

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2014-1-80

(Menfi Tespit)

Karar Sayısı : 14-42/760-336

Karar Tarihi : 22.10.2014

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI

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

B. RAPORTÖRLER: İsmail Yücel ARDIÇ, Şamil PİŞMAF, Başak ARSLAN,
Metin DEMİRCİ

C. BİLDİRİMDE

BULUNAN : Türkiye Petrol Rafinerileri A.Ş.

Güney Mah. Petrol Cad. No:25 41790 Körfez/Kocaeli

(1) **D. DOSYA KONUSU:** Türkiye Petrol Rafinerileri A.Ş. ile akaryakıt dağıtım kuruluşları arasında 2014 yılında tip sözleşme olarak uygulamaya başlanan satış uygulamalarına menfi tespit belgesi verilmesi veya bireysel muafiyet tanınması talebi.

(2) **E. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 20.08.2014 tarihinde giren ve eksiklikleri en son 16.10.2014 tarihinde tamamlanan başvuru üzerine düzenlenen 17.10.2014 tarih ve 2014-1-80/MM sayılı Muafiyet Ön İnceleme Raporu görüşülerek karara bağlanmıştır.

(3) **F. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda; bildirime konu sözleşmenin, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4., 6. veya 7. maddelerine aykırı olmadığı, bu nedenle söz konusu sözleşmeye aynı Kanun'un 8. maddesi çerçevesinde menfi tespit belgesi verilebileceği, ifade edilmiştir.

G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

G.1. Başvuruya Konu Uygulama

- (4) Türkiye Petrol Rafinerileri A.Ş. (TÜPRAŞ) tarafından yapılan başvuruda özetle;
- Gerek ham petrol gerekse akaryakıt ürünlerinin ticaretinde endüstrinin, dünya genelinde bir yıllık anlaşmalar yapılması suretiyle faaliyet gösterdiği, bu paralelde TÜPRAŞ'ın da ham petrol alımlarının büyük çoğunluğunu yıllık olarak akdedilen sözleşmeler ile tedarik ettiği,
 - Üretim planlaması yıllık yapıldığından müşterilere yapılacak satışa ilişkin olarak alınan taleplerin de bir yıl süreli olduğu,
 - Menfi tespit değerlendirmesi için Kurula sunulan "TÜPRAŞ 2014 yılı Satış Uygulamaları"nın (Satış Uygulamaları), TÜPRAŞ'tan toptan akaryakıt ürünleri alacak müşterilerinin ürün ve teslimat noktasına göre taleplerinin bildirilmesi, revizyonu, programa uyum, vade, ödeme, teminat ve faiz konularını düzenlediği ve ayrıca müşterilere yapılacak kurşunsuz benzin, kurşunsuz benzin premium, gazyağı, motorin, kalorifer yakıtı, fuel oil ve yüksek kükürlü fuel oil ürünlerine dair ticaret koşullarını içerdiği,
 - Rekabet Kurulunun 17.01.2014 tarih ve 14-03/60-24 sayılı kararında TÜPRAŞ'ın sözleşmelere ilişkin uygulamalarının bağlama yoluyla hâkim durumun kötüye kullanılmasına yol açtığı tespit edildiği ve TÜPRAŞ'ın sözleşmelere ilişkin uygulamalar yoluyla rekabetin kısıtlanmasına yol açacak eylemlerden kaçınması gerektiğinin bildirildiği, bu nedenle TÜPRAŞ'ın revize edilmiş olan 2014 yılı Satış Uygulamaları için menfi tespit belgesi verilmesinin talep edildiği,

- Satış Uygulamaları'nın müşterilerin kendi satış fiyatını belirleme serbestisinin engellenmesi, yeniden satış yapılacak bölge veya müşterilere ilişkin kısıtlamalar getirilmesi, müşterilerin kendi aralarındaki alım ve satışının engellenmesi, müşteriler arasında objektif bir sebep olmaksızın ayırım yapılması gibi Kanun'un 4. veya 6. maddesi kapsamına girebilecek hükümler ihtiva etmediği,
- Müşterilerin, sözleşme dönemi öncesinde hangi üründen ne miktarda almak istediklerini özgür bir biçimde TÜPRAŞ'a bildirdikleri, bu taahhütlerine uymamaları durumunda Satış Uygulamaları'nın 4. maddesinin ek ödeme yükümlülüğü öngördüğü,
- Satış Uygulamaları'nda rekabet kuralları bakımından ayrıntılı olarak incelenmesi gereken tek hükmünün 4. madde olduğu; çünkü program, vadeli satış veya ödeme, teminat ve faiz gibi hükümlerin bütün müşteriler için eşit şartlar getiren ve ihtilaf halinde ticaret mahkemelerinde değerlendirilecek hükümler olarak görüldüğü, söz konusu madde hükmünün şu şekilde düzenlendiği;

"Madde 4- Alıcının Taahhüdü

4.1 Alıcı; yıllık, üç aylık ve aylık taleplerini Madde-2 Program maddesinde belirtilen zaman periyotlarında ve limitler çerçevesinde revize ederek satıcıya bildirmek ve aylık ürün tahsisini her bir rafineri ve terminal için ayrı ayrı olmak üzere en az %95 oranında çekmekle yükümlüdür.

4.2 Alıcının 4.1 maddesindeki çekiş taahhüdünü mücbir sebep halleri hariç olmak üzere yerine getirmemesi durumunda

4.2.1 aylık çekiş programından eksik çekilen miktar 50 m. tondan düşük ise herhangi bir ek ödeme uygulamasına gidilmeyecek ve eksik çekilen bu miktar müteakip aya aktarılmayacaktır.

4.2.2 eksik çekilen miktar Madde 4.2.1'de belirtilen miktarın üzerinde ise, alıcı bakiye miktarın tamamına uygulanmak üzere satıcıya bildirdiği aylık çekiş programından sapma oranlarına göre eksik çekilen beher ton için aşağıdaki tabloda yer alan tutarda (USD/M. Ton) ek ödeme yapacaktır.

Sapma Oranı	Beyaz Ürünler	Siyah Ürünler
%05,01 - %10,00	8	6
%10,01 - %15,00	12	9
%15,01 - %20,00	16	12
%20,01 ve üzeri	20	15

4.3 Karşılıklı mutabakat ve satıcının onayına vabeste olmak üzere, alıcının çekemediği 4.2 maddesi kapsamında ek ödemeye giren tahsis bakiyesi (önceki aydan aktarma yapılmamışsa) müteakip aya aktarılabilir. İşbu madde kapsamında önceki aydan aktarılan tahsis bakiyeleri hiçbir şekilde takip eden aylara aktarılamayacaktır.

Alıcı, tahsis bakiyesi aktarma talebini müteakip ayın ilk üç iş günü içinde yazılı olarak bildirecektir. Aktarma talebini belirtilen sürede bildirmeyen alıcının aktarma talebinde bulunmadığı kabul edilecek ve 4.2 maddesi kapsamında ek ödeme tahakkuk ettirilecektir.

4.4 Bakiyenin aktarıldığı müteakip ay sonunda yine bakiye kalırsa;

4.4.1 Bakiyenin, ilgili ayın tahsisi (ilave tahsisler dâhil) ve aktarma miktarı toplamına oranlanmasından bulunacak sapma %5 ve 50 m. tonun altında ise herhangi bir ek ödeme uygulanmayacak ve eksik çekilen miktar bir sonraki aya aktarılmayacaktır.

4.4.2 Bu sapma oranı %5 ve 50 m. tonun üzerinde ise öncelikle ilk aydan aktarılıp da kısmen veya tamamen çekilemeyen miktar için 4.4.2 maddesinde belirtilen ek ödeme %50 fazlasıyla uygulanacaktır. Ayrıca ilgili ayın tahsisinden çekilemeyen miktar da var ise, bu miktar için 4.4.2 maddesinde belirtilen ek ödeme uygulanacak ve eksik çekilen miktarlar müteakip aya aktarılmayacaktır.

