

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2011-1-129 (Muafiyet)
Karar Sayısı : 11-48/1213-426
Karar Tarihi : 22.09.2011

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

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

B. RAPORTÖRLER : Çiğdem TUNÇEL, Başak ARSLAN

C. BİLDİRİMDE

BULUNAN : - Aygaz A.Ş.
Büyükdere Cad. 145-1 Zincirlikuyu
34394 Şişli/İstanbul
- İpragaz A.Ş.
19 Mayıs Cad. No:4 Nova-Baran Plaza
Kat:13-17 Şişli/İstanbul

D. TARAFLAR : - Aygaz A.Ş.
Büyükdere Cad. 145-1 Zincirlikuyu
34394 Şişli/İstanbul
- İpragaz A.Ş.
19 Mayıs Cad. No:4 Nova-Baran Plaza
Kat:13-17 Şişli/İstanbul

E. DOSYA KONUSU: Aygaz A.Ş. ve İpragaz A.Ş. arasında imzalanan 'Dolum Hizmeti Anlaşması'na bireysel muafiyet verilmesi talebi.

F. DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 27.6.2011 tarih ve 4707 sayı ile giren ve eksiklikleri en son 19.8.2011 tarihinde tamamlanan bildirim üzerine, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4., 5. ve 8. maddelerinin ilgili hükümleri uyarınca yapılan inceleme sonucu düzenlenen 14.09.2011 tarih ve 2011-1-129/MM-11-375.ÇT sayılı Muafiyet/Menfi Tespit Raporu, 16.09.2011 tarih ve REK.0.15.00.00-130/267 sayılı Başkanlık Önergesi ile 11-48 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

G. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili Rapor'da;

– Aygaz A.Ş. ile İpragaz A.Ş. arasında imzalanan 'Dolum Hizmet Anlaşması'nın, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında rekabeti kısıtlayıcı nitelikte bir anlaşma olduğu,

– Bununla birlikte, söz konusu anlaşmaya, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan şartların tamamını karşılaması nedeniyle bireysel muafiyet tanınabileceği ifade edilmiştir.

H. YAPILAN İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. Taraflar

H.1.1. Aygaz

Koç Holding A.Ş. (Koç Holding) Enerji Grubu bünyesinde yer alan ve 1961 yılında kurulmuş olan Aygaz, LPG'nin otopaz, dökme gaz ve tüplü gaz olarak dağıtımı, LPG tüpleri, tankları, valf ve dedantörleri üretimi ve satışı ile LPG'yle çalışan cihazların pazarlaması alanında faaliyet göstermektedir. Şirketin halihazırda 81 ilde 2.086 tüplü gaz

11-48/1213-426

40 bayisi ve 1.226 otopaz istasyonu bulunmaktadır.¹ Hisselerinin %24,3'ü halka açık olan ve İstanbul Menkul Kıymetler Borsasında işlem gören Aygaz, Koç Holding ve Koç Ailesi mensubu gerçek kişiler tarafından kontrol edilmektedir.

Aygaz, ayrıca otopaz, dökme gaz, tüplü gaz ve kokusuz gaz dağıtım ve satışı alanında faaliyet gösteren Mogaz'ı doğrudan kontrol etmektedir. Mogaz, halihazırda Mogaz ve Lipetgaz markalarıyla Türkiye'de 763 tüplü gaz ve 495 otopaz bayisi ile faaliyetini sürdürmektedir.²

50 Aygaz'ın ve bağlı ortaklığı Mogaz'ın Türkiye tüplü LPG pazarındaki 2010 yılı toplam pazar payı %39,22 olarak gerçekleşmiştir. Bununla birlikte, Aygaz 25.8.2011 tarihi³ itibarıyla Total Oil Türkiye A.Ş.'nin (Total) sahip olduğu tüplü LPG dağıtım işine dair malvarlığının bir kısmını ve ilgili bayilik sözleşmelerini devralmış⁴ ve böylece Total'in 2010 yılında sahip olduğu %4,51 oranındaki pazar payına da sahip olmuştur. Bu çerçevede söz konusu devralma işleminin kapanışıyla birlikte 2010 yılı verileriyle Aygaz'ın Türkiye tüplü LPG dağıtım pazarındaki payı %43,73'e ulaşmıştır.

