D.25/2018 YİM:91/2015

Yüksek İdare Mahkemesinde

Anayasa’nın 152.Maddesi Hakkında

Yargıç Tanju Öncül Huzurunda.

Davacı:Kıbrıs Türk Fırıncılar Birliği, Kıbrıs Türk Sanayi Odası, Organize Sanayi Bölgesi, Lefkoşa

 İle

Davalı:Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Rekabet Kurulu, Şht.Agah Topçu Sokak, Ekonomi ve Enerji Bakanlığı Binası, B-Blok Kat:2, Ortaköy-Lefkoşa

 A r a s ı n d a.

Davacı namına:Avukat Özkul Özdevim

Davalı namına:Avukat Hatice Acay.

 ---------

 **K A R A R**

 Davacının:

”A) Davacıların 28/01/2015 tarihli yazı ve ekleri ile 03/02/2015 tarihinde bilgisine gelen, davalının 17/12/2014 tarihli ve 62/2014 sayılı olup, 1-5/2014 sayılı dosya altında davacı aleyhine yürütülen soruşturma neticesinde, davacının 07/02/2014 tarihli toplantısında somun ekmek satış fiyatlarının artırılması hakkında yer alan gündem ve tartışmaların 36/2009 sayılı Rekabet Yasasının 4’üncü maddesini ihlal ettiği yönünde almış olduğu 17/12/2014 tarih ve 62/2014 sayılı kararın ve/veya bu karara bağlı olarak yapılan tüm işlemlerin ve/veya bu karara bağlı olarak verilen 1250TL’sı idari para cezası ilgili karar ve/veya işleminin ve/veya bu konuda yapılan tüm işlemlerin etkisiz ve hükümsüz olduğuna ve herhangi bir sonuç doğuramayacağına dair bir Mahkeme hükmü ve/veya kararı,

1. Ahar surette davalı tarafından alınan 62/2014 sayı ve 17/12/2014 tarihli ve davacının Rekabet Yasası’nı ihlal ettiğine dair kararının ve/veya bu ihlalden dolayı kesilen 1250TL’sı idari para cezası karar ve/veya işlem ve/veya işlemlerinin etkisiz ve hükümsüz olduğuna ve herhangi bir sonuç doğuramayacağına dair Mahkeme hükmü ve/veya kararı, “

verilmesi talepleri ile başlattığı davası, kararın, mevzuata ve idare hukuku prensiblerine aykırı, gerekçesiz, yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle dikkate alınması gerekli hususları dikkate almadan ve gerekli araştırma yapılmadan verilmiş bir karar olduğu, Yasa’nın, rekabetin önemli ölçüde engellenmesi, kısıtlanması veya bozulmasını amaç edinen ilkelerine uyulmadığı veya olgular ile yasal ilişki kurulmadığı, sırf fiyat tartışıldı diye peşin hükümle hareket edildiği, bu nedenle keyfi bir karar verildiği özlü hukuksal esaslara dayandırılmıştır.

Davanın dayandığı gerçekler kısmında ise:

”1) Davacı, tüzel kişiliğe haiz, Dernekler Yasası altında kurulmuştur. Derneğin amacı, KKTC’deki Fırıncıların ortak sorunlarına çözüm arayan, üyelerinin meşru hak ve menfaatlerini korumak, kollamak, mesleki kurallar, davranış ve uygulama standartları konusunda üyelerine aldığı kararlarla tavsiyede bulunmaktır.

 2) Davalı ise etkili bir rekabet ortamının sağlanması ve korunması amacı ile yasa uyarınca kurulmuş, yürütsel ve yönetsel yetki kullanan bir kamu tüzel kişisidir.

 3) Davacının eylem ve/veya çok uzun bir süreden beri gerçekleştirdiği eylemler ve/veya bu eylemlerin gerçekleştirilmesi için alınan karar ve/veya kararlar, ekmek konusunda rekabetçi bir piyasanın oluşunu engelleyen ve/veya ekmek fiyatlarını belirleyen ve/veya fiyatların olması gerekenin çok üzerinde olan un fiyatlarının düşürülmesi ve/veya ekmeğin fiyat ve arzını büyük oranda etkileyen, hatta belirleyen un ve buğday ithalinin serbest bırakılması ve/veya un piyasasına daha fazla şirketin girmesini ve rekabetin artarak daha ucuz ve daha kaliteli unu tüketiciye sunmak yönündedir. Açıkçası davacının eylem ve/veya bu eylemlerin gerçekleştirilmesi için alınan karar ve/veya kararları rekabeti bertaraf etmeyi ve/veya sınırlamayı ve/veya bozmayı hedefleyen eylem ve/veya karar ve/veya kararlar değildir.

4) Davacının ekmeğe zam tartışması ve/veya bu tartışma ve/veya eylemlerinde açık açık zam istemediklerini, zorunlu ve kaçınılmaz olarak ekmeğe yapılacak zam’ın hem üyelerine hem de tüketicilere zarar vereceğini açıkça beyan etmesine rağmen, davalının fiyat zamanın [zammının] tartışılmasına zemin hazırladığı gerekçesine dayandırdığı dava konusu karar ve/veya kararları yasaya aykırıdır.

7) Davalının, teşebbüs birliklerinin kararlarının rekabet hukuku açısından etki doğurma koşulu aranmaksızın kararlar amacı bakımından ihlal niteliği oluşturabilmektedir, görüşü hukuki mesnetten yoksundur.

9) Davalı, dava konusu kararı alırken, davacının üyelerinin esnaf nitelikli olduğunu ve KKTC’nin en büyük somun ekmek üreticisine ve/veya hakim konumda olan bir fırının haksız rekabeti karşısında ve/veya fiyat politikaları oluşturan ve küçük firmaların büyük kısmını yok ederek oligopol oluşturmaya çalışma gayretlerini hiç göz önünde bulundurmadan ve/veya bu konuda geçmişte başka alanlarda ülkede yaşanan haksız rekabet koşullarını hiç değerlendirmeden ve/veya bu konuda ekonomik bir değerlendirme yapmadan dava konusu karar ve/veya kararları almıştır. “

şeklindeki iddialar yer almıştır.

 Konu davaya karşı dosyalanan Müdafaa Takririnde, kararın, yasa ve tüzüklere ve idare hukuku prensiblerine uygun olduğu, usul kurallarına uyulduğu, yetki aşımı veya yetkinin kötüye kullanılmasının söz konusu olmadığı, gerekli araştırma yapılarak gerekçeli karar üretildiği özlü hukuksal esaslara dayanılmıştır.

 ”Bu müdafaayı desteklemek için aşağıdaki olgulara dayanılır“ başlığı altında ise:

”5) Davalı, kararını tabi olduğu 36/2009 sayılı Rekabet Yasası’na dayandırmış olup, ilgili yasanın 4.maddesi rekabetin önemli ölçüde engellenmesi, kısıtlanması veya bozulmasını amaç edinen veya bu sonucu yaratacak veya yaratan anlaşmaları, teşebbüs birliği kararlarını ve uyumlu eylemleri yasaklamakta ve hukuken geçersiz saymaktadır. Bu sonucu doğurabilecek fiiller bu maddede izah edilmiş olup bu maddenin (1)’inci fıkrası ”alış veya satış fiyatlarını veya diğer ticaret koşullarını ”doğrudan“ ya da ”dolaylı“ olarak belirleyen“ ifadesi ile kapsamı belirle-mektedir. Teşebbüs birliği çatısı altında, teşebbüs-ler arasında gerçekleştirilen ve rekabetin kısıtlan-ması amacını taşıyan herhangi bir anlaşmanın, Yasa’nın 4.maddesi kapsamında değerlendirilebilmesi için anlaşmanın piyasada bir etki doğurmuş olması gerekmemektedir. Bahse konu karar hiç uygulamaya konulmamış olsa dahi rekabeti kısıtlama amacı taşıması gerekçesi ile aynı madde kapsamında yasaklanmaktadır. Önemli olan anlaşmanın amacının rekabeti bozucu nitelike olup olmamasıdır. Bu yönde alınmış bir teşebbüs birliği kararının, prensip olarak birlikte davranış bilincinin oluşmasına ve piyasadaki rakiplerin nasıl davranacağına ilişkin belirsizliği ortadan kaldırmış olması nedeniyle rekabet ortamının ortadan kalkmasına neden olduğundan yasaklanmaktadır.

