

Rekabet Kurumu Başkanlığından;

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2011-5-21 (Soruşturma)
Karar Sayısı : 13-54/756-316
Karar Tarihi : 17.09.2013

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Üyeler : Kenan TÜRK, Doç. Dr. Mustafa ATEŞ, İsmail Hakkı KARAKELLE,
Dr. Murat ÇETİNKAYA, Reşit GÜRPINAR, Fevzi ÖZKAN

B. RAPORTÖRLER: Murat AYBER, Yalçın YALÇIN, Mehmet Mete BAŞBUĞ

C. BAŞVURUDA

BULUNAN : İhbar

D. HAKKINDA SORUŞTURMA YAPILANLAR:

- As Çimento San. ve Tic. A.Ş.
Temsilcisi: Av. Dr. Kemal EROL
Süleyman Seba (Spor) Caddesi Spor Apt. 62/4 Valideçeşme
Beşiktaş/İstanbul
- Denizli Çimento San. T.A.Ş.
Temsilcileri: Av. Gönenc GÜRKAYNAK, Av. K. Korhan YILDIRIM,
Av. Elif Açelya SETKAYA, Av. R.Arda YÖRÜKOĞLU
Çitlenbik Sokak No: 12 Yıldız Mahallesi 34349 Beşiktaş/İstanbul
- Göлтаş Göller Bölgesi Çimento San. ve Tic. A.Ş.
Temsilcileri: Dr. M. Fevzi TOKSOY ve Bahadır BALKI
Francalacı Sokak No: 28 Arnavutköy Beşiktaş/İstanbul
- Konya Çimento San. A.Ş.
Temsilcileri: Av. Gönenc GÜRKAYNAK, Av. Öznur İNANILIR,
Av. Melikşah DUMAN
Çitlenbik Sokak No: 12 Yıldız Mahallesi 34349 Beşiktaş/İstanbul

- (1) **E. DOSYA KONUSU:** **As Çimento San. ve Tic. A.Ş., Denizli Çimento San. T.A.Ş., Göлтаş Göller Bölgesi Çimento San. ve Tic. A.Ş. ve Konya Çimento San. A.Ş.'nin bayilere ve hazır beton üreticilerine yönelik çimento satış koşullarını birlikte belirlemek suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal edip etmediklerinin tespiti.**
- (2) **F. İDDİALARIN ÖZETİ:** Soruşturma tarafı teşebbüslerin ortak fiyat pazarlama davranışları belirlemek ve hazır beton üreticilerine yapılan çimento satışını birlikte kontrol altında tutmak amaçlarıyla bir araya geldikleri ve sağladıkları irade birliğini ilgili pazarda tatbik ettikleri iddia edilmiştir.
- (3) **G. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 24.10.2011 tarih ve 7326 sayı ile giren ihbar üzerine hazırlanan 18.11.2011 tarih ve 2011-5-21/İİ sayılı İlk İnceleme Raporu, Rekabet Kurulunun (Kurul) 07.04.2011 tarihli toplantısında görüşülmüş ve 11-22/404-M sayı ile dosya konusu iddialara yönelik olarak önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir.
- (4) Önaraştırma sonucunda hazırlanan 17.04.2012 tarih ve 2011-5-21/ÖA sayılı Önaraştırma Raporu, 25.04.2012 tarihli Kurul toplantısında görüşülmüş ve 12-22/592-M sayı ile çimento

13-54/756-316

ve hazır beton pazarında çimento satış koşullarını belirlemek ve bağımsız hazır beton üreticilerine yapılan çimento satışını birlikte kontrol altında tutmak suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (4054 sayılı Kanun)'un 4. maddesini ihlal edip etmediklerinin tespiti için As Çimento San. ve Tic. A.Ş. (As Çimento), Denizli Çimento San. T.A.Ş. (Denizli Çimento), Göltaş Göller Bölgesi Çimento San. ve Tic. A.Ş. (Göltaş) ve Konya Çimento San. A.Ş. (Konya Çimento) hakkında aynı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına karar verilmiştir.

- (5) Kurulun soruşturma açılmasına ilişkin kararı, 04.05.2012 tarihli yazılarla anılan teşebbüslere bildirilerek, yazılı savunmalarını veya varsa pişmanlık başvurularını 30 gün içerisinde göndermeleri istenmiştir. Teşebbüslerin yazılı savunmaları ise 06.06.2012 ila 15.06.2012 tarihleri arasında Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.
- (6) Rekabet Kurulunca alınan 28.08.2012 tarih ve 12-42/1279-M sayılı karar ile soruşturma süresi 25.10.2012 tarihinden itibaren dört ay uzatılmıştır.
- (7) Soruşturma Heyeti tarafından hazırlanan 25.02.2013 tarih ve 2011-5-21/SR sayılı Soruşturma Raporu ve ekleri, Kanun'un 45. maddesi uyarınca Kurul üyeleri ile ilgili taraflara tebliğ edilmiş ve aynı maddenin ikinci fıkrası gereğince hakkında soruşturma yürütülen teşebbüslerden 30 gün içinde yazılı savunmalarını göndermeleri istenmiştir. Teşebbüslerin yazılı savunmaları, 17.04.2013 ila 29.04.2013 tarihleri arasında Kurum kayıtlarına girmiştir.
- (8) 4054 sayılı Kanun'un 45. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca düzenlenen 13.05.2013 tarih ve 2011-5-21/EG sayılı Ek Yazılı Görüş, aynı gün taraflara tebliğ edilmiş, teşebbüslerin savunmaları ise 11.06.2013 ila 15.07.2013 tarihleri arasında Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.
- (9) Tarafların talebi üzerine Kurulun 18.07.2013 tarih ve 13-46/602/M sayılı kararıyla, yürütülen soruşturma ile ilgili olarak 10.09.2013 tarihinde sözlü savunma toplantısı yapılmasına karar verilmiş ve sözlü savunma toplantısı davetiyeleri, Kanun'un 46. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca ilgililere gönderilmiştir.
- (10) 10.09.2013 tarihinde yapılan sözlü savunma toplantısının ardından Kurul, 17.09.2013 tarihli toplantısında, 13-54/756-316 sayı ile nihai kararını vermiştir.
- (11) **H. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda;

- As Çimento açısından, varlığı tespit edilen 01.10.2010 tarihli toplantıya iştirak ettiğine veya fiyatlarının rakiplerinkine paralel artış gösterdiği 2009 – 2010 döneminde rakipleri ile iletişim yahut uyumlu eylem içerisinde bulunduğuna ilişkin bir belgeye rastlanmadığı değerlendirilmesinden hareketle, teşebbüse 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi uyarınca idari para cezası uygulanmasına yer olmadığı;

- Denizli Çimento, Göltaş ve Konya Çimento açısından ise varlığı tespit edilen 01.10.2010 tarihli toplantıya üst düzeyde iştirak ettikleri, ancak piyasadaki ticari davranışlarına ilişkin verilerin toplantıdaki beyanlarını gerçekleştirdiğine işaret etmediği bulgularından hareketle, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal etme amacı taşıyan bir eylem içerisinde bulunduğu değerlendirilen her üç teşebbüse Kanun'un 16. maddesi uyarınca idari para cezası uygulanmasının yerinde olacağı;

ifade edilmiştir.

- (12) Ayrıca Raportörlerden Yalçiner YALÇIN, Denizli Çimento, Göltaş ve Konya Çimento'ya Kurul tarafından daha önceki yıllarda idari para cezası uygulanmasına karar verilmiş olması nedeniyle söz konusu teşebbüsler hakkında Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik (Ceza Yönetmeliği)'in 6. maddesinin (a) bendi uyarınca ihlalin

tekerrüründen dolayı uygulanacak idari para cezasının yarısından bir katına kadar artırılması gerektiğini ifade etmiştir.

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

I.1. Hakkında Soruşturma Yürütülen Teşebbüsler

I.1.1. As Çimento

- (13) Burdur ili Bucak ilçesinde kurulu As Çimento, yıllık (.....) ton klinker üretme, (.....) ton çimento öğütme kapasitesine sahiptir. As Çimento A Grubu imtiyazlı hisselerinin tamamı, toplam hisselerin % 89'u ve dolayısıyla teşebbüsün kontrolü Adem SAK'ın elindedir. Ekonomik bütünlük içindeki As-Ado Hazır Beton San. Nakliyat ve Tic. A.Ş. (As-Ado Hazır Beton) ise 2007 yılında faaliyet göstermeye başlamıştır. As-Ado Hazır Beton'un Isparta, Denizli, Antalya, Serik, Alanya ve Manavgat tesisleri de dâhil olmak üzere toplam on altı faal hazır beton tesisi bulunmaktadır. Ayrıca iki tesisinin soruşturma esnasında gayri faal olduğu görülmüştür.

I.1.2. Denizli Çimento

- (14) Eren Holding A.Ş. ve Hollanda'da yerleşik CRH Group'un %50'şer oranda hissesine sahip olduğu Denizli Çimento 2007 yılı itibarıyla, (.....) ton klinker ve (.....) ton çimento üretim kapasitesine sahiptir. Denizli Çimento'nun bir kuruluşu olan Modern Beton A.Ş., Denizli, Aydın, İzmir, Manisa ve Antalya'da bulunan 17 tesisinde hazır beton üretmektedir.

