

BU KARAR DANISTAY 13.DAIRESI'NCE IPTAL EDILMISTIR. REKABET KURULU'NUN AYNIKONUVA ILISKIN 01.12.2005 TARİH VE 05-80/1106-317 NOLU KARARINA İNTERNET SAYFAMIZDAKI KARAR ARAMA BÖLÜMÜNDEN ERİŞEBİLİRSİNİZ.

Rekabet Kurumu Başkanlığından,
REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı :D3/1/H.S.-01/3 (Soruşturma-Nihai Karar)

Karar Sayısı :02-49/634-257

Karar Tarihi :23.08.2002

Dosya Konusu :Karbogaz Karbondioksit ve Kurubuz San. A.Ş.'nin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'u ihlal edici nitelikte hükümler içeren sözleşmeler akdederek ilgili pazarda rekabeti ortadan kaldıracı faaliyetlerde bulunduğu iddiası ile açılan soruşturma sonucu verilen nihai karardır.

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

İl. Başkan : Dr. Kemal EROL

Üyeler : İsmet CANTÜRK, Nejdet KARACEHENNEM, Kubilay ATASAYAR, Murat GENCER, Mustafa PARLAK, Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ, Rıfki ÜNAL.

B. SORUŞTURMA HEYETİ

Başkan : Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ

Raportörler : Yaşar TEKDEMİR, Alper KARAKURT

C. ŞİKAYET EDEN : Şikayetçinin talebi üzerine gizli tutulmuştur.

D. HAKKINDA SORUŞTURMA YAPILANLAR:

Karbogaz Karbondioksit ve Kurubuz San. A.Ş.

Söğütlü Çeşme Cad. No:87 Aytemiz İş Merkezi 81320
Kadıköy/İSTANBUL

Karbogaz Karbondioksit ve Kurubuz San. A.Ş. Temsilcisi: Av. Timuçin YENİARAS

Bahariye Cad. Ali Suavi Sokak
No:4/3 81310 Altıyol-Kadıköy/İSTANBUL

E. İDDİALARIN ÖZETİ

Şikayet dilekçesinde özetle; likit karbondioksit pazarında faaliyet gösteren Karbogaz Karbondioksit ve Kurubuz San. A.Ş. (Karbogaz A.Ş.)'nin, müşterileriyle yaptığı uzun süreli münhasır sözleşmelerle rekabeti bozucu faaliyetlerde bulunduğu belirtilerek, ilgililer hakkında gerekli işlemlerin yapılması ve ayrıca, şikayetçinin kimliğine ilişkin bilgilerin gizli tutulması talep edilmiştir.

F. DOSYA EVRELERİ

Kurum kayıtlarına 23.5.2001 tarih ve 2159 sayı ile intikal eden şikayet dilekçesine ilişkin Rekabet Kurulu'nun 24.7.2001 tarih ve 01-36 sayılı toplantısında önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir.

Rekabet Kurulu'nun bu kararı gereğince, 17.9.2001 tarihinde başlatılan önaraştırma süreci sonucunda düzenlenen 15.10.2001 tarihli önaraştırma raporu Kurul'un 23.10.2001 tarihli toplantısında görüşülmüştür. Kurul söz konusu raporu değerlendirerek, 23.10.2001 tarih ve 01-51/516-M sayılı kararında;

- Karbogaz A.Ş. tarafından yapılan münhasır tedarik sözleşmeleri ve münhasır dağıtım sözleşmelerinin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırı hükümler içerdiğine ilişkin tespitlerin ve önaraştırma bulgularının ciddi ve yeterli olduğu kanaatine varılarak yapılan görüşmeler sonucunda, Karbogaz A.Ş. hakkında aynı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına;
 - Karbogaz Karbondioksit A.Ş.'nin ilgili ürün pazarı olan likit karbondioksit pazarında hakim durumda olduğu ve yaptığı uzun dönemli münhasır sözleşmeler yoluyla ve diğer eylemleriyle bu hakim durumunu kötüye kullanarak Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiği yönündeki iddiaların ve önaraştırma bulgularının ciddi ve yeterli olduğu kanaatine varılarak yapılan görüşmeler sonucunda, Karbogaz A.Ş. hakkında aynı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına,
- karar vermiştir.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 43/2. maddesi uyarınca Kurulun soruşturma kararı hakkında Karbogaz A.Ş.'ye 6.11.2001 tarih ve 2978 sayılı yazı ile bildirim yapılmış ve tarafın ilk yazılı savunması alınmıştır.

Rekabet Kurulu'nun 16.4.2002 tarih ve 02-24/255-M sayılı Kararı ile, soruşturmanın süresi Kanun'un 43/1. maddesi uyarınca 1 ay uzatılmıştır. Soruşturma Heyeti tarafından hazırlanan 23.5.2002 tarih ve SR/02-6 sayılı Soruşturma Raporu Kanun'un 45. maddesi uyarınca Karbogaz A.Ş.'ye tebliğ edilmiştir. Soruşturma Raporunun tarafa tebliğ edilmesini takiben 20.6.2002 tarih ve 2719 sayı ile Kurum kayıtlarına giren II. yazılı savunma hakkında hazırlanan Ek Görüş 5.7.2002 tarihinde ilgili tarafa tebliğ edilmiş ve işbu ek görüşe ilişkin III. Yazılı savunması 29.7.2002 tarih ve 3359 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir. Adı geçen teşebbüs sözlü savunma talebinde bulunmamıştır. Bu çerçevede tarafın III. yazılı savunmasının Kurum kayıtlarına intikal ettiği 29.7.2002 tarihinde soruşturma safhası sona ermiştir.

Yürütülen soruşturmaya ilişkin olarak, Kurul 23.8.2002 tarih ve 02-49/634-257 sayılı toplantısında Kanun'un 48. maddesi uyarınca nihai kararını vermiştir.

G. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili raporda;

1. Karbogaz A.Ş.'nin bayileriyle yaptığı dağıtım sözleşmelerine ilişkin olarak;

1.1. Bu sözleşmelerin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırı hükümler içermesi nedeniyle, Karbogaz A.Ş.'ye aynı Kanun'un 16. maddesi ikinci fıkrası uyarınca para cezası verilmesi gerektiği,

1.2. Ancak ceza miktarının belirlenmesinde, aykırı hükümlerin uygulanmadığının göz önünde bulundurulması gerektiği,

1.3. Bu sözleşmeler, içerdikleri aykırı hükümler nedeniyle bildirim tabi olduğu, ancak hiçbirisinin bildirilmediğinin tespit edildiği, bu nedenle söz konusu dağıtım sözleşmeleri için Karbogaz A.Ş.'ye 4054 sayılı Kanun'un 'İdari Para Cezaları' başlıklı 16. maddesi (c) bendi uyarınca ve şirket yönetim kurulu üyelerine aynı maddenin 3. fıkrası uyarınca para cezası verilmesi gerektiği,

1.4. Bu dağıtım sözleşmelerinin, söz konusu aykırı hükümlerinin sözleşmelerden çıkartılması koşuluyla, 1997/4 sayılı Grup Muafiyet Tebliğ kapsamında 4. maddenin getirdiği yasaklamadan grup olarak muaf tutulabileceği,

2. Karbogaz A.Ş.'nin doğrudan alıcı konumundaki müşterileriyle yaptığı tedarik sözleşmelerine ilişkin olarak;

2.1. Münhasırlık öngören hükümler ve bu hükümleri güçlendirecek nitelikte hükümler içeren tedarik sözleşmelerinin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında hukuka aykırı olduğu;

2.2. Söz konusu sözleşmelerin bildirim tabi sözleşmeler olduğu ancak hiçbirisinin bildirilmediğinin tespit edildiği; bu nedenle söz konusu münhasır tedarik sözleşmeleri için Karbogaz A.Ş.'ye 4054 sayılı Kanun'un 'İdari Para Cezaları' başlıklı 16. maddesi (c) bendi uyarınca ve şirket yönetim kurulu üyelerine aynı maddenin 3. fıkrası uyarınca para cezası verilmesi gerektiği,

2.3. İlgili ürün pazarında hakim durumda olan Karbogaz A.Ş.'nin özellikle 1997 yılından beri bilinçli olarak yapmış olduğu uzun süreli münhasır tedarik sözleşmeleri yoluyla ve diğer eylemleriyle pazara giriş engeli yarattığı, bu yolla pazardaki rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırdığı ve bu nedenle söz konusu eylem ve işlemlerin 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi anlamında hakim durumunu kötüye kullanılması olarak değerlendirilmesi gerektiği,

2.4. Karbogaz A.Ş.'ye bu eylem ve işlemleri sebebiyle, aynı Kanun'un "Para Cezaları" başlıklı 16. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, para cezası verilmesi gerektiği,

2.5. Ceza miktarının belirlenmesinde, Karbogaz A.Ş.'nin eylem ve işlemlerinin pazara giriş engeli yaratması sebebiyle ortaya çıkan ihlalin ağırlığı ve pazardaki etkileri ve ayrıca 1997 yılından beri devam ediyor olması nedeni ile ihlalin süresinin dikkate alınması gerektiği;

2.6. İlgili ürün pazarında rekabetin korunması ve geliştirilmesi için tedarik sözleşmelerine ilişkin olarak getirilmesi önerilen düzenlemeler çerçevesinde;

- sözleşmelerde yer alan münhasırlık hükümlerinin teknik olarak müşterinin ikinci bir sağlayıcı ile çalışması mümkün ise bunu engelleyecek şekilde uygulanmaması için gerekli düzenlemelerin yapılması,
- tedarik sözleşmelerinde müşterinin tüketim taahhüdünün oran olarak değil belirli bir rakam olarak belirlenmesi gerektiği;

- tedarik sözleşmelerinin münhasır olması veya konusu itibariyle müşterinin ihtiyacının fiilen en az %50'sinden fazlasını Karbogaz A.Ş.'dan temin etmesini öngörmesi durumunda, sözleşme sürelerinin 1 yıl ile sınırlandırılması,
- sözleşmelerdeki münhasırlık hükümlerinin, müşterinin gelecekte kurulacak tesislerini kapsamayacak şekilde yeniden düzenlenmesi ve "Karbogazın Öncelik Hakkı" başlıklı maddenin kaldırılması gerektiği,
- bir müşteri ile yapılan sözleşmede yer alan "sadece yurt dışından" ifadesinin ve bir diğer büyük müşteri ile yapılan sözleşmede yer alan "fiyat gözden geçirme hükmü"nü'nün sözleşmeden kaldırılması gerektiği,
- Karbogaz A.Ş.'nin tedarik sözleşmeleri bakımından getirilmesi önerilen bu düzenlemelerin aynı şekilde pazarda faaliyet gösteren diğer teşebbüslere de uygulanması gerektiği,

3. Gerek dağıtım sözleşmeleri gerekse tedarik sözleşmelerinde yapılması öngörülen değişikliklerin Kurul tarafından belirlenecek makul bir süre içerisinde Karbogaz tarafından yerine getirilmesinin pazardaki rekabetin korunması ve geliştirilmesi bakımından büyük önem taşıdığı,

4. Soruşturma Heyeti tarafından talep edilen bilgileri süresi içinde göndermeyen teşebbüslere Kanun'un 16. maddesi (b) bendi uyarınca ceza verilmesi ve bu teşebbüslerin yönetim kurulunda yer alan gerçek kişilere bu cezanın yüzde 10'una kadar ceza verilmesi gerektiği;

İfade edilmektedir.

H. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H.1. İLGİLİ PAZAR

a. İlgili Ürün Pazarı

İlgili ürün pazarı belirli bir ürün ve onunla yüksek ikame edilebilirliği olan ürünlerden oluşur. Bir malın diğer bir malla aynı pazarda sayılabilmesi için bu iki ürünün tüketici gözünde nitelikleri, kullanım amaçları ve fiyatları bakımından benzer olması gerekir. Karbondioksit gazı temel olarak dört alanda kullanılmaktadır. Bunlar gazlı içecek, gıda sektöründe soğutma, sanayide kaynak altı gazı ve demir-çelik sektöründe soğutma amaçlıdır.

Karbondioksit en çok gazlı içecek sektöründe kullanılmaktadır ve gazlı içeceklerin üretiminde kullanılan sıvı karbondioksit; ferahlık vermesi, raf ömrünü uzatması, mikrobik unsurları yok etmesi gibi sebepler nedeniyle vazgeçilmez bir bileşendir. Yapılan incelemeler neticesinde karbondioksit gazının bu sektör için zorunlu olduğu ve ayrıca karbondioksit yerine kullanılacak yakın ikame malların bulunmadığı tespit edilmiştir. Gıda sektöründe kullanılan sıvı karbondioksit, likit fazdan buhar faza geçerken ortamdan ısı almaktadır. Bu geçiş aşamasında ortamın ısı -70 C° ye kadar düşmektedir. Gıda sektöründe faaliyette bulunan firmalar işleme tabi tutacakları ürünün ısını istenilen dereceye indirmek için (örneğin et için -3 C°)

likit karbondioksit kullanmakta ve bu sayede hem ürünün işlenmesini kolaylaştırmakta hem de ürünün raf ömrünü uzatmaktadır. Soğutma amaçlı kullanılan karbondioksit yerine azot gazı da kullanılabilir. Bunun nedeni olarak azot gazının faz değiştirme aşamasında reaksiyon vermemesi ve bu sayede ürünün üzerinde istenmeyen etkilerin oluşmaması gösterilmektedir. Ancak azottan elde edilen verimin oldukça düşük olması ve daha da önemlisi fiyatının karbondioksite nazaran daha yüksek olması (%30 civarında) sebepleriyle azot tercih edilmemektedir. Kaynak pazarında faaliyet gösteren firmaların büyük çoğunluğu, (%80' ine yakını) kaynak yapımında kullandığı gazların içerisinde kaynağın niteliğine göre %5/12/20 oranlarında değişen miktarlarda karbondioksit kullanmaktadır. Karbondioksit, demir-çelik sektöründe soğutma amacıyla kullanılan suyun içerisinde bulunan ve çökelti sonucu suyun dolaşımını gerçekleştiren sistemin tıkanmasına yol açan zararlı çözeltilerin ayrıştırılması amacıyla kullanılmaktadır. Karbondioksit yerine asitin de kullanılması mümkün ise de metal su dolaşım sistemine zarar vermesi sebebiyle genel olarak kabul görmemektedir.

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, karbondioksitin kullanıcıları nazarında vazgeçilmez olması ve kullanım alan ve amaçları bakımından diğer kimyasallarla ikame edilememesi dikkate alınarak ilgili ürün pazarı *likit karbondioksit pazarı* olarak tespit edilmiştir.

b. İlgili Coğrafi Pazar

İlgili ürün pazarında faaliyet gösteren firmaların karbondioksit satış ve dağıtımını ülke çapında yapmalarından dolayı söz konusu işlemin etkilerinin dikkate alınacağı coğrafi pazar, "Türkiye Cumhuriyeti Sınırları" olarak kabul edilmiştir.

H.2. HAKKINDA SORUŞTURMA YAPILAN TARAF: Karbogaz Karbondioksit ve Kurubuz San. A.Ş. (Karbogaz A.Ş.)

Karbogaz A.Ş. 1981 yılında kurulmuş olup, 1986 yılında Denizli-Kızıldere Jeotermal Santrali'nin bacasından atılan ham gazı kullanarak sıvı karbondioksit ve kurubuz üretimine başlamıştır. Karbogaz A.Ş. kuruluşundan beri bir Türk-Amerikan ortaklığı şeklinde örgütlenmiş ve hisselerinin %51'i Türk ortaklara, %49'u Praxair Inc. (Danbury-New York) şirketine aittir. Praxair Inc. sınıai gaz üretimi alanında 44 ayrı ülkede faaliyet göstermekte olup, dünyanın ilk üç büyük gaz firması arasında yer almaktadır.

H.3. YAPILAN TESPİTLER VE DELİLLER

H.3.1. Likit Karbondioksit Pazarının Aksaklığı

Likit karbondioksit pazarında rekabetin tesisi ve geliştirilmesinde doğrudan alıcı konumundaki müşteri tercihleri çok önemlidir. Bu pazarda rekabet edebilmenin en temel koşulu bu alıcı grubuna ulaşmaktır. Bu açıdan, karbondioksit sektöründe rekabetçi yapının tesis edilmesi, esas olarak müşterilerin tercihlerini serbestçe yapabilme imkanına sahip olmalarına bağlıdır. Karbondioksit dünyada pek çok

kullanım alanına sahipken ülkemizde daha sınırlı sayıda alanda kullanılmaktadır. Ülkemizde karbondioksitin en çok kullanıldığı alan gazlı alkolsüz içecek üretimidir. Ayrıca alkollü bir içecek olan bira üretiminde de kullanılmaktadır. Gazlı alkolsüz içecek sektöründeki teşebbüsler en büyük karbondioksit alıcılarıdır. Karbondioksit gazının bu sektör bakımından önemli bir özelliği vardır. Bu özellik aynı zamanda piyasadaki rekabet koşullarının tesis edilmesi bakımından önemli bir aksaklık kaynağı olarak da değerlendirilebilir. Karbondioksit bir yandan üretiminde kullanıldığı nihai ürün bakımından olmazsa olmaz bir girdi iken, diğer yandan bu nihai ürünlerin üretim maliyetleri içerisinde %1-2 gibi düşük düzeylerde bir yere sahiptir. Bu çerçevede, karbondioksit müşterisi olan gazlı içecek üreticileri için sürekli ve kaliteli karbondioksit sağlama kaygısı fiyatın önüne geçmektedir.

Gazın hassas bir madde olması ve kullanılan standart dışı bir gazın nihai ürünü bozma tehlikesinin bulunması nedeniyle, karbondioksit müşterilerinin fiyatı yüksek dahi olsa kaliteli ve sürekli mal tedarik eden bir sağlayıcı dışında alternatif sağlayıcılara yönelme riskini göze alması kolay değildir. Müşterilerin bu hassasiyeti karbondioksit sektöründe müşteri-sağlayıcı ilişkilerini daha da sıkılaştırmakta ve müşterinin sağlayıcıya olan ekonomik bağımlılığı artmakta ve müşteri, sağlayıcı isteklerini daha fazla müzakere ihtiyacı duymadan kolayca kabul edebilmektedir. Bu koşullarda sağlayıcı teşebbüsün, müşterisini münhasır anlaşma yoluyla kendine bağlaması ve alternatif sağlayıcılardan mal tedarik etmesini engellemesi kolaylaşmaktadır. Bu çerçevede, müşterilerin uzun süreden beri çalıştıkları bir sağlayıcıdan başka bir sağlayıcıya geçişkenliği güçleşmektedir. Sektörün bu kendine özgü niteliği pazara girmek isteyen teşebbüsler bakımından önemli bir aksaklık olarak değerlendirilmiştir.

H.3.2. Karbogaz A.Ş.'nin İlgili Ürün Pazarındaki Durumuna İlişkin Tespitler

Karbogaz A.Ş.'nin ilgili ürün pazarındaki konumunu ya da bir başka deyişle hakim durumda olup olmadığının belirlenmesi Karbogaz A.Ş.'nin eylem ve işlemlerinin değerlendirilmesi bakımından önemlidir. 4054 sayılı 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. Hakim durumun varlığı için bağımsızlık ve buna bağlı olarak rekabeti önemli ölçüde önleme gücü en önemli koşul olarak değerlendirilmektedir. Ancak burada mutlak bir bağımsızlık olması gerekmemektedir ve bu nedenle bir teşebbüsün hakim durumda olduğu pazarda rekabetin tamamen ortadan kalkması bir zorunluluk değildir. Hakim durumun varlığı için söz konusu pozisyonun, *o pozisyona sahip teşebbüse rekabetin gelişeceği koşulları belirleme ya da bu koşullar üzerinde önemli ölçüde etkiye sahip olma* imkanı vermesi yeterlidir. Hakimiyetin pazarın yapısına göre yeteri kadar uzun süre devam etmesi gerekmektedir. Genellikle bu süre, firmanın pazardaki rekabet koşullarını etkileyebilmesi ve değiştirebilmesi için gereken süredir.

Karbogaz A.Ş.'nin karbondioksit pazarında hakim durumda olup olmadığını belirlemek için belirli kriterler dikkate alınmıştır. Bu kriterler çerçevesinde, özellikle pazara yeni girişlerin başladığı 1997 yılı öncesinden başlayarak günümüze kadar

olan süreçte Karbogaz A.Ş.'nin ilgili ürün pazarındaki konumuna ilişkin yapılan tespit ve değerlendirmelere aşağıda yer verilmiştir.

H.3.2.1. Pazar Payı

Bir teşebbüsün ilgili ürün pazarında hakim durumda olup olmadığının tespitinde öncelikle dikkate alınan kriter teşebbüsün pazar payıdır. 4054 sayılı Kanun'a mehz teşkil eden Avrupa Topluluğu rekabet hukuku içtihadında, her bir olay bazında farklı bir pazar payı diğer kriterler ile birlikte hakim durumun tespiti için yeterli bulunmuştur. Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD), *Hoffman La Roche* davasında ayrı ayrı pazarlar oluşturan çeşitli vitamin pazarlarında sırasıyla yüzde 93, 84, 75, ve 65'lik pazar paylarının hakim durumu belirlemede önemli bir delil olduğunu, *Michelin* davasında yüzde 57-65 arası pazar paylarının hakim durumu tespitinde yeterli olduğunu kabul etmiş ve *AKZO* davasında %50'nin üzerindeki pazar payının hakim durum yaratacak güçte olduğu sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme, *United Brands* davasında, ilgili pazarda rakiplerin gücünü de hesaba katarak %45'lik payın hakim durum yaratmak için yeterli olduğu sonucuna ulaşmıştır. Her ne kadar tek başına belirli eşiğin üzerinde olan pazar payı hakim durumun varlığını ispatlayan önemli bir gösterge olarak kabul edilse bile, nihai değerlendirmenin sağlıklı olması başka kriterlerin de dikkate alınmasına bağlıdır.

İlgili ürün pazarı olan likit karbondioksit pazarında faaliyet gösteren firmalar arasında 1996 yılında yerli olarak üretilen karbondioksitin %.....lik bir bölümüne ve tüketilen karbondioksitin (ithalat dahil) %.....'lik bir bölümüne sahip olan Karbogaz bundan sonraki yıllarda başlayarak, tüketilen karbondioksitin 1997'den 2001 yılına kadar sırasıyla, %83, %68, %64,5, %69 ve %72,9 oranlarında pazar payına sahip olmuştur Karbogaz firmasının özellikle 1998 ve 1999 yıllarındaki pazar kaybının en temel nedeni, Coca-Cola firmasının daha önce Karbogaz A.Ş.'den temin ettiği ihtiyacının yaklaşık %25'lik kısmını Barit Maden Türk A.Ş'den (Barit A.Ş.) almaya başlamasıdır. Coca-Cola şirketinin yaklaşık 12.000-15.000 ton arasındaki ihtiyacı dikkate alındığında, bu azalmanın makul olduğu anlaşılabacaktır. Piyasaya 1997 yılı Ağustos ayında giren Barit A.Ş. Karbogaz A.Ş.'nin en yakın takipçisi olup pazar payı yıllar itibariyle (1997-2001) sırasıyla %0.5, %9.4, %18.8, %17.5 ve %13,5 olarak gerçekleşmiştir. Barit A.Ş. pazara girdikten sonra, ilk yıl olan 1997'de ciddi bir faaliyet gösterememiştir. 1998 yılında Habaş Sınai ve Tıbbi Gazlar İst. End. A.Ş. (Habaş A.Ş.) ile çalışmaya başlamış yaklaşık ... tonluk bir satış hacmi yakalamıştır. Barit A.Ş. özellikle 1999 yılında önemli bir atak gerçekleştirmiştir. Bunda kuşkusuz, müşteri olarak piyasaya yeni giren Banvit, Danone-Sa gibi firmaların doğrudan Barit A.Ş. ile iş yapmaya başlamasının yanında, Coca-Cola'nın Karbogaz A.Ş. ile olan sözleşmesinin münhasırlığa ilişkin hükmünde, 1997 yılında yaptığı değişiklik sonucu, ihtiyacı olan karbondioksitin %25'lik kısmını Karbogaz A.Ş. dışındaki sağlayıcılardan temin etme imkanına kavuşması önemli bir rol oynamıştır 1999 ve 2000 yıllarında Barit A.Ş.'nin sattığı karbondioksitin yaklaşık yarısından fazla olan bir kısmını Coca-Cola satın almıştır.

Karbogaz A.Ş.'nin doğrudan tedarik yapan müşteri sayısı 86'dir. Ayrıca 42 adet bayiden oluşan bir dağıtım ağına sahiptir. 1996 ve Barit A.Ş.'nin pazara girdiği 1997

yılında tekele yakın bir konumda olan Karbogaz A.Ş., her ne kadar geçen 5 yıllık süre içerisinde pazarın bir kısmını Barit A.Ş.'ye kaptırmış olsa da, yıllar itibarıyla bakıldığında pazar payı yüksektir ve bu durum sektörde önemli bir yoğunlaşmaya yol açmaktadır. Sadece bu pazar payı rakamları dikkate alındığında dahi, Karbogaz A.Ş.'nin 1996 ve 1997 yıllarında tekele yakın bir konumda olduğu, 1998'den sonra günümüze kadar olan dönemde pazar payında bir azalma meydana gelmiş olsa da, yaklaşık %.... oranındaki bir pay ile ilgili ürün pazarında hakim durumda olduğunu kabul etmek mümkündür.

Öte yandan yukarıda ifade edildiği üzere pazar payı, hakim durumun tespitinde dikkate alınan tek kriter değildir. Bu nedenle pazara ilişkin başka kriterler de göz önünde bulundurulmuştur.

H.3.2.2. Karbogaz A.Ş.'nin En Yakın Rakipleriyle Olan Pazar Payı Farkı

Hakim durum değerlendirmesinde, pazar payının yanı sıra bununla da bağlantılı olarak dikkate alınan bir diğer kriter pazardaki teşebbüslerin sayısı ve hakim durumda olduğu iddia edilen firma ile en yakın rakipleri arasındaki pazar payı farkıdır. 1997 yılına kadar likit karbondioksit pazarında esas olarak 2 firma faaliyet göstermiştir. 1997 yılında Barit A.Ş.'nin girmesiyle bu sayı 3 ve en son 2000 yılı sonunda Habaş A.Ş.'nin girmesiyle 4 olmuştur. Yukarıdaki rakamlara göre, Karbogaz A.Ş.'nin en yakın rakibiyle arasındaki farkın %40 ila %50 arasında değişmekte olduğu düşünüldüğünde, bu farkın Karbogaz A.Ş.'nin pazardaki gücünü ortaya koymak için iyi bir gösterge olduğu düşünülmektedir. Karbogaz A.Ş.'nin pazardaki konumuna ilişkin dikkate alınması gereken öncelikli husus sektöre önce girmenin getirdiği ölçek avantajıdır. Bugün Karbogaz A.Ş.'nin pazar payının bu seviyelerde olmasının temel nedeni, önce girmesinin bir sonucu olarak sektörde standartların belirlenmesinde önemli bir rol oynaması ve özellikle gazlı içecek sektöründeki firmalar başta olmak üzere yüksek miktarlarda alım yapan müşterilerin tamamına yakınıyla iş yapmasıdır.

H.3.2.3. Teknolojik Üstünlük

Hakim durumun tespitinde dikkate alınan diğer bir kriter Karbogaz A.Ş.'nin sahip olduğu teknolojik üstünlüktür. Karbogaz A.Ş.'nin pazar payı yönünden en yakın rakibine olan bu açık farkın oluşmasında ve Karbogaz A.Ş.'nin böylece pazarda önemli bir pazar gücüne ulaşmasındaki önemli bir faktör yabancı ortaklı firma olmasından kaynaklanan teknoloji avantajıdır. 1986 yılından beri likit karbondioksit pazarında faaliyet gösteren Karbogaz A.Ş. şirketi %51'i Türk, %49'u Amerikan sermayeli bir şirkettir. Şirketin Amerikalı ortağı Danburry-New York'da kurulu olan ve genel olarak gaz sektöründe dünyada ilk üç arasında yer alan Praxair şirkettir. Karbogaz A.Ş. bu ortağın sahip olduğu global çaptaki uzmanlığa ve teknik bilgiye ulaşarak karbondioksit sektöründe üretim, depolama, taşıma, müşteriye teslim gibi konularda standartları uluslararası düzeye yükseltmiş ve kendi tabirleriyle karbondioksit kullanıcılarını müşteriye hizmet ve teknik destek kavramlarıyla tanıştırmıştır. Zira Karbogaz A.Ş.'nin en yakın rakibi Barit A.Ş. pazara girmeden önce, Karbogaz A.Ş. ile birlikte piyasada faaliyet gösteren teşebbüsün teknolojik

yönden Karbogaz A.Ş. ve Barit A.Ş.'nin ulaştığı noktanın oldukça gerisinde bulunduğu anlaşılmıştır. Bu çerçevede; Karbogaz A.Ş.'nin, sağladığı teknik imkanlar açısından uluslararası standartları yakalaması yönüyle müşteri gözünde önemli bir imajının olduğu tespit edilmiştir.

