

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2019-1-054 (Soruşturma)
Karar Sayısı : 21-20/247-104
Karar Tarihi : 08.04.2021

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Birol KÜLE
Üyeler : Arslan NARİN (İkinci Başkan), Şükran KODALAK,
Ahmet ALGAN, Hasan Hüseyin ÜNLÜ, Ayşe ERGEZEN

B. RAPORTÖRLER: Ebru İNCE, Bilge YILMAZ, Öykü SARIASLAN,
Emine HARMANKAYA, Ömer Mert AKÇİL

C. BAŞVURUDA

BULUNAN : - Gizlilik talebi bulunmaktadır.

D. HAKKINDA SORUŞTURMA

YAPILANLAR : - Magmaweld Uluslararası Tic. A.Ş.
Temsilcisi: Av. Turgan GÜRMENT
Akat Mah. Meydan Cad. Meydan Apt. No:6/9 Beşiktaş/İstanbul
- Oerlikon Kaynak Elektrodları ve Sanayi A.Ş.
Temsilcisi: Av. Turgan GÜRMENT
Aynı adreste
- Kaynak Tekniği San. ve Tic. A.Ş.
Temsilcisi: Av. Ömür YARSUVAT
Eski Büyükdere Cad. No:22 Kat:11 Park Plaza 34398
Maslak/İstanbul
- Gedik Kaynak Sanayi ve Tic. A.Ş.
Şeyhli Ankara Cad. No:306 Pendik/İstanbul

(1) **E. DOSYA KONUSU:** Kaynak sektöründe faaliyette bulunan teşebbüslerin birlikte hareket etmek suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'u ihlal ettikleri iddiası.

(2) **F. İDDİALARIN ÖZETİ:** Rekabet Kurumu (Kurum) kayıtlarına 29.07.2019 tarih ve 4977 sayılı ile giren gizlilik talepli başvuruda özetle;

- Kaynak Tekniği Sanayi ve Ticaret A.Ş.'de (ASKAYNAK) bulunan Eczacıbaşı Holding A.Ş. ile Eczacıbaşı Yatırım Holding A.Ş.'ye (ECZACIBAŞI GRUBU) ait sırasıyla %33,7132 ve %15,8596 oranlarındaki hissenin, 11.07.2019 tarihinde Ticaret Sicil Gazetesi'nde de ilan edildiği üzere, Lincoln Electric France S.A.S (LINCOLN ELECTRIC) tarafından devralındığı; devir işlemi sonrasında LINCOLN ELECTRIC'in daha önce ASKAYNAK'ta sahip olduğu %50 hissedarlıkla birlikte toplamda %99,5728 oranında paya sahip olduğu,
- Oerlikon Kaynak Elektrodları ve Sanayi A.Ş.'nin (OERLIKON) %21 hissesinin European Holding Interoto¹ (EUROPEAN) ait olduğu, bu firmanın yakın zamanda Lincoln Electric Holdings, Inc. (LINCOLN) tarafından devralındığı, bu durumda %21 hissenin LINCOLN'e, kalan hisselerin yerli hissedara ait olduğu, LINCOLN'ün aynı zamanda şirketin yönetiminde söz sahibi olduğu,

¹ Diğer unvanı: Europäische Holding Intercito GmbH

- Kaynak sektöründe temelde üç firmanın faaliyette bulunduğu, bu firmaların ASKAYNAK, OERLIKON ve Gedik Kaynak Sanayi ve Ticaret A.Ş. (GEDİK) olduğu, bahse konu devralma işleminin birlikte hâkim durum yarattığı ve pazarı koordinasyona daha elverişli hale getirdiği

hususları ifade edilmiştir.

- (3) **G. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına intikal eden söz konusu başvuru üzerine hazırlanan 20.09.2019 tarihli ve 2018-1-054/İİ sayılı İlk İnceleme Raporu, Rekabet Kurulunun (Kurul) 26.09.2019 tarihli toplantısında görüşülmüş ve 19-33/493-M sayı ile 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) 40. maddesinin birinci fıkrası uyarınca önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir.
- (4) Önaraştırma safhasında, 31.10.2019 tarihinde ASKAYNAK, GEDİK, OERLIKON ve Magmaweld Uluslararası Ticaret A.Ş. (MAGMAWELD) isimli teşebbüslerde yerinde inceleme yapılmıştır. İnceleme esnasında ve sonraki süreçlerde teşebbüslerden bilgi ve belge talebinde bulunulmuş; söz konusu cevabi yazılar sırasıyla 15.11.2019-20.11.2019 tarihlerinde Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.
- (5) 31.10.2019 tarihinde gerçekleştirilen yerinde incelemelerde elde edilen bilgi ve belgeler doğrultusunda 18.12.2019 tarihinde ASKAYNAK, GEDİK, OERLIKON ve MAGMAWELD'de ikinci kez yerinde inceleme gerçekleştirilmiştir. Buna ek olarak oluşturulan örneklem kapsamında yer alan ürünlerin 2011-2019 yıllarında gerçekleşen aylık fiyat ve maliyet bilgileri; aylık ihracat miktar ve değerleri ile yurt içi satış miktar ve değerlerine ilişkin bilgi talebinde bulunulmuştur. Söz konusu cevabi yazılar sırasıyla 27.12.2019-13.02.2020 tarihlerinde Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.
- (6) Yapılan incelemeler sonucunda hazırlanan 28.11.2019 tarih ve 2019-1-054/ÖA sayılı Önaraştırma Raporu ile 18.02.2020 tarih ve 2019-054/BN-2 sayılı Bilgi Notu Kurulun 20.02.2020 tarihli toplantısında görüşülerek 20-11/138-M sayı ile ASKAYNAK, GEDİK, OERLIKON ve MAGMAWELD hakkında 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına karar verilmiştir. Aynı toplantıda Kuruma dosya kapsamında iletilen şikâyette ASKAYNAK'ın tam kontrolünün LINCOLN tarafından devralınması ve LINCOLN'un OERLIKON'da sahip olduğu azınlık hissedarlığına ilişkin yer verilen iddialar da ele alınmış, bu iddialar itibarıyla soruşturma açılmasına gerek olmadığına 20-11/138-76 sayı ile karar verilmiştir.
- (7) Soruşturma kapsamında 03.03.2020 tarihinde ASKAYNAK, GEDİK ve OERLIKON ve MAGMAWELD'e soruşturma bildirimleri elden tebliğ edilerek yerinde inceleme yapılmış ve teşebbüslerden bilgi talebinde bulunulmuştur. Yerinde inceleme esnasında talep edilen bilgi ve belgeler ASKAYNAK'tan 10.03.2020 tarih, 2511 sayı ve 08.05.2020 tarih, 4298 sayı; MAGMAWELD'den 12.03.2020 tarih, 2581 sayı ve GEDİK'ten 16.03.2020 tarih, 2698 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.
- (8) Soruşturma taraflarının birinci yazılı savunmaları kanuni süresi içinde Kurum kayıtlarına iletilmiştir. Ayrıca soruşturma kapsamında taraflardan bilgi talebinde bulunulmuş olup söz konusu cevabi yazılar sırasıyla 14.05.2020-18.11.2020 tarihlerinde Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.
- (9) Ek olarak, soruşturma sürecinde Başkanlık Makamı'nın 22.05.2020 tarihli oluru ile soruşturma tarafı teşebbüslerin fiyatlama davranışlarının iletişime karine teşkil eder bir düzende gelişip gelişmediğinin tespitine yönelik olarak Ekonomik Analiz ve Araştırma Dairesi Başkanlığının (EAAD) görüşüne başvurulmuştur. EAAD ile yapılan görüşme sonucunda teşebbüslerden 10.06.2020 tarihinde bilgi talebinde bulunulmuş, cevabi yazılar ASKAYNAK'tan 26.06.2020 tarih, 6390 sayı; MAGMAWELD'den 26.06.2020

tarih, 6368 sayı ve GEDİK'ten 29.06.2020 tarih, 6441 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir. Takiben EAAD tarafından 26.10.2020 tarihinde konuya ilişkin rapor hazırlanmıştır.

- (10) Kurulun 24.07.2020 tarih ve 20-35/466-M sayılı kararı ile soruşturma süresinin, 4054 sayılı Kanun'un 43. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "*Gerekli görüldüğü hallerde bir defaya mahsus olmak üzere Kurul tarafından 6 aya kadar ek süre verilebilir.*" hükmü uyarınca, soruşturmanın süresinin bitiminden itibaren üç ay uzatılmasına karar verilmiştir.
- (11) Soruşturma Heyeti tarafından yapılan inceleme, değerlendirme ve tarafların ilk yazılı savunmaları da dikkate alınarak hazırlanan Soruşturma Raporu ve ekleri 20.11.2020 tarihinde Kurul üyeleri ve taraflara tebliğ edilmiştir. Anılan Soruşturma Raporu'nun taraflara tebliğinin ardından ASKAYNAK tarafından Kurum kayıtlarına 15.12.2020 tarih ve 13507 sayı ile intikal eden süre uzatım talepli yazısı 24.12.2020 tarih ve 20-55/772-M sayılı Kurul toplantısından görüşülmüş ve ASKAYNAK'ın ikinci yazılı savunma süresinin, bitiminden itibaren 30 gün uzatılmasına karar verilmiştir. Devam eden süreçte MAGMAWELD, OERLIKON, GEDİK ve ASKAYNAK'ın ikinci yazılı savunmaları sırasıyla 23.12.2020 tarih, 13908 sayı; 23.12.2020 tarih, 13309 sayı; 25.12.2020 tarih, 13955 sayı ve 25.01.2021 tarih, 14635 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.
- (12) Tarafların ikinci yazılı savunmaları çerçevesinde hazırlanan 08.02.2021 tarih ve 2019-1-054/EG sayılı Ek Görüş, Kurul üyeleri ve ilgili teşebbüslere tebliğ edilmiştir.
- (13) Tarafların Ek Görüşü takiben gönderilen üçüncü yazılı savunmaları ise MAGMAWELD, OERLIKON, ASKAYNAK ve GEDİK tarafından sırasıyla 05.03.2021 tarih, 15719 sayı; 05.03.2021 tarih, 15720 sayı; 11.03.2021 tarih, 15877 sayı ve 15.03.2021 tarih, 15949 sayı ve ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.
- (14) Kurul; yürütülen soruşturma ile ilgili olarak düzenlenen Rapor'a, Ek Görüş'e, toplanan delillere, yazılı savunmalara ve incelenen dosya kapsamına göre 08.04.2021 tarih ve 21-20/247-104 sayı ile nihai kararı tesis etmiştir.
- (15) **H. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** İlgili Rapor ve Ek Görüş'te, haklarında soruşturma yürütülen MAGMAWELD/OERLIKON, ASKAYNAK ve GEDİK'in;
 - a) 2011 yılında kaynak sektöründe ürünlerin fiyatlarını birlikte belirlemek suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettikleri, ancak rekabet karşıtı anlaşmayı ortaya koyan belgelere isnat edilen rekabet ihlalinin zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi uyarınca idari para cezası uygulanmasına yer olmadığı,
 - b) Devam eden dönemlere ilişkin olarak ise 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiklerine yönelik yeterli bilgi, belge ve bulgunun bulunmadığı, dolayısıyla bahsi geçen teşebbüsler tarafından 4054 sayılı Kanun'un ihlal edilmediği ifade edilmiştir.

I. İNCELEME, GEREKÇE VE HUKUKİ DAYANAK

I.1. Hakkında Soruşturma Yapılan Teşebbüsler

- (16) Soruşturma tarafı teşebbüsler özelinde bilgilere geçmeden önce konunun açıklığına katkı sağlayacağından hareketle, sektörün genel gelişimine teşebbüsler arasında devralmalar yoluyla ortaya çıkan bağlantılara aşağıda yer verilmiştir.

- (17) Kaynak sektörünün üç büyük oyuncusundan biri olan GEDİK aile şirketi niteliğinde olup, şirketin kuruluşundan bu yana ortaklık ve kontrol yapısında değişikliğe yol açacak devirler söz konusu olmamıştır.
- (18) Sektördeki bir diğer büyük oyuncu olan ASKAYNAK'ın %(.....) hissesi Kurulun 18.06.1998 tarih ve 70/534-88 sayılı kararı ile LINCORN tarafından devralınmış, bu devralma ile birlikte şirket üzerinde LINCORN ve Eczacıbaşı Grubunun² ortak kontrolü tesis edilmiştir. Bu tarihten itibaren ASKAYNAK kendi markalarının yanı sıra LINCORN markalarını da taşıyan ürünlerin satışını yapmaya başlamıştır. Kurulun 20.06.2019 tarih ve 19-22/322-141 sayılı kararıyla ise ASKAYNAK, LINCORN'ün tek kontrolüne geçmiştir.
- (19) LINCORN'ün 2017 yılında Air Liquid Welding AG'yi devralmasıyla EUROPEAN'ın tek kontrolü dolaylı olarak LINCORN'e geçmiş, EUROPEAN'ın OERLIKON'da sahip olduğu %(.....) oranında kontrol hakkı vermeyen azınlık payı³ da bu devralmayla dolaylı olarak LINCORN'e ait hale gelmiştir. OERLIKON'un tek kontrolü şirkette çoğunluk hisse sahibi Zaimoğlu Holding A.Ş.'de (ZAIMOĞLU) bulunmaktadır.
- (20) OERLIKON Türkiye'de 1957 yılında Oerlikon Bührle AG'den *Oerlikon* markasına ilişkin aldığı lisans ile faaliyette bulunmaktadır. Mevcut durumda *Oerlikon* marka ve lisansına yönelik olarak⁴ Oerlikon Schweisstechnik AG ile OERLIKON arasında akdedilmiş olan (.....) bulunmaktadır. LINCORN ise Oerlikon Schweisstechnik AG'nin %(.....) payına sahiptir. Dolayısıyla 2017 yılında gerçekleşen Air Liquid Welding AG devralmasıyla LINCORN, OERLIKON'a lisans veren firma konumuna gelmiştir.
- (21) ZAIMOĞLU, bu süreçte kendi markasını yaratmaya yönelmiş ve nihayetinde kendi yerli üretim markası olan *Magmaweld* markası yaratılmıştır. ZAIMOĞLU bünyesinde yer alan OERLIKON ve MAGMAWELD şirketleri *Oerlikon* ve *Magmaweld* markalı ürünlerin satışını da gerçekleştirmektedir. OERLIKON'un mevcut durumda satışlarının çoğunluğunu *Magmaweld* markası altında gerçekleştirdiği, *Oerlikon* markalı ürünlerin satışlardan %(.....)'ün altında pay aldığı görülmektedir. Bu çerçevede, OERLIKON, örtülü kaynak elektrodları pazarında *Magmaweld* ve *Oerlikon* markası ile; MIG/MAG-TIG kaynak telleri pazarında *Magmaweld* markası ile; özlü teller pazarında *Magmaweld* markası ile; tozaltı tozları ve telleri pazarında *Magmaweld* markası ile faaliyette bulunmaktadır.

I.1.1. Oerlikon Kaynak Elektrodları ve Sanayi A.Ş. (OERLIKON)

- (22) ZAIMOĞLU'nun tek kontrolünde bulunan OERLIKON, ZAIMOĞLU bünyesinde üretici ve ithalatçı firma konumunda iken, MAGMAWELD ise ürünlerin ticaretini yapan firma konumundadır.
- (23) 1957 yılında İstanbul'da kurulan OERLIKON'un merkezi İstanbul'da olup, üretim alanları ise Manisa Organize Sanayi Bölgesi'nde yer almaktadır. Mevcut durumda ZAIMOĞLU bünyesinde faaliyet gösteren OERLIKON, kaynak sektöründe ürettiği ve ithal ettiği ürünleri aynı gruba dâhil MAGMAWELD aracılığı ile yurtiçi ve yurtdışı

² Bağlı şirketlerinden Eczacıbaşı Holding A.Ş. (ECZACIBAŞI HOLDİNG) ile Eczacıbaşı Yatırım Holding Ortaklığı A.Ş. (ECZACIBAŞI YATIRIM).

³ Öneri kapsamında Kuruma iletilen şikâyetle söz konusu azınlık hakkının LINCORN'e, OERLIKON üzerinde kontrol hakkı verdiği iddiası da ele alınmış, ancak yapılan incelemede fiili veya sözleşmesel kontrol iddiasını destekler bilgi ve belgeye ulaşılamadığından iddia 20-11/138-76 sayı ile reddedilmiştir.

⁴ Ayrıca, OERLIKON ile EUROPEAN arasında bir (.....) bulunmaktadır ve LINCORN, EUROPEAN'ı kontrol etmektedir.

pazarlara satmaktadır. OERLIKON'un mevcut durumda %(.....) hissesi Europaische Holding Intercito GmbH'a⁵, %(.....) hissesi ise ZAİMOĞLU'na aittir.

- (24) OERLIKON, (i) inşaat ve kaynaklı imalat ve tamir bakım işlerinde kullanılmak üzere *Magmaweld* ve *Oerlikon* markaları ile örtülü kaynak elektrotları; (ii) otomotiv, ağır taşımacılık, makine imalatı ve beyaz eşya imalatında kullanılmak üzere *Magmaweld* markası ile MIG/MAG-TIG kaynak telleri; (iii) gemi inşaatı, ağır taşımacılık ve makine imalatında kullanılmak üzere *Magmaweld* markası ile özlü teller; (iv) gemi inşaatı, ağır taşımacılık ve konstrüksiyon, basınçlı kalıpların imalatı ile makine imalatında kullanılmak üzere *Magmaweld* markası ile tozaltı tozları ve telleri üretmektedir.
- (25) OERLIKON (.....) dönüşmüştür.
- (26) Mevcut durumda ZAİMOĞLU bünyesinde yer alan OERLIKON ve MAGMAWELD şirketleri *Oerlikon* ve *Magmaweld* markalı ürünlerin yanı sıra LINCOLN'e ait bazı markalı ürünlerin satışını da gerçekleştirmektedir. OERLIKON'un mevcut durumda satışlarının çoğunluğunu *Magmaweld* markası altında gerçekleştirdiği, *Oerlikon* markalı ürünlerin satışlardan %(.....)'ün altında pay aldığı görülmektedir.

I.1.2. Magmaweld Uluslararası Ticaret A.Ş. (MAGMAWELD)

- (27) Kaynak ürünleri ticaretini yapan ve %(.....) hisse oranı ile ZAİMOĞLU bünyesinde yer alan MAGMAWELD, OERLIKON'dan örtülü elektrotlar, MIG/MAG-TIG kaynak telleri, özlü teller, tozaltı tozları ve tellerinin teminini sağlayarak bu ürünlerin satışını yapmaktadır. MAGMAWELD ayrıca Magma Mekatronik Makina San. ve Tic. A.Ş.'den⁶ temin ettiği kaynak makinelerini satmaktadır.
- (28) Daha öncesinde MAGMAWELD/OERLIKON⁷ tüm kaynak ürünlerini *Oerlikon* ve *Halkalı* markaları ile satarken, küresel pazarlarda büyüyebilmek için uluslararası bir marka olarak *Magmaweld* markasını oluşturmuştur.
- (29) MAGMAWELD ürünlerini bayi kanalı üzerinden piyasaya arz ettiğinden satışlar ağırlıklı olarak bayi kanalı üzerinden gerçekleşmektedir. Bununla birlikte işin niteliği, müşterinin ticari hacmi ya da müşteri talebi gibi nedenlerle istisnai olarak doğrudan satış yapılan müşterileri de bulunmaktadır. MAGMAWELD tarafından davet ve/veya işin boyutunun ve talep edilen teminatın bayilerin iş hacmini aşması gibi istisnai durumlarda, kamu işletmeleri ve/veya büyük proje alımlarında bizzat ihaleye katılım ile satış yapılmaktadır. Bu tarz satışlara Yavuz Sultan Selim Köprüsü, Osman Gazi Köprüsü, Akkuyu Nükleer Enerji Santrali gibi projeler örnek verilebilir. Örneklenen büyüklükteki projelerin gerektirdiği iş hacmi, tedarik devamlılığı, özellikle talep edilen mali güvencelerin miktarı gibi nedenlerle, bayilerin ekonomik güçleri yetersiz kalabilmektedir. Bu nedenle bu tarz ihalelerin yüklenicileri genellikle bayiler ile çalışmayı tercih etmemektedirler.
- (30) Öte yandan, MAGMAWELD'in bayileri ile arasında münhasırlık ilişkisi bulunmamaktadır. Bayiler istedikleri tedarikçi ve/veya marka ile çalışmakta serbest olup MAGMAWELD'den tedarik edemedikleri ürünleri başka teşebbüslerden tedarik edebilmektedirler. MAGMAWELD ile ticari ilişkiye giren firmalar ile genel çerçevede bir alım-satım sözleşmesi imzalanmakta ve MAGMAWELD bu sözleşmeleri imzalayan her teşebbüse ürün satışı yapmaktadır. Bayilik ilişkisi ise her sene imzalanan protokollerle belirlenmekte olup o yılın ticari şartlarını kabul eden ve belirli bir mal alım taahhüdü

⁵ Nihai olarak LINCOLN tarafından kontrol edilmektedir.

⁶ Zaimoğlu Holding A.Ş. bünyesindeki grup şirketlerinden birisidir.

⁷ ZAİMOĞLU tek kontrolünde bulunan OERLIKON ZAİMOĞLU bünyesinde üretici ve ithalatçı firma konumunda iken, MAGMAWELD ise ürünlerin ticaretini yapan firma konumundadır. İlgili teşebbüsler aynı grup içerisinde olduklarından, raporun devamında birlikte anılacaktır.

veren teşebbüsler ile senelik protokoller imzalanmakta ve bu protokolleri imzalayan kişiler bayi statüsünü kazanmaktadır. MAGMAWELD'in esnek bir bayi yapısı olmakla birlikte bayiler ile her sene hangi ürünlerden ne kadar satacakları konusunda karşılıklı mutabakat sağladıktan sonra protokol imzalanmaktadır. Her yıl değişen koşullar üzerinden bayilerle yeni bir ticari anlaşma yapılarak o yıl için bayilik ilişkisi kurulmakta; bu tarz protokolleri imzalamayı tercih etmeyen firmalar ile de genel alım-satım sözleşmeleri çerçevesinde çalışılmaktadır. MAGMAWELD'in satış kanallarının payları şu şekildedir: Yurt içi bayiler %(.); Yurt içi sanayiciler %(.)⁸ ve Yurt dışı bayiler %(.).

- (31) MAGMAWELD'in satış portföyünde bulunan ürünlerden AB, EFTA ve Serbest Ticaret Anlaşması olan ülkelerden yapılan ithalatlarda gümrük vergisi bulunmamakta; özlü teller ürünü ve 13 kg'nin altında bulunan kaynak makineleri için Çin ve Vietnam'dan ithalata karşı halihazırda anti-damping uygulaması bulunmaktadır.⁹

I.1.3. Gedik Kaynak Sanayi ve Ticaret A.Ş. (GEDİK)

- (32) 1963 yılından bu yana faaliyette bulunan GEDİK, *GeKa* ve *GeKaTec* markalı kaynak sarf malzemeleri, *GeKaMac* markalı kaynak makineleri ve *GekaRobot* markalı robotlu otamasyon uygulamaları alanlarında faaliyette bulunmaktadır. GEDİK yılda ürettiği yaklaşık 90.000 ton örtülü kaynak elektrodu, gazaltı, tozaltı, özlü tip kaynak tellerinin yan sıra redasörler, gazaltı ve tozaltı kaynak makineleri, inverter tipi kaynak makineleri ve kaynak jenaröterlerinden oluşan bir ürün gamına sahiptir. GEDİK, ayrıca *GeKaRobot* markası altında, Japonya'dan gelen kaynak robotlarını kaynak hücre ve sistemi kurarak müşteri ihtiyacına göre tasarlayarak pazarlamaktadır.
- (33) GEDİK'in %(.) hissesi Hülya GEDİK'e %(.)'i Gedik Holding A.Ş.'ye¹⁰, %(.)'u Böhler Kaynak Çubukları ve Elektrodları A.Ş.'ye ve %(.)'si ise Gedik Döküm ve Vana San. ve Tic. A.Ş.'ye aittir.
- (34) GEDİK satışlarını bayiler aracılığıyla ve direkt satış olmak üzere iki şekilde yapmaktadır. Bayiler aracılığıyla satışın toplam satış içerisindeki payı yaklaşık %(.) iken, direkt satışların payı ise %(.) civarındadır. GEDİK ile bayiler arasında herhangi bir münhasırlık ilişkisi bulunmamaktadır.

I.1.4. Kaynak Tekniği San. ve Tic. A.Ş. (ASKAYNAK)/Lincoln Electric Holdings, Inc. (LINCOLN)

- (35) Kurulun 20.06.2019 tarihli ve 19-22/322-141 sayılı kararı ile LINCOLN'ün, LINCOLN ELECTRIC¹¹ aracılığı ile ASKAYNAK'ın tüm hisselerini ve tek kontrolünü devralması işlemine izin verilmiştir. Söz konusu karar ile ASKAYNAK, %(.)-%(.) hissedarlık yapısı ile Eczacıbaşı Grubu ve LINCOLN tarafından ortak kontrol edilirken işlem sonucunda LINCOLN, ASKAYNAK'ın tüm hisselerini ve tek kontrolünü devralmıştır.
- (36) LINCOLN, NASDAQ'da kayıtlı, halka açık olan bir ABD şirkettir. Hissedarlarından hiçbiri, kendi başına veya başka hissedarlar ile birlikte LINCOLN'ü kontrol etmemektedir. Şirket, elektrik ark kaynağı ürünleri, robotik elektrik ark kaynağı

⁸ Bayi olmayan alıcıların, kendi talebi ile doğrudan MAGMAWELD'den aldığı alımlardır. MAGMAWELD içerisinde "sanayiciler" olarak adlandırılmaktadır.

⁹<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/10/20181027-13.htm>

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/07/20160714-5.htm>

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/07/20110728-9.htm>

¹⁰ Gedik Holding A.Ş. üzerinde Hülya GEDİK %(.), Gedik %(.) ve Böhler Kaynak Çubukları ve Elektrodları A.Ş. %(.) hissedarlık payına sahip bulunmaktadır.

¹¹ LINCOLN ELECTRIC'in hisselerinin %(.)'i Lincoln Electric Europe B.V.'ye, %(.)'i ise Lincoln Electric Luxembourg S.a.r.l.'ye ait olup nihai olarak LINCOLN tarafından kontrol edilmektedir.

sistemleri, kaynak makinaları, plazma ve oksijen-gaz kesim ekipmanları ile lehim ve sert lehim alaşımlarının tasarımı, geliştirilmesi ve üretiminde dünya çapında faaliyet göstermektedir. Hâlihazırda 19 ülkede 60 üretim tesisi işletmekte ve 160'dan fazla ülkeye dağıtım yapmaktadır.

- (37) LINCOLN ayrıca OERLIKON'un % (.....) oranında kontrol hakkı tanımayan azınlık hissesine sahiptir. OERLIKON'un, *Oerlikon* markası altında ürün satmak üzere LINCOLN'den aldığı bir lisansı bulunmaktadır.
- (38) Öte yandan 1974 yılından beri faaliyet gösteren ASKAYNAK'ın faaliyet konusunu, kaynak sarf malzemeleri ile plazma ve oksijen-gaz kesim ekipmanları, robotik kaynak sistemleri de dâhil olmak üzere, elektrik ark kaynağı ekipmanları oluşturmaktadır. Şirket kendisine ait olan ASKAYNAK, *Kobatek* ve *Lincoln* markaları ürünlerinin satış ve pazarlamasını yapmaktadır. ASKAYNAK, Türkiye genelinde yaklaşık 700 yetkili satıcısı ile ürünlerinin dağıtımını yapmakta olup Türkiye'den kaynak elektrodu ve tel ihracatı faaliyetinde de bulunmaktadır. ASKAYNAK sarf malzemeleri pazarında, *Askaynak* ve *Lincoln* markalı kaynak elektrotları ve telleri (MIG/MAG, tozaltı kaynak sarf malzemeleri, düşük alaşımlı özlü teller ve paslanmaz çelik ve alüminyum MIG/TIG telleri) ile *Askaynak* markalı aşındırıcılar ve koruyucu bakım ve onarım kaynaklarında kullanılan *Kobatek* markalı ürünlerini pazarlamakta olup kaynak ekipmanları, aksesuarları ve ek ürünlerin tedariki faaliyetlerinde de bulunmaktadır. ASKAYNAK'ın % (.....)'si Lincoln Electric France S.A.S.'ye aittir.
- (39) ASKAYNAK satışlarının yaklaşık % (.....)'ini bayiler ve yaklaşık % (.....)'ini ise müşteriler aracılığıyla olmak üzere iki kanaldan gerçekleştirmektedir. Müşteri olarak anılan grup proje üstlenicisi konumundaki büyük tüketici ve teşebbüslerden oluşmaktadır. Bu grubun özelliklerine bakıldığında büyük altyapı projelerini üstlenen, kendi alımlarını kendi yapan, ürünler hakkında tecrübeleri ve farkındalıkları yüksek, bazı zamanlarda ihale yoluyla ama genelde teklif toplama usulü ile alımlarını gerçekleştiren ve alıcı gücünün olduğu görülmektedir. Öte yandan bayilerle olan ilişkiye bakıldığında; ASKAYNAK ile bayiler arasında herhangi bir münhasırlık ilişkisi bulunmamaktadır.