 Davalı, dava konusu karara varmadan önce sair şeyler yanında; davacı nezdinde yapılan yerinde incelemede elde edilen davacıya ait defterde yer alan kararları ve/veya özellikle 07.02.2014 tarihli toplantı tutanakları, davacının gazetelerde ve/veya basın yolu ile yaptığı açıklamaları davacı ve üye teşebbüslerden talep edilen belgelerin incelenmesi sonucu davacı ile üye teşebbüslerin fiyat değişiklik-lerinin takriben 11.02.2014 tarihinden itibaren özellikle davacı yönetiminde yer alan teşebbüslerce uygulamaya konulmuş olmasını dikkate almıştır.

6) Davalının huzurundaki tüm şahadet, ifade ve emarelerin değerlendirilmesi neticesi ve yine davalının kamu menfaati gereği re’sen hareket etme mükellefiyeti gereği davacı lehine tüm hafifletici sebepleri de Yasa’nın 33’üncü maddesi doğrultusunda değerlendirmesi neticesi işbu davaya konu karar ve/veya işlemler ve/veya cezaları takdir etmiştir“

iddialarına yer verilmiştir.

Müşterek olguların:

 ” Davanın dayandığı gerçekler başlığı altındaki 1’inci ve 2’nci paragraflarda yer alan hususlar,

 Dosya konusunun ilgili ürün pazarının somun ekmek pazarı olduğu ve ilgili coğrafi pazarın KKTC olduğu hususları,

 KKTC genelinde münferit olarak üretim yapan 25 modern ekmek fırınından 24 tanesinin Kıbrıs Türk Fırıncılar Birliği Üyesi olduğu,

 Somun ekmek üretim ve satışına yönelik hijyen kurallarının düzenlenmesi yanında satış fiyatı ve gramajına yönelik olarak da yıllarca düzenlemeye tabi tutulmuş bir ürün olduğu, somun ekmek fiyatlarının 1997 yılından 2007 yılına kadar ilgili Bakanlığın kontrolünde, Davacı Birlik tarafından belirlendiği, 2007 yılında dünyada yaşanan tahıl fiyat artışlarına bağlı olarak girdi fiyatlarında ciddi artışların ortaya çıkması ile 21/1997 sayılı Mal ve Hizmetler (Düzenleme ve Denetim) Yasası tahtında hazırlanan, ”Normal Ekmeğin Toptan ve Perakende Azami Satış Fiyatı Emirnamesi“ (emare 48) doğrultusunda 300gramlık somun ekmeğin perakende satış fiyatının 2013 yılına kadar Sanayi Dairesi ve Davacı Birlik ile birlikte hazırlanan bir şablon doğrultusunda ilgili Bakanlık tarafından belirlendiği,

 8.5.2013 tarihli emirname ile (Emare 6)ekmeğin fiyat ve gramajının serbest bırakıldığı,

 Somun ekmek üretim maliyetinin yaklaşık %30’unu un maliyetinin oluşturduğu, un piyasasının rekabetçi bir yapıda olmadığı ve ithalata kapalı bir yapıda olmasının, un fiyatlarının olması gerekenin üzerinde belirlenebilmesine yol açtığı, sıkıntılara neden olduğu.“

şeklinde belirtildiği davada, taraflarca, 1’den 49’a kadar sıralı evrakların emare yapılması talebi sonrası, ilgili evrakların emare kaydı da gerçekleştirilmiştir.

 Tarafların tanık dinletmedikleri meselede Davacı taraf, Rekabet Yasası’nın 4’üncü maddesinde iki hususun göz önünde bulundurulması gerektiğini; bunlardan birincisinin, herhangi bir eylem veya işlem yapılırken amaç veya hedefin gerçekten rekabetin engellenmesi, kısıtlanması veya durdurulmasına mı yönelik olduğunun, yani öncelikli amacın ne olduğunun tespit edilmesi gerektiği şeklinde olduğunu, konu kararda bu hususta bir bulgu veya araştırma veya herhangi bir hukuki prensibin söz konusu olmadığını, emarelerde bu yönde bir şey bulunmadığını, esas tartışılan konunun un piyasasındaki rekabeti engelleyici hususlar olduğunu, Davalının da kararını verirken un piyasasının fırıncılar üzerinde, ekmek üzerinde veya üretim konusunda olumsuz etki yarattığı bulgusunu yaptığını ve rekabetçi bir yaklaşımın un piyasasında olmadığının vurgulandığını, tartışılan un piyasası olduğundan, ve un piyasasının üretim üzerinde yaptığı etki olduğundan, Davacının rekabeti engelleme ile ilgili bir amacı olduğu hususunda bir bulguya varılmasının olanaksız olduğunu, tartışmalardan, fiyatları sabitleştirmek veya sabitleştirdiği için müşteriyi mecbur etmek gibi bir sonuca ulaşmanın imkansız olduğunu; ikincisinin ise, amaç ve hedef bu olmasa bile yapılan eylemler rekabeti engelleyici bir netice doğuruyorsa da ihlalin söz konusu olduğu şeklinde varlık gösterdiğini, ancak kararda herhangi bir etki olmadığının açıkça yer aldığını, yani fiyatlarda herhangi bir birliktelik olmadığını, ayrıca teşebbüs birliklerinin kararlarının Yasa’nın 4’üncü maddesinin (1)’inci fıkrasına aykırı sayılabilmesi için Birliğin ya o alanda faaliyet göstermesi, yani üretim, dağıtım, satış, satış sonu hizmetleri gibi faaliyetlerde bulunması, ya da rekabeti engelleyici eylemde etkisi olması, yani tavsiyelerinin üye teşebbüsleri bağlaması gerektiğini, kararın piyasada herhangi bir etki yaratmadığının ise Davalı tarafından kabul edildiğini ileri sürmüştür.

 Yukarıda belirtilen özdeki iddiaları yapan Davacı Avukatına göre, bu davada tartışılacak tek husus Davacının sırf rekabeti engelleme, rekabeti kısıtlama veya sınırlandırma gibi bir amacı olup olmadığıdır ve Davacı Avukatına göre, Emareler böyle bir sonuca varmayı olanaklı kılar halde değildir.

 Davalı Avukatı ise hitabında, ilgili ürün pazarının somun ekmek pazarı olduğunu, un pazarı olmadığını, somun ekmek imalatında tek maddenin un olmadığını, her üreticinin farklı girdileri, farklı çalışma kapasiteleri olduğunu, giderlerinin farklı olduğunu, ürettiği ekmek miktarının da farklı olduğunu, dolayısıyla konunun un piyasasına bağlanamayacağını, Davacı Birliğe fiilen fırıncılık mesleğini icra edenlerin üye olduğunu, ekmeğe zam yapılmasının ya da yapılmamasının Birlik çatısı altında üyelerce tartışıldığını, bunun da Rekabet Yasası tahtında yasak olduğunu, Davacı ve üyelerinin toplanarak un v.s. olan ekmeğin girdilerini topluca konuşarak birbirlerinin ticari sırlarını konuşarak rekabeti ortadan kaldırdıklarını, Davacının karar defterinden, toplantıların ekmek satış fiyatının ve gramajının belirlenmesi amacıyla yapıldığının tespit edildiğini, Rekabet Hukuku açısından teşebbüs birliği kararlarının tarafları bağlayıcı veya resmi nitelikte olup olmamasının ya da etkilerini karar alınmasına müteakip derhal ortaya çıkarmasının veya çıkarmamasının bir önemi olmadığını; önemli olanın, amacı ve etkisi rekabeti bozucu bir şekilde bir kararın bir uzantısı olarak, ilgili teşebbüsler arasında birlikte davranış bilincinin oluşması ve piyasadaki rakiplerin nasıl davranacağına ilişkin belirsizliğin ortadan kalkmış olması durumunun, Emare 23 olan toplantı tutanağından, Davacının rekabeti bozma amacı olduğunun açık olduğunu, birlikte fiyat tespit ettiklerini, birbirlerine rakip olması gereken teşebbüslerin temsilcilerinin birlik çatısı altında biraraya gelip, maliyet yapıları, fiyat beklentileri ve zam konusunda konuşup görüşmelerinin rekabet ortamının ortadan kaldırılması için yeterli bir uygulama ve yasa ihlali olduğunu, bunlar ötesinde bu davanın dosyalanması için bir yönetim kurulu kararı olmadığını, başkanın nasıl yetkilendirildiğinin bu nedenle belirsiz olduğunu ileri sürmüştür.