I.1.3. Göлтаş

- (15) Göлтаş Göller Bölgesi Çimento Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Göлтаş)'nin merkezi İstanbul Beşiktaş'ta, fabrikası ise Isparta'dadır. Göлтаş'ın iştiraki olan Göлтаş Hazır Beton ve Yapı Elemanları Sanayi ve Ticaret A.Ş. ise, 1996 yılında hazır beton sektöründe faaliyet göstermeye başlamıştır. Göлтаş Hazır Beton'un Isparta, Burdur, Kütahya, Antalya, Manavgat, Belek, Yeniköy ve Alanya'da (Antalya), hazır beton üretim tesisleri bulunmaktadır. Göлтаş hisselerinin % 67,93'ü halka açık olarak İstanbul Menkul Kıymetler Borsasında işlem görmektedir. Şirket yönetimi ise A Grubu hisselerin % 59'una sahip olan Şevket DEMİREL'dedir.

I.1.4. Konya Çimento

- (16) Konya Çimento, Konya ilinde bulunan çimento tesisinde ürettiği ürünleri Konya, Karaman, Mersin ve Antalya illerinde yerleşik 19 hazır beton tesisine sevk ederek ilgili piyasada faaliyet göstermektedir. Fransa'da yerleşik Parficim SA (Vicat SA) Konya Çimento'nun % 81,88 oranında hissesine sahip olmakla teşebbüsün kontrolünü haizdir. Soruşturma konusu coğrafyada Alanya ve Manavgat'ta hazır beton tesisleri bulunmaktadır. Kurulun 12-43/1323-436 sayılı kararı ile Konya Çimento, Erdoğanlar İnşaat Malzemeleri Nakliye Pazarlama Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. tarafından sahip olunan Antalya ilindeki hazır beton tesisini 5 yıllığına kiralamak suretiyle devralmıştır. Soruşturma tarafları arasında hazır beton imalat ve satışını farklı bir tüzel kişilik kurmadan kendi tüzel kişiliği vasıtasıyla yürüten tek teşebbüs Konya Çimento'dur.

I.2. İlgili Pazar

I.2.1. İlgili Ürün Pazarı

- (17) Soruşturma tarafı teşebbüslerin doğrudan ve/veya ekonomik bütünlük içindeki farklı tüzel kişilikler vasıtasıyla çimento ve hazır beton imalatı ve pazarlaması işinde faaliyet gösterdiği dikkate alınarak ilgili ürün pazarları "Çimento" ile "Hazır Beton" olarak belirlenmiştir.

I.2.3. İlgili Coğrafi Pazar

- (18) Soruşturma tarafı teşebbüslerin tamamı Göller Bölgesi ve Akdeniz Bölgesinde faaldir. Tarafların İç Anadolu Bölgesi başta olmak üzere sair pazarlardaki faaliyetleri şikâyet konusu edilmediği ve şüphe doğuran bir bulguya rastlanmadığı için incelemeler çimento ürününe yönelik olarak Antalya, Burdur ve Isparta'dan oluşan coğrafi bölgede yoğunlaştırılmıştır.
- (19) Diğer taraftan hazır beton imal edildikten kısa bir süre sonra kullanılması gereken bir mamul olduğu için ancak kısa mesafelerdeki teşebbüsler birbirini ikame edebilmektedir. Dolayısıyla ilgili coğrafi pazarın belirlenmesinde esas alınacak ölçüt temel olarak, hazır betonun en fazla iki saat içinde tüketilme zorunluluğu ve yaklaşık 50 km mesafeye kadar taşınabiliyor olmasıdır. Ancak soruşturma konusu iddiaların belirli bir coğrafi pazar tanımını yapılmasını gerektirmediği ve bu yönde yapılacak bir tanımlamanın ulaşılabilecek sonuca herhangi bir etkisinin olmayacağından hareketle her iki ürün bakımından da ilgili coğrafi pazar tanımlanmamıştır.

I.3. Yapılan Tespitler ve Değerlendirmeler

I.3.1. Yerinde İncelemelerde Elde Edilen Belgeler ve Değerlendirmeler

- (20) Raportörlerce 20.03.2012 tarihinde Göлтаş'ın İstanbul Beşiktaş'taki merkezinde Göлтаş Yönetim Kurulu Başkanı (.....) ofisinde yapılan yerinde incelemede; 01.10.2010 tarihli el yazısı ile yazılmış ajanda notları tespit edilmiştir.
- (21) Bir toplantı masası etrafında oturma düzeninin de çizildiği bahse konu notların bulunduğu belgede;

“As fiatlara uymadı” ibaresinin yanı sıra “Hata yapmışız”, “Hazır Beton uyumu”, “As yapmıyor”, “Osman-Erdoğan-Çallıoğlu”, “(.....) (Denizli) – Biz kurallara uyuyoruz?, Modern Betonu alsaydın üzülmezdim”, “(.....)- Biz hata yap...”, “(.....) (Denizli): Ben betoncu değilim, çimentocuyum”, “Çimentoda aldıkları firmaları iade etsinler”, “(.....) (Göлтаş)-Betonda ... işlerde bağımsız betoncuya uymayıp konuşarak halledelim”, “(.....) (Göлтаş)-çok enteresandır.”, “(.....) (Göлтаş): As ucuz mal satan fab. Bağlı Divarcılar + Kartaş + ... ucuz çimento verilmesin”, “(.....) Biz niye gelelim Isparta'ya”, “(.....) (Göлтаş): Medeni masada halledelim. Gelecek hafta beton top. Yapalım. Bağımsız betoncu ... Müşteri tek ... olsun”, “(.....) (Göлтаş): Güven tesisi gerekli. Bu olursa”, “(.....) (Konya Çimento): Bayi kanalını kapatalım, Satışlar bir haftadır artıyor.”, “(.....): Betoncu kül kullanmıyor, Portlantı kaldıralım (PÇ) C-2 satalım (katkılı)”, “(.....) (Denizli Çimento): Ben zengin bölge değilimki PÇ. Satalım. Sıcak bölgelerde PÇ ayrıca zararlı”, “(.....) (Göлтаş): Bunun teşebbüsünü nasıl yapalım,” “(.....): PÇ yok diyelim”, “(.....) (Göлтаş): PÇ ile katkılı arasındaki farka göre maliyet çıkar”, “(.....): ...”, “(.....): Romanya'da Lafarj alınca kül katmaya başladı. Termik santrali var, külü var çimentoyu filler gibi kullanıyorsun”, “Görev (.....) (Denizli Çimento) verildi. Üreticiler top.da konuşup Türkiye çapında ...” ifadeleri yer almaktadır.

- (22) Belgenin diğer sayfasında, hazır beton üreticilerine yapılacak çimento satışlarına ilişkin olarak da;

*“(.....): Bayi kanalını kapatalım. Satışlar bir haftadır artıyor.
(.....) Betoncu kül kullanmıyor. Portlantı kaldıralım (PÇ). C-2 satalım (katkılı).
(.....): Ben zengin bölge değilimki. PÇ satalım.
(.....) Bunun tesellümünü nasıl yapalım.
(.....): PÇ yok diyelim.
(.....) PÇ ile katkılı arasındaki farka göre maliyet çıkar
(.....):Romanyada Lafarge alınca kül katmaya başladı. Termik santral var külü var. Çimentoyu filler gibi kullanıyorsun.
Göreve (.....) verildi.”*
ifadeleri kullanılmaktadır.