I.2. İlgili Pazar

I.2.1. Sektör Hakkında Genel Bilgi

- (40) Kaynak, genellikle metal veya termoplastik malzemeleri birbiri ile birleştirmek için kullanılan bir imalat yöntemidir. Kaynak sektörü aslen kaynak sarf malzemeleri, kaynak ekipmanları ve otomasyon/robotik sistemleri gibi farklı alt pazarları bünyesinde barındırmaktadır. Kaynak sektörünün temel ürünleri ve kullanım alanları şu şekildedir: (i) Örtülü elektrotlar: inşaat, tüm kaynaklı imalat ve tamir bakım işleri, (ii) MIG/MAG-TIG kaynak telleri: otomotiv, ağır taşımacılık, makine imalatı, metal eşya imalatı; (iv) Tozaltı tozları, telleri ve özlü teller ve kaynak makineleri: gemi inşaatı, ağır taşımacılık ve konstrüksiyon, basınçlı kapların imalatı, makine imalatı.
- (41) Kaynak makineleri ise gemi inşası, tersaneler, doğal gaz boru hatları, liman inşaatları, çelik yapılar, basınçlı kaplar, gaz tankları üretimleri, otomobil sanayi, araç üstü ekipmanlar (damperli kamyonlar, vinç ve çöp arabaları vs.), vagon üretimi, savunma sanayi için zırhlı kara araçları üretimleri, havalandırma sistemleri, maden sanayi, yol ve inşaat araçları üretimleri, demir-çelik sanayi ve merdane tamir ve sert yüzey kaplamaları, jant sanayi gibi çeşitli alanlarda kullanılmaktadır. Diğer bir deyişle metal sanayinin tüm sektörlerinin üretim ve tamir-bakım amaçlı tüm faaliyetlerinin ana girdisi olan kaynak sarf malzemeleri, sektörlerin kullandığı kaynak teknolojisine bağlı olarak farklılık göstererek çok geniş anlamda üretim yapan metal-makine sanayilerinde kullanılmaktadır. Teşebbüslerin üretimlerinde kullandıkları kaynak teknolojilerine ve

kullandıkları metallerin kalınlık ve müşteri taleplerine göre ve özellikle de ürünlerinin teknik şartnamelerine bağlı olarak gazaltı teli (MIG MAG) ya da özlü kaynak teli ya da tozaltı telleri ile tozları kullanılmaktadır.¹²

- (42) Türkiye pazarı bakımından kaynak sektöründe faaliyette bulunan firmaların hemen hemen hepsi sektörün tüm alanlarında faaliyette bulunmaktadır. Sektörde teşebbüsler bazı ürünleri kendi tesislerinde üretebildikleri gibi kendi markalarıyla başka teşebbüslere de üretim yaptırabilmekte veya bazılarını da yurt dışından temin etmekte veya teknoloji ve lisans sözleşmeleri ile yine kendi tesislerinde üretimini gerçekleştirmektedir. Türkiye’de üretilen veya yurt dışından ithal edilen ürünler genellikle bayilik kanalı ile veya doğrudan büyük sanayicilere satılmaktadır.
- (43) Türkiye’de kaynak sektörü pazarı oligopol bir yapıya sahip olup, sektörde esas olarak üç büyük oyuncu faaliyet göstermektedir: (i) GEDİK, (ii) LINCOLN kontrolündeki ASKAYNAK ve (iii) ZAIMOĞLU kontrolündeki OERLIKON/MAGMAWELD.
- (44) Söz konusu teşebbüslerin 2017-2019 yılları arasında kaynak sektöründeki yaklaşık pazar paylarına bakıldığında, GEDİK’in %(.....), OERLIKON/MAGMAWELD’in %(.....) ve ASKAYNAK’ın ise %(.....) oranında pay elde ettiği görülmektedir. Öte yandan, kaynak sektöründe bu teşebbüsler dışında Özmetal Sanayi ve Ticaret A.Ş. (ÖZMETAL) %(.....), Böhler Voestalpine High Performans Metal A.Ş. (BÖHLER) %(.....), Kamel Kaynak Mak. Elek. San. Tic. Ltd. Şti. %(.....), Hyundai Welding Kaynak Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti., Yıldız Gaz Armatürleri A.Ş., ve Fronius İstanbul Elektronik Ticaret ve Servis Ltd. Şti. (diğerleri toplam %(.....)) gibi çok sayıda yerli ve yabancı firmanın da faaliyeti bulunmaktadır.
- (45) Pazardaki ithalat imkanlarına bakıldığında; Çin, Kore ve Vietnam gibi ülkelerden ürün ithal edilmekte olup ithalat yapan firmalardan başlıcaları (.....) ve (.....)’dir. Ayrıca, Çin ve Vietnam’dan ithal edilen özlü kaynak teli ithalatında dampinge karşı önlem alınmıştır.¹³ Kaynak sarf malzemelerinin alt kırılımında yer alan gazaltı kaynak teli ithalatından gümrük vergisi alınmamakta¹⁴ ve tozaltı kaynaktaki ise Avrupa Birliği (AB), Güney Kore ve ikili anlaşma olan ülkelerden gümrük vergisi alınmamaktadır. Dolayısıyla hem ithalat yapan firmalar hem de yerel firmalar bakımından pazara girişin kolay olduğu ve pazardaki ithalat baskısının güçlü olduğu görülmektedir. Diğer taraftan, ithalat önünde mevzuat kaynaklı engellerin olmadığı görülmekle birlikte, son yıllarda TL’nin değer kaybına bağlı olarak ithalat imkânının fiili olarak azaldığı buna karşılık ihracat olanaklarının arttığı belirtilmelidir.
- (46) Pazardaki ürünlerin üretim maliyetlerinin hammadde maliyeti, işçilik maliyeti ve diğer üretim giderlerinden (enerji vb.) oluştuğu ve bahse konu maliyetler arasında hammadde maliyetinin toplam üretim maliyetinin yaklaşık %(.....)’lik kısmına tekabül ettiği görülmektedir. Kaynak ürünleri bakımından hammadde, önemli ölçüde yurtiçi üreticilerden tedarik ediliyor olsa da, hammadde fiyatlarının dünya metal borsalarında belirlenen fiyatlara endeksli olması nedeniyle döviz kurunda yaşanan dalgalanmalar kaynak sektöründe maliyet artışı ve beklentiler üzerinden fiyatları etkilemektedir.

¹² Teşebbüslerden gelen cevaplardan derlenmiştir.

¹³ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/10/20181027-13.htm>

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/07/20160714-5.htm>

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/07/20110728-9.htm>

¹⁴ Bu bilgi Ticaret Bakanlığı’nın internet sitesinden elde edilmiştir. https://gumrukvergisi.ticaret.gov.tr/gumruk-vergisi/faces/gumruk-vergisi-sorgula.jspx;GUMRUKJSESSIONID=bnXgkBNXvm5K8kNWqnb456x5YVvNwutjSAvPIyVgGtgpNeQZi5e1073572433?_afLoop=45223399449511408&_afWindowMode=0&_afWindowId=null&_adf.ctrl-state=ykeu3jskl_1

I.2.2. İlgili Ürün ve Coğrafi Pazar

- (47) Dosya kapsamında kaynak sektörünün önde gelen teşebbüsleri arasındaki koordinasyon ve birliktelik iddiaları incelenmekte olup, dosya kapsamı ve iddiaların içeriği dikkate alınarak kaynak sektörünün alt pazarları niteliğinde dar bir ürün pazarı tanımlamasına ihtiyaç olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. İlgili coğrafi pazar ise dosya kapsamı ve sektöre ait ürünlerin niteliği dikkate alınarak "Türkiye" olarak belirlenmiştir.

I.3. Yerinde İncelemede Elde Edilen Belgeler¹⁵

I.3.1. MAGMAWELD'den Elde Edilen Belgeler

- (48) 07.01.2011-13.01.2011 tarihleri arasında GEDİK Yönetim Kurulu Başkanı (.....), MAGMAWELD/OERLIKON Yönetim Kurulu Başkanı (.....) ve ASKAYNAK Yönetim Kurulu Üyesi (.....) arasında gerçekleşen "RE:Demir-Çelik Haberî" başlıklı e-posta aşağıdaki şekildedir (Belge-29/17-22).

07.01.2011-(.....)>(.....),(.....)

(.....) merhaba,

Gönderdiğin bilgilendirici mail için çok teşekkür ederim.

Son toplantıda konuşulan 2.faz uygulamaya GEDİK olarak geçmeye karar vermemize rağmen geçmekte zorlanıyoruz, hep birlikte geçmemiz gerekiyor.

Lütfen bu konuda beni bilgilendirirseniz sevinirim.

İyi günler dilerim

(.....)

07.01.2011-(.....)>(.....),(.....)

Bu konuda biz son derece ciddi olarak çalışıyoruz ve şu sıralar dağıtım kanalımızla epey bir çekişme halindeyiz.

24 Ocak ile başlayan hafta toplanmayı öneriyorum.

08.01.2011-(.....)>(.....),(.....)

Benzer sıkıntıları biz de yaşıyoruz. Ancak, nedeni ne olursa olsun biz geri adım atmayacağız.

İkinci aşamayı neredeyse tüm bayilerimize sözlü olarak ilettik. Üçüncü haftadan sonra listeler resmen devreye alınacak. 24'ü haftası büyük olasılıkla uygun olmayacağıma ama (.....) Bey katılabilir.

08.01.2011- (.....)>(.....),(.....)

31'i ile başlayan hafta pazartesi veya Salı günü bizim için de uygun.

13.01.2011-(.....)>(.....),(.....)

Günaydın (.....), (.....) Bey ,

Kusura bakmayınız yoğunluktan geç dönüyorum. 31.01.2011 ile başlayan hafta WIN Fuarı haftası ,ama öğle yemeği için 2 saatlik bir zaman herkes bulabilir diye düşünüyorum. P.tesi bana uygundur . Sıra GEDİK'te olabilir .Herkesi aynı yerde 21.01.2011 saat 12.00 gibi bekliyoruz.

Bu arada kaynak makineleri GTİP ithalat ve ihracatta bizim kullandığımız numara 8515310000,sizlerde mi aynı numaraları kullanıyorsunuz ,çünkü 2 ayrı GTİP numaraları daha var , bu numaralar (851539900000-851580909000)

Kaynak makineleri veya aksamaları ile de alakalı gözüküyor .Bu numaraları mı kullanıyorsunuz.Eğer bu numaraların her biri kaynak makine ve aksamı ile ilgili ise 2010 senesinde Türkiye'den yaklaşık 18 milyon dolarlık ihracat gerçekleştirilmiş.

¹⁵ Tespitlerde yer alan belgelere orijinal halleri ile yer verilmiş, yazım hataları ve anlatım bozuklukları muhafaza edilmiştir.

EWA toplantısı ile ilgili ,Hotel ile rezervasyon tutulması için kontrat yapılması gerekiyor , o konu üzerinde de çalışıyoruz.

İyi işler dilerim.

13.01.2011-(.....)>(.....),(.....)

(.....) Hanım, (.....) Bey;

Merhaba. Mutlaka haberinizi almışsınızdır. Biz konuştuklarımızı hayata geçirdik.

Yapacağımızı da size iletmiştim. İstanbul, Ankara ve Adana bölgelerinde bizzat tanık

Olduğum bir çok örnekte,artık konuşmaktan çok “yapmanın” gerektiğini gördüm. Özellikle Oerlikon'un,((.....) Bey'in ifadesiyle) “çok ciddi çalışmalar” yapmadığını gözlemledim. Biz iki ay içinde üç defa artış yapmış iken,hal o tarihlerdeki fiyatlarla ürün sevkedildiğine şahit olduk.

Meselemiz 2 saat ayırmak değildir. Bunu hepimiz biliyoruz. Şunu yanıtlamalıyız:

Konuşmamız gerekiyor mu?Çünkü 13 aydır konuşuyoruz. Artık,herkesin harekete geçmesi gerekiyor.

Ortada bir pasta var. Bunun tamamını almak gibi bir hayala kapılıp,birbirimizin boğazını sıkarken pastayı birisi mideye indiriyor! Hesap çok açık:her birimiz 10.000ton teli 5krş/kg daha fazla fiyata satsa,500.000 TL eder. Bu sadece tek bir ürün grubu için!

O nedenle tekrar ediyorum:“fırsatı değerlendirelim” diyerek bir yere varamayız,lütfen gerekeni yapalım. Yoksa,2011 yılı da kaybolur.

Saygılarımla.

13.01.2011- (.....)>(.....),(.....)

(.....) Bey,bilgi için teşekkür ederim, bizim fırsatçılık gibi bir politikamız yok, ama oradaki hadiseyi inceleyip size döneceğim. Geçen yılki prim uygulamamızın neticesinde bayilere yıl sonu prim verdiğimizizi unutmayın. Belki bunun bir neticesi olabilir,ama ezbere konuşayayım,dediğim gibi inceleyip döneceğim.

- (49) 13.01.2011 tarihinde MAGMAWELD Pazarlama-Satış Direktörü (.....) tarafından MAGMAWELD/OERLIKON Yönetim Kurulu Başkanı (.....)'ye gönderilen “RE:RE:RE:” başlıklı e-posta aşağıdaki şekildedir (Belge-29/17).

(.....) bey,

Sanırım bir yanlış anlaşımaya var.Toplantıda;

SG2 0.80 (.....)

SG2 1,00 (.....)

SS2 1,20 (.....) TL/KG olarak konuşulmuştu ve bize bekleyen sipariş fiyatları dışında bu

Fiyatların altında sipariş almadık ve çok direndik.Ancak As bu fiyatların (.....) TL/KG üzerinde bir fiyat daha yapıp piyasaya duyurmuş.Bu duyuruyu hatırladığım kadarıyla birlikte yapacaktık.Sanırım sonu bu farktan kaynaklanıyor.

- (50) 02.03.2011 tarihinde MAGMAWELD/OERLIKON Yönetim Kurulu Başkanı (.....) tarafından ASKAYNAK Yönetim Kurulu Üyesi (.....) ve GEDİK Yönetim Kurulu Başkanı (.....)'e gönderilen bilgi kısmında MAGMAWELD Pazarlama-Satış Direktörü (.....)'un bulunduğu “Emtea fiyatlarındaki ve ekonomideki gelişmeler:” başlıklı e-posta aşağıdaki şekildedir (Belge-29/24).

Avrupa kaynaklı SG2 filmaşın fiyatları (.....) € dan (.....) € ya çıktı, bu yerli üreticileri de tetikleyebilir, petrol fiyatlarının seyrine paralel olarak da tüm hammadde fiyatlarını yükselmektedir. Diğer yandan da TL'nin değer kaybı sürmektedir.

Ben kendi işletmem adına ACİL önlem alma gereği duyuyorum.

Eğer arzu ederseniz, ihracat stratejileri ve dünyadaki gelişmeleri görüşmek üzere bu hafta içinde veya önümüzdeki 1-2 saatliğine bir araya gelebiliriz.

(.....)

- (51) 08.03.2011 tarihinde MAGMAWELD/OERLIKON Yönetim Kurulu Başkanı (.....) tarafından GEDİK Yönetim Kurulu Başkanı (.....) ve ASKAYNAK Yönetim Kurulu Üyesi (.....)'e gönderilen bilgi kısmında MAGMAWELD Pazarlama-Satış Direktörü (.....)'un bulunduğu "Sektör" başlıklı e-posta aşağıdaki şekildedir (Belge-29/25).

Ayın 14'ü pazartesi günü öğlenden sonra 2 gibi askaynak'da toplanabiliriz, sonraki günler, ay sonuna kadar maalesef bizler için müsait olmayacak.

- (52) 14.04.2011 tarihinde MAGMAWELD/OERLIKON Yönetim Kurulu (.....) tarafından GEDİK Yönetim Kurulu Başkanı (.....) ve ASKAYNAK Yönetim Kurulu Üyesi (.....)'e gönderilen bilgi kısmında MAGMAWELD Pazarlama-Satış Direktörü (.....)'un bulunduğu "Ekonomik değerlendirme" başlıklı e-posta aşağıdaki şekildedir (Belge-29/26).

*Bu ay sonuna doğru bir araya gelip ekonomideki, hammaddeledeki ve ihracatla ilgili pazar değerlendirmeleri yapmak üzere bir araya gelebiliriz.
26, 28 ve 29 Nisan sabahları bizim için uygundur. Arzu ederseniz biz As kaynağa gelebiliriz.*

- (53) 21.03.2017 tarihinde MAGMAWELD/OERLIKON Yönetim Kurulu Başkanı (.....) tarafından MAGMAWELD Türkiye Satış Müdürü (.....)'e gönderilen "P&S faaliyeti ve Rakip ortakla ilgili durumumuzu özetledim" başlıklı e-posta aşağıdaki gibidir (Belge-29/27-28).

(.....TİCARİ SIR.....)

I.3.2. GEDİK'ten Elde Edilen Belgeler

- (54) 25.04.2011 tarihinde (.....) tarafından GEDİK çalışanı (.....)'ya iletilen ve (.....) adresinden (.....) ve (.....) adlı hesaplara gönderilmiş olan "FW:İletişim" başlıklı e-posta aşağıdaki ifadeleri içermektedir (Belge-63/1):

*(.....);
merhaba. Farkettiğiniz gibi, kişisel e-posta hesabımı kullanıyorum. Sizden de benzer şekilde bu mesaja yanıt olarak, kişisel e-posta adresinizden yanıt vermenizi rica edeceğim. Bundan sonra, bu adreslerden görüşelim. Ayrıca, cep telefonlarından haberleşmek de sakıncalı görünüyor.
Bizde buluşmak ise daha büyük tehlike oluyor. Hem kamera kayıtları, hem de çalışanlarımızın tanıklıkları riskli...
Başka bir çözüm yaratmalıyız. Lütfen bilgi işlemdeki arkadaşlarınıza söyleyin, bu mesajı da server'lerinizden silsinler. Otomotiv sektöründeki gelişmeler uyarıcı!...
Umarım siz de benimle aynı fikirdesinizdir.
Saygılarımla.*

- (55) 01.02.2012 tarihinde GEDİK Ürün Maliyet Sorumlusu (.....) tarafından GEDİK Yönetim Kurulu Başkanı (.....)'e gönderilen "iç piyasa fiyatları hakkında" konulu e-postada aşağıdaki ifadeler yer almaktadır (Belge-63/2-4).

*Merhaba (.....) Hanım,
2012 İÇ PİYASA zamları hakkında genel akış ile ilgili bilgileri tarafınıza sunmak istiyorum,
1- Rakip firmalar ile 03.01.2012 tarihinde yapmış olduğumuz fiyat artışları %(.....) olarak belirlenmiş ve liste fiyatları ona göre revize edilmiştir, Fakat standart %(.....) iskonto oranımızı Sn. (.....) bey %(.....) olacak diye tüm bölgelere ilan ettirmiştir, Bu durumu fark*

eden (.....) bana %(.....) değil %(.....) olması gerektiğini söyledi ve bende haklı olduğunu söyleyerek iskonto oranlarımızı düzelttirdik,

2- Rakip firmalar 13.01.2012 yılında ürünlerine ikinci bir zam yapmasına rağmen (Ben zamları askaynak ve oerlikon firmalarının web sitelerinden takip ediyorum) Sn. (.....) Bey bizim herhangi bir zam yapmayacağımız hatta iskonto oranlarının %(.....) arasında olacağına dair tüm bölgelere ilan ettirmiştir,

3- 31.01.2012 de Sn. (.....) Bey %(.....) olan fiyatlarımızın %(.....) iskonto oranına göre ayarlanmasını söylemiş ve yapılması gereken zamlarda bu iskonto ayarlamalarında belirtilmiştir, Fakat Sn. (.....) Bey var olan fiyat değişikliklerinin henüz onayını vermediğini söylemiştir, Son değişiklikler henüz ilan edilmemiştir,

Bilgilerinize Sunarım,

Saygılarımla,

(.....)

Ürün Maliyet Sorumlusu.

- (56) 25.03.2017-26.03.2017 tarihlerinde GEDİK Yurtiçi Satış Müdürü (.....) ve GEDİK Yönetim Kurulu Başkanı (.....) arasında gerçekleşen "RE:Rakipler" başlıklı e-posta aşağıdaki gibidir (Belge-63/5-7).

(.....TİCARİ SIR.....)

I.3.3. ASKAYNAK'tan Elde Edilen Belgeler

- (57) 16.08.2018 tarihinde ASKAYNAK Yönetim Kurulu Üyesi (.....) tarafından muhtelif ASKAYNAK çalışanlarına gönderilen "Sonuçlar, performans ve yakın gelecek (!)" başlıklı e-posta aşağıdaki şekildedir (Belge-12/23-24).

(.....TİCARİ SIR.....)

- (58) 15.10.2019 tarihinde ASKAYNAK Bölge Sorumlusu (.....) ile ASKAYNAK Satış Direktörü (.....) arasında gerçekleşen "Fwd: Ergün Mak. Bazik-GAK Onay" konulu e-postada aşağıdaki ifadeler yer almaktadır (Belge-29/15-16).

15.10.2019-(.....) > (.....)

(.....) bey

Olurlarınıza sunarım

15.10.2019-(.....) > (.....)

BAYİ UNVAN	ÜRÜN AÇIKLAMASI	SİPARİŞ MİKTARI	...	AÇIKLAMA
Ergün Mak.	As SG-2 0.80 mm	(.....)	...	(.....) ile Rekabet Edildi
	As SG-2 1.00 mm	(.....)	...	(.....) ile Rekabet Edildi
	As SG-2 1.20 mm	(.....)	...	(.....) ile Rekabet Edildi
	As SG-3 1.20 mm	(.....)	...	(.....) ile Rekabet Edildi
	As B-248 2.50 mm	(.....)	...	(.....) İle Rekabet Edildi
	As B-248 3.25 mm	(.....)	...	(.....) İle Rekabet Edildi
	As B-248 4.00 m	(.....)	...	(.....) İle Rekabet Edildi

I.4. Değerlendirme

- (59) Soruşturmanın konusunu kaynak sektörünün en büyük üç oyuncusu olan ASKAYNAK, GEDİK ve MAGMAWELD/OERLIKON arasında fiyatların birlikte belirlenmesini konu alan rekabet karşıtı bir birlikteliğin araştırılması oluşturmaktadır. Bu bakımdan soruşturma, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrası (a) bendi kapsamındadır.
- (60) 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" yasaklanmış ve aynı maddenin ikinci fıkrasında ise tahdidi olmamak üzere yasaklanan hallere ilişkin örnekler yer verilmiştir. Söz konusu fıkranın (a) bendinde, "mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kar gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi" yasaklanan hallerden sayılmıştır.
- (61) Anılan Kanun'un 4. maddesinde yer alan hükmün temel amacı, her bir teşebbüsün kendi ticari politikalarını ve piyasadaki faaliyetlerini tek başına, bağımsız olarak belirlemesidir. Rekabeti bozucu nitelikteki anlaşmaların varlığı halinde, teşebbüslerin bağımsız davranışlarının yerini anlaşma taraflarının ortak çıkarlarına hizmet eden koordineli davranışlar almaktadır. Bu tür anlaşmalar, serbest piyasa ekonomisinden elde edilmesi beklenen faydaları azaltarak kaynakların etkisiz kullanılmasına ve serbest piyasa sisteminin sağladığı refahın piyasadaki aktörlere hak etmedikleri oranda dağılmasına yol açmaktadır. Diğer bir deyişle, bu tür anlaşmalara taraf olan teşebbüsler, normal rekabet şartları içinde elde edemeyecekleri kârlara ulaşarak bu ekonomik faaliyetlerle yaratılan refahın çoğunu kendilerine aktarma olanağına sahip olmakta ve serbest piyasa ekonomisinin sağlıklı bir şekilde işlemlerini engellemektedir.
- (62) 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi (a) bendinde yer verilen, fiyat tespiti, pazarın paylaşılması gibi konularda kurulan rekabeti sınırlayıcı birliktelikler rekabet hukuku

terminolojisinde “kartel” olarak nitelendirilmekte¹⁶ ve etkisini araştırmaya gerek duyulmaksızın amaç yönüyle (*per se*) yasaklanmaktadır.

- (63) Anlaşmaların ispatında yaşanan güçlüğü göz önünde bulunduran kanun koyucu, 4054 sayılı Kanun’un 4/3 maddesinde yer alan “*Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil etmektedir.*” şeklindeki hüküm aracılığıyla uyumlu eylemlerin ispatına ilişkin bir karine oluşturmuştur. Lafzi olarak ilgili hüküm, uyumlu eylem karinesinin paralel davranışı gösteren salt iktisadi deliller varlığında çalıştırılabileceğini göstermektedir. Bu çerçevede uyumlu eylem karinesinin işletilmesi marifetiyle ulaşılan uyumlu eylem sonucunun, yerleşik yasal çerçeve ve uygulama bakımından iletişim delili eşliğinde ulaşılan uyumlu eylem sonucundan ispat standardı bakımından farklılaştığı görülmektedir. Salt iktisadi delillerin iletişime karine oluşturacak nitelikte gelişmiş olmasıyla olağan somut iletişim delillerine gerek duyulmaksızın da karinenin çalıştırılması ve teşebbüs tarafından aksi ispat edilmemesi halinde uyumlu eylem sonucuna ulaşılması söz konusu olabilecektir.
- (64) Soruşturma kapsamında elde edilen bilgi ve belgeler 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi kapsamında başvurulacak araçlar bakımından iki ayrı dönem bakımından değerlendirme yapılmasını gerekli kılmaktadır. Zira 2011 yılına ait belgeler taraflar arasındaki birlikteliği anlaşma düzeyinde ispata elverişli deliller ihtiva ederken, anılan yıla ait belgeler bakımından söz konusu olan zamanaşımı mevzuu ve bundan sonraki dönem bakımından somut iletişim delilinin temin edilememiş olması, taraflar arasında gözlemlenen maliyetlerden bağımsız fiyat paralelliğinin işaret ettiği birlikteliğin uyumlu eylem karinesi eliyle incelenmesini gerekli kılmıştır. Bu bağlamda bölümün devamında 2011 yılına ait belgeler bakımından “anlaşma” kavramı çerçevesinde, 2017 yılından itibaren gözlemlenen fiyatlamaya davranışları bakımından ise “uyumlu eylem karinesi” kavramı çerçevesinde değerlendirmelerde bulunulmuştur.

I.4.1. 2011 Yılı Değerlendirmesi

- (65) Dosyaya ilişkin inceleme sürecinde yapılan yerinde incelemelerde GEDİK ve MAGMAWELD/OERLIKON elde edilen, rekabet karşıtı ifadeler barındırdığı değerlendirilen belgeler kronolojik sıra ile aşağıda sunulmakta olup, bölümün devamında bu belgelere ilişkin rekabet hukuku değerlendirmesine yer verilmektedir.

MAGMAWELD’de elde edilen 07.01.2011-13.01.2011 tarihleri arasında GEDİK Yönetim Kurulu Başkanı (.....), MAGMAWELD/OERLIKON Yönetim Kurulu Başkanı (.....) ve ASKAYNAK Yönetim Kurulu Üyesi (.....) arasında gerçekleşen “*RE:Demir-Çelik Haberi*” başlıklı e-posta aşağıdaki şekildedir (Belge-29/17-22).

07.01.2011-(.....)> (.....),(.....)

(.....) merhaba,

Gönderdiğin bilgilendirici mail için çok teşekkür ederim.

Son toplantıda konuşulan 2.faz uygulamaya GEDİK olarak geçmeye karar vermemize rağmen geçmekte zorlanıyoruz ,hep birlikte geçmemiz gerekiyor.

Lütfen bu konuda beni bilgilendirirseniz sevinirim.

¹⁶ Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik’te kartel “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 eylemleri ifade eder” şeklinde tanımlanmaktadır.

İyi günler dilerim

(.....)

07.01.2011-(.....)>(.....),(.....)

Bu konuda biz son derece ciddi olarak çalışıyoruz ve şu sıralar dağıtım kanalımızla epey bir çekişme halindeyiz.

24 Ocak ile başlayan hafta toplanmayı öneriyorum.

08.01.2011-(.....)>(.....),(.....)

Benzer sıkıntıları biz de yaşıyoruz. Ancak, nedeni ne olursa olsun biz geri adım atmayacağız.

İkinci aşamayı neredeyse tüm bayilerimize sözlü olarak ilettik. Üçüncü haftadan sonra listeler resmen devreye alınacak. 24'ü haftası büyük olasılıkla uygun olmayacağı ama (.....) Bey katılabilir.

08.01.2011- (.....)>(.....),(.....)

31'i ile başlayan hafta pazartesi veya Salı günü bizim için de uygun.

13.01.2011-(.....)>(.....),(.....)

Günaydın (.....) , (.....) Bey ,

Kusura bakmayınız yoğunluktan geç dönüyorum. 31.01.2011 ile başlayan hafta WIN Fuarı haftası ,ama öğle yemeği için 2 saatlik bir zaman herkes bulabilir diye düşünüyorum. P.tesi bana uygundur . Sıra GEDİK'te olabilir .Herkesi aynı yerde 21.01.2011 saat 12.00 gibi bekliyoruz.

Bu arada kaynak makineleri GTİP ithalat ve ihracatta bizim kullandığımız numara 8515310000,sizlerde mi aynı numaraları kullanıyorsunuz ,çünkü 2 ayrı GTİP numaraları daha var , bu numaralar (851539900000-851580909000)

Kaynak makineleri veya aksamları ile de alakalı gözüküyor .Bu numaraları mı kullanıyorsunuz.Eğer bu numaraların her biri kaynak makine ve aksamı ile ilgili ise 2010 senesinde Türkiye'den yaklaşık 18 milyon dolarlık ihracat gerçekleştirilmiş.

EWA toplantısı ile ilgili ,Hotel ile rezervasyon tutulması için kontrat yapılması gerekiyor , o konu üzerinde de çalışıyoruz.