H.3.2.4. Ekonomik Bağımlılık

Ekonomik bağımlılık hakim durum tespitinde dikkate alınan çok önemli bir kriterdir. Bazı hallerde tek başına ekonomik bağımlılık hakim durumun tespiti için yeterli görülebilmektedir. Kendisine ekonomik olarak bağımlı olunan teşebbüs müşterileri bakımından bir anlamda zorunlu iş ortağı haline gelmektedir. Zorunlu iş ortağı, müşterinin söz konusu sağlayıcıya yeterli ve alternatif arz kaynakları olmaması nedeniyle bağımlı hale geldiği durumu ifade etmektedir. Bazı hallerde gerçek bir alternatif olsa dahi, bu müşterilerin ihtiyaçlarını karşılama kapasitesinden uzak olduğu için güçlü bir ekonomik bağımlılık ilişkisinden söz etmek mümkündür. Bunun dışında sağlayıcı teşebbüs ile tesis edilen uzun süreli münhasır tedarik ilişkisi de sağlayıcıyı hem ekonomik olarak hem de hukuki olarak müşteri için zorunlu iş ortağı haline getirebilir. Yukarıda ayrıntılı olarak ele alınan sektörün önemli aksaklığı hususu, karbondioksit pazarında ekonomik bağımlılığı artıran bir faktördür. Bu aksaklık, karbondioksit pazarındaki rekabet koşullarının şekillenmesinde tarihsel süreç içerisinde oldukça belirleyici bir faktör olarak değerlendirilmiştir.

Karbogaz A.Ş.'nin sahip olduğu ileri teknoloji ve getirdiği yüksek standartlar, sektörde eskiden beri faaliyet gösteren ve müşterilerce de ifade edildiği şekliyle eski teknoloji ile daha düşük standartlarda karbondioksit üretimi yapan rakip teşebbüsün müşterilerini kaybetmesine yol açmıştır. Nitekim gazlı içecek sektörünün önde gelen firma yetkilileriyle yapılan görüşmelerde, söz konusu teşebbüsün aranılan nitelikte gaz üretmediği vurgulanmıştır. Bir diğer örnek, Karbogaz A.Ş. ile iş yaparken ayrılan ve bu sağlayıcı ile çalışmaya başlayan bir müşterinin üretim tesislerinde sağlayıcı tarafından kurulan dolum tankı patlamış ve bunun üzerine ilgili müşteri tekrar Karbogaz A.Ş.'den gaz temin etmeye başlamıştır. Ayrıca Karbogaz A.Ş.'den değişik tarihlerde ayrılarak bu sağlayıcı ile çalışmaya başlayan bazı müşteriler de tekrar Karbogaz A.Ş.'ye dönmüşlerdir. Müşterilerin rakip sağlayıcı ile yaşadığı bu tecrübe özellikle gazlı içecek üreticileri bakımından Karbogaz A.Ş.'nin önemini pekiştirmiştir. Bu açıklamalar ışığında, sektörün söz konusu bu özel koşulları müşterileri Karbogaz A.Ş.'ye bağımlı hale getirmiştir. Sektörde yaşanan bu tecrübe kuşkusuz pazara yeni girecek olan teşebbüsler bakımından da bir handicap oluşturmuştur. Çünkü bu tecrübe pazara yeni giren firma bakımından önemli bir güvensizlik kaynağı olarak algılanmıştır. Bu çerçevede, uzun süreden beri iş yaptıkları Karbogaz A.Ş. dışında herhangi bir alternatif düşünme ihtiyacı ya da pazara yeni giren bir teşebbüsle iş yapma ihtiyacı hissedilmemiştir.

H.3.2.5. Pazara Giriş Engeli Olarak Münhasır Tedarik Sözleşmeleri

Rekabet iktisadında; giriş engellerinin olmadığı pazar yapılarında, bu pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin payları ne kadar yüksek olursa olsun, bu durumun uzun sürmeyeceği varsayımı kabul edilmektedir. Bu çerçevede rekabet hukuku

literatüründe rekabet otoritelerinin öncelikle yapısal ya da davranışsal giriş engellerini kaldırması gerektiğine ilişkin görüşler yer almaktadır. Likit karbondioksit pazarına bakıldığında, pazara girişin önünde doğal ve yasal bir engel yoktur. Ayrıca karbondioksit ithalatı bakımından herhangi bir kısıtlama da söz konusu değildir. Ancak ithalat özellikle en büyük alıcı konumundaki gazlı içecek üreticileri bakımından çok etkin bir yöntem değildir.

Karbondioksit üretimine esas olan ham gaz, yer altından, fabrika bacalarından veya karbonca yüksek fosil yakıtlarının (petrol, kömür) yakılmasından elde edilebilir. Türkiye yer altındaki doğal karbondioksit kaynakları bakımından oldukça zengindir. Nitekim şu anda faaliyet gösteren 4 teşebbüsten 3 tanesi yer altı kaynaklarını kullanmaktadır. Özellikle yer altından çıkan ham gazın saflık oranının çok yüksektir ve bu üretim maliyetlerini önemli ölçüde azaltmaktadır. Bu gerçek dikkate alındığında, yatırımcı firmalar bakımından karlı bir sektör olarak görülebilir. Ancak sektörün tarihi incelendiğinde, pazarda 1997 yılından önce sadece 2 firmanın faaliyet gösterdiği, pazara 1997 yılından 2001 yılına kadar Barit A.Ş. dışında giren olmadığı, BOS adlı şirketin üretici olarak girmeyi karlı bulmadığı için girmekten vazgeçtiği ve 2001 yılında da sadece diğer endüstriyel gazlar alanında önemli bir uzmanlığa sahip Habaş A.Ş.'nin girdiği görülmektedir.

Yapısal ve yasal giriş engeli olmamasına rağmen, pazara çok az firmanın girmesinin ve muhtemelen yeni firmaların girmek istememesinin önemli bir nedeni Karbogaz A.Ş.'nin müşterileriyle yapmış olduğu uzun süreli münhasır tedarik sözleşmeleridir. Burada dikkate değer olan bir diğer husus; pazara sonradan giren firmalardan Barit A.Ş.'nin özellikle madencilik alanında ve Habaş A.Ş.'nin ise diğer endüstriyel gazlar alanında faaliyet gösteriyor olmalarının karbondioksit pazarındaki varlıklarını sürdürmelerine imkan tanımış olduğudur. Yapılan görüşmelerde, adı geçen firmaların eğer tek faaliyet alanları karbondioksit üretimi olsaydı, pazara girmelerinin ya da girdikten sonra varlıklarını sürdürmelerinin zor olacağı vurgulanmıştır. Bu açıklamalar ışığında, Karbogaz A.Ş.'nin özellikle 1997 yılından sonra çoğunlukla gazlı içecek sektöründeki müşteriyle yapmış olduğu uzun dönemli münhasır tedarik sözleşmeleri, fiili bir pazar giriş engeli yaratmış ve Karbogaz A.Ş.'nin stratejik olarak pazar gücünü önemli ölçüde korumasını sağlamıştır.

H.3.2.6. Sonuç

Buraya kadar yapılan açıklamalar çerçevesinde, sahip olduğu yüksek pazar payı, en yakın rakibinin payıyla olan büyük fark, eskiden beri gelen uzmanlık, teknolojik üstünlük, marka ve firma imajı ve sektörün özel nitelikleri gereği oluşan müşteri bağımlılığı, ve son olarak özellikle doğrudan kullanıcı konumundaki müşterileriyle yapmış olduğu uzun süreli münhasır sözleşmeler dikkate alındığında; Karbogaz A.Ş., piyasaya ciddi bir girişim teşebbüsünün olduğu 1997 yılında ve bundan sonraki dönemde ilgili ürün pazarı olan likit karbondioksit pazarında hakim durumda olduğu sonucuna varılmıştır.

H.3.3. Karbogaz A.Ş.'nin Münhasır Dağıtım Sözleşmeleri ve Münhasır Tedarik Sözleşmelerine İlişkin Tespitler

Karbogaz A.Ş. satışlarını iki şekilde gerçekleştirmektedir. Bunlardan birincisi çeşitli amaçlarla yüksek miktarda gaz talep eden müşterilere *münhasır tedarik sözleşmeleri* yoluyla doğrudan satış yapmasıdır. Diğer ise küçük miktarda talep eden müşterilere ulaşmak üzere kurduğu *bayilik sistemi* aracılığıyla yaptığı satışlardır. Karbogaz A.Ş.'den elde edilen bilgilere göre, bayilik kanalı ile yapılan satışlar tüm satışların yaklaşık %16-21'ni oluşturmaktadır. Geriye kalan satışlar müşterilere doğrudan yapılmaktadır. Nitekim Karbogaz A.Ş. müşterisi olan teşebbüsleri "bayiler" ve "müşteriler" olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Karbogaz A.Ş. müşterileriyle ve bayileriyle benzer hükümler içeren benzer formatta sözleşmeler yapmaktadır. Ancak sözleşmeler benzer formatta olsa ve benzer hükümler içerse dahi ilgili pazardaki rekabete etkileri bakımından farklılık göstermektedir. Doğrudan alıcı konumundaki müşterilerle yapılan münhasır tedarik sözleşmelerinin doğrudan sonucu (sözleşmelerin sürelerinin uzunluğu ile birlikte düşünüldüğünde) pazarın bu müşteriler bakımından gerçek ya da potansiyel rakiplere kapanmasıdır. Diğer yandan dağıtım sözleşmeleri esas olarak karbondioksit gazının yeniden satışına ilişkindir. Bayilerle yapılan bu sözleşmeler her ne kadar bayilerin başka sağlayıcılardan gaz tedarik etmesini engelleyerek markalar arası rekabeti kısıtlaya da, bayilerin müşterisi konumundaki nihai tüketicilerin doğrudan ya da dolaylı olarak rakip firmaların satışlarına kapatılması sonucunu doğurmamaktadır. Bu çerçevede, rakip firmalar da kendi kuracakları bayilik sistemi ile bu müşteri grubuna ulaşabilirler. Bu nedenle, bayilerle yapılan sözleşmeler pazarda gösterdikleri etki bakımından, doğrudan alıcı konumundaki müşterilerle yapılan sözleşmelerden farklıdır.

H.3.3.1. Münhasır Dağıtım Sözleşmelerine İlişkin Tespitler

H.3.3.1.1. Genel Tespitler

Karbogaz A.Ş.'nin bayileriyle değişik tarihlerde yapmış olduğu toplam 42 adet dağıtım sözleşmesi içerdiği hükümler itibariyle Karbogaz A.Ş. tarafından belirlenen standart metinlerden oluşmaktadır. Bu sözleşmelerin "Yıllık İkmal ve Alım/Satım Sorumlulukları" başlıklı 3. maddesi şu hükümleri içermektedir:

"3.1. ...

3.3. Bu sözleşme süresince, Distribütör sıvı karbondioksit ihtiyacını münhasıran Karbogaz A.Ş.'den temin eder ve Karbogaz A.Ş.'nin yazılı mufakatı olmadan Karbogaz A.Ş.'ye ait depolama sistemini kullanamaz.

3.5. Distribütör, Karbogaz A.Ş. dışında başka bir firmadan karbondioksit temin edemez veya kendisi üretmek suretiyle karbondioksit satış ve ikmali yapamaz

3.6. *Distribütör kendi bölgesi dışında Karbogaz A.Ş.'nin izni olmadan karbondioksit satış ve ikmali yapamaz.*

3.7. *Distribütör kendi bölgesi için Karbogaz A.Ş.'ce belirlenen minimum satış fiyatının altında fiyatla karbondioksit satışı yapmayacaktır."*

Karbogaz A.Ş.'nin bayileriyle yapmış olduğu dağıtım sözleşmeleri soruşturma öncesinde bu sözleşmelerde yer alan "tekelden temin yükümlülüğü" ve "bölge" ifadelerinden 1997/3 sayılı Tebliğ tarafından düzenlenen tekelden dağıtım anlaşması olarak değerlendirilmiş ancak içerdiği aykırı hükümler (pasif satışların yasaklanmasına ilişkin olan 3.6 hükmü ve fiyat tespiti öngören 3.7. hükmü) yüzünden bu Tebliğin (aynı zamanda 1997/4 sayılı Tebliğ) sağladığı muafiyetten yararlanamayacağı gerekçesiyle 4054 Sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırı bulunmuş ve bu dağıtım sözleşmeleri nedeniyle Karbogaz A.Ş. hakkında soruşturma açılmıştır.

Dağıtım sözleşmelerinin 3. maddesinde yer alan 3.3. hükmü münhasırlığa ilişkindir ve distribütörün münhasıran (tekelden satınalma yükümlülüğü) Karbogaz A.Ş.den likit karbondioksit temin etmesini öngörmektedir. Nitekim 3.5. hüküm bu hükme paralel olarak distribütörün başka sağlayıcılardan karbondioksit sağlaması ve ayrıca kendisinin de üretim yapması yasaklanmaktadır. Sözleşmelerin 3.3. ve 3.5. hükümleri bir arada değerlendirildiğinde distribütörlük sözleşmelerinin, dağıtıcıya yönelik olarak yalnızca Karbogaz A.Ş.'den mal temin etme yükümlülüğü (münhasır temin yükümlülüğü) taşıdığı, distribütörler için ayrı ayrı bölge tanımlamasına gidilmediği ve buna bağlı olarak toplaksal bir sınırlamanın söz konusu olmadığı tespit edilmiştir. Söz konusu sözleşmelere ilişkin olarak Karbogaz A.Ş. tarafından yapılan savunmada, bu dağıtım sözleşmelerinin 1997/4 sayılı Tekelden Satınalma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyet Tebliği kapsamında düşünülmesi gerektiği ifade edilmiştir. Nitekim konuya ilişkin hazırlanan soruşturma raporunda heyet, Karbogaz A.Ş.'nin bu talebini dikkate almış ve her ne kadar sözleşmelerde bölge ifadesi yer alsa da, fiilen 1997/3 sayılı Tebliğ kapsamında olmak için ön koşul olan münhasır bölgeler tesis edilmediği ancak tekelden temin yükümlülüğü öngördüğü için 1997/4 sayılı Tebliğ kapsamında değerlendirmiştir.

14.7.2002 tarihinde 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalar Grup Muafiyet Tebliği yürürlüğe girmiş ve 1997/4 sayılı Tebliği yürürlükten kaldırmıştır. Ancak söz konusu Tebliğ soruşturma raporunun tamamlanmasından sonra yürürlüğe girdiği için soruşturma heyeti dağıtım sözleşmelerini 1997/4 sayılı Tebliği dikkate alarak değerlendirmiştir. Sözleşmelerde yer alan ve aykırı bulunan hükümler esas olarak 2002/2 sayılı Tebliğ tarafından da izin verilmeyen hükümler olduğu için, söz konusu hükümler için 1997/4 sayılı Tebliğ bağlamında yapılacak olan değerlendirme 2002/2 sayılı Tebliğ için de geçerli olarak kabul edilmiştir.

Burada öncelikle aykırı olarak kabul edilen hükümlerin uygulanıp uygulanmadığına ilişkin tespitlere yer verilmesi ve ardından söz konusu hükümlerin 2002/2 sayılı Tebliğ karşısındaki hukuki durumunun ortaya konulması gerekmektedir.

Sözleşmelerde yer alan 3.6. ve 3.7. hükümleri sırasıyla pasif satışların engellenmesi ve yeniden satış fiyatının belirlenmesi ile ilgilidir. 1997/4 sayılı Tebliğ tarafından hiçbir şekilde izin verilmeyen bu uygulamalardan 3.6. hükmü distribütörün kendi bölgesi dışında aktif satış yapmasının yanı sıra pasif satış yapmasının da engellenmesine imkan tanımaktadır. Her ne kadar sözleşme lafzında bölgesel bir sınırlamanın varlığından bahsedilmekte ise de, soruşturma safhası sonunda ne

sözleşmenin genelinde sınırları çizilmiş bir bölge tanımı ne de uygulamada böyle bir bölge ayrımı bulunduğu tespit edilmiştir. Karbogaz A.Ş.'nin Ankara ilinde faaliyet gösteren 4 adet distribütörü ile yapılan görüşmelerde kendilerine tanınmış münhasır bölgelerin bulunmadığı, böyle bir uygulamanın yoğun rekabet sebebi ile mümkün olamayacağı tespit edilmiştir. Münhasır bölge ayrımının olmaması distribütörlerin pasif satışlarının engellenmesine ilişkin hükmü de dolaylı olarak anlamsız ve işlevsiz hale getirmiştir.

Diğer yandan 3.7. hükmü ise, bayinin Karbogaz A.Ş. tarafından belirlenen fiyatın altında yeniden satış yapmasını yasaklamaktadır. Yeniden satış fiyatının tespiti gerek 2002/2 sayılı Grup Muafiyet Tebliği gerekse ondan önce yürürlükte olan Grup Muafiyet Tebliği tarafından izin verilen bir uygulama değildir. Karbogaz A.Ş. tarafından konuya ilişkin yapılan savunmada, yeniden satış fiyatına ilişkin hüküm içeren anlaşmaların tercüme anlaşmalar olduğu, her ne kadar bu hüküm sözleşmede yer alsa da uygulanmadığı ifade edilmiştir. Distribütörler ile yapılan görüşmelerde ve araştırmalarda tavsiye niteliğinde de olsa fiyat tespitine ilişkin bir uygulamanın olmadığı tespit edilmiştir. Diğer taraftan rakip firmalar da, dağıtım sistemi içerisinde distribütörler arasında rekabetin yoğun olduğunu ve bu sebeple Karbogaz A.Ş.'nin fiyat tespitine ilişkin bir uygulama içerisine girmesinin mümkün olmadığını şifahi olarak belirtmişlerdir. Ankara'da faaliyet gösteren Samtaş A.Ş., Anadolu Gaz ve Kargaz Ltd. unvanlı bayilerin 1999 baz yılı fatura örnekleri karşılaştırmalı olarak incelendiğinde; Anadolu Gaz'ın satış miktarı ve mesafeye bağlı olarak fiyat aralığının 150.000-220.000 T.L. olduğu, Samtaş'ın 135.000-190.000 T.L. ve Kargaz'ın da 130.000-400.000 T.L. fiyat aralığında satış faaliyetinde bulunduğu tespit edilmiştir. Karbogaz A.Ş.'nin kendi distribütörleri arasında ve diğer rakip firmaların distribütörleri arasında oldukça yoğun rekabet söz konusudur. Fiyatlar genel seviyesinde bir yeknesaklık bulunmamakla birlikte fiyatların satın alınan miktara ve mesafeye göre değiştiği görülmüştür. Ayrıca soruşturma heyeti tarafından Karbogaz A.Ş. şirketinde yapılan yerinde incelemede, Karbogaz A.Ş.'nin tüm bayileriyle yaptığı yazışmalar incelenmiş ve Karbogaz A.Ş.'nin fiyat tespitine yönelik bayilerini takip ettiği ya da uyardığına ilişkin herhangi bir belge ya da kayda rastlanmamıştır.

Buraya kadar yapılan açıklamalar ışığında, Karbogaz A.Ş. ile bayileri arasında yapılan dağıtım sözleşmelerinde yer alan 3.6 ve 3.7 hükümlerinin hiç uygulanmadığı tespit edilmiştir.

H.3.3.1.2. Dağıtım Sözleşmeleri ve 2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalar Grup Muafiyet Tebliği

Öte yandan yukarıda değerlendirilen hükümler her ne kadar uygulanmasa dahi hem 1997/4 sayılı Tebliğ tarafından hem de bu Tebliğ'in yerine yürürlüğe giren 2002/2 sayılı Tebliğ tarafından izin verilmeyen hükümlerdir ve bundan dolayı söz konusu sözleşmelerin 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında muafiyetten yararlanması mümkün değildir.

Diğer yandan sözleşmelerin süre hükmü dikkate alındığında, sözleşmelerin belirsiz süreli olduğu görülmüştür. Sözleşmelerde yer alan süreye ilişkin madde şöyledir:

“Bu sözleşme taraflarca imzalandığı (a) tarihine kadar geçerlidir. Bu müddetin hitamından en az (b) ay önce taraflardan biri diğerine sözleşmenin aynen devamını istemediğini yazılı olarak ihbar etmediği takdirde sözleşme süresi (c) yıl uzatılmış sayılacak ve bundan sonraki süreler sonunda da aynı şekilde işlem yapılacaktır.”

Yukarıdaki madde sözleşme süresinin zımni olarak yenilenmesini öngördüğü için, bu maddeyi içeren sözleşmeler, 2002/2 sayılı Tebliğ'in 5. maddesi uyarınca getirdiği münhasır temin yükümlülüğü bakımından belirsiz süreli sözleşmeler olarak değerlendirilmiştir.

Uygulanmamasına rağmen, Kanun'un 4. maddesine aykırı olan bu hükümler nedeniyle söz konusu sözleşmeler bildirim tabi sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerden, Rekabet Kurumu'nun faaliyete geçtiği 5.11.1997 tarihinden önce yapılan sözleşmelerin 1997/6 sayılı Tebliğ'in 3. maddesi uyarınca 5 Mayıs 1998 tarihine kadar, 5.11.1997 tarihinden sonra imzalanan sözleşmelerin de aynı Tebliğin 2. ve Kanun'un 10. maddeleri uyarınca imzalandıkları tarihten itibaren bir ay içerisinde bildirilmesi gerekmektedir. Ancak bu sözleşmelerin hiç birinin bildirilmediği tespit edilmiştir. Kaldı ki, sözleşmeler 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında da grup muafiyetinden yararlanamadığı için bildirim zorunluluğu ortadan kalkmış değildir.

H.3.3.2. Münhasır Tedarik Sözleşmelerine İlişkin Tespitler

Karbogaz A.Ş.'nin müşterileriyle yaptığı münhasır tedarik sözleşmeleri hem sıvı karbondioksit satışı hem de sağlayıcıya ait olan depolama sisteminin müşteri tarafından kiralanmasını öngören sözleşmelerdir.

H.3.3.2.1. Sözleşmelerdeki Münhasır Tedarik Hükümüne İlişkin Tespitler

Sözleşmelerde yer alan münhasır (tek elden) tedarige ilişkin madde, sözleşmelerin "Yıllık İkmal ve Tüketim Sorumlulukları" başlığını taşıyan 3. maddesidir. Bu madde genellikle sözleşmenin kiminle yapıldığına bağlı olarak değişik sıralarda olsa da, şu hususları içermektedir:

"3.1. Müşterinin tüketim taahhüdü(x) Tondur (*Burada x olarak ifade edilen miktar sözleşmelerde farklılık göstermektedir*).

3.2. Bu sözleşme süresince, Müşteri mevcut ve/veya kuracağı diğer tesislerde sıvı karbondioksit ihtiyacını münhasıran Karbogaz A.Ş.'den temin eder. Karbogaz A.Ş. dışındaki bir firmadan CO2 temini halinde yıllık tüketim taahhüdünün uygulanan en son fiyat üzerinden hesaplanacak tutarın üç (*Bazı sözleşmelerde 1 (bir) bazılarında 2 (iki) katı olarak yer almaktadır*) katı, cezai şart olarak Karbogaz A.Ş.'ye ödenecektir.

3.4. Müşterinin yıllık tüketimi 3.1.'den az olduğu takdirde; Karbogaz A.Ş. aşağıdaki şıklardan birine karar verebilir.

3.4.1. Bir sözleşme yılı içinde tüketilmeyen bedelin dörtte biri tutarında bedeli Müşteri'den cezai şart olarak tahsil etmek,

3.4.2. Depolama sistemini sökme, yükleme ve taşıma giderleri Müşteri'ye ait olmak üzere, 3.4.1 deki hakkını da kullanarak sözleşmeyi ihbarsız fesh etmek" (Bu 3.4.'te yer alan 3.4.1. yani tüketilmeyen bölümün 1/4'lük kısmının tahsili tüm sözleşmelerde varken, 3.4.2. hükmü bazı sözleşmelerde yer almaktadır.)

Karbogaz A.Ş.'nin müşterileri ile akdettiği 86 sözleşmeden Coca-Cola grubu, BOS (Birleşik Oksijen Sanayi) ve Kristal Cola ve Kızılay (ihtiyaçlarını 1 yıllık ihalelerle karşılamaktadır, bu nedenle diğer sözleşmelerin dışında değerlendirilmiştir) dışındaki, 82 müşteriyle yapılan sözleşmenin münhasır tedarik yani müşterilerin karbondioksit ihtiyaçlarının tamamını münhasıran Karbogaz A.Ş.'den tedarik etmelerini öngören hükümler içerdiği görülmüştür. 82 sözleşmeden 68'inde yer alan münhasırlık hükmü, sadece mevcut tesisleri değil aynı zamanda ilgili müşterinin gelecekte kuracağı tesisleri de içermektedir. Ayrıca gelecekte kurulacak tesisler için söz konusu olan bu münhasırlık; sözleşmelerde yer alan ve "Karbogaz A.Ş.'nin Öncelik Hakkı" başlığını taşıyan bir maddeyle de desteklenmektedir. Bu madde çerçevesinde, müşterinin ortaya çıkabilecek muhtemel ihtiyacı da Karbogaz A.Ş. tarafından karşılanmaktadır.

Öte yandan Coca-Cola grubunun yaptığı anlaşmadaki münhasırlığa ilişkin madde, Coca-Cola'nın tüm ihtiyacının %75'ini Karbogaz A.Ş.'den, geriye kalan %25'ini diğer sağlayıcılardan temin etmesini öngörmektedir. Coca-Cola şirketinin yıllık 12.000-15.000 tonluk tüketimiyle sektörün en büyük alıcısı olduğu gerçeği dikkate alındığında, %75'lik münhasırlığın etkisinin piyasadaki rekabet koşullarını önemli ölçüde Karbogaz A.Ş. lehine değiştirdiği değerlendirilmesini yapmak mümkündür.

Aynı şekilde BOS'un sözleşmesinde bu oran %80'dir ve bu da fiilen tam münhasırlık anlamına gelmektedir. Öte yandan BOS ile yapılan sözleşmede BOS'un geriye kalan %20'lik ihtiyacının sadece ithalat yoluyla karşılanabileceği hükme bağlanarak BOS'un yerli üreticilerden gaz temin etmesi engellenmiştir. Kristal Kola ise bir zamanlar tüm ihtiyacını Karbogaz A.Ş.'den temin ederken daha sonra Güney Doğal Gaz A.Ş. ile iş yapmaya başlamış, ancak Güney Doğal Gaz A.Ş.'nin kurduğu dolun tanklarından birisi Kristal Kola tesislerinde patlayınca, tekrar Karbogaz A.Ş.'ye dönmüş ve 2000 yılından itibaren münhasır olmayan temelde hem Karbogaz A.Ş.'den hem de Güney Doğal Gaz A.Ş.'den karbondioksit temin etmeye başlamıştır. Kristal Kola'dan elde edilen 2000 yılı verilerine göre Kristal Kola ihtiyacının %36'sını Karbogaz A.Ş.'den temin etmiştir.

H.3.3.2.2. Sözleşmelerdeki Münhasırlığa ve Feshe Bağlı Cezai Şartlara İlişkin Tespitler

Genel olarak sözleşmelerin "Yıllık İkmal ve Tüketim Sorumlulukları" başlıklı 3. maddesinde; "Bu sözleşme süresince, müşteri mevcut veya kuracağı diğer tesislerde sıvı karbondioksit ihtiyacını münhasıran Karbogaz A.Ş.'den temin eder. Karbogaz A.Ş. dışındaki bir firmadan karbondioksit temini halinde yıllık tüketim taahhüdünün uygulanan en son fiyat üzerinden hesaplanacak tutarın üç (bir ya da iki) katı, cezai şart olarak Karbogaz A.Ş.'ye ödenecektir." yükümlülüğü getirilerek sözleşme

süresince müşteri firmanın Karbogaz A.Ş.'den başka herhangi bir alternatif temin kaynağının olmayacağı, müşteri firmaya ait mevcut ve kurulacak diğer tesislerde de sıvı karbondioksit ihtiyacının sadece Karbogaz A.Ş.'den temin edileceği hükmüne bağlanmış, aksi durumda ise müşterinin yıllık tüketim taahhüdünün üç katı miktarı cari fiyatlar üzerinden hesaplanarak cezai şart olarak sağlayıcı firmaya ödenmesi sözleşmeye bağlanmıştır.

Anılan maddelere ek olarak; Karbogaz A.Ş sözleşme hükümleri çerçevesinde, müşterinin yükümlülüğünü yerine getirmemesi dolayısıyla sözleşmeyi fesh ederse, yıllık tüketim taahhüdünün üç katı tutarında tazminatı da isteme hakkını elde edecektir. Buna göre; "Sözleşmenin Feshi" başlıklı 15. maddesi sayılan durumların gerçekleşmesi halinde Karbogaz A.Ş.'ye ihbarsız fesih yetkisi verilmektedir;

"...15.1.1.Ödemelerin 10. maddedeki süreler içinde yapılmaması

15.1.2. Bu sözleşme gereği herhangi bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi

15.1.3. Üçüncü şahıslara karbondioksit satışı

15.1.4 Karbogaz A.Ş. tarafından kurulan tesisin Karbogaz A.Ş.'nin kusuru dışında herhangi bir sebeple hasar görmesi."

Sözleşmenin Karbogaz A.Ş. tarafından feshinin ihbar edilmesi halinde; yıllık tüketim taahhüdünün üç katı, uygulanan en son fiyat üzerinden hesaplanarak cezai şart olarak Karbogaz A.Ş.'ye ödenecektir. Yukarıdaki sebeplerle sözleşmenin feshi halinde depolama sisteminin sökülmesi, indirme, bindirme, nakliye ve hasar giderleri MÜŞTERİ tarafından ödenecektir..."

