D.21/2017 YİM:217/2014

Yüksek İdare Mahkemesinde

Anayasanın 152.Maddesi Hakkında

Yargıç Tanju Öncül Huzurunda.

Davacı:Oero Trading Ltd., Alayköy Sanayi Bölgesi, 6 Cad., No:3, Lefkoşa

İle

Davalı:Rekabet Kurulu vasıtasıyla KKTC, Kıbrıs Türk Alayı Gazinosu Yanı, Şht. Ağah Top Sk., No:9, Ortaköy, Lefkoşa.

 A r a s ı n d a.

Davacı namına:Avukat Levent Celaleddin

Davalı namına:Avukat Şefik Aşçıoğulları.

 ---------

 **K A R A R**

Davacının:

” A) Davalı tarafından ıstar edilip 16.07.2014 tarihli Resmi Gazete, Ek III, sayfa 1459’da yayınlanan ve Davacının dondurma piyasasındaki hakim durumunu müşterisi olan perakende satış noktası M.Reis Süpermarket Ltd. üzerinde KKTC’de tam yetkili dağıtımcısı olduğu Unilever Sanayi ve Ticaret Türk A.Ş ürünleri ile kısıtlı olmak üzere ürün bağlama yolu ile mal vermeyi red etme ve mal vermemekle tehdit etme yolu ile kötüye kullanarak Rekabet Yasası’nın 6(1)(A) maddesinde belirtilen haksız ticaret koşulları dayatarak ihlal ettiğine müstenit 24/2014 sayılı ve 05.05.2014 tarihli kararın iptal edilmesine ve/veya hükümsüz ve/veya etkisiz olduğuna ve herhangi bir sonuç doğuramayacağına dair Mahkeme kararı;

B) Davalı tarafından ıstar edilip 16.7.2014 tarihli Resmi Gazete, Ek III, sayfa 1459’da yayınlanan ve Davacıya 5,000-Türk Lirası tutarında idari para cezası verilmesine müstenit 24/2014 sayılı ve 05.05.2014 tarihli kararın iptal edilmesine ve/veya hükümsüz ve/veya etkisiz olduğuna ve herhangi bir sonuç doğuramayacağına dair Mahkeme kararı;

C) Alternatif olarak, Davalı tarafından ıstar edilip 16.07.2014 tarihli Resmi Gazete, Ek III, sayfa 1459’da yayınlanan 24/2014 sayılı ve 05.05.2014 tarihli kararın iptal edilmesine ve/veya hükümsüz ve/veya etkisiz olduğuna ve herhangi bir sonuç doğuramayacağına dair Mahkeme kararı;

talepleri ile başlattığı davası,

”2. Rekabet Yasası tahtında oluşturulan Rekabet Kurulu, Anayasa Mahkemesi’nin D.3/2006 sayılı kararında serdedilen prensipler gereğince, bir nevi administrative tribunaldır ve/veya idare hukuku içtihatları ve/veya prensipleri ışığında bir nevi disiplin mahkemesidir ve açılacak soruşturmalar neticesinde aleyhine şikayet yapılan taraf hakkında sui generis yaptırımlar uygulama yetkisi ile donatılmıştır. Bu özelliği nedeniyle, Davalı huzurundaki bir meselede aleyhinde şikayet yapılan bir taraf hakkında yaptırım kararı verirken mümkün mertebe bir disiplin mahkemesi gibi çalışmalı ve usulünü de mümkün mertebe Ceza Usul Yasası ışığında düzenlemelidir. Dolayısıyla, Davalı, bir taraf aleyhinde yaptırım uygulama kararı verebilmek için, şikayete konu iddiaları ve/veya dayanakları ve/veya delilleri tüm çıplaklığıyla ve/veya olduğu gibi aleyhinde şikayet yapılan tarafın bilgisine getirmeli ve şikayete konu iddialar makul şüpheden ari olarak ispat edilmedikçe ve/veya aleyhinde şikayet yapılan tarafa kafi nispette savunma olanağı yaratmadıkça herhangi bir yaptırım kararı verememelidir. Aleyhinde şikayet yapılan tarafa, şikayete destek teşkil edebilecek her türlü tanığı sorgulama ve/veya bu tanıkların dinlenmesi esnasında Davalı nezdinde hazır bulunma hakkı bahşedilmelidir.

3. Rekabet Yasası tahtında herhangi bir şikayet yapılırken şikayetler, yasada ve yasa tahtında ıstar edilen Şikayetler Tebliği’nde belirtilen usullere göre yapılmalıdır. Dolayısıyla tüm şikayetler, içeriklerini destekleyecek nitelikte ve yeteri kadar belge ve/veya bilgi ve/veya delille desteklenmeli ve Davalı bu şikayetleri incelemeye almadan önce, şikayetlerin içerdiği hususlara müstenit yeteri kadar bilgi, belge ve/veya delille desteklenip desteklenmediğini tetkik etmeli, eksikliklerin tamamlanmasını talep etmeli, eksiklikler mevzuatla belirlenen süreler içerisinde tamamlanmadığı halde, şikayetler hakkında geri çekilmiş gibi işlem yaparak soruşturma başlatmamalıdır.

4. Türkiye Cumhuriyeti Rekabet Kurumu’nun 13.07.2011 tarih ve 11-42/911-281 sayılı kararında da belirtildiği üzere, Davalı, konusu kalmamış şikayetleri reddetmelidir. Diğer bir deyişle, bir şikayet yapıldığı takdirde, şikayete konu hususlar, Davalı meseleyi karara bağlayıncaya değin çözümlenmemiş ve/veya müşteki şikayete konu hususlarda Davalının bir karar üretmesinden ve/veya çare bahşetmesinden önce herhangi bir çözüm elde etmiş olmamalıdır.

5. Hakim konum tespiti, Rekabet Yasası tahtında ıstar edilen Hakim Konum Tebliği’nde belirlenen usullere göre yapılmalı ve hakim konumun kötüye kullanılıp kullanılmadığı hususu da, akademik değerlendirmelerden hareketle değil, Rekabet Yasası’nın 6’ncı maddesinde belirlenen esaslara uygun olarak somut olay ve somut delillerden hareketle yapılmalıdır“

içerikli iddialar yanı sıra, kararın gerekçesiz, keyfi, yanlış bilgiye istinaden, makûl özen gösterilmeksizin, gerekli araştırma yapılmadan alındığı, ilgili mevzuatın doğru uygulanmadığı, yetki aşımı veya yetkinin kötüye kullanılması veya yetki gasbında bulunulduğu, Davacının haklarının hukuka aykırı biçimde sınırlandığı özlü hukuki esaslara dayandırıl-mıştır.

Buna karşı dosyalanan Müdafaa Takririnde, mevzuata uyulduğu, Davacının Avukat vasıtasıyla sözlü savunmasını yaptığı, Ceza Usul Yasası’na bağlı kalmak yanında 36/2009 Sayılı Yasa’nın (6),(7) ve (8)’inci kısımlardaki kurallara bağlı olarak yargılamanın yapıldığı, yetki aşımı veya kötüye kullanılmasının olmadığı, mevzuata uygun gerekli soruşturma yapıldıktan sonra gerekçeli bir karar verildiği, şikâyetin konusuz kaldığı için reddedilmesi gerektiği iddiasının dayanaksız olduğu, Davalının 36/2009 Sayılı Yasa’nın 20,21,22 ve diğer maddelerine istinat ettiği, tüm savunma, şikâyet ve iddiaların değerlendirilerek ve gerekli araştırma yapılarak karar verildiği, Davacının meşru menfaatinin olumsuz olarak ve doğrudan doğruya etkilenmediği özlü hukuki esaslara dayanılmıştır.

Davanın duruşmasına başlanılması öncesinde Davacı taraf davasını:

”1)Bu şikâyetçinin bizim aleyhimize yaptığı şikâyette

 yapılan yargılama sonucunda kararın hatalı olduğu, öyle

 bir karara varamayacakları konusu ile ilgili devam

 edeceğiz.

2)Zaman sürelerinin aşıldığı ile ilgili bir iddiamız

vardır.

3)Genel yargılama prensipleri ile ilgili bizim sözlü

savunmamızdan sonra tekrardan şikâyetçiyi çağırıp

toplantı yaptıkları bilgimize gelmiştir. Kararı da

gelmiştir. “

başlıkları altında devam ettireceğini beyan etmiştir.

Duruşmanın başlangıç aşamasında, 40 adet evrak Emare olarak kaydolunmuş, duruşma sürecinde Davacının Direktörü Bertan Özberkman iddialarını kanıtlamak amacıyla şahadet vermiş, sonrasında Bayilik Sözleşmesi Emare 41, Yazışmalar Emare 42 ve alındı tarihi 7 Haziran olan Davacı Direktörünün Yazısı Emare 43 olarak kaydolunmuştur. Müdafaa maksatlı ise Davalının başkanı Yenal Süreç dinlenmiş, bu aşamada da Emare 44-45 ve 46 olarak kaydolunmuş olan evraklar Mahkemeye sunulmuşlardır.

Sunulan emareler incelendiğinde, dava ile ilgili bir kısım olgusal gerçeklerin aşağıda belirtildiği şekilde olduğu ortaya çıkmaktadır:

M.Reis Süpermarket Ltd., 30.4.2013 tarihli ve;

”Müvekkilem Reis Süpermarket sahipleri Ayşen Buba Reis’den almış olduğum talimat uyarınca aşağıdaki hususları tarafınıza ihbar ederim.

1. Müvekkilim, Lefkoşa’da Süpermarket işletmeciliğini uzun yıllardan beri yapmakta olan ve müşteri potansiyeli iyi olan bir işletmedir.
2. Algida dondurmaları KKTC’ye ihtal eden OERO Ltd.isimli Şirketten, süper marketinde satışını yapmak için bu dondurmaları satmak için işyerinde düzenlemeler yaptı.
3. Ancak söz konusu Şirket dondurmaların satışının yapılacağı rafların yerini beğenmediği iddiası ile ürünlerin müvekkilemin işyerinde satılmasını istemiyor.
4. İşletme olarak müvekkilim kendi işyerinde satışını yaptığı tüm ürünlerin düzenlemesini ve satışını binanın konum ve şekline göre yapmakta olup, OERO Ltd. isimli Şirket haksız rekabete fırsat verecek şekilde müvekkilemi mağdur etme girişimi içerisinde olup, bu hususun araştırılmasını tarafınıza ihbar ederim.“

şeklinde içeriğe sahip Emare 45 yazısı ile, Rekabet Kurulu Başkanlığına ihbarda bulunmuş, sonrasında 13.5.2013 tarihli;

”Müvekkilim M.Reis Süpermarket ile ilgili olarak tarafınıza yapmış olduğum itirazıma 7/5/2013 tarihinde tarafıma göndermiş olduğunuz yazı ile ilgili olarak 36/09 sayılı Rekabet Yasası’nın 21. maddesi ile birlikte, yine aynı Yasanın 4.maddesi, 6.maddesi ve 7’nci maddesine keza 21’inci maddeye bağlı olarak 25/Ocak/2013 tarih ve 12 no’lu Resmi Gazete’de yayınlanan Şikayetler Tebliği doğrultusunda ilgili tebliğin 6’ncı maddesi uyarınca aşağıda belirtilen şikayetlerimizi tarafınıza ihbar ederim.

