

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2014-1-91

(Muafiyet)

Karar Sayısı : 14-54/924-419

Karar Tarihi : 25.12.2014

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI

Üyeler : Kenan TÜRK, Dr. Murat ÇETİNKAYA, Reşit GÜRPINAR,
Fevzi ÖZKAN, Doç. Dr. Tahir SARAÇ

B. RAPORTÖRLER: Şamil PİŞMAF, Muhammed Safa UYGUR, Metin DEMİRCİ

C. BİLDİRİMDE

BULUNAN

: OMV Petrol Ofisi A.Ş.

Temsilcisi: Derya GENÇ

Levent Cad. Yeni Sülün Sok. No:1 34330 1. Levent

Beşiktaş/İstanbul

- (1) **D. DOSYA KONUSU:** OMV Petrol Ofisi A.Ş., Erk Petrol Yatırımları A.Ş. ve USCO Gayrimenkul San. ve Tic. A.Ş. arasındaki dikey anlaşmaya menfi tespit belgesi verilmesi talebi.
- (2) **E. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 19.09.2014 tarihinde giren başvuru üzerine düzenlenen 18.12.2014 tarih ve 2014-1-91/MM sayılı Muafiyet Ön İnceleme Raporu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (3) **F. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda;
- OMV Petrol Ofisi A.Ş. (POAŞ), Başak Petrol Ürünleri ve Ticaret A.Ş. (BAŞAK PETROL), Ar-Ke İnşaat ve Tüketim Maddeleri Ticaret Ltd. Şti. (AR-KE) ve USCO Gayrimenkul Sanayi ve Ticaret A.Ş. (USCO) arasında muhtelif sözleşmelerle kurulan dosya konusu dikey ilişkiye 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesi kapsamında bulunması nedeniyle aynı Kanun'un 8. maddesi çerçevesinde menfi tespit belgesi verilemeyeceği,
 - Anılan dikey ilişkinin 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nde düzenlenen istisna kapsamında bulunmadığı, bu bakımdan 07.04.2013 tarihine kadar aynı Tebliğ ile tanınan grup muafiyetinden yararlandığı, bu nedenle hâlihazırda grup muafiyeti kapsamı dışında kaldığı,
 - Bununla birlikte ilgili dikey anlaşmanın daha önce üzerinde akaryakıt bayilik faaliyeti yürütülmemiş bir gayrimenkul üzerinde yeni bir istasyon kurulmasına ilişkin olması nedeniyle 07.04.2008 tarihinden itibaren 10 yıla kadar bireysel muafiyet tanınabileceği ifade edilmiştir.

G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

G.1. Taraflar

G.1.1. POAŞ ve Erk Petrol Yatırımları A.Ş.

- (4) Dosyadaki bilgilere göre POAŞ; benzin, motorin, oto gaz, jet yakıtı, siyah ürünler, LNG ve madeni yağ satışı alanlarında faaliyet göstermektedir. 2013 yılı sonu itibarıyla POAŞ, akaryakıt ve madeni yağlar sektörlerinde, 2.176 akaryakıt istasyonu, bir madeni yağ fabrikası, 11 akaryakıt, üç LPG dolun terminali, 25 hava ikmal ünitesi ve 1 milyon metreküpü aşan depolama kapasitesine sahip şekilde faaliyet göstermektedir. POAŞ hâlihazırda OMV Aktiengesellschaft (OMV) tarafından kontrol edilmektedir. OMV, Avusturya'nın en büyük halka açık sanayi şirketlerinden biri olup POAŞ'ın hisselerinin de %41,58'ine sahiptir. Diğer taraftan yine OMV'nin tek başına kontrolü altında bulunan OMV Petrol Ofisi Holding A.Ş. de POAŞ hisselerinin %55,40'ına sahiptir.

- (5) Erk Petrol Yatırımları A.Ş.'nin (ERK PETROL) ana faaliyet alanı, akaryakıt, petrol ve petrol ürünleri ile LPG ve benzeri diğer her türlü ürünü yurt içinde temin etmek veya ithal etmek, satmak, dağıtımını tanzim etmekten oluşmaktadır. Hisselerinin tamamına POAŞ'ın sahip olduğu ERK PETROL, hâlihazırda dosya konusu akaryakıt istasyonunun işleticisi konumundadır.

