

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No:2021/1789
Karar No:2022/3007

TEMYİZ EDEN (DAVACI) : CK Akdeniz Elektrik Perakende Satış A.Ş.
VEKİLİ : Av. Mehmet GEDİKBAŞ
Tunus Cad., No:48/9-12-14 Kavaklıdere-Çankaya/ANKARA
[16113-11365-21267] UETS

KARŞI TARAF (DAVALI) : Rekabet Kurumu
Üniversiteler Mah., 1597. Cad., No:9 Bilkent/ANKARA
[35495-15945-49388] UETS

VEKİLİ : Av. Hüseyin COŞGUN - Aynı adreste

İSTEMİN KONUSU : Ankara Bölge İdare Mahkemesi Ankara 8. İdari Dava Dairesi'nin 24/02/2021 tarih ve E:2020/609, K:2021/420 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: Davacı şirketin Akdeniz elektrik dağıtım bölgesinde, "serbest tüketici limitinin altında kalan tüketicilere yapılan elektrik enerjisinin perakende satışı", "dağıtım seviyesinden sisteme bağlı olan sanayi müşterilerine yapılan elektrik perakende satışı", "ticarethane müşterilerine yapılan elektrik perakende satışı" ve "mesken müşterilerine yapılan elektrik perakende satışı" pazarlarında 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde hâkim durumunu kötüye kullandığından bahisle 26.341.333,17 TL idari para cezası verilmesine ve rekabet ihlâli niteliğinde olan uygulamalarına son vermesi gerektiğine ilişkin 22/02/2018 tarih ve 18-06/101-52 sayılı Rekabet Kurulu (Kurul) kararının iptali istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: Ankara 23. İdare Mahkemesi'nce verilen 26/12/2019 tarih ve E:2018/43, K:2019/3245 sayılı kararda; Rekabet Kurumu'na davacı ve Akdeniz Elektrik Dağıtım A.Ş. (AKDENİZ EDAŞ) ve AK DEN Enerji Dağıtım ve Perakende Satış Hizmetleri A.Ş. (AKDEN) hakkında, 2M Enerji Toptan Elektrik Tic. A.Ş., Fina Elektrik Enerjisi İthalat İhracat ve Toptan Satış A.Ş., İpragaz A.Ş. ve Mehmet Emin Taş tarafından yapılan şikâyet üzerine, yapılan soruşturma neticesinde davacı şirketin 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında hâkim durumunu kötüye kullandığı gerekçesiyle aynı Kanun'un 9. maddesinin 1. fıkrası ile 16. maddesinin 3. fıkrası uyarınca 26.341.333,17-TL idari para cezası verilmesine ve rekabet ihlâli niteliğinde olan uygulamalarına son vermesi gerektiğine karar verilmesi üzerine bakılan davanın açıldığı;

Davacı şirketin serbest tüketici limitinin altında kalan tüketicilere yapılan perakende satış faaliyetine ilişkin ilgili ürün pazarının, serbest tüketici limitinin altında kalan tüketicilere yapılan elektrik enerjisinin perakende satışında, davacının lisanslı görevlendirilmiş tedarik şirketi olarak faaliyet gösterdiği "Antalya, Isparta ve Burdur" illeri olduğu, bu pazarın diğer

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No:2021/1789
Karar No:2022/3007

tedarik şirketlerine kapatılması sebebiyle davacının bu pazarda kesin olarak hâkim olduğu, serbest tüketici limitinin üstünde kalan tüketicilere yapılan perakende satış faaliyetine ilişkin ilgili ürün pazarı ile bu pazarda davacının hâkim durumda olup olmadığının tespiti açısından sayaç bazlı müşteri adedi ile tüketilen elektrik miktarı yönünden incelendiğinde, iletimden bağlı sanayi müşterilerine yapılan elektrik enerjisi perakende satış hizmeti dışında kalan diğer pazar alanında davacının hem müşteri sayısı hem de tüketim büyüklüğü bakımında diğer tedarik şirketlerinin davacıya alternatif oluşturmadığı anlaşıldığından davacının Antalya, Isparta ve Burdur illerinde hâkim durumda olduğu, iletimden bağlı sanayi müşterilerine yapılan elektrik enerjisi perakende satış hizmetinde ise diğer tedarik şirketlerinin pazarda etkin olduğu görüldüğünden, bu alanda coğrafi pazarın Türkiye olduğu ve davacının bu pazarda hâkim durumda olmadığının anlaşıldığı, davacı tarafından, davalı idarenin pazar tanımı ve bu tanıma dayalı olarak hâkim durum tespitinin yanlış yapıldığı, mesken tüketicileri dışında kalan tüketiciler için tüketim büyüklüğünün esas alınması gerektiği, 100.000 kWh tüketim seviyesi üstü ve altındaki tüketicilerin önemli derecede farklılaştığı, tüketim büyüklüğünün göz ardı edilmesinin çelişki oluşturduğu, tarife gruplarına göre pazar tanımı yapılamayacağı, pazarın ulusal olarak belirlenmesi gerektiği, bölgesel belirlemenin hatalı olduğu iddia edilmiş ise de, ilgili dağıtım bölgesinde bulunan serbest olmayan tüketicilere Kurul tarafından onaylanan perakende satış tarifeleri üzerinden elektrik enerjisi satışı yapma lisansı verildiğinden, serbest olmayan tüketicilere yapılan satışlara ilişkin pazarın Antalya, Isparta ve Burdur illeri olduğu ve davacının tekel yetkisinden dolayı bu pazarda hâkim durumda bulunduğu sabit olduğu, serbest tüketici limiti üstünde kalan tüketicilere yapılan satışlarda, pazarın Antalya, Isparta ve Burdur illeri olarak tanımlanmasında hukuka aykırılık bulunmadığı, davacının görevli tedarik şirketi olmasının da verdiği avantajla, rakiplerinden ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücüne sahip olması, bağımsız tedarik şirketlerinin satış miktarındaki paylarının çok düşük olması sebebiyle iletimden bağlı sanayi müşterilerine yapılan elektrik enerjisi perakende satış hizmeti dışında kalan pazarlarda hâkim durumda olduğunun anlaşıldığı, bu durumda, davacının, pazarın belirlenmesine ve hâkim durum tespitine ilişkin iddiasının geçerli olmadığı;