H.1.2. İpragaz

1961 yılında Eureka Metal A.Ş. adıyla kurulan ve 1992 yılında özelleştirilerek Fransız Primagaz bünyesine katılan İpragaz, 1999 yılında Primagaz'ın da Hollandalı SHV Energy tarafından satın alınması ile SHV ailesinin bir parçası haline gelmiştir. Türkiye genelinde LPG'nin otopaz, dökme gaz ve tüplü gaz olarak dağıtım ve LNG satışı alanlarında hizmet vermekte olan İpragaz'ın, yaklaşık 2000 tüplü gaz ve 364 otopaz bayisi bulunmaktadır.⁵

60 Hisselerinin %99'u Compañie des gaz de Petrole Primagaz S.A. ve geri kalanı Bizimgaz A.Ş., Evas Ltd. Şti., SHV Gas N.V. ve Selim Şiper'e ait olan İpragaz'ın, aynı grup şirketleri olan Bizimgaz A.Ş. ve Yıldırım Petrol Tic. ve Nakliyat A.Ş. ile birlikte Türkiye tüplü LPG pazarında 2010 yılında toplam pazar payı %22,26 oranında gerçekleşmiştir.

H.2.Sözleşmenin İrdelenmesi

- Sözleşmenin Amacı

70 Taraflar bildirim formunda, Aygaz ve İpragaz'ın Türkiye'nin farklı illerinde tüplü LPG dolun tesislerinin mevcut olduğunu, ancak her iki şirketin de kendilerine ait dolun tesislerinin bulunmadığı illerdeki tüketicilerin tüplü LPG ihtiyaçlarını dolun tesisi olan illerden kara nakliyesi yoluyla karşıladıklarını, buna ilaveten Türkiye'de doğal gaz kullanımının yaygınlaşması sonucunda tüplü LPG kullanımının ve dolayısıyla mevcut tesislerin kapasite kullanım oranlarının önemli oranda düştüğünü belirtmişlerdir.

Tüplü LPG pazarı bakımından söz konusu olan bu unsurlar nedeniyle, taraflar hem kapasite kullanım oranlarını arttırmak hem de kara nakliye mesafelerini azaltabilmek amacıyla, her iki şirketin dolun tesislerinin bulunmadığı yerlerde karşılıklı olarak, birbirlerinden dolun hizmeti almalarını sağlamak üzere bir 'Dolum Hizmeti Anlaşması' imzalamışlardır.

- Sözleşmenin Niteliği

Aygaz ve İpragaz arasında 2.6.2011 tarihinde imzalanan "Dolum Hizmeti Anlaşması'nın (Anlaşma) bazı hükümlerine aşağıda yer verilmiştir.

Anlaşmanın 1. maddesinde işin konusu;

¹ Aygaz 2010 yılı Faaliyet Raporu, s. 19-20.

² Aygaz 2010 yılı Faaliyet Raporu, s. 25.

³ <http://www.kap.gov.tr/yay/Bildirim/Bildirim.aspx?id=167814&imza=imzali>

⁴ Rekabet Kurulu söz konusu işleme 6.7.2011 tarihli ve 11-41/873-274 sayılı kararıyla izin vermiştir.

⁵ <http://www.ipragaz.com.tr/>

80 “Taraflardan her biri, Türkiye genelinde sahibi oldukları dolun tesislerinden, karşılıklı olarak birbirilerine tüplü LPG dolun hizmeti vermesi ve bu kapsamda, tarafların kullandığı ve kullanma hakkına sahip olduğu markayı taşıyan her ebattaki tüplere, TS 2178 standardına uygun LPG'nin veya bu standardı sağlamak kaydıyla sanayi tüplerine propan gazı doldurulup, standartlarda aranan kontrolleri yapıldıktan sonra dolu tüplerin hizmet alana, hizmet alanın bayi veya nakliyecı vasıtalarına dolun tesisinde teslim edilmek şartı ile yapılan dolun, yükleme ve boşaltma işleri bu sözleşmenin konusunu oluşturmaktadır.

Dolun hizmeti alan taraflar miktarsal olarak mümkün oldukça eşit dolun prensibiyle hareket edecektir.”

90 hükmü ile tanımlanmış ve aynı maddenin devamında,

“Bu sözleşmenin çerçevesinde hizmet alınacak değişik dolun tesislerinde uygulamalara ait fiyat dahil tüm detaylar ek olarak yapılacak protokollerle düzenlenecektir. Bu protokollerde belirlenmeyen tüm hususlarda bu sözleşme hükümleri geçerli olacaktır.”

ifadesiyle Anlaşmanın konusu işin detaylarının protokollerle düzenleneceği belirtilmiştir.⁶

Anlaşmanın başlangıcını ve süresini belirleyen 2. maddesi;

“Bu sözleşme Rekabet Kurumu'nun izninin alınması şartı ile izin tarihinden itibaren uygulanmaya başlanacaktır.

100 Kurumun iznini takiben sözleşme imza tarihinden itibaren 2 yıl süre ile akdedilmiş olup, taraflardan biri 3 (üç) ay öncesinden fesih yönünde yazılı uyarıda bulunmadığı takdirde bu anlaşma 1'er (bir) yıllık devreler halinde uzayacaktır. Ancak anlaşmanın süresi 5 yılı aşamaz.”