G.1.2. BAŞAK PETROL, AR-KE ve USCO

- (6) BAŞAK PETROL, akaryakıt ve LPG bayilik lisansına bağlı akaryakıt ve LPG istasyonu işletmeciliği faaliyeti göstermektedir. Daha önce üzerinde akaryakıt bayilik faaliyeti yapılmamış dosya konusu istasyon ile ilgili olarak BAŞAK PETROL ile POAŞ arasında 08.04.2008 tarihinde bayilik sözleşmesi yapıldığı görülse de ilgili istasyonda gerekli izinlerin alınamaması nedeniyle, BAŞAK PETROL'ün bayilik faaliyetini fiilen gerçekleştiremediği bildirim formunda yer alan bilgiler arasındadır.
- (7) POAŞ tarafından gönderilen ek bilgide yer alan tapu kayıtları incelendiğinde, istasyonun bulunduğu arazi üzerinde bir süre AR-KE ile ortak mülkiyete sahip olan BAŞAK PETROL'ün, daha sonra payların taksim edilmesiyle 14.01.2013 tarihinde malik sıfatını kaybettiği; AR-KE'nin ise 04.06.2014 tarihinde ilgili gayrimenkul üzerindeki mülkiyet hakkını USCO'ya devrettiği görülmektedir. Hâlihazırda istasyonun maliki USCO'dur.

G.2. Taraflar Arasındaki Hukuki İlişkiye Yönelik Tespitler

- (8) POAŞ tarafından gönderilen başvuruda özetle;
- İstasyon arazisinin 2008 yılında BAŞAK PETROL ve AR-KE tarafından eşit oranda hisseli olarak Toplu Konut İdaresi ihalesinden alındığı,
 - 07.04.2008 tarihinde taraflar ile POAŞ arasında bir protokol imzalanarak POAŞ lehine 16 yıl süreli intifa hakkı tanındığı,
 - POAŞ ile BAŞAK PETROL arasında inşa edilecek olan akaryakıt istasyonunun işleticiliği konusunda bir bayilik sözleşmesi akdedildiği,
 - Çeşitli hukuki ve fiili nedenler nedeniyle istasyonun uzun bir süre faaliyete geçemediği,
 - BAŞAK PETROL'ün istasyon henüz faaliyete geçmeden mülk üzerindeki hisselerini AR-KE'ye devrettiği,
 - Dikey ilişkinin daha önce üzerinde hiçbir akaryakıt bayilik faaliyeti yapılmamış arazi üzerinde kurulmuş yeni bir istasyona özgü olduğu ve yatırımın önemli bir kısmının POAŞ tarafından karşılandığı,
 - Söz konusu istasyonun işletilebilmesi için gerekli GSM ve EPDK lisanslarının ERK PETROL tarafından 07.10.2013 tarihinde alındığı ve bu tarihten önce istasyonda hiçbir akaryakıt satış faaliyetinin yapılmadığı,
 - BAŞAK PETROL ile yapılan bayilik anlaşmasının hiçbir zaman hayata geçmediği,
 - 24.01.2013 tarihinde taraflar arasında imzalanan zeyilname ile akaryakıt istasyonu ve eklentileri dışındaki bölümler üzerinde bulunan intifa hakkının kaldırıldığı ve İstasyonun POAŞ veya onun göstereceği bir başka kişi tarafından işletilmesi konusunda taraflar arasında anlaşma sağlandığı,
 - İstasyonun ERK PETROL ile POAŞ arasında 02.09.2013 tarihinde imzalanan bayilik anlaşması çerçevesinde ERK PETROL tarafından işletildiği,
 - Bu bağlamda, her ne kadar BAŞAK PETROL ile bayilik sözleşmesi imzalanmış olsa da bu sözleşmenin hiçbir zaman hayata geçmediği,
 - 2002/2 sayılı Tebliğ'de yer alan istisna hükmünün amaç itibarıyla, intifa süresinin bayi üzerinde bir baskı unsuruna dönüşmediği durumlarda mülkiyet hakkının korunmasına hizmet ettiği,

