

TEMYİZ EDEN (DAVACI) : Doğan Gazetecilik A.Ş.
VEKİLİ : Av. Nazire Başak Baylan
100. Yıl Mah. 2264. Sok. No:1 - Bağcılar/İSTANBUL

KARŞI TARAF (DAVALI) : Rekabet Kurumu
UETS Kodu: 35495-15945-49388 (E-Tebliğat)

VEKİLİ : Av. Nagehan Özseyhan

İSTEMİN KONUSU : Danıştay Onüçüncü Dairesinin 20/10/2016 tarih ve E:2012/1229, K:2016/3374 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: Doğan Yayın Holding A.Ş. bünyesinde faaliyet gösteren Hürriyet Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş., Doğan Gazetecilik A.Ş., Bağımsız Gazeteciler Yayıncılık A.Ş., Doğan Daily Nevs Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş. adlı şirketlerden oluşan ekonomik bütünlüğün pazarda hâkim durumda bulunduğu, günlük gazete reklam yeri fiyatlarının oluşumunda uyguladığı indirim sistemleri ve medya planlama satın alma ajansları ile akdettiği mutabakat ve/veya sözleşmelerdeki prim uygulamaları yoluyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde hâkim durumunu kötüye kullandığına, bu nedenle, Hürriyet Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş., Doğan Gazetecilik A.Ş. ve Bağımsız Gazeteciler Yayıncılık A.Ş.'ye idarî para cezası verilmesine ilişkin Rekabet Kurulunun 30/03/2011 tarih ve 11-18/341-103 sayılı kararının davacı şirkete yönelik kısmı ile 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 ile ödenen idarî para cezasının yasal faizi ile birlikte iadesine karar verilmesi istenilmiştir.

Daire kararının özeti: Danıştay Onüçüncü Dairesinin 20/10/2016 tarih ve E:2012/1229, K:2016/3374 sayılı kararıyla;

Davacı tarafından, 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, davacının isteminin Yönetmeliğin 3. maddesinin (f) bendi, 5. maddesinin 1. fıkrası ve Geçici 1. maddesi ile sınırlı olarak incelendiği;

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16. maddesinin 3. 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

T.C.
DANIŞTAY
İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU
Esas No : 2017/1383
Karar No : 2019/4731

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 verileceği, 5. fıkrasında, Kurul'un, 3. 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, para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususların, Kurul tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle belirleneceği, 27. maddesinde ise, Kurul'un, Kanun'un uygulanması ile ilgili olarak tebliğler çıkarmaya ve gerekli düzenlemeleri yapmaya yetkili olduğu kurallarına yer verildiği;

Aktarılan Kanun hükümleri doğrultusunda, Kanun'un 4. ve 6. maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüs ve teşebbüs birlikleri ile bunların yönetici ve çalışanlarına, Kanun'un 16. maddesinin 3. ve 4. fıkraları uyarınca verilecek para cezalarının tespitine ilişkin usul ve esasları düzenlemek üzere, ceza yönetmeliği niteliğindeki "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Hâlinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" in çıkarıldığı;

Anılan Yönetmeliğin 3. maddesinin (f) bendinde, "Yıllık gayri safi gelir: Tek düzen hesap planındaki net satışları veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa, Kurul tarafından saptanacak olan, net satışlara en yakın geliri ifade eder." tanımına yer verildiği; "Temel para cezası" başlıklı 5. maddesinin 1. fıkrasında, "Temel para cezası hesaplanırken, Kanun'un 4. ve 6. maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin, nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin; a) Karteller için, yüzde ikisi ile yüzde dördü, b) Diğer ihlaller için, binde beşi ile yüzde üçü arasında bir oran esas alınır." kuralının yer aldığı;

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

Dava konusu Yönetmeliğin 3. maddesinin (f) bendi ve 5. maddesinin 1. fıkrasının incelenmesine gelince;

Anayasa'nın 124. maddesinde, "Başbakanlık, bakanlık ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler." kuralının yer aldığı;

Bir hiyerarşik normlar sistemi olan hukuk düzeninde alt düzeydeki normların, geçerliklerini üst düzeydeki normlardan aldıklarının kuşkusuz olduğu; normlar hiyerarşisinin en üstünde evrensel hukuk ilkelerinin ve Anayasa'nın bulunduğu ve daha sonra gelen