1. Şikayetçi olduğumuz Alayköy Yeni Sanayi Bölgesi 6.Cad.No:3, Alayköy adresinde faaliyet gösteren OERO Trading Ltd.’den süpermarketimizde satılmak üzere çeşitli ürünleri muhtelif tarihlerde satın alarak ödemeler bir tamam ve düzenli olarak şikayetçi olduğumuz firmaya ödenmekte ve kendilerine hiçbir borcumuz bulunmamaktadır.
2. Aynı firmadan çeşitli temizlik malzemeleri ve/veya başka ürünler yanında ”ALGİDA“ dondurmalarını da almakta ve işyerimizde satışını yapmaktayız.
3. Şikayetçi olduğumuz firma, süpermarketimiz içinde gerek temizlik malzemeleri ve diğer başka ürünler ile Algida dondurma satışı yaptığımız standların ve/veya rafların diziliş yerini keyfi bir şekilde beğenmediğini iddia ederek müvekkilime Algida dondurma vermemektedir.

 Söz konusu Şirketten ithal ettiği tüm ürünleri hemen hemen süpermarketimizde satmaktayız.

1. Söz konusu firma ile devamlı çalışmaktayız ancak başka süpermarketler ile aramızda rekabet yaratacak şekilde müvekkilimi cezalandırmak isteyerek özellikle bu sezonda dondurma satışını engellemek için keyfi bir şekilde ürünlerinin konduğu stand ve/veya rafları beğenmeme bahanesini ileri sürmektedir.
2. Eğer Kurulunuz şikayetçi olduğumuz firmanın keyfi tutumuna engel olmaz ise, bu firma her zaman bu bahanenin arkasına sığınacak, keyfi olarak müvekkilime yaptığı gibi başka işyerlerinde ayni uygulamayı yapacaktır.
3. Rekabet Yasamızın ilgili maddelerine göre satıcı firma süpermarket içerisinde ürünleri satıldıktan sonra yer beğenmeme ve/veya raf beğenmeme gibi bir lüksü yoktur ve süpermarket sahibine bunu empoze edemez. Aksi takdirde diğer süpermarketler leyhine ve müvekkilim aleyhine Haksız Rekabet yaratmış olur.
4. Bu şikayetçi olduğumuz firma ile özel bir sözleşmemiz yoktur ancak müvekkilime verdiği tüm ürünler süpermarket içerisinde satılmaktadır. Ürünlerin satış yerini ve/veya konduğu rafları beğenmeyerek müvekkilimi cezalandırma yönüne giderek müvekkilim aleyhine haksızlık yaparak müvekkilimi mağdur etmekte olup, bu firmaya karşı Kurulunuzun gerekli girişim ve işlemleri yapmasını talep ederiz.
5. Bu şikayetimizin Kurulunuz tarafından dikkate alınarak gerekli uygulamaların yasaya dayanarak yapılmasını talep ve rica ederiz. “

şeklinde içeriğe sahip Emare 46 ikinci bir yazı ile de konu ihbar veya şikayetini yinelemiştir.

 Rekabet Kurulu, 20/5/2013 tarihli toplantısında konuyu görüşmüş ve ileri sürülen iddialarla ilgili ön araştırma yapılmasına karar vermiştir. Konuyla ilgili raportör olarak görevlendirilen Figen Yeşilada tarafından hazırlanan ön araştırma raporu, 17/6/2013 tarihinde Rekabet Kuruluna sunulmuş ve 24/6/2013 tarihli Kurul toplantısında, Davacı hakkında soruşturma açılmasına karar verilmiştir. Soruşturma süreci sonunda da soruşturma raporu hazırlanmıştır.

Rekabet Kurulu, 5.12.2013 tarihli toplantısında, 1-1/2013SR sayılı soruşturma raporunun görüşülmesi sonrasında, Emare 24’de görüldüğü şekil ve temelde, oy çokluğuyla, Yasa’nın 6(1)(A) maddesinin ihlali iddialarına dayanılarak soruşturmanın ilerletilmesine karar vermiştir.

Bunun sonrasında, 12.12.2013 tarihli Emare 22 yazı ekinde yer alan 11.12.2013 tarih ve 1-1/2013İS sayılı soruşturma raporu ve;

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| EK | Konu | Sayfa Adedi |
|  1 | Büyük Market 2013 Yılı Genel Anlaşmaları | 14 |
|  2 | Oero Trading Ltd.Fiyat Listesi | 27 |
|  3 | M.Reis Süpermarket Ltd. Broşürü |  4 |
|  4 | M.Reis Süpermarket Ltd.in Yazısı |  1 |
|  5 | 28-29-30.5.2013 taihli e-postalar |  6 |
|  6 | Oero Trading Ltd.Yazısı |  1 |

şeklindeki ekleri, Davacıya tebliğ edilmiş ve yazılı savunmasını Kurula ulaştırılacak şekilde göndermesi kendisinden istenmiştir.

Davacı Direktörü, 6.1.2014 tarihinde Emare 20 yazı ile:

” 1- Reis Süpermarket tarafından yapılan şikayet dilekçesi ve tarihini belirten evrak,

 2- Ön inceleme kararı ve tarafımıza bildirim yapılan evrakla birlikte bizlere teslim tarihi,

 3- Soruşturma açılma kararı,

 4- Ek süre için kurul kararı,

 5- Soruşturmayı ilerletme raporu ve kararı. “

şeklindeki evrakları Rekabet Kurulundan talep etmiş, konu yazıya cevaben de:

”Rekabet Kurulu kayıtlarına 6 Ocak 2014 tarihinde giren yazınızda talep ettiğiniz ön araştırma raporu ve kararı, soruşturma açılma kararı, ek süre verilme kararı, soruşturma raporu ve soruşturma ilerletme kararı Kurulun ara kararları ve iç yazışmaları olarak değerlendirilmektedir. Söz konusu kararlardan soruşturma açılma kararı ile soruşturmayı ilerletme kararları 36/2009 Rekabet Yasası tahtında tarafınıza bildirilmesi gereken kararlar olduğundan, Kurul tarafından tarafınıza bildirim yapılmıştır. Ayrıca, soruşturma ilerletme raporu ve ekleri de tarafınıza tebliğ edilmiştir.

İlgi yazınızda talep ettiğiniz kararların tarihleri ve tarafınıza iletilen bildirim yazılarının Kurul kayıtlarından çıkış tarihleri ve tarafınıza tebliğ tarihleri aşağıda yer almaktadır.

Şikayetçi M.Reis Süpermarket Ltd.’in şikayet başvurusu ve eklerini, şikayetçinin gizlilik talebi olmaması nedeniyle, Yasa’nın 24(2) maddesi gereğince 10 Ocak 2014 tarihinde mesai saatleri dahilinde Rekabet Kurulu sekreteryasında yerinde inceleyebilirsiniz.“

içerikli 9/1/2014 tarihli Emare 19 yazı Davacıya iletilmiştir.

Emare 17’den görüldüğü üzere Davacı Avukatı, 10.1.2014 tarihinde, ”OERO şikayeti ile ilgili M.Reis Süpermarketin şikayet dilekçesi ve eklerini inceledim“ şeklinde beyanda bulunmuştur. Davacı Avukatı, Rekabet Kurulunun 10.1.2014 ’alındı‘ tarihini taşıyan Emare 16 evrak ile de yazılı savunmasını vermiştir. Raportör Figen Yeşilada, Emare 15 Yazı ile, savunmaya verilecek ek görüş için kendisine süre verilmesini 14.1.2014 tarihinde Rekabet Kurulundan talep etmiş, 15.1.2014 tarihinde de, Emare 14 karar ile, kendisine 23.1.2014 tarihine kadar süre verilmiştir.

22.1.2014 tarihli savunmaya ek görüş yazısı, 22.1.2014 tarihli Emare 13 yazı ekinde Davacıya gönderilmiş ve varsa ek yazılı savunmasını 7.2.2014 tarihine kadar göndermesi kendisinden talep edilmiştir. Figen Yeşilada tarafından yazılmış anılan Emare 13 yazıda ayrıca, Davacının sözlü savunma toplantısı talebi varsa 7.2.2014 tarihine kadar bu yöndeki talebini iletmesi gerektiği de belirtilmiştir. 7.2.2014 tarihinde, Davacı Avukatı Emare 12 olarak kaydedilmiş bulunulan Ek Savunmayı, ek bilgi ve belgelerle birlikte sunmuş, aynı tarihte, Emare 11 Yazı ile de sözlü savunma toplantısı talebi olduğunu Rekabet Kuruluna bildirmiştir. Rekabet Kurulu, Emare 10, 20.2.2014 tarihli kararında, konuyu:

”Kurul, 1-1/2013 dosya no’lu Oero Trading Ltd hakkında yürütülen soruşturma süreci sonunda 43/2013 sayılı kararı ile soruşturmanın ilerletilmesine ve Oero Trading Ltd’in yazılı savunmasının istenmesine karar vermişti. Yazılı savunmalar ve bahse konu dosyada raportör olarak görevlendirilen Kurul Üyesi Figen Yeşilada’nın yazılı savunmalara vermiş olduğu ek görüşler sonrasında Oero Trading Ltd yetkilileri tarafından Kurul’dan talep edilen sözlü savunma toplantı talebi değerlendirilerek karara bağlanmıştır.

