

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2013-1-117
Karar Sayısı : 14-24/482-213
Karar Tarihi : 16.07.2014

(Nihai İnceleme)

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 :Meltem BAĞIŞ AKKAYA, Mehmet Selim ÜNAL, Şamil PIŞMAF,
Muhammed Safa UYGUR, İbrahim KUŞÇU

**C. BİLDİRİMDE
BULUNAN**

:THY OPET Havacılık Yakıtları A.Ş.
Temsilcisi: Av. Ozan ALAKUŞTEKİN
Yeşilköy Mah. Atatürk Cad. No:10/1 Dünya Ticaret Merkezi A1
Blok Kat:13 No:411-416, 34149 Bakırköy, İstanbul

- (1) **D. DOSYA KONUSU:** Mobil Oil Türk A.Ş.'nin Türkiye Havalimanlarında Depolama ve Uçaklara Yakıt İkmali için Havacılık Operasyon Sözleşmesi'ne konu varlıklardaki %25 mülkiyet hakkının THY OPET Havacılık Yakıtları A.Ş. tarafından devralınması işlemine izin verilmesi talebinin, sunulan ek taahhütlerle birlikte değerlendirilmesi.
- (2) **E. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 19.11.2013 tarihinde giren ve en son eksiklikleri 05.02.2014 tarihinde tamamlanan bildirim üzerine 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesi ile 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in ilgili hükümleri uyarınca yapılan inceleme sonucu düzenlenen 19.02.2014 tarih, 2013-1-117/Öİ sayılı Ön İnceleme Raporu, Kurulun 26.02.2014 tarihli toplantısında görüşülmüş ve 14-08/158-M sayı ile bildirim konu işlemin Kanun'un 10. maddesi birinci fıkrası uyarınca nihai incelemeye alınmasına karar verilmiştir.
- (3) Kurulun nihai inceleme başlatılmasına ilişkin kararı, 4054 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca 19.02.2014 tarihli ve 2013-1-117/Öİ sayılı Ön İnceleme Raporunda yer alan temel değerlendirmelerle birlikte başvuru sahibine 07.04.2014 tarihinde tebliğ edilerek, 30 gün içerisinde ilk yazılı savunmalarını yapmaları istenmiştir. THY OPET Havacılık Yakıtları A.Ş. (THY OPET) tarafından gönderilen yazılı görüş ve ek taahhütleri içeren yazı 4054 sayılı Kanun'un 43. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen süre içinde 09.04.2014 tarihinde Kurum kayıtlarına intikal etmiştir. Sözü edilen yazıda yer alan taahhütlerin, '*Birleşme/Devralma İşlemlerinde Rekabet Kurumunca Kabul Edilebilir Çözümlere İlişkin Kılavuz* (Kılavuz)'da yer verilen ilkeler doğrultusunda etkili bir biçimde uygulanabilirliği hususunda bazı tereddütler olduğundan, dosya konusu işleme dair tarafların çözüm önerilerinin bahse konu tereddütleri giderecek şekilde Kuruma tekrar sunulmasının uygun olacağına ilişkin 18.04.2014 tarihli Daire görüşü başvuru sahibine tebliğ edilmiştir. Bu kapsamda THY OPET tarafından gönderilen cevabi yazı 22.05.2014 tarihinde Kurum kayıtlarına girmiştir.

14-24/482-213

- (4) Nihai inceleme sürecinde elde edilen bilgi ve belgeler çerçevesinde hazırlanan 10.07.2014 tarih ve 2013-1-117/BN sayılı Bilgi Notu, 16.07.2014 tarihinde görüşülerek izin talebi karara bağlanmıştır.
- (5) **F. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili Raporda; Mobil Oil Türk A.Ş. (MOBİL)'nin Türkiye Havalimanlarında Depolama ve Uçaklara Yakıt İkmali için Havacılık Operasyon Sözleşmesi'ne konu varlıklardaki %25 mülkiyet hakkının THY OPET tarafından devralınması işlemine, nihai inceleme sürecinde THY OPET tarafından verilen taahhütler çerçevesinde izin verilmesinde sakınca bulunmadığı ifade edilmiştir.

G. YAPILAN İNCELEME VE TESPİTLER

G.1. İşlemin Konusu

- (6) Rekabet Kurulunun 06.11.2013 tarihli, 13-62/853-361 sayılı kararı ile MOBİL'in havalimanlarında depolama ve uçaklara yakıt ikmal ile ilgili sözleşmeye konu varlıklarda bulunan mülkiyet hakkı ile sözleşmeye taraf olmaktan kaynaklanan hak ve yükümlülüklerinin Socar Turkey Petrol Enerji Dağıtım Sanayi ve Ticaret A.Ş. (SOCAR)'ye devredilmesi işlemine izin verilmiştir. Ancak takip eden süreçte sözleşme taraflarından THY OPET'in sözleşmeden kaynaklanan ön alım haklarını kullandığını beyan etmesiyle işlem gerçekleşmemiş, bu kapsamda MOBİL'in hisselerinin THY OPET'e devri söz konusu olmuştur.
- (7) Bu çerçevede dosya konusunu bu kez İstanbul Atatürk (AHL), İzmir Adnan Menderes (ADB), Milas-Bodrum (MBH) ve Antalya (AYT) Havalimanlarında bulunan jet yakıtı ikmal ve depolama tesislerinin müştereken işletilmesi konusundaki ortak operasyon sözleşmesi bakımından, MOBİL'in, anılan sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinin ve anılan tesislerde sahip olduğu malvarlığı ve ilgili hisselerin, sözleşmeden kaynaklanan ön alım hakkının kullanılması neticesinde THY OPET tarafından devralınması oluşturmaktadır.
- (8) Dosya içeriğinde yer alan bilgilere göre; "Türkiye Havalimanlarında Depolama ve Uçaklara Yakıt İkmali için Havacılık Operasyon Sözleşmesi" (Ortaklık Sözleşmesi) 01.03.2008 tarihinde Antalya, Bodrum, İzmir ve İstanbul havalimanlarında uçak yakıtı depolama tesislerinin ve uçağa ikmal teçhizatının ortak işletimi amacıyla MOBİL, SHELL, BP ve OPET Petrolcülük A.Ş. arasında imzalanmıştır. Sözleşme söz konusu havalimanlarındaki münferit depolama tesislerini bir çatı altında toplayarak tarafların depolama ve uçaklara ikmal hizmetini kapsayan faaliyetlerinin tek elden yürütülmesini amaçlamaktadır. Bu çerçevede, Ortaklık Sözleşmesi, ortak operasyon kapsamında belirli bir malvarlığı ortaya konularak bir işbirliği yaratılmasını, bu işbirliği kapsamında gerçekleştirilen hizmetlere ilişkin herhangi bir ücret alınmadan sadece söz konusu hizmetlere ilişkin masrafların işbirliğine dâhil olan şirketler tarafından karşılanmasını ve oluşumun, münhasıran kapsamdaki şirketlere hizmet vermesini kapsamaktadır.
- (9) Ortaklık Sözleşmesi'nde, ortak tesislerin kullanımı bakımından her katılımcının tesislere havacılık yakıtı sevk etme ve tesislerden aynı miktarda havacılık yakıtı çekme hakkına sahip olacağı düzenlenmektedir. Ayrıca, 'Tesislerin İşletilmesi' başlıklı 18. maddede işletmecinin katılımcılardan hiç birine ayrıcalık tanımayacağı vb. hususlar düzenlenmektedir.
- (10) Ortaklık Sözleşmesinin 'İşletme Giderleri' başlıklı 19. maddesinde amortisman, faiz giderleri, değişken masraf ve maliyetlerin katılımcıların tesislere sevk ettikleri havacılık yakıtı miktarları ve yakıt verdikleri uçakların sayısı ile orantılı olarak katılımcılar arasında