Dava konusu işlemde, davacının serbest tüketicileri "portföye katma aşamasında", "portföyde tedariki gerçekleştirme aşamasında" ve "portföyden ayrılma aşamasında" olmak üzere üç ana başlık altında yer alan uygulamaları ile tedarikçi değişim sürecinin zorlaştırılması ve geçiş maliyetlerinin artırılması yoluyla gerçekleştirilen rekabeti sınırlayıcı davranışlarda bulunduğu tespitine yer verildiği; portföye katma aşamasında, tüketicilerin sözleşmesiz/habersiz bir şekilde davacının serbest tüketici portföyüne katılması, tüketicilerden perakende satış sözleşmesi ile ikili anlaşmaların bir arada alınması, tüketicilerin kendisi ile ikili anlaşma imzalamaya zorlanması, serbest tüketici olmayan tüketicilerle ikili anlaşma imzalaması ve/veya söz konusu tüketicilerin serbest tüketici portföyüne kaydedilmesi, ikili anlaşma yaptığı tüketicilerden tarihsiz IA-02 formunun alınması şeklindeki davranışlarla gerçekleştiği; portföyde

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No:2021/1789
Karar No:2022/3007

tedariki gerçekleştirme aşamasında, serbest tüketici portföyünde bulunan borçlu tüketicilere kesme bildirimi yapılması ve birtakım müşterilerin K1-K2 portföyleri arasında kendi lehine olacak şekilde kaydırılması şeklinde gerçekleştiği; portföyden ayrılma aşamasında ise davacı ile tüketiciler arasında yapılan sözleşmeler ile rekabetin sınırlanarak hâkim durumun kötüye kullanıldığı yönünde tespitlere yer verildiğinin anlaşıldığı;

Davacı tarafından, tüketicilerin sözleşmesiz/habersiz bir şekilde serbest tüketici portföyüne katılması yönünde uygulamanın bulunmadığı, sözleşmelerin Müşteri İlişkileri Direktörlüğü ile Satış ve Pazarlama Direktörlüğü'nden değil, Müşteri Hizmetleri Merkezi'nde ve Tahsilat Ofisleri'nde yapılan satışlardan kaynaklandığı, ikili anlaşmanın çalışan sayısı ile açıklanamayacağına yönelik tespitin hatalı olduğu, aksi durumda dahi rakabeti kısıtlayıcı etkisi olmadığı, uygulamanın pazarı kapatacak düzeyde rakip teşebbüsleri dışlayıcı etkisi olup olmadığı irdelenmeden ihlâl kararı verilmesinin yerinde olmadığı iddia edilmiş ise de, idare tarafından yapılan soruşturmada, davacının çok sayıda ikili anlaşma müşterisinin sözleşmelerini bulamadığı ya da sözleşmesinin olmadığı hâlde ikili anlaşma portföyüne eklediği, bu sayının toplamda 3.650 adet olduğu, Kurul kararında yer verilen 14, 33, 52, 27, 42, 69 ve 70 sayılı belgelerin incelenmesinden de bu durumun sabit olduğu, davacının Müşteri İlişkileri Direktörlüğü ile Satış ve Pazarlama Direktörlüğü'nde görevli personel sayısı ile de aylık ikili anlaşmanın yapılmasının mümkün olamayacağı, 49 sayılı belgede de ikili anlaşması olmayan müşterilere düzenlenen cayma bedeli faturalarının iptali için şirket içi yazışma yapıldığı, 28 ve 44 sayılı belgelerde ise cayma bedeli istenilen müşterilerin sözleşme örneklerinin müşterilere verilmediği yönünde tespitler yapılarak, davacı şirketin ikili anlaşma yapmadan ve müşterilerinin haberi olmadan müşterilerini K2 portföyüne geçirerek uhdesinde tuttuğuna ilişkin somut tespitlere yer verildiği, bu durumda, özelleştirme sonrasında ilk tedarik şirketi olarak tüm müşterilere ait bilgilere sahip görevli tedarik şirketi olan davacının, serbest tüketim limitine ulaşan müşterilerini ikili anlaşma yapmadan, K1 portföyünden K2 portföyüne aktararak uhdesinde tutması sebebiyle bağımsız tedarik şirketlerinin bu tüketiciler ile ikili anlaşma yapmasını engellediği, böylece diğer tedarik şirketlerine pazarın kapatılması yoluyla rekabeti sınırlayıcı etki meydana getirdiği açık olduğundan, davacının bu iddiasının geçerli görülmediği;

Davacı tarafından, perakende satış sözleşmesi ile ikili anlaşmanın bir arada alınmasının maliyet bakımından bir uygulama olduğu, bu iki anlaşmanın bir arada alınmasını yasaklayan bir kural olmadığı, uygulamanın serbest tüketici havuzunun daralması gibi bir sonuç doğurmasının mümkün olmadığı, soruşturma raporunda ve işlemde etki analizi yapılmadığı, hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilemeyeceği iddia edilmekteyse de idare tarafından yapılan soruşturmada, perakende satış sözleşmesi ile ikili anlaşmanın bir arada alındığına ilişkin olarak davacının Muratpaşa Şubesi'nden 29, Alanya Şubesi'nden 13 ve Serik Şubesi'nden 16 adet sözleşme örneklerine ulaşıldığı, yine Kurul kararında yer verilen belgelerle de benzer tespitlerin yapıldığının anlaşıldığı, soruşturma aşamasında elde edilen