şeklinde düzenlenmiştir. LPG temini, tüp ve LPG stoku ve tüp teslimine yönelik düzenlemeler ise sırasıyla sözleşmenin 3., 4. ve 5. maddelerinde yer almaktadır.

Anlaşma maddeleri incelendiğinde; tarafların, söz konusu karşılıklı dolun hizmetine ilişkin olan hak ve yükümlülükler haricinde, ilgili ürün pazarında rekabeti etkileyebilecek olan, fiyat veya diğer ticari koşullar, pazar veya tedarik kaynakları ile ilgili olarak birbirlerine herhangi bir yükümlülük veya sınırlama getirmedikleri görülmüştür.

H.3. İlgili Pazar

110 H.3.1. İlgili Ürün Pazarı ve İlgili Coğrafi Pazar

Anlaşma taraflarından her ikisi de Enerji Piyasası Düzenleme Kurumundan aldıkları dağıtıcı lisansı çerçevesinde LPG dağıtımını faaliyetinde bulunmaktadırlar. Rekabet Kurulunun Total Oil Türkiye A.Ş.'nin sahip olduğu tüplü LPG dağıtımını işine dair malvarlığının bir kısmının ve ilgili bayilik sözleşmelerinin Aygaz A.Ş. tarafından devralınması işlemine izin verilmesi talebini değerlendirdiği 6.7.2011 tarihli ve 11-41/873-274 sayılı ve Total Oil Türkiye A.Ş.'nin sahip olduğu tüplü LPG dağıtımını işine ilişkin bayilik sözleşmelerinin Aygaz A.Ş. tarafından devralınması sonucunda Aygaz A.Ş.'nin ve bağlı ortaklığı Mogaz Petrol Gazları A.Ş.'nin Türkiye tüplü LPG pazarındaki toplam payının, 2002/2 sayılı Tebliğin 2. maddesinde yer alan pazar payı eşliğini aşacak olması nedeniyle, bu şirketlerin bayileri ile imzalamış oldukları bayilik sözleşmelerine bireysel muafiyet

⁶ Taraflar halihazırda “İpragaz A.Ş.'nin Aygaz A.Ş. Samsun Dolun Tesisinden Alacağı Dolun Hizmeti Anlaşması Ek Protokolü” ile “Aygaz A.Ş.'nin İpragaz A.Ş. Erzurum Dolun Tesisinden Alacağı Dolun Hizmeti Anlaşması Ek Protokolü”nü imzalamış bulunmaktadırlar. Ancak taraflar, bundan sonraki süreç için ek protokollerle karşılıklı dolun hizmeti alınacak diğer dolun tesisleri için bir belirlemede bulunmadıklarını, konunun ilerleyen zamanlarda ticari açıdan değerlendirilerek, koşulların uygun olması durumunda başka tesisler için ek protokoller düzenlenip düzenlenmeyeceği kararının verileceğini bildirmişlerdir.

11-48/1213-426

verilmesi talebini değerlendirdiği 14.7.2011 tarihli ve 11-43/925-294 sayılı kararları ışığında ilgili ürün pazarının “tüplü LPG dağıtımı”, ilgili coğrafi pazarın ise “Türkiye” olarak belirlenebileceği kanısına varılmıştır.

H.3.2. İlgili Pazara İlişkin Genel Bilgiler

130 Türkiye’de LPG faaliyetleri ve bu faaliyetlere ilişkin gerçek ve tüzel kişilerin hak ve yükümlülükleri 5307 sayılı ‘Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Kanunu’⁷ (LPG Piyasası Kanunu) çerçevesinde düzenlenmektedir. LPG Piyasası Kanunu’nun 2. maddesinde Tüplü LPG Faaliyeti “LPG’nin dolum tesislerinde tüplere doldurularak mutfak, sanayi ve ticari tüpleri vasıtasıyla piyasaya arz işlemi” olarak tanımlanmıştır. Kanun’un 5. maddesinde ise dağıtıcı lisansı sahiplerinin otogaz LPG dağıtımı, dökme LPG satış ve ikmal, taşıma, dolum ve depolama faaliyetlerinin yanı sıra tüplü LPG dağıtım ve pazarlaması faaliyetinde bulunabilecekleri düzenlenmiş, hatta aynı madde ile dağıtıcıların otogaz faaliyetine başlayabilmek için öncelikle tüplü LPG faaliyetini başlatmak ve en az bir dolum tesisini işletmeye almak ve teknik düzenlemelere uygun depolama, dolum tesisi ve LPG tüplerine sahip olmak zorunluluğu getirilmiştir.