- (23) Belgede ismi geçen kişiler ve toplantının yapıldığı tarihteki görevlerine ise aşağıda yer verilmiştir:
- (.....) (Göлтаş Yönetim Kurulu Başkanı)
 - (.....) (Göлтаş Yönetim Kurulu üyesi)
 - (.....) (Göлтаş satış şefi)
 - (.....) (Göлтаş finansman müdürü)
 - (.....) (Konya Çimento Yönetim Kurulu üyesi ve Genel Müdürü)
 - (.....) (Denizli Çimento Yönetim Kurulu üyesi)
 - (.....) (Denizli Çimento Yönetim Kurulu üyesi)
 - (.....) (Belge tarihinden sonra 11.12.2010 ila 23.02.2011 tarihleri arasında As Çimento Yönetim Kurulu Üyesi)
- (24) Yukarıda yer verilen belgede yer alan el yazısı ajanda notlarından, Denizli Çimento, Göлтаş ve Konya Çimento'nun üst düzey yetkililerinin 01.10.2010 tarihinde İstanbul'da yapılan bir toplantıda bir araya geldikleri anlaşılmaktadır.
- (25) Belgede isimleri geçen kişilerin söz konusu tarihte İstanbul'da bulunup bulunmadıklarının belirlenebilmesi amacıyla, teşebbüslerden toplantı tarihini de içeren belirli bir tarih aralığında bahsi geçen kişilerin şirket kaynakları ile yaptıkları seyahat dökümleri istenmiştir. Teşebbüslerden gelen cevabi bilgilerden; belgede adı geçen teşebbüs yetkililerinin anılan tarihlerde İstanbul'a seyahat ettikleri kesinlik kazanmıştır.
- (26) Söz konusu toplantıya ilişkin olarak tutulan notlara göre; üç çimento üreticisi teşebbüsün üst düzey yöneticilerinin katıldıkları bu toplantıda öne çıkan en önemli husus, çimento üreticisi konumundaki bu teşebbüslerin çimento ve hazır beton faaliyetlerine ilişkin olarak ortak bir satış ve pazarlama stratejisi belirlemeye çalışmaları ve bu yöndeki görüşlerini ifade etmeleri, daha da önemlisi üretim ve satışlar konusunda ne yönde hareket edilmesi gerektiğine dair irade uyuşması içerisinde olmalarıdır.
- (27) Belgede yer verilen "As fiatlara uymadı", "Hazır Beton Uyumu, As Yapmıyor", "(.....) Biz kurallara uyuyoruz?", "Modern Betonu alsaydın bu kadar üzülmezdin.", "(.....) Biz niye gelelim Ispartaya", "(.....): Medeni masada halledelim. Gelecek hafta beton top. yapalım." ve "(.....) Güven tesisi gerekli. Bu olmazsa" gibi ifadelerden, toplantıda tarafların hem geçmiş hem de gelecek uygulamalara ilişkin bilgi ve yöntem paylaşımı içinde oldukları üretim ve satış konularında birlikte hareket edilmesi yönünde bir çaba içerisinde oldukları anlaşılmaktadır.
- (28) Yine toplantı notlarında yer verilen "ucuz mal satan fab bağlı Divarcılar + Kartaş +... ucuz çimento verilmesin", "Portlantı kaldıralım (PÇ). C-2 satalım (katkılı)"¹, "PÇ yok diyelim.", "PÇ ile katkıli arasındaki farka göre maliyet çıkar", "...Göreve (.....) verildi." şeklindeki ifadelerden, toplantının devamında yukarıda yer verilen ortak üretim ve satış stratejisi belirleme çabalarının realize edildiği, bu çerçevede toplantıya katılan çimento üreticilerinin ortak bir üretim ve satış stratejisi üzerinde mutabık kaldıkları ve bu mutabakat kapsamında belgede detaylarına yer verilmeyen "görev"e adı geçen kişinin getirildiği anlaşılmaktadır.
- (29) Bu kapsamda toplantı notlarına göre, çimento üreticileri tarafından üzerinde durulan en önemli hususun, çimento piyasası kaynaklı piyasa gücünün ne şekilde hazır beton piyasasının manipülasyonu amacıyla kullanılacağı ve tarafların bu konuda uygulanacak stratejilere ilişkin olarak karşılıklı mutabakat içerisinde buldukları görülmektedir. Nihai amacının kâr marjlarındaki artış olduğu değerlendirilen stratejilerden ilki bağımsız beton

¹ C-2 ibaresi CEM II türünü ifade etmektedir.

üreticilerine “portland çimento” verilmemesi, bunun yerine “katkılı çimento” verilmesi, ikincisi ise bu üreticilere ucuz fiyattan çimento verilmemesidir.

- (30) Toplantı notlarında yer verilen ifadelerden anlaşılan bir başka önemli husus ise As Çimento konusudur. Toplantı notlarında “As fiatlara uymadı”, “Hazır Beton Uyumu, As Yapmıyor” şeklindeki ifadelerle karşılaşılmıştır. Bu ifadelerin iki farklı şekilde değerlendirilmesi mümkündür. İlki, çimento ve hazır beton piyasasında 01.10.2010 tarihinden önce bir anlaşmanın yapılmış olması ve As Çimento’nun bu anlaşmayı bozmasıdır. İkincisi ise, As Çimento’nun olası bir anlaşmaya dahil edilmesi yönündeki isteğe olumsuz yanıt vermesidir.
- (31) Soruşturma kapsamında yapılan incelemelerde bu tarihten önce yapılmış bir anlaşmaya ilişkin herhangi bir bilgi veya belge elde edilememiş olup, toplantı tarihinden daha sonra AS çimento bünyesinde çalışmaya başlayan (.....)’nin o toplantıda hangi unvan ve temsil yetkisiyle bulunduğu dair herhangi bir bilgi ve belge de mevcut değildir.
- (32) Bu bilgiler ve notlarda As Çimento’ya ilişkin yer verilen ifadeler birlikte değerlendirildiğinde As Çimento’nun söz konusu toplantıda ortaya konan ortak üretim ve satış stratejisi uygulanması yönündeki mutabakata katılmadığı kanaatine varılmıştır.
- (33) Yukarıda yer verilen hususlar birlikte değerlendirildiğinde üç çimento üreticisi teşebbüsün yetkililerinin 1.10.2010 tarihinde bir araya gelerek çimento ve hazır beton ürünlerinde uygulanacak ortak bir üretim ve satış stratejisi üzerinde mutabakata vardıkları sonucuna ulaşılmaktadır.
- (34) Soruşturma kapsamında yapılan diğer incelemeler neticesinde teşebbüslerce varılan bu mutabakatın uygulamaya konulduğunu gösteren bir bulguya ulaşılamamış olunmakla birlikte, taraflar arasında ortaya konan bu mutabakatın uygulanmamış olsa bile, Kanun’un 4. maddesi ile yasaklanan “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 anlaşma” kapsamında ihlal niteliğinde olduğu sonucuna ulaşılmıştır.
- (35) Bu nedenle rekabeti kısıtlama amacı taşıyan ve/veya rekabetin kısıtlanması etkisini doğurabilecek bir anlaşma yoluyla Kanun’un 4. maddesini ihlal ettikleri tespit edilen Denizli Çimento, Göltaş ve Konya Çimento’ya Kanun’un 16. maddesi uyarınca idari para cezası verilmesi gerektiği, buna karşılık As Çimento hakkında ise herhangi bir delile ulaşılamaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kanaatine varılmıştır.

1.3.2. Savunmalar ve Değerlendirilmesi

1.3.2.1. Denizli Çimento Tarafından Yapılan Savunmalar ve Değerlendirmeler

- (36) “Denizli Çimento yetkililerinin Soruşturma Raporunda iddia edilen şekilde katıldıkları bir toplantının bulunmadığı ve Soruşturma Raporunun böyle bir toplantının gerçekleştirildiğini ispatlamaktan uzak olduğu, belgede ismi geçen “(.....)” isimli kişiye ait bir ifadenin bulunmadığı, adı geçen kişinin (.....) olması ihtimalinin çok zayıf olduğu, yine belgede geçen “(.....)” isminin Türkiye’de çok sık rastlanan bir isim olması nedeniyle adı geçen kişinin Denizli Çimento Yönetim Kurulu üyesi (.....) olması ihtimalinin çok zayıf olduğu, Soruşturma Raporunun belgede adı geçen isimleri Denizli Çimento yetkilileri gibi sunmasının yanlış olduğu öne sürülmektedir.”
- (37) Yazılı savunmanın ilgili bölümünde yer alan “Soruşturma Heyetinin toplantının varlığına dair en büyük dayanağı çizilen bir masa krokisi ve etrafındaki bazı adların hasbelkader Denizli Çimento yöneticileri ile uyuşmasıdır” ifadesi ile, toplantıya katılmadığına dair bir açıklama getirilmemekte, adları anılanların o tarihte başka yerde oldukları gibi somut bir önermeye dahi yer verilmeden ispat yükümlülüğünün Soruşturma Heyetinde olduğu öne sürülmektedir. Soruşturma tarafı Denizli Çimento’nun yönetim kurulu üyesi sıfatlarını haiz şahıslar dışında “(.....)” ve “(.....)” adlarında sayısı belirlenemeyecek kadar fazla şahsın Türkiye’de yaşıyor

olabileceği malumdur. Buna mukabil soruşturma dayanağı belgenin rakip bir çimento üreticisi teşebbüsün merkezinde yapılan incelemede bu teşebbüsün yönetim kurulu başkanının çantasında bulunduğu ve toplantı konusunun muhtelif vasıftaki çimentonun ticari takdim şekline ilişkin olduğu belirtilmelidir.

