

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2006-1-170 (Önaraştırma)
Karar Sayısı : 06-92/1173-351
Karar Tarihi : 20.12.2006

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

10 **Başkan** : Mustafa PARLAK
Üyeler : Tuncay SONGÖR, Rıfki ÜNAL, Prof.Dr. Nurettin KALDIRIMCI,
Süreyya ÇAKIN, Mehmet Akif ERSİN.

B. RAPORTÖRLER: Müge ÖZERCAN PAŞAOĞLU, Harun GÜNDÜZ

C. BAŞVURUDA

BULUNAN : - Re'sen

20 **D. KARŞI TARAF** : - Habaş Sınai ve Tıbbi Gazlar İstihsal Endüstrisi A.Ş.
Fuat Paşa Sk. No:26 81570 Soğanlık-Kartal/İstanbul

E. DOSYA KONUSU: Habaş Sınai ve Tıbbi Gazlar İstihsal Endüstrisi A.Ş. (Habaş)'nin endüstriyel, tıbbi ve özel gaz üretimi ve satışı faaliyetlerine ilişkin pazarlarda müşteri ve bayileri ile akdettiği sözleşmeler ve çeşitli uygulamalar vasıtasıyla 4054 sayılı Kanun'u ihlal edip etmediğinin tespiti.

30 **F. İDDİALARIN ÖZETİ:** 6.7.2006 tarih ve 06-47/624-M sayılı Rekabet Kurulu kararı çerçevesinde, Habaş hakkında yürütülen önaraştırma sürecinde karşılaşılan ve Habaş'ın endüstriyel, tıbbi ve özel gaz üretimi ve satışı faaliyetlerine ilişkin pazarlarda müşteri ve bayileriyle akdettiği sözleşmeler ve çeşitli uygulamalar vasıtasıyla rekabeti engellediğine yönelik iddialar.

40 **G. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurulu'nun 6.7.2006 tarih ve 06-47/624-M sayılı kararı çerçevesinde, Habaş Sınai ve Tıbbi Gazlar İstihsal Endüstrisi A.Ş. hakkında yürütülen önaraştırma sürecinde Habaş'ın endüstriyel gazlar pazarında müşteri ve bayileriyle akdettiği sözleşmeler ve çeşitli uygulamalar vasıtasıyla rekabeti engellediğine yönelik iddialarla karşılaşılmıştır. Bu çerçevede konuyla ilgili olarak hazırlanan 14.9.2006 tarih ve 2006-1-43/ÖA-06-MÖ sayılı Önaraştırma Raporu'nda söz konusu iddialara da yer verilmiştir. Anılan Rapor Rekabet Kurulu'nun 19.9.2006 tarihli toplantısında görüşülmüş ve Kurul, Habaş'ın endüstriyel, tıbbi ve özel gaz üretimi ve satışı faaliyetlerine ilişkin pazarlarda müşteri ve bayileriyle akdettiği sözleşmeler ve çeşitli uygulamalar vasıtasıyla rekabeti engelleyip engellemediğinin tespitine yönelik olarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 40. maddesinin 1. fıkrası uyarınca önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir. Anılan Kurul Kararı uyarınca raportörler tarafından düzenlenen 13.12.2006 tarih, 2006-1-170/ÖA-06-MÖ sayılı Önaraştırma Raporu, 18.12.2006 tarih ve REK.0.05.00.00-110/245 sayılı Başkanlık önergesi ile 06-92 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

50

H. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili raporda;

- Habaş'ın incelemeye konu ilgili pazarlarda hakim durumda olmadığı,
 - Habaş'ın bayileri ile imzaladığı "Sınai ve Tıbbi Gazlar Bayilik Sözleşmesi ve Genel Şartnamesi" ve müşterileri ile imzaladığı sözleşmelerde yer alan rekabet etmeme yükümlülükleri ile Habaş ve Ekinciler Demir ve Çelik Sanayi A.Ş. arasındaki "Sıvı Oksijen ve Sıvı Argon Alım-Satım Sözleşmesi"nin 1.2. maddesinde Ekinciler Demir ve Çelik Sanayi A.Ş.'ye getirilen teşebbüsün kendi kullanımı dışında kalan üretim fazlası sıvı oksijen ve sıvı argon üretiminin tamamını Habaş'a satmasına yönelik yükümlülüğün 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği ile sağlanan grup muafiyeti kapsamında olduğu, söz konusu yükümlülüklerin Habaş'ın incelemeye konu ilgili pazarlarda hakim durumda olmaması nedeniyle kötüye kullanma hali olarak değerlendirilemeyeceği,
 - Bununla birlikte Habaş'ın sözleşmelerinin, belirsiz süreli olmaları halinde, bu sözleşmelerde yer alan rekabet etmeme yükümlülükleri nedeniyle 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamı dışına çıkacağı dikkate alındığında, teşebbüsün sözleşmelerini belirsiz süreli kılacak nitelikteki hükümlerini anılan Tebliğ'e uygun olarak değiştirmesi gerektiği, bu koşulla Habaş hakkında başkaca bir işlem yapılmasına yer olmadığı
- 70 ifade edilmektedir.

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

I.1. İlgili Pazar

I.1.1. İlgili Ürün Pazarı

Dosyada yer alan bilgiler ışığında, Habaş'ın satışını yaptığı her bir endüstriyel, medikal ve özel gazın, dökme ve tüplü ayırımına göre ayrı ilgili ürün pazarları oluşturabileceği sonucuna ulaşılmıştır.

I.1.2. İlgili Coğrafi Pazar

Endüstriyel, tıbbi ve özel gaz satış ve dağıtımını Türkiye çapında gerçekleştirilebildiğinden, mevcut dosya bakımından ilgili coğrafi pazar "Türkiye Cumhuriyeti sınırları" olarak belirlenmiştir.

I.2. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

I.2.1. Habaş'ın Bayileri ve Müşterileri ile İmzaladığı Sözleşmeler

- 90 Dosyada yer alan bilgilere göre; Habaş, satışlarını iki şekilde gerçekleştirmektedir. Bunlardan birincisi yüksek miktarlarda gaz talep eden müşterilere münhasır tedarik sözleşmeleri yoluyla yapılan doğrudan satışlardır. Diğerleri ise daha az miktarlarda gaz talep eden müşterilere ulaşmak üzere kurduğu bayilik sistemi aracılığıyla yaptığı tüplü gaz satışlarıdır. Habaş'ın müşterileri bu ayırma göre "bayiler" ve "müşteriler" olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

I.2.1.1. Habaş'ın Bayileriyle İmzaladığı Bayilik Sözleşmeleri

100 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin 2. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, sağlayıcının anlaşma konusu malların hem üreticisi hem de dağıtıcısı olduğu, alıcının ise bu mallarla rekabet eden malların üreticisi değil dağıtıcısı olduğu dikey anlaşmalar, ilgili Tebliğ'de belirtilen koşulları taşıması kaydıyla, bu Tebliğ ile tanınan grup muafiyetinden yararlanabilecektir.

Habaş'ın bayileriyle "Sınai ve Tıbbi Gazlar Bayilik Sözleşmesi ve Genel Şartnamesi" adında standart bir sözleşme imzalamaktadır. Habaş bayileri kanalıyla sadece tüplü gazların satışını gerçekleştirmekte olup, anılan sözleşmenin "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinden anlaşıldığı üzere, sözleşme her türlü endüstriyel, medikal ve özel gazların tüplü olarak yeniden satışına ilişkindir.

2002/2 sayılı Tebliğ'in 3. maddesinde rekabet etmeme yükümlülüğü "*Alıcının anlaşma konusu mal veya hizmetlerle rekabet eden mal veya hizmetleri üretmesini, satın almasını, satmasını ya da yeniden satmasını engelleyen doğrudan veya dolaylı her türlü yükümlülük*" olarak tanımlanmaktadır. Bu bakımdan sözleşmenin 4.11. ve 6.1. maddelerinde Habaş'ın bayilerine rekabet etmeme yükümlülüğü getirmekte olduğu görülmekte olup, bu maddelere aşağıda yer verilmektedir:

“...

4.11. *İşbu sözleşmenin yürürlükte olduğu süre içerisinde, BAYİ, HABAŞ'ın üretmekte veya satmakta olduğu Gazları ve Emtiaları münhasıran HABAŞ'dan temin etmekle mükelleftir. Bu gayeye matuf olmak üzere, BAYİ, HABAŞ'ın üretmekte veya satmakta olduğu Gazları ve Emtiaları kendisi üretmez veya bir başka gaz üreticisi veya satıcısından temin edemez....”*

6.1. *BAYİ, işbu sözleşmenin devamı süresince rekabet yasağına tabidir. Bu nedenle bu süre içinde başka firmaların işbu sözleşme konusu gazlarla ilgili başbayiliğini, bayiliğini, tali bayiliğini veya tali satıcılığını, aracılığını, temsilciliğini, acenteciliğini, komisyonculuğunu veya nakliyeciliğini yapamaz. BAYİ ayrıca muvazaa oluşturacak şekilde, eşi veya 2. dereceye kadar kan veya sıhri hısımları üzerinden de, bu süre boyunca yukarıda sayılan işleri yapamaz. BAYİ, hükmi şahıs ise, bu hüküm müdürleri, yönetim kurulu üyeleri ve kontrol hissesine sahip ortakları için de geçerlidir...”*

Anılan Tebliğ'in "Rekabet Etmeme Yükümlülüğü" başlıklı 5. maddesinin (a) bendi uyarınca, bu Tebliğ ile tanınan muafiyet "*Alıcıya getirilen belirsiz süreli veya süresi beş yılı aşan rekabet etmeme yükümlülüğüne*" uygulanmayacaktır. Bir başka ifade ile alıcıya yüklenen, belirsiz süreli olmayan ve/veya süresi 5 yılı aşmayan rekabet etmeme yükümlülükleri grup muafiyetinden yararlanacaktır. Dolayısıyla bu noktada anılan sözleşmenin süresi değerlendirme bakımından önem kazanmakta olup, sözleşmenin süreye ilişkin 20. maddesi aşağıdaki gibidir:

“ ...

MADDE 20- SÖZLEŞMENİN SÜRESİ VE YÜRÜRLÜK TARİHİ:

150 Sözleşmenin süresi, tanzim tarihinden itibaren 5 (beş)¹ yıldır. Taraflar sözleşmenin sona erme tarihinden altı ay önce bir araya gelerek sözleşmenin yenilenmesi veya sona erdirilmesi hususunda mutabakata varacaklardır. Eğer sözleşmenin yenilenmesi hususunda mutabakat oluşmuşsa, sona erecek olan bu sözleşmenin hitam tarihinden başlamak üzere yeni bir sözleşme imzalanacaktır. Şayet sözleşmenin sona erdirilmesi hususunda mutabık kalınmışsa sözleşme, hitam tarihi olan 5 yıllık sürenin sonuna kadar yürürlükte kalacaktır...”