4.5 Ayın son günlerinde ilgili rafineri tarafından dolum emirleri kabul edilmiş ancak dolumu müteakip ayda gerçekleşmiş gemi ve boru hattı bakiye dolum emri miktarları, alıcının aylık tahsisinde düşülerek, bir sonraki aylık tahsis ve çekişine ilave edilecektir.

4.6 Ay sonunda oluşacak ek ödeme, TCMB'ce yayımlanan USD döviz satış kurlarının ilgili ay ortalaması üzerinden TL olarak hesaplanacak ve fatura edilecektir. Tahakkuk ettirilecek ek

ödeme alıcı tarafından ayın ilk on günü içinde ödenecektir. Ayın ilk on günü içinde ödenmediği takdirde ürün alımı için hükümden de anlaşılacağı gibi müşterilerin ürün çekişinin mücbir sebep halleri dışında, kendi kusurlarıyla aylık ürün tahsislerinin rafineri ve terminaller bazında %95 oranının altında kalması; eksik çekiş miktarının 50 tonun üzerinde olması ve bu eksik çekiş miktarının bir sonraki aya aktarılmaması halinde eksik çekilen ton başına ek ödeme yükümlülüğü doğacaktır.”

- Söz konusu hükümden anlaşılacağı üzere, müşterilerin ürün çekişinin mücbir sebep halleri dışında, kendi kusurlarıyla aylık ürün tahsislerinin rafineri ve terminaller bazında %95 oranının altında kalması; eksik çekiş miktarının 50 tonun üzerinde olması ve bu eksik çekiş miktarının bir sonraki aya aktarılmaması halinde eksik çekilen ton başına ek ödeme yükümlülüğü doğacağı,
- TÜPRAŞ'ın müşterilerinin almak istediği miktar üzerinde herhangi bir zorlamada bulunmadığı, miktarın tamamen müşterilerce belirlendiği, müşterilerden sadece kendi tercih ve talepleri ile belirlenen miktarı çekme konusunda taahhütlere uymalarının beklendiği,
- Çekilmeyen ürünler nedeniyle katlanılan maliyet göz önüne alındığında söz konusu hükmün, zarar gören şirket menfaatini koruma amaçlı olduğu,
- Diğer taraftan Satış Uygulamaları'nın 2. maddesinde müşterilere taleplerini üç aylık ve aylık dönemler itibariyle +/- %10 oranında revize etme hakkı tanındığı, +/- %10 oranını aşan revizyonların ise özellikle birden çok müşteriden aynı anda talep gelmesi gibi durumlarda rafinerinin üretim ve stok dengesi üzerinde olumsuz etkide bulunduğu,
- Örnekleme gerekirse; 2014 yılının ilk 5 ayında müşterilerin eksik çekişleri nedeniyle bakiye kalan toplam (.....) ton ürünün, Kırıkkale rafinerisinin 2013 yılı aylık ortalama işlediği ham petrol miktarına eşit olduğu ya da İzmit rafinerisinin 2013 yılı aylık ortalama motorin satışı kadar olduğu, dolayısıyla bakiye kalan miktarların rafineri üretim planlarını ve stok dengelerini büyük düzeylerde değiştirdiği ve çok yüksek oranlarda olumsuz etkilediği,
- Stokların tekrar dengeye gelebilmesi için TÜPRAŞ'ın ithalat ve ihracat opsiyonlarını anlık olarak tekrar değerlendirmesinin gerektiği, bu durumun yeni ve ilave maliyetler yarattığı, bu tür anlık değişikliklere TÜPRAŞ'ın maliyetsiz bir şekilde ayak uydurmasının mümkün olmadığı,
- 2014 yılının ilk 5 ayında eksik çekişler nedeniyle bakiye kalan ürün tür ve miktarlarının şu şekilde olduğu;

Ürün Cinsi	Bakiye Miktarlar (ton)
Fuel Oil	(.....)
Gazyağı	(.....)
Kalorifer Yakıtı	(.....)
Motorin	(.....)
Yüksek Kükürlü Fuel Oil	(.....)
K. Benzin 95 Oktan	(.....)
K. Benzin 95 Premium	(.....)
Toplam	(.....)

- Bu tabloya rağmen TÜPRAŞ'ın taahhütlerine uymayan müşterilere ikmal kesmediği, ikmal edilecek miktar ile ilgili tek taraflı belirleyici bir karar almadığı, sadece eksik çekilen ürün için caydırıcılık da sağlamak adına bir nevi tazminat uygulamak amacıyla söz konusu hükmü öngördüğü,
- Müşterilerin taahhütlerine uygun süre ve miktarlarda çekiş yapmalarının TÜPRAŞ'ın üretim dengesi ve ticari menfaatleri için önemli bir unsur olduğunun yadsınamayacağı, bu sebeple TÜPRAŞ'ın pazar gücünü artırmayacağı, müşterileri ne almak istedikleri ürün türü ve miktarı dışında bir ikmal seçeneği sunmayacağı ancak uğradığı menfaat kaybı ile orantılı bir önlem olarak ek ödeme talep edeceği,

- Diğer yandan söz konusu hükmün 2014 yılı itibarıyla yürürlüğe gireceği kabul edilmiş olmasına rağmen müşterilere henüz faturalandırma gerçekleştirilmediği,
- Enerji Piyasası Düzenleme Kurumuna (EPDK) tarafından yayımlanan depolama ücretlerine ilişkin tavan fiyat tarifeleri göz önüne alındığında, TÜPRAŞ tarafından uygulanan ek ödeme yükümlülüğünün orantılı olduğu sonucuna ulaşıldığı, bir diğer ifade ile müşterilerin taahhüt ettikleri ürünün tümünü taahhütlerine uygun olarak çekmiş ancak lisanslı depolama tesislerinde tutmuş olsalardı TÜPRAŞ'ın talep ettiği tazminat veya eksik çekiş bedeline kıyasla çok daha yüksek bir bedel ödemelerinin gerekeceği,
- Rafinaj sektörünün çok yüksek maliyetlerle ve hassas bir dengede faaliyet gösterdiği, her ne kadar rafineriler yüksek cirolar açıklasa da (.....), bir arıza veya beklenmeyen bir duruşun, kârlılığı önemli ölçüde etkileyebildiği,
- Rafineri ekipmanının gereken özellikte ürün üretmeye başlayabilmesi için geçen süre ve yapılan harcama hesaba katıldığında üretimin devamlılığının öne çıktığı, bu sebeple sektörün kârlılığının, üretimde sürekliliğin güvence altına alınmasına bağlı olduğu, buna ilaveten ünitelerin duruş maliyetinin de çok yüksek olduğu,
- Örneğin 2012 yılında İzmit Rafinerisi için son üç yılın verileri dikkate alınarak yapılan bir çalışmada ünite duruş maliyetlerinin (Dolar/Ay) aşağıdaki gibi çıkarıldığı:

Üniteler	Yaz	Kış
PLT-25 Ham Petrol	(.....)	(.....)
PLT-63 Benzin	(.....)	(.....)
PLT-63 Dizel	(.....)	(.....)
PLT-47 (Benzin+Dizel+Jet)	(.....)	(.....)