14-24/482-213

paylaştırılacağı hüküm altına alınmaktadır. Bildirim formunda, Ortaklık Sözleşmesi'nde yer alan Yatırım Geri Dönüş (Return of Investment) mekanizması gereği tesislerin kullanımı oranında diğer kullanıcılara yapılan amortisman vb. ödemelerin işlem sonrasında önemli ölçüde düşeceği, bu kapsamda sağlanan maliyet avantajlarının son kullanıcılara da olumlu yansıtacağı ifade edilmektedir. Ortaklık Sözleşmesi'nde, işleme konu depolama tesisleri (ortak tesisler) bakımından bir İşletme Komitesi kurulması öngörülmektedir. İşletme Komitesine, ortak tesislerin işletme ve bakımı ile ilgili işlerin kontrolü ve bu çerçevede izlenecek politikaya ilişkin kararların alınması yetkisi verilmektedir. Ayrıca, İşletme Komitesine, Ortaklık Sözleşmesi'ne konu her bir havalimanında bir işletmeci atayarak ortak tesislerin işletmesini bunlara devretme yükümlülüğü getirilmektedir. Halihazırda, Adnan Menderes ve Milas Bodrum Havalimanlarında SHELL, Antalya Havalimanında MOBİL, Atatürk Havalimanında ise THY OPET işletmeci konumundadır. İşletme Komitesi kararlarını Ortaklık Sözleşmesi'nin taraflarından oluşan üyelerinin tamamının olumlu oyu ile almaktadır. Devralma işlemi öncesinde MOBİL, BP, THY OPET ve SHELL Ortaklık Sözleşmesi'nin taraflarını oluşturmaktadır. Sözü edilen şirketler, Sözleşme'ye konu varlıklarda eşit paylarda (%25) mülkiyet hakkına sahiptir. Devralma işlemi sonrasında MOBİL'in varlıklardaki payı ve sözleşmeye taraf olmaktan kaynaklanan hak ve yükümlülükleri THY OPET'e geçecektir. İşlem sonrasında THY OPET Ortaklık Sözleşmesi'ne konu varlıklarda %50 oranında mülkiyet hakkına sahip olacak ve müşterek operasyonda %50'lik bir hisseye sahip olacaktır. Ayrıca, Sözleşme çerçevesinde MOBİL'in işletmeci olarak bulunduğu Antalya Havalimanındaki tesislerde işletmeci olarak BP görevlendirilecektir.

G.2. Taraflar

G.2.1. Devralan

G.2.1.1. THY OPET

- (11) THY ile Opet Petrolcülük A.Ş.'nin (OPET) %50'şer ortaklığıyla 18.09.2009 tarihinde kurulmuş bir ortak girişim şirkettir. THY OPET havacılık yakıtlarının depolanması ve uçağa ikmal alanlarında faaliyet göstermektedir.

G.2.2. Devredilen

G.2.2.1. MOBİL

- (12) Bildirim formunda sunulan bilgilere göre MOBİL, Türkiye'de havacılık yakıtı ve madeni yağ pazarında aktif olup özellikle Antalya, Bodrum, İstanbul ve İzmir havalimanlarında havacılık yakıtı satışı faaliyetinde bulunmaktadır. İşlem sonrasında MOBİL havacılık yakıtları pazarından çıkmayı planlamaktadır. MOBİL'in hisselerinin %100'ü doğrudan ESSO İtaliana SRL şirketine, dolaylı olarak ise Exxon Mobil Corporation'a aittir. Şirketin Türkiye'de kontrol ettiği herhangi bir şirket mevcut değildir.

G.3. İlgili Pazar

G.3.1. İlgili Ürün Pazarı

- (13) Rekabet Kurulunun, 09.07.2008 tarihli ve 08-44/606-231 sayılı, ayrıca benzer bir işleme ilişkin 17.11.2011 tarihli ve 11-57/1465-22 sayılı kararları ışığında, dosya konusu işlem bakımından ilgili ürün pazarı "*havacılık yakıtları pazarı*" olarak belirlenmiştir.

G.3.2. İlgili Coğrafi Pazar

- (14) Rekabet Kurulunun ilgili pazara dair daha önce yürütmüş olduğu benzer konulu incelemelerde yapmış olduğu tespitler de dikkate alınarak dosya kapsamında ilgili coğrafi pazar “Türkiye” olarak; inceleme konusu havalimanları ise birer alt pazar olarak belirlenmiştir.

H. Değerlendirme

H.1. 2010/4 sayılı Tebliğ Kapsamında Yapılan Değerlendirme

- (15) 2010/4 sayılı Tebliğ’in 5.maddesinde:

“Kontrolde kalıcı değişiklik meydana getirecek şekilde;

a) İki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi ya da

b) Bir veya daha fazla teşebbüsün tamamının ya da bir kısmının doğrudan veya dolaylı kontrolünün, hisse ya da mal varlığının satın alınmasıyla, sözleşmeyle veya diğer bir yolla bir ya da daha fazla teşebbüs veya halihazırda en az bir teşebbüsü kontrol eden bir ya da daha fazla kişi tarafından devralınması,

Kanunun 7. maddesi kapsamında birleşme veya devralma işlemi sayılır.”

denilmektedir.

- (16) Bildirim formunda, dosya konusu işlem ile ilgili olarak işlemin Ortak Operasyon açısından herhangi bir kontrol değişikliğine yol açmayacağı belirtilmektedir. Ayrıca işlem kapsamında, MOBİL tarafından hiçbir jet yakıt tedariki sözleşmesinin THY OPET’e devredilmediği, işlemin yalnızca bir varlık devri olduğu ifade edilmiştir.
- (17) Öte yandan, dosya konusu işlem, MOBİL’in Ortaklık Sözleşmesi’nden kaynaklanan hak ve yükümlülükleri ile Sözleşme çerçevesinde bahse konu havalimanlarında sahip olduğu malvarlığı ve işletme haklarının THY OPET’e devrini içerdiğinden, 2010/4 sayılı Tebliğ’in 5. maddesinin (b) bendi gereği bir devralma işlemi olduğu değerlendirilmektedir.
- (18) Tablo 1’de yer alan ciro bilgilerinin incelenmesinden işlem taraflarının cirolarının 2010/4 sayılı Tebliğ’in 7. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde düzenlenen eşikleri aştığı; dolayısıyla bildirim konusu işlemin, Tebliğ kapsamında izne tabi bir devralma işlemi olduğu anlaşılmıştır.

Tablo 1: İşlem Taraflarının Ciroları

İşlem Tarafları	Türkiye Cirosu (TL)
THY OPET	(.....)
Mobil Oil Türk A.Ş.	(.....)
TOPLAM	(.....)