160 Yukarıda yer verilmekte olan bilgiler dikkate alındığında, söz konusu sözleşmede öngörülen rekabet etmeme yükümlülüğünün 2002/2 sayılı Tebliğ’de rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin olarak öngörülen süreyi aşmadığı görülmektedir. Ayrıca sözleşmenin diğer hükümleri incelendiğinde, 2002/2 sayılı Tebliğ’e aykırı herhangi bir hükmün olmadığı anlaşılmaktadır.

I.2.1.2. Habaş’ın Müşterileriyle İmzaladığı Tedarik Sözleşmeleri

I.2.1.2.1.Habaş’ın Müşterileriyle İmzaladığı Standart Tedarik Sözleşmeleri

170 Habaş’ın müşterileri ile imzalamak üzere “Sınai ve Tıbbi Gazlar Alım-Satım ve Ekipman Kira Sözleşmesi” adını taşıyan standart sözleşmeleri bulunmakta olup, bu sözleşme çerçevesinde sınai ve tıbbi gazlar gerek dökme, gerekse de tüplü olarak temin edilebilmektedir. Yapılan anlaşma kapsamındaki gazlar, söz konusu gazların sözleşmenin “Değişkenlerin Açıklanması” başlıklı 1 numaralı ekinin “Anlaşma Konusu Gazlar, Miktarları ve Fiyatları” bölümünde yer verilmesi suretiyle tespit edilmektedir.

Söz konusu sözleşme incelendiğinde, 1.6. maddesinde alıcının sözleşme süresince ihtiyaç duyduğu bütün gazları münhasıran Habaş’tan alması öngörülerek rekabet etmeme yükümlülüğü getirildiği görülmektedir:

180 “...1.6 Müşteri, işbu sözleşme süresince ihtiyacı olan gazların tamamını münhasıran Habaş’tan satın almayı kabul ve taahhüt eder..”

Sözleşmenin süresinin düzenlendiği 1.15. maddesinde ise;

190 “...1.15 İşbu sözleşme imza tarihinden itibaren yürürlüğe girer ve Ek-1/E’de belirtilen tarihte sona erer. Ancak, taraflar sözleşmenin sona erme tarihinden iki ay önce bir araya gelerek sözleşmenin yenilenmesi veya sona erdirilmesi hususunda mutabakata varacaklardır. Eğer sözleşmenin yenilenmesi konusunda mutabakat oluşmuşsa, sona erecek olan işbu sözleşmenin hitam tarihinden başlamak üzere yeni bir sözleşme imzalanacaktır. Şayet sözleşmenin sona erdirilmesi hususunda mutabık kalınmışsa, sözleşme Ek-1/E’de belirtilen sürenin sonuna kadar yürürlükte kalacaktır...” düzenlemesine yer verildiği ve sözleşmenin süresinin Ek-1/E’de Anlaşma Bitiş Tarihi olarak belirtilen yere sözleşmenin bitiş tarihi yazılarak belirlendiği görülmektedir.

¹ Her ne kadar sözleşme örneğinde bu cümledeki 5 (beş) ifadesinin üzeri çizilerek, 3 (üç) yazılıp paraflanmışsa da, söz konusu maddenin son cümlesinde hitam tarihi 5 yıl olarak muhafaza edildiğinden sözleşmenin süresi 5 yıl olarak kabul edilmiş ve değerlendirmeler buna göre yapılmıştır.

200 Söz konusu sözleşme 7.2.2006 tarihinde imzalanmış ve Ek-1/E'de anlaşma bitiş tarihi 7.2.2007 olarak belirtilmiş olup, sözleşmenin süresinin 1 yıl olduğu anlaşılmaktadır. Süreye ilişkin maddesi bu şekilde düzenlenen sözleşmelerde, sözleşmenin imza tarihi ile Ek-1/E'de yer alan Anlaşma Bitiş Tarihi arasındaki süre 2002/2 sayılı Tebliğ'de öngörülen beş yıllık süreyi aşmadığı takdirde, rekabet etmeme yükümlülüğü belirli süreli ve anılan Tebliğ çerçevesinde muafiyet kapsamında kabul edilebilecektir.

210 Sözleşmenin 2.3. maddesinde yer alan müşterinin tesisine kurulan depolama ve işletme ekipmanlarının sadece Habaş'tan alınacak gazların depolanmasında kullanılacağına ilişkin hükmün ise, 23.8.2002 tarih ve 02-49/634-257 sayılı Rekabet Kurulu kararında ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, depolama sistemine hangi sağlayıcının gazının konulduğunun bilinmesi, gaz güvenliği ve nihai ürünün kalitesi bakımından oldukça önemli olması sebebiyle makul bir uygulama olduğu ve rekabeti kısıtlayıcı bir nitelik taşımadığı kabul edilmiştir.

Habaş'ın en büyük 20 dökme endüstriyel gaz müşterisi içerisinde yer alan ve sözleşme çerçevesinde hizmet verilen müşterileri ile Habaş'ın imzalamış olduğu sözleşmeler incelendiğinde, teşebbüsün söz konusu bazı müşterileriyle bu standart sözleşmeden tamamen farklı sözleşmeler, bazılarıyla da standart sözleşmedeki hükümlerden kısmen farklılık gösteren sözleşmeler akdettiği görülmektedir. Söz konusu sözleşmelerde yer alan hükümlere ilişkin tespitlere aşağıda yer verilmektedir.

220 **I.2.1.2.2. Habaş'ın En Büyük Dökme Endüstriyel Gaz Müşterileriyle İmzaladığı Tedarik Sözleşmeleri**

Habaş'ın en büyük dökme endüstriyel gaz müşterileri arasında yer alan 15 müşterisi ile imzalamış olduğu ve mevcut durumda yürürlükte olan sözleşmeler incelendiğinde, söz konusu sözleşmelerin 2 tanesi hariç hepsinde alıcının sözleşme konusu gaz ihtiyacının tamamının Habaş tarafından temin edileceği öngörülmektedir. Başka bir deyişle, söz konusu sözleşmelerde alıcıya sözleşme konusu gazları münhasıran Habaş'tan temin etme yükümlülüğü getirilmektedir.

230 Söz konusu sözleşmelerden 5 tanesi ise yukarıda yer verilmekte olan Sınai ve Tıbbi Gazlar Alım-Satım ve Ekipman Kira Sözleşmesi ile büyük ölçüde aynı hükümleri içermekte ve bu sözleşmelerin tamamında söz konusu sözleşmenin 1.6. maddesinde yer alan "...1.6 Müşteri, işbu sözleşme süresince ihtiyacı olan gazların tamamını münhasıran Habaş'tan satın almayı kabul ve taahhüt eder." hükmünün yer aldığı görülmektedir.

240 Paşabahçe Cam San. ve Tic. A.Ş. Mersin Fabrikası (Paşabahçe Mersin Fabrikası) ile Habaş arasında dökme azot alımına ilişkin olarak imzalanan sözleşmenin 2. maddesinde işin tanımı "*Paşabahçe'nin kendi veya diğer Şişecam grubu şirketlerinde üretilerek temin ettiği oksijen dışında ihtiyaç duyduğu tüm Likit Oksijen'in dökme olarak Habaş tarafından temin ve ikmal işlemidir.*" şeklinde yapılarak münhasırlık öngörüldüğü halde sözleşmenin süreye ilişkin 3. maddesi "*Sözleşme 01.01.2006 tarihinden 31.03.2007*

tarihine kadar geçerlidir. Sözleşme hitamından 2 ay önce taraflardan herhangi birisi karşı tarafa yazılı bir ihbarda bulunmadığı takdirde sözleşme süresi üç ay uzatılmış sayılır. Üçer aylık süre uzatımları, süre bitimlerinden 2 ay önce taraflardan herhangi birisi karşı tarafa ihbarda bulununcaya kadar aynı şekilde devam eder.” şeklinde düzenlenmiştir.

250

Habaş ile Ekinciler Demir ve Çelik Sanayi A.Ş. (Ekinciler) arasında 11.5.2005 tarihinde imzalanmış olan ve hala yürürlükte bulunan “Sıvı Oksijen ve Sıvı Argon Alım-Satım Sözleşmesi”nde ise aşağıdaki maddelere yer verilmektedir:

“ ...

MADDE 1

İşbu sözleşmenin konusu;

260

1.1. *Habaş, Ekinciler'in kendi üretimi dışında ihtiyaç duyduğu tüm sıvı oksijeni satmayı, Ekinciler de kendi üretimi dışında ihtiyaç duyduğu tüm sıvı oksijeni münhasıran Habaş'tan satın almayı karşılıklı olarak kabul ve taahhüt ederler... Sıvı oksijen dışında Ekinciler'in sınai gaz ihtiyacı olması durumunda, bu sınai gazların temini için Ekinciler Habaş'a öncelik tanıyacaktır.*

1.2. *Ekinciler, proses gereği kendi kullanımı dışında kalan üretim fazlası tüm sıvı argonu ve sıvı oksijeni yalnızca Habaş'a satmayı, Habaş da Ekinciler'in kendi kullanımı dışında kalan üretim fazlası tüm sıvı argonu ve sıvı oksijeni satın almayı karşılıklı olarak kabul ve taahhüt ederler...*

270

Söz konusu sözleşmenin süreye ilişkin maddesi 8. maddesi ise aşağıdaki gibidir:

“8. İşbu sözleşme tanzim tarihinden itibaren yürürlüğe girmekte olup, 11.05.2006 tarihine kadar muteberdir. Sözleşme bitiminden iki ay önce yazılı olarak fesih ihbar edilmediği takdirde, sözleşme bir sene daha uzatılmış sayılır ve bu uygulama müteakip senelerde de devam eder...”

280

Yukarıda anılan Tebliğ kapsamında, söz konusu sözleşmelerde yer alan ve alıcının anlaşma konusu gazların tamamını ya da sözleşme süresi boyunca ihtiyaç duyduğu gazların tamamını Habaş'tan temin etmesini öngören hükümler, rekabet etmeme yükümlülüğü niteliğindedir.

Ekinciler ile yapılan sözleşmede yer alan Ekinciler'in proses gereği kendi kullanımı dışında kalan üretim fazlası tüm sıvı argonu ve sıvı oksijeni yalnızca Habaş'a satmasına yönelik hüküm ise diğer hükümlerden farklılık taşımaktadır.

