

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2009-4-275 (Soruşturma)
Karar Sayısı : 11-54/1431-507
Karar Tarihi : 27.10.2011

A- TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Üyeler : Doç. Dr. Mustafa ATEŞ, İsmail Hakkı KARAKELLE,
Doç. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY, Dr. Murat ÇETİNKAYA,
Reşit GÜRPINAR, Prof. Dr. Metin TOPRAK

B- RAPORTÖRLER : Muhammed GÜNDOĞDU, Burcu CAN

C- BAŞVURUDA BULUNAN

Günes Ekspres Havacılık A.Ş.
Temsilcisi: Av. Gönenç GÜRKAYNAK

D- HAKKINDA SORUŞTURMA YAPILANLAR

- Condor Flugdienst GmbH
Temsilcisi: Dr. İsmail Gökhan ESİN, Zümrüt ESİN, Ceren ALTINÖZ, Sadi ÖZ, Birtürk AYDIN,
Dr. Burak ODER, Derya GENÇ
Levent Cad. Yeni Sülün Sok. No: 1 34330 1. Levent-Beşiktaş/İstanbul

- Güneş Ekspres Havacılık A.Ş.
Temsilcisi: Av. Gönenç GÜRKAYNAK
Çitlenbik Sok. No:12 Yıldız Mah. Beşiktaş/İstanbul

E- DOSYA KONUSU: Güneş Ekspres Havacılık A.Ş. (SunExpress) ile Condor Flugdienst GmbH (Condor)'nin çeşitli anlaşmalar vasıtasıyla Almanya-Türkiye arasındaki uçuşlarda belli bir süre rekabete aykırı davranışlarda bulunmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettikleri iddiası.

F- İDDİALARIN ÖZETİ: Başvuru dilekçesinde, Almanya kalkışlı-Türkiye varışlı ve Almanya varışlı-Türkiye kalkışlı havayolu taşımacılığı hatlarında faaliyetleri çakışan SunExpress ile Condor arasında 2001, 2006 ve 2008 yılları ile 2009 yılının Temmuz ayında akdedilmiş olan dağıtım anlaşmaları vasıtasıyla Almanya-Türkiye arasındaki uçuşlarda bilet fiyatlarının belirlenmesinde işbirliği içerisinde hareket edildiği belirtilmiş ve 2009 yılının Eylül ayında SunExpress'in iç denetimi esnasında taraflar arasındaki distribütörlük anlaşmasının yasallığı konusunda sorunların ortaya çıkması ile birlikte konunun Condor'la görüşüldüğü; takiben Condor'un 15.10.2009 tarihinde mevcut distribütörlük anlaşmasını sona erdiren bir taslak anlaşmayı, 16.10.2009 tarihinde ise yeni bir distribütörlük anlaşmasını SunExpress'e gönderdiği, bu tarihten sonra SunExpress ile Condor arasında gerçekleşmiş herhangi bir iletişimin tespit edilmediği ifade edilmiştir. Dilekçede ayrıca, eş zamanlı olarak Alman Rekabet Otoritesi (Bundeskartellamt)'ne yapılan aynı içerikli başvurunun, "Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik" (Pişmanlık Yönetmeliği) kapsamında değerlendirilerek, anılan Yönetmeliğin 4. maddesi uyarınca SunExpress'e belirli bir süre boyunca devam eden rekabete aykırı davranışları nedeniyle Türkiye'de doğabilecek olan her türlü sonuçtan tam bağışıklık verilmesi talep edilmiştir.

11-54/1431-507

G- DOSYA EVRELERİ:

Kuruma 04.11.2009 tarih ve 7873 sayı ile intikal eden başvuru üzerine hazırlanan 07.12.2009 tarih ve 2009-4-275/11-09-SY sayılı İlk İnceleme Raporu, Kurul'un 09.12.2009 tarih ve 09-58/1433-M sayılı toplantısında görüşülerek, iddialar hakkında önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir.

- 50 Karar gereği yürütülen önaraştırma sonucunda raportörlerce düzenlenen 01.06.2010 tarih ve 2009-4-275/ÖA-10-183.0S sayılı Önaraştırma Raporu, Kurulun 10.06.2010 tarih ve 10-42 sayılı toplantısında görüşülerek, 10-42/724-M sayı ile 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlal edilip edilmediğinin tespiti amacıyla aynı Kanun'un 41. maddesi gereğince soruşturma açılmasına karar verilmiştir.

Takiben hakkında soruşturma açıldığına dair bildirim SunExpress'e 4054 sayılı Kanun'un 43. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca 21.06.2010 tarihinde yapılmış ve 30 gün içinde birinci yazılı savunmasının gönderilmesi istenmiştir. Adı geçen teşebbüsün ilk yazılı savunması süresi içinde Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.

- 60 Öte yandan, soruşturmanın diğer tarafı olan Condor'un Türkiye'de herhangi bir şube ya da irtibat biriminin bulunmaması sebebiyle, şirketin Almanya'daki merkez ofisine tebligat yapılması zorunluluğu doğmuştur. Bu çerçevede öncelikle Adalet Bakanlığına gönderilen 18.06.2010 tarih ve 2987 sayılı yazı ile "1965 tarihli Hukuki ve Ticari Konularda Adli ve Gayriadli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Lahey Sözleşmesi" kapsamında tebligata konu olacak belgelerin "*hukuki ve ticari konularda*" ve "*adli yahut gayriadli*" nitelikte olması gereğinden hareketle, idari bir mercii niteliğini haiz olan Rekabet Kurumu tarafından düzenlenen belgelerin, adı geçen sözleşme kapsamında tebliğinin mümkün olup olmadığı hususunun değerlendirilmesi ve kapsamda olduğunun tespiti halinde tarafa tebliğ edilmesi talep edilmiştir. Ancak Adalet Bakanlığı tarafından Kuruma gönderilen 09.07.2010 tarih ve 5340 sayılı yazıda özetle; 1965 tarihli Sözleşme'nin uygulama alanının hukuki ve ticari, adli ve gayri adli belgelerle sınırlı olup idari, sosyal ve mali alanlara ilişkin belgelerin Sözleşme kapsamına girmediği; bu itibarla söz konusu talebin Dışişleri Bakanlığına iletilmesinin yerinde olacağı ifade edilmiştir.

İşaret edilen cevap yazısını müteakip Dışişleri Bakanlığına mevcut durum bildirilerek, Adalet Bakanlığının görüşü de dikkate alınmak suretiyle soruşturma bildirim ve ilgili belgelerin Condor'a tebliğ edilmesi hususunda gereğinin yapılması talep edilmiştir. Sözü edilen talep neticesinde, Dışişleri Bakanlığı tarafından gönderilen ve Kurum kayıtlarına 06.12.2010 tarih ve 9217 sayı ile intikal eden yazıda ise tebligat evrakının 06.09.2010 tarihinde Berlin Büyükelçiliği'ne intikal ettiği, ancak evrakın Condor'a tebliğ edilmesi işlemine ilişkin olarak ilgili Büyükelçilikten henüz bilgi alınamadığı ifade edilmiştir.

- 80 Tebligat sürecinde yaşanan sorunlar neticesinde, Kurulun 25.11.2010 tarih ve 10-73/1515-M sayılı kararı uyarınca soruşturma süresinin altı ay uzatılmasına karar verilmiştir.

Dışişleri Bakanlığında tebligatın yapıldığı yönünde herhangi bir bilgi alınamaması üzerine; 4054 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca tarafların ilk yazılı savunma sürelerinin başlayabilmesi için soruşturma bildirim tebliğ edilmesinin zorunlu olması ve 45. maddesi uyarınca taraflara yazılı savunma için 30 günlük süre tanınmış olması dikkate alınarak, son olarak posta ile tebligat yöntemine başvurulmuştur. Bu çerçevede 21.04.2011 tarihinde Condor'a soruşturma raporu tebliğ edilmiş, adı geçen teşebbüsün ilk yazılı savunması ise Kurum kayıtlarına 27.05.2011 tarihinde intikal etmiştir.

Condor temsilcileri, 01.06.2011 tarihinde Pişmanlık Yönetmeliği'nin "Para Cezalarında İndirim" başlıklı 5. maddesinden yararlanmak üzere başvuruda bulunmuştur. Söz konusu başvuru, Kurulun 02.06.2011 tarihli toplantısında görüşülmüş, aynı tarih ve 11-33/741-MP sayılı Kurul kararı ile SunExpress tarafından daha önce pişmanlık başvurusunda bulunulmuş olması sebebiyle Condor'un tam bağışlıktan yararlanamayacağına, ancak henüz soruşturma raporunun taraflara tebliğ edilmemesi ve Pişmanlık Yönetmeliği'nin 5. maddesi kapsamında daha önce yapılmış bir başvurunun bulunmaması dikkate alınarak mezkûr Yönetmelik maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında Condor'un ceza indirimine yönelik başvurusunun kabul edilmesine karar verilmiştir.