İyi işler dilerim.

13.01.2011-(.....)>(.....),(.....)

(.....) Hanım, (.....) Bey;

Merhaba. Mutlaka haberinizi almışsınızdır. Biz konuştuklarımızı hayata geçirdik.

Yapacağımızı da size iletmıştim. İstanbul, Ankara ve Adana bölgelerinde bizzat tanık

Olduğum bir çok örnekte,artık konuşmaktan çok "yapmanın" gerektiğini gördüm. Özellikle Oerlikon'un,(.....) Bey'in ifadesiyle) "çok ciddi çalışmalar" yapmadığını gözlemledim. Biz iki ay içinde üç defa artış yapmış iken,hal o tarihlerdeki fiyatlarla ürün sevkedildiğine şahit olduk.

Meselemiz 2 saat ayırmak değildir. Bunu hepimiz biliyoruz. Şunu yanıtlamalıyız:

Konuşmamız gerekiyor mu?Çünkü 13 aydır konuşuyoruz. Artık,herkesin harekete geçmesi gerekiyor.

Ortada bir pasta var. Bunun tamamını almak gibi bir hayala kapılıp,birbirimizin boğazını sıkarken pastayı birisi mideye indiriyor! Hesap çok açık:her birimiz 10.000ton teli 5krş/kg daha fazla fiyata satsa,500.000 TL eder. Bu sadece tek bir ürün grubu için!

O nedenle tekrar ediyorum:"fırsatı değerlendirilim" diyerek bir yere varamayız, lütfen gerekeni yapalım. Yoksa,2011 yılı da kaybolur.

Saygılarımla.

13.01.2011- (.....)>(.....),(.....)

(.....) Bey,bilgi için teşekkür ederim, bizim fırsatçılık gibi bir politikamız yok, ama oradaki hadiseyi inceleyip size döneceğim. Geçen yılki prim uygulamızın neticesinde bayilere yıl

sonu prim verdiğimizizi unutmayın. Belki bunun bir neticesi olabilir,ama ezbere konuşayayım,dediğim gibi inceleyip döneceğim.

MAGMAWELD'de elde edilen 13.01.2011 tarihinde MAGMAWELD Pazarlama-Satış Direktörü (.....) tarafından MAGMAWELD/OERLIKON Yönetim Kurulu Başkanı (.....)'ye gönderilen "RE:RE:RE:" başlıklı e-posta aşağıdaki şekildedir (Belge- 29/17).

(.....) bey,

Sanırım bir yanlış anlaşım var.Toplantıda;

SG2 0.80 (.....)

SG2 1,00 (.....)

SS2 1,20 (.....) TL/KG olarak konuşulmuştu ve bize bekleyen sipariş fiyatları dışında bu Fiyatların altında sipariş almadık ve çok direndik.Ancak As bu fiyatların (.....) TL/KG üzerinde bir fiyat daha yapıp piyasaya duyurmuş.Bu duyuruyu hatırladığım kadarıyla birlikte yapacaktık.Sanırım sonu bu farktan kaynaklanıyor.

MAGMAWELD'de elde edilen 02.03.2011 tarihinde MAGMAWELD/OERLIKON Yönetim Kurulu Başkanı (.....) tarafından ASKAYNAK Yönetim Kurulu Üyesi (.....) ve GEDİK Yönetim Kurulu Başkanı (.....)'e gönderilen bilgi kısmında MAGMAWELD Pazarlama-Satış Direktörü (.....)'un bulunduğu "Emtea fiyatlarındaki ve ekonomideki gelişmeler:" başlıklı e-posta aşağıdaki şekildedir (Belge- 29/24).

Avrupa kaynaklı SG2 filmaşın fiyatları (.....) € dan (.....) € ya çıktı, bu yerli üreticileri de tetikleyebilir, petrol fiyatlarının seyrine paralel olarak da tüm hammadde fiyatlarını yükselmektedir. Diğer yandan da TL'nin değer kaybı sürmektedir.

Ben kendi işletmem adına ACİL önlem alma gereği duyuyorum.

Eğer arzu ederseniz, ihracat stratejileri ve dünyadaki gelişmeleri görüşmek üzere bu hafta içinde veya önümüzdeki 1-2 saatliğine bir araya gelebiliriz.

(.....)

MAGMAWELD'de elde edilen 08.03.2011 tarihinde MAGMAWELD/OERLIKON Yönetim Kurulu Başkanı (.....) tarafından GEDİK Yönetim Kurulu Başkanı (.....) ve ASKAYNAK Yönetim Kurulu Üyesi (.....)'e gönderilen bilgi kısmında MAGMAWELD Pazarlama-Satış Direktörü (.....)'un bulunduğu "Sektör" başlıklı e-posta aşağıdaki şekildedir (Belge-29/25).

Ayın 14'ü pazartesi günü öğlenden sonra 2 gibi askaynak'da toplanabiliriz, sonraki günler,ay sonuna kadar maalesef bizler için müsait olmayacak.

MAGMAWELD'de elde edilen 14.04.2011 tarihinde MAGMAWELD/OERLIKON Yönetim Kurulu Başkanı (.....) tarafından GEDİK Yönetim Kurulu Başkanı (.....) ve ASKAYNAK Yönetim Kurulu Üyesi (.....)'e gönderilen bilgi kısmında MAGMAWELD Pazarlama-Satış Direktörü (.....)'un bulunduğu "Ekonomik değerlendirme" başlıklı e-posta aşağıdaki şekildedir (Belge-29/26).

Bu ay sonuna doğru bir araya gelip ekonomideki,hammaddelerdeki ve ihracatla ilgili pazar değerlendirmeleri yapmak üzere bir araya gelebiliriz.

26,28 ve 29 Nisan sabahları bizim için uygundur.Arzu ederseniz biz As kaynağa gelebiliriz

GEDİK'te elde edilen 25.04.2011 tarihinde (.....) tarafından GEDİK çalışanı (.....)'ya iletilen ve (.....) adresinden (.....) ve (.....) adlı hesaplara gönderilmiş olan "FW:İletişim" başlıklı e-posta aşağıdaki ifadeleri içermektedir (Belge-63/1):

(.....);

merhaba. Farkettiğiniz gibi, kişisel e-posta hesabımı kullanıyorum. Sizden de benzer şekilde bu mesaja yanıt olarak, kişisel e-posta adresinizden yanıt vermenizi rica edeceğim. Bundan sonra, bu adreslerden görüşelim. Ayrıca, cep telefonlarından haberleşmek de sakıncalı görünüyor.

Bizde buluşmak ise daha büyük tehlike oluyor. Hem kamera kayıtları, hem de çalışanlarımızın tanıklıkları riskli...

Başka bir çözüm yaratmalıyız. Lütfen bilgi işlemdeki arkadaşlarınıza söyleyin, bu mesajı da server'lerinizden silsinler. Otomotiv sektöründeki gelişmeler uyarıcı!...

Umarım siz de benimle aynı fikirdesinizdir.

Saygılarımla.

- (66) Yukarıda yer verilen 2011 yılına ait e-postalar ASKAYNAK, MAGMAWELD/OERLIKON ve GEDİK'in genel müdürlerinin aktif katılımıyla yer aldıkları 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında fiyatların tespitini konu alan rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşmanın kurulduğuna işaret etmektedir. Belgeler bir arada değerlendirildiğinde, kaynak sektörünün üç büyük oyuncusu olan ASKAYNAK, GEDİK ve MAGMAWELD/OERLIKON'un 2011 yılının farklı zamanlarında bir araya geldiği, ürün fiyatlarına ilişkin kararlar aldıkları ve sektöre ilişkin bilgi alışverişinde buldukları açıkça anlaşılmaktadır. Belgeler rekabet karşıtı birlikteliği temin etmek üzere taraf teşebbüslerin genel müdürlerinin açık bir irade uyuşması içerisinde olduklarını göstermektedir. "Re: Demir-Çelik" konulu yazışma, taraflar arasında kurulan rekabet karşıtı birlikteliği gözler önüne seren açık belge niteliğindedir. Nitekim ilgili e-posta yazışmasında yer alan 13.01.2011 tarihinde (.....) tarafından diğer genel müdürlere iletilen e-postada yer alan:

- "...13 aydır konuşuyoruz. Artık, herkesin harekete geçmesi gerekiyor."
- "Ortada bir pasta var. Bunun tamamını almak gibi bir hayala kapılıp, birbirimizin boğazını sıkarken pastayı birisi mideye indiriyor!"
- "Hesap çok açık:her birimiz 10.000ton teli 5krş/kg daha fazla fiyata satsa,500.000 TL eder. Bu sadece tek bir ürün grubu için!"
- "O nedenle tekrar ediyorum:"fırsatı değerlendirelim" diyerek bir yere varamayız, lütfen gerekeni yapalım. Yoksa,2011 yılı da kaybolur."

şeklindeki ifadeler, açıkça fiyatların teşebbüslerce birlikte tespit edilmesini amaçlayan bir kartel oluşumunun hayata geçirilmesini konu almaktadır. Bu belgeden teşebbüs genel müdürlerinin ürün fiyatlarına ve satış yöntemlerine yönelik ortak karar aldığı, alınan bu kararların sistematik şekilde her bir teşebbüs tarafından uygulamaya alınması yönünde çaba gösterildiği, kararlara uymayanların uyarıldığı anlaşılmaktadır. Bu haliyle de bir kartelin kurulması ve sürdürülmesi bakımından önem arz eden tüm unsurları barındırmaktadır. Şöyle ki, kartellerin kurulması noktasında taraf teşebbüslerin rekabet karşıtı sonucu yaratmak üzere ortak irade uyuşmasına sahip olması en kritik unsur olup, belgeler taraf teşebbüslerin karar vericisi konumundaki genel müdürler seviyesinde bu irade uyuşmasının olduğunu göstermektedir. Her bir genel müdür bahsi geçen e-postaları almakla kalmayıp, rekabet karşıtı birlikteliğe onay verir şekilde iletişimlerini sürdürmüştür. Bahsi geçen belgeler kartellerin sürdürülmesi önünde en büyük engel tabir edilen "aldatma" tehdidine karşı da takip ve cezalandırma mekanizmalarının devreye sokulmaya çalışıldığını ortaya koymaktadır. (.....) yukarıda yer verilen e-postada diğer genel müdürleri "fırsatı değerlendiririm" hatasına düşmemek, eşdeyişle anlaşmaya riayet edilmeyerek fırsatçılık yapılmaması konusunda uyarılmaktadır. (.....) ise bu uyarıyı "bizim fırsatçılık gibi bir politikamız yok" şeklinde cevaplamıştır. Belgelerde yer alan "fırsatçılık" olgusu, kartel terminolojisinde

aldatmaya tekabül etmektedir. Taraflardan birinin anlaşmaya riayet etmek yerine anlaşma fiyatından sapıp -daha düşük fiyatlayarak- arzın payına düşenden fazlasını elde ederek karlılığını artırmasına karşılık gelen "aldatma", kartellerin sürdürülmesi önündeki en büyük engeli teşkil etmektedir. Öğreti ve uygulama ortaya koymuştur ki, kartelistler, anlaşmanın sürdürülmesini teminen aldatma güdüsünün en aza indirgenmesine yönelik olarak takip ve cezalandırma mekanizmalarını devreye almaktadır. Mevcut dosya bakımından yukarıda yer verilen belgeler, aldatmanın anlaşmanın sürdürülmesi noktasında önemli bir engel olduğunu ortaya koymakta, yazışmalar bunun engellenmesi ekseninde şekillenmektedir. Bu belgelerden aldatmanın caydırılması noktasında "uyarı" yönteminin benimsendiği görülmektedir. Bu uyarının, rakiplerin anlaşma fiyatının altında fiyatlandırmak suretiyle piyasada daha fazla satış yapmanın cazibesine aldanılmamasına, bu aldatmanın anlaşmanın tarafı diğer teşebbüslerce takip ve fark edildiğine ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bahsi geçen iletişim yalnızca kartelin kurulmasını değil, kartelin sürdürülmesini amaçlayan ve bunu kurgulayan iradeyi de göstermektedir.

(67) 2011 yılına ait belgeler, tarafların bahsi geçen birlikteliği gizlemek noktasında da çaba gösterdiklerini ortaya koymaktadır. GEDİK'te elde edilen 25.04.2011 tarihli (.....) tarafından şahsi e-postası aracılığıyla diğer teşebbüs genel müdürlerine iletilen e-posta, tarafların giriştikleri uzlaşının rekabet karşıtı olduğunun bilincinde olduğuna ve bunun ortaya çıkmasını engellemek üzere çok dikkatli davranılması gerektiğine vurgu yapmaktadır. Bu e-postada ASKAYNAK Genel Müdürü (.....):

- *Farkettiğiniz gibi, kişisel e-posta hesabımı kullanıyorum. Sizden de benzer şekilde bu mesaja yanıt olarak, kişisel e-posta adresinizden yanıt vermenizi rica edeceğim.*
- *Bundan sonra, bu adreslerden görüşelim. Ayrıca, cep telefonlarından haberleşmek de sakıncalı görünüyor.*
- *Bizde buluşmak ise daha büyük tehlike oluyor. Hem kamera kayıtları, hem de çalışanlarımızın tanıklıkları riskli...*
- *Başka bir çözüm yaratmalıyız. Lütfen bilgi işlemdeki arkadaşlarınıza söyleyin, bu mesajı da server'lerinizden silsinler. Otomotiv sektöründeki gelişmeler uyarıcı!*

ifadeleriyle Kurulun 2011 yılında sonuçlandırdığı otomotiv soruşturmasına¹⁷ atıfta bulunarak aralarındaki birlikteliğin barındırdığı rekabet hukuku müdahalesi riski nedeniyle büyük bir gizlilikle yürütülmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu e-posta kartelin sürdürülmesi önünde dış tehdit arz eden rekabet hukuku müdahalesinin taraflarca bertaraf edilmesinin amaçlandığını ortaya koymaktadır.

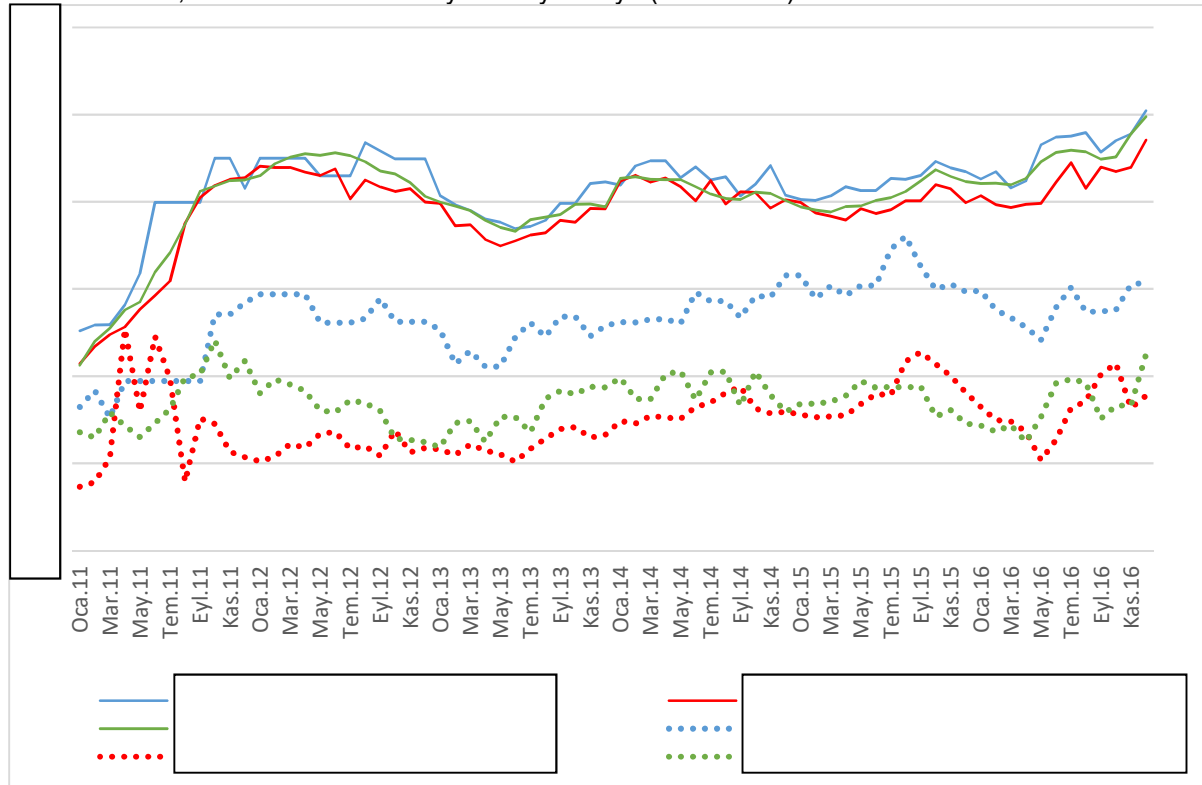
(68) Yukarıda yer verilen belgeler, soruşturma tarafı teşebbüslerin genel müdürleri seviyesinde fiyatların birlikte tespitini konu alan bir kartelin hayata geçirilmesi çabalarını açıkça ortaya koymaktadır. Belgelerden kartellerin kurulması ve sürdürülmesi önündeki engellerin aşılmasına çalışıldığı, bu bağlamda yalnızca içsel tehditlerin (anlaşmanın odak noktalarında uzlaşının sağlanması ve aldatmanın caydırılması) değil dış tehditlerin de (rekabet hukuku müdahalesi) bertaraf edilmesi için azami çabanın ortaya konulduğu görülmektedir. Belgeler "aldatma" tehdidinin önemine işaret etmekte, anlaşmanın sürdürülememesi noktasında en büyük caydırıcının bu olacağına işaret etmektedir. Nitekim yukarıda yer verilen şirket içi yazışma niteliğindeki belgeler rakiplerin anlaşmaya taraf olmakla birlikte, rakiplerine güvenmediklerini ve rakip pazar

¹⁷ E-postada Kurulun 18.04.2011 tarih ve 11-24/464-139 sayılı kararından bahsedildiği anlaşılmaktadır.

davranışlarının yakinen takip edildiğini göstermektedir. Pazarın az oyunculu yapısı ve ürünün homojen niteliği itibarıyla şeffaf nitelikte olmasının bu takibi kolaylaştırdığı, ancak ıskontoların neden olduğu indirimlerin şeffaflığı azaltması noktasında takibin güçleşmesi ihtimaline binaen teşebbüslerin tetikte bekledikleri anlaşılmaktadır.

- (69) 2011 yılı dönemine ait belgeler, kartelin kurulması ve sürdürülmesinin amaçlandığı noktasında belirlilik içermekle birlikte, taraflar arasındaki güçlü aldatma endişesini ortaya koyması ve dört aylık kısa bir döneme ait olması nedeniyle kartelin ne sürede uygulamada kaldığı noktasında bir açıklık sunmamaktadır. Bunu açıklığa kavuşturmak adına teşebbüslerin ilgili dönemlerdeki fiyat-maliyet verileri analiz edilmiştir.

Grafik 1: SG 0,80 mm Ürününe Ait Fiyat-Maliyet Seyri (2011-2016)



- (70) Yukarıda SG 0,8 mm¹⁸ ürününe ait sunulan grafikten de takip edilebileceği üzere, teşebbüslerin fiyatlarında önemli ölçüde paralellik olduğu görülmekle birlikte, maliyetlerde de benzer paralelliğin olduğu görülmektedir. Sektörün az oyunculu ve homojen ürün içeren yapısı da dikkate alındığında, fiyat paralelliğinin maliyetlerden bağımsız olduğu ve bu anlamda anlaşmanın sürdürüldüğü çıkarımında bulunmada yetersiz olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bunun üzerine EAAD'dan maliyet dışında fiyatta etki doğurması muhtemel değişkenlerin de dâhil edildiği detaylı fiyat paralelliği analizleri talep edilmiştir. EAAD Raporu bu dönem için anlaşmayı destekleyen analiz bulgusu sunmamaktadır. Dolayısıyla, ilgili dönem bakımından iktisadi bir delil elde edilememiş olup, 2011 yılına ait belgeler bu döneme ait elde edilen yegâne delil niteliğindedir. Bu bağlamda ilgili dönemdeki kartelin süresinin de salt bu belgelere dayanılarak tayin edilmesi gerektiğinin uygun olacağı sonucuna ulaşılmıştır.

¹⁸ SG 0,80 mm ürünü gaz altı kaynak teli olup, 2011 yılı anlaşma belgelerinde adı geçen ve teşebbüslerin en çok satış gerçekleştirdikleri ürünler arasında yer almaktadır.

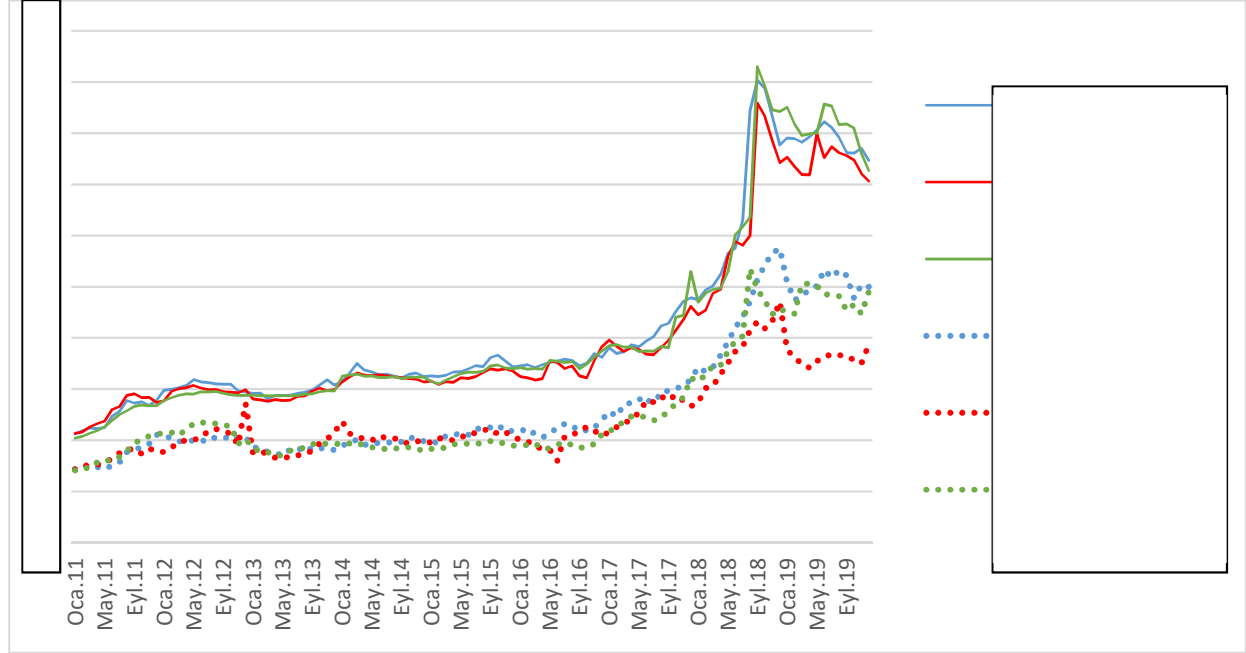
- (71) Yukarıda yer verilen bilgi ve açıklamalar, ASKAYNAK, GEDİK ve MAGMAWELD/OERLIKON'un 2011 yılı Ocak ayında başlayıp, ilgili dönemde elde edilen son rekabet karşıtı belgenin tarihi olan 25.04.2011'e kadar açık bir anlaşmanın tarafı olduklarını ortaya koymaktadır. Bu çerçevede tarafların 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettikleri sonucuna ulaşılmıştır. Bu dönemdeki ihlalin yukarıda açıklanan nedenlerle sabit olduğu değerlendirilmekle birlikte, cezalandırılabilir olup olmadığı yönüyle değerlendirmeye tabi tutulması gerekmektedir. Zira, ihlali ispat eden belgelerin sonuncusu 25.04.2011 tarihine ait olup, devam eden dönemde bu ihlalin devam ettiğine dair somut veya iletişime karine teşkil eden iktisadi delillerin elde edilememesinden dolayı ilgili belgeden doğacak rekabet ihlalinin zaman aşımına uğraması dolayısıyla idari para cezası yaptırımına konu olamayacağı hususu gündeme gelmektedir. Aşağıda zamanaşımı konusuna ilişkin açıklama ve değerlendirmelere yer verilmiştir.
- (72) 5326 sayılı Kabahatler Kanunu 20. maddesinde: "*Soruşturma zamanaşımının dolması halinde kabahatten dolayı kişi hakkında idarî para cezasına karar verilemez. (...) Nispî idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde zamanaşımı süresi sekiz yıldır. Zamanaşımı süresi, kabahate ilişkin tanımdaki fiilin işlenmesiyle veya neticenin gerçekleşmesiyle işlemeye başlar.*" hükmü yer almaktadır. Bu hükümde ceza hukuku prensiplerinin kıyasen uygulandığı ve kanun koyucunun zamanaşımı süresinin başlangıç tarihini sırf hareket suçları ve kesintisiz suçlar ayırımına dayalı olarak fiilin işlendiği tarih ile neticenin gerçekleştiği tarih olmak üzere ikiye ayırdığı değerlendirilmektedir.
- (73) Zamanaşımı süresinin rekabet hukuku ihlallerinde hangi tarihten itibaren işlemeye başlayacağı noktasında dosya kapsamında elde edilen ve ihlale konu olabileceği düşünülen yazışmalar amaç¹⁹ yönünden 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırılık oluşturabilecek nitelikte olduğundan, yazışmanın gerçekleşmesi rekabet hukuku anlamında ihlalin gerçekleşmesi için yeterli olacaktır. Dosya konusu ihlali gösteren beş farklı yazışmanın tarihleri sırasıyla 13.01.2011, 02.03.2011, 08.03.2011, 14.04.2011 ve 25.04.2011'dir. İhlalin tespit edilebildiği son yazışma 25.04.2011 tarihinde yapıldığından, zamanaşımı süresinin de bu tarihten itibaren başlatılmasının uygun olacağı değerlendirilmektedir. Amaç yönünden 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal edebilecek nitelikte bir eylemin kıyasen sırf hareket suçu niteliğinde değerlendirilmesi ve dolayısıyla eylemin gerçekleştiği tarih kabahatin gerçekleştiği an ile eşanlı olduğundan zamanaşımını başlatan tarihin, yazışmanın yapıldığı tarih olarak tespit edilmesi mümkündür. Bununla birlikte, yazışmaların devam eden tek bir ihlal olarak nitelendirilmesi durumunda, ihlale yönelik yazışmanın yapıldığı son tarihin de zamanaşımı süresinin başlangıcı olarak esas alınması söz konusu olabilecektir. Nitekim yukarıda detaylı bir biçimde anlatıldığı üzere, rekabet ihlali teşkil eden yazışmaların yapıldığı son tarih olan 25.04.2011 sonrasında ihlalin devam ettiğine ilişkin delil bulunamaması nedeniyle ihlalin bu tarihte sona erdiğinin kabulü gerekecektir.
- (74) Bununla birlikte, Kurulun teşebbüsler hakkındaki soruşturma kararı 20.02.2020 tarihinde alındığından ilgili belgelere isnat edilen rekabet ihlalinin zamanaşımına uğradığı bu nedenle idari para cezası yaptırımına yer olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.²⁰

¹⁹ Kurulun 09.12.2014 tarih ve 14-49/877-397 sayılı kararı. Rakiple yapılan tek bir toplantının ihlal teşkil edebileceğine yönelik Komisyon kararı için bkz: T-Mobile Netherlands BV (C-8/08).

²⁰ 16.01.2020 tarih, 20-04/47-25 sayılı ve 27.12.2012 tarih, 12-68/1684-619 sayılı Kurul kararları.

