

REKABET KURULU KARARI

Dosya No : D4/1/Ö.P.-98/2, (D1/2/Ö.P.-98/2)

Karar No : 99-26/230-138

Karar Tarihi : 27.05.1999

Toplantıya Katılan

II. Başkan : Prof. Dr. M. Tamer MÜFTÜOĞLU

Üyeler : Mehmet Zeki UZUN, Dr. Kemal EROL, Nejdet KARACEHENNEM, Mustafa PARLAK, A.Ersan GÖKMEN, R. Müfit SONBAY, Kubilay ATASAYAR, Murat GENCER.

Toplantıya Katılmayan Üyeler:Sadık KUTLU (görevli), İsmet CANTÜRK (mazeretli).

Bildirimde Bulunan: Prof.Dr. Arif ESİN

(Ortak girişim Müteşebbis Heyeti Vekili)

Valikonağı Cad., No:161/20, Nişantaşı/İSTANBUL

- Taraflar:** - Akçagaz Petrol Ürünleri Sanayi ve Ticaret A.Ş.
Jandarma Yolu, Funda Sk., No:13, Körfez/KOCAELİ
- Akgaz Ticaret ve Sanayi A.Ş.
Çatalzeytin Mah., Akçakale Beldesi, Akçaabat/TRABZON
- Altingaz Petrol Ürünleri ve Tüp İmalat San. ve Tic. A.Ş.
Sivas Cad., Akın Apt., No:165/D, KAYSERİ
- Alpgaz LPG Sanayi ve Ticaret A.Ş.
Bağdat Cad., No:196/6, Selamiçeşme/İSTANBUL
- Anadolugaz Sanayi ve Ticaret A.Ş.
Gülşehri Yolu, Çat Kavşağı, NEVŞEHİR
- Antgaz LPG Sanayi ve Ticaret A.Ş.
Dürbinar Mah., İnönü Cad., No:101, Akçaabat/TRABZON
- Argaz LPG Dolum Tevzii İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş.
Merkez Tepebaşı Mah., Camii Sk., No:7/5 Kızıltepe/MARDİN
- Asgaz Anadolu Sınai Gazlar A.Ş.
Bahariye Cad., No:199, Kasımpaşa/İSTANBUL
- Aygaz A.Ş.
Büyükdere Cad., No:145/1, Aygaz Han, Kat:4-9,
Zincirlikuyu/İSTANBUL
- Bizimgaz Ticaret ve Sanayi A.Ş.
Hürriyet Mah., Dr.Cemil Bengi Cad., Hak İş Merkezi,
No:2/3, Çağlayan/İSTANBUL
- Erciyasgaz Sanayi ve Ticaret A.Ş.
Boğazköprü Mevkii, 38560 İncesu/KAYSERİ

- Ergaz Sanayi ve Ticaret A.Ş.
Organize Sanayi Bölgesi, ERZURUM
- Gapgaz LPG Dolum ve Tevzi Ticaret ve San A.Ş.
Kadrierdoğan Cad., Vali Akbulut İş Merkezi, kat:2, No:16, ŞANLIURFA
- Gesan Yatırım ve Ticaret A.Ş.
Atatürk Bulvarı, No:78/A, ORDU
- Güneşgaz Ticaret ve Sanayi A.Ş.
Şişhane Yokuşu, Demiören Han, No:2, Azapkapı/İSTANBUL
- Güneygaz LPG Dolum ve Tevzi Ticaret ve Sanayi A.Ş.
Bağdat Cad., No:190/6, Selamiçeşme/İSTANBUL
- Habaş Petrol Ürünleri Sanayi ve Ticaret A.Ş.
Bahariye Cad., No:199, Kat:5, D:22, Kasımpaşa/İSTANBUL
- Hizmetgaz Ticaret ve Sanayi A.Ş.
Ankara Karayolu Üzeri, 8. Km., ÇORUM
- Hürgaz Ticaret ve Sanayi A.Ş.
Millet Cad., Karagül İş merkezi, No: 2/3/4, Fındıkzade/İSTANBUL
- İpragaz A.Ş.
19 Mayıs Cad., Novabaran İş Merkezi, No:4, Kat:16, Şişli/İSTANBUL
- Karadeniz Tüp Gaz Sanayi ve Ticaret A.Ş.
Büyükdere Cad., No:75/5, Mecidiyeköy/İSTANBUL
- Kongaz Sanayi ve Ticaret A.Ş.
Hazım Uluşahin İş Merkezi, B Blok, No:5/508, KONYA
- Likitgaz Tevzi ve Üretim Sanayi ve Ticaret A.Ş.
Şişhane Yokuşu, Demirören Han, No:2, Azapkapı/İSTANBUL
- Lipetgaz A.Ş.
Büyükdere Cad., No:145/1, Aygaz Han, Kat:3, Zincirlikuyu/İSTANBUL
- Margaz LPG Dolum Tevzii Ticaret ve Sanayi A.Ş.
Milliegemenlik Cad., Çiçek İş Hanı, No:2/8, K.MARAŞ
- Milangaz Ticaret ve Sanayi A.Ş.
Şişhane Yokuşu, Demirören Han, No:2, Azapkapı/İSTANBUL
- Milgaz (Milangaz LPG Dağıtım Tic. ve San. A.Ş.)
Şişhane Yokuşu, Demirören Han, No:2, Azapkapı/İSTANBUL
- Mogaz A.Ş.
Büyükdere Cad., No:145/1, Aygaz Han, Kat:3, Zincirlikuyu/İSTANBUL
- Mutfakgaz Ticaret ve Sanayi A.Ş.
Şişhane Yokuşu, Demirören Han, No:2, Azapkapı/İSTANBUL
- Nargaz LPG Dolum Tevzii Ticaret ve Sanayi A.Ş.
Tepebaşı Mah., Camii Sok., No:17, Taksim/İSTANBUL
- Ocakgaz A.Ş.
İstiklal Cad., No:230/5, Beyoğlu/İSTANBUL
- Oralgaz Sanayi ve Ticaret A.Ş.
Dilek Yolu, 6.Km, MALATYA
- Pegagaz
Bahariye Cad., No:199, Kasımpaşa/İSTANBUL
- Sihirgaz Ticaret ve Sanayi A.Ş.
Büyükdere Cad., Kuğu İş Hanı No:81/2, Mecidiyeköy/İSTANBUL
- Sorgungaz Asgaz Tüp Dolum San. ve Tic. A.Ş.

- Sivas Karayolu, 4.Km., Sorgun/YOZGAT
- Tekgaz (Öztek Metalurji ve Kimya San. A.Ş.)
İstiklal Cad., No:230/5, Beyoğlu/İSTANBUL
 - Yeni Güneygaz
Bağdat Cad., No:190/6, selamiçeşme/İSTANBUL
 - Yücelgaz Sanayi ve Ticaret A.Ş.
Gölbaşı Karayolu, 6.Km., ADIYAMAN

Dosya Konusu: Likit petrol gazı (LPG) tedarik etme amacı ile kurulması hedeflenen ortak girişim şirketinin yasal geçerlilik kazanabilmesi için, tarafların akdettikleri pay sahipleri sözleşmesi doğrultusunda, anılan “ortak girişim”e izin verilmesi istemi.

Raportörlerin Görüşü: Türkiye LPG tevziat pazarında faaliyet gösteren 39 şirketin birleşerek, taraflar arasında akdetilecek pay sahipleri sözleşmesi çerçevesinde LPG tedarik pazarında faaliyet gösterecek olan “LPG Temin Dağıtım ve Sanayi ve Ticaret A.Ş.” unvanlı bir ortak girişim şirketi kurulmasına ilişkin başvuruya izin verilmemesi gerektiği.

DEĞERLENDİRME

Likid petrol gazı tedarik etmek amacı ile 39 firmanın iştiraki ile kurulması hedeflenen ortak girişim şirketinin kanuni geçerlilik kazanabilmesi için, tarafların akdettikleri pay sahipleri sözleşmesi doğrultusunda anılan ortak girişime ilişkin başvuruya izin verilmesi talebi ile Kurum kayıtlarına 02.11.1998 tarih, 3494 sayı ile intikal etmiş olan Prof.Dr. Arif ESİN imzalı bildirim üzerine hazırlanan, 08.12.1998 tarih ve D4/1/Ö.P.-98/2 sayılı Ön İnceleme Raporu, Kurul’un 10.12.1998 tarih, 94 sayılı toplantısında görüşülmüş ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 10/2’nci maddesi gereğince bahsekonu başvurunun nihai incelemeye alınmasına karar verilmiştir.

Kurul’un sözkonusu kararı uyarınca Raportörler Ömür PAŞAOĞLU ve Ferhat TOPKAYA tarafından yapılan inceleme sonucu düzenlenen 03.05.1999 tarih, D1/2/Ö.P.-99/2 sayılı Nihai İnceleme Raporu’nu içeren 17.05.1999 tarih REK.0.05.00.00/35 sayılı Başkanlık önergesi, 99-24 sayılı Kurul toplantı gündeminin 5’inci sırasında ele alınmıştır.

Türkiye Cumhuriyeti sınırları dahilinde, LPG dağıtım pazarında faaliyet gösteren 39 firmanın katılımıyla LPG tedarikini amaçlayan bir ortak girişim kurulması hakkındaki dosyanın nihai incelemeye alınmasına ilişkin karara dayanak teşkil eden 08.12.1998 tarih ve D4/1/Ö.P.-98/2 sayılı Ön İnceleme Raporu’nun “Sonuç” bölümünde,

“ ...

- Dosya konusu ortak girişimin, 4054 sayılı Kanun’un 7’nci maddesi kapsamında yoğunlaşma yaratıcı bir birleşme mi, yoksa aynı Kanun’un 4’üncü maddesi çerçevesinde değerlendirilebilecek işbirliği yaratıcı bir anlaşma mı olduğu hususunun dosya mevcudu bilgi ve belgelerden anlaşılacağı,

- Konunun, TÜPRAŞ'ın özelleştirilmesi ile yakından ilişkili olduğu; kurulacak şirketin, özelleştirmenin ardından, en azından fiilen, TÜPRAŞ'ın şu anki hakim durumuna benzer bir pozisyona geçebileceği ihtimalinin bulunduğu,
 - Tevziat pazarında birbirleriyle rakip olan çok sayıdaki firmanın tedarik pazarında birleşmesinin, tevziat pazarında yansımalarının olabileceği ve tedarik pazarının yapısını önemli ölçüde değiştirebileceği,
 - Bu nedenlerle, Ortak girişime taraf olan ve olmayan firmalarla, TÜPRAŞ ve Özelleştirme İdaresi yetkilileri ile görüşülmesinin ve ilgili pazarda daha ayrıntılı incelemeye gidilmesinin yerinde olacağı”
- ifade edilerek, nihai inceleme talebinin gerekçeleri özetlenmiştir.

Öncelikle, başvurunun 1997/1 sayılı “Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ” çerçevesinde değerlendirilebilmesi bakımından, sözkonusu işlemin bir birleşme veya devralma olup olmadığı hususunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

1997/1 sayılı Tebliğ’in 2’nci maddesinin (c) bendinde, “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 girişimler (joint-venture)”, birleşme sayılan haller arasında yer almıştır. Sözkonusu hükümde belirtildiği üzere, bir ortak girişimin yoğunlaşma doğurucu bir birleşme olarak kabul edilebilmesi için;

- bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkması,
- taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmaması,
- ilgili hükümde açıkça ifade edilmese de “ortak kontrolün varlığı” koşulları aranmaktadır.

Ön İnceleme Raporu’nda konuya ilişkin olarak aşağıdaki görüşlere yer verilmiştir:

“1. Bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkma: Bağımsız bir ekonomik varlıktan bahsedebilmek için sözkonusu ortak girişimin faaliyetlerini yürütmek üzere yeterli işgücüne ve mal varlığına sahip olması; pazarda, bağımsız bir sağlayıcı ve alıcı olarak davranması; faaliyetlerinin belli bir süre ile sınırlı olmaması; rekabetçi davranışlarını kendi ekonomik menfaatlerine göre özerk bir şekilde belirlemesi gerekmektedir.

Bağımsızlık kriterinin değerlendirilmesinde ana şirketlerin ortak girişimin bulunduğu pazarın bir alt veya üst pazarında bulunduğu durumlarda, belirli bir başlangıç süresi dışında, ortak girişimin girdilerinin önemli bir kısmını ana şirketlerden sağlaması veya ana şirketlerin ortak girişimin ürünlerinin çoğunu satın alması gibi hususlar da dikkate alınmalıdır.

...Ortak girişimin, LPG dağıtım şirketlerinin halihazırda faaliyet gösterdikleri LPG tevziat pazarının bir üst pazarı olan LPG tedarik pazarında faaliyet gösterecek olması hususu, oluşacak iktisadi varlığın bağımsızlığını zayıflatan bir unsurdur. Bunun yanısıra, dosya mevcudu bilgilerden, ortak girişimin uzun bir süre işlevlerini

sürdürebilmesi için yeterli kaynaklara sahip olup olmadığı da açık değildir. Ortak girişimin, TÜPRAŞ'ın tesislerinden, limanlarından, boru hatlarından, stok kaplarından ve diğer imkanlarından yararlanılmasının sağlanması hususunda, TÜPRAŞ'la anlaşma yoluna gidildiği ve mümkün olduğu takdirde bu konuda TÜPRAŞ ile sözleşme yapılacağı ifade edilmişse de, bu hususların kesinlik kazanmamış olması, TÜPRAŞ'la halihazırda resmi bir anlaşmanın mevcut olup olmadığının bilinmemesi, konunun, TÜPRAŞ'la yapılacak görüşmeler neticesinde açığa kavuşturulması gerekliliğini ortaya çıkarmıştır...

2. Taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmaması: Bu unsurun değerlendirilmesinde belirleyici faktör, ortak girişimi oluşturan taraflar arasında veya taraflar ile ortak girişim arasındaki rekabetçi davranışların koordinasyonuna sebebiyet verip vermediği hususudur.

