

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2007/2891
Karar No : 2009/9203

Davacı : Çimsa Çimento Sanayi ve Ticaret A.Ş.
Vekilleri : Av. Dr. Metin Günday, Av. Dr. Nurkut İnan
Büyükelçi Sok. No:20/5 Kavaklıdere/ANKARA

Davalı : Rekabet Kurumu
Bilkent Plaza B-3 Blok Bilkent/ANKARA
Vekili : Av. Dr. Nagehan Özseyhan - Aynı adreste

Davanın Özeti : Doğu Akdeniz çimento pazarında faaliyet gösteren Çimsa Çimento Sanayi ve Ticaret A.Ş. ve Adana Çimento Sanayi T.A.Ş. tarafından Oysa Çimento Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin kurulmasıyla, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında kurucu taraflar arasındaki rekabetçi davranışların koordinasyonunu sağlayan ve rekabeti sınırlayıcı amaç ve etkilere sahip olan bir işbirliği anlaşması gerçekleştirildiği, söz konusu anlaşma sonucunda ilgili pazarda rekabetin tamamen ortadan kalktığı belirtilerek, aynı Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca idarî para cezası verilmesine ilişkin Rekabet Kurulu'nun 03.10.2006 tarih ve 06-69/930-267 sayılı kararının davacı şirkete yönelik kısımlarının; savunma hakkının kısıtlandığı, Kurul kararında belirtilen davranışların, 4054 sayılı Kanun kapsamında bir anlaşmanın varlığını ortaya koymadığı, ceza takdirinde hataya düşüldüğü ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Doğu Akdeniz çimento pazarında faaliyet gösteren Çimsa Çimento Sanayi ve Ticaret A.Ş. ve Adana Çimento Sanayi T.A.Ş. tarafından kurulmuş bulunan Oysa Çimento Sanayi ve Ticaret A.Ş. aracılığıyla rekabetin ihlâl edildiğinin yapılan soruşturma sonucunda saptandığı belirtilerek, davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkimi Ahmet EĞERCİ'nin Düşüncesi : Dava dosyası ile Dairemizin E:2007/2755 sayılı dava dosyasındaki bilgi ve belgeler, mevzuat hükümleriyle birlikte değerlendirildiğinde; Doğu Akdeniz çimento pazarında faaliyet gösteren Çimsa Çimento San. ve Tic. A.Ş. ve Adana Çimento San. T.A.Ş. tarafından kurulmuş bulunan Oysa Çimento San. ve Tic. A.Ş. aracılığıyla rekabetin ihlâl edildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, açıkça 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlâl eden davacıya, dava konusu Rekabet Kurulu kararıyla, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca idarî para cezası verilmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenle, davanın reddine karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Birgül KURT'un Düşüncesi : Dava, Çimsa Çimento Sanayi ve Ticaret A.Ş. ve Adana Çimento Sanayii T.A.Ş. tarafından kurulmuş olan Oysa Çimento San. ve Tic. A.Ş.'nin, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında kurucu taraflar arasındaki rekabetçi davranışların koordinasyonunu sağlayan ve rekabeti sınırlayıcı amaç ve etkilere sahip olan bir işbirliği anlaşması olduğuna,;

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2007/2891
Karar No : 2009/9203

Söz konusu anlaşma sonucunda ilgili pazarda, Çimsa Çimento Sanayi ve Ticaret A.Ş. ile Adana Çimento Sanayii T.A.Ş. arasındaki rekabetin tamamen ortadan kalktığına;

Bu sebeple aynı Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca 2004 yılı sonunda oluşan gayri safi gelirlerinin takdiren %1'i oranında ve ayrı ayrı olmak üzere Çimsa Çimento Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin 2.468.005,09- YTL idari para cezası ile cezalandırılmasına;

Çimsa Çimento Sanayi ve Ticaret A.Ş. ile Adana Çimento Sanayii T.A.Ş arasında rekabetçi davranışların koordinasyona neden olduğu ve 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında bulunduğu tespit edilen ortak girişimdeki aykırılığın ortadan kaldırılarak rekabetin tesisinin, aynı Kanun'un 9. maddesi uyarınca bildirilmesine ve söz konusu aykırılığın ortadan kaldırılması için taraflara 6 ay süre verilmesine;

Bu süre içerisinde de rekabeti ortadan kaldırıcı faaliyetlerden kaçınılmasına, aksi takdirde süreli para cezası uygulanacağına bildirilmesine ilişkin olan Rekabet Kurulu'nun 3.10.2006 tarih ve 06-69/930-267 sayılı kararının davacı Çimsa Çimento ve Tic. A.Ş.'ne yönelik kısımlarının iptali istemi ile açılmıştır.