I.4.2. 2017-2019 Dönemi Değerlendirmesi

- (75) Dosya kapsamında yerinde incelemelerde elde edilen belgeler, özellikle de 25.04.2011 tarihli e-posta, taraflar arasındaki rekabet karşıtı birlikteliğin büyük bir gizlilikle yürütülmesinin amaçlandığını ve bu yönde tedbirler alındığını ortaya koymaktadır. İlgili e-posta ASKAYNAK genel müdürü (.....) tarafından, GEDİK ve MAGMAWELD/OERLIKON genel müdürlerine şahsi e-posta hesabından iletilmiş ve bunun nedeni e-postada *“Farkettiğiniz gibi, kişisel e-posta hesabımı kullanıyorum. Sizden de benzer şekilde bu mesaja yanıt olarak, kişisel e-posta adresinizden yanıt vermenizi rica edeceğim. Bundan sonra, bu adreslerden görüşelim. Ayrıca, cep telefonlarından haberleşmek de sakıncalı görünüyor. Bizde buluşmak ise daha büyük tehlike oluyor. Hem kamera kayıtları, hem de çalışanlarımızın tanıklıkları riskli... Başka bir çözüm yaratmalıyız. Lütfen bilgi işlemdeki arkadaşlarınıza söyleyin, bu mesajı da server'lerinizden silsinler.”* ifadeleriyle açıklanmıştır. Bu belge 2011 yılına ait olmakla birlikte tarafların aralarındaki karteli gizleme konusuna büyük önem verdiklerini ve ardında delil bırakmayan bir yöntemin yaratılmaya çalışıldığını göstermesi itibarıyla sonraki dönem bakımından da önemli bir belge niteliğindedir. Kartelin yalnızca firma genel müdürlerinin bilgisi dâhilinde yürütülmesinin amaçlandığı, yazışmaların gizliliğini sağlamak adına şahsi e-postalar aracılığıyla yapılmasının en güvenli yol olarak seçildiği, gizlilik noktasında şirket çalışanlarının tanıklıklarının, kamera kayıtlarının ve telefon konuşmalarının bile riskli bulunduğu belgede öne çıkan hususlardır. Belgede yer alan bu ifadeler, taraflar arasındaki olası kartelin arkasında olağan/somut iletişim delili bırakma ihtimalini önemli ölçüde azaltan bir kurguya işaret etmekte, bu tarihten itibaren şirket e-postalarından rekabet karşıtı bir yazışmanın gerçekleşmesi ihtimalini ortadan kaldırmaktadır. Kartel, şirketin genel müdürü dışındaki yönetici ve çalışanlarınca bilinmediğinden, şirket içi yazışmalar bakımından da benzer durum geçerli olup, şirket içi rekabetçi birtakım yazışmaların da “kartelin yokluğundan” ziyade “kartel içerisindeki aldatmanın” yansıması olması ihtimali artmaktadır.
- (76) Yukarıda yer verilen açıklamalar, mevcut dosya bakımından olağan somut iletişim deliline ulaşmanın güçlüğüne dikkat çekmektedir. Yerinde incelemelerde 2011 yılından sonra herhangi bir somut iletişim delili elde edilememesi bu minvalde kartelin yokluğundan ziyade gizliliğinden kaynaklanmış olabileceği endişelerini gün yüzüne çıkarmış, bu nedenle süreçte “uyumlu eylem karinesi” eliyle iletişime karine teşkil eder nitelikteki iktisadi delillerin araştırılması önem kazanmıştır. Uyumlu eylem karinesi, 4054 sayılı Kanun'daki lafzi ve gerekçesi ile birlikte ele alındığında, olağan somut iletişim delilinin olmaması halinde salt iktisadi deliller eliyle ihlal sonucuna ulaşabilmesine imkân veren bir araç niteliğindedir. Bu kapsamda önaraştırma sürecinde yapılan analizlerden elde edilen bulgular taraf teşebbüslerin 2017 Ekim ayından itibaren sergiledikleri pazar davranışlarının, maliyet ve talep unsurları ile açıklanamadığına işaret eder bulunduğundan taraflar hakkında soruşturma başlatılmıştır.
- (77) Soruşturma kapsamında incelenen ürünlerin başlıcalarına ait fiyat-maliyet grafikleri aşağıda sunulmaktadır.

Grafik 4: 2. Gruptaki²¹ Ait Fiyat-Maliyet Seyri (2011-2019)

- (78) Öneraştırma sürecinde yapılan analizler, yukarıdaki grafiklerden de takip edilebildiği üzere, fiyatların maliyetlerden bağımsız şekilde paralel olarak arttığı bir dönemin varlığına işaret etmiş olsa da, kaynak pazarının yapısının oligopolistik bağımlılığa elverişliliği nedeniyle, pazardaki fiyat gelişiminin, anlaşmadan mı yoksa oligopolistik bağımlılıktan mı kaynaklandığının belirlenmesi gerekmektedir. Zira oligopolistik bağımlılık/bilinçli paralellik nedeniyle ortaya çıkan paralel fiyat artışları rekabet hukuku anlamında tek taraflı olup anlaşma/uyumlu eylem teşkil etmezken; birliktelik yani anlaşmadan kaynaklı fiyat artışları 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında ihlaldir. Dolayısıyla rekabet hukukunda "anlaşma/uyumlu eylem" firma davranışları doğrultusunda ortaya çıkan sonucu değil, firmaların bu sonuca yönelik dâhil oldukları süreci tanımlamaktadır. "Anlaşma" ve "uyumlu eylem" kavramları ise mevcut yerleşik uygulamada "iletişim delili" ile işlevsel kılınmakta, birliktelik "iletişim delili" ile ortaya konulmaktadır. Uyumlu eylem karinesi bakımından da iletişim unsurunun önemli bir şart olduğu düşünülmeyle birlikte, maddenin lafzı ve gerekçesi itibarıyla somut olağan iletişim deliline ihtiyaç olmaksızın, salt "iletişime karine teşkil eden pazar davranışının" gösterilmesi ile de karinenin işletebileceği değerlendirilmektedir.
- (79) Yukarıda yer verilen çerçeve dâhilinde, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi uyarınca piyasada maliyetlerden bağımsız oluşan yüksek fiyatın birliktelik sonucunda ortaya çıktığı tespitinde bulunulabilmesi için "uyumlu eylem karinesi" aracılığıyla fiyatlama davranışlarının iletişime karine teşkil eder şekilde, yani firmalar bakımından iletişim yerine geçecek bir düzende geliştiğinin ortaya konulması gerektiği değerlendirilmektedir. Bu kapsamda soruşturma sürecinde EAAD'den teşebbüslerin fiyatlama davranışlarının belirli bir iletişim kalıbı dâhilinde gelişip gelişmediğinin tespitine yönelik olarak bir iktisadi model çalışması talebinde bulunulmuştur.
- (80) EAAD tarafından dosyaya yönelik olarak 2011-2019 dönemini kapsayan şekilde (i) regresyon analizi, (ii) yapısal kırılma testleri, (iii) durağanlık testi ve (iv) varyans taraması gerçekleştirilmiştir. Bu analizler doğrultusunda EAAD Raporu'nda "...eldeki verinin analizi sonucu ulaşılan bulgular ışığında, incelenen dönem içerisinde fiyatlar

²¹ 2. Grup Ürünleri, ASKAYNAK'ta AS R 143 3,25x350 mm, GEDİK'te ELİT 3,25x350 mm ve MAGMAWELD'de ESR 13 3,25x350mm ürünlerine tekabül etmektedir.

paralel²² ve birbirine yakın seyretmekle ve kâr oranları son dönemde artmış olmakla birlikte, pazar fiyatının değişiminde maliyet ve dolar kuru etkisinin baskın olması nedeniyle, bu etkilerden arındırılmış olası bir ihlal davranışının etkisi gözlenememiştir.” sonucuna ulaşılmıştır.

- (81) Soruşturma sürecinde elde edilen bilgiler ve EAAD Raporu bulguları, kaynak sektöründeki fiyatların döviz kuru artışlarından, artış maliyetlere henüz yansımadan, beklentiler üzerinden etkilendiğini; 2017’nin başlarından itibaren kurdaki yükselişin fiyat artışlarını beslediğini, 2018 yılındaki ani yükselişin fiyat artış hızını tetiklediğini, 2019’un ortalarından itibaren ise kurdaki hızlı yükseliş beklentisinin azalmasıyla fiyatların gerilemeye başladığını ortaya koymaktadır. Kaynak ürünleri bakımından ana hammaddelerin, her ne kadar önemli ölçüde yurtiçi üreticilerden tedarik edilse de, dünya metal borsalarında belirlenen fiyatlara endeksli olması nedeniyle, döviz kurunda yaşanan dalgalanmaların ürünlerin maliyetini ve fiyatını etkileyen birincil etken olduğu ifade edilebilecektir. Döviz kurunun 2011-2019 geneli itibarıyla ürün fiyatlarında yansıma bulunduğu görülmekle birlikte, 2018 yılı ortalarında hız kazanan döviz kur artışının teşebbüslerce maliyetlere yansımadan ve bu dönemde artan ÜFE oranları eşliğinde fiyatlara yansıtıldığı, bu durumun firmaların karlılıklarında artışa neden olduğu anlaşılmaktadır. Döviz kurundaki artışların yurtiçinde yükselen fiyatlar, yurtdışında artan ihracat imkânları ile firma karlılıklarını beslediği şirketlerin 2011-2018 yıllarına ait aşağıdaki tabloda sunulan mali verilerinden anlaşılmaktadır. Bu durumu 16.08.2018 tarihinde ASKAYNAK Yönetim Kurulu Üyesi (.....) tarafından muhtelif ASKAYNAK çalışanlarına gönderilen “Sonuçlar, performans ve yakın gelecek (!)” başlıklı e-postada (Belge-12) yer alan “...Hepinizin bildiği gibi, yılın ilk yarısını çok başarılı iş sonuçlarıyla kapattık! Aslında buna Temmuz ayını da dahil etmem gerekiyor. Genel olarak, TL bütçemizin oldukça üzerinde satış rakamlarına ulaştık. Buna karlılıktaki performans eşlik etti. Tarihi düzeylere eriştik!!! Tahsilatta da aynı başarıyı gözlemledik.” ifadeleri de desteklemektedir.

Tablo-1: Brüt Kârlılık Oranları (2011-2019)

Teşebbüs/Yıllar	Brüt Kârlılık Oranı (%) ²³									
	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	
ASKAYNAK	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
GEDİK	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
MAGMAWELD	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
OERLIKON	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)

Kaynak: Cevabi Yazılar

Tablo-2: Net Kârlılık Oranları (2011-2019)

Teşebbüs/Yıllar	Net Kârlılık Oranı (%) ²⁴									
	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	
ASKAYNAK	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
GEDİK	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
MAGMAWELD	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
OERLIKON	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)

Kaynak: Cevabi Yazılar

- (82) EAAD analizleri döviz kuru artışlarının maliyetlere yansımadan fiyatlara yansıtılmasının bu dönemde gözlemlenen karlılık artışları da dikkate alındığında rekabet karşıtı bir

²² EAAD Raporu bu doğrultuda “teşebbüslerin ürün grupları içerisindeki fiyatlarının (4. grup ürün hariç) %98 üzerinde korele (eş yönlü hareketliliğe sahip) olduğu” ve “Ürün grupları arasındaki fiyat paralelliğinin de %90’ın üzerinde seyrettiği” tespitlerini içermektedir.

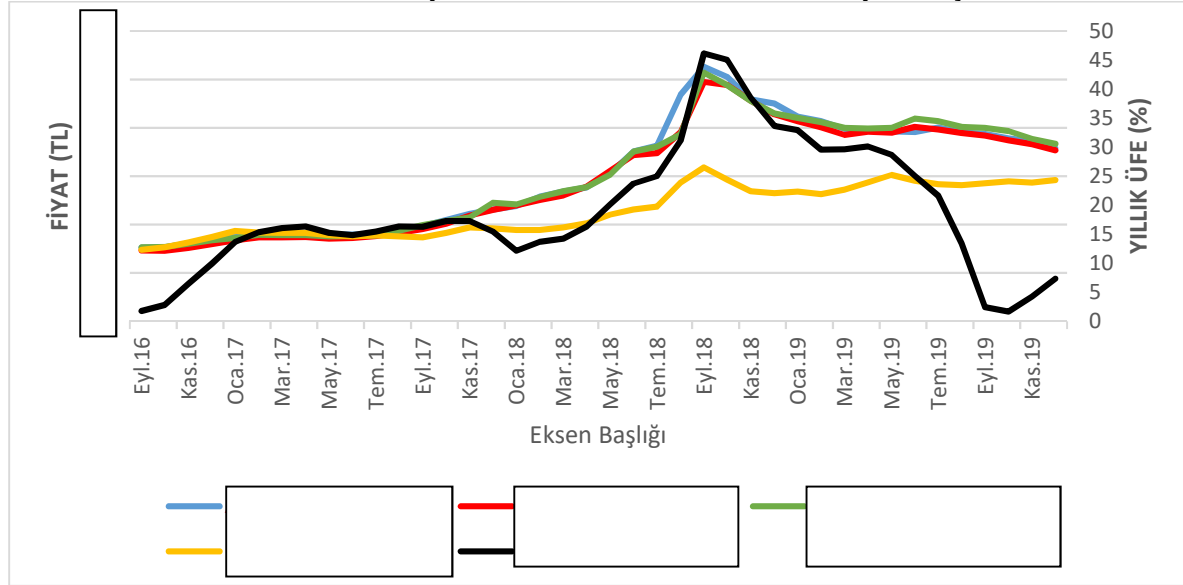
²³ Brüt kârlılık oranı hesaplanırken brüt kâr/net satışlar formülü kullanılmıştır.

²⁴ Net kârlılık oranı hesaplanırken vergi sonrası net kâr/net satışlar formülü kullanılmıştır.

birlikteliğin sonucu olması ihtimalini tamamen dışlamasa da, ilgili fiyat artışlarında döviz kuru ve maliyetlerden arındırılmış istatistiksel anlamlılık taşıyan bir birliktelik bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır. Bu bağlamda EAAD analizleri, firma fiyat geçişlerinde gecikme ve dalgalanmaların bulunduğunu, anlaşma dönemlerinde gözlemlenmesi beklenen fiyat katılığının mevcut dosya bakımından söz konusu olmadığını içermektedir.

- (83) Sektördeki fiyatların döviz kuru ve ÜFE oranları ile büyük ölçüde korele olduğu görülmektedir. Bu etkileşim SG 1,2 mm ürünü için aşağıdaki grafikte sunulmakta olup incelenen diğer ürünler bakımından da benzer durum geçerlidir:

Grafik 5: 2016/9-2019/12 Dönemi Aylık USD/TL, ÜFE ve SG 1,20 mm Fiyat Gelişimi



- (84) Yukarıda yer verilen açıklama ve değerlendirmeler çerçevesinde, taraf firma fiyatlandırma davranışlarının iktisadi yöntemlerle incelenmesi sonucunda, 2017-2019 dönemlerinde ASKAYNAK, GEDİK ve MAGMAWELD/OERLIKON arasında iletişime karine teşkil eder düzende bir pazar davranışı, dolayısıyla bir fiyat birlikteliği tespit edilemediğinden uyumlu eylem karinesinin işletilemeyeceği değerlendirilmektedir. Bu doğrultuda soruşturma tarafı teşebbüslerin 2017-2019 yılları döneminde 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiklerini ispata elverişli delil bulunamaması nedeniyle, bu dönem bakımından 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna ulaşılmıştır.

I.4.3. Soruşturma Tarafı Teşebbüslerin Savunmaları ve Değerlendirmeleri

I.4.3.1. Savunmalar

I.4.3.1.1. ASKAYNAK Tarafından Yapılan Savunmalar

- (85) ASKAYNAK'ın savunmasında özetle;

- Kurulun, ilk olarak "yerinde incelemenin engellendiğine dair kararı"²⁵ haklarında önaraştırma yürütülen teşebbüslerin rekabeti ihlal ettiğine dair karine olarak

²⁵ Kurulun 26.12.2019 tarihli toplantısında, ASKAYNAK'ta gerçekleştirilen yerinde inceleme esnasında teşebbüs yetkilisi Ahmet SEVÜK'ün iş amaçlı kullandığı anlaşılabilir kişisel e-posta hesabının incelenmesine müsaade etmediği, inceleme izninin verildiği zamanda ise e-postaların geri dönüşümü teknik olarak mümkün olmayacak şekilde silinmiş olduğu, bu bağlamda teşebbüs yetkilisi Ahmet SEVÜK tarafından 4054 sayılı Kanun'un 15. maddesi ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Uygulanması Çerçevesinde Rekabet Kurumunca Yapılacak Yerinde İncelemelere İlişkin Usul ve Esaslara Dair Yönerge'nin "Yerinde İncelemenin Kapsamı" başlıklı 12. maddesinde sayılan yetkililerin

nitelendirdiği, daha sonra ise, bu karineye dayanarak sonuncusu Nisan 2011 tarihli e-postaların 2017-2019 tarih aralığındaki fiyat-maliyet seyrinin delili olarak kabul ettiği ve başkaca hiçbir delile dayanmaksızın bu soruşturmayı başlattığı,

- Kaynak sarf malzemeleri pazarında soruşturmaya muhatap üç teşebbüsün görece önemli bir pazar payı toplamına sahip olduğu, bununla birlikte yerli ve yabancı üreticileri de bünyesinde barındıran, başta Asya kökenli olmak üzere (Çin ve Kore gibi) ithalat baskısını hisseden, giriş engelleri yüksek olmayan, talep kesiminin makul kalite ve fiyat beklentisine sahip olduğu; dolayısıyla fiyata duyarlı, ayrıca ürün farklılaştırmasının düşük olduğu homojen ürünleri ihtiva eden, oyuncuların maliyet yapılarının benzeştiği ve son olarak rakiplerin birbirlerinin davranışlarını çok markalı dağıtıcılar, müşteriler ve bunun gibi kaynaklardan izleyebildiği şeffaf nitelikteki oligopol bir pazar yapısına haiz olduğu,
- Teşebbüsün içinde bulunduğu piyasa koşullarını, rakiplerin davranışlarını takip etmesi gerekeceği, bu etkileşim ve pazar hareketlerinin takibi neticesinde; herhangi bir gizli ya da açık işbirliği bulunmasa dahi; pazarda, sanki teşebbüsler arasında bir anlaşma varmış gibi paralel davranışların oluşabildiği, bu durumun oligopol karakteristiği gösteren pazarlardaki karşılıklı oligopol bağımlılığın sıklıkla rastlanılan bir sonucu olduğu,
- Dolayısıyla piyasadaki teşebbüslerin zaman zaman birbirine benzeşen uygulamalarının, kaynak sarf malzemeleri pazarının kendine özgü yapısından kaynaklandığı,
- Kaynak sarf malzemeleri pazarındaki soruşturmaya konu olan ürünlerin emtia niteliğindeki homojen ürünler olduğu, pazarda ürün farklılaştırmasının genelde düşük seviyede kaldığı, talep kesimi açısından önemli olan hususun makul kalitede ve uygun fiyattaki ürünlere erişim olduğu, bu bağlamda bir marka bağımlılığından söz edilemeyeceği, bu durumun kaynak sarf malzemeleri pazarında yoğun bir talep elastikiyeti doğurduğu, rekabeti fiyat odaklı hale getirdiği ve arz talep dengesinin korunmasında belirsizliklere neden olduğu, bu itibarla piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin, genelde fiyat düzeylerini belirlerken pazardaki diğer teşebbüsleri takip etme ihtiyacı hissettiği,
- Rakiplerin faaliyet ve fiyat hareketlerinin gözlemlenebilir olduğu piyasaların şeffaf pazarlar olup, bu durumun çoğu zaman fiyatların birbirine yakınlaşmasına neden olduğu, kaynak sarf malzemeleri pazarının da şeffaflığın yüksek olduğu bir pazar olduğu, zira sektördeki dağıtıcıların/yeniden satıcıların yaklaşık %80 kadarının çok markalı olup, bu dağıtıcıların üreticilerin fiyat listelerini bir pazarlık aracı olarak kullandığı, keza müşterilerin de, marka bağımlılığının düşük olduğu bu piyasada, satın alma aşamasında çeşitli üreticilerden fiyat almakta ve aldıkları bu teklifleri, pazarlıkta bir kaldıraç olarak kullandığı, soruşturma bildirimindeki grafiklerden de anlaşıldığı üzere, özellikle ASKAYNAK'ın fiyatlarının rakiplerine nazaran yüksek kaldığı dikkate alındığında fiyat düşürmek amacıyla rakip üreticilerin fiyatlarının emsal gösterildiği birçok durumla karşılaşıldığı, haklarında soruşturma yürütülen üç teşebbüs arasında son derece güçlü bir rekabet olduğu,
- Kaynak sarf malzemeleri pazarına girişin önünde ise ciddi bir engel bulunmadığı, yerel ekipman üreticilerinin üretim bantlarını hızlı şekilde kurabildiği ve pazara giriş yapabildiği, düşük fiyatlama yoluyla kayda değer pazar payı alabildiği, nitekim yerinde incelemelerde alınmış olan 29.09.2015 tarihli Askaynak Board Meeting isimli

kullanımının engellendiği ve bu fiilin 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi kapsamında yerinde incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması teşkil ettiği sonucuna ulaşılmış 26.12.2019 tarih ve 19-46/793-346 sayılı Kurul kararı ile ASKAYNAK'a idari para cezası verilmiştir.

dokümanın “3.1 Core Business (wire and electrodes)” başlığı altında benzer ifadelere yer verildiği,

- Fiyata duyarlı olan talep kesiminin, iç pazardaki fiyatların yükselmesine bağlı olarak, hızlı şekilde ithal pazarlara yöneldiği, bu bağlamda Asyalı üreticiler başta olmak üzere global markaların Türkiye'ye girme çabasının olduğu, dolayısıyla yerli ve yabancı üreticiler ile yoğun bir rekabetin bulunduğu söylenebileceği, pazarın bu yapısının, oyuncuların mevcut fiyat seviyesini piyasadaki rekabete uyum sağlayacak şekilde yapılandıramamaları durumunda, pazar kaybına neden olduğu, özellikle pazarın daralmaya başladığı dönemlerde, ASKAYNAK'ın izlediği yüksek fiyatlama politikasının, satışlarının reel anlamda düşmesine ve pazar kaybı yaşamasına neden olduğu, yerli üreticiler ve ithalat baskısı ile bu şekildeki bir fiyatlama politikasıyla rekabet edebilmenin mümkün olmadığı,
- Soruşturma bildiriminde zamanaşımına uğramış olan 2011 yılındaki e-postalar dışında başka bir iletişim deliline yer verilmediği ve ikincil nitelikli iktisadi delillere dayalı olarak iddialarda bulunulduğu, dolayısıyla Ekim 2017 tarihinden itibaren maliyet ve talepten bağımsız olarak gerçekleştiği iddia edilen fiyat artışlarının rekabete aykırı uyumlu eylemden kaynaklandığını gösterebilecek nitelikte bir delil ortaya konulmadığı,
- Soruşturma bildiriminde kullanılan iktisadi delil niteliğindeki fiyat-maliyet grafiklerinin de hatalı bir şekilde oluşturulduğu, grafiklerde fiyatların hangi seviyelerden hangi noktalara ulaştığına dair sayısal göstergelere dahi yer verilmediği, kullanılan küçük ölçeğin, gerçek sayısal fiyat aralıklarını yansıtamadığından, farklılıkları olduklarından az gösterdiği, daha da önemlisi, fiyat verisi bakımından bayilere yapılan satış fiyatları (liste fiyatları) esas alınmışken; maliyet verisi noktasında fabrika maliyeti olarak da tabir edilen üretim maliyetinin kullanıldığı,
- Piyasada gerçekten fiyat artışı yaşanıp yaşanmadığının tespitine yönelik olarak bayilere yönelik liste fiyatlarının değil, indirimli satışları gösteren fatura fiyatlarının esas alınmasının gerektiği, zira ilgili pazarda liste fiyatlarının uygulama alanı bulmadığı ve bu fiyatlar üzerinden pazarlık yapılarak iskontolu satışlar gerçekleştirildiği, dolayısıyla liste fiyatlarına bakılarak maliyet ve talepten bağımsız bir fiyat artışı yaşandığını öne sürmenin ticari hayatın olağan akışına aykırı olduğu,
- İkinci olarak maliyetlere bakıldığında, sadece üretim maliyetlerinin esas alınmasının da gerçekçi bir sonuç doğurmayacağını vurgulamanın gerektiği, nitekim ASKAYNAK'ın üretim maliyetlerinin yanı sıra dağıtım, gönderim, ciro primi, tahsilat/finansman gibi başkaca önemli maliyet kalemlerinin de mevcut olduğu, bu maliyetler dikkate alınmaksızın yapılan bir fiyat-maliyet analizinin, suni bir şekilde maliyetlerin düşük gösterilmesine yol açtığı ve hatalı bir analize sebep olduğu,
- ASKAYNAK tarafından yapılan kar marjı hesaplamasında, ilgili ayda gerçekleşen satılan malın maliyeti ile fiili gerçekleşen fiyatın (baya ve son kullanıcılar dahil olmak üzere müşteriye faturalanan fiyat) esas alındığı, bu durumun soruşturma bildiriminde yer verilen iktisadi delillerin dahi ne denli hatalı olduğunu gösterdiği,
- Soruşturma bildiriminde, Ekim 2017'den itibaren görülen fiyat artışlarının maliyet ve talep unsurları ile açıklanamadığı ileri sürülse de; talep unsurunun hiçbir şekilde göz önüne alınmadığı, dahası anılan dönemde ülkemizde yaşanan makroekonomik gelişmelerin göz ardı edildiği,
- Soruşturma bildiriminde de değinildiği üzere, esasen Ekim 2017'de kısmi bir artış yaşandığı; Ekim 2018 itibarıyla artışların tepe noktasına vardığı ve maliyetler ile fiyatlar arasındaki aralığın görece açıldığı, bu durumun neden kaynaklandığının makroekonomik göstergeler dikkate alınarak değerlendirilmesinde yarar bulunduğu,

zira 2018 yılı Türk Lirası'nın performans açısından en kötü dönemini geçirdiği bir yıl olarak tarihe geçtiği, 2018 yılında Türk Lirası'nın; ABD Doları'na karşı %28,4 oranında, Euro'ya karşı %33 oranında ve İngiliz Sterlini'ne karşı ise %29,5 oranında değer kaybettiği, ilgili dönemde Türkiye'de çeşitli sektörlerde faaliyet gösteren bazı teşebbüslerin kur riskini bertaraf etmek için satışlarını ABD Doları veya Euro bazında gerçekleştirmeyi öngördüğü, buna karşın, Cumhurbaşkanı Kararı ile döviz veya dövize endeksli sözleşme yapma yasağı getirildiği,

- Soruşturma bildiriminde fiyat-maliyet verileri analiz edilen soruşturma konusu ürünlerin toplam maliyetlerinin yaklaşık %(.....)'ini oluşturan hammaddenin ABD Doları'na endeksli olduğu, tel ürün maliyet yapısının %(.....) oranında sabit giderler (endirekt işçilik, amortisman ve diğer), %(.....) oranında değişken maliyetler (enerji ve diğer sarflar), %(.....) oranında direk işçilik ve %(.....) oranında hammaddeden oluştuğu,
- Durum böyleyken ASKAYNAK'ın anılan ürünlerin satışını TL bazında yaptığı ve tahsilatı (.....) gün vadeyle²⁶ gerçekleştirdiği, hammadde ödemelerinin ise, satış tahsilatına nazaran çok daha kısa dönemde yapıldığı, bunun bir sonucu olarak ASKAYNAK'ın döviz oranındaki dalgalanmalara karşı bütün finansman riskini üzerinde taşıdığı, bunun da fiyatlama politikalarında risk priminin oldukça yüksek olmasını gerektirdiği, 2018 ve devam eden süreçte kur farkı giderlerinin oldukça yüksek olduğu, devalüasyonun olduğu Ağustos 2018'de bir aylık kur farkı giderinin (.....) TL'ye kadar çıktığı,
- Böyle bir ticaret işleyişinde, fiyatların belirlenmesi bakımından üç ay sonra oluşacak kurun tahmin edilmesi gerektiği, ancak TL'nin yaşadığı olağandışı değer kaybı ve dalgalanmaların üç ay sonra oluşacak kurun hangi seviyede olacağını tahmin etmeyi mümkün kılmadığı, bu sebeple ASKAYNAK'ın, öngörülemez kur riskini gidermek adına ilgili ürünlerin fiyatını %(.....) oranında arttırmak durumunda kaldığı,
- Aşağıdaki grafikte, Ocak 2017 - Aralık 2019 dönemine ilişkin olarak gazaltı kaynak teli ürünü maliyetleri, ortalama satış fiyatları, ABD Doları/Türk Lirası kuru ve brüt marj seyrinin sunulduğu, görüldüğü üzere, fiyatlama davranışları ve brüt marjın tamamen maliyet ve kur oranlarıyla paralel seyrettiği,

(.....TİCARİ SIR.....)

- Bu durumun tozaltı kaynak teli açısından da farklı olmadığı, aşağıdaki grafikte, Ocak 2017 - Aralık 2019 dönemine ilişkin olarak tozaltı kaynak teli ürünü maliyetleri, ortalama satış fiyatları, ABD Doları/Türk Lirası kuru ve brüt marj seyrinin sunulduğu, görüldüğü gibi, tozaltı kaynak teli açısından da fiyatlama davranışlarının ve brüt marjın tamamen maliyet ve kur oranlarıyla paralel seyrettiği,

(.....TİCARİ SIR.....)

²⁶ İlk zamanlarda (.....) gün vadeyle çalışan ASKAYNAK, daha sonradan vadeyi (.....) güne düşürmüştür.

- Yukarıdaki grafiklerin, ASKAYNAK tarafından gerçekleştirilen fiyat artışlarının kur riskini giderme amacına yönelik olduğunu açıkça ortaya koyar nitelikte olduğu,
- ASKAYNAK tarafından dövizle ilgili maliyet artışlarına nazaran biraz daha yüksek seviyede artış yapılmasının sebebinin (.....) gün vadeli satış yapılması, dövizle endeksli hammadde ödemelerinin daha kısa sürelerde gerçekleştirilmesi ve bir sonraki başlıkta izah edilecek karlılığa dayalı ASKAYNAK politikası olduğu, dolayısıyla ASKAYNAK'ın fiyatlandırma davranışlarının, herhangi bir rekabete aykırı anlaşma veya uyumlu eylemden ziyade tek taraflı ticari politikalar ve iktisadi göstergeler doğrultusunda gerçekleştiği,
- Bu noktada değinilmesi gereken bir diğer hususun Ağustos 2017 ile Temmuz 2018 döneminde yaşanan talep artışı olduğu, genellikle kapasite kullanım oranı yüksek seviyede seyreden ASKAYNAK'ın ilgili dönemdeki talebi karşılamakta zorlandığı ve bekleyen sipariş sayısının yükseldiği, zira bu dönemde bayiler ve son kullanıcıların döviz kurundaki dalgalanma ve ABD Doları'ndaki olası artışa önlem olarak siparişlerini önden vermeyi tercih ettiği, ayrıca ASKAYNAK'tan ürün temin eden otomotiv gibi sektörlerin ihracata devam etmesinin de talebin artan bir şekilde devam etmesini sağladığı, keza Türkiye ve Azerbaycan arasındaki Trans Anadolu Doğal Gaz Boru Hattı Projesi ile Star Rafinerisi Projesi'ni talep artışının bir diğer kaynağı olduğu,
- Aşağıdaki grafikte Ocak 2017 - Ağustos 2019 dönemine ilişkin olarak gazaltı ve tozaltı kaynak teli ay sonu bekleyen sipariş analizinin gösterildiği, söz konusu grafikten özellikle gazaltı kaynak teli bakımından yaşanan ve soruşturma bildiriminde hiç dikkate alınmayan talep artışının açıkça görülebildiği, bu hususun da genel iktisat prensipleri çerçevesinde fiyat artışına neden olduğu,

(.....TİCARİ SIR.....)

