

Türk Rekabet Hukukunda İdari Para Cezalarında Esas Alınacak Ciro Yılıının Belirlenmesi Sorunu ve Danıştay Uygulaması

The Issue of Determining the Year of Income as the Legal Base For The Administrative Fine in the Turkish Competition Law and the Practice of State Council

Bahadır APAYDIN*

Öz

Devlet, ulusal ve uluslararası mevzuatın kendisine yüklediği yükümlülükleri yerine getirmek adına ticari yaşamda rekabeti kısıtlayıcı davranışları önlemek veya piyasa hâkimiyetinin kötüye kullanılmasını engellemek için çeşitli tedbirler alır. Bu kapsamda belirtilen yükümlülükleri yerine getirmek ve piyasayı kontrol etmek üzere düzenleyici ve denetleyici nitelikte görev ve yetkiler ile donatılmış, yaptırım gücü olan kararlar ihdas edebilen, idari ve mali özerkliğe sahip Rekabet Kurumu kurulmuştur. Kurum'un uygulayacağı yaptırımların başında idari para cezaları gelmektedir. İlgili kanunda ihlalin niteliğine göre değişen oranlarda idari para cezaları belirlenmiştir. Bu oranlar nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan yıllık gayri safi gelirler esas alınarak uygulanacak ve böylece idari para cezası miktarları tespit edilecektir. Ancak mevzuatta yer alan “*nihai karar*” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği hususunda yaşanan tereddütler, gerek idari para cezalarının tespitinde gerek cezaların yargı denetimi sonrası iptali halinde yeniden belirlenmesi durumunda adil olmayan neticelere yol açmaktadır. Özellikle iptal davası sonucunda yargı kararının uygulanması niteliğinde yeniden bir karar alınırken, azami ceza oranına esas alınacak ciro yılının tespiti bakımından hukukun bazı temel ilkeleri ile çelişen uygulamalar mevcuttur. Hak arama hürriyetini kullanmanın, kişiler bakımından kanunun öngörmediği bir külfeti ortaya çıkarması ve idarenin hukuka aykırı davranışından dolayı kişilerin daha ağır para cezalarına katlanmak zorunda kalması hukukun temel ilkeleri ve uluslararası mevzuat bakımından eleştiriye açıktır.

Anahtar Kelimeler: Rekabet Kurumu, İdari Para Cezaları, İdari Para Cezaların Tespiti Usulü

Abstract

The state takes precautions to ensure legislation of national and international binding rules related to prevent competition-restrictive actions or abuse of dominant position. In this context, The Competition Authority has been established with administrative and financial autonomy equipped with regulatory and supervisory duties and powers, and also capable of taking decisions with the power of enforcement, in order to fulfill the obligations specified and to control the market. The administrative fine is the one

* Öğr. Üyesi Dr. Bahadır Apaydın, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, bahadirapaydin@maltepe.edu.tr, (ORCID : 0000-0002-1147-5824).

of the main sanction that the authority will exercise. Related code sets administrative fines at varying rates depending on the type of the violation. These rates shall be applied on the basis of the annual gross incomes at the end of the fiscal year closest to the date of final decision or if the final decision is not possible, it will be calculated for the end of the previous fiscal year and thus the amount of administrative fines shall be determined. However, hesitations as to what should be understood from the term of “final decision” in the code leads to unfair consequences, either in the determination of non-fines and in the event of cancellation of sanctions after the judicial review. In particular, when a decision is taken to implement the judicial decision as a result of the annulment proceedings, there are practices that contradict some basic principles of the law in terms of determining the turnover year to be based on the maximum penalty rate. The fact that the use of the right to freedom of rights reveals a burden that is not envisaged by the law for persons and the fact that the administration has to bear more severe fines due to the unlawful conduct of the administration are open to criticism in terms of the basic principles of law and international legislation.

Keywords: The Competition Authority, administrative fines, the procedure of determining administrative fine.

