının yarısının, 2002/2 sayılı Tebliğ ile öngörülen (beş yıllık) sınırın çok ötesinde bir süre için diğer dağıtıcıların rekabetine kapatılmasına izin verilmesi anlamına gelmektedir. Salt bu husus dahi, bahse konu dikey anlaşmaların, ilgili pazarın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmasına neden olacağı konusunda şüpheye yer bırakmamaktadır. Kaldı ki, söz konusu anlaşmaların son derece önemli bir bölümünün halihazırda uzun süredir kesintisiz olarak uygulanmakta olduğu da unutulmamalıdır.

560 Bu noktada ülkemiz rekabet mevzuatında "*De Minimis*" (göz ardı edilebilirlik) kuralının geçerli olmadığı, dolayısıyla rekabeti hissedilir derecede etkilemeyen anlaşmaların Kanunun 4. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceğine yönelik bir yaklaşımın da mümkün olmadığı belirtilmelidir. Zira 4054 sayılı Kanun'da "*De Minimis*" kuralına dayanak oluşturacak herhangi bir kriter veya ifadeye yer verilmemiştir. Diğer yandan, bu kural ülkemiz mevzuatı bakımından geçerli olsaydı dahi, somut olayda yine de uygulanamayacağını ifade etmek gerekir. "*De Minimis*" kuralının uygulanmasına ilişkin olarak Avrupa Birliği Komisyonu tarafından yayımlanan duyuruda<sup>8</sup>; ilgili pazarda, rekabetin, bir çok teşebbüsün kümülatif olarak değerlendirilen paralel anlaşmalarının etkisi sonucu bozulması söz konusu ise "*De Minimis*" kuralının uygulanmayabileceğinin belirtilmesi, bu durumun açık bir göstergesidir.

570 Başvuru konusu dikey anlaşmaların sürelerinin, ilgili pazardaki rekabetçi yapı üzerine mevcut ve/veya muhtemel etkilerine de ayrıca değinmekte fayda görülmektedir. Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz'un 118. paragrafında konuyla ilgili olarak şu açıklamalar bulunmaktadır:

*"Sağlayıcının pazardaki konumu yanında uygulanan rekabet etmeme yükümlülüğünün kapsamı ve süresi de anılan değerlendirmede çok önem kazanmaktadır. Sağlayıcının satışlarının tek marka anlaşmasından kaynaklanan kısmı arttıkça, eş deyişle bağlı pazar payı arttıkça, pazarda kapama riski de artacaktır. Benzer şekilde rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi arttıkça pazarın kapanması o oranda artacaktır. Hakim durumda olmayan teşebbüsler tarafından yapılan ve rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi bir yıldan az olan anlaşmaların, genel olarak hissedilir derecede rekabeti bozma etkisi olmadığı kabul edilir. Hakim durumda olmayan teşebbüslerin bir ila beş yıl*

<sup>8</sup> Commission Notice on [agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition](#) under Article 81(1) of the Treaty establishing the European Community (de minimis)

580 *arasındaki rekabet etmeme yükümlülüğü içeren anlaşmalarının muafiyet alabilmeleri bu anlaşmaların rekabeti azaltıcı ve artırıcı etkilerinin dengelenmesine bağlıdır. Öte yandan beş yılı aşan bu yöndeki anlaşmalar birçok yatırım türü için ileri sürülen etkinliklere ulaşmak için gerekli görülmez veya bu etkinlikler pazar kapama etkisini dengelemeye yeterli değildir.”*

Yukarıda da aktarıldığı üzere, Total tarafından muafiyeti istenen sözleşmelerden (kalan) süresi 5 yılı geçen toplam (....) adet intifa sözleşmesinin (....) tanesinin 15 yıldan daha az süreli sözleşmeler olduğu, Total için önem taşıyan bu sözleşmelere muafiyet verilmesinin akaryakıt pazarına etkisinin hem Total'in pazar payı bakımından hem de bu sözleşmelerin süresi bakımından ihmal edilir seviyede olduğu öne sürülmektedir.