- ASKAYNAK'ın fiyatlandırma davranışlarının rakiplerinden tamamen bağımsız olarak makroekonomik gelişmeler, dövizle endeksli hammadde ödemeleri karşısında uzun vadeli tahsilat yapılması, karlılığa yönelik şirket politikası ve talepteki seyre paralel olarak gerçekleştiği, dolayısıyla fiyat artışlarının rasyonel ve iktisadi gerekçelerinin ortaya konulduğu, bu hususun rekabete aykırı olduğunu iddia etmenin mümkün olmadığı,
- ASKAYNAK'ın bireysel fiyatlandırma politikası çerçevesinde rakiplerinden ayrılabilirdiği, zira soruşturma bildirimindeki grafiklerden de görüleceği üzere, ASKAYNAK'ın fiyatlandırma davranışlarının çoğu dönem rakiplerine kıyasen yüksek seyrettiği, yine üç aylık dönemleri gösteren bu grafiklerin dahi pazardaki fiyatlandırma davranışlarının farklılaşabildiğini, iniş-çıkışlar olduğunu ortaya koyduğu; genellikle aylık, fakat ihtiyaç duyulduğunda iki haftalık ve hatta haftalık olarak fiyatların değişebildiği dikkate alındığında, teşebbüslerin fiyatlarının her zaman paralel seyrettiğini söylemenin mümkün olmadığı,
- (.....),
- (.....),
- (.....),

(.....TİCARİ SIR.....)

- Tüm bu hususlar dikkate alındığında, gazaltı ve tozaltı kaynak teli pazarındaki görece fiyat benzerliklerinin oligopolistik bağımlılıktan öteye gitmediği; bunun yanı sıra, ASKAYNAK'ın tamamen kendi bireysel fiyatlama politikası doğrultusunda hareket ettiğinin görüldüğü, bu durumun rekabete aykırı uzlaşma olarak görülmesinin hukuki ve iktisadi dayanağının bulunmadığının düşünüldüğü,
- Yerinde incelemede elde edilen birçok belgeden ASKAYNAK'ın, asgari karlılık seviyesini korumak kaydıyla, (.....), dolayısıyla yerinde incelemeler esnasında alınan dokümanlar arasında dahi, gerek soruşturmaya muhatap teşebbüslerin kendi arasındaki gerekse sektörün diğer oyuncuları ile olan fiili rekabetin varlığına ilişkin birçok yazışma ve belge bulunduğu,
- Kurum uzmanlarının eşzamanlı olarak yaptıkları yerinde incelemeler esnasında soruşturma tarafı olan bir başka teşebbüs çalışanının e-postaları arasında; 25.04.2011 tarihinde ASKAYNAK Genel Müdürü'nün yahoo uzantılı şahsi e-posta adresinden GEDİK ve MAGMAWELD/OERLIKON çalışanlarına gönderilmiş olan bir e-posta tespit ettiği, bunun üzerine Kurum uzmanlarının, ASKAYNAK Genel Müdürü'nün şahsi e-posta hesabında inceleme yapmak istediği, ancak Genel Müdür (.....)'ün yıllardır kullanmadığı ilgili e-posta hesabının kullanıcı adı ve şifresini dahi hatırlayamadığı, Kurum uzmanlarınca söz konusu e-posta hesabının kullanıcı adının (.....)'e bildirilmesi üzerine (.....)'ün şahsi e-posta hesabının Kurum uzmanlarınca incelenebilmesi için yahoo uzantılı şahsi e-posta hesabında şifre yenileme talep ettiği ve uğraşlar sonucunda hesaba erişim sağlayabildiği, söz konusu e-posta hesabına erişim sağlandıktan sonra (.....)'ün ilgili e-posta hesabının gelen kutusuna son derece şahsi, mahrem ve ailevi ilişkileri ilgilendirebilecek bazı e-postalar gelmiş olduğunu fark ettiği, bunun üzerine (.....)'ün o ana dek hiç okunmamış olan toplamda 23 adet e-postayı gelen kutusundan silmek durumunda kaldığı ve bilgisayarını Kurum uzmanlarına incelenmek üzere teslim ettiği, silinen e-postaların şahsi, mahrem ve ailevi ilişkileri ilgilendirecek birtakım bilgileri içerdiğinin 18.12.2019 tarihli Yerinde İnceleme Tutanağı'na da şerh düşüldüğü, Kurum uzmanlarının (.....)'ün ilgili e-postayı göndermiş olduğu GEDİK ve MAGMAWELD/OERLIKON çalışanlarının şahsi e-posta hesaplarında da inceleme gerçekleştirdiği ancak soruşturmaya taraf teşebbüs yöneticileri/çalışanları arasında başkaca bir yazışma örneği tespit etmediği, buna karşılık Kurulun 26.12.2019 tarih ve 19-46/793-346 sayılı kararıyla ASKAYNAK'a 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrası uyarınca binde beş oranında idari para cezası verdiği,
- Kurulun; (.....) tarafından 2011 yılında GEDİK ve MAGMAWELD/OERLIKON çalışanlarına gönderilmiş olan sadece bir adet e-postanın varlığı, (.....)'ün okunmamış bazı e-postalarını silmiş olması ve diğer şirket çalışanlarının (şahsi e-posta adreslerinde yapılan incelemelerde riskli bir yazışma örneğine rastlanılmamış olmakla birlikte) adres defterlerinde rakip çalışanların e-posta adreslerinin kayıtlı olmasından bahisle, haklarında önaraştırma yürütülen teşebbüslerin 2011 yılından bu yana süregelen, rekabeti engelleme amacı olan ve kurumsal e-posta hesapları dışında yürütülen bir iletişim içinde olabilecekleri iddiasında bulunarak ilgili teşebbüsler hakkında soruşturma açılmasına karar verdiği,

- Soruşturma bildirimi incelendiğinde; yerinde incelemenin engellenmesi ile rekabet ihlalinin (iddiasının) varlığı arasında nedensellik bağı varmışçasına bir yaklaşım sergilendiği, zira soruşturma bildiriminden, ASKAYNAK hakkında; *“Yukarıda bahsi geçen yazışmanın içeriği YERİNDE İNCELEMENİN ENGELLENDİĞİ HUSUSU İLE BİRLİKTE ELE ALINDIĞINDA tarafların 2011’den BU YANA SÜREGELEN, rekabeti engelleme amacı olan ve kurumsal e-posta hesapları dışında yürütülen bir iletişim içerisinde olabileceklerine işaret etmektedir”* şeklindeki tespit²⁷ üzerine soruşturma başlatıldığının anlaşıldığı, ancak bu tespitin yerinde olmadığı, zira yerinde incelemenin engellenmiş olmasının rekabetin ihlal edildiğine yönelik bir karine teşkil etmeyeceği gibi (.....)’ün e-posta adresinin diğer teşebbüs yetkililerinin şahsi e-posta hesaplarında kayıtlı olmasının da taraflar arasında rekabete aykırı ve 2011’den beri süregelen bir iletişim olduğunu ortaya koymadığı,
- (.....) tarafından silinen e-postaların Kurum uzmanlarınca da tespit edildiği üzere okunmamış e-postalar olduğu, dolayısıyla söz konusu e-postaların rekabeti kısıtlamak amacıyla kullanılmış olduğunun ileri sürülmesinin yerinde olmadığı, zira anılan e-posta yazışmaların iş ile ilgili ve rekabeti kısıtlama maksadıyla gerçekleştirilmiş (işbu Soruşturma’nın açılmasına dayanak teşkil edecek kadar) önemde olsalar idi okunmamış e-postalar arasında yer almayacağı, bunun yanı sıra Kurum uzmanlarınca (.....) tarafından e-posta gönderilmiş olan GEDİK ve MAGMAWELD/OERLIKON’un çalışanlarının şahsi e-posta hesaplarında da inceleme gerçekleştirildiği fakat taraflar arasında herhangi bir iletişim delilinin tespit edilemediği,
- Bu itibarla hâlihazırda ASKAYNAK hakkında 4054 sayılı Kanun’un 16. maddesi kapsamında yerinde incelemenin engellendiği/zorlaştırıldığından bahisle idari para cezası verilmiş olmasının rekabeti engelleme amacına ilişkin bir delil olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı, bir diğer deyişle soruşturma bildiriminde yerinde incelemenin engellenmiş olması ile rekabetin ihlal edilmiş olabileceği olguları arasında bir nedensellik bağı kurulmasının yahut bir teşebbüs hakkında yerinde incelemenin engellenmesinden ötürü idari para cezası verilmiş olmasının rekabetin ihlal edildiğine yönelik bir delil veya karine olarak kabul edilmesinin yerinde olmadığı,
- Kurulun yerinde incelemeler sırasında elde edilen bulgulara dayanarak kendi takdiri doğrultusunda soruşturma açabilecek olmakla birlikte, bir teşebbüsü yerinde incelemeyi engellemiş olduğundan bahisle rekabeti ihlal ettiği iddiasıyla karşı karşıya bırakmaması gerektiği, aksi durumun Kurulun yerleşik içtihadı ile de çelişeceği, keza bu yaklaşıma göre yerinde incelemeyi engelleyen her teşebbüsün Kurum uzmanlarından rekabete aykırı birtakım delilleri gizlediğinin söylenebileceği, bunun Kurul kararlarına yansımalarının ise; önaraştırma safhasında yerinde incelemeyi engelleyen teşebbüsler hakkında soruşturma açılması şeklinde olması gerektiğinin söylenebileceği, ancak yerinde incelemenin engellenmesi ile soruşturma açılmasını gerektirir nitelikteki ihlal bulguları arasında bir korelasyon bulunmadığından; Kurulun 4054 sayılı Kanun’un 16. maddesi uyarınca yerinde incelemenin engellenmesinden ötürü idari para cezası verdiği teşebbüsler hakkında yürütülen önaraştırmalar neticesinde soruşturma açılmasına yer olmadığına yönelik kararları²⁸ olduğu gibi, soruşturma açılmasına karar verilmiş olup soruşturma neticesinde 4054 sayılı

²⁷ Vurgular teşebbüs tarafından eklenmiştir.

²⁸ Kurulun 03.07.2017 tarih ve 17-20/318-140 sayılı; 18.11.2009 tarih ve 09-56/1345-M sayılı; 09.12.2009 tarih ve 09-58/1409-370 sayılı; 21.12.2017 tarih ve 17-42/669-297 sayılı; 21.12.2017 tarih ve 17-42/668-296 sayılı; 18.07.2013 tarih ve 13-46/601-M sayılı; 11.07.2013 tarih ve 13-44/546-242 sayılı kararları.

Kanun'un ihlal edilmediğini tespit ettiği kararlarının²⁹ da mevcut olduğu, bunun yanı sıra Kurulun; soruşturma neticesinde ihlal tespitinde bulunduğu dosyalara ilişkin kararların hiçbirinde, teşebbüsün yerinde incelemeyi engellemiş olması ile dosya konusu ihlal bulguları arasında bir ilişki de kurulmadığının görüldüğü,

- Dolayısıyla Soruşturma bildiriminde yer alan *“İlgililerin şahsi e-posta hesaplarında rakip şirket yetkililerinin adres bilgilerinin yer aldığı ve yerinde incelemenin engellendiği hususları birlikte dikkate alındığında teşebbüsler arasında rekabet karşıtı bir iletişimin süregeldiği sonucuna ulaşılmıştır.”* tespitinin Kurulun konuya ilişkin emsal kararlarına aykırı ve tamamen varsayımsal olduğu,
- Soruşturma açılmasına esas teşkil eden delillerin ciddi, yeterli ve ispat standardını karşılayabilecek deliller olması esas olup, bu konuda ispat yükünün Kuruma ait olduğu, bunun yanı sıra ispat standardının yalnızca nihai karar öncesi son aşamaya ilişkin olmayıp aynı zamanda bu delillerin yaptırım uygulanabilmesi için yeterli zemini oluşturup oluşturmadığına ilişkin bir değerlendirmeyi de gerektirdiği,
- Oysaki somut olay nezdinde delil kabul edilip soruşturma açılmasına dayanak kabul edilen hususların ispat gücünün bulunmadığı, zira bu soruşturmadaki birincil delillerin (soruşturma bildiriminde önem atfedilen 25.04.2011 tarihli iletişim delili dahil olmak üzere) zamanaşımına uğradığı, bunun dışında kalan ikincil delillerin ise kesinliği olmayan birer çıkarım olduğu,
- Soruşturma bildiriminde yer alan *“İlgililerin şahsi e-posta hesaplarında rakip şirket yetkililerinin adres bilgilerinin yer aldığı ve yerinde incelemenin engellendiği hususları birlikte dikkate alındığında teşebbüsler arasında rekabet karşıtı bir iletişimin süregeldiği sonucuna ulaşılmıştır”* şeklindeki ifadenin ispat standardını karşılamaktan uzak olduğu, zira Kurumun söz konusu tespiti kapsamında; bir şahsi e-posta adresinde sektörden birilerinin e-posta adreslerinin bulunmasının rakiplerle rekabet karşıtı iletişimin varlığına ve yerinde incelemenin engellenmesinin ise rekabet karşıtı iletişim delillerinin gizlendiğine ilişkin delil olarak varsaydığı, oysaki (.....)'ün yahoo uzantılı şahsi e-posta adresinin adres defterinde sadece GEDİK ve MAGMAWELD/OERLIKON yetkililerinin e-posta adreslerinin bulunduğu, söz konusu adres defterinde sektörde faaliyet gösteren birçok kişinin (müşteriler, yeniden satıcılar vb.) e-posta adresinin de olduğu, soruşturma bildirimindeki varsayımdan hareketle; (.....)'ün adres defterinde yer alan diğer rakip teşebbüslerin de yatay rekabet ihlaline dâhil olduğunu; adres defterinde yer alan yeniden satıcıların ise bir dikey rekabet ihlalinin mağduru olduğunu kabul etmenin gerekeceği,
- Yine aynı varsayımdan hareketle; (.....)'ün sadece şahsi e-posta adres defteri değil, sahip olduğu onlarca rakip kartvizitini (fiziki) de göz önünde bulundurarak, global bir rekabet ihlalinin mevcudiyetinin dahi iddia edilebileceği,
- Dolayısıyla adres defterinde rakibin e-posta adresinin kayıtlı olmasının rekabetçi endişe ihtiva eden konuşmaların yapılmış olduğu konusunda yeterli delil oluşturmayacağı, taraflar arasında; iş ile ilişkisi bulunmayan şahsi görüşmeler yapılabileceği gibi, rekabeti ihlal etme amacı bulunmayan iş ile ilgili görüşmelerin de yapılabileceği, nitekim Kurum uzmanlarının GEDİK ve MAGMAWELD/OERLIKON yetkililerinin şahsi e-posta hesaplarında da inceleme yaptığı fakat herhangi bir ihlal bulgusu tespit edemediği,
- Sonuç olarak rakiplerin (veya tedarikçilerin, müşterilerin vb. kişilerin) e-postalarının adres defterinde kayıtlı olmasının bir teşebbüsü rakiplerle (süregelen) bir iletişim

²⁹ Kurulun 26.05.2006 tarih ve 06-36/474-128 sayılı; 07.12.2006 tarih ve 06-88/1136-333 sayılı; 26.01.2006 tarih ve 06-04/53-M sayılı; 02.10.2006 tarih ve 06-68/926-265 sayılı; 07.12.2006 tarih ve 06-88/1136-333 sayılı kararları.

içinde olduğu iddiasıyla karşı karşıya bırakmak yahut (kabul anlamına gelmemekle birlikte) bir iletişim varsa dahi bunun rekabet karşıtı olduğunu öne sürmek için yeterli ispat standardını sağlamayacağı, bu deliller ile savlar arasında ciddi bir orantısızlık olduğu,

- Nitekim Kurulun verdiği bir kararında³⁰; “Kurul’un yürüttüğü soruşturmalarda re’sen araştırma ve serbest delil ilkeleri geçerli olup, rekabeti sınırlayıcı bir anlaşmanın/uyumlu eylemin varlığı her türlü delille ispat edilebilmektedir. Ancak bu durum elbette delillerin keyfi bir biçimde değerlendirilip temelden yoksun iddialarla soruşturma taraflarına ithamlarda bulunmak anlamına gelmemektedir.” şeklinde bir değerlendirmede bulunduğu,
- Yukarıda yer verilen varsayımların masumiyet karinesini ihlal ettiği, bilindiği üzere Türkiye’nin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) 6. maddesinde düzenlenen “adil yargılanma hakkı” temelinde yer alan “masumiyet karinesi” ve “şüpheden sanık yararlanır” ilkelerinin 4054 sayılı Kanun kapsamında da geçerli olan ilkeler olduğu,
- Soruşturma bildiriminde; teşebbüslerin 2017 yılı Ekim ayından itibaren sergiledikleri pazar davranışlarının maliyet ve talep ile açıklanamadığı ve bunun 2011 yılından itibaren kişisel e-posta hesapları üzerinden kurgulanan bir iletişim ve rekabet karşıtı bir uzlaşının neticesinde ortaya çıkmış olabileceği varsayımında bulunduğu, açıklanan tüm bu sebeplerle soruşturma bildiriminde yer verilen delillerin soruşturma açılmasına yönelik ispat standartlarını sağlamadığı ve soruşturmanın kapatılması gerektiği,
- Kurulun yürüttüğü soruşturmalarda rekabeti sınırlayıcı bir anlaşmanın/uyumlu eylemin varlığını ispat standartlarını sağlayan her türlü delille ispat edebilecek olmakla birlikte soruşturma açılmasına yönelik kararında; ilgili teşebbüsün daha evvel yerinde incelemeyi engellediğine atıf yapmaması/bu durumu “delillerin gizlendiğine” yönelik bir varsayımla karine kabul etmemesi gerektiği, zira aksi halde ilgili teşebbüsün hem yerinde incelemeyi engellediği için cirosunun binde beşi oranında idari para cezası aldığı hem de aynı eylem yüzünden rekabet otoritesi önünde cezalandırılma riskiyle karşı karşıya kaldığı ve/veya idari para cezası aldığı, bu durumun “*ne bis in idem*” ilkesine aykırılık teşkil ettiği,
- “*Ne bis in idem*”in, aynı eylem ve konudan dolayı mükerrer yargılama yapılmasına ve ceza uygulanmasına izin verilmemesini ifade eden bir ceza hukuku ilkesi olduğu, ülkemizde de Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa’nın 38. maddesinde öngörülen temel ceza hukuku güvencelerinin idari cezalarda da uygulanması gerektiğini kabul ettiği³¹, bu kapsamda yargı benzeri bir faaliyet gösteren Kurulun; bir teşebbüsün yerinde incelemeyi engellemiş olmasını soruşturma dosyası kapsamında rekabet karşıtı iletişimler gerçekleştirilmiş olmasına ilişkin bir “*delil*” olarak kabul etmemesi ve soruşturma konusu ihlal iddiasını destekleyen başkaca güçlü deliller yok ise salt “*yerinde incelemenin engellenmesi; rekabet karşıtı bir uzlaşının gizleniyor olduğunu göstermektedir*” gibi bir yaklaşım ile ihlalin varlığına kanaat getirmemesi gerektiği, aksi durumun ASKAYNAK’ın “*e-posta silmek*” eyleminden ötürü hem 4054 sayılı Kanun’un 16. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca hem 4. madde uyarınca idari para cezası almasına sebep olabileceği ve “*ne bis in idem*” ilkesini ihlal edileceği,
- “*Ne bis in idem*” ilkesinin (1) fiilin aynılığı, (2) kişinin aynılığı olmak üzere iki unsurunun bulunduğu, fiilin aynılığı bakımından dikkat edilmesi gereken hususun

³⁰ Kurulun 17-39/636-276 sayılı 28.11.2017 tarihli kararı.

³¹ Anayasa Mahkemesi’nin 2012/93 Esas, 2013/8 Karar numaralı ve 10.01.2013 tarihli kararı.

nitelendirme farklılığının fiil sayısını etkilememesi olduğu, rekabet ihlalleri bakımından fiilin rekabet hukukunda yasaklanmış davranışlar olduğu, somut olay özelinde yasaklanmış olan davranışın 4054 sayılı Kanun'un 15. maddesi kapsamında gerçekleştirilen yerinde incelemenin engellenmesi olduğu, dolayısıyla yerinde incelemenin engellenmesine bir kez ceza verilmiş olduğundan "*yerinde incelemenin engellenmiş olması*" eyleminin diğer delillerle birlikte değerlendirmeye katılmaması gerektiği ve nihai kararda hiçbir şekilde belirleyici olmaması gerektiği,

- Sonuç olarak, ASKAYNAK'ın 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal etmediği, dolayısıyla ASKAYNAK hakkında aynı Kanun'un 16. maddesi uyarınca idari para cezası uygulanmasına gerek olmadığına karar verilmesi

hususları ifade edilmektedir.

(86) Diğer taraftan yine ASKAYNAK tarafından yapılan savunmalarda;

- Kaynak sarf malzemeleri pazarında; işbu soruşturma muhatabı üç teşebbüsün nispeten yüksek bir pazar payı toplamına sahip olduğu, aynı zamanda yerli ve yabancı üreticileri de bünyesinde barındırdığı, Asya kökenli ülkeler başta olmak üzere ithalat baskısının yoğun şekilde hissedildiği, giriş engellerin yüksek olmadığı, talep kesiminin makul kalite ve fiyat beklentisine sahip olması nedenleriyle fiyata oldukça duyarlı fakat ürün farklılaştırmasının düşük olması nedeniyle de homojen ürünleri ihtiva ettiği, oyuncuların maliyet yapılarının birbirine benzerlik gösterdiği ve rakiplerin birbirlerinin davranışlarını çok markalı dağıtıcılar, müşteriler ve bunun gibi kaynaklardan izleyebildiği, nispeten şeffaf nitelikte oligopol bir pazar yapısına sahip olduğu, nitekim dosya kapsamında yapılan değerlendirmelerde de kaynak sektörü pazarının oligopol bir yapıya sahip olduğunun ifade edildiği, dolayısıyla kaynak sarf malzemeleri pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerin zaman zaman birbirine benzeşen politika ve uygulamalarının kaynak sarf malzemeleri pazarının kendine özgü oligopol yapısından kaynaklandığı, benzer özellikler gösteren pek çok pazarda da bu durumun görülmekte olduğu,
- Soruşturma konusu ürünlerin emtia niteliğindeki homojen mallar olduğu ve bu nitelikteki ürünlerde bir farklılaşmaya gidilmesinin genellikle düşük seviyelerde kaldığı, talep kesimi açısından önemli olan hususun ise makul kalitede ve uygun fiyattaki ürünlere erişim olduğu ve bir marka bağımlılığı bulunmadığı, bu durumun kaynak sarf malzemeleri pazarında yoğun bir talep elastikiyeti doğurarak rekabeti fiyat odaklı hale getirdiği ve arz talep dengesinin korunmasında belirsizliklere yol açtığı, bu itibarla piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin genelde fiyat düzeylerini belirlerken pazardaki diğer teşebbüsleri takip etme ihtiyacı hissettiği,
- Şeffaf pazarlarda rakiplerin faaliyet ve fiyat hareketlerinin gözlemlenebilir olmasının çoğu zaman fiyatların birbirine yakınlaşmasına neden olduğu, kaynak sarf malzemeleri pazarının da şeffaflığın mevcut olduğu bir pazar niteliği gösterdiği, zira sektördeki dağıtıcıların/yeniden satıcıların yaklaşık %80'inin çok markalı olduğu ve bu dağıtıcıların üreticilerin fiyat listelerini bir pazarlık aracı olarak kullandığı, dolayısıyla müşterilerin de marka bağımlılığının düşük olduğu bu pazarda satın alma aşamasında çeşitli üreticilerden fiyat aldığı, aldıkları bu teklifleri beklentilerinin makul kalite ve fiyat olması dolayısıyla bir kaldıraç olarak kullandığı, ayrıca ürünlerin fiyatlarının rakiplerin kamuya açık internet sitelerinden de görülebildiği, internet sitelerinde yayımlanan bu fiyat listelerinin her ne kadar nihai satış fiyatı olmasa da fiyat açısından makul bir öngörü oluşturabildiği, bu durumun piyasanın oligopolistik bir yapı sergilemesi de dikkate alındığında piyasayı fiyat takibi açısından müsait bir hale getirdiği, nitekim ASKAYNAK ve rakiplerinin geleceğe yönelik olmayan fiyat listelerinin karşılaştırmaya konu yapıldığı şirket içi dokümanlarının bulunduğu ve bu

belgelerin yerinde incelemelerde de elde edildiği, birçok iç yazışmada satış/pazarlama aşamalarında “rakip fiyat karşılaştırması/araştırması yapılması” gereksiniminden bahsedilmekte olduğu, özellikle (.....)³² ve MAGMAWELD-OERLIKON ile karşılaştırmaların yapıldığı,

- Pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin üretim maliyetlerinin birbiri ile benzeştiği, gazaltı ve tozaltı tellerinin toplam üretim maliyetlerinde yaklaşık %(.....) oranındaki kısmın hammadde temin maliyeti olduğu, maliyetlerin önemli bir bölümünün ABD Doları bazında olduğu, hammadde fiyatlarının dünya metal borsasındaki fiyatlara endeksli olması sebebiyle dövizde yaşanan dalgalanmalardan sektördeki tüm oyuncuların etkilendiği, ASKAYNAK’ın tüm maliyetleri içerisinde ABD Doları bazlı hammadde maliyetinin %(.....) oranında olduğu,
- Soruşturma yürütülen üç teşebbüs arasında son derece güçlü bir rekabetin bulunduğu, pazara girişlerin önünde ciddi engellerin bulunmadığı, yerel ekipman üreticilerinin üretim bantlarını hızlı bir şekilde kurabildiği ve düşük fiyatlama yoluyla kayda değer pazar payı elde edebildiği, nitekim Soruşturma Raporu’nda belirtildiği gibi kaynak sektöründe ASKAYNAK ve soruşturmaya muhatap diğer teşebbüsler dışında çok sayıda yerli ve yabancı oyuncunun faaliyet gösterdiği (ÖZMETAL, BÖHLER, KAMEL, HYUNDAI WELDING, YILDIZ GAZ, FRONIUS vb.),
- Soruşturma heyeti tarafından tespit edildiği üzere gazaltı ve tozaltı kaynak teli ithalatına sağlanan hukuki ve vergisel kolaylıklar sebebiyle ithalat yapan firmaların da pazara kolayca giriş yapabildiği, dolayısıyla başta Asya Ülkeleri (Çin, Kore ve Vietnam gibi) kaynaklı olmak üzere pazarda oldukça güçlü bir ithalat baskısının bulunduğu,
- Pazarın söz konusu yapısı dolayısıyla olası pazar kaybının önüne geçilmesi amacıyla oyuncuların mevcut fiyat seviyelerini piyasadaki rekabete uyum sağlayacak şekilde yapılandırmalarının lüzumlu hale geldiği, nitekim pazarın daralmaya başladığı dönemlerde ASKAYNAK’ın izlediği yüksek fiyatlama politikası nedeniyle satışlarının reel anlamda düştüğü ve pazar kaybı yaşamasına neden olduğu, zira ithalat ve yerli üreticilerin baskısı nedeniyle bu şekildeki bir fiyatlama politikasıyla rekabet edebilmenin mümkün olmadığı,
- Kaynak sarf malzemeleri pazarının yukarıda açıklanan özellikleri sebebiyle danışıklı olmayan oligopol (*non-collusive oligopoly*) bir yapı sergilediği, dolayısıyla teşebbüslerin rakiplerine karşı dikkat seviyelerinin yüksek olduğu, bu itibarla tamamen bireysel hareket eden ve aralarında hiçbir etkileşim bulunmayan teşebbüsler arasında dahi karşılıklı etkileşimin kaçınılmaz olduğu, bahsi geçen bu durumun oldukça rasyonel bir sonuç olduğu, zira kârı maksimize etmenin her teşebbüsün temel amacı olduğu, bunun için teşebbüsün içinde bulunduğu piyasanın koşullarını ve rakiplerin davranışlarını takip etmesi gerektiği, anılan oligopolistik bağımlılığın oldukça sık rastlanan bir başka sonucu olarak herhangi bir gizli ya da açık işbirliği bulunmasa dahi pazarda sanki teşebbüsler arasında bir anlaşma varmışçasına paralel davranışlar oluşabildiği, kaynak sarf malzemeleri pazarının da yukarıda açıklanan özellikleri gereği oligopolistik bağımlılığın gözlemlendiği bir pazar olduğu,
- Soruşturma heyeti tarafından, yerinde incelemelerde elde edilen belgelerden hareketle ASKAYNAK, GEDİK ve MAGMAWELD/OERLIKON’un 2011 yılında kaynak sektöründe ürünlerin fiyatlarını birlikte belirlemek suretiyle 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesini ihlal ettikleri ifade edilerek rekabet karşıtı anlaşmayı ortaya