GİRİŞ

Rekabet (competition) kavramının karşılığı geniş anlamda; “iş ve sanatta, ilim ve hünerde üstün olmaya çalışmak ve başkalarına rağmen kazanmak gayreti”, “Aynı amacı güden kimseler arasındaki çekişme, yarışma, yarış”, “Herhangi bir etkinlik alanında ayrı ayrı kişi ya da gruplar arasında sürdürülen üstün olma mücadelesi” olarak tanımlanmaktadır. Rekabetin dar anlamdaki karşılığı ise esasen iktisadi alandaki faaliyetlerde mündemiçtir. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da (RKHK) yer verilen tanım bağlamında “Mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış(ı)” olarak tarif edilmektedir¹. Bu tanımları dikkate alırsak öne çıkan ortak unsurlar; birden fazla kişinin varlığı ve aynı amaca ulaşmada çekişme ya da yarışma içinde olunmasıdır. Elbette rekabet kavramı, dar anlamda iktisadi yaşama ilişkin bir kavram olsa da sosyal ve politik yaşamı da kapsayan son derece geniş bir kavramdır. Çalışmada rekabet kavramını ilgili mevzuat gereği iktisadi yaşama dair bir terim olarak ele alacağız.

Hukukumuzda rekabet kavramının tanımına açıkça RKHK’un 3. maddesinde yer verilmiştir. Anayasa’da ise doğrudan doğruya bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Diğer yandan Anayasa’nın çalışma ve sözleşme hürriyetine ilişkin 48. maddesi, planlamaya ilişkin 166. maddesi, piyasaların denetimine dair 167. maddesi ve tüketicilerin korunmasına ilişkin 172. maddesi hükümlerinin piyasalarda belirli bir rekabet düzeninin olması ve korunması gerekliliğini ortaya koyduğu söylenebilir. Doktrinde Anayasa’nın 48. maddesinde korunan özel teşebbüs kurma ve yaşatma özgürlüğünün sonucu olarak, ekonomik ve sosyal haklar bağlamında rekabet etme hakkının güvence altına alındığı kabul edilmektedir². Anayasanın özellikle tekelleşme ve kartelleşme

1 İlgili kavrama dair tanımlar için bkz: *Büyük Türk Sözlüğü*, s.1012; Türkçe Sözlük, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5b4dee848b0c78.907934 (Erişim: 17.12.2018); Rekabet Terimleri Sözlüğü, (<https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Yayinlar/rekabet-terimleri-sozlugu>), (Erişim: 17.01.2019)

2 Yılmaz Aslan, *Rekabet Hukuku*, Genişletilmiş 2. Basım, Bursa, 2001, s.9.

yasağına ilişkin 167. maddesini dikkate aldığımızda bu düşünceye katılmak mümkündür. Zira rekabetin korunması, doğal bir sonucu olarak serbest piyasa ekonomisi şartlarında tekelleşme ve kartelleşme yasağını gerektirmektedir. Anayasa Mahkemesi de 167. maddede yer alan bu hususu dikkate alarak, piyasa ekonomisinin etkinliğinin tam rekabet koşullarının varlığına bağlı olduğu, tekelleşme veya kartelleşmeye imkan veren ortamlarda piyasa ekonomisinin etkinliğini yitireceğini belirtmek suretiyle rekabetin, rekabet hakkının ve rekabetin korunmasının önemine vurgu yapmıştır³. Bu bakımdan rekabet hukuku, hem firmalar arasında yapılan rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaları hem de piyasa hâkimiyetinin kötüye kullanılmasına karşı Devlet tarafından getirilen kurallar manzumesini ifade eder⁴.

Devlet, yukarıda belirtilen yükümlülüklerini yerine getirmek için piyasayı kontrol etmek üzere düzenleyici ve denetleyici nitelikte bir takım görev ve yetkiler ile donatılmış özerk kurumlar oluşturmuştur. Türk İdare Hukuku doktrininde “Bağımsız İdari Otorite (BİO)”, “Özerk Kurumlar”, “Bağımsız Üst Kurullar”, “Bağımsız İdari Kurumlar” gibi terimler ile ifade edilen bu kuruluşların ilgili alanlarda hem idari hem de yargısal benzeri nitelikte tasarruflarda bulunma yetkileri vardır⁵. Kökeni itibarıyla bakıldığında ABD’de uzun yıllardır (1887, *Interstate Commerce Comission*) faaliyette olan bu kurumlar, Kıta Avrupası hukuk sistemine nispeten daha yakın tarihlerde girmiştir. Bu bakımdan Türkiye’de 1980’li yıllarda sisteme dahil olan ilgili kurumlar, Avrupadaki uygulamaları takip etmiştir⁶. Zaman içinde zaruretler mucibince bazılarının mülga ve yerine yenilerinin ihdas edildiği dikkate alındığında, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu’nda “düzenleyici ve denetleyici kurumlar” ifadesine yer vermek suretiyle idari teşkilatta yer alan kuruluşlar değişkenlik göstermektedir⁷.