- (38) *“Soruşturma raporunda yer alan Belge altında yer verilen toplantıya Denizli Çimento yetkililerinin katıldığına ispat edilemediği, bu kişilerin belirtilen tarihlerde İstanbul’a uçuşlarının bulunmasının, İstanbul’a gittiklerinin, orada kaldıklarının veya toplantıya iştirak edildiğinin kanıtlanmasında bir araç olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir.”*
- (39) Savunma yazısında; belgeye yer verilmemesinin ötesinde, herhangi somut önerme dahi getirilmeden soyut sorular sorularak iddianın ispat gücünden mahrum olduğu öne sürülmektedir. Söz gelişi “(.....) veya (.....) aradaki bir hafta içerisinde veya söz konusu toplantının gerçekleştirildiği iddia edilen gün kendi özel otomobilleriyle veya biletsiz başka bir taşıtla (örneğin bir şirket arabasıyla veya bir tanıdıklarının aracıyla) İstanbul dışına çıkmış olamazlar mı?” sorusu ile zımnen anılanların İstanbul’daki hareketlerinin irdelenmemiş olması bir eksiklik olarak betimlenmektedir.
- (40) Öncelikle belirtilmek gerekir ki, savunmada yapılan değerlendirmeler durumun aksini ispat etmekten uzak olup tamamen farklı olasılıkların dikkate alınması gerektiği temeline dayanmaktadır. Toplantı tutanağında zikredilen yöneticilerin, bedeli bağlı oldukları teşebbüs tarafından karşılanan seyahat kayıtları resmi yazıyla istenmiş ve alınmıştır. Şahısların hususi amaçlı seyahatleri yahut İstanbul’a vardıklarında ne yaptıkları gibi bilgiler talep edilmemiştir. Dolayısıyla, kişilerin teşebbüs adına yaptıkları harcamaları gösteren belgeleri “yolculuktan sonra saklama yükümlülüğü veya zorunluluğu” bulunmadığı yönündeki görüşe iştirak edilmemektedir. Bu noktada, konunun açıklığa kavuşturulması için durumun aksini ispat edebilecek nitelikteki “somut” belgelere itibar edileceğini belirtmek gerekmektedir. Bu doğrultuda; teşebbüs vekillerince sunulan seyahat kayıtları ile toplantı tarih ve mahalli arasındaki illiyet bağı kendilerine tebliğ edilmiştir. Soruşturma tarafları toplantı esnasında toplantı mahallinde bulunmadıklarını herhangi bir belge ile ispatlayabilecekken bunu yapmamışlardır.
- (41) *“Bir bütün halinde değerlendirildiğinde belgede yazılı olan konuşmaların 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesini ihlal eder nitelikte bir irade uyuşmasını ortaya koymadığı, bu nedenle söz konusu belgeye dayanılarak istenen idari para cezasının hukuka uygun olmadığı, belgede yer alan ifadelerin teşebbüslerin bilgi değişiminde bulduklarını göstermediği ifade edilmektedir.”*
- (42) Söz konusu belge, Göltaş Yönetim Kurulu Başkanının el yazısı ile aldığı notları içermektedir. Kararda bu ifadeler bir bütün olarak değerlendirilmiş ve toplantının konusunu, çimento piyasası kaynaklı piyasa gücünün, hangi yönleri ile beton piyasasının manipülasyonu aracı olarak kullanılabileceği olduğuna kanaat getirilmiştir. Belgede, her bir teşebbüs temsilcisinin ifade ve düşüncelerine bir silsile halinde yer verilmiş ve yine bu ifade ve düşüncelerin kime ait olduğu hemen yanlarına not edilmiştir. Dolayısıyla, belgede geçen ifadelerin bir monologdan öteye geçmediği yönündeki görüşe katılmak mümkün olmamıştır. Tekrar etmek gerekirse, taraflar arasında bir müzakere cereyan ettiği, ancak varılan mutabakatın piyasa koşulları gereği ticari davranış olarak tezahür etmediği görülmektedir.

1.3.2.2. Göltaş Tarafından Yapılan Savunmalar ve Değerlendirmeler

- (43) *“Göltaş’ın rakipleri ile bir toplantı gerçekleştirdiği iddiasının şüpheden uzak şekilde kanıtlanmadığı, belgenin tek başına tarafların bir toplantı gerçekleştirdiklerini ve Göltaş’ın da bu toplantıya katıldığını ispat etmeye yeterli bir belge olmadığı, söz konusu belgenin (.....)’in şahsi çantasında bulunmuş olmasının belgedeki el yazısının (.....)’e ait olduğunu göstermeyeceği, böyle bir belgenin başkası tarafından yazılıp (.....) ’e verilmiş olabileceği, ayrıca Göltaş yetkilileri (.....) ve (.....)’un iddia edilen toplantı tarihinde İstanbul’a gelmiş*

olmalarının kesin surette iddia edilen toplantıya katıldıklarını göstermeyeceği öne sürülmektedir.”

- (44) Soruşturma Raporu ile birlikte usulüne uygun olarak elde edilmiş bir belge, soruşturma tarafının temsilcisine tebliğ edilmiştir. Savunma içeriğinde ise iddianın aksini ortaya koyan herhangi bir belgeye yer verilmemesinin ötesinde somut bir önerme dahi sunulmadan belgenin her bir unsurunun “olmayabileceği” gibi olasılıklar üzerine inşa edilmiş görüşler öne sürülmektedir.
- (45) *“Yerinde incelemenin Anayasa’nın 21. maddesinde düzenlenen konut dokunulmazlığına aykırı olması nedeniyle ilgili belgenin de delil olarak kullanılamayacağı, ayrıca Rekabet Kanunu’nun 15. maddesinin teşebbüs çalışanının –teşebbüsün malı olmayan- şahsi çantasına bakma yetkisi vermediği öne sürülmektedir.”*
- (46) Yerinde inceleme, 4054 sayılı Kanun’un 15. maddesi uyarınca görevli ve yetkili meslek personeli tarafından, Göлтаş’ın İstanbul Beşiktaş’taki merkezinde, yine bu maddede sayılan yetkiler usulüne uygun kullanılarak icra edilmiş ve o anda teşebbüsün çalışma odalarında bulunan iletişim kayıtları incelenmiştir. Bu çalışma odalarından birisi de, Yönetim Kurulu Başkanı (.....)’in ofisi olup farkedilen çantanın kime ait olduğu, şirket yetkililerine sorulmuş, yetkililerce itiraz edilmeksizin çanta içindeki evrak meslek personelince incelenmiş, bu belgenin Kanun’un 15. maddesinde belirtilen nitelikte belgelerden olduğu ve Kanun’un 4. maddesi kapsamında ihlal teşkil edebilecek eylemlerin gerçekleştirildiğine ilişkin delil niteliğinde olduğu tespit edilmiş ve teşebbüs temsilcisi (.....) tarafından aslına uygunluğu paraflanmak suretiyle onaylanarak raportörlere tutanakla teslim edilmiştir. Dolayısıyla mevzuatta belirlenen usul ve esaslara uygun olarak inceleme gerçekleştirilmiştir.
- (47) *“Raporda yer alan belge ile Göлтаş’a isnat edilen ihlallerin ancak Göлтаş’tan para cezası tehdidi altında istenen bilgi ve belgelerin gelmesi sonucu yapılabildiği, böyle bir tehdit altında soruşturma heyetine sağlanan bilgilerin Anayasa’nın 38. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesinde yer alan hükümlere aykırı olduğu, bu nedenle Kurulun Göлтаş’ın para cezası tehdidi altında sağladığı bilgileri aleyhine kullanamaması gerektiği beyan edilmektedir.”*
- (48) Kurul adına yürütülen soruşturmalarda görev alan soruşturma heyetleri, yürüttükleri soruşturmalar kapsamında, iddia konusu eylemlerin tespiti, değerlendirilmesi ve bu eylemler sonucunda idari bir yaptırım uygulanıp uygulanmaması doğrultusunda görüş oluşturmak üzere gerekli çalışmaları yapmaktadır. Mevcut dosya bakımından rakip teşebbüslerin bir araya gelerek rekabet ihlali içerdiği sonucuna ulaşılan toplantıda bir dizi gündem maddesini görüştükleri tespit edilmiştir. Söz konusu toplantıya ilişkin katılımcılar belirlenmiş ve bu katılımcıların temsil ettikleri teşebbüsler hakkında idari para cezası uygulanması gerektiği kanaatine ulaşılmıştır. Bu noktada, konunun açıklığa kavuşturulması için durumun aksini ispat edebilecek nitelikteki “somut” belgelere de itibar edilmektedir. Ancak taraf teşebbüslerce bu nitelikte somut bir belge ortaya konulamamıştır.
- (49) *“Belgenin rekabete aykırı bir uzlaşmayı göstermediği, belgede yer alan Göлтаş temsilcisi (.....)’ın diğer teşebbüs temsilcileri ile fikir uyuşmasında olmadığı, Göлтаş’ın portland çimento satılmaması yönünde rakipleri ile uzlaştığını gösterir bir irade beyanında bulunması, aksine katkılı çimento satılmaması yönünde görüş belirtmesi, toplantı tarihi sonrası toplantı tarihi öncesine göre daha fazla portland çimentoyu piyasaya sunması nedenlerinden ötürü Göлтаş’ın rakipleri ile bir uzlaşmaya taraf olmadığı savunması getirilmektedir.”*
- (50) *“Belgede yer alan “göreve (.....) verildi” ifadesinin, bu ifadeden sonra yazılı olan çimento türüne kül katma gibi teknik bir hususa ilişkin bir görev olabileceği, çünkü (.....)’un 2006-2010 tarihleri arasında TÇMB teknik komitesinin başkanı olduğu ve iddia edilen göreve getirilebilecek en doğru kişi olduğu savunması yapılmaktadır.”*

- (51) Savunmada soruşturma konusu toplantıda görüşülen konulara ilişkin olarak göreve getirilebilecek en doğru kişinin (.....) olduğu ifade edilmektedir. Bu durum, belgenin bütünlüğüne ilişkin olarak kararda yapılan değerlendirmeleri doğrular niteliktedir. Öte yandan, söz konusu toplantının rekabet ihlali içeren bir konusu olmadığı yönünde yapılan savunmaya iştirak edilmemektedir. Nitekim savunmada belgenin sadece belirli bir yerine atıf yapıldığı, öncesinde geçen “ucuz mal satan fab bağlı Divarcılar + Kartaş +... ucuz çimento verilmesin”, “Portlantı kaldıralım (PÇ). C-2 satalım (katkılı)”, “PÇ yok diyelim.”, “PÇ ile katkılı arasındaki farka göre maliyet çıkar”, “...Göreve (.....) verildi.” şeklindeki ifadelerin göz ardı edilmesi ile yapılacak değerlendirmelerin yanıltıcı olacağı kanaatine varılmıştır.
- (52) *“Savunmada taraflar arasında bir uzlaşma sağlanmış olması durumunda, en azından iddia konusu uzlaşmanın bazı teşebbüslerce uygulanmaya başlanması gerektiği, fakat sonrasında uzlaşmanın taraflarından bazılarının “cheat etmesi” nedeni ile sürdürülemez hale gelmiş olmasının bekleneceği ifade edilmektedir.”*
- (53) Yukarıda da ifade edildiği üzere, çimento üreticisi teşebbüslerin yetkililerince hazır beton piyasasını manipüle etme amacı doğrultusunda bir araya gelindiği, ortak bir strateji üzerinde karşılıklı fikir alışverişinin yapılarak konu üzerinde mutabık kalındığı, dolayısıyla 4054 sayılı Kanun’un 4.maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.