T.C.
DANIŞTAY
İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU
Esas No : 2017/1383
Karar No : 2019/4731

kanunların yürürlüğünü Anayasa'dan, tüzüklerin yürürlüğünü kanunlardan, yönetmeliklerin ise yürürlüğünü kanun ve tüzüklerden almakta oldukları; dolayısıyla, bir normun, kendisinden daha üst konumda bulunan ve dayanağını oluşturan bir norma aykırı veya bunu değiştiren nitelikte bir hüküm getirmesinin mümkün olmadığı;

Kamu tüzel kişiliğini haiz, idarî ve mali özerkliğe sahip bir kamu kurumu olan Rekabet Kurumunun, 4054 sayılı Kanun'un kendisine tanıdığı görev ve yetkilerle sınırlı olarak yönetmelik çıkarma yetkisi bulunduğu kuşkusuz olduğu;

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 uygulanacağını kurala bağlandığı, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi uyarınca verilecek idarî para cezalarının Kabahatler Kanunu'nun genel hükümlerine tâbi 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;

Belirtilen çerçevede, Rekabet Kurumunun ikincil düzenleme yetkisinin, yukarıda belirtildiği üzere, 4054 sayılı Kanun'un belirlediği çerçeve ve 5326 sayılı Kanun'un genel hükümler bölümünde yer alan kural ve ilkelerle sınırlandırılmış olduğu;

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

Görüldüğü üzere, idarî yaptırımlar konusunda genel kanun niteliğini haiz Kabahatler Kanunu'nun, idarî yaptırımlar konusunda, yaptırımın türü, süresi ve miktarı bakımından mutlak olarak kanunilik ilkesini benimsediği;

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 nihaî karar tarihinden bir önceki yıl cirosunun yüzde onuna kadar olarak belirlenmiş olup, Kurulun nispi olarak belirlenen idarî para cezasına ilişkin oran noktasında takdir yetkisi bulunduğu; 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 bulunmadığı;

Ayrıca, Kanun'un 16. maddesinin 3. fıkrasında, idarî para cezasının Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelir üzerinden verileceği, anılan Yönetmeliğin "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinin (f) bendinde, yıllık gayri safi gelirin, tek düzen hesap planındaki net satışları veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa, Kurul tarafından

T.C.
DANIŞTAY
İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU
Esas No : 2017/1383
Karar No : 2019/4731

saptanacak olan, net satışlara en yakın geliri ifade ettiği kuralına yer verildiği;

Bu çerçevede, Kanun'un lafzından, cezaya esas olacak yıllık gayri safi gelirin her olay özelinde Kurul tarafından belirlenmesinin gerekli olduğu anlaşılrsa da Yönetmelik ile yapılan düzenlemede, yıllık gayri safi gelirin belirlenmesine ilişkin olarak dikkate alınacak parametrenin objektif bir şekilde belirlenmeye çalışıldığı; Yönetmelik ile yapılan bu düzenlemenin, Kurulun 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 gerektiği;

İdari para cezası miktarının tespitinde objektif kriterlerin belirlenmesinin, idarenin takdir yetkisinin yargısal denetimine olanak sağlaması ve bu bağlamda hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesi yönünden önem arz ettiği;

Dava 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 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 kurallarında üst hukuk normlarına ve dayanağı Kanun hükümlerine aykırılık görülmediği;

Yönetmeliğin Geçici 1. maddesinin incelenmesine gelince;

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 gerektiği;

Geriye yürümezlik ilkesinin, hukuk kurallarının zaman bakımından uygulanmasıyla ilgili temel bir ilke olduğu ve gerek yargısal kararlar gerekse öğretide kabul edildiği; kural olarak düzenleyici işlemlerin, yürürlüğe girdiği andan başlayarak hukukî etkilerini doğuracakları ve yürürlük tarihinden sonraki olaylara uygulanacakları; 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 kuralının yer aldığı;

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

T.C.
DANIŞTAY
İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU
Esas No : 2017/1383
Karar No : 2019/4731

bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolunmuşsa 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." kuralının yer aldığı;

