

Rekabet Kurumu Başkanlığından;

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2012-1-80 (Soruşturma)
Karar Sayısı : **13-49/710-297**
Karar Tarihi : 29.08.2013

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Üyeler : Kenan TÜRK (İkinci Başkan), Dr. Murat ÇETİNKAYA,
Reşit GÜRPINAR, Fevzi ÖZKAN

B. RAPORTÖRLER : Hilmi BOLATOĞLU, Cemal Ökmen YÜCEL,
Emine TOKGÖZ

**C. BAŞVURUDA
BULUNAN**

: - İhbar (İki Başvuru)
- Ahmet AY
GOSM 500 Sok. Gazsan Gebze/Kocaeli

D. HAKKINDA SORUŞTURMA

YAPILANLAR

: - Linde Gaz A.Ş.
Temsilcisi: Av. Efser Zeynep ERGUN
Büyükdere Cad. No. 127 Astoria A Kule Kat 6-26-27
34394 Esentepe İstanbul

- Orsez Sınai Tıbbi Gazlar ve Kimyevi Maddeler Tic. Ve
San. Ltd. Şti.
Temsilcileri: Av. Hüseyin ATAOL, Av. Bülent ÖZKAN,
Rumeli Caddesi Birlik Apt. No 84/10
Nişantaşı Şişli İstanbul

- Yalızlar Sınai ve Tıbbi Gazlar Teknik Hırdavat Makine
San. ve Tic. A.Ş.
Hükümet Cad. No:155 Gebze Kocaeli
Temsilcisi: Av. Ramazan ANAPALI
Bulgurlu Mah. Hanımseti Sk. Aktaş Villaları No: 49/B
Çamlıca Üsküdar İstanbul

(1) **E. DOSYA KONUSU** : Endüstriyel gaz pazarında faaliyet gösteren Linde Gaz A.Ş. tarafından, ürünlerinin yeniden satışı konusunda Orsez Sınai Tıbbi Gazlar ve Kimyevi Maddeler Tic. ve San. Ltd. Şti. ve Yalızlar Sınai ve Tıbbi Gazlar Teknik Hırdavat Makine San. ve Tic. A.Ş.'ye getirilen kısıtlamalar yoluyla 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlal edilip edilmediğinin tespiti.

(2) **F. İDDİALARIN ÖZETİ** : Başvurularda özetle;

- Endüstriyel ve medikal gaz pazarında faaliyet gösteren Linde Gaz A.Ş. firması ile aynı pazarda faaliyet gösteren Yalız Sınai Tıbbi Gazlar A.Ş. firmasının, Marmara Bölgesi endüstriyel ve medikal gaz pazarında rekabet hukukuna aykırı olarak birbirlerinin müşterilerine anlaşmalı fiyat verme, rekabet etmeme, birlikte fiyat belirleme ve kamu ihalelerinde anlaşmalı hareket etmek şeklinde faaliyet göstererek rekabet hukukuna aykırı bir anlaşma içinde oldukları,
- Linde Gaz A.Ş. firmasının ayrıca Bursa ilinde kurulu Orsez Sınai Tıbbi Gazlar ve Kimyevi Maddeler Tic. San. Ltd. Şti. firmasıyla da yukarıda belirtilen şekilde rekabet hukukuna aykırı ilişkilerinin olduğu

iddia edilmektedir.

- (3) **G. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurumu kayıtlarına 18.04.2012 tarih ve 3413 sayı; 20.04.2012 tarih ve 3512 sayı ile intikal eden isimsiz olarak gönderilen şikâyet başvuruları ile Ahmet AY tarafından gönderilen ve Kurum kayıtlarına 30.4.2012 tarih ve 3738 sayıyla intikal eden şikâyet başvurusu üzerine düzenlenen 25.04.2012 tarih ve 2012-1-80/İİ sayılı İlk İnceleme Raporu Kurulun 09.05.2012 tarih ve 12-25/734-M sayılı toplantısında görüşülerek Linde Gaz A.Ş. (Linde), Yalızlar Sınai ve Tıbbi Gazlar Teknik Hırdavat Makine San. ve Tic. A.Ş. (Yalızlar) ve Orsez Sınai Tıbbi Gazlar ve Kimyevi Maddeler Tic. ve San. Ltd. Şti. (Orsez) hakkında önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir.
- (4) 01.08.2012 tarih ve 2012-1-80/ÖA sayılı Önaraştırma Raporu, Kurulun 09.08.2012 tarih ve 12-41/1174-M sayılı toplantısında görüşülerek 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin ihlal edilip edilmediğinin tespiti amacıyla Linde, Yalızlar ve Orsez hakkında 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına karar verilmiştir.
- (5) Yalızlar'ın ilk yazılı savunması 21.09.2012 tarih ve 7177 sayılı yazı ile; Orsez'in ilk yazılı savunması 24.09.2012 tarih ve 7185 sayılı yazı ile ve Linde'nin ilk yazılı savunması da 27.09.2012 tarih ve 7280 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.
- (6) Soruşturma Heyeti tarafından hazırlanan 11.02.2013 tarih ve 2012-1-80/SR sayılı Soruşturma Raporu ve ekleri, Kanun'un 45/1. maddesi uyarınca Kurul üyeleri ile ilgili taraflara tebliğ edilmiş ve aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca taraflardan 30 gün içinde ikinci yazılı savunmalarını göndermeleri istenmiştir.
- (7) Tarafların ikinci yazılı savunması 5.4.2013 tarih ve 2103 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir. Soruşturma Heyetinin görüşlerini içeren 30.04.2013 tarih ve 2012-1-80/EG sayılı Ek Görüş, Kanun'un 45. maddesi uyarınca Rekabet Kurulu üyeleri ile ilgili taraflara gönderilmiştir.
- (8) Hakkında soruşturma yürütülen tarafların üçüncü yazılı savunmaları en son 05.07.2013 tarihinde Kurum kayıtlarına intikal etmiştir. Tarafların talebi üzerine 18.07.2013 tarih ve 13-46/586-M sayılı Kurul Kararı ile 27.08.2013 tarihinde sözlü savunma toplantısı yapılmasına karar verilmiştir. Rekabet Kurulu bu tarihte yapılan sözlü savunma toplantısının ardından 29.08.2013 tarihinde 13-49/710-297 sayı ile nihai kararını vermiştir.
- (9) **H. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda,
- Soruşturma konusu eylemlerin dökme oksijen, dökme argon, tüplü endüstriyel oksijen, tüplü argon ve argon karışımları, tüplü karbondioksit, tüplü hidrojen ürün pazarları bakımından 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden; dökme azot, dökme karbondioksit ve tüplü azot ürün pazarları bakımından da 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi kapsamında bireysel muafiyetten yararlandığı,
 - Hakkında soruşturma yürütülen Linde A.Ş., Yalızlar Sınai ve Tıbbi Gazlar Teknik Hırdavat Makine San. ve Tic. A.Ş. ve Orsez Sınai Tıbbi Gazlar ve Kimyevi Maddeler Tic. ve San. Ltd. hakkında herhangi bir işlem yapılmasına yer olmadığı
- ifade edilmiştir.
- (10) Raportör Cemal Ökmen Yücel tarafından hazırlanan karşı görüşte ise,

- Linde A.Ş. ve Yalızlar Sınai ve Tıbbi Gazlar Teknik Hırdavat Makine San. ve Tic. A.Ş. ile Linde A.Ş. ve Orsez Sınai Tıbbi Gazlar ve Kimyevi Maddeler Tic. ve San. Ltd.'nin dikey anlaşma ile müşteri paylaşımında bulunmaları ve birbirlerinin müşterilerine rekabetçi fiyat teklifi vermekten kaçınmalarını içeren eylemlerinin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında bir ihlal teşkil ettiği,
- Mezkur uygulamaların 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin kapsamı dışında olduğu ve ayrıca 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi uyarınca bireysel muafiyet alamayacağı,
- Bu nedenle, söz konusu teşebbüslere, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 16. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince ve Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik uyarınca idari para cezası uygulanması gerektiği

ifade edilmiştir.

I. YAPILAN İNCELEME VE TESPİTLER

I.1. Hakkında Soruşturma Yürütülen Teşebbüsler

I.1.1. Linde Gaz A.Ş.

- (11) Linde Gaz A.Ş., Almanya menşeli ve halka açık bir şirket olan Linde AG'nin kontrolünde ve Gebze merkezli olarak faaliyet göstermektedir. Linde AG, küresel ölçekte endüstriyel gaz üretimi ve mühendislik hizmetleri ile iştigal etmektedir. Linde AG, 2006 yılında Karbogaz Karbondioksit ve Kurubuz Sanayi A.Ş.'yi ve 2007 yılında Birleşik Oksijen Sanayi A.Ş.'yi devralmıştır. Linde, Linde AG'nin Türkiye'de faaliyet gösteren tek şirketi olup devralınan iki şirket Ocak 2008 itibarıyla aynı teşebbüs çatısı altında birleştirilmiştir.
- (12) Linde'nin Gebze ve Orhangazi'de hava ayrıştırma ve sıvı ürün dağıtım tesisleri ile Türkiye içinde çeşitli bölgelerde karbondioksit ve tüp dolum tesisleri bulunmaktadır.

I.1.2. Yalızlar Sınai ve Tıbbi Gazlar Hırdavat Makine San. ve Tic. A.Ş.

- (13) Yalız Grubu aile şirketi olmakla beraber farklı tüzel kişilikler ile 1972 yılında Gebze, 1998 yılında Ümraniye, 2005 yılında Çorlu, 2007 yılında Sakarya bölgesine ve 2010 yılında İzmit'e olmak üzere Marmara Bölgesi'nde dağıtım ağını geliştirmiştir. Bununla birlikte, Ümraniye'de bulunan işletmenin geçici olarak faaliyetlerini durdurduğu belirtilmektedir.
- (14) 2002 yılında faaliyete başlayan Yalızlar; Gebze, İzmit ve Yalova bölgesinde faaliyet gösteren ve demir-çelik fabrikaları ya da sınai ve tıbbi gaz üreticilerden aldığı sıvı biçimindeki medikal ya da endüstriyel gazların tüplere dolumunu yapan ve ayrıca doğrudan sınai ve tıbbi gaz satışını gerçekleştiren bir teşebbüstür.
- (15) Yalızlar, Linde ile çalışmaya başlamadan evvel (.....) ile çalışmış olup farklı bölgelerde farklı tüzel kişilikler altında faaliyet göstermektedir. Yalızlar, (.....) ile olan ilişkisini sona erdirip Linde ile çalışmaya başladığından beri sattığı gazın büyük bir kısmını Linde'den; geriye kalan kısmını ise demir çelik fabrikalarından ve Messer Ali Gaz'dan temin etmektedir.

I.1.3. Orsez Sınai Tıbbi Gazlar ve Kimyevi Maddeler Tic. ve San. Ltd. Şti.

- (16) 1990 yılında kurulmuş olup genellikle Bursa ve Balıkesir bölgesinde satış yapmakta olan ve demir-çelik fabrikaları ya da sınai ve tıbbi gaz üreticilerden aldığı sıvı biçimdeki medikal ya da endüstriyel gazların tüplere dolumunu yapan ve ayrıca doğrudan satışını gerçekleştiren bir teşebbüstür. Orsez ayrıca yangın güvenliği ve endüstriyel kapıların imalatı alanlarında da aktiftir.

I.2. İlgili Pazar

I.2.1. İlgili Ürün Pazarı

- (17) Soruşturmaya konu teşebbüsler; endüstriyel ve medikal (tıbbi) gazların üretimi ve/veya satışı ile iştigal etmektedirler. Dosya kapsamında söz konusu teşebbüslerin sadece endüstriyel gazlar pazarındaki faaliyetlerine ilişkin tespitler yapıldığından ilgili ürün pazarı değerlendirmesinde endüstriyel gazlar pazarı dikkate alınmıştır.
- (18) Endüstriyel gazlar genellikle normal şartlarda gaz halinde olan ancak, basınç altında ve düşük sıcaklıklarda sıvılaştıran, endüstrinin çeşitli kısımlarında ham madde olarak kullanılan gazlardır. Oksijen, azot, hidrojen, argon, karbondioksit ve asetilen belli başlı endüstriyel gazları oluşturmakta olup, söz konusu gazlar havadan, kimyasal süreçler neticesinde ya da doğal kaynaklardan elde edilebilmektedir.
- (19) Endüstriyel gazlar gruplaması içinde yer alan gazlar birbirlerinden farklı kimyasal ve fiziksel özelliklere sahiptirler ve kullanım alanları itibarıyla birbirleriyle ikame olanakları bulunmamaktadır.
- (20) Soruşturma konusu teşebbüslerden dağıtım/satış seviyesinde bulunan Yalızlar ve Orsez dökme olarak aldıkları endüstriyel gazları tüplere doldurup satmakta; ayrıca çeşitli üreticilerden ihtiyaçlarına göre aldıkları tüplerin de dağıtımını gerçekleştirmektedir.
- (21) Bu çerçevede ilgili ürün pazarları aşağıdaki gibi belirlenmiştir:
- Dökme oksijen
 - Dökme azot
 - Dökme argon
 - Dökme karbondioksit
 - Tüplü endüstriyel oksijen
 - Tüplü tıbbi oksijen
 - Tüplü azot
 - Tüplü argon ve argon karışımları
 - Tüplü karbondioksit
 - Asetilen
 - Azot protoksit (narkoz)
 - Tüplü hidrojen
 - Tüplü helyum

I.2.3. İlgili Coğrafi Pazar

- (22) İnceleme konusu ilgili ürün pazarında yer alan ürünler bakımından pazara giriş, arz kaynaklarına ulaşma, üretim, dağıtım, pazarlama ve satış şartlarının bölgesel bir farklılık göstermediği göz önüne alınarak ilgili coğrafi pazarın "Türkiye" olarak belirlenmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.

I.3. Yapılan İnceleme ve Tespitler

I.3.1. Linde ve Yalızlar Arasındaki Yazışmalar

- (23) **BELGE 1:** Linde'de elde edilen, Linde pazarlama yöneticisi (.....)'dan Linde Marmara satış temsilcisi (.....)'ya gönderilen 04.12.2008 tarihli e-postada aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

"Günaydın, araya gireceğim, Yalız maalesef bayimiz değil, münhasır olmayan müşterimiz, yani her yerden mal aldığı gibi bizden de mal alan bir serbest dolumcu, Linde ismini kullanamaz, bayimiz diyemez..."

- (24) **BELGE 2:** Linde'de elde edilen, Linde satış mühendisi (.....)'dan, Linde Satış Uzmanı (.....)'a gönderilen 10.02.2010 tarihli e-postada;

"(.....) Bey merhaba,

Şimdi ise (.....) sıvı gazlar dahil YALIZ hizmet veriyor. Yani bizim müşterisine teklif vermediğimiz ya da ısrarla teklif isteyen müşterilerine (.....)'le temasa geçip, fiyatlarını öğrenip, üstünde teklif vererek başımızdan müşterilerini savdığımız; YALIZ!!!!

...

Bir yandan (.....)'la beraber hizmet verdiği ve diyalogumuzun iyi olduğu tersanelere, büyük plazma müşterilerine ve diğer tüketimi yüksek müşterilerine teklif vermediğimizi düşündükçe de çıldırıyorum...

Kısacası ben bu işin cezasını, onayınız olursa kısa sürede YALIZ'ın elinden düzgün ve büyük müşterilerini alarak kesmek istiyorum??

(.....) geri kazansak bile Yalız'ın verdiği fiyatlara inmek zorunda kalacağımızdan aradaki farkı nasıl kompanse edeceğiz??..."

- (25) **BELGE 3:** Yukarıda yer verilen e-postaya cevaben 11.02.2010 tarihinde (.....)'dan (.....)'ya gönderilen cevabi e-postada aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

"(.....) merak etme, (.....) Bey ile konuştum. Durumu ilk fırsatta Yalız'a ileticek, hiç şüphesiz kulağından da çekecektir.

(.....), tırnağınla kazıyarak bu noktaya getirdiğin, bölgedeki en yüksek cirolu müşterin. Ancak biraz sabır. Yalız'ın müşterilerine karşı ne kadar hassas olduğumuz, anlamsız bir rekabete girmedığımız ortada. Bu şekilde de devam etmeliyiz, doğrusu..."

- (26) **BELGE 4:** Linde'de elde edilen, Linde Marmara Satış Mühendisi (.....)'den, Linde Satış Uzmanı (.....)'a gönderilen 11.02.2010 tarihli e-postada; (.....) firmasına Yalız müşterisi olduğu için fiyat teklifi verilmediği ifade edilmektedir .

- (27) **BELGE 5:** Linde'de elde edilen, Linde Marmara satış mühendisi (.....)'den Linde Marmara satış uzmanı (.....)'a gönderilen 12.02.2010 tarihli e-postada aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

"İyi günler (.....) Bey;

(.....) firması Şubat ayı içerisinde 39 adet boş tüp iadesi yaptı ancak dolu tüp istemedi...(.....) Bey'i aradım...gazı Yalızlar'dan almaya başladıklarını belirtti.

...

Yalız kendisini her yerde Linde bayisi olarak tanıtip, üstüne bizim müşterilerimize girip, fiyat kırıp müşterilerimizi almaya çalışmaktadır.

...

Yalız firması 2009 yılı içerisinde (.....) firmasına birkaç kere daha tüp vermişti. Bu konuda Yalız birkaç defa uyarılmasına rağmen aynı müşteriye tekrar girdi.

Yalız firması yine 2009 yılı içerisinde yine müşterimiz olan (.....) da fiyat teklifi tüp vermişti. Verdiği fiyat üzerine müşteride yaklaşık %(.....) indirimine gitmek zorunda kalmıştık.