Rekabet koordinasyonundan, bir başka deyişle ortak girişimin rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmasından sözedilebilmesi için öncelikle ana şirketlerin birbirleriyle veya ortak girişimle rakip olmaları gereklidir. Buna göre ortak girişimin kendisini oluşturan teşebbüslerin daha önceki faaliyetlerini devralıp almadığı, onlar adına yeni faaliyetlere girişip girişmediği, şirketlerin ilgili pazarlarında veya ilgili ürün pazarının üst veya alt pazarlarında veya komşu pazarlarda faaliyet gösterip göstermediği, açıklığa kavuşturulması gereken hususlardır.

...Taraflarla ortak girişim arasında rekabet koordinasyonunun olup olmadığı hususunun açıklığa kavuşturulması bakımından ise, öncelikle tarafların ve ortak girişimin birbirlerinin pazarlarına girip girmeyeceği tespit edilmelidir. Bu çerçevede dosya mevcudu bilgi ve belgelerden, özellikle "Pay Sahipleri Sözleşmesi"nden ortak girişimin tevziat pazarına girmeyeceği anlaşılmaktadır. Bildirim Formu'nda tevziat şirketlerinin de ortak girişimin faaliyet göstereceği pazara girmeyeceği ifade edilmiş, fakat bu durum "Pay Sahipleri Sözleşmesi"nde hüküm altına alınmamış, hatta sözkonusu şirketlerin ihtiyaç duyduklarında ithalat yapabilecekleri de belirtilmiştir. Bu çerçevede, LPG'nin tedarikinin büyük bir kısmının ithalat yoluyla gerçekleşiyor olması gerçeği dikkate alındığında, taraflar arasında ve taraflar ile ortak girişim arasında bir rekabet koordinasyonu ihtimali ortaya çıkmaktadır. Bu noktanın açıklığa kavuşmasında tevziat şirketlerinin ithalat yoluyla elde edecekleri LPG'yi sadece kendi ihtiyaçları için mi, yoksa pazarda faaliyet gösteren diğer şirketlere dağıtım amacıyla mı kullanacağı hususu önem arz etmektedir...

3. Ortak Kontrolün Varlığı: 1997/1 sayılı Tebliğ hükümleri arasında açıkça ifade edilmemekle birlikte, ortak girişimin bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkması ve rekabet koordinasyonuna yol açmaması şeklindeki unsurların altında, ortak girişimin öncelikle özerk bir yönetim anlayışına ve karar mekanizmasına sahip olması yatmaktadır. Ortak girişimin, kendisini oluşturan taraflardan bağımsız karar alabilmesi ve uygulayabilmesi için, verilecek önemli kararlarda söz konusu taraflardan hiç birinin tek başına karar alma yetkisinin bulunmaması, bir başka deyişle, tek tek ilgili tarafların iradesinden bağımsız yeni bir iradenin ortaya çıkması gerekmektedir.

...Dosya konusu kurulacak şirketin, daha evvel de ifade edildiği gibi, ortaklık yapısı tarafların 1997 yılı gaz alımlarına göre oluşturulduğundan, tarafların şirket içindeki hisse oranları eşit değildir. Ayrıca, Yönetim Kurulu'nun dört üyesinin Aygaz Grubu'ndan, üç üyesinin İpragaz Grubu'ndan, iki üyesinin Demirören Grubu'ndan ve

geri kalan iki üyesinin diğer ortaklar arasından seçilerek 11 kişiden oluşacağı ifade edilmiştir. Ancak ortak girişimin, Şirket'in yıllık 10 milyon ve bir defada 1 milyon A.B.D. Doları'nı aşan yatırım ve Şirket'in iştirak kararları ile iştiraklerin ve gayrimenkullerin alım-satım kararlarında, Yönetim Kurulu'nun en az 8/11 oy çoğunluğu ile karar alabileceği belirtildiğinden, ortak kontrolün varlığı sözkonusu olabilecektir.

Stratejik kararlarda onbir yönetim kurulu üyesinin en az sekizinin olumlu oyunun aranması hususu ve tarafların sahip oldukları yönetim kurulu üyeliklerinin sayısı dikkate alındığında, hiçbir şirketin veya şirketler grubunun tek başına karar alma yetkisinin olmadığı, hatta bu tür kararlarda en az üç tarafın bir araya gelmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Bu bakımdan, ortak kontrolün varlığından bahsetmek mümkün gibi görünmekle beraber, 8/11 oy nisabı aranan önemli kararlarda Aygaz Grubu'nun olumsuz yönde oy kullanması halinde, hiçbir kararın alınamayacağı, bu nedenle de Aygaz Grubu'nun karar mekanizması içinde ağırlıklı bir yere sahip olduğu ve bu grubun diğer gruplardan ve şirketlerden farklı olarak tek başına kararları veto etme gücünü haiz olduğu görülmektedir.

Şirketin olağan kararlarında ise, karar yeter sayısı olan altı oya ulaşılabilmesi için, Aygaz Grubu'nun diğer herhangi bir grupta aynı yönde oy kullanması yeterli olacakken, Aygaz Grubu'nun katılmayacağı bir oylamada diğer tüm grupların aynı yönde oy kullanmasının gerekli olacağı anlaşılmaktadır.

Bu bilgiler çerçevesinde, ortak kontrolün varlığına ilişkin kesin bir yargıya ulaşmak için daha ayrıntılı bir incelemeye gerek olduğu düşünülmektedir..."

Bu çerçevede, kurulacak şirketin öncelikle taraflardan bağımsız bir ekonomik birim olup olmadığı hususunun belirlenmesi öncelik kazanmaktadır.

1. Ortak Girişim'in İlk Unsuru: Bağımsız Bir İktisadi Varlık Olarak Ortaya Çıkma

Ortak girişimin bağımsız bir iktisadi varlık olarak değerlendirilebilmesi için iki temel noktanın açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bunlardan ilki, kurulacak şirketin pay sahipleri sözleşmesi çerçevesinde belirtilen amaçlar doğrultusunda faaliyetlerini özerk bir şekilde yürütebilmesi için yeterli iktisadi kaynaklarla (sermaye, malvarlığı, iş gücü, finansman araçları v.b.) donatılıp donatılmadığı ve bu iktisadi kaynakların dağılımına ve kullanılmasına yönelik kararlarını taraflardan bağımsız bir yönetim anlayışıyla alıp alamayacağıdır. Açıklanması gereken ikinci temel nokta ise, ortak girişimin pazardaki konumunun, bu ortak girişim ile taraflar arasındaki ve tarafların kendi aralarındaki davranışları ve gerek tedarik, gerekse dağıtım pazarındaki yapıyı rekabet koşulları bakımından nasıl ve ne yönde etkileyeceğidir.

Kuruluş sermayesi 40.000.000.000 TL olarak belirlenen şirketin fonlanmasına ilişkin esaslar "Pay Sahipleri Sözleşmesi"nin "Şirketin fonlanması, öncelikle dağıtılmamış karlar, sermaye artırımları ile gerçekleştirilecek, kar dağıtım politikası bu esaslara göre belirlenecektir." şeklindeki 12.1 ve "Hiç bir pay sahibi Şirket'e fon sağlaması için zorlanmayacaktır. Şirketin dağıtılmamış karlar ve sermaye artırımları dışında pay sahipleri tarafından gerektiğinde ve isteğe bağlı olarak fonlanması ancak oransallık ilkesi esasları dahilinde gerçekleştirilir." şeklindeki 12.2 maddeleri ile düzenlenmiştir.

Aynı sözleşmenin 10.5 maddesinde ise, “Şirket’in pay sahibi şirketlerden veya bu şirketlerin bağlı şirketlerinden alabileceği mal ve hizmetlere yönelik sözleşmelerde rekabet şart ve fiyatlarının aranacağı” ifade edilmiştir.

Ortak girişimin amaçlarını ve faaliyetlerini özerk bir şekilde gerçekleştirmesi için gerekli ekonomik kaynakların büyüklüğüne ilişkin bir fikir edinmek amacıyla, Kurumumuzun 27.01.1999 tarih ve 185 sayılı yazısı ile TÜPRAŞ Genel Müdürlüğü’den LPG ithalatı için gerekli yatırımlar ve bu yatırımların maliyeti ve süresine ilişkin bilgiler istenmiş, Kurumumuz kayıtlarına 18.02.1999 ve 525 sayı ile giren cevabi yazıda LPG ithalatı için yükleme ve/veya tahliye yapılabilmesi için bir iskele, tahliye edilen LPG’nin depolanması için depolama tesisi ve ilgili yardımcı tesislerin yatırımına gereksinim olduğu, 42.000 tonluk bir LPG kargosunun tahliyesi ve depolanması için yaklaşık 70 milyon dolarlık sabit bir yatırıma gidilmesi gerektiği, böyle bir tesisin kuruluş süresinin ise 28-32 ay olarak tahmin edildiği ifade edilmiştir.

Şirketin yatırım politikaları konusunda, “Pay Sahipleri Sözleşmesi”nin 11. maddesinde yer alan “Şirket, amacına ulaşmak için gerekli önlemleri alacak, buna ve Türk Ticareti Kanun hükümlerine uygun kar dağıtım ve yatırım politikaları uygulayacaktır.” ibaresi dışında ayrıntılı bir bilgiye rastlanmamıştır. Bu çerçevede, şirketin yatırımlara ilişkin finansmanının büyük ölçüde yukarıda yer verilen “Şirketin Fonlanması”na ilişkin esaslar dahilinde gerçekleştirileceği, yatırım maliyetlerinin yüksekliği de gözönüne alındığında, şirketin tamamiyle şirketi oluşturan tarafların yatırım politikalarına ve mali desteklerine bağımlı olduğu anlaşılmaktadır.

Ortak girişimin bağımsız bir ekonomik yapıya sahip olması konusundaki önemli bir diğer husus ise TÜPRAŞ’ın tesislerinin kullanılması sorunudur. Başvuruya ilişkin bildirim formunda tarafların “kurulması amaçlanan OG’nin, ülke ihtiyaçlarına cevap verebilmesi için, TÜPRAŞ’ın tesislerinden, limanlarından, boru hatlarından, stok kaplarından ve bilgi ve tecrübelerinden yararlanılmasının sağlanması hususunda anlaşmış oldukları, mümkünse TÜPRAŞ ile sözleşme yapacakları”; konunun, TÜPRAŞ yetkilileri ile dağıtım şirketleri ve LPG dernekleri arasında gerçekleştirildiği belirtilen toplantılarda tartışıldığı ifade edilmiştir.

Bildirime ek olarak verilen 03.04.1998, 03.06.1998, 12.01.1998 tarihli toplantı tutanaklarında TÜPRAŞ yetkililerince, dağıtım şirketlerinin özellikle iki konudaki taleplerinin Özelleştirme İdaresi Başkanlığı’na götürüleceği ifade edilmektedir. Bunlardan ilki, TÜPRAŞ’ın kurulması düşünülen ortak şirkete “altın hisse” ile katılımı, diğeri ise TÜPRAŞ’a ait rafineri tesislerinin ortak şirketin kullanımına açılması hususlarıdır. 03.06.1998 tarihli toplantıda; TÜPRAŞ yetkililerinin “ortak şirkete TÜPRAŞ’ın katılımı konusunun Yönetim Kurulu’nda olumlu karşılanarak Özelleştirme İdaresi Başkanlığı nezdinde gerekli girişimlerin yapıldığını, ancak Ö.İ.B’nin bu durumu uygun görmediğini ifade ettikleri” belirtilmiştir.

Raportörlerin, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı (ÖİB) yetkilileri ile nihai inceleme kapsamında yaptıkları görüşmelerde ise yetkililer tarafından kendilerine

rafineri tesislerinin ortak şirketin kullanımına açılması konusunda herhangi resmi bir talebin gelmediği ifade edilmiştir.

Totalgaz A.Ş. tarafından gönderilen konuya ilişkin yazıda da, ortak girişim şirketine Totalgaz'ın taraf olmamasının nedeni olarak bu hususa işaret edilmiş ve "...Şirketimiz bu aşamada kurulması kararlaştırılan bu ortak şirkete katılacak şekilde pay sahipleri sözleşmesinin oluşturulmasına katkı ve öneriler yapmıştır. Ne var ki TÜPRAŞ, 01 Temmuz 1998 tarihinden sonra tutumunu tamamen değiştirmiş ve ithalata artık kar potansiyeli taşıdığı için devam edeceğini, kendi tesislerini kullandırmayacağını ve kurulacak ortak şirkete düzenleyici bir altın hisse ile katılmayacağını beyan etmiş ve bunun üzerine kurulacak ortak şirketin pay sahipleri sözleşmesi yeniden oluşturulmuştur. İmzaya açılan bu yeni pay sahipleri sözleşmesi her birisi çok önem arzeden TÜPRAŞ ile ilgili hususlar tamamen ortadan kalktığı için şirketimizce uygun bulunmamıştır." görüşlerine yer verilmiştir.

14 Mart 1998 tarih ve 23286 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Bakanlar Kurulu'nun 23.02.1998 tarihli "Hampetrol ve Petrol ürünlerinin Alım, Satım, Fiyatlandırma Esasları ile Akaryakıt Fiyat İstikrar Fonu'nun İşleyişi Hakkında Karar"ı ile 01.05.1998 tarihinde yürürlüğe giren otomatik fiyatlandırma mekanizmasıyla birlikte, TÜPRAŞ'ın artık kar eden bir kuruluş haline geldiği ve bu nedenle rafineri tesislerinin ortak girişimin kullanımına açılması konusunda ilk baştaki olumlu görüşlerinin değiştiği hususu Güneygaz ve Galatasaray Grubu yetkilileri ile yapılan görüşmelerde de şifahi olarak belirtilmiştir. ÖİB'na konuya ilişkin yapılması düşünülen başvurunun halen gerçekleşmemiş olması da yukarıda adı geçen şirket görüşlerini destekler mahiyettedir. Bu çerçevede, ortak girişim şirketinin pay sahipleri sözleşmesinde belirtilen amaç ve faaliyetlerini tamamiyle kendi imkanları ile gerçekleştirmek durumunda olduğu; bu çerçevede ise daha evvel de ifade edildiği üzere, şirket ortaklarının politikalarına ve iktisadi desteklerine bağımlı kaldığı anlaşılmaktadır.