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 hükümlerin, maddi ceza hukukuna ilişkin kurallar olduğu; bir hususun maddi ceza hukukuna ilişkin olduğunun tespiti açısından, söz konusu hükmün sonuç cezaya nihaî olarak tesir etmesi, onun miktar ve/veya süresini değiştirebilecek nitelikte hükümler ihtiva etmesi gerektiği; usul kuralı niteliğinde olan, muhakeme veya infaz hukukunu ilgilendiren hususlarda esas olarak derhâl uygulama kuralının geçerli olduğu;

Bu belirlemeler çerçevesinde, dava konusu Yönetmelik yeni bir kabahat ya da yaptırım öngörmediğinden veya 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 nihaî 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 ilişkin Yönetmeliğin Geçici 1. maddesinde de hukuka aykırılık bulunmadığı;

Dava konusu Rekabet Kurulu kararında karar yeter sayısının oluşmadığı iddiasının incelenmesine gelince;

Kurul kararında, toplam beş üyenin cezanın miktarında ayrışmakla birlikte aynı yönde, yani ilgili teşebbüslere idarî para cezası verilmesi yönünde oy kullandıkları, bu aşamada kullanılan oylardan ilgili teşebbüsün en çok aleyhine olan oyun, karar yeter sayısı oluşuncaya kadar kendisine daha yakın oya eklenmesi suretiyle ceza miktarının belirlenmesi gerektiği, oyların toplanmasına ilişkin bu genel kural dikkate alındığında, dava konusu Kurul kararının, anılan ekonomik bütünlüğü oluşturan teşebbüslere 2010 yılı gayri safi gelirlerinin %0,75 oranında idarî para cezası uygulanmasına ilişkin 3. bölümünde karar yeter sayısının oluştuğunun anlaşıldığı;

Dava konusu 30/03/2011 tarih ve 11-18/341-103 sayılı Rekabet Kurulu kararının davacı şirkete idarî para cezası verilmesine ilişkin kısmının incelenmesine gelince;

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 1. maddesinde, "Bu Kanunun amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma,

T.C.
DANIŞTAY
İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU

Esas No : 2017/1383

Karar No : 2019/4731

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 verildiği; 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 girdiğinin belirtildiği; 6. maddesinde, "Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanılması hukuka aykırı ve yasaktır" kuralına yer verildikten sonra, madde devamında, "a) Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler, b) Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülükler ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması, c) Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış hâlinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi, d) Belirli bir piyasadaki hakimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler, e) Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması"nın tadadi olarak kötüye kullanma hâlleri arasında sayıldığı;

Dosyanın incelenmesinden; Doğan Yayın Holding A.Ş. bünyesinde faaliyet gösteren Hürriyet Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş., Doğan Gazetecilik A.Ş., Bağımsız Gazeteciler Yayıncılık A.Ş., Doğan Daily Nevs Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş. adlı şirketlerden oluşan ekonomik bütünlüğün gazete reklam yeri fiyatlarının oluşumunda uyguladığı indirim sistemleri ve medya planlama satın alma ajansları ile akdettiği mutabakat ve/veya sözleşmelerdeki prim uygulamaları yoluyla 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde hâkim durumunu kötüye kullandığı iddiasıyla yapılan şikâyet başvurusu üzerine yapılan soruşturma sonucunda alınan dava konusu Kurul kararında özetle, Doğan Medya Grubu'nun sahip olduğu pazar payı, reklam mecrası olarak kullanılma özellikleri, grup bünyesindeki gazetelerin çeşitliliğine dayanan portföy gücü, kendi dağıtım ağına sahip olması ve piyasaya giriş engelleri dikkate alındığında ilgili pazarda hâkim durumda bulunduğu, Doğan Medya Grubu tarafından uygulanan indirim uygulamalarının değerlendirilmesi neticesinde; uygulanan indirim sistemlerinin pazarın çok büyük bir kısmını