140 Bu yasal düzenlemeler çerçevesinde Türkiye tüplü LPG pazarında 2010 yılı itibarıyla, bir kısmı yerel bir kısmı ulusal olmak üzere, toplam 65 dağıtım şirketi faaliyet göstermektedir. Bununla birlikte pazar payı %1’in üzerinde olan sadece 7 teşebbüs bulunmaktadır. Bu 7 teşebbüs Türkiye tüplü LPG satışlarının %90’ını gerçekleştirmektedir. Pazarda faaliyet gösteren ve en yüksek pazar payına sahip ilk dört teşebbüsün bu yıllardaki pazar payları toplamı ise %80 civarındadır⁸. Dolayısıyla işlem öncesinde pazarın hayli yoğunlaşmış bir yapıya sahip olduğunu söylemek mümkün olmuştur.

Bununla birlikte, Türkiye tüplü LPG pazarı daralan bir pazar yapısı arz etmektedir. Bu durum 2006-2010 yılları arasında Türkiye toplam LPG ve Türkiye tüplü LPG satışlarını gösteren Tablo 1’de gösterilmiştir.

Tablo 1: Türkiye Toplam LPG ve Tüplü LPG Satışları

	2006	2007	2008	2009	2010
Tüplü LPG Satışı (ton)	1.491.580	1.302.434	1.177.269	1.134.145	1.043.809
Toplam LPG Satışı (ton)	3.517.639	3.525.167	3.460.354	3.620.333	3.659.360
Tüplü LPG Satışının Payı (%)	42,40	36,95	34,02	31,33	28,52

Kaynak: EPDK 2010 LPG Sektör Raporu, s. 12

150 Pazardaki bu daralma, dağıtım şirketlerinin optimal ölçekten uzaklaşmalarına, mevcut dolum tesislerinin kapasite kullanım oranlarının düşmesine⁹, bazı tesisler bakımından istihdamda azaltma yoluna gidilmesine ve bazı tüp dolum merkezlerinin kapatılmasına¹⁰ neden olmaktadır.

H.4. Değerlendirme

Aygaz ve İpragaz arasında imzalanan ve temel hükümlerine yukarıda yer verilen Dolum Hizmet Anlaşması, tarafların karşılıklı olarak birbirlerinin dolum tesislerinden yararlanmasını sağlamayı amaçlayan bir yatay işbirliği anlaşması niteliğindedir. Bilindiđi üzere, yatay işbirliği anlaşmaları fiyat tespiti, arz miktarının belirlenmesi, pazar veya müşteri paylaşımı gibi rekabeti kısıtlayıcı nitelikte unsurlar içerebileceğinden, rekabet

⁷ 13.3.2005 tarihli ve 25754 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁸ Aygaz Grubu %39,22, İpragaz Grubu %22,81, Demirören Grubu %14,06, BP Gaz %4,90, Total Gaz %4,51, Ergaz %2,76, Habaş Grubu %1,75 (Kaynak: EPDK 2010 yılı LPG Sektör Raporu).

⁹ İpragaz’ın 2010 yılı dolum tesisleri toplam kapasite kullanım oranı %31,9, Aygaz’ın 2010 yılı dolum tesisleri toplam kapasite kullanım oranı %38 olarak bildirilmiştir.

¹⁰ Aygaz; 2002’de Eređli, 2007’de Konya, 2008’de Tatvan, 2009’da Bahçelievler, 2010’da Balıkesir tüp dolum merkezlerini kapattığını bildirmiştir.

160 hukukunu ilgilendirmektedir. Bu tür sakıncalarının yanı sıra, yatay işbirliği anlaşmaları riskin paylaşılması, maliyetlerin azalması, know-how paylaşımı, teknolojik gelişimin hızlanması gibi bazı ekonomik faydalar da sağlamaktadır.

170 Bu çerçevede yatay işbirliği anlaşmalarına yönelik rekabet hukuku değerlendirmesi iki aşamadan oluşmaktadır. İlk aşama, teşebbüsler arasındaki anlaşmanın, rekabeti bozucu bir amacı veya rekabeti kısıtlamaya dönük fiili ya da potansiyel bir etkisinin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesidir. İkinci aşama ise anlaşma sonucunda ortaya çıkacak rekabetçi faydaların ve bu faydaların, anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı etkilerinden daha fazla olup olmadığının belirlenmesidir. Bir başka deyişle, rakipler arasında yapılan yatay işbirliği anlaşmaları 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilirken öncelikle anlaşmanın Kanun'un 4. maddesi kapsamında rekabeti kısıtlayıcı bir amacı ya da etkisi olup olmadığı değerlendirilmesi, anlaşmanın 4. madde kapsamında rekabeti kısıtlayıcı olduğu tespitinin yapıldığı durumda ise 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi çerçevesinde muafiyetten yararlanıp yararlanamayacağının tespit edilmesi gerekir.