³² Savunmada açık unvanları tam olarak belirtilmeyen (.....) ve (.....) isimli teşebbüslerin, (.....) olabileceği değerlendirilmektedir.

koyan belgelere isnat edilen rekabet ihlalinin zamanaşımına uğradığı gerekçesi ile 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi uyarınca idari para cezası uygulanmasına yer olmadığı sonucuna ulaşıldığı, zamanaşımı konusunda hemfikir olursa da ASKAYNAK açısından zaten bir ihlalin bulunmadığı,

- Soruşturma Raporu'nda taraf teşebbüslerin üst kademe yöneticileri arasında gerçekleştirilen yazışmaların (Belge-29) ele alındığı ve yöneticilerin aktif katılımlarıyla 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında fiyat tespitini konu alan rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşmanın kurulduğuna kanaat getirildiği, yerinde incelemelerde elde edilen belgelere dayanılarak kaynak sektörünün üç büyük oyuncusu olan teşebbüslerin 2011 yılının farklı zamanlarında bir araya geldiği, ürün fiyatlarına ilişkin kararlar aldığı ve sektöre ilişkin bilgi alışverişinde bulduklarının ifade edildiği, rekabet karşıtı birlikteliği temin üzere taraf teşebbüslerin genel müdürlerinin açık bir irade uyuşması içerisinde olduklarının iddia edildiği, Rekabet hukuku kapsamında bir ihlal şüphesinden bahsedebilmek için iletişime taraf kişinin unvanının değil bu yazışmayı yaparken teşebbüsün iradesini temsil edip edemeyeceğinin dikkate alınmasının gerektiği, nitekim Kurulun *Vestel/Arçelik Kararı*'nda benzer şekilde Satış Bölge Yöneticisi ve Bölge Müdürleri arasında gerçekleşen bilgi paylaşımından teşebbüslerin haberi olmadığı ve dolayısıyla söz konusu kişilerin unvanları ne olursa olsun fiyatın da dâhil olduğu ticari stratejiler bakımından teşebbüsü temsil etme yetkisinin bulunmayabileceğini kabul ettiği³³, her ne kadar soruşturma heyetince teşebbüs yöneticileri arasındaki yazışmaların bir kartel oluşumuna işaret ettiği kanaatine varılmış ise de (.....)'ün tarafı olduğu yazışmaların ASKAYNAK'ın iradesini yansıtmadığı, söz konusu yazışmaların tamamen (.....)'ün kendi kişisel kanaat, değerlendirme ve isteklerini göstermekte olduğu ve ASKAYNAK'ın iradesini temsil eden bir yönünün bulunmadığı, nitekim yerinde incelemelerde elde edilen belgelerin ASKAYNAK açısından sadece (.....)'ün taraf olduğu yazışmalar olduğu, ASKAYNAK yöneticilerinden ya da yetkililerinden bir başka kişinin ilgili yazışmalara taraf olmadığı ya da varlığından haberdar edilmediği, konu hakkında ASKAYNAK içi bir yazışmanın da bulunmadığı, oysa ASKAYNAK'ın politikası, stratejisi ve iradesi dâhilinde bir girişim bulunsaydı ASKAYNAK büyüklüğündeki bir şirkette bundan sadece o girişimde bulunan kişinin değil, başka yöneticilerin de haberdar olmaları ve buna dair bir bilgi veya belgenin bulunması gerektiği, ancak ASKAYNAK'ta kimsenin bu durumdan bilgi sahibi ve haberi olduğuna dair bir delilin bulunmadığı, bu durumun ilgili yazışmaların ASKAYNAK nezdinde verilmiş ortak bir karar çerçevesinde kaleme alınmadığını ve (.....)'ün şahsi inisiyatifleri olduğunu gösterdiği,
- Yine 25.04.2011 tarihli (.....) tarafından GEDİK ve OERLIKON yöneticilerine gönderilen e-postada (Belge-63/1);

“... Bizde buluşmak ise daha büyük tehlike oluyor. Hem kamera kayıtları, hem de çalışanlarımızın tanıklıkları riskli...”

ifadelerinin bulunduğu, dolayısıyla (.....)'ün kendisinin yaptığı girişimi açıkça ASKAYNAK'tan ve ASKAYNAK'taki herkesten gizlemekte olduğunu belirttiği, bu durumun ASKAYNAK yöneticilerinin/çalışanlarının diğer teşebbüslerle yapılan görüşmelerden haberdar olmadığını ve söz konusu yazışmaların (.....) tarafından kendilerinden gizlendiğini gösterdiği, dolayısıyla (.....)'ün şahsi kararları çerçevesinde kaleme alındığını kanıtlar nitelikte olduğu,

³³ Kurulun 02.01.2020 tarih ve 20-01/13-5 sayılı kararı.

- (.....)'ün kişisel inisiyatifinde gerçekleştirilen bu yazışmaların ASKAYNAK'ın iradesini yansıtmamanın yanı sıra Soruşturma Raporu tanzim edildiği sırada görüldüğü üzere ASKAYNAK'ın ticari davranışlarına da yansımadağı, soruşturma heyetince yapılan değerlendirmeler sırasında teşebbüslerin 2011 yılı Ocak ayından itibaren fiyat değişimlerin incelendiği ve fiyat hareketlerine ilişkin bir grafik oluşturulduğu, "SG 0.80 mm Ürününe Ait Fiyat-Maliyet Seyri (2011-2016)" başlıklı Grafik-1'den hareketle ASKAYNAK, GEDİK ve MAGMAWELD/OERLIKON'un fiyatlarında bir paralellik olduğuna ilişkin çıkarım yapıldığı, ancak anılan paralelliğin bir anlaşmanın varlığına işaret ettiğine yönelik kesin bir tespitle bulunulmadığı, bunun üzerine EAAD'den maliyet dışında fiyata etki doğurması muhtemel değişkenlerin de dâhil edildiği detaylı bir fiyat paralelliği analizi talep edildiği ancak EAAD tarafından tanzim edilen raporda bu dönem için anlaşmayı destekleyen bir analiz bulgusuna yer verilmediği, bu hususların ilgili yazışmaların ASKAYNAK iradesinden bağımsız olduğu ve ASKAYNAK'ın piyasa davranışları üzerinde etkili olmadığını gösterdiği,
- Nitekim Kurulun TMMOB Elektrik Mühendisleri Odası Kararı'nda³⁴; Oda'nın il temsilcilik üyesi bir yetkilisinin kaleme aldığı ifadelerin kişisel görüşü yansıtmakta olduğu, Oda'yı bağlamayacağı ve dahası hayata da geçirilmediğinden hareketle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna ulaşıldığı;

"Somut olayda havuz kurulmasına ilişkin ifadeler bulunmakla birlikte, söz konusu değerlendirmelerin TEMSİLCİLİK üyesi bir SMM tarafından kaleme alınan kişisel görüş yazısı niteliğinde olması, Şube Avukatının havuz kurulmasına yönelik uygulamaların 4054 sayılı Kanun'a aykırılık teşkil ettiğine yönelik görüşü sonrasında TEMSİLCİLİK'e bağlı SMM üyelerinin, yanlış anlama kaynaklı değerlendirme ve uygulamalarının önüne geçmek amacıyla Şube tarafından TEMSİLCİLİK üyeleriyle toplantı yaptıklarının anlaşılması ve söz konusu uygulamanın hayata geçirildiğine ilişkin herhangi bir somut delil elde edilmediği hususları göz önünde bulundurulduğunda, bu konuyla ilgili olarak 4054 sayılı Kanun'un ihlal edilmediği sonucuna ulaşılmıştır."

- Somut olayda da tıpkı yukarıda anılan karardaki olayda olduğu gibi yazışmaların (.....)'ün kişisel kanaat ve görüşlerini ortaya koymakta olduğu ve şirketinden gizlediği yazışmaların ASKAYNAK'ın iradesini yansıtmadığı gibi ASKAYNAK'ın piyasa davranışlarına da tesir etmediği,
- (.....)'ün bireysel inisiyatifinin ASKAYNAK'a mal edilmesinin hukukun temel ilkelerine de aykırılık teşkil edeceği, nitekim 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 365. maddesi uyarınca anonim şirketlerde yönetim kurulunun iradesi şirket iradesini yansıtsa dahi, temsil yetkisinin çerçevesinin, şirketin amacı ve işletme konusuna giren işlerle sınırlı (TTK md.371) olduğu, hukuka aykırı bir uyumlu eylem içerisinde bulunma veya bir kartel oluşumuna dâhil olma iradesinin hiçbir surette ASKAYNAK'ın varlık amacıyla bağdaşmayacağı ve bu konuda çalışanlarını düzenli olarak eğiten ve geliştiren bir kuruluş olduğu ilgili eğitim belgeleri ile de sabit olan ASKAYNAK'ın iradesini yansıtmayacağı, ASKAYNAK'ın hukuka uygun davranma politikası çerçevesinde tüm ticari kararlarını bağımsız iradesiyle ve tek taraflı şekilde aldığı ve bunları bir kişiye devretmesinin ticari yaşamın gerçeklerine aykırı olduğu, soruşturmanın açılmasını takiben ASKAYNAK ile (.....) arasındaki iş ilişkisinin sonlandırıldığı ve ASKAYNAK'ın (.....) ile hiçbir bağlantısının kalmadığı,
- ASKAYNAK'ın iradesi ile çelişen iletişim örneklerinin 4054 sayılı Kanun kapsamında ihlalden bahsedebilmek için aranan esaslı unsur olan "irade uyuşması"nı

³⁴ Kurulun 26.12.2019 tarih ve 19-46/791-345 sayılı kararı.

göstermediği, bu kapsamda ASKAYNAK'ın bir rekabete aykırı anlaşmaya veyahut kendi bağımsız davranışları yerine geçen bir koordinasyona taraf olduğunun kabulünün mümkün olmadığı,

- ASKAYNAK'ın 2011-2016 yılları arasındaki fiyat hareketlerinin (.....) nezdinde gerçekleştirilen yazışmalardan bağımsız olarak pazar özellikleri doğrultusunda ve ASKAYNAK'ın tek taraflı ticari kararları çerçevesinde şekillendiği, belirtildiği gibi teşebbüslerin zaman zaman birbirine benzeşen fiyat hareketliliklerinin kaynak sarf malzemeleri pazarının kendine özgü ve nispeten şeffaf oligopol yapısından kaynaklandığı, bu pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin -benzer pazar yapısına sahip tüm diğer sektörlerde olduğu gibi- birbirlerinin fiyat hareketlerini yakından takip ettiği ve kendi fiyatlandırma stratejilerini belirlerken rakiplerinin fiyatlarını da göz önünde bulundurduğu, anılan durumun ise rekabeti sınırlayıcı bir koordinasyon/danışıklı ilişki olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı,
- Soruşturma heyeti tarafından, soruşturma tarafı teşebbüslerin üst düzey yöneticileri arasında gerçekleştirilen e-posta yazışmalarının *“açıkça fiyatların teşebbüslerce birlikte tespit edilmesini amaçlayan bir kartel oluşumunun hayata geçirilmesi”* olarak yorumlandığı ve bu şahsi inisiyatiflerin ilgili teşebbüslerce hayata geçirildiğine yönelik hiçbir ekonomik ve iktisadi bulgunun bulunmadığı, dolayısıyla Soruşturma Raporu'nda salt *“amaç”* kavramından hareketle bir ihlal tespitinde bulunulduğu, oysa *“amaç yönünden ihlal”* iddiasının ele alındığı soruşturmaların ispat standardını düşürdüğüne yönelik yaklaşımların özellikle son dönemde Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) tarafından gündeme getirildiği ve verilen kararlarda bu durumun dikkate alındığı, nitekim Budapest Bank Kararı'nda³⁵, *“bir davranışın aynı anda hem amaç hem etki bakımından rekabeti sınırlayabileceği, fakat böyle bir tespitte bulunan rekabet otoritelerinin ve mahkemelerin, her iki ihlal bakımından ayrı ayrı gerekli kanıtları sunması gerektiği”* hususunun vurgulandığı, ayrıca ABAD tarafından aynı kararda bir davranışın hem amaç hem de etki yönünden rekabeti sınırlamayıp sınırlamadığı incelenirken ispat standardının aşağıya çekilmemesi gerektiği belirtilerek bu yönüyle amaç ve etki analizinin bir bütün olarak değerlendirilmesi zorunluluğuna dikkat çekildiği, yine Generics Kararı'nda³⁶ da *“etki analizi yapılırken Otoritelerin değerlendirme kriterlerini iktisadi bir temele dayandırmaları gerektiği ve “amaç yönünden ihlal” tespitlerindeki hukuki varsayımın sorumluluğunun Otoritelere bırakıldığı”* hususunun vurgulandığı, bunun yanı sıra kararda *“rekabeti kısıtlayıcı etkinin gerçek veya potansiyel olabileceği ancak her halde rekabeti kısıtlayıcı etkiden bahsedilebilmesi için kayda değer bir kısıtlama olması gerektiği”* belirtilerek teşebbüs davranışlarının hukuki ve ekonomik kapsamdaki seyrine, hizmet ve ürünlerin yapılarına ve gerçek işleyişlerine, pazar yapısına ve pazarın kendisine bakılması gerektiğinin belirtildiği,
- Kurulun emsal kararlarında da benzer değerlendirmelerin bulunduğu, örneğin; vişne alımı yapan teşebbüslerin aralarında anlaşarak üreticiye teklif ettikleri fiyatları kademeli olarak düşürmek suretiyle üreticiyi zarara uğrattıkları iddiası üzerine başlatılan bir önaraştırmada Kurulun tek başına amacı gösteren belgelerden hareketle bir ihlal tespitinde bulunmayarak piyasanın yapısı ve etkinin varlığını incelediği³⁷;

“Sonuç olarak, vişne alıcısı teşebbüslerin, üreticilere ilan edilen fiyatlar üzerinden gizli artırımlar yapılmaması amacıyla piyasadaki rakip teşebbüslerle iletişime

³⁵ ABAD, Case C-228/18 Gazdasági Versenyhivatal v Budapest Bank and Others EU:C:2020:265.

³⁶ ABAD, Case C-307/18 Generics (UK) and others v CMA.

³⁷ Kurulun 14.9.2011 tarih ve 11-47/1181-422 sayılı kararı.

geçmeleri 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında ihlal kabul edilen durumlardan biri olmakla birlikte, gerek piyasadaki aksaklıklar ve rekoltede olağan dışı düşüş yaşanması, gerekse şikâyetlerde iddia edildiği şekilde alım fiyatlarının vişne alımı yapan teşebbüsler tarafından gerçekleştirilen toplantı sonrasında düşürüldüğünü gösteren fiyat hareketlerine ulaşılamaması dikkate alınarak, bu aşamada teşebbüsler hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığı kanaatine varılmıştır.”

- Benzer şekilde, sürücü kurslarının aralarında anlaşma yaparak sürücü kursu fiyatlarını belirledikleri iddiası üzerine başlatılan bir diğer önaraştırma sonucunda Kurul tarafından³⁸, *“Bütün bu açıklamalar ışığında kurslar arasında, fiyat birlikteliğini sağlamak amacıyla anlaşmaya yönelik birtakım toplantıların yapıldığı anlaşılmıştır. Bununla birlikte, önaraştırma sürecinde adı geçen kursların 2006-2007-2008-2009-2010 yıllarına ait fatura örneklerinin incelenmesinden, sürücü kursları arasında herhangi bir fiyat birliğinin bulunmadığı kanaatine varılmıştır.”* değerlendirmesinin yapıldığı,
- Somut olayda da 2011 yılında ilgili yöneticiler arasında gerçekleştirilmiş olan yazışmaların teşebbüslerin piyasa davranışlarına yansımadığının ve piyasada hiçbir etki doğurmamış olduğunun görüldüğü, nitekim Soruşturma Raporu'nda yer verilen Grafik-1'in, fiyatların benzeştiğine ve fiyat paralelliğinin salt maliyetlerle açıklanamadığına dair bulgular ortaya koymadığının görüldüğü ve EAAD raporu ile bu hususun desteklendiği, diğer taraftan ortalama değişken maliyetlerin benzer olmasının fiyatların benzer seviyede seyrine imkân tanıdığı, ancak bu durumun rekabeti sınırlayıcı bir danişıklı ilişki bulunulduğuna işaret etmediği,
- Salt *“amaç yönünden ihlal”* kavramından hareketle soruşturma tarafı teşebbüsler arasında fiyatların birlikte tespitini konu alan bir kartelin hayata geçirilmesinin amaçlandığı kanaatine varılmasının ABAD tarafından da benimsenen yaklaşım doğrultusunda hatalı olduğu,
- Önaraştırma ve Soruşturma Raporu'nda yer verilen yazışmaların kaleme alındığı son tarih olan 25.04.2011 tarihinden itibaren sekiz yıl geçmiş olduğu ve ilgili yazışmaların zamanaşımına uğradığı, nitekim soruşturma heyetince de bu durumun tespit edildiği ve anılan dönemde gerçekleşmiş yazışmaların neticesinde bir idari para cezasına hükmedilemeyeceği sonucuna varıldığı,
- 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun *“Soruşturma Zamanaşımı”* başlıklı 20. maddesinde *“Nispi idari para cezasını gerektiren kabahatlerde zamanaşımı süresi sekiz yıldır.”* hükmünün amir olduğu, Kurulun emsal kararlarında konuya ilişkin olarak *“Bilindiği üzere zamanaşımı kavramı, bir başka deyişle ihlal hakkında Kurul'un para cezası ve süreli para cezası verme yetkisinin belirli bir süre ile sınırlanması, yasal belirliliğin ve yasal güvenliğin sağlanması bakımından gereklidir.”* ifadelerine yer verildiği³⁹, zamanaşımı müessesesine ilişkin birçok kararda⁴⁰ zamanaşımı süresinin dolduğundan bahisle teşebbüslerin daha öncesinde gerçekleşen eylemlerinden dolayı sorumlu tutulmadığı, nitekim Kurulun Özel Okullar kararında⁴¹ *“Dolayısıyla, İstanbul'daki bazı vakıf okullarının, 18.04.2001 ve 30.04.2001 tarihlerinde toplantılar yaparak 2001-2002 öğretim yılı için anılan parametrelerle ilgili*

³⁸ Kurulun 04.3.2010 tarih ve 10-21/279-103 sayılı kararı.

³⁹ Kurulun 07.09.2017 tarih ve 17-28/481-207 sayılı kararı.

⁴⁰ Kurulun 23.03.2017 tarih ve 17-11/132-60 sayılı; 16.12.2015 tarih ve 15-44/740-267 sayılı; 12.12.2014 tarih ve 14-51/900-410 sayılı; 08.05.2014 tarih ve 14-17/330-142 sayılı; 29.05.2012 tarih ve 12-28/832-238 sayılı kararları.

⁴¹ Kurulun 03.03.2011 tarih ve 11-12/226-76 sayılı kararı.

konularda bilgi paylaşımında bulunmaları, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında ihlal olarak değerlendirilebilir. Ancak, yukarıda belirtilen ihlalin gerçekleştiği tarihte, bu ihlal bakımından 4054 sayılı Kanun'da öngörülen zamanaşımı süresinin beş yıl olması nedeniyle, bugün itibariyle söz konusu ihlale ilişkin zamanaşımı süresinin dolduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, anılan ihlale ilişkin olarak herhangi bir işlem yapılması mümkün değildir.” değerlendirmelerinin yapıldığı,

- Öneri kapsamında gerçekleştirilen yerinde incelemelerde 06.01.2011-25.04.2011 tarihleri arasında gerçekleştirilen yazışmaların tespit edildiği (Belge-29/17-26, 63/1), elde edilen son yazışmanın tarihinin 25.04.2011 olduğu ve bu tarihten sonra ne kurumsal e-posta hesaplarından ne de kişisel e-posta hesaplarından hiçbir iletişim delilinin elde edilmediği, dolayısıyla öneri kararının verildiği 26.09.2019 tarihinde, elde edilen en yeni tarihli iletişim delili olan 25.04.2011 tarihli yazışmanın dahi zamanaşımına uğramış olduğu, nitekim soruşturma heyeti tarafından da bu durumun tespit edildiği ve söz konusu belgelerin soruşturmaya dayanak olarak kullanılmayacağı ifade edildiği, bu kapsamda 2011 yılına ait yazışmaların kartel oluşumuna işaret ettiği hiçbir surette kabul edilmemekle birlikte ihlal iddialarına dayanak alınan yazışmaların her halükarda zamanaşımına uğradığı ve soruşturma kapsamında delil olarak kullanılmasının mümkün olmadığı,
- Soruşturma Raporu'nda 2017-2019 yılları arasındaki döneme ilişkin somut bir iletişim delili mevcut olmadığından dolayı bu sürecin “uyumlu eylem karinesi” kavramı altında incelenmesi ve konuya ilişkin iktisadi delillerin araştırılması gerektiğinin ifade edildiği, bu doğrultuda soruşturma heyeti tarafından, EAAD'nin desteği ile detaylı iktisadi analizler/testler yapıldığı ve ASKAYNAK ile soruşturmaya muhatap diğer teşebbüslerin 2017-2019 yılları arasındaki döneme ilişkin olarak 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiklerine yönelik yeterli bilgi, belge ve bulgunun bulunmadığı, dolayısıyla ilgili teşebbüsler tarafından 4054 sayılı Kanun'un ihlal edilmediği sonucuna ulaşıldığı, ASKAYNAK'ın soruşturma heyetinin bu tespit ve değerlendirmeleri ile ulaştığı sonuca katıldığı,
- Uyumlu eylemin Rekabet Hukuku bakımından tespitinin görece zor ve aynı zamanda hata riski en yüksek ihlal türlerinden biri olarak kabul edildiği, bu nedenle uyumlu eylem iddiasının söz konusu olduğu incelemelerde ileri düzeyde iktisadi ve hukuki analizlerin yapılmasının zorunluluk arz ettiği, zira teşebbüslerin uyumlu davranışlarının rekabete aykırı bir uyuşmadan ziyade ilgili pazarın özelliklerinden veya makro ya da mikro ekonomik gelişmelerden kaynaklanabildiği, dolayısıyla soruşturma konusu teşebbüslerin davranışlarının zımni bir anlaşmadan mı yoksa piyasa koşullarından mı kaynaklandığının ayırt edilmesinin önem arz ettiği,
- Ülkemiz rekabet hukuku uygulamalarının mehzazını oluşturan AB rekabet hukukunda tesis edilen çeşitli kararlarla⁴² uyumlu eylem iddialarının değerlendirilmesine ilişkin temel prensiplerin ortaya konulduğu, buna göre;
 - Paralel davranışın tek başına ihlal olarak kabul edilmediği, ancak söz konusu paralelliğin pazarın normal şartlarına uygun olmayan rekabet koşullarına yol açması durumunda belirtilen davranışın uzlaşmanın varlığına işaret eden bir delil teşkil ettiği,

⁴² Cases 48, 49, 51-7/69, ICI v. Commission [1972] ECR 619, [1972] CMLR 557; Cases 40-8, 50, 54-6, 11, 113-4/73, Cooperative Vereniging “Suiker Unie” UA v. Commission [1975] ECR 1663, [1976] 1 CMLR 295; Cases C-89, 104, 114, 116-117, 125-9/85 [1993] ECR I-1307, Ahlström Osakeyhtiö and Others v. Commission [1993] 4 CMLR 407.

- Teşebbüslerin, rakiplerinin mevcut ve öngörülebilir davranışlarına akıllıca ayak uydurmalarının hukuka uygun olduğu, ancak geleceğe ilişkin belirsizlikleri ortadan kaldırmak suretiyle şeffaflık yaratacak nitelikteki iletişimlerin rekabet ihlali olarak kabul edilebildiği,
 - Paralel davranışın tek makul açıklamasının rekabet karşıtı bir anlaşma olmadıkça söz konusu davranışın ihlalin delili olarak değerlendirilemediği,
- ABAD'ın Volkswagen kararında⁴³ belirtildiği gibi rekabete aykırı bir danışıklı ilişkiden bahsedilebilmesi için taraflar arasındaki irade uyuşmasının kesin ve net bir şekilde ortaya konmasının gerektiği, aksi bir yorumun ispat külfeti sebebiyle teşebbüsler nezdinde zaten olmayan bir olgunun kanıtlanmasının istenmesi anlamına geleceğinin değerlendirildiği,
- Kurulun da başta Kiraz Kararı⁴⁴, Tıbbi Sarf Malzemeleri Kararı⁴⁵ ve Seramik Kararı⁴⁶ olmak üzere pek çok kararında söz konusu ilkeyi benimsediği, tutarsızlık ve tereddüt içeren hallerde ilave delillere dayanarak karar verdiği, İlaç Kararı'nda⁴⁷ da çelişkinin giderilememesi neticesinde taraf lehine yorum yaptığı, ayrıca Diyaliz I Kararı'nda⁴⁸ Kurulun *“sözü edilen delilin tek başına iddia olunan kartel anlaşmasını ihtimal derecesinde gösterebilir niteliğe sahip ise de, başka bilgi ve belgelerle desteklenmediği sürece ihlalin varlığı konusunda bir kanaate ulaşmak için yeterli olmadığı”* değerlendirmesinde bulunmak suretiyle, ispat standartları ve delillerin ispat gücüne ilişkin yüksek bir eşik aradığı, yine Diyaliz II Kararı'nda⁴⁹ benzer şekilde *“teşebbüsler hakkında bu anlaşmanın tarafı olduklarını makul bir kesinlikle ortaya koyan destekleyici başka belge elde edilememiştir”* diyerek ispat standartlarına ilişkin değerlendirmesini yinelediği,
- Kurulun Beyaz Çimento Üreticileri Kararı'nda⁵⁰ beyaz çimento üreticilerinin fiyatlarında Ocak 2011 – Nisan 2013 tarihleri arasındaki 28 aylık dönemde fiyatların paralel bir şekilde ve sürekli olarak arttığının tespit edilmesine rağmen Kurul tarafından *“Yapılan yerinde incelemelerde, dosya konusu iddiaları ve/veya taraflar arasındaki herhangi bir anlaşmanın veya uyumlu eylemin varlığını destekler nitelikte herhangi bir bilgi ya da belgeye ulaşılamamış, ancak elde edilen deliller taraflar arasında bilgi paylaşıldığına dair şüphe uyandırmıştır. Buna rağmen, söz konusu bilgi değişiminin gerçekleşip gerçekleşmediği, gerçekleşmişse taraflar arasında doğrudan iletişim yoluyla mı gerçekleştiği ya da oligopol pazar yapısından kaynaklanan şeffaflığın bilgi değişimi gibi bir algılamaya mı yol açtığı hususları belirsizlik taşımaktadır. Ayrıca, söz konusu bilgilerin kapsamına ve niteliğine ilişkin bir açıklık da bulunmamaktadır.”* değerlendirmesinde bulunularak elde edilen delillerin yalnızca şüphe uyandırmaları durumunda bu delillerin ispat standardını sağlamayacağı yönünde isabetli bir çıkarımda bulunulduğu, somut olayda da soruşturma heyeti tarafından ASKAYNAK nezdinde 2011-2019 yılları bakımından iletişim delillerinin bulunmadığı hususunun *“Yerinde incelemelerde 2011 yılından sonra herhangi bir somut iletişim delili elde edilememesi bu minvalde kartelin yokluğundan ziyade gizliliğinden kaynaklanmış olabileceği endişelerini gün yüzüne*

⁴³ Case C-74/04 P, Judgment of the Court (Third Chamber) of 13 July 2006, Commission v Volkswagen AG.

⁴⁴ Kurulun 24.07.2007 tarih ve 07-60/713-245 sayılı kararı.

⁴⁵ Kurulun 19.12.2008 tarih ve 08-74/1180-455 sayılı kararı.

⁴⁶ Kurulun 24.02.2004 tarih ve 04-16/123-26 sayılı kararı.

⁴⁷ Kurulun 19.01.2007 tarih ve 07-07/43-12 sayılı kararı.

⁴⁸ Kurulun 25.12.2008 tarih ve 08-75/1198-463 sayılı kararı.

⁴⁹ Kurulun 23.12.2010 tarih ve 10-80/1687-640 sayılı kararı.

⁵⁰ Kurulun 25.06.2014 tarih ve 14-22/460-202 sayılı kararı.