- TÜPRAŞ'ın Satış Uygulamaları değerlendirilirken rafinaj sektörünün barındırdığı bu risklerin mutlaka göz önünde bulundurulması gerektiği,
- Bildirime konu TÜPRAŞ Satış Uygulamaları'nın, TÜPRAŞ'ın akaryakıt alacak müşterileri ile arasındaki ikmal programı, programa uyum, vade ve ödeme koşulları gibi ticari ilişkinin esaslarını bir yıllık süreyle belirleyen bir dikey anlaşma olduğu,
- TÜPRAŞ'ın 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun 4/4 (k) ve 5/1 (b) hükümleri gereğince eşit durumda olan dağıtım şirketlerine eşit davranmakla yükümlü olduğundan dağıtım şirketleri arasında farklı şartlar uygulanmadığı, bunun aynı zamanda 4054 sayılı Kanun'dan doğan ayrımcılık yapmama ve rakiplerin faaliyetlerini objektif bir sebep olmadan zorlaştırmama yükümlülüğü ile de uyumlu bir yaklaşım olduğu,
- TÜPRAŞ Satış Uygulamaları'nın 4. maddesinde yer alan ikmal programını belirli bir oranın altında kalacak şekilde aksatan müşteriler bakımından ürün teslim miktarlarının TÜPRAŞ tarafından belirleneceğine dair hükmün, Rekabet Kurulunun 17.01.2014 tarih ve 14-03/60-24 sayılı kararında değerlendirilerek meşru ticari menfaatin korunmasını aşan, orantısız bir yaptırım olarak nitelendirildiği, bu tespite ilişkin olarak başlatılan yargısal sürecin devam ettiği,
- Soruşturma sürecinde anılan hükmün rekabet kuralları bakımından risk yarattığına dair yorumlar dikkate alınarak 2014 yılı Satış Uygulamaları'nda revizyona gidildiği, bu çerçevede programdan belirlenen revizyon oranını aşacak şekilde sapan müşterilere yapılacak teslimat miktarları ile ilgili olarak TÜPRAŞ'a tanınan karar alma imkânının kaldırıldığı, bu şekilde bağlama veya miktar zorlaması gibi 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamına girecek iddiaların tekrar gündeme gelmemesinin hedeflendiği,
- Ancak müşterilerin kendi bildirdikleri programlarına sadık kalmaları, gerek endüstrinin çalışma şekli gerekse de TÜPRAŞ'ın ticari menfaatleri bakımından korunması zorunlu bir alan olduğu, bu amaçla yeniden düzenlenen 4. madde ile ek ödeme (tazminat/cezai şart) uygulamasına geçildiği,

- Öngörülen ek ödemenin bir rekabet yasağına dönüşmediği ve meşru ticari menfaati koruma amacına yönelik olduğu, bunun öncelikli sebebinin müşterilere TÜPRAŞ'tan yapacakları alıma ilişkin bir yönlendirmede bulunulmaması ve bir yıllık süreler sonunda tarafların taahhütlerini gözden geçirebilmeleri olduğu, böylece müşterilerin başka sağlayıcılara yönelmeye ilişkin projeksiyonlarını her yıl yenileyebildikleri,
- Eksik çekişlerin bir sonraki yıla, hatta iki ay öteye dahi aktarılamaması sayesinde cezai şartın bir geçiş maliyeti yaratmasının önüne geçildiği, kısa süreli (bir yıllık) sözleşmeler ve geçiş maliyetinin olmamasının piyasa kapama etkisine dair değerlendirme yapılmasını gereksiz kıldığı, dolayısıyla Satış Uygulamaları'nın piyasa kapamayı amaçlamadığı ve ayrıca böyle bir etki göstermeyeceği,
- Fakat sene başında taahhüdünü veren müşterilerin üç aylık ve aylık olarak iki defa kullanabilecekleri %10 oranındaki revizyonlara rağmen nihai taahhütlerine uymamalarının bir yaptırımının olması gerektiği,
- Bu yaptırım belirlenirken TÜPRAŞ'ın benzer cezai şart uygulamasına geçtiği kamu dönemindeki sözleşmelerinin emsal alındığı, bu hükmün temelinde müşterinin talebi doğrultusunda üretim yapan TÜPRAŞ'ın müşterinin taahhüdüne uymaması halinde üstlendiği riski kısmen paylaşma, bir nebze de olsa güvence altına alma amacı bulunduğu,
- Söz konusu hükmün müşterilerin de gerçekçi taleplerde bulunmalarını zorunlu kıldığı, bu yönüyle sektörün kendi kendini kontrol etmesinin bir vasıtasına dönüştüğü,
- Diğer yandan teslim alınmayan ürünlerin TÜPRAŞ için fiyat değişimlerinden kaynaklanan risk ve depolama maliyeti yarattığı, buna bağlı olarak depolarının doluluğu nedeniyle TÜPRAŞ'ın üretim programının aksadığı ve müşterinin teslim almadığı ürünler sebebiyle (petrol ürünlerinin bağlı ürün olması dolayısıyla) başka ürünlerin üretiminin yavaşlatıldığı,
- Bu durumun TÜPRAŞ'ın diğer müşterilerine ve tedarikçilerine karşı üstlendiği sorumlulukların yerine getirilememesi gibi bir sonuca yol açabileceği,
- Öte yandan, işlenecek ham petrol miktarı ve elde edilecek ürün miktarı düşürülse bile, işletme maliyetlerinin (enerji ve işçilik gideri gibi) değiştirilemediği,
- Bütün bu unsurlar bir araya geldiğinde ek ödemenin esasında cezai şart niteliği taşıyıp taşımadığının bile tartışmalı hale geldiği, ek ödemenin taahhüdüne uymayan müşterinin sebep olduğu maliyet ve risklerin haklı bir bedeli/tazmini olduğu,
- Sonuç olarak Satış Uygulamaları'nın 4. maddesinin ya da genel olarak, 4054 sayılı Kanun'u doğrudan veya dolaylı biçimde ihlal etmediği, zira Satış Uygulamaları'nın rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacı olmadığı ayrıca uygulamaların böyle bir etkiyi doğurma ihtimalinin de bulunmadığı, aksine hem üretici hem alıcılar için başta operasyonel maliyetler olmak üzere birçok alanda maliyet tasarrufu da sağlandığı,
- Rekabet Kurumunun yayımladığı Muafiyetin Genel Esaslarına ilişkin Kılavuz'un (Kılavuz) 36. paragrafında maliyet etkinlikleri arasında, anlaşma ile ortaya çıkan maliyet düşüşlerinin, daha iyi üretim planlaması yapma ve stok tutma maliyetlerini azaltma yönünde doğuracağı etkinliklere değinildiği, TÜPRAŞ'ın Satış Uygulamaları'nın da sağlayıcı ve alıcılar arasındaki ticareti optimize etmesi ve kılavuzda belirtilen etkinlikleri doğurmasının hedeflendiği,
- Buna ilaveten Satış Uygulamaları çerçevesinde bildirilen talepler ile şekillenen planlı üretim ve dağıtımın, arzın artırılmasına ve belirsizliklerin ortadan kaldırılmasına da katkı sağlayacağı ve müşterilerin alacağı hizmetin kalitesini yükselteceği,
- Diğer yandan Satış Uygulamaları çerçevesinde ticaretin planlanmasının, sadece taraflara değil ekonominin/ sektörün geneline yansıtacak faydalar da içerdiği, zira hammadde tedarik sürecinin yönetilmesi gibi gerek tüketiciye gerekse sektörde veya