14-54/924-419

- Somut olayda da intifa hakkının herhangi bir baskı unsuruna dönüşmediği, BAŞAK PETROL ve AR-KE'nin aralarında hiçbir bayilik ilişkisi kalmamasına rağmen 24.01.2013 tarihli zeyilname ile intifa ilişkisinin devamı yönünde tasarrufta buldukları ifade edilerek, 07.04.2008 tarihli Protokol ve bunu tadil eden 24.01.2013 tarihli Zeyilname'ye 4054 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca menfi tespit belgesi verilmesi talep edilmiştir.
- (9) Kurum kayıtlarına USCO vekili tarafından gönderilen 20.11.2014 tarihli yazıda ise özetle;
- Dosya konusu dikey ilişkinin sona ermiş olması nedeniyle istasyon üzerindeki intifa hakkının terkin edilmesi talebiyle USCO tarafından POAŞ'a 24.06.2014 tarihinde ihtarname gönderildiği,
 - POAŞ'ın çeşitli bahanelerle USCO'yu oyaladığı ve bu arada Rekabet Kurumuna menfi tespit/muafiyet başvurusunda bulunduğu öğrenildiği,
 - USCO'nun taşınmazı edindiği sırada taşınmaz üzerinde başvurunun konusunu oluşturan intifa hakkı dışında herhangi bir kayıt ve kısıtlamanın bulunmadığı ve bu nedenle bu hususların USCO'ya karşı ileri sürülemeyeceği,
- ifade edilerek, POAŞ hakkında gerekli işlemlerin yapılması talep edilmiştir.
- (10) Taraflarca gönderilen bilgi ve belgelerin incelenmesinden; dosya konusu dikey ilişkinin 07.04.2008 tarihli Protokol ile kurulduğu; Protokolün 2. maddesi ile istasyon üzerinde POAŞ lehine 16 yıl süreli intifa hakkı kurulmasının kararlaştırıldığı; buna mukabil POAŞ ile BAŞAK PETROL arasında 08.04.2008 tarihinde beş yıl süreli bir bayilik sözleşmesi yapıldığı, 09.04.2008 tarihinde de intifa hakkının tapuya şerhinin gerçekleştirildiği görülmektedir.
- (11) Öte yandan, istasyonun faaliyete geçirilebilmesi için gerekli izin ve ruhsatların alınamaması nedeniyle akaryakıt istasyonu faaliyete geçirilememiş, bunun üzerine POAŞ, AR-KE ve BAŞAK PETROL arasında 07.04.2008 tarihli Protokole ek olmak üzere 12.02.2013 tarihli Zeyilname imzalanmıştır. Söz konusu Zeyilnamede ilgili gayrimenkul üzerinde istasyonun yer aldığı bağımsız bölüm harici bölümlerdeki intifa hakkının sona erdirilmesi ve akaryakıt istasyonunun işleticilik hakkının POAŞ veya POAŞ'ın onay vereceği üçüncü bir kişiye verilmesi kararlaştırılmaktadır. Tapu kayıtlarının incelenmesinden, AR-KE ve BAŞAK PETROL arasında yapılan taksim sonucunda BAŞAK PETROL'ün dosya konusu istasyon üzerindeki mülkiyet hakkının 14.01.2013 tarihinde sonlandığı görülmektedir. Akabinde POAŞ ile ERK PETROL arasında 02.09.2013 tarihi itibarıyla akaryakıt ve otopaz bayilik anlaşmaları imzalanmıştır.
- (12) EPDK kayıtlarına göre, ERK PETROL 07.10.2013 tarihinde aldığı bayilik lisansı ile İstasyon üzerinde hâlihazırda faaliyet göstermektedir. Son olarak, istasyon üzerindeki mülkiyet hakkının AR-KE tarafından 04.06.2014 tarihinde USCO'ya devredildiği Kurumumuza sunulan tapu bilgilerinden anlaşılmaktadır.

G.3. Değerlendirme

G.3.1. 4054 sayılı Kanunun 4. Maddesi Kapsamında Değerlendirme

- (13) 4054 sayılı Kanun'un "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar" başlıklı 4. maddesi, belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmaların, uyumlu eylemlerin ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemlerinin hukuka aykırı ve yasak olduğunu hükme bağlamaktadır.
- (14) 2002/2 sayılı Tebliğ'in 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.

