

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No:2021/4181
Karar No:2022/3003

TEMYİZ EDEN (DAVACI) : Enerjisa Başkent Elektrik Perakende Satış A.Ş.
VEKİLİ : Av. Şahin ARDIYOK
Büyükdere Cad., Bahar Sok., No:13, River Plaza
K:11-12 Levent/İSTANBUL [16273-72443-48625] UETS

KARŞI TARAF (DAVALI) : Rekabet Kurumu
Üniversiteler Mah., 1597. Cad., No:9 Bilkent/ANKARA
[35495-15945-49388] UETS
VEKİLİ : Av. Hukuk Müşaviri V. Mehmet Akif KAYAR - Aynı adreste

İSTEMİN KONUSU : Ankara Bölge İdare Mahkemesi 8. İdari Dava Dairesi'nin 08/07/2021 tarih ve E:2020/1797, K:2021/1155 sayılı kararının temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir.

YARGILAMA SÜRECİ :

Dava konusu istem: Elektrik perakende satış pazarında faaliyet gösteren davacı şirkete 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunun 6. maddesini ihlâl ettiği bahisle 38.499.247,43-TL idari para cezası verilmesine ilişkin 08/08/2018 tarih ve 18-27/461-224 sayılı Rekabet Kurulu (Kurul) kararının iptali istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: Ankara 13. İdare Mahkemesi'nce verilen 16/07/2020 tarih ve E:2019/1970, K:2020/1319 sayılı kararda; Rekabet Kurumu'na İpragaz A.Ş. ve Elektrik Perakende Satıcıları Derneği (EPSD) tarafından "Enerjisa ekonomik bütünlüğü içerisinde yer alan ve aralarında davacı şirketin de bulunduğu şirketlerin 4054 sayılı Kanunu ihlâl ettikleri iddiasıyla yapılan başvurular neticesinde dava konusu Kurul kararıyla davacının 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlâl ettiği bahisle aynı Kanunun 16. maddesinin 3. fıkrası ve Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmeliğin 5. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi ve 2. fıkrası ile 3. fıkrasının (a) bendi uyarınca 38.499.247,43-TL idari para cezası ile cezalandırılması üzerine davanın açıldığı;

Avukat- müvekkil gizliliği ilkesi ihlâl edilerek delil elde edildiği ve bu delilin kararda kullanıldığı iddiası yönünden; yürütülen ön araştırma kapsamında 23/11/2016 tarihinde Enerjisa Enerji A.Ş.'nin bünyesinde bulunan muhtelif enerji şirketlerinin merkezinde yapılan yerinde inceleme sonucunda alınan bir kısım belgelerin avukat müvekkil yazışmalarının gizliliği kapsamında olduğu iddiasıyla iadesi isteminin reddine ilişkin 06/12/2016 tarih ve 16-42/686-314 sayılı Kurul kararının iptali istemiyle açılan dava sonucunda dava konusu işlemin iptali yolundaki Ankara 15. İdare Mahkemesi'nce verilen 16/11/2017 tarih ve E:2017/412, K:2017/3045 sayılı kararın istinaf başvurusu üzerine Ankara Bölge İdare Mahkemesi 8. İdari Dava Dairesi'nin 10/10/2018 tarih ve E:2018/658, K:2018/1236 sayılı

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No:2021/4181
Karar No:2022/3003

kararıyla kaldırıldığı ve davanın reddine karar verildiği, davacı şirket tarafından gerek soruşturma sırasında sunulan savunmalarda gerekse dava dilekçesinde uyuşmazlığa konu edilen belgelerin hangileri olduğu ve kararın hangi kısmında delil olarak kullanıldığına ifade edilmediği gibi davalı idarenin savunma dilekçesinde de iddia olunan belgelerin kararda kullanılmadığının belirtildiği, belirtilen çerçevede iddianın yerinde görülmediği,

Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK) tarafından idari yaptırım uygulanan fiiller nedeniyle davalı idarenin "non bis in idem" ilkesi uyarınca idari para cezası uygulayamayacağı iddiası yönünden; her ne kadar davacı şirket tarafından, EPDK tarafından aynı eylemlere ilişkin bir idari para cezası uygulanmış olabileceği ifade edilmiş ise de, gerek davacı şirketin soruşturma sırasındaki savunma dilekçesinde, gerekse dosya kapsamındaki bilgi ve belgelerin incelenmesinden uygulanan bir idari para cezasının varlığına yer verilmediği, bunun dışında davacı şirketin soruşturma sonucunda dört başlıkta toplanabilecek eylemlerinin davalı idarece tek bir ihlâl olduğu sonucuna varılarak esasında birden fazla fiilin netice olarak tek bir rekabet ihlâli şeklinde değerlendirildiği ve uygulanan idari para cezasının da buna göre belirlendiği anlaşılacakla, her iki bağımsız idari otoritenin kuruluş kanunlarındaki amaçları da göz önünde bulundurulduğunda, somut uyuşmazlıkta olayların aynılığından bahsedilemeyeceğinden bu iddianın yerinde olmadığı;

Rekabet Kurulu'nun somut olay bakımından cezalandırma yetkisinin bulunmadığı ve söz konusu kararın yetki yönünden hukuka aykırı olduğu iddiası yönünden; bir piyasanın düzenleyici ve denetleyici bir kurumun regülasyonuna tabi olmasının o piyasada yer alan faaliyetleri 4054 sayılı Kanun kapsamı dışına çıkarmayacağı, Kurul'un 4054 sayılı Kanun çerçevesinde tüm mal ve hizmet piyasalarında rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetimleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamakla görevlendirilmiş olduğu, söz konusu düzenleyici kurumların piyasa hakkındaki tasarruflarında rekabetçi bir piyasa düzeni sağlamakla yükümlü olmalarına rağmen, piyasada gerçekleşen rekabet ihlâllerinin tespit ve idari yaptırıma tabi tutulması, Kanun veya ikincil düzenlemelerle öngörülen veya öngörülebilecek istisnalar dışında, 4054 sayılı Kanun kapsamında Kurul'un görev alanına girdiği, (*Danıştay Onüçüncü Dairesi'nin 5/10/2017 tarih ve E:2014/2458, K:2017/2511 sayılı kararı*), kaldı ki, bir piyasada gerçekleştiği iddia olunan rekabet ihlâli hakkında EPDK'nın ve Rekabet Kurulu'nun izleyeceği yollar ve alacağı kararlar birbirinden farklı olduğu, bu çerçevede 4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 5. maddesi uyarınca rekabeti sağlamak için iştirakler arası ilişkilere ilişkin standartlar ve kurallar oluşturmak, uygulamak ve bu standartların, piyasa faaliyetlerinde karşılıklı iştirak, işletme ve muhasebe konularında kısıtlamalar içermesi gerektiğinde, bu kısıtlamaları belirlemeye yönelik olduğu, ancak Rekabet Kurulu'nun sektöründeki teşebbüsler hakkında ileri sürülen ihlâl iddiaları hakkında açabileceği bir soruşturma sonucunda verebileceği idari para cezası, anti-rekabetçi davranışların ve bunun

T.C.

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No:2021/4181
Karar No:2022/3003

altında yatan saikin cezalandırılmasına ilişkin olduğu, hal böyle olunca, dava konusu Kurul kararının alındığı tarih itibarıyla her iki idarenin görev ve yetkileri yasalarda ayrıntısıyla belirlenmiş, enerji sektöründe yaşanacak rekabet ihlâlini belirleme ve bu konuda yaptırım uygulama konusunda Kurul'un yetkili olduğunun anlaşıldığı;