Davalı Avukatı ayrıca, ceza konusunda Davalının takdir yetkisi olduğunu ve bu takdir yetkisini kullandığını belirtmiş, bütün bunların ötesinde kararda açık bir hata bulunmadığını da ileri sürmüştür.

7.2.2014 tarihli Emare 23’ün içeriği şöyledir:

”Katılanlar;

1)Ömer Çıralı

2)Mehmet Ali Önderol

3)Celal Bozan

4)Dinçer Şerbetci

5)Şeyho Özdemir

6)Kerem Sönmez

7)Kaya Beykaya

8)Polat Alyaz

9)Kaya bey Kaya

10)Salih Zort

11)Ramadan Gilanlıoğlu

12)Özcan Çağlayan

1)Kaya Beykaya:Zam yapılması şart. 1,250-1,100-1,150

2)Mehmet Ali Önderol:Ekmek zammı şart. 1,50-1,25

3)Kerem :Her girdiye %30 zam geldi. Tüm girdiler arttı.Kaçınılmaz olarak 1,250 bakkal satışı olması lazım.

4)Şeyko :Herkesin sözüne icabet ediyorum.

5)Salih Zort:Ekmek zammı erkendir, un için savaşalım. İkide birde bizimle uğraşıp durmasınlar. Un işini normal bir düzene oturtmalıyız.

Kaya Baykaya:Savaşa çıkıyoruz mermimiz yok.

6)Polat :Her türlü karara uyarım. Yapacaksak bir defada zam yapıp, ikide birde zam istemeylim.

7)Dinçer :Bence %25 artırabiliriz.

8)Celal :İlgili Bakanla birkez daha temas edip, elektrik,poşet, mazot girdilerinin düşmesi ve uncuların da inmesi gerekir.

Karar:54 TL’den 70 TL çıkarılan un ve diğer girdiler artması sonucu isteyen fırının ekmek fiyatını artırması ve münferit olarak açıklanması karar verilmiştir. “

Dava konusu 17.12.2014 tarih ve 62/2014 sayılı Emare 2 kararın ”İktisadi Değerlendirme“ başlığı altındaki kısmında sair şeyler yanında:

”Kurul kararını verirken yukarıda belirtilen gerekçeler ile, 2013 yılı Mayıs ayında yer alan bahse konu zam kararı ve öncesindeki fiyat belirlemeye yönelik eylemleri dikkate almamış ancak yapılan yazılı ve sözlü uyarıya rağmen gerçekleştirilen 07.02.2014 tarihli Birlik toplantısındaki somun ekmek fiyatlarına yapılması planlanan zam oranının toplantıya katılan üyeler arasında tartıştırılmasını Yasa’nın ihlali olarak ele almıştır. Özellikle bu tartışmalara yardımcı olan ve sonrasında fiyat birlikteliği hususunda üyelerini takip eden Birlik’in ve dolayısıyla yönetiminde yer alan teşebbüslerin kusuru bulunduğuna kanaat getirmiştir. Bahse konu toplantı tutanağından da görülebileceği gibi her teşebbüs temsilcisinin farklı zam oranı teklifinin bulunmasının gerek maliyet artışına bağlı, gerekse diğer unsurlara bağlı fiyat artış oranının ve zamanının her teşebbüs tarafından bireysel olarak belirlenmesi mümkündür ve her teşebbüsün bunu kendi yapısı içerisinde yapması da rekabet hukuku açısından esastır.

Alınan karar içerisinde doğrudan bir fiyat belirlenmemiş olsa bile bu tür bir tartışmanın yapılmasının dahi aynı iş kolundaki teşebbüslere bir fiyat hedefi göstererek belirli bir fiyatın oluşmasına katkı yaptığı ve rekabet ortamını ortadan kaldırdığı kabul edilmektedir. Soruşturma sürecinde elde edilen fatura ve satış bilgilerinden özellikle birlik yönetim kurulu üyesi fırın temsilcilerinin fırınları başta olmak üzere somun ekmeğin toptan ve perakende satış fiyatlarının ayni olduğu tespit edilmiştir. Özellikle bölgesel küçük fırın temsilcilerinin ifadelerinden Birlik yönetim kurulunda yer alan fırınların bu konuda teşvik ve baskısının olduğu da ifade edilmiştir.

Kurul ayrıca, ilgili pazardaki fiyat hareketlerini değerlendirirken maliyet unsurlarını da değerlendirmiştir. Bu bağlamda fiyatların kontrol altına alındığı 2007 yılından serbest bırakıldığı 2013 yılına kadar fiyat belirleme amacıyla kullanılan ”şablon“ incelenilerek ekmek yapımındaki önemli girdilerin neler olduğu ve bu süredeki girdi fiyatlarına da bakılmıştır. Söz konusu şablondan ve fırın temsilcilerinin ifadelerinden somun ekmek üretiminde en önemli girdinin un olduğu ve bunun yanında, maliyetin elektrik, işçilik, yakıt ve sair katkı maddesi ürünlerden oluştuğu görülmektedir.

Somun ekmek üretim maliyetinin yaklaşık %30’unu un maliyeti oluşturmakta olduğundan un’un ekmek üretimindeki önemi ortaya çıkmaktadır. Ancak KKTC un piyasasının rekabetçi bir yapıda olmayışı ve ithalata kapalı bir yapıda olması, un fiyatlarının olması gerekenin üzerinde belirlenebilmesine yol açabilmekte ve hatta miktar bazlı sıkıntılara da neden olabilme potansiyeli taşımaktadır. KKTC un piyasasında bulunan farklı ölçeklerdeki beş un değirmeninden iki tanesinin zaman içerisinde üretimi durdurmaları ve pazarda sadece üç üretici firmanın bulunması hem fiyatlar hem de un arzı üzerinde olumsuz etkiler yaratmakta olduğu anlaşılmaktadır.

KKTC’de üretim yapan fırınlara temin edilen un miktarında ve fiyatlarında yaşanan gelişmeler sonucunda 25.07.2012 tarihinde Bakanlar Kurulu bir karar üreterek Toprak Ürünleri Kurumunu iç piyasada kullanılmak üzere aylık 300 metriktona kadar ekmeklik buğday ununun ithali için görevlendirmiştir. Söz konusu Bakanlar Kurulu kararı 13.03.2013 tarihinde yenilenerek TÜK’nun ithal edebileceği ekmeklik buğday unu miktarını aylık 500 M. Tona yükseltilmiştir. Aylık un ihtiyacının yaklaşık %25-30’u civarına geldiği ifade edilen un ithalatının piyasayı geçici olarak rahatlattığı söylense de ithalat yetkisinin sadece TÜK’te olması ve ithal edilen unun dağıtım mekanizmasındaki belirsizliklerin genel rekabet koşulları açısından geliştirilmeye ihtiyaç duyulan uygulamalar olduğunu ortaya koymaktadır. Kaldı ki bu tarz ithalat kısıtlaması şeklindeki uygulamaların ilgili ürünü tüketen üreticilerin veya doğrudan tüketicilerin avantajına olmadığı ve piyasadaki tercihleri kısıtlaması yanında yüksek fiyatları da piyasaya zorlayabilmektedir.

