

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2011/3831
Karar No : 2016/212

REKABET KURUMU
Tarih : 13.04.2016
Sayı : 2480

Davacı : Koçerler Sanayi ve Tıbbi Gazlar Üretim Pazarlama Ticaret
Ltd. Şti.

Vekilleri : Av. Ayla SONGÖR, Av. Tuncay SONGÖR
Hoşdere Cad. 202/7 Yukarı Ayrancı-Çankaya/ANKARA

Davalı : Rekabet Kurumu
Üniversiteler Mah. 1597. Cad. No:9 Bilkent/ANKARA

Vekili : Av. Meltem TÜRKÖĞLU - Aynı adreste

Davanın Özeti : 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesini ihlâl ettiği için davacı şirkete idarî para cezası verilmesine ilişkin Rekabet Kurulu'nun 11.11.2010 tarih ve 10-72/1503-572 sayılı kararının davacı şirkete ilişkin kısmı ile 15.02.2009 tarih ve 27142 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Hâlinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" in; Yönetmeliğin genel hukuk prensiplerine ve normlar hiyerarşisine aykırı olduğu, düzenleyici işlemlerdeki yeni hükümlerin daha üst hukuk kurallarının amacını, kapsamını, konusunu ve sınırlarını aşmaması gerektiği, Rekabet Kurulu'nun 4054 sayılı Kanun ile tanınan düzenleme yetkisini aştığı, Yönetmeliğin suçların ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırı olduğu, Yönetmeliğin 5. maddesiyle Kanun'da belirtilmemesine rağmen alt sınır öngörüldüğü, Yönetmeliğin Geçici 1. maddesiyle geriye yürümezlik ilkesinin aşıldığı, dava konusu para cezasının 4054 sayılı Kanun'un 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanun'un 472. maddesiyle değişik 16. maddesine göre, 2009 mali yılı sonunda oluşan ciro üzerinden verildiği, isnat edilen eylemlerin gerçekleşme tarihlerinin anılan değişiklik öncesi olduğu, dolayısıyla para cezasının eylem tarihindeki ciro üzerinden hesaplanması gerektiği, davacı şirketin anlaşmaya dâhil olduğuna dair herhangi bir delil bulunmadığı, sadece Berk Gaz yetkililerinin ifadelerinden hareketle para cezası verildiği, ilgili pazarın narkoz gazı olması gerektiği, tesislerinin Gaziantep merkezli olması, ilçeler arası mesafenin uzak olması, pazar payının küçüklüğü gibi sebeplerle Gaziantep'teki diğer hastane ihalelerine katılmadıkları, üst pazarda ihale ilişkin herhangi bir tespit yapılmadığı, alt pazara ilişkin herhangi bir şikâyet olmadan soruşturma açılmasının doğru olmadığı, davacı şirketin herhangi bir anlaşma içerisinde olmadığı, aksi yönde herhangi bir delil bulunmadığı, gazı Habaş firmasından aldıkları, anılan firmadan bir arz sıkıntısı yaşadıklarında Berk Gaz firmasından alım yaptıkları, anlaşmanın varlığı hâlinde bunun etkisinin incelenmesi gerektiği, Berk Gaz yetkilisinin tuttuğu notların ispat gücünün bulunmadığı ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Rekabet hukukunda anlaşma kavramının geniş yorumlandığı, sadece belgeler veya sadece ihale sonuçlarına göre herhangi bir ihlâl tespitinde bulunulmadığı, belgelerde yer alan hususlar ile ihale sonuçlarının birbiriyle örtüştüğü, belgelerin bir kısmının

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2011/3831
Karar No : 2016/212

faks yoluyla taraflar arasında el değiştirdiği, yine belgelerin önemli bir kısmında faks tarihlerinin ihale tarihinden önceki bir tarihe ilişkin olduğu, tespitlerin yeteri kadar somut ve ciddi olduğu, dava konusu Yönetmeliğin hukuka uygun olduğu ileri sürülerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Alper SARIŞIK'ın Düşüncesi: Davanın reddine karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Gülbin GÜNHAN'ın Düşüncesi : Dava, medikal gaz alımı ihalelerinde firmaların anlaşarak rekabete aykırı işlem ve eylemde bulunmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiklerinden bahisle idari para cezası verilmesine ilişkin Rekabet Kurulu'nun 11.11.2010 gün ve 10-72/1503-572 sayılı kararının davacı şirkete ilişkin kısmının iptali ile 15.02.2009 günlü, 27142 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması hâlinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" in iptali istemiyle açılmıştır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrasında; Kanun'un 4, 6 ve 7. 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 gayrisafi gelirlerinin yüzde onuna kadar idari para cezası verileceği, aynı maddenin beşinci fıkrasında; Kurulun, üçüncü fıkraya göre para cezasına karar verirken, 5326 sayılı Kanun'un 17. maddesinin 2. 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 alacağı, son fıkrasında ise; para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususların, Kurul tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle belirleneceği belirtilmiştir. Kanun'un 27. maddesinde de, Kurula, Kanunun uygulanması ile ilgili olarak tebliğler çıkarmak ve gerekli düzenlemeleri yapmak görev ve yetkisi verilmiştir.

Anılan hükümler doğrultusunda, Kanun'un 4 ve 6. maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüs ve teşebbüs birlikleri ile bunların yönetici ve çalışanlarına, Kanun'un 16. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkraları uyarınca verilecek para cezalarının tesbitine ilişkin usul ve esasları düzenlemek üzere, ceza yönetmeliği niteliğindeki "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması hâlinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" yayımlanmıştır.

Söz konusu Yönetmeliğin amacı ve kapsamını belirleyen 1. maddesinde: Bu Yönetmeliğin amacı, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4'üncü ve 6'ncı maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyeleri ile bunların yönetici ve çalışanlarına, aynı Kanun'un 16'ncı maddesi gereğince

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2011/3831
Karar No : 2016/212

verilecek para cezasının tespitine ilişkin usul ve esasların düzenlenmesine ilişkin olduğu, "Dayanak" başlıklı 2. maddesinde: bu Yönetmeliğin, 7/12/1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16'ncı ve 27'nci maddelerine dayanılarak hazırlandığı belirtilmiştir.

"Tanımlar" başlıklı 3. maddesinde: Bu Yönetmelikte geçen;

a) Aktif İşbirliği Yönetmeliği: Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmeliği,

b) Diğer ihlaller: Kartel tanımı dışında kalan, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4'üncü ve 6'ncı maddelerinde yasaklanmış davranışları,

c) Kanun: 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu,

ç) Kartel: Fiyat tespiti, müşterilerin, sağlayıcıların, bölgelerin ya da ticaret kanallarının paylaşılması, arz miktarının kısıtlanması veya kotalar konması, ihalelerde danişıklı hareket konularında, rakipler arasında gerçekleşen, rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve/veya uyumlu eylemleri,

d) Kurul: Rekabet Kurulunu,

e) Kurum: Rekabet Kurumunu,

f) Yıllık gayrisafi gelir: Tek düzen hesap planındaki net satışları veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa, Kurul tarafından saptanacak olan, net satışlara en yakın geliri, ifade eder.

