

Rekabet Kurulunun Tüpraş Kararı Üzerine Bir Değerlendirme

Araş. Gör. Dr. Özge KARAEĞE

Celal Bayar Üniversitesi Uygulamalı Bilimler Yüksekokulu

ÖZET

Esaslı unsur doktrininin kökenini Amerikan rekabet hukuku oluşturmaktadır. Bu hukuki kuramın uygulanması sonucu hâkim teşebbüse/tekel teşebbüse anlaşma yapma yükümlülüğü getirilmektedir.

Topluluk ve Amerikan hukuku ile Türk hukukunda esaslı unsur doktrininin uygulanması anlaşma yapmayı reddetmeye ilişkin tek taraflı davranışlar kapsamında mümkündür. Bu tür davranışlar dışlayıcı nitelik taşımaktadır. Bu yüzden bu davranışlar Topluluk ve Türk hukuku bakımından hâkim durumun kötüye kullanılmasını; Amerikan hukuku açısından tekelleşme/tekelleşmeye teşebbüs suçunu oluşturmaktadır.

Esaslı unsur doktrininin uygulanması sonucu getirilen anlaşma yapma yükümlülüğü, sözleşme özgürlüğüne istisna getirmektedir. Dolayısıyla bu doktrinin uygulanması için gerekli olan koşulları tespit etmek önem arz etmektedir. Bu konuda görev, mahkemelere ve teorisyenlere düşmektedir.

Rekabet Kurulu'nun Tüpraş kararında esaslı unsur doktrininin uygulanması neticesinde ortada anlaşma yapma yükümlülüğünün mevcut olup olmadığı inceleme konusu yapılmıştır. Doktrininin uygulanması için gereken koşulların neler olduğu tespit edilmiş ve bu doğrultuda somut olayda ilgili koşulların bulunması halinde ancak bu hukuki kuramın uygulanmasının yerinde olacağı kanaatine varılmıştır.

Anahtar sözcükler: *Kötüye kullanma, Hâkim durumun kötüye kullanılması, esaslı unsur doktrini.*

An Assessment About The Decision of Tupras of The Competition Board

ABSTRACT

The essential facility doctrine has US origins. When this legal theory is applied then making a compulsory dealing by the dominant firm/monopoly takes place.

The application of the doctrine is possible when there occurs unilateral refusals to deal in EC, US and Turkish competition law. These kinds of refusals are exclusionary. Therefore these conducts constitute "abuse of dominant position" and in US law "monopolization/attempt to monopolize".

Compulsory dealing is an exception to freedom of contract. For this reason to determine the conditions for the doctrine to be applied is highly important. Scholars and courts should find out these conditions.

In the case of Tupras we tried to find out the conditions of essential facility doctrine in order to make a compulsory licensing. If the conditions we mentioned in the paper are assessed then it will be possible to apply the doctrine.

Keywords: *Abuse, Abuse of dominant position, essential facility doctrine.*

I. İnceleme Konusu Karar

RK Kararı, K. Sa.: 08 – 040/537 – 202; K. T.: 20.06.2008

“

Kurum kayıtlarına intikal eden başvuruda özetle;

- *Türkiye Petrol Rafinerileri A.Ş. (Tüpraş)' nin Koç Grubu ve Shell ortak girişim grubuna satılarak özelleştirildiği, özelleştirmeden önce Rekabet Kurulu'ndan alınan görüşte bazı koşulların gerçekleşmesi şartıyla işleme izin verildiği, çünkü söz konusu özelleştirmenin özellikle LPG pazarında Ege Bölgesine yönelik olarak Aliğa'da diğer şirketlerin ithalat imkanı olmaması sebebiyle tekel meydana getirebileceği,*

- *Bu nedenle Tüpraş'ın 3 yıl boyunca diğer LPG dağıtım şirketlerine iskelesinden ithalat yapabilme kolaylığı göstermesi şartı getirildiği, bu süre içinde LPG dağıtım şirketlerinin kara ve deniz boru hattı inşaatlarını bitireceklerinin öngörüldüğü,*

- *Ancak, kendilerine ait boru hattına ilişkin gerekli ruhsat ve izinleri aldıkları halde, Tüpraş tarafından Aliğa Asliye Hukuk Mahkemesi'nde dava açılarak boru hattı inşaatının durdurulması yönünde ihtiyati tedbir kararı alındığı ve ayrıca boru hattının kaldırılması yönünde dava açıldığı, Tüpraş'ın yaptığı bu engellemeler sonucu söz konusu inşaatın bu sürede bitirilmesinin imkansız hale geldiği,*

- *Bu nedenle söz konusu 3 yıllık sürenin boru hattı inşaatlarının bitimine kadar uzatılması konusunda yeni bir ek karar tesis edilmesi gerektiği, boru hattı inşaatlarını engelleyerek faaliyetlerini zorlaştırması nedeniyle Tüpraş hakkında soruşturma açılması gerektiği iddia edilmektedir.*

.....

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

I.1. İlgili pazar

Şikayete konu olan husus göz önünde bulundurulduğunda, dosya özelinde İlgili ürün pazarları LPG üretimi ve ithalatını da kapsayan “rafınaj” pazarları şeklinde tespit edilmiştir.

İlgili coğrafi pazar ise, şikayete konu olan LPG ürününün ülke genelinde dağıtımının yapıldığı dikkate alındığında “Türkiye Cumhuriyeti sınırları” olarak belirlenmiştir.

I.2. İlgili Ürün Pazarı Hakkında Genel Bilgiler

LPG, petrol ve doğal gazdan elde edilerek basınç altında sıvılaştırılan propan ve bütan ve bunların türevlerinden oluşan hidrokarbonlar veya bunların karışımıdır. Sıvı halinde taşınan, depolanan ve ölçülen LPG, basınç kaldırıldığında çevreden ısı alarak yeniden buharlaşır ve gaz olarak kullanılır.