1. Buna göre Oero Trading Ltd tarafından talep edilen sözlü savunma toplantısının 25 Mart 2014 tarihinde saat:09.30’da, katılacakların sayısı da dikkate alınarak belirlenecek uygun bir mekanda yapılmasına,
2. Bahse konu toplantıya ilgili dosyada şikayetçi olarak yer alan Reis Süpermarket ile şikayet edilen olarak yer alan Oero Trading Ltd yetkililerinin davet edilmesine,
3. Yapılacak davet yazısında tarafların kimler tarafından temsil edileceğinin ve toplantıya kimlerin hangi sıfatla katılacaklarının en geç toplantı tarihinden 7 gün önce Kurul’a yazı ile bildirilmesine,
4. Dosya’da şikayet edilen taraf olarak yer alan Oero Trading Ltd’e yazılı savunma safhasında kullanmadıkları ancak sözlü savunma safhasında kullanmayı öngördükleri ispat vasıtalarının da toplantı tarihinden en geç 7 gün önce Kurul’a yazı ile bildirilmesine,

OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir. “

şeklinde karara bağlamış ve bunu 25.2.2014 tarihli Emare 9 Yazı ile Davacıya bildirmiştir. 12.3.2014 tarihinde, Davacı Direktörü, şikayetçi ile ticarete başladıkları ve şikayetçinin an itibarıyla şikayeti olmadığı özlü ve son kısmı ”Ayşe Reis’le karşı karşıya getirip ticaretimize zarar verebileceği ihtimalini göz önünde bulundurarak ayrı ayrı savunmaya çağırmasını...“ içerikli olan Emare 8 Yazı ile, savunmaya ayrı ayrı çağrılmayı Rekabet Kurulu Başkanlığından talep etmiştir. 25.3.2014 tarihli Rekabet Kurulu toplantısında, şikayetçinin toplantıya katılmaması nedeniyle, Emare 7’den görüldüğü üzere, toplantının, 4.4.2014’de ”...aynı salonda hazır bulunan tarafların katılımı ile...“ yapılmasına karar verilmiştir. Emare 6’da görülen, ”Bertan Özberkman, Oero Ltd., Direktör; Levent Celaleddin, Oero Ltd., Avukat; Selim Altıncık, Rekabet Kurulu, Üye; Hatice Acay, Rekabet Kurulu, Üye; Figen Yeşilada, Rekabet Kurulu, Üye/Raportör; Mustafa Gündüz, Rekabet Kurulu, Başkan Yardımcısı ve Yenal Süreç, Rekabet Kurulu Başkanının“ hazır bulunduğu, 4.4.2014 tarihli toplantıda, Emare 5’den görüldüğü üzere, önce Davacı Avukatı, sonra da Davacı Direktörü konuşma yapmış, sonrasında, Başkan tarafından, ”...Yasaya göre savunmalar alındıktan sonra Kurul 30 gün içerisinde nihai kararını verecek, ona göre ilan edecektir. Gene bu aşamada herhangi bir bilgi talebimiz olacaksa, sizlerle tekrardan temas edeceğiz“ denilerek, oturum kapatılmıştır. 11.4.2014 tarihinde Rekabet Kurulu Başkanı, Emare 4 yazı ile, M.Reis Süpermarket adına şikayeti yapan Avukata gelişmelerle ilgili bilgi vermiş, bunun yanı sıra da, konu yazı içeriğinde:

”Hakkında soruşturma yürütülen Oero Trading Ltd.’in sözlü savunma toplantısı için gizlilik talep eden yazısının Kurul’a ulaşması neticesinde Kurul tarafları ayrı ayrı dinleme kararı almıştır. Bu amaçla şikayetçi taraf olarak Kurul’a sunmak istediğiniz bilgi veya ifadeler varsa 15 Nisan 2014 tarihinde saat 14:00’te Rekabet Kurulu merkezine gelerek Kurul’a ifade vermenizi saygılarımla rica ederim. “

demiştir.

15.4.2014 tarihinde, şikayetçi avukatı, Emare 44’den görüldüğü üzere, Y.Süreç, M.Gündüz, H.Acay, S.Altıncık ve F.Yeşilada’nın hazır olduğu bir ortamda iddialarını dile getirmiş ve bunlar kısa notlar şeklinde kağıda dökülmüştür.

 5.5.2014 karar tarihli toplantıda, Rekabet Kurulu:

”1- KKTC Şirketler Mukayyitliği nezdinde MŞ11152 no ile kayıtlı Oero Trading Ltd’in KKTC’de toptan dağıtımını yaptığı Algida dondurma markası ile endüstriyel dondurma pazarında Yasa’nın 6’ncı maddesi tahtında hazırlanan ”Hakim Konum Tespitinde Kullanılacak Kriterler Tebliği“ kapsamında hakim konumda bulunduğuna OYBİRLİĞİ ile,

2- Oero Trading Ltd’in endüstriyel dondurma pazarındaki hakim konumunu;

1. Müşterisi olan perakende satış noktası Reis Süpermarket üzerinde KKTC’de tam yetkili dağıtımcısı olduğu Unilever Sanayi ve Ticaret Türk AŞ.ürünleri ile kısıtlı olmak üzere ürün bağlama yolu ile mal vermeyi red etme ve mal vermemekle tehdit etme yolu ile kötüye kullanarak Yasa’nın 6(1)(A) maddesinde belirtilen haksız ticaret koşulları dayatarak ihlal ettiğine OYÇOKLUĞU ile,
2. İlerletilmiş Soruşturma Raporunda iddia edildiği şekilde paralel satışı engelleme, indirim kesme tehdidi ve yeniden satış fiyatı uygulama baskısı yolu ile hakim konumunu kötüye kullandığını destekleyici delil bulunmadığından bahse konu iddiaların reddedilmesine OYBİRLİĞİ ile,

3- Yasa’nın ilgili maddesinin ihlalinin Yasa’nın 31’inci maddesi (1)(A) fıkrası gereği idari para cezasına tabi olduğundan ihlali gerçekleştiren teşebbüsün idari para cezası ile cezalandırılmasına, idari para cezası takdir edilirken Yasa’nın 33(1) maddesinde belirtildiği şekilde ihlal süresine, ilgili teşebbüsün ön araştırma ve soruşturma sürecinde gösterdiği işbirliği ve iyi niyet ile söz konusu ihlalin soruşturma sürecinde ortadan kaldırılmış olmasını da hafifletici unsur olarak dikkate alarak

 Oero Trading Ltd’e 5,000.00 Türk Lirası (Beş Bin Türk Lirası) tutarında idari para cezası verilmesine OYÇOKLUĞU ile,

1. Soruşturma sürecinde Yasa’nın 27’nci maddesinin Kurul’a verdiği yetki çerçevesinde kendilerinden yazılı bilgi istenmesine ve çeşitli defalar sözlü uyarılmalarına rağmen Kurul’un yazılı bilgi talebine cevap vermeyen

MŞ 4606 kayıt no’lu LEVENT GIDA (Foods) Ltd’e 1,000TL

(Bin Türk Lirası)

MŞ 12173 kayıt no’lu ATAKOM TİCARET Ltd’e, 1,000 TL

(Bin Türk Lirası)

MŞ 3475 kayıt no’lu BENLİ GIDA Ltd’e 1,000 TL

(Bin Türk Lirası)

MŞ 8302 kayıt no’lu Starling İthalat-İhracat Şti.Ltd’e 1,000TL (Bin Türk Lirası)

İdari para cezasının Yasa’nın 31’inci maddesi (4)’üncü fıkrası uyarınca verilmesine OYBİRLİĞİ ile

Bahse konu idari para cezalarının 30 Haziran 2014 tarihine kadar KKTC Maliye Bakanlığı Gelir ve Vergi Dairesi veznelerine ödenmesine ve bu kararın ilgili taraflara tebliğ edilmesine, gerekçeli kararın Resmi Gazete’de yayımlanmasının ardından Yüksek İdare Mahkemesinde dava yolu açık olmak üzere karar verilmiştir.

Selim ALTINCIK Hatice ACAY Mustafa GÜNDÜZ

 Üye Üye Üye

 (2(a)’ya ve 3’e Karşı Oy)

 Dr.Yenal SÜREÇ

 Başkan “

içerikli Emare 2 kararı vermiş, 16.7.2014 tarihinde ise, Emare 40 olarak kayıtlı gerekçeli karar, Resmi Gazete ekinde yayımlanmıştır.

Davacı Avukatının, davasını 3 başlık altında devam ettireceği beyanını da göz önüne alarak yaptığı hitabı incelediğimde, iddialarının aşağıdaki şekilde toparlanabileceği görülmektedir:

1-Süreler aşılmıştır.

Uzatma kararı, 91’inci günde alındığından süre dolduktan sonra ise süre uzatması yapılamayacağından kararın iptali gerekmektedir.

2-Genel yargılama prensiplerine aykırı hareket edilmiştir.

 a) Davacı taraf gizlilik talep etmemiş, ilişki bozulmasın diye ayrı ayrı dinlenme istemiştir. Ayrı dinlemede şikayetçinin şikayetlerinin Davacıya aktarılması ve o tutanağı görüp Davacının cevap vermesi gerekmektedir. Oysa 4 Nisan’daki sözlü savunma toplantısından sonra, şikayetçi, 15 Nisan’da çağrılmış, yani Kurul, Davacıdan sonra şikayetçiyi çağırmış, sonra da Emare 44 tutanağa hiç değer vermedik demiştir. Emare 44’e değer verilmese bile adaletin yapıldığının da gösterilmesi gerekmektedir. Bu nedenle de karar hatalıdır.

 b) Savunma yapabilmek için Davacı tarafa yeterli bilgi verilmemiştir. Adil yargılama ve savunma hakkı elinden alınmıştır. Şikayet evrağı, evrak olarak Davacı tarafa verilmemiştir. Marketlerin ve rakiplerin ifadeleri verilmemiştir. Gösterilmeyen ve verilmeyen evraklar nedeniyle adil yargılama yapılmamış haldedir.

 c) E-postalar daha önceki tarihli şikayete dayanak olsun diye tuzak amaçlı yapılmıştır. Yazışmalar şikayetten sonra yapıldıkları için bunlara değer verilmemesi gerekmektedir. Suç işlendi dendiğinde aleyhe delil bulunmamaktadır.

 d) Şikayet dondurma mekanıyla ilgili olmakla birlikte ceza ürün bağlamadan verilmiştir.

 e) Rakiplerle ilgili soruşturma şayia niteliklidir.

 f) Sorun çözülmüş, olay konusuz kalmıştır. Bu nedenle şikayet reddedilmelidir.

3-Şikayetçinin yaptığı şikayet ve yapılan yargılama sonucunda varılan karara varmak mümkün olmadığından karar hatalıdır.