- ilişkili bütün sektörlerde faaliyet gösteren taraflara yansıyan genel menfaatlerin bulunduğu,
- Örneğin ürün arz güvenliğinin sağlanmasının, piyasaya yeni girecek olan ve ithalat olanakları sınırlı olan dağıtım kuruluşları için giriş kararını etkileyen önemli bir kriter olduğu, akaryakıt ürünlerinde arz güvenliğinin sadece dağıtım seviyesinde faaliyet gösteren teşebbüsler için değil, başta nakliye olmak üzere pek çok sektör için vazgeçilmez bir gereklilik olduğu,
 - Mal ve hizmet arzında devamlılığın sağlanmasının tüketiciye yansıtacak yararların başında geldiği, Kılavuz'un 43. paragrafında da belirtildiği üzere tüketici kavramının geniş yorumlandığı, bu sebeple tüketici tanımına dahil edilmesi gereken toptancılar (dağıtım kuruluşları), bayiler ve nihai kullanıcılar açısından doğacak faydaların tümünün hesaba katılması gerektiği,
 - Sektörde kaçak ve standart dışı ürünle mücadele bakımından rafinerici ile dağıtım kuruluşları arasında iyi işleyen bir ticaret ağı kurulmasının toplamda tüketici için de fayda yaratacağı, bu faydanın vergilerin toplanması bakımından da ortaya çıkacağı,
 - İlgili pazarın önemli bir bölümünde rekabetin neden ortadan kalkmadığı veya kalkmayacağına ilişkin koşul içinse hakim durum ve pazar gücü kavramları bakımından değerlendirme yapılmasını gerektiği, bildirim konusu uygulamanın TÜPRAŞ'ın pazar gücünde artışa yol açacak bir hüküm/etki barındırmadığı, müşterilerin hangi üründen ne miktarda almak istedikleri hususunun TÜPRAŞ'ın anlaşma veya uygulamaları ile müdahale edilen bir alan olmadığı, müşterilerin yıllık taleplerini bildirirken TÜPRAŞ'tan yapacakları ikmal ve/veya ithalat gibi alternatif temin kaynaklarına yönelme konusunda özgür oldukları, bir yıllık anlaşmaların sona ermesinden sonra TÜPRAŞ ile alternatif temin kaynakları arasındaki rekabetin yeniden yaşandığı, deyim yerindeyse pazar için rekabet edildiği,
 - Bu yapının Satış Uygulamaları'nın hayata geçmesi ile de korunacağı, somut olayda yüksek bir pazar gücü söz konusu ise de incelenen anlaşmanın mevcut rekabet koşullarını değiştirmedeği,
 - Diğer yandan, yaptıkları ithalat ile TÜPRAŞ'ın rakibi konumunda olan dağıtım kuruluşlarının, alternatif temin kaynağı olarak ithalat yapmaları üzerinde Satış Uygulamaları'nın menfi bir etkisi bulunmadığı, bunun en önemli sebebinin anlaşmaların yıllık olarak yenilenmesi olduğu,
 - Ayrıca Kılavuz'un 57. paragrafında da belirtildiği gibi, Satış Uygulamaları'nın rakiplerin rekabet etme kapasitesi veya saiki üzerinde olumsuz bir etkisi bulunmadığı, dağıtım kuruluşları TÜPRAŞ ile yıllık anlaşmalarını akdetmeden önce ithalat imkanını da göz önünde bulundurarak bir değerlendirme yapacaklarından, anlaşma sonrası dönemi ilgilendiren Satış Uygulamaları sebebiyle ithalatın olumsuz biçimde etkilenmeyeceğinin düşünüldüğü,
 - Piyasadaki rekabetin bir diğer unsuru olan fiyatın ise Satış Uygulamaları'nın düzenlediği bir alan olmadığı; fiyatların, Petrol Piyasası Kanunu ve buna bağlı mevzuat çerçevesinde tespit edilen tavan fiyat tarifeleri ile en yakın erişilebilir dünya serbest piyasa koşulları çerçevesinde belirlenmeye devam edileceği,
 - Satış Uygulamaları'nın piyasadaki etkisine bakıldığında, rekabet üzerinde hissedilir bir değişiklik yaratmadığının görüleceği, 2014 yılı içinde her yıl olduğu gibi, dağıtım kuruluşlarının kendi optimizasyonları çerçevesinde ithalat ve TÜPRAŞ'tan tedarik seçeneklerinin her ikisini de kullandığı,
 - TÜPRAŞ'ın bu takibi, programını belli seviyenin üzerinde aksatan müşterilere yapılacak teslimat miktarını tek taraflı olarak belirlemek şeklinde kullanmaktayken, ginenen nokta itibarıyla rekabet üzerinde daha az etkide bulunacak müşterilerin teslim

almak istedikleri ürün tür ve miktarlarına müdahale içermeyecek bir yöntem olarak, 2014 yılı Satış Uygulamaları'nda ek ödeme hükmü getirildiği,

- Taahhüdüne aykırı hareket eden müşterilere ek ödeme yükümlülüğü sayesinde elde edilecek arzın ve üretimin devamlılığının sağlanması ve arzı artıracak yatırımların geri kazanılması gibi faydalar dikkate alındığında, ilgili tedbirin daha hafif ve daha orantılı olduğu,
- Sonuç olarak getirilen tedbirin rekabetçi etkilerinin, rekabeti kısıtlayıcı etkilerden daha ağır bastığı

ifade edilmektedir.

G.2. İnceleme Sürecinde Elde Edilen Bilgiler

G.2.1. TÜPRAŞ Tarafından Gönderilen Ek Bilgiler

- (5) TÜPRAŞ tarafından gönderilen 18.09.2014 tarihli eden belgede; TÜPRAŞ'ın akaryakıt dağıtım firmaları ile arasındaki Satış Uygulamaları'na dayanak teşkil eden esas sözleşme örneklerine (Petrol Ürünleri Satış Anlaşması Genel Şartları ve Petrol Ürünleri Satış Anlaşmasına Ek Protokol), 2011, 2012 ve 2013 yıllarına ilişkin satış uygulamalarına ve dağıtım şirketlerinin taahhüt ettikleri miktarda alım yapamamalarının TÜPRAŞ nezdinde yarattığı etkinin hesaplandığı örnek analize yer verilmiştir.
- (6) TÜPRAŞ'ın Kurum kayıtlarına 16.10.2014 tarihli yazısında ise, ticari koşullarda TÜPRAŞ tarafından yapılacak tek taraflı değişikliklere karşı alıcılara taleplerini revize hakkı tanınması amacıyla 2015 yılından itibaren Satış Uygulamaları'na Madde 2.6. olarak aşağıdaki hükmün eklenmesinin kararlaştırıldığı ifade edilmektedir.

“Madde 2.6. Alıcının yıllık baz taleplerini bildirdiği tarihte geçerli olan fiyat formülasyonu ile Satış Uygulamalarında Madde 3'te belirtilen kredi gün sayısı ve/veya Madde 4.2'de düzenlenen Ek Ödemelere ilişkin koşulların Satıcı tarafından yıl içerisinde Alıcı aleyhine değiştirilmesi durumunda Alıcı, yapılan değişiklikten etkilenen bölge ve ürün ile sınırlı kalmak kaydıyla, değişikliğin yapıldığı tarihten sonraki aylar için yıllık baz taleplerini, değişiklikten itibaren 15 gün içinde, revize etme hakkına sahip olacaktır. Alıcı tarafından yapılacak baz talep revizyonlarının, değişen ticari koşullardan etkilenen teslim noktalarında aynı oranda olması esastir.

Yukarıda belirtilen değişikliklerin Alıcı lehine olması durumunda, baz taleplerde yapılacak revizyonların kabulü Satıcının opsiyonundadır.”

G.2.2. Dağıtım Firmaları ile Yapılan Görüşmeler

- (7) Bildirim konusu işleme yönelik yapılan inceleme kapsamında raportörlerce 10.09.2014 tarihinde Türkiye'de faaliyet gösteren akaryakıt dağıtım firmaları içerisinde yer alan (.....) ile görüşülmüş ve söz konusu dağıtım firmaları tarafından;
 - TÜPRAŞ'ın akaryakıt dağıtım firmaları ile arasındaki satış uygulamalarına dayanak teşkil eden sözleşmeler doğrultusunda birtakım cezai şartlar öngören uygulamaları ile talepleri öngörmek istediği ve bu uygulamanın yıllık üretim planlaması için önemli ve anlaşılabilir olduğu, ancak TÜPRAŞ'ın belirlediği cezai şartlar maliyetler ile birleştiğinde ürünlerde bırakılan kâr marjının sınırlarının daraldığı,
 - Aynı zamanda söz konusu uygulamanın sadece alıcı üzerinde yükümlülükleri düzenlediği ve tek taraflı olarak cezai şartlar içerdiği; TÜPRAŞ'ın hâkim durumda olmanın verdiği avantajla sözleşme şartlarını katı olarak belirlediği ve geniş bir yetki alanı olduğu, satıcının yükümlülüklerini yerine getirmemesine ilişkin herhangi bir yaptırım ya da düzenleyici hükmün bulunmadığı ve cezai şartların tek taraflı olmasının adil olmadığı,
 - Dolayısıyla, TÜPRAŞ ile dağıtıcılar arasında yapılan sözleşmelerde tarafların hak ve yükümlülüklerinin netleştirilmesinin ve denkleştirilmesinin gerektiği, yapılan

sözleşmelerde satıcının olduğu gibi alıcının da haklarının açıkça yer almasının ve bunların eşitlenmesinin zaruri bir durum olduğu,