- (15) POAŞ tarafından yapılan başvuruda, BAŞAK PETROL ile POAŞ arasındaki bayilik sözleşmesinin hayata geçirilmediği, bu nedenle taraflar arasında Kanun’un 4. maddesi kapsamında herhangi bir dikey ilişkinin kurulmadığı öne sürülmektedir.
- (16) Bununla birlikte, 07.04.2008 tarihli Protokol ve 08.04.2008 tarihli Bayilik Sözleşmesi çerçevesinde tarafların 2002/2 sayılı Tebliğin 2. maddesine uygun olarak belirli mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımına ilişkin konuların düzenlendiği görüldüğünden, bahse konu iddialar yerinde görülmemiştir. Öte yandan, sözleşmede öngörülen alım-satım ilişkisine girilememiş olması da durumu değiştirmemektedir. Zira ne 4054 sayılı Kanun ne de 2002/2 sayılı Tebliğ bağlamında sözleşmelerin bütün unsurlarıyla hayata geçirilmiş olması şartına yer verilmektedir.
- (17) Yukarıda yer verilen bilgi ve değerlendirmeler çerçevesinde, dosya konusu anlaşmaların 4054 sayılı Kanununun 4. maddesi kapsamında dikey anlaşma niteliğinde olduğu, bu nedenle aynı Kanununun 8. maddesi çerçevesinde dosya konusu anlaşmalara menfi tespit belgesi verilemeyeceği sonucuna varılmıştır.

G.3.2. 2002/2 sayılı Tebliğ Kapsamında Değerlendirme

- (18) 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.
- (19) Anılan Tebliğ ile öngörülen beş yıllık sürenin nasıl hesaplanacağı hususunda ise Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz’un 35. paragrafında, “*Beş yıllık rekabet etmeme yükümlülüğünün süresinin hesaplanmasında başlangıç tarihi olarak, taraflar arasında süregelen rekabet yasağına dayalı dikey ilişkiye başlangıç teşkil eden ilk anlaşmanın yapıldığı tarih esas alınacaktır. Taraflar arasındaki, rekabet yasağı içeren bayilik, işleticilik, tedarik vb. sözleşmeler ile birlikte bu sözleşmelerin süresine etki eden intifa, tapuya şerh edilmiş kira, ekipman gibi sözleşmelerin hepsinin aynı anda ortadan kalktığı tarih ise, rekabet yasağının sona erme tarihi olarak değerlendirilecektir.*” şeklinde açıklamalara yer verilmiştir.
- (20) BAŞAK PETROL, AR-KE ve POAŞ arasında çeşitli sözleşmelerle kurulan dikey anlaşma bu çerçevede değerlendirildiğinde, dikey ilişkiye başlangıç teşkil eden 07.04.2008 tarihli Protokolün imzalanmasından itibaren beş yıl süre ile grup muafiyetinden yararlanabileceği, bu tarihten sonra ise grup muafiyetinin kapsamı dışında kalacağı anlaşılmaktadır.
- (21) Öte yandan 2002/2 sayılı Tebliğ’in 5/a maddesinde, anlaşmalardaki rekabet etmeme yükümlülüğüne veya bu yükümlülüğün anlaşmanın asli bir parçası olduğu hallerde anlaşmanın tamamına yönelik olarak getirilen beş yıllık grup muafiyeti sınırına ilişkin olarak istisnai bir durum düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm, “*Alicinin anlaşmaya dayalı faaliyetlerini sürdürürken kullanacağı tesisin mülkiyeti arazi ile birlikte veya alıcı ile bağlantısı olmayan üçüncü kişilerden sağlanan bir üst hakkı çerçevesinde sağlayıcıya ait ise yahut alıcı bu faaliyetini sağlayıcının alıcı ile bağlantısı olmayan üçüncü kişilerden elde ettiği bir ayni veya şahsi kullanım hakkının konusu olan bir tesiste sürdüreceyse, alıcıya getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü, söz konusu tesisin alıcı tarafından kullanıldığı süreye bağlanabilir; şu kadar ki, rekabet etmeme yükümlülüğü, bu sürenin beş yılı aşan kısmı bakımından, sadece alıcının söz konusu tesiste yürüteceği faaliyetini kapsar.*” şeklindedir. Bununla birlikte, dikey anlaşmalara ilgili istisna hükmünün

uygulanabilmesi için dikey ilişkinin en başından bu hükme uygun kurulması gerekmektedir. Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz'da buna ilişkin olarak, *"Muafiyet kapsamındaki beş yıllık süre dolmadan; faaliyetlerin sona erdirilmesi, devralma vb. yollarla dikey anlaşmanın taraflarında değişiklik ortaya çıkması halinde muafiyetten yararlanılabilecek sürenin uzaması söz konusu değildir."* şeklinde açıklama yapılmıştır.