H.2. 4054 Sayılı Kanun'un 7. maddesi Çerçevesinde Yapılan Değerlendirme

- (19) 4054 sayılı Kanun'un "Birleşme veya Devralma" başlıklı 7. maddesinde, "bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralmasının hukuka aykırı ve yasak" olduğu hükme bağlanmıştır. Hangi tür birleşme ve devralmaların hukukî geçerlilik kazanabilmesi için Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğinin Kurul tarafından çıkarılacak tebliğlerle ilan edileceği kuralı getirilmiştir.
- (20) Bu çerçevede, 2010/4 sayılı Tebliğ'in "Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi" başlıklı 13. maddesinde ise birleşme ve devralmalar değerlendirilirken özellikle; ilgili pazarın yapısı, ülke içinde veya dışında yerleşmiş olan teşebbüslerin fiili ve potansiyel rekabeti, teşebbüslerin pazardaki durumu, ekonomik ve mali güçleri, sağlayıcı ve müşteri bulabilme alternatifleri, arz kaynaklarına ulaşabilme imkânı, pazarlara giriş engelleri, arz ve talep eğilimleri, tüketicilerin menfaatleri, tüketici yararına olan etkinlikler ve diğer hususların göz önünde tutulacağı belirtilmiştir. Kurul tarafından yapılacak değerlendirme neticesinde tek başına ya da birlikte hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumu daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuran birleşme veya devralmalara izin verilmeyeceği hükme bağlanmıştır.
- (21) 4054 sayılı Kanun'un tanımlar başlıklı 3. maddesinde hâkim durum, "belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü" şeklinde tanımlanmaktadır. Hâkim durumun tespitinde temel olarak dikkate alınacak ölçütlerden ilki, ilgili teşebbüsünün ve rakiplerinin pazardaki konumuyken, bunun yanında pazara girişin veya pazarda büyümenin önünde engeller bulunup bulunmadığı ve ilgili pazarlarda müşterilerin alıcı gücüne sahip olup olmadıkları da değerlendirilmesi gereken hususlardandır.
- (22) Rekabet Kurulunun birçok kararında da ortaya konulduğu üzere, tek başına yeterli olmamakla birlikte, bir teşebbüsün hâkim durumda bulunup bulunmadığının tespit edilmesinde en önemli unsurlarından biri pazar payıdır. Ancak, uygulamada hangi büyüklükteki pazar payının hâkim durum oluşturabilecek bir pazar gücü olarak değerlendirileceğine ilişkin rekabet hukuku doktrini ve içtihadında kesin bir ölçüt bulunmamaktadır. Örneğin, Avrupa Birliği uygulamalarında, %40-50 oranındaki pazar payı hâkim durum tespitinde yeterli görülmekte, hatta %25-%40 aralığındaki bir pazar payında dahi, diğer pazar gücü koşullarının gerçekleşmesi halinde, hâkim durum tespiti yapılabilmektedir. Ayrıca pazar paylarına ilişkin değerlendirmelerde, pazar paylarının sürekliliği de önem kazanabilmektedir. Kurulun yerleşik uygulamasında ise genel olarak %40'ın altında pazar payına sahip olan teşebbüslerin hâkim durumda olması ihtimalinin düşük olduğu kabul edilmekte, bu oranın üzerinde pazar payına sahip teşebbüsler bakımından ise ilave değerlendirmeye gidilmektedir.
- (23) Rekabet Kurulunun 04.06.2013 tarihli ve 13-33/448-RM(7) sayılı kararıyla çıkarılan "Yatay Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz" (Yatay Birleşme Kılavuzu)'un 17. paragrafında, çok yüksek pazar paylarının hakim durumun göstergesi olabileceği belirtildikten sonra, %50'yi aşan paylar örnek olarak sayılmaktadır.

14-24/482-213

- (24) Bu çerçevede dosya konusu işlemde devralan teşebbüs konumunda bulunan THY OPET'in pazar payları incelendiğinde, fiilen 2010 yılında faaliyetlerine başlayan teşebbüsün anılan yıl içerisinde yaklaşık %14 düzeyinde bir pazar payına sahipken, 2011 yılında bu payın %40'a ulaştığı; son iki yıldır ise %60 seviyesine yükseldiği görülmektedir.
- (25) 19.02.2014 tarih, 2013-1-117/Öİ sayılı raporda, THY OPET'in sahip olduğu yüksek pazar payı, TÜPRAŞ ve THY ile olan doğrudan veya dolaylı ortaklık bağı, THY ile arasındaki tedarik anlaşması, pazardaki yüksek yoğunlaşma oranı, kuvvetli rakiplerin olmaması ve pazara girişteki yüksek hukuki, idari ve fiziki engeller dikkate alınarak THY OPET'in ilgili pazarda hakim durumda bulunduğu ve işlemin hakim durumu güçlendirebileceği kanaatine ulaşılmıştır. Raporda ayrıca, bildirim konusu işlemde ortaya çıkabilecek rekabet endişeleri arasında ilgili pazarın tamamen veya kısmen rakiplere kapatılması ve alt/üst pazardaki fiyatların yükselmesi de sayılmış ve dosya özelinde bunlardan özellikle pazarın rakiplere kapatılması veya erişimin engellenmesi olarak ifade edilebilecek yönünün öne çıktığı belirtilmiştir.

H.3. Taahhütler ve Değerlendirilmesi

H.3.1. Taahhütler

- (26) Ön inceleme aşamasında sunulan taahhütler aşağıda yer almaktadır:
- Havacılık Operasyon Sözleşmesi'ne Sadık Kalınacağı Taahhüdü: THY OPET tarafından, Rekabet Kurulunun 09.07.2008 tarih, 08-44/606-231 sayılı kararı ile muafiyet tanınan Ortaklık Sözleşmesi hükümlerine sadık kalınacağı taahhüt edilmektedir.
 - Depolama Faaliyetine Erişim Sağlamaya İlişkin Taahhütler: THY OPET tarafından, ortak tesisler bakımından depolama lisansına THY OPET'in sahip olduğu havaalanlarında diğer teşebbüslerin hizmet talepleri olması durumunda depolama hizmetlerine erişim taleplerinin karşılanması taahhüt edilmektedir. Erişim taleplerinin arz güvenliği, kapasite oranları dikkate alınarak karşılanacağı; erişim sağlama ücretinin de EPDK tarafından onaylanan tarifeler üzerinden uygulanacağı ifade edilmektedir. Ayrıca, depolama hizmetlerinin yalnızca bir havayolu şirketine mal teslim yükümü altına girmiş firmalara verilebileceği belirtilmektedir.
 - Ürün Satış ve Kanat Altı Hizmetine Erişim Sağlamaya İlişkin Taahhütler: THY OPET tarafından, talep edilen hizmet tarihi aralığındaki tesis ve ekipman kapasitesine uygun olması kaydıyla diğer teşebbüslerin THY OPET'ten (depodan) ürün alım taleplerinin karşılanması ile gerek satın alınan gerekse depolanan ürünlerin kanat altı ikmal hizmetini onaylanan tarifelere uygun olarak yürütülmesi taahhüt edilmektedir.
 - Teşebbüsler Arası Ayrımcılık Yapmamaya İlişkin Taahhütler: THY OPET tarafından, üçüncü kişilerin depolama ve ikmal hizmetine ulaşmalarında adil ve şeffaf kriterlerin uygulanacağı taahhüt edilmektedir.
 - Diğer İlgili Mevzuata Uyum Taahhüdü: THY OPET tarafından, havacılık yakıtları ile ilgili mevzuata tam uyum sağlanacağı taahhüt edilmektedir.
- (27) THY OPET tarafından gönderilen taahhütler Rekabet Kurulu tarafından yeterli görülmemiş ve işlem nihai incelemeye alınmıştır. Taahhütlerin yeterli görülmemesindeki ana gerekçe THY OPET'in arz güvenliği ve kapasite oranları izin verdiği ölçüde üçüncü kişilere erişim sağlayacağını belirtmesidir.

14-24/482-213

(28) THY OPET tarafından işleme ilişkin oluşabilecek rekabetçi endişelerin giderilmesi amacıyla ek taahhütler ve Nihai İnceleme Bildiriminde yer alan bazı tespit ve değerlendirmelere ilişkin olarak birtakım açıklamalar sunulmuştur. Nihai inceleme sürecinde Kurumumuza sunulan bu taahhütleri depolama faaliyetlerine erişim sağlamaya ilişkin taahhütler ve teşebbüsler arası ayırım yapmamaya yönelik taahhütler olarak başlıca iki gruba ayırmak mümkündür.

- Depolama faaliyetlerine erişim sağlamaya ilişkin taahhütlere özetle aşağıda yer verilmektedir:

1. THY OPET, Ortak Operasyon Sözleşmesi katılımcıları hariç, depolama kapasitesine erişim açısından arz güvenliği esnekliği olduğuna inanılan İzmir Adnan Menderes ve Milas Bodrum Havalimanlarından talep olması halinde devralmaya konu %25'lik kapasitenin 1/3'lük kısmını, her halükarda depolama lisansının kendisinde olup olmamasına bağlı olarak, Ortak Operasyon Sözleşmesi katılımcıları hariç üçüncü kişilere açmayı veya açılmasına rıza göstermeyi veya açılmasına hiçbir surette engel olmamayı taahhüt etmektedir.
2. THY OPET, İstanbul Atatürk ve Antalya Havalimanları açısından ise, talep olması halinde devralmaya konu %25'lik kapasitenin 1/2'lik kısmını, her halükarda depolama lisansının kendisinde olup olmamasına bağlı olarak, ortak operasyon sözleşmesi katılımcıları hariç üçüncü kişilere açmayı veya açılmasına rıza göstermeyi veya açılmasına hiçbir surette engel olmamayı taahhüt etmektedir.