Fesih maddesinde yer alan bu cezai şart, aynı maddenin 15.1.2. hükmünde yer alan "bu sözleşme gereği herhangi bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi" ifadesi uyarınca, eğer müşteri 3. maddede yer alan münhasırlık koşuluna uymazsa ya da "Karbogaz A.Ş.'nin Öncelik Hakkı" başlıklı maddesindeki koşulu yerine getirmese, Karbogaz A.Ş.'ye ceza ödemek durumundadır. Böylece bu hükmün bir anlamda sözleşmelerin münhasır niteliğini, 3. maddede yer alan münhasırlığa bağlı cezai şartla birlikte pekiştirdiği anlaşılmıştır.

H.3.3.2.3. Sözleşmelerin Sürelerine İlişkin Tespitler

Karbogaz A.Ş.'nin müşterileriyle yapmış olduğu sözleşmelerin süresine ilişkin hüküm 1998 yılından önceki sözleşmeler için 7. madde iken, bu hüküm 1998 yılından sonra imzalanan sözleşmeler için 5. maddeye taşınmıştır.

"Bu sözleşme taraflarca imzalandığı (a) tarihine kadar geçerlidir. Bu müddetin hitamından en az (b) ay önce taraflardan biri diğerine sözleşmenin aynen devamını istemediğini yazılı olarak ihbar etmediği takdirde sözleşme süresi (c) yıl uzatılmış sayılacak ve bundan sonraki süreler sonunda da aynı şekilde işlem yapılacaktır."

Yıllar itibariyle Karbogaz A.Ş. sözleşmelerinin sürelerine ilişkin hükümler incelendiğinde, aşağıdaki tablo ortaya çıkmaktadır :

Yıl/Süresi	Sözleşme Sayısı	1 yıllık Sözleşme	1 yıldan fazla Süreli Sözleşme
1996 öncesi	14	4	10
1996	15	12	3
1997-1998	24	1	23
1999	11	2	9
2000-2001	22	1	21

1996 yılında yapılan sözleşmelerden Efes Pilsen Üretim şirketleri Ege ve Erciyas Biracılık ile yapılanlar son dört yıldır yürürlükte değildir ve bu şirketler esas olarak ihtiyaçlarını kendi üretimleriyle (yan ürün olarak) karşılamakta ya da Karbogaz dışındaki sağlayıcılardan temin etmektedir.

Bu tablo incelendiğinde, özellikle 1996 yılında imzalanan 15 sözleşmenin 12 tanesi bir yıl süre ile yapılırken, 1997-1998 döneminde imzalanan 24 sözleşmeden sadece bir tanesinin 1 yıl süreyle yapıldığı, geriye kalan 23 sözleşmenin 1 yıldan daha uzun süreyle ve çoğunlukla 2002 yılında bitecek şekilde yapıldığı anlaşılmaktadır. 1999 yılında yapılan 11 sözleşmeden sadece 2 tanesi bir yıl için yapılırken geriye kalan 9 sözleşme 1 yıldan fazla (3 ila 5 arası) sürelidir. 2000-2001 yılında yapılan 21 sözleşmeden Kızılay Maden Suyu (Kızılay) ile yapılan sözleşme dışında hiçbirisi 1 yıllık değildir. Kızılay, karbondioksit ihtiyacını yaptığı ihaleler sonucunda karşılamaktadır. Bu dönemde yapılan sözleşmelerin süreleri genellikle 3 ila 5 yıl arasında değişmektedir. Bu sözleşmelerden Fruko-Tamek A.Ş. (Pepsi Kola) ile yapılan sözleşme 10 yıllıktır.

Söz konusu bu sözleşmelerin yukarıda ele alınan münhasır tedarik ve münhasırlığa bağlı cezai şart ve feshe bağlı cezai şart hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, müşterilerin sözleşme sonuna kadar Karbogaz A.Ş. dışında alternatif temin kaynaklarından karbondioksit temin etmelerinin imkansız olduğu görülmüştür. Bunu yapmaları durumunda, sözleşmelerde yer alan cezai şartların yürürlüğe sokulmasıyla yüksek tazminatlar ödemek durumunda kalacaklardır. Müşterilerin uzun süreli münhasır sözleşmeler yoluyla Karbogaz A.Ş. dışındaki alternatif sağlayıcılarla iş yapmasının engellenmesi; gerçek ya da potansiyel karbondioksit üreticilerinin pazara girişini ya da pazardaki faaliyetlerini zorlaştırıcı bir etkiye sahiptir.

Karbogaz A.Ş. 1997 yılında özellikle sektörün büyük alıcılarıyla olan sözleşmelerinin süresini 5 yıla çıkarmıştır. Türkiye Coca-Cola Grubu ile Erbak Uludağ Meşrubat San. A.Ş. (Uludağ A.Ş.) ve Çamlıca Alkolsüz İçkiler San. A.Ş.'nin (Çamlıca A.Ş.) 1997 yılından önceki sözleşmelerinin 1996 yılında yapıldığı ve 1 yıllık olduğu; bunlardan Coca-Cola ile 1997-2002 dönemini kapsayan bir 5 yıllık bir sözleşme yapıldığı ancak Coca-Cola'nın talebi üzerine sözleşmedeki münhasırlık hükmü biraz yumuşatıldığı ve Coca-Cola'nın ihtiyacının %25'ini başka bir kaynaktan tedarik edebileceğinin hükme bağlandığı görülmüştür. Uludağ A.Ş. ve Çamlıca A.Ş. şirketleriyle 1996 yılında yapılan sözleşmelerin ise 1997 yılında yapılan bir sayfalık bir protokolle 2002 yılına kadar beş yıl süreyle uzatıldığı anlaşılmıştır.

Fruko-Tamek A.Ş.'nin 1996 yılındaki sözleşmesi 2 yıllık bir süreyi kapsayıp 1998 yılında sona ermesi gerekirken, 1997 yılında yapılan bir ek protokolle 2002 yılına kadar 5 yıl süreyle uzatılmıştır. Böylece Karbogaz A.Ş. gazlı alkolsüz içecek sektöründe faaliyet gösteren Kristal Kola dışındaki en büyük 4 teşebbüs ile olan sözleşmelerin sürelerini 5 yıl uzatmıştır.

Bu dört büyük müşterinin dışında, 1996 yılında yapılan ve süreleri 1 yıl olan sözleşmelerin Uludağ A.Ş. ve Çamlıca A.Ş. ile yapılan protokole benzer protokollerle uzatıldığı anlaşılmaktadır. Yapılan yerinde incelemelerde elde edilen belgeler çerçevesinde, 1997 yılında sözleşme süreleri biten müşterilere 31.03.1997 tarihinde bir yazı gönderilmiş ve bu yazı çerçevesinde yazının ekinde yer alan protokolün imzalanması istenmiştir. Söz konusu yazıda geçen ifadeler şu şekildedir:

“Sayın Müşterimiz;

Şirketinizce yapılan Sıvı Karbondioksit Satış ve Depolama Sistemi Kurma Sözleşmesi'nin süresi 01.05.1997 yılında sona ermektedir. 06.03.1997 tarihli yazımız ve ekindeki anket formu müşterilerimizin önemli bir bölümü tarafından cevaplandırılmıştır. Bu cevapların değerlendirilmesinde; müşterilerimizin gelecek 5 yıllık süredeki ihtiyaçlarını karşılayabilmek için gerek üretim ve gerek tüketim noktalarında *yeni ve büyük boyutlu* yatırımların şirketimizce yapılması mecburiyeti ortaya çıkmaktadır. Ancak bu yatırımlara girişebilmemiz ve talepleri istikrarlı bir şekilde karşılayabilmemiz için sözleşmelerin de istikrar kazanması ve beş yıllık bir süreyi kapsaması gerekmektedir.

Yukarıda açıklanan durum karşısında, aramızdaki sözleşmenin süre dışındaki maddelerinin aynen devamı kaydıyla, *sözleşme süresinin 01.05.1997 tarihinden itibaren beş yıl süreyle uzatılmasının kabulü halinde ekte sunduğumuz “Protokol”ün imzalanarak gönderilmesini aksi halde sözleşmenin 01.05.1997 tarihinde sona ereceğini bilgilerinize sunarız*”

Yukarıdaki yazı ile 1997 yılı içerisinde (ki bunların hemen hemen tamamına yakını 1996 yılında 1 yıllık sözleşme imzalamıştır) sözleşmesi biten müşterilere, sözleşmelerinin 5 yıl süreyle uzatılacak olduğu aksi takdirde, sözleşmenin 1.5.1997 tarihinde sona ereceği duyurulmaktadır. Aşağıda yer verilen diğer yazılarda geçen ifadelerden Karbogaz A.Ş.'nin bir kaç büyük müşteri dışında tüm müşterileriyle hiçbir fiyat indirimi yapmadan sözleşme sürelerini 5 yıla çıkardığı anlaşılmaktadır.

Yapılan yerinde incelemelerde yine aynı yıl içerisinde 26.8.1997 tarihinde Uludağ A.Ş.'ye ve 20.8.1997 tarihinde Fruko-Tamek A.Ş.'ye gönderilen yazılar bulunmuştur. Uludağ A.Ş.'ye gönderilen yazıda dikkate değer şu ifadeler yer almaktadır:

“Sn. R... S....'nun dikkatlerine;

25.08.1997 tarihli faksınızda belirttiğiniz üzere, mevcut sözleşmemizdeki birçok maddenin görüşülerek değiştirilmesini talep etmekteyiz.

...

Karbogaz A.Ş.'nin üstün teknolojisi, kesintisiz servisi ve yüksek kalite anlayışı ile firmanız fabrikalarına yapılan karbondioksit ikmalinde şu ana kadar hiçbir sorunla karşılaşmadığı gibi, bu geçen süre zarfında mevcut sözleşmemizin hiçbir maddesi üzerinde hiçbir problem yaşanmadığı da malumunuzdur. *Aynı anlayış içinde sayın müşterilerimize olan üstün hizmetlerimizi sürekli kılmak düşüncesiyle sayın şirketinizin önümüzdeki 5 yıl içinde artacak karbondioksit ihtiyacına bağlı olarak yatırımlarımızı yönlendirmek ve sayın şirketiniz adına gelecek yıllar için şimdiden tedbir almak amacıyla, şirketinizle akdedilmiş olan 01.10.1996 tarihli sözleşmemizi bir protokol ile 5 yıl daha uzatılmasını talep ettiğimiz malumunuzdur.*

Sayın şirketiniz dışındaki tüm karbondioksit müşterilerimizle 5 yıllık yeni sözleşmenin yapılmış olduğunu buna ilaveten yukarıda ifade ettiğimiz bu samimi açıklamalarımız dahilinde ayrıca karşılıklı yapılan toplantılarda izah edildiği şekilde mevcut sözleşmemiz üzerinde talep etmiş olduğunuz metin değişikliklerini kabul etmemizin mümkün olmadığını üzümlere ifade etmek isteriz.

Mevcut sözleşmemizin *bir protokol ile 5 yıl daha uzatılması* talebimizi tekrar eder, gereğinin buna göre düşünülmesi hususunu rica ederiz.”

Uludağ A.Ş. bu yazı üzerine Karbogaz A.Ş. tarafından gönderilen protokolleri imzalamak durumunda kalmış ve sözleşme 5 yıl süreyle uzatılmıştır. Uludağ A.Ş. dışında Çamlıca A.Ş. de benzer bir protokolle sözleşme süresini 5 yıl uzatmıştır.

Fruko-Tamek A.Ş.'ye gönderilen yazıda aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“... şirketinizle akdedilmiş olan 30.9.1996 tarihli sözleşmemizin karşılıklı görüşülerek üzerinde antad kalınacak bir protokolle 5 yıl süreyle uzatılmasını talep ettiğimiz malumunuzdur. *Sayın şirketiniz ve bir iki müşterimiz dışında tüm karbondioksit müşterilerimiz ile 5 yıllık yeni sözleşmeler hiçbir fiyat indirimi yapılmaksızın imzalanmıştır.*

Sayın şirketinizin mevcut müşterimiz içindeki önemi ve ayrıcalıklı konumu nedeniyle tarafınıza mevcut fiyatlarımızdan indirim teklif edilmiş, ayrıca 4 yıllık sözleşme uzatımı öneriniz de kabul edilmiştir.

Sayın şirketinizin ilk toplantı tarihimiz olan 24.06.1997 tarihinden bugüne kadar henüz faaliyette olmayan ne zaman ne şekilde faaliyet göstereceği belli olmayan başka satıcı firmaları dikkate alarak amacımıza ve ahde vefaya uygun olmayan metni protokole dahil etmek istenmesi, 11 yıldan bu yana üstün kalitesi, kusursuz servisi, yüksek teknolojisi güveni ve sadakati ile sn. Şirketinize hizmet veren bizleri üzmüştür.

Yukarıda ifade ettiğimiz bu samimi açıklamalarımız dahilinde protokolde yapmak istediğiniz metin değişikliğinin kabul edilemez olduğunu ve gereğinin buna göre düşünülmesi hususunu rica ederiz...”

Söz konusu bu yazı ile Fruko-Tamek A.Ş. piyasaya o dönemde girmek üzere olan bir teşebbüsün varlığından haberdar olduğu ve bu çerçevede Karbogaz A.Ş.'den süre

uzatımı öngören protokolde bazı değişiklikler yapmasını istediği ancak bu değişikliklerin Karbogaz A.Ş. tarafından kabul edilmediği anlaşılmaktadır. Yukarıdaki yazılarda geçen ifadeler tek başına o dönem için Karbogaz A.Ş.'nin pazarda sahip olduğu ekonomik gücün bir göstergesi olarak kabul edilmiştir.

Müşterilere giden ve yukarıda ayrıntılı olarak yer verilen yazıların hepsinde, Karbogaz A.Ş.'nin tek taraflı süre uzatım niyeti ortaya konulmakta ve müşterinin kabul etmemesi halinde sözleşmelerin sona ereceği ifade edilmektedir. Bu yazıların muhatabı olan müşteriler bakımından, bu yazıların ne anlama geldiğinin anlaşılması için 1997 yılındaki Karbondioksit pazarı koşullarının iyi bilinmesi ve ayrıca yukarıda ele alınan Karbondioksit pazarının önemli aksaklığının göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Müşterinin sağlayıcı ile arasındaki karbondioksit temini ilişkisinde dikkate aldığı en önemli faktörler şu dört başlık altında sıralanabilir.

- a. gazın kalitesi,
- b. zamanında teslimi,
- c. gaz tedarikinin devamlılığı,
- d. fiyat

Görüldüğü üzere, gazın fiyatı müşteri bakımından son sırada yer almaktadır. Fiyatın ilk üç sırada yer almamasının temel nedeni daha önceden de belirtildiği gibi maliyet kalemleri arasında %1-2 gibi bir değer ile son sıralarda yer almasıdır. Tabii ki bu müşterinin fiyatı hiç dikkate almadığı anlamına gelmemektedir. Sadece diğer faktörlere göre öncelikli bir unsur değildir.

Bu dönemde (1997 yılı) karbondioksit sağlayıcısı olan Karbogaz A.Ş. ve bir rakip teşebbüs dışında sektörde başka firma bulunmamaktadır. Her ne kadar piyasada Karbogaz A.Ş.'nin bir rakibi olsa da, karbondioksitin en çok kullanıldığı gazlı içecek sektörünün önde gelen firma yetkilileriyle yapılan görüşmelerde ve müşterilerden gelen yazılı açıklamalarda bu teşebbüsün tercih edilmediği anlaşılmıştır. Eski teknoloji ve müşteri gözünde olumsuz bir imaja sahip olan tek bir rakibin var olduğu bir dönemde, yukarıdaki yazıları alan bir müşterinin Karbogaz A.Ş.'nin isteği doğrultusunda süre uzatım protokolünü imzalamaktan başka çaresi kalmamaktadır. Özellikle karbondioksit pazarının gazlı içecek sektöründeki müşteriler bakımından sahip olduğu aksaklık göz önünde bulundurulduğunda, Karbondioksit müşterilerinin aradıkları kalitede alternatif sağlayıcının olmadığı bir dönemde, imzalamadıkları takdirde alternatif arz kaynağı aramak durumunda kalacakları bir sonuca katlanmak yerine hayati derecede önemli olan ancak toplam maliyetler içerisinde çok az düzeyde bir yere sahip olan karbondioksit tedariki için Karbogaz'ın gönderdiği süre uzatım protokolünü kabul etmeleri oldukça anlamlıdır.

Yukarıda Fruko-Tamek A.Ş.'ye gönderilen yazıda geçen "Sayın şirketinizin ilk toplantı tarihimiz olan 24.06.1997 tarihinden bugüne kadar henüz faaliyette olmayan ne zaman ne şekilde faaliyet göstereceği belli olmayan başka satıcı firmaları dikkate alarak amacımıza ve ahde vefaya uygun olmayan metni protokole dahil etmek istenmesi," ifadesinden Karbogaz A.Ş.'nin o dönemde piyasaya girme hazırlıkları yapan bir teşebbüsten haberdar olduğu ve müşterilerin de bunun farkında olduğu ve

bu çerçevede Karbogaz A.Ş.'nin uluslararası piyasa koşullarına göre yüksek olan fiyatlarından indirim talep ettikleri anlaşılmaktadır.

Yeni bir rakibin pazara girmek üzere olduğu bir dönemde, Karbogaz A.Ş.'nin sözleşme sürelerini uzatma konusunda gösterdiği çaba, yeni rakibe karşı stratejik olarak izlediği, kendi konumunu koruma ve rakibi dışlama politikası olarak değerlendirilmiştir. Bu politika esas olarak müşterilerle yapılan uzun süreli münhasır sözleşmelere dayanmaktadır. Bu politikanın en temel sonucu ise, sözleşmeyi akdeden müşterinin alternatif sağlayıcılarla iş yapma özgürlüğünün ortadan kalkması ve bunun sonucunda pazarın bu müşteriler bakımından rekabete tamamen kapanmasıdır.

Karbogaz A.Ş. 1997 yılında sadece süresi biten müşterilerle 5 yıllık süre uzatımını öngören protokol imzalamakla kalmamış, aynı zamanda bu yıl içinde yapılan yeni sözleşmelerin hemen hemen hepsinin 5 yıllık sürede olması konusunda çaba göstermiştir. Karbogaz A.Ş.'nin 1997 yılındaki bu stratejik eylemi dışında 1998 yılında yaptığı sözleşmelerin de mümkün olduğu kadar 3 ila 5 yıllık sürelerde olmasına özen göstererek konumunu koruma politikasını sürdürmüştür. İlgili pazara ilişkin verilen bilgilerden hatırlanacağı üzere, Barit A.Ş. dışında 1997 sonrası dönemde diğer gaz sektörlerinde faaliyet gösteren Habaş A.Ş. pazara girmiştir. Daha sonraki yıllarda Karbogaz A.Ş.'nin yaptığı sözleşmelerin hemen hemen tamamının uzun süreli olduğu görülmektedir.

Sonuç olarak, Karbogaz A.Ş. firması daha önceki dönemlerde pazarda gerçek bir rakibi olduğu halde, 1 yıllık sözleşme yapmayı yeterli bulurken, 1997 yılında pazara yeni giriş olacağına ilişkin ciddi sinyaller alması sonucunda, 1 yıllık sözleşmelerle yetinmemiş ve sürelerin mümkün olduğu kadar uzun olmasına çaba göstermiştir.

H.3.3.2.4. Birleşik Oksijen Sanayi (BOS) İle Yapılan Sözleşmeye İlişkin Tespitler

BOS Karbogaz A.Ş. ile tamamen münhasır bir sözleşme yapmamıştır.

1.12.1996 tarihinde yapılan sözleşme uyarınca BOS ihtiyacının %20'sini başka bir sağlayıcıdan alma imkanına sahiptir. BOS bu imkana sözleşmede yer alan şu hüküm ile kavuşmuştur:

“3.3 (.....) BOS Karbogaz A.Ş.'den temin edeceği ihtiyacının %80'ni dışındaki (bakiye %20) sıvı karbondioksit ihtiyacını sadece yurt dışından temin edecektir”

Bu sözleşmede yer alan yukarıdaki hüküm uyarınca her ne kadar BOS, ihtiyacının %20'sini başka bir kaynaktan temin etme konusunda serbest olsa bile, bu ihtiyacını ancak yurtdışından karşılayabileceği hükme bağlanarak yerli üreticilerden mal tedarik etmesinin önüne geçilmiştir. Söz konusu bu hüküm Karbogaz A.Ş.'nin 1997 yılından başlamak üzere takip edeceği münhasır sözleşmeler yoluyla kendi pozisyonunu koruma ve rakipleri dışlama politikasının ilk işareti olduğu ve herhangi bir etkinlik gerekçesine dayanmadığı düşünülen bu hükmün müşterinin yerli üreticilerle iş yapma imkanını kısıtlama amacını taşıdığı düşünülmüştür.

H.3.3.2.5.Fruko-Tamek A.Ş. İle Yapılan Sözleşmelere İlişkin Tespitler

Fruko-Tamek A.Ş. ile 1996 yılında yapılan sözleşmenin süresi 2 yıldır. 1997 yılında Karbogaz A.Ş. diğer müşterileriyle olduğu gibi, daha sözleşmesi bitmeden Fruko-Tamek A.Ş. ile sözleşme süresinin uzatımı için görüşmeler yapmıştır. Yapılan yerinde incelemelerde, Fruko-Tamek A.Ş. ile 1997 yılında yapılan görüşmelere ilişkin alınan notlarda yer alan aşağıda sunulan ifadeler dikkate değerdir.

11.7.1997 tarihli toplantıya ilişkin olarak alınan notlarda toplantıya katılan Karbogaz A.Ş. temsilcilerinin, Fruko-Tamek A.Ş.'ye 5 yıllık sözleşme teklifinde bulunduğu şu ifadelerden anlaşılmaktadır:

“ortakları (*yabancı*) bir yılın üstündeki tüm sözleşmeleri kendileri ve A. Anderson denetim şirketi ile kontrol etmekte. Ayrıca yerli ortaklarla da 5 yıl sözleşme uzatma konusunda da problem yaşayacaklarını ifade ettiler (...) Ancak piyasa fiyatlarında düşme olması halinde, fiyatlar tekrar gözden geçirilecektir ibaresini sözleşmeye yazmamız halinde 2000 yılına kadar mevcut sözleşmeyi uzatabileceklerini (eskolasyon formülü katsayısını düzeltmemiz kaydıyla) belirttiler ...Kendilerine bilinen şeyleri tekrar ettim ve en azından 2002 yılına kadar yapılmasını ve eskolasyon katsayısını kaldıracağımızı ifade ettim...”

Yeni sözleşme süresini 31.12.2001 yılına kadar uzatabileceklerini ancak ek bir protokol ile piyasa fiyatlarında bir düşme olması halinde bunu bir ibare ile göz önüne alınabileceği konusunda bir madde hazırlayın hemen imzalayalım dediler...

Ben de şöyle bir teklifte buldum: *ileride piyasaya çıkabilecek üreticilerin Karbogaz A.Ş. imkanlarına sahip olması halinde 3 adet karbondioksit üretim tesisi, tank ve transport tankları, kalite, servis garantisi ile ve CO2 fiyatlarının Karbogaz A.Ş.'nin Pepsi-Cola'ya uyguladığı fiyatlardan en az % 15 daha düşük olması halinde mevcut fiyatlar karşılıklı iyi niyet çerçevesinde tekrar ele alınacak ve görüşülecektir. Gibi birşey olabilir belki dedim...*

Kendileri buna benzer bir şeyin kendileri için yeterli olabileceğini söylediler.”

Daha sonra 25.07.1997 tarihinde yapılan görüşmede alınan notlarda aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“1. Karbogaz A.Ş.'nin 12+3 yıllık geçmişi, tecrübesi, teknolojisi imkan ve tecrübeleri anlatıldı. Amacımız, yeni yatırım yapılacak, sizin 4 yıldaki alımınızı bilmek, buna kendi açımızdan garantiye almak istediğimiz söylendi.

2. Fruko-Tamek A.Ş. yeni sözleşme veya protokole ‘uygun fiyatı Karbogaz A.Ş. vermezse başkalarında da alırım’ maddesinde ısrar etti.

3. *F.Tamek yeni gelecek olan üreticiden çekindiğimiz için onlarla 4 yıllık sözleşme imzalamak istediğimizi söyledi.* Biz ise sadece yatırımımızı garantiye almak ve Pepsiyi garantiye almak istediğimizi daha ortada olmayan bir firmadan çekinmediğimizi- fiyatımızın şu andaki fiyat olduğunu bunu tartışmayacağımızı ve Pepsi'nin başkasından almakta serbest olduğunu ancak bize bugün ve bugünkü şartlarda (fiyat v.s.) kaç ton gaz taahhüt edeceklerini- diğer firmadan 1-2 fabrika

bazında alabileceklerini ve bu firmanın fiyatının bizim için önemli olmadığını söyledim...

4. T.G. heyecanlandı ve sinirlendi. Anlaşamayacağımızı ancak sözleşmemizin 1.10.1998 tarihine kadar devam ettiğini ve iki tarafın da yükümlülüklerini yerine getireceğini söyleyince, Nejat bey ben yeni bir '*başkasından fiyat alırım*' paragrafı (daha uygun-Karbogazı kollayıcı!) yazacağını ve yollayacağını söyledi. Bu hususta pek hevesli olmadan bu metni yollayabileceklerini söyledim."

Yukarıdaki iki görüşme notu genel olarak incelendiğinde şu tespitleri yapmak mümkündür. Öncelikle Karbogaz A.Ş.; uyguladığı genel politikası çerçevesinde, diğer müşterileriyle olduğu gibi, 1997 yılı içerisinde daha sözleşmelerinin bitmesine 1 yıl kala Fruko-Tamek A.Ş. ile olan sözleşmesini 4-5 yıl uzatmak istemiştir. Gerekçe olarak ise, Karbogaz A.Ş.'nin yatırımlarının garanti altına alınması ihtiyacı gösterilmiştir. Yapılan görüşmelerde Fruko-Tamek A.Ş. yetkilileri öncelikle süre uzatımına sıcak bakmamışlardır. Yeni bir üreticinin pazara girecek olmasından haberdar oldukları için uzun süreli bir sözleşme konusunda -ancak eklenecek bir madde ile ileride daha uygun teklifler olması durumunda gözden geçirme amaçlı bir hüküm konursa- anlaşabileceklerini beyan etmişlerdir. Ancak Karbogaz A.Ş. daha pazara girmeyen bir rakipten çekinmediğini, fiyatının son fiyat olduğunu ve tartışmayacağını belirtmiştir.

Bu konuda yukarıda yer verilen 20.8.1997 tarihli bir yazıyla Karbogaz A.Ş., Fruko-Tamek A.Ş.'ye istediği değişikliklerin yapılmasının mümkün olmadığını ve gereğinin buna göre düşünülmesi gerektiğini bildirmiştir. Bütün bu yazılar birarada değerlendirildiğinde, Fruko-Tamek A.Ş.'nin Karbogaz A.Ş. ile uzun süreli sözleşme yapma konusunda isteksiz davrandığı ancak Karbogaz A.Ş.'nin ısrarları sonucunda ancak "fiyat gözden geçirme hükmü" olursa, kaygılarının giderilebileceği fikrinde olduğu anlaşılmaktadır.

Nitekim daha sonra Fruko-Tamek A.Ş. ve Karbogaz A.Ş. arasında imza altına alınan Protokol ile sözleşme süresi Karbogaz A.Ş.'nin istediği gibi 31.12.2002 yılına kadar 5 yıl süreyle uzatılmakta ancak, Fruko-Tamek A.Ş.'nin istediği "fiyat gözden geçirme" hükmünün protokole eklendiği görülmektedir.

Söz konusu hüküm şöyledir:

" Karbogaz A.Ş.'nin sıvı karbondioksit üretim, kapasitesine, servis garantisine, dağıtım araç kapasitelerine, stoklama kapasitesine üretim kalitesine eşdeğer bir yerli üretici firmanın işbu sözleşme süresi içinde, Müşteri'ye Karbogaz A.Ş.'nin o günkü cari sıvı karbondioksit satış fiyatından en az %15'den daha düşük bir fiyat teklif etmesi halinde Karbogaz ve Müşteri Karbogaz'ın o günkü cari sıvı karbondioksit satış fiyatını iyi niyet kuralları çerçevesinde karşılıklı olarak gözden geçirecektir..." "

Bu hüküm Avrupa Topluluğu (AT) rekabet hukuku uygulamalarında "İngiliz Hükmü" olarak bilinen ve müşterinin aldığı daha iyi bir teklifi sağlayıcısına bildirerek, haberdar olmasını dolayısıyla sağlayıcı bakımından pazarın şeffaflaşmasını sağlayan bir maddedir. Hakim durumdaki teşebbüslerin sözleşmelerine bu denli

hükümler koymaları kötüye kullanma olarak değerlendirilmektedir. Zaten pazarda hakim durumda olan teşebbüs bu tür hükümlerle rekabetin oluşacağı koşulları mutlak olarak belirleme imkanı kazanmakta ve rekabetin gelişmesinin önüne geçmektedir. Öte yandan bu tür hükümlerin konulmasını müşteri istiyor ise, yukarıdaki hükümde olduğu gibi teklif edecek teşebbüsün hangi özelliklere sahip olacağına ilişkin nitel ve nicel özellikler sayılmasına izin verilmemektedir.