290

İlgili Tebliğ anlamında rekabet etmeme yükümlülüğü ancak alıcıya getirildiği zaman Tebliğ kapsamında inceleme konusu yapılabilmektedir. Dolayısıyla sağlayıcıya getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü ender görülen bir durum olup, bu Tebliğ kapsamında herhangi bir düzenlemeye konu olmamıştır. Buna ek olarak söz konusu anlaşmanın ilgili Tebliğ'in 4. maddesinde yer alan anlaşmaları grup muafiyeti kapsamı dışına çıkaran sınırlamalardan herhangi birini içermediği de göz önünde bulundurularak, söz konusu sözleşmede yer

alan bu hükmün tek başına anlaşmayı ilgili Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden çıkaran bir hüküm olmadığı anlaşılmaktadır.

300 Söz konusu sözleşmelerin hemen hepsi rekabet etmeme yükümlülüğü içerdiğinden bu yükümlülüklerin sözleşmeleri grup muafiyeti kapsamına çıkarıp çıkarmadığına ilişkin değerlendirmelere de yer verilmelidir.

Daha önce de belirtildiği üzere alıcıya getirilen belirsiz süreli veya süresi beş yılı aşan rekabet etmeme yükümlülüğü anılan Tebliğ ile tanınan muafiyetten yararlanamamaktadır. Dolayısıyla bu yükümlülüklerin grup muafiyetinden yararlanıp yararlanmadığının tespiti bakımından bu yükümlülüklerin süresi önem taşımaktadır. Söz konusu sözleşmeler incelendiğinde, sözleşmelerin sürelerinin farklılaşabildiği görülmektedir. Mevcut durumda yürürlükte olan sözleşmelerden belirli süreli olanların 5 yıllık süreyi aşmadığı görülmektedir.

310 Bununla birlikte 2002/2 sayılı Tebliğ'in 5(a) bendinin ikinci paragrafında, *"Rekabet etmeme yükümlülüğünün bu fıkrada belirtilen süreleri aşacak şekilde zımnen yenilenebileceğinin kararlaştırılması halinde, rekabet etmeme yükümlülüğü belirsiz süreli sayılır."* düzenlemesine yer verilmekte olup, Habaş'ın Paşabahçe Mersin Fabrikası ve Ekinciler ile imzalamış olduğu sözleşmelerde yer alan rekabet etmeme yükümlülüğünün belirsiz süreli olduğu görülmektedir.

320 2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği Uygulama Kılavuzu'nun (Uygulama Kılavuzu) 36. paragrafında; rekabet etmeme yükümlülüğünün uygulama süresi, Tebliğ'de öngörülen azami limiti (üst sınırı) aşana kadar rekabet etmeme yükümlülüğünün geçerli olacağı, söz konusu azami süre aşılsa yükümlülüğün geçersiz olacağı ifade edilmiştir. Bir başka ifadeyle, rekabet etmeme yükümlülüğünün süresinin beş yıla kadar zımnen uzatılabilmesi Tebliğ tarafından kabul edilen bir uygulamadır. Beş yıldan sonraki uzatma işleminin ise her iki tarafın açık iradesi ile gerçekleşmesi gerekmektedir². Bu yönüyle Habaş'ın Ekinciler'le imzaladığı sözleşmenin başlangıç tarihinin 11.5.2005, Paşabahçe ile imzaladığı sözleşmenin başlangıç tarihinin ise 22.3.2006 olduğu göz önüne alındığında, Tebliğ'in izin verdiği azami süre aşılmamış olduğundan sözleşmelerde yer alan rekabet

330 etmeme yükümlülüğü, mevcut durumda 2002/2 sayılı Tebliğ'in öngördüğü koşulları sağlamaktadır. Bununla birlikte Tebliğ'de öngörülmekte olan süre aşıldığı takdirde, belirsiz süreli rekabet etmeme yükümlülüğü içeren sözleşmelerin 2002/2 sayılı Tebliğ ile tanınan muafiyetten yararlanamayacağı dikkate alındığında, gerek söz konusu sözleşmelerin, gerekse Habaş'ın mevcut ise belirsiz süreli rekabet etmeme yükümlülüğü içeren diğer sözleşmelerinin belirli süreli hale getirilmesi gerekmektedir.

340 Öte yandan, sözleşmelerinde yer alan söz konusu yükümlülüklerin grup muafiyeti kapsamında olduğu görülmekle birlikte, Habaş'ın hakim durumda olması halinde söz konusu yükümlülüklerin, piyasadaki rekabeti kısıtlayabilecek nitelikte olduğu ve bu durumda söz konusu sözleşmelerin Kanun'un 6. maddesi kapsamında değerlendirilebileceği kabul edilmektedir.

² 8.7.2004 tarih 04-46/587-142 sayılı, 25.3.2004 tarih ve 04-22/231-48 sayılı Rekabet Kurulu kararları.

Bir başka deyişle, Habaş'ın ilgili pazarlarda hakim durumda olması, mevcut sözleşmeleri grup muafiyeti kapsamında çıkaracak ve söz konusu yükümlülüklerin Kanun'un 6. maddesi kapsamında değerlendirilmesini gerekli kılacaktır. Dolayısıyla bu aşamada hakim duruma ilişkin bulgulara aşağıda yer verilmektedir.

1.2.2. Habaş'ın İlgili Ürün Pazarındaki Konumuna İlişkin Tespitler

350

Habaş'ın faaliyet gösterdiği endüstriyel, medikal ve özel gazlar pazarlarında yer alan her bir gaz, kendi başına bir ilgili ürün pazarı oluşturabilecek ve bu gazlardan bazıları ise tedarik yöntemine göre de alt pazarlara ayrılacaktır. Dolayısıyla bu ilgili ürün pazarlarının tamamına ilişkin ayrıntılı bir incelemenin ve hakim durum analizinin önaraştırma sürecinde yapılmasına imkan bulunmamaktadır. Bu noktada, iktisadi analizlerde kullanılan ve bütünü görebilmek için ona ait örnek bir parçanın alınarak incelenmesi sistemi olan örnekleme yöntemine başvurulmasının daha doğru olacağı düşünülmüş ve bu pazarlardan dökme oksijen, dökme azot ve dökme argon pazarlarının seçilerek, incelemeye bu pazarlar üzerinden devam edilmesi, sağlıklı ve yeterli sonuçlara ulaşılabilmesi için zorunlu görülmüştür. İncelemeye söz konusu pazarların baz alınmasının nedenleri ise aşağıda açıklanmaktadır.

360

Habaş'ın 2003 yılından 2006 yılının 10 uncu ayına kadar olan dönemdeki endüstriyel, medikal ve özel gaz satışlarından elde ettiği cirolar incelendiğinde aşağıdaki tablo ortaya çıkmaktadır:

Tablo 1-Habaş'ın endüstriyel, medikal ve özel gaz satışlarından elde ettiği cirolar

GAZLAR	YILLAR			
	2003	2004	2005	2006 (10 ay)
Dökme Endüstriyel Gazlar Toplam Ciro (YTL)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Dökme Endüstriyel Gazların Toplam Ciro İçindeki Payı (%)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Tüplü Endüstriyel Gazlar Toplam Ciro (YTL)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Tüplü Endüstriyel Gazların Toplam Ciro İçindeki Payı (%)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Endüstriyel Gazlar Toplam Ciro (YTL)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Endüstriyel Gazların Toplam Ciro İçindeki Payı (%)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Medikal Gazlar (Dökme+Tüplü) Toplam Ciro (YTL)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Medikal Gazların Toplam Ciro İçindeki Payı (%)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Özel Gazlar Toplam Ciro (YTL)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Özel Gazların Toplam Ciro İçindeki Payı (%)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
TOPLAM CİRO	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)

370 Yukarıda yer verilmekte olan tablodan görüleceği üzere, söz konusu dönemde Habaş'ın toplam özel gaz satışlarından elde ettiği ciro toplam cirosunun yaklaşık %(...)üne, toplam medikal gaz satışlarından elde ettiği ciro ise toplam cirosunun yaklaşık %(...)ine tekabül ederken, Habaş'ın cirosunun %(...)’ini endüstriyel gaz satışlarından elde ettiği ciro oluşturmaktadır. Başka bir deyişle, endüstriyel gazlar Habaş'ın müşterilerine sunduğu ürün portföyü içerisinde en çok talep edilen ve kullanım alanları diğerlerine göre daha yaygın olan ürünler konumundadır. Ayrıca özel gazlar bakımından söz konusu ürünlerin değerlerinin yüksek olması sebebiyle önemli ölçüde ithalat imkanı bulunmakta ve hatta bir özel gaz olan helyum sadece ithalat yoluyla tüketicilere temin edilmektedir. Medikal gazlar bakımından ise bu gazlara ilişkin satışlarının Habaş'ın cirosunun oldukça az bir kısmını oluşturmasının yanı sıra dikkate alınması gereken husus, Habaş'ın söz konusu gazların satışının büyük bir kısmını (tüplü medikal gaz satışlarının yaklaşık %(...)’i ve dökme medikal satışlarının ise yaklaşık %(...)’ı) kamu kuruluşları tarafından açılan mal alım ihaleleri neticesinde gerçekleştirdiğidir. Bu tip ihaleler neticesinde yapılan satışlar açısından Habaş'ın sözleşme koşullarını belirleme imkanı bulunmamaktadır.

390 Bu bilgiler çerçevesinde Habaş'ın endüstriyel, medikal ve özel gaz pazarlarındaki gücü esas olarak endüstriyel gaz alanındaki ve öncelikle dökme endüstriyel gaz alanındaki faaliyetlerinden kaynaklanmaktadır. Zira elde edilen bilgiler incelendiğinde ilgili dönemde Habaş'ın endüstriyel gaz satışlarından elde ettiği cironun yaklaşık %(...)’inin tüplü endüstriyel gaz satışlarından, yaklaşık %(...)’ünün ise dökme endüstriyel gaz satışlarından oluştuğu görülmektedir. Habaş'ın her bir tüplü ve dökme endüstriyel gaz pazarında sahip olduğu paylar incelendiğinde ise, Habaş'ın en yüksek pazar paylarına dökme endüstriyel gazlardan dökme oksijen ve dökme azot pazarlarında sahip olduğu görülmektedir. Bu bağlamda incelemeye esas alınacak ürünlerin dökme endüstriyel gazlar arasından seçilmesi uygun görülmüştür.