Yukarıda yer verilen bilgiler ışığında, kurulması düşünülen ortak girişim şirketinin, milyon dolarlarla ifade edilen yatırımları gerçekleştirmeye yönelik olarak yeterli mali kaynaklara ve malvarlığına sahip olmadığı, özerk bir mali yapılanmadan uzak bir şekilde şirketi oluşturan taraflara, yatırımların "oransallık ilkesi" çerçevesinde şirket sermayesinde en yüksek pay sahipleri tarafından finanse edilecek olması hususu da dikkate alındığında, özellikle Aygaz, İpragaz ve Demirören gruplarına mali bakımdan tamamen bağımlı kaldığı görülmektedir. Bu çerçevede şirketin, şirketi oluşturan tarafların tek tek iradeleri üzerinde özerk bir iradeyi yansıtacak şekilde yapılandırılmış, yeterli mali kaynaklara, iş gücüne ve mal varlığına sahip bir teşebbüs olmaktan ziyade; yatırım, bütçe, kar dağıtımı gibi çok önemli konularda şirket sermayesinin %83.93'ne sahip üç büyük grubun iradesinin hakim olacağı, bu üç grubun çıkar ve kararlarını yansıtan iktisadi bir yapıya sahip olacağı anlaşılmaktadır.

Esasen, ortak girişimin yönetim kurulu yapısı ve karar alma mekanizması incelendiğinde, idari bakımdan da özerk bir yapıdan bahsetmek mümkün görünmemektedir.

08.12.1998 tarih ve D4/1/Ö.P.-98/2 sayılı Ön İnceleme Raporu ve dosya mevcudu bilgilerden, sermayesi 40 milyar TL. olarak belirlenen ortak girişimin sermaye paylarının hesap edilmesinde, tarafların 1997 yılında TÜPRAŞ ve PETKİM'den alınan ve ithalat ile gerçekleştirilmiş olan LPG satınalımının, bir başka deyişle Türkiye genelindeki pazar paylarının esas alındığı, bu doğrultuda ortak girişimin sermaye yapısı ve yönetim kurulu üyeliklerinin dağılımının aşağıdaki şekilde gerçekleşeceği görülmektedir:

OG TARAFLARI	SERMAYE PAYI (%)	Y.K. ÜYE SAYISI
Aygaz Grubu	43,11	4
Primagaz Grubu	24,89	3
Demirören Grubu	15,93	2
Diğer 29 Firma	16,07	2
TOPLAM	100,00	11

“Pay Sahipleri Sözleşmesi”nin “Payların Devri” başlıklı 6’ncı maddesinde, söz konusu şirkete halihazırda ortak olmayan LPG dağıtım şirketlerinin gelecekte şirkete katılabilmeleri olanağı sağlanmıştır. Ancak, aynı sözleşmenin 3.3 maddesindeki “Şirket’ten pay almak isteyen (taraflar dışındaki) herhangi bir dağıtım şirketinin alacağı şirket payı, kendi tercihine tabi olarak, en çok şirket sermayesinin % 0.5 (binde beş)’i dir.” hükmünün ileride ortak olmayı isteyen şirketlerin katılımını fazlasıyla sınırlandırdığı ve bu bağlamda mevcut sermaye yapısını dondurduğu açıktır. Halihazırda ortak olan ancak ileride payını şirketin bir başka ortağına devretmek isteyen teşebbüs ya da teşebbüslerin paylarının, mevcut “oransallık ilkesi çerçevesinde dağıtılacağı”na ilişkin, sözleşmenin 6.3 maddesi de sermaye yapısının mevcut haliyle korunması durumunu güçlendirmektedir.

Bildirim formunda ortak girişimin, Şirket’in yıllık 10 milyon ve bir defada 1 milyon A.B.D. Dolarını aşan yatırım ve Şirket’in iştirak kararları ile iştiraklerin ve gayrimenkullerin alım-satım kararlarında, Yönetim Kurulu’nun en az 8/11 oy çoğunluğu ile karar alabileceği belirtilmiştir (Kurumumuza yapılan bildirimdeki eki olan “Pay Sahipleri Sözleşmesi”nin 7.1 ve 7.6 maddelerinde yönetim kurulu üye sayısının 12 olarak yazıldığı belirlenmiş, ancak daha sonra 04.01.1999 tarih ve Prof. Dr. Arif Esin imzalı yazıda, bu rakamın sehven yazıldığı belirtilerek, bildirim formu ile “Pay Sahipleri Sözleşmesi”nde yer alan rakamlar arasındaki farklılık düzeltilmiştir. Bu nedenle de yönetim kurulu üye sayısı 11 olarak kabul edilmiştir.)

Bu tür stratejik kararlarda onbir yönetim kurulu üyesinin en az sekizinin olumlu oyunun aranması hususu ve tarafların sahip oldukları yönetim kurulu üyeliklerinin sayısı dikkate alındığında, hiçbir şirketin veya şirketler grubunun tek başına karar alma yetkisinin olmadığı, bu nedenle ilk bakışta ortak kontrolün varlığından bahsetmek mümkün gibi görünmekle beraber, 8/11 oy nisabı aranan önemli kararlarda Aygaz Grubu’nun olumsuz yönde oy kullanması halinde, hiçbir kararın alınamayacağı, bu nedenle de Aygaz Grubu’nun karar mekanizması içinde ağırlıklı bir yere sahip olduğu ve Aygaz Grubu’nun diğer gruplardan ve şirketlerden farklı

olarak tek başına kararları veto etme gücünü haiz olduğu anlaşılmaktadır. Daha önemlisi, anılan üç grubun mali yapılanma konusundaki hakimiyetinin karar alma mekanizmasında da söz konusu olmasıdır. Aygaz, Primagaz ve Demirören gruplarının aynı yönde oy kullanarak bu nisabı sağlayabilmelerine karşılık, geri kalan diğer 29 şirketin sadece 2 yönetim kurulu üyeliği ile temsil edilmesi nedeniyle bu tür kararlarda küçük şirketlerin söz hakkı hemen hemen hiç bulunmamaktadır.

Nitekim, ortak girişime taraf olan ve sermaye oranı %10'un altında olup yönetim kurulunda tek başlarına temsil yetkisine sahip olmayan şirketlerden Güneygaz ve Galatasaray Grubu'nun yetkilileri ile yapılan görüşmelerde söz konusu şirketler özetle; TÜPRAŞ'ın özelleştirilmesi sonrasında LPG tedarik ve dağıtım pazarlarında meydana gelebilecek değişikliklerin sonuçlarını tahmin edemediklerini, iktisadi açıdan tek başlarına ithalat yapma olanaklarının bulunmaması nedeniyle bu ortak girişime katılmak durumunda kaldıklarını, yatırımların finansmanına, sahip oldukları sermaye payları oranında katkıda bulunacaklarından dolayı kendileri için stratejik önemi haiz olmayan yatırımlara da katılmayı kabullenme yoluna gittiklerini, büyük grupların aynı yönde oy kullanarak şirketle ilgili tüm kararları alabilecek durumda olmalarına karşılık, kendilerinin bu kararlara karşı veto gücüne sahip olmadıklarının farkında olduklarını, ancak yukarıda da ifade edilen sebeplerden ötürü başka bir çıkış yolu göremediklerini ifade etmişlerdir.

Esasen, ortak kontrolün sağlanabilmesi bakımından tüm tarafların eşit sermaye payına ya da oy hakkına sahip olması gerekmektedir. Ancak burada altı çizilmesi gereken önemli bir nokta, başvuru konusu anlaşmalarda, azınlık hissesine sahip olan taraf ya da taraflara stratejik kararlarda güçlendirilmiş bir oy hakkı veya veto hakkının verilmiş, yahut da karar alma nisabının ortak kontrolü sağlayacak nitelikte düzenlenmiş olmasıdır.

Dosya konusu ortak girişimin idaresine yönelik karar alma nisabının, yukarıda da ifade edildiği üzere, azınlık hisselerine sahip 29 LPG dağıtım şirketinin stratejik kararlarda söz sahibi olacağı şekilde düzenlenmemiş olmasının yanısıra, pay sahipleri sözleşmesinde bu şirketlere veto hakkı sağlamaya yönelik herhangi bir hükme de rastlanamamıştır. Bu çerçevede, söz konusu ortak girişimde bir ortak kontrolden, bir başka deyişle, tek tek ilgili tarafların iradesinden bağımsız yeni bir iradenin oluştuğundan söz etmek mümkün değildir.

Şu ana kadarki değerlendirmeler kurulacak şirketin iç yapılanmasına ilişkin olup söz konusu şirketin pazarda bağımsız bir ekonomik aktör olarak ortaya çıkması hususunun netleşmesi ve konunun tüm yönleriyle ele alınabilmesi bakımından, ortak girişimin pazar yapısı içindeki yerinin ve ortak girişimi oluşturan taraflarla ve üçüncü kişilerle ilişkilerin, pazarın yapısını ve pazar içindeki teşebbüslerin davranışlarını hangi yoğunlukta ve ne yönde etkileyeceği açıklığa kavuşturulmalıdır.

Kurulacak şirketin söz konusu şirketi oluşturan tarafların iktisadi politikalarından bağımsız kararlar alabilmesi ve bu kararları uygulayabilmesi, pazarda bağımsız bir alıcı ve satıcı olarak davranabilmesi ile mümkün olacaktır. Bu hususun değerlendirmesinde ise, ortak girişimi oluşturan ana şirketlerin, ortak

girişimin faaliyet göstereceği ilgili pazarda veya ilgili ürün pazarının üst veya alt pazarlarında veya komşu pazarlarda faaliyet gösterip göstermediği, ana şirketlerin ortak girişimin bulunduğu pazarın bir alt veya üst pazarında bulunduğu durumlarda, ortak girişimin girdilerinin önemli bir kısmını ana şirketlerden sağlayıp sağlamadığı veya ana şirketlerin ortak girişimin ürünlerinin çoğunu satın alıp almadığı gibi hususlar önem kazanmaktadır.

Bildirim formunda yer alan bilgiler ve pay sahipleri sözleşmesi dikkate alındığında ana şirketler ile ortak girişim arasında hem dikey hem de yatay bir bütünleşmeye gidildiği görülmektedir.

Ortak girişim içinde yer alan ve LPG dağıtım pazarında birbirleriyle rakip olan teşebbüsler, 1997 yılı itibarıyla Türkiye genelinde yaklaşık toplam %92 pazar payına sahip olup bu teşebbüsler içerisinde de Aygaz, Primagaz ve Demirören gruplarının pazar payı toplam olarak %...’ü bulmaktadır. Dosya mevcudu bilgilerden, Aygaz A.Ş.’nin 1997 yılında gerçekleştirdiği ve Türkiye genel pazarında binde ...’luk bir pazar payına tekabül eden 26.775 tonluk LPG dikkate alınmazsa, ortak girişime taraf hiçbir teşebbüsün tedarik pazarında yer almadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle, “LPG’nin ithali, ürettirilmesi, ürettirilmesi ve/veya diğer yollarla tedariki, stoklanması, toptan dağıtımı, pazarlanması ve ticareti” ile iştigal edecek olan söz konusu şirketin kurulması ile birlikte doğrudan bir dikey bütünleşmeye gidileceği görülmektedir. Aygaz ve İpragaz yetkilileri ile yapılan görüşmelerde, toptan dağıtımın mevcut pazar payları çerçevesinde yapılacağı, ancak ana şirketlerden gelecek tüm talepleri de karşılamaya çalışacakları ifade edilmiştir. Ancak Aygaz, Primagaz ve Demirören gruplarının karar mekanizmasındaki ve sermaye yapısındaki ağırlıkları dikkate alındığında, LPG dağıtımında da söz konusu teşebbüslerin iradelerinin hakim olacağı, bu çerçevede LPG dağıtım ve perakende satış pazarındaki yapının aşağı yukarı LPG tedarik pazarına da yansıtacağı anlaşılmaktadır. Her ne kadar ortak girişim ile bu şirketi oluşturacak taraflar arasında imzalanacak alım-satım sözleşmelerinin münhasır olmayacağı ve bu çerçevede tarafların tek başlarına ithalat dahil her türlü paralel tedarik olanaklarından yararlanabilecekleri ifade edilmişse de, bu durum aslında dikey bütünleşmeden daha ciddi bir olasılığı, tedarik pazarında bir yatay koordinasyonu gündeme getirmektedir.

Bu çerçevede, “Pay Sahipleri Sözleşmesi”nin konuya ilişkin 10’uncu maddesine aşağıda aynen yer verilmiştir.

“Madde 10. Şirketin Yükümlülüğü:

10.1. Şirket, pay sahibi dağıtım şirketleri ile –Rekabetin Korunması Kanunu ve ilgili mevzuat hükümleri dahilinde- tek tip (standart) bir LPG Alım Satım Anlaşması yapacaktır. Bu anlaşma münhasır alım satım anlaşması olmayıp, dağıtım şirketleri ihtiyaç duyduğunda ithalat dahil olmak üzere diğer kaynaklardan LPG temin etmelerine mani değildir. Ayrıca bu standart anlaşma, pay sahibi olmayan dağıtım şirketlerine de uygulanacaktır.

10.2. Şirket, LPG Alım-Satım Anlaşmasını, bu sözleşmenin imzalandığı tarihte yürürlükte olan TÜPRAŞ ile Dağıtım Şirketleri arasında akdedilmiş, alım-satım anlaşmasına uygun ve anılan anlaşma çerçevesinde yapacaktır.

10.3. Şirket, yapacağı Alım-Satım Anlaşması ile dağıtım şirketlerine eşit fiyat ve eşit teslimat sistemine uygun LPG teslim edecektir.

10.4. Şirket'in, dağıtım şirketleri arasında yapılacak Alım-Satım Anlaşması ile farklı teminat ve adına getirilen LPG'nin süresi içinde çekilmemesi halinde de cezai şart uygulanacaktır.