Fruko-Tamek A.Ş. bu hükmü ancak protokol imzalandıktan 3 yıl sonra Barit A.Ş. peş peşe Karbogaz A.Ş.'ye göre daha uygun koşullarda teklif sununca uygulamaya koyabilmiştir. 2000 yılı Kasım ayında Fruko-Tamek A.Ş., Karbogaz A.Ş.'ye gönderdiği bir yazı ile bu hükmün işleme için gerekli koşulların doğduğu ifade edilmiştir:

“.. Türkiye’de bulunan ikinci karbondioksit üreticisi konumundaki Barit A.Ş. tarafından şirketimize 17.7.2000 ve 14.11.2000 tarihlerinde Karbogaz A.Ş. fiyatlarına göre maliyetlerimizde oldukça menfaat sağlayıcı teklifler verilmiştir. Rakibimizin karbondioksit ihtiyacının en az %25’ini karşılamakta olan Barit A.Ş. firmasının karbondioksit ürününün kalitesi gerek firmamız yetkilileri gerekse yabancı ortağımız Pepsi Co. Int. Yetkilileri tarafından da onaylanmıştır. Ayrıca tarafımıza yapılan teklif bünyesinde ödeme vadesi 60 gün ve fiyat eskalasyon süreci altı ay olarak belirlenmiştir. Halbuki Karbogaz A.Ş.’nin ödeme vadesi 30 gün olup fiyat eskalasyon süreci iki aydır.

Diğer yandan karbondioksitin Amerika ve Avrupa’daki fiyatları da tarafımızdan tetkik edilmiş ve Karbogaz A.Ş. olarak bize uygulamış olduğunuz fiyatın dünya standartlarının çok üzerinde olduğu görülmüştür (...) gerekli düzenlemelerin yapılmasını talep etmekteyiz

1. Sözleşme eki protokolda gayet açıkça belirtildiği gibi, halihazırda uygulanmakta olan 215.123 TL/kg olan cari fiyatın Barit A.Ş. tarafından 14.11.2000 tarihinde verilen son tekliflerindeki fiyat olan (141.000 TL/kg) X 1.15 üstünde (162.150 TL/kg) fiyata çekilerek, bütün fabrikalara (162.150 TL/kg) birim fiyatla mal verilmesi,
2. Eskalasyon uygulamasının 6 ayda bir yapılması,
3. Ödeme süresinin 60 güne çıkarılması”

Fruko-Tamek A.Ş.’nin bu yazısından sonra Fruko-Tamek A.Ş. ile Karbogaz A.Ş. aşağıdaki koşulları içeren bir sözleşme ile 2002’de sona eren sözleşme süresini 2010 yılına kadar uzatmışlardır. Bu çerçevede karbondioksit satış fiyatı 171.000 TL/kg (+ KDV) olarak belirlenmiş ve ayrıca fiyat başlıklı maddeye “fiyat gözden geçirme” hükmü konmuştur. Ayrıca 3 aylık fiyat değişim süreci ve 60 günlük ödeme vadesi belirlenmiştir.

Genel olarak değerlendirildiğinde, Fruko-Tamek A.Ş. (Pepsi-Cola), Barit A.Ş.’nin teklifleri çerçevesinde, aynı kalitede karbondioksiti daha uygun koşullarda temin etme imkanı bulmuştur. Diğer yandan fiyat konusunda getirilen ilave bir hükümlerle, Fruko-Tamek A.Ş. yeni avantajlar elde etmiştir. Bu koşullarda 2010 yılına kadar sözleşme imzalamıştır.

Karbogaz A.Ş. maliyetlerinde herhangi bir değişme olmadığı halde fiyatını 215.123 TL seviyesinden, sadece Barit A.Ş.'nin fiyatını karşılamak için 171.000 TL seviyesine çekmiştir. Sonuç olarak söz konusu hüküm pazarda rakip teşebbüslerin koşullarını Karbogaz A.Ş. lehine şeffaflaştırırken, diğer yandan Karbogaz A.Ş.'nin pazardaki rekabet koşullarını kontrol etme imkanına kavuşmasını sağlamıştır.

H.3.3.2.6. Münhasır Tedarik Sözleşmeleri ve 2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalar Grup Muafiyet Tebliği

Karbogaz A.Ş.'nin münhasır tedarik sözleşmelerine konu olan mal (karbondioksit gazı) yeniden satış amaçlı değil, bir başka ürün üretiminde kullanım amaçlıdır. Bu türde ara girdi durumundaki malların tedarikine ilişkin olan sözleşmeler için, 2002/2 sayılı Tebliğ'in 14.07.2002 tarihinde yürürlüğe girmesine kadar bir grup muafiyet Tebliği henüz Rekabet Kurulu tarafından çıkarılmamıştır. 4054 sayılı Kanuna aykırı olan bu sözleşmelerin hukuki geçerlilik kazanabilmeleri için Kanun'un ilgili hükümleri çerçevesinde bildirilmeleri ve Kanun'un 4. maddesindeki yasaklamadan kurtulmak üzere muafiyet almaları zorunludur. Karbogaz A.Ş. tarafından yapılan bu sözleşmelerden, Rekabet Kurumu'nun faaliyete geçtiği 05.11.1997 tarihinden önce yapılan sözleşmelerin 1997/6 sayılı Tebliğ'in 3. maddesi uyarınca 5 Mayıs 1998 tarihine kadar, 5.11.1997 tarihinden sonra imzalanan sözleşmelerin de aynı Tebliğin 2 ve Kanununun 10. maddeleri uyarınca imzalandıkları tarihten itibaren bir ay içerisinde bildirilmesi gerekmektedir.

Diğer yandan bu türden ara girdi durumundaki malların tedarikine ilişkin olan sözleşmeleri kapsamına alan 2002/2 sayılı Tebliğ yürürlüğe girdiği tarihte, işbu karara esas soruşturma safhası henüz tamamlanmadığı için söz konusu sözleşmelerin ilgili Tebliğ'in kapsamında grup muafiyetinden yararlanıp yararlanamayacağı konusunun değerlendirilmesi gerekmiştir.

2002/2 sayılı Tebliğin "Kapsam" maddesi "Üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren iki yada daha fazla teşebbüs arasında belirli bir mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımı amacıyla yapılan anlaşmalar..." ifadesi ile yalnızca *yeniden satım* amaçlı değil *girdi sağlamaya yönelik alım* sözleşmelerini de tebliğ kapsamına almaktadır. Bu açıdan Karbogaz A.Ş.'nin tedarik sözleşmeleri 2002/2 sayılı Tebliğ, Karbogaz A.Ş.'nin müşterileri ile yapmış olduğu münhasır tedarik sözleşmelerini kapsam içine almıştır. Ancak, Tebliğ'in kapsam maddesine uygun olan sözleşmelerde yer alan "münhasır tedarik hükmü"nin Tebliğ'e uygun olması ya da bir başka ifade ile grup muafiyetinden yararlanabilmesi için, Tebliğin 5. maddesinin (a) bendinde yer alan "alıcıya getirilen belirsiz süreli veya süresi beş yılı aşan rekabet etmeme yükümlülüğü" ifadesi uyarınca belirsiz süreli olmaması gerekmektedir.

Sözleşmelerde yer alan süreye ilişkin madde şöyledir:

"Bu sözleşme taraflarca imzalandığı (a) tarihine kadar geçerlidir. Bu müddetin hitamından en az (b) ay önce taraflardan biri diğerine sözleşmenin aynen devamını istemediğini yazılı olarak ihbar etmediği takdirde sözleşme süresi (c) yıl uzatılmış sayılacak ve bundan sonraki süreler sonunda da aynı şekilde işlem yapılacaktır."

Yukarıdaki madde sözleşme süresinin zımni olarak yenilenmesini öngördüğü için, bu maddeyi içeren sözleşmeler, 2002/2 sayılı Tebliğin 5. maddesinin (a) bendi uyarınca, getirdiği münhasır temin yükümlülüğü bakımından belirsiz süreli sözleşmeler olarak değerlendirilmiştir ve bu itibarla 2002/2 sayılı Tebliğ'in sağladığı muafiyetten yararlanamayacağı tespit edilmiştir. Bu çerçevede, söz konusu sözleşmeler bakımından bildirim zorunluluğu ortadan kalkmış değildir.

H.3.4. AT Rekabet Hukukunda Münhasır Tedarik Sözleşmelerinin Durumu

H.3.4.1. Genel Olarak

Bu karar verilirken münhasır tedarik sözleşmelerine ilişkin olarak, AT Rekabet Hukuku uygulamalarında ortaya çıkan prensiplerin dikkate alınmasında yarar olduğu kanaatine varılmıştır. Bu çerçevede, konuyla doğrudan ilgili karar ve uygulamalar göz önünde bulundurulmuştur. Genel olarak bakıldığında, AB Komisyonu pazarın gerçek ya da potansiyel rakiplere kapanmasına yol açan münhasır tedarik sözleşmelerine özel önem vermiş bazı zamanlar resmi olarak herhangi bir soruşturma yoluna başvurmadan, münhasır tedarik anlaşmaları yoluyla müşterilerinin kendisine bağlayan teşebbüslerden Roma Antlaşması 81. madde çerçevesinde rekabeti kısıtlayıcı olarak kabul edilen ve sonuçta rakiplerin pazara girmesini zorlaştıran hükümleri kaldırmalarını istemiştir.

Diğer yandan bu tür münhasır tedarik sözleşmeleri AT rekabet hukuku içtihadında hakim durumun kötüye kullanılmasını düzenleyen 82. madde altında önemli bir yere sahiptir. Önemli sayıda davada Komisyon hakim durumdaki teşebbüslerin müşterileriyle yaptığı münhasır tedarik sözleşmeleri yoluyla müşterilerin hakim durumdaki firma dışındaki alternatif sağlayıcılardan mal tedarik etme özgürlüklerinin kısıtlandığı ve bunun sonucu olarak rakiplerin pazardaki faaliyetlerinin zorlaştırıldığı ya da pazara yeni girmek isteyen teşebbüslerin girişlerinin engellendiği sonucuna varmıştır. Komisyon hakim durum hallerinde 81 maddeye göre daha sıkı kısıtlarla hareket etmiştir. Zaten hakim durumdaki teşebbüsün varlığı yüzünden rekabetin önemli ölçüde kısıtlanmış olduğu pazar içerisinde, söz konusu teşebbüs tarafından başvuru münhasır tedarik uygulamaları bu rekabetin daha da fazla kısıtlanması sonucunu doğurduğu için kötüye kullanma olarak kabul edilmiştir.

H.3.4.2. Kararlar ve İkincil Mevzuat

H.3.4.2.1. Avrupa Endüstriyel Gaz Üreticilerinin Sözleşmelerinde Değişiklik Yapılması

AB Komisyon'u 1989 yılında gönderdiği "İtiraz Bildirimi" ile Topluluk sınırlarında endüstriyel gaz üretimi yapan L'Air Liquide SA, AGA AB, Union Carbide, Boc plc., Air Products Europe Inc, Linde AG ve Messer Griesheim GmbH adlı teşebbüslerden müşterileriyle yapmış olduğu sözleşmelerde rekabetin korunması ve geliştirilmesi için bir takım değişiklikler yapılmasını emretmiştir. Bu değişiklikler çerçevesinde, sözleşmelerde yer alan münhasır tedarik ve satınalmaya ilişkin hükümler geçersiz

kabul edilmiştir. Ancak gaz güvenliği gerekçesiyle tank münhasırlığına izin verilebileceği, bu münhasırlığını tesis münhasırlığına dönüştürülemeyeceği sonucuna varmıştır. Böylelikle müşterinin tesisinde isterse birden fazla sağlayıcıya ait gaz tedarik tankı bulundurma imkanına sahip olmasının önü açılmıştır.

Ayrıca “Dökme gaz tedarikine” ilişkin olan sözleşmelerin süreleri 5 yıldan 3 yıla indirilmiştir. (Komisyon bu rakamın belirlenmesinde mevcut pazar koşullarını dikkate almıştır.) Ancak “tonnage sözleşmesi” olarak bilinen ve sağlayıcının müşteri tesisine büyük yatırımlar yapmak zorunda olduğu sözleşmeler için 15 yıla kadar izin verilmiştir. Bu tür sözleşmelerde sağlayıcı müşteri tesisine çok büyük miktarlarda yatırım yapmaktadır. Bu yatırımların karşılanması için belirli bir süre ticari ilişkinin sürmesi ticari ve ekonomik bir zorunluluk olarak değerlendirilmektedir. Son bir husus ise sözleşmelerde yer alan “İngiliz Hükümü”dür. Bu hüküm yardımıyla sağlayıcı kendi müşterisine başka bir sağlayıcı tarafından yapılan daha iyi koşullardaki bir teklifi öğrenebilmektedir. Bundan dolayı bu hüküm yasaklanmış ancak bir istisna getirilmiştir. Eğer sağlayıcı değil de müşteri böyle bir hükmün sözleşmede yer almasını isterse bu durumda, sağlayıcının hiç bir şekilde teklifin kimden geldiğini öğrenmemesi sağlanacaktır.

H.3.4.2.2. Aspartame (Suni tatlandırıcı) Pazarında Hakim Durumda Olan Nutrasweet Adlı Teşebbüsün Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması

Komisyon 1986 yılında Nutrasweet adlı teşebbüsün aspartame (suni tatlandırıcı) pazarındaki büyük müşterileriyle (Coca-Cola ve Pepsi-Co) yaptığı münhasır sözleşmelerin 81. maddeyi ihlal ettiğine ilişkin olarak iki rakipten şikayet almıştır. Nutrasweet firmasının her iki büyük müşteri ile yaptığı sözleşmeler gelecek beş yıl için müşterilerin ihtiyaç duydukları suni tatlandırıcının tamamını Nutrasweet'ten almasını öngörmektedir. Aspartame meşrubat üretiminde suni tatlandırıcı olarak kullanılmakta olup, AT'da en büyük alıcılar Coca-Cola ve Pepsi Cola'dır. Komisyon bu sözleşmelerin ilgili ürün pazarını rekabete önemli ölçüde kapattığını düşünerek konuya ilişkin inceleme başlatmıştır. Bunun hemen arkasından, anlaşmanın tarafları Komisyon ile gerekli değişiklikleri yapmak üzere görüşme yapmak istediklerini bildirmişlerdir. Yapılan görüşmeler sonucunda sözleşme hükümleri Komisyon'un istediği şekilde değiştirilmiştir. Yapılan değişikliklere göre, Coca-Cola/Pepsi-Co Nutrasweet firmasından ihtiyaç duydukları aspartame'in belirli bir miktarını tedarik edecekleri ve başka tedarikçilere de imkan verecekleri konusunda mutabık kalmışlardır. Ayrıca sözleşme süreleri en çok 2 yıla sınırlandırılmıştır.

H.3.4.2.3. Hoffman La Roche Davası

Hoffman La Roche davası, münhasır tedarik yükümlülüğü içeren sözleşmelerin 82. madde bağlamında değerlendirilmesi bakımından çok temel bir dava olup, içtihadın temelleri bu davada belirlenen prensipler çerçevesinde oluşturulmuştur. Komisyon *Hoffman La Roche* firmasının 22 büyük müşterisiyle yaptığı ve müşterilerin ihtiyaç duydukları vitaminin tamamını ya da büyük bir kısmını Roche firmasından alma ya da belirlenen belirli vitaminleri münhasıran Roche firmasından temin etme yükümlülüğü getiren veya sadakat indirimi öngören sözleşmelerle hakim durumunu kötüye

kullandığına karar vermiştir. Komisyona göre bu sözleşmeler yoluyla Roche firması müşterilerin alternatif vitamin üreticilerinden temin etme özgürlüğünü kısıtlamış ve rakiplerin pazara girişini engelleyerek rekabetin kısıtlanmasına yol açmıştır.

Nitekim ATAD davanın temyizinde Komisyon'un kararını onaylamış özellikle hakim durumdaki teşebbüsün özel sorumluluğuna atıfta bulunmak suretiyle aşağıdaki tespiti yapmıştır:

“Bir pazarda hakim durumda olan bir teşebbüs müşterilerini münhasır tedarik yükümlülüğü ile kendisine bağlarsa –müşterilerin isteği üzerine olsa bile- bu 82. madde çerçevesinde bir kötüye kullanmadır... Aynı şekilde hakim durumdaki teşebbüs formal bir yükümlülük ile müşterilerini kendisine bağlamasa dahi, bu müşterilerle yaptığı anlaşmalarla ya da tek taraflı olarak onlara (müşterilere) sadakat indirimi sistemi ya da bir başka deyişle ihtiyaç duydukları tüm malları sadece kendisinden temin etmenin karşılığı olarak indirimler öngören bir sistem uygularsa bu da kötüye kullanma sayılır... Müşterinin ihtiyaçlarını münhasıran hakim durumdaki teşebbüsten tedarik etmesini öngören bu denli bir yükümlülük etkin rekabetin korunması amacıyla bağdaşmaz....”

Bu kararı ile, ATAD özellikle hakim durumdaki teşebbüslerin hakim durumda olmayanlardan farklı olarak taşıdıkları özel sorumluluğa dikkat çekerek, bu teşebbüslerin daha dikkatli davranarak rekabeti gereğinden fazla kısıtlayıcı eylem ve işlemlerden kaçınması gerektiğini ifade etmiştir. Kararda, yer alan "müşterilerden bir talep dahi gelse" ifadesi oldukça önemlidir. Çünkü, ATAD hakim durumdaki teşebbüslerin dışlayıcı etki gösteren sözleşmeleri için müşteriden gelen talep gerekçesini kabul etmemiş ve hakim durumdaki teşebbüsün bu tür eylemlerden kaçınması gerektiğini vurgulamıştır. Öte yandan ATAD bu davada, Roche firması tarafından sözleşmelere konulan "İngiliz Hükümü" niteliğindeki uygulamaları da kötüye kullanma olarak kabul etmiştir. ATAD yaptığı değerlendirmede, bu hükmün pazarı hakim durumdaki teşebbüs lehine daha da şeffaflaştırdığı ve bunun sonucu olarak zaten ilgili teşebbüsün varlığı yüzünden rekabetin sınırlı olduğu pazarda, bu sınırlı rekabetin de ortadan kalkma ihtimalinin ortaya çıktığını ileri sürmüştür.

H.3.4.2.4. Solvay ve ICI Davaları

Özellikle soruşturma konusu eylem ve işlemler bakımından önemli ilk dava ICI ve Solvay firmaları hakkında yürütülen *Soda Ash* davalarıdır. Bu davalar esas olarak her iki teşebbüsün ayrı ilgili coğrafi pazarlarda müşterileriyle yapmış oldukları münhasır tedarik sözleşmeleri ya da eş etkili sözleşmeler yoluyla pazarı rekabete kapatarak hakim durumlarını kötüye kullanmalarına ilişkindir.

Solvay ve ICI firmaları kötüye kullanma davalarıyla aynı anda Komisyon tarafından yürütülen bir kartel davasına maruz kalmışlardır. Söz konusu kartel davasının esas konusu, Solvay ve ICI'nin sırasıyla kıta Avrupasını ve Kıta dışındaki İngiltere ve İrlanda'yı iki ayrı coğrafi pazara ayırıp paylaşmalarına ilişkindir. Nitekim aynı anda yürütülen hakim durumun kötüye kullanılması davaları, her bir şirketin hakim

durumda oldukları kendi coğrafi bölgelerinde bu konumlarını müşterileriyle yaptıkları münhasır tedarik sözleşmeleri aracılığıyla müşterilerin alternatif arz kaynaklarından yararlanma tercihlerini sınırlandırmak suretiyle rakiplerin pazara girişini engelleyerek kötüye kullandıkları sonucuna varılmıştır.

Ancak Komisyon bu davaları ilgili teşebbüsler hakkında bu soruşturmaları açmadan önce, 1982 yılında gönderdiği bir "itiraz bildirimini" ile teşebbüslerin sözleşmelerinde değişiklik yapmalarını istemiştir. Soda-Ash cam yapımında kullanılan önemli bir girdi olup, Komisyon 1979-1980 yıllarında cam üretimine ilişkin yaptığı genel bir inceleme sırasında soda-ash pazarının oldukça yoğunlaşmış olduğunun farkına varmıştır. Bu pazar içerisinde faaliyet gösteren teşebbüslerin esas olarak cam sektöründeki doğrudan alıcı olan büyük müşterileriyle onların alternatif sağlayıcılardan tedarik etmesini engelleyecek şekilde münhasır tedarik anlaşmaları yaptığını ve bu anlaşmaların sürelerinin 5 yıl ya da daha fazla olduğunu belirlemiştir.

Komisyon ICI ve Solvay firmalarının bu sözleşmeler yoluyla pazarı önemli ölçüde rekabete kapattıkları gerekçesiyle, sözleşmelerini kendilerine verilen sürede değiştirmelerini ve Komisyonun bilgilendirilmesini istemiştir. Komisyon teşebbüslerden münhasır olmayan temelde, en çok belirli ve sabit satınalma miktarlarına ilişkin arz hükümleri içeren ve süresi 2 yıla sınırlı sözleşmeler yapmalarını istemiştir. Bu şekilde Komisyon sözleşmelerin 81(1)'in getirdiği yasaklamadan kurtulabileceğini kabul etmiştir.

Komisyonun bu düzenlemelerine rağmen her iki teşebbüs uygulamalarını sürdürünce, Komisyon teşebbüsler hakkında soruşturma açmış ve rakipleri dışlayıcı münhasır tedarik sözleşmeleri ve eş etkili sözleşme ve uygulamalar yapan teşebbüslerin 82. madde çerçevesinde hakim durumlarını kötüye kullandıklarına karar vermiştir.

H.3.4.2.5. 2790/1999 Sayılı Dikey Anlaşmalar Grup Muafiyet Tüzüğü

AB rekabet hukuku alanında, 1999 yılı sonunda kabul edilen 2790/1999 sayılı Dikey Anlaşmalar Grup Muafiyet Tüzüğü (OJ. L 336, 29.12.1999), daha önce farklı Tüzükler altında düzenlenen tekelden dağıtım anlaşmaları (1983/83 sayılı Grup Muafiyet Tüzüğü altında düzenlenmiştir), tekelden satınalma (1984/83 sayılı Grup Muafiyet Tüzüğü altında düzenlenmiştir), franchise anlaşmaları (4087/88 sayılı Franchise Anlaşmaları Grup Muafiyet Tüzüğü altında düzenlenmiştir) ve herhangi bir Tüzük ile düzenlenmeyen diğer dikey anlaşma türlerini kapsamaktadır ve adı geçen Tüzükleri yürürlükten kaldırmaktadır. Bilindiği üzere yürürlükten kalkan söz konusu eski Tüzükler bir malın yeniden satışına ilişkin anlaşmaları kapsama almıştır. 2790/1999 sayılı Tüzük'de, daha önceki düzenlemelerden farklı olarak bir nihai ürün üretiminde ham madde olarak kullanılan malların tedarikini öngören anlaşmalar da kapsamda kabul edilmiştir.

Bu tüzük kabul edilmeden önce, bir malın yeniden satışına ilişkin olan tekelden temin yükümlülüğü öngören anlaşmalar, 1984/83 sayılı Tüzük kapsamında düzenlenirken, konusu bir malın yeniden satışı olmayan ve ara girdi olarak kullanılan

malların tekelden tedarikine ilişkin olan anlaşmalar için bir grup muafiyeti söz konusu değildi. Bu çerçevede bu türde sözleşmelerden "De Minimis" kapsamında olanlar dışında kalan sözleşmelerin hukuken geçerlilik kazanabilmeleri için, bireysel muafiyet almaları gerekiyordu. Nitekim AT rekabet hukuku mevzuatını takip eden Türk rekabet mevzuatı bakımından da benzer bir durum söz konusudur.

Ancak bugün yukarıda da ifade edildiği üzere, bu tür anlaşmalar da 2790/1999 sayılı Dikey Anlaşmalar Tüzüğü kapsamında düzenlenmektedir. Bir münhasır tedarik anlaşmasının grup muafiyetinden yararlanması için sağlayıcı teşebbüsün ilgili pazardaki payının %30'un altında olması önemli bir ön koşuldur. Pazar payı bu eşiğin altında olan teşebbüslerin yaptığı münhasır tedarik anlaşmaları Tüzükte öngörülen diğer koşulları da sağlaması durumunda en çok 5 yıl süreyle grup olarak 81(1) maddenin uygulanmasından muaf tutulacaktır. Eğer teşebbüsün pazar payı ilgili eşiğin üzerindeyse, bu durumda söz konusu anlaşma bir bireysel muafiyet incelemesine konu olacaktır. Burada vurgulanması gereken önemli bir ayrıntı, her ne kadar tek tek teşebbüslerin pazar payları eşiğin altında olsa bile, eğer belirli sayıda teşebbüsün toplam pazar payı %50'nin üzerinde olursa, sözleşmelerin kümülatif etkisi pazarın rekabete kapanması olacağı için bu anlaşmalar grup muafiyeti kapsamı dışında kalabilir.

Tedarik sözleşmelerinin rekabet hukuku bakımından değerlendirilmesinde i) münhasır olup olmadıkları ii) süresinin uzun olup olmadığı önemli faktörlerdir. Bu tür sözleşmelerin piyasada ortaya çıkardığı en temel rekabet kısıtı pazarın gerçek ya da potansiyel rakiplere kapanmasıdır. Münhasır tedarik sözleşmeleri yoluyla, sağlayıcı teşebbüs anlaşma süresince müşterisinin bir başka sağlayıcıdan mal tedarik etmesini engellemektedir. Özellikle sağlayıcı teşebbüs ilgili ürün pazarında pazar gücüne sahipse, müşterileriyle yaptığı uzun süreli münhasır tedarik sözleşmeleriyle ya da benzer etki gösteren hedef indirim veyahut sadakat indirimine ilişkin hükümler içeren sözleşmeler yoluyla pazardaki rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırması ya da pazara girmek isteyen rakiplerin girişlerini engellemeleri mümkündür.

Sözleşmelerin münhasırlığı bakımından dikkate alınan esas faktör müşterilerin ne derecede alternatif sağlayıcılardan tedarik imkanlarına sahip olduğu ve bunun sonucu olarak pazarın ne kadarlık bir kısmının rekabete kapandığıdır. Eğer pazarın önemli bir bölümünün rekabete kapanması sonucu ortaya çıkıyorsa, bu durumda söz konusu teşebbüsün sözleşmelerinin grup muafiyetinden yararlanması mümkün değildir. Öte yandan, eğer teşebbüs önemli bir pazar gücüne sahipse hatta pazarda hakim durumdaysa, münhasır tedarik yükümlülüğü öngören sözleşmelerinin bireysel muafiyet almasının da zor olduğu kabul edilmektedir. Özellikle pazar gücüne sahip olan teşebbüsler tarafından yapılan tedarik sözleşmelerinin sürelerinin ne olması gerektiğinin belirlenmesinde, 2790/1999 sayılı Tüzüğün getirdiği en önemli kıstas, sağlayıcının alıcıya yaptığı müşteriye-özgü yatırımlardır. Bu kriterin belirlenmesinde, tedarik sözleşmeleri konusunda gerek Komisyon gerekse ATAD'ın geçmiş uygulamaları önemli bir kaynak olarak görülmektedir. Tüzüğün uygulanmasına ilişkin olarak hazırlanan Rehberde bu faktörün altı önemle çizilmektedir. Tüzük çerçevesinde, bu denli müşteriye özgü yatırımların yapılması durumunda, yapılan bu yatırımın boyutları dikkate alınarak, sözleşme süresinin belirlenmesi mümkündür. Bir

yatırımın “müşteriye özgü yatırım” olması için, söz konusu yatırımın o müşteri tesisi dikkate alınarak gerçekleştirilmesi ve bu müşteri dışında başka bir yerde kullanılmasının ekonomik olarak zor olması zorunludur.

H.3.5. Tedarik Sözleşmelerinde Münhasırlık ve Süreler

H.3.5.1. Tedarik Sözleşmelerindeki Münhasırlığın Gerekli Olup Olmadığına İlişkin Tespitler

Yukarıda yer verilen tespitler, Karbogaz A.Ş.’nin sözleşme sürelerini 1997 yılında bilinçli bir şekilde 5 yıla çıkardığı ve bu yıldan sonra yaptığı tüm sözleşmelerin sürelerinin 3 ila 5 yıl aralığında tutulduğu, bu sürelerin sözleşmelerin münhasır niteliği ile birlikte düşünüldüğünde pazardaki en temel etkisinin pazarın rekabete kapanması olduğunu ortaya koymaktadır.