400 Habaş'ın dökme endüstriyel gaz satışları dökme oksijen, dökme azot, dökme argon ve dökme karbondioksit satışlarından oluşmaktadır. Karbogaz'ın Linde AG tarafından devralınmasına ilişkin olarak hazırlanmış olan 4.7.2006 tarih ve 2006-3-77/Öİ-06-BG sayılı Birleşme/Devralma Ön İnceleme Raporu'nda yer verilen bilgilere göre Habaş, dökme karbondioksit pazarında %(...) oranında bir paya sahiptir. Dolayısıyla teşebbüsün bu pazarda hakim durumda olması ihtimali bulunmadığından, dökme karbondioksit gazını örneklem yöntemine esas alınacak ürünler arasından elemek mümkündür. Habaş'ın diğer dökme endüstriyel gazlar olan dökme oksijen, dökme azot ve dökme argon ürünlerine ilişkin satışlarının, Habaş'ın toplam cirosu içinde ve bu ürünlere ilişkin pazarlarda önemli ölçüde paya sahip olmasının yanı sıra, söz konusu ürünler Habaş'ın en fazla üretim kapasitesine sahip olduğu ürünlerdir. Ayrıca bu gazlar Habaş'a ilişkin şikayetlerde de ön plana çıkan ürünler konumundadır.

Yukarıda yer verilmekte olan bilgiler çerçevesinde, dökme oksijen, dökme azot ve dökme argon gazları hakim durum değerlendirmesine esas alınacaktır.

420 **I.2.3. Habaş'ın Dökme Oksijen, Dökme Azot ve Dökme Argon Pazarlarındaki Konumuna İlişkin Tespitler**

I.2.3.1. Dökme Oksijen, Dökme Azot ve Dökme Argon Pazarlarının Genel Yapısı

Hava yaklaşık olarak %78 oranında azot, %21 oranında oksijen ve %1 oranında da argon gazı ile çok düşük oranlarda diğer asal gazlardan (neon, kripton ve xenon gazları) oluşmaktadır. Atmosfer gazları olarak adlandırılan oksijen, azot ve argon gazları kriyojenik hava ayrıştırma teknolojisi ile havadan elde edilmekte olup, söz konusu gazların üretim süreci aşağıdaki şekilde özetlenebilir.

430 Hava ayrıştırma ünitesi adı verilen tesislerde kompresörlerle üniteye çekilen hava öncelikle filtreler yardımıyla temizlenmektedir. Sonrasında sıkıştırılan hava, çok düşük sıcaklık derecelerine kadar soğutulmuş sıvı hale dönüştürülmektedir. Sıvı hale dönüşen bu gaz karışımında bulunan her bir gaz farklı sıcaklık derecelerinde buharlaştığından her biri kendi saf halinde ayrıştırılabilmektedir. Bu süreç tamamen fiziksel bir süreç olup, kimyasal bir tepkime süreci içermemektedir.

440 Türkiye'de hava ayrıştırma ünitelerinde oksijen, azot ve argon üretimi gerçekleştiren en büyük üreticiler içerisinde demir-çelik sanayinde faaliyet gösteren firmalar bulunmaktadır. Söz konusu demir çelik üreticileri, özellikle demir çelik üretiminde yoğun bir biçimde kullanılan oksijen gazını sağlamak için üretim tesislerine hava ayrıştırma ünitesi kurarak oksijen, argon, azot üretimi yapmaktadır. Söz konusu üreticiler bu gazların ihtiyaç duydukları kadarını demir çelik üretimi sürecinde kullandıktan sonra, ihtiyaç fazlası üretimi piyasaya sunmaktadır. Ereğli Demir ve Çelik Fabrikaları T.A.Ş., Karabük Demir Çelik Fabrikaları A.Ş., İskenderun Demir Çelik Fabrikaları, Çebitaş Demir Çelik A.Ş., Kroman Çelik Sanayi A.Ş. gibi şirketler söz konusu demir çelik üreticilerine örnek teşkil etmektedir. Petkim Petrokimya Holding

450 A.Ş. gibi demir çelik sektörü dışındaki sanayi dallarında faaliyet gösteren ve kendi iç tüketimlerinde kullanmak üzere hava ayrıştırma ünitelerinde söz konusu gazların üretimini gerçekleştiren birçok firma bulunmaktadır.

Türkiye'de mevcut durumda oksijen, azot ve argon gazlarının üretimi ve satışını profesyonel olarak gerçekleştiren, başka bir deyişle, esas faaliyet alanı bu gazların üretimi ve satışı olan teşebbüsler ise Habaş, Karbogaz Karbondioksit ve Kurubuz Sanayi A.Ş.(Karbogaz) ve Birleşik Oksijen Sanayi A.Ş.(BOS)'dur³.

460 Kendi iç tüketimlerinde kullanmak üzere hava ayrıştırma ünitelerinde oksijen, azot ve argon gazları üretimi gerçekleştiren başta demir çelik üreticileri olmak üzere çok sayıda sanayi kuruluşunun olması ve bu kuruluşların ihtiyaç fazlası üretimlerini piyasaya sunmaları bir spot piyasanın oluşmasına yol açmıştır. Kullanım fazlası gazların bir atık ürün konumunda olması sebebiyle söz konusu kuruluşlar bu gazları piyasa koşulları ve maliyetlerini dikkate

³ 2003-2006 (10. ay) döneminde Messer Aligaz Sanayi Gazları A.Ş.(Messer Aligaz) söz konusu gazları üretmemiş, satın alma yoluyla tedarik etmiştir.

almaksızın piyasaya arz edebilmektedir. Ayrıca yakın zamana kadar devletin demir çelik ihracatını teşvik amacıyla çelik üretimine tanıdığı enerji teşvikinin, ark ocaklı tesislerdeki çelik üretiminde kullanılan oksijen gazının üretimi için de geçerli olması, demir çelik üreticilerinin oksijen, azot ve argon gazlarını standart sanayi elektrik tarifesi ile enerji kullanan profesyonel endüstriyel gaz üreticilerinden daha düşük maliyetle üretmelerine olanak sağlamıştır. Bu koşullar altında da ticari faaliyet alanı tamamen endüstriyel gazların üretimi ve satışı olmayan ancak anılan sanayi kuruluşlarının ihtiyaç fazlası olarak piyasaya sundukları oksijen, azot ve argon gazlarını satın alarak yeniden satışını gerçekleştiren çok sayıda aracı firma ortaya çıkmıştır.

İlgili pazarların genel yapısı ortaya konulduktan sonra, Habaş'ın bu pazarlarda hakim durumda olup olmadığının tespitine yönelik değerlendirmelere geçilebilecektir. Hakim durumun saptanmasında farklı yaklaşımlar olmakla birlikte, bu konuda kullanılan ölçütler niceliksel ölçütler ve niteliksel ölçütler olmak üzere iki bölüme ayrılabilir. İlgili işletmenin ve rakiplerinin pazar payları niceliksel, bu şekilde doğrudan sayısal verilerle ölçülememekle birlikte, bir işletmenin hakim durumda olup olmadığının belirlenmesinde dikkate alınan diğer bir kısım ölçütler ise niteliksel ölçütler olarak sınıflandırılmaktadır⁴.

Bir teşebbüsün ilgili ürün pazarında hakim durumda olup olmadığının tespitinde öncelikle dikkate alınan ölçütler, teşebbüsün ilgili ürün pazarındaki payı ile teşebbüsün ve rakiplerinin ilgili ürün pazarındaki görece pazar paylarıdır.

490

1.2.3.2. Habaş ve En Yakın Rakiplerinin İlgili Pazarlardaki Payları

Daha önce de değinildiği üzere, Türkiye'de endüstriyel ve medikal gazların satışı ana faaliyet konusunu oluşturan şirketler, Habaş, Karbogaz, BOS ve Messer Aligaz olup, bu şirketlerin 2003 yılından 2006 yılının 6 ncı ayına kadar olan dönemde ilgili ürün pazarları olan dökme oksijen, dökme azot ve dökme argon pazarlarında elde etmiş oldukları paylara ilişkin tablolara aşağıda yer verilmektedir:⁵

Tablo 2: Habaş ve rakiplerinin 2003 yılı itibarıyla ilgili ürün pazarlarındaki payları

Dökme Gazlar (kg)	Pazar Payları (%)				
	Habaş	Karbogaz	BOS	Messer Aligaz	Toplam
Oksijen	(...)	(...)	(...)	(...)	100
Azot	(...)	(...)	(...)	(...)	100
Argon	(...)	(...)	(...)	(...)	100

500 Tablodan görüldüğü üzere Habaş, 2003 yılı itibarıyla dökme oksijen, dökme azot ve dökme argon pazarlarında en yüksek pazar payına sahip teşebbüs konumundadır. Ayrıca teşebbüsün dökme oksijen ve dökme azot pazarlarındaki payları sırasıyla %(...) ve %(...) gibi oldukça yüksek seviyelerde seyretmektedir.

⁴ 17.8.1999 tarih ve 99-38/404-260 sayılı Rekabet Kurulu kararı

⁵ Tablolar hazırlanırken, demir çelik üreticileri gibi kendi iç tüketimleri için söz konusu gazları üreten şirketlerin piyasaya sundukları gaz miktarları ihmal edilmiştir. Bununla birlikte Habaş, BOS, Karbogaz ve Messer Aligaz da bu şirketlerin piyasaya arz ettikleri ihtiyaç fazlası gazların bir kısmını satın almaktadır. Dolayısıyla söz konusu ihtiyaç fazlası üretimin bir kısmı anılan teşebbüslerin satışları içerisinde yer almaktadır.

Tablo 3: Habaş ve rakiplerinin 2004 yılı itibarıyla ilgili ürün pazarlarındaki payları

Dökme Gazlar (kg)	Pazar Payları (%)				
	Habaş	Karbogaz	BOS	Messer Aligaz	Toplam
Oksijen	(....)	(....)	(....)	(....)	100
Azot	(....)	(....)	(....)	(....)	100
Argon	(....)	(....)	(....)	(....)	100

2004 yılına ait pazar payı verileri incelendiğinde Habaş'ın dökme oksijen pazarındaki payı biraz düşerken, dökme azot ve dökme argon pazarlarında küçük ölçüde bir artış meydana gelmektedir.

510

Tablo 4: Habaş ve rakiplerinin 2005 yılı itibarıyla ilgili ürün pazarlarındaki payları

Dökme Gazlar (kg)	Pazar Payları (%)				
	Habaş	Karbogaz	BOS	Messer Aligaz	Toplam
Oksijen	(....)	(....)	(....)	(....)	100
Azot	(....)	(....)	(....)	(....)	100
Argon	(....)	(....)	(....)	(....)	100

2005 yılına ait veriler incelendiğinde, Habaş'ın dökme oksijen pazarındaki payında biraz daha düşüş meydana geldiği, dökme azot pazarındaki payının hemen hemen aynı seviyede kaldığı, dökme argondaki payında ise %(....) oranında bir azalma meydana geldiği ve en yakın rakibi olan Karbogaz'ın pazar payını %(....)'a çıkararak Habaş'ın pazar payına önemli ölçüde yaklaştığı görülmektedir.