Söz konusu Anlaşmanın Kanun'un 4. ve 5. maddesi kapsamında değerlendirilmesine aşağıda yer verilmiştir.

H.4.1. Kanun'un 4. maddesi Kapsamında Yapılan Değerlendirme

180 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmaları yasaklamaktadır. Bir başka deyişle teşebbüsler arasında yapılan bir anlaşmanın 4. madde kapsamında bir ihlal teşkil etmesi için anlaşmanın rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıması yahut da fiili ya da potansiyel olarak rekabeti engelleyici, bozucu ya da kısıtlayıcı bir etkisinin olması aranmaktadır.

Bir anlaşmanın fiili ya da potansiyel olarak rekabeti kısıtlayıcı etkisinden bahsedebilmek için, anlaşma sonucunda anlaşmaya taraf olan teşebbüslerin pazardaki davranışlarının anlaşma ile getirilen yükümlülükler veya teşebbüslerin piyasaya yönelik güdülerinin değiştirilmesi yoluyla etkilenerek tarafların karar alma özgürlüğünün kısıtlanması ve bu durumun fiyat, üretim miktarı, ürün kalitesi, ürün çeşitliliği ve inovasyon gibi rekabetçi parametreler üzerinde olumsuz etkiler meydana getirmesi ya da potansiyel olarak getirebilecek olması gerekmektedir.

190 Rekabetçi parametreler üzerindeki bu etkiler değerlendirilirken, anlaşmanın içeriği, anlaşmanın pazar gücünün oluşmasına, güçlendirilmesine ve sürdürülmesine veya tarafların pazar gücünü kötüye kullanmasına ne ölçüde olanak sağlayacağı gibi kriterler dikkate alınmaktadır. Bu kriterlerin varlığı bakımından ise anlaşma taraflarının pazar paylarının yüksekliği, tarafların yakın rakipler olup olmadıkları, tüketicilerin tedarikçi değiştirme imkanlarının bulunup bulunmadığı, rakiplerin fiyatlar yükseldiğinde arzı artırıp artırmayacağı ve anlaşma taraflarından birinin pazarda önemli bir rekabetçi güç olup olmadığı gibi unsurlar gösterge kabul edilmektedir.

200 Ayrıca, bir yatay işbirliği anlaşması doğrudan rekabetçi parametreleri belirlemeye yönelik olmasa da, anlaşma sonucunda dolaylı olarak stratejik bilgilerin açıklanması yoluyla taraflar arasında işbirliği alanında veya başka alanlarda koordinasyon olasılığının artmasına ya da tarafların maliyetlerini önemli ölçüde benzer hale getirerek tarafların fiyatları ve üretim miktarlarını daha kolay koordine etmelerine neden olabilecektir.

Bir yatay işbirliği anlaşmasının neden olacağı bilgi değişimine ilişkin değerlendirme yapılırken anlaşma sonucunda değişimi söz konusu olacak olan bilginin niteliği önem taşımaktadır. Stratejik bilgi, fiyatlara, müşteri listelerine, üretim maliyetlerine, üretim ve satış miktarlarına, cirolara, satışlara, kapasitelere, kaliteye, pazarlama planlarına, risklere, yatırımlara, teknolojilere, Ar-Ge programlarına ve bunların sonuçlarına ilişkin

210 olabilmektedir. Genel olarak, ürün fiyatına, üretim ve satış miktarlarına ilişkin bilgiler, en stratejik bilgiler olarak kabul edilmekte, bunları, maliyetlere ve talebe ilişkin bilgiler izlemektedir. Bilginin stratejik açıdan önemi, bilgi değişiminin sıklığının ve pazardaki bağlamının yanı sıra, verilerin hacmine ve güncelliğine bağlıdır. Bu çerçevede, rakipler arasında gelecekte uygulanması planlanan fiyat veya üretim ya da satış miktarına ilişkin bilgi değişiminin, rekabeti kısıtlayıcı nitelikte olduğu kabul edilmektedir.

Paylaşılan bilginin niteliğinin yanı sıra pazarın yoğunlaşma miktarı, şeffaflığı, pazar oyuncularının simetrik olması, pazardaki ürünlerin karmaşıklığı gibi unsurlar da bilgi değişiminin rekabet üzerindeki etkisi bakımından belirleyici olmaktadır.