4054 sayılı Yasanın 4. maddesinin son iki fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası ciddi görülmemiştir.

4054 sayılı Yasanın 4. maddesinde; bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasak olduğu,

7. maddesinde; bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasak olduğu, hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul, çıkaracağı tebliğlerle ilan eder, hükümleri yer almıştır.

1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğin 2. maddesinde; birleşme ve devir alma halleri sayılmış, söz konusu durumlarda, Tebliğ'in 4 üncü maddesindeki koşullara bağlı olarak Rekabet Kurulu'ndan izin alınması gerektiği belirtilmiş, ortak girişimler ancak "bağımsız iktisadi varlık olarak ortaya çıkmaları" ve "işbirliği doğurucu etkiye yol açmamaları" kriterleri altında bir birleşme veya devralma olarak sayılmış, ortak girişimlerde kontrolün; hak sahipleri ya da bir sözleşmeye göre hakları kullanmaya yetkili kılınmış veya böyle bir hak ve yetkisi olmamakla birlikte, fiilen bu hakları kullanma gücüne sahip olan kişiler veya teşebbüsler tarafından elde edilmiş olduğu kabul edilmiştir.

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2007/2891
Karar No : 2009/9203

Pazarın aynı seviyesinde yer alan rakipler arasındaki yatay işbirliklerinin bir bölümünü oluşturan ortak girişimler, amaçlarını gerçekleştirmek üzere işgücü ve malvarlığına sahip olacak şekilde bağımsız iktisadi bir varlık olarak ortaya çıkan ve taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmayan ortaklıklardır.

Özellikle, ortak girişim üzerinde ana teşebbüslerin sıkı kontrolü rekabeti olumsuz etkileyebilecek bir faktör olarak ortaya çıkmaktadır. Ortak girişimi meydana getiren ana teşebbüslerin aynı ya da yakın ilgili ürün pazarlarında faaliyetlerine devam ediyor olmaları söz konusu birlikteliklerin yoğunlaşmalara nazaran, daha farklı bir şekilde analizini gerektirmektedir. Koşulların varlığı altında rekabeti kısıtlamaları daha yüksek bir olasılık haline gelecektir.

Bu koşullar, ortak girişimin ana teşebbüslerinin yüksek bir pazar gücüne sahip olması, ortak girişimin faaliyet gösterdiği pazarın oligopolistik özellikler taşıması, teşebbüs ve ortak girişimin aynı ya da ikame malların oluşturduğu ilgili ürün pazarında bulunmaları, ana teşebbüslerden en az birinin, ortak girişimin pazarına girebilecek potansiyel rakip konumunda olması şeklinde özetlenebilir. Ana teşebbüsler arasındaki bilgi değişiminin gerçekleşmesi işbirliği riskini artıran bir unsur olarak görülmektedir

Dosyanın incelenmesinden; OYSA Niğde Çimento Sanayii ve Ticaret A.Ş.'nin, OYSA İskenderun Çimento Sanayi ve Ticaret A.Ş.'yi devralması suretiyle iki şirketin birleşmesi işlemine izin verilmesi istemi üzerine, Rekabet Kurulunun 9.1.2003 sayılı 03-03/19-4 sayılı kararı ile; her iki şirketin de Sabancı Grubu ve OYAK'ın ortak kontrolünde olduğu ve "kontrol" unsuru bakımından bir değişikliğin gerçekleşmeyeceği dikkate alınarak, söz konusu devralma işleminin anılan Tebliğ'in 2. maddesi kapsamı dışında kaldığı, birleşme işleminin, 1997/1 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" hükümleri kapsamında olmadığına karar verildiği, bu nedenle anılan aşamada 4054 sayılı Yasa kapsamında değerlendirme yapılmadığı ancak kararda, 4054 sayılı "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesi çerçevesinde yapılabilecek değerlendirmeler saklı kalmak bulunduğu ifadesine yer verildiği, şikayet üzerine 2005 yılında başlatılan soruşturma sonucu;