590 Bununla birlikte, Total tarafından sunulan 07.01.2010 tarihli yazı ekinde sunulan belgelerde yer alan verilere göre: söz konusu anlaşmalardan (....) adedi 15 yıldan uzun, (....) adedi 10 – 15 yıl, (....) adedi 5-10 yıl süredir kesintisiz uygulanmakta olup, yalnızca geriye kalan (....) adedinin uygulama süresi 5 yıl veya daha kısadır. Uygulama süresi 5 yıl veya daha kısa olan (....) anlaşmanın her biri kapsamında ise; 12 yıldan az olmamak üzere ve büyük kısmı 15 yıldan uzun süreli olarak Total lehine tesis edilmiş intifa hakkı bulunduğu da belirtilmelidir.

600 Oysa Kılavuz'un ilgili bölümünde de açıkça belirtildiği üzere, dikey anlaşmalardaki rekabet etmeme yükümlülüklerine ya da bu yükümlülüklerin anlaşmanın esaslı bir unsuru olduğu hallerde bir bütün olarak ilgili anlaşmaya, 2002/2 sayılı Tebliğ ile getirilen beş yıllık sürenin üzerinde bir süre için muafiyet tanınması çoğu kez haklı görülememekte, anlaşma sonucu ortaya çıkan etkinlikler, süresi beş yılı aşan anlaşmaların yaratacağı pazar kapama etkisini dengelemeye yeterli olarak değerlendirilememektedir.

Bu açıklamaların sonunda özetle ifade etmek gerekirse, bildirim konu anlaşmaların ilgili pazarın önemli bir bölümünde rekabeti ortadan kaldıracak nitelikte anlaşmalar oldukları, bu nedenle 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde yer verilen koşulları taşımadıkları kanaatine varılmıştır.

#### **H.3.3.4. Rekabetin (a) ve (b) Bentlerindeki Amaçların Elde Edilmesi İçin Zorunlu Olandan Fazla Sınırlanmaması Şartı, Total'in Savunması ve Değerlendirme**

610 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi uyarınca, ilgili piyasanın önemli bir kısmında rekabetin önemli ölçüde ortadan kaldırılmasına yol açmayacak olan bir anlaşmanın, tüketicilerin de faydasına olacak şekilde doğuracağı gelişme veya iyileşmelerin rekabeti daha az sınırlayıcı bir yol izlenerek elde edilmesi mümkünse, söz konusu anlaşmaya muafiyet tanınması mümkün değildir. Buna göre, sınırlama, anlaşmanın ardında yatan temel amaca uygun ve bunun gerçekleştirilmesi için gerekli olmalıdır.

620 Buna karşın, yukarıda detaylı olarak açıklandığı üzere, mevcut anlaşmalar 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi anlamında tüketici yararı sağlamadıkları gibi; ilgili pazarın önemli bir bölümünde de rekabetin ortadan kaldırılmasına neden olacak niteliktedirler. Söz konusu anlaşmaların bakımından, iddia edilen olumlu sonuçların alınabilmesi için Tebliğ ile getirilen 5 yıllık genel muafiyet süresi yeterli olup; bunu aşan sürelerin rekabetin gereğinden fazla sınırlanması sonucunu ortaya çıkardığı görülmektedir.

630 Tüm bu tespit ve değerlendirmeler neticesinde: bildirim konu anlaşmaların tümünün 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 1. fıkrasının (b), (c) ve (d) bentlerinde sayılan koşulları taşımadıkları ve bu nedenle hepsine birden 2002/2 sayılı Tebliğ ile öngörülen sınırı aşan süreler için bireysel muafiyet tanınmasının mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Ancak bu noktada, Kurulun daha önce almış olduğu kararlarla ortaya koymuş olduğu ölçütler çerçevesinde, başvuru konusu anlaşmalar içinde yer alan ve tümüyle yeni yatırım mahiyetinde olan istasyonlara özgü durumun ayrıca ele alınması gerekmektedir.