Karbogaz A.Ş.’nin hakim durumda bir teşebbüs olarak tedarik sözleşmelerinin pazardaki etkisi dikkate alındığında, Karbogaz A.Ş.’nin tedarik sözleşmelerindeki münhasırlık hükümlerinin ve daha önemlisi süreye ilişkin hükümlerinin değerlendirilmesi ve bunun sonucunda karbondioksit pazarında bundan sonraki dönemler için rekabetin tesis edilmesi ve geliştirilmesi için bu hükümlerin nasıl olması gerektiği konusunda bir belirleme yapılması gerekli görülmüştür. Karbogaz A.Ş. sözleşmelerinde 3 farklı münhasırlık durumu birbirleriyle iç içedir:

Müşterinin tesisindeki depolama sisteminin tek bir sağlayıcı tarafından kullanılmasını öngören tank münhasırlığı;

Müşterinin mevcut tesisinde tek bir sağlayıcının depolama sistemi bulundurmasını öngören tesis münhasırlığı;

Müşterinin gelecekte kurulacak olan tesislerini de ilgilendiren münhasırlık;

H.3.5.1.1. Tank Münhasırlığı

Bunlardan birincisi müşteri tesisine kurulan ve sağlayıcının (Karbogaz A.Ş.’nin) mülkiyetinde olan depolama sistemine sadece o sağlayıcının gaz dolumu yapmasıdır. Bu oldukça makul bir uygulamadır ve bunun rekabeti kısıtlayıcı bir uygulama olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Ayrıca teknik gerekçelerle, depolama sistemi müşteriye ait bile olsa, o depolama sistemini sadece bir sağlayıcı tarafından kullanılması ve alternatif sağlayıcıların gaz dolumu yapmasının engellenmesi de makul bir davranıştır. Çünkü o depolama sistemine hangi sağlayıcının gazının konulduğunun bilinmesi gaz güvenliği bakımından oldukça önemlidir. Sağlayıcıları başkaları tarafından da kullanılan depolama sistemlerini kullanmaya itmek makul değildir. Başka bir sağlayıcının sorunlu gazını içeren

depolama sistemine dolun yapılırken, hem tanka giren yeni gazın bozulması hem de depolama sisteminden dolun tankerine gaz kaçağı olması nedeniyle dolun tankerindeki gazın bozulması riski hiç bir sağlayıcı tarafından kabul edilemez. Bu nedenlerle sağlayıcı teşebbüsün mülkiyetinde olan bir depolama sistemine tek bir sağlayıcı tarafından gaz tedariki yapılması makul bir uygulamadır.

H.3.5.1.2.Tesis Münhasırlığı (Müşterinin Alternatif Sağlayıcıdan Gaz Alamaması)

Diğer yandan ikinci durum müşterinin mevcut tesisinde sadece tek bir sağlayıcının depolama sistemini bulundurması ve ikinci bir sağlayıcının depolama sisteminin kurulmasının engellenmesidir. Böylelikle, müşterinin alternatif sağlayıcılardan gaz tedarik etmesi engellenmektedir.

Karbogaz A.Ş. sektörde müşterilerle iş yapmanın bir önkoşulu olarak münhasır anlaşma yapılması gerektiğini ileri sürmüştür. Sadece tank münhasırlığı yeterli görülmemekte, yukarıda açıklanan nedenlerle müşterinin tesisinde birden fazla sağlayıcının gaz tedarik etmesinin de sakıncalı olduğu ileri sürülmektedir. Bu durumda müşterinin bir tesisi için ortaya çıkan tüm karbondioksit ihtiyacını sadece tek bir sağlayıcıdan karşılaması gerekmektedir. Bu savunmanın kabul edilebilirliği önemli bir varsayım temelinde geçerlidir. Bu varsayım ise müşteri tesisine birden fazla sağlayıcı tarafından depolama sistemi kurulması halinde (bir başka deyişle birden fazla sağlayıcı gaz tedarik etmesi durumunda), eğer nihai üründe gazdan kaynaklanan bir sorun çıkarsa, buna hangi gazın neden olduğunun belirlenmesindeki zorluktur. Gaz güvenliği gerekçesi ile müşterinin tesisinde tek bir sağlayıcıya ait depolama sistemi bulundurması makul olarak kabul edilebilir.

Ancak müşteri, farklı tanklardan çıkan gazı kullanarak ürettiği üründe, hangi tanka ait gazın kullanıldığını teknik olarak belirleyebiliyorsa, bu gaz güvenliği gerekçesinin kabul edilmesi mümkün değildir. Eğer müşteri teknik olarak bir ayrıma gitme imkanına sahip ise bu durumda aynı tesis için bile olsa alternatif sağlayıcılardan gaz tedarik etme imkanına sahip olması pazarda rekabetin tesisi ve korunması bakımından oldukça önemlidir. Bu nedenlerle tesis münhasırlığı için ileri sürülen gaz güvenliği gerekçesi kabul edilebilirliği her ticari ilişkinin kendine özgü koşullarına göre değişkenlik gösterdiği için, sözleşmelerde tesis münhasırlığına ilişkin hüküm her ne kadar rekabeti kısıtlayıcı olsa da işbu kararda tesis münhasırlığını kaldırmaya yönelik bir düzenlemeye gidilmemiş ve aşağıda da ayrıntılı olarak ele alındığı üzere, Karbogaz A.Ş.'nin hakim durumda olduğu hususu dikkate alındığında bu hükmün ilgili ürün pazarındaki rekabeti kısıtlayıcı etkisini ağırlaştırılan asıl husus münhasırlığın süresi olduğu için, bu konuda bir düzenlemeye gidilmesinin yerinde olacağı kanaatine varılmıştır.

H.3.5.1.3.Gelecekte Kurulacak Tesislere İlişkin Münhasırlık

Bir üçüncü durum sözleşmede yer alan münhasırlığın sadece o andaki tesis için değil, müşterinin gelecekte kurulacak tesisi için de geçerli olmasıdır. Sözleşmelerin 3. maddesinde yer alan "...Bu sözleşme süresince, Müşteri mevcut ve/veya kuracağı diğer tesislerde sıvı karbondioksit ihtiyacını münhasıran Karbogaz A.Ş.'den temin eder..." ifadesi buna imkan tanımaktadır. Ayrıca bu durum, sözleşmelerde yer alan ve yukarıda ayrıntıları verilen "Karbogazın Öncelik Hakkı" başlıklı bir maddeyle desteklenmektedir.

Bu konuya ilişkin olarak Karbogaz A.Ş.'den gelen 8.4.2002 tarih ve 1623 sayılı yazıda şu açıklamalar yer almaktadır :

"1996-1997 yıllarında bazı Karbogaz A.Ş. müşterileri, üretimlerinin arttığını ayrıca yeni tesisler kuracaklarını, pazarlarının hızla büyüdüğünü bildirerek tedbir alınmasını istediler ... 1996-1997 ve 1998 yıllarında imzalanan bazı sözleşmelere müşterinin yeni kurulacak işletmelerine de Karbogaz A.Ş.'den mal alacağı hükmü bu nedenle kondu."

Bu açıklamalardan söz konusu hükümlerin 1996 yılından sonra müşterilerden gelen talepler sonucunda konulduğu ifade edilmektedir. Ancak hemen şunu belirtmek gerekir ki, bu tür hükümler sadece 1996 yılı ve sonrası döneme özgü değildir. Daha önceki tarihlerde imzalanan sözleşmelerde de benzer hükümler vardır. Öte yandan bu hükümlerin müşterilerle karşılıklı görüşülerek sözleşmelere konulduğu kabul edilse dahi, bu pazarda gösterdiği etki bakımından rekabeti gereğinden fazla kısıtlayan bir durum yaratmaktadır.

Tedarik sözleşmelerinde yer aldığı şekliyle müşterinin sonradan kuracağı tesisleri de kapsayan bir münhasırlık getirmenin ve bunun "Karbogaz'ın Öncelik Hakkı" başlıklı bir hükümle desteklenmesinin savunulur bir gerekçesi söz konusu değildir.

Hali hazırda, mevcut sözleşmeyle müşterinin mevcut tesisleri bakımından, alternatif sağlayıcılardan gaz tedarik etmesinin önüne geçilmesi pazarı önemli ölçüde rekabete kapamaktadır. Sözleşme süresince pazardaki teşebbüslerin ve pazara yeni girmek isteyen teşebbüslerin sözleşmenin tarafı olan müşterilerle iş yapma olanağı ortadan kaldırılmaktadır. Bunun yanı sıra, sözleşmenin müşterinin daha sonra ortaya çıkabilecek ihtiyacını ve kurulacak tesislerini kapsayacak şekilde yapılması, sağlayıcıya pazardaki rekabeti gelecekte de önemli ölçüde kısıtlama imkanı tanımaktadır. Bu imkan Karbogaz A.Ş.'nin kendi iç etkinliğinden kaynaklanan bir durum olmadığından rekabet hukuku bakımından kabul edilebilir değildir.

H.3.5.2. Münhasır Tedarik Sözleşmelerinde Süreler

Karbogaz A.Ş. tarafından sözleşmelerin sürelerine ilişkin yapılan açıklamalarda, esas olarak Karbogaz A.Ş. tarafından bugüne kadar yapılan yatırımların 100 milyon dolar civarında olduğundan bahsedilmektedir. Bu yatırımlar çerçevesinde tesis kurulması için gereken maliyetlerin yanı sıra, depolama tankları, gazı müşteriye taşımak için standartlara uygun tanker filosunun ortaya koyduğu maliyetlerin yer aldığı, daha önemlisi müşteri tesisine kurulan depolama sisteminin (tank, sertifika

bedeli, kantar sistemi, buharlaştırıcı) yaklaşık maliyetinin 60-80 bin dolar civarında olduğu ve teknik servis sağlamak için önemli yatırımların gerektiği ileri sürülmektedir. Bunların sonucu olarak bu yatırımların karşılanabilmesi için müşterilerle yapılan sözleşme sürelerinin yeterince uzun olmasının zorunluluk olduğu ve bu yatırımın karşılanması için müşteri ile belirli bir süre çalışılması gerektiği ifade edilmektedir.

Sözleşmelerde yer alan münhasırlık hükümlerinin en temel sonucu pazarın alternatif sağlayıcılar açısından rekabete kapanmasıdır. Ancak sözleşme süreleri, burada önemli bir belirleyici rol üstlenmektedir. Sözleşme süresi ne kadar uzun olursa münhasır sözleşmenin pazardaki rekabet üzerindeki etkisi o kadar çok olumsuz olmaktadır. Bundan dolayı, AT rekabet hukuku uygulamalarında, münhasır sözleşmelerin objektif bir gerekçesi olmaması durumunda eğer sözleşme taraflarından biri ilgili pazarda önemli bir güce sahipse, sözleşmenin mümkün olduğu kadar kısa süreli olması gerektiği kabul edilmektedir.

Bu türde anlaşmalar bir malın yeniden satımına ilişkin olmadığı için dağıtımdan kaynaklanabilecek etkinlik kazançları beklenmemelidir. Bu anlaşmaların uzun süreli olması bakımından kabul edilebilir tek gerekçe o müşteri tesisine mal tedariki için müşteriye özgü yatırım yapılması ve bu yatırımın başka bir yerde veya alanda kullanılmasının çok zor olmasıdır. Bir yatırımın müşteriye özgü yatırım olması demek, söz konusu yatırımın o müşteri tesisi dikkate alınarak gerçekleştirilmesi ve bu müşteri dışında başka bir yerde kullanılmasının ekonomik olarak zor olması anlamına gelmektedir. Müşteriye özgü yatırım yapılması durumunda, sağlayıcı-müşteri arasındaki ilişkiyi düzenleyen sözleşmenin süresi söz konusu yatırımın amortisman süresi dikkate alınarak belirlenebilir.

Öncelikle sözleşme sürelerinin makul olup olmadığının belirlenebilmesi için Karbogaz A.Ş. tarafından sayılan bu yatırım kalemleri arasında bir ayrıma gitmekte yarar vardır. Hemen şu söylenebilir ki, ham gaz kaynağına ilişkin yapılan araştırmaların ortaya koyduğu maliyet, üretim tesisi maliyeti, büyük hacimli depolama tanklarına yapılan yatırımların maliyeti, gazın taşınması için gerekli olan tanker filosunun satın alınması için ortaya çıkan maliyet kalemleri karbondioksit pazarında faaliyet göstermek isteyen her teşebbüsün katlanmak zorunda oldukları maliyetlerdir. Söz konusu bu maliyetler ileri sürülerek sözleşme sürelerinin uzunca bir süreyi kapsayacak şekilde belirlenmesi makul olarak kabul edilemez.

Bu denli bir yaklaşımın kabul edilmesi halinde, sadece karbondioksit sektörü değil tüm sektörlerde yatırım yapan teşebbüslerin bu yatırımlarını karşılamak ve korumak üzere çok uzun süreler rekabeti kısıtlama pahasına sözleşme yapma hakları olduğunu kabul etmek gerekecektir. Eğer Karbogaz A.Ş. firması ya da bir başka sağlayıcı firma sektöre girmek istiyorsa bu yatırımları gerçekleştirmek zorundadır. Ayrıca, Karbogaz A.Ş.'nin yatırımları sırasında kaliteye önem vermesi ve bunun sonucu olarak daha yüksek maliyetlere katlanmak durumunda olması müşteriye sağlanan bir lütuf değil, bilakis kendi rekabet gücünü artıran bir faktördür.

Söz konusu bu yatırım kalemlerinden sözleşme sürelerinin uzun olması bakımından sadece müşteri tesisine kurulan depolama sistemi dikkate değer bulunabilir. Bu

bağlamda temel sorun, Karbogaz A.Ş. tarafından müşteri tesisine kurulan depolama sisteminin müşteri spesifik bir yatırım olup olmadığıdır. Konuya ilişkin olarak 1997 yılından beri karbondioksit sektöründe faaliyet gösteren Barit A.Ş. yetkilileri, müşterilerle yapılan münhasır sözleşmelerin sürelerine ilişkin olarak şu değerlendirmeyi yapmışlardır:

“Sözleşmelerin 5 yıllık olması makul kabul edilememektedir. Artık müşteriler 1 yıldan daha uzun süreli sözleşme yapmak istememektedir. Sözleşmenin süresinin uzun olmasının, müşterinin fabrikasına konulan tankın maliyetinin yüksek olması ve bu sebeple belirli bir süre mal temin edilmesinin garanti altına alınması sebebine bağlanamaz. Zira yapılan bu yatırım ekstra bir maliyet olarak değerlendirilmemeli, zorunlu bir maliyet olarak değerlendirilmelidir. Ayrıca müşterinin tesisine konulan tanklar uzun süre kullanılabilceği gibi diğer bir müşterinin tesisine de konulabilmektedir. Müşteri tesisine kurulan tankın mülkiyeti genel olarak sağlayıcıya ait olduğu için, sağlayıcının bu tankların bakım ve onarımları için sağladığı teknik destek ve yardım en başta kendi yararınadır. Söz konusu bu teknik destek ve yardım da, sözleşme sürelerinin uzun süreli olması için makul olarak kabul edilemez. Müşterinin tesisine kurulan tesisat başka bir firmanın tesisinde de kullanılabilir. Bunun teknik olarak bir sakıncası yoktur. Tesisatın süresi oldukça uzundur. Gerekli bakım ve onarımı yapılan tesisatın ömrü 20-25 yıl arası olabilir”

Karbondioksit sektöründe çok eskiden beri faaliyet gösteren ve önemli bir tecrübesi olduğu düşünülen Güney Doğal Gaz A.Ş. yetkililerinin konuya ilişkin görüşleri şöyledir:

“Bizce makul olan süre 1 yıldır. Müşteri tesisine kurulan ekipman, tank vs.’nin ortaya koyduğu maliyet sözleşme sürelerinin uzun süreli olması için makul bir gerekçe değildir. Bu sistem kısa sürede kurulup sökülme ve ayrıca başka müşteri tesislerinde de kullanılabilir. Ayrıca bu ekipman sigortalı olduğu için, herhangi bir sorun çıktığında sigorta üzerinden ekipman bedeli karşılanabilmektedir. Müşteri tesisine kurulan tanklar diğer bir tesiste kullanılabilir. Bu tanklar 1 gün içerisinde müşteri tesisine monte edilip sökülebilmektedir. Tesisat 10 yılda bir teste tabi tutulmak kaydıyla kullanılabilir. 10 tonluk tank bedeli 30 bin dolar civarındadır. Ayrıca soğutma ekipmanı 10 milyar TL’lik bir maliyet ortaya koymaktadır ”

Müşteri tesisine depolama sistemi kurmak genel olarak gaz sektöründe ve özel olarak karbondioksit sektöründe olağan bir uygulamadır. Sağlayıcının ürettiği gazı müşteriye satabilmesi için önemli bir ayağı oluşturmaktadır. Bu çerçevede, sağlayıcı teşebbüsün sektörde faaliyet göstermesi için yapması gereken bir yatırım olup, müşteriye sağlanan ek bir kolaylık değildir. Aksine, müşteri tesisine kurulan kaliteli bir depolama sistemi sağlayıcının rakipleri karşısında rekabet gücünü artıran bir faktör olarak değerlendirilmelidir.

Kaldı ki müşteri tesisine kurulan depolama sistemi sağlayıcının mülkiyetindedir. Ayrıca iyi bakılması durumunda, ömrünün 20-25 yıl gibi bir süreyi kapsayacağı dikkate alındığında, amortisman süresinin de buna göre düşünülmesi gerekmektedir. Bu depolama sisteminin kurulmasının karşılığı olarak müşteri bir teminat vermek

zorundadır. Depolama sisteminin zarar görmesi durumunda sağlayıcının mağdur olması mümkün değildir. Ayrıca sözleşme süresinde müşteriye göre değişse de belirli bir kira bedeli alınmaktadır. Sistemin Karbogaz A.Ş. tesisinden müşteri tesisine kadar taşınma bedelleri ve ayrıca depolama sisteminin müşteri tesisine kurulması için ortaya çıkan maliyet müşteri tarafından karşılanmaktadır. Yapılan teknik bakımlar için de ayrıca belirli bir ücret alınmaktadır.

Kısacası, sağlayıcı teşebbüs kendi mülkiyetinde olan depolama sistemi için sözleşme süresi içinde ayrıca bir maliyete katlanmadığı gibi, gerçekleştirdiği gaz satışları yanında kira ve bakım ücretleri almaktadır. Daha önemlisi, müşteri tesisine kurulan bu depolama sisteminin sözleşme sonunda sökülerek bir başka müşteri tesisinde kullanılması mümkündür. Zaten depolama sisteminin müşteriye özgü olduğuna ilişkin olarak sözleşmelerde herhangi bir hüküm söz konusu değildir. Sağlayıcı tarafından depolama sistemi kurulması sağlayıcı-müşteri arasında bir mal sahibi-kiracı ilişkisi yaratmaktadır.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında sağlayıcı teşebbüslerin müşteri tesisine kurdukları ve kendi mülkiyetlerinde olan depolama sistemleri ek bir yatırım kabul edilmemiştir. Dolayısıyla; Karbogaz A.Ş. tarafından yapılan yatırımların ve özellikle müşteri tesisine kurulan depolama sistemi, sözleşme sürelerinin 3-5 yıl gibi uzunca bir süreyi kapsayarak müşterinin alternatif sağlayıcılarla görüşme imkanlarını kısıtlamak suretiyle pazarı rekabete kapatmasını makul kılacak bir yatırım olarak görülmemiştir. Bu çerçevede tedarik sözleşmelerinin münhasır nitelikte olması durumunda, sürelerinin daha makul seviyelerde belirlenmesi pazarda rekabetin korunması bakımından oldukça önemlidir.

Karbogaz A.Ş.'nin 1997 yılından önceki sözleşmelerinin esas olarak 1 yıla sınırlı olduğu gerçeği ile birlikte diğer rakiplerin açıklamaları da dikkate alındığında, müşterilerle yapılan münhasır sözleşme sürelerinin genel olarak 1 yıla sınırlandırılması ve müşteriye sözleşme süresini uzatma konusunda tercih hakkı tanınması pazardaki rekabetin korunması ve geliştirilmesi bakımından önemli olacaktır. Böyle bir düzenleme sonucunda, sadece Karbogaz A.Ş.'nin yatırımları için değil aynı zamanda pazarda faaliyet gösteren diğer teşebbüslerin ve pazara yeni girmek isteyen teşebbüslerin yatırımlarını koruma imkanı ortaya çıkacaktır.

Diğer yandan Karbogaz A.Ş.'nin Amerikalı ortağı Praxair'e ait likit karbondioksit satış sözleşmesi incelendiğinde, karbondioksit satışına ilişkin olarak sözleşme süresinin 1 yıla sınırlı olduğu görülmüştür. Praxair'in sözleşmesine ilişkin bu durum sözleşme sürelerinin 1 yıla sınırlandırılması gerektiği savını da desteklemektedir .

Ancak, burada önemli olan bu bir yıllık sürenin münhasır sözleşmeler için getirilmesi gerektiğidir. Eğer sözleşme münhasır değilse veya müşterinin ihtiyacının %50'sinden fazlasını söz konusu sağlayıcıdan temin etmesini öngörmüyorsa, bu sözleşmeler daha uzun süreli yapılabilir. Bu düzenleme müşterinin söz konusu sağlayıcı ile 1 yıldan uzun süreli ticari ilişki kurmasını engellemek amacına yönelik değildir. Esas olan müşterinin 1 yılın sonunda sözleşmeyi uzatmak ya da uzatmamak konusunda

serbest olması ve daha iyi imkanlar sunan alternatif bir sağlayıcı var ise, bu sağlayıcıdan gaz temin etme imkanına kavuşmasıdır.

H.4. SAVUNMALAR VE BUNLARA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

H.4.1. Karbogaz A.Ş.'nin Pazardaki Konumu

Karbogaz A.Ş.'nin pazar payının tespit edilen oranların altında ve %50 civarında olduğu ileri sürülmektedir. Bu farkın ise özellikle ülkemizde kayıt dışı ekonominin önemli bir sorun olmasından bahisle, rakip şirketlerin faturasız olarak gerçekleştirilen satışlarının gerçek rakamlara yansımamasından ve bu nedenle rakiplerin pazar payının olduğundan daha düşük seviyelerde görünmesinden kaynaklandığı savunulmaktadır. Bu çerçevede Karbogaz A.Ş.'nin pazardaki konumunun olduğundan daha güçlü görüldüğü belirtilmekte ve Karbogaz A.Ş.'nin ilgili ürün pazarı olan likit karbondioksit pazarında hakim durumda olmadığı ima edilmektedir.

Karbogaz A.Ş.'nin hakim durumda olduğuna ilişkin değerlendirme yapılırken sadece pazar payıyla sınırlı kalınmamış, pazar payı dışında başka faktörler de önemli ölçüde göz önüne alınmıştır. Diğer yandan Karbogaz A.Ş.'nin sadece bugünkü değil 1996 yılı ve sonrası dönemlerdeki pazar payı da dikkate alınmıştır.

Karbogaz A.Ş.'nin son 5 yıllık pazar payını ve bu çerçevede pazardaki konumunu belirlerken, pazarda faaliyet gösteren tüm şirketlerden (Karbogaz A.Ş. dahil) toplam satış rakamları istenmiş, ayrıca Dış Ticaret Müsteşarlığı'ndan elde edilen ithalat rakamları dikkate alınmıştır. Ayrıca Karbogaz A.Ş.'de dahil tüm üretici teşebbüslerden (Güney Doğal Gaz A.Ş., Barit A.Ş. ve Habaş A.Ş.) müşteri bazında satış rakamları istenmiştir. Söz konusu şirketlerden elde edilen bu satış rakamları da şirketler tarafından kesilen faturalara dayanmaktadır.

Sektöre genel olarak baktığımızda en büyük alıcı konumundaki başlıca meşrubat üreticisi firmalar da dahil olmak üzere doğrudan alıcı konumundaki müşterilerin çoğunluğunun Karbogaz A.Ş. ile iş yaptığı, geriye kalan sağlayıcılardan Güney Doğal Gaz A.Ş.'nin, Kristal Kola dışında ciddi bir müşterisi bulunmadığı ve satışlarını çoğunlukla müşteriler arasında herhangi bir ayırım gözetmeden bayileri aracılığıyla gerçekleştirdiği ve Habaş A.Ş.'nin sektöre üretici olarak 2000-2001 döneminde girdiği ve ciddi bir pazar payı ve müşteri portföyü oluşturamadığı, Barit A.Ş.'nin en ciddi müşterisinin Coca-Cola olduğu ve bunun dışında kalan ve Karbogaz A.Ş.'ninki ile karşılaştırıldığında çok az sayıda bayi ve müşterileri olduğu görülmektedir.

H.4.2. Dağıtım Sözleşmeleri ve Tedarik Sözleşmelerinin 1997/4 Sayılı Grup Muafiyet Tebliği Kapsamında Olduğu Savunması

Karbogaz A.Ş.'nin yaptığı tüm münhasır dağıtım ve münhasır tedarik sözleşmelerinin hem depolama sistemi kiralanması hem de satışa ilişkin olması itibarıyla karma akit niteliğinde olduğu belirtilmekte ve 1997/4 sayılı Tek Elden Satınalma Anlaşmaları Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında olduğu ve söz konusu sözleşmelerin gerek

münhasırlık gerekse süreleri bakımından bu Tebliğe uygun olması nedeniyle hükümlerinin Kanun'u ihlal etmediği savunulmaktadır.

Söz konusu savumada; bu sözleşmelerin tamamınının 4054 sayılı Kanun'un muafiyet başlıklı 5. maddesindeki koşulları taşıdıkları ileri sürülmekte ve yasanın aradığı şartlara uygun olan sözleşmeler hakkında soruşturma açılmasının haksız olduğu ifade edilmektedir. Ayrıca tedarik sözleşmelerine ilişkin olarak bu sözleşmelere özgü bir grup muafiyet tebliği olmaması itibariyle, 1997/4 sayılı tebliğ'de yer alan prensiplerin bu sözleşmeler bakımından da geçerli olabileceği ifade edilmektedir.

Söz konusu sözleşmelerin sadece satışa ilişkin sözleşmeler ya da karma sözleşmeler olması rekabet hukuku bakımından önemli değildir. Rekabet hukuku bakımından önemli olan hangi şekilde vücut bulursa bulsun ilgili sözleşmenin pazarda gösterdiği etkidir.

Karbogaz A.Ş.'nin savunduğu gibi bayilerle yapılan dağıtım sözleşmelerini 1997/4 sayılı Tebliğ kapsamında değerlendirmek mümkündür. Ancak, söz konusu sözleşmeler içerdikleri 3.6. (pasif satış) ve özellikle 3.7. (minimum fiyat tespiti) hükümleri nedeniyle grup muafiyetinden yararlanamamaktadır. Bu çerçevede bu sözleşmelerin içerdiği aykırı hükümler nedeniyle bildirilerek muafiyet alması gerekirken, bu sözleşmelerin hiçbirisi muafiyet talebiyle bildirilmemiştir.

Savunmada Karbogaz A.Ş.'nin tedarik sözleşmelerine 1997/4 sayılı Tebliğ'in uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu çerçevede; 1997/4 sayılı Tebliğ, münhasır ve süresi 5 yıla kadar olan sözleşmelere izin verdiğinden hareketle Karbogaz A.Ş.'nin tedarik sözleşmelerinin bu yaklaşım içerisinde yasaya uygun olarak düşünülmesi gerektiği ileri sürülmektedir.

Rekabet Kurulu tarafından kabul edilen 1997/4 sayılı Tebliğ esas olarak konusu bir malın yeniden satışına ilişkindir. Buna karşılık olarak Karbogaz A.Ş.'nin münhasır tedarik sözleşmeleri bir mal ya da hizmetin yeniden satışına ilişkin değildir. Bu sözleşmelerin diğer tarafı olan teşebbüsler, temin ettikleri likit karbondioksiti kendi üretim süreçlerinde girdi olarak kullanmaktadırlar. Bu nedenle, Karbogaz A.Ş.'nin tedarik sözleşmelerinin bu Tebliğ kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.

Öte yandan Karbogaz A.Ş.'nin ileri sürdüğü gibi 1997/4 sayılı Tebliğ'de yer alan 5 yıllık süre münhasır sözleşmelerin değerlendirilmesinde dikkate alınan ve tek kural olan bir sınır değildir. 5 yıllık süre, sadece söz konusu Tebliğ'deki koşulları sağlayan sözleşmeler için geçerlidir. Ayrıca, herhangi bir sözleşme kağıt üzerinde 1997/4 sayılı Tebliğ'deki koşulları karşılarsa dahi, eğer tarafı olan teşebbüsce yapılan tüm sözleşmelerin ortak etkisi rekabetin önemli ölçüde kısıtlanmasıysa, Rekabet Kurulu, alacağı bir karar ile bu sözleşmeler bakımından geçerli olan grup muafiyetini geri alabilir ve farklı koşullar ileri sürebilir. Bu çerçevede, sözleşmelerin sürelerine hatta münhasır niteliğine müdahale edebilir. Bu nedenle 1997/4 sayılı Tebliğ'de yer alan "5 yıl" yasal olarak kabul edilmiş tek kural olarak görülemez ve kabul edilemez. Eğer teşebbüsler yaptıkları sözleşmelerde yer alan hükümler bakımından hukuki belirliliğe ihtiyaç duyuyorsa bunun yolları 4054 sayılı Kanun'da açıkça gösterilmiştir. Teşebbüsler yaptıkları sözleşmeleri bildirerek hem yasal sorumluluktan kurtulabilirler

hem de sözleşmeleri bakımından hangi koşulların Kanun'a uygun olduğu konusunda hukuki bir belirliliğe kavuşabilirler.

Bu açıklamalar çerçevesinde, Rekabet Kurumu'nun faaliyete geçtiği 1997 Kasım ayından sonra, Karbogaz A.Ş.'nin yürürlükte olan sözleşmelerini ve daha sonra imzaladığı sözleşmelerini Rekabet Kurumu'na bildirmesi ve bu sözleşmelerde yer alan rekabeti sınırlayıcı hükümlerin gerekli olduğu ve rekabeti gereğinden fazla sınırlandırmadığı ve sınırlandırmayacağı gerekçelerini ileri sürerek muafiyet istemesi gerekirken, Karbogaz A.Ş. bu yasal yükümlülüğünü yerine getirmemiştir.