- Bununla birlikte, Satış Uygulamaları'nda alıcının taahhüt ettiği aylık talep miktarının tamamını çekemediği takdirde bakiye miktarı en fazla bir ay devredebildiği, aksi takdirde cezai şart unsurunun devreye girdiği ve bu durumun dağıtıcıları zorlaması nedeniyle talep çekiş yükümlülüğünün altı aylık veya bir yıllık dönemler halinde genişletilebileceği,
- Ek olarak Satış Uygulamaları'nda alıcılara getirilen, taleplerini aylık ve üç aylık dönemler için +/- %10 oranında revize etme imkânının genellikle yeterli olabildiği, ancak bu oranın arttırılmasının dağıtıcıların üzerindeki baskıyı azaltacağı,
- Satış Uygulamaları'na göre alıcının taahhüdünü yerine getirememesi durumunda cezai şarta maruz kalmasının bir istisnasının mücbir sebep hali olduğu ve alıcının mücbir sebep halinden kaynaklanan bir nedenle taahhüt ettiği miktarı çekememesi halinde herhangi bir yükümlülüğünün doğmadığı fakat TÜPRAŞ ile yapılan sözleşmelerde mücbir sebep kavramının son derece sınırlı olarak yorumlandığı, bu kavramın esnetilmesi ve kapsamının ayrıntılı olarak belirlenmesi gerektiği (örneğin EPDK'nın tavan fiyat uygulamasının da bu kapsama alınabileceği),
- TÜPRAŞ'ın Satış Uygulamaları'nda cezai şart hükmünün karşısında dengeleyici nitelikte bir ödüllendirme sisteminin (fiyatlandırma üzerinden olabilir) bulunması ve her iki sistemin de aynı koşullarda uygulanması gerektiği,
- Gerek cezalandırma gerekse ödüllendirme sisteminin daha kademeli hale getirilmesinin ve talebe yönelik üst bant miktarının (mevcut durumda 1.000.000 ton) arttırılmasının sistemin etkinliğini arttıracacağı,
- Ceza oranlarının ithalatı engellemeyecek düzeyde olması gerektiği,
- Ayrıca beyaz üründen farklı piyasa koşulları taşıması sebebiyle siyah ürüne ilişkin cezai şartın kaldırılması gerektiği, siyah ürünlerin ağırlıklı olarak kamu ihaleleri ile satışının gerçekleşmesinin ve dolayısıyla fiyata çok duyarlı bir sistemin oluşmasının dağıtım şirketleri üzerindeki yükü arttırdığı, aslında ihalelerde siyah ürün satıcısının değişmesinin TÜPRAŞ'ın durumunu ve satış miktarını değiştirmede; öte yandan TÜPRAŞ'tan alış fiyatlarının serbest piyasada belirlendiği için fiyatlarda muğlaklık ve esneklik söz konusu iken kamu kurumlarına yapılacak ürün satış miktarının ve fiyatının önceden belirlenmesi nedeniyle fiyatların öngörülemeyen bir şekilde yükselmesi durumunda dağıtım şirketlerinin zarara uğradığı,
- Son olarak, dağıtıcıların ithalat yoluyla gerçekleştirdikleri akaryakıt alımlarını düzenleyen sözleşmelerde herhangi bir cezai şart unsurunun bulunmadığı, uluslararası piyasalarda opsiyonlu sözleşmeler yapıldığı, tarafların yükümlülüklerini yerine getirememesi halinde bu durumun müzakere edilerek anlaşma yoluyla çözümlendiği, TÜPRAŞ'ın ise bu konuda daha katı bir tutum sergilediği

ifade edilmiştir.

G.3. İlgili Pazar

- (8) Bildirime konu dosya kapsamı dikkate alınarak, ilgili ürün pazarları “kurşunsuz benzin toptan satışı”, “motorin toptan satışı”, “siyah akaryakıt ürünlerinin toptan satışı”; ilgili coğrafi pazar ise, “Türkiye” olarak belirlenmiştir.

G.4. Değerlendirme

- (9) Yapılan bildirimde, TÜPRAŞ ve akaryakıt dağıtım kuruluşları arasında tip sözleşme olarak uygulanmakta olan 2014 yılı Satış Uygulamaları'na menfi tespit belgesi verilmesi veya bunun mümkün olmaması durumunda Kanun'un 4. maddesinden muaf tutulmasına izin verilmesi talep edilmektedir.

- (10) 4054 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca bir anlaşmanın, kararın, eylemin veya birleşme/devralmanın, aynı Kanun'un 4., 6. ve 7. maddelerine aykırı olmaması durumunda ilgili işleme menfi tespit belgesi verilebilmektedir.
- (11) Bildirim konusu Satış Uygulamaları, herhangi bir yoğunlaşma işlemi niteliği taşıması nedeniyle, Kanun'un 7. maddesi kapsamında bulunmamaktadır. Bu bakımdan anılan sözleşmeye ilişkin ayrıntılı menfi tespit değerlendirmesi, Kanun'un 4. ve 6. maddeleri kapsamında yapılmıştır.

G.4.1. Bildirimin Kanun'un 4. Maddesi Kapsamında Değerlendirilmesi

- (12) 4054 sayılı Kanun'un "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar" başlıklı 4. maddesinde, 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 olduğu hükme bağlanmıştır. Ticaretin aynı seviyesindeki rakipler arasındaki rekabeti kısıtlayıcı yatay anlaşmalar kadar; üretim ve dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki dikey ilişkiler de belirli hallerin varlığında aynı yasaklama kapsamında değerlendirilebilmektedir.
- (13) Dosya konusu uygulama, üretim ve dağıtım zincirinde olmak üzere farklı seviyede faaliyet gösteren teşebbüsler arasında akdedilen bir dikey anlaşmadır. Bildirim formunda yer alan bilgilere göre, söz konusu uygulama temel olarak TÜPRAŞ'tan toptan akaryakıt ürünleri alacak müşterilerin ürün ve teslimat noktasına göre taleplerinin bildirilmesi, revizyonu, programa uyumu ile vade, ödeme, teminat ve faiz konularını düzenlemektedir.
- (14) Yapılan inceleme kapsamında, TÜPRAŞ tarafından dağıtım firmalarına gönderilen Satış Uygulamaları'nın münhasırlık yahut belli rakiplerle anlaşma yapmama koşulu taşımadığı; doğrudan veya dolaylı olarak ithalat yasağı da getirilmediği görülmektedir. Ayrıca dağıtım firmalarının satış fiyatlarını belirleme serbestisinin engellenmesi, yeniden satış yapılacak bölge veya müşterilere ilişkin kısıtlamalar getirilmesi veya müşterilerin kendi aralarındaki alım ve satışının engellenmesi niteliği taşıyabilecek bir hükmün de Satış Uygulamaları'nda yer almadığı; buna ek olarak, söz konusu uygulamanın tüm akaryakıt dağıtım firmalarına ayırım yapılmaksızın eşit yükümlülükler getirdiği değerlendirilmektedir. Yine bahse konu Satış Uygulamaları'nın, yalnızca bir yıl için geçerli bir sözleşme niteliğini taşıdığı anlaşılmaktadır.
- (15) Sayılan nedenlerle, Satış Uygulamaları'nın 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırılık teşkil eden herhangi bir yönünün bulunmadığı, ayrıca sözleşmenin uygulandığı süre boyunca da pazar kapama gibi bir durumun, dolayısıyla Kanun'un aynı hükmü anlamında rekabeti kısıtlayıcı ya da bozucu bir etkinin ortaya çıkmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

G.4.2. Bildirimin Kanun'un 6. Maddesi Kapsamında Değerlendirilmesi

- (16) 4054 sayılı Kanun'un "Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması" başlıklı 6. maddesinde ise, bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanmasının hukuka aykırı ve yasak olduğu kuralı getirilmiştir.
- (17) Kurulumuzun 17.01.2014 tarih ve 14-03/60-24 sayılı kararında, TÜPRAŞ'ın hâkim durumda olduğu kabul edilerek, soruşturma kapsamında incelenen sözleşmelere ilişkin çeşitli uygulamalarının Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiği tespit edilmiştir. Bunun yanında kararın 115. paragrafı ve devamında, TÜPRAŞ'ın "ALICI'nın çekişlerinde, ürün bazında ve rafineriler toplamında, tahsise göre %25 oranında daha düşük gerçekleşme olması halinde, SATICI, takip eden ay ALICI'nın taleplerine bakmaksızın tahsis yapabilir." ve "ALICI (...) aylık tahsisini ürünler ve rafineriler bazında en az %95 oranında çekmekle yükümlüdür. Kendi kusuru ile çekiş oranının 2 (iki) ay üst üste %90'ın altında kalması

halinde SATICI ürün teslim miktarı dahil, kredi ve teslimat şartlarını belirlemede serbest olacaktır.” şeklinde hükümler içeren sözleşmeler yapabilmemesinin de bizzat hâkim durumda bulunmasından kaynaklandığı vurgulanmıştır. Nihayetinde, ihlal teşkil ettiği değerlendirilen bahse konu “sözleşmelere ilişkin uygulamaların” yanında, bunlarla aynı sonucu doğuran ya da doğurabilecek niteliğe sahip uygulamalardan kaçınılması gerektiği yönünde TÜPRAŞ’a görüş bildirilmesine karar verilmiştir.