T.C.
DANIŞTAY
İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU
Esas No : 2017/1383
Karar No : 2019/4731

kapsamına aldığı ve pazarda çok yaygın bir uygulama imkânına sahip olduğu, ilgili pazarda reklam verenler ve Medya Planlama ve Satın Alma Ajansları (MPSA'lar) bakımından zorunlu ticari iş ortağı niteliği taşıdığı, bünyesindeki gazetelere ilişkin indirim sistemlerinin sahip olduğu özellikler itibarıyla sadakat artırıcı etkilerinin yüksek olduğu, zorunlu iş ortağı niteliğinin bu etkiyi şiddetlendirdiği, münhasıran bünyesindeki gazete veya gazetelerin kullanılması karşılığında %100 kullanım oranı indirimi ya da bünyesindeki gazetelerin belli bir oranın üzerinde kullanılması karşılığında ağırlıklı st/cm kullanım oranı indirimi adları altında indirimler verdiği, müşterilerin rakipler ile çalışmamasının, verilecek indirim miktarı üzerinde önemli bir değişken olarak kullanıldığı, bünyesindeki gazetelere ilişkin farklı indirim türleri için belirlenen indirim hedeflerinin, Doğan Yayın Grubu müşterilerinin çok büyük bir kısmının taleplerine olan yakınlığı, bu talepleri kapsama alarak sadakat artırma potansiyelini artırabilecek şekilde tasarlandığı, indirim sistemi portföyünde bulunan ve birlikte uygulanması olası indirimlerin birikimli etkileri dikkate alındığında, müşterilerin liste fiyatları üzerinden çok yüksek düzeylerde indirimlerle karşılaştıkları, referans dönemin bir yıl gibi yeterince uzun bir süreyi kapsamasının geçiş maliyetlerini çok yüksek düzeylere çıkardığı, soruşturma kapsamında yapılan yerinde incelemelerde elde edilen bilgi ve belgelerden, Doğan Medya Grubunun tarifelerinde yer verdiği ve uygulamakta olduğu indirim sisteminin rekabet karşıtı dışlayıcı etkilere sahip olduğunun bilincinde olduğu, bu nedenle ilgili pazardaki mevcut konumunu en azından stabilize etme ya da rakiplere pazarı kapatmak veya rakipleri dışlamak suretiyle daha da güçlendirme amacını herhangi bir hukuki yaptırım tehlikesiyle karşı karşıya kalmayacak şekilde belirlemeye çalıştığı, bu kapsamda söz konusu indirimlerin, rekabet ihlâli oluşturan karakteristiklerini ortadan kaldırmadan, açıkça ayırt edilebilir olmaktan çıkarmak ve belirsiz hâle getirmek suretiyle uygulamaya devam ettiğinin anlaşıldığı, pazarda hiçbir medya grubunun sahip olmadığı bir yayın portföyüne ve buna bağlı portföy gücüne sahip olduğu ve indirimleri bu güce dayanarak verdiği, ilgili pazarın büyümeyen aksine küçülen bir seyir izlediği, tarifelerde yer alan ya da önceden yer almış olup artık yer almayan ancak fiilen uygulanmaya devam edilen indirimlerin reklam verenler bünyesindeki sadakat etkilerini sürdürülebilir kılmak amacıyla ilgili reklam verenlere ek indirimler sunulduğu göz önünde bulundurulduğunda, Doğan Medya Grubu tarafından tasarlanan ve uygulanan indirim sistemlerinin yüksek düzeyde sadakat artırıcı nitelikte olduğu ve önemli ölçüde rakipleri dışlama potansiyeline sahip olduğunun anlaşıldığı, ayrıca söz konusu indirim sistemleri ve uygulamalarının, yüksek düzeyde sadakat artırıcı nitelikte ve rakipleri dışlama potansiyeline sahip olacak şekilde tasarlanmış olmasının, Doğan Medya Grubu'nun ilgili pazardaki mevcut hâkim durumunu daha da güçlendirme niyetine açıkça işaret ettiği, diğer taraftan, Doğan Medya Grubu tarafından gerçekleştirilen söz konusu indirim uygulamalarının, ilgili pazarda doğrudan rekabet karşıtı dışlayıcı etkilerinin olduğu yönünde bir sonuca ulaşılmadığı, Doğan Medya Grubu gazeteleri ile MPSA'lar arasında yapılan anlaşmaların değerlendirilmesi neticesinde; MPSA'lar aracılığı ile yapılan satışların