Yalızın bu yaklaşımı üzerine 2010 yılında ciddi ciro kaybı yaşamaktayız.

Ben piyasada Yalızlar firmasının hiçbir müşterisine fiyat teklifi vermezken, bu konuda gerekli özeni gösterirken Yalız firmasının yaptığı bu davranış hiç etik değildir...”

- (28) **BELGE 6:**Linde’de elde edilen, Linde Satış Uzmanı (.....)’dan Linde Marmara Satış Yöneticisi (.....)’a gönderilen 12.02.2010 tarihli e-postada aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“(.....) Bey, Günaydın.

Yalız ile (.....) konuşurken bu konular elimizde bir koz olabilir düşüncesindeyim. Bildiğiniz gibi Yalız müşterisine karşı yaklaşımımız kontrollüdür. Dün (.....) bu olayı yaşarken, (.....) yine dün bizi arayan Yalız’ın başka bir müşterisi (.....) önce hemen (.....) a bildirdi...”

- (29) **BELGE 7:** Yukarıda yer verilen e-posta mesajı üzerine aynı gün Linde Marmara satış yöneticisi (.....), Yalızlar’ın sahibi (.....)’la yaptığı görüşmede geçen hususları (Ek:22/41) Linde Marmara Satış Mühendisi (.....), Linde Satış Mühendisi (.....) ve Linde Satış Uzmanı (.....)’a gönderdiği e-postada şu şekilde ifade etmektedir:

“Arkadaşlar Merhaba,

Bu sabah (.....) bey ile konuyu değerlendirdik. Olayın gelişimi şöyle olmuş;

...

(.....) bey çok üzüldü ve değil bir müşteri için 100 müşteri için bile sizlerle olan ilişkilerimi zedelemek istemem, her zaman sahadaki arkadaşlara tembih ediyorum Linde ve bayilerinin hiçbir müşterisine girmeyeceksiniz diye ama bu kadar hassas davranırken olayların bu şekle gelmesine üzüldüğünü tekrar hatırlatıp, siz ne yapalım dersiniz onu hemen yapalım nezaketini de gösterdi. Bende kibar bir şekilde (.....) ın önemini izah edip tüpleri çekmesini rica ettim.

Tabi bu arada (.....) da yakın takibe alıp fiyatlarda biraz taviz vermemiz gerekecek, artık top sizde arkadaşlar...”

- (30) **BELGE 8:**Linde’de elde edilen, Yalızlar satış ve pazarlama sorumlusu (.....)’dan Linde Marmara Satış Yöneticisi (.....)’a gönderilen 25.03.2010 tarihli e-postada aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“(.....) Bey Günaydın,

“(.....) firmamızdan gaz teklifi istemektedir. Dün yaptığımız telefon görüşmesinde Linde ile çalıştığını öğrendik. Bu nedenle fiyat talebini değerlendirmedik. Fiyatları konusunda bilgi verirseniz sizin fiyatlarınız üzerinde teklif verebiliriz...”

- (31) **BELGE 9:** Linde’de elde edilen, Linde Marmara Satış Yöneticisi (.....)’dan Linde Marmara Satış Temsilcisi (.....), Satış Mühendisi (.....), satış mühendisi (.....), satış mühendisi (.....), satış mühendisi (.....) ve satış temsilcisi (.....)’e gönderilen 03.06.2010 tarihli e-postada aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“Değerli Arkadaşlarım,

Son günlerde hem Doğu Marmara da hem de Batı Marmara da Yalız firması özelinde birbirimizin müşterilerine bilerek/bilmeyerek verilen teklifler, müşteri sahasına indirilen tüpler her iki firma ilişkilerini zedelediği gibi sonucunda kazanan her zamanki gibi müşteri olmuştur. Her iki şirketin merkez yöneticileri olarak, bir taraftan ilişkilerimizi nasıl daha iyi bir perspektife çekebilirsiniz arayışı içersindeyken bölgelerden gelen bu tip aksiyonlar her iki tarafı, tekrar tekrar güven tazeleme ve iyi niyet izahatında bulunma zorunluluğuna itmektedir.

Bugün (.....) Bey ile yaptığımız karşılıklı görüşmede, zaten hassasiyetle üzerinde durduğumuz ve hiçbir şekilde tasvip etmediğimiz bu tip olayların tekrar yaşanmaması konusunda gerekli hassasiyeti göstermeye devam edeceğimizin sözünü birbirimize verdik. Sizlerden bu konuda gerekli hassasiyeti göstermenizi tekrar rica eder, desteğiniz için teşekkür ederim...”

- (32) **BELGE 10:** Linde’de elde edilen, Linde Marmara Satış Mühendisi (.....)’den Linde Marmara Satış Yöneticisi (.....)’a gönderilen 05.08.2010 tarihli e-postada aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“(.....) bey merhaba.

“(.....) müşterisi olan Muallimköy’deki (.....)’a yalnız Y.S. Argon tüpü vermiş. Linde tüpü ve sertifikalı bir ürün olarak verdiği içinde firma (.....)’ten alımı bırakmış. (.....)’ten sadece Y.S. Argon alımı yapıyor

Firmanın (.....)’ten sene başından beri aldığı ürünlerin ekstresi ektedir. Nasıl yapalım?

Not: Şimdi (.....) satış ortağı da oluyor. Sonra o yapıyor bende onun müşterisine tüp bırakayım falan derse iş büyüyebilir...”

- (33) **BELGE 11:** Yukarıda yer verilen e-posta ile ilgili olarak (.....)’dan Yalızlar’dan (.....)’a 06.08.2010 tarihinde gönderilen e-posta’da aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“Merhaba (.....) hn,

Evet firma ismi (.....). Firma Gebze bayimiz olan (.....) in müşterisi iken Yalız buraya tüp bırakınca firma bayiden alımı kesmiş. Yani özetle Yalız, (.....)’in müşterisi almış. Bu konuda biz ne kadar hassas davranıyorsak biliyorum ki (.....) beyde çok titiz. Bayiye konu hakkında bilgi vermeden önce (.....) beyin görüşlerini almak isterim...”

13-49/710-297

(34) **BELGE 12:** Yukarıda yer verilen e-posta ile ilgili olarak 10.08.2010 tarihinde (.....) tarafından (.....)'a gönderilen cevabi e-posta mesajında özetle, satışın (.....) zarar göreceği bilinseydi yapılmayacağı ancak gelinen nokta itibariyle konuyla ilgili olarak herhangi bir şey yapılamayacağı belirtilmiştir.

(35) **BELGE 13:**Linde'de elde edilen, Linde Satış Uzmanı (.....)'dan Linde Marmara Satış Yöneticisi (.....)'a gönderilen 21.09.2010 tarihli e-postada aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“(.....) Bey Günaydın.

(.....)(.....) müşterisi olup, (.....) Bey'in söylediğine göre zaman zaman önemli kaynak gazı alımları da olan bir firma.

Firma'da Yalız'ın ve (.....) teklifi var. Yalız'ın (.....)TL/m3 + KDV olarak teklif vermiş. (.....)teklifi ise sanırım (.....)TL/m3.

(.....) Bey konudan rahatsız olmuş. (.....) i aramış ancak ulaşamamış...

Acil bir talep olunca (firmanın açıklaması bu şekilde) (.....) en yakın yerden (firma Gölcük yolunda) Corgon – karışım almış. Faturanın düşüklüğünü görünce şaşırılmış ve pazar araştırması yapmış. Biraz pazarlıkla da bahsettiğim düşük fiyat tekliflerini almış. Şimdi (.....) Tic. e bozuk tabii.

Ben bu konuyu 2 noktada önemli buluyorum.

1. Yalız olmasa firma (.....) gidecekti. Yalız teklif vererek aslında doğrusunu yapmış oldu. Ancak tüm bayilerimizin teklif verdikleri yerde hangi firma olduğu konusunda biraz daha hassas olmaları gerektiği açık. Yalız Linde tüplerini görünce bizi arasa, müşteriyi üzerimize de alabilirdik.

...

Bilgilerinize ve karşılıklı değerlendirmek anlamında görüşlerinize sunarım...”

(36) **BELGE 14:**Linde'de elde edilen, Linde pazarlama yöneticisi (.....) dan (.....) den, Linde Marmara Satış Yöneticisi (.....)'a gönderilen 08.01.2012 tarihli e-postada aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“...

Yalız firması için ısrarla bayimizdir ifadesi kullanıyorsunuz. Bu firma Linde'nin bayisi olmayıp munhasır olmayan müşterisidir. Yani piyasada Lindeyi temsil etmemekte ve bildiğiniz gibi piyasadaki da almaktadır. Avukatımıza sormamız üzerine aldığımız bilgiyi daha önce tüm satış yöneticilerimiz ile paylaşmıştım. Rekabet Kanunu açısından zora düşmemek için yalızın sözleşmesinde de göreceğiniz gibi “Münhasır Olmayan Müşteri” sözleşmesi tasarlanmış ve imzalanmıştır. Yalız, Orsez vb. firmalar bayi olarak adlandırılmamalıdır...”

(37) **BELGE 15:**Linde'de elde edilen, Yalız Satış ve Pazarlama Sorumlusu (.....)'dan Linde Marmara Satış Yöneticisi (.....)'a gönderilen 15.02.2012 tarihli e-postada aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“Günaydınlar,

(.....) bey Adapazarı şubemiz ile ilgili bir bilgiyi sizinle paylaşmamı rica etti.

Adapazarı bayinizin pazarlama elemanı son günlerde bizim müşterilerimiz ziyaret ederek teklif verme çabası içindeymiş.

Bizim müşterilerimiz ile değil rakip firmaların müşterilerine eğilmesini rica edebilirmiyiz.

(.....) bey bu konudan çok rahatsız oldu. Lütfen konu ile ilgilenirmisiniz...”

- (38) **BELGE 16:**Yukarıda yer verilen e-posta ile ilgili olarak 21.02.2012 tarihinde (.....)’dan Yalızlar’dan (.....)’a gönderilen cevabi e-posta’da (Ek:22/67) aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“(.....) Hanım merhaba,

Linde Grubun gurur duyduğu en değerli varlıklarından biride, etik anlayışından taviz vermemekle edindiği itibardır. Bu konuda çalışanları olarak bizlerde gerek işte, gerekse iş dışındaki tavır ve davranışlarımızla bu değerlere sahip çıkmaya özen gösteriyoruz. Dolayısı ile pazarda rekabeti kısıtlamaya yönelik herhangi bir davranış ya da öneride bulunabilmemiz gibi bir durum asla söz konusu olamaz. Sizlerinde özellikle rekabet hukuku gerekliliklerine dikkat eden ve gerekli özeni gösteren bir firma olarak bizleri anlayacağınızı umut eder, iyi çalışmalar dileriz...”

- (39) **BELGE 17:** Aynı konuyla ilgili olarak (.....)’ın not defterinde aşağıdaki ifadeler geçmektedir:

“Rekabet Hukuku Konusunda İlk Eğitim

- *27-28 Eylül 2010 da verildi.*
- *03/06/2010 dışarda dolaşan yazı*
- *21.02.2012 de (.....) /Yalız’a attığım mail işi ne kadar iyi öğrendiğimizin kanıtı*
- *...*
- *11 Nisan 2012 ikinci Rekabet Uyum Eğitimi”*

I.3.2. Linde ve Orsez Arasındaki Yazışmalar

- (40) **BELGE 18:**Orsez’de elde edilen, Linde Ege satış yöneticisi (.....)’dan Orsez müdürü (.....)’ye gönderilen 9.11.2007 tarihli “(.....)” konulu e-postada (Ek:24/26) aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“(.....) bey iyi akşamlar,

Bugün ilettiğiniz müşteri sizede ilettiğim üzere (.....) isimli Bursa bayimizin müşterisiymiş lütfen ilgili firmaya teklif vermeyiniz...

Bu konu vesilesiyle bir şey iletmek istiyorum. Zaman zaman rekabet içerisinde müşteri kayıpları yaşayabiliyoruz lütfen bu tür durumlarda birbirimiz ile diyalogda olalım gerekirse sizin müdahale edemediğiniz konuda biz devreye gireriz ya da farklı çözümler üretiriz vs...”

- (41) **BELGE 19:** Orsez’de elde edilen, Linde Ege satış yöneticisi (.....)’dan Orsez müdürü (.....)’ye gönderilen 30.11.2007 tarihli “Re:lazermüşterisi” konulu e-postada aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“(.....) bey merhaba,

Öncelikle kendi içimizde rekabet yaşamamızın çok anlamsız olacağı kanısındayım. Sizler halen bizim kayıt dışı bayi adayımız ve/veya müşterimiz olarak işlem görmektesiniz. Diğer yandan (.....) ise bizim sözleşmeli bir bayimizdir. Elbette Orsez ve (.....) arasında bir tercih yapmayı hiçbir zaman istemem bunu düşünmemde ama

bu tür konularda önceliğim daima benimle sözleşmeli olarak çalışan bayimden ya da müşterimden yanadır...”

- (42) **BELGE 20:** Orsez’de elde edilen, Linde Ege satış yöneticisi (.....)’dan Orsez müdürü (.....)’ye gönderilen 19.4.2008 tarihli “(.....) isimli müşteri hk” konulu e-postada aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“(.....) bey bahsi geçen firma müşteriniz midir? Yeni bir lazer aldıklarını bizimle çalışmak istediklerini teklif beklediklerini iletmişler. Yer Çalı’daymış. Şayet sizin müşterinse Liste fyt. Üzerinden teklif vereceğim değilse daha farklı düşünebilirim...”

- (43) **BELGE 21:** Orsez’de elde edilen, Orsez müdürü (.....)’den Linde Ege satış yöneticisi (.....)’a gönderilen 3.7.2009 tarihli e-postada (Ek:24/13) aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“(.....) Bey merhaba,

Müşterilerimizden senin de bildiğin (.....) ile ödeme konusunda biraz restleştik...Oksijende (.....) TL üstü, Argonda (.....) TL civarı, Oksijen-Argon karışımın (.....) TL civarında, standart kira ve hizmet bedeli üzere fiyat verirlerse sevinirim. (en önemlisi de maksimum (.....) gün vade tabii)...

İkinci olarak, ortak müşterimiz olan (.....) bizi aradı, Argon ve karışım konusunda da bizimle çalışmak istediğini, fiyat vermemizi istedi. Biz onlara LPG ve Oksijen veriyoruz. Ne yapalım?...”

- (44) **BELGE 22:** Yukarıda yer verilen e-posta ile ilgili olarak 8.7.2009 tarihinde (.....)’dan tarafından gönderilen cevabi e-postada aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“(.....) bey merhaba,

(.....) konusunda bir çözüm buluruz problem değil ancak biz onlara geçen sene gayet makul rakamlar vermiştik (20 günlük ödeme garantileri sonrası çok düşük fiyatlar değildi). Ancak (.....) konusunda sen rakam verme lütfen (ya da yukarıda rakam verirsen seviniriz – Bizim fiyatlar liste)...”

- (45) **BELGE 23:** Orsez’de elde edilen, Orsez müdürü (.....) den Linde Ege satış yöneticisi (.....)’a gönderilen 16.2.2010 tarihli e-postada aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“(.....) Bey merhaba,

(.....) diye bir firma aradı mı? Bu firma bizim eski müşterimiz (.....) yeni bir yapılanması. Bildiğin gibi (.....) batmıştı...Şimdi yeni yapılanmada ben direkt olarak liste fiyatlarından teklif verdim...yüksek fiyatla ufak ufak mal satarsak geçmiş zararımızı da bir miktar çıkarmış oluruz diye düşünüyorum...Araarlarsa, bilgin olsun, yüksek fiyat verirsen/verdirirsen sevinirim...”

- (46) **BELGE 24:**Yukarıda yer verilen e-posta ile ilgili olarak 17.2.2010 tarihinde (.....)’dan tarafından gönderilen cevabi e-postada aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“Selamlar;

Ok. Arkadaşlarla paylaştım irtibata geçen olmadı olursa gerekeni yaparız...”

- (47) **BELGE 25:** Orsez’de elde edilen, Orsez müdürü (.....) den Linde Ege satış yöneticisi (.....)’a gönderilen 24.5.2010 tarihli ve “FW: Çok Acil” konulu e-postalarda aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“(.....) Bey merhaba,

Cuma günü (.....) Bey ile bayimiz (.....) in önemli bir müşterisi olan (.....)(.....) bey'in teklif vermiş olduğunu görüşmüştük. Yanlılıkla veya mecburen verilmiş olduğunu düşündüğüm bu teklifin fiyatlarını vs. bana bildirmesini istemiştim (.....) den. Ancak hala dönüş olmadı. Bugün firmaya dönüş yapmam gerektiğinden dolayı konuya müdahil olup, bana bir an önce dönersen sevinirim...

/

Bu arada ayrıca benden teklif bekleyen (.....) firmasına hala siz bana dönmediğiniz için herhangi bir teklif veremedim. O konuda da (.....) ye eğer siz vermek istiyorsanız, bana söyleyin, ben yukarıda fiyatlar vereyim demiştim. Ama haber yok...”

- (48) **BELGE-26:** Linde’de elde edilen, Linde Ege satış yöneticisi (.....) tarafından 8.5.2012 tarihinde hazırlandığı anlaşılan “ORSEZ ile İLİŞKİLER ve TİCARİ GELİŞİM” başlıklı çalışmada (Ek:22/120-122) aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“... ”

Satış Yöneticisi olarak şahsi düşüncem Orsez ile Bursa Bölgesinde rekabet etmek firmamıza zarar verecektir. Bu nedenle orta bir yol bulup yeni dönemde de firmayla çalışmaya devam edebilmeliyiz. Özellikle gerek dağıtım ve ticari esneklikleri gerekse Bursa pazarında (.....) ve Linde’den dahi daha iyi pazar bilinirlikleri olması başta bölgemizdeki Satış Ortağımıza olası bir rekabette ciddi anlamda zarar verebilir...”