"Para cezasının belirlenmesine ilişkin ilkeler" başlıklı 4. maddesinde: "Teşebbüs ile teşebbüs birliklerine veya bu birliklerin üyelerine verilecek para cezası belirlenirken;

a) Bu Yönetmeliğin 5'inci maddesi çerçevesinde temel para cezası hesaplanır. Temel para cezası, Kanun'un 4'üncü veya 6'ncı maddelerinde yasaklanmış, piyasa, nitelik ve kronolojik süreç olarak birden fazla bağımsız davranışın saptanması hâlinde, her bir davranış için ayrı ayrı hesaplanır.

b) Temel para cezasının hesaplanmasından sonra, bu Yönetmeliğin 6'ncı ve 7'nci maddeleri çerçevesinde, ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurlar göz önünde bulundurularak arttırma ve/veya indirme yapılır.

Bu Yönetmelik hükümleri gereğince belirlenecek para cezası miktarı, 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 gayrisafi gelirlerinin yüzde onunu aşamaz. Bu sınırı aşan para cezaları, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin yıllık gayrisafi gelirlerinin yüzde onuna indirilir ve koşulları bulunuyorsa bu Yönetmeliğin 7'nci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları ile Aktif İşbirliği Yönetmeliği hükümleri uygulanır. Teşebbüs veya teşebbüs birliklerine, Kanun'un 16'ncı maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen para cezalarının verilmesi hâlinde, ihlalde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticilerine ve çalışanlarına verilecek para cezası, teşebbüs veya teşebbüs birliğine verilen cezanın yüzde beşini aşamaz.", "Temel para cezası" başlıklı 5. maddesinde;

T.C.

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2011/3831

Karar No : 2016/212

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

- a) Karteller için, yüzde ikisi ile yüzde dördü,
- b) Diğer ihlaller için, binde beşi ile yüzde üçü,

arasında bir oran esas alınır. Birinci fıkrada yazılı oranların belirlenmesinde, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlal neticesinde gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususlar dikkate alınır. 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 artırılır.

"Ağırlaştırıcı unsurlar" başlıklı 6. maddesinde;" Temel para cezası,

- a) İhlalin tekerrürü hâlinde, her bir tekrar için,

- b) Soruşturma kararının tebliğinden sonra kartele devam edilmesi hâlinde yarısından bir katına kadar artırılır.

Temel para cezası,

- a) Kanun'un 4'üncü veya 6'ncı maddeleri kapsamında ortaya çıkan rekabet sorunlarının giderilmesine yönelik olarak verilen taahhütlere uyulmaması hâlinde, yarısından bir katına kadar,

- b) İncelemeye yardımcı olunmaması hâlinde yarısına kadar,

- c) Diğer teşebbüslerin ihlale zorlanması gibi hâllerde dörtte bire kadar artırılabilir."

"Hafifletici unsurlar" başlıklı 7. maddesinde: "Temel para cezası, 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 gayrisafi gelirler içerisindeki payının çok düşük olması gibi hâller ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliği tarafından ispatlanırsa, dörtte bir ile beşte üç arasında indirilebilir. Yürütülen bir soruşturmada Aktif İşbirliği Yönetmeliği'ndeki para cezası verilmemesine ilişkin düzenlemeden yararlanamayan bir teşebbüse verilecek ceza, başka bir kartele ilişkin olarak Kurulun önaraştırma yapmaya karar vermesinden önce, Aktif İşbirliği Yönetmeliği'nin 6'ncı maddesinde belirlenen bilgi ve belgeleri sunması hâlinde, dörtte bir oranında indirilir. Aktif İşbirliği Yönetmeliği'nin para cezası verilmemesine ve verilecek cezalarda indirim yapılmasına ilişkin hükümleri saklıdır. Diğer ihlalleri gerçekleştiren teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin ihlallerini kabul ederek, aktif işbirliğinde bulunmaları hâlinde, para cezası altıda bir ile dörtte bir arasında indirilir.", "Yöneticilere ve çalışanlara verilecek para cezası" başlıklı 8. maddesinde: "Kartelde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs yöneticileri ve çalışanlarının her birine ayrı ayrı, aktif işbirliği gibi hususlar dikkate alınarak, teşebbüse verilen cezanın yüzde üçü ile yüzde beşi arasında bir

T.C.

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2011/3831

Karar No : 2016/212

oranda para cezası verilir. Kartellerin ortaya çıkarılması amacıyla Kurumla aktif işbirliği yapan teşebbüs yöneticileri ve çalışanlarına, Aktif İşbirliği Yönetmeliği hükümleri çerçevesinde para cezası verilmez veya verilecek cezalarda indirim yapılır. Diğer ihlallerde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticilerine ve çalışanlarına, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliğine verilen cezanın yüzde beşine kadar para cezası verilebilir. Kanuna aykırılığın ortaya çıkarılması amacıyla Kurumla aktif işbirliği yapanlara, işbirliğinin niteliği, etkinliği ve zamanlaması dikkate alınarak ceza verilmeyebilir veya verilecek cezalarda indirim yapılabilir.", *Geçici 1. maddesinde ise:* "Bu Yönetmelik hükümleri, yürürlüğe girmesinden önce başlatılan, ancak soruşturma raporu tebliğ edilmemiş olan soruşturmalar hakkında da uygulanır.", *9. maddesinde:* "Maliye Bakanlığı ve Sayıştay'ın görüşü alınarak hazırlanan bu Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girer." *10. maddesi:* "Bu Yönetmelik hükümlerini Rekabet Kurumu Başkanı yürütür." hükümleri yer almıştır.

Bir hiyerarşik normlar sistemi olan hukuk düzeninde alt düzeydeki normların, yürürlüklerini üst düzeydeki normlardan aldıkları kuşkusuzdur. Normlar hiyerarşisinin en üstünde evrensel hukuk ilkeleri ve anayasa bulunmakta ve daha sonra gelen kanunlar yürürlüğünü Anayasa'dan, tüzükler yürürlüğünü kanunlardan, yönetmelikler ise yürürlüğünü kanun ve tüzüklerden almaktadır. Dolayısıyla; bir normun, kendisinden daha üst konumda bulunan ve dayanağını oluşturan bir norma aykırı veya bunu değiştirici nitelikte bir hüküm getirmesi mümkün bulunmamaktadır. Nitekim, belirtilen hiyerarşinin, yönetmelikler bakımından ifadesi niteliğini taşıyan Anayasa'nın 124. maddesinde; Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelikler çıkarabilecekleri kuralına yer verilmiştir.

Kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip bir kamu kurumu olan Rekabet Kurumu'nun, 4054 sayılı Kanun'un kendisine tanıdığı görev ve yetkilerle sınırlı olarak yönetmelik çıkarma yetkisi bulunduğu kuşkusuzdur.

Bunun yanında, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinde, bu Kanun'un; idarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması hâlinde, diğer genel hükümlerinin, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanacağı kurala bağlanmış olup; 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi uyarınca verilecek idari para cezalarının Kabahatler Kanunu'nun genel hükümlerine tabi olduğu, bu nedenle Rekabet Kurumu tarafından idari para cezaları alanında yapılacak düzenlemelerde, belirtilen Kanun'un genel hükümlerinde yer alan düzenlemelerin dikkate alınması gerekmektedir.

Belirtilen çerçevede, Rekabet Kurumu'nun ikincil düzenleme yetkisi yukarıda belirtildiği üzere 4054 sayılı Kanun'un belirlediği çerçeve ve 5326 sayılı Kanun'un genel hükümler bölümünde yer alan kural ve ilkelerle sınırlandırılmış bulunmaktadır.