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No:2021/1789
Karar No:2022/3007

şirket içi yazışmalardan, davacının tüketicilerin düşük bilgi ve bilinç seviyesinden istifade ederek ve serbest tüketicilerle ikili anlaşma yaparken tüketicileri aydınlatmadan ve söz konusu tüketiciler kendi tedarikçisini seçme hakkına kavuşmadan önce tüketicileri kendine bağlayarak, tüketicilerin başka bir tedarikçiye geçişine engel olduğu, görevli tedarik şirketi (GTŞ) olmasından kaynaklı olarak düzenlenen tarifeden elektrik enerjisi sunma yükümlülüğü gereğince pazardaki hâkim durumunun kendisine sunduğu münhasır yetkileri kullanarak henüz serbest tüketici olmamış ya da bu hakkı kullanmamış tüketicileri, rakiplerinin erişimine kati surette kapatarak, görevli olduğu dağıtım bölgesindeki tüketici bilgileri ile müşteri hizmetleri merkezlerinden kaynaklı büyük bir pazarlama ve satış ağının getirdiği imkânlarla, diğer tedarikçilerin tüketici veri tabanına sahip olmadığı ve kısıtlı satış pazarlama imkânlarına sahip olduğu pazarda, GTŞ ile bağımsız tedarik şirketleri (BTŞ) arasında rekabetçi yarıştaki imkânların hâlihazırda zaten GTŞ lehine olduğu dikkate alındığında, davacının hâkim durumunu kötüye kullanarak rekabeti ortadan kaldırdığı ve nihayetinde serbestleşmeyi engellediği sonucuna ulaşıldığından, işlemin bu kısmında hukuk aykırılık, davacının iddiaların da geçerli bulunmadığı;

Davacı tarafından, ödeme kanallarının çeşitlendirme yükümlülüğü bulunmadığından, ödeme kanallarının kapatılması sebebiyle ikili anlaşma imzalatılmasından bahsedilemeyeceği, uygulamanın etkileri hakkında analiz yapılmadığı, bu uygulamaya Ağustos 2016'da son verildiği hâlde ceza indiriminde dikkate alınmadığı, işlemin tüketicilerin kendisi ile ikili anlaşma imzalamaya zorlanması kısmının hukuka aykırı olduğu iddia edilmiş ise de, idare tarafından yapılan soruşturmada, şirket içi yazışmalardan elde edilen belgelerde, davacının portföyünde bulunmayan serbest tüketici limitine ulaşmış ve serbest tüketim sözleşmesi yapmamış olan, otomatik ödeme talimatı vermeyen tüketicilere müşteri merkezleri dışında kalan ödeme kanallarını kapatılmasıyla, K2 sözleşmesi yapmaları hâlinde ödeme kanallarının açılması yönünde talimatlar verildiğine yönelik tespitlerin yapıldığı, bu durumda, davacının şirket içi yazışmalarından, serbest tüketici limitine ulaşan ancak herhangi bir tedarik şirketi ile ikili anlaşma yapmayan tüketicilerin, davacı şirket ile ikili anlaşma yapmaya kadar sadece müşteri merkezlerine gelerek ödeme yapması ve bu ödemeler aşamasında serbest tüketicilerle ikili anlaşma yapmaya zorlandığı, ikili anlaşma yapıldıktan sonra herhangi bir ödeme noktasında ödeme yapmalarının önü açılarak, diğer tedarik şirketlerinin tüketiciler ile ikili anlaşma yapmalarının önüne geçildiği, bu uygulamayla sadece serbest tüketici limitine ulaşan ve ikili anlaşması bulunmayan müşterilere yönelik uygulanmasının, müşterilerin diğer tedarik şirketleri ile anlaşma yapmalarının önüne geçilmesinin amaçlandığı, GTŞ olmasından kaynaklanan yetkilerle tüketicilere zorla ikili anlaşma imzalatılmasının hâkim durumun kötüye kullanılmasına sebep olduğundan, dava konusu işlemin bu kısmında hukuka aykırılık bulunmadığı;

Davacı tarafından, usulsüz elektrik kullanılmasıyla mevzuattan doğan yükümlüğün ihlâl sebebi olarak değerlendirilemeyeceği, işlemin usulsüz kullanım bildirim yoluyla ikili anlaşma yapmaya zorlanmaya yönelik kısmının hukuka aykırı olduğu iddia edilmiş ise de, idare

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No:2021/1789
Karar No:2022/3007