220 Bildirim konusu Dolum Hizmet Anlaşması, bu bilgiler çerçevesinde değerlendirildiğinde amacı, tarafların Türkiye genelinde sahibi oldukları dolum tesislerinden, karşılıklı olarak birbirilerine tüplü LPG dolum hizmeti vermesi olan Anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı bir amaca sahip olacağından bahsetmek mümkün olmamıştır. Bununla birlikte, Anlaşmanın amaçlanan faydalara ulaşılmasını teminen birtakım rekabeti kısıtlayıcı etkiler doğurabileceği açıktır. Şöyle ki; taraflar birbirlerine ait tüp dolum tesislerini kullanarak birbirlerinin o bölgede yaptıkları satış miktarı hakkında bilgi sahibi olacaklardır. Her ne kadar hizmet alacak taraf dolumu yapılacak LPG'yi kendi adına tedarik ederek hizmet verene teslim edecek olsa da, hizmet veren taraf o dolum tesisinden hizmet verilecek olan bölgeye hizmet alan tarafın yapacağı tüplü LPG satış miktarına ilişkin bilgiye vakıf olacaktır.

230 Yukarıda açıklandığı üzere yatay işbirliği anlaşmasına taraf olan teşebbüslerin birbirlerinin üretim ve satış miktarlarına ilişkin bilgiler stratejik bilgi olarak kabul edilmekte ve bu nitelikte bilgilerin değişimine imkan veren anlaşmalar esas olarak rekabeti sınırlayıcı nitelikte kabul edilmektedir.

Söz konusu inceleme özelinde de Dolum Hizmet Anlaşmasının tarafı olan teşebbüslerin ilgili pazarda sahip oldukları yüksek pazar payları, ilgili pazarın yoğunlaşmış yapısı, pazardaki teşebbüslerin maliyet yapıları ve dağıtım ağları bakımından simetrik kabul edilebilecek özelliklere sahip olması, ürünün homojen niteliği, bilgi değişiminin devamlılığı, değişime konu bilgilerin güncelliği gibi unsurlar da göz önünde bulundurulduğunda bildirim konusu anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı etki doğurabileceği, bir başka deyişle Kanun'un 4. maddesi kapsamında bir anlaşma olduğu düşünülmüştür.

H.4.2. Kanun'un 5. Maddesi Çerçevesinde Yapılan Değerlendirme

240 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi, bu maddede sayılan dört koşulun tümünü birden sağlayan teşebbüsler arası anlaşmaların, Kurul kararıyla, Kanun'un 4. maddesi hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulabileceğini düzenlemektedir. Bildirim konusu anlaşma özelinde Kanun'un 5. maddesinde yer alan koşullara ilişkin değerlendirmelere aşağıda sırasıyla yer verilmiştir.

a) Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması

250 Bir anlaşmanın 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinden muaf tutulabilmesi için, öncelikle anlaşma konusu olan malın üretimi ve dağıtımı ile ilgili olarak bir gelişme veya iyileşme olması ya da ekonomik veya teknik gelişme sağlanması gerekmektedir. Bentte kastedilen ekonomik fayda veya menfaatin, sadece teşebbüslerin kendi açılarından sağlayacakları menfaat veya kazanç şeklinde değil, aynı zamanda bunların ekonomiye yapacakları somut katkı şeklinde anlaşılması gerekmektedir.

Söz konusu anlaşma bakımından taraflar, anlaşmanın yürürlüğe girmesi sonrasında gerçekleşmesi beklenen iyileşmeleri aşağıdaki gibi özetlemiştir:

- Tesis kapasite kullanım oranlarının artırılması ve dolum tesislerinin daha verimli

çalışmasının sağlanması,

- Nakliye mesafelerinin azalacak olması nedeniyle nakliye maliyetlerinin ve karayolunda nakliye sırasında oluşabilecek risklerin önemli ölçüde azalması,
- Daha az nakliye nedeniyle ortaya çıkacak daha az yakıt tüketiminin çevreye ve ülke ekonomisine katkı sağlayacak olması.

260 Tarafların Anlaşmadan beklenen iyileşmelere ilişkin açıklamaları incelendiğinde, Anlaşma sonrasında gerek dolum gerek dağıtım maliyetlerinde bir azalmanın ortaya çıkmasının, dağıtıma ilişkin nakliye kaynaklı risklerin azalmasının beklediği ve bu iyileşmelerin çevre ve ülke ekonomisine katkı sağlayacağı anlaşılmıştır. Dolayısıyla Anlaşmanın, Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendindeki koşulu yerine getirdiği kanısına varılmıştır.

b) Tüketicinin bundan yarar sağlaması

4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi anlamında rekabeti sınırlayıcı etkileri olan bir anlaşmaya muafiyet tanınabilmesi için aranan ikinci koşul, yukarıda ifade edilen ekonomik iyileşme veya gelişmelerden tüketicilerin de faydalandırılmasıdır. Bir başka deyişle, iyileşme veya gelişme sağladığı söylenebilecek olan bir anlaşma, bu yararı tüketicilere yansıtamadığı

270 sürece muafiyetten faydalanamayacaktır.