J. GEREKÇE VE HUKUKİ DAYANAK

- (49) 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi uyarınca, “belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran veya doğurabilecek nitelikte olan anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları” hukuka aykırıdır. Linde, Orsez ve Yalızlar’ın eylemlerinin Kanunun 4. maddesi kapsamında değerlendirilmesine geçmeden önce, Linde’nin tedarik zincirini ele almak yerinde olacaktır.
- (50) Linde’nin üç çeşit satış kanalı bulunmaktadır. Birinci satış kanalı Linde’nin nihai tüketicilere yaptığı doğrudan satışlardan oluşmaktadır. İkinci satış kanalı ise Linde’nin münhasır olarak çalışan Satış Ortakları ve Bayilerinden oluşmaktadır. Linde Satış Ortakları ve Linde Bayileri sadece Linde’den, tek alıcıdan temin yükümlülüğü ile endüstriyel gaz almakta ve yine sadece Linde’nin ürünlerinin satışını gerçekleştirmektedir. Satış Ortakları’nın Linde ile nihai müşteriler arasındaki sözleşmelere aracılık ederek komisyon aldıkları ve rekabet hukuku kapsamında acente niteliğinde olduğu görülmektedir. Linde Bayileri ise Satış Ortaklarından farklı olarak acente sayılmayan ancak yine endüstriyel gazın tedarikini münhasıran Linde’den yapan ve rakip ürün satışı yapmayan yeniden satıcı konumundadırlar. Rekabet Kurulunun Linde’ye ilişkin 06.01.2011 tarih ve 11-02/3-1 sayılı Kararı’nda seçici dağıtım sistemi olarak tanımlanan bu kanala ilişkin yapılan sözleşmelerin belli ilgili pazarlar açısından¹ 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (2002/2 sayılı Tebliği); tüplü azot ve tüplü helyum pazarları açısından ise

¹ Dökme oksijen, dökme azot, dökme argon, dökme karbondioksit, tüplü endüstriyel oksijen, tüplü tıbbi oksijen, tüplü argon ve argon karışımları, tüplü karbondioksit, asetilen, azot protoksit ve tüplü hidrojen pazarları

biyresel muafiyet kapsamında olduğuna karar verilmiştir.

- (51) Soruşturmanın kapsamında olan Linde'nin üçüncü satış kanalı ise Yalız ve Orsez'in de dahil olduğu serbest dolumculardır. Serbest dolumcular, Türkiye geneline yayılmış 50'den fazla sayıda olan ve endüstriyel gaz tedariklerini demir çelik fabrikaları ya da - Linde gibi- gaz üreticilerinden gerçekleştiren teşebbüslerdir. Bu teşebbüsler genellikle ana üreticilerden endüstriyel gazı sıvı olarak tedarik etmekte ve kendi dolum tesislerinde kendi tüplerine dolum yaparak satış gerçekleştirmektedirler. Linde, bu teşebbüsler ile "Münhasır Olmayan Müşteri Sözleşmeleri" imzalayarak bir alım-satım ilişkisi kurmaktadır. Halihazırda Linde, Yalız ve Orsez dahil olmak üzere (.....) adet Serbest Dolumcu ile ticaret yapmaktadır. Serbest Dolumcular, 2011 yılı için Linde'nin satışlarının yaklaşık %(.....)'lük bir kısmını oluşturmaktadır. Yalız ve Orsez ise Linde'nin satışlarının yaklaşık %(.....) ve %(.....)'ini oluşturmaktadır.
- (52) Önaraştırma döneminde elde edilen ve Soruşturma Raporu'nda da yer verilen Linde-Yalız'a ilişkin olarak 17 adet belge (Belge 1-Belge 17) ve Linde-Orsez'e ilişkin olarak 9 adet belge (Belge 18-Belge 26) Linde-Yalız ve Linde-Orsez arasında geçmekte olup bazı müşterilere satış yapmama ve rekabetçi fiyat teklifi vermekten kaçınma yönündeki unsurları içermektedir. Linde'nin tedarik sistemi içinde Orsez ve Yalız'ın münhasır olmayan yeniden satıcılar olduğu ve rakip tedarikçilerden elde ettikleri ürünleri de nihai tüketicilere sağladıkları görülmekle birlikte gerek Belgelerde yer alan ifadeler ve gerekse savunmalarda yer alan açıklamalar birlikte değerlendirildiğinde, söz konusu eylemlerin bir dikey ilişki çerçevesinde gerçekleştiği anlaşılmaktadır.
- (53) Rekabet hukuku uygulamalarında, 4. madde anlamında bir anlaşmanın incelemeye konu olması için yazılı olmasına gerek bulunmamaktadır. Bu çerçevede bahse konu uygulamanın koşullarını içeren yazılı bir sözleşme bulunmamakla birlikte bu uygulamaların fiili etkisi nedeniyle somut olayın "dikey bir anlaşma" olarak ele alınabileceği görülmektedir.
- (54) Nitekim Linde'nin savunmasında mevcut uygulamada dağıtım sistemi içinde bir münhasır bölge ya da bayi atanması bulunmadığı belirtilmekte ve "*Linde Gaz, kendisine ya da bayilerine münhasıran bir bölge ya da müşteri grubu tahsis etmiş olsaydı, Yalız Gaz veya Orsez Gaz'ın aktif satış yapmasını her zaman engelleyebilecek idi. Bunun da ötesinde, Linde Gaz'ın, Yalız Gaz ve Orsez Gaz'a rekabet etmeme yükümlülüğü getirerek bu teşebbüslerin sadece Linde markasını satmasını sağlamanın önünde dahi bir engel bulunmamakta*" olduğu ifade edilmektedir. Gerçekten de %40'lık pazar payı eşiğinin altında, dikey anlaşmalar çerçevesinde münhasır bayilik sistemi oluşturmak ve bu sistemde yeniden satıcının yapacağı aktif satışlara bir takım sınırlamalar getirmek 2002/2 sayılı Tebliğ çerçevesinde grup muafiyeti kapsamında yer alan sınırlamalar olarak ortaya çıkmaktadır. Bu tür sınırlamalar bir yandan rekabeti kısıtlayıcı olmakla birlikte diğer yandan sağlayıcının daha etkin bir dağıtım ağı kurmasını sağladıkları için 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin uygulanmasından muaf tutulmuştur.
- (55) 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin "Anlaşmaları Grup Muafiyeti Kapsamı Dışına Çıkaran Sınırlamalar" başlıklı 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde, alıcının sözleşme konusu mal veya hizmetleri satacağı bölge veya müşterilere ilişkin kısıtlamalar getirilmesi halinde söz konusu dikey anlaşmanın Tebliğ ile tanınan muafiyetten yararlanamayacağı belirtilmekle birlikte, aynı bendin devamında bu duruma istisna oluşturan dört başlık altında sayılan bölge veya müşteri kısıtlaması türleri, anlaşmaları grup muafiyeti dışına çıkartan sınırlama olarak

kabul edilmemektedir. Bu istisnalardan ilki, özellikle dağıtım ağı kurmak isteyen sağlayıcı teşebbüslerin kendisine ya da alıcı konumundaki teşebbüslere münhasır satış bölgelerine veya münhasır müşteri gruplarına yapılacak aktif satışların kısıtlanmasına olanak sağlamaktadır. Münhasır satış bölgelerine veya münhasır müşteri gruplarına yapılacak pasif satışların kısıtlanması ise dikey anlaşmayı 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamı dışına çıkarmaktadır.

- (56) Aktif ve pasif satışların kısıtlanmasının ne anlama geldiği ise yine Rekabet Kurumu tarafından yayımlanan “Dikey Anlaşmalar Kılavuzu”nda ayrıntılı olarak yer almaktadır. Konuya ilişkin Kılavuzda yer alan açıklama şu şekildedir:

“... Teşebbüslere münhasır bir bölge veya müşteri grubu vermek suretiyle tanınan koruma mutlak bir koruma değildir. Alıcı teşebbüsler kendilerine tahsisli bölgeye veya müşteri grubuna satış yaparken sisteme dahil diğer alıcıların ancak aktif rekabetinden korunabilirler. Başka bir ifadeyle, sağlayıcı teşebbüs, kendisine veya bir alıcıya tahsis edilmiş münhasır bölgeye ya da müşteri grubuna yapılacak aktif satışları kısıtlayabilir. Bu bölgeye veya müşteri grubuna yapılacak pasif satışların kısıtlanması ise anlaşmayı grup muafiyeti dışına çıkartan bir ihlal olarak değerlendirilecektir. Bu noktada aktif satış-pasif satış ayırımı önem kazanmaktadır.

Başka bir alıcının münhasır bölgesindeki veya münhasır müşteri grubundaki münferit müşterilere mektup veya ziyaret gibi doğrudan pazarlama yöntemleriyle gerçekleştirilen satışlar “aktif satış” olarak değerlendirilmektedir. Ayrıca, diğer bir alıcının bölgesinde satış yeri veya dağıtım deposu kurmak da aktif satış kapsamındadır. Başka bir alıcıya tahsis edilmiş bölgedeki veya müşteri gruplarındaki müşterileri doğrudan hedefleyen reklamlar veya promosyonlar da diğer aktif satış yöntemleri arasında sayılabilir.

Diğer yandan, başka bir alıcının bölgesindeki veya müşteri grubundaki müşterilerden gelen ve alıcının aktif çabaları neticesi olmayan talepleri karşılamak, alıcı malın teslimatını müşterinin adresine götürerek yapsa dahi, “pasif satış” anlamına gelmektedir. Medya aracılığı ile yapılan genel nitelikli reklamlar veya promosyonlar, pasif satış yöntemi olarak değerlendirilecektir. İnternet ve benzeri² yollarla yapılan satışlar da genellikle pasif satıştır. Ancak, başka bir alıcının münhasır bölgesindeki veya müşteri grubundaki müşterilere elektronik posta gönderilmesi, söz konusu müşterilerden böyle bir talep gelmediği sürece, aktif satış yöntemi olarak değerlendirilecektir. Katalog gönderme suretiyle yapılan satışların değerlendirilmesinde de aynı yaklaşım uygulanacaktır.

Alıcıların satış yaptığı bölge veya müşteri grubunun münhasır olarak değerlendirilmesi için, o bölge veya müşteri grubuna sadece tek bir alıcının veya sadece sağlayıcının kendisinin aktif olarak satış yapıyor olması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, belirli bir bölgeye veya müşteri grubuna aktif olarak satış yapan teşebbüs sayısı iki veya daha fazla ise o bölge veya müşteri grubu artık münhasır değildir. Bu tür “serbest” bölge veya müşteri grubundaki müşterilere herhangi bir alıcı dilediği gibi aktif olarak satış yapabilmelidir. Örnek vermek gerekirse, sağlayıcı konumundaki bir teşebbüs ürünlerini Ankara ili sınırları dahilinde sadece iki teşebbüse verme yükümlülüğü altına girer ve müşterileri bölge veya müşteri tipi olarak bu iki alıcı arasında paylaşmaz ise, bu tür bir anlaşmanın grup muafiyetinden yararlanabilmesi için diğer bölgelerdeki satıcıların Ankara bölgesine yapacakları aktif veya pasif satışların engellenmemesi gerekmektedir...”

- (57) Soruşturma Raporu’nda yer verilen Linde-Yalız’a ilişkin olarak 17 adet belge (Belge

² Rekabet Kurulunun 17.4.2008 tarih ve 08-29/352-113 sayılı kararı.

1-Belge 17) ve Linde-Orsez'e ilişkin olarak 9 adet belge (Belge 18-Belge 26) müşteri kısıtlamasının ve belli müşterilere rekabetçi fiyat teklifi vermekten kaçınmanın söz konusu olduğu belgelerdir. Bu kısıtlamaların 2002/2 sayılı Tebliğin 4. maddesinin (b) bendinde sayılan istisna hallerinden sayılması ise söz konusu değildir. Şöyle ki; Soruşturma Raporunda yer alan 2, 3, 5, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 18, 19, 25 ve 26 no'lu Belgeler bazı müşterilere aktif satışların kısıtlanmasına yönelik bir anlaşmaya işaret etmektedir. Yine Soruşturma Raporunda yer alan 2, 4, 6, 7, 8, 20, 21, 22, 23 ve 25 no'lu Belgeler bazı müşterilere pasif satışların yasaklanmasına yönelik unsurları içermektedir. Daha önce Kilavuzdan yapılan alıntılar ile yapılan açıklamalarda da yer verildiği üzere, pasif satışlara getirilen kısıtlamaların 2002/2 sayılı Tebliğ'den yararlanması söz konusu değildir. Aktif satışlara getirilen kısıtlamaların istisna kapsamında değerlendirilebilmesi için ise söz konusu kısıtlamanın münhasır bir bölge ya da müşteriye ya da müşteri grubuna yönelik olması gerekmektedir. Alıcıların satış yaptığı bölge veya müşteri grubunun münhasır olarak değerlendirilmesi için, o bölge veya müşteri grubuna sadece tek bir alıcının veya sadece sağlayıcının kendisinin aktif olarak satış yapıyor olması gerekmektedir. Linde'nin münhasır olmayan yeniden satıcıları konumundaki Yalız ve Orsez ile arasında gerçekleşen ve aktif ve pasif satışların kısıtlanması şeklinde ortaya çıkan müşteri kısıtlamasında ise münhasır bir bölge ya da müşteri tanımlamasının bulunmadığı ortadadır. Burada ortaya çıkan müşteri kısıtlamasına ilişkin anlaşmaların dağıtım ağının etkin hale gelmesi amacından ziyade tüketicinin aleyhine olacak şekilde rekabet seviyesini azaltmak olduğu Linde'nin bir iç yazışması olan Belge 9'da yer alan *"Son günlerde hem Doğu Marmara da hem de Batı Marmara da Yalız firması özelinde birbirimizin müşterilerine bilerek/bilmeyerek verilen teklifler, müşteri sahasına indirilen tüpler her iki firma ilişkilerini zedelediği gibi sonucunda kazanan her zamanki gibi müşteri olmuştur."* ifadelerinden de açıkça anlaşılmaktadır.

- (58) Bu nedenle, Soruşturma kapsamında ortaya konan söz konusu anlaşmaların dağıtımında etkinlik ya da benzeri bir ekonomik gelişmeye sebep olmadığı gibi tüketici faydasına bir durumun da söz konusu olmadığı, dolayısıyla söz konusu anlaşmaların 2002/2 sayılı Grup Muafiyeti Tebliği dışında kalmanın yanında 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi kapsamında bireysel muafiyet almasının da söz konusu olmadığı görülmektedir.
- (59) Bütün bu tespit ve değerlendirmeler kapsamında Linde'nin serbest dolumcu olarak adlandırılan ve münhasır olmayan yeniden satıcılara yönelik dikey anlaşma kapsamında gerçekleştirmiş olduğu eylemlerin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiği, mezkur uygulamaların 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin kapsamı dışında olduğu ve ayrıca 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi uyarınca bireysel muafiyet alamayacağı anlaşılmaktadır. Bu nedenle Linde'ye, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 16. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince ve Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik (Ceza Yönetmeliği) uyarınca idari para cezası uygulanması gerekmektedir.
- (60) Bu kapsamda, Linde'ye verilecek temel para cezası Ceza Yönetmeliği'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ve ikinci fıkrası uyarınca binde beş oranında belirlenmiş olup söz konusu ceza ihlalin süresi itibarıyla anılan maddenin üçüncü fıkrasının (a) bendi uyarınca yarısı oranında arttırılmıştır. Bununla birlikte, ihlal teşkil eden uygulamaların etkisinin sınırlı olması hafifletici bir unsur olarak dikkate alınmış

ve Ceza Yönetmeliği'nin 7. maddesinin birinci fıkrası uyarınca Linde'ye ‰ 3,75 oranında para cezası uygulanması gerektiği kanaatine varılmıştır.

- (61) İhlal tespitinin yapıldığı dikey ilişki çerçevesinde pasif konumda bulunan yeniden satıcılar Yalız ve Orsez bakımından ise herhangi bir ceza uygulanmasına yer bulunmamaktadır.

K. TARAFLARIN SAVUNMALARI VE DEĞERLENDİRİLMESİ

K.1. Belgeler Bazında Savunmalar

- (62) Aşağıda öncelikle tarafların belgeler bazında yaptığı savunmalara yer verilerek bu savunmalara ilişkin değerlendirmeler yapılacak, bir sonraki bölümde ise tarafların genel savunmaları ele alınacaktır.

Belge 2 ve 3 (.....)

- (63) Linde tarafından yapılan yazılı savunmada bu belgelere ilişkin olarak; Yalızlar'ın müşterilerine Linde tarafından "kontrollü" yaklaşılırken Yalızlar'ın buna dikkat etmediği belirtilmekte, daha sonra satış müdürünün bu konuyla ilgili olarak Yalızlar ile yaptığı görüşmenin diğer çalışanlara aktarıldığı, yazışmanın içeriğinde marka içi rekabeti kısıtlayıcı anlama gelebilecek ifadeler olmasına rağmen, gerçekte tam aksi bir sonuç yaşandığı ve Yalızlar'ın fiyat kırmak suretiyle (.....) kendi portföyüne kattığı, daha sonra da Linde'nin daha uygun fiyat vererek (.....) tekrar kazandığı, dolayısıyla müşterinin marka içi rekabetten faydalanarak daha düşük fiyattan mal temin edebildiği açıklamaları yapılmıştır.

