

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2012-1-101 (Önaraştırma)
Karar Sayısı : 12-54/1518-536
Karar Tarihi : 06.11.2012

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Üyeler : Prof. Dr. Metin TOPRAK, Doç. Dr. Mustafa ATEŞ,
İsmail Hakkı KARAKELLE, Dr. Murat ÇETİNKAYA

B. RAPORTÖRLER: Şamil PİŞMAF, Emine TOKGÖZ

C. BAŞVURUDA

BULUNAN : Tüysüzler Petrol Ltd. Şti.
Temsilcisi: Av. Kadir Serhat PEKİNER
Bağdat Cad. 50/3 Kızıltoprak-Kadıköy/İstanbul

D. HAKKINDA İNCELEME

YAPILANLAR : - OMV Petrol Ofisi A.Ş.
Eski Büyükdere Cad. No 33 Maslak 34398 İstanbul
- Gesan Yatırım ve Ticaret A.Ş.
Barbaros Mah. Atatürk Bulvarı No 2 Körfez Kocaeli

- (1) **E. DOSYA KONUSU:** Petrol Ofisi A.Ş. ile Gesan Yatırım ve Tic. A.Ş. arasındaki anlaşma nedeniyle bayi Tüysüzler Petrol Ltd. Şti.'nin otopazı emsallerine kıyasla daha pahalıya tedarik etmek zorunda kaldığı ve bu şekilde zarara uğratıldığı iddiası.
- (2) **F. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 22.05.2012 tarih ve 4366 sayı ile giren başvuru üzerine hazırlanan, 01.08.2012 tarih ve 2012-1-101/İİ sayılı İlk İnceleme Raporu, 09.08.2012 tarihli Kurul toplantısında görüşülmüş ve önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir. İlgili karar uyarınca düzenlenen 30.10.2012 tarih ve 2012-1-101/ÖA sayılı Önaraştırma Raporu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (3) **G. İDDİALARIN ÖZETİ:** Yapılan başvuruda özetle;
- Başvuru sahibinin Rize ilinin Çayeli ilçesinde akaryakıt bayiliği yaptığı,
 - Değişik zamanlarda benzin ve motorin satmak için OMV Petrol Ofisi A.Ş. (POAŞ) ile; otopaz satmak için ise Gesan Yatırım ve Ticaret A.Ş. (GESAN) ile anlaşma yapıldığı,
 - Zaman içinde Tüysüzler Petrol Ltd. Şti. (Tüysüzler Petrol) ile aynı ilçede faaliyet gösteren bir başka GESAN bayisi olan Mehmet ALBAYRAK'ın, GESAN'dan otopazı Tüysüzler Petrol'e kıyasla daha avantajlı fiyatlardan temin ettiğinin anlaşıldığı,
 - Bu durumun nedeninin GESAN tarafından POAŞ ile aralarındaki bir anlaşma olarak gösterildiği,
 - Anılan anlaşma çerçevesinde, "Turnagaz" markasıyla bayilik veren GESAN'ın, POAŞ'a bir dağıtım payı vermesinin öngörüldüğü; bu anlaşma nedeniyle POAŞ'a ödenecek bedelin otopazı Tüysüzler Petrol'e daha pahalıya tedarik etmek suretiyle çıkarılmasının söz konusu olduğu,
 - Söz konusu anlaşmanın öğrenilmesini müteakip Tüysüzler Petrol'ün POAŞ ile olan bayilik ilişkisini feshettiği,

12-54/1518-536

- POAŞ ve GESAN arasındaki anılan sözleşme doğrultusunda POAŞ'a verilen "dağıtım payı" nedeniyle Tüysüzler Petrol'e yapılan görece pahalı otogaz satışının, Tüysüzler Petrol'ü yaklaşık 250.000 TL hak mahrumiyetine uğrattığı

iddia edilerek, gereğinin yapılması talep edilmiştir.

- (4) **H. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (4054 sayılı Kanun)'un 4. maddesinin ihlal edildiğine ilişkin herhangi bir bulguya ulaşılamaması nedeniyle aynı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı, şikâyetin reddinin gerektiği ifade edilmiştir.