100 Yürütülen soruşturma neticesinde hazırlanan ve Soruşturma Heyeti'nin görüş ve tespitlerini içeren 10.06.2011 tarih ve SR/11-05 sayılı Soruşturma Raporu, aynı Kanun'un 45. maddesi uyarınca tüm Kurul üyeleri ile ilgili taraflara tebliğ edilmiştir. Raporun tebliğini müteakip tarafların ikinci yazılı savunmaları 15.07.2011 tarihinde Kurumumuz kayıtlarına intikal etmiştir.

İkinci yazılı savunmalara ilişkin Soruşturma Heyeti görüşlerini içeren Ek Görüş, aynı Kanun'un 45. maddesi uyarınca Kurul üyeleri ile hakkında soruşturma yürütülen taraflara tebliğ edilmiştir. Üçüncü yazılı savunmalara ilişkin süre uzatım talebinde bulunan taraflara 30 günlük ek süre verilmiştir. Hakkında soruşturma yürütülen tarafların üçüncü yazılı savunmaları süresi içerisinde Kurum kayıtlarına intikal etmiştir. 25.10.2011 tarihinde taraf temsilcilerinin katılımıyla Sözlü Savunma Toplantısı yapılmıştır.

110 27.10.2011 tarihli Kurul toplantısında nihai karar verilmiştir.

H- RAPORTÖR GÖRÜŞÜ

Soruşturma Heyeti'nde yer alan raportörler tarafından;

1. Haklarında soruşturma yürütülen,

- Güneş Ekspres Havacılık A.Ş.

- Condor Flugdienst GmbH

unvanlı teşebbüslerin akdettikleri dağıtım anlaşmaları çerçevesinde fiyat tespiti yapmak suretiyle, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal eder nitelikte eylemlerde buldukları,

2. Bahse konu eylemlerin "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" in

120 3. maddesi çerçevesinde kartel olarak nitelendirilmesi gerektiği,

3. Bu itibarla, işaret edilen faaliyetlere yönelik olarak 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi ve anılan Yönetmelik'in 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca ilgili teşebbüsler hakkında nihai karardan bir önceki mali yılsonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde ikisi ile yüzde dördü arasındaki bir oranda temel para cezasının belirlenmesi gerektiği,

4. Ancak SunEkspress'in "Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik" in 4. maddesi kapsamında pişmanlık başvurusunda bulunmuş ve söz konusu başvurunun Rekabet Kurulu'nun 09.12.2009 tarih ve 09-58/1433-MP sayılı kararı uyarınca kabul edilmiş olması sebebiyle, idari para cezasına ilişkin olarak tam bağışlıktan yararlanması gerektiği,

130

11-54/1431-507

5. Condor'un ise mezkur Yönetmelik'in 5. maddesi çerçevesinde ceza indirim talebinde bulunmuş ve söz konusu başvurunun Kurulun 02.06.2011 tarih ve 11-33/741-MP sayılı kararı uyarınca kabul edilmiş olması sebebiyle, bu teşebbüs hakkında takdir edilecek olan temel para cezasının, Yönetmelik'in 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca, üçte biri ile yarısı arasında bir oranda indirilmesi gerektiği

sonucuna varılmıştır.

I- İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

I.1. Hakkında Soruşturma Yürütülen Teşebbüsler

140 I.1.1. Güneş Ekspres Havacılık A.Ş.

Havayolu taşımacılığı alanında faaliyet gösteren SunExpress'in hisselerinin 1995 yılından 2007 yılına kadar %50'sini Türk Hava Yolları A.O. (THY), %40'ını Condor ve %10'unu Barbaros Hayrettin ÇAĞA elinde tutmuş ve SunExpress, THY ile Condor'un ortak kontrolünde yönetilmiştir. 31.05.2007 tarihinde Deutsche Lufthansa AG (Lufthansa), Condor'un %40 hissesini satın almış ve o tarihten bu yana SunExpress, THY ile Lufthansa'nın ortak kontrolünde faaliyetlerine devam etmiştir.

I.1.2. Condor Flugdienst GmbH

150 Thomas Cook AG'nin tatil havayolu şirketi olan Condor, 21.12.1955 tarihinde "Deutsche Flugdienst GmbH" unvanıyla Norddeutscher Lloyd (hisse oranı %27,75), Hamburg-Amerika-Linie (hisse oranı %27,75), Deutsche Lufthansa (hisse oranı %26) ve Deutsche Bundesbahn (hisse oranı %18,5) tarafından kurulmuştur. Deutsche Flugdienst GmbH şirketi, 1957 yılında kurulan "Condor-Havayolu Şirketi"ni satın alarak, ticaret unvanını Condor Flugdienst GmbH olarak değiştirmiştir.

I.2. Yapılan Tespitler

I.2.1. SunExpress Tarafından Pişmanlık Dilekçesi Kapsamında Sunulan Bilgiler

160 Kurum pişmanlık birimine SunExpress adına iletilen dilekçede; Türkiye-Almanya, Türkiye-Amsterdam, Türkiye-Zürih ve Türkiye-Viyana arasında yolcu taşımacılığı ile iştigal eden SunExpress ile o dönemde SunExpress'in hissedarı olan Condor arasında, 25.10.2006 tarihinde bir dağıtım anlaşması imzalandığı (2006 Anlaşması), benzer bir anlaşmanın 2001 yılından bu yana uygulanmakta olduğu, 2006 Anlaşması çerçevesinde Condor'un, SunExpress'in "sadece koltuk" (*seat only*)¹ biletlerini bir rezervasyon platformu olan "Topix" aracılığıyla pazarlamayı üstlendiği, Topix platformunda koltuk doluluğu oranına ve kalkıştan önce kalan zamana göre genel bir fiyat matrisi ve fiyat koyucunun özellikle kalkış zamanı yaklaştıkça rezervasyonların düşük seviyede olması halinde sistemi bertaraf etmesine imkân veren manuel bir sistem olmak üzere iki türlü fiyatlandırma imkânının bulunduğu, 2006 Anlaşması'nın bir sonucu olarak SunExpress uçuşlarının Condor tarafından Topix platformu aracılığıyla fiyatlandırılmasının sağlandığı ve belirli bir dönem boyunca SunExpress'in "*seat only*" biletlerine yönelik tüm fiyatlandırma çalışmalarının Condor tarafından yapıldığı belirtilmektedir.

170 Pişmanlık dilekçesinde, bu durumun Condor'un SunExpress'teki hisselerini Lufthansa'ya sattığı 2007 yılının Şubat ayından sonra da devam ettiği; SunExpress'in, eski işinde Almanya-Türkiye arasındaki uçuşlara yönelik fiyatlandırmadan sorumlu (.....)'i bünyesine kattığı 2008 yılının Mart ayından itibaren Almanya kalkışlı ve Türkiye varışlı uçuşlarda "*seat only*" bilet fiyatlarını bağımsız olarak belirlemeye çalıştığı ve Condor'un ilk başlarda SunExpress'in

¹Başvuru dilekçesinde belirtildiğine göre "*seat-only*" terimi, havayolu taşımacılığında özellikle charter seferlerinde kendisine bağlı bir otel konaklamasının bulunmadığı koltuk anlamında kullanılmaktadır.

11-54/1431-507

fiyatlarını manuel olarak kırmasını tolere ettiği ifade edilmektedir.

180 Dilekçede, 25.10.2008 tarihinde taraflar arasında yeni bir dağıtım anlaşması imzalandığı (2008 Anlaşması), bu anlaşmanın da 2006 Anlaşması'na benzer şekilde Condor'a, SunExpress ile mutabık kalındığı ölçüde, SunExpress'in fiyatlarını belirleme imkânı verdiği; ancak ekonomik koşulların SunExpress'in fiyatlarını daha agresif bir şekilde aşağıya doğru çekmesini gerektirmiş olması nedeniyle, Condor'un 03.06.2009 tarihinde Oberursel ofisinde

190 bir toplantı yapmayı önerdiği, ilgili toplantıda Condor temsilcisinin açıkça SunExpress'in fiyatlandırma politikalarından rahatsız olduğunu ortaya koyduğu ve iki tarafın da uçuşunun bulunduğu Türkiye varışlı hatlarda, SunExpress'in Condor'un belirlediği fiyatların altına inmesine engel olacak kuralların konulmasında ısrarcı olduğu, buna ek olarak SunExpress'in fiyatlarında Condor'un fiyatının altına 10 Avro'dan fazla inmemesi ve her halükarda tek yön uçuşlardaki fiyatının 99 Avro'nun altında olmamasını talep ettiği beyan edilmektedir.