- (64) Aynı belgenin devamında Linde tarafından Yalızlar'ın uyarılmasına ilişkin olarak Linde'nin yazılı savunmasında; Linde tarafından Yalızlar'a konunun aktarıldığı, yazışma sonrası müşteriler aleyhine hiçbir olumsuz etki doğmadığı, tam aksine yaşanan marka içi rekabet sayesinde fiyatlarda indirimle gidildiği açıklamaları yapılmıştır.

- (65) Yalızlar tarafından (.....) , kreyojenik tank imalatı yapan bir firma olup bu tankların endüstriyel ve medikal gaz üretim ve satışı gerçekteştiren teşebbüslere de sağlandığı bilgisi de verilmektedir. Yalızlar tarafından, kendilerinin de bir dönem tank alımı gerçekteştirdiği, (.....)yüksek miktardaki gaz alımlarını sektörde faaliyet gösteren çeşitli tedarikçilerden sağladığı, küçük ölçekli tedarikçilerle de borç-alacak ilişkisi içinde karşılıklı tedarik gerçekteştirildiği, (.....) büyük ölçekli olması sebebiyle temel olarak Yalızlar'ın müşteri profiline uymasa da borç ilişkisi nedeniyle Yalızlar tarafından (.....) gaz temininin yapıldığı, ölçek sebebiyle yapılan bu gaz tedariginin kimi zaman Yalızlar'ı ticari açıdan zor duruma soktuğu yönünde açıklamalar yapılmıştır. Dolayısıyla Yalızlar, borç-alacak ilişkisinin sona ermesini takiben büyük miktarda alım yapan (.....) ile tedarik ilişkisini sonlandırmıştır.

Belge 4 (.....)

- (66) Linde tarafından yapılan savunmada, yazışmanın yapıldığı tarihte Yalızlar ile çalışmakta olan (.....) 'nin fiyat araştırması amacıyla internetteinden gönderdiği talebe ilişkin Linde içerişinde yapılan yorumların yer aldığı, Linde içerişinde teklif talebine ilişkin iki farklı yorum yapıldığı, ilk gönderilen elektronik postada talep bekleyen müşteriye neden teklif verilmediği veya bayiye yönlendirilmediği sorgulanırken, diğer elektronik postada Yalızlar müşterisi olduğu için teklif verilmediği belirtilmiştir.

Linde'nin savunmasına göre bu durum şirket içerisindeki Karbogaz-BOS döneminden gelen ikili yapı ile ve kanallardaki denge ihtiyacının korunması saikleriyle açıklanmaktadır. Çalışanlar arasında konunun zaman zaman farklı algılanabildiği ve "maksadını aşan ifadelerin" kullanılabildiği belirtilmektedir. Somut olayda, (.....)'ye teklif verilmemesinin gerçek sebebinin bu şirketin "k1" olarak adlandırılan ve Linde'nin satış stratejisinde odaklandığı büyük ölçekli müşteri grubu içinde yer almaması olarak açıklanmış; Linde'nin hakim durumda bulunmadığı sürece dilediği müşteri ile çalışabileceği belirtilmiştir.

Belge 5 (.....)ve(.....)

- (67) Linde tarafından yapılan savunmada Batı Marmara bölgesi satış mühendisinin bölgesinde bulunan (.....) ve (.....) isimli müşterilere Yalızlar'ın satış yapmasından duyduğu rahatsızlığı dile getirdiği, (.....) ve (.....)'in yüksek hacimli alım yapan müşteriler ("k1" grubu) olup genelde teknoloji ve hizmet kalitesi/sürekliliği gibi sebeplerle doğrudan ana üreticilerle çalışmakta olduğu, ancak söz konusu müşterilerin talep planlamalarında öngöremedikleri değişiklikler olduğu takdirde, özellikle hafta sonu gibi Linde'nin çalışmadığı zamanlarda serbest dolumculardan geçici olarak ürün alabildiği, serbest dolumcuların ise bu tür durumlarda farklı kaynaklardan ucuz maliyetli sıvı ürün tedarik edebildikleri ve küçük ölçekli yapıları ile kalite ve işgüvenliği altyapılarından kaynaklanan nedenlerle maliyetlerinin düşük olmasından yararlanmak suretiyle yüksek hacimli müşteri kazanma adına pazar ortalamalarının altında fiyat verip, müşterilerde Linde'nin fiyatlarının yüksek olduğu izleniminin oluşmasına sebebiyet verebildiği açıklamaları yapılmıştır. Savunmaya göre Linde çalışanı bu durumdan şikayet etmekte ve serbest dolumcular sebebiyle fiyatlarda indirim yapmak zorunda kalacağından yakınmaktadır. Nitekim (.....) firması ile o tarihlerde (.....)/m³ birim fiyat üzerinden çalışılırken, daha sonra yapılan indirim sonrası birim fiyatın (.....)/m³'e gerilediği belirtilmiştir. Aynı indirim tüp kirasında da yaşanmış olup (.....)/Ay olan tüp kirası (.....) /Ay'a düşürülmüştür. Fiyatlarda gözlenen bu düşüşün rekabet karşısı bir etkinin doğmadığına kanıt oluşturduğu savunulmaktadır.
- (68) Aynı yazışmada Linde yetkilisinin kullandığı bazı ifadelerden Linde ile Yalızlar arasındaki meselenin Linde'nin satışlarına ilişkin olduğunun anlaşıldığı, esasen müşterilerin ürünün bayide neden daha ucuz olduğunu sorguladıkları ve Yalızlar'ın marka içi rekabetinden yakınıldığı, marka içi rekabet bağlamında "maksadı aşan" bazı ifadeler bulunsa da piyasada rekabete aykırı olumsuz bir etkinin doğmadığı belirtilmektedir. Son 3 yıl içerisinde Linde ile Yalızlar arasında (.....)TL ciro hacmine denk gelen karşılıklı geçişlerin yaşandığı belirtilmektedir.
- (69) Yalızlar tarafından yapılan savunmada ise bu yazışmalarda geçen (.....) fabrikası müşterisi ile ilgili; bu fabrikanın Yalız Grubu bünyesindeki farklı bir firmanın satış bölgesinde yer aldığı, fabrikanın teklif talebinde bulunduğu ve bu talebin cevabının verildiği, devam eden süreçte bir dönem Yalızlar tarafından fabrikaya gaz tedarikinin yapıldığı, ancak bu teşebbüsün de büyük ölçekli olması ve Linde'nin varlığı dolayısıyla tedarik ilişkisinin sonlandırıldığı açıklamaları yapılmıştır. (.....) ile yaşanan bu durumun benzerinin aynı zamanda (.....) ve (.....) ile de yaşandığı belirtilmiştir.
- (70) Savunmalardan, serbest dolumcuların süreklilik arz edecek tedarik kabiliyeti bulunmaksızın müşterilere düşük fiyattan teklif vermelerinin kısa dönemde Linde ürünlerine ilişkin müşteri algısında çarpıtmalara neden olması sebebiyle Linde'nin marka-içi talep güvenliğini garanti altına alma saikiyle hareket ettiği, ayrıca münhasır

müşteri grubu olarak özellik arzeden ve k-1 olarak adlandırılan büyük hacimli müşterilerin sağlayıcı konumundaki Linde tarafından dağıtım ağının etkinliği çerçevesinde dağıtıcılar arasında tahsis edilmesinin 2002/2 sayılı Tebliğ'de izin verilen türde bir uygulama olduğu öne sürülmektedir.

Belge 6 ve 7 (.....)

- (71) Linde tarafından yapılan savunmada Linde çalışanının münferit şikayetlerini içeren söz konusu yazışmanın sonucunda rekabete aykırı bir sonuç doğmadığı; Yalızlar'ın fiyat kırarak Linde'den kazandığı (.....)'in takip eden süreçte Linde tarafından %(.....) indirim uygulanarak tekrar kazanıldığı, ilgili çalışanın Yalızlar özelinde ve Yalızlar ile yapılan marka içi rekabet hakkında sarf ettiği ifadelerin, müşteriyi kaybetmiş olmanın verdiği üzüntüyle dile getirilen bireysel tepkiler olduğu, çalışanın görüşüne verilen cevapta Linde markası dahilinde yapılan rekabetin anlamsız olduğundan bahsedilmesinin sebebinin Karbogaz-BOS birleşmesinden gelen sorunlar kaynaklı olduğu, genel olarak bakıldığında sadece markalar-arası değil marka-içi rekabetin de etkin olarak devam ettiği belirtilmektedir.

Belge 8 (.....)

- (72) Yalızlar tarafından yapılan savunmada, (.....) firması ile bahse konu olan dönemde fiyat talebinde bulduklarında ikili görüşme yapıldığı, pazarlama birimi tarafından yapılan pazar araştırmasında (.....) firmasının piyasa ödemelerinde problem yaşadığının tespit edildiği, bu sebeple Yalızlar'ın teklif vermekten kaçındığı açıklamaları yapılmıştır.
- (73) Linde tarafından yapılan savunmada (.....) 'ne ilişkin olarak; Linde'nin müşterisi olan (.....)'nın Yalızlar'dan teklif istemesi üzerine Yalızlar'ın Linde'ye dönüş yaparak fiyatlarını sorduğu; buna göre müşteriye yüksek teklif vereceğini belirttiği; (.....) 'nın Linde ile senelik iş hacmi 10.000 TL civarında olan ve Linde'nin doğrudan satış hedef kitlesi içerisinde yer almayan oldukça küçük çaplı bir müşteri olduğu, Linde'nin endüstriyel gazlardaki satış stratejisinin şirket bünyesindeki satış ekibi vasıtasıyla, "k1" olarak adlandırılan büyük ölçekli müşterilere odaklandığı; "k2" ve "k3" olarak adlandırılan küçük ve orta ölçekli müşteri gruplarına ise daha çok serbest dolumcular veya bayiler tarafından satış yapıldığı açıklamaları yapılmıştır. Ayrıca, (.....) ile doğrudan çalışılmasının sebebinin Linde'nin tercihinden ziyade, Karbogaz-BOS birleşmesi döneminden gelen bir müşteri olmasından kaynaklandığı ifade edilerek (.....)'nın Linde açısından stratejik açıdan öncelikli olan bir müşteri kategorisinde olmadığı vurgulanmıştır.
- (74) Linde tarafından yapılan savunmanın devamında, Yalızlar'ın, muhtemelen (.....) nın kendileri açısından da öncelikli bir müşteri olmamasının verdiği rahatlıkla, tedarikçisi Linde ile ilişkileri iyi tutmak adına böyle bir yazışma gerçekleştirdiği düşünüldüğü belirtilmiştir. Bu bağlamda, Yalızlar'ın tek taraflı olarak dile getirdiği ifadeler karşılık olarak Linde tarafından herhangi bir cevap verilmediği ve tasarrufta bulunmadığı, dolayısıyla bu belgenin Linde açısından bağlayıcılığı olmadığı savunulmaktadır. Linde'nin fiyat formülasyonu ile yaptığı karşılaştırmada (.....)'ya uygulanan satış fiyatlarındaki artışın beklenen artış yüzdesine oranla da düşük gerçekleştiği belirtilmiştir.

Belge 9 (Yalızlar'a ilişkin iç yazışma)

- (75) Bu belgeye ilişkin olarak Linde tarafından gönderilen savunmada; belgedeki ifadelerin Yalızlar'ın bir rakip olarak algılanması ile kaleme alınmadığı, Yalızlar'ın Linde'den ürün tedarik eden ve pazara yine Linde ürününü satan bir teşebbüs olduğu, Linde'nin ise bayilerini ve satış ortaklarını Yalızlar'ın rekabetinden korumaya çalıştığı, dolayısıyla söz konusu yazışmanın tamamen marka içi rekabete ilişkin olduğu açıklamaları yapılmıştır. Yine bu satış ortakları, münhasır bayiler ve münhasır olmayan bayiler arasındaki ilişkilerle ilgili sorunların Karbogaz ve BOS gibi iki ayrı yapıyı bir potada eritme çabalarından kaynaklandığı, Linde'nin marka bilinirliğini sürdürmek için satış ortaklığı sistemine ihtiyaç duyduğu, bir yandan da yüksek miktarlarda alım yapan dolumcuları kaybetmek istemediği, bu sebeple de marka içi satışlarda belirli dengelerin korunması zorunluluğunun ortaya çıktığı açıklamaları yapılmıştır.
- (76) Yine Linde tarafından söz konusu yazışmaların marka içi rekabeti kısıtlama amacı olduğu kabul edilse dahi, bu yazışmaların hiçbir zaman uygulamaya geçirilmediği, Yalızlar ile Linde arasında son 3 yıl içerisinde pek çok müşteri geçişinin yaşandığı savunulmuştur.

Belge 10, 11 ve 12 (.....)

- (77) Linde'de bulunan ve müşteri geçişine ilişkin olan bu yazışma ile ilgili olarak Linde tarafından yapılan savunmada; belgede adı geçen (.....) 'nin ((.....)) Linde'nin bayisi olan (.....) 'in müşterisi olduğu, Yalızlar'ın bu durumu bilmeksizin (.....)'a teklif verdiği, Linde arasında yapılan iç yazışmada ise bayi (.....)'in müşteriyi geri kazanmak için ön görüşme yapması ve daha sonra Linde ile ortak bir plan oluşturulması önerildiği açıklaması yapılmıştır.
- (78) Yalızlar'ın savunmasında (.....) ile ilgili olarak; (.....) 'in Oksijen, Argon, LPG (sıvılaştırılmış petrol gazı) ve Karışım gaz ihtiyacını uzun zamandır Yalızlar'dan karşıladığı, sadece analiz makinesinde kullandığını belirttiği yüksek saflıkta argon gazını Linde'den aldığı, (.....)'in ayrıca Yalızlar ve (.....)'tan fiyat teklifi talebinde bulunduğu, Yalızlar'ın da buna mukabil fiyat teklifi gönderdiği, zaten kendi portföyünde bulunan (.....)'a Yalızlar tarafından yeni bir ürün değerlendirmesi ile tüketim miktarının bir arada değerlendirerek fiyat teklifinin verildiği, (.....)'in yüksek saflıkta argon gazı tüketiminin ayda ortalama 1 veya 2 adet olduğu ve verilen fiyat teklifinin (.....) tarafından uygun bulunarak Yalızlar'ın tercih edildiği açıklamaları yapılmıştır.
- (79) Yalızlar'ın müşteri portföyünün genel olarak küçük ve orta ölçekli müşterilerden oluştuğu belirtilmektedir. Bu tür bir müşteri portföyü seçimi yapılmasında müşterilere kendi sermayeleri ile satın alınan tüplerin emanet olarak temininin yapılması ve müşteriler ile çalışma usulünün cari hesap olmasının etkili olduğu belirtilmektedir.
- (80) Bunlara ek olarak, aynı müşteriye satış yapan bayilerden tüplerin karıştığına dair şikayetler geldiği, bunun üzerine Linde satış idare yöneticisi tarafından bu tür durumların önüne geçilmesi gerektiği yönünde görüş bildirildiği, bu yazışmanın yapılmasının amacının rekabeti kısıtlamak değil Linde'nin veya bayilerin mülkiyetinde olan tüplerin birbirleriyle karışmasını engellemek olduğu, uygulamada aynı müşteriye farklı kanallardan satış yapılmasının önünde engel olmadığı için, tüp kayıtlarının birbirine karışabildiği ve bu durumun teşebbüslere hem maddi açıdan hem de itibar açısından zarar verdiği belirtilerek yazışmanın devamına bakıldığında bu konunun

tamamen teknik bir meseleden kaynaklandığının anlaşılacağı vurgulanmış, yazışmayı yapan yetkilinin satış idare yöneticisi olmasının da yazışmanın konusunun teknik nitelikte olduğunu desteklediği savunulmuştur. Ayrıca, pazar payı %40'ın altında olduğu için bayilerin birbirlerinin müşterilerine aktif olarak satış yapmasını engelleme imkânı olan ve buna rağmen bu yolu seçmeyen Linde'nin, daha sonra uygulamada bayilerin birbirlerine karışmasına yol açmasının "rasyonel" olmayacağı hususları da savunmada belirtilmiştir.

Belge 13 (.....)

- (81) Yalızlar'ın birinci yazılı savunmasında bu belgedeki yazışmalarla ilgili olarak yine Yalız Grubu'ndan farklı bir tüzel kişiliğe ait olan teşebbüsün satış bölgesine ilişkin olduğu ve yine tercihin küçük ölçekli müşterilerle çalışmaktan yana olduğu için bu tür yazışmalar yapıldığı açıklaması yapılmıştır. Ayrıca yapılan yazışmaların amacının "müşteriyi koruma stratejisi" olduğu ifade edilmiştir.
- (82) (.....) 'e ilişkin olarak yapılan yazışmalarla ilgili Linde tarafından yapılan savunmada; Linde şirket çalışanları arasında, tüplü bayi (.....)'in müşterisi (.....)'in nasıl Yalızlar'la çalışmaya başladığına ilişkin durum değerlendirmesi yapıldığı, yazışmada kullanılan ifadelerden, müşterinin rakip marka (.....)'a kaptırılmayıp yine Linde içerisinde kalmasının olumlu bulunduğu açıkça ifade edildiği, yazışmaya konu müşterinin daha sonraki süreçte Yalızlar ile çalışmaya devam ettiği, söz konusu yazışmada marka içi ya da markalar arası rekabeti kısıtlayan hiçbir ifade bulunmadığı ve bu yazışmanın Linde satış kanalları arasındaki fiyat farklılıklarını kanıtlar nitelikte olduğu açıklamaları yapılmaktadır. Savunmada bayinin Linde Gebze tesisinden ürünü teslim alış fiyatı (.....)TL/m3 iken; Yalızlar'ın, bayinin müşterisine aynı ürün için (.....)TL/m3 fiyat verebilmekte olduğu, bu durumun uygulamada sorunlar doğurması nedeniyle Linde tarafından marka içi ve dikey nitelikte olan bu duruma müdahale edilme ihtiyacı doğduğu belirtilmektedir. Linde'nin birinci yazılı savunmasında söz konusu yazışmalar neticesinde rekabete aykırı herhangi bir etki doğmadığı ayrıca vurgulanmaktadır.