T.C.
DANIŞTAY
İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU
Esas No : 2017/1383
Karar No : 2019/4731

İlgili pazarın önemli bir kısmını kapsadığı, Doğan Medya Grubu'nun MPSA'ların yönettikleri reklam harcamalarından %50'nin üzerinde paylar aldığı, MPSA'lar ile yapılan prim (risturn) sözleşmelerinin geriye dönük, artan oranlı, her bir MPSA bazında kişiselleştirilmiş nitelik arz ettiği, MPSA'lar nezdinde Doğan Medya Grubunun pazar payını daha da artırmaya yönelik hedefler içerdiği ve bunu sahip olunan portföy gücüne dayanan paket indirimler ile de desteklediği, bu nedenle sadakat artırıcı etkilerinin yüksek düzeyde olduğu, dolayısıyla MPSA'lar ile yapılan risturn anlaşmalarındaki koşulların reklam yatırımlarının optimal dağılımını ve dolayısıyla piyasadaki rekabeti hâkim durumdaki teşebbüs lehine ve rakip gazeteler aleyhine olacak şekilde bozma ve engelleme potansiyeli taşıdığı sonucuna ulaşıldığı, diğer yandan söz konusu prim uygulamalarının elde edilen veriler doğrultusunda ilgili pazarda etki doğurduğunun tespit edilemediği belirtilerek Doğan Yayın Holding A.Ş. bünyesinde günlük gazete reklam yeri pazarında faaliyet gösteren Hürriyet Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş., Doğan Gazetecilik A.Ş., Bağımsız Gazeteciler Yayıncılık A.Ş. ve Doğan Daily News Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş. adlı şirketlerden oluşan ekonomik bütünlüğün söz konusu pazarda hâkim durumda bulunduğu, günlük gazete reklam yeri fiyatlarının oluşumunda uyguladığı indirim sistemleri ve medya planlama satın alma ajansları ile akdettiği mutabakat ve/veya sözleşmelerdeki prim uygulamaları yoluyla 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde hâkim durumunu kötüye kullandığına, Kanun'un 16. maddesi ile "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" hükümleri uyarınca 2010 mali yılı sonunda oluşan ve Kurul tarafından belirlenen yıllık gayri safi gelirinin taktiren %0,75 oranında olmak üzere davacı şirkete idari para cezası verildiği, bu kararın iptali istemiyle bakılan davanın açıldığının anlaşıldığı;

İndirim sistemlerinin, üretim veya dağıtım zincirinin herhangi bir aşamasındaki ticarete ya sağlayıcının tek taraflı davranışı ya da sağlayıcı ile alıcı arasındaki bir irade uyuşmasının sonucu olarak ortaya çıktığı; indirim sistemlerinin pazarı kapayıcı ya da dışlayıcı etki doğurma potansiyelleri bağlamında sadakat artırıcı etkiye sahip olup olmadıkları bakımından sınıflandırılabilirlikleri; hâkim durumdaki teşebbüs tarafından uygulanan indirim sistemlerinin, yıkıcı fiyatlamaya yol açmadığı hâllerde de kötüye kullanma olarak kabul edilmesinin mümkün olduğu; bu çerçevede, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından uygulanan indirim sistemi ve uygulamalarının, maliyet altı fiyatlamaya gitmeden, sadakat artırıcı etkilere yol açmak suretiyle ilgili pazarın rakiplere kapatılması veya rakiplerin pazardan dışlanması amacıyla tasarlanıp tasarlanmadığının ve böyle bir potansiyele sahip olup olmadığının da ortaya konulması gerektiği;

Dosya kapsamında yer alan bilgi ve belgelerin değerlendirilmesi sonucunda, Doğan Medya Grubu tarafından tasarlanan ve uygulanan indirim sistemlerinin yüksek düzeyde sadakat artırıcı nitelikte olduğu ve önemli ölçüde rakipleri dışlama potansiyeline sahip olduğu, söz konusu indirimlerin yüksek düzeyde sadakat artırıcı ve rakipleri dışlama