10.5. Şirket, pay sahibi şirketlerden veya bu şirketlerin bağlı şirketlerinden alabileceği mal ve hizmetlere yönelik sözleşmelerde rekabet şart ve fiyatları (competitive) aranacaktır."

Bu hükümlerin, dağıtım pazarındaki pazar payları ve ekonomik güçleri itibariyle küçük ve büyük şirketlere etkileri de farklı olacaktır.

Her ne kadar 10.1 maddesinde alım-satım sözleşmelerinin münhasır olmadığı belirtilmişse de, LPG ithalatı ve üretimi için gerekli yatırım maliyetlerinin son derece yüksek olması karşısında tek başlarına bu faaliyetleri ekonomik bakımdan gerçekleştiremeyecek olan küçük teşebbüsler açısından bu durumun geçerli olmadığı görülmektedir. Öte yandan, TÜPRAŞ'ın halihazırda uyguladığı sisteme benzer bir şekilde 10.4 maddesinde şirketlere getirilen yükümlülük, söz konusu şirketlerin ortak girişime taraf olmayan, ancak LPG'yi özellikle ithal etme olanağına sahip teşebbüslerden tedarik etme şansını da azaltmaktadır. Bu nedenle küçük şirketlerin LPG tedarikinde ortak girişim şirketine bağımlı kalacakları ve bu şirketler açısından alım-satım sözleşmelerinin dikey anlamda fiili bir münhasırlık teşkil ettiği; öte yandan ekonomik kaynaklarının yeterli olmaması, bu nedenle tek başlarına LPG üretimi ve ithalatı faaliyetlerinde bulunamayacak olmaları nedeniyle küçük şirketler ile ortak girişim arasında tedarik pazarında yatay bir koordinasyon riskinin olmadığı kanaatine varılmıştır.

Öte yandan, Aygaz, Primağaz ve Demirören gruplarının münferiden LPG tedariki için yeterli mali kaynaklara sahip olduğu bildirim formunda ifade edilmiş olup, 42.000 tonluk LPG ithalatı için gerekli olan, yaklaşık 2-3 yılda tamamlanabilecek 70.000.000 dolarlık yatırımın, yeterli mali kaynaklara ve stoklama kapasitelerine sahip söz konusu teşebbüsler tarafından münferiden gerçekleştirilebileceği anlaşılmıştır.

Aygaz, Primağaz ve Demirören gruplarının ortak girişim ile aynı ilgili ürün pazarında faaliyet gösterecek olması anlamına gelen bu durum karşısında, pay sahipleri sözleşmesindeki, " taraflar ile ortak girişim arasında imzalanacak alım-satım sözleşmelerinin, dağıtım şirketleri ihtiyaç duyduğunda ithalat dahil olmak üzere diğer kaynaklardan LPG temin etmelerine engel teşkil etmemesi"ne ilişkin 10.1 maddesi, gerek anılan LPG grupları arasında gerekse bu gruplar ile ortak girişim arasında yatay anlamda ciddi bir rekabet koordinasyonu ihtimalini doğurmaktadır. Söz konusu teşebbüslerin ortak girişimdeki sermaye payları, karar mekanizması içindeki hakimiyetleri ve LPG dağıtım pazarındaki mevcut pazar payları da dikkate alındığında, kurulacak ortak girişimin LPG tedarik pazarında bağımsız bir alıcı ve satıcı olarak davranabilmesi mümkün görünmemektedir.

Yukarıda yer verilen değerlendirmeler, kurulacak ortak girişimin, mali ve idari yapılanmasının ve pazar yapısı içindeki konumunun taraflardan bağımsız olmadığı ve bu nedenle 1997/1 sayılı Tebliğ'in birleşme ve devralma hallerini sıralayan 2'nci maddesinin (c) bendinde aranılan "Amaçlarını gerçekleştirmek üzere işgücü ve malvarlığına sahip olacak şekilde bağımsız bir iktisadi varlık..." koşulunu taşımadığını göstermektedir. Bu bend aynı zamanda, teşebbüslerin iştirakleriyle kurulan teşebbüslerden "...taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmayan ortak girişimler (joint-venture)"in yoğunlaşma arttırıcı olarak değerlendirilmesi gerektiği hususuna da açıklık getirmektedir:

2. Ortak Girişimin İkinci Unsuru: Taraflar Arasındaki veya Taraflarla Ortak Girişim Arasındaki Rekabeti Sınırlayıcı Amacı veya Etkisi Olmaması

Dosya mevcudu bilgi ve belgelerden, ortak girişime ilişkin düzenlemelerin rekabeti sınırlandırıcı bir amaçla düzenlenmediği anlaşılacakla birlikte, etkisi itibariyle rekabet koşullarını olumsuz anlamda önemli ölçüde değiştirebilecek nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. Bu çerçevede, ekonomik olarak LPG tedariklerini münferiden sağlayabilecek taraflar ile ortak girişim şirketinin tedarik pazarında birlikte faaliyet gösterecek olması, bu pazarda söz konusu taraflar arasında LPG'nin üretimi, ithali, toptan dağıtımı, ticareti ve pazarlanması gibi çok geniş bir faaliyet alanında rekabeti sınırlayıcı bir işbirliği ihtimalini beraberinde getirmektedir. Her ne kadar bildirim formunda, ortak girişimin, LPG dağıtım pazarında faaliyet göstermeyeceği ve perakende satış yapmayacağı ifade edilmiş olsa da, büyük grupların karar alma mekanizmasındaki hakimiyetleri ve tedarik pazarının alt pazarı olan dağıtım pazarındaki toplam %77.33'lük payları dikkate alındığında, bu tür bir işbirliğinin söz konusu alt pazarda da yansımaları olacağı anlaşılmaktadır.

Kurulumuzun, Migros Türk T.A.Ş. ve Metro AG tarafından oluşturulacak 5 ayrı ortak girişime ilişkin başvuruyu değerlendirdiği 19.03.1998 tarih ve 57/424-52 sayılı kararında taraflar ile ortak girişimin aynı pazarda yer almaları hususuna açıklık getirilmiştir. Söz konusu kararda, "... her iki ana şirketin (Metro AG-Migros Türk T.A.Ş.), Şok Ucuzluk Marketleri A.Ş., Real Market A.Ş. ve Metro Grossmarket Bakırköy Alışveriş Hizmetleri Ltd. Şti. üzerinde oluşturacakları 3 ayrı ortak girişimle aynı coğrafi pazarda (il ve ilçe merkezleri) yer almasının, bu ortak girişimi rekabeti sınırlayan, işbirliği doğurucu bir anlaşmaya dönüştürecek" ifade edilmiş, bu nedenle başvuru konusu ortak girişim işlemleri ile ilgili olarak, "1997/1 sayılı Tebliğ'in 6'ncı maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca, söz konusu ortak girişim anlaşması yürürlükte kaldığı sürece, her iki ana şirketin (Metro-Migros) ortak girişimle beraber aynı coğrafi pazarda doğrudan veya dolaylı ilgili ürün piyasasına girmemesine; diğer bir ifadeyle, Metro AG veya Migros Türk T.A.Ş'nden ancak yalnızca birinin ortak girişimle Türkiye'deki herhangi bir il veya ilçe merkezindeki ilgili ürün piyasasında faaliyet gösterebilmesi koşuluyla izin verilmesine; bu koşula uygun hareket edilmemesi halinde, aykırılığın gerçekleştiği tarihten itibaren sözkonusu ortak girişimin 4054 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesi kapsamında rekabeti sınırlayan bir anlaşma sayılacağı ve re'sen ön araştırma ve/veya soruşturma açılacağı bildirilmesine" karar verilmiştir.

Bu karardan da anlaşılacağı üzere Kurulumuz tüm tarafların ortak girişimle aynı pazarda bulunmasını rekabeti sınırlandırıcı nitelikte bir işbirliği anlaşması olarak kabul etmiştir. Bu husus, mevzuatı 4054 sayılı Kanun'a emsal teşkil eden Avrupa Birliği'nin rekabet otoritesi olan Avrupa Komisyonu'nun bir çok kararında da yer almaktadır.

Başvuru konusu sözleşme ortak girişime taraf olan teşebbüslerin kendi aralarında yaptıkları bir işbirliği anlaşması olarak değerlendirilmelidir. Esasen, bu anlaşma, rakip teşebbüsleri bir araya getirmesi nedeniyle, sadece 4054 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinin ruhuna aykırılık teşkil etmemekte, aynı zamanda bu maddenin bentlerinde açıkça belirtilen ve rekabeti sınırlandıran bazı özel halleri de içermektedir. Söz konusu anlaşmayla, taraflar arasında fiyatın ve diğer satış koşullarının belirlenmesi nedeniyle 4'üncü maddenin ikinci fıkrasının "Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kar gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi" şeklindeki (a) bendinde; şirkete taraf olan ve münferiden tedarik pazarına girebilecek büyük grupların, halihazırda dağıtım pazarında yaklaşık %92 oranında bir müşteri portföyüne sahip olan ortak girişim vasıtasıyla pazardaki LPG arzını ve dağıtımını rahatlıkla kontrol edecekleri hususu dikkate alındığında, aynı fıkranın "Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü" şeklindeki (b) ve "Mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi" şeklindeki (c) bendlerinde ifade edilen rekabet ihlallerinin uygulama alanı bulacağı kanaatine varılmıştır.

Yukarıdaki bilgiler ışığında, söz konusu ortak girişime ilişkin başvurunun, 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2'nci maddesinin (c) bendinde yer alan "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 girişimler (joint-venture)" hükmüne uyan nitelikte bir ortak girişim ve aynı maddenin (a) ve (b) bendlerinde belirtilen nitelikte bir birleşme ve devralma olmaması nedeniyle yoğunlaşma doğurucu bir işleme ait olmadığı; bu çerçevede 4054 sayılı Kanun'un 7'nci maddesi kapsamında bir birleşme veya devralma olarak değil, 4'üncü madde kapsamında rekabeti sınırlayıcı bir işbirliği anlaşması olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Bu aşamada, bildirim formunun 6.1 maddesindeki soruya yönelik verilen cevapta "...Rekabet Kurulu'nun bildirim konu olan işleme izin vermemesi halinde, bildirim menfi tespit başvurusu veya bireysel muafiyet bildirimini olarak değerlendirilmesini arz ederiz." şeklindeki talep doğrultusunda söz konusu anlaşmanın menfi tespit ve muafiyet açısından incelenmesi gerekmektedir.

Anlaşmanın Menfi Tespit ve Muafiyet Çerçevesinde İncelenmesi:

Bildirim konusu anlaşma yukarıda da izah edildiği üzere, taraflar arasında bir rekabet koordinasyonuna yol açmakta ve rekabeti sınırlandırıcı etkiler taşımaktadır.

Bu nedenle söz konusu anlaşmaya, 4054 sayılı Kanun'un 8'inci maddesi uyarınca aynı Kanun'un 4'üncü maddesine aykırı olmadığını gösteren bir menfi tespit belgesi verilmemesi gerektiği kanaatine varılmıştır.

Öte yandan, 4054 sayılı Kanun'un "Muafiyet" başlıklı 5'inci maddesinin "Kurul aşağıda belirtilen şartların tamamının varlığı halinde ilgililerin talebi üzerine, teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının 4'üncü madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verebilir:

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

şeklindeki ilk fıkrası, muafiyet koşullarının çerçevesini çizmektedir.

Söz konusu koşulların değerlendirilmesinde, başvuru konusu bildirimde yer alan görüşler ve kurulacak şirkete taraf olmayan rakip şirketlerin dosya konusu işlem ile ilgili düşünceleri de dikkate alınmıştır.

Bildirime ilişkin "Pay Sahipleri Sözleşmesi"nin "Giriş" kısmında aynen;

"A. Dağıtım şirketleri bugüne kadar LPG'yi TÜPRAŞ'tan temin etmiş ve tüplere doldurarak pazarlamışlardır.

B. TÜPRAŞ, LPG'yi kısmen sahibi bulunduğu rafinerilerde üreterek ve kısmen de ithal ederek ve paçallayarak sağlamış ve dağıtım şirketlerine pazar payları oranında dağıtmıştır.

C. TÜPRAŞ özelleştirme kapsamında olduğu için, TÜPRAŞ gelecekte LPG üretimini ve ithalini gerçekleştirmeyebilir.

D. LPG, halkın zaruri ihtiyaç maddesidir. TÜPRAŞ'ın özelleştirilmesi halinde LPG'nin üretim, ithal ve dağıtımında doğabilecek boşluk, dağıtım şirketlerini ve tüketicileri zor durumda bırakacaktır." denilmektedir.

Bildirim formunda ise şu görüşlere yer verilmiştir:

"OG ithalat dahil olmak üzere, LPG'nin Türkiye'de üretilmesi, ürettirilmesi, stoklanması, toptan dağıtımını gerçekleştirmeyi amaçlamaktadır. Bu amaçlarını gerçekleştirmek için, OG yalnızca toptan dağıtım faaliyetlerinde bulunacak ve doğrudan veya dolaylı olarak perakendecilik yapmayacaktır (Anlaşma, Md.3.2).

OG, TÜPRAŞ'ın belirli faaliyetlerini ikame edeceğini ve bu süreç içerisinde TÜPRAŞ'ın tedrici olarak ilgili pazardaki faaliyetlerini sona erdireceğini ve bu yüzden ilgili ürün pazarında mevcut durumda TÜPRAŞ'ın sahip olduğu pazar gücüne yakın bir hakimiyet oluşabileceğinin bilincinde olup, her ne sebeple olursa olsun pay sahibi olmayan dağıtım şirketleri ve yeni kurulacak dağıtım şirketleri ile OG'de pay sahibi olan dağıtım şirketleri arasında ayırım yapmayacağını ve eşit şartlarda davranacağını peşinen belirlemek suretiyle, rekabeti sınırlandırma amacıyla olmadıklarını hüküm altına almışlardır (Anlaşma, Md.3.5).