- Depolama faaliyetlerine erişim sağlamaya ilişkin taahhütlerin uygulanmasına ilişkin diğer bir kısım taahhütler:

1. Üçüncü kişilerin erişimi bakımından ayrı bir depo veya fiziki yer/hacim tahsis veya deponun bir kısmının boş tutulmaması; üçüncü kişilerden gelecek depolama hizmeti talepleri karşısında talep edenin tesis(ler)e getireceği ürünün depolara alınarak THY OPET ve diğer müşterek tesis katılımcılarının ürünleri ile birlikte bir arada tutularak elleçlenmesi;
2. Depoların tahsisinde ilk gelen ilk hizmet alır prensibinin işletilmesi; taahhüt edilen toplam hacim ile sınırlı olmak üzere; sonradan gelen üçüncü kişilerin ancak hâlihazırda bu hacimleri kullanan üçüncü kişilerin kullanmadığı kapasite ile sınırlı olarak hizmet alabilmesi;
3. Depolama/erişim sağlama ücretinin THY OPET tarafından önerilen ve EPDK tarafından onaylanarak yayınlanan tarifeler üzerinden sağlanması; üçüncü kişilerin erişim taleplerinin, objektif kriterler göz önüne alınarak hazırlanan ve yetkili organlarca onaylanan tarifeye uygun olması ve ilgili tüm güvenlik koşullarını ve teknik koşulları sağlayacak şekilde yapılması;
4. Ancak bir havayolu şirketine mal teslim yükümlülüğü altına girmiş lisans sahiplerine erişim imkânı sağlanması;
5. Depolama faaliyetlerine erişim sağlamaya ilişkin taahhütler uygulanırken Rekabet Kurulunca muafiyet tanınan Ortaklık Sözleşmesi hükümlerine uyulması; ayrıca pazarın değişken yapısı dikkate alınarak bahse konu taahhütlerin uygulanmaya başlanmasından 3 yıl sonra gözden geçirilmesi

şeklinde sıralanabilir.

- Teşebbüsler arası ayrımcılık yapmamaya ilişkin taahhütler ise şu şekildedir: THY OPET, depolama ve ikmal hizmetine ilişkin altyapı erişimini objektif kriterler göz önüne alınarak hazırlanan ve yetkili organlarca onaylanan tarifeler kapsamında üçüncü kişilere ayrımcı olmayan ve şeffaf temelde açmayı taahhüt etmiştir. Bu taahhüt sonucunda

14-24/482-213

pazara yeni girmek isteyen küçük veya büyük tüm teşebbüslere ayırım yapılmadan adil bir şekilde erişim sağlanacağı belirtilmiştir.

- (29) İşleme ilişkin olarak THY OPET tarafından gönderilen ek taahhütlerde son olarak bu taahhütlerin yerine getirilmesinin petrol piyasası mevzuatı, sivil havacılık mevzuatı, gümrük mevzuatı ve ilgili diğer mevzuat uyarınca THY OPET'in uyması zorunlu olan kurallara aykırılık teşkil etmediği sürece sağlanabileceği ifade edilmiştir.
- (30) Yukarıda yer verilen taahhütlerin etkili bir biçimde uygulanabilir olup olmadığı hususunda hasıl olan tereddütler üzerine THY OPET tarafından gönderilen ikinci yazıda ise özetle;

THY OPET tarafından sunulan taahhütlerde yer alan Atatürk ve Antalya Havalimanları için devralmak istediği kapasitenin 1/2'lik kısmını Adnan Menderes ve Milas Bodrum Havalimanları için ise devralmak istediği kapasitenin 1/3'lük kısmını "*Ortak Operasyon Sözleşmesi katılımcıları hariç üçüncü kişilere açmayı veya açılmasına rıza göstermeyi veya açılmasına hiçbir surette engel olmamayı taahhüt etmektedir*" ifadesinin "(açmayı) ve/veya Ortak Operasyon Sözleşmesi'nin 10.2 maddesi uyarınca bir onay/izin alınmasının gerekmesi halinde bu izin/onayları almayı taahhüt etmektedir." şeklinde değiştirildiği

ifade edilmektedir.

- (31) Ayrıca, THY OPET, Ortaklık Sözleşmesi'nin 10.2 maddesinde yer alan "*İşletmeci, Münhasır Tesislerin Finansmanı Sağlayan Katılımcıların onayını almadıkça, Münhasır Tesislerin, bunların sahibi konumundaki Katılımcı(lar) dışında hiç kimse tarafından kullanılmasına izin vermeyecektir.*" hükmü bakımından, diğer sözleşme taraflarının devre konu jet yakıtı depolarının taahhüt edilen oranlarda üçüncü kişilerin erişimine açılmasına ilişkin muvafakatlerini aynı yazı ekinde Kurumumuza iletmiştir.

H.3.2. Taahhütlerin Değerlendirilmesi

- (32) Nihai inceleme aşamasında sunulan ek taahhütler incelendiğinde, daha önce ön inceleme aşamasında verilen ve Kurulumuzca rekabetçi sorunları gidermeye yönelik olarak yeterli görülmeyen taahhütlerin kapsamının genişletildiği görülmektedir. Bunun yanında söz konusu taahhütlerinin uygulanabilirliği yönündeki tereddütlerin de ortadan kaldırıldığı anlaşılmaktadır. Dört havalimanının her birindeki depolar bakımından üçüncü kişilere açmayı taahhüt ettiği kapasite miktarını net bir biçimde belirlediğinden, THY OPET'in kapasite kısıtı gerekçesiyle üçüncü kişilere hizmet veremeyeceği iddiasında bulunma imkanı kalmamıştır. Diğer yandan üçüncü kişilere hizmet sunabilmek için gerekli olan ortak girişim ortaklarının iznini almayı taahhüt etmesi ve bu izni alması, taahhütlerin hukuken uygulanıp uygulanamayacağı tartışmasını da sonlandırmaktadır.
- (33) İşlemin ardından MOBİL'in jet yakıtı pazarından çekilmeyi planladığı ifade edilmekle beraber, mevcut işlem ile THY OPET, MOBİL'in jet yakıtı satışına ilişkin faaliyetlerini devralmamaktadır. Bu haliyle işlem, esasında ilgili pazarın bir alt seviyesine ilişkin bir faaliyetin ve kapasitenin devralınmasını konu edinmektedir ve rakipler arasında gerçekleşmesi sebebiyle yatay olmasının yanında bu diğer yönüyle de yatay olmayan bir devralma işlemi niteliğindedir. Böyle bir işlemde ise akla gelen ilk endişe alt pazarın üçüncü kişilere kapatılarak üst pazardaki rekabetin sınırlandırılmasıdır. Bu noktada devre konu ortak girişimin faaliyet gösterdiği havalimanlarındaki depolama kapasitelerine aşağıda tekrar yer verilmektedir:

14-24/482-213

Tablo:2 İşlem Konusu Havalimanlarındaki Lisanslı Depo Kapasiteleri

Havaalanı	Depolama Tesisi Sahibi ve Kapasitesi (m ³)			
AHL	POAŞ	OG	Toplam	
	19.197 (%53)	17.200 (%47)	36.397	
AYT	POAŞ	OG	LUKOİL	Toplam
	18.205 (%54)	11.467 (%34)	4.155 (%12)	33.827
ADB	POAŞ	OG	ULUSLARARASI	Toplam
	7.796 (%71)	1.600 (%15)	1.503 (%14)	10.899
MBH	POAŞ	OG	ULUSLARARASI	Toplam
	6.917 (%66)	2.000 (%19)	1.609 (%15)	10.526
Kaynak: EPDK web sitesi.				