1.3.2.3. Konya Çimento Tarafından Yapılan Savunmalar ve Değerlendirmeler

- (54) *“Soruşturma Heyetinin iddia konusu toplantıya dair el yazısı notlarındaki ifadelerin açıkça bir irade beyanı dahi içermemesine rağmen varsayımlarla bir ihlalin olduğu sonucuna ulaşmaya çalıştığı, toplantıya katılan teşebbüsler arasında bir irade uyuşması olmadığı, ifadelerin bir monologdan öteye gitmediği ve illiyet bağına sahip olmadığı, bunun da 4. madde anlamında bir anlaşmanın veya uyumlu eylemin varlığını ortaya koyamayacağı, ekonomik parametreler incelendiğinde ise ihlalin varlığını gösterir bir bulguya ulaşılamadığı, bu durumda Soruşturma Heyetinin hangi koşulların gerçekleşmesi sonucu bir ihlalin var olduğu sonucuna ulaştığının anlaşılacağı ifade edilmektedir.”*
- (55) Bu konu, Denizli Çimento tarafından ileri sürülen benzer savunmaların yer aldığı bölümde açıklanmış olup, Konya Çimento’nun savunmaları için de geçerlidir. Bu nedenle tekrardan kaçınmak için aynı değerlendirmeler bu bölümde yinelenmemiştir.
- (56) *“Soruşturma raporuna konu belge altında yer verilen toplantıya Konya Çimento yetkilisinin katıldığına ispat edilemediği, belgede geçen “(.....)” isminin Konya Çimento Genel Müdürü (.....)’u işaret ettiği yönünde bir karene bulunmadığı, (.....)’un iddia edilen toplantının yapıldığı 01.10.2010 tarihinde İstanbul’a uçuşunun olmasının toplantıya iştirak ettiğini kanıtlamaya yetmeyeceği ifade edilmiştir.”*
- (57) Bu konu, Denizli Çimento tarafından ileri sürülen benzer savunmaların yer aldığı bölümde açıklanmış olup, Konya Çimento’nun savunmaları için de geçerlidir. Bu nedenle tekrardan kaçınmak için aynı değerlendirmeler bu bölümde yinelenmemiştir.
- (58) *“Soruşturma Heyeti’nin tam bir ilgili coğrafi pazar tanımı yapmadığı, bunun yapılan analizlerin anlaşılabilirliğini güçleştirdiği ve yanıltıcı sonuçlara zemin hazırladığı iddia edilmektedir. Ayrıca, Konya Çimento’nun Antalya ilindeki pazar payının oldukça düşük olduğu, bu nedenle pazarda belirleyici değil takip eden bir teşebbüs olduğu, olası bir anlaşmadan pazar payını artırmasının beklendiği ancak Konya Çimento’nun Antalya’da yıllar içerisinde pazar payı kaybettiği bu nedenle teşebbüsler arası bir anlaşmaya taraf olmadığına açık olduğu ifade edilmektedir.”*
- (59) İlgili pazar kavramı, Kurulun rekabet politikası ile ulaşmayı istediği hedeflerle yakından ilişkilidir. Bu noktada, Kurulun yoğunlaşma politikası amacı göz önünde bulundurulmalıdır. Dolayısıyla ilgili pazar tanımı, hakim durum yaratılarak veya mevcut bir hakim durum güçlendirilerek rekabetin önemli ölçüde azaltılması konularında veya Kanun’un 6.

maddesinin uygulanmasında hakim durum tespiti noktasında önem arz etmektedir. Öte yandan, İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz'da da ifade edildiği üzere, pazarın tanımlanması Kanun'un 4. ve 5. maddelerinin uygulanmasında da kullanılabilir.

- (60) Mevcut soruşturma kapsamında ilgili ürün pazarları çimento ve hazır beton olarak tanımlanırken, kesin bir coğrafi pazar tanımı yapılmasına gerek duyulmamıştır. Bununla birlikte, yapılan incelemelerde soruşturmaya konu teşebbüslerin faaliyet gösterdikleri, ortak amaç ve çıkarlarının kesişebileceği coğrafyalar ele alınmıştır. Bu bölge Antalya, Burdur ve Isparta illeri olarak belirlenmiştir. Gerek hacim olarak gerekse soruşturmaya konu teşebbüslerin konumları itibarıyla Antalya bu üç bölge arasında önemli bir konuma sahiptir. Dolayısıyla, teşebbüslerin ortak bir strateji belirleme noktasında göz önünde bulundurulacakları birincil bölge Antalya'dır. Nitekim soruşturmaya konu bilgi ve belgeler de bu durumu desteklemektedir. Bu durum dolayısıyla Soruşturma Raporu'nda yer verilen sayısal analizler "genel" ve "Antalya" olmak üzere iki farklı boyutuyla ele alınmıştır. Dolayısıyla, Kanun'un 4. maddesi çerçevesinde yürütülen soruşturma kapsamında, her ne kadar ilgili coğrafi pazar tanımı yapılmasa da, soruşturmaya taraf teşebbüslerin gerek çimento gerekse hazır beton faaliyetlerini kapsayan kümülatif bir inceleme ve değerlendirme yapılmış, teşebbüslerin soruşturmaya konu eylemlerinin teşebbüsler üzerindeki etkileri belirlenmeye çalışılmıştır. Sonuç olarak, taraflar hangi ürüne ve coğrafyaya konu eylemleri ile muhatap tutuldukları noktasında yeterince bilgilendirilmişlerdir.
- (61) Mevcut soruşturmada, çimento üreticilerinin hazır beton pazarını manipüle etme güdüsüyle bir araya geldikleri tespit edilmiştir. Bu noktada, ihlal iddiasına konu uygulamalar, çimento ve hazır beton tesisleri ve satışları bulunan söz konusu teşebbüslerin kârlılıklarını piyasa dışında aldıkları kararlarla ve ortak stratejilerle artırma amacını taşımaktadır. Dolayısıyla, yapılan analizlerin belirli bir bölgeye yoğunlaştırılması, ihlal konusu eylemlerin pazar üzerindeki etkilerinin anlaşılabilmesini temin etme amacını taşımaktadır. Bu durum ceza takdirinde hafifletici bir unsur olarak görülmemektedir.
- (62) Öte yandan, Kararda, söz konusu toplantıda geçen "ucuz mal satan fab bağlı Divarcılar + Kartaş +... ucuz çimento verilmesin", "Portlantı kaldıralım (PÇ). C-2 satalım (katkılı)", "PÇ yok diyelim.", "PÇ ile katkılı arasındaki farka göre maliyet çıkar", "...Göreve (.....) verildi." şeklindeki ifadelerle, toplantıya katılan çimento üreticilerinin ortak bir strateji üzerinde mutabık kaldıkları ve bu çerçevede göreve adı geçen kişinin verildiği Denizli Çimento, Göltaş ve Konya Çimento tarafından ifade edilmiştir. Göltaş savunmasında toplantı sonrası portland çimento satışlarında artış kaydedildiğini belirtmektedir. Portland çimento türüne ilişkin olarak yapılan analizlerde ise, piyasada söz konusu çimento arzının kısılmadığı ortaya konmuştur. Ancak konuya ilişkin irade uyuşmasının olmadığı yönündeki iddialar, belgede geçen ifadeler göz önünde bulundurulduğunda kabul edilmemektedir.

J. GEREKÇE VE HUKUKİ DAYANAK

- (63) Raportörlerce yerinde incelemeler sırasında elde edilen ve ayrıntılarına yukarıda yer verilen belgeye göre; çimento ve hazır beton pazarlarında faaliyet gösteren Denizli Çimento, Göltaş ve Konya Çimento'nun 01.10.2010 tarihli toplantıda bir araya gelerek çimento üretimi ve satışı konusunda işbirliği yapmak ve ortak bir strateji izlemek konularında mutabakata vardıkları sonucuna ulaşılmıştır. Taraflarca varılan bu mutabakat Kanun'un 4. maddesinde yer verilen rekabeti engelleme amacı taşıyan veya bu etkiyi doğurabilecek teşebbüsler arası bir anlaşma olup bu anlaşma ile söz konusu teşebbüslerin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiklerinde tereddüt bulunmamaktadır.
- (64) 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrasında; *"Bu Kanun'un 4, 6 ve 7 nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan*

13-54/756-316

ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir.” hükmü yer almaktadır.