Oysa Çimento'ya bağlı Niğde ve İskenderun çimento fabrikalarının, İskenderun, Adana ve Mersin arasındaki mesafeler dikkate alındığında Adana, Mersin ve Hatay illerini kapsayan Doğu Akdeniz çimento pazarında, kaldığı, bu çimento pazarında Adana Çimonto Sanayi T.A.Ş. (AÇS) , Çimsa Çimonto Sanayi T.A.Ş. (Çimsa) ve Oysa Çimento San. ve Tic. A.Ş. (Oysa Çimento) olmak üzere üç teşebbüsün bulunduğu, OYSA Çimento'nun ana sözleşmesi incelendiğinde;

Oyak Grubu ile Sabancı Grubu'nun sahip oldukları hisselerin eşitlenmesinin öngörüldüğü, yönetim kurulu üyelerinin 3'ü Sabancı, 3'ü de Oyak'ın önereceği adaylar arasından Genel Kurul tarafından seçileceği, Yönetim Kurulu Başkanlığı ve Başkan Yardımcılığı görevlerinin , iki grup arasında birer birer görev olmak üzere, ikişer yıllık sürelerle

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2007/2891
Karar No : 2009/9203

münavebeli olarak yerine getirileceği, "Denetim Kurulu" nun iki üyeden oluşacağı, denetim Kurulu üyeliğinin biri Oyak biri de Sabancı'yı temsilen gösterilecek aday veya adaylar arasından seçileceği kurallarının yer aldığı, Oysa Çimento'nun Yönetim ve Denetim Kurulu'nda görev alan tüm üyelerin, Oyak ve Sabancı'nın çimento şirketlerinde de görevleri bulunduğu, bu durumun etkilerinin pazara yansımalarına bakıldığında ise;

Dört yıllık zaman diliminde, AÇS ile Çimsa fiyatlarının sürekli olarak uyum gösterdiği, fiyat artışlarının birlikte ve aynı oranlarda yapıldığının görüldüğü;

OYSA Çimento'nun, kurucu taraflar olan AÇS ve Çimsa arasında rekabetçi davranışların koordinasyonunu sağlaması ve rekabeti sınırlayıcı amaç ve etkilere sahip olması nedeniyle 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2. maddesi anlamında yoğunlaşma doğurucu bir ortak girişim değil; 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında işbirliği doğurucu bir anlaşma olduğu, rekabeti sınırlayıcı yapının Kanun'un 8. maddesi uyarınca menfi tespit alamayacağı, 4054 sayılı Kanun'un maddesi kapsamındaki bir anlaşmaya muafiyet tanınabilmesi için, söz konusu anlaşmayla aynı Kanun'un 5. maddesinde sayılan dört koşulu birlikte gerçekleşmediği, aksine "İlgili piyasanın hemen hemen tamamında rekabetin ortadan kalktığı", bu nedenle de Oyak ve Sabancı Grubu teşebbüsleri arasında akdedilen ortak girişim anlaşmasına muafiyet tanınmasının mümkün olmadığı nedeniyle dava konusu kararın alındığı anlaşılmaktadır.

Homojen bir yapı malzemesi olarak kabul gören çimentonun pazarları, oligopol yapıdadır. Doğu Akdeniz çimento pazarının incelendiğinde ise; bu pazarda üç teşebbüsün bulunduğu, bunlarda ikisinin birlikte ortak girişimleri olan üçüncü teşebbüsün ortak kontrolünü sağlandığı, diğer bölgelerden gelebilecek rekabet baskılarına kapalı bu çimento pazarında aralarında bağ bulunan teşebbüsler tarafından kontrol edilen bir yapı olduğu, bu durumun hem kurucu taraflar, hem de ortak girişim ile kurucu ortaklar arasındaki rekabeti sınırlayıcı amaç ve etki gösterdiği, Oysa'nın kuruluşuna ilişkin Oyak ve Sabancı Grubu teşebbüsleri arasında akdedilen ortak girişim anlaşması ile oluşturulan Oysa'nın yoğunlaşma doğurucu bir ortak girişim değil; işbirliği doğurucu bir anlaşma olduğu sonucuna varıldığından, muafiyet ve menfi tespit verilmesi şartlarını da taşımayan anlaşma nedeniyle verilen Rekabet Kurulu kararının, 2004 yılı sonunda oluşan gayri safi gelirlerinin esas alınarak idari para cezası verilmesi dışında hukuka uygun bulunduğu görülmektedir.

Davacının bu kısma ilişkin iddialarında ise isabet bulunmamaktadır.