- 3 09.12.1994 Tarihli Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1999/43, K. 1994/42-2, AMKD, Sayı 31, c.1, s. 298.
- 4 Hasan Sabır, “Piyasa Ekonomilerinde Rekabet Hukukunun İktisadi Temelleri”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl:2, c. 1, Sayı: 2002/2, s.88.
- 5 Türk idare hukukunun teorik ve pratik temelleri Fransız idare hukukuna dayandığından olsa gerek, “autorité’s administratives independantes” kavramının Türkçe karşılığı olarak bağımsız idari otoriteler deyimi tercih edilmiştir. Turan Yıldırım, “Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi”, 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, Danıştay Yay., Ankara, 2000, s. 202.; Ali İhsan Karacan, *Özerk Kurumlar Üzerine Denemeler*, Creative Yay., İstanbul, 2002, s.25.; Ali Ulusoy, *Bağımsız İdari Otoriteler*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s.1-2.; Yıldırım/Yasin/Kaman/Özdemir/Üstün/Okay Tekinsoy, *İdare Hukuku*, Onikilevha Yay., İstanbul, 2016, s. 178-179.; Alphan Dinçkol, *İktisadi Kamu Hizmetlerinde Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*, Der Yay., İstanbul, 2017, s.64.; Metin Günday, *İdare Hukuku*, İmaj Yay., Ankara, 2011, s. 568-571., Akyılmaz/Sezginer/Kaya, *Türk İdare Hukuku*, Seçkin Yay., Ankara, 2015, s. 362-363.
- 6 Cenk Şahin, *Amerikan Federal İdare Hukukunda “Regülasyon” ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları*, XII Levha Yay., İstanbul, 2010, s. 185.
- 7 5018 Sayılı Kanun (III) SAYILI CETVEL (Değişik: 22/12/2005-5436/12 md.) DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KURUMLAR:
 1) Radyo ve Televizyon Üst Kurulu
 2) (Değişik: 25/6/2009-5917/47 md.) Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu
 3) Sermaye Piyasası Kurulu
 4) Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu
 5) Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu
 6) Kamu İhale Kurumu
 7) Rekabet Kurumu
 8) (Mülga: 20/11/2017-KHK-696/135 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7079/123 md.)
 9) (Ek: 26/9/2011-KHK-660/32 md.) Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu

Piyasaları düzenlemek ve denetlemek adına ihdas edilen kurumlardan biri de 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ile kurulan Rekabet Kurumu'dur⁸. Devlet tüzel kişiliğinden ayrı bir kamu tüzel kişiliği olan Rekabet Kurumu'nun, RKHK md. 20 çerçevesinde idari ve mali özerkliğe sahip olmasının yanında karar alma süreçleri, yaptırım uygulama fonksiyonu ve soruşturma usulleri dikkate alındığında yarı yargısal nitelikte kararlar alabildiği söylenebilir⁹. Bununla beraber yaptırım içeren bu kararların Anayasa'nın 125. maddesi hükümleri gereği hukuksal denetime tabi olduğunu belirtmek gerekir. Başka bir deyişle Kurum'un vermiş olduğu kararlar kesin hüküm oluşturmayıp, idari yargı denetimine tabidir¹⁰. Nitekim RKHK md. 55, Kurul'un idari yaptırım kararlarına karşı yetkili idare mahkemesinde dava açılacağını ve yargısal denetimin idari yargıya tabi olduğunu açıkça belirtmiştir. İlgili hükme göre Kurul'un kararlarına karşı açılacak her türlü dava öncelikli işlerden kabul edilmiştir.