Bu noktada, Kabahatler Kanunu'nun "Kanunilik İlkesi" başlıklı 4. maddesinde, hangi fiillerin kabahat oluşturduğu kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriğinin, idarenin genel ve düzenleyici

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2011/3831
Karar No : 2016/212

işlemleriyle de doldurulabileceği, kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarının ancak kanunla belirlenebileceği kurala bağlanmıştır.

Görüldüğü üzere, idari yaptırımlar konusunda genel Kanun niteliğini haiz Kabahatler Kanunu, idari yaptırımlar konusunda, yalnızca yaptırımın türü, süresi ve miktarı bakımından mutlak olarak kanunilik ilkesini benimsemiş bulunmaktadır.

4054 sayılı Kanun'un yukarıda anılan 16. maddesi bu açıdan irdelendiğinde, söz konusu maddede, yaptırımın türü, idari para cezası; miktarı ise, teşebbüs veya teşebbüs birliğinin nihai karar tarihinden bir önceki yıl cirosunun yüzde onuna kadar olarak belirlenmiş bulunmakta olup, Kurul'un Kanun'da nispi olarak belirlenen idari para cezasına ilişkin oran noktasında takdir yetkisi bulunmaktadır. Dava konusu Yönetmelik hükümlerinde ise, idari para cezası dışında bir idari yaptırım öngörülmediği ve yüzde on sınırının üzerine çıkacak bir oran belirlenmediği açık olduğundan, bu yönüyle Yönetmelik hükümlerinde idari yaptırımların kanuniliği ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Öte yandan, nispi olarak belirlenen idari para cezalarında, idari para cezası uygulayacak makama geniş bir takdir yetkisi verilmesi, idari yaptırımların muhatapları açısından eşitlik ve hukuki güvenlik ilkeleri bakımından sakıncalar doğurmakta olup, bu noktada nispi idari para cezaları açısından miktar veya oran aralığının dar tutulması veyahut belirtilen aralıkta takdir yetkisinin kullanımında idarenin eşitlik ilkesi çerçevesinde objektif kriterleri belirlemesi ve bu şekilde idari para cezalarının muhatapları açısından hukuki güvenlik ilkesinin sağlanması gerekmektedir. Bunun yanında, idari para cezası miktarının tespitinde objektif kriterlerin belirlenmesi, idarenin takdir yetkisinin yargısal denetimine imkân sağlanması ve bu bağlamda hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesi yönünden önem arz etmektedir.

Bu çerçevede, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinde belirlenen yüzde on sınırı içerisinde kalacak şekilde oran tespiti noktasında, Kabahatler Kanunu'nun 17. maddesinin 2. fıkrasında, idari para cezasının, kanunda alt ve üst sınırı gösterilmek suretiyle belirlendiği durumlarda, idari para cezasının miktarı belirlenirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumunun birlikte göz önünde bulundurulacağı kuralından hareketle, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinde de, söz konusu düzenlemeye paralel olarak, Kurulun, üçüncü fıkraya göre para cezasına karar verirken, 5326 sayılı Kanun'un 17. maddesinin 2. 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 alacağı kurala bağlanmış bulunmaktadır.

Belirtilen maddede oran belirlenirken dikkate alınacak hususlar belirlenmiş olup, söz konusu hususların orana etkisi noktasında bir belirlemeye gidilmemiş, bu konu 16. maddenin son fıkrası uyarınca Kurum tarafından konu hakkında çıkarılacak Yönetmeliğe bırakılmıştır.

Dava konusu yönetmeliğin, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4'üncü ve 6'ncı maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyeleri ile bunların yönetici ve çalışanlarına, aynı Kanun'un 16'ncı

T.C.

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2011/3831

Karar No : 2016/212

maddesi gereğince verilecek para cezasının tespitine ilişkin usul ve esasları düzenlemek amacıyla çıkarılan ve dayanağını 7/12/1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16'ncı ve 27'nci maddelerinden aldığı belirleyen 1 ve 2'inci maddelerinde ve yönetmeliğin yayım tarihini belirleyen 9. maddesi ile yönetmelik hükümlerinin Rekabet Kurumu Başkanı tarafından yürütüleceğine ilişkin 10. madde hükümlerinde mevzuata aykırılık bulunmamaktadır. 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinde belirtilen hususlara ilişkin olarak ve söz konusu maddenin verdiği yetki uyarınca, Kabahatler Kanunu'nun 4. maddesinde ifadesini bulan kanunilik ilkesi sınırları çerçevesinde ve anılan Kanun'un 17. maddesinin 2. fıkrası ile 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinde idari para cezası miktarının belirlenmesinde kullanılacağı öngörülen kriterler göz önüne alınarak, Kanun'da öngörülen azami yüzde onluk oran dâhilinde belirlenmesine yönelik olarak ve Kanun'un verdiği takdir yetkisinin objektifleştirilmesi amacıyla düzenlenen "Para Cezasının Belirlenmesine İlişkin İlkeler" başlıklı 4. maddesinde, "Temel para cezası" başlıklı 5. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında, "Ağırlaştırıcı Unsurlar" başlıklı 6. maddesinde ve "Hafifletici Unsurlar" başlıklı 7. maddesinde üst hukuk normlarına ve dayanağı Kanun hükümlerine aykırılık görülmemiştir.

Dava konusu Yönetmeliğin "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinin (ç) bendinde, kartel tanımı yapılarak kartelin; 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 ettiği, diğer ihlallerin ise; kartel tanımı dışında kalan, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. ve 6. maddelerinde yasaklanmış davranışları ifade ettiği belirtilmiş, 5. maddesinde belirtilen tanımdan hareketle temel cezanın belirlenmesi noktasında kartel ve diğer ihlaller bakımından oransal ayrıma gidilmiş, 8. maddede belirtilen hükümlerden hareketle yöneticilere ve çalışanlara verilecek para cezası konusunda düzenlemeler yapılmıştır.

4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında yer alan rekabete aykırı davranışlar madde metninde tadadi olarak sayılmış olduğundan, Kanun maddesi çerçevesinde ve metnin sınırını aşmayacak nitelikte belirlenmiş bulunan kartel tanımında 4054 sayılı Kanun'a aykırı bir yön bulunmamakta olup, Kabahatler Kanunu'nun 4. maddesinde belirlendiği üzere türü ve miktarı kanunla belirlenen bir yaptırımın kanunla belirlenen çerçeve hükmünün içeriği ikincil nitelikteki işlemlerle doldurulabileceğinden, idari yaptırımlarda kanunilik ilkesine de aykırılık görülmemiştir.

Başka bir anlatımla, Yönetmelikteki "kartel" tanımıyla yasaklanan davranışlar, hâlihazırda Kanun'un 4. maddesinde rekabet ihlali olarak belirtilen davranışlar olduğundan, Yönetmelikte bu davranışlara ilave yapılmamış, var olan yasakların "kartel" başlığı altında tanımlanması yoluna gidilmiş ve 4054 ve 5326 sayılı Kanunlarda yer alan idari para cezasının belirlenmesinde *ihlalin ağırlığı* kriterinin göz önüne alınması gerektiği yönündeki hükümleri çerçevesinde ve bu hükümlere uygun bir düzenleme yapılmıştır.

T.C.

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2011/3831

Karar No : 2016/212

Öte yandan, Kanun'da belirlenmiş bulunan yüzde onluk sınır çerçevesinde salt temel cezaya yönelik olarak kartel ve diğer ihlaller arasında yapılan ayırımın, *nihai cezanın belirlenmesi niteliğinde olmadığından*, idari para cezasının üzerinden belirleneceği orana bir alt sınır getirilmesi olarak değerlendirilemeyeceği de açıktır.