Yine pişmanlık dilekçesinde, SunExpress'in, öngörülen prensiplerin SunExpress'in satışlarında kayba sebebiyet vereceğini belirtmesi üzerine, Condor temsilcilerinin bu kurallar ışığında 18.06.2009-02.07.2009 tarihleri arasında bir deneme süresi geçirmelerini önerdiği, SunExpress temsilcilerinin Condor'un bu önerisini kabul etmemeleri halinde Topix platformundan çıkarılabileceklerini düşündükleri için söz konusu öneriyi kabul etmek zorunda kaldıkları, deneme süresinden sonra Condor'un, SunExpress'e ilişkin sonuçların zarar verici olmadığı kanısına vardığı ve bu nedenle uygulanacak fiyatlandırma prensiplerine ilişkin olarak 24.07.2009 tarihinde bir toplantı yapmayı önerdiği, söz konusu toplantıda Condor temsilcileri tarafından uygulanacak fiyatlandırma politikasına yönelik bir prezantasyon yapılarak, Condor ve SunExpress'in haftanın aynı gününde örtüşme yaşadığı uçuşlarında SunExpress'in Condor'un fiyatlarının altına inmemesinin, örtüşmenin haftanın farklı günlerinde yaşandığı uçuşlarda SunExpress'in Condor'un uyguladığı fiyatın 10 Avro kadar altına inebileceğinin, SunExpress'in Condor'un fiyatlarından daha düşük fiyatlandırma yapmasının promosyon kampanyası olsa bile ancak ön izinle mümkün olabileceğinin, fiyatlandırma uzmanlarının fiyat

200 üzerinde mutabık kalamadığı durumlarda (.....) (Condor) ve (.....) (SunExpress) tarafından fiyatın belirlenmesinin öngörüldüğü, yaklaşık bir saat süren toplantının SunExpress temsilcilerinin belirtilen hususları bir müzakere unsuru olarak görmemelerinin belirtilmesi üzerine sona erdiği belirtilmektedir.

Dilekçeye göre, bu toplantıdan birkaç gün sonra 07.08.2009 tarihinde Condor'dan (.....) tarafından SunExpress'e gönderilen e-posta mesajında, 10.08.2009 Pazartesi gününden itibaren yeni fiyatlandırma kurallarının uygulamaya geçeceği belirtilerek, 24-25-26 Ağustos tarihlerinde yeni kuralların nasıl uygulanacağına ilişkin tartışılması için bir toplantı yapılması teklif edilmiş ve bugüne kadar Condor ve SunExpress'in fiyatlandırma uzmanları arasında en az bir tane, Eylül ayında ise işletme seviyesinde toplantı yapılmıştır.

210 I.2.2. Raportörlerin SunExpress Vekili ile Yaptığı Toplantı

SunExpress vekilleri tarafından gönderilen dilekçenin ve eklerinin incelenmesi sonucunda, pişmanlık başvurusuna konu faaliyetlerin etkilediği ürünler, anlaşmaların süresi, anlaşmalarla ilişkili görüşmelerin tarihleri, yerleri, katılımcıları ve anlaşmalarla ilgili sahip olunan bilgi ve belgelerin yeterince açık ve kapsamlı olmadığı tespit edilmesi üzerine, raportörler ile SunExpress vekili arasında 13.11.2009 tarihinde Kurum binasında bir toplantı yapılmış ve vekilden dilekçelerinin "Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik" kapsamında değerlendirilebilmesi için ihtiyaç duyulan hususlarda ilave bilgi ve belge talep edilmiştir.

220 **I.2.3. SunExpress Vekilleri Tarafından Gönderilen 24.11.2009 Tarihli Yazı**

SunExpress vekilleri tarafından Kuruma gönderilen yazıda, 13.11.2009 tarihli toplantıda belirtilen eksikliklere ilişkin açıklamalar ile SunExpress'e ilişkin ticaret sicil gazeteleri gönderilmiştir.

230 Yazıda yer alan bilgilere göre, Condor'un halen SunExpress'in hissedarı olduğu 25.10.2006 tarihinde, SunExpress ile Condor arasında bir dağıtım anlaşması imzalanmıştır. 2006 Anlaşması, diğer hususlara ek olarak, SunExpress'in uçuşlarının Condor tarafından Topix platformu aracılığıyla fiyatlandırılmasını düzenlemiştir. Bu kapsamda belirli bir zaman diliminde, SunExpress Almanya'daki "seat-only" bilet satışlarında söz sahibi olmamış ve ilgili işe yönelik tüm fiyatlamaya çalışmaları Condor tarafından yapılmıştır. Bu durum, Condor'un
240 SunExpress'teki hissesini 2007 yılının Şubat ayında Lufthansa'ya sattıktan sonra ilk etapta değişmemiştir. 2006 Anlaşması yürürlükte kalmış ve Condor, her iki havayolunun da uçuşunun bulunduğu varış noktalarını da kapsar şekilde (Almanya-Türkiye arasındaki belirli hatlar) SunExpress'in tüm uçuşlarına yönelik fiyatları belirlemiştir. Bu durum, SunExpress'in "seat-only" işinde Condor'a olan bağımlılığını azaltmak istediği dönemde değişmeye başlamıştır. Bu doğrultuda, SunExpress, 2008 yılının Mart ayından itibaren geçerli olmak üzere, eski işinde Almanya-Türkiye arasındaki uçuşlara yönelik fiyatlamadan sorumlu olan (.....)'i bünyesine katmıştır. Bu süreçten itibaren SunExpress, Almanya çıkışlı olan (her iki havayolunun da uçuşunun bulunduğu Türkiye varış noktalı hatlar da dahil olmak üzere) uçuşlarına ilişkin "seat-only" satışlarına yönelik fiyatları Condor'dan bağımsız olarak
250 belirlemeye başlamıştır. Ancak ekonomik koşulların SunExpress'in fiyatlarını daha agresif bir şekilde aşağıya doğru çekmesini gerektirmiş olması nedeniyle, Condor, SunExpress'e 03.06.2009 tarihinde, Condor'un Oberursel ofisinde bir toplantı yapmayı önermiştir. Bu tarihten sonra, Condor ve SunExpress yetkilileri arasında bir dizi toplantı yapılmış ve nihai olarak 24.07.2009 tarihinde fiyatlandırmaya ilişkin ortaklaşa hareket edilmesine yönelik mutabakata varılmıştır. 2009 yılının Eylül ayında SunExpress'in kurum içi değerlendirmesi sonrasında, distribütörlük anlaşmasının hukuka uygunluğu konusunda birtakım sıkıntılar ortaya çıkmış ve Condor yetkilisi ile yapılan görüşmeler sonunda 15.10.2009 tarihinde Condor, mevcut distribütörlük anlaşmasını sona erdiren bir taslak anlaşmayı SunExpress'e göndermiştir. 16.10.2009 tarihinde ise Condor yeni bir distribütörlük anlaşması göndermiştir.
260 SunExpress'in Kurum'a pişmanlık başvurusunda bulunduğu tarihten sonra ise, SunExpress ile Condor arasında 02.11.2009 tarihinde değişiklik anlaşması imzalanarak yürürlüğe girmiştir. Söz konusu anlaşma ile SunExpress kendi uçuşlarına ilişkin olarak fiyatlamada tek yetkili olduğunu açıkça ortaya koymuştur. İlgili anlaşmanın imza tarihinden itibaren taraflar arasında fiyatlandırmaya ilişkin herhangi bir iletişim olmamıştır. Diğer bir ifadeyle SunExpress söz konusu tarihten itibaren bağımsız fiyatlandırma politikası yürütmektedir.

Bu çerçevede, söz konusu yazıda ihlalin süresine ilişkin olarak belirtilenlerin özetlenmesi gerekirse, SunExpress vekillerine göre Condor, 2001 yılından 2009 yılının Ekim ayına kadar geçen süre içerisinde, SunExpress'in fiyatlarını kendisinin belirlemesine yönelik olarak kontrolü ele aldığı Mart 2008 ile 24.07.2009 tarihleri arasındaki dönem hariç olmak üzere,
260 Topix aracılığıyla SunExpress'in fiyatlarını planlamıştır. Bununla birlikte, SunExpress vekilleri tarafından, ihlalin etkili ve yoğun olduğu zaman aralığının Ağustos 2009 (24.07.2009 mutabakatını takiben) ile Ekim 2009 arası olduğu belirtilmiştir. SunExpress tarafından sunulan pazar payı verileri incelendiğinde, Condor tarafından SunExpress'in fiyatlarının belirlenmesine yönelik anlaşma ve uygulamalarının sebebinin, Condor'un pazar payının yıllar itibarıyla düşmesi olduğu anlaşılmaktadır. Pazar payı verileri Tablo 1'de gösterilmektedir:

11-54/1431-507

Tablo 1: SunExpress ve Condor'un 2001-2009 Yıllarına İlişkin Pazar Payları (%)

	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
SunExpress	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Condor	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Diğer	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Toplam	100	100	100	100	100	100	100	100	100

270 Özetle, SunExpress vekilleri, (i) SunExpress'in Condor'la yaptığı tüm anlaşmaların yalnızca seat-only işini kapsadığını, (ii) Condor ve SunExpress'in uçuşlarının "seat-only" işi için dizayn edilen Topix isimli program aracılığıyla düzenlendiğini, (iii) hatlar üzerinde örtüşme yaşanıp yaşanmadığına bakılmaksızın, belirli bir süre Condor'un SunExpress'in Topix kapsamında olan "seat-only" işine ilişkin bütün fiyatlarını düzenlediğini beyan etmiştir.