Öte yandan; 4054 sayılı Yasanın işlem tarihinde yürürlükte bulunan 16. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "...yasaklanmış olan davranışları gerçekleştirdiği, bir yıl önceki mali yıl sonunda oluşan yıllık gayri safi gelirin yüzde onuna kadar para cezası " verilebileceği yolundaki hüküm, 8.2.2008 tarihli ve 26781 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 5728 sayılı Yasanın 472. maddesi ile "...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 idari para cezası verilir." şeklinde değiştirilmiş,

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2007/2891
Karar No : 2009/9203

Yine 5728 sayılı Yasanın 474. maddesi ile 4054 sayılı Yasanın 55. maddesinde yapılan düzenleme sonucu ise "Kurul kararlarına karşı yargı yoluna başvurulması kararların uygulanmasını ve idari para cezalarının takip ve tahsilini durdurmaz." kuralı getirilmiştir.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun "Genel Kanun Niteliği" başlıklı 3. maddesinde;

Bu Kanunun; İdari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde,

• Diğer genel hükümlerinin, idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında da uygulanacağı ;

"Zaman Bakımından Uygulama" başlıklı 5. maddesinin (1). numaralı fıkrasının gönderme yaptığı, 5237 sayılı Türk Ceza Kanu'nunun 7. maddesinin (2) numaralı fıkrasında ise; "Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur." hükmü yer almıştır.

İdari para cezasının verilmesine neden olan işbirliği anlaşmasının 2006 yılında da varlığını sürdürdüğü, kararın tesisi itibariyle yürürlükteki mevzuat uyarınca 2005 yılı gayri safi gelirlerinin esas alınarak idari para cezası hesaplanması gerekirken 2004 yılı gayri safi gelirlerinin esas alındığı, kararın verilmesinden sonra yapılan yasal değişiklik uyarınca da nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan mali yılın 2005 yılına isabet ettiği , ancak davacının talebi aşılarak alayhine ağırlaştırıcı durum yaratılamayacağından, 2004 ve 2005 yıllarına ilişkin gayri safi gelirlerin değerlendirilmesi, davacı lehine olanın dikkate alınması suretiyle idari para cezası yönünden yeniden bir karar verilmesinin gerekmekte olduğu görülmektedir.

Açıklanan nedenlerle 3.10.2006 tarih ve 06-69/930-267 sayılı kararın davacı şirkete idari para cezası verilmesine ilişkin kısmı yönünden iptali, davaya konu diğer kısımları yönünden ise davanın reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, duruşma için önceden belirlenen 26.05.2009 tarihinde davacı vekili Av. Dr. Metin Günday ile davalı Kurum vekili Av. Dr. Nagehan Özseyhan'ın geldikleri, Danıştay Savcısının hazır bulunduğu görülmekle açık duruşmaya başlandı. Taraflara usulüne uygun söz verilip dinlendikten ve Danıştay Savcısı'nın düşüncesi alındıktan sonra, taraflara son kez söz verilip duruşma tamamlandı. Aynı gün yapılan ara kararı gereğinin taraflarca yerine getirilmesi üzerine dava dosyası incelenerek gereği görüldü;

Dava; Doğu Akdeniz çimento pazarında faaliyet gösteren Çimsa Çimento Sanayi ve Ticaret A.Ş. ve Adana Çimento Sanayi T.A.Ş. tarafından Oysa Çimento Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin kurulmasıyla, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında kurucu taraflar arasındaki rekabetçi davranışların koordinasyonunu sağlayan ve rekabeti sınırlayıcı amaç ve etkilere sahip olan bir işbirliği anlaşması gerçekleştirildiği, söz konusu anlaşma sonucunda ilgili

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2007/2891
Karar No : 2009/9203

pazarda rekabetin tamamen ortadan kalktığı belirtilerek, aynı Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca idarî para cezası verilmesine ilişkin Rekabet Kurulu'nun 03.10.2006 tarih ve 06-69/930-267 sayılı kararının davacı şirkete yönelik kısımlarının iptali istemiyle açılmıştır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesinde "Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.

Bu haller, 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 satın 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" hükmüne yer verilmiştir.

Bu hükümlerle, 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.

4054 sayılı Kanun'un davaya konu eylem ve işlem tarihinde yürürlükte bulunan "Para Cezaları" başlıklı 16. maddesinin ikinci fıkrasında ise; bu Kanun'un 4. ve 6. maddesinde yasaklanmış olan davranışları gerçekleştirdiği Kurul kararı ile sabit olanlara, ikiyüz milyon liradan aşağı olmamak üzere, ceza verilecek teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzel kişiler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerinin bir yıl önceki malî yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan gayri safi gelirinin yüzde onuna kadar para cezası verileceği öngörülmüştür.