Ham petrolün rafinelerde artılması veya ham petrol ve doğalgaz sahalarından olmak üzere iki kaynaktan elde edilen LPG, üç şekilde nihai tüketime sunulmaktadır;

- *Tüplü LPG: Dohum tesislerinde tüplere doldurularak mutfak, sanayi ve ticarî tüpler (2 kg., 12 kg, 24 kg, 45 kg) vasıtasıyla piyasaya arz edilen LPG'dir.*

- *Dökme LPG: Endüstri veya toplu konut gibi büyük miktarda LPG tüketen müşterilere toptan satılan LPG'dir. Bu müşterilerin büyük montanlı depolarına dağıtım şirketlerinin nakliye araçlarıyla ikmal yapılmaktadır.*

- *Otogaz: Motorlu araçlarda benzine alternatif yakıt olarak kullanılan, akaryakıt veya otogaz istasyonlarında satışa sunulan LPG'dir.*

Bütan ve propan gazlarının her biri ve bu gazların karışımı LPG olarak nitelenmektedir. Bu gazların yanında LPG'nin içerisinde bütan ve propanın türevlerini de içeren diğer gazlar bulunabilmektedir (metan, etan, etilen, propilen vs).

Rafinerilerde üretilen LPG %30 propan, %70 bütan karışımından oluşur ve "mix LPG" olarak isimlendirilir. Doğalgaz ve ham petrol sahalarından elde edilen bütan ve propan gazları kullanım amaçlarına göre çeşitli oranlarda karıştırılarak tüketime sunulmaktadır. Örneğin ülkemizdeki LPG dağıtım şirketlerinin ithalatı büyük oranda doğalgaz sahalarında üretilen %50-%50 oranında bütan-propan karışımı LPG'den oluşmaktadır. Aslında ithal LPG tankerlerinde propan ve bütan gazları ayrı depolarda bulunur, bunlar müşterilerin isteğine göre sadece bütan veya propan şeklinde satıldığı gibi, gemi üzerinde belirli oranlarda karıştırılarak da müşterinin deposuna nakledilebilir. Endüstriyel müşterilerin kullanımına yönelik olan bütan ve propan gazları yürütülmekte olan incelemenin kapsamında olmayıp; bu dosyada "LPG", bütan ve propan ile bunların türevlerinin karışımından oluşan sıvılaştırılmış petrol gazları olarak ele alınmıştır.

1.3. LPG Pazarındaki Tedarik – Dağıtım – Pazar Payları

Tüpraş'ın üretiminin yurtiçi talebi karşılayamaması nedeniyle LPG tüketiminin büyük bölümü ithalat yoluyla karşılanmaktadır. İthalat ise deniz yoluyla gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle LPG ithalatına yönelik tesisler, denizden ikmal yapmanın olanaklı olduğu noktalarda kurulmuştur. Yurtiçinde 50 LPG dağıtım şirketi olmasına rağmen, bunların birçoğu Tüpraş'tan veya diğer ithalatçı şirketlerden aldıkları LPG'nin dağıtım işini yürütmektedir. İç piyasada, LPG ithalatı yapma imkanı bulunan şirketler Tüpraş, Milangaz, İpragaz, Total, Habaş, Argaz, Ergaz, Güneygaz ve BP Gaz'dır. Bunlar dışındaki şirketler gerek sermaye gerekse ithalat alt yapısı konusunda yetersiz oldukları için ithalat yapamamaktadırlar. Türkiye'nin LPG ikmal noktaları, Tüpraş rafinerilerinin konumu ve ithalat olanaklarına göre 5 noktada toplanmıştır. Bu noktalar; Trakya (Haramidere-Tekirdağ), Yarımca, Dört Yol, Aliağa ve Samsun'dur. İthalatçı teşebbüslerin tedarik noktalarına göre dağılımı şu şekildedir.

- *Trakya: Boğaz köprülerinden LPG geçişinin yasak olması nedeniyle Trakya bölgesinin ihtiyacı olan LPG'nin, Tüpraş'tan veya dış piyasalardan*

deniz yoluyla getirilmesi gerekmektedir. Bölgedeki LPG ithalatçıları Aygaz, Total ve İpragaz'dır.

- Yarımcı: Tüpraş'ın İzmit rafinerisinin çevresinde toplanan LPG şirketlerinden bazıları hem Tüpraş üretiminden hem de ithalat yoluyla ikmal yapmaktadırlar. Bu bölgede, Tüpraş hem LPG üreticisi hem de ithalatçısı konumundadır ve Tüpraş dışında, ithalat yapmaya yönelik alt yapıya sahip olan LPG şirketleri Demirören Grubu, Aygaz ve Habaş'tır. İpragaz ise Aygaz alt yapısını kullanarak ithalat yapmaktadır.

- Aliğa: Ege Bölgesi ve hinterlandının LPG ihtiyacı Aliğa'da toplanan LPG şirketleri tarafından karşılanmaktadır. Bu bölgede LPG şirketlerinin ithalat altyapısı bulunmamaktadır. Aliğa'daki ithalat alt yapısı Tüpraş'ın kontrolindedir. Tüpraş LPG şirketlerinin ihtiyacını üretim ve ithalat yoluyla karşılamaktadır. İzmir ilinin Aliğa ilçesindeki Karaağaç Koyu'nda LPG dağıtım faaliyetinde bulunan Aygaz, İpragaz ve Pegagaz ortak bir ithalat alt yapısı kurmaya yönelik olarak işbirliği yapmış ve bu bununla ilgili olarak şirketlerin Kurumumuza yaptığı menfi tespit/muafiyet başvurusuna 28.4.2006 tarih ve 06-31/380-97 sayılı Kurul kararıyla muafiyet verilmiştir.