Her ne kadar da bu tarz ithalatta miktar kısıtlaması uygulamalarının yerli üretimi koruma amacı güttüğü bilinse de gerek un, gerekse diğer ürünlerin yerli üretiminin miktar kısıtlaması ile korunması yerine fon veya gümrük yolu ile yapılmasının tüketici açısından daha faydalı sonuçlar üreteceği ve kaynak dağılımını da etkileyeceği açıktır. Ayrıca bu koruma duvarının da sonsuza kadar olmayabileceği üreticiler tarafından da öngörülebilir şekilde aşamalı olarak zaman içerisinde elde edilecek avantajlar ile azaltılması da değerlendirilmelidir. Ayrıca un ithalat yetkisinin sadece TÜK’e değil, piyasada bu işi yapabilecek diğer ticari taraflara da gerekirse lisans karşılığı sağlanmasının ilgili ürün piyasasında ve alt pazarlarda rekabet koşullarının gelişebilmesi açısından daha olumlu sonuçlar yaratacağı değerlendirilmektedir. “

denilmiştir.

İlgili kararın ”Hukuki Değerlendirme “ başlığı altında ise:

”36/2009 sayılı Rekabet Yasası’nın 4.maddesi rekabetin önemli ölçüde engellenmesi, kısıtlanması veya bozulmasını amaç edinen veya bu sonucu yaratacak veya yaratan anlaşmaları, teşebbüs birliği kararlarını ve uyumlu eylemleri yasaklamakta ve hukukan geçersiz saymaktadır. Bu sonucu doğurabilecek fiiller 4.maddede izah edilmiş olup bu maddenin (1)’inci fıkrası ”alış veya satış fiyatlarını veya diğer ticaret koşullarını ‘doğrudan’ ya da ‘dolaylı’ olarak belirleyen “ ifadesi ile kapsamı belirlemektedir.

Teşebbüs birliği çatısı altında, teşebbüsler arasında gerçekleştirilen ve rekabetin kısıtlanması amacını taşıyan herhangi bir anlaşmanın, Yasa’nın 4.maddesi kapsamında değerlendirilebilmesi için anlaşmanın piyasada bir etki doğurmuş olması gerekmemektedir. Bahse konu karar hiç uygulamaya konulmamış olsa dahi rekabeti kısıtlama amacı taşıması gerekçesi ile aynı madde kapsamında yasaklanmaktadır. Diğer bir deyişle anılan maddede, rekabeti kısıtlayıcı ‘amaçlı’ veya ‘bu sonucu yaratacak’ uygulamalar olarak ele alınarak etki doğurma fiiline bakılmaksızın amaç bakımından ihlal için yeterli koşul sayılmıştır. Teşebbüslerin rekabeti engelleyici amaçla hareket etmeleri eylemin Yasa’ya aykırı sayılması için yeterli olup, anlaşma, eylem ya da kararın uygulanması sonucunda rekabeti kısıtlama etkisinin gerçekleşmesi ağırlaştırıcı neden olarak değerlendirilmektedir.

Rekabet hukuku açısından teşebbüs birliği kararlarının taraflar arasında bağlayıcı veya resmi nitelikte olup olmamasının ya da etkisinin karar alınmasını müteakip derhal ortaya çıkarıp çıkarmamasının da bir önemi yoktur. Önemli olan anlaşmanın amacının rekabeti bozucu nitelikle olup olmamasıdır. Bu yönde alınmış bir teşebbüs birliği kararının, prensip olarak birlikte davranış bilincinin oluşmasına ve piyasadaki rakiplerin nasıl davranacağına ilişkin belirsizliği ortadan kaldırmış olması nedeniyle rekabet ortamının ortadan kalkmasına neden olduğundan yasaklanmaktadır. Tüm bu gerçeklerle 07.02.2014 tarihli Birlik toplantı kayıtlarında yer alan ve katılan teşebbüs temsilcileri arasında gerçekleşmiş olan fiyat bazlı tartışmaların nihai karara dönüşüp dönüşmemesi ve/veya uygulamaya girip girmemesinden bağımsız olarak, bahse konu tartışmalar amaç bakımından rekabet ihlali anlamı taşımaktadır. Toplantı sonunda net bir fiyat kararı yazılı olarak kararda yer almamış olsa bile ilgili ürün pazarında takriben aynı tarihlerde birçok fırın tarafından somun ekmek fiyatlarına zam yapılması, bahse konu toplantı ve içeriğinin Yasa’nın ilgili hükümleri kapsamında ihlal olarak değerlendirilmesi için yeterli delil niteliğindedir. Özellikle Birlik’in daha önceleri de benzer toplantıları organize ederek fiyat zammının tartışılmasına zemin hazırlaması ve sonrasında üyelerinin ve hatta üye olmayan teşebbüslerin de alınan kararlara uyup uymadıklarının denetlenmesi ve takip edilmesinin teşebbüs birliğinin tüzel kişilik olarak bu ihlalde önemli sorumluluğu olduğu sonucunu doğurmaktadır.

Soruşturma sürecinde yapılan yerinde incelemede elde edilen birlik karar defteri incelendiği zaman çeşitli tarihlerde yer alan toplantılarda ekmek fiyatı ve hatta gramajının belirlenmesine yönelik birlik kararları bulunduğu tespit edilmiş olmasına rağmen soruşturmanın başlangıcı 31.01.2014, 5.02.2014 ve 11.02.2014 tarihli günlük gazetelerde yer alan haberler ile soruşturma sırasında elde edilen 07.02.2014 tarihli toplantı tutanağı ve fırınlardan elde edilen fatura ve fiyatlara ait diğer bilgilerle ifadeler oluşturmaktadır. Kurul kararını verirken basın yolu ile 17.05.2013 tarihinde yaptığı uyarı öncesi döneme ait kararları doğrudan ihlale yönelik delil olarak dikkate almamıştır. Ancak Birliğin geçmiş dönemlerden kalan uygulamayı devam ettirme yönünde çalışma yaparak fiyat belirleme misyonunu ısrarla sürdürmeye çalıştığı ve hatta Birlik toplantılarının sadece bu amaçla yapıldığı görülmektedir. Birliğin gazetelerde yer alan açıklamaları ve fiyat değişikliklerinin takriben 11.02.2014 tarihinden itibaren özellikle birlik yönetiminde yer alan fırınlarca uygulamaya konulmuş olmasının yazılı olmasa da bir fiyat kararının sözlü de olsa alındığını göstermektedir. Bahse konu gazete haberleri de bu durumun varlığını doğrular niteliktedir.

Ancak rekabet hukuku çerçevesinde bir anlaşmadan söz etmek için taraflar arasında imzalanmış ve bağlayıcı olan bir metnin olup olmaması önemli değildir. Rekabet hukuku çerçevesinde anlaşma borçlar hukukundaki sözleşme (akit) kavramından daha geniş bir kavram olarak değerlen-dirilmekte ve bu nedenle yazılı veya başka türlü bir şekil şartına bağlı olması gerekmemektedir. Ayrıca, taraflar arasında bağlayıcı olmayan ”centilmenlik anlaşmaları“ dahi rekabet hukuku kapsamında anlaşma olarak değerlendirilebilmektedir. Birbirlerine rakip teşebbüslerin temsilcilerinin tüzel bir kişilik olarak ”birlik“ çatısı altında bir araya gelerek maliyet yapılarını, fiyat beklentilerini ve en önemlisi zam oranını konuşup görüşmeleri rekabet ortamının ortadan kalkması için yeterli bir uygulama olup Yasa ihlali anlamı taşımaktadır.

Teşebbüs birliği kararları rekabet ihlalleri içerisinde özellikle üzerinde durulan ciddi ihlal konularından bir tanesidir. Rakip olmaları gereken farklı tüzel kişiliklerdeki teşebbüslerin birlik, oda veya dernek çatısı altında rekabete aykırı olarak birlikte hareket etmek üzere aldıkları kararlar rekabet hukuku açısından o denli ciddi ihlaller olarak nitelendirilmektedir ki, etki doğurma koşulu aranmaksızın kararlar amacı bakımından dahi ihlal niteliği oluşturabilmektedir. Kurul özellikle, son dönemde ülkede faaliyette olan veya yeni kurulan birçok üretici veya mesleki birlik benzeri teşebbüs birlikleri vasıtasıyla üye teşebbüslerin Yasa’nın 4’üncü maddesinin ihlali niteliğindeki uygulamalarında artış endişesi taşımaktadır.