- (34) Tablo 2'den, THY OPET'in ortak girişimdeki mevcut %25'lik payı ile de devir işlemine izin verilmesi halinde sahip olacağı %50'lik payı ile de ilgili havalimanlarında yüksek bir kapasite oranına sahip olmayacağı görülmektedir. Mevcut pazar yapısı dikkate alındığında havacılık yakıtı pazarında faaliyet göstermek isteyen bir teşebbüs için havalimanı sınırları içerisinde kurulu bir depolama tesisine erişim sağlama imkanının yeterli bir koşul olmamakla beraber gerekli bir koşul olduğu görülmektedir. Bu itibarla havalimanında depolama tesisi olmayan teşebbüslerin erişim sorunu, esasen THY OPET'in gerçekleştirmek istediği devir işleminden bağımsız olarak özellikle Atatürk Havalimanı gibi fiziken yeni kapasite yaratmanın mümkün olmadığı havalimanları bakımından zaten belirli bir derecede mevcuttur.¹
- (35) Taahhütler olmaksızın düşünüldüğünde devir işlemi bakımından yaşanacak sorun, Atatürk Havalimanı gibi havalimanlarında halihazırda zaten mevcut olan erişim sorunu var olmaya devam ederken ilgili pazarda hakim durumda bulunan bir teşebbüsün kapasitesini artırmasının pazardaki rekabetçi yapıyı daha da kötüleştirecek olmasıdır. Bu durumda üzerindeki rekabet baskısı daha da azalmış olan hakim durumdaki teşebbüs ilerde örneğin fiyatları artırma hususunda görece serbest hale gelebilecektir.
- (36) Bu noktada, Atatürk Havalimanı ve Antalya Havalimanı bakımından devralınan kapasitenin yarısı, diğer iki havalimanı bakımından ise üçte biri, sunulan taahhüt çerçevesinde üçüncü kişilere açılacaktır. Bir diğer deyişle İstanbul ve Antalya bakımından ortak girişimin depolama kapasitesinin %12,5'i, İzmir Adnan Menderes ve Milas Bodrum bakımından ise %8,33'ü ortak girişime taraf olan teşebbüsler dışındaki şirketlerin kullanımına açılmış olacaktır.

¹ DHMİ yetkilileri ile yapılan görüşmede, halihazırda Adnan Menderes ve Milas Bodrum Havalimanlarında da ilave depolama tesisi kurulabilecek yer bulunmadığı bilgisi edinilmiştir.

- (37) Böyle bir uygulama sonucunda oluşacak yapı mevcut durumla karşılaştırılacak olursa, halihazırda dört ortağın kullanımına açık olan ve kapasite kısıtı öne sürülerek üçüncü kişilere açılması gerekmeyebilecek depolama tesisleri, üçüncü kişilerin talep etmesi halinde yine en az dört teşebbüsün kullanımına açık olacaktır. Pazardan MOBİL çıkacak olmakla birlikte, yerine en az bir teşebbüs daha gelmiş olacaktır.
- (38) Atatürk ve Antalya Havalimanlarının depolama kapasitesine erişim bakımından Adnan Menderes ve Milas Bodrum Havalimanlarına nazaran esnekliğinin daha düşük olduğu göz önüne alındığında, bu havalimanları için daha yüksek bir oranda kapasitenin üçüncü kişilere açılması makul görülmektedir. Diğer yandan üçüncü kişilere erişimi taahhüt edilen kapasitelerin özellikle pazara yeni girmek isteyen veya payını artırmayı amaçlayan teşebbüslerin kısa dönemde arz edebilecekleri miktarlar için yeterli olduğu değerlendirilmektedir.
- (39) THY OPET'in üçüncü kişilere uygulanacak fiyatlar konusundaki taahhüdü, kendisi tarafından önerilen ve EPDK tarafından onaylanarak yayınlanan tarifeler üzerinden fiyat belirlemektir. Burada, mevzuat dairesinde ilgili denetleyici kurumun onayından geçen bir tarifede sorun olmaması beklenmelidir. Bu husus teşebbüsler arasında ayrımcılık yapılmayacağına ilişkin taahhütle bir arada değerlendirildiğinde, dosya mevcudu bilgiler ışığında uygulanacak fiyat konusunda bir endişe görülmektedir. Kaldı ki; taahhütler çerçevesinde işleme izin verilirse THY OPET tarafından uygulanacak ücret tarifesinin üçüncü kişilere erişimi zorlaştıran veya bunu imkânsızlaştıran bir niteliğe bürünmesi halinde, konunun taahhütlerin ihlali olarak değerlendirilmesi her zaman mümkündür.
- (40) Bütün bu açıklama ve değerlendirmelerin ardından gelinen noktada, nihai inceleme aşamasında THY OPET tarafından verilen taahhütler çerçevesinde, işlemin THY OPET'in maliki olduğu depolama kapasitesini artırması sebebiyle hakim durumunu güçlendirebileceği, ancak üçüncü kişilere açtığı kapasite sebebiyle karşısında rekabetçi bir baskı oluşacağı veya oluşmasının kolaylaştırılacağı, dolayısıyla ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde kısıtlanması sonucunu doğurmayacağı kanaatine ulaşılmıştır.
- (41) Dosya konusu işlemin havayolu taşımacılığı pazarı üzerindeki etkisi hususunda ise öncelikle, ilgili taahhütler çerçevesinde ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde kısıtlanması sonucu doğmayacağından bu pazarın müşterileri bakımından da bir olumsuzluk yaşanmayacağı, ilgili havalimanları incelendiğinde ise THY OPET'in 2013 yılı için Atatürk Havalimanında (.....) gibi yüksek bir paya sahip olduğu, Antalya, Adnan Menderes ve Milas Bodrum Havalimanları için ise sırasıyla (.....),(.....) ve (.....) oranında paya sahip olduğu görülmektedir. THY OPET, Atatürk Havalimanında yüksek bir pazar payına sahip olmakla birlikte bu satış miktarı için halihazırda ortak girişime ait depolama tesislerinin neredeyse tamamını kullanmaktadır. Dolayısıyla esasen bildirim konusu işlem sonucunda THY OPET'in depolama kapasitesini artırarak Atatürk Havalimanındaki pazar payını kayda değer şekilde artıracığını iddia etmek mümkün değildir. Hatta ilgili taahhütler çerçevesinde kullandığı bu kapasitenin bir kısmını üçüncü taraflara da açması gerektiğinden, işlem sonucunda THY dışındaki havayolu şirketlerinin THY OPET dışında alternatif bir sağlayıcı ile çalışmalarının önünde engel bulunmamaktadır. Yukarıdaki açıklamalar THY OPET'in diğer havalimanlarında sahip olduğu görece düşük pay ve alternatif tedarik imkanlarının mevcut olması ile bir arada değerlendirildiğinde, verilen taahhütler çerçevesinde işlem neticesinde havayolu taşımacılığı pazarı bakımından da herhangi bir sorunun yaşanmayacağı anlaşılmıştır.
- (42) İlgili pazarın yapısında geçtiğimiz 4 yıllık dönemde meydana gelen değişiklikler dikkate alındığında; pazarda hâlihazırda hâkim durumda bulunan THY OPET'in, belirli bir süre

14-24/482-213

sonra bu hâkim durumunu kaybetme ihtimalinin tamamen dışlanması mümkün olmadığı; bu nedenle pazarın değişken yapısı dikkate alınarak bahse konu taahhütlerin uygulanmaya başlanmasından 3 yıl sonra gözden geçirilmesi yönündeki ilgili taraf talebinin de makul olduğu değerlendirilmektedir.