OG, mutlak bir fonksiyonel bağımsızlık ile faaliyet göstererek tüketici yararına LPG ürünlerinin tedarikinde oluşacak olumsuzlukları bertaraf etmek, üretim ve dağıtımında iyileştirme ve geliştirmeyi sağlamayı amaçlamaktadır. Bu çerçevede çok önemli yatırımlar gerektiren faaliyetleri fonksiyonel bağımsızlığı bulunan bir ortak girişim çatısı altında gerçekleştirmek istemektedir. Mevcut tevziat şirketlerinin ferdi gereksinimlerini karşılamaya yönelik olarak boru hattı, liman, kap ve benzeri altyapı yatırımlarını gerçekleştirmeleri mümkün değildir. Bu gereksinimleri için münferiden ithalat gerçekleştirerek Türkiye'nin farklı bölgelerinde merkezi kaplarda ürünleri stoklamaları ise, hem ekonomik olarak rasyonel değildir, hem de can ve mal güvenliği açısından önemli sakıncalar doğurabilecek niteliktedir.

Bu itibarla her ne kadar Aygaz, İpragaz ve kısmen Demirören Gruplarının münferiden gereksinimlerine çözüm bulmaya yeterli sayılabilecek mali kaynakları bulunsa da hem tüm LPG sektörünün müşterek sorununa çözüm oluşturmak, hem de kaynak israfına engel olmak amacıyla, "kar gayesi güden bir ortak şirket altında bu faaliyetlerin yürütülmesi amaçlanmıştır."

Ayrıca, bildirim konusu anlaşmaya taraf olmayan teşebbüslerin konuya ilişkin görüşleri de aşağıdaki şekildedir:

Raportörler ile BP Gaz A.Ş. yetkilileri ile nihai inceleme kapsamında yapılan görüşmeler sonucunda teşebbüs tarafından gönderilen yazıda şu görüşlere yer verilmektedir:

"Sayın Kurumunuz'a Pay Sahipleri Sözleşmesi hükümlerine göre kurulması planlanan Tedarik ve Dağıtım Şirketi'ne ("TDS")'ne katılmama kararımızın gerekçeleri tarihi gelişim içinde aşağıda açıklanmaktadır.

1. Tedarik ve Dağıtım Şirketi (TDS) Kurulmasına Gösterilen Gerekçeler, Aşamaları ve Rekabet Mevzuatına Aykırılıklar,
2. Oluşturulmaya Çalışılan Yapılanma ve Sakıncaları,
3. Pay Sahipleri Sözleşmesinde Belirtilen Oransallık İlkesi ve Sonuçları,
4. Servis Şirketi.

1. Tedarik ve Dağıtım Şirketi ("TDS") Kurulmasına Gösterilen Gerekçeler, Aşamaları ve Rekabet Mevzuatına Aykırılıklar

Yukarıda da arz edildiği üzere, planlanan yapılanmayı LPG sektöründeki tarihi gelişim içerisinde incelersek kurulacak TDS'ne neden ihtiyaç olmadığı daha açık bir şekilde görülecektir.

Konu ile ilgili tüm tarafların bildiği üzere; Ülkenin LPG ihtiyacının % 75'i ithalat ile karşılanmakta ve sektörde pazara sunulan LPG yönünden önemli bir Devlet desteği bulunmaktaydı. Diğer bir anlatımla Devlet, örneğin 100 \$ ithal ettiği LPG'yi dağıtım şirketlerine 75\$ satmakta ve LPG'nin satış fiyatına verilen 30 \$ bir destek sonucu tüm ülke ihtiyacını tek başına ithal eden TÜPRAŞ trilyonlara varan zararlara maruz kalmaktaydı.

Yukarıda açıklanan uygulama nedeniyle katlanılamaz boyutlarda zarar eden TÜPRAŞ, LPG'nin tüketiciye satışı sonucu kar eden LPG dağıtım şirketlerine, LPG ithalatının ve tüketiciye satışının dağıtım şirketleri tarafından yapılması, bunun sonucu olarak da zarar ve karın aynı bütçeler içerisinde yer alması gerektiğini

bildirmiş ve bu amaçla LPG depolama tesislerinin dağıtım şirketlerine kiralayabileceğini açıklamıştır. Bu açıklama üzerine LPG dağıtım şirketleri ithalatın gerçekleşmesi için TÜPRAŞ'tan LPG depolama tesislerini kiralamak üzere bir yapılanma arayışı içerisine girmişlerdir.

Ancak, ham petrol ve petrol ürünlerindeki fiyatlandırmanın dünya pazarlarına uyumlu ve sağlıklı bir yapıya kavuşturulması amacıyla 14 Mart 1998 tarih ve 23286 sayılı Resmi Gazete yayımlanan Bakanlar Kurulu Kararı ile kısaca "Otomatik Fiyat Mekanizması" ("OFM") diye adlandırılan fiyatlandırma sistemi yürürlüğe girmiştir. Kararname ile getirilen uygulama ile LPG'de devlet desteği kaldırılmış ve uluslararası serbest piyasa koşullarına uygun bir fiyat yapılanmasına gidilmiş, TÜPRAŞ LPG ithalatında kar eden bir kuruluş haline gelmiştir. Bu nedenle TÜPRAŞ LPG ithalatını sürdürmektedir. Özelleştirileceği açıklanan TÜPRAŞ'ın OFM sonrası kar eden bu işlevini devretmesi veya kiralaması için ortada bir neden kalmamıştır.

LPG ithalatının karlı hale gelmesi ile TÜPRAŞ haricinde diğer rafineri şirketlerinin, LPG dağıtım şirketlerinin ve LPG depolama tesisi sahiplerinin LPG ithalat ve pazarda rekabet etmeleri olanağı doğmuştur.

Ancak, TÜPRAŞ LPG depolama tesislerinin; TDŞ'ne kiralanması LPG pazarında rekabetin sınırlandırılmasına, bozulmasına ve çarpıtılmasına neden olacaktır. Çünkü, TDŞ LPG ithalatını, depolamasını ve toptan satışını Türkiye çapında kendi çatısı altında toplayacaktır.

Rekabetin sınırlandırılmasına, bozulmasına veya çarpıtılmasına neden olmayacak alternatif çözümler mevcuttur ve bu çözümler aşağıda arz edilecektir.

2. Oluşturulmaya Çalışılan Yeni Yapılanma ve Sakıncaları

LPG sektörü faaliyeti üretim/ithalat, depolama ve pazarlama olmak üzere üç ana bölümde toplanmaktadır. Bu üç faaliyetin oluşturulmaya çalışılan yeni yapılanma içerisindeki konumu incelendiğinde rekabet mevzuatı açısından sakıncalar daha net bir şekilde ortaya çıkmaktadır.

a. OFM'nı takiben birden fazla ithalatçının aynı pazara veya bölgeye ürün satmak istemesi ile ortaya çıkacak rekabet sonucu pazara daha kaliteli ve uygun fiyatlar ile ürün sunulması imkanı doğmuştur. Oysa, tüm dağıtım şirketlerinin içerisinde yer aldığı bir ithalat, depolama ve toptan satış şirketine pazarda herhangi bir rakip olmayacağı için –tüm dağıtım şirketlerinin bu yapılanma içerisinde yer alması nedeniyle- TDŞ tarafından OFM tarafından belirlenen tavan fiyatından dağıtım şirketlerine ürün satışı devam edecektir.

Sonuç olarak, OFM ile yaratılmak istenen rekabet ortamını hayata geçmeden fiilen ortadan kalkacak ve ortaya ithalatı, depolamayı ve dağıtım şirketlerine ürünü tek elden satan bir tekel çıkacaktır.

Böyle bir uygulama, rekabetin kurulması ve korunması prensipleri üzerine tesis edilmiş bulunan Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir.

b. TDŞ tarafından kiralanacak TÜPRAŞ depolarına bir başka rafineri şirketi veya dağıtım şirketi ithalat yapamayacaktır. Çünkü, TÜPRAŞ'tan kiralanacak depoların bölge bazındaki yetersiz kapasiteleri dikkate alındığında, TDŞ'nin bu tesisleri sadece kendi ihtiyacına tahsis etmesi ortaya depolama alanında da fiili bir tekel çıkaracaktır.

c. Bir tek şirketin ithalat yapması durumunda daha elverişli fiyat ile uluslararası pazarda ürün bulunabileceği ileri sürülebilir. Türkiye, 2 milyon ton ile Avrupa'daki en büyük LPG tüketicisi konumunda olup, tüketim artan bir eğilim ile sürmektedir. Bu

kadar büyük tüketim sekize veya ona bile bölünse dahi yine de ortaya büyük miktarlarda alımlar çıkmaktadır. Miktar olarak böylesine büyük tutarlardaki alımlar en iyi şartlarda ürün satın alma olanağını tanıyacaktır. Yukarıda da arzettiğimiz gibi, pazarda ne kadar çok üretici ve ithalatçı serbest piyasa koşulları altında rekabet ederse, o oranda dağıtım şirketlerine tavan fiyatı altında ürün temini mümkün olabilir. d. Her ne kadar LPG dağıtım şirketleri ürün ithalatında serbest bırakılıyormuş gibi görünüyorsa da; Pay Sahipleri Sözleşmesi'nde niteliği açıklanmayan tek elden satın alma anlaşması ile dağıtım şirketleri TDŞ'nin münhasır bayisi haline gelecektir. Tüm LPG dağıtım şirketlerinin bu yapılanmada yer alması sonucu rafineri şirketleri ithal ettikleri ürünleri pazarlayabilecekleri bir dağıtım şirketi bulamayacaklardır. TDŞ münhasır bayilik anlaşması ile toptan ürün temini ve satışında tek başına pazara hakim olacak ve rafineri şirketleri açısından rekabet kısıtlanmış ve çarpıtılmış olacaktır.

3. Pay Sahipleri Sözleşmesinde Belirtilen Oransallık İlkesi

İmzalanan Pay Sahipleri Sözleşmesi incelendiğinde kurulacak TDŞ'nin şirketin hisselerinin ve yeni şirket kurulduktan sonra hisse devirlerinin ve sermaye artışı sonucu hisse dağıtımının oransallık ilkesine göre gerçekleştirileceği açıklanmaktadır. Bu açıklamaya göre kurulacak TDŞ'nde LPG dağıtım şirketleri belli bir oranda hisse sahibi olabilecektir. Kuruluşu takiben pazardan çekilen herhangi bir dağıtım şirketi TDŞ'deki hisselerini diğer hissedarlara oransallık ilkesine göre devredebilecektir. TDŞ'nin sermaye artışlarında da hissedarlar sahip oldukları hisse oranında yeni hisse satın alabileceklerdir. Bu tür bir yapılanma ve oransallık ilkesinin hangi amacı taşıdığı çok iyi tahlil edilmelidir. Pay Sahipleri Sözleşmesi ile kurulacak oransallık ilkesiyle, TDŞ yapısının değiştirilmemesi için en katı kurallar getirilmiştir.

Ancak, Pay Sahipleri Sözleşmesi'nin hiç bir yerine bu oransallık ilkesi nedir diye bir açıklama, tanımlama veya tarif bulunmamaktadır. Kurulacak TDŞ'nin yapılandırılması ve idaresi üzerinde kesin ve tartışılmaz etkisi olan oransallık ilkesinin sayın Kurumunuza izah edilmemesi, kanımızca planlanan yapılanmanın Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un açık ve net bir ihlalini oluşturmasından kaynaklanmaktadır.

Sayın Kurumunuza sunulan Pay Sahipleri Sözleşmesi son hazırlanan taslaktır. Bir önceki taslak incelendiğinde kurulmak istenilen TDŞ'nde oransallık ilkesinin ne olduğu tereddüde yer kalmayacak şekilde müşahede edilecektir. Oransallık İlkesi; TDŞ'nde dağıtım şirketlerinin pazar payları oranında hissedar olması ilkesidir. Dağıtım şirketlerinin pazardaki payları oranında TDŞ'nde hissedar olmaları kararlaştırılmış ve bu oranın sabit kalması için her türlü önlem alınmıştır. LPG dağıtım şirketleri oransallık ilkesine göre TDŞ'nde temsilinde ve TDŞ idaresinde söz sahibi olabileceklerdir. Anılan düzenleme pazar payları küçük şirketlerin hiç bir şekilde temsil ve idareye katılmamalarını büyük pazar payına sahip dağıtım şirketleri hegemonyasına girmeleri sonucunu doğuracaktır.

Oransallık ilkesi kurulmasındaki amaç; dağıtım şirketlerinin halen piyasada sahip oldukları mevcut pazar paylarını TDŞ'ne aktarmaktadır. Diğer bir anlatımla, dağıtım şirketlerinin mevcut pazar payları ithalat, depolama ve toptan satış alanlarında dağıtım şirketleri arasında değişmez yüzdeler başka bir ifadeyle oranlar tesis edilerek, dağıtım şirketleri arasında rekabet ile pazar paylarının değiştirilebilme olanağı ortadan kaldırılacaktır.

Görüldüğü gibi aslında TÜPRAŞ'ın özelleştirilmesi sonucu piyasada boşluk doğacağı gerekçesiyle – TÜPRAŞ'ın neden ithalata devam etmeyeceğine dair herhangi bir açıklama getirilmeden – ülkenin LPG ürünü dar boğazına düşmemesi görüntüsü altında; LPG ithalatı, depolaması ve dağıtımını için bir tekel yaratılmakta ve bu tekel içerisinde dağıtım şirketlerinin mevcut pazar payları ithalattan satışa kadar sabitlenmektedir. Ortada ithal ürünün dağıtım şirketlerine satışında bir rekabet olmayacağı için OFM ile belirlenen tavan fiyattan satış sonucu elde edilecek kar oransallık ilkesine göre TDŞ'ne hissedar olan dağıtım şirketleri arasında bölüşülecektir. Bu tür bir yapılanmanın rekabeti arttıracığına, piyasaya kaliteli ve serbest pazarda oluşacak fiyatlar ile ürün sürülmesi sağlayacağına inanmaktayız. Bu nedenle de planlanan yapılanmanın Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun hükümlerine aykırı olduğu inancımız devam etmektedir.