Belge 15 ve 16

- (83) Linde tarafından gönderilen yazılı savunmada bu belgelere ilişkin olarak Yalızlar tarafından Adapazarı'ndaki Linde bayisinin Yalızlar'ın müşterilerine değil rakip firma müşterilerine eğilmesinin rica edildiği, ancak Linde tarafından verilen cevapta, rekabet hukuku gereklilikleri sebebiyle böyle bir harekette bulunmalarının mümkün olmadığını belirtildiği, daha sonraki tarihli kişisel notta yazışmayı gerçekleştiren Linde Marmara Bölgesi Satış Müdürü (.....)'in göndermiş olduğu elektronik postanın rekabet hukuku bakımından doğru bir örnek olduğunu belirttiği ve dolayısıyla söz konusu yazışmanın, bir ihlalin değil ancak Linde'nin rekabet hukukuna uyum amacını ortaya koyan olumlu bir durumun göstergesi olduğu açıklamaları yapılmıştır.
- (84) Linde'nin ayrıca; ilgili yazışma ve kişisel notun Rekabet Kurumu'na ve Linde'ye gönderilen ihbar mektuplarından sonraki sürece tekabül ettiği ve aynı süreçte Linde'nin "şirket içi duyarlılığı"nı artırarak denetim ve eğitimler gerçekleştirdiği ve bahse konu eğitimlerin çalışanların yazışmalarına da olumlu şekilde yansıdığı belirtilmiştir.

Belge 18, 19 ve 20 (.....)

- (85) Linde tarafından yapılan yazılı savunmada Orsez'in Linde satış ortağı (.....) 'in satış yaptığı (.....) unvanlı müşterinin talebine nasıl cevap vermesi gerektiği konusunda Linde'ye soru yönelttiği, söz konusu yazışmaların 2007 tarihli olup bu tarihte Orsez'in münhasıran Linde ile çalışmakta olduğu, taraflar arasındaki yazışmaların Linde ürününe ilişkin olduğu, yazışmanın sonucunda piyasada herhangi bir etki doğmadığı ve müşterinin (.....)'dan ayrılarak Orsez ile çalışmaya başladığı açıklamaları yapılmıştır.

Belge 21,22 (.....)

- (86) Linde tarafından gönderilen savunmada bu belgelerde yer alan yazışmalara ilişkin olarak; Orsez'in müşterisi (.....) ile yaşadığı sorunu Linde'ye aktardığı ve birtakım fiyatlar ileterek, ararlarsa bu fiyatların deklare edilmesini talep ettiği, ortak müşteri olan (.....)'un ürün talebine ilişkin nasıl bir cevap vermesi gerektiğini sorguladığı, her iki müşterinin de Linde ürünü kullanan müşteriler olduğundan bu yazışmaların marka-içi rekabete ilişkin olduğu, Linde'nin kendi kanalları arasında rekabet yaşanmasını istemediği için (.....)'a Orsez'in teklif vermesini istemediği, ancak daha sonra bu müşteriye indirim uygulandığı belirtilmiştir.
- (87) (.....)'ın ise 2008 yılına kadar (.....) müşterisi olduğu, 2008 yılında Linde'nin indirimli fiyat teklifi üzerine (.....)'ı bıraktığı, daha sonra da Orsez'in daha ucuz fiyat teklifinde bulunması sonucu Orsez ile çalışmaya başladığı, Linde'nin (.....)'a teklif vermek istememesinin ana sebebinin kısa bir süre önce daha düşük teklif vermesine rağmen Linde'yi tercih etmemiş olması dolayısıyla Linde'nin de bu tavrı sergileyen (.....) ile çalışmayı tercih etmemesi olduğu belirtilmektedir.
- (88) Orsez tarafından yapılan savunmada bu belgeleri oluşturan yazışmalarda bahsi geçen (.....)'a ilişkin olarak; (.....)'un hem Orsez'in hem de Linde'nin diğer bir bayiinin ortak müşterisi olduğu, müşterinin Orsez'i arayıp artık tek bayi ile çalışmak istediğini bildirdiğini, Orsez'in de bu durumu elektronik posta ile Linde'ye aktardığı, sonuç olarak Orsez ve Linde'nin diğer bayiinin ayrı ayrı teklif verdiği ve müşterinin diğer bayiye tercih ettiği, bununla beraber anılan müşterinin 12 kg'lık LPG tüpünü Orsez'den aldığı açıklamaları yapılmıştır.
- (89) Orsez tarafından yapılan savunmada söz konusu belgeleri oluşturan yazışmalarda bahsi geçen müşteri (.....)'a ilişkin olarak; bu teşebbüsün 2008 yılına kadar (.....) ile çalıştığı, Orsez'in rakibin teklif fiyatının üçte birine kadar fiyat indirerek (.....) 'ı portföyüne kattığı, bir müddet sonra (.....)'ın ödemelerinde sıkıntı çıktığı, Orsez'e ödeme yapmayan firmanın başka bir bayiden de gaz temin ettiği, elektronik postanın bu durumu bildirmek için yazıldığı, kısa bir süre sonra bahsedilen sorunların çözümlendiği ve halen (.....)'ın Orsez ile çalıştığı açıklamaları yapılmıştır.

Belge 23 ve 24 (.....)

- (90) Linde tarafından gönderilen savunmada belgelerdeki yazışmaya ilişkin olarak; Orsez'in (.....) unvanlı eski müşterisinden bahsederek firmanın Linde'yi araması halinde yüksek birim fiyat ile teklif verilmesi ricasında bulunduğu, (.....)'nın Orsez'in karbondioksit müşterisi olduğu, Orsez'in ise karbondioksiti münhasıran Linde'den temin ettiği, dolayısıyla söz konusu yazışmanın da marka-içi rekabete ilişkin olduğu, yazışmanın akabinde Linde'nin Orsez'in talebine rağmen müşteri ile anlaştığı ve müşteriye karbondioksit yerine (.....) TL/m3 birim fiyatı üzerinden corgon gazı teklifi

yapıldığı, ancak devreye (.....)"ın girmesiyle fiyatın (.....)TL/m3'e kadar düştüğü açıklamaları yapılmıştır. Dolayısıyla, bu hususların gerek marka-içi gerekse markalar-arası rekabetin yoğun olarak yaşandığını ortaya koyduğu savunulmuştur.

- (91) Orsez tarafından gönderilen yazılı savunmada belgelerdeki yazışmalara ilişkin olarak; Orsez'in geçmişte (.....) adlı müşterisi ile alacak sebepli sorun yaşamış olduğu, (.....) 'in devamı olan (.....) 'nun Orsez'den karbondioksit talep ettiği, Orsez'in geçmişteki alacaklarını ve firmanın yeni mali yapısının güçlenmiş olmasını dikkate alarak yeni fiyatlardan karbondioksit satmak istediği, Orsez'in karbondioksit bakımından Linde'nin münhasır satıcısı/bayii olarak işlem gördüğü, (.....)'nun (.....) gibi rakip firmalardan teklif almasının her zaman mümkün olduğu ve (.....)'nın neticede (.....) unvanlı başka bir sağlayıcı ile sözleşme imzaladığı açıklamaları yapılmıştır.

Belge 25 (.....)

- (92) Linde tarafından yapılan yazılı savunmada bu belgeye ilişkin olarak; ilgili yazışmanın ilk bölümünde Orsez'in ortağı (.....) kendi bayisi (.....) firmasının en önemli müşterisi olan (.....)'e Bursa Linde satış ortağı tarafından teklif verildiği, bu fiyatların ne olduğunu o dönemki perakende satış temsilcisine sorduğunu ama yanıt alamadığını, söz konusu müşterinin 2010 Mayıs'ında almış olduğu "Trumph" marka lazer kesim cihazının ihtiyacı olan sınıai gazlar için Linde'den teklif talebinde bulunduğu, o tarihlerde firmanın bulunduğu konumun dağıtım alanının dışında oluşu ve olası sevkiyatları aksatacağı düşüncesiyle Linde'nin konuyu Bursa satış ortağı olan (.....) 'a aktardığı, (.....) tarafından firmaya hem sınıai gaz hem de tesisat teklifi verilerek anlaşma sağlandığı ve oksijen ile azot gazları için tesisat yapıldığı, böylece firmanın marka-içi rekabet sonucu firmanın (.....) ile bir bağı kalmadığı ve Linde satış ortağı tarafından kazanıldığı açıklamaları yapılmıştır.
- (93) Linde tarafından yazışmanın ikinci bölümüne ilişkin olarak; Orsez tarafından, Linde'ye (.....) isimli bir müşteriden gelen talebin hatırlatıldığı, ilgili belgenin Linde'nin Bursa tesisinde yapılan yerinde incelemede elde edilen yazışmalarla birlikte değerlendirilmesi gerektiği, bu yazışmanın öncesinde Orsez tarafından Linde'ye söz konusu müşteriden talep gelmesi halinde verilmesi istenen fiyatların bildirildiği, bunun üzerine yapılan iç yazışmada ise buna riayet edilmeyeceği ve müşterinin ne pahasına olursa olsun Linde'ye kazandırılacağı vurgulandığı belirtilmiştir. Bu açıklamalara dayanak olarak; daha sonra Linde tarafından (.....) 'e verilen tekliflerin Orsez'in talep ettiği fiyatların altında olduğu, ancak müşterinin daha sonra (.....) ile çalışmayı tercih ettiği, dolayısıyla söz konusu yazışmanın piyasada gerek marka-içi gerekse markalar-arası rekabetin ne kadar yoğun yaşandığının açık bir örneği olduğu hususları belirtilmiştir.
- (94) Linde tarafından ayrıca (.....)'in önceki unvanının (.....) olduğu; 30 Nisan 2008'de Linde tarafından firmaya verilen teklifin karışım gazı fiyatının 2008'de (.....) TL/m3 iken 2010 yılı sonlarına doğru (.....) TL/m3 olduğu, dolayısıyla bahse konu müşteriye uygulanan fiyatlarda 2,5 yıllık süreçte sadece %(.....) artış yapıldığı, enerji, mazot ve benzeri giderler dikkate alındığında söz konusu artışın oldukça düşük olduğu, dolayısıyla müşteriye verilen tüm tekliflerin rekabetçi olduğu belirtilmiştir.
- (95) Orsez tarafından yapılan yazılı savunmada bu yazışmada bahsi geçen (.....)'e ilişkin olarak; (.....)'in 2008 Şubatına kadar Orsez müşterisi olduğu, daha önce (.....) unvanlı olan bu teşebbüsün ödemelerinde sıkıntılar yaşandığı için Orsez'in bu

müşteriye karşı tavizsiz bir politika izlediği ve teşebbüsün bu dönemde (.....) ile çalışmaya başladığı, bununla beraber bir süre sonra yine ödemelerinde acze düştüğünün öğrenildiği, daha sonra farklı bir sermaye grubunun bünyesine dahil olarak (.....) unvanını aldığı, bu tecrübelerin Orsez'de bu müşteri ile ilgili yüksek risk algısı oluşmasına neden olduğu, bu algı sebebi ile söz konusu elektronik postanın Linde'ye gönderildiği ancak Linde'den herhangi bir dönüş olmadığı, bu arada ne Linde'nin ne de Orsez'in da bu firma ile çalıştığı ve (.....) 'in (.....) ile çalıştığı bilindiği açıklamaları yapılmıştır.

- (96) Orsez tarafından gönderilen savunmada söz konusu belgedeki yazışmalarda bahsi geçen (.....) ile ilgili olarak ise; bu teşebbüsün geçmişte Orsez'in alt bayii olan (.....) 'in önemli bir müşterisi olduğu, ancak Linde'nin diğer bir bayisinin bu müşteriye teklif verdiğinin Orsez tarafından öğrenildiği ve müşteriyi kaybetmeme amacıyla söz konusu elektronik postanın yazıldığı, neticede (.....) 'in Linde'nin diğer bayisi ile sözleşme imzaladığı ve dolayısıyla müşteri paylaşımı iddiasını çürütür nitelikte bir belge olduğu hususları vurgulanmıştır.

K.2. Belgeler Bazında Savunmaların Değerlendirilmesi

- (97) Belgeler bazında yapılan savunmalarda etkinlik ve marka güvenilirliğini sağlama yönündeki bir takım gerekçelerle taraflar arasındaki yazışmalara açıklama getirilmişse de, söz konusu açıklamaların taraflar arasındaki dikey ilişkide müşteri kısıtlamasından kaynaklanan ihlal tespitini ortadan kaldırır nitelikte olmadığı görülmektedir. Belgelere yönelik yapılan savunmalarda özellikle marka içi rekabet ve aktif satış kavramlarına vurgu yapılmış olmakla birlikte, ihlal tespiti de hali hazırda dikey ilişki çerçevesinde rekabetin kısıtlanmış olduğu ve herhangi bir münhasır müşteri ya da bölge tanımlaması yapılmaksızın müşteri kısıtlamasının ve aktif ve/veya pasif satışın kısıtlanmasının söz konusu olduğu unsurlarına dayanılarak yapılmıştır. Belgelerin tamamı bir bütün olarak ele alındığında Linde'nin Yalız ve Orsez ile marka içi rekabeti kısıtlayacak şekilde müşteri kısıtlamasına dayalı bir alım satım ilişkisi oluşturduğu açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede çalışanların konuyu farklı algılaması, maksadını aşan ifadelerin kullanılması ya da Karbogaz-BOS birleşmesinde kaynaklanan sorunların söz konusu yapıyı 4054 sayılı Kanunun 4. maddesinin kapsamından çıkaracak nitelikte olmadığı ortadadır. Belgelere ilişkin savunmalarda yer alan söz konusu eylemlerin dikey bir ilişkinin sonucu ve marka içi rekabetle ilgili etkisinin azlığı, fiyat seviyesine etkisinin olmadığı gibi konular aşağıda Genel Savunma Temalarının Değerlendirilmesi başlıklı K.3. bölümünde değerlendirmeye alınacaktır.

K.3. Genel Savunma Temalarının Değerlendirilmesi

K.3.1. Linde ile Yalızlar ve Orsez arasındaki ilişkinin dikey (marka-içi) bir ilişki olması

- (98) Tarafların yazılı savunmalarında Linde ile Yalızlar ve Orsez arasındaki ilişkinin dikey nitelikte olduğu ifade edilmektedir. Savunmaya göre endüstriyel gazların üretilmesinden son kullanıcıya ulaşmasına kadar geçen tedarik zinciri aşamaları şu şekildedir: Üretim - Dolum - Depolama - Dağıtım. Linde, endüstriyel gaz pazarında yukarıda belirtilen süreçlerin tamamında faaliyet gösteren, dikey-bütünleşik bir teşebbüstür. Bu kapsamda, Linde tarafından hava ayrıştırma ünitelerinde ayrıştırılarak elde edilen endüstriyel gazlar (argon, karbondioksit, azot, oksijen, karışım gazları, özel gazlar vs) sıvı olarak ya da gaz halinde tüplere doldurularak

piyasaya sunulmaktadır. Yalızlar ve Orsez ise, pazarda üretim dışındaki aşamalarda faaliyet gösteren yeniden satıcılardır. Yalızlar ve Orsez, genellikle Linde gibi ana faaliyet alanı endüstriyel gaz üretimi ve satışı olan teşebbüslerden gaz almakta ve daha sonra söz konusu dökme gazı doğrudan ya da tüplere doldurarak yeniden satmaktadırlar.