tarafından yapılan soruşturma esnasında davacı şirketten elde edilen belgeler ile mevzuatın birlikte değerlendirilmesinden, davacının usulsüz elektrik kullanan tüketiciye kesme bildirimini yapmasının tek başına ihlâl sebebi teşkil etmeyeceği anlaşılrsa da GTŞ olmasından kaynaklanan yetkisi dahilinde K1 portföyündeki hâkim durumunun verdiği imkânları kullanarak, kesme bildirimiyile K2 portföyüne müşteri kaydetme amacıyla ikili anlaşmaya zorlamasının pazarı bağımsız tedarik şirketlerine kapattığı, böylece hâkim durumun kötüye kullanıldığı anlaşıldığından, işlemin bu kısmında hukuka aykırılık bulunmadığı, Elektrik Piyasası Tüketici Hizmetleri Yönetmeliği'nde yapılan değişiklikle 2015 yılı Mart ayından itibaren herhangi bir tedarikçinin, tüketimi serbest tüketici limitinin altında kalan tüketicilerle ikili anlaşma yapma imkânı kalmamışsa da soruşturma aşamasında davacı şirkette yapılan incelemeler ile ulaşılan belgelerden davacının serbest tüketici limitine ulaşmayan tüketicilerle ikili anlaşmalar ya da ön anlaşmalar yaparak tüketicilerin limite ulaşmasından sonra kullanılmak üzere ikili anlaşmalar aldığı, serbest tüketici limitini geçenleri bu anlaşmalara dayanarak K2 portföyüne eklemesinden dolayı serbest tüketici limitlerinin sonraki yılda düşmesi üzerine Ocak-Şubat-Mart dönemlerindeki serbest tüketici portföyünde yüksek artışlar olduğu, böylece limit altı tüketimi bulunan tüketicilerle ikili anlaşmalar yapmasıyla tüketicilerin serbest hâle gelmesinden önce kendine bağlayarak pazarın rakiplere kapatılmasının amaçlandığının anlaşıldığı, bu durumda; görevli tedarik şirketi olan davacının K1 portföyünde bulunan limit altı tüketicilere ait bilgilere sahip olması ve diğer tedarik şirketlerinin elinde bulunmayan bilgilerle, K1 portföyünde bulunan tüketicilere ödeme kanallarını kapatarak kolaylıkla müşteri merkezlerine getirtebilme ve tüketicilerin bilinçsizliğinden yararlanılarak tüketicilerle ikili anlaşma yapabilme imkânı bulunmasına rağmen bağımsız tedarik şirketlerinin böyle bir imkânının bulunmadığı, ayrıca davacının 2015 yılında en az 23.222 adet, 2016 yılında en az 13.935 adet limit altı tüketiciyi K2 portföyüne kaydettiğinin de soruşturma aşamasında elde edilen belgelere yansıdığı dikkate alındığında, davacının tüketicinin diğer tedarikçilere ulaşmasını ve bilinç seviyesinin gelişmesini de engelleyerek GTŞ olmasından kaynaklı hâkim durumunu kötüye kullanarak pazarı haksız şekilde BTŞ'lere kapattığı sonucuna ulaşıldığından, dava konusu işlemin bu kısmında hukuka aykırılık bulunmadığı;

Davacı tarafından, İA-02 formlarının tarihsiz alınmasının tüketicilerin diğer tedarik şirketlerine geçiş süreçlerini zorlaştırmak için olmadığı, sahada hatalı form doldurulmasının ve bu anlamda tüketici mağduriyetinin önüne geçmek amacıyla yönelik olduğu, bu formların EPIAŞ tarafından Ocak 2016 ve Ağustos 2017 dönemlerinde değiştirilmesi sebebiyle muhtemel etkisinin kaldırıldığı, işlemin ikili anlaşma yaptığı tüketicilerden tarihsiz İA-02 formu alınmasına ilişkin kısmının hukuka aykırı olduğunun iddia edildiği, idare tarafından yapılan soruşturmada, elde edilen belgelerde İA-02 formlarının doldurulması gereken kısımların nasıl doldurulacağıının açıkça gösterilirken, diğer kısımların aksine tarih kısımlarının boş bırakılacağıının ifade edildiği, davacının müşteri merkezlerinden ve genel müdürlükten alınan 526 ikili anlaşma örneğinin 373'ünün (%70,91) ekinde yer alan İA-02 formunun tarihsiz olduğunun tespit edildiği, konuya

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No:2021/1789
Karar No:2022/3007

ilişkin mevzuatın incelenmesinden, İA-02 formunun, aynı tüketiciyi birden fazla tedarikçinin portföyüne katmayı talep etmesi durumunda, piyasa işletmecisi taraflardan, tedarikçilerin tüketici ile imzaladıkları ikili anlaşmayı talep ettiği, her iki tedarikçinin de ikili anlaşma sunması hâlinde, İA-02 formunun tarihi yeni olan tedarikçinin portföyüne dahil edileceğinin anlaşıldığı, davacının İA-02 formlarının tarih kısımlarını boş bırakarak portföyünde bulunan ikili anlaşma imzaladığı bir tüketicinin, tedarikçi değiştirmek istemesi hâlinde forma yeni tarih atılmak suretiyle, tüketiciyi portföyünde tutacağı, tüketicinin yinede tedarikçi değiştirmesi halinde ikili anlaşmadan doğan cayma cezasını devreye sokarak, tüketicinin tedarikçi değiştirme eğilimini ortadan kaldıracığı, soruşturma aşamasında elde edilen talimatta da tüketicinin tarihsiz İA-02 formuyla tekrar portföye katılacağı ibaresi dikkate alındığında, davacının tarihsiz İA-02 formlarıyla tedarikçi değiştiren müşterilerini tekrar portföyüne katarak pazarı diğer tedarikçilere kapatarak hâkim durumunu kötüye kullandığı sonucuna ulaşıldığından, işlemin bu kısmında hukuka aykırılık bulunmadığı;

Davacı tarafından, serbest tüketici portföyünde bulunan borçlu tüketicilere 2016 yılı Mart ayından itibaren kesme bildirimini yollanmadığı, TEDAŞ tarafından "abone.net" yazılımından elde edilen raporlamadan kaynaklı hata olduğu, kesme bildiriminin tek başına ödeme dürtüsünü yaratma ve tahsilat gücünü arttıramayacağı, işlemin serbest tüketici portföyünde bulunan borçlu tüketicilere kesme bildirimini yapmasına ilişkin kısmının hukuka aykırı olduğunun iddia edildiği, idare tarafından yapılan soruşturmada davacıdan elde edilen belgelerden, ikili anlaşma yapılan tüketicilerin borçlarını ödememeleri hâlinde Yönetmelikte 16/09/2015 tarihinde yapılan değişiklikten önce elektriklerinin kesilebileceği, ancak bu değişiklikten sonra ikili anlaşması olan tüketicilerin elektriklerinin kesilemediği, borcun tahsili için icra takibi yapılmasının öngörüldüğü, davacının ise değişiklikten sonra dahi ikili anlaşması olan borçlu müşterilerine borcun ödenmemesi hâlinde elektriğin kesileceği yönünde bildirimlerde bulunduğu, davacının yönetmelik değişikliğini dikkate almadığı soruşturma esnasında elde edilen belgelerden anlaşıldığı, davacı tarafından, kesme bildirimini yazılımın güncellenmemesinden kaynaklı hatadan meydana geldiği iddia edilmiş ise de, şirket içi yazışmalarda kesme bildirimini yapılması yönünde talimat verildiği ve elektriği kesileceklerin listelendiği görüldüğünden, davacının bu iddiasının geçerli görülmediği;