1. Davacı dondurma piyasasında hakim konumda olduğunu kabul etmektedir. Ancak müşterilerinin ne istediğine bakmadan davranabilecek halde değildir.
2. Davacı istediği şekilde raf payı veya ürünü istediği şekilde sergileyebileceği yer verilmesi halinde fatura altı indirim vereceğini kabul etmektedir. Ancak bu Rekabet Yasası’na aykırı değildir.
3. Ürün bağlama, soruşturma raporu ekinde olması gereken e-postalardan çıkarılmıştır. Oysa e-postalardan diğer ürünlerimizi almazsa Algida vermeyeceğiz şeklinde bir çıkarım yapmak olanaklı değildir.
4. E-postalar Davacının bilgisine gelmemiştir. Konu Davacının bilgisine geldiğinde Emare 43 yazılmış ve sorun çözülmüştür. Davacı ile Unilever arasındaki bayilik sözleşmesi Davacı, Unilever’in istediğini yapmak zorundadır şeklinde yorumlanmıştır. Raportör’ün raporunda Unilever ürünlerini kullanarak Davacının diğer ürünlerini bağlamaya çalıştığı yer almaktadır.
5. Davacı savunma vermiş ve borçları var, isteseler de mal satamam demiştir. Satmam dememiştir. Şikayetçi almadığı ürünleri başka yerlerden almış, ancak dondurmayı getirememiştir.
6. Savunmada evrak getiren Davacıya inanılmamış, yalnızca şikayet yapmış bulunan şikayetçiye inanılmıştır.
7. Davacıya, kimse, bize dondurma verilmiyor dememiştir. Davacı iade malları almıştır. Başka birşey bilmemektedir. Bunun aksini ise karşı tarafın kanıtlaması gerekmektedir.
8. Şikayetçinin iddiaları delille desteklenmemiştir.

Davalı tarafın iddiaları ise, belli bir ürünün, belli şartlarda sergilenmesinin Reis Süpermarket’e teklif edildiği ve mal vermemenin uygulandığı, Davacının da bunu kabul ettiği, sorunun çözülmesinin hafifletici sebep olduğu, Davacının savunma hakkı kullandırılmadı diye bir iddiası olmadığı, yargılama usulü ile ilgili iddiaların itibar görmemesi gerektiği, benim ürünümü sat yönlendirmesinin yapıldığı, %70 pazar payına sahip birisinin, ”böyle böyle kullan“ demesi halinde, makul şüpheden ari ispatın gerekli olmadığı özlüdür.

Davacının iddialarından birincisi olarak belirttiğim sürelerin aşıldığı iddiası, 90 günlük süre dolduktan sonra, 60 günlük süre uzatmasının yapıldığı özlü olduğundan, sürelerin aşıldığından çok, süre uzatma kararının hatalı olduğu şeklinde algılanabilecek haldedir. Özellikle, iddianın, süreler sona erdikten sonra süre uzatması yapılamayacağı temelli olduğu göz önüne alındığında bu sonuç kaçınılmazdır.

Emare 40 Karar incelendiğinde Rekabet Kurulunda da yapılan konu iddianın, Rekabet Kurulu kararının, 8.3.2.1 maddesi altında, 469-472’nci satırları arasında:

”a)Oero Trading Ltd. adına yetkili vekil sıfatı ile Avukat Levent Celalleddin’in Kurul kayıtlarına 10 Ocak 2014 tarihinde giren ilk yazılı savunmasında özetle dosyada süre aşımı olduğu iddiasını gündeme getirmiş, ancak yapılan değerlendirmede süre kullanımının Kurul kararları ve Yasa’nın ilgili maddeleri çerçevesinde olduğu tespit edilmiştir. “

şeklinde karara bağlandığı görülmektedir. Değiştirilmiş şekliyle 36/2009 sayılı Rekabet Yasası’nın:

|  |  |
| --- | --- |
|  ”(2) | Görevliler,soruşturma kararının alındığı tarihten başlayarak 90 gün içinde, soruşturma raporunu hazırlayıp Kurul üyelerine sunar. 90 günlük süre, Kurul kararı ile en fazla 60 gün daha uzatılabilir. Kurul, soruşturma raporu ile ilgili ön değerlendirmesini 7 gün içinde yaparak, soruşturma konusu iddiaların tamamı veya bir kısmı bakımından görevlilerin önerisi üzerine soruşturmaya son verebilir veya soruşturmanın ilerletilmesine karar verebilir. “ |

şeklindeki 23’üncü maddesinin 2’nci fıkrası incelendiğinde, 90 günün bitiminden sonra süre uzatmasının yapılamayacağı özlü bir düzenlemenin veya yasağın, anılan Yasa’da bulunmadığı gerçeği ile karşılaşılmaktadır.

Sürelerle ilgili olarak YİM/İstinaf 10/2015, Dağıtım 2/2017’de dile getirilen:

” Kemal Gözler İdare Hukuku 1.cilt (2003) sayfa 765’de tali usul sakatlıklarını **“... işlemin sonucunu etkilemeyecek ve keza idare edilenlerin haklarını korumaya yönelik olmayan sakatlıklar”** diye tanımlamıştır.Sayfa 766’da ise **“Gösterici nitelikteki sürelere uyulmaması bir tali usul sakatlığıdır. Bu süreler idareyi hızlı karar almaya yönetmek için öngörülmüş sürelerdir. Bunlara uyulmaması işlemi sakatlamaz”**demiştir.

Gerek Lefkoşa Mahalli Barosuna gerekse Baro Konseyine Yasada tanınan süreler, tali usul kuralları kapsamındadır ve bunların ihlali veya bu sürelere uyulmaması işlemin iptaline yol açmamaktadır. “

şeklindeki hususlar göz önüne alındığında, toplam sürenin aşılmadığı bu olaydaki süre dolduktan sonra yapılmış olan ancak her halükarda uzatılabilecek süre içerisinde alınmış olduğu anlaşılan süre uzatma kararının, idari kararın iptalini gerektirecek nitelikte bir hata oluşturmadığı söylenebilir hale gelmektedir. Bu nedenle ve her halükarda süreye uyulmamasının dahi iptal sebebi oluşturmayacağı gerçeğinden hareketle, konu iddiaya değer verilmesi ve buna bağlı olarak Rekabet Kurulunun kararının iptali olanaklı değildir.

Belirttiğim bu husus sonrasında, Davacının iddialarından 2’ncisi olarak belirttiğim, genel yargılama prensiblerine aykırı hareket edildiği iddiası açısından olaya bakıldığında ise, görülenler şöyle sıralanabilmektedir:

Olgulardan anlaşılacağı üzere, 4.4.2014 tarihli sözlü savunma toplantısında hazır bulunmayan şikayetçi, 4.4.2014’de hazır bulunup dinlenen Davacı ve Avukatından sonra, 15.4.2014’de Rekabet Kuruluna gelmesi için Rekabet Kurulunca davet edilmiş, bunun sonrasında, 15.4.2014’deki toplantıda şikayetçi avukatı hazır bulunmuş ve Emare 44’de görülen ”notların“ alınması gerçekleşmiştir. Emare 40 Kararın dosya evreleri başlıklı kısmında, altıncı paragrafta da, 56’ncı ve 57’nci satırlarda, ”...4 Nisan ile 15 Nisan 2014 tarihlerinde tarafları ayrı ayrı dinlemiştir“ ibaresi yer almaktadır.

36/2009 sayılı Rekabet Yasası’nın:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| ”Sözlü Savunma Toplantısı | 25. | (1) | Haklarında soruşturma yürütülenlerin yazılı talebi halinde sözlü savunma toplantısı yapılır. Kurul, re’sen de toplantı kararı verebilir. Sözlü savunma toplantısına haklarında soruşturma yürütülenler ve şikayetçiler çağrılmak zorundadır. Kurul, ilgili gördüğü kişileri de toplantıya çağırabilir. Yapılan ilk çağrıya taraflardan herhangi birinin katılmaması halinde toplantı ertelenir ve yeni bir çağrı yapılır. Kurul, ikinci toplantıyı gelenlerle yapabilir veya toplantı yapılmamasına karar verebilir. |
|  |  | (2) | Sözlü savunma toplantıları en az 3 Kurul üyesinin katılımıyla yapılır.  |
|  |  | (3) | Sözlü savunma toplantılarında gizli bilgi ve ticari sırlar söz konusu ise, ilgili tarafın talebi üzerine Kurul, tarafları ayrı ayrı dinleyebilir. “ |

şeklindeki 25’inci maddesi incelendiğinde, yapılan ilk çağrıya taraflardan herhangi birisinin katılmaması halinde toplantının erteleneceği ve yeni bir çağrı yapılacağı, 2’nci toplantının ise gelenlerle yapılabileceği görülmektedir. Anılan düzenlemeden, ikinci toplantı gelenlerle yapıldıktan sonra, gelmeyenler için, 3’üncü bir toplantının yapılabileceği sonucunu çıkarmak olanaklı değildir. Oysa yukarıda vurgulandığı üzere, Davalı Rekabet Kurulu, 2’nci toplantıya da gelmeyen şikayetçiyi, 15.4.2014’de yapılacak 3’üncü bir toplantı için davet etmiş ve 15.4.2014 tarihinde de şikayetçi adına gelen avukatı dinlemiştir. Bu noktada usuli bir hatanın olduğu açıklıkla görülmektedir.

Usul hatalarının karara etkisi noktasında Kemal Gözler, İdare Hukuku, İkinci Baskı, Cilt 1, sayfa 890’da:

 ” **1.Aslî Usul Sakatlıkları (Aslî Usûl Kuralları).-**Yukarıda da belirttiğimiz gibi, aslî usûl sakatlıkları, uyulmaması halinde işlemin iptaline yol açan usûl sakatlıklarıdır. Bu tür sakatlıklar şu iki grup altında toplanabilir:

 a)Yapılan işlemin yönünü değiştirebilecek nitelikte olan usûl kurallarına uyulmaması aslî usûl sakatlığına yol açar. Diğer bir ifadeyle, işlemin sonucu üzerinde etkili olabilecek sakatlıklar, aslî usûl sakatlıklarıdır. Yani, uyulması halinde karar bir başka yönde olabilecek idiyse o usûl kuralı bir aslî usûl kuralıdır ve ona uyulmaması aslî usûl sakatlığı sonucunu doğurur ve işlemin iptal edilmesi sonucunu doğurur.

 b)İdare edilenlerin haklarını korumaya yönelik usûl kurallarına uyulmaması aslî usûl sakatlığına yol açar. Bu durumda işlemin sonucu değişmeyecek olsa bile yine ortada bir aslî usûl sakatlığı vardır; çünkü idare edilenlerin hakları çiğnenmiştir. Örneğin savunması alınmadan bir kişiye disiplin cezası verilmesi durumunda bir aslî usûl sakatlığı vardır; bu durumda işlem sırf bu nedenle ( bu sakatlık sonucu etkilememiş olsa bile) iptal edilmelidir.

 2.Tali Usul Sakatlıkları (Tali Usûl Kuralları).-Asli usûl sakatlığı olmayan sakatlıklar, yani işlemin sonucunu etkilemeyecek ve keza idare edilenlerin haklarını korumaya yönelik olmayan sakatlıklar, tali usûl sakatlığı; işlemin iptal edilmesine yol açmazlar. Şu durumlarda tali usûl sakatlığının olduğu söylenebilir:

a)Karar Üzerinde Etkisiz Usûl Sakatlıkları. ...............................................................................................................................................................

b)Gösterici Nitelikteki Sürelere Uyulmaması.