- (18) Nitekim işbu inceleme konusu başvurunun gerekçesini de, Kurulumuzun ilgili kararındaki değerlendirmeler teşkil etmektedir. Başvuru kapsamında TÜPRAŞ tarafından, Kurulumuzun mezkûr kararındaki değerlendirmeler nedeniyle, revize edilmiş olan 2014 yılı Satış Uygulamaları için menfi tespit belgesi verilmesinin talep edildiği belirtilmiştir.
- (19) Teşebbüs tarafından sunulan bilgi ve belgelere göre, bahse konu Satış Uygulamaları'nın, Kurulumuzun 14-03/60-24 sayılı kararında incelenen dönemde uygulanan sözleşmelerden temel farklılığı, alıcının rafineriler ve ürünler bazında TÜPRAŞ'tan yaptığı çekişlerin nihai taahhüdün/talebin -belirli oranlarda olmak üzere- altında kalması halinde, TÜPRAŞ'ın ilgili alıcıya yönelik ilerleyen aylardaki tahsis ve/veya teslim miktarlarını belirlemede serbest olacağına dair hükümlere yer verilmemiş olmasıdır. Bunun yerine, müşterilerin ürün çekişinin mücbir sebep halleri dışında, kendi kusurlarıyla aylık ürün tahsislerinin rafineri ve terminaller bazında %95 oranının altında kalması; eksik çekiş miktarının 50 tonun üzerinde olması ve bu eksik çekiş miktarının bir sonraki aya aktarılmaması halinde eksik çekilen ton başına ek ödeme yükümlülüğü öngörülmüş bulunmaktadır.
- (20) Bu tür bir hükme yer verilmesine gerekçe olarak TÜPRAŞ tarafından, daha önceki Satış Uygulamaları'nın 4. maddesinde yer alan, ikmal programını belirli bir oranın altında kalacak şekilde aksatan müşteriler bakımından ürün teslim miktarlarının TÜPRAŞ tarafından belirleneceğine dair hükmün, Rekabet Kurulunun 17.01.2014 tarihli ve 14-03/60-24 sayılı kararında değerlendirilerek meşru ticari menfaatin korunmasını aşan, orantısız bir yaptırım olarak nitelendirilmiş olması ifade edilmiştir. Öte yandan müşterilerin sözleşme ile belirlenen oranları aşan revizyonlarda bulunmaları, özellikle birden fazla müşterinin talebinde bu tür değişimlerin olması halinde rafinerilerin üretim ve stok dengelerinin olumsuz şekilde etkilendiği; bu bakımdan çekilmeyen ürünler nedeniyle katlanılan maliyet göz önüne alındığında, cezai şarta dair hükmün, zarar gören şirket menfaatini koruma amaçlı olduğu; kaldı ki müşterilerinin almak istedikleri miktar üzerinde herhangi bir zorlamada bulunulmadığı, miktarın tamamen müşterilerce belirlendiği, müşterilerden sadece kendi tercih ve talepleri ile belirlenen miktarı çekme konusunda taahhütlere uymalarının beklendiği hususları ifade edilmiştir. Bu çerçevede başvuru ve devamında sunulan bilgi ve belgelerde müşteriler tarafından taahhüt edilenden eksik miktarlarda yapılan çekişlerden kaynaklanan olumsuz etki ve maliyete ilişkin örnekler verilmiş; ortaya çıkan tabloya rağmen TÜPRAŞ'ın taahhütlerine uymayan müşterilere ikmali kesmediği, ikmal edilecek miktar ile ilgili tek taraflı belirleyici bir karar almadığı, sadece eksik çekilen ürün için caydırıcılık da sağlamak adına bir nevi tazminat uygulamak amacıyla söz konusu hükmü öngördüğü belirtilmiştir. Zira müşterilerin kendi bildirdikleri programlarına sadık kalmalarının, gerek endüstrinin çalışma şekli gerekse de TÜPRAŞ'ın ticari menfaatleri bakımından korunması zorunlu bir alan olduğu, bu amaçla yeniden düzenlenen dördüncü madde ile ek ödeme (tazminat/cezai şart) uygulamasına geçildiği bilgisi verilmiştir.
- (21) İnceleme kapsamında yukarıda daha önce ismi zikredilen dağıtım şirketleri ile yapılan görüşmede, TÜPRAŞ'ın sözleşmelerde yer verdiği türden bir cezai şart hükmünün, sektörde ve özellikle ithalat yaptıkları şirketlerle aralarındaki dönemsel sözleşmelerde yaygın olarak karşılaşılan bir husus olup olmadığı ve söz konusu uygulamanın haklı görülebilecek gerekçelerinin olup olmadığına dair görüşleri sorulmuştur. Dağıtım şirketlerince verilen yanıtlarda özetle, ithalat yoluyla gerçekleştirdikleri akaryakıt alımlarını

düzenleyen sözleşmelerde herhangi bir cezai şart unsurunun bulunmadığı¹, uluslararası piyasalarda opsiyonlu sözleşmeler yapıldığı, tarafların yükümlülüklerini yerine getirememesi halinde bu durumun müzakere edilerek anlaşma yoluyla çözümlendiği, TÜPRAŞ'ın ise bu konuda daha katı bir tutum sergilediği; bununla birlikte TÜPRAŞ'ın bahse konu uygulaması ile talepleri öngörmek istediği ve bu uygulamanın yıllık üretim planlaması için önemli ve anlaşılabilir olduğu, ancak TÜPRAŞ'ın belirlediği cezai şartlar maliyetler ile birleştiğinde ürünlerde bırakılan kâr marjının sınırlarının daraldığı, bu nedenle ceza oranlarının ithalatı caydırmayacak düzeyde olması gerektiği yönünde görüşler öne çıkmıştır.