Belirtilen hususların birlikte değerlendirilmesinden, Yönetmeliğin 3. maddesi, 5. maddesinin 1. fıkrası ve 8. maddesinde yer alan düzenlemelerde; 4054 sayılı Kanun kapsamında yer alan ihlaller karşılığında uygulanacak idari para cezasının belirlenmesi noktasında, ihlalin ağırlığı kıstası dikkate alınarak yapıldığından hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Yönetmeliğin "Devam eden soruşturmalar" başlıklı Geçici 1. maddesinde yer alan; bu Yönetmelik hükümlerinin, yürürlüğe girmesinden önce başlatılan, ancak soruşturma raporu tebliğ edilmemiş olan soruşturmalar hakkında da uygulanacağına ilişkin kuralın, düzenleyici işlemlerin geriye yürümezliği ilkesi ve kabahatlerde zaman bakımından uygulama kuralları çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

Geriye yürümezlik ilkesi, hukuk kurallarının zaman bakımından uygulanmasıyla ilgili temel bir ilke olup gerek yargısal kararlar gerekse öğretide kabul edilmiştir. Kural olarak düzenleyici işlemler yürürlüğe girdikleri andan başlayarak hukuki etkilerini doğurur ve yürürlük tarihinden sonraki olaylara uygulanır. Diğer yandan, kabahatlerde zaman bakımından uygulamanın düzenlendiği 5326 sayılı Kanun'un 5. maddesinde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümlerinin kabahatler bakımından da uygulanacağı, ancak, kabahatler karşılığında öngörülen idari yaptırımlara ilişkin kararların yerine getirilmesi bakımından derhal uygulama kuralının geçerli olduğu kuralı yer almıştır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 7. maddesinde; "İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolünmüştü infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar. Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur. Hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç; infaz rejimine ilişkin hükümler, derhal uygulanır." hükmü yer almıştır.

Zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümlerden, suçun işlendiği tarihte yürürlükte bulunmayan bir Kanun'un faile uygulanmayacağı ve sonradan yürürlüğe giren Kanun'un failin lehine ise uygulanacağına ilişkin hükümler, maddi ceza hukukuna ilişkin kurallardır. Bir hususun maddi ceza hukukuna ilişkin olup olmadığını tespit açısından, söz konusu hükmün sonuç cezaya nihai olarak tesir eden, onun miktar ve/veya süresini değiştirebilecek nitelikte hükümler ihtiva etmesi gerekmekte olup, muhakeme veya infaz hukukunu ilgilendiren hususlarda derhal uygulama kuralı geçerlidir.

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas. No : 2011/3831
Karar No : 2016/212

Dava konusu Yönetmelik, yeni bir kabahat ya da yaptırım öngörmediğinden ve Kanun'da yer alan yüzde on sınırı dışında sonuç yaptırımı değiştirecek nitelikte hükümler ihtiva etmediğinden, salt Kanun'da yer alan idari para cezasının belirlenmesine ilişkin kıstasları içeren ve idarenin her bir somut olayda sahip olduğu takdir yetkisinin geleceğe dönük olarak benzer nitelikteki tüm olaylar bakımından somutlaştırılmasını öngören hükümler ihdas edildiği anlaşıldığından, Yönetmeliğin eylem tarihinde yürürlükte olmamasına rağmen henüz haklarında nihai karar verilmemiş ilgililere uygulanmasının, aleyhte bir sonuç doğurması söz konusu olmadığından, Yönetmelik hükümlerinin, yürürlüğe girmesinden önce başlatılan, ancak soruşturma raporu tebliğ edilmemiş olan soruşturmalar hakkında da uygulanmasına yönelik Yönetmeliğin Geçici 1. maddesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Dava konusu Kurul kararı ile, davacı adına uygulanan idari para cezasına gelince;

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 1. maddesinde, "Bu Kanun'un amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır." kuralına yer verilmiş, 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukuki işlem ve davranışların, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemlerin bu Kanun kapsamına girdiği belirtilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, Sağlık Bakanlığı Dışkapı Yıldırım Beyazıt Eğitim ve Araştırma Hastanesi Baştabipliği tarafından gönderilen şikâyet dilekçesi üzerine ülke çapında yapılan soruşturmada; medikal gaz alımı ihalelerine katılan teşebbüsler arasında gizli anlaşma yapılmak suretiyle danışıklı hareket edildiği, rakiplerin ihale öncesinde kazanan teklifi kimin vereceğini belirlediği, verilen teklif ve fiyatların rekabetçi pazarla çeliştiğinin tespit edildiği, iller bazında incelemeler yapıldığı; Gaziantep pazarına ilişkin olarak yapılan incelemede; medikal gaz alım ihalelerine giren teşebbüslerin aralarında anlaşarak hastane paylaşımına gittikleri sonucuna varıldığı, bölgedeki hastanelerin medikal gaz alımı ihale dosyalarının incelendiği, davacı şirket ile Berk Gaz'ın ve Tosaş firmalarının 2007 yılından 2009 yılına kadar olan dönemde medikal gaz pazarında 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında yatay anlaşma yapmak suretiyle 4054 sayılı Kanunu ihlal ettiklerinin tespit edildiği, diğer taraftan, Berk Gaz firmasının "Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik" kapsamında pişmanlık başvurusunda bulunduğu, Kurul tarafından pişmanlık istemi kabul edilerek anılan firma hakkında idari para cezası verilmemesine karar verildiği, davacı şirket hakkında ise; dava konusu Rekabet Kurulu kararı ile 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiğinden bahisle adına idari para cezası verildiği anlaşılmaktadır.

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2011/3831
Karar No : 2016/212

Dosya içeriği belge ve bilgiler ile soruşturma raporunun değerlendirilmesinden, Gaziantep medikal gaz pazarında faaliyette bulunan davacı şirketin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiği anlaşıldığından 11.11.2010 günlü ve 10-72/1503-572 sayılı Rekabet Kurulu kararının davacı şirkete idari para cezası verilmesine ilişkin kısmında hukuki aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu edilen Rekabet Kurulu'nun 11.11.2010 gün ve 10-72/1503-572 sayılı kararının davacı şirkete ilişkin kısmında ve 15.02.2009 günlü, 27142 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması hâlinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" hükümlerinde yasaya ve hukuka aykırılık bulunmadığından davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce duruşma için taraflara önceden bildirilmiş bulunan 09.02.2016 tarihinde, davacı şirket vekili Av. Ayla Songör ve davalı idare vekili Av. Meltem Türkoğlu'nun geldikleri, Danıştay Savcısı'nın hazır olduğu görülmekle, açık duruşmaya başlandı. Taraflara usulüne uygun olarak söz verilerek dinlendikten ve Danıştay Savcısı'nın düşüncesi alındıktan sonra taraflara son kez söz verilip, duruşma tamamlandı. Dava dosyası incelenip, gereği görüldü:

Dava; 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesini ihlâl ettiğinden bahisle davacı şirkete idarî para cezası verilmesine ilişkin Rekabet Kurulu'nun 11.11.2010 tarih ve 10-72/1503-572 sayılı kararının davacı şirkete ilişkin kısmı ile 15.02.2009 tarih ve 27142 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Hâlinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmeliğin iptali istemiyle açılmıştır.