SunExpress vekilleri tarafından gönderilen yazıda, SunExpress'te (.....) Müdürü olan (.....) dışında anlaşmalara dair bilgisi bulunan yöneticinin bulunmadığı, bu kapsamda Yönetim Kurulu veya Yönetim Kurulu'nun herhangi bir üyesinin SunExpress'in fiyatlandırma kararı veya Condor'la imzalanan sözleşmelerde uyumlaştırma yaratacak düzenlemelere ilişkin bilgisinin olmadığı beyan edilmiştir.

280 Öte yandan başvuru konusu anlaşmalara taraf teşebbüslerin ana şirketleri olan THY ile Lufthansa'nın hangi tarihten itibaren ilgili anlaşmalardan haberdar olduğu hususuna ilişkin olarak, Sun Express'in talebi üzerine Lufthansa tarafından, 21.09.2009-09.10.2009 tarihleri arasında Sun Express'te gerçekleştirilen denetim neticesinde, Topix fiyatlandırma prosedürü ve sözü edilen prosedürün rekabet hukuku ihlali niteliği taşıdığı tespit edildiği, ilgili denetim raporunun 28.10.2009 tarihinde yayımlanmasının üzerine Sun Express yönetiminin THY ve Lufthansa tarafından atanan yönetim kurulu üyelerini kurul toplantıları esnasında haberdar ettiği ve pişmanlık başvurusuna konu anlaşma ve uygulamalara yönelik olarak adı geçen şirketlerin ilk kez bu tarihte haberdar olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla, THY ve Lufthansa tarafından atanan yönetim kurulu üyelerinin Condor ile 2001, 2006, 2008 ve 2009 yıllarında imzalanan anlaşmaların detaylarına ilişkin bilgi sahibi olmadıkları ifade edilmiştir.

1.2.4. SunExpress ve Condor Arasındaki Rekabeti Bozucu İşbirliğine Yönelik Deliller

290 1.2.4.1. 25.10.2001 Tarihli Satış Sözleşmesi

SunExpress vekilleri tarafından gönderilen 24.11.2009 tarihli yazının ekinde bulunan ve SunExpress ve Condor arasında 25.10.2001 tarihinde imzalanan Satış Sözleşmesi'nin "CFI'nın (Condor Individuell) Hizmetleri" başlıklı 2. maddesinde şu ifadeler yer almaktadır:

"Bu anlaşma çerçevesinde CFI tarafından aşağıdaki hizmetler verilecektir:

- a) Uçuşların, elektronik satış kanalları olan Start/Toma ve Merlin ile İnternet ortamında pazarlama amacıyla Condor rezervasyon sisteminde gösterilmesi ve güncellenmesi*
- b) SunExpress ile mutabakat halinde özel fiyatlar da dahil olmak üzere satış fiyatlarının belirlenmesi. CFI'nın yolculuk ve ödeme koşulları geçerlidir.*
- c) ..."*

300 Anılan sözleşmenin "Geçerlilik" başlığını taşıyan 8. maddesinde ise;

"Burada akdedilen anlaşma 1 Kasım 2001 tarihinde yürürlüğe girer. Bu sözleşme her seferinde senenin 31 Ekim tarihinden 6 ay önce feshedilmezse sözleşme kendiliğinden bir sene uzar."

ifadeleri yer almaktadır.

I.2.4.2. 25.10.2006 Tarihli Satış Sözleşmesi

310 SunExpress vekilleri tarafından Kuruma gönderilen 28.10.2009 tarihli pişmanlık başvurusu ekinde aslı yer alan, Türkçe tercümesi ise takiben Kurum kayıtlarına intikal eden 25.10.2006 tarihli Satış Sözleşmesi'nin "CFI'nın (Condor Individuell) Hizmetleri" başlıklı 2. maddesinde şu ifadeler yer almaktadır:

"Bu anlaşma çerçevesinde CFI tarafından aşağıdaki hizmetler verilecektir:

- a) Uçuşların, elektronik satış kanalları olan Start/Toma ve Merlin ile İnternet ortamında pazarlama amacıyla Condor rezervasyon sisteminde gösterilmesi ve güncellenmesi*
- b) SunExpress ile mutabakat halinde özel fiyatlar da dahil olmak üzere satış fiyatlarının belirlenmesi. CFI'nın yolculuk ve ödeme koşulları geçerlidir.*
- c)"*

Anılan sözleşmenin "Geçerlilik" başlığını taşıyan 8. maddesinde ise;

320 *"Burada akdedilen anlaşma 1 Kasım 2006 tarihinde yürürlüğe girer ve 25 Ekim 2005 tarihli anlaşmanın yerini alır. Bu sözleşme her senenin 31 Ekim tarihinden 6 ay önce feshedilmezse sözleşme kendiliğinden bir sene daha uzar."*

denilmektedir.

I.2.4.3. 25.10.2008 Tarihli Satış Sözleşmesi

SunExpress vekilleri tarafından Kurum'a gönderilen 28.10.2009 tarihli pişmanlık başvurusu ekinde yer alan 25.10.2008 tarihli Satış Sözleşmesi'nin "CFI'nın (Condor Individuell) Hizmetleri" başlıklı 2. maddesinde şu ifadeler yer almaktadır:

"Bu anlaşma çerçevesinde CFI tarafından aşağıdaki hizmetler verilecektir:

- a) Uçuşların, elektronik satış kanalları olan Start/Toma ve Merlin ile İnternet ortamında pazarlama amacıyla Condor rezervasyon sisteminde gösterilmesi ve güncellenmesi*
- b) SunExpress ile mutabakat halinde özel fiyatlar da dahil olmak üzere satış fiyatlarının belirlenmesi. CFI'nın yolculuk ve ödeme koşulları geçerlidir.*
- c)"*

Anılan sözleşmenin "Diğer Hükümler" başlıklı 6. maddesinde şu ifadeler yer almaktadır:

"Bu sözleşmedeki bazı düzenlemelerin kısmen ya da tamamen geçersiz veya uygulanamaz olması ya da bu hale gelmesi durumunda sözleşmedeki düzenlemelerin geçerliliği bundan etkilenmez. Böylesi bir durumda taraflar eksik, geçersiz ya da uygulanamaz durumdaki düzenlemenin yerine bu sözleşme ile hedeflenen ekonomik amaca mümkün mertebe en yakın olan geçerli bir düzenleme getirir. Aynı husus sözleşmede boşluk bulunması halinde de geçerlidir."

340 Sözleşmenin "Geçerlilik" başlığını taşıyan 8. maddesinde ise;

"Burada akdedilen anlaşma 1 Kasım 2008 tarihinde yürürlüğe girer ve 25 Ekim 2006 tarihli anlaşmanın yerini alır. Bu sözleşme her senenin 31 Ekim tarihinden 6 ay önce feshedilmezse sözleşme kendiliğinden bir sene daha uzar."

ifadeleri yer almaktadır.

I.2.4.4. 25.10.2008 Tarihli Satış Sözleşmesi için Tadil Sözleşmesi

350 SunExpress vekilleri tarafından Kurum'a gönderilen 24.11.2009 tarihli yazı ekinde sunulan ve SunExpress ve Condor arasında 02.11.2009 tarihinde imzalanan "25.10.2008 Tarihli Satış Sözleşmesi için Tadil Sözleşmesi"nde aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

"Giriş

CFI ve SunExpress 25 Ekim 2008 tarihinde bir satış sözleşmesi (aşağıda "satış sözleşmesi" olarak geçecektir) akdetmiş bulunmaktadır. Bu sözleşme SunExpress uçuşlarının tekli koltuk² satışı esasıyla CFI tarafından pazarlanmasını düzenlemektedir.

Madde 1- Madde 2b)'nin İptali

CFI ve SunExpress Satış Sözleşmesi Madde 2 b)'nin hemen geçerli olmak üzere iptal edilmesini ve yerine başkaca bir düzenleme getirilmemesini kararlaştırmıştır.

360 *Madde 2- Satış Fiyatlarının Tespiti*

Satış Sözleşmesi Madde 3'ten önce sözleşmeye aşağıdaki hükümleri içeren 2b) getirilir:

Madde 2b) Satış Fiyatlarının Tespiti

SunExpress, bu satış sözleşmesi çerçevesinde CFI tarafından pazarlanan uçuşlarının bütün satış fiyatlarını kendi başına bağımsız olarak tespit eder.

Taraflardan birinin teknik olarak diğer bir tarafın nasıl fiyatlandırma yaptığını inceleyebilecek durumda olması halinde söz konusu taraf bu teknik olanaktan yararlanmaktan kaçınacaktır.

Taraflar karşılıklı olarak diğer tarafın nasıl fiyatlandırma yaptığının incelenmesi olanağını ortadan kaldırmak için makul bütün teknik tedbirleri almak için çaba göstermeyi taahhüt eder."