- Dört Yol: Akdeniz ve Güneydoğu Anadolu Bölgesi'nin LPG ihtiyacı Dört Yol'da bulunan ikmal tesislerinden ithalat yoluyla karşılanmaktadır. Bu bölgede ithalata yönelik tesisleri olan şirketler İpragaz, Aygaz, Demirören Grubu ve BP Gaz'dır.

- Samsun: Bu bölgede ithalat alt yapısına sahip olan tek şirket Aygaz'dır.

Bu noktalar dışında, Tüpraş Kırıkkale Rafinerisi'nin üretimini pazarlamaya yönelik olarak bu rafineri çevresinde kurulmuş olan LPG dağıtım tesisleri bulunmaktadır. Tüpraş Batman Rafinerisi'nde LPG üretimi bulunmadığı için bu bölgede tedarik noktası bulunmamaktadır. LPG'ye ilişkin üretim, tüketim, ihracat ve ithalat bilgileri aşağıda yer almaktadır:

..... 1.5. Aliğa Rafinerisi ve 1992 Yılında Yapılan Protokol

1992 yılına kadar LPG ithalatı sadece Tüpraş Yarımcı Rafinerisi'nden yapılmakta, bölgelerdeki LPG arz açığı buradan kapatılmaktaydı. LPG ihtiyacının artması nedeniyle Aliğa Rafinerisi'nde de bir ithalat altyapısı oluşturulması düşünülmüş ve buna yönelik olarak Tüpraş ile LPG dağıtım şirketleri arasında bir protokol yapılmıştır. 22.6.1992 tarihinde imzalanan bu Protokolün 2. maddesinde; LPG dağıtım şirketlerinin sadece Tüpraş Yarımcı tesislerinden tedarik yapabildiği, bunun problemlere yol açtığı, bu nedenle LPG ithalatı için ikinci bir kapı olarak Aliğa Rafinerisinde yatırım yapmaya karar verildiği, bu bölgede her şirketin iskele yapma imkanı olmadığından LPG dağıtım şirketlerinin bu yatırıma ortak bir şekilde katılmayı kabul ettiği belirtilmektedir.

Protokolün 2. maddesi uyarınca; Aliğa Rafinerisi'ne bir tahliye hattı, iki adet 5.000 metreküplük LPG depolama küre tankları ile bunların mütemmim

cüzlerinin yapılması kararlaştırılmıştır. 5. maddesinde, söz konusu tesisin Tüpraş arazisi üzerinde yapılması nedeniyle, projenin inşaatı ve tesisin mülkiyeti ve işletilmesinin Tüpraş'a ait olacağı belirtilmiştir. 10. maddesinde ise, katılımcı şirketlerin Aliğa rafinerisinden süresiz olarak gerek üretimden gerekse ithalattan LPG alım hakkı kazandığı, Tüpraş'ın bu şirketlerden LPG bedeli dışında (kara dolmuş ücreti hariç) hiçbir bedel almayacağı belirtilmiştir.

Bu protokol ile Tüpraş katılımcı dağıtım şirketlere süresiz olarak ihtiyaç duyulan miktarda LPG sağlama yükümlülüğü altına girmiştir. Bu çerçevede, Tüpraş Ege Bölgesine yönelik olarak dağıtım şirketlerinin taleplerini almakta, toplam talebin Aliğa Rafinerisi'nin üretimini geçen kısmını ithalat yoluyla karşılamaktadır. Aliğa'dan tedarik edilen ürünün satıldığı iller; Afyon, Aydın, Balıkesir, Çanakkale, Denizli, İzmir, Kütahya, Uşak, Manisa, Muğla ve Antalya'dır.

1.6. Tüpraş Özelleştirmesi ve Rekabet Kurulu'nun Getirdiği Koşul

Tüpraş özelleştirmesine ilişkin 21.10.2005 tarih, 05-71/981-270 sayılı Rekabet Kurulu Kararı'nda, Tüpraş'ın Koç-Shell Ortak Girişim Grubu tarafından devralınmasına, devir işlemi sonucunda LPG piyasasında çıkabilecek olan rekabet problemlerinin, Tüpraş ile LPG şirketleri arasındaki protokolün uygulanmasına ilaveten, 3 yıl boyunca LPG şirketlerinin doğrudan ithalat yapabilmesine imkan tanıyacak şekilde Tüpraş Aliğa Tesisleri'nin bu şirketlerin kullanımına açılması koşuluyla izin verilmiştir.

Rekabet Kurulu'nun bu kararıyla, protokolün uygulanmasının yanında, talep gelmesi halinde belirli bir süre için Aliğa Rafinerisi'ndeki ithalat altyapısının dağıtım şirketlerinin kullanımına doğrudan açılması koşulu getirilmiştir.

Bu Karar'da sürenin 3 yıl olarak belirlenmesinin nedeni Ege Bölgesi'nde Demirören Grubu'nun münferiden, Aygaz, İpragaz ve Pegagaz A.Ş. tarafından da ortak olmak üzere ithalata yönelik iki ayrı alt yapı kurma çalışmalarının devam etmesi ve bunun 3 yıla kadar bitirilmesinin öngörülmüş olmasıdır.