İhlâl iddialarının yeterli seviyede ispat standardı ile ortaya konulmamış olduğu iddiası yönünden; dava dosyası ekinde bulunan bilgi ve belgelerin bir bütün olarak incelenmesinden davalı idarece soruşturma sırasında elde edilen toplamda 94 adet belgenin delil olarak kullanıldığı, bunların bir kısmının aynı ekonomik bütünlük içerisinde yer alan Toroslar, Başkent ve İstanbul Anadolu Yakası Perakende Satış Anonim Şirketlerinin yetkililerine gönderilen e-postalar olduğunun anlaşıldığı, davalı idarece gerçekleştirilen denetim neticesinde elde edilen bilgi ve belgelerin gerek davacı şirkete gerekse Enerjisa ekonomik bütünlüğü içerisinde yer alan (aynı zamanda davacı şirketin de dahil olduğu) diğer perakende satış şirketlerine ilişkin olduğu, bu kapsamda, anılan şirketlerin hakim durumlarını kötüye kullanarak rekabet ihlâlinde bulduklarının ortaya konulduğu, zira bu hususa ilişkin usulsüz sözleşme ve enerji alım-satım bildirim formu (IA-02 formu) alınması ile ilgili belgelerin ayrı, deklarasyon uygulaması ile ilgili belgelerin ayrı, serbest tüketicilerle yapılan sözleşmelerde yer alan otomatik uzama hükümlerine ilişkin belgelerin (aynı zamanda ekonomik bütünlük içerisinde yer alan tüm şirketlerin kullandığı tip sözleşmelerin gerek tablo halinde gerekse değerlendirilmesi dahil olmak üzere) ayrı, K1-K2 portföyleri arasında ekonomik bütünlük lehine olacak şekilde geçiş uygulamasına ilişkin belgelerin ayrı ortaya konulduğu, ilgili denetimde bahsi geçen hususlarda idarece yapılan tespit ve değerlendirmelerin ekonomik bütünlük adına yapılmasının ise davacı şirket yönünden herhangi bir somutlaştırmanın gerçekleştirilmediği anlamına gelmeyeceği, zira davacı şirketin hakim durumunu kötüye kullanıldığına ilişkin hususlara dayanak teşkil eden bilgi ve belgelerin gerek incelenen uyuşmazlıkta davacı şirket yönünden, gerekse de ekonomik bütünlük içerisinde yer alan diğer şirketler açısından ortaya konulduğu ve geçerli olduğu, zira elde edilen bilgi ve belgelerin bir kısmının tüm ekonomik bütünlük içindeki şirketleri kapsayacak şekilde gönderildiği, bunun dışında ekonomik bütünlük içerisinde yer alan şirketler hakkındaki hakim durum tespitinin ve ilgili coğrafi pazar tanımlamasının ayrı ayrı incelenerek değerlendirildiği anlaşılmakla, davacı tarafından ileri sürülen bu iddiaya itibar edilmediği;

Elektrik tedarik şirketlerinin, herhangi bir bölge sınırlaması olmaksızın serbest tüketicilere toptan veya perakende satış faaliyetlerinde bulunabileceği, ancak görevli tedarik şirketinin, ilgili dağıtım bölgesinde bulunan serbest tüketici olmayan tüketiciler ile serbest tüketici niteliğini haiz olduğu hâlde, başka bir tedarikçiden elektrik enerjisi temin etmeyen tüketicilere son kaynak tedarikçisi sıfatıyla elektrik enerjisi sağlamakla yükümlü olduğu, buna göre, dosya ekindeki bilgilerin incelenmesinden, 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

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No:2021/4181
Karar No:2022/3003

pazarın Ankara, Bartın, Çankırı, Zonguldak, Kastamonu, Kırıkkale ve Karabük illeri olduğu ve davacının tekel yetkisinden dolayı bu pazarda hakim olduğunun sabit olduğu, serbest tüketici limiti üstünde kalan tüketicilere yapılan satışlarda, tüketim büyüklüğü açısından ve portföyünde bulunan abone adedinden davacının iletim seviyesinden bağlı sanayi müşterilerine yapılan elektrik satışı dışında, rakipleri karşısında büyük bir paya sahip olduğu görüldüğünden, pazarın Ankara, Bartın, Çankırı, Zonguldak, Kastamonu, Kırıkkale ve Karabük illeri olarak tanımlanmasında herhangi bir 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 hakim durumda olduğunun anlaşıldığı;

Dava konusu Kurul kararında bir çok tespite yer verilmekle birlikte davacı şirketin hakim durumunu kötüye kullanarak rekabet ihlâline neden olduğu belirtilen işlem ve eylemlerin ana konusunun dört başlık altında toplandığının görüldüğü, bu başlıkların, **1) Deklarasyon uygulaması, 2) İkili sözleşmelerin ve anılan sözleşmelerin ekinde bulunan IA-02 formlarının tarihsiz olarak alınması, 3) K1-K2 portföyleri arasında yapılan geçiş uygulamaları, 4) Serbest tüketicilerle yapılan ikili sözleşmelerdeki cayma bedeli, süre ve otomatik uzamaya ilişkin hükümler olduğu;**