- (22) Bu çerçevede işletici olarak belirlenen BAŞAK PETROL'ün anlaşmanın ilk akdedildiği tarih itibarıyla aynı zamanda istasyonun maliki olması nedeniyle, bahse konu anlaşmanın istisna hükmüne uygun kurulmadığı görüldüğünden, dosya konusu dikey ilişkinin Tebliğ ile öngörülen istisnadan yararlanamayacağı değerlendirilmektedir.

G.3.3. Bireysel Muafiyet Değerlendirmesi

- (23) 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde Rekabet Kuruluna, bu maddede belirtilen koşulların tamamının varlığı halinde teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının 4. madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verme yetkisi tanınmıştır. Kurulumuz tarafından ise akaryakıt sektöründeki dikey anlaşmalara bireysel muafiyet verilebilmesinin şartları 25.02.2010 tarihli, 10-19/228-86 sayılı OPET ve 10-19/229-87 sayılı DELTA ile 18.03.2010 tarihli, 10-24/338-122 sayılı TOTAL kararlarıyla belirlenmiş; anılan ve izleyen kararlarda dikey anlaşmaların, daha önce üzerinde hiçbir gerçek ve/veya tüzel kişi tarafından akaryakıt bayilik faaliyeti yapılmamış arsalar/araziler üzerinde kurulmuş yeni akaryakıt istasyonlarına ilişkin olmaları ve akaryakıt istasyonlarına özgü yatırımların dağıtıcı tarafından üstleniliyor olması dikkate alınarak, bayilerin beşinci yılın sonunda, dağıtım firması tarafından üstlenilen ilişkiye özgü yatırımın varsa kalan süreye tekabül eden bedelini ödeyerek anlaşmaları sona erdirebilmeleri konusunda tarafların anlaşmaları koşuluyla 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen şartları taşıyacağına ve dolayısıyla 10 yıla kadar muafiyet tanınmasına karar verilmiştir.
- (24) Bununla birlikte, Kurulumuz 20.08.2014 tarih ve 14-29/586-254 sayılı karar ile bireysel muafiyet koşullarına ilişkin yeni bir değerlendirmede bulunmuştur. Bu yaklaşıma göre; bir dikey anlaşmaya 10 yıla kadar bireysel muafiyet tanınabilmesi için söz konusu anlaşmanın, *"daha önce üzerinde akaryakıt bayilik faaliyeti yapılmamış arsa/arazi üzerinde kurulmuş yeni bir akaryakıt istasyonuna ilişkin olması"* yeterli kabul edilmiştir. Müteakip dosyalarda da Kurulumuz benimsediği yeni yaklaşım doğrultusunda karar tesis etmiştir.
- (25) Bu çerçevede başvuru konusu dikey ilişki incelendiğinde; dosya konusu akaryakıt istasyonunun daha önce üzerinde akaryakıt bayilik faaliyeti yapılmamış arsa/arazi üzerinde kurulmuş yeni bir akaryakıt istasyonu niteliği taşıması nedeniyle, anılan dikey anlaşmaya 07.04.2008 tarihinden itibaren 10 yıla kadar bireysel muafiyet tanınabileceği kanaatine varılmıştır.

H. SONUÇ

- (26) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre;
1. OMV Petrol Ofisi A.Ş., Başak Petrol Ürünleri ve Ticaret A.Ş., Ar-ke İnşaat ve Tüketim Maddeleri Ticaret Ltd. Şti. ve USCO Gayrimenkul San. ve Tic. A.Ş. arasında muhtelif sözleşmelerle kurulan dikey ilişkiye 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında bulunması nedeniyle aynı Kanun'un 8. maddesi çerçevesinde menfi tespit belgesi verilemeyeceğine,
 2. Anılan dikey ilişkinin 2002/2 sayılı Tebliğ'de düzenlenen istisna kapsamında bulunmadığına, bu bakımdan 07.04.2013 tarihine kadar aynı Tebliğ ile tanınan grup muafiyetinden yararlandığına ancak hâlihazırda grup muafiyeti kapsamı dışında kaldığına,

14-54/924-419

3. Bununla birlikte ilgili dikey anlaşmanın daha önce üzerinde akaryakıt bayilik faaliyeti yürütülmemiş bir gayrimenkul üzerinde yeni bir istasyon kurulmasına ilişkin olması nedeniyle 07.04.2008 tarihinden itibaren 10 yıla kadar bireysel muafiyet tanınmasına OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.