Kanunun 5. maddesinde, tüketiciye söz konusu yararın ne ölçüde yansıtılması gerektiğiyle ilgili açık bir ifadeye yer verilmemiştir. Ancak madde gerekçesinde konuyla ilgili olarak;

*"Bu yararlı etkinin tüketiciye yansımaya, sadece firma karları olarak kalması halinde muafiyet uygulanamayacaktır. Ortaya çıkan yarardan tüketicinin **adil bir pay** alması suretiyle Rekabet Hukukunun sosyal yönü de ortaya çıkacaktır."*

ifadeleri yer almaktadır.

Kanun'da yararlanmanın ölçüsü ve kapsamı konusunda herhangi bir ifadeye yer verilmemiş olmakla birlikte, tüketiciye yansıtılabilecek yararlardan akla ilk geleni, fiyatlarda sağlanacak düşüşlerdir. Bunun dışında, kalitenin artması, ürün çeşitliliğinin sağlanması,

280 ekonomiye yeni malların kazandırılması, satış sonrası etkin hizmetler, malın arzında devamlılığının sağlanması gibi başkaca ekonomik faydalar da, tüketicilerin elde edeceği menfaat kapsamında değerlendirilebilir.

Söz konusu Anlaşmanın tarafları, anlaşmanın yürürlüğe girmesi sonrasında tüketici açısından gerçekleşmesi beklenen faydaları şu şekilde özetlemişlerdir:

- Tüketicinin tüplü LPG taleplerinin daha kısa zamanda karşılanması,
- Tüplerin görüntülerinin daha uzun süre korunması ve boya kalitesindeki azalmanın daha uzun zaman periyodunda gerçekleşmesi,
- Tüplerin daha az hasar görmesi,
- Karbon salınımının azalması.

290 Anlaşmanın yürürlüğe girmesiyle nakliye mesafelerinin kısılacak olması sonucunda ortaya çıkacak faydaların tüketiciye daha hızlı dağıtım, mal arzında devamlılık ve daha iyi nitelikli ürünler olarak yansıtacağı anlaşıldığından Anlaşmanın Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendindeki koşulu taşıdığı düşüncesi hasıl olmuştur.

c) İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması

Bu koşulun temelinde, piyasada etkin rekabetin bulunmadığı durumlarda, anlaşmadan beklenen ekonomik yararların gerçekleşmeyeceği veya anlaşmanın meydana getireceği yararların zararlardan fazla olmayacağı varsayımı yatmaktadır. Gerçekten de, teşebbüslerin piyasadaki rekabet baskısından uzaklaşmaları, anlaşmadan beklenen

300 ekonomik yararların gerçekleşmemesine yol açacaktır. Bu nedendir ki, bu koşulun değerlendirmesi yapılırken ön plana çıkan nokta, pazarın yapısal özellikleri olmalıdır.

310 Yukarıda da ayrıntılı olarak yer verildiği üzere, Anlaşmanın tarafı olan teşebbüsler ilgili pazarda oldukça yüksek pazar paylarına sahip bulunmaktadır. Bununla birlikte, tüplü LPG pazarının yapısı ve mevcut rekabetçi durumu düşünüldüğünde söz konusu Dolum Hizmet Anlaşmasının ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabeti ortadan kaldıracak sonuçlar yaratmayacağı öngörülmüştür. Şöyle ki; 30.6.2011 tarihli ve 2011-1-49/Öİ-11-383.HG sayılı Ön İnceleme Raporunda da tespit edildiği gibi, daralan bir nitelik arz eden tüplü LPG pazarında faaliyet gösteren teşebbüsler mevcut pazar paylarını korumak ve daralan pazardan pay almak gayesiyle hareket etmekte ve kampanyalara, indirimli satışlara ve promosyon faaliyetlerine başvurumaktadırlar. Dolayısıyla, yoğunlaşmış bir pazar niteliği gösterse de, halihazırda tüplü LPG faaliyeti gösteren oyuncular arasında bir rekabetin varlığından bahsetmek mümkündür.

Ayrıca ürünün homojen nitelikte olmasının tüketicilere diğer sağlayıcılara geçme imkânı vermesi, pazarda gerek tedarik imkânları gerek dağıtım ağı bakımından Anlaşmanın tarafı olan teşebbüslere rakip konumda alternatif sağlayıcılar bulunması, tüketicilerin sağlayıcı değiştirme maliyetlerinin düşük olması, rakip sağlayıcıların atıl kapasitelerinin mevcudiyeti gibi unsurların da söz konusu Anlaşmanın ilgili pazardaki rekabeti ortadan kaldırmasını engelleyeceği kanısına varılmıştır.