4. Servis Şirketi Kurulması

TDŞ'nin tek bir seçenek gibi sunulması gerçekler ile bağdaşmamaktadır.

İthalat, depolama ve dağıtım şirketlerinin tek çatı altında dondurulmuş pazar payları ile birleştirilmesi yerine, ithalat yapmak isteyen tüm LPG dağıtım şirketleri ve rafineri şirketlerine depolama hizmeti vermek üzere TÜPRAŞ'tan kiralanacak depolama kapasitesini işleten depolama alanında hizmet verecek bir hizmet şirketinin kurulması mümkün olup, sorun bu şekilde çözümlenebilecektir. Böylece dağıtım şirketleri gerek ithalatta ve gerekse depolamada eşit şansa sahip olabilecekler ve birbirleri ile serbest piyasa koşullarına göre rekabet edebileceklerdir.

LPG dağıtım şirketleri, hizmet şirketinin işleteceği depolara yapacağı ithalat için depolama ve ürün geçişi ücreti ödeyecekler tüketiciye ve talep eden diğer dağıtım şirketlerine satabilecekler ve rekabet edebileceklerdir. Böyle bir depolama hizmeti veren bir şirketin kurulması depolama maliyetlerini düşürecek, pazardaki rekabet ortamını çarpıtmayacak, bozmayacaktır.

Bu tür hizmet şirketlerinin dünya ve ülkemizde bir çok örneği mevcuttur. Ülkemize petrol sektöründeki verilebilecek örnekler Anadolu Tasfiyehanesi A.Ş.; Çekistan Ltd. Ve Anbarlı Ltd.'dir.

Şirketimiz Pay Sahipleri Sözleşmesi ile kurulması planlanan TDŞ ile getirilecek uygulamanın Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanununun 4 ve 6. maddelerini ihlal edecek unsurlar taşıması ve muafiyet sağlanmasını içermemesi gerçekleriyle red edilmesi inancında olduğunu bilgilerinize arz ederiz.”

Selçukgaz A.Ş.'nin konuya ilişkin yazılarında ise aşağıdaki görüşlere yer verilmiştir:

“Kurulması düşünülen şirketin ortaya çıkış nedeni ülkemizin L.P.G. ihtiyacının tamamına yakınına karşılayan TÜPRAŞ'ın özelleştirme çalışmalarıdır.

Malumunuz olduğu üzere TÜPRAŞ akaryakıtta otomatik fiyatlandırma sistemine geçişten önce (Temmuz 1998'den önce) LPG fiyatlarını sübvansede etmekte ve şirketimize sattığı LPG'den büyük miktarlarda zararlar etmekte idi. Hal böyle iken TÜPRAŞ'ın özelleştirilmesi gündeme gelmişti. TÜPRAŞ'ta zararına yol açan satışının (gerek üretim ve gerekse ithalattan dolayı) önüne geçmek üzere LPG Tedarik Dağıtım Şirketi kurulması yolunda biz dağıtım şirketlerine tavsiyelerde bulunmuştu.

Şirket düşüncesi ilk ortaya çıktığında TÜPRAŞ'ın da kurulacak şirkete sembolik bir ortaklığı söz konusuydu. Çünkü sektörümüzde halen kısmen devam

eden problemler yaşanıyordu. T.C. Sanayi Bakanlığı tüp ve LPG dağıtım konularında son derece önemli ve gerekli tedbirler uygulamaya koymuştu. Bu nedenle sektörde evvelce yerleşik hale gelmiş, pazar payı yüksek olan firmalar özellikle Anadolu'da kurulmuş olan ve kısıtlı imkanları ile hizmet vermeye çalışan şirketler üzerinde bir baskı mekanizması kurmaya başlamıştı.

Bu dönemde tek ikmal noktası olan TÜPRAŞ devreye girecek sektörün sıkıntılarının giderilmesine ve şirketler arasında irtibatın sağlanması için çalışmalar yapmış, hatalı davranışlar içerisinde bulunan şirketler için tahsislerin kesilmesi gibi ceza-i müeyyideler uygulanmıştır. Yine TÜPRAŞ şirketler arasında münasebetlerin yumuşatılmasını sağlamak üzere şirketlerin karşılıklı tüp takası yapması konusunda büyük şirketlere baskılar uygulamış ve bunu da başarmıştı.

Bu başarının arkasındaki en büyük neden TÜPRAŞ'ın Türkiye'nin tek LPG üreticisi ve ithalatçısı olmasından kaynaklanan önemli pozisyonuydu.

Sektörümüzde bu denli belirleyici olan ve gerektiğinde devlet adına hareket eden TÜPRAŞ'ın özelleştirilmesi gündeme geldiğinde TÜPRAŞ bizlere üretimi olan LPG den sübvansiyon nedeniyle zarar etmesinin doğal sayılabileceğini ancak LPG satışının en büyük bölümünü teşkil eden LPG ithalatından kaynaklanacak zararı karşılamak istemediklerini ve özelleştirme takvimine bağlı olarak LPG ithalatından vazgeçeceklerini bu nedenle bütün şirketlerin katılacağı bir LPG Tedarik ve Dağıtım Şirketi kurulmasının gerektiğini, TÜPRAŞ'ın mevcut iskele, depolama ve gümrükleme imkanlarını hizmet ücreti mukabili bu şirkete sağlayabileceklerini bildirdi.

Ancak akaryakıtta otomatik fiyatlandırma mekanizmasına geçtikten sonra TÜPRAŞ artık ürettiği LPG'den de zarar etmediğini, kar elde eder hale geldiğini belirterek LPG ithalatına devam edeceğini bildirmiş ve kurulacak şirkete de ortak sıfatı ile katılmamıştır.

Neticeten Şirketimiz herhangi bir vesile ile Devletin (TÜPRAŞ veya bir başka kurum ile) bu meselede taraf olmasını aksi takdirde LPG dağıtımında kartelleşmeye doğru bir gidişatın olduğunu düşünmektedir.

Kurulacak şirketin sermayesine ve idare şekline bakıldığında sektörümüzde elliye yakın LPG dağıtım şirketinin olmasına rağmen kurulacak şirketin sevk ve idaresinin bir iki firmanın elinde olacağı görülecektir.

Sektörümüz için hayati önem taşıyan bu konuda sayın Başkanlığınızın en doğru kararı vereceğine inanmaktayız."

Totalgaz Tüp-Gaz Ticaret ve Sanayi A.Ş.'ne ait yazıda aşağıdaki görüşlere yer verilmiştir:

"Şirketimizin LPG Temin Dağıtım Sanayi ve Ticaret A.Ş.'ye ortaya konan pay sahipleri sözleşmesi çerçevesinde katılmama kararı vermiştir. Şirketimizi bu şekilde karar vermeye yönelten hususları şöyle özetleyebiliriz:

a) Türkiye'de LPG fiyatları üretim/ithalat aşamasında yıllarca sübvansiyon edilmiştir. Akaryakıt Fiyat İstikrar Fonu (AFİF) kullanılarak ve/veya kamu kuruluşu TÜPRAŞ'ın zarar ettirilmesi şekli ile uygulanan bu sübvansiyon politikasına 01.07.1998 tarihi itibarıyla son verilmiş ve uluslararası fiyatlara otomatik uyumu öngören yeni AFİF Kararnamesi yürürlüğe sokulmuştur. Bu değişiklik uygulamaya konuluncaya kadar LPG dağıtım şirketleri haklı olarak zarar eden LPG ithalatı ile

ilgilenmemişler ve bu alanda gerekli yatırımları yapmamışlardır. Türkiye LPG piyasası Avrupa'nın en büyük piyasalarından birisidir ve tüketilen LPG'nin halen yaklaşık %75'i, tamamına yakın kısmı TÜPRAŞ tarafından olmak üzere ithal edilmektedir. Dörtyol dışında ithalat için gerekli tesisler TÜPRAŞ'ın mülkiyetindedir ve TÜPRAŞ'ın özelleştirilmesi söz konusudur. Bu gelişmeler TÜPRAŞ özelleştirmesi sonrası Türkiye LPG ithalat ve dağıtımının yeniden yapılandırılmasını gerekli kılmış ve LPG dağıtım şirketlerinin birleşerek ortak bir şirket kurmaları düşüncesi ortaya atılmıştır. TÜPRAŞ'da;

- 1) LPG ithalatını kurulacak bu ortak şirkete bırakmayı,
- 2) İzmit ve İzmir Rafinerilerinde LPG ithalatında kullanılan tesislerden bu ortak şirketi ücret karşılığında ve uzun süreli bir anlaşma ile yararlandırmayı,
- 3) Kurulacak bu ortak şirkete bir altın hisse ile katılarak şirketin yönetiminde ve karar organlarında özellikle küçük paylı şirketler aleyhine alınabilecek kararları kendilerine verilecek bir "veto yetkisi" ile önlemeyi,

önermiş ve bu şekilde yola çıkılmıştır. Şirketimiz bu aşamada kurulması kararlaştırılan bu ortak şirkete katılacak şekilde pay sahipleri sözleşmesinin oluşturulmasına katkı ve öneriler yapmıştır. Ne var ki TÜPRAŞ 01.07.1998 tarihinden sonra tutumunu tamamen değiştirmiş ve ithalata artık kar potansiyeli taşıdığı için devam edeceğini, kendi tesislerini kullandırmayacağını beyan etmiş ve bunun üzerine kurulacak ortak şirketin pay sahipleri sözleşmesi yeniden oluşturulmuştur. İmzaya açılan bu yeni pay sahipleri sözleşmesi her birisi çok önem arzeden TÜPRAŞ ile ilgili hususlar tamamen ortadan kalktığı için şirketimizce uygun bulunmamıştır.

b) Şirketimizin Türkiye LPG dağıtım piyasasındaki payı %... civarındadır. İmzaya açılan pay sahipleri sözleşmesi bu seviyede piyasa payı olan bir şirkete önemli kararlarda dahi etkin olma imkanı vermemektedir. Kurulacak şirket piyasada yüksek paya sahip iki-üç grubun kontrolünde olacaktır.

c) Kurulacak şirketin faaliyet konusu ve alanı çok geniştir. Bu husus Şirketimizi plan ve politikalarına uymayan faaliyet ve yatırım kararlarına istemeden katılma gibi bir durumla karşı karşıya bırakabilecektir.

d) Faaliyet konusu bu kadar geniş tutulmuş, birbirlerinin rakibi olan irili ufaklı birçok ortağa sahip bir şirketin başarılı olabileceği ve amacına ulaşabileceği yönünde şüphelerimiz vardır.

e) LPG Temin Dağıtım Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin ortak şirket, ortak olmayan şirket ayrımı yapmadan isteyen tüm LPG dağıtım şirketlerine aynı alım/satım sözleşmesi hükümleri ile LPG temin etmesini öngören pay sahipleri sözleşmesinin ilgili maddesi ise şirketimizin takip edeceği ve katılmama kararında dikkate aldığı ayrı bir husus olmuştur."

Yukarıda yer verilen görüşler de dikkate alınarak, Kanun'un 5'inci maddesinde düzenlenen muafiyet koşullarından "ekonomik ve teknolojik gelişme" hususunun değerlendirilmesi bildirim konusu anlaşmaya yönelik olarak aşağıdaki şekildedir.

Ekonomik ve Teknolojik Gelişme Hususunun Değerlendirilmesi

1997 yılında Türkiye'deki LPG tedariğinin yaklaşık %26'sı üretim, kalan % 74'ü ise ithalat yoluyla karşılanmıştır. İthalatın tüketimi karşılama oranı, yıllar

itibariyle artmakta olup üretim tekniğinin karmaşıklığı ile bu alandaki yatırım ve işletme maliyetlerinin yüksekliği, buna karşılık, ithalatın özellikle 1998 ortalarında yürürlüğe giren otomatik fiyatlandırma mekanizması ile birlikte TÜPRAŞ'ın LPG'ye ilişkin sübvansiyonunu durdurması ve Türkiye'deki LPG fiyatlarının uluslararası pazarlarda oluşan fiyatlara büyük ölçüde yaklaşması nedeniyle özel teşebbüsler için karlı bir faaliyet alanı haline gelmesi, bu eğilimin önümüzdeki yıllarda da süreceğini göstermektedir.

İthalatın özel teşebbüsler için çok daha cazip hale geldiği bir pazarda herhangi bir teşebbüsün LPG üretimi için büyük yatırımlara gitmesi ekonomik olarak rasyonel değildir. Bu çerçevede, mevcut teşebbüsler dışında bir teşebbüsün üretim piyasasına girişinin, ancak TÜPRAŞ rafinerilerini özelleştirme neticesinde devralmasıyla mümkün olacağı düşünülmektedir. Her ne kadar bildirim konusu ortak girişimin faaliyet konularından biri üretim olarak tanımlanmışsa da, söz konusu durumun ortak girişim için de geçerli olduğu açıktır. Rafineri tesislerinin devralınmasıyla oluşacak koşullar ise tamamen özelleştirme işlemlerinin sonuçlarına bağlı olduğundan, dosya kapsamı dışındadır. Bu nedenle, konuya ilişkin değerlendirmeler ortak girişimin diğer faaliyet alanları olarak tanımlanan ithalat ve toptan dağıtım hususları çerçevesinde ele alınmıştır.

Tüpraş Genel Müdürlüğü'nün konuya ilişkin yazısında, LPG ithalatı için yükleme ve/veya tahliye yapılabilmesi için bir iskele, tahliye edilen LPG'nin depolanması için depolama tesisi ve ilgili yardımcı tesislerin yatırımına gereksinim olduğu belirtilmiştir. 42.000 tonluk bir LPG kargosunun tahliyesi ve depolanması işlemlerinin yaklaşık 70 milyon dolarlık sabit yatırım gerektirdiği, böyle bir tesisin kuruluş süresinin ise, yapım sözleşmesinin imzalanmasını müteakip, 28-32 ay olarak tahmin edildiği ifade edilmiştir.