Rekabet Kurumu'nun uygulayacağı yaptırımların başında idari para cezaları gelmektedir (RKHK md. 16-17). RKHK'da para cezalarının miktarlarının belirlenmesinde ihlalin niteliğine göre oranlar belirlenmiş ve bu oranların ciroya dayalı saptanacağı belirtilmiştir. İlgili yasanın 16. maddesinin 3. fıkrasında idari para cezalarının uygulama usulüne dair hükümlere göre; **"Bu Kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir"**. Aynı kanunun 17. maddesinde de kısmi para cezası uygulamasına dair benzer ifadeler yer verilmiştir. Her iki maddedeki düzenlemelerden yola çıkarak Türk rekabet hukukunda ciro esasına dayalı idari para cezasının kabul edildiği söylenebilir. Bununla beraber kanun ve ilgili yönetmelik hükümlerinde yer alan **"nihai karardan bir önceki mali yıl, bunun hesaplanamaması halinde ise karar tarihine en yakın mali yıl"** ifadesi ciro yılının tespitinde tereddütlere ve uygulama güçlüklerine yol açmaktadır. **"Nihai karar"** ifadesinden ne anlaşılması gerektiği hususunda yaşanan tereddütler, gerek idari para cezalarının tespitinde gerek cezaların yargı denetimi sonrası yeniden belirlenmesi ihtimalinde, adil olmayan neticelere mahal vermektedir. Bu bağlamda ciro esasına dayalı yöntemle dair genel eleştiriler bir yana, Türk rekabet hukuku uygulaması ve mevzuatına özgü bir takım eleştiriler mevcuttur.

10) (Ek: 24/3/2016-6698/30 md.) Kişisel Verileri Koruma Kurumu

11) (Ek: 2/7/2018-KHK-702/11 md.) Nükleer Düzenleme Kurumu

8 Rekabet Kurumu

Madde 20: *Mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde teşekkülünün ve gelişmesinin temini ile bu Kanunun uygulanmasını gözetmek ve Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirmek üzere kamu tüzelkişiliğini haiz idari ve mali özerkliğe sahip Rekabet Kurumu teşkil edilmiştir. Kurumun ilişkili olduğu Bakanlık, Gümrük ve Ticaret Bakanlığıdır.(2) Kurum görevini yaparken bağımsızdır. Hiçbir organ, makam, merci ve kişi Kurumun nihai kararını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremez. Kurumun merkezi Ankaradır.*

9 Düzenleyici ve denetleyici kurumların statüsü ve kararların hukuksal niteliğine dair ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Ulusoy, *Bağımsız İdari Otoriteler ve "Bağımsız İdari Kurumlar"*, Danıştay Dergisi, cilt 100, sayı 29, 1999, s. 3-17.; Zehreddin Aslan/Kahraman Berk, *Rekabet Kurumunun Oluşumu, Görev ve Yetkileri ile Yargısal Denetimi*, Alfa Yay., İstanbul, 2000.; Kemal Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Yay., Bursa, 2017, s. 245-250.

10 Alphan Dinçkol, a.g.e., s.81.; Kemal Gözler, a.g.e., s. 246.

İdari para cezalarına dair RKHK'da vaki oranlar ve Kurul kararları dikkate alındığında, verilen cezaların kimi zaman işletmelerin mali dengesini sarsacak miktarlarda olabildiği görülmektedir. Bu noktada özellikle yargılama sürecinden sonra Kurum tarafından hakkında yeniden karar verilecek dosyalarda, hangi ciro yılının esas alınacağı önemli bir husustur. Zira iptal edilen ilk karara konu eylemin gerçekleştiği yıl ile yargı süreci neticesinde aynı eyleme ilişkin yeniden karar verilen yıl arasında çok uzun süreler geçmiş olabilir. Dolayısıyla hesaplamada hangi ciro yılının esas alınması gerektiği hususu hem idarenin hem de eylem sahibinin menfaatini yakından ilgilendirmektedir. Uygulamadaki örneklerle bakıldığında gerek idare gerek kişiler bakımından hakkaniyete uymayan ve tereddütlere yol açan durumların yaşandığı söylenebilir. Biz bu çalışmada Kanun, ilgili uygulama yönetmeliğindeki hükümler, Danıştay kararları, doktrin ve AB hukuku kurallarını dikkate almak suretiyle meseleye katkı sunmaya çalışacağız.

I. REKABET KURUMU'NUN YETKİLERİ

Düzenleyici ve denetleyici kurumlar genel olarak; *düzenleyici işlem yapma, yargısal benzeri karar alma, lisanslama, gözetim ve denetim yapma, yaptırım uygulama, yargı merciini harekete geçirme* gibi yetkilere havidir. Elbette ekonomik faaliyetlerin duyarlı olduğu alanlarda araştırma-geliştirme, kamuoyunu bilgilendirme ve öneri getirme gibi görevler kapsamında kullanılan yetkiler de vardır¹¹. Bu yetkilerin kapsamı ve kullanılış biçimi yasa koyucunun iradesi ve faaliyet alanına göre değişkenlik göstermektedir. Yetkilerin bir kısmının izin, onay, lisans, yetkilendirme nevinden olmakla birel işlemler şeklinde, bir kısmının da yönetmelik, tebliğ, genelge gibi düzenleyici işlemler niteliğinde tezahür etmektedir.