- (22) TÜPRAŞ tarafından başvuru kapsamında sunulan Satış Uygulamaları incelendiğinde, olağan koşullarda satışa esas teşkil eden sözleşmelerin asli unsurlarından olması beklenen, fiyata yahut fiyatın oluşumuna ilişkin olarak herhangi bir hükme yer verilmediği görülmüştür. Dolayısıyla söz konusu sözleşmede alıcıya belirli bir fiyat yahut fiyat belirleme yöntemi hususunda taahhüt olmaksızın, alıcının izleyen yıl için her bir rafineri ve ürün özelinde, aylık çekiş miktarlarını taahhüt etmesinin beklenildiği; söz konusu taahhütlerin yine sözleşme ile belirlenen revizyonlar sonrasında yerine getirilememesi, bir başka deyişle taahhüt edilen miktarda ürün çekilememesi halinde ise cezai şart uygulanmasının öngörüldüğü anlaşılmıştır.
- (23) Bilindiği üzere Türkiye'deki kurulu rafinaj kapasitesinin tamamı TÜPRAŞ tarafından kontrol edilmektedir. Bu tür bir piyasa yapısında, kısmen de olsa TÜPRAŞ fiyatları üzerinde rekabetçi baskı yaratabilecek yegâne unsur ithalattır. Zira dağıtım şirketleri, TÜPRAŞ'tan satın almadıkları ürünleri, ithalat ve/veya dağıtıcılar arası ticaret² yoluyla karşılayabilmektedir. Ancak alıcının, TÜPRAŞ'ın fiyatlamaya ilişkin davranışları karşısında alternatif arz kaynaklarına yönelmeye dönük hareket serbestisinin önemli ölçüde kısıtlandığı bir durumda, ithalattan kaynaklanan kısmi rekabetçi baskı unsuru da büyük ölçüde etkisini yitirebilecektir. Şöyle ki; TÜPRAŞ, hâlihazırda düzenleyici otorite olan EPDK'ya bildirilen tarife metodolojisi ile çizilen sınırlar içerisinde, referans niteliğindeki Platts İtalya (CIF Med) ürün fiyatları ile Merkez Bankası dolar kurlarının çarpımından oluşan Türk Lirası (TL) bazındaki ürün fiyatlarına bir çarpan uygulamak suretiyle rafineri çıkış fiyatlarını belirlemektedir. Söz gelimi TÜPRAŞ tarafından TL bazındaki referans fiyatlara uygulanan çarpanda artışa gidilmesi halinde, mevcut cezai şart tehdidi nedeniyle dağıtım şirketlerinin taleplerini ithalata kaydırma imkânları da oldukça sınırlanabilecektir. Benzer bir husus, kuşkusuz, dolaylı olarak fiyata ve/veya alıcıların katlanacağı maliyete etki eden vade, iskonto ve benzeri şartlardaki alıcı aleyhine değişiklikler için de geçerlidir. Bu durumun yaratacağı temel rekabetçi sorunun, ithalatın TÜPRAŞ fiyatları üzerindeki kısmi rekabetçi baskısının da etkisinin azalması olacağı değerlendirilmektedir.
- (24) Oluşan bu ön kanaat, raportörlerce 18.09.2014 tarihli toplantıda TÜPRAŞ yetkililerine bildirilmiş; bu hususun değerlendirilerek, söz konusu rekabetçi endişenin giderilebilmesine dönük olarak ilave bir çalışma yapılacağı bilgisi alınmıştır. Nitekim müteakiben TÜPRAŞ tarafından gönderilen ve Kurum kayıtlarına 16.10.2014 tarihinde giren yazıda, 2015 yılından itibaren uygulanacak olan Satış Uygulamaları'nın 2.6. maddesi olarak işbu kararın "TÜPRAŞ Tarafından Gönderilen Ek Bilgiler" başlıklı altındaki 6. paragrafında yer alan hükmün getirilmesine karar verildiği belirtilmiştir:

¹ Bu husus TÜPRAŞ temsilcileriyle yapılan 18.09.2010 tarihli toplantıda TÜPRAŞ tarafından da teyit edilmiş; bununla birlikte uluslararası petrol piyasalarında ilişkilerin oldukça uzun dönemli olması ve karşılıklı güven esasına dayanması nedeniyle daha önce üstlendiği bir taahhüdü yerine getirmeyen teşebbüs, itibarının ciddi şekilde zedelenmesi ve piyasa dışına çıkma riskiyle karşı karşıya kalacağından, sözleşmelere riayet edilmemesi gibi bir durumun son derece istisnai olduğu belirtilmiştir.

² Dağıtıcılar arası ticarete konu edilen ürünler de yine TÜPRAŞ'tan yahut ithalat yoluyla temin edilmektedir.

- (25) Anılan hükmün incelenmesinden, TÜPRAŞ tarafından alıcının talebini bildirdiği tarihte uygulanan fiyat formülasyonunda (çarpan), vadelerde veya cezai şarta ilişkin hususlarda alıcı aleyhine bir değişiklik yapılması halinde, değişikliği izleyen aylardaki ürün talepleri için alıcıya revizyon imkânı getirildiği görülmektedir. Bu hüküm, Satış Uygulamaları'nda gelecek üç aylık ve aylık dönemlere ilişkin olarak alıcıya tanınan +/- %10 oranındaki revizyon hakkıyla birlikte değerlendirildiğinde, mevcut durumda Satış Uygulamaları'nın rafineri üretim dengelerini koruma amacıyla orantılı ve fakat alıcının değişen ticari koşullara göre alternatif temin kaynaklarına yönelme güdüsünü ölçsüz derecede zedelemeyecek nitelikte olduğu; böylelikle TÜPRAŞ fiyatları üzerinde ithalattan kaynaklanan kısmi rekabetçi baskıyı ortadan kaldırmayacak bir sözleşme yapısı ortaya koyduğu değerlendirilmektedir.
- (26) Bahse konu Satış Uygulamaları'nda, daha önce Kurulumuzun 17.01.2014 tarih ve 14-03/60-24 sayılı kararında ihlal teşkil ettiği sonucuna ulaştığı türden uygulamalara sebebiyet verebilecek diğer hususlara da yer verilmediği dikkate alındığında, mevcut haliyle menfi tespit talebine konu TÜPRAŞ Akaryakıt Satış Uygulamaları'nın, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesine aykırı bir yönünün bulunmadığı kanaatine varılmıştır.

H. SONUÇ

- (27) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre;
1. Türkiye Petrol Rafinerileri A.Ş. ile akaryakıt dağıtım kuruluşları arasında tip sözleşme olarak uygulanması öngörülen "Akaryakıt Satış Uygulamaları"nın 4054 sayılı Kanun'un 4., 6. ve 7. maddelerine aykırı olmadığına,
 2. Bu nedenle söz konusu sözleşmeye aynı Kanun'un 8. maddesi kapsamında menfi tespit belgesi verilmesine
- OYÇOKLUĞU ile karar verilmiştir.

KARŞI OY GEREKÇESİ

(22.10.2014 tarihli ve 14-42/760-336 sayılı Kurul Kararı)

Kurulun 22/10/2014 Tarih ve 14-42 Sayılı Toplantısında görüşülen Türkiye Petrol Rafinerileri A.Ş. ile akaryakıt dağıtım kuruluşları arasında 2014 yılında tip sözleşme olarak uygulamaya başlanan satış uygulamalarına menfi tespit belgesi verilmesi veya bireysel muafiyet tanınması talebine yönelik olarak düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre anılan talebin uygun bulunduğu dair karara aşağıdaki nedenlerle karşıyım.

Bahse konu başvuruda, TÜPRAŞ ve akaryakıt dağıtım kuruluşları arasında tip sözleşme olarak uygulanmakta olan 2014 yılı Satış Uygulamaları'na menfi tespit belgesi verilmesi veya bunun mümkün olmaması durumunda Kanun'un 4. maddesinden muaf tutulmasına izin verilmesi talep edilmektedir.

Başvuruya konu bildirimle ilgili olarak raportörlerce Türkiye 'de faaliyet gösteren akaryakıt dağıtım firmalarından 4'ü ile görüşülmüş ve söz konusu dağıtım firmaları tarafından

- TÜPRAŞ'ın akaryakıt dağıtım firmaları ile arasındaki satış uygulamalarına dayanak teşkil eden sözleşmeler doğrultusunda birtakım cezai şartlar öngören uygulamaları ile talepleri öngörmek istediği ve bu uygulamanın yıllık üretim planlaması için önemli ve anlaşılabilir olduğu, ancak TÜPRAŞ'ın belirlediği cezai şartlar maliyetler ile birleştiğinde ürünlerde bırakılan kâr marjının sınırlarının daraldığı,