Yatırımın yüksekliği karşısında münferiden ithalatın mümkün olmaması hususu küçük şirketler için söz konusu olup "Pay Sahipleri Sözleşmesi"ne taraf olan Aygaz, Primagaz ve Demirören grupları tek başlarına ithalata gitmek için yeterli kaynaklara sahip bulunmaktadır. Bu teşebbüslere, Türkiye dağıtım pazarında düşük pazar paylarına sahip, ancak aslında global birer şirket olan BP ve Totalgaz da dahil edilirse, ithalat piyasasında 4-5 teşebbüsün bulunduğu oligopolistik bir yapının oluşması mümkün görünmektedir.

Bu çerçevede, anlaşmaya ilişkin bildirim formunda yer alan "Mevcut tevziat şirketlerinin ferdi gereksinimlerini karşılamaya yönelik olarak boru hattı, liman, kap ve benzeri altyapı yatırımlarını gerçekleştirmeleri mümkün değildir." görüşünün geçerli olmadığı düşünülmektedir. Nitekim gene aynı bildirim formunda, "Her ne kadar Aygaz, İpragaz ve kısmen Demirören Gruplarının münferiden gereksinimlerine çözüm bulmaya yeterli sayılabilecek mali kaynakları bulunsa da hem tüm LPG sektörünün müşterek sorununa çözüm oluşturmak, hem de kaynak israfına engel olmak amacıyla, kar gayesi güden bir ortak şirket altında bu faaliyetlerin yürütülmesi amaçlanmıştır." denilmektedir. Dolayısıyla burada asıl üzerinde durulması gereken noktanın, ithalat ve toptan dağıtımın bu tür bir ortak girişim çatısı altında yürütülmesinin ekonomik olarak rantabl olup olmadığıdır ki bu husus, bildirim

formunda, “Teşebbüslerin Türkiye’nin farklı bölgelerinde merkezi kaplarda ürünleri stoklamalarının ekonomik olarak rasyonel olmadığı, can ve mal güvenliği açısından önemli sakıncalar doğurabilecek nitelikte olduğu” şeklinde ifade edilmiştir.

Aynı coğrafi bölge sınırları içerisinde teşebbüsler tarafından ortak bir şekilde gerçekleştirilecek yatırımların, münferit yatırımlara kıyasla bazı ekonomik avantajlara sahip olduğu düşünülmektedir. Bu avantajları iki noktada toplamak mümkündür. Öncelikle, ortak yatırımlar, sabit yatırım maliyetlerinin paylaşılması anlamına gelecektir. Bu şekilde, yatırım finansmanındaki riskler, pay sahipleri sözleşmesindeki oransallık ilkesi çerçevesinde, her ortağın sermaye payı oranında dağılacaktır. Bu durumda ise teşebbüsler için, özellikle yatırımların önemli bir kısmını finanse edecek olan Aygaz, Primagaz ve Demirören grupları için daha katlanılabilir maliyetler söz konusu olacaktır. İkinci olarak, münferit yatırımlarla ülke genelinde oluşacak toplam yatırım maliyetleri, ortak yatırım maliyetlerine nazaran daha yüksek bir seviyede oluşabilecektir. Ortak bir terminalde yapılacak yatırımlar bir kez tamamlandıktan sonra, ilave küre, pompa ve boru donanımı ile stoklama kapasitesinde artışlar sağlanabilecektir.

Bu çerçevede, ortak yatırımların ekonomik bakımdan daha rantabl olduğu görüşüne katılmakla beraber, münferit yatırımların, yukarıda ifade edildiği gibi ancak sınırlı sayıda teşebbüs tarafından gerçekleştirilebilecek olması nedeniyle, can ve mal güvenliği açısından tehdit oluşturabilecek nitelikte ülke geneline dağılmayacağı düşünülmektedir. Nitekim, LPG’ye ilişkin mevzuatta da pazara giriş konusunda sınırlamalar olduğu görülmektedir. Bakanlar Kurulu’nun 23.02.1998 tarihli “Hampetrol ve Petrol ürünlerinin Alım, Satım, Fiyatlandırma Esasları ile Akaryakıt Fiyat İstikrar Fonu’nun İşleyişi Hakkında Karar”ının 8’inci maddesinde petrol ürünü ithal eden kuruluş ve şirketlerin, LPG için en az 3000 ton stoklama kapasitesine sahip olmaları gerektiği hükme bağlanmıştır. Başvuruya ilişkin bildirim formunda da “tesis ve depoların kurulmasında Çevresel Etki Değerlendirme Raporu ile birlikte mahalli idarelerden izin belgelerini almak” konusunda 21 Aralık 1996 tarih ve 22854 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı’na ait tebliğde düzenlemeler yer aldığı ifade edilmiştir. Bu bağlamda, tüketicinin can ve mal güvenliğine aykırı yatırımların gerçekleştirilmesinin zaten mevzuat gereği mümkün olamayacağı anlaşılmaktadır. Bu nedenle, gerek ekonomik, gerek yasal açıdan giriş engellerinin yer aldığı bir pazarda, yatırımların ortak bir çatı gerçekleştirilmesi ile tüketicinin can ve mal güvenliğinin sağlanması arasında doğrudan bir ilişki kurmak mümkün görünmemektedir. Esasen, gerek özel teşebbüslerin, gerekse TÜPRAŞ yetkililerinin ifade ettikleri asıl sorun, ithalat için gerekli iskelelerin inşası konusunda coğrafi sınırlamaların olması, fiziksel şartların farklı bölgelerde iskele tesisi için önemli bir engel teşkil etmesidir.

Bu bilgiler ışığında, ortak yatırımların en önemli avantajının, yapılacak ithalatın stoklanması konusundan ziyade, gemilerle gelen LPG’nin tahliyesi için gerekli iskele ve yükleme/boşaltma sistemlerinin, coğrafi olarak elverişli bölgelerde tesisi konusunda görüleceği düşünülmektedir. Esasen, bu durum TÜPRAŞ rafinerilerinin özelleştirilmesi işlemlerinde ele alınacak en önemli konulardan biri olarak ortaya çıkmaktadır. TÜPRAŞ’tan alınan bilgilerden, 1998 yılı itibarıyla 2.3

milyon ton civarında yapılan ithalatın yaklaşık %55'inin İzmit Körfezi'nden, %12'sinin ise İzmir-Aliağa tesislerinden tahliye edildiği anlaşılmaktadır. LPG tedariki açısından stratejik önemi haiz olan bu iki iskelenin, rafinerilerin devri işlemlerinde nasıl ele alınacağı, rafineri tesislerini devralacak teşebbüs ya da teşebbüslere iskeleler üzerinde münhasır bir hakkın mı yoksa diğer teşebbüslere de açık olacak şekilde sadece bir kullanım hakkının mı tesis edileceği, özelleştirme işlemlerinin en önemli konularından birini teşkil etmektedir. Konuya ilişkin 03.05.1999 tarih, D1/2/Ö.P.-99/2 sayılı Nihai İnceleme Raporu'nda belirtildiği üzere, ÖİB yetkililerince, TÜPRAŞ rafinerilerinin tek tek özelleştirilmesinin planlandığı ifade edilmiş olup, kamuoyuna basın yoluyla açıklanan özelleştirme programlarının da bu ifadeleri doğrular nitelikte olduğu görülmektedir. Bu husus da dikkate alındığında, teşebbüslerin yatırım kararlarının büyük ölçüde özelleştirme kararları çerçevesinde verileceği, bu işlemler sonuçlanıncaya kadar ise büyük ölçekli yatırımlara gidilmesi ihtimalinin zayıf olduğu düşünülmektedir.

Oluşturulması düşünülen ortak girişimde ithalat ile ilgili yatırımların hangi bölgelerde yapılacağına ilişkin kararların, 8/11 nisap çerçevesinde ağırlıklı olarak Aygaz, Primagaz ve Demirören grupları tarafından verileceği görülmektedir. Bu nedenle, yapılacak ithalatın dağıtımının anlaşmaya taraf her teşebbüs için aynı etkinlikte olmayacağı düşünülmektedir. Nakliye maliyetleri gözönüne alındığında, Marmara ya da Ege bölgesinde kurulacak bir stoklama deposunun, sadece Güneydoğu Bölgesi'nde faaliyet gösteren bir dağıtım şirketi açısından ekonomik olarak anlamlı olmadığı açıktır. Esasen, söz konusu ortak girişimin kurulmasıyla oluşacak yapının, beraberinde dağıtımda bir iyileştirme getireceği yönünde herhangi bir bulguya rastlanmamıştır.

Yukarıdaki bilgiler ışığında, dosya konusu başvuruda "malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması" olarak nitelendirilebilecek tek unsur, ithalata ilişkin yatırımların ortak bir çatı altında gerçekleştirilmesinin fiziksel ve ekonomik olarak rantabl olmasıdır.

Bu aşamada, 4054 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinin ilk fıkrasının (b) bendi çerçevesinde tüketicinin bu durumdan yararlanıp yararlanmayacağı hususunun ve dosya konusu başvurudaki "tüketici yararı"na ilişkin görüşlerin değerlendirilmesi gereklidir.

"Tüketici Yararı" Hususunun Değerlendirilmesi

Burada sözü edilen tüketici, LPG'yi çeşitli amaçlarla kullanan oldukça geniş bir kesimi kapsamaktadır. Özellikle son yıllarda otogaz olarak kullanımının yaygınlaşması ile ulaşım araçları sahipleri ve bunların içinde ağırlıklı olarak ticari taksiler, LPG'yi dökme olarak alan ve tesislerinde kullanan büyük sanayi kuruluşları, tüplü LPG'yi mutfak ve banyoda ya da ısınma amacıyla kullanan hanehalkı ve küçük işletmeler tümüyle "tüketici" kavramı içinde yer almaktadır.

Konuya ilişkin olarak bildirim formunda özetle, “TÜPRAŞ’ın uzun yıllar LPG’yi sübvanses etmesi nedeniyle zarar ettiği ve bu nedenle yatırımların durma noktasına geldiği; TÜPRAŞ’ın özelleştirme kapsamında olması nedeniyle, gelecekte LPG üretimini ve ithalini gerçekleştirmeyebileceği; LPG’nin halkın zaruri ihtiyaç maddesi olması nedeniyle, TÜPRAŞ’ın özelleştirilmesi halinde LPG’nin üretim, ithal ve dağıtımında doğabilecek boşluğun dağıtım şirketlerini ve tüketicileri zor durumda bırakacağı; bu nedenle TÜPRAŞ yetkililerinin telkinleriyle dağıtım şirketlerini bir araya getirerek bu faaliyetlerin bir ortak girişim çatısı altında toplanmasına karar verdikleri; pazarda oluşabilecek söz konusu boşluğu kapatacak bu tür bir şirketin tüketicinin yararına olduğu ” ifade edilmektedir.

Bu hususun değerlendirilmesinde altı çizilmesi gereken nokta, söz konusu şirketin kurulması fikrinin ortaya atıldığı dönemdeki (dosya mevcudu bilgilerden, bu konuda TÜPRAŞ ile yapılan görüşmelerin 12.01.1998, 18.03.1998 ve 03.06.1998 tarihlerine rastladığı anlaşılmaktadır) ekonomik koşullarla, Mayıs 1998’de yürürlüğe giren Bakanlar Kurulu’nun petrol ürünlerinde otomatik fiyatlandırmaya ilişkin kararnamesinden sonra oluşan pazar şartları arasındaki önemli farklılıktır. LPG dahil, tüm petrol ürünlerinin fiyatlandırılmasında dünya fiyatları baz alınarak yapılan otomatik ayarlamalar, LPG ithalatını karlı bir faaliyet alanı haline getirmiş, kuruluşundan bu yana zarar eden TÜPRAŞ 1998 Temmuz’undan sonraki süreçte kar eder bir duruma gelmiştir. TÜPRAŞ’ın ya da TÜPRAŞ’ı özelleştirme sonrası devralacak teşebbüs veya teşebbüslerin, LPG’ye ilişkin faaliyetlerini durdurma noktasına getirecek ekonomik koşullar ortadan kalkmıştır. TÜPRAŞ’ın altın hisse ile ortak girişime katılımı hususunun Ö.İ.B. tarafından uygun görülmemesi ve TÜPRAŞ’ın tesislerinin ortak girişimin kullanımına açılması hususunda Ö.İ.B’na yapılması düşünülen izin başvurusunun halen gerçekleşmemiş olması, yukarıda daha evvel yer verilen ve başvuru konusu sözleşmeye taraf olmayan teşebbüslerin, TÜPRAŞ’ın başlangıçtaki bu tür bir şirketin kurulmasına verdiği desteğin, yeni ekonomik koşullar çerçevesinde artık söz konusu olmadığına dair görüşlerini destekler mahiyettedir. Bu çerçevede, TÜPRAŞ’ın özelleştirilmesi sürecinde veya sonrasında, pazarda bir boşluk oluşacağına ve tüketiciye LPG tedariginde sıkıntılar yaşanacağına ilişkin görüşe katılmak mümkün görünmemekte olup, ortak girişimin kurulmasında bu anlamda bir tüketici yararı olmadığı kanaatine varılmıştır.

Bu aşamada, yukarıda açıklanan “ortak yatırımların fiziksel ve ekonomik olarak rantabl olması” hususunun tüketiciye nasıl yansıtılacağına değerlendirilmesi uygun olacaktır.

Hemen tüm ürün pazarlarında olduğu gibi LPG pazarında da tüketici tercihlerini etkileyen en önemli iki unsur fiyat ve kalitedir. Bu iki unsorda tüketici lehine ortaya çıkacak her gelişmenin tüketici yararına olduğu açıktır. Bu çerçevede ortak girişim vasıtasıyla yatırım maliyetlerinde sağlanacak tasarrufun tüketiciye nasıl yansıtılacağına değerlendirilebilmesi bakımından, öncelikle Bakanlar Kurulu’nun, 14 Mart 1998 tarih ve 23286 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “Hampetrol ve Petrol ürünlerinin Alım, Satım, Fiyatlandırma Esasları ile Akaryakıt Fiyat İstikrar Fonu’nun İşleyişi Hakkında Karar”ı ile 01.05.1998 tarihinde yürürlüğe giren otomatik fiyatlandırma mekanizmasının ele alınması yararlı olacaktır.