1.7. Değerlendirme

Yukarıda yer verilen Tüpraş'ın özelleştirilmesine ilişkin 21.10.2005 tarih, 05-71/981-270 sayılı Rekabet Kurulu Kararı'nda "TÜPRAŞ'ın İzmir Rafinerisi'nden yapmış olduğu satışlar da (ithalat+rafineri üretiminden), ülke genelinde olduğu gibi son yıllarda düşüş göstermekle birlikte, İzmir'den yapılan satışlardaki azalma oranının, Türkiye geneliyle kıyaslandığında daha düşük olduğu tespit edilmiştir ki bu durum dağıtım şirketlerinin bu bölgeden yapılan satışlara daha çok bağımlı olmalarının sonucudur. TÜPRAŞ'ın, dağıtımda pazar lideri ve en büyük ithalatçı konumundaki AYGAZ'ın da içinde yer aldığı Koç Grubu tarafından devralınması halinde, sektörde ithalat olanaklarının önemini artacağı açıktır. Bu nedenle, söz konusu tesislerin, devir sonrasında dağıtım şirketlerinin doğrudan ithalat yapabilmelerine de imkan tanıyacak esaslar çerçevesinde işletilmesi gerekmektedir. Bölgede diğer dağıtım şirketleri

tarafından da LPG ithaline ilişkin lojistik yatırımlar mevcut olup; Protokol kapsamında sürdürülen uygulamaya ilave olarak, söz konusu tesislerin, üç yıl boyunca, diğer teşebbüslerin doğrudan ithalat yapabilmelerine de imkan tanıyacak şekilde kullanımına açılmasının, LPG bakımından rekabetin önemli ölçüde azaltılması riskini ortadan kaldıracığı kanaatine ulaşılmıştır.“ denilmektedir.

Anılan karar ile getirilen koşulun amacı, söz konusu süre içinde ithalata yönelik altyapı kurma çalışmaları tamamlanana kadar Tüpraş'ın hakim durumundan kaynaklanan sakıncaların engellenmesidir. Bu altyapı çalışmalarının tamamlanmasıyla Tüpraş'ın bölgedeki tek ithalatçı konumu ortadan kalkacak ve alternatif temin imkanı doğmuş olacaktır. Ancak şikayet dilekçesinin eklerinde yer verildiği üzere, Milangaz'ın halihazırda devam eden altyapı kurma çalışmalarına yönelik Tüpraş tarafından Aliğa Asliye Hukuk Mahkemesi'nde 2007/128 E. Sayılı dava açılmış ve boru hattının durdurulması yönünde ihtiyati tedbir kararı alınmış bulunmaktadır. Ayrıca aynı mahkemede 2007/401 E. sayı ile boru hattının kaldırılmasını talep eden bir diğer davanın açılmış olduğu anlaşılmaktadır.

Şikayetçi tarafından, Tüpraş'ın mahkemeler nezdinde yapmış olduğu söz konusungirişimlerin, hakim durumun kötüye kullanılması kapsamında ele alınması gerektiğinin“ima edilerek”, soruşturma açılması talep edilmektedir. Ancak, boru hatlarının döşenmekte olduğu arazilerin mülkiyeti ve kullanım esaslarına ilişkin olan söz konusu davalar, yasalar çerçevesinde sürmekte olup, bu durumun 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi ile bağlantılı olarak değerlendirilmesinin yerinde olmadığı kanaatine varılmıştır.

Bununla birlikte, Milangaz'ın LPG ithalatına yönelik altyapı kurma çalışmalarının, çeşitli sebeplerle engellenmesi, şirketin kendisine ait ithalat altyapısının tamamlanmasını geciktirecek, dolayısıyla Kurul'un getirmiş olduğu koşula duyulan gereksinimin uzamasına neden olacaktır. Mevcut koşullar altında, söz konusu yatırımın ne zaman tamamlanacağı hususunun belirsiz hale geldiği ve Milangaz açısından altyapının kısa dönemde tamamlanmasının hukuki nedenlerle mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Tüpraş'ın özelleştirilmesine ilişkin Rekabet Kurulu kararında getirilen koşuldaki amaç dikkate alınarak, İlgili karardaki 3 yıllık sürenin Milangaz'ın söz konusu boru hattı inşaatlarının bitimine kadar uzatılması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

J. SONUÇ

Düzenlenen rapora ve dosya kapsamına göre; Tüpraş Türkiye Petrol Rafinerileri A.Ş.'nin özelleştirilmesine ilişkin 21.10.2005 tarih, 05-71/981-270 sayılı Kurul kararında getirilen “3 yıl boyunca LPG şirketlerinin doğrudan ithalat yapabilmesine imkan tanıyacak şekilde Tüpraş Aliğa Tesisleri'nin bu şirketlerin kullanımına açılması koşulu”na ilişkin olan 3 yıllık sürenin, “inşaat çalışmaları tamamlanarak, tesis kullanılabilir hale gelinceye kadar” uzatılmasına OYÇOKLUĞU ile karar verilmiştir.”

.....

II. Kararın Özeti

Rekabet Kurulu'nun önüne gelen ve ilk incelemeye tabi tutulmuş olan olayda Tüpraş'ın Aliğa bölgesindeki LPG ithalatını engellemeye yönelik eylemlerde bulunduğu iddiası ele alınmıştır. Şikâyet eden Milangaz* olup hakkında ilk inceleme yapılan Tüpraş'tır†.

Rekabet Kurulu'nun önüne gelen olayda ileri sürülen iddialar arasında;

- Tüpraş'ın özelleştirilmesine Rekabet Kurulu'nun bazı koşulların yerine getirilmesi şartı ile izin vermiş olduğu; zira özelleştirmenin özellikle LPG pazarında diğer şirketlerin ithalat imkanı olmaması nedeniyle tekel meydana getirebileceği,

- Bu nedenle, Tüpraş'ın üç yıl süreyle LPG dağıtım şirketlerine Aliğa Rafinerisi'ndeki ithalat altyapısının kullanımının doğrudan açılması şartı getirildiği, bu üç yıllık süre içerisinde LPG dağıtım şirketlerinin boru hatlarını tamamlamaları öngörüldüğü,

- Ancak, Milangaz'ın devam eden altyapı kurma çalışmalarına yönelik olarak Tüpraş tarafından dava açılmış ve boru hattının durdurulması yönünde ihtiyati tedbir kararı alınmıştır. Ayrıca, yine Tüpraş tarafından boru hattının kaldırılmasını talep eden bir diğer dava açılmış bulunmaktadır. Tüpraş'ın bu engellemeleri sonucu bu sürenin alt yapıyı tamamlamak için yeterli olmadığı,

- Bu nedenle, üç yıllık sürenin boru hattı inşaatı bitimine kadar uzatılması hususunda ek karar tesisi ve Tüpraş'ın engellemeleri nedeniyle hakkında soruşturma açılması gerektiği,

yer almaktadır.