H.4. Nihai İnceleme Bildiriminde Yer Alan Tespit ve Değerlendirmelere İlişkin Taraf Görüşleri

- (43) THY OPET tarafından gönderilen yazıda yer alan iddialar ile bunlara ilişkin açıklamalar aşağıda yer almaktadır:
- (44) Başvuruya konu olan işlemin bir ön alım hakkına dayandığı, bahse konu sözleşme ile önalım hakkının Rekabet Kurulu tarafından daha önce dört defa incelenerek bu hükümlere muafiyet tanındığı, Kurulun muafiyet tanıdığı bir sözleşmeden doğan hakkın kullanılmaması durumunda sözleşmeye güven ilkesinin zedeleyebileceği, bu durumun hukuk düzenine olan itimada zarar vereceği iddiası:
- 4054 sayılı Kanunun 7. maddesinde teşebbüslerin devralmalar yoluyla hakim duruma geçmeleri veya mevcut hakim durumlarını güçlendirmeleri yasaklanmaktadır. Bu çerçevede, Ortaklık Sözleşmesi çerçevesinde taraflara önalım hakkı tanıyan hükümlere muafiyet tanınmış olması, bu hakların kullanılması sırasında işlemin Kanunun 7. maddesi kapsamında incelenmesine mani değildir. Nitekim Raporda, tarafların sözleşmeden kaynaklanan önalım haklarının geçerliliği/geçersizliği değil, dosya konusu işleme izin verilip verilemeyeceği tartışılmaktadır. Dolayısıyla, bahse konu değerlendirmeler işlem tarafları bakımından önalım haklarının geçerliliğini etkilememektedir.
- (45) Nihai İnceleme Bildiriminde yer alan THY OPET'in pazar payının %14 ile başladığı akabinde çok hızlı bir şekilde arttığı yönündeki tespitin hatalı olduğu, THY OPET'in 2010 yılı Temmuz ayında faaliyete başladığı, bununla birlikte şirketin ancak Temmuz 2011 tarihinde tam kapasite faaliyete geçebildiği, çok hızlı gibi görünen pazar payı artışının temel sebebinin şirketin kısa sürede tam kapasite faaliyete geçerek THY'nin jet yakıtı tedarikini karşılayabilmesinde yattığı iddiası:
- THY OPET'in pazardaki büyüme hızına ilişkin olarak verilen bilgi üzerine bir kanaat inşa edilmemiştir.
- (46) Teşebbüs tarafından THY nezdinde yapılan satışlar dışarıda tutulduğunda aslında pazarın rekabetçi yapısında bir kayıp yaşanmadığı aksine THY OPET'in pazara girmesi ile tüketicilerin bundan fayda sağladığı, THY'ye yapılan satışlar dikkate alınmadığında THY OPET'in pazar payının POAŞ'ın yarısı kadar olduğu iddiası:
- THY OPET'in, THY'ye yaptığı satışlar dikkate alınmadığında pazarın kalan kısmındaki payının daha düşük olduğu görülmektedir. Ancak THY OPET'in ortaklardan bağımsız bir ortak girişim olarak kabul edilmesi karşısında THY'ye yaptığı satışları dikkate almamak mümkün değildir.
- (47) Homojen bir ürün olan jet yakıtı pazarında sektörle ilgili koşullar bir bütün olarak düşünüldüğünde THY OPET'in pazar payı büyüklüğünün tek başına ele alınarak pazarın rekabetçi yapısının değerlendirilmesinin eksik olacağı iddiası:
- Pazarın rekabetçi yapısı değerlendirilirken pazar payı tek başına ele alınmamıştır.
- (48) Rekabet Kurumu tarafından alt pazar olan depolama faaliyetlerindeki bir devralmanın üst pazar olan ticari kanalda etkisinin değerlendirmeye tabi tutulduğu, oysaki depolama hizmetinin jet yakıtından ayrı bir pazar olduğu, Türkiye'de depolama hizmetlerinin büyük

14-24/482-213

havalimanlarında bir ticari faaliyet olarak yürütüldüğü, teşebbüslerin gerek kendi ihtiyaçları için gerekse EPDK onaylı tarifeler üzerinden diğer teşebbüslerin kullanımına sunarak kar elde ettikleri iddiası:

- Depolama hizmetlerini ayrı bir pazar olarak tanımlamak ve ele almak mümkündür; ancak THY OPET'in mevcut devralma işlemini depoculuk faaliyeti yürütmek ve bunun üzerinden bir gelir sağlamak için değil jet yakıtı operasyonunu desteklemek için gerçekleştirmek istediği açıktır. Bu itibarla, işlemin esas olarak etkilediği pazar üzerinden yani havacılık/jet yakıtı pazarı üzerinden değerlendirme yapılmıştır.

(49) EPDK mevzuatı gereği lisans sahibi depocuların üçüncü kişilere erişim izni verme zorunluluğunun bulunduğu, bazı havalimanları için yeni depoların hâlihazırda yapılabileceği, örneğin Antalya Havalimanı için kısa süre önce bir ihalenin yapıldığı iddiası:

- THY OPET'in Antalya Havalimanı için kısa süre önce bir ihalenin yapıldığı iddiası DHMİ yetkililerince de doğrulanmıştır. Ancak bu hususun tek başına yukarıda yer verilen tespit ve değerlendirmeleri esastan etkileyecek nitelikte bulunmadığı değerlendirilmiştir.

(50) Atatürk ve Antalya Havalimanları açısından değerlendirildiğinde zaten sınırlı olan depolama kapasitesinde sıkıntı olması durumunda arz güvenliğinin tehlikeye gireceği, THY OPET'in halihazırda kullandığı kapasitelerden mahrum kalması durumunda arz güvenliği açısından büyük sorunlar yaşanacağı, bunun da havacılık sektöründe ve bu sektörle ilişkili alanlardaki etkilerinden dolayı tüm kamuoyunda önemli sorunlara sebep olabileceği iddiası:

- Bildirim konusu devralma işlemine tarafların sunmuş olduklarına benzer nitelikte taahhütler olmaksızın izin verilmesinin mümkün gözükmediği değerlendirilmiştir.

(51) Jet yakıtı depolama pazarının rekabetçi bir yapıya sahip olduğu, pazarda giriş engellerinin bulunmadığı, devralma işleminin yapılacağı havalimanlarında müşterek tesisler haricinde başka tesislerin bulunduğu, gerekli görüldüğü takdirde havalimanlarında yeni depo yapımlarına izin verilebileceği, işleme izin verilmesi durumunda THY OPET'in dosya konusu dört hava limanında sahip olacağı jet yakıtı depo kapasite oranlarının Atatürk Havalimanı için %(.....)'ye, Antalya için %(.....)'ye, Adnan Menderes için %(.....)'ye, Milas Bodrum için %(.....) ulaşacağı, söz konusu pazar paylarının hakim durum oluşturabilecek ya da mevcut hakim durumu güçlendirmeye yetecek seviyede olmadığı, Antalya Havalimanı için POAŞ'ın kapasite oranının THY OPET'in iki katı olduğu, THY OPET'in bu tesislerde halihazırda POAŞ'tan depolama hizmeti satın aldığı, Türkiye genelinde jet yakıtı depolama tesislerindeki kapasite oranları, diğer depo sahiplerinin varlıkları ve EPDK mevzuatı birlikte düşünüldüğünde THY OPET'in pazarı kapamasının imkânsız olduğu zaten böyle bir durumda konu Rekabet Kurumuna ulaşmadan sorunun EPDK nezdinde çözülebileceği, bahse konu depolarda THY OPET'in rakipleri olan diğer ortakların depolama kapasitelerinin değişmeyeceği, bu bağlamda ilgili havalimanlarındaki rekabet düzeyinin işlemten etkilenmesinin söz konusu olmadığı iddiası:

- Söz konusu iddialar doğrudan ya da dolaylı olarak dikkate alınmıştır.