Diğer yandan bir sözleşme, çıkarılan herhangi bir grup muafiyeti Tebliği'ndeki korumadan yararlınsa bile, Tebliğler'deki hükümlerde de açıkça ifade edildiği üzere, bu Kanun'un hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin olan 6. maddesinin uygulanmasını engellemez. Her bir sözleşme bireysel olarak muaf olsa bile bu muafiyet, Kanun'un 4. maddesi bakımından geçerli olup, 6. maddenin uygulanmasına engel olmaz.

H.4.3. Dağıtım Sözleşmelerine İlişkin Savunma

Savunmada, dağıtım sözleşmelerinde aykırı bulunan hükümlerin uygulanmadığı tespit edilmesine rağmen sadece anlaşmalarda yer alması nedeni ile Karbogaz A.Ş.'ye yaptırım uygulanmasının yanlış olduğu iddia edilmiştir.

Dağıtım sözleşmelerinde yer alan aykırı hükümler fiilen uygulanmasa dahi, sözleşmelerde yer alması nedeniyle bu sözleşmeler şeklen, Kanun'un 4. maddesinde yer alan "*...doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran ya da doğurabilecek nitelikte olan...*" şeklindeki ifade çerçevesinde bu maddeye aykırıdır. Aynı Kanun'un 16. maddesi açıkça bu Kanunda yasaklanan eylem ve işlemleri gerçekleştiren teşebbüsler hakkında cezai müeyyide uygulanmasını zorunlu kılmaktadır. Kanun'un zorunlu olarak öngördüğü usul nedeniyle dağıtım sözleşmeleri bakımından Karbogaz A.Ş. hakkında cezai yaptırım uygulanması gerekli görülmüş, ancak cezanın belirlenmesinde, ilgili hükümlerinin hiç uygulanmadığı hafifletici bir neden olarak dikkate alınmıştır.

H.4.4. 1996 Sonrası Dönemde Tedarik Sözleşmelerinin Sürelerinin Uzamasına İlişkin Savunma

Sözleşme sürelerinin uzunluğuna ilişkin savunmalar, sırasıyla tedarik sözleşmelerinin 1997/4 sayılı Tebliğ kapsamında olması ve bu Tebliğin sözleşmelere 5 yıla kadar izin vermesi, özel olarak müşteriye yapılan depolama sistemi yatırımının bu süreleri makul kıldığı ve özellikle 1997 yılında ve sonrasında sözleşme sürelerinin hangi gerekçelerle uzatıldığına ilişkin olarak bu dönemde ortaya çıkan yatırım yapma ihtiyacı ve bu yatırımların korunması amacının güdüldüğü ileri sürülmektedir.

Söz konusu savunmada; Karbogaz A.Ş.'nin hangi gerekçeyle 1997 yılında ve sonrası dönemde sözleşme sürelerini bilinçli olarak uzattığı konusunda doğrudan bir

gerekçeye yer verilmemiş, 1997/4 sayılı Tebliğ kapsamında düşündükleri ya da en azından bu Tebliğ'deki prensiplerin uygulanması gerektiğini düşündükleri münhasır tedarik sözleşmeleri için 5 yıla kadar izin verilmesi gerektiği ve bu çerçevede sözleşmelerinde hukuka aykırı bir yön bulunmadığı ileri sürülmüştür. Ayrıca AT uygulamalarında bu türde sözleşmelere 10 yıla kadar izin verildiği ileri sürülerek Pepsi-Cola ile yapılan 10 yıllık sözleşmenin AT uygulamasına uygun olduğu ifade edilmiştir.

Her şeyden önce münhasır tedarik sözleşmelerinin 1997/4 sayılı Tebliğ'in sağladığı muafiyetten yararlanması mümkün değildir. Öte yandan AT uygulamasında 1997/4 sayılı Tebliğ'e kaynak teşkil eden 1984/83 sayılı Tekelden Satınalma Anlaşmaları Grup Muafiyet Tüzüğü sadece bira ve benzin istasyonları için özel düzenleme getirmiş ve sağlayıcı teşebbüsün müşteriye özgü yatırımları için büyük finansal yükümlülükler altına girmesi koşuluyla 10 yıllık sözleşme sürelerine izin vermiştir. Bu çerçevede, Karbogaz A.Ş.'nin sözleşme sürelerinin uzunluğu hukuki olarak meşru kılmak için, 1984/83 sayılı Tüzüğün ortaya koyduğu koşul çerçevesinde prensip olarak müşteriye özgü bir yatırım yapmış olması gerekmektedir.

Karbogaz A.Ş. tarafından yapılan yatırımlardan müşteriye özgü olarak düşünülebilecek tek yatırım müşteri tesisine kurulan depolama sistemidir. Fakat, bu depolama sistemi de müşteriye özgü bir yatırım olmayıp, pazarda faaliyet göstermek isteyen her sağlayıcı teşebbüsün yerine getirmesi gereken olağan bir yatırımdır. Müşteriye özgü bir yatırım olmadığı için sözleşme sürelerinin gereğinden fazla uzun olmasını meşru kılmamaktadır.

Karbogaz A.Ş. 1997/1998 döneminde müşterilere tek taraflı bir inisiyatif olarak, gelecek dönemlerdeki ihtiyaçlarını ve talep artışlarını görebilmek amacıyla anket formları göndermiştir. Müşterilerden alınan cevaplar ve istekler doğrultusunda, beliren talep artışını karşılamak üzere yatırım ihtiyacının ortaya çıktığı ve yapılacak yatırımların güvence altına alınması için sözleşme sürelerinin 5 yıla kadar uzatıldığı savunulmuştur.

Yatırım yapıldığı gerekçesiyle sözleşme sürelerinin uzadığı savunması iki aşamada incelenmelidir. Öncelikle 1997 yılı ve sonrasında yapılan yatırımın ne olduğu tartışılıp arkasından özel olarak bu yatırımın ve genel olarak kapasite artırmak için yapılan tüm yatırımların Karbogaz A.Ş. gibi o dönemde neredeyse tekel benzeri bir konuma sahip bir teşebbüs tarafından yapılan uzun süreli münhasır sözleşmeleri haklı çıkarıp çıkaramayacağı değerlendirilmelidir.

Karbogaz A.Ş.'nin üretim tesisleri günümüze kadar olan dönem içerisinde incelendiğinde; ilk tesislerinin 1986 yılında Denizli Sarayköy'de kurulan ve günümüzde de halen üretime devam eden, yer altında gaz elde eden fabrika olduğu görülmektedir. Karbogaz A.Ş. ikinci fabrikasını Amonyak tesisinin bacasından gaz elde etmek amacı ile Gemlik'e 1992 yılında kurmuştur. Gemlik'teki tesis 1998 yılında amonyak fabrikasının kapanması neticesinde çalışamaz duruma gelmiş ve buna bağlı olarak tesisin bina hariç taşınabilir kısmı Aksaray'a götürülerek yeni bir fabrika kurulmuştur. Denizli'deki ikinci fabrikanın makinaları 1999 yılının temmuz ayında yurt

dışından ithal edilerek 1999 yılının sonunda üretime başlanmıştır. Karbogaz A.Ş.'nin sözleşmelerinin süresini uzatma sebebi olarak öne sürdüğü yatırım bu son tesistir.

1997 yılında müşterilerin tahmini taleplerini alan Karbogaz A.Ş., tesisini 2 yıllık bir gecikme sonucu ancak 1999 yılının sonunda devreye sokmuştur. Diğer bir ifade ile yeni fabrikanın Karbogaz A.Ş.'nin genel üretim kapasitesinde oluşturduğu artış ancak 2000 yılında mümkün olmuştur. Diğer taraftan Karbogaz A.Ş. 1994 yılında yine Denizli'de küçük bir fabrika daha satın almıştır. Bu açıklamalar ışığında ulaşılan nokta, Karbogaz A.Ş.'nin 2000 yılında devreye giren yeni bir fabrika için müşterileri ile 1997 yılının başından itibaren uzun süreli sözleşme imzaladığıdır.

Yatırım gerçekleştirecek olan teşebbüslerin, önlerini görmeleri ve bu çerçevede gerekli gördükleri önlemleri almaları oldukça doğaldır. Aksi takdirde teşebbüslerin belirsiz bir ortamda yatırım yapmaları sonucu ortaya çıkar ki, hiç bir teşebbüs belirsiz koşullarda yatırım yapmak istemez. Karbogaz A.Ş., o dönemde pazarda ortaya çıkan talebi karşılamak üzere yatırım yapma kararı vermişse, bu konuda önlem alması ve önünü görmeye çalışması olağan karşılanması gereken bir durumdur.

Ancak 1997 yılı pazar koşulları dikkate alındığında tartışılması gereken, Karbogazın sözleşme sürelerinin 5 yıl gibi uzunca bir süreyi kapsayacak şekilde uzatması davranışının, yapılacak olan yatırımların güvence altına alınması amacıyla orantılı olup olmadığıdır. Müşterilere gönderilen anketler Karbogaz A.Ş.'nin tek taraflı bir tasarrufudur. Bu anketler sonucunda, Karbogaz A.Ş. müşterilerin gelecek dönemlerde ortaya çıkabilecek ihtiyaçlarını dikkate alarak yatırım yapma ihtiyacı duymuş ve bu yatırımların korunması için sözleşme sürelerinin 5 yıla kadar çıkartılmasının zorunlu olduğu sonucuna varmıştır. Karbogaz A.Ş. bayi ve müşteri ayrımı olmaksızın 82 adet müşterisine anket göndermiş bunlardan 40 tanesi cevap vermiştir. Gelen cevaplar değerlendirildiğinde 1997 sonrası 5 yıllık dönemde müşteri taleplerinin %50 artacağı sonucuna varılmıştır.

O dönemdeki pazar koşulları dikkate alındığında ve müşteri bakımından karbondioksit gazının önemi göz önünde bulundurulduğunda, Karbogaz A.Ş.'nin hizmetlerinden memnun olan müşterilerin Karbogaz A.Ş. dışında bir alternatif teşebbüs ile çalışmayı tercih etmesi beklenmemelidir. Ancak bu alternatif teşebbüs de Karbogaz A.Ş. ile aynı kalitede ve daha düşük fiyata mal sunarsa böyle bir ihtimal ortaya çıkabilecektir. O dönemde gerçek olarak faal olan tek teşebbüs Güney Dogal Gaz A.Ş.'dir ve Karbogaz A.Ş. müşterileri kalite gerekçeleriyle o teşebbüs ile çalışmayı tercih etmemektedirler. Bu koşullarda Karbogaz A.Ş. 5 yıllık sözleşme yapmasa dahi, müşterilerin kendisi ile iş yapmayı sürdürmeleri beklenir. Nitekim Karbogaz A.Ş., karbondioksit sektörüne önemli yenilikler getiren üstün ve devamlı kaliteli hizmet anlayışı ile çalışan bir şirkettir.

Bu durumda; Karbogaz A.Ş.'nin müşterilerin alternatif tedarik kaynaklarıyla çalışmasını engelleyecek şekilde sözleşmelerini 5 yıla uzatan tasarrufunun muhtemel kaygısı sadece yatırımların korunması ihtiyacı değil, aynı zamanda söz konusu dönemde pazara ciddi yatırımlarla girmeye hazırlanan bir teşebbüsün varlığıdır. Bu koşullar altında, yatırım yapılacağı gerekçesiyle de olsa, sözleşme

sürelerinin uzatılması konusundaki Karbogaz A.Ş.'nin tek taraflı çabasının temel hedefinin sahip olduğu pazar gücünü korumak ve yeni gelecek olan rakibe sahip olduğu pazardan pay kaptırmamaktır. Bu çerçevede Karbogaz A.Ş.'nin söz konusu stratejik eylemi, Karbogaz A.Ş.'nin sahip olduğu güçlü pazar konumu da düşünüldüğünde, rekabet hukuku bakımından amacıyla orantısız bir eylem olduğu anlaşılmıştır.

Söz konusu tedarik sözleşmeleri müşterilerinin 3 ila 5 yıllık sürelerde, alternatif sağlayıcı seçme tercihi kısıtlanmaktadır. Eğer Karbogaz A.Ş. kaliteli hizmet sunuyorsa, ki bu konuda ne rakiplerin ne de Karbogaz A.Ş.'nin kalitesinden memnun olan müşterilerin herhangi bir şüphesi vardır, müşterilerin Karbogaz A.Ş. dışında bir sağlayıcı ile çalışması beklenemez. Eğer müşteri gelecek yıllarda daha uygun olduğunu düşündüğü alternatif bir sağlayıcı ile çalışmak isterse, bu durumda yapılan protokoller nedeniyle bunun olması mümkün değildir. Karbogaz A.Ş.'nin yatırım yapma uğruna müşterilerin alternatif sağlayıcılarla çalışma özgürlüklerini kısıtlaması ve bu yolla pazara yeni bir rakibin girmesinin önüne geçerek kendi pazar konumunu korumaya çalışması normal rekabetçi bir davranış olmaktan uzaktır.

Her ne kadar ilk bakışta yapılacak olan yatırımlar için sürekli bir müşteri-sağlayıcı ilişkisi kurulması ihtiyacı kabul edilebilir bir gerekçe gibi görünse dahi, bu müşteri-sağlayıcı ilişkisi için öngörülen süre, pazarda gösterdiği etki dikkate alındığında amacını aşacak şekilde rekabeti kısıtlayıcıdır. Yatırım yapma adına müşterilerin alternatif sağlayıcılardan mal tedarik etmelerinin önüne geçilmekte ve bunun sonucu olarak pazar rekabete kapatılmaktadır.

Ancak pazara yeni girecek olan rakip, Karbogaz A.Ş. ile aynı kalitede ve belkide daha uygun koşullarda mal tedariki yapacaksa, Karbogaz A.Ş.'nin piyasada oluşacak gelecekteki müşteri taleplerini karşılamak amacıyla yatırım yapma gerekçesiyle müşterilerin bu alternatif sağlayıcılardan mal tedarik etme tercihleri üzerine 5 yıl süreyle ipotek getirmesi kabul edilemez bir davranıştır. Eğer gelecekte pazarda oluşacak bir talep artması söz konusu ise Karbogaz A.Ş. bu talep artışını normal rekabet koşullarında ve rekabetçi davranışlarla karşılama imkanı aramalıdır.

H.4.5. Fruko-Tamek A.Ş. ile Yapılan Sözleşmeye İlişkin Açıklamalar ve Savunma

Karbogaz A.Ş. yaptığı savunmada özellikle kendisiyle yapılan uzun süreli sözleşmelerin müşteri isteklerinden kaynaklandığını ve daha uygun teklifler olmasına rağmen Karbogaz A.Ş.'yi tercih ettiklerini ortaya koymak amacıyla Fruko-Tamek A.Ş. ile yapılan 10 yıllık sözleşmeyi göstermekte ve kendisi açısından bu sözleşmenin yapılması öncesi gelişmelerin bilinmesinde yarar olduğunu ileri sürmektedir. Karbogaz A.Ş.'nin yazılı savunmasında şu ifadelere yer verilmiştir:

“ Karbogaz/Fruko-Tamek arasındaki sözleşmenin süresinin sona ermesine az bir zaman kala, Barit A.Ş. tarafından bu müşteriye teklifler verilmiştir. 17 Temmuz 2000 tarihinde 156.000 TL/kg fiyat ve 3 ayda bir fiyat değişimi teklif eden Barit A.Ş., aradan 4 ay geçip %20 üzerinde enflasyon yaşandıktan sonra 14 Kasım 2000 tarihinde %10 daha düşük olan 141.000 TL/kg fiyat ve ilk teklifteki sürenin iki katı

olan, 6 ayda bir fiyat değişimi teklif etmiştir. Karbogaz A.ř.'nin ve Barit A.ř.'nin durumları ve teklifleri Fruko-Tamek A.ř. ve tabiki Fruko-Tamek'in yönetim ve denetiminde olan Pepsi-Cola'nın Avrupa'daki yetkililerince incelenmiş ve Barit A.ř.'nin teklif ettiği fiyattan daha yüksek bir fiyatla 6 ay yerine 3 ayda bir fiyat değişimi şartıyla ve Fruko-Tamek A.ř.'nin ısrarlı isteği zerine AT'un kabul ettiği sre olan 10 yıl süreli sözleşme Karbogaz A.ř. ile yapılmıştır.

Belgelere dayalı bu gelişme sektörde yoğun rekabet ortamının yaşandığınının, herhangi bir engellemenin olmadığının ve Karbogaz kalitesi, güvenilirliği ve istikrarı ile i dinamiklerinden kaynaklanan haklı durumun açık ve kesin kanıtıdır. ”

Öncelikle kabul etmek gerekir ki, Karbogaz A.ř.'nin ürün ve hizmet kalitesi konusunda ne müşterilerin ne de rakiplerin herhangi bir kuşkusu yoktur. Nitekim Karbogaz A.ř.'nin sahip olduğu pazar gücünde bu i dinamiği ve etkinliğinin çok önemli bir yeri vardır. Ancak Karbogaz A.ř.'nin Fruko-Tamek A.ř. ile ilgili bu açıklamalarını aynen kabul etmek mümkün değildir.

Eğer Karbogaz A.ř.'nin iddia ettiği gibi, Fruko-Tamek A.ř. daha uygun koşullarda teklif veren Barit A.ř.'nin teklifini hiç dikkate almadan reddetse ve Karbogaz A.ř. ile mevcut koşullarda iş yapmayı sürdürmek isteseydi, sözleşmesinde yer alan “fiyat gözden geçirme hükmü”n hayata geçirmeyi düşünmezdi. Bir adım geriye gidecek olursak, sözleşmeye bu denli bir hüküm konulması konusunda ısrar etmezdi.

Fruko-Tamek A.ř. 1997 yılındaki 5 yıllık uzatma protokolünde yer alan “fiyat gözden geçirme” hükmünün ancak 3 yıl sonra yani 2000 yılında yarattığı imkan çerçevesinde 2001 yılı başında Barit A.ř.'nin teklifleri dikkate alınarak Karbogaz A.ř. ile olan sözleşmesindeki koşulları kendisi için daha olumlu hale getirme imkanı bulmuştur. Bu gözden geçirme hükmü çerçevesinde, Karbogaz A.ř.'nin 215.000 TL/kg olan fiyatı, 171.000 TL/kg indirilmiş, ödeme vadesi 1 aydan 2 aya çıkarılmış ve fiyat değişim süresi 2 aydan 3 aya çıkarılmıştır. Ayrıca daha önceki protokolün mirası olarak “fiyat gözden geçirme hükmü”ne sözleşmenin fiyata ilişkin maddesinde açıkça yer verilmiş ve bunlara ek olarak Fruko-Tamek A.ř. lehine başka düzenlemelere gidildiği anlaşılmıştır.

Bütün bu iyileştirmeler sonucunda, Fruko-Tamek A.ř. uzun yıllardan beri iş yaptığı, kalitesine ve istikrarına güvendiği Karbogaz A.ř. ile olan sözleşmesini 10 yıl gibi uzunca bir süre boyunca uzatmıştır. Bu koşullar altında, Fruko-Tamek A.ř.'nin, Barit A.ř.'nin teklif ettiği fiyat sadece 30.000 TL daha uygun olduğu için Karbogaz A.ř. ile olan sözleşmesini sona erdirmesi beklenmemelidir.

Öte yandan Karbogaz A.ř. yukarıda da açıklandığı üzere, daha önceki protokolde yer alan ve yeni sözleşmeye de eklenen “fiyat gözden geçirme hükmü” çerçevesinde bir taraftan Pepsi-Cola gibi büyük bir alıcısını kendisine bağlarken diğer yandan pazardaki rekabet koşullarını rakiplerin davranışlarını şeffaflaştırmak suretiyle kontrol etme imkanı bulmuştur. Bu noktada, Pepsi-Cola'nın Karbogaz A.ř. ile imzaladığı sözleşme sadece Karbogaz A.ř.'nin iç dinamiklerini (kaliteli ürün,

zamanında teslim, süreklilik, üstün hizmet v.s.) değil aynı zamanda Karbogaz A.Ş.'nin rekabet koşullarını belirleme konumunda olduğunu da göstermektedir.

H.4.6. Rakiplerin Benzer Sözleşmeler Yaptığı Savunması

Karbogaz A.Ş. uzun süreli münhasır tedarik sözleşmelerine ilişkin yaptığı savunmada rakiplerin de benzer sözleşmeler yaptığını ileri sürmüştür. Bu konuda Habaş A.Ş.'nin örnek sözleşmelerini savunmasına eklemiştir. Karbogaz A.Ş.'nin eklediği bu sözleşme bir dağıtım sözleşmesidir. Bu sözleşme bakımından da Karbogaz A.Ş.'nin dağıtım sözleşmeleri bakımından geçerli olan kriterlerin aynen kabul edilmesi gerekmektedir. Öte yandan Habaş A.Ş. doğrudan müşterileriyle yaptığı sözleşmeler de format olarak Karbogaz A.Ş.'nin yaptığı sözleşmelere benzemektedir .

Bu sözleşmeler incelendiğinde, Karbogaz A.Ş. sözleşmelerindeki münhasırlık hükmü, "Öncelik Hakkı Hükmü" gibi kısıtlayıcı hükümlerin bu sözleşmelerde de yer aldığı görülmektedir. Ayrıca sözleşme süreleri 5 yıllık bir dönemi kapsamaktadır. Ancak mevcut durumda, Habaş A.Ş.'nin yaptığı sözleşmelerin tamamı birlikte düşünüldüğünde, pazarı rekabete kapatma etkisinden söz edilemez. Bu nedenle her ne kadar Karbogaz A.Ş.'nin sözleşmelerinde yer alan aykırı hükümler Habaş A.Ş.'nin sözleşmelerinde yer alsa da, her iki teşebbüsün sözleşmelerinin pazarda gösterdikleri etki çok farklıdır.

Barit A.Ş.'nin yaptığı tedarik sözleşmeleri incelendiğinde hiçbirinin münhasır olmadığı görülmektedir. Bu sözleşmeler esas olarak münhasır olmadıkları için rekabet hukukuna aykırılık teşkil etmemektedir. Güney Doğal Gaz A.Ş. ise esas olarak faaliyetlerini kurduğu bayilik teşkilatı yoluyla sürdürmektedir. Güney Doğal Gaz A.Ş.'nin bayilik sözleşmeleri 1 yıllık münhasır sözleşmelerdir.

H.4.7. Karbogaz A.Ş.'nin Sözleşmelerinin Rekabeti Engellemediği Savunması

Karbogaz A.Ş. tarafından yapılan savunmalda, tedarik sözleşmelerinin pazara giriş engeli yaratarak rekabeti engellemediği, pazara büyük yatırımları göze alarak giren Barit A.Ş.'nin ve Habaş A.Ş.'nin bunun canlı kanıtları olduğu ifade edilmiştir.

Karbogaz A.Ş.'nin yaptığı uzun süreli münhasır sözleşmelerin doğrudan sonucu, bu sözleşmelerin muhatabı olan müşterilerin alternatif sağlayıcılardan gaz tedarik etme tercihlerinin ortadan kalkmasıdır. Karbogaz A.Ş.'nin bu stratejik eylemi 1996 yılında yatırım kararı alan, gerekli yatırımları yapan ve 1997 yılında pazara giren yeni bir rakip dikkate alınarak tasarlanmıştır. Nitekim Karbogaz A.Ş. bu dönem içerisinde Coca-Cola'nın %25'lik opsiyonu dışında Barit A.Ş.'ye önemli bir pazar kaptırmamıştır. Bunun dışında Barit A.Ş.'nin müşterileri esas olarak pazara yeni giren teşebbüslerdir. Barit A.Ş.'nin şu anda fiilen toplam 8 adet doğrudan alıcı konumundaki müşterisi vardır.

Diğer yandan Karbogaz A.Ş. sadece 1997 yılı değil sonrası dönem boyunca münhasır nitelikteki sözleşmelerin uzun süreli olmasına bilinçli olarak özen

göstermiştir. Bu politika Habaş A.Ş.'nin pazara girdiği dönemde de devam etmiştir. Habaş A.Ş. pazara ancak 2000 yılında girebilmiş ve şu ana kadar önemli bir nüfuz gösterememiştir. Habaş A.Ş.'nin fiilen 2 adet doğrudan alıcı konumunda müşterisi vardır.

Karbogaz A.Ş. tarafından yapılan uzun süreli münhasır tedarik sözleşmeleri pazardaki en büyük giriş engeli olarak görülmektedir. Bu sözleşmelerin yarattığı ortamda söz konusu teşebbüsler pazarın büyük bir bölümünü oluşturan müşteri potansiyeline ulaşamamışlardır. Bu bağlamda, ilgili ürün pazarına yapısal ve yasal giriş engeli olmamasına rağmen pazara çok az firmanın girmesinin ve muhtemel firmaların girmek istememesinin en temel nedeni, Karbogaz A.Ş.'nin müşterileriyle yapmış olduğu uzun süreli münhasır tedarik sözleşmeleridir. Burada vurgulanması gereken önemli bir husus pazara sonradan giren firmalardan Barit A.Ş.'nin özellikle madencilik alanında, Habaş A.Ş.'nin ise diğer endüstriyel gazlar alanında faaliyet gösteriyor olmaları, karbondioksit pazarındaki varlıklarını sürdürmelerine imkan tanımıştır. Eğer tek faaliyet alanları karbondioksit üretimi olsaydı, pazara girmeleri ya da girdikten sonra varlıklarını sürdürmeleri oldukça zor olacaktı.

Bu açıklamalar ışığında pazara sonradan giren Barit A.Ş. ile henüz yeterli varlık gösteremeyen Habaş A.Ş. gösterilerek, Karbogaz A.Ş.'nin sözleşmelerinin giriş engeli yaratmadığı ileri sürülemez. Bu çerçevede, Karbogaz A.Ş.'nin yaptığı uzun süreli münhasır tedarik sözleşmeleri Karbogaz A.Ş.'nin iç dinamiklerinin doğal ve zorunlu sonucu olarak kabul edilemez.

H.4.8. AT ve ABD Rekabet Hukuku Kuralları ve Uygulamalarının Dikkate Alınmasına İlişkin Savunma

ABD ve AT'deki kurallar ve uygulamaların esas alınarak Karbogaz A.Ş. aleyhine sonuçlar çıkarılmaya çalışıldığı ileri sürülmekte ve bu kural ve uygulamaların hiçbir ayırım gözetmeksizin aynen ülkemizde de uygulanmasının ve bu kural ve uygulamalara göre sonuçlara varılmaya çalışılmasının kabul edilemez olduğu ileri sürülmüştür.

Karbogaz A.Ş.'nin münhasır tedarik sözleşmelerine ilişkin olarak yapılan değerlendirmelerde AT rekabet hukukundaki uygulamalara değinilmiş ancak savunmada ileri sürülenin aksine ABD uygulamalarına yer verilmemiştir. Gerek özel olarak 1/95 sayılı Türkiye-AB Ortaklık Konseyi Kararı uyarınca ve gerekse genel olarak Türkiye'nin AB tam üyeliği için üstlendiği Topluluk Mevzuatı'na uyum yükümlülüğü çerçevesinde Türk rekabet kurallarının Topluluk rekabet kurallarına uyumlu olması gerekmektedir. Bu çerçevede, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve bu Kanun'a dayanılarak Rekabet Kurulu tarafından çıkarılan Tebliğler esas olarak AT rekabet mevzuatı dikkate alınarak hazırlanmıştır. Kaynağı AT rekabet hukuku olan kuralların uygulanması sırasında, yine bu kaynaktaki uygulamaların ne olduğunu göz önünde bulundurmaya kadar doğal bir şey olamaz. 4054 sayılı Kanun'un söz konusu eylem ve işlemler bakımından göz önünde bulundurulmuş ve uygulanan maddi hükümleri olan 4 ve 6. maddeler sırasıyla Roma Antlaşmasının (Amsterdam Antlaşması ile yeniden numaralandırılan) 81 ve 82.

maddelerine uyumlu olacak şekilde hazırlanmıştır. Dolayısıyla, bu maddelerin uygulamada ne anlama geldiği, bu maddelerin içerdiği kavramların ne olduğu ve nasıl anlaşılması gerektiği konusunda 1957 yılından beri uzun bir uygulama geçmişine sahip olan AT Komisyon kararları ve bu kararları denetleyen Mahkemelerin karar ve yorumlamalarından yararlanmak, aynı zamanda ülkemizde yeni bir uygulama alanı bulan rekabet kurallarının doğru yorumlanması ve uygulanması bakımından oldukça önemlidir.

Diğer taraftan, sadece AT uygulamaları dikkate alınarak Karbogaz A.Ş.'nin eylem ve işlemleri hukuka aykırı bulunmamıştır. AT rekabet hukuku uygulamalarına hiç yer verilirse dahi, Karbogaz A.Ş.'nin hakim durumda olan bir teşebbüs olarak müşterileri ile yaptığı uzun süreli münhasır tedarik sözleşmelerinin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4 ve 6. maddelerine aykırı olduğu sonucuna varılması mümkündür. Öte yandan yukarıda da vurgulandığı üzere, rekabet kurallarının uygulanması ve özellikle objektif bir takım kavram ve sorunların tanımlanmasında (hakim durum, kötüye kullanma, pazarın rekabete kapanması gibi) uzun bir uygulama geçmişine sahip olan AT rekabet hukuku uygulamalarını göz ardı etmek ve hiç dikkate almamak asıl Rekabet Kurulu tarafından yürütülen soruşturmanın muhatabı olan teşebbüsler bakımından önemli bir rehberlik kaynağının yok sayılması anlamına gelecektir.