Söz konusu kararın 5'inci maddesine göre "Rafineriler ve ithalatçı şirketler serbest rekabet şartları içerisinde Tavan Fiyatı aşmamak şartı ile farklı satış fiyatları ile satış yapabilirler." Tavan fiyat, Kararnamenin 2'nci maddesinin (e) bendinde "Akaryakıt olarak belirlenen petrol ürününün fiyat değişikliği gününe ait İthal Parite Fiyatının %3 fazlası" olarak tanımlanmıştır. İthal parite fiyatı ise 2'nci maddenin (c) bendine göre "Platt's Lpgaswire" ve "Platt's European Marketscan" isimli yayınlarda yayımlanan CIF ya da FOB fiyatları ortalamasına navlun ve sigorta ilavesiyle oluşan fiyatın aynı güne ait döviz kuru ile TL'sına çevrilmiş değerini ifade etmektedir.

Dağıtım şirketleri de 4'üncü maddeye göre ilgili mercilere bildirilen bu tavan fiyatları, kararın 11'inci maddesinde belirlenen dağıtım payı ve 12'nci maddesi çerçevesinde belirlenen nakliye bedellerini dikkate alarak ve ilgili fon ve vergileri ilave ederek oluşturdukları mahalli perakende azami satış fiyatlarını ilgili mercilere bildirmektedirler. 10'uncu maddeyle ise bayilerin, azami satış fiyatlarının altında bir fiyatla satış yapabilecekleri hükme bağlanmıştır.

Bu bilgilerden de anlaşılacağı üzere, dağıtım şirketlerine toptan satışın yapıldığı tedarik pazarında da dağıtım pazarında olduğu gibi belirli kurallar dahilinde belirlenen bir azami fiyat söz konusu olup rafineri ve ithalat şirketlerine bu fiyatın altında satış serbestisi getirilmiştir.

Tedarik pazarında yatırımlara gidecek her teşebbüsün, maliyetlerini tamamiyle karşılayabileceği süreye kadar, bir kar maksimizasyonu politikası izlemesi ve satışlarını tavan fiyat üzerinden gerçekleştirmesi ekonomik açıdan rasyonel bir davranıştır. Tek tek teşebbüsler açısından daha az maliyet getirmesi ve finansman riskinin dağılması nedeniyle, bir şirket çatısı altında gidilecek ortak yatırımlarda, bu yatırımların münferit yatırımlara nazaran daha kısa sürede amorti edileceğinden söz etmek mümkündür. Böylece daha kısa bir süre sonunda, tüketici lehine daha düşük toptan satış fiyatlarının uygulanması söz konusu olabilecektir. Ancak bu tür bir motivasyon için pazarda bir kaç teşebbüsün ve bu teşebbüsler arasında oluşacak bir rekabet ortamının varlığına ihtiyaç olduğu açıktır. Rekabetin olmadığı bir pazarda orta ve uzun vadede de tüketici lehine oluşabilecek fiyatlardan bahsetmek mümkün görünmemektedir. Aynı durum "kalite" unsuru bakımından da söz konusu olup bir teşebbüsün dış pazarlarda daha kaliteli bir ürün arayışına girmesi ancak "rekabet" motivasyonu ile mümkündür. Pazarda oluşabilecek rekabet koşulları dikkate alınmadan, dosya konusu işbirliği anlaşmasının, anlaşma taraflarına getireceği ekonomik avantajlar ile kalite ve fiyat unsurları açısından oluşabilecek tüketici yararı arasında doğrudan bir ilişki kurmak mümkün değildir.

Öte yandan, söz konusu olası rekabet koşullarının ve dosya konusu başvuruya ilişkin muafiyet şartlarının açıklığa kavuşması açısından 4054 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinin ilk fıkrasında yer alan "İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması," şeklindeki (c) ve "Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması." şeklindeki (d) bendi hükümlerinin değerlendirilmesi de gereklidir.

Rekabetin Pazarın Önemli Bir Bölümünde Ortadan Kalkmaması ve Gereğinden Fazla Sınırlandırılmaması Hususlarına İlişkin Değerlendirme

Dosya mevcudu bilgi ve belgelerde yer aldığı üzere anlaşmaya taraf olan teşebbüslerin dağıtım pazarındaki payları %92'yi bulmaktadır. Anlaşmada teşebbüslerin tek başlarına tedarik yoluna gidebilecekleri hükme bağlanmıştır. Ancak bu hükmün, tek başlarına ithalat olanakları bulunmayan küçük şirketler açısından fiilen bir anlamı bulunmamaktadır. Katıldıkları sermaye payı oranında şirket karını paylaşacak tarafların istisnai durumlarda üçüncü teşebbüslerden yararlanabilecekleri kabul edilse bile, pay sahipleri sözleşmesinin “Şirket'in, dağıtım şirketleri arasında yapılacak Alım-Satım Anlaşması ile farklı teminat ve adına getirilen LPG'nin süresi içinde çekilmemesi halinde de cezai şart uygulanacaktır.” şeklindeki 10.4. maddesi dikkate alındığında, bu şirketlerin anlaşmaya taraf olmayan teşebbüslerden de gaz alabilme olanaklarının fiilen sınırlandığı görülmektedir. Bu bağlamda münhasırlık sadece, tek başlarına ithalat olanakları bulunan Aygaz, Primağaz ve Demirören grupları için geçerli olacaktır. Bu durumun, tedarik pazarına girmek isteyen teşebbüsler için ciddi bir giriş engeli teşkil edeceği düşünülmektedir. Dağıtım pazarındaki %92'lik bir portföyün tek bir şirket çatısı altında toplanması, bir başka deyişle pazarda fiili bir hakim durumun oluşması, anlaşmaya taraf olmayan ve tedarik pazarına girmek isteyen teşebbüsler açısından pazara giriş motivasyonunu ve potansiyel rekabeti ortadan kaldıracaktır .

Söz konusu anlaşmanın bu yönüyle, 4054 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi” şeklindeki (d) bendi kapsamında bir rekabet ihlali içerdiği anlaşılmaktadır.

Anlaşmaya taraf olan Aygaz, Primağaz ve Demirören gruplarının anlaşma vasıtasıyla LPG sağlayabilmelerinin yanısıra, münferiden ithalat yoluyla da tedarik gücüne sahip olmaları, mevcut karar mekanizması içindeki hakimiyetleri dikkate alındığında, pazarın önemli bir bölümündeki LPG arzını kontrol etmeleriyle sonuçlanabilecektir. Esasen, anlaşmanın öngördüğü 8/11 nisap çerçevesinde tüm önemli yatırım kararlarının bu üç grup tarafından alınabilecek olması, söz konusu teşebbüsler arasında son derece stratejik bir işbirliğini de beraberinde getirmektedir. Dosya konusu işlemin ortaya koyduğu bu karar mekanizması dikkate alındığında, yatırımların nerede ve hangi ölçekte yapılacağına ilişkin kararların, anılan LPG gruplarının Türkiye genelindeki pazar politikalarına ve bölgesel düzeyde pazar hedeflerine göre şekilleneceği düşünülmektedir.

Yukarıda adı geçen grupların karar mekanizmasındaki bu hakimiyeti, sermaye paylarının devrine ilişkin hükümlerle de bir anlamda garanti altına alınmış; taraflar arasındaki bu yatay koordinasyonun orta ve uzun vadeyi kapsayacak şekilde sürekliliği sağlanmıştır. Bu durumun, dağıtım piyasasındaki mevcut pazar paylarının tedarik pazarına da aynen yansımaya neden olabileceği düşünülmektedir. “Pay Sahipleri Sözleşmesi”nin 3.3 maddesindeki “Şirket'ten pay almak isteyen (taraflar

dışındaki) herhangi bir dağıtım şirketinin alacağı şirket payı, kendi tercihine tabi olarak, en çok şirket sermayesinin % 0.5 (binde beş)'idir." hükmünün ileride ortak olmayı isteyen şirketlerin katılımını fazlasıyla sınırlandırdığı ve bu bağlamda mevcut sermaye yapısını dondurduğu anlaşılmaktadır. "Pay Sahipleri Sözleşmesi"nin,

- "Sermaye Artırımları" başlıklı 5'inci maddesinde yer alan "ŞİRKET'in sermaye artırımlarında ihraç edilecek yeni paylar, artırımın vukuu bulunduğu tarihte Pay Sahiplerinin sahip oldukları Paylarının ŞİRKET sermayesine olan oranına göre dağıtılacaktır",
- "Payların Devri" başlıklı 6'ncı maddesinde yer alan "...Yönetim Kurulu devredilen Payların, ŞİRKET'teki Pay oranları *aynen* muhafaza edecek şekilde bir dağıtım yapar...", "...Yönetim Kurulu devredilmek istenen Payları, bu almaya talip Pay Sahipleri arasında, oransallık ilkesini imkan nispetinde muhafaza edecek şekilde dağıtmaya yetkilidir..." ve "...Bazı Pay Sahiplerinin, 6.2 hükmüne göre dağıtımdan kendilerine isabet eden payları almayı istememeleri halinde, alınmayan paylar, almak isteyen pay sahipleri arasında oransallık ilkesine göre dağıtılır"

hükümlerinde yer alan ifadelerin, mevcut pazar payları ile oluşturulan sermaye yapısının gelecekte de korunmasını sağlayıcı nitelikte olduğu görülmektedir. Esasen rakip şirketleri biraraya getirerek tedarik pazarında taraflar arasındaki rekabeti tamamen sınırlandıracak olan bu anlaşma, öngördüğü sermaye yapılanmasıyla dağıtım pazarında tarafların pazar paylarını artırmaya yönelik motivasyonunu da ortadan kaldırma tehlikesini beraberinde getirmektedir.

Bu bilgiler çerçevesinde, başvuru konusu anlaşmanın, 4054 sayılı Kanun'un ikinci fıkrasının "Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü" şeklindeki (b) ve "Mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi" şeklindeki (c) bendlerinde işaret edilen rekabet ihlallerini de içerdiği anlaşılmaktadır.

Pazarda bu tür bir yapılanma, yukarıdaki sakıncaların yanısıra, satış şartları ve fiyat açısından rekabetin ortadan kalkması sonucunu da doğuracaktır.

Dağıtım pazarının %92'sinin kontrol edilmesini sağlayan bu anlaşmanın etkileri, uygulamada tedarik pazarında tek bir fiyatın oluşması ile sınırlı kalmayacak; tek tek taraflar açısından tam bir dikey bütünleşmenin söz konusu olması nedeniyle dağıtım pazarında da aynı fiyatların ortaya çıkması kaçınılmaz olacaktır. Bu durum tüketici yararına ilişkin hususlara da açıklık getirmektedir. Dosya konusu işbirliği anlaşmasının anlaşma taraflarına getireceği ekonomik avantajların, rekabetin ortadan kalktığı bir pazarda, tüketici lehine fiyatların oluşması yönünde bir etkisinin sözkonusu olamayacağı açıktır. Anlaşmanın getirdiği "tek fiyat ve aynı satış koşulları sistemi"nin, esasen, 4054 sayılı Kanun'un ikinci fıkrasının "Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kar gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi" şeklindeki (a) bendi çerçevesinde açık bir rekabet ihlali olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Yukarıdaki bilgiler ışığında, başvuru konusu anlaşmanın pazarın önemli bir bölümünde ve gereğinden fazla rekabeti sınırladığı anlaşılmaktadır. Tüm bu nedenlerle, anlaşmanın 4054 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinde aranılan muafiyet şartlarını taşımadığı kanaatine varılmıştır.

SONUÇ

Yukarıda yer verilen açıklamalar ve değerlendirmeler ışığında;

- Dosya konusu işlemin; bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkmadığı ve rekabeti sınırlandırıcı etkilerinin bulunduğu, bu nedenle 1997/1 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" in "Birleşme veya Devralma Sayılan Haller" başlıklı 2'nci maddesinin "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 girişimler (joint-venture)" şeklindeki (c) bendi çerçevesinde bir ortak girişim olmadığına,

- Bu nedenle başvuru konusu işlemin 4054 sayılı Kanun'un 7'nci maddesi kapsamında bir birleşme veya devralma değil, 4'üncü maddesi kapsamında rekabeti sınırlayıcı bir işbirliği anlaşması olduğuna,

- Bildirim formunda yer alan, "...Rekabet Kurulu'nun bildirim konu olan işleme izin vermemesi halinde, bildirim menfi tespit başvurusu veya bireysel muafiyet bildirimini olarak değerlendirilmesini arz ederiz." şeklindeki talep doğrultusunda yapılan menfi tespit ve muafiyet incelemesi neticesinde, 4054 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesi kapsamında rekabeti sınırlayıcı etkileri bulunmasından dolayı söz konusu anlaşmaya menfi tespit verilemeyeceğine,

- Ortak yatırımların taraflara fiziksel ve ekonomik açıdan bazı avantajlar getirmesi nedeniyle söz konusu anlaşmanın ekonomik bir gelişme sağlayabilecek nitelikte olduğuna; ancak bu ekonomik yararın tüketiciye yansımaması ve anlaşmanın rekabeti ilgili pazarın önemli bir bölümünde ve gereğinden fazla sınırlandırıyor olması nedenleriyle 4054 sayılı Kanun'un "Muafiyet" başlıklı 5'inci maddesinin birinci fıkrasındaki (b), (c) ve (d) bendlerinde yer alan muafiyet koşullarını taşımadığına,

- Türkiye LPG tevziat pazarında faaliyet gösteren 39 şirketin iştirakiyle taraflar arasında akdetilecek pay sahipleri sözleşmesi çerçevesinde LPG tedarik pazarında faaliyet gösterecek olan "LPG Temin Dağıtım ve Sanayi ve Ticaret A.Ş." unvanlı bir ortak girişim şirketi kurulmasına ilişkin başvuruya izin verilmemesine,

OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.