370 **I.2.4.5. SunExpress'ten (.....) ile Condor'dan (.....) Arasındaki E-posta Yazışması**

SunExpress vekilleri tarafından Rekabet Kurumu'na gönderilen pişmanlık başvurusu ekinde yer alan ve 02.06.2009 tarihinde SunExpress çalışanı (.....)'den³ Condor çalışanı (.....)'a gönderilen e-posta mesajında aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

"Merhaba (.....),

(.....)u anladığım kadarıyla (.....) ve (.....) arasındaki son görüşmede sayıların hazırlanmasına ve bu sayıların bize verilmesine karar verilmiş (tekli koltuk satışları bu yıla ait, Yield DE⁴/XQ⁵ bu yıla ait).

Bir şey gönderdiniz mi yoksa yarın bu sayılar olmadan mı toplanıyoruz?"

380 Söz konusu e-postaya cevaben 03.06.2009 tarihinde (.....)'dan (.....)'e gönderilen e-posta mesajında ise;

"Merhaba,

Toplantı için gerekli olan sayıları hazırlamaya ancak bugün öğleden önce başlayabiliyoruz.

² Orijinal anlaşma metninden anlaşıldığı üzere "tekli koltuk" ifadesi "seat only" kavramının tercümesi olarak kullanılmıştır.

³ E-posta metninde, (.....)'ün e-posta adresinden bu kişinin Thomas Cook çalışanı olduğu izlenimi doğmaktadır. Ancak SunExpress vekilleri tarafından gönderilen 28.10.2009 tarihli pişmanlık başvurusunda, söz konusu kişinin ilgili e-postanın atıldığı dönemde SunExpress'te çalıştığı, bu durumun sadece SunExpress'in IT departmanının ilgili kişilere e-posta adresi vermekte gecikmesinden kaynaklandığı belirtilmiştir.

⁴ Condor.

⁵ Sun Express.

11-54/1431-507

Görüşmek üzere”

ifadeleri yer almaktadır.

I.2.4.6. 24.07.2009 Tarihinde Kelsterbach'da Yapılan Toplantıya İlişkin “Fiyatlandırma, XQ ve DE” Başlıklı Sunum Metni

390 SunExpress vekilleri tarafından Kurum'a gönderilen pişmanlık başvurusu ekinde yer alan ve kapak sayfasından 24.07.2009 tarihinde Kelsterbach'da yapılan toplantıya ilişkin olduğu ve Condor yetkililerince hazırlandığı anlaşılan “Fiyatlandırma, XQ ve DE” başlıklı sunum, “Genel Kurallar”, “Sezon başı itibarıyla Fiyatlandırma”, “Orta vadeli ve kısa vadeli fiyatlandırma uygulamaları” ve “Özel konular” olmak üzere dört ana başlıktan oluşmaktadır. Sunumda aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“Genel Kurallar

Kurallar yolculuk günleri farklı olsa dahi DE ve XQ tarafından eşzamanlı olarak kullanılan güzergahlar ve Condor Satış Sistemi Topix'e bağlı satış kanalları ve satış ortakları için geçerlidir.

XQ uçuşlarının fiyatları aynı VT'de⁶ DE uçuşlarının altında olamaz. VT'lerin farklı olması ve gece uçuşu yapılması durumunda güzergah başına 10 Avro'ya kadar altında olabilir.

400 XQ uçuşları için daha düşük fiyatlar ancak DE ile mutabakat sağlanarak verilebilir. Bu husus doldurma amaçlı kampanyalar için de geçerlidir.

Çalışma düzleminde olmak üzere düzenli olarak toplantılar (aylık) yapılması kararlaştırılmıştır.

İhtilafli konularda Bay (.....) ve (.....) karar verir.

Sezon Başı İtibariyle Fiyatlandırma

DE ile kesişen XQ uçuşlarının SPO⁷ fiyatları, sezon süreleri ve SPO dinamiği XQ ile mutabakat halinde DE tarafından belirlenir. Bu husus ex AYT⁸ fiyatları için de geçerlidir.

Diğer XQ güzergahları için fiyatlandırmayı XQ kendisi yapar.

DE ile kesişen XQ uçuşlarının EXC⁹ fiyatları ve sezon süreleri XQ ile mutabakat halinde DE tarafından belirlenir. Bu husus ex AYT fiyatları için de geçerlidir. Diğer XQ güzergahları için fiyatlandırmayı XQ kendisi yapar.

410 Orta ve Kısa Vadeli Fiyatlandırma Uygulamaları

DE ile kesişen XQ uçuşlarının SPO ve EXL¹⁰ fiyatlandırmaları XQ ile mutabakat halinde DE tarafından gerçekleştirilir. Bu husus ex AYT fiyatları için de geçerlidir.

Diğer XQ güzergahları için fiyatlandırmayı XQ kendisi yapar.

DE ile kesişen XQ uçuşlarının LM¹¹ fiyatlandırma uygulamaları (uçuş fiyatları) XQ ile mutabakat halinde DE tarafından gerçekleştirilir.

DE ile mutabakat halinde olmak üzere XQ kendi doldurma amaçlı kampanyalarını belirleyebilir.

⁶ Faaliyet günlerinde.

⁷ Özel teklif.

⁸ Antalya Havalimanı.

⁹ Hariç tutulan tarifeler.

¹⁰ (.....).

¹¹ Son dakika tarifi.

11-54/1431-507

Özel Koşullar

420 XQ uçuşları için boş koltuklar çerçevesinde 40 koltuğa kadar grup başvuruları DE tarafından işleme alınır. 41 kişiden itibaren grup başvuruları ise XQ ile mutabakat halinde işleme alınır.

XQ uçuşları FLM¹² tarifesi için de açılabilir.

XQ uçuşları EE¹³ tarifesi için de açılabilmeyle birlikte EEX ya da PEP tarifesi için açılmaz.

Fiyat türlerine ilişkin limitler XQ tarafından bütün XQ uçuşları tarafından serbestçe değiştirilebilir.”

I.2.4.7. 07.08.2009 Tarihinde Condor Yetkilisi (.....)'dan SunExpress Çalışanları (.....) ve (.....)'e Gönderilen E-posta

SunExpress vekilleri tarafından Kuruma gönderilen pişmanlık başvurusu ekinde yer alan ve 07.08.2009 tarihinde Condor yetkilisi (.....)'dan SunExpress çalışanları (.....)'e gönderilen e-posta mesajında aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

430 “Merhaba (.....), Merhaba (.....)

Pazartesiden itibaren fiyatlandırma kuralları geçerli oluyor. Güzergah başına 10 Avro daha düşük fiyatlar uygundur. Aradaki farkın daha büyük olması halinde Stefan gerekirse XQ fiyatlarını kesiştiği AYT uçuşlarının fiyatlarına uygun hale getirecek.

Bu durumda 24/25 ya da 26 Ağustos günlerinde deneyimlerimizi paylaşmak üzere bir toplantı koymayı öneriyorum.”

I.2.4.8. Thomas Cook (.....)'den Condor Yetkilisi (.....)'e Gönderilen E-posta

SunExpress vekilleri tarafından Rekabet Kurumu'na gönderilen pişmanlık başvurusu ekinde yer alan Thomas Cook (.....)'den Condor yetkilisi (.....)'e gönderilen e-posta mesajında şu ifadeler yer almaktadır:

440 “Merhaba (.....),

Burada çok büyük bir sorunumuz var. Rezervasyon sisteminde olduğu gibi fiyat anlaşması yapmaya kesinlikle izin verilmiyor, şöyle birkaç dakika sakın sakın düşünmem lazım en iyi şekilde nasıl hallederiz diye. Her halükarda şu sözleşmenin ortadan kaldırılması lazım. 31 Ekim itibarıyla altı aylık bir fesih süresi var, bu kadar uzun bir süre imkanı yok bekleyemeyiz. En iyisi çalışmamızı gerektirecek temeller (bağlı şirket) ortadan kalkmış olduğundan bir iptal sözleşmesi ya da onun gibi bir sözleşmede sadece rekabete aykırı fiyatlandırma değil, aynı zamanda XQ'nun uçuşları için seyahat acentelerine danışmanlık yapmamızdan da bahsediliyor ki bu da bizim aracılık faaliyetlerimize aykırı. Şu şeyi bir kere muhakkak ortadan kaldırmamız lazım.

450 ...”

I.2.5. Condor Tarafından Pişmanlık Başvurusu Kapsamında Sunulan Bilgi ve Belgeler

Kurul'un soruşturma açılması yönündeki kararını müteakip yapılan soruşturma bildirimini ile taraflara Kurul kararı ve önaraştırma raporu gönderilmiştir. Bu çerçevede Condor, yapmış olduğu pişmanlık başvurusunda, anlaşmalara ilişkin olarak önaraştırma raporunda yer verilen belgelere ilave bir bilgi veya belgeye sahip bulunmadığını ifade etmiştir.

Öte yandan, Condor, yapmış olduğu ilk yazılı savunma ile sonrasında sunmuş olduğu

¹² Lufthansa ve Condor çalışanları (ve akrabaları) için uygulanan özel bir tarife.

¹³ EE/EEX/PEP: Seyahat acenteleri çalışanları için özel tarifeler.