- (65) As Çimento'nun elde edilen belgelerde ismi geçse de varlığı ispatlanan toplantıya katıldığına ilişkin yeterli bulguya rastlanmadığı ve/veya soruşturma tarafı diğer üç teşebbüsle herhangi bir iletişimi olduğuna dair delil bulunamadığından hareketle; söz konusu teşebbüs hakkında, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi çerçevesinde idari para cezası verilmesine gerek bulunmamaktadır.
- (66) Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiği tespit edilen Göltaş, Konya Çimento ve Denizli Çimento'ya verilecek idari para cezasına ilişkin olarak Kanun'un 16. maddesi ve bu maddenin son fıkrası uyarınca çıkarılan Ceza Yönetmeliği çerçevesinde yapılan değerlendirmeye aşağıda yer verilmiştir:
- (67) Ceza Yönetmeliği'nin 4. maddesi birinci fıkrasının (a) bendinde, para cezası belirlenirken öncelikle temel para cezasının hesaplanacağı, ardından ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurlar göz önünde bulundurulularak artırma ve/veya indirim yapılacağı belirtilmektedir. Ceza Yönetmeliği'nin 5. maddesinde ise temel para cezası düzenlenmektedir. Buna göre temel para cezası hesaplanırken ihlalde bulunan teşebbüslerin yıllık gayri safi gelirlerinin karteller için % 2'si ile % 4'ü, diğer ihlaller için % 0,5'i ile % 3'ü arasında bir oran esas alınacaktır.
- (68) Bu çerçevede; soruşturma tarafı teşebbüslerden Göltaş, Konya Çimento ve Denizli Çimento'nun aralarında yaptıkları anlaşmanın “diğer ihlal” kapsamında olduğu dikkate alınmış ve teşebbüslere % 1 oranında temel para cezası verilmesine karar verilmiştir.
- (69) Ceza Yönetmeliği'nin 4. maddesine göre temel para cezasının hesaplanmasından sonra, 6. ve 7. maddeleri çerçevesinde ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurlar göz önünde bulundurulularak artırma ve/veya indirim yapılacaktır. Bahse konu 6. maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde, temel para cezasının, “*İhlalin tekerrürü halinde, her bir tekrar için*” yarısından bir katına kadar artırılacağı ifade edilmiştir.
- (70) Rekabet Kurulunun Denizli Çimento hakkında 20.09.2007 tarih ve 07-76/908-346 sayılı, Göltaş hakkında 20.09.2007 tarih ve 07-76/908-346 sayılı, Konya Çimento hakkında 05.12.2005 tarih ve 05-81/1118- 320 sayılı kararları ile söz konusu teşebbüslerin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiklerinin tespit edildiği ve bu teşebbüslere idari para cezası verildiği görülmektedir.
- (71) Bu nedenle mevcut dosya bakımından da, ihlali tekrarlamış olan söz konusu teşebbüsler hakkında belirlenen temel para cezası ½ oranında artırılarak % 1,5 olarak belirlenmiştir.
- (72) Öte yandan Denizli Çimento, Göltaş ve Konya Çimento açısından Ceza Yönetmeliği'nin 7. maddesinde sayılan herhangi bir hafifletici unsur bulunmaması nedeniyle temel para cezasında indirim yapılmasına gerek görülmemiştir.

K. SONUÇ

- (73) 25.04.2012 tarih, 12-22/592-M sayılı Kurul kararı uyarınca yürütülen soruşturma ile ilgili olarak düzenlenen Rapor'a ve Ek Görüş'e, toplanan delillere, yazılı savunmalara, sözlü savunma toplantısında yapılan açıklamalara ve incelenen dosya kapsamına göre;

1-

- Denizli Çimento San. T.A.Ş.,
- Göltaş Göller Bölgesi Çimento San. ve Tic. A.Ş. ve
- Konya Çimento San. A.Ş.'nin

bayilere ve hazır beton üreticilerine yönelik çimento satış koşullarını birlikte belirlemek suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiklerine OYÇOKLUĞU ile,

13-54/756-316

2- Bu nedenle, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrası ve "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" in 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ve ikinci fıkrası ve 6. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi hükümleri uyarınca 2012 mali yılı sonunda oluşan ve Kurul tarafından belirlenen yıllık gayri safi gelirlerinin takdiren %1,5'i oranında olmak üzere;

- Denizli Çimento San. T.A.Ş.'ye 2.824.435,24 TL,
- Göltaş Göller Bölgesi Çimento San. ve Tic. A.Ş.'ye 3.119.921,18 TL
- Konya Çimento San. A.Ş.'ye 3.543.600,31 TL

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

3- As Çimento San. ve Tic. A.Ş. tarafından 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlal edildiğine dair bulguya ulaşılamadığına OYÇOKLUĞU ile

Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açık olmak üzere karar verilmiştir.

**Rekabet Kurulu'nun 17.09.2013 Tarih ve 13-54/756-316 Sayılı Kararına
KARŞI OY**

Soruşturma yapılan teşebbüslere ilişkin olarak idari yaptırım uygulanması yönündeki Kurul kararına anılan teşebbüslere yönelik iddia ispatlanamadığından katılmıyoruz.

Şöyle ki;

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesi bağlamında bir ihlalden söz edilebilmesi için tarafların kendilerini bağlı hissettikleri bir uzlaşma ve uyumu gösteren, rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacı taşıyan bir anlaşmanın varlığı veya bunun net olarak tespit edilemediği durumda da aynı amacı taşıyan paralel davranışların bulunması şarttır.

Soruşturma dosyasında Kurul çoğunluğunu ihlal kanaatine ulaştıran, hakkında soruşturma yürütülen teşebbüslerden Göлтаş Yönetim Kurulu Başkanı'nın çantasından elde edilen toplantının varlığını gösteren 1 no'lu belgedir. Anlaşmaya varıldığı iddia edilen toplantı teşebbüs birliği olan Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikasında teşebbüs birliğinin üyesi olan teşebbüs temsilcileri arasında gerçekleşmiştir. Teşebbüs birliği çatısı altında yapılan bu toplantı sırasında tutulduğu anlaşılan sözü geçen notlar rekabete duyarlı konuların teşebbüs temsilcilerince toplantı sırasında konuşulduğunu göstermekle birlikte, bu görüşmenin sonucunda taraflar arasında rekabeti kısıtlamaya yönelik yazılı veya sözlü bir mutabakata varıldığını ortaya koymaktan uzaktır. Bu nitelikte bir belge ancak anlaşmanın varlığının emaresi olarak değerlendirilebilir. Bu gibi durumlarda elde edilen emareden hareketle rekabete aykırı herhangi bir uzlaşma veya uyumun varlığına hükmetmek için, teşebbüsler arasında dış dünyaya yansıyan, pazardaki bilinçli paralel davranışların varlığının ispatı gerekir. Bu bağlamda soruşturma dosyasındaki ekonomik veriler sözü geçen paralelliği ve ispatı ortaya koymaktan uzaktır.

Dolayısıyla soruşturma dosyasında ele geçen belgeler ve ekonomik veriler, haklarında soruşturma yürütülen teşebbüslerin bir anlaşma veya eşgüdümlü davranışlar yoluyla rekabeti engelledikleri, bozdukları ya da kısıtladıklarına ilişkin iddiayı ispatlamaya yeterli olmadığından çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Başkan
Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI

İkinci Başkan
Kenan Türk

**Rekabet Kurulu'nun 17.09.2013 Tarih ve 13-54/756-316 Sayılı Kararına
FARKLI OY GEREKÇESİ**

Kurulumuz mezkur Kararıyla, 4054 Sayılı Kanun'un 16. maddesinin 3.fıkrası ile "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" in, 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ve ikinci fıkrası, 6.maddesinin birinci fıkrası (a) bendi hükümleri uyarınca, 2012 mali yılı sonunda oluşan ve Kurul tarafından belirlenen yıllık gayri safi gelirlerinin takdiren % 1,5 oranında olmak üzere; kararda unvanları yazılı teşebbüslere idari para cezası verilmesine karar vermiş bulunmaktadır. Anılan bu idari para cezaları belirlenirken, 4054 sayılı yasanın 16.maddesi ile birlikte, yukarıda belirtilen Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin yönetmeliğin ilgili hükümlerinin uygulanmasıyla, temel para cezaları baz alınarak ceza verilmiş olup, anılan yönetmeliğin 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna aykırı olduğu inancıyla, aşağıda belirteceğim nedenlerle kararın ceza oran ve miktarlarını belirleyen 3.maddesine farklı gerekçe ile katılıyorum.

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

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

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

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

a) Karteller için, yüzde ikisi ile yüzde dördü,

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

arasında bir oran esas alınır.

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

(3) Birinci fıkraya göre belirlenen para cezası miktarı;

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

b) Beş yıldan uzun süren ihlallerde bir katı oranında,

arttırılır." denilmiş, yine 6.maddesinde Ağırlaştırıcı Unsurlar ve 7.maddesinde de Hafifletici Unsurlar ayrı ayrı sayılmıştır.