T.C.
DANIŞTAY
İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU
Esas No : 2017/1383
Karar No : 2019/4731

potansiyeline sahip olacak şekilde tasarlanmış olmasının anılan ekonomik bütünlüğün ilgili pazarda hâkim durumunu koruma veya daha da güçlendirme niyetiyle hareket ettiğini gösterdiği, 22/05/2008 tarihli "Rekabet Sunum" konulu e-postada ve 17/04/2008 tarihinde gerçekleştirilen toplantıya ilişkin hazırlanan tutanakta yer alan ifadelerin, Doğan Medya Grubunun söz konusu indirim sistemi ve uygulamalarının rekabet ihlâli oluşturduğu bilinciyle hareket ettiğini ortaya koyduğu, aynı şekilde Doğan Medya Grubu bünyesinde bulunan gazeteler ile MPSA'lar arasında yapılan risturn anlaşmalarındaki koşulların da piyasadaki rekabeti hâkim durumdaki teşebbüs lehine ve rakip teşebbüsler aleyhine olacak şekilde bozma potansiyeli taşıdığı anlaşıldığı;

Bu durumda; Doğan Yayın Holding A.Ş. bünyesinde faaliyet gösteren Hürriyet Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş., Doğan Gazetecilik A.Ş., Bağımsız Gazeteciler Yayıncılık A.Ş., Doğan Daily Nevs Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş. adlı şirketlerden oluşan ekonomik bütünlüğün pazarda hâkim durumda bulunduğu, günlük gazete reklam yeri fiyatlarının oluşumunda uyguladığı indirim sistemleri ve medya planlama satın alma ajansları ile akdettiği mutabakat ve/veya sözleşmelerdeki prim uygulamaları yoluyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde hâkim durumunu kötüye kullandığına, bu nedenle, Hürriyet Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş., Doğan Gazetecilik A.Ş. ve Bağımsız Gazeteciler Yayıncılık A.Ş.'ye 2010 mali yılı sonunda oluşan yıllık gayri safi gelirlerinin takdiren % 0,75 oranında idarî para cezası verilmesine ilişkin dava konusu Kurul kararının davacı şirkete yönelik kısmında hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI _____ : Davacı tarafından, usûle ilişkin olarak, dava dilekçesindeki iptal sebeplerinin tekrar edildiği, esasa ilişkin olarak ise, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ihlâl edildiğinden bahsedilebilmesi için, rakipleri dışlayıcı amaçla hareket edilmesi gerektiği ya da bu etkiyi doğuracak davranışlarda bulunulması gerektiği, rekabeti kısıtlama amacıyla hareket ettiklerinin hiçbir tartışmaya yer bırakmayacak şekilde ortaya konmadığı, hâkim durumun kötüye kullanılmasının tespitinde teşebbüslerin niyetinin araştırılıp araştırılmayacağına önemli bir tartışma konusu olduğu, bu konuda temel kabul gören eğilimin, teşebbüslerin niyetini tespit etmeye dayanan bir araştırma yapılması yerine iktisadi analiz/etki temelli bir yaklaşım benimsenmesi gerektiği yönünde olduğu, dava konusu kararda ise, uygulanan indirim sistemlerinin fiili olarak dışlayıcı etkilerinin olmadığı yönünde çok net bir tespit yapılmış olmasına rağmen potansiyel etki ve niyet gerekçe gösterilerek ihlâl tespiti yapıldığı, kararda niyeti ortaya koyan objektif bir tespitin de yapılmadığı, zaten dışlayıcı etkinin olmadığı kabul edildiği durumlarda potansiyel etkiden bahsetmenin anlamsız kaldığı ileri sürülmektedir.

T.C.
DANIŞTAY
İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU
Esas No : 2017/1383
Karar No : 2019/4731

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Davalı idare tarafından, Danıştay Onüçüncü Dairesince verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu ve temyiz dilekçesinde öne sürülen nedenlerin, kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı belirtilerek temyiz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ NURAY AVCIOĞLU'NUN DÜŞÜNCESİ : Temyiz isteminin reddi ile Daire kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 17. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca davacının duruşma istemi yerinde görülmemeyerek ve dosya tekemmül ettiğinden yürütmenin durdurulması istemi hakkında ayrıca bir karar verilmeksizin gereği görüldü:

HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

Danıştay dava dairelerinin nihai kararlarının temyizen incelenerek bozulması, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde yer alan;

"a) Görev ve yetki dışında bir işe bakılmış olması,

b) Hukuka aykırı karar verilmesi,

c) Usul hükümlerinin uygulanmasında kararı etkileyebilecek nitelikte hata veya eksikliklerin bulunması" sebeplerinden birinin varlığı hâlinde mümkündür.