Deklarasyon uygulaması yönünden; gerek dava konusu işlemde gerekse dava dilekçesi ile dosyadaki bilgi ve belgelerin incelenmesinden deklarasyon/beyan uygulamasıyla başlangıçta serbest olmayan tüketicilerin mevzuat kapsamında zorunlu olarak görevli tedarik şirketi olan davacı şirketle perakende satış sözleşmesi imzaladığı, aynı anda bu kapsamda olan tüketicilerle ikili anlaşmaların da imzalandığı, bu tüketicilerin elektrik kullanımının mevzuatla öngörülen limiti aşması halinde imzalanmış olan ikili anlaşma sayesinde davacı şirketin bünyesinde serbest tüketici konumuna (başlangıçta herhangi bir onay olmaksızın) aktarıldığı, başka bir anlatımla sözleşmenin imzalandığı sırada serbest tüketici olma hakkı kazanmamış tüketiciler ile geciktirici şarta bağlı sözleşmeler imzalanması akabinde sözleşmedeki geciktirici şartın gerçekleşmesi halinde taahhütsüz bir şekilde serbest tarifeden ikili anlaşma hükümleri çerçevesinde elektrik tüketiminin başladığı, ayrıca elektrik satış sözleşmesinin ve ekindeki IA-02 formlarının imza altına alındığı, bu hususun dosya içerisinde bulunan belgelerden anlaşıldığı, ekonomik bütünlük içerisinde yer alan tüm perakende satış yapan şirketlere gönderilen e-postada deklarasyon uygulamasının 2014 yılından beri davacı şirketin de içerisinde yer aldığı ekonomik bütünlük tarafından uygulandığı, aktarılan belgeler dışında yer alan diğer bilgi ve belgelere göre de deklarasyon uygulamasının davacı şirket tarafından benimsenerek uygulandığının anlaşıldığı, ilgili tüketicinin bilgilendirilmesine karşın görevli tedarik şirketlerinin elektrik piyasasında geçmişten gelen mevcudiyeti, yine başlangıçta ön sözleşme imzalatılan serbest olmayan tüketicilerin elektrik enerjisi hizmetini zorunlu olarak

T.C.

DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No:2021/4181
Karar No:2022/3003

görevli tedarik şirketinden alması hususları bir arada değerlendirildiğinde konuyla ilgili yeterli bilgisi bulunmayan tüketicilerin itirazda bulunarak diğer tedarik şirketlerine geçişi düşük seviyelerde kalmakta olduğundan uyuşmazlığa konu edilen uygulamaların davacı şirket lehine, pazardaki diğer tedarik şirketlerinin aleyhine bir durum oluşturduğu, her ne kadar, ikili anlaşmalar ile perakende satış sözleşmesinin bir arada alınmasını sınırlandıran bir hükme mevzuatta yer verilmemiş ise de, dava konusu işleme dayanak alınan fiillerin gerçekleştiği tarihte yürürlükte bulunan mevzuat dikkate alındığında, imza altına alınan sözleşmenin yürürlüğe girmesi adına piyasa yönetim sistemine yüklenmesi ile perakende satış sözleşmesinin sona erdiği, ikili anlaşmalar ile perakende satış sözleşmesinin aynı anda yürürlükte olamayacağı, anılan uygulamayla, yani ikili anlaşma ile perakende satış sözleşmesinin bir arada alınmasının serbest tüketicinin diğer tedarik şirketleriyle anlaşma yapmasının en başında sınırlandırılabildiği, davacı şirket tarafından soruşturmaya konu edilip tespiti gerçekleştirilen deklarasyon uygulaması neticesinde, tüketicilerin elektrik piyasasındaki rekabetçi konumdan uzaklaştırıldığı anlaşıldığı, davacı şirketin, bu uygulamasıyla da kendileri kadar avantajlı ve geniş portföyde tüketici bilgilerine sahip olmayan, sınırlı pazarlama ve satış ağına sahip olan diğer tedarik şirketleri aleyhine bir durum oluşturulduğunun anlaşıldığı;