4054 sayılı Kanuna baktığımızda rekabetin korunması amacını tesis etmek adına Rekabet Kurumu'na; düzenleme ve denetleme yapmak (md. 1, 2), muafiyet tanıma (md.5), menfi tespit kararı verme (md. 8), ihlale son verme (md. 9), birleşme ve devralmalara onay (md. 10,11), bilgi isteme (md. 14), yerinde inceleme, yazılı veya sözlü açıklama isteme (md.15), idari para cezası verme (md. 16,17) gibi yetkiler tanıdığı anlaşılmaktadır. İlgili yasa hükümlerinden özetle söylersek, Rekabet Kurumu öncelikle rekabeti ihlal edici hareketleri tespit eder, ardından ihlalin niteliğine göre cezaları yani yaptırımları belirler. Şu halde iki ana aşamadan söz edebiliriz ihlalin tespiti ve yaptırımın belirlenmesi. Konumuz bilhassa ikinci aşama bakımından 4054 Sayılı Kanun ile Rekabet Kurumu'na tanınmış idari yaptırım uygulama yetkisi bağlamında idari para cezası verme yetkisini ele almaktadır.

A.YAPTIRIM UYGULAMA YETKİSİ ve DENETİMİ

Düzenleyici ve denetleyici kurumların faaliyet alanları üzerindeki yetkilerini etkin, verimli ve amaçlarına uygun bir şekilde kullanabilmesini sağlayan gücün "*yaptırım uygulama yetkisi*"

11 Karacan, a.g.e., s.25-26.; Erdoğan Gökhan, "*Bağımsız İdari Otoriteler*", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 24, Ocak 2016, s.578.; Şahin, a.g.e., s. 41-65.; Günay, a.g.e., s.570-571.; Mehmet Karakaş, "*Devletin Düzenleyici Rolü ve Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler*", Maliye Dergisi, Sayı: 154, Ocak-Haziran 2008, s.100.

olduğunu söylemek mümkündür. Zira rekabet hukuku alanındaki uluslararası anlaşmalar, kanun, yönetmelik, tebliğ, genelge vb. düzenlemelerin ve genel olarak regülasyon politikalarının hayata geçmesi ancak yaptırımlar ile gerçekleşebilir. İdare bu yolla piyasanın güvenliğini, rekabet ortamını, hizmet standartlarını ve esasen kamu yararını korumuş olmaktadır. İdarenin ekonomik alandaki düzenleyici ve denetleyici rolünün büyümesine paralel olarak hukuk politikasındaki liberal yaklaşımların da etkisi ile idari yaptırımların uygulama alanının giderek genişlediği söylenebilir. Bu bakımdan bir yargı kararına ihtiyaç duymadan verilebilen idari yaptırımların, karar alma süreçleri ve usulleri mutlak surette yasal düzenlemeleri gerektirmektedir¹².

1. Rekabet Hukukunda İdari Para Cezası Yaptırımı

Rekabet Kurumu'nun yukarıda zikredilen kanun maddeleri çerçevesinde kullanabileceği en önemli yaptırımlardan biri kuşkusuz idari para cezası verme yetkisidir (RKHK md. 16, 17). Kurumun bu yetkiye dayanarak verdiği idari para cezasına ilişkin kararlar ise idare hukuku kriterlerine göre idari işlem niteliğinde olmakla idari yargı denetimine tabidir. Nitekim bu husus ilgili kanununda açıkça düzenlenmiş ve idari para cezası kararlarına karşı yetkili idare mahkemesinde dava açılabilirliği belirtilmiştir (RKHK md. 55). Aynı maddede Kurul kararlarına karşı açılan her türlü dava öncelikli işlerden sayılmış ve yargı yoluna başvurulmasının kararların uygulanmasını ve idari para cezalarının takip ve tahsilini durdurmayacağı hususları da düzenlenmiştir. İdari yargı hakimi yapacağı hukukilik denetimi neticesinde, kurum tarafından verilen para cezasına dair kararda bir aykırılık tespit ederse ilgili işlemi iptal edecektir. Bu halde Kurum, kararın gerekçelerini de dikkate alarak gerekiyorsa yeni bir cezai işlem ihdas edebilecektir.