Dava dilekçesinde, 15.02.2009 tarih ve 27142 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Hâlinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in iptali istenilmiş ise de, dava dilekçesi içeriği ve öne sürülen hukuka aykırılık sebepleri dikkate alınarak, Yönetmeliğin yasal dayanağının bulunmadığı ve kanunilik ilkesine uygun olmadığı yönündeki iddiaları ile Yönetmeliğin 3. maddesinin (ç) bendinde yer alan "Kartel" tanımı, 5. maddesi ve Geçici 1. maddesi itibarıyla inceleme yapılmıştır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrasında; Kanun'un 4, 6 ve 7. 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 gayrisafi gelirlerinin

T.C.

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2011/3831

Karar No : 2016/212

yüzde onuna kadar idarî para cezası verileceği; aynı maddenin beşinci fıkrasında, Kurul'un, üçüncü fıkraya göre para cezasına karar verirken, 5326 sayılı Kanun'un 17. maddesinin 2. fıkrasında, ihlâlin tekerrürü, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlâlin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususları dikkate alacağı kurala bağlanmış; son fıkrasında ise, para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususların, Kurul tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle belirleneceği düzenlenmiş, Kanun'un 27. maddesinde de, Kurul'a, Kanun'un uygulanması ile ilgili olarak tebliğler çıkarmak ve gerekli düzenlemeleri yapmak görev ve yetkisi verilmiştir.

Anılan hükümler doğrultusunda, Kanun'un 4. ve 6. maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüs ve teşebbüs birlikleri ile bunların yönetici ve çalışanlarına, Kanun'un 16. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkraları uyarınca verilecek para cezalarının tespitine ilişkin usul ve esasları düzenlemek üzere, ceza yönetmeliği niteliğindeki "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Hâlinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" çıkarılmıştır.

Dava konusu Yönetmeliğin "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinin (ç) bendinde, kartelin; 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 ettiği belirtilmiştir.

Yönetmeliğin "Temel para cezaları" başlıklı 5. maddesinde, "Temel para cezası hesaplanırken, Kanun'un 4'üncü ve 6'ncı maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin, nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayrisafi gelirlerinin;

a) Karteller için, yüzde ikisi ile yüzde dördü,

b) Diğer ihlaller için, binde beşi ile yüzde üçü arasında bir oran esas alınır.

Birinci fıkrada yazılı oranların belirlenmesinde, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlal neticesinde gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususlar dikkate alınır. Birinci fıkraya göre belirlenen para cezası miktarı;

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

b) Beş yıldan uzun süren ihlalelerde bir katı oranında artırılır. " kuralı yer almıştır.

Yönetmeliğin Geçici 1. maddesinde ise: "Bu Yönetmelik hükümleri, yürürlüğe girmesinden önce başlatılan, ancak soruşturma raporu tebliğ edilmemiş olan soruşturmalar hakkında da uygulanır." kuralına yer verilmiştir.

Dava konusu Yönetmeliğin; yasal dayanağı, Rekabet Kurumu'nun düzenleme yetkisi ve idarî yaptırımların kanuniliği ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesinden;

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2011/3831
Karar No : 2016/212

Anayasa'nın 124. maddesinde; "Başbakanlık, bakanlık ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartı ile, yönetmelikler çıkarabilirler." hükmü yer almıştır.

Bir hiyerarşik normlar sistemi olan hukuk düzeninde alt düzeydeki normların, geçerliliklerini üst düzeydeki normlardan aldıkları kuşkusuzdur. Normlar hiyerarşisinin en üstünde evrensel hukuk ilkeleri ve anayasa bulunmakta ve daha sonra gelen kanunlar yürürlüğünü Anayasa'dan, tüzükler yürürlüğünü kanunlardan, yönetmelikler ise yürürlüğünü kanun ve tüzüklerden almaktadır. Dolayısıyla; bir normun, kendisinden daha üst konumda bulunan ve dayanağını oluşturan bir norma aykırı veya bunu değiştirici nitelikte bir hüküm getirmesi mümkün bulunmamaktadır. Nitekim, belirtilen hiyerarşinin, yönetmelikler bakımından ifadesi niteliğini taşıyan Anayasa'nın 124. maddesinde; Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelikler çıkarabilecekleri kuralına yer verilmiştir.

Kamu tüzel kişiliğini haiz, idarî ve mali özerkliğe sahip bir kamu kurumu olan Rekabet Kurumu'nun, 4054 sayılı Kanun'un kendisine tanıdığı görev ve yetkilerle sınırlı olarak yönetmelik çıkarma yetkisi bulunduğu kuşkusuzdur.

Bunun yanında, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun "Genel kanun niteliği" başlıklı 3. maddesinde, bu Kanun'un; idarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması hâlinde; diğer genel hükümlerinin, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanacağı kurala bağlanmış olup, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi uyarınca verilecek idarî para cezalarının Kabahatler Kanunu'nun genel hükümlerine tabi olduğu, bu gerekçe ile de Rekabet Kurumu tarafından idarî para cezaları alanında yapılacak düzenlemelerde, belirtilen Kanun'un genel hükümlerinde yer alan düzenlemelerin dikkate alınması gerektiği açıktır.

Belirtilen çerçevede, Rekabet Kurumu'nun ikincil düzenleme yetkisi, yukarıda belirtildiği üzere, 4054 sayılı Kanun'un belirlediği çerçeve ve 5326 sayılı Kanun'un genel hükümler bölümünde yer alan kural ve ilkelerle sınırlandırılmış bulunmaktadır.

Bu noktada, Kabahatler Kanunu'nun "Kanunilik İlkesi" başlıklı 4. maddesinde, hangi fiillerin kabahat oluşturduğu kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriğinin, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabileceği, kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarının ancak kanunla belirlenebileceği kurala bağlanmıştır.

Görüldüğü üzere, idarî yaptırımlar konusunda genel kanun niteliğini haiz Kabahatler Kanunu, idarî yaptırımlar konusunda, yaptırımın türü, süresi ve miktarı bakımından mutlak olarak kanunilik ilkesini benimsemiş bulunmaktadır.

4054 sayılı Kanun'un yukarıda anılan 16. maddesi bu açıdan irdelendiğinde, söz konusu maddede, yaptırımın türü, idarî para cezası; miktarı ise, teşebbüs veya teşebbüs birliğinin nihai karar tarihinden bir önceki yıl cirosunun yüzde onuna kadar olarak belirlenmiş bulunmakta olup, Kurul'un nispi olarak belirlenen idarî para cezasına ilişkin oran noktasında

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2011/3831
Karar No : 2016/212

takdir yetkisi bulunmaktadır. Dava konusu Yönetmelik hükümlerinde ise, idarî para cezası dışında bir idarî yaptırım öngörülmediği ve yüzde on sınırının üzerine çıkacak bir oran belirlenmediği açık olduğundan, bu yönüyle Yönetmelik hükümlerinde idarî yaptırımların kanuniliği ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Ayrıca, Kanun'un 16'ncı maddesinin, yönetmelikle düzenleme yapılmasına ilişkin son fıkrası ile aynı maddenin beşinci fıkrasında yer alan "*Kurul, üçüncü fıkraya göre idarî para cezasına karar verirken, 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 17'nci maddesinin ikinci fıkrası bağlamında, ihlâlin tekrerrü, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlâlin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususları dikkate alır.*" kuralı uyarınca Yönetmelikle belirlenecek hususların değerlendirilmesi yapılmalıdır.