H.4.9. Soruşturmanın Geneline İlişkin Savunma

Karbogaz A.Ş. tarafından ileri sürülen bir diğer iddia, söz konusu sözleşmelerin gerçek etkilerinin ve yıllardan beri süren uygulamada ortaya bir rekabet sınırlaması çıkıp çıkmadığının ve bu bağlamda en az beş yıldan beri uygulamada olan sözleşmelerin muhtemel sonuçlarının değil, ortaya çıkan somut sonuçlarının tespit edilmesi gerektiğidir.

Bu çerçevede Barit A.Ş.'nin piyasaya nüfuz edememesi durumu, fiili durumu yansıttığı gibi pazarın önemli bir bölümünün rekabete kapanması da ihtimal değil fiili durumdur. Zira Karbogaz A.Ş.'nin, 1997-98 döneminde müşterileri ile yapmış olduğu uzun süreli münhasır sözleşmeler yoluyla piyasayı rakip firmalara kapaması rekabet iktisadına esas kaynaklarda "hakim durumdaki firmanın rakiplerini dışlama stratejilerinin" başında gelmektedir. Piyasaya yeni giren rakip üreticiler mevcut müşteriler ile çalışmak için müşterilere başvurduklarında, uzun süreli ve münhasır sözleşmelere imza attıklarını ve bu yüzden daha ucuz bir fiyat teklifi olsa dahi yeni bir sağlayıcı ile ancak 5 yıl sonra çalışabilecekleri cevabını alacaklardır. Piyasanın bu yapısından haberdar olan yeni firma ya piyasaya girmeme kararı verecek ya da piyasaya girmişse 5 yıl beklemek zorunda kalacaktır. Ancak piyasaya yeni girecek müşterilere karbondioksit temin etme şansına sahip olabilecektir. Böylece piyasadaki mevcut firma hem potansiyel rakipleri ortadan kaldıracak, hem de piyasadaki firmaları piyasa dışına itebilecektir.

Burada önemli olan nokta rakip firmaların piyasaya girmiş olmaları bu piyasaya gerçek anlamda giriş olduğu anlamına gelmemesidir. Belirli bir ön yatırım ile piyasaya giren sağlayıcının, mevcut karbondioksit tüketen müşteriler ile uzun süreli

münhasır sözleşmeler sebebiyle iş yapamaması, ancak piyasaya yeni girecek yada sözleşme süresi sona erecek karbondioksit tüketicilerini beklemek zorunda olması "giriş engeli" olarak değerlendirilmektedir. Piyasaya yeni giren firmaların başlangıç yatırımlarının dışında yeni, ekstra yatırım yapmaları için piyasada tutunabilecekleri inancına sahip olmaları gerekmektedir. Piyasada var olan herhangi bir giriş engeli, yeni giren firmayı batık maliyet olarak nitelendirebileceğimiz bir yatırım yapmaktan alıkoyacaktır. Mevcut münhasır ve uzun süreli tedarik sözleşmeleri rakip firmaların kısa ve orta vadede müşterilere erişilmesine engel olmaktadır.

Aynı savunmada, Karbogaz A.Ş.'nin anlaşmalarına ilişkin olarak 6-7 yıllık uygulama sürecinde olumsuz bir sonuç çıkmadığından hareketle bundan sonra da olumsuz sonucun ortaya çıkma ihtimalinin bulunmadığını kabul etmek gerektiği ileri sürülmektedir.

1997 yılından itibaren gerçek anlamda tek bir firma piyasaya girmeye çalışmış ancak mevcut sözleşmeler söz konusu teşebbüsün pazara yeterli düzeyde nüfuz etmesi önünde engel oluşturmuştur. Karbogaz A.Ş.'nin sözleşmeleri uzun süreli ya da münhasır nitelikte olmasaydı yeni giren firma mevcut müşterilere ulaşabilecek ve belki de karbondioksit temin etme imkanına sahip olabilecekti. Ancak hem uzun süreli hem de münhasır tedarik sözleşmelerinin varlığı müşterilerin "sağlayıcı seçme özgürlüğünü" kısıtlamakta ve böylece Karbogaz A.Ş.'ye avantaj sağlamaktadır.

H.4.10. Münhasırlık Şartının Dayatılmadığına İlişkin Savunma

Savunmada, münhasırlık şartının dayatılmadığı ileri sürülmektedir. Ancak münhasırlık şartının dayatılmamış olması Karbogaz A.Ş.'yi, bu sözleşmeler neticesinde piyasanın rakip firmalara kapanması sonucu doğan rekabet ihlali sorumluluğundan kurtarmaz. Ayrıca piyasanın kendine özgü yapısı veya bir açıdan aksaklığı sebebiyle böyle bir baskı olmadan da bu sözleşmeler yapılabilecektir. Yani karbondioksit bir yandan üretiminde kullanıldığı nihai ürün bakımından olmazsa olmaz bir girdi iken, diğer yandan bu nihai ürünlerin üretim maliyetleri içerisinde %1-2 gibi düşük düzeylerde bir yere sahiptir. Bu çerçevede, karbondioksit müşterisi olan gazlı içecek üreticileri için sürekli ve kaliteli karbondioksit sağlama kaygısı fiyatın önüne geçmektedir. Üretimde kullanılan gazın kaliteli olması ve içecek üretimi için gerekli standartları karşılması oldukça önemlidir. Karbondioksit müşterisi firmaların bu hassasiyeti karbondioksit üreticisi teşebbüsler tarafından iyi bilinmektedir. Gazın hassas bir ürün olması ve kullanılan standart dışı bir gazın nihai ürünü bozma tehlikesinin bulunması nedeniyle, karbondioksit müşterilerinin fiyatı yüksek dahi olsa kaliteli ve sürekli mal tedarik eden bir sağlayıcı dışında alternatif sağlayıcılara yönelme riskini göze alması kolay değildir. Müşterilerin bu hassasiyeti karbondioksit sektöründe müşteri-sağlayıcı ilişkilerini daha da sıkılaştırmakta ve müşterinin sağlayıcıya olan ekonomik bağımlılığı artmakta ve müşteri sağlayıcı isteklerini daha fazla müzakere ihtiyacı duymadan kolayca kabul edebilmektedir.

Karbogaz A.Ş.'nin yatırım yapacağı iddiası ile müşterilerine önce anket formu göndermesi sonrasında bu bilgiler ışığında talebin artacağı düşüncesiyle yeni yatırımlarını -ki sözleşmeler 1997 yılında yapılırken yeni yatırım 1999 yılında

tamamlanıp 2000 yılında devreye sokulmuştur- garanti altına almak için uzun süreli münhasır sözleşmeler imzalaması Karbogaz A.Ş.'nin kendi fiilidir -baskı ile yapılmamış olması bunu değiştirmemektedir-. Talebin artacağı düşüncesi ile yeni yatırım yapacağını iddia eden her teşebbüs müşterileri ile münhasır ve uzun süreli sözleşmeler imzalar ise, ticari hayatta tüm sözleşmeler bu şekilde nitelendirilebilir ve bunun sonucunda da piyasaya yeni hiçbir firmanın girmesi mümkün olmazdı.

H.4.11. Karbogaz A.Ş.'nin Düşen Pazar Payının Pazarın Rekabete Kapanmadığının İspatı Olduğu Savunması

Söz konusu savunmada; Karbogaz A.Ş.'nin pazar payının 1997'de %88 iken 1999'da %68'e gerilediği, bu sebeple uzun süreli münhasır sözleşmelerin pazarı rakiplere kapamadığı ifade edilmiştir. Ancak Karbogaz A.Ş.'nin pazar kaybının nedeni, yeni firmaların rekabet sonucu Karbogaz A.Ş.'nin müşterilerini alması değil, piyasaya yeni giren ve uzun süreli münhasır sözleşmeler ile bağlı olmayan müşterilerin rakip firmalar ile iş yapmasıdır. Yine Karbogaz A.Ş.'nin pazar payının oransal olarak düşmesinin önemli bir nedeni, karbondioksit sektörünün en önemli müşterisi konumundaki Coca-Cola'nın yurtdışı merkezinin prensip olarak en az iki sağlayıcı ile çalışması ve Karbogaz A.Ş.'nin bu büyüklükteki bir müşterinin talebini geri çevirememesidir. Coca-Cola firmasının daha önce Karbogaz A.Ş.'den temin ettiği ihtiyacının yaklaşık %25'lik kısmını Barit A.Ş.'den almaya başlamasıdır. Coca-Cola şirketinin yaklaşık 12.000-15.000 ton arasındaki ihtiyacı dikkate alındığında, bu azalmanın makul olduğu anlaşılacaktır.

H.4.12. Depolama Sisteminin Müşteriye Özgü Yatırım Olduğuna İlişkin Savunma

Karbogaz A.Ş. tarafından müşteri tesisine kurulan depolama sisteminin müşteriye özgü bir yatırım olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Şöyleki; savunmada "...Dünyada uygulanan yüksek teknoloji ve standardizasyon nedeniyle bütün sektörlerde bu cinsten yatırımın tamamının bir başka yerde, örneğin su veya akaryakıt deposu olarak kullanılması mümkündür. Ama bu bir liraya mal edeceğiniz bir depo yerine on liraya mal olmuş bir depo kullanmak anlamına gelir...." ifadesine yer verilmektedir.

Müşteri tesisine kurulan depolama sisteminin o müşteri tesisinde başka bir yerde kullanılıyor olmasından kastedilen şey, bir başka müşteri tesisidir. Diğer bir ifade ile, söz konusu depolama sistemi kolaylıkla sözleşmesi sona eren bir müşteriden sökülüp bir başka karbondioksit müşterisi tesisine kurulabiliyorsa, söz konusu depolama sisteminin müşteriye özgü bir yatırım olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Bir yatırımın iktisadi olarak müşteriye özgü olarak değerlendirilebilmesi için, söz konusu yatırımdan ilgili müşterinin vazgeçmesi durumunda amortisman değerinde büyük düşüşler görülen yatırım olması gerekmektedir. Karbondioksit sektöründe müşteri tesisine kurulan depolama sistemleri bir başka müşteri tesisine de kolaylıkla nakledilebildiğinden, yatırımın amortisman değerinde büyük düşüşler olması söz konusu değildir.

Müşteri tesisine depolama sistemi kurmak genel olarak gaz sektöründe ve özel olarak karbondioksit sektöründe olağan bir uygulamadır. Bu işlem sağlayıcının ürettiği gazı müşteriye satabilmesinde önemli bir ayağı oluşturmaktadır. Bu açıdan söz konusu yatırım, sağlayıcı teşebbüsün sektörde faaliyet göstermesi için yapması gereken bir yatırım olup, müşteriye sağlanan ek bir kolaylık değildir. Aksine, müşteri tesisine kurulan kaliteli bir depolama sistemi sağlayıcının rakipleri karşısında rekabet gücünü artıran bir faktör olarak değerlendirilmelidir. Zaten depolama sisteminin müşteriye özgü olduğuna ilişkin olarak sözleşmelerde herhangi bir hüküm söz konusu değildir.

H.4.13. Bir Tesiste Sadece Bir Sağlayıcı Tankı Bulunması Gerektiği Savunması

Savunmada bir tesiste yalnızca bir sağlayıcının tankının olması gerektiği ifade edilmiştir. Ancak Kristal Kola örneğinde de görüldüğü üzere aynı sağlayıcının tek bir fabrikası için iki ayrı sağlayıcıdan karbondioksit temin etmesi fiilen mümkün görünmektedir. Ayrıca Barit A.Ş. Coca-Cola'nın Çorlu Fabrikasına (aynı tesise) Karbogaz A.Ş. ile beraber karbondioksit sağlamaktadır. Bu açıdan müşterinin tek mi yoksa birden fazla mı sağlayıcıdan karbondioksit temin edeceği yine müşterinin kendi inisiyatifine bırakılmalıdır. Müşteri iki ayrı kaynaktan temin edilen karbondioksit gazını teknik olarak ayrıştırabilecekse, herhangi bir karışıklığın doğmayacağından eminse, iki farklı sağlayıcı ile çalışmayı kendi çıkarları için uygun buluyorsa bu alternatifi elinden alınmamalıdır. Ancak bu husus müşterinin muhakkak iki farklı sağlayıcı ile çalışacağı şeklinde anlaşılmalıdır. Burada güdülen amaç, müşterinin elindeki opsiyonları arttırarak rekabetçi yapının tesisidir. Karbondioksit tedarikçisinin kendi tankında münhasıran kendi gazının bulunması (tank münhasırlığı), piyasanın sağlıklı işlemesi açısından gereklidir. Ancak aynı tesiste birden fazla sağlayıcının tankının olmaması (tesis münhasırlığı) kimi durumlarda rekabetin gereğinden fazla sınırlandırılması anlamına gelebilecektir. Diğer yandan pazardaki rekabet koşulları bakımından asıl önemli olan münhasırlıktan ziyade bu münhasırlığın süresi olduğu ve bazı hallerde gaz güvenliği gerekçesiyle tesis münhasırlığı zorunlu bir uygulama olabildiği için, tesis münhasırlığına ilişkin bir düzenlemeye gerek görülmemiştir.

H.4.14. BOS ile Yapılan Sözleşmeye İlişkin Savunma

BOS ile yapılan sözleşmeye ilişkin yapılan savunmada, bu sözleşmenin bir dağıtım sözleşmesi olduğu tedarik sözleşmesi olmadığı, münhasırlık içermediği ve bu nedenle rekabet hukukuna aykırı olmadığı ayrıca kendilerinin Koç Holding'in bir yavru şirketi olan BOS'a herhangi bir dayatmada bulunmalarının imkansız olduğu ileri sürülmüştür.

Elde edilen bilgiler çerçevesinde, BOS ile yapılan sözleşme bir tedarik sözleşmesi olarak değerlendirilmiştir. Ayrıca BOS'un temin ettiği karbondioksit gazını ne amaçla kullandığı kendi tasarrufundadır. Öte yandan bu sözleşmeye ilişkin asıl sorun sözleşmenin bir dağıtım ya da tedarik sözleşmesi olup olmadığı değil, ancak sözleşmede yer alan bir kısıtlamaya ilişkindir. BOS Karbogaz A.Ş. ile tamamen münhasır bir sözleşme yapmamıştır. 1.12.1996 tarihinde yapılan sözleşme uyarınca

BOS ihtiyacının %20'sini başka bir sağlayıcıdan alma imkanına sahiptir. BOS bu imkana sözleşmede yer alan şu hüküm ile kavuşmuştur:

“3.3 (.....) BOS Karbogaz A.Ş.’den temin edeceği ihtiyacının %80’ni dışındaki (bakiye %20) sıvı karbondioksit ihtiyacını sadece yurt dışından temin edecektir”

Bu sözleşmede yer alan yukarıdaki hüküm uyarınca her ne kadar BOS, ihtiyacının %20'sini başka bir kaynaktan temin etme konusunda serbest olsa bile, bu ihtiyacını ancak yurtdışından karşılayabileceği hükme bağlanarak yerli üreticilerden mal tedarik etmesinin önüne geçilmiştir. Bu hüküm Karbogaz A.Ş.’nin 1997 yılından başlamak üzere takip edeceği münhasır sözleşmeler yoluyla kendi pozisyonunu koruma ve rakipleri dışlama politikasının ilk işareti olarak değerlendirilmiştir. Savunmada neden yerli üreticiler bakımından bu denli bir sınırlandırma getirildiğine dair tatmin edici herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir.

H.4.15. 1997/4 Sayılı Tebliğ’in Yayınlanmasından Önceki Sözleşmeler Bakımından Bağlayıcı Olmadığı Savunması

Karbogaz A.Ş.’nin soruşturma konusu olan sözleşmelerinin 1997/4 sayılı Tebliğ’in yayınlanmasından önce yapıldığı, bu sözleşmelerin yapıldığı dönemde söz konusu Tebliğ’in yürürlükte olmadığı ve bu nedenle sözleşmelerin yapılmasından sonra yürürlüğe giren yasaklamalara aykırılık nedeniyle Karbogaz A.Ş.’nin suçlanmasının yasaların geriye yürümezliği hukuk ilkesine aykırılık nedeniyle mümkün olmadığı ileri sürülmektedir. Karbogaz A.Ş.’nin yaptığı sözleşmelerin tarihleri incelendiğinde, bunlardan önemli bir kısmının Rekabet Kurumu faaliyete geçtikten sonra yapıldığı anlaşılmıştır. Tek başına bu gerçek dahi Karbogaz A.Ş.’nin hukuki sorumluluktan kurtulmasını engellemektedir.

Diğer yandan, 4054 sayılı Kanun’un işlerlik kazanması amacıyla kurulan Rekabet Kurumu sadece 1997/4 sayılı Tebliğ’i değil, faaliyete geçiş tarihi olan 1997 Kasım ayında yürürlükte olan ve bundan sonra yapılacak sözleşmeleri bakımından bağlayıcı olan başka Tebliğler de kabul etmiştir. 1997/4 sayılı Tebliğ de dahil olmak üzere Rekabet Kurumu tarafından kabul edilen tüm Tebliğler, çıkarıldıkları tarih itibarıyla uygulanmakta olan ve 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesini ihlal eden sözleşmeler açısından bağlayıcıdır. Sözleşmelerin bu Tebliğlerin kabul edilmesinden önce ya da sonra imzalanması hukuken önemli değildir. Önemli olan söz konusu sözleşmelerin halen uygulanıyor olması ve uygulanmakta olan sözleşmelerin de 4054 sayılı Kanun ve buna dayanarak çıkarılan Tebliğler ile bağlı olmalarıdır. Bu nedenle sonradan getirilen yasaklamaların daha önce yapılmış sözleşmelere uygulanması, yasaların geriye yürümezliği ilkesi çerçevesinde mümkün değildir şeklinde ileri sürülen sav, hukuken geçerli bir savunma olmaktan uzaktır.

H.4.16. Tebliğlerin Takip Edilemediği Savunması

Tebliğlerin 4054 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinde 3 yıl sonra yayımlanması nedeniyle takip edilemediği, bu sebeple Karbogaz A.Ş.’nin suçlanamayacağı belirtilmiştir. Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren Tebliğ’lerin takip

edilemediği, dolayısıyla Tebliğler bilinemediği için suçsuz sayılması gerektiğine ilişkin savunma hukuki gerekçeden yoksundur. Teşebbüsler yürürlükte olan ve kendilerini bağlayan düzenlemeleri takip etmekle yükümlüdür.

I. GEREKÇE VE HUKUKİ DAYANAK

Bir eylem ya da işlemin 4054 sayılı Kanun kapsamında sayılabilmesi için, aynı Kanun'un yasaklanan davranışları düzenleyen 4. ve/veya 6. maddesinde yasaklanan bir ihlale konu olması gerekmektedir. 4054 Sayılı Kanun'un 4. maddesinin 1. fıkrası, "belirli bir mal ya da hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran ya da doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemleri " yasaklamakta ve devam eden fıkra tahdidi olmamakla birlikte yasaklanan hallere örnekler vermektedir. Aynı Kanun'un 6. maddesinin 1. fıkrası " bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkalarıyla yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlarla kötüye kullanması" nı yasaklarken devam eden fıkrada yine tahdidi olmayan kötüye kullanma örnekleri vermektedir.

I. 1. Münhasır Dağıtım Sözleşmeleri

I.1.1. 4054 Sayılı Kanun'un 4. Maddesi Çerçevesinde Değerlendirme

Karbogaz A.Ş.'nin bayileriyle yaptığı münhasır dağıtım sözleşmelerinin pazarda gösterdiği etki bakımından müşterilerle yapılan münhasır tedarik sözleşmelerinden ayırmak gerekmektedir. Münhasır tedarik sözleşmeleri dağıtıma ilişkin sözleşmelerin sağladığı etkinlik kazançlarına sahip olmadığı gibi bu sözleşmelerin pazardaki en temel etkisi pazarın rekabete kapanmasıdır. Eğer sözleşme hakim durumdaki bir teşebbüs tarafından yapılmışsa, bu pazarın rekabete kapanma etkisi daha da ağırlaşmaktadır.

Karbogaz A.Ş.'nin toplam satışlarının yıllara göre %16-21'ini oluşturan bayilerle yapılan dağıtım sözleşmeleri, getirdiği etkinlik kazançları yanında doğrudan pazarın rekabete kapanmasına yol açmamaktadır. Bir başka deyişle, diğer sağlayıcılar da kendi bayilik kanallarını kurup, Karbogaz A.Ş.'nin bayilerinden gaz temin eden nihai tüketicilere ulaşabilirler. Her ne kadar, bu sözleşmeler içerdikleri münhasırlık hükmü çerçevesinde, bayilerin alternatif sağlayıcılardan gaz temin etmesini engellese de, bu pazarın rekabete kapanması etkisi doğurmayacağından ve sözleşmenin getirdiği etkinlik kazançları daha fazla olacağından makul olarak kabul edilmiştir.

Diğer yandan bu sözleşmeler bakımından asıl sorunlu hususlar sözleşmelerin "Yıllık İkmal ve Alım/Satım Sorumlulukları" başlıklı 3. maddesinde yer alan 3.6. ve 3.7. hükümleridir. Bunlardan 3.6. hükmü bayilerin kendi bölgeleri dışında satış yapmasını (aktif satış ve pasif satış) yasaklamaktadır. 3.7 hükmü ise, bayinin Karbogaz A.Ş. tarafından belirlenen minimum satış fiyatının altında satış yapmasını yasaklamaktadır. Yapılan incelemelerde, öncelikle topraksal olarak münhasır bayilik tesis edilmediği, belirli bir bölgede birden fazla sayıda bayi olduğu ve bu bayiler için

söz konusu bölge içinde herhangi bir sınırlama getirilmediği ve bayilerin gerek buldukları coğrafi bölge içerisinde gerekse maliyet koşulları el verdiği ölçüde bölge dışından gelen talepleri karşıladığı görülmüştür. Diğer yandan, fiyat tespiti bakımından yapılan incelemelerde, bu hükmün fiilen uygulanmadığı ve gerek Karbogaz A.Ş.'nin bayilerinin kendi arasındaki rekabet gerekse bu bayilerin diğer sağlayıcı bayileriyle arasında olan rekabet nedeniyle bunun fiiliyatta uygulanmasının mümkün olmadığı belirlenmiştir.

Ancak, dağıtım sözleşmelerinde yer alan ve soruşturma konusu olan hükümler fiilen uygulanmasa dahi, sözleşmelerde yer aldığı için bu sözleşmeler şeklen, Kanun'un 4. maddesinde yer alan "...doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran ya da doğurabilecek nitelikte olan..." ifadesi çerçevesinde bu maddeye aykırıdır. Bundan dolayı söz konusu sözleşmeler için Karbogaz A.Ş. şirketine 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi ikinci fıkrasında öngörülen cezai yaptırımların uygulanması gerektiği kabul edilmiş ancak aykırı hükümlerin hiç uygulanmaması hafifletici neden olarak göz önünde bulundurulmuştur.

Diğer yandan H.3. nolu Tespitler bölümünde ele alındığı üzere, bu münhasır dağıtım tedarik sözleşmeleri 1997/4 sayılı Tebliğ ve daha sonra bu Tebliğ'in yerine yürürlüğe giren 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden yararlanamaması nedeniyle bildirim zorunluluğuna tabi iken, bu sözleşmelerin hiç birinin bildirilmediği tespit edilmiştir. Bu nedenle söz konusu münhasır dağıtım sözleşmeleri için Karbogaz A.Ş.'ye 4054 sayılı Kanun'un 'İdari Para Cezaları' başlıklı 16. maddesi (c) bendi ve şirket Yönetim Kurulu Üyelerine aynı maddenin 3. fıkrasında öngörülen cezai yaptırımların uygulanması gerektiği sonucuna varılmıştır.

I.2. Münhasır Tedarik Sözleşmeleri

I.2.1. Kanun'un 4. Maddesi Çerçevesinde Değerlendirme

Karbogaz A.Ş.'nin münhasır tedarik sözleşmelerinin aynı formatta olan standart metinler olduğu, sözleşme metninin Karbogaz A.Ş. tarafından hazırlandığı ve her iki tarafça imzalandığı tespit edilmiştir. Sözleşmelerde yer alan koşulların esas olarak sağlayıcı taraf olan Karbogaz A.Ş. tarafından belirlendiği anlaşılmaktadır. Nitekim bu durum müşterilerle yapılan yazışmalarda da görülmektedir. Öte yandan sektörün niteliği dikkate alındığında, müşteri açısından kaliteli mal tedariki herşeyi önünde olduğundan, müşteriler çoğunlukla Karbogaz A.Ş. tarafından kendilerine gönderilen standart sözleşme metinlerini imzalamak durumunda kalmışlardır. Sadece büyük müşterilerle yapılan sözleşmelerde farklılıklar söz konusudur. Ancak, bu farklılıklar sözleşmenin rekabeti kısıtlayıcı yönlerini ortadan kaldıracak nitelikte değildir.

Yukarıda Tespitler bölümünde ayrıntılı bir şekilde incelendiği üzere, bu münhasır tedarik sözleşmelerinde yer alan münhasır tedarik ilişkisine ilişkin madde, sözleşmelerin "Yıllık İkmal ve Tüketim Sorumlulukları" başlığını taşıyan 3. maddesidir. Sözleşmelerde yer alan bu madde bir müşteri dışındaki tüm müşteriler ile Karbogaz A.Ş. arasında münhasır bir ilişki tesis etmektedir. Ayrıca bu sözleşmelerin

çoğunluğunda yer alan münhasırlık hükmü müşterinin sadece mevcut tesislerini değil aynı zamanda gelecekte kuracağı tesisleri de içermektedir. Böylece Karbogaz A.Ş. sözleşmenin münhasır niteliğini gelecekte kurulacak tesisler bakımından genişletmektedir. Ayrıca bu durum sözleşmelerdeki "Karbogaz'ın Öncelik Hakkı" başlığını taşıyan bir maddeyle de desteklenmektedir. Öte yandan, sözleşmede yer alan bu münhasırlık hükmü, münhasırlığa ve feshe bağlı cezai şart öngören hükümler ile güçlendirilmektedir.

Söz konusu bu sözleşmelerin her biri yukarıda ele alınan maddeleri içermeleri nedeniyle, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırıdır. Kristal Kola ile yapılan sözleşme münhasır temelde olmadığı için 4. maddeye aykırılık arzmemektedir. Diğer yandan Coca-Cola ve BOS ile yapılan sözleşmeler sırasıyla ilgili teşebbüslerin ihtiyaçlarının %75 ve %80'ini Karbogaz A.Ş.'den tedarik etmesini öngörmektedir. Ayrıca Kızılay Maden Suyu'nun 2001 yılında tüm rakiplere açık olan bir ihale sonucunda Karbogaz A.Ş. ile 1 yıllık tedarik ilişkisi kurması nedeniyle söz konusu sözleşme herhangi bir aykırılık içermemektedir. İlgili ürün pazarında son 5 yıllık dönemde hakim durumda olan Karbogaz A.Ş. tarafından değişik tarihlerde imzalanan bu sözleşmelerin pazardaki toplam etkisi, Karbogaz A.Ş.'nin mevcut rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırması ve aynı zamanda pazarı rekabete kapatarak potansiyel rakiplerin pazara girmesini engellemesidir. Bu çerçevede sözleşmeler mevcut halde hakim durumdaki Karbogaz A.Ş.'nin pazar gücünü korumasına imkan tanırken, pazara girişi önemli ölçüde engellemektedir.

Öte yandan sözleşmelerde yer alan münhasırlık ve buna ilişkin hükümler dışında en önemli faktör sözleşmelerin süreleridir. 1997 yılından sonra yapılan sözleşmelerin süreleri esas olarak 3 ila 5 yıllıktır. Bu süre boyunca müşterilerin alternatif sağlayıcılardan gaz temin etmesi imkansızdır. Bu çerçevede tedarik sözleşmeleri hem müşterilerin tercih imkanlarını sınırlandırmakta hem de rakiplerin pazara girişlerini zorlandırmaktadır. Pazardaki yoğunlaşmanın yüksek olduğu gerçeği düşünüldüğünde, bunun sektördeki rekabet koşullarını olumsuz yönde etkileyen bir faktör olduğunu ileri sürmek yanlış değildir. Buraya kadar yapılan açıklamalar ışığında, söz konusu bu sözleşmeler içerdikleri münhasırlığa ilişkin hüküm ve buna bağlı olarak münhasırlığı güçlendiren ve sözleşmelerin rekabet üzerindeki olumsuz etkilerini artıran hükümler nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi çerçevesinde hukuka aykırı sözleşmelerdir. Bundan dolayı söz konusu sözleşmeler için Karbogaz A.Ş.'ye 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi ikinci fıkrasında öngörülen cezai yaptırımların uygulanması gerektiği, ancak söz konusu sözleşmeler aynı zamanda Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde bir ihlale konu oldukları için 4. madde bakımından bir cezai yaptırımda bulunmaya gerek olmadığı sonucuna varılmıştır.