11-54/1431-507

460 belgelerde, Condor'un 2001-2009 yılları arasındaki ortaklık yapısı hakkında bilgi vermiştir. Buna göre 2001-Mayıs 2007 döneminde Condor, anlaşmaların diğer tarafı olan SunExpress'in %40 hissesini elinde bulundurmak suretiyle, THY ile birlikte SunExpress üzerinde ortak kontrole sahip olmuştur. Mayıs 2007'de Condor'un hisselerini Lufthansa'ya devretmesinin ardından ise, SunExpress'in ortak kontrolü THY ve Lufthansa tarafından yürütölmeye başlanmıştır. Öte yandan 2001-2007 yılları arasında Condor'un kontrolü Lufthansa ile Lufthansa ve KarstadtQuelle AG'nin ortak girişimi olan Thomas Cook AG'ye ait olmuştur. 2007 yılında ise Lufthansa'nın Thomas Cook'taki hissedarlığı sona ermiş ancak Şubat 2009'a kadar Condor'da %25 oranında hisseye sahip olmuştur.

470 Sunulan bilgilerde, Condor'un ana sözleşmesinin, Condor'un hisselerinin satılmasına ilişkin olarak tüm hissedarların onayının alınması gerektiğini öngördüğü belirtilmiştir. Ayrıca söz konusu tarihte Condor'da %25 oranında hissesi bulunan Lufthansa'nın Condor'un denetim kurulunda en az bir temsilci tarafından temsil edilebilme yetkisinin bulunduğu ve 2009 yılı Mart ayına kadar söz konusu kurulda bir üye ile temsil edildiği ifade edilmiştir. Taraf vekilince sunulan bilgilere göre, anılan şirket denetim kurulu ve yönetici müdürleri atamak, yılsonu rakamlarını onaylamak yetkisini haizdir. Bahsi geçen kurulun aynı zamanda belirli bir tutarın üzerindeki bazı işlemleri de (örneğin kuruluş, iştiraklerin devredilmesi, uçakların kiralanması) onaylaması gerektiği de verilen bilgiler arasındadır. Öte yandan Lufthansa'nın sahibi olduğu %25 oranındaki hissenin Condor üzerinde herhangi bir kontrole imkân veren araçları (veto yetkisi, imtiyazlı pay, denetim kurulunda yer alan Lufthansa temsilcisinin fiyatlama gibi şirketin olağan işlerine yönelik kararlarda belirleyici etkisinin bulunması vb.) sağlayıp sağlamadığı hususunda net bir bilgi sunulamamıştır.

I.3. İlgili Pazar

480 I.3.1. İlgili Ürün/Hizmet Pazarı

Pişmanlık başvurusunun ve bu kapsamda Kuruma iletilen bilgi ve belgelerin incelenmesinden, Condor ile SunExpress arasındaki pazarlama sözleşmelerinin ve işbirliğinin, SunExpress'in uluslararası uçuşları ile sınırlı olduğu ve bu kapsamda "seat-only" olarak tabir edilen sadece koltuk satışına ilişkin biletlerin fiyatının tespit edilmesine ve pazarlanmasına yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Bu çerçevede ilgili ürün pazarının, sadece "seat-only" biletlerini içerecek şekilde dar bir biçimde belirlenmesinin mümkün olduğu görölmektedir. Dolayısıyla, "tarifeli ve charter dış hat 'seat only' yolcu taşımacılığı hizmetleri pazarı" dosya bakımından ilgili ürün/hizmet pazarı olarak belirlenmiştir.

I.3.2. İlgili Coğrafi Pazar

490 Havayolu taşımacılığında "coğrafi pazar" tanımı, en dar anlamda kalkışın gerçekleştiği şehir ile varışın gerçekleştiği şehir arasındaki uçuş hattı şeklinde tanımlanmakta olup, dosyanın niteliğine göre uçuşun mesafesi, yolcuların özellikleri ve alternatif kalkış-varış noktalarının birbirine uzaklığı gibi hususlar dikkate alınarak daha geniş coğrafi pazar tanımlamaları da tercih edilebilmektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere, Sunexpress ile Condor arasındaki işbirliği, SunExpress'in uluslararası uçuşlarının bulunduğu bütün havayolu taşıma güzergâhlarını içermektedir. Bu çerçevede, inceleme konusu dosya bakımından ilgili coğrafi pazar "Almanya ve Türkiye arasındaki havayolu taşımacılığı (uçuş) hatları" olarak belirlenmiştir.

500

I.4. Değerlendirme

I.4.1. 4054 sayılı Kanun'un 4. Maddesi Çerçevesinde Değerlendirme

Soruşturmanın konusu SunExpress'in, Condor ile 2001, 2006, 2008 ve 2009 yıllarında yapmış olduğu fiyatlandırma anlaşmalarına ilişkin başvurusundan ibarettir. Kurulun 09.12.2009 tarih ve 09-58/1433-M sayılı kararı ile söz konusu başvuru, "Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik" in 4. maddesinin birinci fıkrası uyarınca pişmanlık başvurusu olarak kabul edilmiştir.

510 Esasen, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinde; *"Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır."* hükmüne yer verilerek, amacı veya etkisi rekabeti engelleme, sınırlama veya bozma olan teşebbüsler arası anlaşmalara, uyumlu eylemlere ve işletme birliklerinin kararlarına karşı genel bir yasaklama getirilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasının (a) bendinde ise mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kâr gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satış şartlarının tespit edilmesi yasaklanan haller arasında sayılmıştır. Bu bağlamda, Kanun'un 4. maddesi kapsamına giren, fiyat tespiti ve pazar paylaşımı gibi unsurlar içeren ve literatürde "hard-core ihlal" olarak nitelendirilen yatay anlaşmalar, ilgili pazarda etkilerinin olup olmadığına bakılmaksızın, amaçlarının rekabeti kısıtlamak olması 520 nedeniyle per se yasak kabul edilmektedirler. Nitekim 15.02.2009 tarih ve 27142 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik (Ceza Yönetmeliği)" nin 3. maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendine göre *"Fiyat tespiti, müşterilerin, sağlayıcıların, bölgelerin ya da ticaret kanallarının paylaşılması, arz miktarının kısıtlanması veya kotalar konması, ihalelerde danışıklı hareket konularında, rakipler arasında gerçekleşen, rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve/veya uyumlu eylemler"* kartel olarak tanımlanmaktadır. Bu çerçevede sözü edilen anlaşmalara, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi kapsamında muafiyet verilmesinin mümkün olmadığı değerlendirilmiştir.

530 Öte yandan, Kurum kayıtlarına 20.05.2010 tarih ve 4022 sayı ile intikal eden, SunExpress vekilleri tarafından gönderilen bilgi yazısında aşağıdaki ifadeler yer verilmiştir:

"Topix sistemine SunExpress bilet satış ofislerinde kullanılan Tourcomm web arayüzü aracılığıyla Türkiye'den ulaşmak mümkündür. Ayrıca, SunExpress'in internet sitesi olan "www.sunexpress.com" dışında "www.sunexpress.de" aracılığıyla da SunExpress uçuşlarını dünyanın herhangi bir yerinden ayırtmak mümkündür. Çünkü "www.sunexpress.de" internet sitesinin arkasında çalışan sistem de Topix sistemidir. Her ne kadar "seat only" müşterilerinin çoğu biletlerini Almanya'dan ve gidiş-dönüş (Almanya-Türkiye-Almanya) şeklinde satın alsa da Topix sistemine Türkiye'den de yukarıda belirtilen internet sitesi aracılığıyla ulaşmak ve Türkiye kalkışlı bilet ayırtmak mümkündür. Söz konusu bu yöntem geçmişte uygulanmış ve halen de uygulanmaktadır."

540 Yukarıda yer alan ifadelerden açıkça anlaşılacağı üzere, SunExpress ile Condor arasında gerçekleştirilen ihlal uygulamaları, sadece Almanya merkezli olarak ve Almanya sınırları içerisinde etki doğuracak şekilde değil, aynı zamanda dosya kapsamında belirlenen ilgili pazarda da etki doğuracak şekilde gerçekleştirilmiştir. Bu çerçevede, inceleme konusu anlaşmaların, Kanun'un "Kapsam" başlıklı 2. maddesi çerçevesinde Türkiye'deki mal veya hizmet piyasalarını etkilediği anlaşılmıştır.

I.4.2. Tarafların Savunmaları ve Savunmaların Değerlendirilmesi

550 **I.4.2.1. Soruşturmaya konu olan eylemlerin gerçekleştiği Şubat 2009'a kadar olan dönemde, Condor ve SunExpress'in Lufthansa bünyesinde aynı ekonomik bütünlük içerisinde yer aldığı, bu durumun Alman Rekabet Otoritesi tarafından da kabul gördüğü, bu itibarla yalnızca Şubat 2009-Kasım 2009 tarihleri arasındaki dönemin ihlal olarak değerlendirilebileceği, dolayısıyla ihlalin süresinin bir yıldan kısa olduğu iddiası.**

Dosya mevcudu bilgilere göre, Mayıs 2007'de Condor'un hisselerini Lufthansa'ya devretmesinin ardından, SunExpress'in ortak kontrolü THY ve Lufthansa'nın eline geçmiştir. Öte yandan 2001-2007 yılları arasında Condor'un kontrolü Lufthansa ile Lufthansa ve KarstadtQuelle AG'nin ortak girişimi olan Thomas Cook AG'ye ait olmuştur. 2007 yılında ise Lufthansa'nın Thomas Cook'taki hissedarlığı sona ermiş, öte yandan, Şubat 2009'a kadar Condor'da %25 oranında hisseye sahip olmuştur.