Davacı tarafından ileri sürülen, müşterilerinin K1 ve K2 portföyleri arasında kaydırılmasının piyasa koşullarında tüketicilere yönelik alternatif ürün olduğu, etkisi bakımından rakabeti kısıtlayıcı nitelikte olmadığı, işlemin bir takım müşterilerini K1-K2 portföyleri arasında lehine kaydırılmasına ilişkin kısmının hukuka aykırı olduğu iddiasının incelenmesinden, mevzuatta yer alan düzenlemeler uyarınca ikili anlaşma ile elektrik enerjisi ve/veya kapasite satın almakta olan bir serbest tüketicinin ikili anlaşmasının herhangi bir nedenle sonlandırılması hâlinde, ilgili görevli tedarik şirketi söz konusu tüketiciye son kaynak tedariki kapsamında elektrik enerjisi ve/veya kapasite sağlamakla yükümlü olduğu, davacı şirketin 2014 yılı ve 2017 yılları arasından K1 ve K2 portföyleri arasında tüketici geçişlerinin incelenmesinden, sanayi

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No:2021/1789
Karar No:2022/3007

müşterilerine yönelik olarak piyasa takas fiyatı (PTF) ile yenilenebilir enerji kaynakları (YEK) maliyetinin yüksek seyrettiği dönemler olan 2014 Temmuz-Eylül, 2014 Aralık- 2015 Şubat ve Ocak 2016 tarihleri arasında geçişlerin fazla olduğunun tespit edildiği, davacının görevli tedarik şirketi olmasından kaynaklı münhasır yetkisini kullanarak PTF ve YEK maliyetinin arttığı durumlarda ikili anlaşması olduğu sanayi müşterilerinin K2 portföyünden K1 portföyüne aktararak kendisine avantaj sağladığı ve müşterisini portföyünde tutabildiği hâlde, bağımsız tedarik şirketlerinin böyle bir imkânı bulunmadığı ve zarardan kurtulmak için ikili anlaşmasını feshetmek zorunda kaldığı ve müşterisini kaybettiği dikkate alındığında, görevli tedarik şirketi olmasından kaynaklanan hâkim durumun kullanılarak rekabeti engellediği sonucuna ulaşıldığından, işlemin bu kısmında hukuka aykırılık bulunmadığı;

Davacı tarafından, yapılan sözleşme tasarılarının EPDK'ya ait olduğu, elektrik piyasasında hizmetin sürekliliğinin sağlanabilmesi için sözleşmelerin otomatik olarak yenilenebilir olmasından dolayı taahhütlerin de yenilenebilir olmasının bu sözleşmelerin doğal sonucu olduğu, işlemin tüketiciler ile yapılan sözleşmeler yönünden rekabetin ihlâl edildiğine ilişkin kısmının hukuka aykırı olduğu iddia edilmiş ise de soruşturma dosyası ekinde bulunan sözleşmelerin incelenmesinden pazarında hâkim durumda bulunan görevli tedarik şirketi olan davacının serbest tüketicilerle yaptığı ikili anlaşmalarında yer verilen taahhütleri tedarikçi değişimini zorlaştıracak şekilde tasarlaması, hedeflenen bu hakkaniyetli yarışma ortamını bozacağı ve pazara giriş yapmaya çalışan tedarikçiler açısından pazara giriş ve pazarda tutunma önünde ciddi engellerin oluşmasına neden olacağı, tüketicilerin de kendiliğinden uzayan taahhütler gereğince cayma bedeli ödememek için tedarikçi değiştirme yolunu seçmeyeceği, böylece hâkim durumda olan davacı tarafından pazarın diğer tedarik şirketlerine kapanacağı açık olduğundan, işlemin bu kısmında hukuk aykırılık görülmediği;

Davacı tarafından, temel para cezasının belirlenmesinde hata edildiği, idari para cezasında hafifletici sebeplerin dikkate alınmadığı, cezaya esas teşkil eden cironun yanlış hesaplandığı işlemde verilen para cezasının miktarının hukuka uygun olarak takdir edilmediği iddia edilmiş ise de, dava konusu Kurul kararı incelendiğinde, davacı şirketin ilgili coğrafi pazar bağlamında faaliyet gösterdiği ürün pazarında hâkim durumda olduğu, Akdeniz EDAŞ ile beraber rekabeti engellemek ve ilgili pazarları rakiplere kapatmak amacıyla birbirlerinin etkilerini güçlendirici şekilde ve birbirilerini tamamlayıcı nitelikte hâkim durumlarını kötüye kullandığı hususları göz önünde bulundurularak ve ihlâlin yol açacağı zararın büyüklüğü dikkate alınarak, temel para cezasına esas oranın % olarak belirlendiği, ihlâl süresinin 2015 Ocak ayından 2016 Ağustos dönemine kadar sürdüğü, dolayısıyla ihlâlin bir yıldan uzun süreli olduğu değerlendirilerek ceza oranının yarı oranında artırıldığı ve % oranındaki temel para cezası oranına ulaşıldığı, öte yandan dosya kapsamında temel para cezasının artırılmasını gerektirecek herhangi bir ağırlaştırıcı unsur veya temel para cezasının indirilmesini gerektirecek herhangi bir hafifletici unsur bulunmadığının tespit edildiği, belirlenen oran dahilinde davacının 2016 yılı cirolarından grup içi satışların çıkarılması sonucu elde edilen ciro