Gösterici nitelikteki sürelere uyulmaması bir tali usûl sakatlığıdır. Bu süreler idareyi hızlı karar almaya yönetmek için öngörülmüş sürelerdir. Bunlara uyulmaması işlemi sakatlamaz.

c)Sadece idarenin yararına konulmuş usûllere uyulmaması tali usûl sakatlığıdır, işlemin iptaline yol açmazlar.

......“

denmiştir.

 36/2009 Sayılı Rekabet Yasası’nın 25’inci maddesi incelendiğinde, sözlü savunma toplantısında şikayetçinin mi yoksa hakkında soruşturma yürütülenin mi öncelikle dinleneceğine dair bir düzenleme görülmemekle birlikte, anılan Yasa’nın ”Şikayetler“ yan başlıklı 21’inci maddesinin; ”İhlalin ispat yükümlülüğü şikayet sahibine aittir“ şeklindeki (2)’nci fıkrası göz önüne alınarak bir değerlendirme yapıldığında, iddialarını ispatlamakla yükümlü olduğu anlaşılan şikayetçinin öncelikle dinlenmesinin ve bunun sonrasında hakkında soruşturma yürütülene sözlü savunma imkanı sağlanmasının konu Yasa’yla da murat edildiği anlaşılmaktadır. Zaten bunun aksi bir durum savunma hakkının gerektiği gibi kullanılamamasını getirecektir.

 Huzurumdaki olaya bu yaklaşımla bakıldığında, Emare 44’ün, Yasa’da öngörülmüş sözlü savunma toplantısı kurallarına veya en azından, Davacı tarafa tanınan sözlü savunma toplantısındaki haklara veya imkanlara uygun veya paralel bir yöntemle alınmadığı gerçeği ile karşılaşılmaktadır. Deyim yerindeyse, Emare 44, şikayetçi Avukatının iddialarının öylesine kaleme alınmış notları biçimindedir. Bunun ötesinde, Rekabet Kurulunun, bir anlamda yapılanın hata olduğunu görerek, karar sürecinde, Emare 44’e değer vermemeyi seçtiği anlaşılmaktadır. Tüm bunlar, Rekabet Kurulunun fark ettiği hatasını düzeltme çabası olarak da görülmektedir. Kemal Gözler’in, yukarıda anılan eserinin, 892’nci sayfasında yer alan, usul sakatlıklarının sonradan düzeltilmesine dair incelemeler de göz önüne alınarak, bütün bu hususlar değerlendirildiğinde, Rekabet Kurulunun, Davacının savunma hakkının gerektiği gibi kullanılmamasını getirecek bir işlem yapmadığı veya belirtilen özdeki usul hatasının böylesi bir sonuca yol açmadığı, yani Davacının savunma hakkının ortadan kaldırılmadığı gerçeği ile karşılaşılmaktadır. Bu nedenle, anılan usul hatasını, işlemin iptalini gerektirecek bir usul sakatlığı olarak yorumlamak mümkün değildir.

Davacının yukarıda anılan 2’nci boyutta değerlendirilebilecek diğer bir iddiası, gösterilmeyen ve verilmeyen evraklar nedeniyle savunmasını sağlıklı bir biçimde yapamadığı özlüdür.

Rekabet Yasası’nın:

|  |  |
| --- | --- |
| ”(2) | Haklarında soruşturma yürütülenler, gizli bilgi veya ticari sır niteliği taşıyan belgeler dışında, toplanan diğer delilleri ve düzenlenmiş evrakları inceleyebilir, bu arada Kurula iletilmesinde fayda gördükleri her türlü bilgi ve belgeyi görevlilere sunabilir.  |
| (3) | Haklarında soruşturma yürütülenlerin bilgilendirilmediği ve savunma hakkı verilmediği konular, Kurul kararına dayanak yapılamaz. “ |

şeklindeki 24’üncü maddesinin (2)’nci ve (3)’üncü fıkralarından anlaşılacağı üzere, ilgili Yasa, gizli bilgi veya ticari sır niteliği taşıyan belgeler dışındaki evrakların, haklarında soruşturma yürütülenlerce incelenebilmesine olanak sağlamaktadır.

Yukarıda sıralanan olgulardan görüleceği üzere, Davacı Avukatına, M.Reis Süpermarketin şikayet dilekçesini ve eklerini inceleme imkanı tanınmıştır. Bu nedenle, şikayet dilekçesinin evrak olarak Davacı tarafa verilmemiş olması, hakkında soruşturma yürütülene yalnızca evrakları inceleme hakkını tanıyan Rekabet Yasası’na aykırı bir işlem yapıldığını göstermemektedir.

Buna karşın, şikayet dilekçesinin Emare 20 Yazı ile, sair evraklar yanında, Rekabet Kurulundan talep edildiği gerçeği, konunun diğer yasalar tahtında da incelenmesini gerekli kılmaktadır.

12/2006 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Yasası’nın:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ”Bilgi veya Belgeye Erişim27/2014 | 11. | (1) İdare, başvuru sahibine istenen belgenin onaylı bir kopyasını verir. Bilgi veya belgenin niteliği gereği kopyasının verilmesinin mümkün olmadığı veya kopya çıkarılmasının aslına zarar vereceği hallerde, İdare, ilgilinin:(A) Yazılı ve basılı belgeler için söz konusu belgenin aslını incelemesi ve not alabilmesini,(B) Ses kaydı şeklindeki bilgi veya belgelerde bunları dinleyebilmesini,(C)Görüntü kaydı şeklindeki bilgi veya belgelerde bunları izleyebilmesinisağlar. Bilgi ve belgenin yukarıda belirtilenlerden farklı bir şekilde elde edilmesi mümkün ise, belgeye zarar vermemek koşuluyla bu olanak sağlanır. “ |

şeklindeki 11’inci maddesinin (1)’inci fıkrası, istenen belgenin niteliği gereği kopyasının verilmesinin mümkün olmadığı veya kopya çıkarılmasının aslına zarar vereceği haller dışında, onaylı bir kopyasının verileceği düzenlemesini getirmiştir.

Emare 19 yazıda:

” Rekabet Kurulu kayıtlarına 6 Ocak 2014 tarihinde giren yazınızda talep ettiğiniz ön araştırma raporu ve kararı, soruşturma açılma kararı, ek süre verilme kararı, soruşturma raporu ve soruşturma ilerletme kararı Kurul’un ara kararları ve iç yazışmaları olarak değerlendiril-mektedir. Söz konusu kararlardan soruşturma açılma kararı ile soruşturmayı ilerletme kararları 36/2009 Rekabet Yasası tahtında tarafınıza bildirilmesi gereken kararlar olduğundan, Kurul tarafından tarafınıza bildirim yapılmıştır. Ayrıca, soruşturma ilerletme raporu ve ekleri de tarafınıza tebliğ edilmiştir.

 İlgi yazınızda talep ettiğiniz kararların tarihleri ve tarafınıza iletilen bildirim yazılarının Kurul kayıtlarından çıkış tarihleri ve tarafınıza tebliğ tarihleri aşağıda yer almaktadır.

 Şikayetçi M.Reis Süpermarket Ltd.’in şikayet başvurusu ve eklerini, şikayetçinin gizlilik talebi olmaması nedeniyle, Yasa’nın 24(2) maddesi gereğince 10 Ocak 2014 tarihinde mesai saatleri dahilinde Rekabet Kurulu sekreteryasında yerinde inceleyebilirsiniz. “

denilerek, bir anlamda evrağın verilmesinin tercih edilmediği, bunun yerine, konu şikayet evrağının incelenmesine fırsat verilmesinin uygun görüldüğü anlaşılmaktadır. Şikayet dilekçesinin incelenmesine fırsat verildiği gerçeği karşısında, bilgi edinme hakkının sınırları noktasında hareket edildiği yani Bilgi Edinme Yasası’nın 19’uncu veya 20’nci maddesi kapsamından hareketle belgenin verilmemesinin tercih edildiği söylenebilir halde değildir. Anlaşılan, yalnızca, Rekabet Yasası kurallarının dikkate alındığı ve belgenin bir kopyasının verilmeyerek yalnızca incelenme imkanının sağlandığıdır. Oysa yukarıda vurgulandığı üzere, Bilgi Edinme Hakkı Yasası uyarınca, belgenin niteliği gereği kopyasının verilmesinin mümkün olmadığı veya kopyasının çıkarılmasının aslına zarar vereceği hallerde belgenin onaylı bir kopyası verilmemekte ve bu durumlarda kopyanın verilmesi yerine belgenin incelenmesi imkanı sağlanmaktadır. Bu nedenlerle, talebin söz konusu olduğu bu olayda, şikayet dilekçesinin Davacıya verilmemesi, Bilgi Edinme Hakkı Yasasına aykırı bir işlem yapıldığı sonucunu doğurmaktadır. Ancak yukarıda vurgulandığı üzere, konu şikayet dilekçesinin, Davacı tarafından incelenmesine imkan verildiğinden, kısacası Davacının bilgilendirildiği bir konuda Rekabet Kurulu kararının çıkması gerçekleştiğinden, Bilgi Edinme Yasası’na aykırılık oluşturan, şikayet evrağının onaylı bir suretinin bu olaydaki Davacı tarafa verilmemesini, Rekabet Kurulu kararının iptaline neden olacak şekildeki bir yasaya aykırılık olarak değerlendirmek olanaklı olamamaktadır.

Davacı taraf, bunun dışında, marketlerin ve rakiplerin ifadelerinin kendisine verilmediğini ileri sürmektedir. Yukarıda olgular kısmında alıntılanmış bulunan, Emare 20 Yazı içeriğinden, Davacının, marketlerin ve rakiplerinin ifadelerinin kendisine verilmesini Rekabet Kurulundan talep etmediği anlaşılmaktadır. Buna karşın, Emare 16, ”...soruşturma raporuna müdafaa“ başlıklı evrakta, ”Marketlerle İlişkiler“ alt başlığında:

”2-Marketlerle İlişkiler

Marketler ile yapılan görüşmeler ile ilgili olarak raporda yer alan bilgiler kanaatimce yeteri kadar detay verilerek aktarılmamıştır ve müdafaa hakkımız zarar görmüştür. Layıkıyla müdafaa yapabilmemiz için hangi marketin ne konuda şikayeti olduğunun açıkça izah edilmesi gerektiği kanaatindeyim. Yasada gizlilik ile ilgili özellikle 35.madde neyin gizli bilgi ve ticari sır olduğunu açıkça belirtmektedir. Her türlü yargılamada itham edilen şahsın ve/veya şirketin aleyhinde kimin ne şekilde ifade verdiğini bilme hakkı vardır. Aksi doğal adalet ilkelerine aykırı olarak yapılmış bir yargılama olur. “

ibareleri, ”Oero’nun rakipleri ile yapılan görüşmeler“ alt başlığı altında da:

 ”3-Oero’nun rakipleri ile yapılan görüşmeler

Kanımca bu şahıslardan alınan ifadelerin hiçbir hukuki değeri yoktur. Öncelikle rakip oldukları bir firma hakkında kimsenin şikayetim yoktur demesi beklenemezdi. Ayrıca bu ifadeleri veren şahısların hiçbirinin bu konularda birinci el bilgisi yoktur sadece yorum yapmakta ve başkalarından duyduklarını aktarmaktadırlar.