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

I.1. Yapılan Tespitler

I.1.1. POAŞ ve GESAN Arasındaki Sözleşme

- (5) İlgili Sözleşme, POAŞ, GESAN ve Yatırımcı İş-Doğan Petrol Yatırımları A.Ş. (İŞ-DOĞAN) arasında 11.07.2001 tarihinde akdedilmiş olup, 01.08.2000 tarihi öncesinde GESAN'a ait LPG otogaz markası olan Turnagaz'ı satmak üzere GESAN'la bayilik anlaşması imzalamış olan POAŞ akaryakıt bayilerine GESAN tarafından ürün tedarik edilmeye devam edilmesine ilişkin usul ve esasları belirlemektedir. Tüysüzler Petrol de sözleşmenin kapsamına giren bir bayi konumundadır.
- (6) Sözleşmenin 6(a) maddesinde, taraflarca (POAŞ, GESAN ve İŞ-DOĞAN), listede yer alan POAŞ istasyonlarında Turnagaz markasının satılabileceği kararlaştırılmıştır. Aynı maddenin devamında, Turnagaz tarafından İŞ-DOĞAN'a brüt kar marjı üzerinden (.....) oranındaki meblağın "Yatırımcı ve POAŞ dağıtım payı" olarak ödeneceği; ödeme tutarının her ayın 1-15 ve 16-31 günleri arasında istasyonlara yapılan otogaz satışı üzerinden hesaplanacağı ve 15 günlük aralıklarla Turnagaz'ın POAŞ'ı yaptığı otogaz satışlarının miktar ve tutarıyla ilgili bilgilendireceği belirtilmiştir.

I.1.2. POAŞ ve Tüysüzler Petrol Arasındaki Bayilik Sözleşmesi

- (7) Taraflar arasında imzalanan standart bayilik sözleşmesinin "Satışlar" başlıklı 4. maddesinde, *"BAYİ işbu "Bayilik Sözleşmesi" hükümleri altında, yukarıda belirtilen satış yerinde münhasıran PO'dan ve/veya nakliye masrafı kendisine ait olmak üzere, PO'nun belirleyeceği yerden satın alacağı akaryakıt, madeni yağlar ve PO tarafından üretimi ya da dağıtımını yapılan diğer malları, evsafını değiştirmeden satmayı, (...), bu yerde PO tarafından tesbit ve tayin olunacak şirketlerin malları dışında başkaca hakiki veya hükmi şahısların mallarını hiçbir şekilde satmamayı, bulundurmamayı ve teşhir etmemeyi kabul ve taahhüt etmiştir."* hükmü yer almakta olup, sözleşmede şikâyet konusu dağıtım payına ilişkin olarak ise herhangi bir açıklama bulunmamaktadır.

I.1.3. GESAN ve Tüysüzler Petrol Arasındaki Otogaz Bayilik Sözleşmesi

- (8) Taraflar arasında imzalanan ve GESAN tarafından tedarik edilecek olan otogazın anlaşmaya konu istasyon üzerinde GESAN'a ait Turnagaz markası altında satışına yönelik olan bu sözleşme de şikâyet konusu dağıtım payına ilişkin herhangi bir hüküm içermemektedir.

I.2. Değerlendirme

I.2.1. 4054 sayılı Kanun'un 4. Maddesinin İhlali İddiasına İlişkin Değerlendirme

- (9) Dosya konusu şikâyet, esasen, GESAN ve POAŞ'ın aralarındaki anlaşmada öngörülen dağıtım payı ödemesinin bayilere yansıtıldığı, bu sebeple söz konusu bayilerin kâr mahrumiyetine ve zımnen rekabet açısından diğer GESAN bayilerine kıyasla dezavantajlı duruma düşürüldüğüne ilişkindir. Bu bağlamda şikâyet öncelikle

teşebbüsler arasında rekabeti bozucu/kısıtlayıcı bir anlaşmanın söz konusu olup olmadığı yönünden incelenmiştir.