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No:2021/1789
Karar No:2022/3007

dikkate alınarak davacıya 26.341.333,17-TL idari para cezasının verildiği, davacı tarafından, cironun belirlenmesinde, YEKDEM satış gelirleri, toptan satış gelirleri, DSG gelirleri, fiyat eşitleme gelirleri ve diğer gelirlerden oluşan 504.697.343,09-TL'nin çıkarıldıktan sonra bulunan net gelir üzerinden belirlenmesi gerektiği iddia edilmekteyse de bu gelirlerin çıkarılarak ciro hesaplanacağına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığı, aksine Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin dikkate alınacağı belirtildiğinden, davacının cirosunun belirlenmesinde herhangi bir hata bulunmadığı, davacı hakkında mevzuatta belirlenen ceza oranı aralığının alt sınırına yakın bir orandan ceza verildiğinden, temel para cezasının belirlenmesinde herhangi bir hata bulunmadığı gibi ihlâlin 1 yıldan fazla sürmesi nedeniyle ceza oranında yüzde elli oranında arttırım yapıldığı, ihlâle konu olayda başkaca ağırlaştırıcı veya hafifletici neden de bulunmadığının anlaşıldığı, davacının diğer iddialarının da geçerli olmadığı sonucuna varılmıştır.

Belirtilen gerekçelerle dava konusu işlem hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir.

Bölge İdare Mahkemesi kararının özeti: Ankara Bölge İdare Mahkemesi 8. İdari Dava Dairesince; istinaf başvurusuna konu İdare Mahkemesi kararının usul ve hukuka uygun olduğu ve davacı tarafından ileri sürülen iddiaların söz konusu kararın kaldırılmasını sağlayacak nitelikte görülmediği belirtilerek 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 45. maddesinin 3. fıkrası uyarınca istinaf başvurusunun reddine karar verilmiştir.

TEMYİZ EDENİN İDDİALARI : Davacı tarafından, hakim durum tespiti yapılırken ilgili ürün pazarı ve coğrafi pazarın hatalı belirlendiği, hâkim durum tespiti yapılırken elektrik piyasasının serbestleşme sürecinin etkisinin nazara alınmadığı, bu durumda piyasanın kendine özgü koşullarının göz ardı edildiği, kamu tekeli olarak hizmet verilirken kısmen serbestleşen bir piyasada tüketici davranışlarının rekabet şartlarını olumsuz etkilediğinin dikkate alınmadığı, tüketici alışkanlıklarının pazara yansımalarının rekabet şartlarının oluşmasının önündeki bir engel olarak incelenmediği, sektörün yapısal sorunlarının da dikkate alınmadığı, imzaladıkları sözleşmelerin içerdiği otomatik uzama hükümlerinin rekabeti kısıtladığı yönündeki kabulün isabetsiz olduğu, ceza miktarının hatalı belirlendiği, net satışlar tutarının da bu bağlamda yanlış hesaplandığı, rekabet uyum programının cezadan indirim nedeni olarak kabul edilmemesinin hatalı olduğu ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Davalı idare tarafından, dava konusu Kurul kararında hukuka aykırılık bulunmadığı belirtilerek istemin reddi gerektiği savunulmuştur.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ AHMET ASYA'NIN DÜŞÜNCESİ : Temyiz isteminin reddi ile usul ve yasaya uygun olan Bölge İdare Mahkemesi kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce, Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüşüldü:

HUKUKİ DEĞERLENDİRME :

24/06/2020 tarih ve 31165 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7246 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile getirilen düzenlemelerin davacının lehine olup olmadığı; başka bir anlatımla, "taahhüt sunulması" bir rekabet sorunu söz konusu olduğunda cezasızlık sebebi olarak, "uzlaşma müessesesi" ise ihlâlin varlığı ile kapsamını kabul eden teşebbüs veya teşebbüs birlikleri için cezada indirim sebebi olarak görüldüğünden, anılan düzenlemelerin ihlâl tespiti dolayısıyla idarî para cezası uygulanmasına karar verilmiş bir Kurul kararına karşı açılan davada uygulanıp uygulanmayacağına açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

7246 sayılı Kanunun 9. maddesiyle 4054 sayılı Kanun'un 43. maddesinde yapılan değişiklikler ile, yürütülmekte olan bir önaraştırma ya da soruşturma sürecinde Kanunun 4. veya 6. maddesi kapsamında ortaya çıkan rekabet sorunlarının giderilmesine yönelik olarak ilgili teşebbüs ya da teşebbüs birliklerince **taahhüt** sunulabileceği, Kurul'un söz konusu taahhütler yoluyla rekabet sorunlarının giderilebileceğine kanaat getirirse bu taahhütleri ilgili teşebbüs ya da teşebbüs birlikleri açısından bağlayıcı hâle getirerek soruşturma açılmamasına veya açılmış bulunan soruşturmaya son verilmesine karar verebileceği, rakipler arasında fiyat tespiti, bölge veya müşteri paylaşımı ya da arz miktarının kısıtlanması gibi açık ve ağır ihlallerle ilgili olarak taahhütün kabul edilmeyeceği; soruşturmaya başlanmasından sonra Kurul'un, ilgililerin talebi üzerine veya re'sen, soruşturma sürecinin hızlı bitirilmesinden doğacak usûlî faydaları ve ihlalin varlığına veya kapsamına ilişkin görüş farklılıklarını göz önüne alarak **uzlaşma** usûlünü başlatabileceği, Kurul'un, hakkında soruşturma başlatılan ve ihlâlin varlığı ile kapsamını kabul eden teşebbüs veya teşebbüs birlikleri ile soruşturma raporunun tebliğine kadar uzlaşabileceği, uzlaşma sonucunda idarî para cezasında yüzde yirmi beşe kadar indirim uygulanabileceği kurala bağlanmıştır.