Temyizen incelenen karar usul ve hukuka uygun olup, temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

KARAR SONUCU:

Açıklanan nedenlerle;

1. Davacının temyiz isteminin reddine,

2. Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle reddine ilişkin Danıştay Onüçüncü

Dairesinin temyize konu 20/10/2016 tarih ve E:2012/1229, K:2016/3374 sayılı kararının **ONANMASINA,**

3. Kullanılmayan 51,70-TL yürütmenin durdurulması harcının istemi hâlinde davacıya iadesine,

4. Kesin olarak, 30/10/2019 tarihinde, Yönetmelik yönünden oybirliği, diğer kısımlar yönünden oyçokluğu ile karar verildi.

Başkan
Hasan
GÜZELER

Üye
Yalçın
EKMEKÇİ

Üye
Doç. Dr. Selami
DEMİRKOL

Üye
Bilal
ÇALIŞKAN

Üye
Turgay Tuncay
VARLI

T.C.
DANIŞTAY
İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU
Esas No : 2017/1383
Karar No : 2019/4731

Üye
Oğuz
YAĞLICI

Üye
Hasan
ODABAŞI

Üye
Yunus
AYKIN
(X)

Üye
Muhsin
YILDIZ

Üye
Hasan
ÖNAL

Üye
Selbi
KOCA

T.C.
DANIŞTAY
İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU
Esas No : 2017/1383
Karar No : 2019/4731

KARŞI OY

X- 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin 1. fıkrasında, "belirli bir mal ya da hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran ya da doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler" yasaklanmakta ve devam eden fıkrada tahdidi olmamakla birlikte yasaklanan hallerde örnekler verilmektedir. Aynı Kanun'un 6. maddesinin 1. fıkrasında " bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkalarıyla yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlarla kötüye kullanması" yasaklanırken, devam eden fıkrada yine tahdidi olmayan kötüye kullanma örnekleri verilmektedir.

Yukarıda anılan maddelerden açıkça anlaşılacağı gibi, 4054 sayılı Kanun tarafından yasaklanan; hakim durumda olmak değil, bu hakim durumunu daha da güçlendirmek ve rekabeti dışlayıcı eylemler yoluyla kötüye kullanılmasıdır.

Bağlama anlaşmaları, münhasır anlaşma, münhasırlık amacıyla uygulanan indirim sistemleri, yıkıcı fiyatlandırma, farklılaştırılmış fiyat gibi eylemler rakiplerin pazardaki faaliyetlerini zorlaştıran eylemler olarak nitelendirilebilir.

Dava konusu yaptırımın ise, davacı şirketin sadakat artırıcı indirim sistemleri ve prim uygulamaları yoluyla hakim durumunu kötüye kullandığı gerekçesiyle uygulandığı anlaşılmaktadır.

4054 sayılı Kanun'da hakim durumda olan teşebbüsler dahil olmak üzere tüm teşebbüslerin pazar payını korumak amacıyla teşvik edici indirim sistemi ya da prim uygulaması yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır. İndirimler sonucu oluşan fiyatların yıkıcı olmaması ve maliyet altı satış yapılmaması kaydıyla teşebbüslerin fiyat indirimi yoluna gidebileceğinde tereddüt bulunmamaktadır.

Bu itibarla hakim durumdaki teşebbüslerin uyguladığı indirim sistemlerinin 4054 sayılı Kanun'a aykırı olduğundan bahsedebilmek için, öncelikle indirimler sonrası oluşan fiyatların yıkıcı olup olmadığının tespiti ve buna bağlı olarak piyasaya etkilerinin ortaya konulması ve pazardaki veya pazara girmek isteyen oyunculara olan etkileri ve kendi hakim gücünü artırılıp artırmadığının belirlenmesi gerekir.