RKHK md. 27'ye göre idari para cezası vermeye yetkili makam Rekabet Kurulu'dur. Bu husus ilgili maddenin (a) bendinde, "*bu Kanunda düzenlenen hükümlerin ihlal edildiğinin tespit edilmesi üzerine, bu ihlallere son verilmesi için gerekli tedbirleri alıp bundan sorumlu olanlara idari para cezaları uygulamak*" şeklinde hükme bağlanmıştır. İdari para cezasını vermeye yetkili kılınan Rekabet Kurulu, usule ve esasa ilişkin ihlaller olmak üzere iki kategoride idari para cezası vermeye yetkilidir. Buna göre usule dair sebeplerden idari para cezasını gerektiren haller (RKHK md. 16); a) *Muafiyet ve menfi tespit başvuruları ile birleşme ve devralmalar için izin başvurularında yanlış ya da yanıltıcı bilgi veya belge verilmesi*, b) *İzne tabi birleşme ve devralmaların Kurul izni olmaksızın gerçekleştirilmesi*, c) *Bilgi isteme veya yerinde inceleme hallerinde eksik, yanlış ya da yanıltıcı bilgi veya belge verilmesi ya da bilgi veya belgenin belirlenen süre içinde ya da hiç verilmemesi*, d) *Yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması* şeklinde tarif edilmiştir. Usule ilişkin sebeplerden nispi para cezasını gerektiren haller ise yine aynı başlıklarda md. 17'de sayılmıştır¹³. Esasa dair sebeplerden idari para cezasını gerektiren haller (RKHK md. 4,6,7); a)

12 Mustafa Karabulut, *İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s.1.

13 *Nispi İdari Para Cezası*

Madde 17 – (Değişik: 23/1/2008-5728/473 md.)

Kurul, teşebbüs ve teşebbüs birliklerine, 16 ncı maddenin birinci fıkrasında belirtilen cezalar saklı kalmak kaydıyla,

a) Nihai karar veya geçici tedbir kararı ile getirilen yükümlülüklere ya da verilen taahhütlere uyulmaması,

b) Yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması,

Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar, b) Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, c) Rekabeti İhlal Edici Birleşme veya Devralma şeklinde tarif edilmiştir.

İdari para cezalarının kanunilik ilkesi gereği yasada açıkça düzenlenmiş olması gerekir. Anayasa Mahkemesi bu hususu verdiği bir kararda açıkça zikretmiştir¹⁴. Zira belli bir para cezasını konu alan ve ceza işleminin dayanağını oluşturan karar idari işlem niteliği taşımaktadır¹⁵. Anayasa Mahkemesi idari para cezalarının hukuki niteliğine ilişkin bir kararında şu tespitlere yer vermiştir:

*“İdari para cezaları, idarî makamların kararlarıyla oluşmaktadır. İtiraz halinde yargının vereceği karar, onun bu niteliğini değiştirmemektedir. Sonuçları belli ölçüde genel para cezalarına benzese de tümüyle idarî işleme dayanan bir yaptırımdır. Yargı organlarının müdahalesi olmadan doğrudan idarece kararlaştırılmakta ve uygulanmaktadır. İdarî para cezaları ile kamu düzenine aykırı davranışların önlenmesi, toplumda disiplinin sağlanması amaçlanmaktadır.”*¹⁶

Anayasa Mahkemesi, idari para cezalarının idarenin bir kararı neticesinde ortaya çıktığını ve kaynağında bir idari işlemin bulunduğunu belirterek mahkemelerin verdiği genel para cezalarından farklı olduğu hususunu vurgulamıştır. Karara göre idari para cezalarına karşı yargı yolunun açık tutulması veya yargı denetiminin bulunması bu cezaların niteliği itibarıyla idari işlem olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Kaldı ki idari yargı ya da bütünüyle yargı denetimi dışında tutulan bazı işlemler hariç, idarenin her türlü eylem ve işlemine yargı yolunun açık olması kuralı genel bir ilke olarak idari para cezaları bakımından ayırıcı bir özellik yaratmamaktadır.