Bu çerçevede, söz konusu bayilik sözleşmelerinin Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendindeki koşulu taşıdığı düşüncesi hasıl olmuştur.

320 **d) Rekabetin (a) ve (b) Bentlerindeki Amaçların Elde Edilmesi İçin Zorunlu Olandan Fazla Sınırlanmaması**

Rekabet hukuku bazı anlaşmalara, sağladıkları faydalar nedeniyle muafiyet tanımaktadır. Rekabetin kısıtlanmasına, tüketicinin yararı göz önüne alınarak izin verilmişse de, bu kısıtlamanın asgari düzeyde tutulması gerekmektedir. Buna göre, tüketicilere yansıtılan ekonomik gelişme veya iyileştirmenin elde edilmesinde, rekabeti daha az sınırlayan bir yöntem mevcut ise, söz konusu anlaşmanın muafiyet alması mümkün değildir. Diğer bir deyişle, sınırlayıcı hükümler olmaksızın veya bu hükümler yumuşatılarak anlaşmadan beklenen faydanın elde edilmesi mümkün ise, o takdirde bir anlaşmaya muafiyet verilmesi söz konusu olmayacaktır¹¹.

330 Kısaca "ölçülülük" ya da "denge" ilkesi olarak ifade edilebilecek olan bu prensibe göre, sınırlama, elde edilmek istenen olumlu amaca uygun ve o amacın elde edilmesi için gerekli olmalıdır. Bu ilkeye aykırılık, izlenen amacın elde edilmesi için rekabetin gereğinden fazla sınırlanmasına veya rekabetin sınırlanması gereğinin dahi bulunmadığı halde sınırlanmasına yol açar. Teşebbüsler prensip olarak, anlaşma ile izledikleri ekonomik amaçların gerçekleştirilmesinde, rekabeti en az sınırlayıcı yöntemi tercih etmekle yükümlüdürler. Tespit edilen faydadan tüketicilerin de yararlandığı varsayımı ile, sınırlamanın bu faydaların elde edilmesi için gerekli ve hatta zorunlu olması gerekir. Sınırlayıcı hükümler olmaksızın veya bu hükümler yumuşatılarak anlaşmadan beklenen faydanın elde edilmesi mümkün ise, o takdirde muafiyet verilmesi söz konusu olamaz.

340 Getirilen rekabet sınırlaması ile elde edilen fayda arasında ne zaman ölçülülük ilkesine riayet edildiği hususunda genel bir kriter vermek mümkün değildir. Ölçü, anlaşma ile izlenen amaca bağlı olarak değişebileceğinden, öncelikli olarak anlaşmanın yorumlanarak amacının tespit edilmesi gerekir.

Bildirim konusu Anlaşma yukarıda yer alan hususlar bakımından değerlendirildiğinde,

¹¹ 2.8.2007 tarih ve 07-63/774-281 sayılı Kurul Kararı'ndan alınan bilgi.

11-48/1213-426

- Aygaz ve İpragaz arasında yapılan Dolum Hizmet Anlaşmasının sadece tarafların karşılıklı olarak belirli tesislerde ve eşit dolum prensibine dayalı hizmet almasına yönelik olduğu,
- Anlaşmanın tüplü LPG pazarındaki rekabeti sınırlama amacı taşımadığı,
- Anlaşma sonucunda ortaya çıkacak bilgi değişiminin anlaşmadan beklenen etkinlik kazanımlarını ortaya çıkarabilmek bakımından kaçınılmaz olduğu,
- Sözleşme kapsamında taraflara münhasırlık sağlanmadığı ve tarafların dileyen her LPG dağıtıcısına ticari koşulları yerine getirmek kaydıyla dolum hizmeti verilmesinin önünde bir engel olmadığı,
- Sözleşmenin, işlemin konusu ve ilgili ticari hükümler dışında taraflara fiyat, üretim miktarı, diğer ticari koşullar, pazar ve tedarik kaynaklarının seçimi gibi konularda herhangi bir sınırlama getirmediği

350

anlaşmıştır. Dolayısıyla Anlaşmanın Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde yer alan koşulu da sağladığı sonucuna ulaşılmıştır.

I. SONUÇ

360

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre,

- 1- Aygaz A.Ş. ile İpragaz A.Ş. arasında imzalanan 'Dolum Hizmet Anlaşması'nın, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğuna,
- 2- Bununla birlikte söz konusu anlaşmaya, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan şartların tamamını karşılaması nedeniyle bireysel muafiyet tanınmasına

OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.