560 Ancak, yetkililerce raportörlere sunulan bilgi ve belgeler, Lufthansa'nın sahibi olduğu %25 oranındaki hissenin, bu şirketin Condor üzerinde kontrolüne imkân veren araçları (veto yetkisi, imtiyazlı pay, denetim kurulunda yer alan Lufthansa temsilcisinin fiyatlama gibi şirketin olağan işlerine yönelik kararlarda belirleyici etkisinin bulunması vb.) sağladığını göstermemektedir.

I.4.2.2. Havayolu taşımacılığında ciro hesaplanırken biletin satıldığı yerde elde edilen gelirin dikkate alındığı, bu sebeple muhtemel bir idari para cezası takdirinde satış noktası yahut kalkış noktası yöntemlerinden biri tercih edilerek yalnızca Türkiye'den elde edilen gelirin esas alınması gerektiği, aksi durumda, mevcut rekabet ihlaline ilişkin olarak Alman Rekabet Otoritesi tarafından da verilmiş bir idari para cezası olduğu göz önünde bulundurulduğunda *ne bis in idem* ilkesinin zedelenmiş olacağı iddiası.

570 Condor tarafından yapılan savunmada, para cezası verilmesi halinde hesaplama yapılırken satış noktası metodu (bilet satışından elde edilen gelirin biletin satıldığı ülkeye atfedilmesi) veya bu yöntemin benimsenmemesi durumunda kalkış noktası metodunun (bilet satışından elde edilen gelirin kalkış noktası olan ülkeye atfedilmesi) tercih edilmesi gerektiği belirtilmiştir.

İhlale konu eylemler, gerek Almanya kalkış-Türkiye varışlı gerekse Türkiye kalkış-Almanya varışlı hatlardaki uçuşlara yönelik bilet satışının gerçekleştirilebildiği sistem üzerinden fiyat tespiti yapılmasına ilişkindir. Belirtilen husustan hareketle, 4054 sayılı Kanun'un 2. maddesi dikkate alınarak, belirtilen eylemlerin Türkiye pazarını etkilediği daha önce ifade edilmiştir. Öte yandan Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik (Ceza Yönetmeliği)'in 5. maddesi uyarınca temel para cezasının hesaplanmasında, ilgili teşebbüslerin "*nihai karardan bir önceki mali yılsonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yılsonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin*" esas alınacağı belirtilmiş olup, ciroya esas teşkil edecek olan gelirin, yalnızca Türkiye coğrafi pazarında elde edilen gelir ile sınırlı olduğu yönünde herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

I.4.3. Ceza Miktarının Takdirine İlişkin Değerlendirme

590 Soruşturma kapsamında yapılan inceleme ve değerlendirmeler sonucunda, tarifeli ve charter "dış hat seat only" yolcu taşımacılığı hizmetleri pazarında faaliyet gösteren Condor ve SunExpress'in çeşitli anlaşmalar vasıtasıyla Almanya-Türkiye arasındaki uçuşlarda belli bir süre rekabete aykırı davranışlarda bulunmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettikleri anlaşılmıştır. Buna göre ihlale taraf olduğu anlaşılan teşebbüslere uygulanacak yaptırım 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi ve 15.02.2009 tarih ve 27142 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim

11-54/1431-507

Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" (Ceza Yönetmeliği) hükümleri uyarınca belirlenmiştir.

600 Soruşturma konusu eylemlerin hukuki niteliği dikkate alınarak, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi ve Ceza Yönetmeliği'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca taraflar bakımından uygulanacak olan temel para cezası; ilgili teşebbüslerin nihai karardan bir önceki mali yılsonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde ikisi esas alınarak hesaplanmıştır. Bu çerçevede cezaya esas teşkil eden gayri safi gelir ise 4054 sayılı Kanun'un 2. maddesinden hareketle Almanya kalkış-Türkiye varışlı ve Türkiye kalkış-Almanya varışlı hatlardan elde edilen gelir olarak değerlendirilmiştir.

Yanı sıra Ceza Yönetmeliği'nin mezkûr maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca temel para cezasının takdirinde ihlalin süresi de dikkate alınmıştır. Yapılan inceleme ve değerlendirmeler sonucunda ihlalin süresinin bir yıldan uzun ve beş yıldan kısa olduğu anlaşılmış, bu sebeple Ceza Yönetmeliği'nin 5. maddesinin üçüncü fıkrasının (a) bendi çerçevesinde ceza miktarı yarısı oranında arttırılmıştır.

610 Öte yandan işaret edilen anlaşmanın taraflarından SunExpress'in pişmanlık başvurusunda bulunmuş olması, yapılan başvurunun Pişmanlık Yönetmeliği'nde öngörülen koşulları taşıması ve bu sebeple Pişmanlık Yönetmeliği'nin 4. maddesi kapsamında başvurunun Kurul tarafından kabul edilmiş olması sebebiyle, SunExpress tam bağışlıktan yararlanmıştır. Benzer şekilde Condor da pişmanlık başvurusunda bulunmuş, ancak başvurunun ikinci sırada olması sebebiyle, söz konusu başvuru Kurul tarafından Pişmanlık Yönetmeliği'nin 5. maddesi çerçevesinde ceza indrimi talebi olarak değerlendirilerek kabul edilmiştir. Bu nedenle Condor bakımından uygulanacak olan para cezasının, Pişmanlık Yönetmeliği'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca yarısı oranında indirilmesi uygun görülmüştür.

J. SONUÇ

10.06.2010 tarih, 10-42/724-M sayılı Kurul kararı uyarınca yürütülen soruşturma ile ilgili olarak düzenlenen rapora ve ek görüşe, toplanan delillere, yazılı savunmalara, sözlü savunma toplantısında yapılan açıklamalara ve incelenen dosya kapsamına göre;

620 1. Güneş Ekspres Havacılık A.Ş. ve Condor Flugdienst GmbH'nin akdettikleri dağıtım anlaşmaları çerçevesinde fiyat tespiti yapmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiklerine OYBİRLİĞİ ile,

2. Bu nedenle, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16. maddesinin üçüncü ve beşinci fıkrası ile "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar İle Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" in 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi, ikinci fıkrası, üçüncü fıkrasının (a) bendi uyarınca adı geçen teşebbüslere idari para cezası verilmesine Kurul Üyesi Reşit GÜRPINAR'ın farklı gerekçesi ve OYBİRLİĞİ ile,

630 3. Ancak Güneş Ekspres Havacılık A.Ş.'nin "Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik" in 4. maddesi kapsamında pişmanlık başvurusunda bulunmuş ve söz konusu başvurunun Rekabet Kurulunun 09.12.2009 tarih ve 09- 58/1433-MP sayılı kararı uyarınca kabul edilmiş olması sebebiyle, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin altıncı fıkrası ve anılan Yönetmeliğin 4. maddesinin birinci fıkrası uyarınca adı geçen teşebbüse idari para cezası verilmesine yer olmadığına OYBİRLİĞİ ile,

4. Condor Flugdienst GmbH'nin ise "Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik" in 5. maddesi çerçevesinde ceza indrimi talebinde bulunmuş ve söz konusu başvurunun Rekabet Kurulunun 02.06.2011 tarih ve 11-33/741-MP sayılı kararı

11-54/1431-507

640

uyarınca kabul edilmiş olması sebebiyle, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin altıncı fıkrası ve anılan Yönetmeliğin 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca adı geçen teşebbüse 2009/2010 mali yılı sonunda oluşan ve Kurul tarafından belirlenen yıllık gayri safi gelirlerinin taktiren % 1,5'i oranında olmak üzere 733.016,80 TL* idari para cezası verilmesine Kurul Üyesi Reşit GÜRPINAR'ın farklı gerekçesi ve OYBİRLİĞİ ile

Danıştay yolu açık olmak üzere karar verilmiştir.

(2. ve 4. maddelere
farklı gerekçe)

*2010 yılı TCMB döviz alış kuru ortalaması (1,98795 TL) esas alınarak hesaplanmıştır.