Tablo 5: Habaş ve rakiplerinin 2006 yılı itibarıyla ilgili ürün pazarlarındaki payları

Dökme Gazlar (kg)	Pazar Payları (%)				
	Habaş	Karbogaz	BOS	Messer Aligaz	Toplam
Oksijen	(....)	(....)	(....)	(....)	100
Azot	(....)	(....)	(....)	(....)	100
Argon	(....)	(....)	(....)	(....)	100

520

2006 yılının ilk 6 ayına ait pazar payı rakamları dikkate alındığında ise, Habaş'ın dökme oksijen pazarında bir artış görülmektedir. Ancak ilgili dönemde teşebbüsün dökme argon pazarındaki payındaki düşüş devam ederken, dökme azot pazarındaki payında da düşüş meydana gelmiştir.

530

Rekabet hukuku içtihadında pazar payı hakim durum analizinde öncelikle dikkate alınan ölçüt olmakla birlikte; hakim durumun tespiti için pazar payının hangi seviyede bulunması gerektiğine ilişkin kesin bir yargı bulunmamakta ve pazar payına ilişkin olarak farklı değerlendirmeler yapılmaktadır. Bu değerlendirmelerden ilkinde göre, teşebbüsün pazar payı %45-50 seviyelerinde ise ve pazarda söz konusu teşebbüsle hemen hemen eşit paya sahip başka bir teşebbüs mevcut değil ise, bu durum başka olgularla birlikte hakim durum karinesi olarak kabul edilir. Teşebbüsün pazar payının %65'i aşması durumunda ise ilgili pazarda önemli bir rakip bulunmuyorsa hakimlik karinesinin çürütülmesi oldukça zorlaşabilir. Bir başka değerlendirmeye göre, pazar payının %50 olması halinde diğer şartların araştırılması ile hakim durum değerlendirilmesi yapılabilmektedir⁶. Başka bir görüş ise, piyasa payının %40'tan daha fazla olduğu durumlarda birtakım niteliksel kriterlerin önem taşıyacağını ortaya koymaktadır.

⁶ 4.5.2004 tarih ve 04-32/377-95 sayılı Rekabet Kurulu kararı

540 Elde edilen pazar payı verileri dikkate alındığında, Habaş'ın dökme oksijen ve dökme azot pazarlarındaki payının oldukça yüksek ve en yakın rakibinin anılan pazarlardaki paylarının önemli ölçüde üzerinde olduğu görülmektedir. Bununla birlikte Habaş'ın söz konusu dönemde ilgili pazarlar olan dökme oksijen pazarındaki payında bir dalgalanma, dökme argon pazarındaki payında düzenli olarak ve dökme azot pazarında ise 2006 yılının 6 ncı ayı itibarıyla bir önceki yıla nazaran %(...) oranında bir düşüş gözlenmektedir. Habaş'ın dökme argon pazarındaki payı söz konusu dönemdeki pazar payı kayıpları neticesinde %(....)'den %(....)'e gerilemiş olup, Habaş'ın bu ilgili ürün pazarı bakımından en yakın rakibi konumundaki Karbogaz'ın pazar payı (550 %(....)) 2006 senesinin 6 ncı ayında Habaş'ın payına önemli ölçüde %(....)) yaklaşmıştır.

Daha önce de değinildiği üzere, hakim durum analizinde pazar payı gibi niceliksel kriterler, ilgili pazarın yapısal özelliklerini yansıtan bir takım niteliksel kriterlerle birlikte değerlendirildiğinde anlam kazanmaktadır. Kaldı ki Habaş'ın ilgili pazarlardaki payları, özellikle dökme oksijen ve dökme argon pazarları oldukça yüksek olmakla birlikte, teşebbüsün ilgili pazarlardaki paylarının seyri dikkate alındığında, ilgili pazarların yapısal özelliklerine ilişkin değerlendirmelerin sağlıklı sonuçlara ulaşmak bakımından gerekli olduğu (560 görülmektedir.

1.2.3.3. Finansal Güç, Teknolojik Üstünlük ve Marka Bağımlılığı

Dosyadaki bilgilere göre; Habaş'ın endüstriyel gazlar sektöründeki rakiplerinden Karbogaz, 2006 yılında Almanya merkezli Linde AG tarafından devralınmıştır. Linde endüstriyel, medikal ve özel karışım gazları üretim, dağıtım ve satışı faaliyetinin yanı sıra, hava ayırıştırma tesisi yapımı, forklift araçları ile depo malzemeleri üretimi de gerçekleştirmektedir. 2005 yılında 9,5 Milyar avroluk satış gerçekleştiren Linde, 55 ülkede faaliyet göstermekte ve (570 yaklaşık 1,5 milyon müşterisi bulunmaktadır. Pazar payının yüzde 11 seviyesinde bulunduğu global endüstriyel gaz pazarında Linde, Avrupa'ya yoğunlaşmakta ve yatırımlarını özellikle de Doğu Avrupa'ya doğru kaydırmaktadır⁷. 2006 yılında İngiltere'nin önde gelen endüstriyel gaz üreticisi ve dağıtıcısı olan BOC p.l.c.' yi devralan Linde, faaliyet gösterdiği ülke sayısını 85'e, hizmet verdiği müşteri sayısını da 3 milyona çıkararak endüstriyel gaz pazarının lideri durumuna gelmiştir. Yeni devralınan şirketlerle beraber 2007 yılında şirketin 20 milyar Euro hedefi bulunmaktadır⁸. Linde aynı yılın Temmuz ayında, dört yıldan bu yana devam eden görüşmeler sonucunda Karbogaz'ı devralmıştır. Bu devralmanın ardından Linde Gas İcra Kurulu Üyesi Rainer Schlicher, Karbogaz'ı devralmalarının nedeninin, şirketin her yıl komşu (580 ülkelere önemli miktarda endüstriyel gaz ihraç etmesi ve her yıl büyüyüp kar etmesi olduğunu ifade etmiştir.

Türkiye'de Messer Aligaz unvanlı bağlı şirketi aracılığıyla faaliyet gösteren Messer Group ise 100 yılı aşkın bir süredir endüstriyel, medikal ve özel

⁷ 1.8.2006 tarihinde www.hurriyet.com.tr internet sitesinde yer alan haberde, Linde Gas İcra Kurulu Üyesi Rainer Schlicher'in ifadeleri.

⁸ 2.8.2006 tarihinde www.hurriyet.com.tr internet sitesinde yer alan haberde, Linde Gas İcra Kurulu Üyesi Rainer Schlicher'in ifadeleri.

karışım gazlarının üretimini yapmaktadır. Mevcut durumda lojistik ve mühendislik alanlarında da faaliyetleri olan Messer, sınai gazlar alanında 33 ülkede faaliyet göstermektedir. 2005 yılı net satışları 575 milyon avro olan şirket⁹, bu satışların büyük çoğunluğunu Doğu Avrupa'da gerçekleştirmiştir. Ayrıca şirket'in 2008'e kadar 400 milyon avro yatırım hedefi bulunmaktadır.

BOS ise Türkiye'nin önde gelen gruplarından olan Koç Grubu bünyesinde faaliyet göstermekte olup, kuruluşunda dünyanın en büyük endüstriyel gaz üreticilerinden biri olan BOC plc ortak olarak yer almıştır.

Yukarıda yer verilmekte olan bilgiler dikkate alındığında, Habaş'ın finansal açıdan rakiplerine bir üstünlüğünün bulunmadığı görülmektedir. Rakip teşebbüslerin mevcut ya da eski ortaklarının bu alanda dünya çapında faaliyet göstermekte olan firmalar olduğu dikkate alındığında Habaş'ın teknolojik açıdan da rakiplerinden üstün olmadığı görülmektedir. Ayrıca raportörler tarafından müşterilerle yapılan görüşmelerde söz konusu şirketlerin sahip oldukları teknolojilerin birbirine yakın olduğu ifade edilmiş olup, Habaş'a bir marka bağlılığı olduğuna ilişkin bir bilgi elde edilmemiştir.

1.2.3.4. Dağıtım Ağı

Endüstriyel gazlar sektöründe faaliyet gösteren teşebbüsler dökme oksijen, azot ve argon satışlarını bayileri aracılığıyla değil, doğrudan gerçekleştirmektedir. Söz konusu gazlar, daha önce de değinildiği üzere, müşterinin tesisine dökme olarak tankerler vasıtasıyla ulaştırılmaktadır. Dolayısıyla bu noktada teşebbüslerin tanker filosunun büyüklüğü önem kazanmaktadır. Dosyadan edinilen bilgilere göre, dökme gaz nakliyesi için Habaş'ın (...), Karbogaz'ın (...) ve BOS'un (...) tankeri bulunmakta olup, Habaş'ın dağıtım ağı bakımından da rakiplerine bir üstünlüğünün bulunmadığı anlaşılmaktadır.

1.2.3.5. İlgili Pazarlardaki Kapasiteler

Habaş ve rakipleri Karbogaz ile BOS'un 2005 yılı itibarıyla kurulu kapasitelerine ve kapasite kullanım oranlarına aşağıda yer verilmektedir:

Tablo 6- İlgili Teşebbüsleri Kurulu Kapasiteleri ve Kapasite Kullanım Oranları

	HABAŞ		BOS		KARBOGAZ	
DÖKME GAZLAR	Kurulu Kapasite (kg/yıl)	Kapasite Kullanım Oranı(%)	Kurulu Kapasite (kg/yıl)	Kapasite Kullanım Oranı(%)	Kurulu Kapasite (kg/yıl)	Kapasite Kullanım Oranı(%)
Oksijen	(.....)	(...)	(.....)	(...)	(.....)	(...)
Azot	(.....)	(...)	(.....)	(...)	(.....)	(...)
Argon	(.....)	(...)	(.....)	(...)	(.....)	(...)

Yukarıda yer verilmekte olan tablolardan görüleceği üzere, sektördeki profesyonel üretici firmalardan BOS ve Karbogaz tam kapasiteyle çalışmaktadır. Her ne kadar Habaş'ın oksijen ve azot gazları bakımından fazla kapasitesi varmış gibi gözükse de Habaş tarafından gönderilen yazıda dökme oksijen, azot ve argon üretim kapasitesinin yaklaşık %(...)'unun eski model

⁹ Habaş'ın 2005 yılında endüstriyel gaz satışlarından elde ettiği ciro (.....) YTL'dir.

tesisler olduğu ve ancak arıza ve bakım zamanlarında çalıştırılmak üzere tutulduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla Habaş'ın da söz konusu gazlar bakımından kapasite kullanım oranının daha yüksek olması gerekmektedir.