Çoğunlukla ekonomik şartların zorlaşmasına bağlı olarak ve bazen de yurt dışı kaynaklı rekabetin baskısı sonucu görülme olasılığı olan bu tür fiyat belirleme, piyasaya giriş engeli yaratma, miktar kısıtlama veya coğrafi Pazar paylaşımına dek farklı içerikte olabilen birlikte eylemler yerine teşebbüslerin bireysel gelişme yönünde çaba harcaması beklenmektedir. Teşebbüsler arası işbirliği kaçınılmaz ise ve işbirliğinin sonucunda piyasada bir etkinlik kazanımı (maliyet düşüşü, yeni teknoloji vs) ortaya çıkacaksa, Kurul bu yönde yer alacak işbirliklerine ve anlaşmalara gerekli inceleme sonrası Yasa’nın 5’inci maddesi çerçevesinde süresi belirlenmiş olmak üzere Yasa’nın kısıtlayıcı hükümlerinde muaf tutabilmektedir. Teşebbüs birlikleri altında üyelerin haklarının korunmasına ve tüketici faydasına olabilecek gelişmelerin bu tarz uygulamalar ile hayata geçirilmesi rekabet uyumu ve sektörel gelişim adına daha faydalı sonuçlar üretebilecektir.

Kurul ayrıca soruşturma kapsamında Yasa’nın ihlali olarak değerlendirdiği 07.02.2014 tarihli Birlik toplantısı ve burada yer alan tartışmalar nedeni ile Birlik yönetiminde yer alan teşebbüslerin cezalandırılmasına karar verirken, Birlik üyelerinin ve özellikle Birlik başkanının soruşturma süresince soruşturma heyetine yardımcı olmasını ve istenilen bilgi ve belgenin raportörlere ulaştırılması hususunda gösterdiği çabayı hafifletici unsur olarak ele almıştır. Ayrıca genelde somun ekmek üretimi yapan fırınların büyük ticari işletmeler yerine ağırlıklı olarak küçük ölçekli işletmeler olmasını da hafifletici bir unsur olarak değerlendirmiştir. Ancak daha önce yapılan yazılı uyarı ve ardından bu karar ile birlikte verilen cezaların benzer ihlallerin devam etmesi durumunda ağırlaştırıcı unsur veya tekerrür olarak ele alınabileceğinin de ilgili teşebbüsler ve birlik yönetimi tarafından dikkate alınması yerinde olacaktır. “

vurgulaması yapılmıştır.

 Kararın sonuç kısmı ise:

”Somun ekmek imalatı piyasasında faaliyet gösteren teşebbüslerin üyesi olduğu Kıbrıs Türk Fırıncılar Birliği isimli teşebbüs birliği ve ayni pazarda faaliyet gösteren 25 fırın hakkında yürütülen soruşturma sonunda hazırlanan 1-5/2014İS numaralı İlerletilmiş Soruşturma Raporu, taraflarca yapılan yazılı ve sözlü savunmalar ile dosya muhteviyatını değerlendiren Kurul;

1. Kıbrıs Türk Fırıncılar Birliği isimli teşebbüs birliğinin 7.2.2014 tarihli toplantısında somun ekmek satış fiyatlarının artırılması hakkında yer alan gündem ve tartışmaların 36/2009 sayılı Rekabet Yasası’nın 4’üncü maddesini ihlal ettiğine,
2. Bahse konu ihlalle ilgili olarak Yasa tahtında bir teşebbüs birliği olan Kıbrıs Türk Fırıncılar Birliği’nin sorumluluğu olduğuna ve bahse konu teşebbüs birliğinin cezai sorumluluğunun birlik yönetim organı olan yönetim kurulunda görev alan teşebbüs temsilcileri vasıtasıyla ilgili teşebbüsler de olduğuna,
3. Yukarıda yer alan gerekçelerle Birlik Başkanı Ömer Çıralı’nın temsil ettiği Çıralı Fırın’ın (TU:2475) Mehmet Ali Önderol’un temsil ettiği Güzelyurt Göçmen Fırını’nın, Erkin Korman’ın temsil ettiği Ekor Un Ürünleri Sanayi Limited (MŞ9298)’in, Celal Bozan’ın temsil ettiği Lala Ekmek ve Unlu Mamüller Gıda Ltd. (Lala Ekmek ve Unlu Mamüller Fb) (TU3651)’in ve Dinçer Şerbetçioğlu’nun temsil ettiği Milda İşletmeleri Ltd (Kardeşler Fırını) (TU5204) unvanlı teşebbüslerin idari para cezası ile cezalandırılmalarına,
4. Haklarında soruşturma yürütülen Birlik üyesi diğer fırınlar ile Göçmenköy Şah Fırını Ltd.in somun ekmeğin toptan ve perakende satış fiyatı uygulamasında uyumlu davrandıkları yönünde yeterli delil bulunmadığına,
5. Kıbrıs Türk Fırıncılar Birliği’nin yönetim organı olan yönetim kurulunda görev alan Birlik Başkanı Ömer Çıralı’nın temsil ettiği Çıralı Fırın (TU:2475)5,000TL (Beş Bin Türk Lirası), Mehmet Ali Önderol’un temsil ettiği Güzelyurt Göçmen Fırını’nın 5,000TL (Beş Bin Türk Lirası), Erkin Korman’ın temsil ettiği Ekor Un Ürünleri Sanayi Limited (MŞ9298)’in 5,000TL (Beş Bin Türk Lirası), Celal Bozan’ın temsil ettiği Lala Ekmek ve Unlu Mamüller Gıda Ltd. (Lala Ekmek ve Unlu Mamüller Fb.) (TU3651)’in 5,000TL (Beş Bin Türk Lirası) ve Dinçer Şerbetçioğlu’nun temsil ettiği Milda İşletmeleri Ltd. (Kardeşler Fırını) (TU5204) unvanlı teşebbüs’ün 5,000 TL (Beş Bin Türk Lirası) idari para cezası ile cezalandırılmalarına,
6. Yasa tahtında bir teşebbüs birliği olan Kıbrıs Türk Fırıncılar Birliği tüzel kişiliğinin de söz konusu ihlalden dolayı Yasa’nın 31(2)’nci maddesi gereğince bahse konu ihlale yönelik verilen toplam idari para cezası olan 25,000 TL (Yirmi Beş Bin Türk Lirası’nın) %5’i olan 1,250TL (Bin İki Yüz Elli Türk Lirası) idari para cezası ile cezalandırılmasına,
7. Haklarında soruşturma yürütülen ancak ihlal içerikli fiilleri işlediklerine dair yeterli delil bulunmayan diğer teşebbüslere gerek birlik çatısı altında gerekse münferit olarak rekabet ihlali içerebilecek uygulamalardan kaçınmaları ve 36/2009 sayılı Rekabet Yasasına uyumlu davranmaları yönünde yazılı uyarı yapılmasına,
8. Bahse konu idari para cezalarının işbu kararın teşebbüslere tebliğ tarihinden itibaren 30 gün içerisinde 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

OY BİRLİĞİ ile karar verilmiştir. “

şeklindedir.