Kurul, 4054 sayılı Kanun'un 16'ncı maddesinin gerek değişiklikten önceki gerekse bugünkü hâlinde, teşebbüs veya teşebbüs birliğinin cirosunun % 10'una kadar ceza uygulamak yetkisini haizdir ve hiçbir şekilde bu sınırın aşlamayacağı açıktır. Anılan maddede, "*...ihlâlin tekrerrü, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlâlin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususları...*" denilmek suretiyle idarî para cezasının belirlenmesinde dikkate alınacak hususların örnek kabilinden sayılmış olduğu görülmektedir. Belirtilen maddede oran belirlenirken dikkate alınacak hususlara yer verilmiş olup, söz konusu hususların orana etkisi noktasında bir belirlemeye gidilmemiş, bu konu 16. maddenin son fıkrası uyarınca Kurum tarafından konu hakkında çıkarılacak Yönetmeliğe bırakılmıştır.

Bu anlamda, Yönetmelik ile yapılan düzenlemenin, Kurul'un bireysel olaylar bakımından sahip olduğu takdir yetkisini, bir düzenleyici işlemle gelecekteki bütün benzer olaylar için genel geçer kurallar sevk etmek suretiyle ortaya koyması olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Nispi olarak belirlenen idarî para cezalarında, idari para cezası uygulayacak makama geniş bir takdir yetkisi verilmesi, idari yaptırımların muhatapları açısından eşitlik ve hukuki güvenlik ilkeleri bakımından sakıncalar oluşturmakta olup, bu noktada nispi idari para cezaları açısından miktar veya oran aralığının dar tutulması veyahut belirtilen aralıkta takdir yetkisinin kullanımında idarenin eşitlik ilkesi çerçevesinde objektif kriterleri belirlemesi ve bu şekilde idari para cezalarının muhatapları açısından hukuki güvenlik ilkesinin sağlanması gerekmektedir. İdarî para cezası miktarının tespitinde objektif kriterlerin belirlenmesi, idarenin takdir yetkisinin yargısal denetimine olanak sağlaması ve bu bağlamda hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesi yönünden önem arz etmektedir.

Belirtilen saptamalar çerçevesinde, söz konusu Yönetmeliğin, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinde belirtilen hususlara ilişkin olarak ve anılan maddenin verdiği yetki uyarınca, Kabahatler Kanunu'nun 4. maddesinde ifadesini bulan kanunilik ilkesi sınırları çerçevesinde ve bu Kanun'un 17. maddesinin 2. fıkrası ile 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinde idarî para

T.C.

**DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE**

Esas No : 2011/3831

Karar No : 2016/212

cezası miktarının belirlenmesinde kullanılacağı öngörülen kriterler göz önüne alınarak, Kanun'da öngörülen azami yüzde onluk oranı aşmamak üzere belirlenmesine yönelik olarak ve Kanun'un verdiği takdir yetkisinin objektifleştirilmesi amacıyla yapılan dava konusu düzenlemelerinde üst hukuk normlarına ve dayanağı Kanun hükümlerine aykırılık görülmemiştir.

Yönetmeliğin, "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinin (ç) bendinde yer alan "Kartel" tanımı ile "Temel Para Cezası" başlıklı 5. maddesi yönünden incelenmesinden;

4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında yer alan rekabete aykırı davranışlar madde metninde tadadı olarak sayılmış olduğundan, Kanun maddesi çerçevesinde ve metnin sınırını aşmayacak nitelikte belirlenmiş bulunan kartel tanımında 4054 sayılı Kanun'a aykırı bir yön bulunmamakta olup; Kabahatler Kanunu'nun 4. maddesinde belirtildiği üzere, türü ve miktarı kanunla belirlenen bir yaptırımın kanun ile belirlenen çerçeve hükmünün içeriği ikincil nitelikteki işlemlerle doldurulabileceğinden, idarî yaptırımlarda kanunilik ilkesine de aykırı bulunmamıştır.

Başka bir anlatımla, Yönetmelikteki "kartel" tanımıyla yasaklanan davranışlar, hâlihazırda Kanun'un 4. maddesinde rekabet ihlâli olarak belirtilen davranışlar olduğundan, Yönetmelikte yeni veya farklı bir düzenleme yapılmamış olup, yapılan düzenlemede var olan yasakların "kartel" başlığı altında sınıflandırılması söz konusu olmuştur.

Bu sınıflandırmanın ise, 4054 ve 5326 sayılı Kanun'larda yer alan idarî para cezasının belirlenmesinde ihlâlin ağırlığı kriterinin göz önüne alınması gerektiği yönündeki hükümler çerçevesinde ve bu hükümlere uygun olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır.

Öte yandan, Kanun'da belirlenmiş bulunan yüzde onluk sınır çerçevesinde salt temel cezaya yönelik olarak kartel ve diğer ihlâller arasında yapılan sınıflandırma, nihai cezanın belirlenmesi niteliğinde olmadığından, idarî para cezasının üzerinden belirleneceği orana bir alt sınır getirilmesi niteliğinde değerlendirilemeyeceği de açıktır.

Belirtilen hususların birlikte değerlendirilmesinden, Yönetmeliğin 3. maddesinin (ç) bendinde yer alan "Kartel" tanımı ile "Temel Para Cezası" başlıklı 5. maddesinde yer alan düzenlemeler, 4054 sayılı Kanun kapsamında yer alan ihlâller karşılığında uygulanacak idarî para cezasının belirlenmesi noktasında, ihlâlin ağırlığı kriteri dikkate alınarak yapılan bir sınıflandırma niteliğinde olduğundan, bu maddelerde dayanağı Kanun hükümlerine ve hukuka aykırılık saptanmamıştır.

Yönetmeliğin Geçici 1. maddesinin incelenmesinden;

Yönetmeliğin dava konusu "Devam eden soruşturmalar" başlıklı Geçici 1. maddesinde yer alan; bu Yönetmelik hükümlerinin, yürürlüğe girmesinden önce başlatılan ancak soruşturma raporu tebliğ edilmemiş olan soruşturmalar hakkında da uygulanacağına ilişkin kuralın, düzenleyici işlemlerin geriye yürümezlik ilkesi ve kabahatlerde zaman bakımından uygulama kuralları çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

Geriye yürümezlik ilkesi, hukuk kurallarının zaman bakımından uygulanmasıyla ilgili temel bir ilkedir ve gerek yargısal kararlar gerekse öğretide kabul edilmiş idare hukuku kuralıdır. Kural olarak düzenleyici işlemler, yürürlüğe girdiği andan başlayarak hukukî etkilerini

T.C.

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2011/3831

Karar No : 2016/212

doğurur ve yürürlük tarihinden sonraki olaylara uygulanır. Diğer yandan, kabahatlerde zaman bakımından uygulamanın düzenlendiği 5326 sayılı Kanun'un 5. maddesinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümlerinin kabahatler bakımından da uygulanacağı, ancak, kabahatler karşılığında öngörülen idarî yaptırımlara ilişkin kararların yerine getirilmesi bakımından derhâl uygulama kuralının geçerli olduğu kuralı yer almıştır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 7. maddesinde; "İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolünmüştü infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar. Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur. Hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç; infaz rejimine ilişkin hükümler, derhâl uygulanır." kuralı yer almıştır.

Zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümlerden, suçun işlendiği tarihte yürürlükte bulunmayan bir Kanun'un faile uygulanmayacağı ve sonradan yürürlüğe giren Kanun'un failin lehine ise uygulanacağına ilişkin hükümler, maddi ceza hukukuna ilişkin kurallardır. Bir hususun maddi ceza hukukuna ilişkin olup olmadığını tespit açısından, söz konusu hükmün sonuç cezaya nihai olarak tesir eden, onun miktar ve/veya süresini değiştirebilecek nitelikte hükümler ihtiva etmesi gerekmekte olup, usul kuralı niteliğinde olan, muhakeme veya infaz hukukunu ilgilendiren hususlarda kural olarak derhâl uygulama kuralı geçerlidir.

Bu saptamalar çerçevesinde, dava konusu Yönetmelik yeni bir kabahat ya da yaptırım öngörmediğinden veyahut Kanun'da yer alan yüzde on sınırı dışında sonuç yaptırımı değiştirecek nitelikte hükümler ihtiva etmediği açık olduğundan, salt Kanun'da yer alan idarî para cezasının belirlenmesi noktasında getirilen usulî nitelikte kriterleri içeren ve idarenin her bir somut olayda sahip olduğu takdir yetkisinin geleceğe dönük olarak benzer nitelikteki tüm olaylar bakımından somutlaştırılmasını öngören hükümler ihdas edildiği anlaşıldığından, Yönetmeliğin eylem tarihinde yürürlükte olmamasına rağmen henüz haklarında nihai karar verilmemiş ilgililere uygulanmasının aleyhte bir durum oluşturması söz konusu olmadığından, Yönetmelik hükümlerinin, yürürlüğe girmesinden önce başlatılan, ancak soruşturma raporu tebliğ edilmemiş olan soruşturmalar hakkında da uygulanmasına yönelik Yönetmeliğin Geçici 1. maddesinde de hukuka aykırılık saptanmamıştır.

Dava konusu 11.11.2010 tarih ve 10-72/1503-572 sayılı Rekabet Kurulu kararının davacı şirkete idarî para cezası verilmesine ilişkin kısmının incelenmesine gelince;

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 3. maddesinde, teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlikler teşebbüs birliği olarak tanımlandıktan sonra; 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,

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2011/3831
Karar No : 2016/212

uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.

Bu hâller, özellikle şunlardır:

- a. Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kâr gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi,
- b. Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü,
- c. Mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi,
- d. Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi,
- e. Münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması,
- f. Anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın ya da hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi,

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 eder.

Ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir." kuralına yer verilmiştir.

Bu kuralla, belirli bir mal ve hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma veya kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı bulunarak açıkça yasaklanmıştır.

Diğer yandan, Kanun'un "İdarî Para Cezaları" başlıklı 16. maddesinin üçüncü fıkrasında; Kanun'un 4, 6 ve 7. 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 gayrisafi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verileceği; aynı maddenin beşinci fıkrasında, Kurul'un, üçüncü fıkraya göre para cezasına karar verirken, 5326 sayılı Kanun'un 17. maddesinin 2. fıkrası bağlamında, ihlâlin tekerrürü, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlâlin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2011/3831
Karar No : 2016/212

ağırlığı gibi hususları dikkate alacağı kurala bağlanmış; son fıkrasında ise, para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususların, Kurul tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle belirleneceği düzenlenmiş, Kanun'un 27. maddesinde de, Kurul'a, Kanun'un uygulanması ile ilgili olarak tebliğler çıkarmak ve gerekli düzenlemeleri yapmak görev ve yetkisi verilmiştir.

Anılan hükümler doğrultusunda, Kanun'un 4. ve 6. maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüs ve teşebbüs birlikleri ile bunların yönetici ve çalışanlarına, Kanun'un 16. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkraları uyarınca verilecek para cezalarının tespitine ilişkin usul ve esasları düzenlemek üzere, ceza yönetmeliği niteliğindeki "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Hâlinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" çıkarılmıştır.

Yönetmeliğin "Temel para cezaları" başlıklı 5. maddesinde, "Temel para cezası hesaplanırken, Kanun'un 4'üncü ve 6'ncı maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin, nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayrisafi gelirlerinin,

a) Karteller için, yüzde ikisi ile yüzde dördü,

b) Diğer ihlaller için, binde beşi ile yüzde üçü arasında bir oran esas alınır.

Birinci fıkrada yazılı oranların belirlenmesinde, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlal neticesinde gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususlar dikkate alınır. 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. " kuralı yer almıştır.

Yönetmeliğin Geçici 1. maddesinde ise: "Bu Yönetmelik hükümleri, yürürlüğe girmesinden önce başlatılan, ancak soruşturma raporu tebliğ edilmemiş olan soruşturmalar hakkında da uygulanır." hükmüne yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; davacı şirketin Tosaş firmasıyla birlikte Berk Gaz firmasından narkoz gazı temin etmesi karşılığında Berk Gaz firmasının rekabeti ortadan kaldırmak amacıyla Gaziantep'teki medikal gaz ihalelerine girmedeği, 2007 yılında yapılan anlaşma neticesinde Tosaş firmasının ve davacı şirketin Gaziantep'teki kamu hastane ihalelerini paylaşmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlâl edilip edilmediğinin tespiti amacıyla yapılan soruşturma sonucunda alınan dava konusu Kurul kararında özetle; anılan iddialara ilişkin olarak Berk Gaz firmasında yapılan yerinde incelemelerde elde edilen ve Berk Gaz yetkilisi tarafından Tosaş hakkında tutulan notta " 07.03.2002'den beri gaz veriyoruz. Özellikle 2006 yılında Koçerler'e açtığı savaş dolayısıyla hastane sayısını artırdı. Bu da alıma yansdı. Euro'dan TL'ye döndüğümüz 2004 başından beri hiç zam yapmadık. Özellikle 2006 yılında desteğimiz hep yanlarında idi.... 2007 yılı için onlara çok büyük bir katkıda bulunduk ve Koçerler'le anlaşmıştık. (Herkes şu an verdiği yere vermeye devam edecek şeklinde anlaşmıştık). Bundan dolayı fiyatımızı 5,75 YTL'ye çıkardık." ifadelerine yer verildiği (Belge: GTP-1), davacı şirket hakkında tutulan notta ise, "...2003 yılından beri çalışıyoruz. (2003'te

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2011/3831
Karar No : 2016/212