çıkarmış, bu nedenle süreçte “uyumlu eylem karinesi” eliyle iletişime karine teşkil eder nitelikteki iktisadi delillerin araştırılması önem kazanmıştır.” ifadeleriyle tespit edildiği,

- Akabinde soruşturma heyeti tarafından, EAAD'nin desteği ile detaylı iktisadi analizler ve testler yapıldığı, nitekim EAAD tarafından 2011-2019 dönemini kapsayacak şekilde Soruşturma Raporu'nda da belirtildiği gibi (i) regresyon analizi, (ii) yapısal kırılma testleri, (iii) durağanlık testi ve (iv) varyans taraması gerçekleştirildiği, ilgili analiz ve testler dairesinde “... *eldeki verinin analizi sonucu ulaşılan bulgular ışığında, incelenen dönem içerisinde fiyatlar paralel ve birbirine yakın seyretmekle ve kar oranları son dönemde artmış olmakla birlikte, pazar fiyatının değişiminde maliyet ve dolar kuru etkisinin baskın olması nedeniyle, bu etkilerden arındırılmış olası bir ihlal davranışının etkisi gözlenememiştir.*” sonucuna varıldığı ve olası bir ihlal bulgusuna ulaşılmadığı,
- İlgili dönemde piyasada yaşanan fiyat artışlarının Türk Lirası'ndaki değer kaybının yarattığı öngörülemezlikten kaynaklandığı, 2018 yılının Türk Lirası'nın performans açısından en kötü dönemini geçirdiği yıl olarak kayıtlara geçtiği ve ABD Doları'na karşı %28,4 oranında, Euro'ya karşı %33 oranında ve İngiliz Sterlini'ne karşı ise %29,5 oranında değer kaybettiği, bu çerçevede Türkiye'de çeşitli sektörlerde faaliyet gösteren bazı teşebbüslerin kur riskinin bertaraf edilebilmesi amacıyla satışlarını ABD Doları veya Euro bazında gerçekleştirmeyi öngördüğü⁵¹, bu duruma karşı ise 13.09.2018 tarih ve 30534 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 85 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı ile döviz veya dövize endeksli sözleşme yapma yasağının getirilmiş olmasının da anılan durumu destekler nitelikte Türk Lirası'nın korunmasına yönelik bir düzenleme olduğu, hem tozaltı kaynak teli hem de gazaltı kaynak teli ürünlerinin toplam maliyetlerinin yaklaşık %80'ini oluşturan hammaddelerin ABD Doları'na endeksli⁵² olduğu, bu durumun Soruşturma Raporu'nda da isabetli bir şekilde ele alındığı ve kaynak ürünlerinin hammaddeleri bakımından her ne kadar bu ürünler önemli ölçüde yurtiçi üreticilerden tedarik edilse de fiyatların dünya metal borsalarında belirlenen fiyatlara endeksli olması nedeniyle döviz kurunda yaşanan dalgalanmaların ürünlerin maliyetini ve fiyatını etkileyen birincil etken olduğunun ifade edildiği, söz konusu durumda bile ASKAYNAK'ın alınan ürünlerin satışını Türk Lirası bazında yaptığı ve tahsilatını (.....) gün vadeyle gerçekleştirdiği, ancak hammadde ödemelerinin satış tahsilatına nazaran çok daha kısa dönemde yapıldığı, bunun bir sonucu olarak ise ASKAYNAK'ın döviz oranındaki dalgalanmalara karşı bütün finansman riskini üzerinde taşıdığı, dolayısıyla ASKAYNAK'ın fiyatlarının belirlenmesi bakımından üç ay sonra oluşacak kuru tahmin etmesinin gerektiği ancak Türk Lirası'nın yaşadığı olağandışı değer kaybı ve dalgalanmalar nedeniyle bu tahminlerin gerçekleştirilmesinin mümkün olmadığı, bu sebeple ASKAYNAK'ın öngörülemez kur riskini gidermek amacıyla anılan ürünlerin fiyatını arttırmak durumunda kaldığı,
- Hem Soruşturma Raporu'nda hem de soruşturma sürecinde elde edilen bilgiler ve EAAD raporu bulguları ışığında kaynak sektöründeki fiyatların, döviz kuru artışlarından artış henüz maliyetlere yansımadan beklentiler üzerinden etkilendiğinin belirtildiği ve bu doğrultuda 2017'nin başlarından itibaren kurdaki yükselişin fiyat

⁵¹ Kurulun 03.01.2019 tarih ve 19-02/5-2 sayılı kararında, esnek ambalaj sektöründe faaliyet gösteren teşebbüslerin döviz cinsinden ve/veya dövize endeksli tahsilat yapılması konusunda bireysel mi hareket ettikleri yoksa ortak bir karar mı aldıkları incelemeye konu edilmiştir.

⁵² Gerçekten de tel ürün maliyet yapısı; %9 oranında sabit giderler (endirekt işçilik, amortisman ve diğer), %6,9 oranında değişken maliyetler (enerji ve diğer sarflar), %5,2 oranında direkt işçilik ve %78,9 oranında hammaddeden oluşmaktadır.

artışlarını beslediği, 2018 yılındaki ani yükselişin fiyat artış hızını tetiklediği, 2019'un ortalarından itibaren ise kurdaki hızlı yükseliş beklentisinin azalmasıyla fiyatların gerilemeye başladığının tespit edildiği,

- Soruşturma Raporu'nda yer verilen *"Döviz kurunun 2011-2019 geneli itibarıyla ürün fiyatlarında yansıma bulduğu görülmekle birlikte, 2018 yılı ortalarında hız kazanan döviz kuru artışının teşebbüslerce maliyetlere yansımadan ve bu dönemde artan ÜFE oranları eşliğinde fiyatlara yansıtıldığı, bu durumun firmaların karlılıklarında artışa neden olduğu anlaşılmaktadır"* ifadesi ile 2016/9-2019/12 döneminde aylık USD/TL, ÜFE ve SG 1,20 mm fiyat gelişimini gösteren Grafik 5'in birlikte yorumlanması sonucunda sektördeki fiyatların döviz kuru ve ÜFE oranları ile büyük ölçüde korele olduğunun görüldüğü, bu durumun soruşturma heyetinin de kanaati paralelinde uyumlu eylem karinesinin işletilemeyeceğini ve 4054 sayılı Kanun kapsamında bir ihlal gerçekleştirilmediğini gösterdiği,
- İlgili dönemde yaşanan fiyat artışları hakkında Kurul tarafından pek çok sektöre yönelik olarak re'sen önaraştırma başlatıldığı, bu önaraştırmalarda fiyatlama davranışlarının rekabete aykırı eylemlere mi dayalı olduğu yoksa ekonomik gelişmelere bağlı olarak mı değiştiğinin analiz edildiği, bu çerçevede bahsi geçen kararlarda Kurul tarafından yapılan değerlendirmelere aşağıda yer verildiği;

Kurulun 28.02.2019 tarih ve 19-10/115-46 sayılı kararı	<i>"Bu bağlamda, söz konusu fiyatlarda, Aralık 2016'dan bu yana genel bir artış eğiliminin söz konusu olduğu, özellikle 2018 yılının ikinci yarısından sonra döviz kurunda yaşanan hızlı yükseliş neticesinde söz konusu artışın çok daha belirgin bir hale geldiği görülmektedir."</i>
Kurulun 01.11.2018 tarih ve 18-41/656-320 sayılı kararı	<i>"Bu bağlamda ilgili teşebbüslerin fiyat ve maliyet yapılarına bakıldığında, yapılan fiyat artışlarının hammadde ve döviz kurlarının artışı paralelinde olduğu kanaatine ulaşılmıştır".</i>
Kurulun 01.11.2018 tarih ve 18-41/651-317 sayılı kararı	<i>"Bu doğrultuda, 2018 yılının Ocak-Eylül arasında tüm ürün gruplarında yer alan ürünlerin ortalama satış fiyatı, ortalama maliyeti ve ABD Doları kuru karşılaştırıldığında, kuru ani artış gösterdiği, Ağustos ayı sonrası kurla paralel olarak maliyetlerin ve satış fiyatlarının da arttığı görülmektedir."</i>
Kurulun 25.10.2018 tarih ve 18-40/643-313 sayılı kararı	<i>"(...) Bu veriler istatistiki olarak döviz kuru ve biberon maması fiyatları arasında anlamlı ve doğrusal bir ilişki olduğunu göstermektedir. Bu itibarla, sektörde yaşanan fiyat artışlarını açıklamada kur değişkeninin anlamlı olduğu değerlendirilmektedir."</i>

hususları ifade edilmektedir.

I.4.3.1.2. GEDİK Tarafından Yapılan Savunmalar

(87) GEDİK'in savunmasında özetle;

- Soruşturma bildiriminde "4. Değerlendirmeler" başlıklı kısmında, 2011 yılına ait e-postaların, hakkında soruşturma açılan teşebbüsler arasında 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında ihlal teşkil edebilecek rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşmanın kurulduğuna işaret ettiğinin ifade edildiği iddiasının tamamen reddedildiği,
- Bundan ayrı olarak, teşebbüse tebliğ edilen soruşturma bildirimine dayanak tutulan tüm yazışmaların zamanaşımı kapsamında olan 2011 yılına ilişkin olduğu, dahası, soruşturma bildiriminde 2011 yılı Nisan ayından sonrasına ait ve teşebbüs aleyhindeki iddialara kanıt olabilecek nitelikte herhangi bir bilgi belgenin de bulunmadığı, yine soruşturma bildiriminin 9. sayfasında *"... teşebbüslerin fiyatlarının 2011 yılından 2017 yılının son aylarına kadar üretim maliyeti artışları ile paralel ve zaman içerisinde daralıp genişlemekle birlikte belirli bir bant dahilinde seyrettiği"*

görülmektedir.” yönündeki tespit ile aslında 2011 yılında yapılan yazışmaların hiçbir şekilde rekabet hukuku bakımından ihlal sonucunu doğurmadığının tespit edildiği, burada vurgulanması gereken hususun bu durumun bizzat Kurum tarafından tespit edilmiş olduğu,

- Bunun yanında yine Soruşturma bildiriminin 9. sayfasında “... *teşebbüslerin fiyatlarında Ekim 2017 başlayıp Ekim 2018’de tepe noktasına varan ve 2019 yılında da önemli ölçüde korunan maliyetlerden ve talepten bağımsız bir artış ve fiyat-maliyet seyri olduğu gözlemlenmektedir.*” şeklinde bir tespitte bulunulmuşsa da, soruşturma bildiriminde hakkında soruşturma açılan teşebbüsler arasında 2017 Ekim ayından itibaren geçerli bir anlaşma olduğuna dair hiçbir delilin yer almadığı, çünkü mevcut herhangi bir delilin olmadığı,
- 2011 yılındaki tüm yazışmaların ise zamanaşımı kuralları gereği soruşturulamayacağına dikkate alınması gerektiği,
- Rekabeti sınırlayıcı anlaşma iddiasının haricinde, soruşturma bildirimindeki sonuç kısmında, hakkında soruşturma açılan tarafların 2017 Ekim ayından itibaren sergiledikleri pazar davranışlarının, maliyet ve talep unsurları ile açıklanamadığı ve 2011 yılından itibaren kişisel e-posta hesapları üzerinden kurgulanan bir iletişim içerisinde, rekabet karşıtı bir uzlaşının neticesinde ortaya çıkmış olabileceğinin iddia edildiği, iddiada her ne kadar “uzlaşım” ifadesi kullanılmış olsa da, burada hakkında soruşturma açılan teşebbüslerin uyumlu eylem halinde fiyatları artırdıklarının ileri sürüldüğünün düşünülmesi,
- Uyumlu eylem halinde fiyat artışı yapıldığının ileri sürülebilmesi için, aynı veya yaklaşık tarihlerde yapılan fiyat artışları veya fiyat paralelliği tek başına yeterli olmayıp, uyumlu eylemde bulunduğu iddia edilen teşebbüsler arasında bir temas/iletişimin gösterilmesi (iletişim delili) gerektiği⁵³, ancak, soruşturma bildiriminde GEDİK ve hakkında soruşturma açılan diğer teşebbüslerin özellikle 2017 Ekim ayından itibaren fiyat artışlarına dair koordinasyon içinde olduğunu gösterecek ve hukuken ve ispat standardı açısından geçerli kabul edilebilecek nitelikte herhangi bir toplantı, temas veya iletişime dair tek bir delilin bulunmadığı,
- Bu bağlamda öncelikle vurgulanması gereken hususun, soruşturma bildiriminde iletişim delili olarak kullanılan e-postaların tamamının 2011 yılına ait olduğu, en yakın tarihli olanının ise 25.4.2011 tarihli olduğu,
- İspat vasıtası olarak kullanılacak iletişim delilinin de doğal olarak fiyatlarla ilgili olması gerektiği, örneğin, taraflar arasında fiyat konusunda görüşmek üzere bir toplantı yapılacağına dair bir e-postanın “iletişim delili” olarak değerlendirilebileceği, yine tarafların birbirlerine uygulayacakları ileri tarihli fiyatlar konusunda gönderdikleri bir e-postanın da “iletişim delili” kabul edilebileceği, bu tür delillerin maliyetlerdeki artış veya talep artışı veya başkaca bir iktisadi gerekçe ile açıklanamayan paralel fiyat hareketlerinin varlığı durumunda, uyumlu eylem iddiasına -“iletişim delili” adı altında- kanıt olarak kullanılabilmesi, ancak soruşturma bildiriminde, iddia konusu 2017 yılı bakımından bu nitelikte tek bir iletişim delilinin dahi bulunmadığı, üstelik hem GEDİK’te hem de rakip teşebbüslerde, yetkili kişilerin gerek kurumsal gerekse de şahsi e-postaları incelenmesine rağmen “iletişim delili” olarak kabul edilebilecek bir yazışmaya ulaşamadığı, bu durumun soruşturma bildiriminde, hakkında soruşturma yürütülen teşebbüslerin yetkilileri arasında doğrudan iletişimi ortaya koyan e-posta yazışması elde edilemediği şeklinde değerlendirildiği,

⁵³ Bu bakımdan Kurulun en yakın tarihli kararları arasında, Adıyaman ilinde faaliyet gösteren otogaz bayilerinin aralarında anlaşarak fiyatları yükselttikleri iddiasının ele alındığı 29.3.2018 tarih ve 18-09/180-85 sayılı karar öne çıkmaktadır.

- Soruşturma bildiriminde, teşebbüs yetkilisi (.....)'in şahsi e-posta hesabı incelenirken, adres defterinde rakip teşebbüs yetkilileri (.....) ve (.....)'nin e-posta adreslerinin bulunmasının "dolaylı iletişim delili" olarak nitelendirildiğinin görüldüğü, bu durumun soruşturma bildiriminde *"doğrudan iletişimi ortaya koyan e-posta yazışması elde edilmemekle birlikte, iletişimi dolaylı olarak ortaya koyan e-posta adres bilgilerinin varlığı"* olarak yorumlandığı,
- Bir teşebbüs yöneticisinin e-posta adres defterinde rakip teşebbüs yöneticilerinin adresinin olmasının hukuki delil olarak kabul edilmesinin anlamlı olmadığı,
- Bu noktada, hakkında soruşturma açılan üç firmanın da EWA European Welding Association -Avrupa Kaynak Birliği- üyesi olduğu dikkate alındığında, bu üyelik kapsamında söz konusu firmaların yetkilileri arasında zaman zaman kaynak sektörünün teknik ilerlemesi bağlamında iletişim kurulmasının doğal olduğu, yine 05.06.2020 tarihinde Bodrumda EWA tarafından düzenlenecek toplantıya Avrupa'da bu kuruluşa üye olan tüm sektör liderlerin katılacağı ve kaynak sektörünün ilerlemesi adına çalışmalar yapılacağı, bu toplantıların hiçbirinde fiyat, pazar gibi hususların görülmeyeceği,
- Yine Gümrük Tarife İstatistik Pozisyonu (GTİP) kaynak makinelerinde yaşanan sorunlar nedeni ile de Ankara'da Ticaret Bakanlığına bağlı ilgili birimlerde tüm sektörü ilgilendiren görüşmeler yapıldığı, firmaların birbirleri ile sektör ihtiyaçları doğrultusunda zaman zaman görüşmesinin zaruret içerdiği, ancak bu durumun hiçbir şekilde fiyat ve piyasa ile ilgili bilgileri içermediği,
- (.....)'in (.....) ve (.....) gibi çalışan değil, iş sahibi (sermayedar) olmasından dolayı bu kişiler ile soruşturma bildiriminde iddia edildiği içerikte görüşmesinin söz konusu olamayacağı açık olduğu, (.....)'in tüm GEDİK GRUBUN işleri ile iştigal etmesi nedeni ile bu soruşturma bildiriminde iddia edildiği gibi bir görüşmeyi yapması ve bunu sürdürmesinin mümkün olmadığı,
- Yukarıda yer verilen ve sektördeki teşebbüsler arasında rekabet hukuku kapsamında hiçbir şekilde sorun teşkil etmeyecek nitelikte iletişim kurulmasına neden olabilecek gerekçeler göz ardı edilse dahi, soruşturma bildiriminde de, hakkında soruşturma yürütülen teşebbüsler arasında 2017 yılına ilişkin olarak fiyatlarla ilgili bir toplantı veya bilgi değişimi gibi hususlara yönelik hiçbir delilin yer almadığı, bunun açık bir şekilde soruşturma bildiriminde ikrar edildiği, bu durumda da, maliyet ve talep unsurları ile açıklanamayan uzlaşma iddiasının, rekabet hukuku kapsamında ihlal olarak değerlendirilmeyen fiyat paralelliğine dönüştüğü, böylece, soruşturma bildiriminde yer alan ihlal iddiasının, en azından GEDİK bakımından aslında sadece bir şüphe üzerine kurgulanmış olduğu,
- Bu şüphenin giderilebilmesi ve hukuki bir değer taşıyan delil ortaya konulması ihtiyacına binaen soruşturma bildiriminde; 2011 yılına ait Belge-63/1 olarak adlandırılan e-postanın içeriğinin, yerinde incelemenin rakip konumundaki bir teşebbüste engellenmesi ile birlikte ele alınarak, hakkında soruşturma yürütülen teşebbüslerin 2011'den bu yana süregelen, rekabeti engelleme amacı olan ve kurumsal e-posta hesapları dışında yürütülen bir iletişim içerisinde olabileceklerine işaret ettiği şeklinde yorumlandığı, şüpheye istinaden ortaya konulan bu yorumun hukuka uygun olmadığı,
- Soruşturma bildiriminde, fiyat hareketlerine ilişkin incelemenin ardından, 2011 ve 2017 yılları arasındaki döneme ilişkin bir ihlal iddiası bulunmadığı, sadece 2017 Ekim ayından 2019 yılına uzanan süreç bakımından rekabet karşıtı bir uzlaşının ortaya çıkmış olabileceğinin belirtildiği, bu durumda, 2011 yılında kurulduğu ileri sürülen malum iletişim ağına 2011-2017 Ekim ayına kadar hiç dokunulmamışken veya bu

- iletişim ağı başarılı bir şekilde kullanılmamışken, 2017 Ekim ayından sonra birdenbire bu iletişim ağının aktive edilmiş olduğu veya başarılı bir şekilde kullanılmış olduğu anlamı çıkartmanın hayatın olağan akışına aykırı olduğu,
- Kurum tarafından belirli bir dönemde yaşanan fiyat-maliyet hareketleri nedeniyle rekabeti sınırlayıcı bir uzlaşma şüphesi doğması ve konuya ilişkin soruşturma açma ihtiyacı duyulmasının anlaşılabilir bir durum olduğu, ancak, 2017 yılındaki fiyat hareketlerinin incelenmesinde 2011 yılına ait belgelerin delil olarak kullanılmasına dair çaba sarf edilirken, ihlal iddiasının tam aksini ispat edecek onlarca e-posta yazışmasının göz ardı edilmesinin hukuka uygun olmadığı,
 - Soruşturma bildiriminde, özellikle 2017 yılı Ekim ayından itibaren başlayan fiyat hareketlerine ilişkin bir uzlaşma şüphesinin ortaya çıktığı ve bu uzlaşmaya ilişkin teşebbüsler arası iletişim delili olarak 2011 yılındaki bazı yazışmaların kaynak gösterildiği,
 - (.....),
 - Şikâyetin ana konusunun 2019 yılı temmuz ayında LINCOLN tarafından ASKAYNAK'ın tam kontrolünün devralınması işlemi olmakla birlikte, soruşturma bildiriminde yapılan tespit ve değerlendirmeler incelendiğinde, LINCOLN'ün 2017 yılı temmuz ayında OERLIKON'da azınlık hisselerini devralmasıyla başlayan bir sürecin dikkat çektiği,
 - Kontrol yapısında değişikliğe yol açmayan hisse devirleri bakımından, birleşme ve devralmaların kontrolü kapsamında Rekabet Kurulundan izin alınması zorunlu olmadığı, ancak bu durumun azınlık hisseleri konusunu tamamen rekabet hukuku kapsamı dışında da bırakmadığı,
 - Kurulun yassı demir çelik ürünleri pazarında 4054 sayılı Kanun'un ihlal edilip edilmediğinin değerlendirildiği 16.6.2009 tarih ve 09-28/600-141 sayılı *Yassı Çelik* kararında, teşebbüsler arasında azınlık hisse sahipliğinin rekabetçi davranışların koordinasyonuna neden olabileceğinin ifade edildiği,
 - Borçelik⁵⁴ şirketindeki gibi azınlık hisse sahipliği ve bundan kaynaklanan yönetim kurulu üyeliğinin, özellikle az sayıda teşebbüsün faaliyet gösterdiği, yüksek yoğunlaşma oranlarına sahip, pazara giriş engellerinin olduğu pazarlarda rakipler arasında gizli ya da açık iş birliklerinin oluşmasına zemin hazırlayıcı unsurlar olarak görüldüğü⁵⁵,
 - Söz konusu *Yassı Çelik* kararında, hakkında soruşturma yürütülen taraflarca, özetle, Erdemir'in Borçelik'te sahip olduğu azınlık hissedarlığının ve yönetim kuruluna üye atayabilmesinin tek başına rekabet hukuku çerçevesinde ihlal sayılamayacağı şeklinde savunma yapılmışsa da, bu savunmanın önceki Rekabet Kurulu kararlarına da atıf yapılmak suretiyle reddedildiği,
 - Yukarıda yer verilen Kurulun *Yassı Çelik* kararının yanı sıra azınlık hissedarlığı (rakip teşebbüslerde kontrole neden olmayan hissedarlık) ve bundan kaynaklanan yöneticilerin varlığının (örneğin aynı kişinin rakip şirketlerin yönetiminde görev almasının) söz konusu olduğu durumların, azınlık hissedarın rekabet etme güdüsünü azaltmak veya koordinasyon yoluyla rekabeti sınırlayıcı işbirliğini kolaylaştırmak gibi pazardaki rekabet üzerinde olumsuz etkiler doğurma riski bulunduğu, bu tür hallerde

⁵⁴ Borçelik, Borusan Grubu ve ArcelorMittal Grubu tarafından birlikte yönetilen bir ortak girişim şirkettir. Daha önce belirtildiği üzere, Borçelik'te Erdemir'in %9,34 oranında hissesi bulunmakta, ancak bu hisse oranı Erdemir'e Borçelik üzerinde herhangi bir kontrol hakkı vermemekte, Erdemir Borçelik'e bir Yönetim Kurulu üyesi atama hakkına sahip bulunmaktadır.

⁵⁵ Bkz. *Yassı Çelik* kararının "J.1.Yassı Çelik Pazarının Analizi" başlıklı kısmı ve özellikle 631-660. satırları.

rekabet kurumlarının azınlık hisselerinin satılması, aynı kişinin rakip şirketlerde görev almasının sonlandırılması gibi tedbirler alabildiklerinin literatürde de yer verilen hususlar olduğu⁵⁶,

- Yukarıda anılan Erdemir-Borçelik örneğinden daha da şiddetli bir durum ile kaynak sektörünün karşı karşıya olduğu; LINCOLN'ün MAGMAWELD'in içindeki oranının %(.....) değil - %(.....) olduğu, bu bağlamda MAGMAWELD'in de rapor ettiği ve şirkete ilişkin kararlara katılım gösteren LINCOLN temsilcilerinin olduğu, bu durumda şikâyet konusu olan iki rakibin ortak sermayeye bağlı olmasının Türk Kaynak sektörünün rekabetçi yapısına olumsuz etkisi bulunduğu,
- ASKAYNAK ve OERLIKON arasındaki ilişkinin başlangıç noktasının, 2017 Temmuz döneminde ASKAYNAK'ın ortak kontrolüne sahip olan LINCOLN tarafından OERLIKON'un %(.....)'inin devralınması olduğu, soruşturma bildiriminde dikkat çekilen fiyat hareketleri ile bu devir işleminin tarihlerini soruşturma bildiriminde yer alan grafik üzerinden aşağıda görülebileceği,

(.....TİCARİ SIR.....)

- Daha önce yapılan şikâyette de belirtildiği üzere, ASKAYNAK'ın pazar payı %(.....) civarındayken OERLIKON/MAGMAWELD'in pazar payının da %(.....) civarında olduğu, dolayısıyla, 2017 yılı Ekim ayında başlayan fiyat hareketlerinin başlıca sebebinin, hâlihazırda oligopolistik bir yapıya sahip olan piyasada, bahsi geçen iki teşebbüsün hisse devirleri sonucu koordinasyon içinde olmalarından kaynaklandığının söylenebileceği,
- Bu süreçte GEDİK tarafından gerçekleştirilen fiyata ilişkin davranışların ise, rakiplerle herhangi bir koordinasyon sonucu değil, oligopolistik bir piyasa yapısında birbiriyle koordinasyon içindeki malum iki teşebbüs karşısında doğal olarak ortaya çıkan fiyat paralelliği olarak kabul edilmesinin gerektiği, şöyle ki;
- Fiyat hareketleri incelenen ürünlerin üretim sürecinde kullanılan hammaddelerin aynı olduğu, dolayısıyla maliyet yapılarının büyük benzerlik gösterdiği,
- Söz konusu ürünlerin neredeyse homojen denecek kadar müşteri gözünde talep ikamesi yüksek olan ürünler olduğu,
- Ürünlerin liste fiyatlarının sağlayıcı teşebbüsler tarafından ilan edildiği ve ardından her bir müşteri ile yapılan pazarlıklar sonucu müşteri bazında nihai satış fiyatları belirlendiği, dolayısıyla müşteriler bakımından bilgiye erişimin kolay olduğu ve firmalar arası fiyat kıyaslamasının rahatlıkla yapılabildiği,
- Sadece üç büyük sağlayıcının bulunmasının da piyasa yapısını oligopolistik bir yapıya kavuşturduğu,
- Bu sebeplerden dolayı, ilgili pazarlarda teşebbüslerin fiyatları arasında büyük farklılaşmaların söz konusu olmadığı, dolayısıyla, yukarıda da belirtildiği üzere, 2017 Ekim ayından itibaren GEDİK'in uyguladığı fiyatlardaki artışların GEDİK'in

⁵⁶ Bkz. OECD (2008). *Policy Roundtables, Minority Shareholdings*, <http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/41774055.pdf> , Erişim Tarihi: 20.03.2020; Ünal, M. S. (2008), *Sanayi İktisadi ve Rekabet Hukuku Açısından Rakiplerarası Azınlık Hisse Devirleri*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/uzmanlik-tezleri/93-pdf> , Erişim Tarihi: 20.03.2020.

- rakipleriyle koordinasyonu sebebiyle değil, GEDİK'in piyasa koşullarında vermiş olduğu rasyonel tepkinin bir sonucu olduğu,
- Soruşturma bildirimindeki fiyat maliyet grafiklerinde, finansman maliyetlerinin maliyet eğrisinde yer almadığı ve yine aynı tarihten itibaren ortaya çıkan fiyat artışlarının, ekonomide yaşanan sorunlar sonucu kredi faizlerinin yükselmesi ile birlikte hammadde maliyetlerindeki artışlar ve dolayısıyla toplam maliyetlerdeki artışlar ile birlikte hareket ettiği,
 - LINCOLN'ün ASKAYNAK'ta ortak kontrole sahip iken OERLIKON'da da hissedar olması sebebiyle değişen piyasa yapısının bir sonraki aşamasının ise ASKAYNAK'ın kontrolünün tamamen LINCOLN tarafından devralınması olduğu, bu işlemin ardından tamamen koordinasyon içinde davranmaya başlayan ASKAYNAK ve OERLIKON'un davranışlarının (.....) Kuruma şikâyet edildiği, geline nokta da görüldüğü üzere 2017 yılı temmuz ayında ASKAYNAK ve OERLIKON arasındaki hissedarlık ilişkisi ile başlayan rekabetçi davranışların koordinasyonu riskinin risk olmaktan çıkarak önce fiyat seviyesi üzerinde etkisini gösterdiği ve 2019 yılı Temmuz ayından itibaren ise rakipler üzerindeki olumsuz risklerin/etkilerin başladığı aşamaya geçildiği,
 - Sonuç olarak, GEDİK'in hiçbir dönemde rakipleri ile anlaşarak rekabeti sınırlayıcı davranışta bulunmadığı, GEDİK'in 2015 yılında ASKAYNAK'a haksız rekabet nedeni ile tazminat talepli olarak dava açtığı, bu davanın halen İstanbul Anadolu 3. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2019/92E. sayılı dosyasında devam ettiği, bu dosyanın bile GEDİK'in rakipleri ile hiçbir zaman eş güdümlü hareket etmediğinin en temel göstergesi olduğu,
 - 2017 yılı Ekim ayından itibaren yaşanan fiyat artışlarında bir an için teşebbüsler arası fiyat paralellüğünden bahsedilse dahi; bu dönemde oluşan fiyat hareketlerinde, piyasanın yaklaşık %(.....)'ini elinde bulunduran ASKAYNAK ve OERLIKON arasındaki hissedarlık ilişkisinden kaynaklanan rekabetçi davranışların koordinasyonu riskinin rekabet hukuku kapsamında yapılacak değerlendirmelerin odak noktası olması gerektiği,
 - Rekabet hukuku kapsamında LINCOLN tarafından yapılan devralma işlemlerine bakıldığında;
 - 2017 yılında OERLIKON'un azınlık hisselerinin LINCOLN tarafından devralınması işlemi 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında ihlal tartışmasını doğursa da, bu işlemin aynı Kanun'un 7. maddesi kapsamında izne tabi olmaması; bu nedenle ortaya çıkan koordinasyon riskinin herhangi bir incelemeye konu olmadığı,
 - 2019 yılında ASKAYNAK'ın tam kontrolünün LINCOLN tarafından devralınmasına yönelik başvuruda ise; daha çok *ex ante* bir yaklaşımla değerlendirmelerin yapıldığı 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi kapsamında, geçmiş piyasa hareketlerinin dikkate alınmaması (4054 sayılı Kanun'un 4 ya da 6. maddelerinde olduğu gibi *ex post* bir incelemeye gerek görülmemesi) ve söz konusu devir işleminin ortak kontrolün tam kontrole geçişinden ibaret olması sebebiyle izin verilmesi durumunun ortaya çıktığı görüldüğü,
 - Bununla birlikte, 2017 Ekim ayından itibaren fiyat hareketleriyle birlikte tüm hisse devir işlemleri ve bu işlemlerin piyasaya etkileri incelendiğinde;
 - Öncelikle piyasada fiyatların yükselmesiyle başlayan, ardından da en önemli rakip olan GEDİK'in piyasa dışına itilmesi riskini ortaya çıkaran bir yapının oluştuğu,
 - LINCOLN'ün OERLIKON'da belirli bir hisseye sahip olmasının; başlı başına piyasanın %(.....)'ini oluşturan iki rakip teşebbüs arasında rekabetçi davranışların

koordine edilmesi riskini ortaya çıkarmasından dolayı, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlaline neden olduğu,

- (.....),
- GEDİK'in herhangi bir rakiple koordinasyon içinde olmadığı dikkate alınarak, ASKAYNAK ve OERLIKON/MAGMAWELD'in faaliyetlerinin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında incelenmesinin yapılması,
- Anılan inceleme sonucunda ihlal tespitine bağlı olarak alınacak kararda, söz konusu yapıya ilişkin ihlalin sona ermesini sağlayacak şekilde azınlık hisselerinin üçüncü kişilere satılarak elden çıkarılması gibi yapısal tedbirlerin de gündeme getirilmesi,
- Sonuç olarak yapılan açıklamalar kapsamında GEDİK'in 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal etmediği tespitinin yapılarak soruşturma kapsamı dışına alınması gerektiği

hususları ifade edilmektedir.