Söz konusu düzenlemede hem taahhüt hem de uzlaşma müesseselerinin uygulanabilmesinin temel şartı, bir ihlâlin henüz tespit edilmemiş olması ve Kurul'un bu konudaki takdir yetkisidir. İhlâlin tespit edildiği hâllerde bir rekabet sorunundan ve devam eden bir soruşturmadan bahsedilemeyeceğinden **taahhüde** ilişkin yeni kuralın; soruşturma raporu tebliğ edildiğinden ve Kurul tarafından ihlâlin varlığı ve kapsamı tespit edildiğinden, lehe düzenleme olduğundan bahisle **uzlaşmaya** ilişkin kuralların bu davada uygulanması mümkün değildir.

Nihâî kararlarının temyizen bozulması, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde yer alan sebeplerden birinin varlığı hâlinde mümkün olduğundan, temyizen incelenen karar usul ve hukuka uygun olup, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle;

1. Davacının temyiz isteminin reddine,

2. Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle reddine ilişkin İdare Mahkemesi kararına yönelik olarak yapılan istinaf başvurusunun reddi yolundaki Ankara Bölge İdare Mahkemesi 8. İdari Dava Dairesi'nin 24/02/2021 tarih ve E:2020/609, K2021/420 sayılı temyize konu kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, anılan Bölge İdare Mahkemesi kararının **ONANMASINA,**

3. Temyiz giderlerinin istemde bulunan üzerinde bırakılmasına,

4. Posta giderleri avansından artan tutarın davacıya iadesine,

5. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 50. maddesi uyarınca, bu onama kararının taraflara tebliğini ve bir örneğinin de Ankara Bölge İdare Mahkemesi Ankara 8. İdari Dava Dairesi'ne gönderilmesini teminen dosyanın Ankara 23. İdare Mahkemesi'ne gönderilmesine, 05/07/2022 tarihinde kesin olarak oyçokluğuyla karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
Nevzat ÖZGÜR	Süleyman Hilmi AYDIN	Dr. Hasan GÜL	Mürteza GÜLER	Fatih Mehmet ALKIŞ (X)

(X) KARŞI OY :

Dava dosyasının incelenmesinde; Rekabet Kurumu'na davacı şirket, Akdeniz Elektrik Dağıtım A.Ş., ve AK DEN Enerji Dağıtım ve Perakende Satış Hizmetleri A.Ş. hakkında, 2M Enerji Toptan Elektrik Tic. A.Ş., Fina Elektrik Enerjisi İthalat İhracat ve Toptan Satış A.Ş., İpragaz A.Ş. ve Mehmet Emin Taş tarafından yapılan şikâyet üzerine, yapılan soruşturma neticesinde davacı şirketin 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında hâkim durumunu kötüye kullandığı gerekçesiyle aynı Kanun'un 9. maddesinin 1. fıkrası ile 16. maddesinin 3. fıkrası uyarınca 20/02/2018 tarih ve 18-06/101-52 sayılı Rekabet Kurulu kararıyla 26.341.333,17-TL idari para cezası verilmesi ve rekabet ihlâli niteliğinde olan uygulamalarına son vermesi gerektiğine karar verilmesi üzerine bakılan dava açılmıştır.

Dava konusu idari para cezasına ilişkin olan Kurul kararı alındıktan sonra 24/06/2020 tarih ve 31165 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7246 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 4054 sayılı Kanun'un 43. maddesinde taahhüde ve uzlaşmaya ilişkin düzenlemeler getirilmiş olup, söz konusu düzenlemelerin davacının lehine olduğundan bahisle bu davada uygulanıp uygulanmayacağına açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

7246 sayılı Kanunun 9. maddesiyle 4054 sayılı Kanunun 43. maddesinde yapılan değişiklikler ile, yürütülmekte olan bir önaraştırma ya da soruşturma sürecinde Kanunun 4. veya 6. maddesi kapsamında ortaya çıkan rekabet sorunlarının giderilmesine yönelik olarak ilgili teşebbüs ya da teşebbüs birliklerince **taahhüt** sunulabileceği, Kurul'un söz konusu taahhütler yoluyla rekabet sorunlarının giderilebileceğine kanaat getirirse bu taahhütleri ilgili teşebbüs ya da teşebbüs birlikleri açısından bağlayıcı hâle getirerek soruşturma açılmamasına veya açılmış bulunan soruşturmaya son verilmesine karar verebileceği, rakipler arasında fiyat tespiti, bölge veya müşteri paylaşımı ya da arz miktarının kısıtlanması gibi açık ve ağır ihlallerle ilgili olarak taahhütün kabul edilmeyeceği; soruşturmaya başlanmasından sonra Kurul'un, ilgililerin talebi üzerine veya resen, soruşturma sürecinin hızlı bitirilmesinden doğacak usuli faydaları ve ihlalin varlığına veya kapsamına ilişkin görüş farklılıklarını göz önüne alarak **uzlaşma** usulünü başlatabileceği, Kurul'un, hakkında soruşturma başlatılan ve ihlâlin varlığı ile kapsamını kabul eden teşebbüs veya teşebbüs birlikleri ile soruşturma raporunun tebliğine kadar uzlaşabileceği, uzlaşma usulü sonucunda idari para cezasında yüzde yirmi beşe kadar indirim uygulanabileceği düzenlenmiştir.