Rekabet Kurulu kararında, ilgili ürün pazarları, LPG üretimi ve ithalatını da kapsayan rafinaj pazarları; ilgili coğrafi pazar, Türkiye Cumhuriyeti sınırları olarak tespit edilmiştir. LPG, butan ve propan ile bunların türevlerinin karışımından oluşan sıvılaştırılmış petrol gazları olarak nitelendirilmektedir.

Tüpraş'ın üretimi, yurtiçi talebi karşılayamadığından LPG tüketiminin büyük bir bölümü ithalat yolu ile sağlanmaktadır. İthalat deniz yolu ile gerçekleşmekte ve bu nedenle LPG ithalatına yönelik tesisler denizden ikmalin uygun olduğu noktalarda kurulmaktadır. Türkiye'deki LPG ikmal noktaları; Trakya, Yarımcı, Aliğa, Dört Yol ve Samsun'dan oluşmaktadır.

* Milangaz LPG Dağıtım ve Tic. San. AŞ.

† Tüpraş Türkiye Petrol Rafinerileri AŞ.

Tüpraş'ın özelleştirilmesine ilişkin Rekabet Kurulu kararında[‡], Tüpraş'ın devralınmasına, Tüpraş ile LPG şirketleri arasındaki protokole[§] ek olarak üç yıl boyunca LPG şirketlerinin doğrudan ithalat yapmasına imkân sağlayacak şekilde Tüpraş Aliğa tesislerinin bu şirketlerin kullanıma açılması koşulu ile izin verilmiştir. Üç yıllık sürenin öngörülmesinin nedeni, Ege Bölgesinde iki ayrı ithalat alt yapısı kurma çalışmalarının devamı ve bunun üç yıla kadar bitirilebileceğinin tahmin edilmesidir. Bu tesislerin teşebbüslere açılmasının nedeni ise LPG bakımından rekabetin önemli ölçüde azaltılması riskinin ortadan kalkacak olmasıdır.

Kurul kararında, şikâyet eden Milangaz'ın LPG ithalatına ilişkin alt yapı kurma çalışmalarının Tüpraş tarafından mahkemeler nezdinde yapılmış olduğu girişimler nedeniyle ne zaman tamamlanacağı hususunda belirsizliğin söz konusu olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle de Kurul, özelleştirme kararında getirilen üç yıllık sürenin şikâyet edenin boru hattı inşaatlarını tamamlayana kadar uzatılmasına karar vermiştir.

III. Değerlendirme

Rekabet Kurulu'nun ilk incelemeye tabi tutulmuş olan bu kararında, daha önce Tüpraş'ın özelleştirilmesine ilişkin kararda^{**} getirilen “üç yıl boyunca LPG şirketlerinin doğrudan ithalat yapabilmesine olanak sağlayacak şekilde Tüpraş Aliğa tesislerinin bu şirketlerin kullanımına açılması koşulu”na ilişkin olan üç yıllık sürenin inşaat çalışmaları tamamlanarak tesis kullanılabilir hale gelinceye kadar uzatılmasına karar verilmiştir.

Özelleştirmeye ilişkin olayda, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ kapsamında değerlendirilme yapılmış ve bunun sonucunda üç yıllık sürenin getirilmesi ile LPG bakımından rekabetin önemli ölçüde azaltılması riskini ortadan kaldıracağı kanaatine varılmıştır.

Çalışmamızda, şikâyetçi tarafından ileri sürülen ve kendisi tarafından da ima edilen, Tüpraş'ın altyapı çalışmalarını engellemeye yönelik eyleminin hâkim durumun kötüye kullanılması çerçevesinde değerlendirilmesinin söz konusu olup olmadığının incelenmesi ve bu bağlamda Rekabet Hukuku

[‡] RK Kararı, K.Sa: 05-71/981-270; K.T.:21.10.2005.

[§] 22.06.1992 tarihli Protokole göre, LPG dağıtım şirketleri ile Tüpraş, Aliğa Rafinerisinde LPG ithalatı için yatırım yapmayı kararlaştırmıştır. LPG şirketleri, bu yatırıma ortak bir şekilde katılmayı kabul etmişlerdir. Ayrıca bu şirketler, süresiz olarak gerek üretimden gerekse ithalattan LPG alım hakkı kazanmıştır. Tüpraş da LPG bedeli dışında hiçbir bedel talep etmeyecektir.

^{**} RK Kararı, K.Sa: 05-71/981-270; K.T: 21.10.2005.

literatüründe^{††} “esaslı unsur doktrini” olarak nitelendirilen hukuki yaklaşımın karara konu olay açısından uygulama alanı bulup bulmadığını ortaya koymak amaçlanmaktadır. Dolayısıyla Rekabet Kurulu’nun Tüpraş’ın özelleştirilmesine ilişkin kararında söz konusu olan 4054 sayılı Kanun’un 4.maddesi ve 1997/1 sayılı Tebliğ’in 7. maddesi çerçevesinde devralmanın koşulları inceleme konumuz dışında bırakılmıştır.