İkili sözleşmeler ve sözleşme ekinde bulunan IA-02 formlarının tarihsiz olarak alınmasına yönelik uygulamalar yönünden; dava konusu işleme dayanak alınan fiillerin gerçekleştiği tarihte yürürlükte bulunan mevzuat hükümlerinin değerlendirilmesinden, IA-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 halinde, IA-02 formunun tarihi yeni olan tedarikçinin portföyüne dahil edileceği, soruşturma sürecinde elde edilen belgelerde IA-02 formunun ve IA-03 formunun ne şekilde doldurulacağına ilişkin şematik olarak aktarılan bilgilerde, deklarasyon alınan müşteriler için hiçbir şekilde tarih yazılmayacağı belirtilmişti, IA-03 (ikili anlaşma iptal bildirim formunda) formun deklarasyon sözleşmelerinde her zaman doldurulacağı ve tarih kısmının boş bırakılacağı, satışta ise müşterinin vazgeçip ikili anlaşmayı iptal etmek istemesi halinde vazgeçilen portföy giriş tarihinin yazılacağı vurgulandığı, IA-02 formalarında imza tarihlerinin boş bırakılmasının sehven gerçekleşen bir durum niteliği arz etmediği, aksine soruşturma raporu ekinde bulunan ve e-postalar ile telefon görüşmeleri ile soruşturma kapsamında elde edilip incelenen sözleşmelere göre, bahsi geçen uygulamanın deklarasyon uygulamasını destekler nitelikte olduğu ve yukarıda irdelenen deklarasyon uygulamasıyla birlikte değerlendirildiğinde, başlangıçta serbest tüketici olmayan tüketicilerle perakende satış sözleşmesi dışında alınan ikili anlaşmanın yanında IA-02 formunun tarihsiz bir şekilde imzalatılması üzerine tüketicinin kullanım miktarına bağlı olarak serbest tüketici limitine ulaşıp diğer tedarik şirketlerine geçmesinin gündeme gelmesi halinde anılan forma tarihin yazılması sonucunda geçişi engellenebileceği ve bu uygulamanın deklarasyon uygulamasını

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No:2021/4181
Karar No:2022/3003

destekler niteliğinin yadsınamaz olduğu, serbest tüketicilerin başka tedarik şirketlerine geçişini zorlaştırarak hakim durumda bulunan davacının bu durumunu kötüye kullanması şeklinde uygulamalara yol açabileceği sonucuna varıldığı, davacı şirketin IA-02 formlarının tarih kısımlarını boş bırakarak portföyünde bulunan ikili anlaşması imzaladığı bir tüketicinin, tedarikçi değiştirmek istemesi halinde forma yeni tarih atılmak suretiyle, dilerse tüketiciyi portföyünde tutabilme imkânının bulunduğu, buna rağmen tüketicinin tedarikçi değiştirmesi halinde ikili anlaşmadan doğan cayma cezasını devreye sokarak, tedarikçi değiştirme noktasında yeterli seviyede bulunulmayan ve serbestleşmenin etkilerinin tam olarak kendisini gösteremediği bir dönemde tüketicinin tedarikçi değiştirme eğilimini ortadan kaldıracak şekilde, bahsi geçen bu hususun diğer tedarik şirketleri aleyhine bir durum oluşturduğu, mevcut konumu itibarıyla elektrik piyasasındaki hakim durumunu kötüye kullanarak rekabeti *(deklarasyon uygulamasıyla birlikte değerlendirildiğinde)* ortadan kaldırdığı;

K1-K2 portföyleri arasında yapılan geçiş uygulamaları ve serbest tüketicilerle yapılan ikili sözleşmelerdeki cayma bedeli, süre ve otomatik uzamaya ilişkin hükümler yönünden; soruşturma kapsamında davalı idarece elde edilen bilgi ve belgelere göre, davacı şirketin ikili anlaşma portföylerinde yer alan sanayi grubu müşterilerine, elektrik enerjisi satış sözleşmesine ek bir protokol imzalatıldığı ve EPDK tarafından düzenlenen tarifeler üzerinden elektrik temin eden müşterilerin bulunduğu portföy olan K1 portföyüne alındığı, yani serbest tüketiciler ile aralarındaki ikili anlaşma, bu anlaşmanın süresi boyunca askıya alındığı ve EPDK'nın belirlediği son kaynak tedarik fiyatından elektrik temin edilen portföye dahil etmekte ancak bu dönem içerisinde müşterinin başka bir tedarikçi şirketin serbest tüketici portföyüne geçmesi halinde bahsi geçen ek protokolün 4. maddesine istinaden süre, ceza yahut tazminat şartı uygulamalarının gündeme geldiği, davacı şirketin sanayi müşterilerine yönelik olarak piyasa takas fiyatı (PTF) ile yenilenebilir Enerji kaynakları (YEK) maliyetinin yüksek seyrettiği dönemlerde ikili anlaşma yaptığı K2 portföyünden bulunan müşterilerini K1 portföyüne kaydırarak, bu şekilde 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 halde, bağımsız tedarik şirketlerinin böyle bir imkânının bulunmadığı ve zarardan kurtulmak için ikili anlaşmasını feshetmek zorunda kaldığı ve müşterisini kaybettiği dikkate alındığında, görevli tedarik şirketi olmasından kaynaklanan hakim durumun kullanılarak rekabetin bu şekilde engellendiği, davacı şirketin 2015 Ocak-2016 Aralık tarihleri arasında yaptığı ikili anlaşma sözleşmelerinde taahhütlerde otomatik uzama ve erken çıkış durumunda cezai şart hükümlerine yer vermesi hususunun, incelemeye konu edilen ve hakim durumu kötüye kullandığı diğer fiilleriyle birlikte değerlendirildiğinde, pazarında hakim durumda bulunan görevli tedarik şirketi olan davacı şirketin serbest tüketicilerle yaptığı ikili anlaşmalarında yer verilen taahhütleri tedarikçi değişimini zorlaştıracak şekilde tasarlaması, hedeflenen bu hakkaniyetli yarışma ortamını bozacağı ve pazara giriş yapmaya çalışan