Diğer yandan tespitler bölümünde ele alındığı üzere, bu münhasır tedarik sözleşmeleri grup muafiyetinden yararlanamaması nedeniyle 4. maddede öngörülen yasaklamadan kurtulmak için bildirim zorunluluğuna tabi iken, bu sözleşmelerin hiç birinin bildirilmediği tespit edilmiştir. Bu nedenle söz konusu münhasır dağıtım sözleşmeleri için Karbogaz A.Ş.'ye 4054 sayılı Kanun'un 'İdari Para Cezaları' başlıklı 16. maddesi (c) bendi ve şirket Yönetim Kurulu Üyelerine aynı maddenin 3. fıkrasında öngörülen cezai yaptırımların uygulanması gerektiği sonucuna varılmıştır.

I.2.2. Münhasır Tedarik Sözleşmelerinin 4054 Sayılı Kanun'un 6. Maddesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi

4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi bir mal ya da hizmet piyasasında hakim durumda olan bir teşebbüsün kötüye kullanma olarak değerlendirilebilecek davranışlarını yasaklamaktadır. 6. maddenin bir teşebbüs eylemine uygulanabilmesi (a) ilgili teşebbüsün bir ilgili ürün pazarında hakim durumda olduğunun tespit edilmesini ve (b) söz konusu eylemin bir kötüye kullanma olduğunun belirlenmesini gerektirmektedir.

I.2.2.1. Hakim Durum

H.3.2. numaralı ve "Karbogaz A.Ş.'nin İlgili Ürün Pazarındaki Durumuna İlişkin Tespitler" başlıklı bölümde, yapılan tespitler sonucunda, Karbogaz A.Ş.'nin ilgili ürün pazarı olan likit karbondioksit pazarında hakim durumda olduğu kabul edilmiştir.

I.2.2.2. Kötüye Kullanma

Karbogaz A.Ş.'nin ilgili ürün pazarında sahip olduğu hakim durumun belirlenmesinden sonra ikinci adım doğrudan kullanıcılarla yaptığı uzun süreli münhasır tedarik sözleşmeleri yoluyla bu konumunu kötüye kullanıp kullanmadığının belirlenmesidir. 4054 sayılı Kanun kötüye kullanmanın ne anlama geldiği konusunda bir tanımlama yapmaya gitmemiştir. Kanun'un 6. maddesi tüketici olmayan bir kötüye kullanma halleri listesi içermektedir. Genel olarak AT Rekabet hukuku uygulamaları da dikkate alınarak kötüye kullanmayı aşağıdaki şekilde tanımlamak mümkündür:

"... teşebbüsün varlığı ile doğrudan ilişkili olan ve piyasa yapısına rekabetin normal işleyişindeki şartlardan farklı yöntemlerle etkide bulunmak suretiyle rekabetin devamını veya büyümesini engelleyen ve bu nedenle rekabetin zayıflamasına yol açan her türlü davranıştır..."

Yukarıdaki açıklamalarda da açıkça vurgulandığı üzere, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un yasakladığı bir hakim duruma sahip olmak değil, ancak bu hakim durumun kötüye kullanılmasıdır. Bu ayırımın temel amacı, teşebbüslerin kendi iç etkinlikleri sonucu başarılı bir şekilde pazar paylarını artırmalarına imkan tanınması ihtiyacıdır. Rekabet teşebbüsler arası bir yarış ise, teşebbüslere bu yarış ortamında kendi iç etkinlikleri ve dinamiklerinden kaynaklanan imkanlarını pazarda diğer rakiplerinin önüne geçmek üzere kullanma imkanı tanınmalıdır. Ancak buradaki temel ayırıcı nokta, teşebbüsün bu pazar gücünü kendi iç dinamikleri ve etkinliği ile elde etmesidir. Diğer yandan teşebbüs, eğer bu iç etkinliğini sürdürmezse, zaman içerisinde rekabet ortamında gerçek ya da potansiyel rakiplerin, pazar gücüne sahip olan teşebbüsün bu gücünü önemli ölçüde sınırlandırması beklenir. Tabi ki, bunun en temel ön koşulu pazara girişin önünde yapısal ya da davranışsal bir giriş engeli bulunmamasıdır.

Öte yandan, Rekabet Hukuku uygulamalarında kötüye kullanma objektif bir kavram olarak değerlendirilmektedir. Dolayısıyla, hakim durumda olan teşebbüsün mutlaka rekabeti kısıtlama niyetinin olması gerekmektedir. Eğer ilgili eylem ya da işlem rekabetin kısıtlanması etkisini doğuruyorsa bu, söz konusu davranışın yasaklanması için yeterlidir. Genel olarak rekabet hukuku uygulamalarında, ister yasal bir düzenleme sonucu isterse kendi iç etkinliği sonucu elde edilmiş olsun, hakim durumdaki teşebbüsün hakim durumda olmayan teşebbüslerden farklı olarak özel bir sorumluluklarının olduğu kabul edilmektedir. Bu özel sorumluluk bağlamında, hakim durumda olan teşebbüsün eylem ve işlemlerinin ilgili ürün pazarındaki rekabet üzerindeki etkisini bilmesi ve davranışlarını bu çerçevede kontrol altında tutması beklenmektedir. Kötüye kullanma bakımından geçerli olan bu açıklamaların 4054 sayılı Kanun bakımından da geçerli olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

I.2.2.3. Karbogaz A.Ş.'nin Eylem ve İşlemlerinin Kötüye Kullanma Olup Olmadığı

Karbogaz'ın müşterileriyle yapmış olduğu sözleşmelere ilişkin Tespitler bölümünde yapılan açıklamalardan hatırlanacağı üzere, 1996 yılı sonu ve 1997 yılı başında pazara girmeye hazırlanan ve bu konuda hakkındaki duyumların yayıldığı yeni bir rakip pazara girmeden önce imzalanan sözleşmelerin süreleri genellikle 1 yıllık iken, yeni bir rakibin pazara girdiği 1997 yılı ve sonrasında yapılan sözleşmelerin çoğunlukla 1 yıldan daha uzun ve genellikle 3 ila 5 yıl süreli yapıldığı görülmektedir. Ayrıca 1997 yılında ve bu yıldan sonraki yıllarda sona eren sözleşmelerin sürelerinin kısa protokollerle 3 ila 5 yıl aralığında uzatıldığı anlaşılmıştır. Yeni bir rakibin pazara girmek üzere olduğu bir dönemde, Karbogaz A.Ş.'nin sözleşme sürelerini uzatma konusunda gösterdiği çaba, yeni rakibe karşı stratejik olarak izlediği kendi konumunu koruma ve rakibi dışlama politikası olarak değerlendirilmiştir. Bu politika esas olarak müşterilerle yapılan uzun süreli münhasır sözleşmelere dayanmaktadır. Bu politikanın en temel sonucu ise, sözleşmeyi akteden müşterilerin alternatif sağlayıcılarla iş yapma özgürlüklerinin ortadan kalkması ve bunun sonucunda pazarın bu müşteriler bakımından rekabete tamamen kapanmasıdır.

Karbogaz A.Ş. 1997 yılında sadece süresi biten müşterilerle 5 yıllık süre uzatımını öngören protokol imzalamakla kalmamış, aynı zamanda bu yıl içinde yapılan yeni sözleşmelerin hemen hemen hepsinin 5 yıllık sürede olması konusunda çaba göstermiştir. Karbogaz A.Ş., 1997 yılındaki bu stratejik eylemi dışında 1998 yılında yaptığı sözleşmelerin de mümkün olduğu kadar 3 ila 5 yıllık sürelerde olmasına özen göstererek konumunu koruma politikasını sürdürmüştür. İlgili pazara ilişkin verilen bilgilerden hatırlanacağı üzere, Barit A.Ş. dışında 1997 sonrası dönemde diğer gaz sektörlerinde faaliyet gösteren Habaş A.Ş. pazara girmiştir. Daha sonraki yıllarda Karbogaz A.Ş.'nin yaptığı sözleşmelerin hemen hemen tamamının uzun süreli olduğu görülmektedir.

Sonuç olarak, Karbogaz A.Ş. daha önceki dönemlerde pazarda rakibi olduğu halde, 1 yıllık sözleşme yapmayı yeterli bulurken, 1997 yılında pazara yeni giriş olacağına ilişkin ciddi sinyaller alması sonucunda, 1 yıllık sözleşmelerle yetinmemiş ve sürelerin mümkün olduğu kadar uzun olmasına çaba göstermiştir. Burada Karbogaz

A.Ş.'nin kendi iç dinamikleri sonucu elde ettiği pazar gücünü rekabetçi olmayan yöntemlerle sürdürme amacı taşıdığı kanaatine varılmıştır. Söz konusu bu sözleşmeler; içerdikleri münhasır tedarik ve münhasırlığa bağlı cezai şart ve feshe bağlı cezai şart hükümleri birlikte, müşterilerin uzun bir süre Karbogaz A.Ş. dışında alternatif temin kaynaklarından karbondioksit temin etmelerini imkansız hale getirmektedir. Müşterilerin bunu yapmaları durumunda, sözleşmelerde yer alan cezai şartların yürürlüğe sokulmasıyla yüksek tazminatlar ödeyecek olmaları rakip sağlayıcılardan mal tedarik etmeleri önünde önemli bir caydırıcı faktör olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Öte yandan yukarıda Fruko-Tamek A.Ş. ve BOS ile yapılan sözleşmelere ilişkin yapılan tespitlerde ayrıntılı olarak ele alındığı üzere Karbogaz A.Ş.'nin sadece uzun dönemli sözleşmeler yaparak değil, aynı zamanda büyük alıcılarıyla yaptığı sözleşmelerde yer alan esneklik hükümlerini de pazardaki rekabet koşullarını kontrol etmek üzere kullanmıştır. Şöyle ki, BOS ile yapılan sözleşmede BOS'un ihtiyacının %20'ni başka bir kaynaktan temin edebileceği hükme bağlanırken, burada hiç bir ekonomik etkinlik gerekçesine dayanmayacak şekilde, ilgili hükme “ sadece yurt dışından tedarik edebilir” ifadesi eklenerek BOS'un yerli üreticilerden gaz temin etmesi önlenmiştir.

Fruko-Tamek A.Ş. ile 1997 yılında yapılan ve 1996 yılındaki sözleşme süresini 5 yıla çıkaran protokole eklenen “fiyat gözden geçirme hükmü” bir “İngiliz Hükmü” işlevi görmüştür. Karbogaz A.Ş. bu hüküm sayesinde, müşterinin rakip teşebbüslerden aldığı daha iyi koşullardaki teklifleri karşılamak için herhangi bir maliyet gerekçesine dayanmadan ilgili müşteriye uygun tekliflerde bulunarak rakip teşebbüslerin iş yapmasını engellemiştir. Bu konuya ilişkin yukarıda yapılan ayrıntılı açıklamalarda yer verildiği üzere, bu hüküm yardımıyla Karbogaz A.Ş. pazardaki rekabet koşullarını kendi lehine şeffaflaştırma ve kontrol etme imkanı kazanmıştır.

Gelinen bu noktada, ilgili ürün pazarına yapısal ve yasal giriş engeli olmamasına rağmen pazara çok az sayıda firmanın girmesinin ve muhtemelen yeni firmaların girmek istememesinin en temel nedeni olarak Karbogaz A.Ş.'nin müşterileriyle yapmış olduğu uzun süreli münhasır tedarik sözleşmelerine dayalı pazar stratejisi olduğu kanaatine varılmıştır. Her ne kadar Barit A.Ş. ve Habaş A.Ş. pazara girmişlerse de, pazarda varlıklarını sürdürebilmelerinin en temel nedeni karbondioksit dışında başka alanlarda faaliyet göstermeleridir. Yapılan görüşmelerde, eğer tek faaliyet alanları karbondioksit üretimi olsaydı, pazara girmelerinin ya da girdikten sonra varlıklarını sürdürmelerinin zor olacağı ifade edilmiştir.

Karbogaz A.Ş.'nin, rekabetin sınırlı olduğu koşullarda imzaladığı sözleşmelere dayalı stratejisi sayesinde, müşterilerin karşılaştırma imkanı olmadığı için dünya fiyatlarının çok üzerinde bir fiyat uyguladığı görülmüştür. Nitekim bu durum gerek rakipler gerekse müşteriler tarafından dile getirilmiştir. Dünya piyasalarında 150-200 dolar civarında olan likit karbondioksit fiyatı, Türkiye'de özellikle Barit A.Ş. ve Habaş A.Ş. belli bir rekabetçi tehdit oluşturmadan önce 300 doların üzerindedir. Nitekim Coca-Cola'nın Karbogaz A.Ş. ile yaptığı sözleşmede ton fiyatı (...) USD civarında iken,

Barit A.Ş. ile yaptığı sözleşmede bu fiyat daha aşağı seviyelerdedir. Karbogaz A.Ş. uzun süre gerçekçi bir rekabet baskısı hissetmediği için bu fiyatlarını koruyabilmiş ve sözleşmelerde yer alan eskalasyon formülü çerçevesinde, Karbogaz A.Ş. müşteri bazında değişse bile, 2 ya da 3 aylık dönemlerde fiyatlarını yükseltme imkanı bulmuştur. Öte yandan yukarıda sektörün önemli aksaklığına ilişkin yapılan açıklamalardan hatırlanacağı üzere, müşteriler açısından sürekli ve kaliteli gaz ikmalinin birincil öneme sahip olması ve karbondioksitin toplam maliyetler içerisinde neredeyse ihmal edilebilir seviyelerde bulunması, gerçek bir alternatifin olmadığı koşullarda bu fiyatların sorgulamasını gerektirmemiştir.

Bu açıklamalar ışığında, Karbogaz A.Ş.'nin doğrudan alıcı konumundaki müşterileriyle yapmış olduğu münhasır tedarik sözleşmelerinin ve yukarıda sayılan diğer eylemlerinin, yapısal ya da yasal giriş engeli olmayan pazarda bir giriş engeli yaratarak gerçek ya da potansiyel rakiplerin pazardaki faaliyetlerini zorlaştırdığı ve Karbogaz A.Ş.'nin bu yolla pazardaki hakim konumunu korumaya çalıştığı sonucuna ulaşılmıştır.

Karbogaz A.Ş. bu stratejisini hayata koyduğu 1997 yılında tekele yakın bir konumdadır. Daha sonra pazar payında azalmalar meydana gelmişse de pazardaki hakim durumunu sürdürebilmiştir. Bu çerçevede, her ne kadar önemli ölçüde kendi iç etkinliği ile bu pazar gücünü elde etse dahi, hakim durumdaki teşebbüslerin taşınmaları gereken "özel sorumluluk" bağlamında, pazarda kendi iç etkinliği dışında eylem ve işlemlerle zaten sınırlı olan rekabet koşullarını daha da sınırlandırmamak Karbogaz A.Ş. üzerine düşen önemli bir sorumluluktur. Dolayısıyla, Karbogaz A.Ş.'nin kendi pazar pozisyonunu koruma adına esas olarak müşterilerle tesis edilen münhasır tedarik sözleşmelerine dayalı pazar stratejisinin pazarda gösterecek olduğu menfi etkinin, kendi iç dinamiklerinden kaynaklanmadığını bilmesi ve buna göre davranması gerekir.

Hakim durumdaki teşebbüslerin bu özel sorumluluğu bağlamında söz konusu uzun süreli sözleşme yapma isteğinin müşteriden kaynaklanması da önemli değildir. Karbogaz A.Ş.'nin hakim durumda bir teşebbüs olması itibarıyla taşınması gereken özel sorumluluk çerçevesinde, müşterilerden kaynaklanan önemli bir talep olsa dahi, pazarda rekabeti rakipler aleyhine önemli ölçüde kısıtlama etkisi doğuran bu eylem ve işlemlerinden kaçınması gerekmektedir. Çünkü bu eylem ve işlemleri Karbogaz A.Ş.'nin kendi iç dinamikleri ile açıklamak mümkün olmayıp, Karbogaz A.Ş.'nin sektörün en eski ve tecrübeli teşebbüsü olarak eylemlerinin pazarda gösterecek olduğu etkiyi bildiğini kabul etmek son derece olağandır.

Karbogaz A.Ş.'nin söz konusu bu eylem ve işlemleri; 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (a) bendinde yer alan "ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan ya da dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler" şeklinde ifade edilen hüküm çerçevesinde, arkasında var olduğu düşünülen niyet ve pazarda gösterdiği etki bakımından kötüye kullanma olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi ikinci fıkrası uyarınca, rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırması sebebiyle ortaya çıkan ihlalin ağırlığı ve pazardaki etkileri ve ayrıca 1997 yılından

beri devam ediyor olması nedeni ile ihlalin süresi dikkate alınarak, Karbogaz A.Ş.'ye idari para cezası verilmesi gerektiği ve söz konusu idari para cezası belirlenmesinde soruşturma karar tarihine göre (2001 yılına göre) bir önceki mali yıl olan 2000 yılındaki net satışların esas alınması gerektiği sonucuna varılmıştır.

I.3. Sektördeki Diğer Teşebbüslerin Durumu

Soruşturma heyeti Karbogaz A.Ş.'nin tedarik sözleşmeleri bakımından 4054 sayılı Kanun'un 9/1 fıkrası uyarınca ihlale son vermek üzere bazı düzenlemeler yapılmasını ancak bu düzenlemelerin sektördeki diğer teşebbüsler bakımından da uygulanması gerektiği önerisinde bulunmuştur. Ancak mevcut durumda Karbogaz A.Ş. dışındaki teşebbüsler pazarda hakim durumda olmadıkları ve önemli bir pazar gücüne sahip olmadıkları için Karbogaz A.Ş. bakımından öngörülecek düzenlemelerin diğer teşebbüsler bakımından da getirilmesine gerek olmadığı kanaatine varılmıştır.

I.4. Soruşturma Heyeti Tarafından Talep Edilen Bilgileri Göndermeyen Teşebbüsler Hakkında Kanun'un 16(b) Maddesi Uyarınca Ceza Talebi

Soruşturma sürecinde, Soruşturma Heyeti örneklem yöntemiyle seçilen bazı Karbogaz A.Ş. müşterilerine yazı yazmış ve bilgi istemiştir. Ancak bilgi talep edilen bazı teşebbüsler heyet tarafından verilen sürede ve sonrasında istenen bilgileri göndermemişler ve bunun üzerine Heyet soruşturma raporunda ilgili teşebbüslere Kanun'un 16 (b) uyarınca para cezası verilmesini talep etmiştir. Ancak, söz konusu bilgiler Kanun'un 14. maddesinde öngörüldüğü üzere, Kurul kararı ile talep edilmediği için ceza verilmesine gerek duyulmamıştır.

İ. SONUÇ

Yukarıda verilen bilgi ve değerlendirmeler ışığında;

1. Karbogaz Karbondioksit ve Kurubuz San. A.Ş.'nin bayileriyle yaptığı münhasır dağıtım sözleşmelerine ilişkin olarak;
 - 1.1. Bu sözleşmelerin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırı hükümler içermesi nedeniyle, Karbogaz Karbondioksit ve Kurubuz San. A.Ş.'ne aynı Kanun'un 16. maddesi ikinci fıkrası uyarınca para cezası verilmesine ancak, aykırı hükümlerin uygulanmadığının hafifletici neden olarak göz önünde bulundurulması ile, 2002/1 sayılı "4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 16 ve 17. Maddelerinde Düzenlenmiş Olan İdari Para Cezalarının 31/12/2002 Tarihine Kadar Geçerli Olmak Üzere Artırıldığına Duyurulmasına İlişkin Tebliğ" uyarınca Karbogaz Karbondioksit ve Kurubuz San. A.Ş.'ne, asgari ceza miktarı olan 5.816.109.000. (beş milyar sekiz yüz on altı milyon yüz dokuz bin)- TL. para cezası verilmesine;

- 1.2. Bu sözleşmelerin, içerdikleri aykırı hükümler yüzünden bildirim tabi sözleşmeler olduğuna ve sözleşmelerin bildirilmediğinin tespit edilmesi nedeniyle;
 - 1.2.1. Karbogaz Karbondioksit ve Kurubuz San. A.Ş.'ne 4054 sayılı Kanun'un 'İdari Para Cezaları' başlıklı 16. maddesi birinci fıkrasının (c) bendi ve 2002/1 sayılı Tebliğ uyarınca 1.454.027.000. (bir milyar dört yüz elli dört milyon yirmi yedi bin)- TL para cezası verilmesine;
 - 1.2.2. Ayrıca Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrası ve 2002/1 sayılı Tebliğ uyarınca, zamanaşımı süresi dikkate alınarak Karbogaz Karbondioksit ve Kurubuz San. A.Ş.'nin 9.7.1999 tarihi itibarıyla Yönetim Kurulu'nda görevli İsmail Aytemiz, Michael Edward de Domenico, Gabriel Toledo Ugarte, Hüseyin Aytemiz, ve Ali Aytemiz'e, herbirine ayrı ayrı olmak üzere, yukarıda belirtilen cezanın %5'i olan 72.701.366 (yetmiş iki milyon yedi yüz bir bin üç yüz altmış altı)-TL idari para cezası verilmesine;
- 1.3. Bu dağıtım sözleşmelerinin, söz konusu aykırı hükümlerinin ve "Sözleşme Süresi" başlıklı maddesinde yer alan ve sözleşmeleri belirsiz süreli kılan sözleşme süresinin zımni olarak yenilenmesini öngören hükmün sözleşmelerden çıkartılması koşuluyla, 2002/2 sayılı "Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği" kapsamında grup muafiyetinden yararlanabileceğine;
2. Karbogaz Karbondioksit ve Kurubuz San. A.Ş.'nin müşterileriyle yaptığı münhasır tedarik sözleşmelerine ilişkin olarak;
 - 2.1. Münhasırlık öngören hükümler ve bu hükümleri güçlendirecek nitelikte hükümler içeren tedarik sözleşmelerinin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırılık oluşturduğuna;
 - 2.2. Tedarik sözleşmelerinin "Sözleşme Süresi" başlıklı maddesinde yer alan ve sözleşmeleri belirsiz süreli kılan sözleşme süresinin zımni olarak yenilenmesini öngören hüküm nedeniyle, 2002/2 sayılı "Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği" kapsamında yer almadığına;
 - 2.3. Bu sebeble söz konusu tedarik sözleşmelerinin bildirim tabi sözleşmeler olduğuna ve sözleşmelerin bildirilmediğinin tespit edilmesi nedeniyle;
 - 2.3.1 Karbogaz Karbondioksit ve Kurubuz San. A.Ş.'ne 4054 sayılı Kanun'un 'İdari Para Cezaları' başlıklı 16. maddesi birinci fıkrasının (c) bendi ve 2002/1 sayılı Tebliğ uyarınca 1.454.027.000. (bir milyar dört yüz elli dört milyon yirmi yedi bin)- TL para cezası verilmesine;
 - 2.3.2. Ayrıca Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrası ve 2002/1 sayılı Tebliğ uyarınca, zamanaşımı süresi dikkate alınarak Karbogaz Karbondioksit ve

Kurubuz San. A.Ş.'nin 7.1.1999 tarihi itibarıyla Yönetim Kurulu'nda görevli bulunan İsmail Aytemiz, Michael Edward de Domenico, Gabriel Toledo Ugarte, Hüseyin Aytemiz, ve Ali Aytemiz'e, herbirine ayrı ayrı olmak üzere, yukarıda belirtilen cezanın %5'i olan 72.701.366 (yetmiş iki milyon yedi yüz bir bin üç yüz altmış altı)-TL idari para cezası verilmesine,

- 2.4. İlgili ürün pazarında hakim durumda olan Karbogaz Karbondioksit ve Kurubuz San. A.Ş.'nin özellikle 1997 yılından beri bilinçli olarak yapmış olduğu uzun süreli münhasır tedarik sözleşmeleri yoluyla ve diğer eylemleriyle pazara giriş engeli yaratmak ve bu yolla pazardaki rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırarak 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi anlamında hakim durumunu kötüye kullandığına;
- 2.5. Karbogaz Karbondioksit ve Kurubuz San. A.Ş.'ne bu eylem ve işlemleri sebebiyle, aynı Kanun'un "Para Cezaları" başlıklı 16. maddesinin 2. fıkrası uyarınca; Karbogaz A.Ş.'nin eylem ve işlemlerinin pazardaki rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırması sebebiyle ortaya çıkan ihlalin ağırlığı ve pazardaki etkileri ve ayrıca 1997 yılından beri devam ediyor olması nedeni ile ihlalin süresi dikkate alınarak, Karbogaz Karbondioksit ve Kurubuz San. A.Ş.'ne, soruşturma karar tarihinden bir önceki mali yıl olan 2000 yılı net satışlarının %3'ü oranında 311.353.350.819 (üç yüz on bir milyar üç yüz elli üç milyon üç yüz elli bin sekiz yüz on dokuz) TL para cezası verilmesine;
- 2.6. İlgili ürün pazarında rekabetin korunması ve geliştirilmesi için 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesi 1. fıkrası uyarınca tedarik sözleşmelerine ve dağıtım sözleşmelerine ilişkin olarak;
 - Dağıtım Sözleşmelerinin "Yıllık İkmal ve Alım/Satım Sorumlulukları" başlıklı 3. maddesinde yer alan pasif satışların yasaklanmasına ilişkin olan 3.6 ve minimum fiyat tespitine ilişkin olan 3.7 hükümlerinin çıkartılması,
 - Gerek dağıtım sözleşmeleri gerekse tedarik sözleşmelerinin "Sözleşme Süresi" başlıklı maddesinde yer alan ve sözleşmeleri belirsiz süreli kılan sözleşme süresinin zımni olarak yenilenmesini öngören hükmün sözleşmelerden çıkartılması,
 - Tedarik sözleşmelerinin münhasır olması veya konusu itibarıyla müşterinin ihtiyacının fiilen en az %50'sinden fazlasını Karbogaz'dan temin etmesini öngörmesi durumunda, sözleşme sürelerinin 1 yıl ile sınırlandırılması,
 - Tedarik sözleşmelerinin münhasırlığı düzenleyen "Yıllık İkmal ve Alım/Satım Sorumlulukları" başlıklı 3. maddesinin, müşterinin gelecekte kurulacak tesislerini kapsamayacak şekilde yeniden düzenlenmesi ve sözleşmelerde yer alan "Karbogazın Öncelik Hakkı" başlıklı maddenin çıkartılması,

- Birleşik Oksijen Sanayi A.Ş. ile yapılan sözleşmenin “Yıllık İkmal ve Alım/Satım Sorumlulukları” başlıklı 3. maddesinde yer alan “BOS Karbogaz’dan temin edeceği ihtiyacının %80’i dışındaki (bakiye %20) sıvı karbondioksit ihtiyacını sadece yurt dışından temin edecektir” ifadesinin çıkartılması,
- Fruko Meşrubat San A.Ş. ve Pepsi Cola Servis ve Dağıtım A.Ş. ile yapılan tedarik sözleşmelerinin "Fiyat" başlıklı 7. maddesinde yer alan “fiyat gözden geçirme hükmü”nün sözleşmeden çıkartılması,

için gereken işlem ve düzenlemelerin Karbogaz Karbondioksit ve Kurubuz San. A.Ş. tarafından yapılarak Kurulumuza bildirilmesine;

- 2.7. 2002/2 sayılı Tebliğ hükümleri saklı kalmak kaydıyla Karbogaz Karbondioksit ve Kurubuz San. A.Ş. bakımından alınması gereken bu önlemlerin pazarda faaliyet gösteren diğer teşebbüslere de uygulanmasına gerek olmadığına;
- 3.1. Gerek dağıtım sözleşmelerinde gerekse tedarik sözleşmelerinde yapılması öngörülen değişikliklerin 60 gün içerisinde Karbogaz Karbondioksit ve Kurubuz San. A.Ş. tarafından yerine getirilerek Kurulumuza bildirilmesine,
- 3.2. Aksi takdirde 4054 sayılı Kanun’un 56. maddesi uyarınca sözleşmelerin geçersiz olacağına, Kurulumuzca öngörülen düzeltmeler yapılmadan uygulamaya devam edilmesi halinde haklarında soruşturma açılacağına ve aynı Kanun’un 16. ve 17. maddeleri uyarınca işlem yapılacağına taraflara bildirilmesine;
4. Soruşturma Heyeti tarafından talep edilen bilgileri süresi içinde göndermeyen teşebbüslere Kanun'un 16. maddesi (b) bendi uyarınca ceza verilmesine gerek olmadığına;
5. Kararın, 4054 sayılı Kanun'un 48. ve 49. maddeleri uyarınca 4 Eylül 2002 Çarşamba günü saat 10:30'da tefhimine;

Kurul Üyesi Kubilay ATASAYAR’ın, 2.4. maddeye karşı oyu ile OYÇOKLUĞU, 2.5. maddeye ceza bakımından farklı gerekçeyle katılması ile OYÇOKLUĞU; diğer maddeler bakımından OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.

KARŞI OY GEREKÇESİ

(23.08.2002 Tarih, 02-49/634-257 sayılı Rekabet Kurulu Kararı)

Karbogaz ile ilgili kararın 2.4 ve 2.5 nolu sonuç bölümüne aşağıdaki nedenlerle katılmıyorum.

Söz konusu pazar, giriş engeli bulunan bir pazar değildir. Aksine bu pazarda çalışan başka teşebbüsler olduğu gibi, ekonomik yararı gören başkalarının da girmesi mümkün olan bir pazardır. Tedarik sözleşmeleri ile pazarın kapatılması mümkün olmayacağından, bu gerekçe ile yasanın ihlal edildiği sonucuna katılmak mümkün olmamıştır.

İhlalin mümkün olmadığı bir durumda ceza verilmesinin de doğru olmayacağı görüşündeyim.

02-49/634-257

Kubilay ATASAYAR
Kurul Üyesi