A. Esaslı Unsur Doktrini

Esaslı unsur doktrinini, hâkim teşebbüs tarafından kontrol edilen veya sahibi olunan bir iktisadi varlığın aynı işlevi görebilecek alternatifinin rakip teşebbüslerce yaratılmasının mümkün veya makul olmaması; varlığın bu teşebbüsler açısından bağlantılı bir başka (alt veya ikincil) pazarda faaliyette bulunabilmek için gerekli olması durumunda, hâkim teşebbüsün söz konusu iktisadi varlığı kullandırma yükümlülüğünü ortaya çıkaran hukuki yaklaşım şeklinde ifade etmek mümkündür. Unsuru kontrol eden teşebbüsün red eylemi, herhangi bir objektif haklı sebebe dayanmamalıdır^{‡‡}. Böyle bir davranış neticesinde, hâkim teşebbüse rakipleri ile unsurun kullandırılmasına yönelik anlaşma yapma yükümlülüğünün getirilebilmesi koşullarını belirleyen esaslı unsur doktrini, temel hukuk kaidesi olan “sözleşme özgürlüğü” prensibine istisna teşkil etmektedir.

Esaslı unsur olarak nitelendirilebilecek iktisadi varlıkların tespiti için öncelikle yapılması gereken ilgili ürün ve coğrafi pazarı ve ilgili teşebbüsün bu pazardaki hâkim durumu tespit etmektir. Daha sonra ise sıra, teşebbüsün kontrol ettiği iktisadi varlığın esaslı nitelikte olup olmadığını saptamaya gelmektedir. Esaslılık bünyesinde iki hususu içermektedir. Öncelikle, söz konusu unsurun aynı işlevi gören benzerinin yapılmasının diğer herhangi bir teşebbüs açısından mümkün/makul olmamalıdır. Böyle bir durum fiziki, hukuki ve ekonomik nedenlerle ortaya çıkabilir^{§§}. Hâkim durumdaki teşebbüsle süre gelen bir ticari ilişkinin ortada herhangi bir objektif haklı sebep olmaksızın ortadan kaldırılması durumunda imkânsızlığın/makul olmamanın tespiti için, ilişkinin karşı tarafında

^{††} Literatürde esaslı unsur tabiri yerine farklı kavramların kullanıldığını görmekteyiz. Farklı kavramlar için bkz., **Gürzumar, Osman Berat:** Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü, Hâkim Durumun Rakiple Anlaşma Yapmaktan Kaçınmak Suretiyle Kötüye Kullanılması, Ankara 2006, s. 73; **Sanlı, Kerem Cem:** Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Ankara 2000, s. 300, dn. 198; **Aşçıoğlu Öz, Gamze:** Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara 2000, s. 133; **Aslan, Yılmaz:** Rekabet Hukuku, Bursa 2005, s. 424; **Gül, İbrahim:** Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hâkim Durumunu Kötüye Kullanması, Ankara 2000, s. 108 vd; Literatürdeki tüm değerlendirmeler için bkz., **Karaege, Özge:** Fikri Mülkiyet Hukukunda Esaslı Unsur Doktrini, yayımlanmamış doktora tezi, İzmir 2009, s.8 vd.

^{‡‡} Red sonucunda, diğer pazarda rekabetin sınırlandırılması veya bertaraf edilmesi söz konusu olmaktadır.

^{§§} Bu konuda bkz., **Karaege,** s.47 vd.

bulunan rakip teşebbüsle aynı durumda bulunan tüm rakipler açısından değerlendirme yapılması yerinde olacaktır.

Esaslı unsur olarak nitelendirilebilecek iktisadi varlıklar, fiziki varlıklardan oluşabileceği gibi fikri mülkiyet haklarının konusunu oluşturan fikri ürünlerden de oluşabilir. Bu çerçevede, ham madde, fikri mülkiyet hakkı, fiziki varlık olarak nitelendirilemeyen bilgisayar rezervasyon sistemi gibi sistemler, liman, hava limanı, telekomünikasyon ağları ve demiryolu ağları dava konusu olay açısından esaslı unsur olarak kabul edilebilir (Troy, 1983, s. 464; Opi, 2001, s. 419).

Esaslı unsur doktrininin uygulama alanı bulması bakımından önemli olan husus, unsuru talep eden teşebbüsün bu varlıktan yararlanmak suretiyle bağlantılı diğer pazarda mal veya hizmet üretmesidir.

B. İki Pazarın Gerekliliği

Esaslı unsurun bulunduğu pazarla bu unsurdan yararlanmak suretiyle mal/hizmet üretilecek pazar ayırımının yapılması bu hukuki kuramın uygulama alanı bulması için önemlidir. Bu konuda, Avrupa Topluluğu Rekabet hukuku içtihadı ve literatürüne göre, esaslı unsur doktrini çerçevesinde anlaşma yapma yükümlülüğünün dikey ilişkili pazar yapılarının olduğu durumlarda ortaya çıktığı kabul edilmektedir (O'Donoghue - Padilla, 2006, s. 436; Lang, 1994, s. 13). Topluluk Hukukundaki uygulamalara baktığımızda bu hususta yatay bitişik pazarlar açısından da doktrinin uygulama alanı bulabileceği kabul edilmektedir (O'Donoghue - Padilla, 2006, s. 207). Özellikle yeni tarihli Komisyon'un Microsoft kararında bu nokta açıkça görülmektedir^{***}. Doktrinin uygulandığı hallerde, üst pazardaki hâkim durum alt pazardaki iktisadi faaliyette kullanılacak bir varlığa sahip olmaktan kaynaklanmakta ve anlaşma yapmaktan kaçınma eylemi de, alt pazardaki rakibin bu iktisadi varlığı kullanmasına izin vermemek şeklinde gerçekleşmektedir (Gürzumar, 2006, s. 156).