(88) Ayrıca yine GEDİK tarafından yapılan açıklamalarda özetle;

- GEDİK'in, Soruşturma Raporu'nun "*3.1. 2011 Yılı Değerlendirmesi*" başlıklı bölümünde yer alan 2011 yılına ait e-postaların hakkında soruşturma açılan teşebbüsler arasında 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında ihlal teşkil edebilecek rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşmanın kurulduğuna işaret ettiği iddiasını reddettiği,
- Soruşturma Raporu'na dayanak tutulan uyumlu eyleme karine teşkil etmeyeceği düşünülen tüm yazışmaların zamanaşımı kapsamında olan 2011 yılına ilişkin olması ve 2011 yılı Nisan ayından sonrasına ait ve GEDİK aleyhindeki iddialara kanıt olabilecek nitelikte herhangi bir bilgi ve belge de bulunmaması nedeniyle zamanaşımı kuralları gereği soruşturulamayacağı, zamanaşımı konusunun Soruşturma Raporu'nun "*3.1. 2011 Yılı Değerlendirmesi*" başlıklı kısmında ve "*5. Sonuç*" başlıklı kısmında dikkate alındığı, ilgili başlıkta bahsi geçen e-postaların hiçbirinin amacının GEDİK açısından rekabeti sınırlayıcı uyumlu eylem içerisinde bulunmak olmadığı, sektörün en büyük iki teşebbüsü ile sektöre ilgili ekonomik gelişmelerin değerlendirilmesi ve istişare edilmesine yönelik olduğu,
- GEDİK'te yapılan yerinde incelemelerde raportörlerce elde edilen birçok e-posta yazışmasının GEDİK ile sektörde faaliyet gösteren diğer teşebbüsler arasındaki son derece çetin bir rekabetin varlığını gösterdiği ve teşebbüsler arasında herhangi bir uyumlu eylem bulunmadığını gösterdiği, ancak söz konusu e-postalara Soruşturma Raporu'nda yer verilmediği,
- Soruşturma kapsamında 2011 yılı için EAAD'den fiyat paralelliği analizlerinin talep edildiği ve EAAD'nin söz konusu dönem için anlaşmayı destekleyecek nitelikte analiz bulgusu sunamamış olması dikkate alındığında GEDİK'in 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiği sonucuna varılamayacağı,
- GEDİK'in elli yılı aşkın bir süredir pazarda üretim yaptığı ve kendi teknolojisi ile iç ve dış piyasada saygın bir Türk markası bilinirliğinin olduğu, hiçbir dönemde ve hiçbir şekilde kartel oluşturma çabasında olmadığı ve kartellerin karşısında yer aldığı, fiyat hareketlerine ve ilgili yıldaki pazar davranışlarına bakıldığında rekabet karşıtı bir iletişimin gerçekleşmediğinin teyit edileceği,
- Soruşturma Raporu'nun "*2017-2019 Dönemi Değerlendirmesi*" başlıklı kısmında ASKAYNAK, GEDİK, MAGMAWELD/OERLIKON arasında iletişime karine teşkil eder düzeyde bir pazar davranışı, dolayısıyla bir fiyat birlikteliği tespit edilmediğinden uyumlu eylem karinesinin işletilemeyeceğinin düşünüldüğü, bu doğrultuda soruşturma heyeti tarafından soruşturma tarafı teşebbüslerin 2017-2019 yılları

döneminde 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiklerini ispata elverişli delil bulunamaması nedeniyle bu dönem bakımından 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlal edilmediği kanaat ve sonucuna ulaşıldığı,

- 2017-2019 yılları arasındaki dönemde fiyat hareketlerine bakıldığında soruşturma kapsamındaki teşebbüsler arasında uyumlu bir eylemin teyit edilemediği ve kartel oluşumunun da söz konusu olamayacağı,
- GEDİK'in her yıl ürettiği yaklaşık (.....) ton kaynak elektrotları, gazaltı, tozaltı, özlü tip kaynak telleri, redresörler, gazaltı ve tozaltı kaynak makineleri ve inverter tip kaynak makineleri ile 57 yıldır kaynak sektöründe faaliyet gösterdiği, Türkiye'nin tek %100 yerli ve milli sermayesine sahip, kendi teknolojik birikimi ile üretim yapan bir firma olduğu, uzun yıllara dayanan birikim ve tecrübesiyle kaynak malzemelerinin üretimi alanında köklü bir yere sahip olduğu, hiçbir zaman rakipleri ile 4054 sayılı Kanun'u ihlal edecek nitelikte bir eylemde bulunmadığı ve bu durumun Soruşturma Raporu ile de teyit edildiği,
- Kurulun 29.06.2019 tarih ve 19-22/322-141 sayılı kararı ile LINCOLN'ün ASKAYNAK'ın tek kontrolünü devralması işlemine onay verildiği, LINCOLN'ün ASKAYNAK'ta ortak kontrole sahip iken OERLIKON'da da hissedar olmasının ve devamında anılan devralma işlemi ile ASKAYNAK'ın tam kontrolünün LINCOLN'e geçmesinin ASKAYNAK ve MAGMAWELD/OERLIKON'un birlikte hâkim durum yaratarak rekabeti kısıtlayıcı etki doğurmasına sebebiyet verdiği ve GEDİK'in piyasadan aldığı geri bildirimlerin bu durumu teyit eder nitelikte olduğu, söz konusu devralma işleminin sadece kaynak sektöründeki paydaşları değil aynı zamanda kaynak sarf malzemelerini ara ürün niteliğinde kullanan gemi inşası, otomotiv, boru hatları ve benzer sektörleri de olumsuz yönde etkileyebileceği, Kurulun 20.02.2020 tarih ve 20-11/138-76 sayılı kararı uyarınca LINCOLN hakkında soruşturma açılmaması yönündeki kararın (.....) şikâyetin konusu ile tam olarak örtüşmediğinin düşünüldüğü, şikâyetin konusu ile ilgili özellikle 2019 yılı Temmuz ayından sonraki döneme ilişkin olarak kaynak sektöründeki piyasa hareketlerinin incelenmeyerek MAGMAWELD/OERLIKON ile ASKAYNAK arasındaki uyumlu eylem konusuna etki eden faktörlerin analiz edilmediğinin düşünüldüğü,

hususları ifade edilmektedir.

I.4.3.1.3. MAGMAWELD/OERLIKON Tarafından Yapılan Savunmalar

(89) MAGMAWELD ile OERLIKON tarafından yapılan savunmalarında;

- Haklarında yürütülmekte olan soruşturma konusu iddiaları kabul etmedikleri,
- Dosyada elde edilen bilgi ve belgelerin "2011 yılı" ve "2017-2019 dönemi" olarak iki ayrı dönemde incelendiği, 2011 yılına ilişkin belgelerin dosya taraflarının 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında bir ihlal içerisinde olduğunu gösterdiği ancak 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca 8 yıldan fazla zaman geçmesi nedeniyle zamanaşımına uğradığı ve idari para cezasına yer olmadığına değerlendirildiği, 2017-2019 dönemine ilişkin incelenen bilgi ve belgeler açısından ise aynı Kanun'un 4. maddesinin ihlal edilmediğinin tespit edildiği,
- MAGMAWELD/OERLIKON'un bağımsız ve rekabetçi politikalar doğrultusunda, pazarda rekabet edebilmek için 4054 sayılı Kanun'a uygun olarak faaliyetlerini yürüttüğü, hiçbir zaman rekabeti bozucu anlaşma içerisinde hareket etmedikleri, MAGMAWELD/OERLIKON aleyhine 2011 yılına ilişkin ileri sürülen iddiaları kabul etmediklerini ve savunma haklarını saklı tuttuklarını beyan ettikleri,
- Raportörlerin 2011 yılına ilişkin zamanaşımı nedeniyle yaptırım uygulanmasına yer olmadığına ilişkin ve 2017-2019 dönemine ilişkin herhangi bir ihlalin mevcut

olmadığına yönelik tespitleri uyarınca Kuruldan da, MAGMAWELD/OERLIKON'un 4054 Kanun'u ihlal etmediği tespitinin yapılmasını istedikleri hususları ifade edilmektedir.

I.4.3.2. Savunmalara İlişkin Değerlendirme

I.4.3.2.1. ASKAYNAK'ın Savunmalarının Değerlendirilmesi

- (90) ASKAYNAK yazılı savunmasında genel itibarıyla soruşturmaya konu iddialar bakımından yeterli delil olmadığına, pazarın oligopol yapıda olduğuna ve ASKAYNAK'ın fiyat hareketlerinin döviz dayalı hammadde alımlarına dayanması sebebiyle artış seyrinde olduğuna ve bu hareketlerin makroekonomik gerekçeler ile açıklanabileceği hususlarına vurgu yapılmıştır. Dosya kapsamında yapılan tespit ve değerlendirmeler neticesinde ihlal sonucuna ulaşılmamış olması itibarıyla, pazarın sıkı oligopol yapısı ve bu yapı dahilinde gözlemlenmesi muhtemel fiyat paralellikleri değerlendirmelerde dikkate alınmıştır. Uyumlu eylem karinesinin işletilmesi sürecinde ise salt maliyetlerle açıklanamayan fiyat paralelliğine dayanılmamış, teşebbüslerin pazar davranışları iktisadi modelleme aracılığıyla analiz edilmiştir. Bahsi geçen iktisadi analiz, fiyatın model değişkenleri ile açıklanabildiği sonucuna ulaştığından, iletişime karine teşkil eden bir pazar davranışının tespit edilemediğinden bahisle soruşturmada fiyatların maliyetlerden bağımsız yükseldiği 2017-2019 dönemleri bakımından ihlal tespitinde bulunulmamıştır.
- (91) ASKAYNAK'ın verilerin güvenilirliğini ve yeterliliğini sorgulayan savunmasına karşılık olarak iktisadi analiz ve testlere konu verilerden hiçbirinin varsayımsal olmadığı, teşebbüslerden temin edilmiş olup kur riski ile çeşitli değişken ve sabit maliyet kalemleri dikkate alınarak işleme tabi tutulduğu belirtilmelidir. Dolayısıyla savunmalarda sıkça dile getirilen döviz kurlarındaki değişkenlik, değerlendirmelere konu iktisadi analizlerde dikkate alınmıştır.
- (92) Öte yandan ASKAYNAK tarafından yerinde incelemenin engellenmesinin soruşturma açılmasına ve ihlalin varlığına kanıt oluşturduğuna yönelik yapılan savunmaya yönelik olarak, engellenmenin ihlale dayanak teşkil eden değil, önaraştırma sürecinde incelemenin derinleştirilmesi ihtiyacı doğuran bir gelişme olarak ele alındığı vurgulanmalıdır. Bu çerçevede, yerinde incelemenin engellenmesi herhangi bir ihlal bulgusunu güçlendirir nitelikte, bir başka deyişle, Soruşturma Raporu'nda yapılan tespitleri etkileyecek nitelikte bir değerlendirmeye konu olmamıştır.
- (93) Ayrıca yerinde incelemenin engellenmesine bir kez ceza verilmiş olduğundan "yerinde incelemenin engellenmiş olması" eyleminin diğer delillerle birlikte değerlendirmeye katılmaması gerektiğine yönelik olarak "*ne bis in idem*" ilkesi çerçevesinde getirilen savunmaya ilişkin olarak, söz konusu eylemin tek başına farklı bir idari yaptırıma konu olduğu dolayısıyla işbu dosyaya konu iddiaları destekler nitelikte herhangi bir değerlendirmede kullanılmadığı hususu yinelenmelidir.
- (94) Diğer taraftan Soruşturma Raporu'nda ASKAYNAK'ın (i) 2011 yılında kaynak sektöründe ürünlerin fiyatlarını birlikte belirlemek suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal eder nitelikte bir anlaşmaya taraf olduğu, ancak rekabet karşıtı anlaşmayı ortaya koyan belgelere isnat edilen rekabet ihlalinin zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi uyarınca idari para cezası uygulanmasına yer olmadığı, (ii) devam eden dönemlere ilişkin olarak aynı Kanun'un 4. maddesinin ihlal edildiğine yönelik yeterli bilgi, belge ve bulgu bulunmadığından 4054 sayılı Kanun'un ihlal edilmediği sonucuna ulaşılmıştır.
- (95) ASKAYNAK'ın savunmasında yer verdiği, 2011 yılındaki yazışmaların teşebbüs iradesini yansıtmadığı, yazışmayı yapan Genel Müdür (.....)'ün kişisel kanaatinin

sonucu olduğu ve bu nedenle ASKAYNAK'ın bu yazışmalar sebebiyle 4054 sayılı Kanun'un ihlali sonucu doğmayacağı yönündeki iddialarının ise kabul edilemeyeceği değerlendirilmektedir. Nitekim savunmada atıf yapılan Kurulun 02.01.2020 tarih ve 20-01/13-5 sayılı Vestel/Arçelik kararında aşağıdaki ifadelere yer verilmektedir:

“Rekabet ihlallerinde ihlali gerçekleştiren kişinin (bir anlaşmaya taraf olunması, bir toplantıya katılınması, yazılı ya da sözlü bir görüşmenin gerçekleştirilmesi yahut bazı bilgilerin paylaşılması vb. çok farklı şekillerde cereyan edebilir) teşebbüsü temsil/imza yetkisine haiz olup olmadığı, yönetici pozisyonunda olup olmadığı, görev ve pozisyonunun ne olduğu önem taşımamaktadır. Bu husus rekabet hukuku literatürü, doktrini, içtihatları ve uygulamalarında istikrar kazanmıştır. Zira burada önemli olan, teşebbüslerin serbest rekabet kuralları dışına çıkarak; fiyat, arz, talep, uygulanacak strateji gibi rekabete hassas unsurların, anlaşma, uyumlu eylem yahut da bilgi değişimi yoluyla birlikte ya da koordineli olarak belirlenmesidir. Yatay İşbirliği Kılavuzunun 137 vd. paragraflarında bu husus ayrıntılı olarak anlatılmıştır. Kılavuzda (143. parğ.) “rakiplerinden, değinilen unsurları taşıyan bir ileti alan teşebbüsün, kendi ticari politikalarını belirlerken, sözü edilen bilgileri dikkate aldığı kabul edilmektedir.” denilmektedir. Dolayısıyla burada önemli olan rekabete hassas bir bilginin bir rakipten bir başka rakibe iletilip iletilmediğidir. Kaldı ki, ARÇELİK ile VESTEL arasında bilgi akışını sağlayan kişiler, ilgisiz kişiler olmayıp, satış ve pazarlama konusunda ilgili ve belli yetkilere sahip kişilerdir (ARÇELİK Satış Trakya Bölge Yöneticisi ve VESTEL Marmara Bölge Müdürü).”

- (96) Kurulun 09.01.2020 tarih ve 20-03/28-12 sayılı Burdur kararında da ihlal konusu yazışmayı temsil/ilzam yetkisi olmayan kimsenin yapıp yapmadığının bir önemi olmadığı hüküm altına alınmıştır. Kararda aşağıdaki ifadelere yer verilmektedir:

“Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın, Jean Claude Becu kararında⁵⁷, çalışanların iş ilişkileri süresince, onları istihdam eden teşebbüslere dâhil olduğu ve dolayısıyla onlarla tek bir ekonomik bütünlük oluşturduğu ifade edilmiştir. Doktrinde de, bir anlaşmanın üst düzey yöneticilerden ziyade daha alt kademedeki çalışanlar tarafından yapılmış olmasının, teşebbüslerin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı ve irade uyuşmasının gerçekleşmediği şeklinde yorumlanamayacağı belirtilmektedir⁵⁸. Özetle işverenler, çalışanlarının rekabet karşıtı davranışlarından sorumlu tutulmaktadır.”⁵⁹

- (97) Bu itibarla ihlal konusu yazışmayı gerçekleştiren kişinin temsil ilzam yetkisi olup olmadığı, unvanı veya niteliğinin 4054 sayılı Kanun'un ihlali bakımından herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Yazışmanın yapılması ihlalin ortaya çıkması için yeterli sayılmaktadır. Teşebbüslerin, yapılan yazışmalardan haberleri olmadığı yönündeki iddiaları Kurul uygulaması bakımından kabul edilmemektedir. Dolayısıyla, ASKAYNAK'ın yazışmanın yapıldığı dönemde Genel Müdür olan (.....)'ün yaptığı yazışmalardan haberi olmadığı ve bu nedenle ASKAYNAK'ın iradesi olmayan yazışmalardan herhangi bir sorumluluğu olmadığı yönündeki savunması kabul edilmemiştir.
- (98) Öte yandan salt amaç yönünden rekabetin kısıtlanması yaklaşımının yeterli olmadığı, ilgili davranışın piyasada doğurduğu etkinin de incelenmesi gerektiği savunması kabul edilmemektedir. Nitekim 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan anlaşmaları yasaklamaktadır. Dolayısıyla maddenin lafzından da

⁵⁷ Case C-22/98 Jean Claude Becu, ECLI:EU:C:1999:419, para. 26

⁵⁸ Bellamy & Child: European Union Law of Competition 2014.

⁵⁹ Case C-542/14 VM Remonts, ECLI:EU:C:2016:578, para 23-24.

anlaşılacağı üzere, doğası itibarıyla rekabeti engelleme amacını taşıyan bir anlaşmanın piyasadaki etkilerinin incelenmesine gerek bulunmamakta, hatta anlaşmanın piyasada uygulanmamış ve etki doğurmamış olması dahi ihlal tespit edilmesinin önünde engel teşkil etmemektedir. Kurulun anlaşmanın uygulamaya konulmaması durumunda 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca görüş göndermeyi tercih ettiği kararlar bulunmakla birlikte aksi yönde almış olduğu kararlar da bulunmaktadır. *Çimento Üreticileri*⁶⁰ kararında teşebbüslerce varılan mutabakatın uygulamaya konulduğunu gösteren bir bulguya ulaşılamamış olsa da 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlal edildiği kanaatine varılmıştır. Yine *Sağlık Gereçleri*⁶¹ kararında "4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinde, sadece uygulanan ve rekabeti kısıtlayıcı etki doğuran anlaşmalar değil, uygulanmamış olsa bile rekabeti kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğurabilecek nitelikte olan anlaşmalar da Kanuna aykırı kabul edilmiş ve yasaklanmıştır." ifadeleri ve *Kırıkkale Sürücü Kursları*⁶² kararında "...anılan belgelerde yer alan rekabeti sınırlayıcı unsurlar tam anlamıyla uygulanmamış olsa bile, söz konusu durum anılan belge içeriklerinin birer rekabet ihlali niteliğinde olduğu gerçeğini değiştirmemektedir." ifadeleriyle anlaşmanın uygulamaya geçirilememiş olmasının ihlal tespit edilmesinin önünde engel teşkil etmediği net bir şekilde ortaya konulmuştur ki 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin lafzı gereğince de bu yaklaşımın daha doğru olduğu değerlendirilmektedir.

I.4.3.2.2. GEDİK'in Savunmalarının Değerlendirilmesi

- (99) GEDİK'in delillere, zamanaşımına ve diğer savunmalarına yönelik açıklamalara değerlendirmeler bölümünde yer verildiğinden tekrar olmaması amacıyla yeniden değinilmemiştir. Öte yandan, GEDİK'in savunmasında da geniş yer verdiği, (.....), LINCORN'ün OERLIKON'un azınlık hisselerine sahip olan bir şirket olarak ASKAYNAK'ın tam kontrolünü devralması işleminin, söz konusu azınlık hissedarlığının kontrol hakkı verdiğinden bahisle "birlikte hâkim durum" yarattığı gerekçesiyle 4054 sayılı Kanun'a aykırı olduğu iddiası soruşturmanın önaraştırma safhasında ele alınmış, LINCORN'ün OERLIKON üzerinde fiili veya sözleşmesel kontrol hakkı bulunduğunu gösterir bilgi, belge veya bulguya ulaşılamadığından başvuru konusu kontrol iddiaları 20-11/138-76 sayı ile reddedilmiştir.
- (100) ASKAYNAK, OERLIKON/MAGMAWELD ve GEDİK arasındaki koordinasyona yönelik incelemeler soruşturma kapsamında detaylı olarak ele alınmıştır. ASKAYNAK ile OERLIKON/MAGMAWELD'in pazar davranışlarının, 2017 yılında Air Liquid Welding AG'yi devralması veya ASKAYNAK'ın ortak kontrolden tek kontrole geçmesi akabinde GEDİK'in pazar davranışlarından farklılaşarak daha koordineli hal aldığı yönünde herhangi bilgi ve belgeye ulaşılamadığı gibi, yapılan iktisadi analizlerde de bu iki şirketin fiyatlandırma davranışlarının GEDİK'ten ayrılan bir oranda eş yönlülük içerdiği bulgusuna ulaşılmamıştır. Bu çerçevede, sektörde gerçekleşen devralmaların ASKAYNAK ile OERLIKON/MAGMAWELD'in pazar davranışlarının doğal koordinasyonuna yol açtığı iddia ve savunması kabul görmemiştir.
- (101) Diğer taraftan dosya kapsamında yapılan değerlendirmede, GEDİK'in (i) 2011 yılında kaynak sektöründe ürünlerin fiyatlarını birlikte belirlemek suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal eder nitelikte bir anlaşmaya taraf olduğu, ancak rekabet karşıtı anlaşmayı ortaya koyan belgelere isnat edilen rekabet ihlalinin zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi uyarınca idari para cezası

⁶⁰ 17.09.2013 tarih ve 13-54/756-316 sayılı Kurul kararı.

⁶¹ 07.05.2007 tarih ve 07-38/410-158 sayılı Kurul kararı.

⁶² 08.05.2014 tarih ve 14-17/330-142 sayılı Kurul kararı.

uygulanmasına yer olmadığı, (ii) devam eden dönemlere ilişkin olarak 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlal edildiğine yönelik yeterli bilgi, belge ve bulgu bulunmadığından 4054 sayılı Kanun'un ihlal edilmediği sonucuna ulaşılmıştır.

- (102) GEDİK'in 2011 yılındaki yazışmaların içeriklerinin , "*sektörün en büyük iki teşebbüsü ile sektörle ilgili ekonomik gelişmelerin değerlendirilmesi ve istişare edilmesine yönelik olduğu*" iddiası belge içeriklerinin rekabet karşıtı amacını, şüpheye mahal bırakmayacak açıklıkta ortaya koyduğundan kabul edilmemektedir.
- (103) GEDİK'in 2011 yılı dönemi bakımından rekabetçi belgelere dosya kapsamında yapılan değerlendirmelerde yer verilmediği iddiası bakımından öncelikle belirtilmesi gereken husus, dosya kapsamında elde edilen tüm bilgi ve belgelerin ayrıntılı olarak incelendiği ve sonuca olumlu veya olumsuz etkisi olabileceği değerlendirilen tüm belgelere dosya kapsamında yer verildiğidir. Diğer taraftan söz konusu belgelerin tarafların arasındaki rekabet karşıtı amacı ortaya koyan ve gizliliği ön plana çıkaran bir iletişimin varlığı altında rekabeti göstermek bakımından görece önemini yitirdiği ve bu bağlamda daha önce de açıklandığı üzere rekabetten ziyade kartelin doğası gereği barındırdığı aldatma güdüsünün tezahürü oldukları da belirtilmelidir.
- (104) GEDİK'in savunmasında yer verdiği, ASKAYNAK ve OERLIKON/MAGMAWELD'in rekabet karşıtı birliktelik (birlikte hâkim durum ve/veya koordinasyon) içerisinde olduğu iddiası çerçevesinde, ASKAYNAK ile OERLIKON/MAGMAWELD'in pazar davranışlarının, 2017 yılında Air Liquid Welding AG'yi devralması veya 2019 yılında ASKAYNAK'ın ortak kontrolden tek kontrole geçmesi akabinde GEDİK'in pazar davranışlarından farklılaşarak daha koordineli hal aldığı veya LINCOLN'ün OERLIKON/MAGMAWELD üzerinde sözleşmesel veya fiili kontrolü olduğu yönünde herhangi bilgi ve belgeye ulaşılamadığı gibi, önaraştırma sürecinde iki şirketin "Oerlikon" markasından kaynaklı rekabet halinde olduklarını gösteren çok sayıda belgeye ulaşıldığı belirtilmelidir. Bu çerçevede Kurulun GEDİK'in öne sürdüğü birlikte hâkim durum ve koordinasyon iddialarını incelemek üzere başlattığı anılan önaraştırma sonucunda, fiili veya sözleşmesel kontrole ilişkin iddialar reddedilerek 20.02.2020 tarih ve 20-11/138-76 sayılı kararı uyarınca LINCOLN hakkında soruşturma açılmasına yer olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Buna karşın önaraştırma sürecinde elde edilen belgelerin sektördeki üç oyuncu arasında rekabet karşıtı bir birliktelik olabileceği şüphesi doğurması üzerine mevcut soruşturma başlatılmıştır. Soruşturma sürecinde 2011-2019 yıllarını kapsayan veri seti üzerinden yapılan ve bahsi geçen devralma tarihlerini dikkate alan iktisadi analizlerde ASKAYNAK ve OERLIKON/MAGMAWELD'in fiyatlama davranışlarının GEDİK'ten ayrılan bir oranda eş yönlülük içerdiği bulgusuna ulaşılamadığı tekraren vurgulanmalıdır. Dolayısıyla azınlık hissedarlığına bağlı koordinasyon iddiası da ispatlanamamıştır. Bu bağlamda, GEDİK'in sektörde gerçekleşen devralmaların ASKAYNAK ile OERLIKON/MAGMAWELD'in pazar davranışlarının doğal koordinasyonuna yol açtığı ve bu durumun detaylıca incelenmediği iddiaları ve savunması kabul edilmemektedir.

I.4.3.2.3. MAGMAWELD/OERLIKON'un Savunmalarına Yönelik Değerlendirme

- (105) Dosya kapsamında yapılan inceleme ve değerlendirmeler neticesinde MAGMAWELD/OERLIKON'un (i) 2011 yılında kaynak sektöründe ürünlerin fiyatlarını birlikte belirlemek suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal eder nitelikte bir anlaşmaya taraf olduğu, ancak rekabet karşıtı anlaşmayı ortaya koyan belgelere isnat edilen rekabet ihlalinin zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi uyarınca idari para cezası uygulanmasına yer olmadığı, (ii) devam eden dönemlere ilişkin olarak 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlal edildiğine yönelik

yeterli bilgi, belge ve bulgu bulunmadığından 4054 sayılı Kanun'un ihlal edilmediği sonucuna ulaşılmıştır. Öte yandan MAGMAWELD/OERLIKON'un yaptığı savunmalara ilişkin açıklamalar I.4.1 ve I.4. 2 numaralı bölümlerde yer alan değerlendirme kısmında ayrıntılı olarak yer almaktadır.

J. SONUÇ

- (106) Rekabet Kurulunun 20.02.2020 tarih ve 20-11/138-M sayılı kararı uyarınca yürütülen soruşturma ile ilgili olarak düzenlenen Rapor'a, Ek Görüş'e, toplanan delillere, yazılı savunmalara ve incelenen dosya kapsamına göre,
- Magmaweld Uluslararası Tic. A.Ş./Oerlikon Kaynak Elektrodları ve Sanayi A.Ş.
 - Kaynak Tekniği San. ve Tic. A.Ş.
 - Gedik Kaynak Sanayi ve Tic. A.Ş.'nin
- a) 2011 yılında kaynak sektöründe ürünlerin fiyatlarını birlikte belirlemek suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesini ihlal ettikleri, ancak rekabet karşıtı anlaşmayı ortaya koyan belgelere isnat edilen rekabet ihlalinin zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16. maddesi uyarınca idari para cezası uygulanmasına yer olmadığına,
- b) Devam eden dönemlere ilişkin olarak ise 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiklerine yönelik yeterli bilgi, belge ve bulgunun bulunmadığı, dolayısıyla bahsi geçen teşebbüsler tarafından 4054 sayılı Kanun'un ihlal edilmediğine

gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 60 gün içinde Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açık olmak üzere OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.