H.5. Kanunun 5. Maddesi Çerçevesinde Muafiyet Değerlendirmesi

(52) Rekabet Kurulunun bildirim konusu işleme izin vermesi halinde, Kurulun 09.07.2008 tarihli ve 08-44/606-231 sayılı kararı ile muafiyet tanınan, akabinde ise 12.04.2012 tarihli ve 12-20/554-BD sayılı kararına konu olan "Türkiye Havalimanlarında Depolama

14-24/482-213

ve Uçaklara Yakıt İkmali için Havacılık Operasyon Sözleşmesi'nin tarafları, dörtten üçe düşecektir. Bunun yanında söz konusu taraflardan THY OPET, geçen süre zarfında pazarda güçlü bir hâkim konuma ulaşmıştır. Bununla birlikte dosya konusu işleme, ayrıntısına yukarıda yer verilen, işlemde kaynaklanabilecek rekabetçi sorunları gidereceği mütalaa edilen taahhütler çerçevesinde izin verilmesi halinde, söz konusu taraf değişikliğinin anılan sözleşmeye muafiyet tanınmasına dair 08-44/606-231 sayılı Kurul kararında ulaşılan sonucu değiştirecek nitelikte olmadığı ve sözleşmenin muafiyetten yararlanmaya devam edebileceği değerlendirilmiştir.

J. SONUÇ

(53) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre,

- 1- Mobil Oil Türk A.Ş.'nin Türkiye Havalimanlarında Depolama ve Uçaklara Yakıt İkmali için Havacılık Operasyon Sözleşmesi'ne konu varlıklardaki %25 mülkiyet hakkının THY OPET Havacılık Yakıtları A.Ş. tarafından devralınması işleminin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 2010/4 sayılı "Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" kapsamında izne tabi olduğuna OYBİRLİĞİ ile,
- 2- Söz konusu işleme ilişkin olarak taraflarca sunulan taahhütlerin kabulüyle işleme izin verilmesine; verilen taahhütler çerçevesindeki şartların süresi içinde yerine getirilmemesi halinde verilen iznin geçersiz sayılacağına OYÇOKLUĞU ile

karar verilmiştir.

Rekabet Kurulu'nun 16.07.2014 Tarih ve 14-24/482-213 Sayılı Kararına

KARŞI OY GEREKÇESİ

Kurulumuz, mezkur kararıyla Mobil Oil Türk A.Ş.'nin Türkiye Havalimanlarında Depolama ve Uçaklara Yakıt İkmali için Havacılık Operasyon Sözleşmesi'ne konu varlıklardaki %25 mülkiyet hakkının THY OPET Havacılık Yakıtları A.Ş. tarafından devralınması işleminin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 2010/4 sayılı "Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" kapsamında izne tabi olduğuna ve söz konusu işleme ilişkin olarak taraflarca sunulan taahhütlerin kabulüyle işleme izin verilmesine; verilen taahhütler çerçevesindeki şartların süresi içinde yerine getirilmemesi halinde verilen iznin geçersiz sayılacağına karar vermiş olup, kararın taahhütlerin kabulüyle izin verilmesine ilişkin 2.maddesine usul yönünden katılmadığımdan, karşı oy gerekçelerim aşağıda açıklanmıştır.

14-24/482-213

Karşı oyum özetle; 4054 Sayılı Kanunda emredici olan usul hükümlerinin, Rekabet Kurulunca çıkarılan bir kılavuz ve bunun sonucunda Rekabet Kurulu kararı ile ihmal edilip, yok sayılarak uygulanmaması konusuna ilişkindir.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un "Birleşme veya Devralma" başlığı altındaki 7.maddesinde: "Bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır.

Hangi tür birleşme ve devralmaların hukukî geçerlilik kazanabilmesi için Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul, çıkaracağı tebliğlerle ilan eder." hükmü yer almıştır.

Yine aynı kanunun "Birleşme ve Devralmaların Kurula Bildirilmesi" başlığı altındaki 10.maddesinde de: "7nci madde kapsamına giren birleşme veya devralma anlaşmaları Kurula bildirildiği tarihten itibaren Kurul, on beş gün içinde yapacağı ön inceleme sonucunda birleşme veya devralma işlemine ya izin vermek **ya da bu işlemi nihai incelemeye almaya karar verdiği takdirde**, ön itirazını bildiren yazısı ile birlikte birleşme veya devralma işleminin nihaî karara kadar askıda olduğunu ve uygulamaya sokulamayacağını, gerekli gördüğü diğer tedbirlerle birlikte ilgililere usulüne göre tebliğ etmek zorundadır. **Bu durumda, bu Kanun'un 40 ila 59 uncu maddeleri hükümleri uygulanır.**" hükmü sevk edilmiştir.

Yasa koyucu, bu hükümlerle, teşebbüslerin kendi iç dinamiği, verimli çalışması ve yeni teknoloji bulması gibi kendi çaba, çalışma ve kararları dışında, rekabeti önemli ölçüde sınırlamaması adına birleşme ve devralma yoluyla hakim duruma gelmesini veya var olan hakim durumunu güçlendirmesini yasaklamış, ancak Rekabet Kurulu'na da bu yasak göz ardı edilmeksizin, birleşme ve devirlerle ilgili objektif ölçü veya ölçütler belirleyerek, bu ölçü veya ölçütleri aşan birleşme ve devirleri kontrol etme yetkisi vermiş bulunmaktadır. Yasa koyucu, aynı zamanda, Rekabet Kurulu'na bu kontrol ve denetim sonucunda karar verirken, 15 gün içerisinde bildirim konusu işlemi inceleyip, dosya içerisinde bulunan tüm verilere göre ya birleşme ve devirlere izin vermesi veya işlemi nihai incelemeye alması gerektiğini açıkça belirtmiş, **nihaî incelemeye alınması halinde, anılan Yasa'nın 40. ve 59 maddesinde öngörülen usule ilişkin maddelerinin yani bütün bu sürecin uygulanması gereğinden hareketle rekabet ihlallerinin soruşturulmasına paralel bir uygulama getirmiştir.**

Yasa Koyucunun öngördüğü kurallar, birleşme devralmanın önaraştırma ile başlayan ve içine soruşturma raporunun düzenlenip taraflara bildirilmesi ve sözlü savunma yapılması(tarafların talebi veya resen)/yapılmaması ve nihai kararın verilerek, yargı aşamasına götürülebilecek işlem ve eylemleri de içerisine alan bir sürecin izlenerek konunun nihai karar verilerek sonuçlandırılmasını emretmektedir. Bir başka deyişle yasa

14-24/482-213

koyucu Rekabet Kuruluna anılan 4054 sayılı yasanın 40.maddesi ile başlayan ve 59.maddesi ile biten tüm hükümleri, birleşme devralma işlemlerinin nihai incelemeye alınması halinde uygulanmasına ilişkin bağlı bir yetki vermektedir. Bu hükümler yeni bir Yasa ile değiştirilmedikçe veya kaldırılmadıkça, Rekabet Kurulu kendi yapacağı bir düzenleme ile bu usulü hükümlerin uygulanmasını kısmen veya tamamen değiştirmeye veya kaldırmaya hukuken muktedir olmadığı gibi, bu konuda vereceği kararlarda açıklanan emredici hükümleri ihmal eden bir takdir yetkisi kullanması da asla söz konusu olamaz.

Kurulumuzun, 16.06 2011 gün ve 11-37/792-RM sayılı kararıyla “Birleşme ve Devralma İşlemlerinde Rekabet Kurumunca Kabul Edilebilir Çözümlere İlişkin Kılavuz” kabul edilmiş, Kılavuzun 89. paragrafında, “Nihai inceleme aşamasında raporun tamamlanmasına kadar tarafların çözüm önermesi durumunda, incelemeyi yürütmekle görevli meslek personeli önerilen çözümlerin rekabet sorunlarını gidermede yeterli olduğu kanaatine varırsa, çözüm önerisi, yasal sürenin bitmesi beklenmeden hazırlanacak raporla birlikte ivedilikle Kurul gündemine sunulur. Önerilen çözüm yeterli bulunmadığı takdirde, söz konusu öneri yasal süresi içerisinde tamamlanan raporla birlikte Kurul gündemine sunulur. Bu durumda,

- Kurul çözüm önerisini kabul ederse, işleme taahhütlere bağlı olarak koşullu izin verir,
- Kurul çözüm önerisini yeterli bulmadığı takdirde rapor taraflara tebliğ edilerek yazılı savunmalarını göndermeleri istenir.”