2380 kg aldı) 2006 yılında Habaş'la yaptığı anlaşma yüzünden (500.000, TL teminat vermiş) çekindiği için artık gaz almasının zor olduğunu söyledi. 2007 yılı için Tosaş'la anlaştırdık. Herkes verdiği hastaneye vermeye devam edecek. Mehmet Bey, (davacı şirket yetkilisi) "bu anlaşmadan Tosaş kârlı çıktı, aslan payı onların oldu" dese de verdiği yerlere yüksek fiyattan verecek. Her ne kadar bizden alması zor görünse de, yapılan ziyaretlerle bir miktar alması istenecek. Yüksek fiyattan verdiği için de fiyatını yükseltelim, Tosaş fiyatına getirelim." ifadelerine yer verildiği (Belge: GTP-2), anılan notlara ilişkin Berk Gaz yetkilisinin pişmanlık tutanağında ise, "Koçerler Habaş'ın Gaziantep bayisidir. Tosaş ise bağımsızdır. Gaziantep'te bir de ismini hatırlamadığımız bir Linde bayisi vardır. Başka bir firma var mı bilmiyorum. Tosaş, özellikle 2006 yılında Koçerlerle girdiği sıkı fiyat savaşı ile hastane sayısını artırmıştır. Linde bayisi bu fiyat savaşına girmemiştir. Belgede yer alan ifadelerde o sırada firmamızda çalışan ve ihalelere giren, ancak 2008 yılında ayrılan Asım Bey'in 2007 yılında araya girerek "fiyatları bu kadar öldürmeyin; böylelikle herkes gaz verdiği hastaneye vermeye devam etsin" diyerek bu firmaları anlaştırdığı, bunun neticesinde de 2007 yılında bizim Tosaş'a satış fiyatımızın 4,75'ten 5,75 kg./YTL'ye çıktığı anlaşılıyor. 2007'de Koçerlere gaz satışımız yoktur. Tosaş'a ise 3110 2007 yılında 4900 kg narkoz gazı satışımız olmuştur. Tosaş narkoz gazını sadece bizden satın almaktadır. Önceki yıllara ait alım miktarları bayilerle ilgili olan belgelerde yer almaktadır. İfadelerine yer verildiği, anılan hususlara ilişkin olarak ihale işlem dosyalarının incelenmesinden, davacı şirketin incelenen dönem boyunca 25 Aralık Devlet Hastanesi'nin ve Av. Cengiz Gökçek Gaziantep Devlet Hastanesi'nin sıvı oksijen, tüplü oksijen ve narkoz gazı ihalelerini kazandığı, Tosaş'ın ise anılan hastanelerin ihalelerine teklif vermediği ya da geçersiz teklif verdiği, Gaziantep Üniversitesi Hastanesi'nin medikal gaz ihalelerinin ise 2004 ve 2005 yıllarında davacı tarafından kazanılmışken, 2006 yılından itibaren Tosaş tarafından kazanıldığı, Berk Gaz'ın Av. Cengiz Gökçek Gaziantep Devlet Hastanesi'nin 14.04.2009 tarihli narkoz gazı ihalesi haricinde herhangi bir ihaleye teklif vermediği, anlaşmanın yapıldığı 2007 yılında gerçekleşen fiyatların, 2006 yılına kıyasla belirgin bir biçimde yüksek olduğu, örneğin, davacının 25 Aralık Devlet Hastanesi'nin 2006 yılı ihalesinde 140 TL/tüp olan fiyatını aynı hastanesinin 2008 yılı başındaki ihalesinde 205 TL/tüp'e, Av. Cengiz Gökçek Gaziantep Devlet Hastanesi'nin 2006 yılı ihalesinde 100 TL/tüp olan fiyatını aynı hastanesinin 2007 yılı ihalesinde 195 TL/tüp'e yükselttiği, Tosaş'ın ise Gaziantep Üniversitesi Hastanesi'ne 2006 yılında 160 TL/tüp olarak teklif ettiği fiyatı 190.- TL/tüp'e çıkardığı, aynı dönemde Berk Gaz'ın da teşebbüslere satış fiyatını 4,75 TL/kg'den 5,75 TL/kg'ye yükselterek %21 oranında zam yaptığı, davacı şirketin ve Tosaş'ın 2002-2009 yılları arasında Berk Gaz firmasından yaptığı gaz alımlarının incelenmesinden, sırayla 480-0 kg, 502-2380 kg, 465-1960 kg, 1027-2265 kg, 4770-155 kg, 4932-0 kg, 5477-775 kg, 357-0 kg alım yapıldığının tespit edildiği, Gaziantep medikal gaz pazarında faaliyet gösteren Tosaş'ın ve davacı şirketin 2007 yılında Berk Gaz tarafından daha önce mal verdikleri hastanelere mal vermeye devam etmek ve birbirlerinin mal verdiği hastane ihalelerine girmemek üzere anlaştırıldığı, netice olarak, Berk Gaz, Tosaş ve davacı şirketin yatay anlaşma yapmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'u 4. maddesini ihlal ettikleri

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2011/3831
Karar No : 2016/212

gereğiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16. maddesinin üçüncü ve beşinci fıkraları ile Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Hâlinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmeliğin 5. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca temel para cezasının %2 olarak belirlendiği, Yönetmeliğin 5. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, ihlalin süresi dikkate alınarak; ihlalin bir yıldan uzun, beş yıldan kısa sürdüğü dikkate alınarak temel para cezasının yarı oranında artırıldığı, ihallerde Berk Gaz Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.'nin zorlamasının bulunması nedeniyle cezanın beşte üç oranında indirilerek, 2009 mali yılı sonunda oluşan ve Kurul tarafından belirlenen yıllık gayrisafi gelirinin %1,2'si oranında olmak üzere 19.684,75.-TL idarî para cezası verilmesine karar verildiği, bu Kurul kararının davacıya ait olan kısmının iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlıkta; Berk Gaz firmasında yapılan yerinde incelemelerde elde edilen belgeler ile bu belgelere konu Gaziantep ili kamu hastanelerinin medikal gaz alım ihalelerinin ve davacı şirketin ve Tosaş'ın 2002-2009 yılları arasında Berk Gaz firmasından yaptığı gaz alımlarının incelenmesinden, davacı şirketin medikal gaz pazarında 2007 yılından 2009 yılına kadar olan dönemde, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında yatay anlaşma yapmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettikleri sonucuna varılmıştır.

Bu itibarla, medikal gaz pazarında faaliyet gösteren davacı şirket hakkında 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırı davranışları nedeniyle tesis edilen dava konusu Rekabet Kurulu kararında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Öte yandan; her ne kadar davacı şirket tarafından idari para cezasının, 4054 sayılı Kanun'un 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanun'un 472. maddesiyle değişik 16. maddesine göre, 2009 mali yılı sonunda oluşan cirosu üzerinden verildiği, isnat edilen eylemlerin gerçekleşme tarihlerinin anılan değişiklik öncesi olduğu, dolayısıyla para cezasının eylem tarihindeki ciro üzerinden hesaplanması gerektiği ileri sürülmekte ise de, 4054 sayılı Kanun'un 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanun'un 472. maddesiyle değişik 16. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, bu Kanun'un 4, 6 ve 7. maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, 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 gayrisafi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verileceği düzenlendiğinden ve aynı Kanun'un 48. maddesinden de nihai kararın rekabet Kurulu kararı olduğu anlaşıldığından, dava konusu Kurul kararının 11.11.2010 tarihli olduğu dikkate alındığında davacı şirkete 2009 yılı cirosu üzerinden idari para cezası verilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığından davacı şirketin bu iddiası yerinde görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle; davanın **REDDİNE**, ayrıntısı aşağıda gösterilen toplam 242,10.-TL yargılama giderinin davacı şirket üzerinde bırakılmasına, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca belirlenen 3.000.-TL vekâlet ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine, posta gideri avansından artan tutarın kararın kesinleşmesinden sonra istemi hâlinde davacıya iadesine, bu kararın tebliğ tarihini izleyen 30 (otuz) gün içerisinde Danıştay

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2011/3831
Karar No : 2016/212

İdari Dava Daireleri Kurulu'na temyiz yolu açık olmak üzere, 09.02.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan Vekili	Üye	Üye	Üye	Üye
Zümrüt	Nizamettin	Dr. Hasan	Doç. Dr. Gürsel	Fatih Mehmet
ÖDEN	KALAMAN	GÜL	ÖZKAN	ALKIŞ

Yargılama Giderleri :
Toplam Harç : 157,10.-TL
Posta Gideri : 85,00.-TL
Toplam : 242,10.-TL

A handwritten signature in black ink is written over a circular, textured stamp. The stamp contains the text 'ASLI GİDİR' in a bold, sans-serif font. The signature is a cursive, flowing line that starts from the top left and ends with a long, thin tail extending downwards.