Rekabet Kurulu'nun 27.10.2011 Tarih ve 11- 54/1431- 507 Sayılı Kararına

FARKLI GEREKÇE

Kurulumuz mezkur Kararının, 1.fıkrasında; Güneş Ekspres Havacılık A.Ş. ve Condor Flugdienst GmbH'nin akdettikleri dağıtım anlaşmaları çerçevesinde fiyat tespiti yapmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiklerine, 2.fıkrasında bu nedenle, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16. maddesinin üçüncü ve beşinci fıkrası ile "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar İle Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" in 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi, ikinci fıkrası, üçüncü fıkrasının (a) bendi uyarınca adı geçen teşebbüslere idari para cezası verilmesine, 3.fıkrasında; ancak Güneş Ekspres Havacılık A.Ş.'nin "Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik" in 4. maddesi kapsamında pişmanlık başvurusunda bulunmuş ve söz konusu başvurunun Rekabet Kurulunun 09.12.2009 tarih ve 09- 58/1433-MP sayılı kararı uyarınca kabul edilmiş olması sebebiyle, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin altıncı fıkrası ve anılan Yönetmeliğin 4. maddesinin birinci fıkrası uyarınca adı geçen teşebbüse idari para cezası verilmesine yer olmadığına. 4.fıkrasında ise; Condor Flugdienst GmbH'nin de "Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik" in 5.maddesi çerçevesinde ceza indirim talebinde bulunmuş ve söz konusu başvurunun Rekabet Kurulunun 02.06.2011 tarih ve 11-331741-MP sayılı kararı uyarınca kabul edilmiş olması sebebiyle, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin altıncı fıkrası ve anılan Yönetmeliğin 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca adı geçen teşebbüse 2009/2010 mali yılı sonunda oluşan ve Kurul tarafından belirlenen yıllık gayri safi gelirlerinin taktiren % 1,5'i oranında olmak üzere 733.016,80 TL idari para cezası verilmesine karar vermiş bulunmaktadır. Anılan bu para cezası belirlenirken 4054 sayılı yasa ile birlikte, yukarıda belirtilen Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin yönetmelik'in ilgili hükümlerinin uygulanarak temel para cezaları baz alınarak verilen ceza miktarının sonuç olarak katılmakla birlikte gerekçe yönünden, aşağıda belirteceğim nedenlerle kararın 2 ve 4.fıkralarına katılmıyorum.

4054 Sayılı "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16.maddesinin 4.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." 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 bulunmaktadır.

Bu hükümleri yorumlarsak; Yasa Koyucu, maddenin 4.fıkrası ile verilecek cezalarda alt sınır koymayıp, sadece üst sınırı belirleyerek cezaların nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın

11-54/1431-507

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. 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.

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.

Yukarıda açıkça görüleceği üzere Yasa Koyucu 16.maddeye göre verilecek cezalarda; alt sınır koymayıp, sadece üst sınırı belirleyerek cezaların yüzde ona kadar verileceğini hükme bağlamasına ve Rekabet Kurulu’na yukarıda geniş olarak açıkladığımız 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 üç oranında şeklinde ceza verilmesi öngörülmüştür.

Yönetmelikler, Kamu Kuruluşlarının kendi görev alanlarına giren konularda yasa ve tüzük uygulanmasına yönelik yönetsel anlamdaki hukuk kurallarıdır. Anayasanın 124.maddesine göre Başbakanlık, Bakanlıklar ve Kamu Kuruluşları görev alanları ile ilgili yasa ve tüzüklerin uygulanmasını belirleyen yönetmelik çıkarabilir. Anayasa’mızın

11-54/1431-507

11.maddesinin 2.fıkrasına göre Kanunlar Anayasa'ya aykırı olamayacağı gibi, bu kuraldan hareketle hukukun genel ilkelerine göre; yönetmelikler 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. Yeni bir hüküm koyamaz.

Yine, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun "Suçta ve cezada kanunilik ilkesi" başlığı altındaki 2.maddesinin 2.fıkrasında aynen "İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.", yine 3.fıkrasında da "Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz." hükümleri bulunmaktadır. Rekabet Kurulu, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in; 5.maddesi ile Ceza Kanunu'muzun 2.maddesinin 2.fıkrasına aykırı olarak yasa ile yüzde ona kadar ceza verme hükmünü daraltarak, belli ceza miktarları belirleyerek adeta kendisini Yasa Koyucu yerine koymuştur. Yine 4054 sayılı Yasada kartel suçu şeklinde bir tanım yapılmamasına rağmen Yönetmelikle kartel kabahati getirilmiş ve bu kabahat türü için ayrı bir ceza miktarı öngörülmüştür. Bu kabahat tipi yaratma ve bu kabahat tipine ceza belirlenmesi yukarıda belirttiğim gerekçelerle hukuka aykırıdır.

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 alt sınır konulması ve yeni, bir üst sınır konulması 4054 sayılı yasanın 16.maddesine aykırıdır. Öte yandan 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 yetkisini aşmaktadır. 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 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 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.

Rekabet ihlaline konu olayın büyük bir bölümü 2009 yılı öncesine aittir. 4054 sayılı Kanun'un yukarıda yer verilen maddelerine dayanılarak "4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 4 üncü ve 6 ncı maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyeleri ile bunların yönetici ve çalışanlarına, aynı kanunun 16 ncı maddesi gereğince verilecek para cezasının tespitine ilişkin usul ve

11-54/1431-507

esasları düzenlemek” amacıyla hazırlanan “Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik” 15.2.2009 tarih ve 27142 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Anılan Yönetmeliğin geçici 1. maddesinde Yönetmelik hükümlerinin yürürlüğe girmesinden önce başlatılan ancak soruşturma raporu tebliğ edilmemiş olan soruşturmalar hakkında da uygulanacağı hükmü yer almaktadır. Yönetmeliğin, yürürlük tarihinden sonra meydana gelen kabahatler açısından uygulanması ve lehe olan hüküm kuralı gereği, açık hukuk normu esasları da dikkate alınmak koşuluyla geçmişe geçerli olabileceği açıktır.

Ceza Hukukunun temel konularından biriside, ceza kanunlarının zaman bakımından uygulanmasıdır. Zaman bakımından uygulama konusunda baz alınan husus **suçun işlendiği** tarihtir. Nitekim, 30.03.2005 gün ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 5/1 maddesinin yaptığı yollama ile uygulanacak olan Türk Ceza Kanununun “ZAMAN BAKIMINDAN UYGULAMA” başlıklı 7.maddesinin 2.fıkrasında “Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur.” hükmü getirilmiştir. Yönetmeliğin yürürlük tarihinden önce meydana gelen olaylar hakkında, açık hukuk normu kuralları dikkate alınmak şartıyla, lehe olan hüküm kuralı dışında geçmişe uygulanması mümkün bulunmadığı gibi, bir ceza uygulamasında, soruşturma tarihini, kararın verildiği tarihi veya bir başka tarihi ceza uygulamasında esas almak mümkün değildir. Ceza miktar ve oranlarını belirleyen bu yönetmeliğin geçici birinci maddesi ile daha önce işlenen ve soruşturma aşamasında bulunan suçlara teşmil edilmesi de yasaya ve hukukun genel ilkelerine aykırıdır. Böyle bir uygulamanın benimsenmesi, halinde aynı tarihte suç işleyenler yönünden soruşturma tarihinin farklı olması halinde farklı cezalar uygulanabilecektir. Bu durum da eşitsizliğe yol açacaktır.

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. Bu yani rekabet otoritesinin verdiği “İdari Para Cezası”dır. Bu nedenle yönetmelikte geçen para cezası kavramı ceza kanununa aykırıdır.

Karara karşı olduğum bir hususta şudur; Kurulumuz Kararının 2 ve 4 nolu hüküm fıkralarına göre; “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 (a) bendi, ikinci fıkrası, üçüncü fıkrasının (a) bendi ve 6. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi hükümleri uyarınca anılan teşebbüse 2009/2010 mali yılı sonunda oluşan ve Kurul tarafından belirlenen yıllık gayri safi gelirlerinin taddiren % 1,5’i oranında olmak üzere 733.016,80 TL idari para cezası verilmesine” karar vermiştir. Bu şekilde kaleme alınan hüküm fıkrası açık değildir. Ceza kararlarında hüküm fıkralarının açık olması

bir başka deyişle ceza hükmünün hakkında soruşturma yapılan ve ceza verilen tarafça açıkça anlaşılması gerekir. Ceza hükümlerinde ceza olarak hangi oranın alındığı, arttırım ve indirimlerin neler olduğu belirtilerek, parasal hesaplamalarda madde madde yapılarak sonuç cezanın verildiğinin açıkça anlaşılabilir bir şekilde yazılması gerekir. Olayımızda Kurulumuz Kararında hüküm fıkrasını bu şekilde yazmamış sadece yukarıda belirttiğim gibi 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi ve "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" in 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi, ikinci fıkrası, üçüncü fıkrasının (a) bendi ve 6. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi hükümleri uyarınca, 2009/2010 mali yılı sonunda oluşan gayri safi gelirinin yüzde 1.5 oranında olmak üzere; para cezası verilmesine şeklinde belirtmiştir. Teşebbüslere verilen cezada, ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenler olarak anılan yönetmeliğin 6.maddesinde öngörülen hangi unsurların dikkate alındığı hüküm fıkrasından anlaşılmamaktadır.

Bu nedenlerle karara sonuç olarak katılmakla birlikte gerekçeler yönünden katılmıyorum.

Reşit GÜRPINAR
Kurul Üyesi