- (99) Yalızlar ile Orsez, Linde'nin üretim seviyesinde rakibi olmayıp söz konusu teşebbüsler, yeniden satış amacıyla gaz ihtiyaçlarını münhasır olmamak kaydıyla Linde'den temin etmektedirler. Bu amaçla Linde, Orsez ve Yalızlar ile ayrı ayrı Münhasır Olmayan Müşteri Sözleşmeleri imzalamıştır. İlgili sözleşmelerde taraflar karşılıklı olarak belirli tonajlarda alım ve satım taahhütleri altına girmektedir.
- (100) Yalızlar'ın Linde satışları içindeki toplam miktarının 2011'de (.....)TL ile %(.....) 'in altında olduğu belirtilmektedir. Aynı şekilde Orsez'in Linde satışları içindeki toplam miktarı 2011'de (.....)TL %(.....) tutarında olmuştur. Dolayısıyla bu iki teşebbüsün Linde toplam satışları içerisindeki payı, 2011 yılı itibarıyla yaklaşık %(.....) oranında gerçekleşmiştir. Bu çerçevede savunmada Linde'nin yaklaşık olarak %(.....) aralığında pazar payına sahip olduğu dikkate alındığında, Yalızlar ve Orsez ile yapıldığı iddia edilen anlaşmanın bir an için onların tüm müşterilerini kapsadığı kabul edilse bile, basit bir yaklaşımla, bu anlaşmanın toplam Türkiye endüstriyel gaz pazarındaki etkisinin en fazla %(.....) seviyelerinde olduğu, bu nedenle Linde açısından Yalızlar ve Orsez ile bir kartel ilişkisi içine girmenin ekonomik açıdan rasyonel olmayacağı ileri sürülmektedir.
- (101) Linde; 200/2 sayılı Tebliğ uyarınca, münhasır dağıtım sistemini benimseyerek, kanallarının birbirlerinin münhasır müşterilerine aktif satışlarını yasaklama hakkı mevcut olmasına rağmen, rakamlarla ortaya koyulduğu üzere, uygulamada kimsenin müşterilerine karışılmadığını, ihlal şüphesi uyandıran yazışmaları gerçekleştirmesinin tek sebebinin dağıtım kanalları arasındaki dengeyi koruma amacı olduğunu, yerinde incelemelerde elde edilen ve aktif veya pasif satış yasağı olarak nitelenen yazışmaların Linde'nin farklı profillerdeki dağıtım kanallarına yönelik satış fiyatlarındaki farklılık sebebiyle gerçekleşmiş olduğunu ve müşterilerin alternatif tedarik kaynaklarının sınırlandırılması gibi bir amaç taşınmadığını savunmaktadır. Yine Linde, fiyat üzerinde herhangi bir etki doğmadığını öne sürmektedir.
- (102) Tarafların savunmalarından ve dosya içeriğinden Linde ile Yalızlar ve Orsez arasındaki ilişkinin dikey nitelikte bir ilişki olduğu anlaşılmaktadır. Mevcut durumda ihlal tespiti sadece dikey ilişki çerçevesinde ele alınmıştır. Yazılı deliller ortada iken, bu dikey ilişki çerçevesinde yeniden satıcı konumundaki Yalız ve Orsez'e yapılan satışların Linde satışları içindeki ya da Türkiye toplam tüketimi içindeki payına bakılarak ihlalin olmadığı tespitine ulaşmak mümkün gözükmemektedir. Yine fiyat üzerinde etki doğurmamış olması da ihlal tespiti bakımından önem arz etmemektedir. Öte yandan, söz konusu uygulamalar başlangıçta münhasır bir müşteri grubu tahsis edilmeksizin dağıtım aşamasında aktif ve pasif satışların kısıtlanmasına yönelik olduğundan dağıtım ağı etkinliği şeklindeki savunmanın da kabul edilmesi mümkün değildir.

K.3.2. Taraflar arasındaki yazışmaların konusunun yalnızca "Linde" markası oluşu

- (103) Orsez tarafından yapılan yazılı savunmada soruşturmaya konu olan ürünlerin tamamen Linde çıkışlı olduğu, dolayısıyla aynı ürünlerin çeşitli kanallardan

dağıtımının esas konu olduğu ve başka bir teşebbüse ait gaz emtiasının konu dışı kaldığı açıklamaları yapmıştır.

(104) Yine Linde tarafından gönderilen ek bilgilerde, getirilen kısıtlamaların marka-içi rekabete ilişkin olduğu belirtilmektedir. Bunun iki göstergesi olduğu; birincisinin piyasada Yalızlar ve Orsez'in "Linde bayisi" olarak tanınmaları ve ikincisinin de müşterilerin ürünleri alırken içlerindeki karışımları sorgulayarak ve dolayısıyla bilerek alım yapmaları olduğu ifade edilmektedir.

(105) Mevcut dosya çerçevesinde, soruşturmaya konu ürünlerin Linde markalı olduğu kabul edilmektedir. Ancak bu durum müşteri kısıtlamalarının 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında bir ihlal olduğu ve bu ihlalin aynı Kanunun 5. maddesi kapsamında muafiyetten yararlanamayacağı gerçeğini değiştirmemektedir.

K.3.3. Soruşturmaya konu eylemlerin olumsuz etki potansiyelinin Türkiye pazarının %(.....) 'ünü geçmemesi; 2008-2011 döneminde gerek marka-içi gerekse markalar-arası rekabet dolayısıyla fiyatların düşmesi

(106) Linde tarafından yapılan yazılı savunmada; Linde ile Yalızlar ve Orsez arasında geçen yazışmalar sonucunda iddia edildiği gibi fiyatlarda yükselme (ya da düşmenin engellenmesi) etkisinin doğmasının mümkün olmadığı, zira Linde, Yalızlar ve Orsez'in teklif yapabileceği müşterilerin toplamının Türkiye pazarının %(.....)'üne karşılık geldiği ifade edilmektedir.

(107) Ayrıca, Linde ile Yalızlar ve Orsez arasındaki ticari ilişkinin ağırlığını oluşturan gazlar bakımından, anılan dönem içerisinde Linde'nin doğrudan son kullanıcılara ve kanallara satış rakamları incelendiğinde, fiyatların genel olarak düşme eğiliminde olduğu belirtilmiştir.

(108) Linde tarafından yapılan yazılı savunmada; fiyatlardaki artışlar ayrıca elektrik, mazot ve enflasyonu da içeren belli bir formüle göre hesaplanan "beklenen fiyat artışı" ile karşılaştırılmış ve yapılan fiyat artışlarının bu parametrelerde yaşanan artışları takip etmediği belirtilmiştir. Dolayısıyla, soruşturma bildiriminde yer alan müşteriler özelinde de fiyatların yükselmediği ve dolayısıyla piyasada rekabete aykırı etkiler doğmadığı savunulmaktadır.

(109) Linde, % (.....) tahmini pazar payı ile piyasada % (.....) civarında pazar payı olan (.....) ve onun haricinde Messer Ali ve Air Liquid gibi uluslararası rakiplerle yarışmakta olduğunu ve böyle bir pazar yapısı içerisinde marka içi rekabeti kısıtlamak amacıyla hareket edilmesinin markalar-arası rekabeti kısıtlama gibi sonuç doğuramayacağını ifade etmektedir.

(110) Öncelikle, her ne kadar soruşturma konusu kısıtlamaların Türkiye pazarına etkisi düşük olsa da Yalız ve Orsez bölgesel olarak oldukça etkin bir konumda olan ve münhasır bayi ağının dışında faaliyet göstererek rekabetçi yapının gelişmesine katkıda bulunan teşebbüslerdir. Nitekim Belge 26'da bu husus Linde Satış Yöneticisi tarafından şu şekilde ortaya konmaktadır: "...Satış Yöneticisi olarak şahsi düşüncem Orsez ile Bursa Bölgesinde rekabet etmek firmamıza zarar verecektir. Bu nedenle orta bir yol bulup yeni dönemde de firmayla çalışmaya devam edebilmeliyiz. Özellikle gerek dağıtım ve ticari esneklikleri gerekse Bursa pazarında (.....) ve Linde'den dahi daha iyi pazar bilinirlikleri olması başta bölgemizdeki Satış Ortağımıza olası bir rekabette ciddi anlamda zarar verebilir..." Öte yandan Belgelerde açıkça marka içi rekabeti kısıtlamaya yönelik ifadeler yer almaktadır.

(111) Yapılan ihlal tespitinin fiyat hareketlerine dayanarak değil, doğrudan teşebbüsler arası yazışmalardan elde edildiği dikkate alındığında, fiyat hareketlerinin gerekçe gösterilerek eylemin rekabeti kısıtlayıcı bir etkisinin olmadığı ve dolayısıyla bir ihlalden bahsedilemeyeceği savunması da kabul edilir nitelikte değildir. Kaldı ki bu savunma rekabet hukukunun temeli olan amaç etki doktrini ile de çatışmaktadır.

K.3.4. Yazışmaların yapıldığı tarihlerde birçok müşteri geçişinin yaşanması

(112) Savunmalarda, son 3 yıl içerisinde Linde ile Yalızlar arasında ve Linde ile Orsez arasında yaşanan müşteri geçişlerine yer verilmiş ve buna dayanılarak taraflar arasında müşteri geçişlerine engel olduğu iddialarına karşı çıkmıştır.

(113) İhlal tespitine temel teşkil eden husus taraflar arasında herhangi bir geçişin olmaması değil, bu geçişlerin engellenmesine yönelik anlaşmalardır. Söz konusu geçişlerin ve rekabetçi fiyat tekliflerinin oluşturduğu rahatsızlık Belgelerin genelinde açık bir şekilde ortadadır. Başka bir ifadeyle, müşteri geçişleri rekabeti kısıtlayıcı dikey kısıtlamaların bulunmadığının bir göstergesi değil, ancak Linde'de oluşturduğu rahatsızlıktan ötürü rekabeti kısıtlayıcı dikey anlaşmanın sebebi olarak ortaya çıkmaktadır.

K.3.5. Linde bünyesinde bir "Rekabet Uyum Programı"nın başlatılmış olması

(114) Linde tarafından yapılan yazılı savunmada; Kuruma yapılan ihbarların aynı tarihlerde Linde'ye de sunulduğu, bu ihbar mektuplarının hemen akabinde Linde tarafından bir rekabet uyum programı başlatıldığı, bu kapsamda teşebbüste birçok denetim ve eğitim faaliyeti gerçekleştirildiği, çalışanlar için başucu kılavuzları ile internet üzerinden eğitim yazılımları geliştirildiği belirtilmiştir. Ayrıca Linde tarafından şikâyet mektuplarının alınması ile her ihtimale karşı şikâyet edilen eylemlerin derhal sonlandırıldığı, soruşturma bildirim yazısının ekinde yer alan belgelerin tamamının şikâyet mektuplarından önceki tarihlere ait olduğu belirtilmektedir. Bunların yanında, soruşturma açıldığına dair yazının Linde'ye faks ile bildirilmesinin ardından, henüz daha resmi tebligat dahi yapılmadan, tüm satış kanalları ve şirket çalışanlarına bundan sonra gerek marka-içi gerekse markalar-arası rekabete en yüksek düzeyde özen gösterilmesinin talep edildiği ve bu kapsamda değerlendirilebilecek tüm faaliyetlerin derhal durdurulması gerektiğine dair bir mektup gönderildiği belirtilmiştir.

(115) Teşebbüslerin rekabet hukukuna uyum amacıyla yaptıkları çalışmalar Rekabet Kurumu tarafından olumlu karşılanmakla birlikte, belirtilen hususun temel para cezasının düşük belirlenmesinde yahut hafifletici bir unsur olarak dikkate alınamayacağı değerlendirilmiştir.

L. SONUÇ

(116) 09.08.2012 tarih, 12-41/1174-M sayılı Kurul kararı uyarınca yürütülen soruşturma ile ilgili olarak düzenlenen Rapor'a ve Ek Görüş'e, toplanan delillere, yazılı savunmalara, sözlü savunma toplantısında yapılan açıklamalara ve incelenen dosya kapsamına göre;

1.Linde Gaz A.Ş. tarafından, ürünlerinin yeniden satışı konusunda Orsez Sınai Tıbbi Gazlar ve Kimyevi Maddeler Tic. ve San. Ltd. Şti. ve Yalızlar Sınai ve Tıbbi Gazlar Teknik Hırdavat Makine San. ve Tic. A.Ş.'ye getirilen kısıtlamalar yoluyla 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlal edildiğine Kurul Üyesi Reşit GÜRPINAR'ın farklı gerekçesi ve OYBİRLİĞİ ile,

2.Söz konusu uygulamalara 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi uyarınca muafiyet tanınamayacağına OYBİRLİĞİ ile,

13-49/710-297

3.Bu nedenle, Kanun'un 16. maddesi ile "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi, ikinci fıkrası, üçüncü fıkrasının (a) bendi ve 7. maddesinin birinci fıkrası hükümleri uyarınca;

2012 mali yılı sonunda oluşan ve Kurul tarafından belirlenen yıllık gayri safi gelirlerinin takdiren % 0,375 oranında olmak üzere

- Linde Gaz A.Ş.'ye 594.641,26 TL

idari para cezası verilmesine Kurul Üyesi Reşit GÜRPINAR'ın farklı gerekçesi ve OYBİRLİĞİ ile,

4.Orsez Sınai Tıbbi Gazlar ve Kimyevi Maddeler Tic. ve San. Ltd. Şti. ve Yalızlar Sınai ve Tıbbi Gazlar Teknik Hırdavat Makine San. ve Tic. A.Ş.'ye idari para cezası verilmesine yer olmadığına OYBİRLİĞİ ile

Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açık olmak üzere karar verilmiştir.

Rekabet Kurulu'nun 29.08.2013 Tarih ve 13-49/710-297 Sayılı Kararına

FARKLI GEREKÇE

Kurulumuz mezkur Kararıyla, 4054 Sayılı Kanun'un 16. maddesinin 3.fıkrası ile "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in, 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ve ikinci fıkrası, üçüncü fıkrasının (a) bendi ve 7.maddesinin birinci fıkrası hükümleri uyarınca 2012 mali yılı sonunda oluşan ve Kurul tarafından belirlenen yıllık gayri safi gelirlerinin takdiren % 0,375 oranında olmak üzere; Linde Gaz A.Ş hakkında 594.641,26 TL idari para cezası verilmesine karar vermiş

bulunmaktadır. Anılan bu idari para cezası belirlenirken, 4054 sayılı yasanın 16.maddesi ile birlikte, yukarıda belirtilen Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmeliğin ilgili hükümlerinin uygulanarak temel para cezaları baz alınarak ceza verilmiş olup, anılan yönetmeliğin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna aykırı olduğu inancıyla, aşağıda belirteceğim nedenlerle kararın ceza oran ve miktarlarını belirleyen maddesine farklı gerekçe ile katılıyorum.

Farklı gerekçemiz, “Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik’in 5.maddesi ile getirilen kabahat tipleri ve bu kabahat tiplerine verilecek idari para cezalarına alt ve üst sınır konulması suretiyle kanuna aykırı yönetmelik hükümlerinin uygulanması noktalarından doğmaktadır.

Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin yönetmelik 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna aykırıdır.

Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik’in; “Temel Para Cezası” başlığı altındaki 5.maddesinde;

(1)Temel para cezası hesaplanırken, Kanunun 4 üncü ve 6 ncı maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin, nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin;

a) Karteller için, yüzde ikisi ile yüzde dördü,

b) Diğer ihlaller için, binde beşi ile yüzde üçü,

arasında bir oran esas alınır.

(2) Birinci fıkrada yazılı oranların belirlenmesinde, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlal neticesinde gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususlar dikkate alınır.

(3) Birinci fıkraya göre belirlenen para cezası miktarı;

a) Bir yıldan uzun, beş yıldan kısa süren ihlallerde yarısı oranında,

b) Beş yıldan uzun süren ihlallerde bir katı oranında,

arttırılır.” denilmiş, yine 6.maddesinde Ağırlaştırıcı Unsurlar ve 7.maddesinde de hafifletici Unsurlar ayrı ayrı sayılmıştır.

Aşağıda geniş olarak açıklanacağı üzere Yasa Koyucu 16.maddeye göre verilecek cezalarda; alt sınır getirmeyip, sadece üst sınırı belirleyerek cezaların yüzde on (%10) a kadar verileceğini hükmüne bağlamasına ve Rekabet Kurulu’na aşağıda geniş olarak açıklayacağımız gibi, yetki aşımı nedeniyle yönetmelikle düzenlenmesi mümkün olmayan bir konuda, yönetmelikle düzenleme yapılarak belli suçlar için, belirli cezalar getirilmiş, yine yönetmelikte, Kanunda olmayan bir kural konularak alt sınır ve yasada öngörülmemiş bir üst sınır belirlenmiş ve karteller için yüzde iki ile dört arası, diğer ihlaller içinse binde beş ile yüzde üçü oranında şeklinde ceza verilmesi öngörülmüştür.

Anayasamızın 13.maddesinde; **“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”** hükmü bulunmakta, Anayasamızın madde 38.maddesinde ise; **“Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.”** hükmü yer almıştır. Bu hükümler kişilere uygulanan maddi yaptırımlarında kapsamına girdiği, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin kısıtlanmasının ancak yasa ile söz konusu olabileceğini, yine yasa hükmü ile belirlenen bir cezadan daha ağır bir cezanın verilemeyeceğini temel kural olarak belirlemiştir. Aşağıda ayrıntılı olarak açıklayacağımız gibi, yukarıda içeriği belirtilen anılan yönetmelik hükmü ile bu hükme aykırı maddi ceza hükümleri getirilerek, anayasal kurallar göz ardı edilmiştir.

Hiyerarşik normlar sistemine dayalı olan hukuk düzenimizde, alt düzeydeki normların dayanaklarını ve yürürlüklerini üst düzeydeki normlardan aldığı kuşkusuzdur. Normlar hiyerarşisinin en üstünde evrensel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunmakta, daha sonra gelen kanunlar dayanağını ve yürürlüğünü Anayasa’dan, tüzükler dayanağını ve yürürlüğünü kanundan, yönetmelikler ise dayanağını ve yürürlüğünü kanun ve tüzükten almaktadır. Bir normun kendisinden daha üst konumda bulunan ve dayanağını teşkil eden bir norma aykırı ve bunu değiştirici veya ihmal edici nitelikte bir hükmü hukuk düzenine getirmesi olanaklı bulunmamaktadır.

Hukuk devletinde yönetimin işlem ve eylemlerine uygulanacak hukuki kurallarının şeffaf ve anlaşılabilir bir şekilde belirlenmesi kadar söz konusu normların normlar hiyerarşisine uygunluğu da, bu kuralların sağlığı için büyük bir önem taşımaktadır. Normlar hiyerarşisine aykırı düzenlenen bir norm, denetim aşamasını da etkilemekte ve denetime esas kararlarda çoğu zaman normlar hiyerarşisinden sapmalar hukuka aykırılık nedeni olarak kabul edilmektedir. Bu konuda onlarca Danıştay kararı bulunmaktadır.⁽³⁾

Bu nedenlerle, hukuk sistemimizde öngörülen hukuk hiyerarşisi kavramının sağlıklı işleyebilmesi için; gerek düzenleme yapımcıların, uygulayıcıların ve gerekse, yargısal denetimi yapan mercilerin anayasal ve yasal sınırlar içerisinde hareket etmeleri gerekli ve hatta zorunludur. Çünkü bu gereklilik ve zorunluluk Anayasa’mızın 2.maddesinde öngörülen devletin temel niteliklerinden en önemlisi olan “hukuk devleti ilkesinin” olmazsa olmazlarındandır.