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No:2021/4181
Karar No:2022/3003

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 hakim durumda olan davacı tarafından pazarın diğer tedarik şirketlerine kapatması sonucunu taşıdığı;

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 iddiaları yönünden; davacı şirketin ilgili coğrafi pazar bağlamında faaliyet gösterdiği ürün pazarında hâkim durumda olduğu, rekabeti engellemek ve ilgili pazarları rakiplere kapatmak amacıyla birbirlerinin etkilerini güçlendirici şekilde ve birbirilerini tamamlayıcı nitelikte hakim durumunu 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 2017 Kasım 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 2017 yılı cirolarından grup içi satışların çıkarılması sonucu elde edilen ciro dikkate alınarak davacıya 38.499.247,43-TL idari para cezasının verildiği, bu durumda, dava konusu idari para cezasının miktarına ilişkin de hukuk ve usule aykırı bir durum bulunmadığı, davacı şirketin faaliyette bulunduğu elektrik piyasası ve sektörüne ilişkin ilişkin geçmişten günümüze genel durumu, davacı şirketin ve bağlı olduğu ekonomik bütünlüğün bu sektördeki yeri, soruşturma sonucunda tespiti yapılan hususların ve davacı şirketin uygulamalarının pazardaki fiili veya muhtemel etkileri birlikte değerlendirilerek rekabeti bozucu ve anti-rekabetçi davranışlar olduğunun delilleriyle birlikte ortaya konulduğu görülmekle, davacı tarafından dışlayıcı etkinin ortaya konulmadığı iddiasına itibar edilmediği;

Bu durumda, aktarılan tüm değerlendirmeler göz önünde bulundurulduğunda, davacı şirketin deklarasyon uygulaması, ikili sözleşmelerin ekinde bulunan IA-02 formlarının tarihsiz olarak alınması, K1-K2 portföyleri arasında yapılan geçiş uygulamaları ve serbest tüketicilerle yapılan içeriğinde cayma bedeli, süre ve otomatik uzama hususlarına yer verilen ikili sözleşme şeklinde ortaya çıkan eylem ve uygulamalarıyla 4054 sayılı Kanunun 6. maddesi uyarınca hakim durumunu kötüye kullandığının sabit olması nedeniyle hakkında idari para cezası verilmesine ilişkin dava konusu Kurul kararında hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