Oero hakkında şikayette bulunan tüm rakipleri de kendi ürünleri için raf yeri ve payı istemekte ve marketlere indirim ve hatta para vermektedirler.

Rakip tedarikçi 4 tahmin ettiğini söylemiştir. Birisinin yaptığı tahminlere dayanarak başka bir firmayı yargılamak da hiç adil değil ve anayasal haklarımıza da aykırıdır. “

ibareleri yer almış bulunmaktadır.

Bu savunmaya yönelik olarak kaleme alınmış, Emare 13 ekindeki, ”...savunmaya ek görüş...“ yazısının ilgili 2. Maddesi:

”2.Savunmanın 2’nci maddesinde, marketler ile yapılan görüşmeler ile ilgili olarak ilerletilmiş soruşturma raporunda yer alan bilgilerin yeterince detaylı aktarılmadığı, bu nedenle müdafaa haklarının zarar gördüğü iddia edilmiştir. Savunmada, verilen kısa bilgiden marketlerin Oero’nun raflarda yer istemesi ilgili şikayetlerinin olduğu ancak bunun her tedarikçinin talep ettiği bir husus olduğu inancı dile getirilmiştir. İlerletilmiş soruşturma raporunun 5.1’inci kısmında, Oero’nun ürünleri için istediği raf paylarının bu ürünlere olan müşteri talebinin çok üzerinde olduğu, bu raf paylarının uygulanması durumunda diğer tedarikçilerin reyondan normal koşullarda almaları gerekenden daha az pay alacakları, hatta dışlanabilecekleri ifade edilmiştir. Reis Market direktörü Ayşen Buba da raf düzenlemelerini Oero’nun istediği şekilde yapmadıkları için kendilerine mal tedarikinin kesildiğini ifade etmiştir. Dolayısıyla, daha yüksek raf payı istemek ile bu istek yerine getirilmediği takdirde mal kesmekle tehdit etmek aynı olarak değerlendirilemez. “

şeklindedir. Anılan savunmaya ek görüşte, Davacının ”Oero’nun rakipleri ile yapılan görüşmeler“ alt başlığındaki iddialarına ise cevap verilmemiştir.

Savunmaya ek görüşe karşı, Davacı Avukatı tarafından verilen, Emare 12 konumundaki, ”...Rekabet Kurulunun 22.1.2014 tarihli ek görüş ve ek savunma başlıklı yazısına cevaben ek savunma“ başlıklı yazısının 3’üncü paragrafı ise:

”Savunmamızın 2’nci paragrafındaki iddialarımız hakkında verilen ek görüş b’ye cevabımız:

Oero Reis Süpermarketi kesinlikle mal kesmekle tehdit etmemiş hatta tekrar mal vermek için da gerekli bütün girişimleri yapmıştır. Oero kimlere hangi şartlarla indirim uygulayıp uygulamayacağı özgürlüğüne sahip olarak sadece fatura altı yapılan indirimleri kaldıracağını Ayşen Buba’ya sözlü olarak belirtmiştir.

Diğer marketlerle yapılan araştırma ile ilgili olarak Soruşturma Raporunun 5.1 maddesinde özet olarak belirtilenler:

-Oero’nun tüm ürün gamı ile çalışılmasını tercih ettiği ancak bu konuda baskıcı olmadığı

-Oero’nun raf talebi olduğu ancak merketlerin bunu kabul etmediği ve bu taleplere uymadığı

-Birçok marketin Oero’dan mal alımını durdurduğu

-Büyük marketlerin Oero’nun taleplerine karşı koyabildikleri

-Küçük marketlerin ise herhangi bir şikayeti olmadığı

açıkça görülmektedir. Tüm bu söylenenler ışığında Oero’nun baskı yaptığı ve/veya marketlerden bağımsız hareket edebildiği ve/veya marketlere karşı hakim konumu olduğu bulgusunun dayanağı yoktur görüşündeyiz. “

şeklindedir.

Alıntılar yapılan konu evrakların, Rekabet Yasası’nın 24’üncü maddesi kapsamındaki yazılı savunma nitelikli evraklar olduğu açıktır. Diğer bir deyişle Emare 16’da yer alan, yukarıda alıntılanmış iddiaları, Bilgi Edinme Hakkı Yasası kapsamında yapılmış bir talep olarak değerlendirmek olanaklı değildir. Anılan evraklar için Bilgi Edinme Hakkı Yasası kapsamında bir talep bulunmaması ötesinde, bu olayda, anılan evrakların incelenmesinin talep edildiği ve Davacının bunu engellediği de görülmemektedir. Bu nedenlerle, marketlerin ve rakiplerinin ifadelerinin Davacı tarafa verilmemiş olmasını da, Rekabet Kurulu kararının iptalini gerektirir nitelikte saymak mümkün olamamaktadır. Bunlar bir yana bırakılarak olaya bakıldığında, Davacının savunmasını yapabilecek kadar anılan evraklarla ilgili bilgi edinmesinin sağlandığı yukarıda alıntılanan Emare 12 içeriğinden anlaşılmaktadır. Anılan evraklar Davacıya verilmese dahi, konu evraklarla ilgili savunma yapabilecek yeterlilikte bilginin Davacı tarafa verildiği gerçeği ışığında ise Davacının savunma yapabilmek için kendisine yeterli bilgi verilmediği iddiası değer verilebilir halde olamamaktadır.

Davacının diğer bir iddiası, Rekabet Kurulu kararına dayanak olan e-postaların tarihinin, şikayetten sonra olması nedeniyle, kararın iptalinin gerektiği şeklindedir. Rekabet Yasası’nın 23’üncü maddesinin (1)’inci fıkrasına göre, haklarında soruşturma açılanlara, ”karar tarihi, soruşturma konusu, soruşturmanın amacı, soruşturma açılmasına yetki veren yasa kuralları ve soruşturma ile ilgili talimatların yerine getirilmemesi halinde bu yasanın öngördüğü yaptırımlar tam ve eksiksiz olarak“ bildirilmek durumundadır. Belirtilen düzenleme dolayısıyla, aleyhine soruşturma başlatılan, yani bu olaydaki Davacı, kendisini savunması gerekecek hususları bilir konuma gelmektedir.

”Kurul, Oero Trading Ltd.hakkında düzenlenen 1-1/2013SR sayılı soruşturma raporu hakkında yasanın 23(2)’nci maddesi doğrultusunda ön değerlendirmesini yaparak soruşturmanın aşağıdaki gerekçelerle yasanın 6(1)(A) maddesinin ihlali iddialarına dayanılarak ilerletilmesine,

Soruşturma raporunun aşağıdaki hususları da içerecek şekilde yeniden düzenlenmesine ve yeniden düzenlenen soruşturma raporunun yasanın 23(3) maddesi gereğince 7(yedi) gün içinde Kurul’a sunulmasına ve yine ayni süre içerisinde savunmasını tebliğ tarihinden itibaren 30 (otuz) gün içinde yapmak üzere hakkında soruşturma yürütülen Oero Trading Ltd.’e tebliğ edilmesine;

Yine aynı süre içinde şikayetçi M.Reis Süpermarket Ltd.’in de soruşturma raporunda ulaşılan sonuçlarla ilgili bilgilendirilmesine,

OY ÇOKLUĞU ile karar verilmiştir.

İhlal iddiasına dayanak teşkil eden gerekçeler

1.Soruşturma raporunda yer alan Tablo 4’te özetlenmiş muhtelif market temsilcilerinden elde edilen ifadeler,

2.Soruşturma raporunun Ek-19 ve Ek-20’de yer alan 1.1.2013 tarihli ’Exclusive Distribution Agreement (Münhasır Dağıtıcılık Antlaşması)‘ ile ’Distribution Agreement (Dağıtıcılık Antlaşması)’nın 9.8’inci maddelerinde yer alan ve Oero Trading Ltd.’i bağlayıcı ifadelerden yola çıkılarak Rapor’un Ek-16’sında yer alan Unilever temsilcisi ile M.Reis Süpermarket Ltd. arasında yapılan ve Oero Trading Ltd.’e bilgi olarak gönderilen e-posta yazışmalarını Kurul tarafından incelenip değerlendirilmesi neticesinde Oero Trading Ltd’in ilgili pazar’da

a.Mal vermeme

b.Mal vermeyi kesme tehditi

c.İndirim kesme tehdidi

d.Ürün bağlama

e.Paralel satışı engelleme

f.Yeniden satış fiyat baskısı fiilleri ile yasanın 6(1A) maddesini ihlal ettiğine dair delil oluşturduğu iddiasına varmıştır.

Selim ALTINCIK Hatice ACAY Mustafa GÜNDÜZ

 Üye Üye Başkan Yrd.

 (karşı oy)

 Yenal SÜREÇ

 Başkan “

içerikli Emare 24 karar incelendiğinde, aleyhine soruşturma başlatılan, tüzel kişi konumundaki bu davadaki Davacının, Rekabet Yasası’nın 6’ncı maddesinin (1)’inci fıkrasının (A) bendini ihlal ettiği iddiasıyla hakkında soruşturmanın ilerletilmesine karar verildiği ve bu süreçte e-posta yazışmalarının da göz önüne alındığı görülmektedir. Bunun sonrasında, Emare 22 ile, konu ve yazılı savunmasını vermesi gerektiği hususu Davacının bilgisine getirilmiş, ayrıca Emare 22 ekinde görülen soruşturma raporu ve ekinde, e-postaların da olduğu yukarıda değinilen sair evraklar Davacıya iletilmiştir.

Rekabet Yasası’nın:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 27. | (1) | Kurul, bu Yasa ile kendisine verilen görevleri yerine getirirken, gerekli gördüğü her türlü bilgi ve belgeyi gerçek ve tüzel kişilerden, kamu kurum ve kuruluşlarından, teşebbüs ve teşebbüs birlikle-rinden isteyebilir.  |

şeklindeki 27’nci maddesinin (1)’inci fıkrası, Rekabet Kurulunun resen araştırma hakkı gereği her türlü bilgi ve belgeyi isteyebilmesini sağlamaktadır. Doğallıkla Rekabet Kurulu elde edeceği bu bilgi ve belgeleri değerlendirme hak ve yetkisine de sahiptir.