 36/2009 sayılı Rekabet Yasası’nın ilgili madde içerikleri şöyledir;

|  |  |
| --- | --- |
| ”Amaç | 3. Bu Yasanın amacı, ekonomik verimliliğin ve tüketici refahının artırılması için, mal ve hizmet piyasalarında rekabeti engelleyen, bozan veya kısıtlayan anlaşmaları, teşebbüs birliği kararlarını, uyumlu eylemleri ve teşebbüslerin hakim konumlarını kötüye kullanmalarını önlemek; rekabeti bozucu etkilerini ortadan kaldırmak amacıyla, yoğunlaşmaları ve Devlet yardımlarını kontrol etmek ve etkili rekabet ortamının sağlanması ve sürdürülmesi için gerekli kuralları koyup, bu Yasayla oluşturulan Rekabet Kurulunun görev ve yetkilerini belirlemektir. |

|  |  |
| --- | --- |
| Rekabeti Kısıtlayan Anlaşmaların Teşebbüs Birliği Kararlarının ve Uyumlu Eylemlerin Yasaklanması  | 4.Rekabetin önemli ölçüde engellenmesi, kısıtlanması veya bozulmasını amaç edinen veya bu sonucu yaratacak veya yaratan ve özellikle:1)Alış veya satış fiyatlarını veya diğer ticaret koşullarını doğrudan ya da dolaylı olarak belirleyen; |
|  | 2).............................................................................. |
|  | 3).............................................................................. |
|  | 4).............................................................................. |
|  | 5).............................................................................. |
|  | 6).............................................................................. |
|  | anlaşmalar, teşebbüs birliği kararları veya uyumlu eylemler yasaktır ve hukuken geçersiz sayılır. |

 Türkiye Cumhuriyeti’nde yürürlükte olan Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4’üncü maddesi:

|  |
| --- |
| ”Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar |
| Madde 4 | Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğura-bilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.Bu haller, özellikle şunlardır: |
|  | a) | Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kâr gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi, |
|  | b) | Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü, |
|  | c) | Mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi, |
|  | d) | Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi |
|  | e) | Münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması, |
|  | f) | Anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın ya da hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi,Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder. Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir.“ |

şeklindedir.

 Bu kanunun da incelendiği, ”Rekabet Hukuku Uygulamasında Teşebbüs Birlikleri“ adlı eserde Yrd.Doç.Dr.Metin Topçuoğlu:

”Rekabeti kısıtlayıcı kararlar;

...birden ziyade kimsenin aynı amaca yönelmiş iradelerini ifade eden ”karar“ ile, bir iç ilişkiye dayanarak (teşebbüs birliği, dernek, sendika, şirket), üyeleri ilgilendiren işlerde ortak bir çözüm elde edilmesi imkanı bulunur. Böylece alınacak karar, topluluğun bütün üyelerini bağlar [106], kararın rekabet düzenine etkisi, bu kararın üyelerin ortak fiil veya muamelelerine yansımasıyla ortaya çıkacaktır. Örneğin aynı mal veya hizmet üretimi faaliyetlerini yürüten birlik üyesi teşebbüslerin, birliğe dahil olmayan teşebbüslere farklı muamelelerde bulunması yahut yeknesak bir fiyat uygulamasının başlatılması gibi. Fakat bu durum, hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmesiyle ilgili bir husus değildir. Rekabeti kısıtlayıcı teşebbüs birliği kararlarının yasaklanabilmesi için icra edilmelerini beklemeye hacet yoktur. Zira rekabeti kısıtlama amacına yönelik veya bu etkiyi doğurabilecek kararın bizatihi kendisi hukuka aykırıdır....

 ”aa)Bağlayıcı kararlar

Hakim düşünceye göre, Rekabet Hukuku açısından teşebbüs birliği kararlarının üyeler için uyulması zorunlu (bağlayıcı) kararlardan olması gerekmez. Rekabeti kısıtlayıcı nitelikteki bağlayıcı kararlar, tavsiye kararları, Kanunun 4.maddesi (ve ATA m.81/1) gereği hukuka aykırıdır [111]. Herhalde birlik üyelerinin iktisadi sorunlara yönelik düşünceleri, önerileri, tecrübeleri teşebbüs birliği kararı olarak nitelendirilemez [112]. Biz teşebbüs birliklerinin hukuken bağlayıcı nitelikteki kararları ile tavsiye kararlarını birbirinden ayırıyor ve yasaklanması gereken birlik kararlarının bağlayıcı nitelikteki kararlarla sınırlandırılması gerektiğini düşünüyoruz.

Rekabeti kısıtlama amacına yönelik teşebbüs birliği kararları RK 4. maddesine göre hukuka aykırıdır. Rekabeti sınırlayan teşebbüsler arası anlaşmalarda olduğu gibi, teşebbüs birliği kararları da birliğe üye teşebbüslerin aynı yöndeki (rekabeti kısıtlayıcı nitelikte ortak bir iş veya amaçta) çoğunluk iradelerinin, birliğe (başkana) yöneltilmesiyle oluşmaktadır [113]. Birliğe yöneltilen irade açıklamalarının, çoğunluk itibarıyla birbirine uygun olması yeterlidir. Karar olarak nitelendirilen çoğunluk iradeleri, muhalif üye veya karar sürecine katılmamış üyeleri de bağlar. Aksi halde karara uymayan kimseler birlikten çıkarılabilir. Kararın bütün üyeler için bağlayıcı olması, birliği düzenleyen ana statüden (tüzük) kaynaklanır [114]. Kararın birliğe üye olan teşebbüslerce alınması zaruri değildir. Kendisine yetki verilen bir kişi (müdür) veya yönetim organları tarafından alınan kararlar da bu kategoriye girer [115].

Rekabet Kanununa aykırı anlaşma ve kararların akıbetini düzenleyen 56.maddede, 4.maddeye aykırı olan teşebbüs birliği kararlarının batıl olduğu belirtilmiş ve söz konusu kararlardan doğan edimlerin, ifasının istenemeyeceği hükmü getirilmiştir. Fakat Kanunun 4.maddesinde (ATA m.81/1’de olduğu gibi), sadece amacı ve etkisi itibarıyla rekabeti kısıtlayıcı teşebbüs birliği kararından bahsedilmiş, kararın niteliğine yani birlik tavsiye veya tekliflerine ilişkin bir açıklığa yer verilmemiştir. Bu yüzden teşebbüs birliklerinin ”tavsiye“ niteliğindeki kararlarının, farklı bir uygulamayı gerektirip gerektirmeyeceği sorunu tartışmaya açıktır.

Biz, teşebbüs birliği ”karar“‘ından, birlik üyeleri için uyulması zorunlu, hukuken geçerli kararların anlaşılması gerektiğini düşünüyoruz. Daha önce de belirttiğimiz gibi, ancak hukuken bağlayıcı nitelikteki kararların hükümsüzlüğünden bahsedilebilir [116]. Gerçi bu halde, teşebbüsler ya da teşebbüs birliği kanununa karşı hile [117] yoluyla, alınan kararın hukuken geçerli sayılmayacağını, bütün üyeler için bağlayıcı olmadığını yahut ”tavsiye“ niteliğinde olduğunu iddia edebilir. Birliğe dahil olan bütün üyelerin ittifakla uydukları veya şu ya da bu sebepten uymaları adetten olan kararların, RK m.56 hükmünün uygulanmasını bertaraf etmek için, ”tavsiye“ kararı olarak takdim edilmesi, kanuna karşı hile sayılabilir. Şüphesiz bu durumda kaçınılan hükmün müeyyidesi ne ise, hile ile elde edilen sonuca da aynı müeyyide uygulanacaktır [118]. ”Karar“ şeklinde ortaya çıkan irade hukuken geçerli bir karar olarak kabul edilemeyecekse, topluluk iradesinin taraflar arasında bağlayıcı olup olmadığına bakılmalıdır. Üyeler için bağlayıcı olan veya üyelerin elbirliğiyle uydukları kararlar, teşebbüsler arası anlaşma aksi halde uyumlu eylem olarak kabul edilmelidir [119].

bb)Birlik tavsiyeleri

Hatırlanacağı üzere, teşebbüslerin bir araya gelerek birlik oluşturmaları; mesleki dayanışmanın tesis edilmesi, iktisadi ve ticari konularda bilgi ve tecrübe paylaşımı gibi çeşitli sebeplere dayanmaktadır. Bu hedefleri gerçekleştirmeye yönelik olarak teşebbüs birliğinin, zaman zaman üyelerini tavsiye kararlarıyla yönlendirmek istemesi, aslında yadırganacak bir durum değildir. Bir şartla ki, birlik tavsiyeleri rekabeti sınırlama amacına yönelik yahut bu etkiyi doğurabilecek nitelikte olmasın.