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

T.C.
DANIŞTAY
ONÜÇÜNCÜ DAİRE
Esas No:2021/4181
Karar No:2022/3003

Bölge İdare Mahkemesi kararının özeti: Ankara Bölge İdare Mahkemesi 8. İdari Dava Dairesi'nce; 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, avukat- müvekkil gizliliği ilkesinin ihlâl edildiği, aynı fiilden dolayı birden çok yaptırım uygulanmasının "non bis in idem" ilkesine aykırılık teşkil ettiği, uygulanan idari para cezasının yetki yönünden hukuka aykırı olduğu, EPDK'nın yetkili olduğu bir konuda Kurul'un yaptığı tespitlerle yaptırım uygulanmasının hukuka aykırı olduğu, isnat edilen fiillerin yeterli ispat standardı ile ortaya konulmadığı, fiillerin hangi şirket tarafından gerçekleştirdiğinin belirsizleştirildiği ve hangi fiilden hangi şirketin ne kadar sorumlu olduğunun ortaya konulmadığı, temel para cezasının belirlenmesinde iddia konusu uygulamalar neticesinde ortaya çıkan zararın ağırlığının göz önünde bulundurulmadığı, temel para cezasına esas ciro miktarının tespitinde ilgili ürün pazarında gerçekleştirilen faaliyetlerden elde edilen gayri safi gelirin dikkate alınması gerektiği, hafifletici sebeplerin göz önünde bulundurulmadığı, ilgili ürün pazarı ve coğrafi pazarın hatalı tespit edildiği, deklarasyon uygulaması ile IA-02 formlarının tarihsiz alınması uygulamalarıyla rakip tedarikçilere geçişin zorlaştırılmasının söz konusu olmadığı, ek protokol uygulamasıyla da ilgili pazarda rekabetin kısıtlanması durumunun oluşmadığı, taahhüt ve otomatik uzama içeren sözleşmeler ile serbest tüketicilerin rakip tedarikçi portföyüne geçişinin engellenmediği, idarece ihlâl olduğu ileri sürülen davranışların dışlayıcı etkiye yol açtığı somut olarak ortaya konulmadığı, İdare Mahkemesi kararında yeterli gerekçeye yer verilmediği, lehe kanun düzenlemelerinin dikkate alınması gerektiği, yeterli araştırma yapılmadan karar verildiği, dava konusu Kurul kararının hukuka aykırı olduğu ileri sürülmektedir.

KARŞI TARAFIN SAVUNMASI : Davalı idare tarafından, dava konusu Kurul kararının hukuka uygun olduğu 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, 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 :

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" ile 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 Kanunun 43. maddesinde yapılan değişiklikler ile, yürütülmekte olan bir önaraştırma ya da soruşturma sürecinde Kanun'un 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 ihlâllerle ilgili olarak taahhütün kabul edilmeyeceği; soruşturmaya başlanmasından sonra Kurul'un, ilgililerin talebi üzerine veya re'sen, soruşturma sürecinin hızlı bitirilmesinden doğacak usûlî faydaları ve ihlâlin 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.

Bölge İdare Mahkemesi kararlarının 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 08/07/2021 tarih ve E:2020/1797, K:2021/1155 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. Kullanılmayan 97,70-TL yürütmeyi durdurma harcının istemi hâlinde davacıya iadesine,

6. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 50. maddesi uyarınca, bu onama kararının taraflara tebliğini ve bir örneğinin de Ankara Bölge İdare Mahkemesi 8. İdari Dava Dairesi'ne gönderilmesini teminen dosyanın Ankara 13. İdare Mahkemesi'ne gönderilmesine, 05/07/2022 tarihinde kesin olarak oyçokluğuyla karar verildi.

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

(X) KARŞI OY :

Rekabet Kurumu'na İpragaz A.Ş. ve Elektrik Perakende Satıcıları Derneği (EPSD) tarafından "Enerjisa ekonomik bütünlüğü içerisinde yer alan ve aralarında davacı şirketin de bulunduğu şirketlerin 4054 sayılı Kanunu ihlâl ettikleri iddiasıyla yapılan başvurular neticesinde 08/08/2018 tarih ve 18-27/461-224 Kurul kararı ile davacının 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlâl ettiğinden bahisle aynı Kanununun 16. maddesinin 3. fıkrası ve Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmeliğin 5. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi ve 2. fıkrası ile 3. fıkrasının (a) bendi uyarınca 38.499.247,43-TL idari para cezası ile cezalandırılması 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 Kanun'un 9. maddesiyle 4054 sayılı Kanun'un 43. maddesinde yapılan değişiklikler ile, yürütülmekte olan bir önaraştırma ya da soruşturma sürecinde Kanun'un 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 usuli faydaları ve ihlâlin 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:2021/4181
Karar No:2022/3003

olayda davacıya 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 1. fıkrasında "Kimse, ... kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz."; 3. 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 kuşkuya 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 tâbi 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 Kanun'un 9. maddesiyle 4054 sayılı Kanun'un 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:2021/4181
Karar No:2022/3003

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