630

Bununla birlikte, Habaş 2006 yılı başlarında Bilecik'te açılan yeni üretim tesisi ile dökme oksijen üretim kapasitesini (.....) kg/yıl'a, dökme azot üretim kapasitesini (.....) kg/yıl'a ve dökme argon üretim kapasitesini ise (.....) kg/yıl'a çıkarmış olup; teşebbüsün 2006'nın ilk 6 ayına ilişkin kapasite kullanım oranları dikkate alındığında teşebbüsün belli bir oranda kapasite fazlasına sahip olduğu görülmektedir. Bununla birlikte söz konusu dönemde BOS'un da bir azot sıvılaştırıcısı devreye alarak kapasitesini (...) ton/gün'e çıkardığı ve söz konusu gaz bakımından kapasite kullanım oranının %(...)'a düştüğü görülmektedir. Dolayısıyla söz konusu dönemde bu gaz bakımından BOS'un da belli bir ölçüde kapasite fazlasına sahip olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca dosyadaki bilgilere göre, Dünya Gazetesi'nin 8 Aralık 2005 tarihli ve Sıvılaştırılmış Petrol Gazı ve Endüstriyel Gazlar başlıklı ekinde yer alan bilgilerden, 2003 tahminlerine göre dünyada endüstriyel gaz pazarının hacminin 36.1 milyar dolara ulaştığı, 2008'de bu rakamın 51.9 milyar dolar olmasının ve dünyadaki bu gelişmelere paralel olarak Türkiye'de de endüstriyel gazların giderek daha çok kullanılmasının beklendiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla Habaş'ın sahip olduğu fazla kapasite miktarının piyasaya girişleri engelleyecek boyutta olmadığı görülmektedir. Kaldı ki, 2006 yılında BOS'un azot kapasitesini artırmasıyla birlikte teşebbüsün pazar payı %(...)'den %(...)'ye çıkarken, Habaş'ın payının aynı oranda düşmesi, teşebbüslerin kapasite yatırımı yaptıkları takdirde pazarda paylarını artırabildiklerini göstermektedir. Ayrıca raportörlerce yapılan görüşmelerde sektördeki büyük demir çelik tüketicilerinden bazılarının artan üretimlerine bağlı olarak yükselen dökme oksijen gazı ihtiyaçlarını karşılamak üzere yeni hava ayırıştırma tesisi kurma kararı aldıkları anlaşılmaktadır. Ayrıca BOS ve Karbogaz'ın Habaş'ın aksine, müşterilerine yerinde üretim tesisi kurmak suretiyle de hizmet verebildiği ve bu konuda da gerekli bilgi birikimi ve tecrübeye sahip oldukları dikkate alındığında, bu durum söz konusu şirketler için bir rekabet avantajı yaratabilecektir.

660

Her ne kadar yukarıdaki tabloda yer alan ilgili gazlara ilişkin üretim kapasiteleri incelendiğinde, Habaş'ın üretim kapasitelerinin her bir gaz bakımından Habaş'ın rakiplerinin sahip olduğu üretim kapasitelerinin oldukça üzerinde olduğu görülmekte ise de, Türkiye genelinde söz konusu gazlara ilişkin toplam kurulu kapasite içerisinde değerlendirildiğinde, Habaş'ın ilgili ürünlere ilişkin olarak sahip olduğu üretim kapasitesi önemini kaybetmemektedir.

670

İlgili ürünlerin dökme azot ve dökme argon gazların en büyük tüketicisi konumundaki teşebbüslerin birçoğu mevcut durumda kendi ihtiyaçlarını karşılamak üzere ve bir kısmı da oldukça yüksek kapasitelerde bu gazların üretimini gerçekleştirmekte olup; söz konusu teşebbüslerin 1999 yılı itibarıyla bu gazların üretimine ilişkin kapasitelerine aşağıda yer verilmektedir:

Tablo 7: Türkiye’de Hava Ayrıştırma Ünitesine Sahip Teşebbüslerin Endüstriyel Gaz Üretim Kapasiteleri (Kaynak: 8. Beş Yıllık Kalkınma Planı Kimya Sanayi ÖİK Raporu)

Ereğli Demir ve Çelik Fabrikaları A.Ş.	Oksijen	205.000.000 NM3/Yıl
	Azot	115.000.000 NM3/Yıl
	Argon	3.900.000 NM3/Yıl
İskenderun Demir Çelik	Oksijen	175.000.000 NM3/Yıl
	Azot	50.000.000 NM3/Yıl
Karabük Demir Çelik	Oksijen	80.000.000 NM3/Yıl
	Azot	17.000.000 NM3/Yıl
Petkim A.Ş.	Oksijen	62.000.000 NM3/Yıl
	Azot	190.000.000 NM3/Yıl
Türkiye Gemi Sanayi A.Ş.	Oksijen	3.250.000 NM3/Yıl
	Azot	1.800.000 NM3/Yıl
	Argon	36.000 NM3/Yıl
Ekinciler Demir ve Çelik Sanayi A.Ş.	Oksijen	25.000.000 NM3/Yıl
	Argon	250.000 NM3/Yıl
Çukurova Demir ve Çelik Sanayi A.Ş.	Oksijen	25.000.000 NM3/Yıl
Çebitaş A.Ş.	Oksijen	2.500.000 NM3/Yıl
İçdaş	Oksijen	40.000.000 NM3/Yıl
	Argon	1.000.000 NM3/Yıl
Kroman A.Ş.	Oksijen	6.500.000 NM3/Yıl
İzmir Demir Çelik Sanayi	Oksijen	4.000.000 NM3/Yıl
Yazıcılar A.Ş.	Oksijen	20.000.000 NM3/Yıl
Çolakoğlu A.Ş.	Oksijen	32.500.000 NM3/Yıl
Diler Çelik	Oksijen	20.000.000 NM3/Yıl
Türkiye Şişecam Fab. A.Ş.	Oksijen	25.000.000 NM3/Yıl
	Azot	50.000.000 NM3/Yıl

680 Söz konusu dönemde Habaş’ın kurulu kapasitesi oksijende 250.000.000 nm³, azotta 80.000.000 nm³ ve argonda 4.659.000 nm³ olup, sadece Ereğli Demir ve Çelik Fabrikaları A.Ş.’nin argon ve oksijen üretim kapasitesi Habaş’ın söz konusu gazlardaki kapasitesine yakın bir düzeyde, azot üretim kapasitesi ise Habaş’ın kapasitesinin üzerindedir.

1999 yılı itibarıyla Habaş’ın ilgili pazarlardaki toplam kurulu kapasite içerisindeki payı oksijen pazarında %25, azot pazarında %13 ve argon pazarında %44 dolayındadır.

690 Habaş tarafından gönderilen bilgilere göre, Habaş’ın üretim prosesi söz konusu gazları üreten firmaların sahip oldukları hava ayrıştırma tesislerinin kapasiteleri konusunda kesin bilgiler Habaş’ın elinde bulunmamakla birlikte, teşebbüs medyaya yansıyan ya da müşteri görüşmeleri neticesinde elde edilen bilgiler çerçevesinde bu firmaların kapasitelerinin aşağıdaki miktarlarda olduğunu tahmin etmektedir:

700 **Tablo 8- Hava Ayrıştırma Tesisi Sahibi Teşebbüslerin Mevcut Durumda Tahmini Kapasiteleri**

Demir Çelik Fabrikaları	KAPASİTELER (TON/YIL)		
	Oksijen	Azot	Argon
Ereğli Demir Çelik Fabrikaları	(.....)	(.....)	(.....)
İskenderun Demir Çelik Fabrikaları	(.....)	(.....)	(.....)
Karabük Demir Çelik Fabrikaları	(.....)	(.....)	(.....)
Kaptan Demir Çelik	(.....)	(.....)	(.....)
Kroman Demir Çelik	(.....)	(.....)	(.....)
İçdaş Demir Çelik	(.....)	(.....)	(.....)
Ekinciler Demir Çelik Sanayi	(.....)	(.....)	(.....)
Ege Çelik (Çukurova Çelik)	(.....)	(.....)	(.....)
Çebitaş	(.....)	(.....)	(.....)
Erege Demir Çelik	(.....)	(.....)	(.....)
Nursan Demir Çelik Sanayi	(.....)	(.....)	(.....)
İzmir Demir Çelik Sanayi	(.....)	(.....)	(.....)
Yazıcı Demir Çelik Sanayi	(.....)	(.....)	(.....)
Çolakoğlu Demir Çelik	(.....)	(.....)	(.....)
Diler Demir Çelik Sanayi	(.....)	(.....)	(.....)
DEMİR ÇELİK FİRMALARI TOPLAMI	(.....)	(.....)	(.....)
Diğer Firmalar	(.....)	(.....)	(.....)
Pektim A.Ş.	(.....)	(.....)	(.....)
Pendik Tersane Komutanlığı	(.....)	(.....)	(.....)
Türkiye Şişe ve Cam Fabrikaları	(.....)	(.....)	(.....)
DİĞER FİRMALAR TOPLAMI	(.....)	(.....)	(.....)
TOPLAM	(.....)	(.....)	(.....)

Dosyadaki bilgilere göre, yukarıdaki tabloda yer verilmekte olan bilgiler kesin olmamakla birlikte, söz konusu rakamlar Habaş'ın mevcut kapasitesinin toplam kurulu kapasite içerisindeki payının özellikle azot ve argon gazları bakımından önemli boyutlarda olmadığını ortaya koymaktadır.

710 Yukarıda yer verilmekte olan bilgiler ve söz konusu pazarlardaki en büyük tüketicilerin anılan teşebbüsler olduğu dikkate alındığında, Habaş ve rakiplerinin esasen sektördeki toplam talebin oldukça küçük bir kısmını karşıladıkları anlaşılmaktadır. Söz konusu pazarların bu yapısı, Habaş'ın hakim durumda bulunma ihtimalini zayıflatmaktadır.

1.2.3.6. Ekonomik Bağımlılık

720 Ekonomik bağımlılık hakim durum tespitinde dikkate alınan çok önemli bir kriter olup, bazı hallerde tek başına hakim durumun tespiti için yeterli görülebilmektedir. Ekonomik bağımlılık, müşterinin belli bir sağlayıcıya yeterli ve alternatif arz kaynaklarının olmaması nedeniyle bağımlı hale geldiği durumu ifade etmektedir. Bazı hallerde gerçek bir alternatif olsa dahi, müşterilerin ihtiyaçlarını karşılamaktan uzak olduğu için güçlü bir ekonomik bağımlılık ilişkisi ortaya çıkabilir¹⁰.