Aşağıda geniş olarak açıklanacağı üzere Yasa Koyucu 16.maddeye göre verilecek cezalarda; alt sınır koymayıp, sadece üst sınırı belirleyerek cezaların yüzde ona kadar verileceğini hükme bağlamasına ve Rekabet Kurulu'na aşağıda geniş olarak

açıklayacağımız gibi, yetki aşımı nedeniyle yönetmelikle düzenlenmesi mümkün olmayan bir konuda, yönetmelikle düzenleme yapılarak belli suçlar için, belirli cezalar getirilmiş, yine yönetmelikte, Kanunda olmayan bir kural konularak alt sınır ve yasada öngörülmeleyen bir üst sınır belirlenmiş ve karteller için yüzde iki ile dört arası, diğer ihlaller içinse binde beş ile yüzde üçü oranında şekilde ceza verilmesi öngörülmüştür.

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

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

Hukuk devletinde yönetimin işlem ve eylemlerine uygulanacak hukuki kurallarının şeffaf ve anlaşılabilir bir şekilde belirlenmesi kadar söz konusu normların normlar hiyerarşisine uygunluğu da, bu kuralların sağlığı için büyük bir önem taşımaktadır. Normlar hiyerarşisine aykırı düzenlenen bir norm, denetim aşamasını da etkilemekte ve denetime esas kararlarda çoğu zaman normlar hiyerarşisinden sapmalar hukuka aykırılık nedeni olarak kabul edilmektedir. Bu konuda onlarca Danıştay kararı bulunmaktadır.⁽²⁾

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

Yasama yetkisi asli bir yetkidir. Yasama yetkisinin kullanımı şeklinde ortaya çıkan yasa yapımı yasa koyucunun istediği alanda düzenleme yapmasına cevaz vermektedir. Bir konu Anayasa da düzenlenmese bile yasa koyucu bu konuda yasa çıkarabilir. Bu nedenle Anayasa'ya dayanma zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak, yasa yapılırken uyacağı mutlak kural, yapılan yasanın Anayasa'ya aykırı olmamasıdır. Buna karşılık idare, daha önce yasama organı tarafından yasa ile düzenlenmemiş bir alanda doğrudan doğruya bir düzenleme yapamaz. Bu nedenle idarenin bu düzenleme yetkisi yasadaki kaynaklanan,

² Danıştay İ.D.D.K 16.06.2005 gün ve E.2003/275 K.2005/2170 Sayılı Kararı
Danıştay 8.Dairesi 07.03.2007 gün ve E.2005/6261, K.2007/1246 Sayılı Kararı
Danıştay 10.Dairesi 16.03.2009 gün ve E.2006/5588, K.2009/1879 Sayılı Kararı

yasayı izleyen (secundum legem) bir yetkidir. Başka bir deyişle idarenin tüm düzenleyici işlemleri yasaya dayanmak, yasayla düzenlenmiş bir alan içinde olmak zorunda olan, onun altında ve ona bağımlı bir yetkidir. Bu yetki idareye bir anlamda tam insiyatif vermeyen ve yasayla düzenlenmiş alanla sınırlı bir yetkidir.

Öte yandan, idarenin düzenleyici işlemler yönünden uyacağı bir diğer kural yasalara aykırı düzenleme yapamayacağıdır. İdarenin düzenleyici işlemlerinin dayandığı yasaya uygun olması ve bu yasanın çizdiği sınırların dışına çıkmaması zorunludur. İdarenin düzenleyici işlemlerinin yasaya aykırı (contra legem) olması olanaklı değildir. İdarenin düzenleyici işlemlerinin yasaya uygun olması, ve yasanın çizdiği sınırlar içerisinde kalması (intra legem) düzenleyici işlemlerin asli şartlarının en önemlilerinden birisidir.⁽³⁾

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

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

4054 Sayılı "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16.maddesinin 3.fıkrasında; "Bu Kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir." hükmü getirilmiş, 5.fıkrasında da; "Kurul, üçüncü fıkraya göre idarî para cezasına karar verirken, **30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 17 nci maddesinin ikinci fıkrası bağlamında, ihlalin tekerrürü, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlalin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususları dikkate alır.**" denilmiş, son fıkrasında da; "Bu maddeye göre verilecek **idarî para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususlar**, işbirliği halinde para cezasından bağışıklık veya indirim şartları, işbirliğine ilişkin usul ve esaslar **Kurulca çıkarılacak yönetmeliklerle belirlenir.**" hükmü ihdas edilmiştir.

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

³ Kemal Gözler , "Yönetmelikler" www.anayasa.gen.tr/yönetmelik.htm erişim tarihi 14.07.2013

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

Bir başka deyişle, yasa koyucu Yasa Koyucu Rekabet Kuruluna Yönetmelik yaparken kabahat tipleri ve bu kabahat tiplerine verilecek ceza miktarlarını ceza miktarlarını tespit etmesi doğrultusunda bir yetki vermemiş, Kurul takdir yetkisini kullanarak ceza konusunda karar verirken, % 10 ‘a kadar sınırı içerisinde , ceza miktarını belirlemede etken olacak unsurların belirlenmesi konusunda yetki vermiştir.

16.Maddede geçen **“tespit”** kavramı ile kastedilen kabahat tipleri ile bu kabahatlerin saptanması değil verilecek sonuç ceza miktarının saptanmasını işaret eden bir tespit yetkisidir. Çünkü, Yasa koyucu Rekabet Kurulu’na, Yönetmelik yaparken hangi fiillere ne oranda ceza verileceğini tespit etme yolunda bir yetki verseydi o zaman yasaya; **“Bu maddeye göre verilecek idarî para cezalarının tespiti ve maddeye göre verilecek idarî para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususlar”** kavramını ayrı ayrı yazarak birlikte getirirdi.

Yasa koyucu bu görüşümüzü teyit eder mahiyette olmak üzere, anılan 16.maddenin 5.fıkrasında, verilecek cezanın üst sınıra kadar olmak koşuluyla Kurulca tespit edilirken, bir başka deyişle Rekabet Kurulu takdir yetkisini kullanırken **ihlalin tekerrürü, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlalin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususları** dikkate alacağını işaret ederek Yönetmelik koyucuya, **“idarî para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususlar”ın** nelerden ibaret olabileceğini söylemiş ve adeta bir anlamda Rekabet Kuruluna yol göstermiştir. Hatta bir adım daha giderek **“GİBİ HUSUSLAR”** kavramını getirerek bu hususların tahdidi değil tadadı olduğunu, bu unsurların çoğaltılabileceğini belirtmiştir. Yasa koyucu bu yolla, son fıkrada belirtilen **idarî para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususlar** kavramının kapsamının ne olduğunu 5.fıkra ile önceden açıklamış ve bu kavramı son fıkrada yine tekrar ederek, bu ilkelere göre yönetmelik çıkarılabileceğini söyleyerek, Rekabet Kurulunun çıkaracağı yönetmeliğin sınırlarını çizmiştir.

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

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

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

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

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

İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.

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

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

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

Kabahatler kanununun anılan maddesinin, gerekçesinde; suçta kanunilik ilkesine nazaran, kabahatler açısından daha esnek bir sistem kabul edilmiştir. Buna karşılık, ikinci fıkrada, idari yaptırımlar açısından, cezada kanunilik ilkesine paralel bir hükme yer

verilmiştir.....denilmiş (4) , idari ceza hukuku ile ceza hukuku arasındaki kanunilik ilkesindeki ayırım gösterilmiştir. Ancak her iki hukuktaki kanunilik ilkesinin değişmez ana kuralı ceza hukukunda suç ile cezanın, idari ceza hukukunda yaptırımın türü, süresi ve miktarının kanunla belirleneceği kuralıdır. Ayrıca, Anayasamıza göre yasama görevi, devredilmesi mümkün olmayan bir yetkidir. Bireyin maddî ve manevî varlığı üzerinde derin etkiler doğuran suç ve cezaların, ancak ulusal iradeyi temsil eden organ tarafından yapılacak kanunla düzenlenebilmesi, kişi hak ve özgürlüklerine sağlanan en önemli anayasal garantilerden birini oluşturur.

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

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

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

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

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

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

⁴ Kabahatler Kanunu Hükümet Tasarısı ve Adalet Komisyonu madde gerekçesi

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

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

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

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

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

Hukuki belirlilik ilkesi gereği olarak Yasa Koyucu tarafından getirilen kuralın, kuralın muhatabı kişilerin olağan şartlar altında belirli işlem ve eylemlerin hangi sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini sağlayacak nitelikte düzenlenmesini gerektirir. Bu ilke ile kuralın, muhatap kişi bu kuraldaki takdir yetkisinin kapsamını, kendisi tarafından

öngörülemez keyfi tutum ve davranışlardan koruyacak düzeyde açıklıkla anlayacak şekilde düzenlenmelidir. Bir başka deyişle kuralın hukuki öngörülebilirliği olmalıdır.

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

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

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

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

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

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

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

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

İdari makamların Yasa'nın belirlediği sınırlar arasında cezanın takdirinde esas alacakları objektif ölçütler Yasa'da gösterilmemiştir. Yasa'yla imar para cezasının alt ve üst sınırları gösterilmiş, bu alan içinde cezayı uygulama yetkisi idareye bırakılmıştır. İdarelerin

hangi ölçütleri esas alacakları açık, belirgin ve somut olarak Yasa'da yer almamıştır. Yasa kuralı bu anlamda belirli ve öngörülebilir değildir.