Teşebbüs birliğinin, genel anlamdaki kararıyla (bağlayıcı, tavsiye), somut olayda üye teşebbüslerin tutumunu nasıl etkilediğinin belirlenmesi, son derece önemli bir konudur. Ortada bütün üyeler için bağlayıcı, uyulması zorunlu bir karar varsa, yukarıdaki sonuçlara tabi olacaktır. Tersi durum söz konusu ise, yani üye teşebbüslere arz edilen ortak irade, tavsiye niteliğinde ise durum ne olacaktır? Soruyu irdelemeye geçmeden önce, ”karar“ ile ”tavsiye“ arasındaki farkın açıklığa kavuşturulması gerekir. Kısaca söylemek gerekirse, ”karar“ ile ”tavsiye“ arasındaki temel fark, bağlayıcılık veya uyulma zorunluluğu bakımındandır. Doktrin [120] ve AB uygulamasının [121] görüşü, **birlik tavsiyelerinin (bağlayıcı) kararlardan farklı olmadığı,** dolayısıyla tavsiyelerin de kararlar gibi aynı muameleye tabi tutulması gerektiği yönündedir. Bu görüşe göre, birlik tavsiyelerine uyulmaması, beraberinde muhalif üyenin birliğe karşı, psikolojik ve sosyal sadakatinin sorgulanması ihtimalini getirir. Bu yüzden tavsiye kararına uymayan teşebbüs, birlik amacı ve hedefleriyle bağdaşmayan bir tutum içine girmemek için, kendisini birlik tavsiyelerine uymak zorunda hissedecektir. Böylece alınan karar tavsiye niteliğinde olsa bile, uhdesinde, kendisine uyulması doğrultusunda üyeler için psikolojik bir baskı taşımaktadır [122]. Ayrıca bağlayıcı nitelikten yoksun, tavsiye niteliğindeki kararların da birlik kararı olarak değerlendirilmesinde şu iki husus etkin rol oynamaktadır: (1)Tavsiye kararları bağlayıcı kararlar gibi değil, tavsiye doğrultusunda hareket eden teşebbüslerle sınırlı uyumlu eylem olarak kabul edilirse, ilgili teşebbüs birliğini cezalandırabilmek mümkün olmaz. (2)Tavsiye kararları, bunları icra eden teşebbüsler arası uyumlu eylem olarak nitelendirilirse, teşebbüs birliği ”kararı“na nazaran uyumlu eylemlerin ispatındaki güçlükle karşılaşılacaktır. Bu zorluklar göz önünde tutularak, tavsiye kararlarının da bağlayıcı kararlar gibi değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır[123].

Herhalde konuyla ilgili en önemli nokta, teşebbüs birlikleri (bağlayıcı) karar ve tavsiyelerinin rekabet düzenine aykırılığının, karar ve tavsiye ayırımıyla ilgili bir olguya bağlanamayacağıdır. Karar veya tavsiyenin rekabet düzenine aykırılığı, bu iki kavramın yöneldiği rekabeti sınırlama amacı ve etkisinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla rekabeti kısıtlama amacına yönelik yahut bu etkiyi doğurabilecek nitelikteki karar ve tavsiyeler behemehal yasaklanacaklardır. Fakat hukuken birlik ”kararı“ olarak vasıflandırılan bağlayıcı, uyulması zorunlu olan kararlarla, uyulup uyulmaması keyfiyeti üyelerin arzularına bırakılmış ”tavsiye“ kararlarını, aynı sonuca tabi tutmak doğru olmayacaktır. Bu doğrultuda RK m.4’te ifade edilen rekabeti kısıtlayıcı teşebbüs birliği ”kararı“ hukuken bağlayıcı ve uyulması üyeler için zorunlu olan kararlardır. Rekabeti kısıtlamaya yönelik bağlayıcı nitelikteki teşebbüs birliği kararlarının yasaklanabilmesi için uygulamaya konmalarına gerek yoktur. RK 4.maddesi açısından, kararın alınması ile birlikte, hukuka aykırılık unsuru da kendiliğinden gerçekleşmiş olacaktır. Tavsiye veya teklif niteliğindeki (rekabeti kısıtlayıcı) birlik kararları, uygulanmadığı sürece yasaklanmamalıdır [124]. Birlik tavsiyeleri tatbik edildiği takdirde, karara uyan üye teşebbüsler arasında ”uyumlu eylem“‘in varlığını kabul etmek gerekir[125]. Somut olaya göre, uyulması zorunlu veya adetten olan, fakat üçüncü kişilere karşı ”tavsiye“ olarak takdim edilen kararların varlığında, kanuna karşı hileden bahsedebiliriz. “

şeklinde inceleme ve değerlendirmelerde bulunmuştur.

 Doç.Dr.Pelin Güven’in Rekabet Hukuku adlı eserinde genişletilmiş 2’nci baskıda, sayfa 140’da:

” Teşebbüs Birliği kararının yazılı olup olmaması önem taşımadığı gibi teşebbüs birliği kararlarının bağlayıcı olması ya da bağlayıcı olmayan tavsiye niteliğindeki kararlardan olması da önemli değildir.

 199-Teşebbüs birliği kararında önemli olan tavsiye niteliğinde bir karar olsa da birliğin karar alma yetkisine sahip organları tarafından alınan bu kararın üyeler tarafından kendilerinin bağlı hissedilerek kabul edilmesi ve uygulanmasıdır. Yani teşebbüs birliği kararları tavsiye niteliğinde olsalar dahi üyelerinin buna uymaları halinde rekabet hukukunda yaptırıma tabi olacaklardır.

 .......................................................

Sayfa 143’de:

Teşebbüs birliği kararının rekabeti ihlal amacı taşıması ya da bu etkiyi göstermesi veyahut gösterebilecek nitelikte olması önem taşımaktadır. Rekabet Kurulu’na göre ”birlikte davranış bilincinin oluşması ve piyasadaki rakiplerin nasıl davranacağına ilişkin belirsizliğin ortadan kalkmış olması“ önem taşımakta, yapılan uygulama ister rekabeti bozma amacıyla yapıldığı halde bu sonuca ulaşamamış olsun, ister rekabeti ihlal amacı taşımamakla birlikte bu etkiyi doğurmuş olsun ya da hem amacı hem etkisi bakımından rekabet ihlaline neden olmuş olsun Kanun kapsamı içerisinde değerlendirilmektedir.

........................................................

Sayfa 166 –167-168-169’da:

Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kar gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi rekabeti ihlal eden durumlardan ilki olarak karşımıza çıkmaktadır. Uygulamada karşılaşılan en sık rekabet ihlali türünden birisi mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatı konusunda teşebbüslerin anlaşarak rekabeti ihlal etme yoluna başvurmalarıdır. Amacın bu olması ya da bu amaçla yapılmasa dahi rekabetin kısıtlanması etkisinin doğması yahut doğabilecek nitelikte olması yeterlidir.

......................................................

Bu ihlal teşebbüslerarası anlaşmalar yoluyla gerçekleştirilebileceği gibi, teşebbüs birliği kararlarıyla ya da uyumlu eylemler yoluyla da gerçekleştirilebilir. Teşebbüslerarası anlaşmalar yoluyla fiyatların belirlenmesi ya da diğer bir deyişle fiyatta rekabetin ortadan kaldırılması durumlarında, fiyatlar piyasa fiyatının altında belirlenebileceği gibi piyasa fiyatının üstünde ya da piyasa şartları çerçevesinde ancak rekabeti ortadan kaldıracak şekilde de belirlenebilir.

..........................................................

...fiyatın sadece doğrudan belirlenmesi değil, fiyat kontrolü sağlayan dolaylı anlaşmalar da rekabet ihlali kapsamında yer alabilir. Burada önemli olan piyasadaki rekabetin ihlal edilmesi ya da potansiyel olarak böyle bir etkiyi doğurabilecek nitelikte olmasıdır..................

 Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kar gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi teşebbüslerarası anlaşmalar yoluyla gerçekleştirilebileceği gibi teşebbüs birliği kararları ve uyumlu eylemler yoluyla da gerçekleştirilebilir. Örneğin, aynı zamanlarda, aynı oranlarda, pazardaki normal rekabet şartları dışında bir artış yapılabilir.

....................................................... “

denilmiştir.