¹⁰ 23.8.2002 tarih ve 02-49/634-257 sayılı Rekabet Kurulu kararı

Raportörlerce (.....) yetkilileri ile yapılan görüşmede, Habaş'ın demir çelik sektöründe faaliyet gösteren müşterilerinin teşebbüse bu açıdan bir ekonomik bağımlılığı olduğu ileri sürülmüş ve aşağıda yer verilmekte olan hususlar dile getirilmiştir:

730 *"...Habaş sektördeki en yüksek kapasiteli şirket konumundadır. Söz konusu demir çelik üreticilerinin endüstriyel gaz üretmek için kullandıkları tesisler arıza ya da bakım gibi sebeplerle devre dışı kaldığı takdirde, sadece Habaş bu şirketlerin ihtiyaç duyduğu miktarda gazı şirketlere sağlayabilecek ölçüde bir kapasiteye sahiptir. Habaş da bu avantajını demir çelik şirketlerini kendisinden başka şirketlere argon gazı satmaları halinde, bu şirketlere herhangi bir ihtiyaç anında (demir çelik tesislerinin endüstriyel gaz üretim tesislerinin arıza sebebiyle durması gibi) gaz satmayacağını söylemek suretiyle kötüye kullanmaktadır..."*

1.2.3.6.1. Büyük Müşteriler Bakımından Ekonomik Bağımlılığın Mevcut Olup Olmadığına İlişkin Tespitler

740 Habaş'ın müşterilerinin teşebbüse ekonomik açıdan bağımlı olup olmadığının tespiti için konuyu inceleyen raportörlerce teşebbüsün en büyük yirmi müşterisi arasında yer alan bazı müşterileri ile görüşülmüş olup, söz konusu teşebbüs yetkililerinin konuya ilişkin açıklamalarına aşağıda yer verilmiştir.

Diler Holding A.Ş. Yönetim Kurulu Başkan Vekili ile yapılan görüşmede aşağıda yer verilmekte olan hususlar dile getirilmiştir:

750 *"...Mevcut durumda holding bünyesinde yer alan Yazıcı Demir Çelik arıza, bakım ya da yetersiz üretim gibi istisnai durumlarda ortaya çıkan endüstriyel gaz ihtiyacını bildiğim kadarıyla Habaş'tan temin etmektedir. Holding bünyesinde yer alan diğer bir şirket Diler Demir Çelik ise iki senedir başka bir firmayla çalışmaktadır. Söz konusu durumlarda ortaya çıkan gaz ihtiyacımız sektörde endüstriyel gaz üreticisi olarak faaliyet gösteren teşebbüslerden herhangi biri tarafından temin edilebilecek ölçülerdedir. Başka bir deyişle, hiçbir endüstriyel gaz üreticisine ekonomik bir bağımlılığımız söz konusu değildir. Hali hazırda her bir demir çelik fabrikamız için tek bir gaz üreticisi ile çalışmamızın temel sebebi, kendi hava ayrıştırma ünitemiz olması sebebiyle 760 belli durumlarda ortaya çıkan gaz ihtiyacımızın çok ciddi boyutlarda olmamasıdır. Geçmişte birden fazla gaz tedarikçisinden aynı anda gaz temin ettiğimiz olmuştur. Dilediğimiz gazı dilediğimiz endüstriyel gaz üreticisinden temin etmemizin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır."*

Türkiye Şişe ve Cam Fabrikaları A.Ş.'nin Cam Ev Eşyası Grubu Grup Malzeme Yönetim Müdürü tarafından aşağıdaki hususlar dile getirilmiştir:

770 *"...Bu sene dökme oksijen alımlarını Habaş ve BOS'tan yapmaktayız. Kırklareli fabrikamız için BOS'dan, diğer fabrikalar için ise Habaş'dan gaz temin etmekteyiz. Geçen sene ise Mersin ve Kırklareli fabrikamız için Habaş'dan, Denizli ve Eskişehir fabrikaları için ise Karbogaz'dan gaz tedarik etmiştik."*

780 *Son 3-4 yıldır Karbogaz ve BOS şirketleri de kapasitelerini artırmış olduklarından, bu bakımdan herhangi bir şirkete bağımlılık söz konusu değildir. Dökme oksijen alımlarımızı tek bir tedarikçiden yapmamızın sebebi aksi takdirde hangi teşebbüsten ne kadar gaz aldığımızı takip etmemizin zor olmasıdır. Bu uygulama sağlayıcı bakımından da makul bir uygulamadır. Zira sağlayıcı sözleşme süresince kendisinden gaz alınacağı düşüncesiyle daha düşük fiyat teklif etmektedir. Sağlayıcının taahhüt ettiği miktarı temin edememesi halinde ise başka bir tedarikçiden gaz almamızın önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır...”*

İskenderun Demir ve Çelik A.Ş.’nin Satınalma Genel Müdür Yardımcısı’nın konuya ilişkin açıklamaları aşağıdaki gibidir:

790 *“Teşebbüsümüz oksijen ihtiyacının büyük bölümünü kendi oksijen üretim tesislerinden karşılamaktadır. Yakın tarihte eski oksijen üretim tesislerimizin (bu tesislerde yapılan üretimin yüksek maliyetli olması sebebiyle) yerine yeni bir hava ayırışım ünitesi devreye almış bulunmaktayız. Ayrıca ikinci bir hava ayırışım ünitesi kurulması planlanmaktadır.*

800 *Oksijen ihtiyacımızı genellikle kendi yaptığımız üretimle karşılamamıza rağmen özellikle üretim artışına paralel olarak ya da arıza durumlarında endüstriyel gaz üreticilerinden oksijen, azot ve argon tedarik edebilmekteyiz. Böyle durumlarda gaz alımlarımızı ihale yöntemiyle ve söz konusu üreticileri yarıştırmak suretiyle gerçekleştirmekte ve en uygun fiyatı en uygun koşullarda temin eden üretici ile anlaşmaktayız. Mevcut durumda herhangi bir gaz üreticisiyle aramızda gaz satın alımına ilişkin bir anlaşma bulunmamakla birlikte; yakın zamana kadar Habaş’la gaz alımına ilişkin bir anlaşmamız mevcuttu. Habaş’la imzaladığımız bu 1,5 senelik sözleşmeden önce ise BOS ve Karbogaz’dan gaz temin etmekteydik. Çok istisnai durumlarda acil ihtiyaçların ortaya çıkması durumunda anlaşma yapmış olduğumuz tedarikçi haricindeki tedarikçilerden cüz’i miktarda (1-2 tankerlik) gaz temin ettiğimiz olmuştur...”*

Ekinciler Demir ve Çelik Sanayi A.Ş.’nin Ticaret Müdürü’nün ifadeleri ise aşağıdaki gibidir:

810 *“...Ancak 2004 yılından itibaren fabrikamızın yeniden devreye alınmasıyla gerçekleştirdiğimiz kapasite artışıyla birlikte hava ayırıştırma ünitemizde yapmakta olduğumuz oksijen üretimi ihtiyacımızı karşılamakta yetersiz kaldı ve profesyonel endüstriyel gaz üreticisi firmalardan gaz tedarik etme zorunluluğumuz ortaya çıktı. Bu dönemde endüstriyel gaz üreticisi firmalardan teklif aldık. Ancak talep ettiğimiz miktar oldukça yüksek olduğu için (ayda 800-900 ton civarında) o dönemde BOS bize istediğimiz miktarı sağlayamayacağını söyledi. Karbogaz’la iyi ilişkiler içerisinde olduğumuz halde, Karbogaz da o kadar yüksek bir miktarı bize garanti edemedi ve ayrıca teşebbüsün bize teklif ettiği fiyat da Habaş’ın teklif ettiği fiyata kıyasla yüksek kaldı. Dışarıdan gaz tedarik ettiğimizde nakliye önemli bir maliyet unsuru olarak ortaya çıkmakta olup söz konusu dönemde talep ettiğimiz miktarı karşılayabilmesi, sevkiyatlarının garantili olması ve fiyatlarının da diğer teşebbüslere nazaran düşük kalması nedeniyle Habaş’la anlaştık...”*

820

1 senelik olan söz konusu sözleşme sona erdiğinde yine talep ettiğimiz miktarı karşılayabilecek tek şirket olan Habaş'la anlaştık. Bununla birlikte yaptığımız görüşmeler neticesinde Habaş'tan istediğimize yakın bir fiyatla gaz temin edebildik...Mevcut durumda oksijeni kendi bünyemizde üretmenin önemli bir maliyet avantajı sağlayacak olması sebebiyle yeni bir hava ayrıştırma ünitesi kurmaya karar vermiş bulunmaktayız. Bu üretim gerçekleştiğinde endüstriyel gaz üreticilerinden gaz temin etmeye ihtiyaç duymayacağımızı tahmin etmekteyiz.”

830

Assan Demir ve Sac San A.Ş. Ticaret Başkan Yardımcısı tarafından dile getirilen hususlara aşağıdaki gibidir:

“...tesislerimizin dökme azot ihtiyacını mevcut durumda Habaş'dan karşılamaktayız. Geçmişte aynı anda hem Habaş, hem de Karbogaz'dan azot tedarik ettiğimiz olmuştur ancak fiyat avantajı sebebiyle Habaş'la çalışmaya devam ettik. Habaş'ı tercih etmemizin bir nedeni de Habaş'ın hizmet kalitesinin yüksek olması ve tesislerinin kendi üretim tesislerimize yakınlığının sağladığı nakliye maliyeti avantajıdır.

840

...Sınai gazlar sektöründe faaliyet gösteren teşebbüslerden sadece Habaş bütün azot ihtiyacımızı karşılayacak kapasiteye sahiptir. Azot ihtiyacımızı Habaş'tan karşılamadığımız takdirde, ihtiyaç duyduğumuz miktarı bölerek farklı farklı tedarikçilerden temin etmemiz gerekecektir. Bununla birlikte bu durumun şirketimiz bakımından Habaş'a ekonomik yönden bir bağımlılık anlamına gelmediğini düşünmekteyiz. Zira söz konusu şirketle anlaşamadığımız takdirde ihtiyacımızı bölerek diğer tedarikçilerden gaz temin edebileceğimiz gibi, kendi azot üretim tesisimizi de kurabiliriz...”

850

Nursan Metalurji Endüstrisi A.Ş.'nin Ticaret Müdürü ise kendisi ile yapılan görüşmede şu hususları dile getirmiştir:

“Teşebbüsümüzün kendi bünyemizde tüketilmek üzere oksijen ve azot üretimi gerçekleştiren hava ayrıştırma ünitesi bulunmaktadır. Ancak bu tesiste gerçekleştirmekte olduğumuz oksijen üretimi ihtiyacımızı karşılamadığından dışarıdan oksijen temin etmek durumundayız.