İdari işlemin temel özelliklerinden biri muhatabın katılımı ya da kabulü olmadan idarenin tek yanlı iradesi ile işlemin oluşturulmasıdır. İdare muhatabın talebi ile harekete geçmiş bile olsa sonuç doğuran irade yine idareye aittir. *“Tek yanlılık”* olarak ifade edilen bu özellik, işleme katılan organ ya da makamların niceliğini belirtmek için değil, kurucu iradenin tek tarafa yani idareye ait olduğunu belirtmek için kullanılmaktadır¹⁷. İdari işlemin diğer bir özelliği idari işlemin *“icrailiği”*dir. Buna göre idare kişiler üzerinde doğrudan doğruya hukuki sonuçlar doğurabilen işlemler oluşturabilir. Bu yetkinin kaynağında idarenin kamu gücüne sahip olmasını sağlayan

c) Kanununun 14 ve 15 inci maddelerinin uygulanmasında, istenen bilgi veya belgenin belirlenen süre içinde verilmemesi, durumunda her gün için, ilgili teşebbüsler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerinin karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan, bunun hesaplanması mümkün olmazsa karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin onbinde beşi oranında idarî para cezası verir.

Birinci fıkranın (a) ve (c) bentlerine göre idarî para cezaları, bu bentlerde belirtilen kararlardaki yükümlülüklerle uyulması için belirlenen sürenin dolmasından itibaren verilebilir. (a) bendindeki fiile ilişkin idarî para cezası, yükümlülük getirilen kararda herhangi bir süre belirlenmemiş ise, bu kararın tebliğini takip eden günden itibaren verilebilir. (b) bendindeki fiillere ilişkin idarî para cezası ise, fiilin gerçekleştiği günü takip eden günden itibaren verilebilir.

14 *“İdari para cezaları, toplumsal düzene aykırılık oluşturan eylemler nedeni ile yasanın açıkça izin verdiği durumlarda idarenin yargı organına başvurmadan kendisinin bizzat uyguladığı ve bir miktar paranın alınması biçiminde gerçekleşen malî nitelikli yaptırımlardır. İdarî para cezasının yasada belirtilmesi ve bunu uygulama yetkisinin idareye bırakıldığının açıkça yasada öngörülmesi gerekir.”*. AYM Kararı, 23.05.2002, E:2001/232, K:2001/89, RG:19.01.2003.

15 Karabulut, a.g.e., s. 22-23.

16 AYM Kararı, 23.10.1997, E:1997/19, K:1997/66, RG:16.01.1999.

17 Yıldırım/Yasin/Kaman/Özdemir/Üstün/Okay Tekinsoy, İdare Hukuku, s. 394-395.

kamu yararını sağlama amacı yatmaktadır¹⁸. İdari işlemin bir diğer özelliği ise ayrıca başka bir makamın ya da yargı organının onayına ihtiyaç duymadan idarenin uygulama imkânına sahip olmasıdır. “*Re’sen icra edilebilme*” olarak adlandırılan bu özellik sayesinde idarece tesis edilen işlem, uygulama aşamasında da yine idare tarafından tek başına yürütülebilmektedir¹⁹. Bu bakımdan kamu gücünün kullanılmasının bir yansıması olarak idari para cezaları; bir başka işlemin varlığına ya da makamın onayına gerek olmadan üçüncü kişiler üzerinde doğrudan doğruya hukuki sonuçlar doğurabilmekte, etkisini gösterebilmekte ve başka bir icra makamının aracılığına ihtiyaç duymaksızın doğrudan idarece yürütülebilmektedir²⁰.

Anayasa Mahkemesinin kararında vurgulandığı üzere idari para cezaları kamu düzenine aykırı davranışların önlenmesi ve toplumda disiplinin sağlanması amacıyla taşımaktadır. İdari para cezaları rekabet hukuku alanında her ne kadar özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanıyorsa da gerek amaç gerek cezaların ve dayanağı olan idari işlemlerin ortaya çıkış usulü bakımından idare hukuku ilke ve kurallarına tabidir. Bu bakımdan para cezalarının verilmiş usulleri, yürütülmeleri ve sonuçları son derece açık, öngörülebilir ve adil olmalıdır.