Yasama yetkisi asli bir yetkidir. Yasama yetkisinin kullanımı şeklinde ortaya çıkan yasa yapımı yasa koyucunun istediği alanda düzenleme yapmasına cevaz vermektedir. Bir konu Anayasa da düzenlenmese bile yasa koyucu bu konuda yasa çıkarabilir. Bu nedenle Anayasa’ya dayanma zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak, yasa yapılırken uyacağı mutlak kural, yapılan yasanın Anayasa’ya aykırı

³ Danıştay İ.D.D.K 16.06.2005 gün ve E.2003/275 K.2005/2170 Sayılı Kararı

Danıştay 8.Dairesi 07.03.2007 gün ve E.2005/6261, K.2007/1246 Sayılı Kararı

Danıştay 10.Dairesi 16.03.2009 gün ve E.2006/5588, K.2009/1879 Sayılı Kararı

olmamasıdır. Buna karşılık idare, daha önce yasama organı tarafından yasa ile düzenlenmemiş bir alanda doğrudan doğruya bir düzenleme yapamaz. Bu nedenle idarenin bu düzenleme yetkisi yasadan kaynaklanan, yasayı izleyen (secundum legem) bir yetkidir. Başka bir deyişle idarenin tüm düzenleyici işlemleri yasaya dayanmak, yasayla düzenlenmiş bir alan içerisinde olmak zorunda olan, onun altında ve ona bağımlı bir yetkidir. Bu yetki idareye bir anlamda tam inisiyatif vermeyen ve yasayla düzenlenmiş alanla sınırlı bir yetkidir.

Öte yandan, idarenin düzenleyici işlemler yönünden uyacağı bir diğer kural yasalara aykırı düzenleme yapamayacağıdır. İdarenin düzenleyici işlemlerinin dayandığı yasaya uygun olması ve bu yasanın çizdiği sınırların dışına çıkmaması zorunludur. İdarenin düzenleyici işlemlerinin yasaya aykırı (contra legem) olması olanaklı değildir. İdarenin düzenleyici işlemlerinin yasaya uygun olması, ve yasanın çizdiği sınırlar içerisinde kalması (intra legem) düzenleyici işlemlerin asli şartlarının en önemlilerinden birisidir.⁽⁴⁾

Anayasa'mızın "Yönetmelikler" başlığı altındaki 124. maddesinde; Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerinin, kendi görev alanlarını ilgilendiren **kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla**, yönetmelikler çıkarabileceği ve hangi yönetmeliklerin Resmî Gazetede yayımlanacağını kanunda belirtileceği Anayasa Koyucu tarafından vaz edilmiştir.

Yönetmelikler, Kamu Kuruluşlarının kendi görev alanlarına giren konularda yasa ve tüzük uygulanmasına yönelik yönetsel anlamdaki hukuk kurallarıdır. Yukarıda hükmü alınan Anayasanın 124.maddesine göre Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu kuruluşları görev alanları ile ilgili yasa ve tüzüklerin uygulanmasını belirleyen yönetmelik çıkarabilir. Anayasa'mızın 11.maddesinin 2.fıkrasına göre Kanunlar Anayasa'ya aykırı olmayacaktır, bu kuraldan hareketle hukukun genel ilkelerine göre; yönetmelikler normlar hiyerarşisi kurallarının bir tekrarı niteliğinde olan anılan 124.madde hükmüne göre de yasa ve tüzüklere aykırı olamayacağı gibi üst hukuk kurallarına da aykırı olamaz. **Yönetmelikler yasanın açıkça yetki vermediği bir konuda yeni bir düzenleme yapamayacağı gibi, Yasa ile öngörülen kuralı sınırlayamaz, genişletemez, ihmal edemez ve yeni bir hüküm koyamaz.**

4054 Sayılı "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16.maddesinin 3.fıkrasında; "Bu Kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir." hükmü getirilmiş, 5.fıkrasında da; "Kurul, üçüncü fıkraya göre idarî para cezasına karar verirken, **30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 17 nci maddesinin ikinci fıkrası bağlamında, ihlalin tekerrürü, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlalin**

⁴ Kemal Gözler , "Yönetmelikler" www.anayasa.gen.tr/yonetmelik.htm erişim tarihi 14.07.2013

gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususları dikkate alır.” denilmiş, son fıkrasında da; “Bu maddeye göre verilecek **idarî para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususlar**, işbirliği halinde para cezasından bağımsızlık veya indirim şartları, işbirliğine ilişkin usul ve esaslar **Kurulca çıkarılacak yönetmeliklerle belirlenir.**” hükmü ihdas edilmiştir.

Yukarıda hükmü açıklanan 16.maddenin 5.fıkrasının yollamada bulunduğu, Kabahatler Kanununun 17.maddesinin 2.fıkrasında ise; “ **İdarî para cezası, kanunda alt ve üst sınırı gösterilmek suretiyle de belirlenebilir. Bu durumda, idarî para cezasının miktarı belirlenirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikte göz önünde bulundurulur.**” hükmü bulunmaktadır.

Bu hükümleri yorumlamaya çalışırsak; Yasa Koyucu, maddenin 3.fıkrası ile verilecek cezalarda alt sınır (asgari had) koymayıp, sadece üst sınırı (azami haddi) belirleyerek, cezaların nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar verilebileceğini hükme bağlamış, son fıkrasında ise sadece “**cezanın tespitinde dikkate alınan hususlar**” kavramını getirerek, Rekabet Kurulu’na sadece cezanın tespitinde dikkate alınacak hususların belirlenmesine ilişkin yönetmelik çıkarma konusunda sınırlı yetki vermiştir. Cezanın tespitinde dikkate alınacak hususlar derken yasa koyucu neyi kastetmektedir? Burada kastedilen hangi fiillere, ne miktarda ceza vereceğini tespit et demek anlamında değil, 16.madde ile verilen ceza sınırları içerisinde (% 10 ‘a kadar) ceza takdir ederken hangi unsurlara göre veya hangi şartların varlığı halinde cezayı ağırlaştıracağını veya hafifleteceğini, bir başka deyişle yasada öngörülen sınırlar içerisinde ceza tayin ederken, takdir yetkisini kullanma adına hangi unsurları dikkate alarak ceza tesis edeceğini anlamındadır.

Bir başka deyişle, yasa koyucu Yasa Koyucu Rekabet Kuruluna Yönetmelik yaparken kabahat tipleri ve bu kabahat tiplerine verilecek ceza miktarlarını ceza miktarlarını tespit etmesi doğrultusunda bir yetki vermemiş, Kurul takdir yetkisini kullanarak ceza konusunda karar verirken, % 10’a kadar sınırı içerisinde, ceza miktarını belirlemede etken olacak unsurların belirlenmesi konusunda yetki vermiştir. 16.maddede geçen “**tespit**” kavramı ile kastedilen kabahat tipleri ile bu kabahatlerin saptanması değil verilecek sonuç ceza miktarının saptanmasını işaret eden bir tespit yetkisidir. Çünkü, Yasa koyucu Rekabet Kurulu’na, Yönetmelik yaparken hangi fiillere ne oranda ceza verileceğini tespit etme yolunda bir yetki verseydi o zaman yasaya; “**Bu maddeye göre verilecek idarî para cezalarının tespiti ve maddeye göre verilecek idarî para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususlar**” kavramını ayrı ayrı yazarak birlikte getirirdi.

Yasa koyucu bu görüşümüzü teyit eder mahiyette olmak üzere, anılan 16.maddenin 5.fıkrasında, verilecek cezanın üst sınıra kadar olmak koşuluyla Kurulca tespit edilirken, bir başka deyişle Rekabet Kurulu takdir yetkisini kullanırken **ihlalin tekerrürü, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlalin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup**

uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususları dikkate alacağını işaret ederek Yönetmelik koyucuya, “idarî para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususlar”ın nelerden ibaret olabileceğini söylemiş ve adeta bir anlamda Rekabet Kuruluna yol göstermiştir. Hatta bir adım daha giderek “GİBİ HUSUSLAR” kavramını getirerek bu hususların tahdidi değil tadadı olduğunu, bu unsurların çoğaltılabileceğini belirtmiştir. Yasa koyucu bu yolla, son fıkrada belirtilen idarî para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususlar kavramının kapsamının ne olduğunu 5.fıkra ile önceden açıklamış ve bu kavramı son fıkrada yine tekrar ederek, bu ilkelere göre yönetmelik çıkarılabileceğini söyleyerek, Rekabet Kurulunun çıkaracağı yönetmeliğin sınırlarını çizmiştir.

Amaçsal yorum (gai yorum) ilkelerinden hareketle yasa koyucunun gerçek amacını anlamaya çalışırsak, bizce yasa koyucu, yollamada bulunduğu, yukarıda hükmü açıklanan Kabahatler Kanununun 17 nci maddesinin ikinci fıkrası hükmünün ceza verilirken öncelikle dikkate alınacağını belirterek, bu hükümde yer alan kanunlarca alt ve üst sınırı belirlenen idari para cezalarında kullanılacak takdir yetkisinin etkenlerini (unsurlarını) hatırlatarak ve adeta yönetmelik koyucuya da, bu şekilde yasalarda cezaların alt ve üst sınırı belirlenebilir, sen yönetmelikle alt ve üst sınır koyamazsın, sadece bu sınırlar içerisinde karar verirken bazı unsurları dikkate alınabileceği hususlarını düzenleyebilirsin anlamında yol göstermiştir.

Olayımızda 4054 sayılı yasanın 16.maddesi ile konulan kural, anılan yönetmelikle bir anlamda değiştirilmekte ve Kurulun hareket alanı daraltılmaktadır. Yasa ile getirilmeyen ve Yönetmelik Koyucuya ceza miktarlarını ve ceza sınırlarını saptama konusunda verilmiş bir yetki olmamasına rağmen, belirli suçlara verilecek cezaların saptanması, para cezasına yeni bir alt sınır ve yeni bir üst sınır konulması 4054 sayılı yasanın 16.maddesine aykırıdır. Öte yandan, Yönetmeliğin 5/1-a bendinde; karteller için yüzde ikisi ile yüzde dördü, (b) bendinde; karteller dışında kalan diğer ihlaller için, binde beşi ile yüzde üçü oranında bir ceza öngörülmesi, Yasanın 16/son maddesinde Kurulca çıkarılması için verilen yönetmelik yetkisi kapsamını ve sınırlarını aşmaktadır. Onu contra legem hale getirmektedir. Zira yönetmelik ile temel ceza tespiti mümkün değildir. Bu nedenle yasaya aykırı bulunan Yönetmelik hükümlerine göre ceza belirlenmesinin olanaklı olmadığı, hukuken sakat olduğu açıktır. Öte yandan bu karşı oy sahibinin 4054 sayılı yasa ile kendisine verilmiş bulunan yüzde on sınırları içerisinde kalmak kaydıyla, ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurları dikkate alarak ceza miktarını tespit etme yolundaki takdir yetkisi, daha önce görev yapan ve aynı seviyede olan üyelerin çıkardığı bir düzenleme ile ipotek altına alınmakta, adeta onların düşünce ve kararlarını devam ettirme zorunluluğu gibi ve yasaya dayalı olarak özgürce karar vermesini engelleyecek şekilde asla kabulü mümkün olmayan, hukukla bağdaşmayacak bir durum ortaya çıkarmaktadır. Bu durumun kabulü asla mümkün değildir.

Bu görüşe karşı bir sav getirilebilir. “Yönetmelik Danıştay’ca iptal edilmediğine göre hukuken geçerlidir ve zaten verilen cezada yönetmeliğin 6. ve 7. maddeleri uygulanarak sonuç olarak cezanın, yasanın öngördüğü alt ve üst sınırlara ulaşmaktadır.” Hukukun genel ilkeleri, hafifletici ve ağırlaştırıcı unsurların bulunmadığı olayda Rekabet Kurulu’nun anılan yönetmeliğe göre alt ve üst sınır belirleme yönünden bağlı olması karşısında bu savın bir geçerliliği olamaz.

Öte yandan 2577 sayılı İ.Y.U.K nun 7.maddesinin 4.fıkrasında; Düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olması, bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olamayacağı hükmü karşısında, açık olarak hukuka aykırı olduğuna inandığımız yönetmelik hükmünün tarafımızdan da uygulanmasının zorunlu olmadığına inanıyoruz. Bu hükmü göre, Kurul’umuzca tesis edilen kararın İdare Mahkemesi ve Danıştay’ca yapılacak olası bir yargısal denetiminde de dikkate alınacağı kanısındayız.

26.9.2004 gün ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun “Suçta ve cezada kanunilik ilkesi” başlığı altındaki 2.maddesinde; “Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.

İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.

Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.” hükmü getirilmiştir.

Yine 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun “Kanunilik İlkesi” başlıklı 4.maddesinde; “Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçevede hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir.

Kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenebilir.” hükmü bulunmaktadır.

Kabahatler kanununun anılan maddesinin, gerekçesinde; suçta kanunilik ilkesine nazaran, kabahatler açısından daha esnek bir sistem kabul edilmiştir. Buna karşılık, ikinci fıkrada, idari yaptırımlar açısından, cezada kanunilik ilkesine paralel bir hükme yer verilmiştir.....denilmiştir⁽⁵⁾, idari ceza hukuku ile ceza hukuku arasındaki kanunilik ilkesindeki ayırım gösterilmiştir. Ancak her iki hukuktaki kanunilik ilkesinin değişmez ana kuralı ceza hukukunda suç ile cezanın, idari ceza hukukunda yaptırımın türü, süresi ve miktarının kanunla belirleneceği kuralıdır. Ayrıca, Anayasamıza göre yasama görevi, devredilmesi mümkün olmayan bir yetkidir. Bireyin maddî ve manevî varlığı üzerinde derin etkiler doğuran suç ve cezaların, ancak ulusal iradeyi temsil eden organ tarafından yapılacak kanunla düzenlenebilmesi, kişi hak ve özgürlüklerine sağlanan en önemli anayasal güvencelerden birini oluşturur.

Rekabet Kurulu, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik’in; 5.maddesi ile Türk Ceza Kanunu’nun 2.maddesinin 2.fıkrasına ve Kabahatler Kanunu’nun 4.maddesinin 2.fıkrasına aykırı olarak 4054 sayılı yasa ile yüzde ona kadar idari para cezası verilebilmesi hükmünü daraltarak ve bir anlamda sınırlayarak, belli kabahatlere, belli ceza oranları belirleyerek adeta kendisini Yasa

⁵ Kabahatler Kanunu Hükümet Tasarısı ve Adalet Komisyonu madde gerekçesi

Koyucu yerine koymuştur. Bu hukuk devletinde asla kabulü mümkün olmayan idari bir davranıştır.

Yönetmelikle, Yasada Bulunmayan Kartel adlı Bir Kabahat Tipi Yaratılmıştır.

Rekabet Hukuku öğretisinde bulunan ancak, 4054 sayılı Yasada terim veya tanım olarak düzenlenmeyen 'kartel' kabahati yaratılmış ve bu kabahat türü için ayrı ve öğretideki anlamı doğrultusunda daha yüksek bir ceza oranı öngörülmüştür. Oysa, 4054 sayılı yasanın 4.maddesinde öngörülen rekabete aykırı kabahatler rekabeti sınırlayıcı, anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar başlığı altındaki fiillerdir. Öğretide açıklanan kartel olarak nitelendirilen kabahat te bu kapsama girmekte ve Rekabet Öğretisinde ağır bir rekabet ihlali olarak kabul edilmektedir. Rekabet Kurulunun, yukarıda belirtilen 4.maddede kapsamına giren öğretideki anlamda kartel kabahatini niteliklerini taşıyan bir eylem veya davranışla karşılaştığında yapacağı, Yönetmelikle böyle bir kabahat tipi yaratmak değil, verilen yetki doğrultusunda cezanın tespitinde dikkate alınacak hususları dikkate alarak ceza miktarını daha yüksek belirlemesidir. Başka bir deyişle 4.maddede öngörülen fiiller arasındaki ayrım Yönetmelikle kabahat tipi yaratılarak değil, cezayı ağırlaştıran veya hafifleten nedenlerle yapılabilecek ve saptanacak ceza oranları ile yapılabilecek bir husustur. Bu kabahat tipi yaratma ve bu kabahat tipine ceza oranı belirlenmesi yukarıda belirttiğim gerekçelerle hukuka açıkça aykırıdır. Kartel kavramı ile ilgili olarak hukukumuzda geçen tek hüküm Anayasa'mızın 167.maddesinde bulunmakta olup, bu maddede, "*Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.*" denilmiştir. 4054 sayılı yasada kartel kabahatine ilişkin hiçbir hüküm bulunmaması nedeniyle, bu kabahat tipinin yaratılmasına anılan Anayasa hükmü gerekçe teşkil edemez.

Öte yandan, yukarıda belirtilenlerin dışında anılan Yönetmeliğin hukukun genel ilkelerine ve Kanuna aykırılıkları bulunmaktadır. Türk hukukunda, 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte para cezası kalmamıştır. Adli ve İdari Para cezası kavramları hukukumuzda girmiştir. Rekabet Kurulunun verdiği para cezası aslında "İdari Para Cezası"dır. Bu nedenle yönetmelikte geçen para cezası kavramı Türk Ceza Kanununa ve Kabahatler Kanununa aykırıdır.

Yönetmeliğin Yasaya Aykırı Hükümlerinin Açılacak Olası Bir Davada İptal Edilebileceği Kanısını Taşıyoruz.