Kanun'un 4. ve 6. maddelerinin birlikte değerlendirilmesinden kanun koyucunun da aynı amacı taşıdığı anlaşılmaktadır. Nitekim, uyumlu eylemin düzenlendiği 4. maddede yer alan "**doğurabilecek nitelikte olan**" ifadesinden, potansiyel etki ihtimali tek başına Kanun'a aykırılık değerlendirmesi için yeterli sayılırken, hâkim durumun kötüye kullanılmasının yasaklandığı 6. maddede bu yönde bir ifadenin kullanılmadığı görülmektedir.

Öte yandan, Rekabet Kurulu kararlarının birçoğunda indirim sistemleri per se hukuka aykırı olarak kabul edilmekle birlikte, son yıllarda ADB ve AB rekabet hukukunda per

T.C.
DANIŞTAY
İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU
Esas No : 2017/1383
Karar No : 2019/4731

se yaklaşımdan uzaklaşarak Rule of reason yaklaşımına gelindiği bilinmektedir.

Bu nedenle, soruşturmaya konu teşebbüslerin uyguladıkları indirim sistemlerinin pazarda nasıl bir etki yarattığı, pazara yeni girişleri engellemek ve pazardaki mevcut rakipleri piyasa dışına atmak suretiyle pazardaki rekabeti ortadan kaldırır nitelikte bir etki gösterip göstermediğinin saptanması gerekmektedir.

Dava konusu kararda, *"Benzer şekilde Habertürk dışındaki diğer medya grupları gazetelerinin Doğan Medya Grubu indirim sistemlerinden doğrudan dışlama etkisi bağlamında etkilenmediği görülmüştür. Bu çerçevede, Doğan Medya Grubu tarafından gerçekleştirilen tarifelerde yer alan ya da önceden yer almış olup artık yer almayan ancak fiilen uygulamaya devam edilen indirimler ve ek indirim uygulamalarının, ilgili pazarda doğrudan rekabet karşıtı dışlayıcı etkilerinin olduğu yönünde bir sonuca ulaşılamamıştır."* tespiti yapılmıştır. Anılan Kurul kararında indirim ve prim uygulamaları sonrası oluşan fiyatların yıkıcı fiyatlamaya dönüştüğüne dair bir tespite de yer verilmemiştir. Dolayısıyla Doğan Medya Grubunun uyguladığı indirim sistemlerinin pazara yeni girişleri engellemek ve pazardaki mevcut rakipleri piyasa dışına atmak suretiyle pazardaki rekabeti ortadan kaldırır nitelikte bir etki gösterip göstermediği, bir başka anlatımla hakim durumun kötüye kullanıldığı hususu kanıtlanamamıştır.

Aksine, Doğan Medya Grubunun incelenen dönemde, hakim durumunu arttıramadığı gibi eski durumunu koruyamadığı, buna karşılık pazarda bulunan diğer teşebbüslerin pazar payını koruduğu, hatta piyasaya 2009 yılında giren şikayetçi Habertürk'ün, kendisinden pazar payı kaparak, ilgili pazardaki hakim gücünün azalmasına neden olduğu açıkça belirtilmektedir.

Bu itibarla, Doğan Medya Grubunun uyguladığı indirim sistemleri ile büyük çaplı reklam verenler ile doğrudan yapılan reklam anlaşmaları ve MPSA'lar ile yapılan rısturn sözleşmeleri/mutabakatlarının piyasadaki olumsuz etkilerinin kanıtlanamadığı, sadece potansiyel olarak rekabet ihlaline yol açabileceği gerekçesiyle, hakim durumunu kötüye kullandığından söz edilemeyeceğinden, dava konusu kurul kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin kısmen kabulü ile temyize konu kararın Rekabet Kurulunun 30/03/2011 tarih ve 11-18/341-103 sayılı kararının davacı şirkete yönelik kısmı ile ödenen idarî para cezasının yasal faizi ile birlikte iadesi isteminin reddine ilişkin kısımlarının bozulması gerektiği oyuyla, karara katılmıyorum.

Üye
Yunus
AYKIN