Bu yasal düzenleme karşısında, Rekabet Kurulu'nca 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinde belirtilen yasak fiil ve davranışlarda bulunduğu saptananlara, eylem tarihi dikkate

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2007/2891
Karar No : 2009/9203

alınarak para cezası verileceği açık olup, para cezası uygulamasının; yasak fiil ve davranışın saptanarak soruşturmanın açıldığı tarihte devam eden ihlaller yönünden, soruşturmanın açıldığı tarihin eylem tarihi olarak kabul edilerek, bu tarihten bir yıl önceki malî yıl sonunda oluşan yıllık gayri safî gelirleri üzerinden, yasak fiil ve davranışın belli bir dönemi kapsadığı; diğer bir deyişle, soruşturmanın açıldığı tarihten önce yasak fiil ve davranışın sona erdiği durumda ise, son eylem tarihinden bir yıl önceki malî yıl sonunda oluşan yıllık gayri safî gelirleri üzerinden yapılması gerekli bulunmaktadır.

Dava dosyası ile Dairemizin E:2007/2755 sayılı dava dosyasına ekli işlem dosyasındaki bilgi ve belgelerin birlikte incelenmesinden; Adana, Mersin ve Hatay illerini kapsayan Doğu Akdeniz çimento pazarında, Adana Çimento Sanayi T.A.Ş. (AÇS), Çimsa Çimento Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Çimsa) ve bir öğütme tesisi olan Oysa Çimento Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin (Oysa Çimento) İskenderun Fabrikası olmak üzere kurulu üç teşebbüsün bulunduğu, Oysa Çimento'nun, Sabancı Grubu (Çimsa) ile Oyak (AÇS) grubu tarafından ortaklaşa kontrol edilen bir ortak girişim şirketi olduğu, Oysa Çimento'nun Yönetim ve Denetim Kurulu'nda görev yapan tüm üyelerin Oyak ve Sabancı'nın çimento şirketlerinde de görev aldığı, Oysa Çimento'ya bağlı Niğde ve İskenderun fabrikalarının bulunduğu, İskenderun, Adana ve Mersin arasındaki mesafeler dikkate alındığında bu üç pazarın, dolayısıyla bu pazarlarda yer alan çimento fabrikalarının aynı coğrafi pazar içerisinde yer aldığı görüldüğü, Doğu Akdeniz çimento pazarının, diğer bölgelerden gelebilecek rekabet baskılarına kapalı; AÇS, Çimsa ve OYSA Çimento tarafından kontrol edilen bir yapı arz ettiği, dört yıllık fiyat hareketleri incelendiğinde, bu zaman diliminde, AÇS ile Çimsa fiyatlarının sürekli olarak uyum gösterdiği, fiyat artışlarının birlikte ve aynı oranlarda yapıldığının görüldüğü, OYSA Çimento'nun, kurucu taraflar olan AÇS ve Çimsa arasında rekabetçi davranışların koordinasyonunu sağlaması ve rekabeti sınırlayıcı amaç ve etkilere sahip olması nedeniyle; 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2. maddesi anlamında yoğunlaşma doğurucu bir ortak girişim değil; 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında işbirliği doğurucu bir anlaşma olduğu, aynı pazarda faaliyet gösteren AÇS, Çimsa ve Oysa Çimento arasındaki rekabeti sınırlayıcı yapının Kanun'un 8. maddesi uyarınca menfi tespit belgesi alması mümkün olmadığı gibi 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamındaki bir anlaşmaya muafiyet tanınabilmesi için, söz konusu anlaşmanın aynı Kanun'un 5. maddesinde sayılan dört koşul birlikte karşılanması gerektiğinden, aynı pazarda faaliyet gösteren ve kurucu taraflar olan AÇS ile Çimsa'nın oluşturdukları Oysa Çimento ortak girişiminin söz konusu koşulları taşımaması nedeniyle, ortak girişim anlaşmasına muafiyet tanınmasının da mümkün olmadığı, dolayısıyla, Çimsa ve AÇS tarafından kurulmuş olan Oysa Çimento'nun, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında gerek kurucu taraflar arasında, gerekse bu taraflarla ortak girişim arasında rekabetçi davranışların koordinasyonunu sağlayan ve rekabeti sınırlayıcı amaç ve etkilere sahip olan bir işbirliği anlaşması olduğu, söz konusu anlaşma sonucunda ilgili pazarda Çimsa ile AÇS arasındaki rekabetin tamamen ortadan kalktığı görülmekte olup, Rekabet Kurulu'na