#### **H.3.4. Daha Önce Üzerinde İstasyonlu Akaryakıt Bayilik Faaliyeti Yapılmamış Arsalar/Araziler Üzerinde Maliyeti Total Tarafından Karşılanmak Suretiyle Kurulan İstasyonlara İlişkin Değerlendirme**

640 Total tarafından yapılan bireysel muafiyet başvurusu incelendiğinde, daha önce üzerinde istasyonlu akaryakıt bayilik faaliyeti yapılmamış arsalar/araziler üzerinde maliyeti Total tarafından karşılanmak suretiyle kurulan istasyonlara ilişkin, Total ile bayileri arasında henüz 5 yıllını doldurmamış olan bayilik ve onunla birlikte akdedilen intifa, kira vb. sözleşmelerin oluşturduğu 31 adet anlaşmanın olduğu görülmektedir.

650 Rekabet Kurulunun daha önce almış olduğu benzer konulu anlaşmalara ilişkin Kararlarında<sup>9</sup> da belirtildiği üzere, söz konusu anlaşmaların her birinin, daha önce üzerinde hiçbir gerçek ve/veya tüzel kişi tarafından akaryakıt bayilik faaliyeti yapılmamış arsalar/araziler üzerinde kurulacak yeni akaryakıt istasyonlarına ilişkin olmaları ve akaryakıt istasyonlarına özgü yatırımların dağıtıcı tarafından üstleniliyor olması dikkate alınarak, "bayilerin 5. yılın sonunda, Total tarafından üstlenilen ilişkiye özgü yatırımın varsa kalan süreye tekabül eden bedelini ödeyerek anlaşmaları sona erdirebilmeleri" konusunda tarafların anlaşmaları koşuluyla, bildirim konu dikey anlaşmalara 10 yıla kadar muafiyet tanınabileceği kanaatine varılmıştır.

### **I. SONUÇ**

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre,

Total Oil Türkiye A.Ş. ile bayileri arasında 12.3.2009 tarihinden önce yapılan dikey anlaşmalardan;

- 1- a) 18.9.2005 tarihi öncesi yapılmış olup da anılan tarih itibarıyla bakiye süreleri beş yılı aşanların, 18.9.2010 tarihine kadar,
- b) 18.9.2005 tarihinden sonra yapılanların ise aşağıda belirtilenler hariç olmak üzere, yapıldıkları tarihten itibaren beş yıl süreyle,

660 2002/2 sayılı Tebliğ ile tanınan grup muafiyetinden yararlanma ve uygulanma olanakları bulunduğu,

2- Daha önce üzerinde istasyonlu akaryakıt bayilik faaliyeti yapılmamış arsalar/araziler üzerinde maliyeti Total Oil Türkiye A.Ş. tarafından karşılanmak suretiyle kurulan istasyonlara ilişkin anlaşmalara;

- a) "Bayilerin, anlaşmaların ilk olarak imzalandıkları tarihten itibaren beşinci yılın sonunda, Total Oil Türkiye A.Ş. tarafından üstlenilen ilişkiye özgü yatırımın varsa kalan süreye tekabül eden bedelini ödeyerek anlaşmaları sona erdirebilmeleri" konusunda tarafların anlaşmaları koşuluyla, imza tarihinden itibaren on yıla kadar muafiyet tanınmasına,

<sup>9</sup> Rekabet Kurulunun 25.02.2010 tarihli ve 10-19/229-87 ile 10-19/ 228-86 sayılı Kararları.

**10-24/338-122**

670 b) Tarafların yukarıda belirtilen hususlarda anlaşamamaları halinde ise bahse konu dikey anlaşmaların, yapıldıkları tarihten itibaren beş yıl süreyle 2002/2 sayılı Tebliğ ile tanınan grup muafiyetinden yararlanabileceklerine OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.