şeklinde bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme yukarıda 4054 sayılı Yasanın ilgili hükmünde öngörülen 40-59.maddeler arasında yerine getirilmesi mutlak olan hükümleri adeta ortadan kaldırmakta ve bu hükümler uygulanmaksızın, taahhüt verilip, bu taahhütler raportörlerce rekabet sorunlarını gidermede yeterli görülürse, taahhütlerin hemen yasal sürecinin bitmesi beklenmeksizin bir raporla birlikte Kurula sunulacağı ve kurulca kabulü halinde izin verileceği belirtilmektedir. Sonuç olarak, bu uygulama nihai incelemeye alınmış işlemin hızlı sonuçlandırılması adına pratik bir çözüm olup, bunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Bende bu duruma sonuç olarak katılmaktayım. Ancak, yasayla konulan usul hükümlerinin ihmal edilerek sonuca gidilmesi ve yasal süreç tamamlanmadan karar verilmesi hukuken asla olanaklı değildir. Bu nasıl olanaklı hale gelir sorusunun yanıtı ise, ancak yasa değişikliği ile olacaktır. Yasal sürece uyulmaması durumunda, yapılması olası bir sözlü savunma toplantısında Birleşme/Devralma işleminde meşru ve aktüel menfaati olan kişilerin kendilerini ifade etmeleri de önlenmiş olmaktadır. 4054 Sayılı Yasanın 27/g maddesine göre ilgili mevzuatta yapılacak değişiklikler konusunda görüş bildirme görev ve yetkisi olmasına rağmen Kurulumuz gündemine Başkanlıkça getirilmeyen, daha sonra bilgi sahibi olduğumuz yeni yasa tasarisinin 3.maddesinde, bu husus düşünülerek, birleşme/devralma işlemlerinin nihai incelemeye alınması konusunda, soruşturma ile ilgili hükümlerden ayrı yeni hükümlerle, sürecin 4 aylık bir süre ile sınırlandırılması önerildiğinden (bu süre tartışılmak koşuluyla), bizim dışımızda bu yasaya emeği geçen

14-24/482-213

dar kadrodaki arkadaşlara da sadece bu nedenle teşekkür etmek gerekir. Zaten doğru olan böyle bir yasa değişikliğidir. Ancak, böyle bir yasal, yani kanun düzeyinde bir değişiklik olmadan, mevcut hükümlere göre, yasadaki süreç tamamlanmaksızın karar verilmesi asla mümkün olamaz. İşlemi yok hükmünde sakatlayan usulü bir eksiklikler. Ayrıca bu husus olası bir idari yargı denetiminde ortaya çıkacak, kararın bu nedenle mutlak iptali durumunda birleşme /devralma işlemine taraf olan teşebbüslerin aleyhine süreç lüzumsuz olarak uzayacak ve beklide teşebbüsler bu durumdan zarar görecekler. Öte yandan, böyle keyfi bir düzenlemeye ve uygulamaya prim tanınması halinde, bu kötü bir örnek olacak, olasıdır ki, ileride soruşturmalar içinde bu yönde kılavuzlar çıkarılıp, Rekabet Kurulu adeta sonuç olarak yasa koyucu gibi hareket ederek fonksiyon gaspı ölçüsünde düzenlemeler yapabilecektir. Rekabet Kurulu tarihinde ilk kez olan bu anlamdaki gayri yasal durumun başlangıçta önlenmesi adına bu karşı oyun yazılması adeta bir zorunluluk olarak ortaya çıkmıştır.

Bu karşı oyun sahibi, Rekabet Kurulunca çıkarılan hemen hemen her kılavuzun kabulüne ilişkin kararlarda paralel bir şekilde;

“Kılavuzların 4054 sayılı RKHK, yönetmeliklere ve tebliğlere göre alınan Rekabet Kurulu kararlarına esas olan kriterleri gösterdiği, Komisyon ve Rekabet Kurulu kararları esas alınarak bir anlamda Rekabet Kurulunda oluşan içtihatların bu şekilde oluştuğunu belirtmek ve uygulayıcılara yol göstermek adına yapıldığı, mevcut vaka ve örnekler esas alınarak hazırlanmış olan bu çalışmanın genel bir kılavuz niteliğinde olup hiyerarşik anlamda bağlayıcı bir metin olmadığı, Rekabet Kurulu ve taraflar, gerektiğinde 4054 Sayılı yasaya, Rekabet Kurumu Yönetmelikleri ile tebliğlerine ve

Danıştay'ın 4054 sayılı yasa ile ilgili yorumlarına başvurmak zorunda bulunduğu ve yine öncelikle bunların uygulanmasının söz konusu olduğu “

şeklinde bir ifadenin Kılavuzların başlangıç bölümüne mutlaka yazılması gerektiği yönünde sürekli olarak ısrarla öneride bulunmuş, ancak Rekabet Kurulunca kabul görmemesi nedeniyle bu tür kararlarda sürekli karşı oy kullanmıştır. Ortaya çıkan bu durum, kılavuzlar için paralel biçimde kullandığımız karşı oylarda ne denli haklı olduğumuzu açıkça bir kez daha göstermiştir.

Öte yandan, bu düzenleme kılavuz değil de, yönetmelik veya tebliğ olsa da durum değişmez. 2577 Sayılı İ.Y.U.K ' nun 7.maddesinin son fıkrası hükmünde, İdari yargı yerlerine, yasalara açıkça aykırı düzenlemeleri, bu düzenlemeler dava konusu edilmeyip, sadece uygulama işlemleri dava konusu edilmiş olsa bile; ihmal etmek suretiyle uyuşmazlığın çözümlenmesine olanak tanınması karşısında, bu hükümlerin kanun dışında hangi düzenlemede yer alırsa alsın, anılan hükümlerin esas alınarak işlem tesis edilmesi, işlemin yasal dayanaktan yoksun bir işlem olmasını ortadan kaldırmayacaktır. İdari Yargı yerince uygulanan bu hükmün Rekabet Kurulu kararlarında da kıyasen uygulanması olanaklı olup, bu konuda çeşitli Danıştay kararları bulunmaktadır.⁽²⁾

⁽²⁾Danıştay İ.D.D.K ' nun 06.11.2013 gün ve E.2010/1286 – K.2013/3570 sayılı kararı

Danıştay 10.Dairesinin 08.07.2014 gün ve E.2014/1643 – K.2014/4624 sayılı kararı

14-24/482-213

4054 Sayılı Yasanın 05.07.2012 gün ve 6352 sayılı yasanın 63.maddesi ile değişik 55.maddesinde ; "İdari yaptırım kararlarına karşı yetkili idare mahkemesinde dava açılabilir. Kurul kararlarına karşı açılan her türlü dava öncelikli işlerden sayılır." hükmü bulunmaktadır. Bu hükme göre; şikayetçi veya bu kararın sonucu ile ilgili meşru ve aktüel menfaati olan 3.kişilerin 2577 sayılı İ.Y.U.K hükümlerine göre dava açması halinde, usul hükümleri yönünden yok hükmünde sakat bir işlem olması nedeniyle mezkur kararımızın iptal edilmesi gerektiği inancını taşıyorum.

Geniş olarak açıklamaya çalıştığım nedenlerle, 4054 Sayılı Kanunda emredici olan usul hükümlerinin, Rekabet Kurulunca çıkarılan bir kılavuz ve bunun sonucunda Kurulumuz kararı ile ihmal edilip yok sayılarak uygulanmaması ve yasal süreç tamamlanmadan, sunulan taahhütlerin kabulüyle işleme izin verilmesi yolundaki çoğunluk kararına katılmıyorum.

Reşit GÜRPINAR
Kurul Üyesi