 Anılan eserlerde dile getirilenler incelendiğinde, tavsiye kararları ile bağlayıcı kararlar arasında bir ayrımın yapılması gerektiğini düşünenler olsa bile, çoğunluğun görüşünün veya uygulamanın bu yönde olmadığı, yani tavsiye kararlarının da bağlayıcı kararlarla aynı muameleye tabi tutulması gerektiği düşüncesinin çoğunluk tarafından benimsendiği anlaşılmaktadır.

 Bu çerçevede de rekabeti kısıtlayıcı teşebbüs birliği kararlarının yasaklanabilmesi için icra edilmelerinin beklenmediği, rekabeti kısıtlama amacına yönelikseler veya bu etkiyi doğurabileceklerse kararın hukuka aykırı sayıldığı anlaşılmaktadır.

Bizdeki yasal düzenleme incelendiğinde benzer özde bir değerlendirmenin yürürlükte olan 36/2009 sayılı Rekabet Yasası açısından da yapılabileceği anlaşılmaktadır.

Bu yaklaşımla dava konusu karar incelendiğinde, Rekabet Kurulunun konu kararı üretirken yaptığı:

”Rekabet hukuku açısından teşebbüs birliği kararlarının taraflar arasında bağlayıcı veya resmi nitelikte olup olmamasının ya da etkisinin karar alınmasını müteakip derhal ortaya çıkarıp çıkarmamasının da bir önemi yoktur. Önemli olan anlaşmanın amacının rekabeti bozucu nitelikle olup olmamasıdır. Bu yönde alınmış bir teşebbüs birliği kararının, prensip olarak birlikte davranış bilincinin oluşmasına ve piyasadaki rakiplerin nasıl davranacağına ilişkin belirsizliği ortadan kaldırmış olması nedeniyle rekabet ortamının ortadan kalkmasına neden olduğundan yasaklanmaktadır “

özlü hukuksal değerlendirmelerde veya yasa temelindeki hukuki nitelendirmelerde hata yaptığını söylemek olanaklı olamamaktadır.

Hukuki nitelendirmede hata olmadığı gerçeği ışığında, bu meselede incelenmesi gereken husus, Rekabet Kurulunun olgular veya huzurundaki veriler çerçevesinde vardığı sonuca ulaşıp ulaşamayacağı hususu olmaktadır.

Rekabet Kurulunun takdir yetkisine girdiği açık olan bu konuda, YİM 217/2014 Dağıtım 21/2017’de dile getirdiğim hususlar bu dava açısından da aynen geçerlidir ve bu mesele de tekrarını gereksiz bulduğum konu kararda dile getirdiğim prensipler çerçevesinde incelenmek durumundadır.

Bu yaklaşımla Emareler incelendiğinde, Emare 23’de, Salih Zort’un ekmek zammını erken bulduğu, un için savaşmak gerektiğinden söz ettiği, Celal Bey’in ise ilgili bakanla konuşmayı benimseyip, dile getirdiği, Kaya, Mehmet Ali, Kerem ve Dinçer Bey’lerin zamdan yana tavır koyduğu, Polat Bey’in her türlü karara uyacağını, Şeyho Bey’in de herkesin sözüne icabet edeceğini beyan ettiği gerçekleri ile karşılaşılmaktadır. Sırf bu tutanak bile, Fırıncılar Birliğinin gündeminde, ekmek fiyatının veya zammının olduğunu ve bunun tartışıldığını düşündürmeye yetmektedir. Emare olarak kayıtlı ifadeler incelendiğinde de aslında ekmek zammının tartışıldığı ve daha ileri giderek sonrasında ekmeye zam yapıldığı çıkarımı yapılabilmektedir. Davalının dikkate aldığını belirttiği Emare 7-8 ve 9 haberler ve Emare 7’ye temel oluşturduğu anlaşılan Emare 30 Fırıncılar Birliği Yönetim Kurulu (Ömer Çıralı) açıklaması da, girdilerin yükselmesi nedeniyle ekmek zammının kaçınılmaz olduğunun Fırıncılar Birliğince açıklandığını ortaya koymaktadır. Emare 23’ün karar kısmı tüm bunlar göz önüne alınarak incelendiğinde, ekmeğe zam yapılması konusunda, Fırıncılar Birliğinin bir tavsiye kararı aldığı dahi söylenebilir hale gelmektedir.

Tüm bunlar Fırıncılar Birliğinin fırıncılar arasında birlikte davranış bilincinin oluşturulması amacıyla konu tartışmaları yaptığını ve anılan içerikteki kararı aldığını düşünmeyi ve buna bağlı bir sonuca ulaşmayı mümkün kılar niteliktedir. Diğer bir deyişle, Fırıncılar Birliğinde tartışılan konu ve verilen kararın, rekabeti engelleme veya kısıtlama amacıyla yapıldığı sonucuna varmaya yeterli veri, Davalı Kurulun huzurunda bulunmaktadır.

Bütün bu sıralananlar göz önüne alındığında ise, Rekabet Kurulunun ürettiği kararda vardığı sonuca varmasını sağlayacak verilere sahip olduğu, diğer bir anlatımla hiç varılamayacak bir sonuca ulaşmış olmadığı söylenebilir hale gelmektedir. Rekabet Kurulunun huzurundakiler ışığında varılması gerekenden başka bir sonuç varken, onun yerine, farklı bir sonuca vardığı da belirtilenler ışığında dile getirilebilecek halde değildir. Dolayısıyla Rekabet Kurulunun konu kararı verirken açık hata yaptığı söylenebilir hale gelememektedir.

 Bu noktada belirtmekte yarar vardır ki, Emare 23 içeriğinde yer alan birlik kararının ”54 TL’den 70 TL çıkarılan un ve diğer girdiler artması“ şeklindeki kısmından dahi, Davacı Birlik içinde karar sürecinde tartışılanın, yalnızca un piyasası olmadığı, bunun aksine yukarıda belirtilen üye çoğunluğunun düşüncesinin tüm girdilerdeki artış nedeniyle ekmek zammının gerektiği noktasında olduğu ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle Fırıncılar Birliğinin konu tartışmayı un piyasasındaki rekabeti engelleyici hususlar açısından yaptığı ve tartışılanın, un piyasası ve bunun etkileri olduğu iddiası da değer verilebilir halde olamamaktadır.

 Belirtilen bu husus ötesinde yine dile getirmekte fayda vardır ki, kararın bütünü incelendiğinde ve içeriği bütünsel olarak ele alındığında, kararda, Davacının amacının, rekabetin engellenmesi olduğu özlü bir değerlendirme veya saptamanın Kurul tarafından yapıldığı da söylenebilir hale gelmektedir.

 Davacıya verilen para cezası boyutunda konuya bakıldığında ise, karşıma, Rekabet Yasası’nın;

|  |  |
| --- | --- |
| ”(2) | Yukarıdaki (1)’inci fıkranın (A), (B) ve (C) bentlerinde belirtilen ihlalleri gerçekleştiren teşebbüs birliği ise, sözkonusu ceza ihlale katılan her bir teşebbüse uygulanır. Teşebbüs birliğine ise sözkonusu üyelerine verilen toplam para cezasının %5’ine kadar idari para cezası verilebilir. “ |

şeklindeki 31’inci maddesinin (2)’nci fıkrası çıkmaktadır.

 Karar içeriğinden, Birliğe verilen cezanın bu madde göz önüne alınarak belirlendiği anlaşılmaktadır. Davalı Kurulca yapılan, anılan Yasa maddesinin uygulanmasıdır ve bu noktada üyelere verilen ceza tartışılıp değiştirilmedikçe Davalı Kurulun ceza noktasında hatalı karar verdiği söylenebilir hale gelememektedir. Üyelere verilen cezanın değiştirildiği veya hatalı olduğu noktasında bir iddia veya konuyla ilgili bir mahkeme kararı ise huzuruma getirilmiş değildir. Bu nedenle Kurulun Yasayı uygulayarak belirlediği cezayı tespit ederken hata yaptığı da söylenebilir hale gelememektedir.

Sonuç olarak Davacının davası ret ve iptal edilir. Dava masrafları, Davacı tarafından Davalıya ödenecektir.

 Tanju Öncül

 Yargıç

14 Kasım 2018