- (10) 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 anlaşmaların, uyumlu eylemlerin ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemlerinin hukuka aykırı ve yasak olduğunu hükme bağlamıştır. Aynı maddenin ikinci fıkrasının (e) bendinde ise *"münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması"* madde ile yasaklanan davranışlardan sayılmıştır.
- (11) Somut olayda ise POAŞ, GESAN ve İŞ-DOĞAN'ın akdettiği sözleşme çerçevesinde, esasen POAŞ'ın akaryakıt bayisi olan istasyonların GESAN'dan otopaz tedarik edip satmaya devam edebileceğinin; ancak bunun için POAŞ ve Yatırımcıya belli bir dağıtım payı verileceğinin kararlaştırıldığı görülmektedir. Şikâyet dilekçesinde yer alan açıklamalardan ve ekli belgelerden, GESAN tarafından İŞ-DOĞAN'a ve POAŞ'a ödenecek olan dağıtım payının kısmen bayiye yansıtıldığı iddia edildiği anlaşılmaktadır. Zira şikâyet dilekçesine ekli fatura suretlerine göre 17.07.2009 tarihi itibarıyla TÜYSÜZLER PETROL'e yapılan otopaz satışında, yine Rize Çayeli'de yerleşik Mehmet ALBAYRAK isimli bir başka GESAN bayisine yapılan aynı tarihli otopaz satışına kıyasla kilogram başına (.....), litre başına¹ ise yaklaşık (.....) kadar yüksek fiyatla satış yapıldığı görülmektedir. Bu fark GESAN'ın anılan tarih itibarıyla bayilerine tavsiye ettiği azami satış fiyatı olan (.....) yaklaşık (.....)'sine tekabül etmektedir. Ancak gerçekte söz konusu dağıtım payının kısmen bayiye yansıtıldığı kabul edilse dahi, ticari hayatın doğal bir parçası olduğu düşünülen bu durumun, POAŞ ve GESAN arasındaki sözleşmenin alt piyasadaki bazı bayileri rekabetçi açıdan dezavantajlı konuma düşürmek amacını taşıyan yahut bu etkiyi doğurabilecek nitelikte olan bir anlaşma olarak değerlendirilmesine imkân tanımayacağı düşünülmektedir.
- (12) Öte yandan her halükarda 4054 sayılı Kanun'un 4/1(e) bendi anlamında ayrımcı bir uygulamadan bahsedilebilmesi için, uygulamanın muhataplarının da eşit konumda sayılabilmeleri gerekmektedir. Oysa 22.05.2012 tarihli şikâyet dilekçesinde Tüysüzler Petrol vekili tarafından, ayrımcı uygulama yapıldığına örnek teşkil etmek üzere tarafına düzenlenen fatura örneğine yer verilen Mehmet ALBAYRAK adlı bayinin, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK) kayıtlarına göre, akaryakıt bayilik faaliyetinin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu bakımdan, salt otopaz satışı ile iştilal eden bir bayi ile akaryakıt ve otopaz satışını birlikte yürüten ve bu çerçevede gerçekte bayisi olduğu akaryakıt dağıtım şirketinin marka imajından otopaz satışı yapmak için de yararlanan bir bayinin eşit olarak kabul edilmesinin de mümkün olmadığı değerlendirilmektedir.
- (13) Kaldı ki bu dağıtım payı, aynı anda POAŞ ve GESAN ile tedarik ilişkisi içerisinde olan tüm bayiler için geçerli olup, bu bayiler sözleşmenin ayrılmaz parçası niteliğindeki ekte sayılmıştır. Yine GESAN ve Tüysüzler Petrol arasındaki bayilik sözleşmesi ya da POAŞ ve Tüysüzler Petrol arasındaki bayilik sözleşmesinde de dağıtım payına ilişkin herhangi bir ayrıksı hüküm bulunmamaktadır. Üstelik POAŞ ve Tüysüzler Petrol arasında düzenlenen sözleşmede, ilgili istasyonda ancak POAŞ tarafından onay verilen üçüncü şirketlere ait ürünlerin satışa konu edilebileceğinin de düzenlendiğini vurgulamak gerekmektedir. Sayılan tüm bu nedenlerle şikâyete konu uygulama yoluyla 4054 sayılı Kanun'un 4/1(e) anlamında eşit durumdaki alıcılar arasında ayrımcılık yapılmasının söz konusu olmadığı kanaatine varılmıştır.

¹ 1 litre LPG yaklaşık 0,51-0,54 kg ağırlığındadır.

I.2.2. 4054 sayılı Kanun'un 6. Maddesinin İhlali İddiasına İlişkin Değerlendirme

- (14) Başvuru konusu iddianın bir diğer boyutunu ise 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinde düzenlenen belirli bir mal veya hizmet piyasasında hâkim durumda bulunan teşebbüslerin, bu hâkim durumlarını rakipleri yahut müşterileri aleyhine kötüye kullanmaları oluşturmaktadır. Anılan maddenin ikinci fıkrasının (b) bendinde *"eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması"* kötüye kullanma hallerine örnek olarak gösterilmiştir.
- (15) Şikâyete konu uygulamanın esasen ayrımcı bir uygulama olarak değerlendirilemeyeceği bir yana bırakılırsa, hâkim durumun kötüye kullanılması kavramı çerçevesine ayrımcılık davranışının bir ihlal olarak kabul edilmesi için her halükarda ayrımcı uygulama isnadına muhatap teşebbüsün üst pazarda hâkim durumda bulunması ve uyguladığı ticari koşulların karşı tarafı ilgili pazarda rekabet açısından dezavantajlı konuma sokması koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir.
- (16) Ancak EPDK 2011 yılı Petrol Piyasası Sektör Raporu'nda ve 2011 yılı LPG Piyasası Sektör Raporu'nda yer alan verilere göre, somut olayda ilgili teşebbüslerden POAŞ'ın beyaz akaryakıt ürünleri pazarındaki pazar payı yaklaşık %24, şikâyete konu otogaz LPG pazarındaki pazar payı ise %10,34 iken; GESAN'ın otogaz LPG pazarındaki pazar payı yalnızca %0,62 düzeyindedir. Gerek söz konusu pazar payları gerekse Kurulumuzun akaryakıt ve LPG sektörlerine yönelik geçmiş kararları dikkate alındığında, tedarik tarafları ilgili pazarlarda hâkim durumda bulunmamaktadırlar. Dolayısıyla şikâyete konu uygulama yoluyla 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ihlalinin de söz konusu olmadığı kanaatine varılmıştır.

J. SONUÇ

- (17) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre, başvuru konusu iddialara yönelik olarak 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca şikayetin reddi ile soruşturma açılmamasına OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.