Öncelikle, söz konusu düzenlemelerin dava konusu uyuşmazlık bakımından davacının lehine olup olmadığı tespit edilmelidir. Dava konusu olay bakımından, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun yaptığı atıf nedeniyle uygulanması gereken 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve dolayısıyla 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un "Lehe olan hükümlerin uygulanmasında usul" başlıklı 9. maddesinin 3. fıkrasına göre, "lehe olan hüküm, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenmesi" gerektiğinden, dava konusu

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No:2021/1789
Karar No:2022/3007

olayda davacı hakkında idari para cezası verildiği, ancak davacı tarafından verilecek taahhüdün kabul edilmesi hâlinde hakkında herhangi bir para cezasına hükmedilmeyeceği, uzlaşma sürecinin işletilmesi hâlinde ise davacıya verilecek idari para cezasından yüzde yirmi beş oranında indirim yapılabileceği dikkate alındığında, dava konusu uyuşmazlık bakımından 7246 sayılı Kanun'un 9. maddesiyle 4054 sayılı Kanun'un 43. maddesinde yapılan değişikliklerin davacının lehine olduğu konusunda herhangi bir duraksama bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında "Kimse, ... kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz."; üçüncü fıkrasında da "Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur." ifadesine yer verilmek suretiyle suç ve cezaların kanuniliği prensibi benimsenmiştir. Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan "suçta ve cezada kanunilik" ve temelde hukuk devleti ilkesi uyarınca hangi eylemlerin yasaklandığının ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde kanunda gösterilmesi, buna ilişkin kanunun açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekir. Bununla birlikte, kabahat olduğunda tereddüt bulunmayan, 4054 sayılı Kanun'da düzenlenen idari para cezasının "cezai" nitelikte olup olmadığı ve anılan prensibe tabi olup olmadığı incelendiğinde, Anayasa Mahkemesi kararlarında bu hususun tartışıldığı ve bunların cezai nitelikte olduğu sonucuna ulaşıldığı anlaşılmaktadır. (Anayasa Mahkemesi'nin 11/06/2009 tarih ve E.2007/115, K.2009/80 sayılı kararı, 17/6/2020 tarihli Onmed Tıbbi Ürünler Paz. ve Dış Tic. Ltd. Şti., Başvuru No: 2016/8342 kararı)

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, hukuk devletinin kurucu unsurlarındandır. Kanunilik ilkesi, genel olarak bütün hak ve özgürlüklerin düzenlenmesinde temel bir güvence oluşturmanın yanı sıra, suç ve cezaların belirlenmesi bakımından özel bir anlam ve öneme sahip olup, bu kapsamda kişilerin kanunen yasaklanmamış veya yaptırıma bağlanmamış fiiller dolayısıyla keyfî bir şekilde suçlanmaları ve cezalandırılmaları önlenmekte; buna ek olarak suçlanan kişinin lehine olan düzenlemelerin geriye etkili olarak uygulanması sağlanmaktadır. (Anayasa Mahkemesi'nin 15/04/2014 tarihli Karlıs A.Ş., Başvuru No: 2013/849 kararı)

Anılan hususlar birlikte değerlendirildiğinde; lehe kanunun uygulanmasının Anayasa'da teminat altına alınan suçta ve cezada kanunilik ile hukuk devleti ilkesi çerçevesinde anayasal bir zorunluluk olduğu, buna göre suçun işlendiği tarihte yürürlükte olan ceza kuralı ile kesin bir hükmün verilmesinden önce kabul edilen bir ceza kuralı farklı ise hâkimin sanığın lehine olan ceza kuralını uygulaması gerektiği, kanun koyucunun bu ilkenin hilafına bir düzenleme yapamayacağı, nitekim Anayasa Mahkemesi'nin 11/04/2019 tarih ve E.2019/9, K.2019/27 sayılı kararının da bu yönde olduğu anlaşılmaktadır.

Bu itibarla; 7246 sayılı Kanunun 9. maddesiyle 4054 sayılı Kanunun 43. maddesinde taahhüt müessesinin uygulanması için "yürütülmekte olan bir önaraştırma ya da soruşturma sürecinden"; uzlaşma müessesesi için "soruşturma raporunun tebliğine kadar uzlaşabileceği" gibi zaman bakımından uygulamaya ilişkin düzenlemelere yer verilmişse de, hukuka uygun ve anayasal ilkeler çerçevesinde yorumlandığında, söz konusu düzenlemelerin; Kanun yürürlüğe

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No:2021/1789
Karar No:2022/3007

girdikten sonraki süreçte ortaya çıkan ihlâl iddiaları ve bunların soruşturulmasına ilişkin süreçle ilişkin olduğu, yoksa anılan ifadelerle, evrensel bir hukuk kaidesi olan lehe kanunun, geçmişe etkili olarak uygulanmasının herhangi bir suretle engellenmesinin söz konusu olmadığı anlaşılmaktadır. Aksi bir yorumun, Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda anılan içtihatlarına ve hukuka aykırı olacağı düşünülmektedir.

Bununla birlikte, söz konusu düzenlemelerde taahhüt ve uzlaşmayı kabul edip etmemekte Kurula takdir yetkisi tanınmış olup, Kurulun lehe düzenleme niteliğinde olan kuralları dava konusu uyuşmazlığa uygulama noktasında takdir yetkisini kullanabilmesi için dava konusu Kurul kararının iptaline ihtiyaç bulunmaktadır. Aksi bir yaklaşımın, idari yargı yetkisinin, idarenin takdir hakkını kullanmasına engel olabileceği değerlendirilmektedir.

Tüm bu hususlar bir arada değerlendirildiğinde, 7246 sayılı Kanun'un 9. maddesiyle 4054 sayılı Kanun'un 43. maddesine eklenen düzenlemeler uyarınca taahhüt ve uzlaşma müesseselerinin, lehe kanun niteliği taşıdığından, davacıya da uygulanması gerektiğinden, davacı hakkında lehe kanun hükmü dikkate alınarak yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir.

Bu itibarla, davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararına yönelik olarak yapılan istinaf başvurusunun reddi yolundaki Ankara Bölge İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği oyu ile karara katılmıyorum.

Üye
Fatih Mehmet ALKIŞ