Mevcut durumda Habaş'tan oksijen satın almaktayız. Fabrikamız yeni faaliyete geçtiğinden daha önce herhangi bir tedarikçiden gaz satın almadık. Habaş'ın talebimizi karşılamakta yetersiz kaldığı bazı durumlarda İsdemir'den ve diğer bazı firmalardan da oksijen temin edebilmekteyiz (ancak bu oldukça düşük bir miktardır).

860

Habaş'tan oksijen almaya başlamadan önce diğer şirketlerden de teklif aldık. BOS'un fiyatı yüksek olduğu, Karbogaz'ın ise talebimizi karşılamakta yetersiz kaldı. Biz de hem talep ettiğimiz miktarı karşılayan hem de fiyatı düşük olan Habaş'la anlaştık...”

870

Yukarıdaki tutanak ifadelerinden görüleceği üzere, Habaş'ın en büyük tüketicileri arasında yer alan söz konusu teşebbüslerin yetkilileri, Habaş'a ekonomik yönden herhangi bir bağımlılıklarının bulunmadığını belirtmişlerdir. Ayrıca bu durumun, ihtiyacının tamamı sadece Habaş tarafından karşılanabilecek teşebbüsler bakımından dahi geçerli olduğu anlaşılmaktadır.

880 Zira söz konusu teşebbüslerin talep ettikleri gaz miktarını aynı anda birden fazla teşebbüsten gaz satın alarak temin etme imkanı bulunduğu gibi, hava ayrıştırma tesisi kurma imkanları da bulunmaktadır. Nitekim sektördeki en büyük tüketiciler konumundaki demir çelik üreticisi şirketlerinin tamamına yakınının hali hazırda kendi hava ayrıştırma tesislerinde söz konusu gazların üretimini gerçekleştirmekte ve bu şirketlerden bir kısmı üretimlerindeki artışlara bağlı olarak bu tesislerin yenilerini kurmayı planlamaktadır. Dolayısıyla Habaş'ın büyük dökme oksijen, dökme azot ve dökme argon müşterilerinin Habaş'a ekonomik yönden herhangi bir bağımlılığı bulunmamaktadır.

I.2.3.6.2. Küçük Müşteriler Bakımından Ekonomik Bağımlılığın Söz Konusu Olup Olmadığına İlişkin Tespitler

890 Dosyada yer verilmekte olan bilgiler dikkate alındığında, küçük ölçekli müşterilerin dahi, özellikle oksijen ve azot gazlarını kendi tesislerinde gerekli sistemleri kurmak suretiyle üretme imkanına sahip oldukları, bu durumun söz konusu gazların tedariki bakımından önemli bir alternatif arz imkanı yarattığı ve bu koşullar altında bu müşterilerin bile ekonomik açıdan Habaş'a herhangi bir bağımlılığının söz konusu olmadığı görülmektedir.

I.2.3.7. İthalat Olanakları

900 Hava ayrıştırma tesislerinde aynı üretim süreci sonunda elde edilen oksijen ve azot gazı miktarının argon miktarından fazla olması ve ünitenin depolama kapasitesinin dolması halinde üretim sürecinin durdurulmasının gerekmesi, aynı süreç sonunda gerçekleştirilen argon gazı üretiminin düşük seviyelerde gerçekleşmesine neden olmaktadır. Dolayısıyla endüstriyel gaz üreticisi firmaların gerçekleştirdiği argon gazı üretimi piyasadaki talebi karşılayamamaktadır. Genel olarak endüstriyel gazların ithalatının ve ihracatının, stok ve nakliyeye ilişkin zorluklar, söz konusu gazların en ufak ısı artışında havaya karışması ve özellikle tüpler içinde tedarik edildikleri zaman tütün, içinde depoladığı ürüne nazaran çok pahalı olması gibi sebeplerden dolayı oldukça sınırlı kabul edilmekle birlikte argon gazı arzındaki açık ithalat yoluyla giderilmektedir.

910 Ayrıca Karbogaz'ın çeşitli ülkelere düzenli olarak dökme karbondioksit ihraç etmektedir. Ayrıca teşebbüs 2004 ve 2005 yıllarında birer defaya mahsus olmak üzere dökme oksijen ihracatı gerçekleştirmiş, 2006 yılında toplam (...) ton dökme azot ihraç etmiştir. Dolayısıyla piyasa koşullarına bağlı olarak dökme oksijen ve dökme azot gazlarının ithal edilmesinin önünde fiili bir engel bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

I.2.3.8. Müşterilerden ve Rakiplerden Bağımsız Hareket Edebilme Gücü

920 Habaş tarafından müşterilerinin büyük bir çoğunluğunun İstanbul Sanayi Odasınca açıklanan 500 Büyük Sanayi Kuruluşu ve İkinci 500 Büyük Sanayi Kuruluşu içinde yer alan kuruluşlar olduğu ve bunların sektörlerinin büyük ve lider kuruluşları konumunda olmalarından hareketle tüm alımlarını ciddi rekabetçi koşullar altında yapmakta olduklarının bilindiği ve dolayısıyla

Habaş'ın kurumsal ve mali açıdan güçlü yapıdaki müşterilerinden bağımsız hareket etmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir.

İlgili pazarlardaki müşterilerin genelde büyük sanayi kuruluşları olmasının, söz konusu yazıda da belirtildiği üzere, bu kuruluşların Habaş karşısında sözleşme koşullarını belirleme bakımından pazarlık güçlerini artıracaktır. Ancak bundan daha da önemlisi, müşterilerin ihtiyaçları ile orantılı olarak kendi tesislerini kurma yeteneğine sahip olmasıdır. Bu durum Habaş'ın uyguladığı fiyatlar üzerinde rekabetçi bir baskı yaratacağı gibi, Habaş'ın müşterilerine bir takım sözleşme koşullarını dikte etme imkanını da ortadan kaldıracaktır.

Nitekim Habaş'ın müşterileri ile yapılan görüşmelerden Habaş'la çalışılmasının en önemli sebebinin Habaş'ın sözleşme konusu gazlar için en düşük fiyatı teklif eden şirket olduğu anlaşılmakta olup, bu durum Assan Demir ve Sac San A.Ş. gibi talep ettiği gaz miktarının tamamı sadece Habaş tarafından karşılanabilecek teşebbüsler bakımından da farklı değildir. Nitekim Assan Demir ve Sac San A.Ş. Ticaret Başkan Yardımcısı tarafından aşağıda yer verilmekte olan ifadeler dile getirilmiştir:

“...tesislerimizin dökme azot ihtiyacını mevcut durumda Habaş'dan karşılamaktayız. Geçmişte aynı anda hem Habaş, hem de Karbogaz'dan azot tedarik ettiğimiz olmuştur ancak fiyat avantajı sebebiyle Habaş'la çalışmaya devam ettik...”

...Habaş da her zaman için pazarlık aşamasında uzlaşmacı bir tavır sergilemiş ve herhangi bir hususu dikte etmeye çalışmamıştır...”

Ayrıca müşterilerin, özellikle de talebin önemli kısmını oluşturan müşterilerin ilgili ürünleri üretmek üzere kendi tesislerini kurabildikleri bir pazar yapısı içerisinde Habaş, üretim miktarını da müşterilerinden bağımsız olarak belirleme gücüne sahip değildir.

Yukarıda ayrıntılı olarak incelendiği üzere, Habaş'ın teknolojik üstünlük, dağıtım ağı, finansal güç gibi yönlerden rakiplerine önemli bir üstünlüğünün olmadığı dikkate alındığında, Habaş'ın rakiplerinden de bağımsız olarak hareket etme gücüne sahip olmadığı görülmektedir. Nitekim yukarıda yer verilmekte olan tutanaklardan da görüldüğü üzere Habaş'ın en büyük müşterileri dahi, daha önce Habaş'ın rakiplerinden gaz temin etmiş ya da mevcut durumda farklı tesisleri için rakip tedarikçilerden gaz temin etmektedir. Ayrıca 2003 yılından 2006 yılının 6 ncı ayına kadar olan dönemde Habaş'ın payında bir gelişme olmadığı, dökme oksijen pazarındaki payında 2006 yılına kadar ve dökme argon pazarındaki payında sürekli ve düzenli olarak bir düşüş yaşandığı, dökme azot pazarındaki payında ise 2006 yılının ilk 6 ayı içerisinde %10 civarında bir düşüş gerçekleştiği görülmektedir.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinde hakim durum “Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü” olarak tanımlanmaktadır. Yukarıda yer verilmekte olan bilgi ve bulgular

işığında, Habaş'ın incelemeye konu dökme oksijen, dökme azot ve dökme argon pazarlarında hakim durumda bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

J. SONUÇ

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre;

1. Habaş'ın incelemeye konu ilgili pazarlarda hakim durumda olmadığına,
2. Habaş'ın bayileri ile imzaladığı "Sınai ve Tıbbi Gazlar Bayilik Sözleşmesi ve Genel Şartnamesi" ve müşterileri ile imzaladığı sözleşmelerde yer alan rekabet etmeme yükümlülükleri ile Habaş ve Ekinciler Demir ve Çelik Sanayi A.Ş. arasındaki "Sıvı Oksijen ve Sıvı Argon Alım-Satım Sözleşmesi"nin 1.2. maddesinde Ekinciler Demir ve Çelik Sanayi A.Ş.'ye getirilen teşebbüsün kendi kullanımı dışında kalan üretim fazlası sıvı oksijen ve sıvı argon üretiminin tamamını Habaş'a satmasına yönelik yükümlülüğün 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği ile sağlanan grup muafiyeti kapsamında olduğuna, söz konusu yükümlülüklerin Habaş Sınai ve Tıbbi Gazlar İstihsal Endüstrisi A.Ş.'nin incelemeye konu ilgili pazarlarda hakim durumda olmaması nedeniyle kötüye kullanma hali olarak değerlendirilemeyeceğine, bu nedenle soruşturma açılmasına gerek olmadığına,
3. Bununla birlikte Habaş'ın sözleşmelerinin, belirsiz süreli olmaları halinde, bu sözleşmelerde yer alan rekabet etmeme yükümlülükleri nedeniyle 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamı dışına çıkacağı dikkate alındığında, teşebbüsün sözleşmelerini belirsiz süreli kılacak nitelikteki hükümlerini anılan Tebliğ'e uygun olarak değiştirmesi gerektiğinin Habaş'a bildirilmesine

OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.