Dikey bitişik pazardan anlaşılması gereken, üretim zincirinin ard arda gelen aşamalarından sonra gelen pazar aşamasıdır (Gül, 2000, s. 99). Yatay bitişik pazardan anlaşılması gereken, bir üretim zincirinde bulunan pazardan yararlanan diğer üretim zincirinde bulunan pazardır (Gül, 2000, s. 99).

Karar konusu olayda, ilgili pazarlar olarak LPG üretimi ve ithalatını kapsayan rafinaj pazarları tespit edilmiştir. İlgili coğrafi pazar ise Türkiye Cumhuriyeti sınırlarıdır. Esaslı unsur doktrininin uygulama alanı bulabilmesi için daha önce belirttiğimiz gibi öncelikle yapılması gereken ilgili pazarların saptanmasıdır. Kararda Kurul, Aliağa tesislerinin belirli bir süre dağıtım şirketlerinin doğrudan ithalat yapabilmesine olanak sağlayacak şekilde

^{***} Komisyon'un Microsoft kararı için detaylı bilgi için bkz., **Karaege**, s. 158 vd.

kullanıma açılmasının LPG bakımından rekabetin önemli ölçüde azaltılması riskini ortadan kaldıracığı kanaatine vardığını belirtmiştir. Böyle bir koşulun getirilmesinin de amacı Tüpraş'ın hâkim durumundan kaynaklanan sakıncaların önüne geçilmesidir.

Rekabetin önemli ölçüde azaltılması riskinin tutarlı bir şekilde yorumlanıp tespiti için kanımızca pazarların rafinaj – ithalat ve dağıtım şeklinde sınıflandırılması yerinde olacaktır. Zira İzmir rafinerisinde yer alan ithalat alt yapısı Tüpraş'ın kontrolündedir. Dolayısıyla bu alt yapı bölgedeki diğer dağıtım şirketleri için hayati önem arz etmektedir. Önemli olan alt yapının bulunduğu ithalat pazarında Tüpraş'ın hâkim durumunu tespit etmek ve bu konununun diğer pazardaki rekabet koşullarını bozmak amacıyla kullanılmasını ortaya koymaktır. Bir diğer ifadeyle, ithalat pazarındaki hâkim durumun diğer bağlantılı pazar olan rafinaj pazarındaki rekabet koşullarını bozmak amacıyla kullanılıp kullanılmadığını tespit etmek gerekmektedir.

C. Rekabetin Etkilenmesi

Esaslı unsurun üçüncü kişilerce paylaşılması, hem uzun hem de kısa vadede tüketicilerin zararına olarak rekabetin bertarafı veya önemli ölçüde azaltılması koşuluna bağlıdır^{†††}. Bu koşul, hâkim teşebbüsün sahibi olduğu varlığın rekabet için vazgeçilmez, esaslı olmasının bir sonucudur (O'Donoghue - Padilla, 2006, s. 442).

Rekabetin engellenmesine ilişkin standart rekabetin önemli derecede azaltılması prensibine dayanmaktadır. Böyle bir durum, üst pazardaki hâkim durumun alt pazarda da hâkimiyete yol açması halinde ortaya çıkabileceği gibi alt pazarda hâkim durum söz konusu olmaksızın yalnızca rekabet avantajı elde etme halinde de ortaya çıkabilir (Hatzopoulos, 2006, s. 18; O'Donoghue - Padilla, 2006, s. 444).

Esaslı unsurun uygulama alanı bulduğu somut uyuşmazlıklarda, ilgili unsuru kullanmayı talep eden bir diğer teşebbüs genellikle, unsur sahibi teşebbüsün ya halen faal olduğu ya da çok yüksek bir ihtimalle faaliyet göstereceği bir diğer bağlantılı pazarda etkin olmak için böyle bir talepte bulunmaktadır. Hatta bazı hallerde talep sahibi teşebbüs, unsur sahibinin faaliyet gösterdiği pazarda kendi faaliyetine daha önceden başlamış da olabilir. Tüm bu durumlarda dikkat çekici nokta, unsurdan yararlanma talep eden teşebbüs, unsur sahibi teşebbüsün mevcut yahut potansiyel rakibidir (Gürzumar, 2006, s. 158).

Karar konusu olayda, yalnızca LPG bakımından rekabetin önemli ölçüde azaltılması riskinden bahsedilmekte, ayrıca sözü edilen koşulun

^{†††} Bu hususta detaylı bilgi için bkz., **Karaege**, s. 50 vd.

Tüpraş'ın hâkim durumundan kaynaklanan sakıncaların engellenmesi nedeniyle getirildiği belirtilmektedir. Dolayısıyla şu hususu rahatlıkla ifade edebiliriz ki hâkim durumun kötüye kullanımını tespit edebilmek için söz konusu olayda birbiriyle bağlantılı pazarların ortaya konmasının önemi büyüktür. Rekabet Kurulunun özelleştirmeye ilişkin kararında, Tüpraş'ın rafinaj pazarında hâkim durumda olduğu tespit edilmiştir. Ayrıca, ithalat faaliyetleri nedeniyle teşebbüslerin Tüpraş'a rafinaj pazarında rakip olduklarından bahsedilmiştir. Bu bağlamda, rafinajda ATAŞ'ın faaliyetlerine son vermesiyle pazar yapısı tamamen Tüpraş'ın üretimi ile gerek rafinelerin gerekse dağıtım şirketlerinin gerçekleştirdiği petrol ürünleri ithalatına dayanmaktadır ve dolayısıyla ithalat Tüpraş üretimine rakiptir.