İdare hukuku kurallarına göre Yönetmelik gibi düzenleyici işlemlere karşı iptal davaları iki halde açılabilir. Yönetmeliklerin yayımlanması üzerine ilgililer tarafından yasal süre içerisinde iptali için dava açılabilir gibi, bu düzenlemenin bir idari işleme dayanak olarak alınıp uygulanması ile menfaatleri haleldar olan kişiler tarafından da işlemle birlikte, yönetmeliğin ilgili hükümlerinin de iptali yolunda işlemin tabi olduğu dava açma süresi dava açılabilirliği bilinmektedir. Bu nedenlerle ve yukarıda açıklamaya çalıştığım gerekçelerle, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in; 4054 sayılı yasaya aykırı bulunan ilgili hükümlerinin iptal davasına konu olması halinde iptal edilebileceği kanısını taşımaktayım.

4054 Sayılı Kanunun 16.Maddesinin İrdelenmesi, Anayasa'ya Aykırılık Sorunu ve Maddenin Yeniden Düzenlenmesi Gereği.

Yukarıda geniş olarak hükmünü açıkladığımız 4054 Sayılı “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 16.maddesinin 3.fıkrasında; “Bu Kanunun 4, 6 ve 7nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin **yüzde onuna kadar idarî para cezası** verilir.” hükmü bulunmaktadır. Bu hükümlerle Yasa Koyucu anılan 4054 sayılı Kanunun 4, 6 ve 7.madde de belirtilen rekabet ihlali olarak nitelendirilen kabahatler hakkında verilecek idari para cezalarında Rekabet Kuruluna geniş bir takdir yetkisi alanı bırakmış ve % 0-10 oranı arasında ceza takdir edebilmesi konusunda yetki vermiştir.

Daha öncede, açıkladığımız gibi, cezanın takdirinde dikkate alınacak hususlar konusunda, anılan yasanın 16/5 fıkrası ile Kabahatler Kanununun 17/2 fıkrasına yaptığı yollamayla birlikte (işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu) ihlalin tekerrürü, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlalin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi kavramları getirmiş, yine yukarıda açıkladığımız, 16/son fıkrası ile “gibi” kavramı ile tadadı olarak bu unsurların çoğaltılması adına “cezanın tespitinde dikkate alınan hususlar” konusunda yönetmelik çıkarma yetkisi vermiştir. Yönetmeliğin çeşitli hükümleri ile, **cezanın ağırlaştırıcı unsurları olarak**; ihlalin süresi, soruşturma kararının tebliğinden sonra kartele devam edilmesi, İncelemeye yardımcı olunmaması hali, diğer teşebbüslerin ihlale zorlanması gibi davranışlar, **cezanın hafifletilmesi unsurları olarak ise**, yasal yükümlülüklerin yerine getirilmesi haricinde incelemeye yardımcı olunması, ihlalde kamu otoritelerinin teşvikinin veya diğer teşebbüslerin zorlamasının bulunması, zarar görenlere gönüllü olarak tazminat ödenmesi, diğer ihlallere son verilmesi, ihlal konusu faaliyetlerin yıllık gayri safi gelirler içerisindeki payının çok düşük olması gibi haller olarak belirlenmiştir.

Sonuç olarak; Rekabet Kurulu rekabet ihlalleri için vereceği nispi idari para cezasını tespit ederken % 0-10 oranı arasında kalmak koşulu ile yukarıda yasa hükmü ile belirtilen ve yine Yönetmelik hükmü ile yasa koyucunun işareti ile çoğaltılan unsurları dikkate alarak takdir yetkisini kullanacaktır.

Hukuk devleti ilkesi, vatandaşların hukuki güvenlik içinde buldukları, devletin fiil ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistemi ifade eder. Hukukî güvenlik ilkesi, herkesin bağlı olacağı hukuk kurallarını önceden bilmesi, tutumunu ve davranışlarını buna göre güvenle düzene sokabilmesi anlamına gelir. Bu güvenliğin sağlanabilmesi her şeyden önce, devletin kendi koyduğu hukuk kurallarına kendisinin de uyması bağlıdır. Hukuk devletinin ön şartlarından biri olan hukuk güvenliği ilkesi ile bireylerin hukuki güvenliğinin sağlanması amaçlanmaktadır.

Hukuk güvenliğinin unsurları, hukuki belirlilik ilkesi, öngörülebilirlik ilkesi, eşitlik ilkesi ve cezaların yasallığı ile hukuksal güvenlik ilkeleridir. Bunun dışında konumuzla doğrudan ilgisi olmayan kazanılmış hak ilkesi ile geriye yürümezlik ilkeleri de Hukuk güvenliğini sağlayan diğer en önemli ilkelerdir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik" dir. Yasal düzenlemelerin nesnel olması, hukuk devletinde yasadan doğan sorumluluğunun eylem ve olgu, hukuksal sonuç, hak süjesi yönlerinden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, belli, anlaşılabilir olması en temel ilkedir. Bu nedenlerledir ki hukuksal güvenliğinin var olduğunun algılandığı otoritenin keyfilikten uzak olduğunun düşünüldüğü ortamda bireyde davranışlarını hukuka uyarlayabilecek ve kendine düşen ödevi yerine sorunsuz getirebilecek kamu düzeni ve hukuk devleti ilkesinin yerleşmesine katkı ile gereksiz uyuşmazlıkların oluşmasının önüne geçilmiş olabilecektir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir.

Hukuki belirlilik ilkesi gereği olarak Yasa Koyucu tarafından getirilen kuralın, kuralın muhatabı kişilerin olağan şartlar altında belirli işlem ve eylemlerin hangi sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini sağlayacak nitelikte düzenlenmesini gerektirir. Bu ilke ile kuralın, muhatap kişi bu kuraldaki takdir yetkisinin kapsamını, kendisi tarafından öngörülemez keyfi tutum ve davranışlardan koruyacak düzeyde açıklıkla anlayacak şekilde düzenlenmelidir. Bir başka deyişle kuralın hukuki öngörülebilirliği olmalıdır.

Yasa ile getirilen kural, Anayasamızın 10.maddesinde belirlenen eşitlik ilkesine uygun olmalıdır. Şöyle ki; alt ve üst sınır arasında idareye bırakılan takdir alanı geniş, sınırsız ve ölçüsüz olmamalı, cezanın belirlenmesinin alt ve üst sınır arasında çok büyük oranda açılmış bir makas şeklinde makul ve ölçülü olmayan şekilde genişliği, uygulamada, yorum ve değerlendirme farklılıklarına dayalı olarak eşitsizliğe, haksızlığa ve keyfiliğe yol açabilecek nitelikte düzenlenmemelidir.

Yasa koyucu, kamu düzeninin korunması amacıyla ceza hukuku alanında hangi eylemlerin suç sayılacağı ve suç sayılan bu eylemlerin hangi tür ve ölçüde cezai yaptırıma bağlanacağı konusunda takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, cezaların yasallığı ve hukuksal güvenlik ilkelerinin gereği olarak, farklı ve keyfi uygulamalara neden olmamak için, kabahatler hukukuna uygun geçerli sebepler ve objektif ölçütleri yasada göstermesi gerekir.

Anayasa Mahkemesi, 17.04.2008 gün ve E.2005/5, K.2008/93 sayılı kararıyla, 3.5.1985 günlü, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 42. maddesini iptal etmiştir.

İptale konu 42.madde de "*Ruhsat alınmadan veya ruhsat veya eklerine veya imar mevzuatına aykırı olarak yapılan yapının yapı sahibine ve müteahhidine, istisnalar dışında özel parselasyon ile hisse karşılığı belirli bir yer satan ve alana 500 000 TL. den 25 000 000 liraya kadar para cezası verilir. Ayrıca fenni mesule bu cezaların 1/5'i uygulanır.*

Birinci fıkrada belirtilen fiiller dışında bu Kanunun 28, 33, 34, 39 ve 40 ıncı maddeleri ile 36 ncı maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyen mal sahibine, fenni mesule ve müteahhide 500 000 TL.den 10 000 000 liraya kadar para cezası verilir.

Birinci ve ikinci fıkralarda belirtilen fiillerin tekrarı halinde para cezaları bir katı artırılarak verilir.....hükmü bulunmaktaydı.

Anayasa Mahkemesi, yasa ile getirilen kuralın hukuk devleti ilkelerinden olan hukuki belirlilik, öngörülebilirlik ilkesi ve cezaların yasallığı ile hukuksal güvenlik ilkelerine aykırı olduğundan bahisle anılan kuralı iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi mezkur kararında;

“3194 sayılı Yasa'nın 42. maddesinde düzenlenen idari para cezaları, imar ve kamu düzenine aykırı davranışların önlenmesi amacıyla, araya yargısal bir karar girmeden, idarenin doğrudan işlemiyle idare hukukuna özgü usullerle kesilen ve uygulanan yaptırımlardır. Maddenin birinci fıkrasındaki idari yaptırım, idarenin ruhsat alınmadan, ruhsat veya eklerine veya imar mevzuatına aykırı olarak yapının yapıldığı yönündeki tespiti ve bu konudaki değerlendirmesine bağlı olarak idarece uygulanmaktadır. Başka bir deyişle hem cezayı gerektiren eylemin işlendiğini saptamak hem de Yasa'da gösterilen alt ve üst sınırlar arasında cezanın tutarını belirlemek tamamıyla idari makamların, belediyeler veya en büyük mülki amirlerin kararlarıyla oluşmaktadır. İtiraz halinde yargının vereceği karar, onun bu niteliğini değiştirmemektedir. Sonuçları belli ölçüde genel para cezalarına benzese de tümüyle idari işleme dayanan bir yaptırımdır. Yargı organlarının müdahalesi olmadan idarece kararlaştırılmakta ve uygulanmaktadır.

İdari makamların Yasa'nın belirlediği sınırlar arasında cezanın takdirinde esas alacakları objektif ölçütler Yasa'da gösterilmemiştir. Yasa'yla imar para cezasının alt ve üst sınırları gösterilmiş, bu alan içinde cezayı uygulama yetkisi idareye bırakılmıştır. İdarelerin hangi ölçütleri esas alacakları açık, belirgin ve somut olarak Yasa'da yer almamıştır. Yasa kuralı bu anlamda belirli ve öngörülebilir değildir.

Alt ve üst sınır arasında idareye bırakılan takdir alanı geniş, sınırsız ve ölçüsüzdür. Cezanın belirlenmesinin alt ve üst sınır arasında elli kat gibi makul ve ölçülü olmayan şekilde genişliği, uygulamada, yorum ve değerlendirme farklılıklarına dayalı olarak eşitsizliğe, haksızlığa ve keyfiliğe yol açabilecek niteliktedir.

Yasakoyucu, kamu düzeninin korunması amacıyla ceza hukuku alanında hangi eylemlerin suç sayılacağı ve suç sayılan bu eylemlerin hangi tür ve ölçüde cezai yaptırıma bağlanacağı konusunda takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, cezaların yasallığı ve hukuksal güvenlik ilkelerinin gereği olarak, farklı ve keyfi uygulamalara neden olmamak için, imar hukukuna uygun geçerli sebepler ve objektif ölçütleri yasada göstermesi gerekir.

Cezanın Yasa'da gösterilen sınırlar arasında idarece belirlenmesinde, yapının, taşkın, heyelan, kaya düşmesi gibi afet alanlarında bulunan, sıhhi ve jeolojik mahsurları olan veya bunlar gibi tehlikeli durumlar göstermesi nedeniyle imar planlarına veya ilgili idarelerce hazırlanmış, onaylanmış raporlara göre yapılması

yasak olan alanlara, imar planlarında umumi hizmet alanlarına, kamu tesis alanlarına ve yapı sahibine ait olmayan alanlara yapılması; hangi amaçla yapıldığı, büyüklüğü ve konut, ticari, sanayi, otel, akaryakıt istasyonu gibi niteliği; fen ve sağlık kurallarına aykırılık taşıması; içinde oturacak veya çalışacak kişiler için tehlike oluşturması; çevresinde ya da aynı bölgede emsal yapılar için uygulanan imar para cezaları; kente ve çevreye etkisi; bitmiş ve kullanılabilir durumda olması gibi ölçütlere yer verilmemiştir.

Bu tür idari işlemlere karşı yargı yolu açık olmakla birlikte, bu güvencenin uygulama aşamasından sonra ve ancak itiraz yoluyla ortaya çıkacağı göz önünde bulundurulduğunda, yasa kurallarının yürürlükte olduğu sürece keyfiliği ortadan kaldırmaya yeterli olduğu söylenemez. Hukuk kuralları, yargının yorumuna ihtiyaç göstermeyecek ve uygulayıcılar tarafından anlaşılabilir şekilde açık ve belirgin olmak, uygulayıcılara güvence vermek zorundadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural iptal edilmiş olduğundan ayrıca Anayasa'nın 10. maddesi yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

demiştir.⁽⁶⁾

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız, ilkeler ve Anayasa Mahkemesinin benzer nitelikteki kararı ışığında 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 16.maddesinin ilgili fıkralarını irdelediğimizde; Yasa Koyucunun bu maddede de, Hukuki belirlilik, hukuki öngörülebilirlik, eşitlik ilkesi ve cezaların yasallığı ile hukuksal güvenlik ilkelerine tam uyduğunu söylemek mümkün değildir. Yasa koyucu, bu hükümle cezanın alt ve üst sınırı arasında Rekabet Kuruluna büyük bir takdir yetkisi bırakmıştır. Yukarıda açıklanan, iptale konu 42.madde de alt üst sınır cezanın parasal miktarı konularak 50 kat şeklinde olmasına rağmen, 16.madde de nispi ceza oranı belirlenmiş olmakla bu fark şimdiye kadar ki uygulamalara göre 10.000 kat şeklindedir ve hatta Rekabet Kurulu bu katı daha fazla arttırabilme olanağına sahiptir.

Öte yandan, yukarıda da belirttiğimiz gibi, Rekabet Kuruluna bu alt ve üst sınırlar arasında idari para cezasını tespit ederken dikkate alacağı hususlar gerek 4054 sayılı yasa, gerek Kabahatler Yasası ve gerekse Yasa Koyucunun verdiği yönetmelik yetkisi ile belirlenmiştir. Gerçekten belirlenen unsurlar, alt ve üst sınır arasında bu kadar büyük bir orandaki farklılık içinde hukuka ve adalete uygun bir şekilde idari para cezasını tespit etmeye yeterli midir? Biz bu konuda tam yeterlidir diyemiyoruz. Bu durumun, bir başka deyişle bu maddenin Anayasa Mahkemesi'nin önüne götürülmesi halinde iptal edilebileceği kuşkusunu taşımaktayım.

Bilindiği gibi, Rekabet Hukuku 1900 lü yıllarda Sherman yasası ile ilk A.B.D de doğmuş, 1950 li yıllarda da Avrupa Devletleri bu hukuku kabul etmiştir. Ülkemizde ise 1994 yılında çıkarılan 4054 sayılı yasaya göre Rekabet Kurumu 1997 yılında faaliyetine başlamıştır. Dünyada epeyce yol alan Rekabet Hukuku, teorik anlamda dahil olmak ülkemizde, Rekabet Kurumu ile pratik alanda da belirli ve üst bir seviyeye gelmiş bulunmaktadır. Artık Rekabet Hukukunda da, rekabete aykırı fiiller arasında ayırım yapılarak kabahat tiplerinin belirlenerek bir ayırma gidilmesi olanaklıdır. Öte yandan Anayasamızın 13.maddesinde vücut bulan Ceza muhakemesi hukuku işleminin yapılması ile sağlanması beklenen yarar ve verilmesi ihtimal dâhilinde bulunan zarar arasında makul bir oranın bulunmasını, oransızlık durumunda işlemin yapılmamasını ifade eden ölçülülük ilkesi dikkate alınarak ceza miktarlarının ve kabahat tiplerinin, Yasa koyucu tarafından yeniden belirlenmesi mümkündür. Ve belirtilen gerekçelerle de zorunlu olduğu kanısındayım.

Belirtilen nedenlerle, sonuç olarak hukuki belirlilik, öngörülebilirlik ve eşitlik ilkeleri bağlamında, Yasa Koyucunun gelişen Rekabet hukuku ilkelerini dikkate alıp, kabahat tiplerinde bir ayırma giderek, cezada ölçülülük ilkelerini de göz ardı etmeksizin 16.maddeyi yeniden düzenlemesi gerektiği inancındayım.

Sonuç: Yukarıda geniş olarak açıklanan nedenlerle, 4054 Sayılı Kanun'un 16. maddesinin 3.fıkrası ile "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" in, 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ve ikinci fıkrası, üçüncü fıkrasının (a) bendi ve 7.maddesinin birinci fıkrası hükümleri uyarınca 2012 mali yılı sonunda oluşan ve Kurul tarafından belirlenen yıllık gayri safi gelirlerinin takdiren % 0,375 oranında olmak üzere; Linde Gaz A.Ş hakkında 594.641,26 TL idari para cezası verilmesine ilişkin Kurulumuz kararına, anılan bu idari para cezası belirlenirken, 4054 sayılı yasanın 16.maddesi ile birlikte, yukarıda belirtilen Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin yönetmeliğin ilgili hükümlerinin uygulanarak temel para cezaları baz alınarak ceza verildiğinden, Ceza Yönetmeliğinin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna aykırı olduğu inancıyla, aşağıda belirteceğim nedenlerle ceza oranının, yönetmeliğin ilgili 5.maddesinin temel para cezasına ilişkin hükümlerinin uygulanmaksızın, anılan 16.maddeye göre ve Yönetmeliğin diğer hükümlerinin dikkate alınarak aynı oran ve miktarda ceza verilmesine ilişkin kurulumuz kararına farklı gerekçe ile katılıyorum.

Reşit GÜRPINAR
Kurul Üyesi