Benzeri bir yasal düzenlemenin olduğu Türkiye Cumhuriyeti’nde, konu ile ilgili olarak, ”Rekabet Kurulunun inceleme ve araştırmalarında izlediği usul, Yüksek Lisans Tezi“ adlı eserde sayfa 100’de, Ecem Hamzaoğlu:

”Taraflar karara etki edebilecek her türlü bilgi, belge ve delili soruşturmanın her aşamasında Kurul’a sunabilecekleri gibi, re’sen araştırma ilkesi gereğince, Kurul da her tür araştırmayı yapabilecek, 3.kişiler tarafından sunulan bilgi, belge ve delilleri değerlendirebilecektir. Dolayısıyla, soruşturma açılması kararı ile birlikte türü ve niteliği bildirilen iddiaların dayanağı olan hususlar soruşturma aşaması boyunca genişleyebilecektir. Ancak, iddianın kendisinin değiştirilmesi; örneğin 4054 sayılı Kanun’un 4.maddesine aykırılık iddiası ile açılan soruşturma yürütülürken, Kanun’un 6.maddesinin ihlal edildiğine ilişkin bilgi ve belgelere ulaşılması sonucu, bu hususun yürütülmekte olan soruşturmaya yeni bir iddia olarak eklenmesi mümkün olmamalıdır. “

şeklinde bir değerlendirme yapmıştır.

Bu yaklaşım da göz önüne alınarak huzurumdaki olay incelendiğinde, soruşturma başlatılması aşamasından itibaren anılan e-postalarla ilgili olarak bilgilendirildiği ve savunma hakkı elde ettiği açık olan Davacının, ”konu deliller suçtan sonraki tarihlidir“ iddiasına itibar etmek ve Rekabet Kurulu kararının bu nedenle iptaline yönelmek de doğru görünmemektedir.

Yukarıda anılan eserde belirtilenler ışığında, Davacı aleyhine, Rekabet Yasası’nın 6’ncı maddesinin (1)’inci fıkrası altında soruşturma başlatılıp, aynı madde altında ihlal tespiti yapıldığı, ayrıca, Emare 24 Kararda, ihlal iddiasına dayanak teşkil eden gerekçeler arasında ”ürün bağlama“‘nın da yer aldığı gerçeği de göz önüne alınarak olay değerlendi-rildiğinde, Davacı Avukatının ileri sürdüğü şikayetin dondurma mekanıyla ilgili olduğu, oysa cezanın ürün bağlamadan verildiği iddiası da itibar edilebilir bir iddia halini alamamaktadır.

Rekabet Kurulunun delil veya bilgi ve belge toplama ve değerlendirme hakkıyla ilgili olarak dile getirilenler göz önüne alındığında, Rekabet Kurulunun üreteceği karara ulaşması açısından delil serbestisi ilkesinin geçerli olduğu gerçeği ile karşılaşılmaktadır. Bu nedenle Davacı Avukatının şayia nitelikli belgelerin dikkate alınamayacağı iddiası, ilgili belgeler şayia nitelikli kabul edilse bile değer verilebilir bir iddia halini alamayacaktır.

Sorunun çözülmüş olduğu ve olayın konusuz kaldığı iddiası açısından olaya bakıldığında, bunun, Türkiye Cumhuriyeti’ndeki Rekabet Kurulu kararına dayanılarak dile getirildiği gerçeği ile karşılaşılmaktadır. Hemen belirtmekte yarar vardır ki, Türkiye Cumhuriyeti Rekabet Kurulu kararları, KKTC Rekabet Kurulunu bağlayıcı nitelikte değildir. Kaldı ki, 36/2009 sayılı Rekabet Yasası’nın 29’uncu maddesinin:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| ”Taahhütler | 29. | (1) | Yürütülmekte olan bir ön araştırma ya da soruşturmada, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin bu Yasanın 4’üncü ve/veya 6’ncı ve/veya 7’nci maddeleri ile ilgili ihlallerin giderileceğine yönelik taahhütler vermeleri ve bu taahhütlerin Kurul tarafından kabul edilip bağlanması durumunda, bu teşebbüs veya teşebbüs birlikleri hakkında soruşturma açılmamasına veya açılmış olan soruşturmaya son verilmesine karar verilebilir. “ |

şeklindeki (1)’inci fıkrası, ihlalin giderileceği taahhüdü veren ve bu taahhüdü Rekabet Kurulunca kabul edilip bağlanan teşebbüsler açısından soruşturmaya son verilmesini sağlayabil-mektedir. Bu düzenleme göz önüne alındığında, ihlali giderme taahhüdü vermemiş ve bu taahhüdü Rekabet Kurulunca kabul edilip bağlanmamış Davacı açısından soruşturmanın sonlandırıl-ması gerektiğinden de söz edilememektedir. Bir ihlal oluşmuşsa bunun, sonradan aleyhine soruşturma başlatılan tarafça giderilmesi, yukarıda belirtilen hal dışında ancak hafifletici neden olabilecek konumdadır. Bu nedenle, anılan iddiaya bağlı olarak da konu idari kararın iptali mümkün olamamaktadır.

Davacının 3.başlık altında topladığım, kendisine inanılmayıp şikayetçiye inanıldığı, Davacının satmam demediği, şikayetçinin kendisine borçları olduğunu gösterdiği, Davacı ile Unilever arasındaki bayilik sözleşmesinin, Davacı, Unilever’in istediğini yapmak zorundadır şeklinde yorumlandığı, e-postalardan haberi olmadığı ve e-postalardan diğer ürünleri almazsan Algida vermeyeceğiz şeklinde çıkarım yapılamayacağı, iddiaların delille desteklenmediği ve benzeri içerikli, yargılama sonucunda varılan karara varmanın mümkün olmadığı şeklindeki, yukarıda detayını verdiğim iddiaları açısından konu ele alındığında, öncelikle Rekabet Kurulunun yapısını belirlemek gerekliliğiyle karşılaşılmaktadır.

Doç.Dr.Ali Cem Budak’ın ”AT Konsey ve Komisyonunun Yeni Rekabet Tüzükleri ve Rekabet Kanununda Yapılan Değişiklikler Işığında Delillerin Toplanması ve Ispat“ adlı eserinde sayfa 139’da:

”Rekabet Kurulu’nun rekabet hukuku ihlallerine ilişkin inceleme, araştırma ve kararları, rekabet ihlali iddiaları veya şüphesi üzerine somut maddi olayların soruşturulması sonucunda ortaya çıkarılan somut olaya rekabet hukuku kurallarının (yaptırımlarının) uygulanmasına ilişkin bulunmaktadır. Rekabet hukuku ihlallerine ilişkin işlemler, bu özellikleri ile yargı benzeri işlemler arasında yer almaktadır. “

denmiştir.

 Rekabet Yasası incelendiğinde benzer bir değerlendirme ve sonucun KKTC Rekabet Kurulu açısından da söz konusu olabileceği anlaşılmaktadır.

Rekabet hukukunda ispat yükü ile ilgili olarak ise yukarıda anılan eserinde sayfa 150 ve 151’de Dr.Ali Cem Budak:

”İspat yükü, medeni usul hukukuna özgü bir kavramdır. Kamu gücü ile birey yararının karşılaştığı ceza yargılamasında ve idari yargılamadaki iptal davalarında maddi vakıaların ispat edilememesi (belirsizlik) halinde mahkeme sanık veya ilgili lehine karar verir. Ayni durum, kamu gücünün tek taraflı olarak kullanıldığı idari işlemlerde ve bu arada yargı benzeri faaliyetlerde de evleviyetle geçerlidir. Genel olarak bir idari makamın ilgili aleyhine karar verebilmesi (yukarıdaki örneklerde trafik cezası yazması veya inşaatı mühürlemesi) için, konumuz bakımından ise Rekabet Kurulu’nun bir teşebbüse rekabet hukuku yaptırımlarını uygulayabilmesi için, tespit ettiği vakıaların gerçek olduğuna ilişkin makul bir kuşkusunun kalmamış olması gerekir. Belirsizlik durumundan ilgili yararlanır. “

demiştir.

36/2009 sayılı Rekabet Yasası incelendiğinde, yukarıda da alıntılanmış bulunulan; ”İhlalin ispat yükümlülüğü şikayet sahibine aittir “ şeklindeki 21’inci maddesinin (2)’nci fıkrasında, ispat yükünden bahsedildiği gerçeği ile karşılaşılmaktadır. Bu husus göz önüne alınarak olay değerlendirildiğinde, KKTC’de de, Rekabet Kurulunun, tespit ettiği vakıaların gerçek olduğuna ilişkin makul bir kuşkusunun kalmamış olması gerektiği anlaşılmaktadır. Ancak yargı benzeri bir işlem yaptığı veya idari karar aldığı düşünülse de, Rekabet Kurulunun bir idari işlem yaptığı açıktır. Bu nedenle, Rekabet Kurulunun delilleri değerlendirerek ulaştığı karar noktasında hatalı olup olmadığı, İdare Hukuku Prensipleri ışığında değerlendirilebilecektir. Dolayısıyla da sıralanan 3’üncü başlık altındaki iddialar açısından olay, takdir yetkisi ve Mahkemenin buna müdahale hakkı boyutunda incelenmek durumundadır.

Takdir yetkisine müdahaleyle ilgili olarak başka kararlardan yapılan alıntılara da yer verilen YİM/İstinaf 1/2017 Dağıtım 3/2017’de:

” İdare takdir hakkı olan bir konuda takdir hakkını keyfi olarak değil, yasalara, ilgili mevzuata ve Anayasa’ya uygun kullanmakla mükelleftir.

İdarenin takdir yetkisini kullanması ile ilgili olarak **YİM 39/2011 D.7/2015**’te şöyle denmektedir:

”İdare hukuku kriterlerine göre İdare, sebepunsurundaki takdir yetkisini kullanırken, bu yetkisini yasalara ve yasalar yanında Anayasa’ya uygun bir şekilde kullanmalıdır.

Kıbrıs Cumhuriyeti Yüksek Anayasa Mahkemesinin 36/61 sayılı Salih Shukri Saruhan and The Republic kararında, İdarenin takdir yetkisi denetlenirken, bu yetkinin Anayasa’ya veya herhangi bir yasaya aykırı olarak kullanılıp kullanılmadığının da denetlenmesi gerektiği, yasaya veya Anayasa’ya bir aykırılığın var olduğu hususunda Mahkemenin tatmin edilmesi halinde, İdarenin takdir hakkına müdahale edilmesi gerektiği,tatmin edilmedikçe müdahale edilmemesi gerektiği kriteri ortaya konmuştur.