- Aynı zamanda söz konusu uygulamanın sadece alıcı üzerinde yükümlülükleri düzenlediği ve tek taraflı olarak cezai şartlar içerdiği; TÜPRAŞ'ın hâkim durumda olmanın verdiği avantajla sözleşme şartlarını katı olarak belirlediği ve geniş bir yetki alanı olduğu, satıcının yükümlülüklerini yerine getirmemesine ilişkin herhangi bir yaptırım ya da düzenleyici hükmün bulunmadığı ve cezai şartların tek taraflı olmasının adil olmadığı,
- Dolayısıyla, TÜPRAŞ ile dağıtıcılar arasında yapılan sözleşmelerde tarafların hak ve yükümlülüklerinin netleştirilmesinin ve denkleştirilmesinin gerektiği, yapılan sözleşmelerde satıcının olduğu gibi alıcının da haklarının açıkça yer almasının ve bunların eşitlenmesinin zaruri bir durum olduğu,
- Bununla birlikte, Satış Uygulamaları'nda alıcının taahhüt ettiği aylık talep miktarının tamamını çekemediği takdirde bakiye miktarı en fazla bir ay devredebildiği, aksi takdirde cezai şart unsurunun devreye girdiği ve bu durumun dağıtıcıları zorlaması nedeniyle talep çekiş yükümlülüğünün altı aylık veya bir yıllık dönemler halinde genişletilebileceği,
- Ek olarak Satış Uygulamaları'nda alıcılara getirilen, taleplerini aylık ve üç aylık dönemler için +/- %10 oranında revize etme imkânının genellikle yeterli olabildiği, ancak bu oranın artırılmasının dağıtıcıların üzerindeki baskıyı azaltacağı,
- Satış Uygulamaları'na göre alıcının taahhüdünü yerine getirememesi durumunda cezai şarta maruz kalmasının bir istisnasının mücbir sebep hali olduğu ve alıcının mücbir sebep halinden kaynaklanan bir nedenle taahhüt ettiği miktarı çekememesi halinde herhangi bir yükümlülüğünün doğmadığı fakat TÜPRAŞ ile yapılan sözleşmelerde mücbir sebep kavramının son derece sınırlı olarak yorumlandığı, bu kavramın esnetilmesi ve kapsamının ayrıntılı olarak belirlenmesi gerektiği (örneğin EPDK'nın tavan fiyat uygulamasının da bu kapsama alınabileceği),
- TÜPRAŞ'ın Satış Uygulamaları'nda cezai şart hükmünün karşısında dengeleyici nitelikte bir ödüllendirme sisteminin (fiyatlandırma üzerinden olabilir) bulunması ve her iki sistemin de aynı koşullarda uygulanması gerektiği,
- Gerek cezalandırma gerekse ödüllendirme sisteminin daha kademeli hale getirilmesinin ve talebe yönelik üst bant miktarının (mevcut durumda 1.000.000 ton) artırılmasının sistemin etkinliğini arttıracacağı,
- Ceza oranlarının ithalatı engellemeyecek düzeyde olması gerektiği,
- Ayrıca beyaz üründen farklı piyasa koşulları taşıması sebebiyle siyah ürüne ilişkin cezai şartın kaldırılması gerektiği, siyah ürünlerin ağırlıklı olarak kamu ihaleleri ile satışının gerçekleşmesinin ve dolayısıyla fiyata çok duyarlı bir sistemin oluşmasının dağıtım şirketleri üzerindeki yükü arttırdığı, aslında ihalelerde siyah ürün satıcısının değişmesinin TÜPRAŞ'ın durumunu ve satış miktarını değiştirmede; öte yandan TÜPRAŞ'tan alış fiyatlarının serbest piyasada belirlendiği için fiyatlarda muğlaklık ve esneklik söz konusu iken kamu kurumlarına yapılacak ürün satış miktarının ve

fiyatının önceden belirlenmesi nedeniyle fiyatların öngörülemeyen bir şekilde yükselmesi durumunda dağıtım şirketlerinin zarara uğradığı,

- Son olarak, dağıtıcıların ithalat yoluyla gerçekleştirdikleri akaryakıt alımlarını düzenleyen sözleşmelerde herhangi bir cezai şart unsurunun bulunmadığı, uluslararası piyasalarda opsiyonlu sözleşmeler yapıldığı, tarafların yükümlülüklerini yerine getirememesi halinde bu durumun müzakere edilerek anlaşma yoluyla çözümlendiği, TÜPRAŞ'ın ise bu konuda daha katı bir tutum sergilediği

ne yönelik görüşler dile getirilmiştir.

Bilindiği üzere, 5015 sayılı Kanun'un "Fiyat oluşumu" başlıklı 10. maddesinde, piyasada rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ve eylemler konusunda EPDK'nın alabileceği tedbirlere ilişkin olarak aynen;

"...petrol piyasasında faaliyetleri veya rekabeti engelleme, bozma veya kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran veya doğurabilecek nitelikte anlaşma veya eylemlerin piyasa düzenini bozucu etkiler oluşturması halinde, gerekli işlemlerin başlatılmasıyla birlikte, her seferinde iki ayı aşmamak üzere, faaliyetlerin her aşamasında, bölgesel veya ulusal düzeyde uygulanmak için taban ve/veya tavan fiyat tespitine ve gerekli tedbirlerin alınmasına Kurum yetkilidir." hükmü yer almaktadır.

Kurumlar arasındaki yetki ve görev noktasındaki farklılığın anlaşılabilmesi bakımından sektörel düzenlemeler ile rekabet hukuku arasındaki en temel fark olan ex-ante (öncül) ve ex-post yaklaşımlardan yola çıkılması gerekmektedir. Sektörel düzenlemeler geleceğe dönük olarak, rekabetin tesisi amacıyla teşebbüslerin nasıl davranması gerektiğini belirleyen ve buna yönelik olarak bazı teşebbüs davranışlarının öncül olarak engelleyen kurallar bütünüyken; rekabet hukuku daha çok ardıl ve zarar odaklı bir yaklaşımla teşebbüsün geçmiş davranışlarını inceleyen bir alandır. Rekabet hukuku kapsamında yapılan herhangi bir hakim durum incelemesinde niyet, etki ve ekonomik haklı gerekçe gibi unsurlar dikkate alınarak ardıl değerlendirmeler yapılmaktadır.

Danıştay'ın istikrar kazanmış kararları gereğince rekabeti kısıtlayıcı nitelikte olabilecek teşebbüs davranışlarına hem Rekabet Kurumu'nun ve hem de EPDK'nın eşzamanlı müdahalede bulunmasının her zaman ihtimal dahilinde olduğu unutulmamakla birlikte, sektörel ex-ante düzenlemeler ve etkili bir denetim mekanizması yoluyla hızlı ve etkin bir şekilde müdahale edilerek, piyasadaki rekabetin kısıtlanması önlenilmekte, aynı konuya ilişkin olarak rekabet hukuku kapsamında ex-post ve zarar odaklı bir müdahale yapılması gerekliliğini de büyük ölçüde ortadan kaldırmaktadır. Bu nedenle EPDK ve Rekabet Kurumu tarafından yapılacak incelemelerde kurumlar arası işbirliğinin önemini daha da artırmaktadır.

Nitekim, OECD raporlarında da, Rekabet Kurumu'nun, EPDK'nın düzenleyici işlemlerine iştiraki için yasal bir zemin tesis edilmesi konusunda tavsiyede bulunmuş ve iki kurum arasında işbirliğini öngören iletişim ve koordinasyon usulünün tespit edileceği resmi bir protokol yapılmasının gereği işaret edilmiştir.

Sonuç olarak Tüpraş ve akaryakıt dağıtım kuruluşları arasındaki 2014 yılı satış uygulamalarına yönelik olarak hazırlanan ve ex-ante niteliğini haiz düzenleme (sözleşme) için yapılan menfi tespit ve muafiyet başvurusu konusunda sektörün dağıtım ve bayi kanalında faaliyet gösteren teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin önemli bir bölümünün değil sadece sınırlı düzeyde 4 dağıtım şirketinin görüşlerinin alınması

14-42/760-336

görüş alınan teşebbüslerce dile getirilen hususların uygunluğu ve yerindeliği ile menfi tespit ya da muafiyet istenilen sözleşmede yer alan hükümler ve özellikle eksik çekilen akaryakıt miktarına yönelik cezai oranlar ile ilgili olarak ilgili piyasada rekabeti sağlamakla yükümlü ve enerji sektörünün düzenlenmesi ve denetlenmesi konusunda yetkili ve görevli EPDK'nın görüşlerine başvurulmaması anılan karara karşı olmamızı gerektirmiştir.

Fevzi ÖZKAN
Kurul Üyesi