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

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

Cezanın Yasa'da gösterilen sınırlar arasında idarece belirlenmesinde, yapının, taşkın, heyelan, kaya düşmesi gibi afet alanlarında bulunan, sıhhi ve jeolojik mahsurları olan veya bunlar gibi tehlikeli durumlar göstermesi nedeniyle imar planlarına veya ilgili idarelerce hazırlanmış, onaylanmış raporlara göre yapılması yasak olan alanlara, imar planlarında umumi hizmet alanlarına, kamu tesis alanlarına ve yapı sahibine ait olmayan alanlara yapılması; hangi amaçla yapıldığı, büyüklüğü ve konut, ticari, sanayi, otel, akaryakıt istasyonu gibi niteliği; fen ve sağlık kurallarına aykırılık taşıması; içinde oturacak veya çalışacak kişiler için tehlike oluşturması; çevresinde ya da aynı bölgede emsal yapılar için uygulanan imar para cezaları; kente ve çevreye etkisi; bitmiş ve kullanılabilir durumda olması gibi ölçütlere yer verilmemiştir.

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

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

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

demiştir.⁽⁵⁾

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

⁵ http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=2612&content=

şimdiye kadar ki uygulamalara göre 10.000 kat şeklindedir ve hatta Rekabet Kurulu bu katı daha fazla arttırabilme olanağına sahiptir.

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

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

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

Sonuç

Yukarıda geniş olarak açıklanan nedenlerle, 4054 Sayılı Kanun'un 16. maddesinin 3.fıkrası ile "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" in, 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ve ikinci fıkrası, 6.maddesinin birinci fıkrası (a) bendi hükümleri uyarınca 2012 mali yılı sonunda oluşan ve Kurul tarafından belirlenen yıllık gayri safi gelirlerinin taktiren % 1,5 oranında olmak üzere; kararda unvanları yazılı teşebbüslere idari para cezası verilmesine ilişkin Kurulumuz kararına, anılan bu idari para cezası belirlenirken, 4054 sayılı yasanın 16.maddesi ile birlikte, yukarıda belirtilen Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin yönetmeliğin ilgili hükümlerinin uygulanarak temel para cezaları baz alınarak ceza verildiğinden, Ceza Yönetmeliğinin 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna aykırı olduğu inancıyla, ceza oranının, yönetmeliğin ilgili hükümleri uygulanmaksızın, anılan 16.maddeye göre taktiren aynı oran ve miktarın belirlenmesi gerektiği düşüncesiyle, kararın ceza oran ve miktarlarını belirleyen 3.maddesine sonuç olarak katılmakla birlikte gerekçe yönünden katılmıyorum.

Reşit GÜRPINAR
Kurul Üyesi

KARŞI OY GEREKÇESİ

(17/09/2013 tarihli ve 13-54/756-316 sayılı Kurul Kararı)

Kurulun 17//09/2013 Tarih ve 13-54 Sayılı Toplantısında görüşülen AS, DENİZLİ, GÖLTAŞ, KONYA Çimento'nun bayilere ve hazır beton üreticilerine yönelik çimento Satış koşullarını birlikte belirlemek suretiyle 4054 Sayılı Kanun'un 4. Maddesini ihlal edip etmediklerinin tespiti amacıyla yapılan Soruşturma sonucunda Kurulca alınan karara AS Çimento San. ve Tic. AŞ'nin de ihlalin içinde olduğu ve adı geçen teşebbüse de ceza tertip edilmesi gerektiği düşüncesiyle kararın 3'ncü maddesine karşıyım. Buna ilişkin gerekçelerim aşağıdadır.

1. Zira İstanbul'da ÇİS'de (Çimento İşverenler Sendikası) yapıldığı anlaşılan toplantıda konuşulan **“As fiyatlara uymadı” “As Hazır Beton uyumu, As yapmıyor” “(.....): Biz kurallara uyuyoruz?”** gibi beyanlar esasen fiyatlara uyum konusunda teşebbüsler arasında zaman zaman toplantılar yapıp kararlar alındığı, buna As Çimento'nun da katıldığı, ancak zaman zaman uyumsuzluklar gösterdiği anlaşılmaktadır. Yine anılan toplantıda konuşulduğu anlaşılan notlardan **“(.....): Biz niye gelelim Isparta'ya”, “(.....): Medeni masada halledelim gelecek hafta beton top. yapalım.”** ve **“(.....): güven tesisi gerekli. Bu durumda”** ibareleriyle aradaki sorunların halli için zaman zaman toplantılar yapıldığını ortaya koymaktadır.

- Keza yine 2 no'lu belgede yer alan ve Denizli Çimento'nun teşebbüs yetkililerinin iç yazışması niteliğinde olduğu anlaşılan iletişim notlarında;

“... d.(ileri tarihli bir belgede rastlanan, Aydın bölgesi hakkında) burada As Beton'un çimentosunu Çimentaş vermektedir... aslında Aydın'da fiyatları yükseltmek diğer bölgelere göre daha kolay ancak As betonun ikna edilmesi gereklidir, bunu da Çimentaş yapabilir”

e(aynı belgede Söke Kuşadası yöresi için) aslında fiyatın kolaylıkla yükseltilebileceği bir bölgedir, oyuncu sayısı azdır ve 3 firmada entegre firmalardır. Ancak yeni işlerin az olması sebebiyle burada da rekabet vardır ancak çok kırıncı değildir...”

İfadeleri yer almaktadır.

- Yine diğer bir belgede ise Yurt Çimento'nun bir çalışanı tarafından teşebbüsün yönetim kurulu başkanı (.....) gönderilen 25.05.2009 tarihli e postada **“Günaydın patron, Akdenizde durum: As ile Göлтаş'ın fiyatlarda anlaştığı ve Cem1 42,5 R sling bagde 61 ve üstü 63-64 bandında fiyatları itme kararı aldıklarını görüyorum, yaklaşık 10 gün önce 59+1'den ihracat yapan Göлтаş'ın bugün 60 USD'den prensipte anlaştığı satışları bozmaya başladığı fiyatları 63 civarına çekmeye çalıştığı bilgisi var As'ta aynı**

şekilde pozisyon almış sanırım As ile Şd bir araya gelip prensipte anlaşmışlar bu yönde duyum güçlü...” denilmektedir.

Bu belgelerden anlaşılacağı üzere bu bölgede ki teşebbüsler zaman zaman bir araya gelmekte ve fiyatların yukarı doğru seyri konusunda anlaşmaya çalışmaktadırlar.

Bu belgelerden hareketle As Çimento'nun her ne kadar İstanbul'daki ÇİS'deki toplantıda katıldığı tespit edilemese bile buna benzer diğer toplantılarda bulunduğu ve anılan amaç doğrultusunda davranış sergilediği anlaşılmaktadır.

Nitekim raportörlerce hazırlanan soruşturma raporunda As Çimento'nun bu belgeler nedeniyle anlaşma içinde olup olmadığına dair değerlendirme yapılmış ve As Çimento'nun anlaşma içinde olduğuna ya da anlaşmaya dahil edildiğine dair iki şekilde de değerlendirme yapılabileceğine değinilmiş, ancak nihai değerlendirme de As Çimento'ya ilişkin rakipleri ile iletişim yahut uyumlu eylem içerisinde olduğuna ilişkin delil bulunmadığı gerekçesiyle As Çimento'nun sorumlu tutulamayacağı kanaatine ulaşıldığı belirtilmektedir.

Ezcümle yukarıda yer verilen teşebbüslerin sürekli iletişim içinde oldukları, fiyatları artırma, kârlarını azamileştirme genel amacı çerçevesinde zaman zaman bir araya geldikleri, bu genel amaca aykırı uygulamaların düzeltilmesi için karşılıklı kararlar aldıkları, uzlaşma çabası içinde oldukları, bu itibarla anılan eylem ve davranışları yıllara sari anlaşma/uzlaşma çabaları olarak görmek gerektiği, yıllar itibariyle gösterilen fiyat maliyet tablolarından da görüleceği üzere bunda da başarılı oldukları anlaşılmaktadır. Anılan çerçevede soruşturma taraflarından As Çimento için raporda yeralan belge ve beyanların uzlaşma/anlaşma için yeterli olmadığı görüşüne katılabilmek mümkün olmamaktadır.

2. Diğer taraftan raportörlerin düzenlediği soruşturma raporunda anılan bölgede faaliyet gösteren teşebbüslerin Ocak 2009-Temmuz 2012 döneminde 60-80 TL bandında olan Cem1 42,5 çimento fiyatlarını 100-120 TL bandına çıkardıkları, anılan dönemde ise maliyetlerin fiyat artışları kadar artmadığı, tespitlerine yer verilmektedir. Anılan fiyat tablolarında da As Çimento'nun da diğer teşebbüsler gibi hemen hemen aynı oranlarda fiyat artışları içerisinde bulunduğu görülmektedir.

Sonuç olarak gerek iletişim belgelerinin ortaya koyduğu tespitler ve gerekse teşebbüslerin paralel nitelikte sayılabilecek fiyat artışları As Çimento'nun Rekabet ihlali içerisinde bulunduğunu ortaya koymakta ve anılan teşebbüsün sorumluluktan muaf tutulmasını gerektirmemektedir.

Anılan nedenlerle As Çimento yönüyle bahse konu kurul kararına katılmam mümkün olmamıştır.

Fevzi ÖZKAN
Kurul Üyesi