Yüksek İdare Mahkemesi birçok kararında Kıbrıs Cumhuriyeti Yüksek Anayasa Mahkemesinin bu kriterlerini benimseyerek denetim görevini bu kriter çerçevesinde yapmıştır. Bu hususla ilgili **Gör.YİM 166/1978 D.38/1980,YİM 159/1981 D.10/1982,** **YİM 46/1982 D.18/1983, YİM 41/2001 D.7/2005.“**

Bu hususta **YİM 226/2012 D.7/2016**’da şöyle denmektedir:

“Yüksek İdare Mahkemesi kararlarına göre, **açık takdir hatası kriteri gereğince, ‘çok ağır ve apaçık görülen** **takdir hataları idari yargının denetim alanındadır.** **(Gör.YİM 75/2008 D.27/2009) ‘Takdir yetkisinin** **kullanıldığı hallerde, ilgili mevzuata uyulmuş,**  **değerlendirmede ciddi ve bariz hatalar yapılmamışsa,** **Yüksek İdare Mahkemesinin bu takdir yetkisine müdahale etme yetkisi yoktur’ (Gör.YİM 8/1982 D.29/1983).‘“**

**YİM/İstinaf 10/2015 D.2/2017**’de ise şöyle denmektedir:

“Bir yasa ile idari nitelikli bir kurula takdir yetkisi verildiği zaman, mahkemelerin bu takdir yetkisinin kullanımınıdenetlememeleri esastır. Ancak, takdir yetkisinin açıkça hatalı bir şekilde kullanıldığı veya idari işlemin konusu ve sebebi arasında bir orantısızlık bulunduğu takdirde, mahkemenin takdir yetkisinin kullanımını denetlemesi mümkün olur ve bu koşulların bulunduğu kabul edildiği takdirde karar mahkeme tarafından iptal edilebilir.“

İdare, takdir hakkını kullanırken, işlemin yerindeliğini takdir eder. İdari işlemin yerindeliğini denetlemek ise idari yargının görevi dışındadır. Yüksek İdare Mahkemesi kendini idarenin yerine koyup yerindelik denetimi yapmamalıdır. Bu nedenle, idarenin takdir yetkisine idari yargının müdahalesi, yukarıda aktarılan prensipler çerçevesinde ve çok sınırlı tutulmalıdır **(Gör.YİM 85/1998 D.19/1998, YİM 75/2008 D.27/2009).“**

ibareleri yer almıştır.

Yardımcı Doçent Dr.Ramazan Çağlayan’ın, ”Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi“ adlı eserinde sayfa 178 ve 179’da:

” Takdir yetkisi ile ilgili bir husus da değerlendirme işlemleridir. Kamulaştırma bedelinin tespiti, bir öğrenciye not verilmesi, jürinin bir adayı başarılı ya da başarısız bulması, bir binanın sağlamlığının tespiti, bir kişinin hasta olduğuna karar verilmesi gibi işlemlerde bir değerlendirme yapılmaktadır. Bu gibi hallerde İdarenin bir takdir yetkisi bulunup bulunmadığı öğretide tartışılmaktadır. Bazı yazarlar bu konuları değerlendirme, kimileri de takdir yetkisinin benzerleri başlığı altında incelemektedirler. Teknik takdir de denilen bu gibi durumlarda, bu tür değerlendirmelerin, değerlendirmeyi yapanların anlayışına bırakılması gerektiğini savunanlar yanında, takdire dayalı gibi görünse de nesnel ölçülerle ihtisasa dayalı bir değerlendirme söz konusu olduğu ve dolayısıyla idarenin takdir yetkisinin olamayacağı söyleyenler de bulunmaktadır. Bu tür işlemlerin tümüyle yargısal denetim dışında tutulması düşünülemez. Ancak özellikleri nedeniyle, yargısal denetimin sınırlı olması isabetli olur. Nitekim Fransız Danıştay da bu tür bilimsel ve teknik kurullarca yapılan değerlendirmeleri mümkün olduğunca denetlemekten kaçınmakta, minimum denetimle yetinmekte, takdir yetkisinin denetimini açık hata ile sınırlı tutmaktadır. “

denmiştir.

Huzurumdaki mesele incelendiğinde, Rekabet Kurulunun da, somut bazı eylemlerin Davacı tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği hususlarında bir değerlendirme yaptığı ve değerlendirmesine bağlı olarak da, Emare 40 Kararın 519’uncudan 521’inci satırlarına kadarki kısmında yer alan ”Oero Trading Ltd’in M.Reis Süpermarkete Nisan-Mayıs 2013 dönemleri arasında muhtelif defalar mal vermeme, mal vermeyi kesme tehdidi ve ürün bağlamak suretiyle Rekabet Yasası’nın 6(1)(A) maddesini ihlal ederek hakim konumunu kötüye kullandığı“ şeklindeki sonuca vardığı görülmektedir. Rekabet Kurulu bu değerlendirmeyi yaparken, yine Emare 40’dan görüldüğü üzere huzurundaki delilleri, daha somut bir deyişle sair market temsilcilerinin ifadelerini, şikayetçi taraf görüşlerini, ilgili e-postaları, dağıtıcılık anlaşmalarını dikkate almış bulunmaktadır. Gerek e-postalar, gerek dağıtım anlaşmaları, gerekse şikayetçinin veya müşterilerin ifadelerinin yorumlanması yoluyla elde edilen yukarıda varılmış sonucun, farklı bir yorumla veya bakış açısıyla farklı bir yöne götürülmesi, yani farklı bir sonuca ulaşılması olanaklıdır ve karardan görüldüğü üzere, Rekabet Kurulunun bir üyesi de anılan noktalarda farklı bir sonuca veya değerlendirmeye ulaşmış bulunmaktadır.

Açıktır ki, Yüksek İdare Mahkemesi, mevcut delillerden hareketle Davacının iddia olunan eylemlerinin kanıtlandığı sonucunu çıkarma noktasında, Rekabet Kurulunun açık takdir hatası olup olmadığına bakarken, kendini, Rekabet Kurulunun yerine koymamak durumundadır. Yani ben olsam mevcut deliller ışığında farklı sonuca varırdım dememesi gerekmektedir. Yüksek İdare Mahkemesinin bu noktada vereceği karar açısından önemli olan, Rekabet Kurulunun çoğunluk kararı ile ulaştığı sonuca veya yaptığı değerlendirmeye varması sırasında açık hata yapıp yapmadığıdır.

Açık hata konusunda yukarıda anılan Ramazan Çağlayan’ın eserinde sayfa 194 ve 195’te:

”e.Açık hata

İdarenin takdir yetkisinin yargısal denetiminde kullanılan bir başka ölçüt de açık hatadır. Danıştay açık hata kavramını bir de idari işlemin geri alınmasında kullanmaktadır. Danıştay açık hatayı tanımlamamakta, sadece olaya göre açık hatanın varlığını saptama yoluna gitmektedir. Öğretide, açık hatanın tanımı konusunda pek fazla durulmamıştır. ALAN, açık hatayı, ’takdir yetkisi içinde alınan işlemlerde idarenin yaptığı açık, belirgin hemen fark edebilen tercih hatasıdır“ şeklinde tanımlamaktadır. Kanunun açıkça yasakladığı bir işin yapılması ve açıkça emrettiği bir işin yapılmamasını açık hata olarak tanımlayabiliriz. Başka bir ifade ile, kanunun herkes tarafından anlaşılabilecek kadar açık olan hükmüne aykırı şekilde davranılması açık hata halini oluşturur.

Örneğin Gökova kararında, teknik santral yapımı için yer seçimi konusunda idarenin takdir yetkisi olduğunu vurguladıktan sonra, bu takdir yetkisinin kullanımında ”açık bir hata saptanamamıştır“ şeklinde bir ifade kullanmıştır. Yine bir başka kararda, Milli Eğitim Bakanlığından 12 yıl daire müdürlüğü yaptıktan sonra kültür müdür yardımcılığına atama işleminde açık hata bulunduğuna karar verilmiştir.

Kamu görevliliğine atama işleminde, ilgilinin gerekli bütün şartları taşımasına rağmen, atamasının yapılmaması açık hata olarak değerlendirilmiştir.

Danıştay kararlarında açık hata ile ilgili kullanılan bir kavram da ağır takdir hatasıdır. Bu kavramın da bir tanımı yapılmaksızın sadece, takdirde ağır hata yapılıp yapılmadığının tespiti ile yetinilmektedir. “

denmiştir.

Bu meselenin somutuna, yukarıda sıralananlar göz önüne alınarak yeniden bakıldığında, Rekabet Kurulunun huzurundaki e-postaları, Davacı veya şikayetçi veya market ifadelerini ve dağıtım anlaşmalarını değerlendirerek ulaştığı sonuca varabileceği görülmektedir. Diğer bir deyişle, Rekabet Kurulu, huzurundakilerden hareketle hiç varılamayacak bir sonuca ulaşmış bulunmamaktadır. Rekabet Kurulunun huzurundakiler ışığında varılması gereken başka kesin bir sonuç varken, onun yerine farklı bir sonuca vardığı da söylenebilir halde görünmemektedir. Bu nedenlerle, Rekabet Kurulunun, Nisan-Mayıs 2013 döneminde, Davacının, M.Reis Süpermarkete muhtelif defalar mal vermediği, mal vermeyi kesme tehdidi yaptığı ve ürün bağladığı özlü değerlendirmeleri, açık hata içeren değerlendirmeler olarak düşünülemez. Açık hata içeren bir tespit olmadıkça, tespit edilen vakıaların gerçekliği noktasında bir belirsizliğin bulunduğu da söylenebilir hale gelemez. Aynı şeyler Rekabet Kurulunun, Davacının dondurma pazarındaki hakim konumunu kötüye kullandığı ve temsil edilen markanın gücüne bağlı piyasada takındığı tutum açısından yaptığı değerlendirmeler ve diğer tespitler için da geçerli görünmektedir. Bu nedenlerle Rekabet Kurulunun yargılama sonucunda varılamayacak bir karara vardığı başlığı altındaki Davacı iddialarına değer vermek ve bunlara bağlı olarak Rekabet Kurulu kararının iptaline yönelmek de mümkün olamamaktadır.

Son olarak belirtmekte yarar vardır ki, Rekabet Kurulunun idari para cezasının miktarını belirlerken açık hata yaptığı da söylenebilir halde değildir.

Tüm belirtiklerimden hareketle, Davacının davası ret ve iptal edilir.

Dava masrafları Davacı tarafından Davalıya ödenecektir.

 Tanju Öncül

 Yargıç

20 Eylül 2017