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2007/2891
Karar No : 2009/9203

bu durumun saptanması üzerine, usulüne uygun olarak yürütülen soruşturma sonucunda davacı şirkete, 4054 sayılı Kanun'un işlem tesis tarihinde yürürlükte bulunan 16. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, soruşturmanın 24.03.2005 tarihinde açıldığı dikkate alınarak, 2004 yılı sonunda oluşan gayri safi gelirlerinin takdiren %1'i oranında idarî para cezası verildiği anlaşılmaktadır.

Ancak, 4054 sayılı Kanun'un işlem tarihinde yürürlükte bulunan 16. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, yasaklanmış olan davranışların gerçekleştirildiği tarihten bir yıl önceki malî yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirin yüzde onuna kadar para cezası verileceği yolundaki hüküm, 08.02.2008 tarihli ve 26781 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 5728 sayılı Kanun'un 472. maddesi ile " Bu Kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihaî karardan bir önceki malî yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihaî karar tarihine en yakın malî yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir." şeklinde değiştirilmiştir.

Diğer taraftan, 5326 sayılı Kabahatlar Kanunu'nun "Genel Kanun Niteliği" başlıklı 3. maddesinde; bu Kanun'un idarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde, diğer genel hükümlerinin, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanacağı, "Zaman Bakımından Uygulama" başlıklı 5. maddesinin 1. fıkrasının göndermede bulunduğu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 7. maddesinin 2. fıkrasının 2. fıkrasında ise; suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümlerinin farklılığı halinde, failin lehine olan kanunun uygulanacağı hükmüne bağlanmıştır.

Bu yasal düzenlemeler uyarınca, 4054 sayılı Kanun 16. maddelerinin ikinci fıkrasında yapılan değişikliğin davacı lehine bir sonuç doğurup doğurmadığı önem arz etmektedir.

Davacı şirkete, 4054 sayılı Kanun'un işlem tesis tarihinde yürürlükte olan 16. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, süregelen eylemin saptandığı tarih olan, soruşturmanın açıldığı 24.03.2005 tarihinden bir önceki mali yıl olan 2004 yılı gayri safi geliri üzerinden para cezası verildiğinden, anılan maddede yapılan değişiklik uyarınca ise, nihai karar tarihi olan 03.10.2006 tarihinden bir önceki mali yıl olan 2005 yılı gayri safi geliri üzerinden para cezası verilmesi gerektiğinden, Dairemizin 26.05.2009 tarihli ara kararı ile taraflardan, davacı şirketin 2005 yılı gayri safi geliri sorulmuş olup, gelen yanıtlarla dosyada mevcut 2004 yılı gayri safi gelirin karşılaştırılmasından, daha düşük olduğu belirlenen 2004 yılı gayri safi geliri üzerinden para cezası verilmesinin davacı şirketin lehine bulunduğu, diğer bir deyişle, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrasında daha sonra yapılmış olan değişikliğin davacı şirket lehine bir durum yaratmadığı saptanmıştır.

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No : 2007/2891
Karar No : 2009/9203

Bu durumda; Doğu Akdeniz çimento pazarında faaliyet gösteren Çimsa ve AÇS'nin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlâl ettikleri açık olduğundan, davacı şirkete, aynı Kanun'un işlem tesis tarihinde yürürlükte olan 16. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca 2004 yılı sonunda oluşan yıllık gayri safi gelirlerinin %1'i üzerinden idarî para cezası verilmesine ilişkin dava konusu Rekabet Kurulu kararında hukuka aykırılık görülmemiştir.

• Açıklanan nedenlerle; davanın reddine, aşağıda dökümü yapılan 128,40-TL yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 1.250-TL avukatlık ücretinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine, artan posta ücretinin istemi halinde davacıya iadesine, 19.10.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
Faruk	Ali	Turan	Zümrüt	Gürsel
ÖZTÜRK	ÖZTÜRK	KARAKAYA	ÖDEN	MEKİK



YARGILAMA GİDERLERİ :

Toplam Harç : 68,40-TL
Posta Gideri : 60,00-TL
TOPLAM : 128,40-TL