Tüpraş kararı açısından esaslı unsur doktrininin uygulama alanı bulması suretiyle anlaşma yapma yükümlülüğüne ve bu doğrultuda Aliğa tesislerinin dağıtım şirketlerine kullanılmasına hükmedilebilmesi için ithalat pazarındaki hâkim durumun bağlantılı diğer pazardaki⁺⁺⁺ rekabet koşullarını bozması gerekmektedir. Somut olayda bu durum, Tüpraş'ın rafinaj pazarındaki hâkim durumunu koruma gayesiyle gerçekleşmektedir. Bir diğer ifadeyle Tüpraş'ın esaslı unsur doktrini çerçevesinde tesislerini diğer rakip teşebbüslere kullandırmaya hükmedebilmek için, Tüpraş'ın kendisine yönelen kullanma talebini rafinaj pazarındaki hâkim durumunu korumak amacıyla herhangi bir objektif haklı sebep olmaksızın reddetmesi gerekmektedir. Olayda, Tüpraş'ın ithalat pazarındaki hâkim durumundan değil, yalnızca Ege Bölgesindeki tek ithalatçı olma durumundan bahsedilmektedir. Oysaki kararda ilgili coğrafi pazar olarak Türkiye gösterilmektedir. Dolayısıyla bizim için önem arz eden nokta Tüpraş'ın Türkiye'deki ithalatta oynadığı rolü saptamaktır.

IV. Sonuç

Serbest piyasa ekonomisinde iki prensip önem arz etmektedir. Bunlar; sözleşme özgürlüğü prensibi ile bu prensibin uygulanabileceği serbest rekabet düzenidir. Bu çerçevede teşebbüsler, münhasıran kontrol ettikleri varlıkları diledikleri takdirde üçüncü kişilerle paylaşımâ tâbi tutacaklar diledikleri takdirde ise buna izin vermeyeceklerdir. Üzerinde çok tartışma yapılan esaslı unsur doktrini hem temel hukuk kaidesi olan sözleşme özgürlüğü prensibine hem de mülkiyet hakkına sınırlama getirmektedir. Dolayısıyla bu hukuk kuramının uygulanmasında gerekli koşulları tespit edebilme görevi hem teorisyenlere hem de yargı mercilerine düşmektedir. Zira bu doktrininin uygulama alanı ile ilgili ne Topluluk ve Amerikan hukuklarında ne de Türk hukukunda herhangi bir düzenlemeye rastlanmamaktadır.

Yukarıda esaslı unsur doktrininin uygulama alanı bulabilmesi için gerekli olan koşullara somut olay çerçevesinde değinilmiştir^{§§§}. Karara konu

⁺⁺⁺ Bağlantılı diğer pazar rafinaj pazarıdır. Zira ithalat yolu ile ikmal noktalarına getirilen LPG buradan LPG dağıtım şirketlerine satılmaktadır.

^{§§§} Koşullar hakkında daha detaylı bilgi için bkz., **Karaege**, s. 46 vd.

olay açısından esaslı unsur doktrininin uygulama alanı bulması ve bu kapsamda hâkim teşebbüse anlaşma yapma yükümlülüğü getirmek için, ilgili pazarlar tespit edilip teşebbüsün hâkim durumda olup olmadığı ortaya konmalıdır; daha sonra da bu teşebbüsün sahibi olduğu iktisadi varlığın, bu unsuru kullanmak isteyen diğer teşebbüsler açısından esaslılık arz edip etmediği saptanmalıdır. Olayda Tüpraş'ın kontrol ettiği Aliğa'daki ithalat alt yapısının rakiplerine kullandırılmaması söz konusudur. İşte bu noktada Kurul'un, Tüpraş'ın ithalat pazarında hâkim durumunu ayrıca bir diğer bağlantılı pazar olan rafinaj pazarındaki rekabet koşullarının ne şekilde etkilendiğini tespit etmesi yerinde olacaktır. Bu doğrultuda, ithalat alt yapısının esaslı unsur olup olmadığını incelemek mümkün olacaktır. Zira bu alt yapıların tamamlanması şikâyet edene karşı açılmış olan davalar nedeniyle hukuken mümkün değildir. Söz konusu olayda bu noktalar belirlendiği takdirde esaslı unsur doktrininin uygulama alanı bulması suretiyle anlaşma yapma yükümlülüğünün getirilmesi kanımızca mümkün olabilecektir.

KAYNAKÇA

- Aslan, Yılmaz (2005), Rekabet Hukuku, Bursa.
- Aşçıoğlu Öz, Gamze (2000), Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara.
- Gül, İbrahim (2000), Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hâkim Durumunu Kötüye Kullanması, Ankara.
- Gürzumar, Osman Berat (2006), Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü, Hâkim Durumun Rakiple Anlaşma Yapmaktan Kaçınmak Suretiyle Kötüye Kullanılması, Ankara.
- Hatzopoulos, Vassilis (6/2006), "The EU essential facilities doctrine", Research Papers in Law, http://www.coleurop.be/file/content/studyprogrammes/law/studyprog/pdf/ResearchPaper_6_2006_Hatzopoulos.pdf, (15.10.2007).
- Karaege, Özge (2009), Fikri Mülkiyet Hukukunda Esaslı Unsur Doktrini, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir.
- Lang, John Temple (1994), "Defining Legitimate Competition: Companies' Duties to Supply Competitors and Access to Essential Facilities", Fordham Int'l L. J., V. 18..
- O'Donoghue, Robert – Padilla, A Jorge, (2006), The Law and Economics of Article 82 EC, Oxford and Portland, Oregon.
- Opi, Sergio Baches, (2001), "The Application of the Essential Facilities Doctrine to Intellectual Property Licencing in the European Union and the United States: Are Intellectual Property Rights Still Sacrosanct?", Fordham Intel. Prop. Media & Ent. L. J., V. 11.