2. İdari Para Cezası Yaptırımına İlişkin Kararların Denetimi

İdari para cezalarının kişiler ve mamelekleri üzerinde son derece önemli sonuçlar doğurması etkili bir yargısal denetim mekanizmasını da zorunlu kılmaktadır. Dayanağında idari bir işlemin olması hasebiyle idari para cezalarının oluşumu ve uygulanması süreci idari işlemin özelliklerini taşır. Bu itibarla Rekabet Kurumu’nun para cezalarına ilişkin verdiği kararlar, hukuka uygunluk karinesinden istifade eder ve yargı makamlarınca iptal edilmedikçe uygulama imkanı bulur. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümlerine göre para cezaları dahil kurum tarafından verilen tüm idari yaptırım kararlarına karşı yetkili idare mahkemesinde dava açılabileceği belirtilmiştir (RKHK md. 55). Yargı yoluna başvurulması için tüketilmesi gereken zorunlu bir idari başvuru yolu ise öngörülmüş değildir. Dolayısıyla doğrudan doğruya idari yargı yoluna başvurulmasını engelleyen her hangi bir hüküm bulunmamaktadır. Aynı maddede Kurul kararlarına karşı yargı yoluna başvurulmasının, kararların uygulanmasını ve idari para cezalarının takip ve tahsilini durdurmayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu bakımdan idari para cezalarına ilişkin yaptırımların da idari işlemler gibi İYUK md. 27/(1) fıkra hükmü gereğince dava açılmasının, dava edilen işlemin yürütülmesini durduramayacağı genel kuralına tabi olduğu söylenebilir.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere idari yargı denetiminin varlığı, idari para cezalarının tesisi bakımından bir ön şart değildir. Ancak hak arama hürriyeti bakımından yasal bir yol olarak düzenlenmiştir. İdari işlemlerin yargısal denetime açık olması dikkate alındığında para cezasına ilişkin yaptırımlara karşı kişiler, başta Anayasa’nın hukuk devleti ilkesi olmak üzere

18 Yıldırım/Yasin/Kaman/Özdemir/Üstün/Okay Tekinsoy, a.g.e., s. 394-395. Kemal Gözler, a.g.e., s.279-280.

19 Kemal Gözler, a.g.e., s.281-282.

20 İdari işlemlerin özellikleri hakkında daha geniş bilgi için bkz. Celal Erkut, *İdari İşlemin Kimliği*, Danıştay Yay. No 51, Danıştay Mtb., 2015, s.141-158.

çeşitli hükümleri, AİHS'nin adil yargılanma hakkına dair 6. maddesi ve idari yargı içtihatları olmak üzere çeşitli güvenceler ile korumaya alınmıştır²¹. Özellikle Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında “Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.” denilerek yargı organlarına davacı ve davalı olarak başvurabilme hakkı ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Hak arama özgürlüğü kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereği gibi yararlanılmayı sağlayan en etkili güvencelerden birisidir. İdari para cezalarının kişilerin mameleki üzerindeki doğrudan etkilerini dikkate alırsak, bu bakımdan idari yargı denetiminin önemi Anayasa Mahkemesi'nin bir çok kararında dile getirilmiştir²²:

Rekabet Kurumu kararlarının yargısal denetiminin dar anlamda idari yargı yolu ile sınırlı olduğu söylenebilir. Diğer yandan geniş anlamda Rekabet hukuku alanında yargısal denetim yollarına dahil edebileceğimiz iç hukuk yollarından biri de temel haklarla ilgili 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle getirilen Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yoludur. Bireysel başvurunun uygulamaya geçirilmesiyle, kamu gücünü kullanan kişi ve kurumların sebep olduğu hak ihlallerine karşı 23 Eylül 2012 tarihinden itibaren anayasal yargı denetimi başlatılmıştır. Bu çerçevede, 23 Eylül 2012 tarihi itibarıyla herkes, Anayasa'mızda güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilmektedir. Buna göre Rekabet Kurumunun verdiği para cezalarına ilişkin, başta adil yargılanma hakkı bağlamında olmak üzere, işletmeler hak ihlali iddiasıyla Anayasa Mahkemesi nezdinde girişimde bulabilecektir. Bu minvalde bireysel başvuru yolunun açılması ile idari para cezalarına dair izlenen usul ve yöntemlerde, AİHM içtihatları ışığında bir takım değişiklikler yaşanması olasılığı güçlenmiştir. Zira şu an idari yargı uygulaması ile aşağıda değinileceği üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulaması bazı açılardan çelişkileri içermektedir.

Rekabet hukuku alanında iç hukuk dışında başvurulabilecek bir yargısal yol olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi mekanizması gösterilebilir. Nitekim Türkiye, AİHM'ne bireysel başvuru hakkını 1987'de, zorunlu yargılama yetkisini ise 1990 yılında kabul etmiştir. 2004 yılında yapılan anayasa değişikliğiyle de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi başta olmak üzere,

21 Tekin Akılhoğlu, “İnsan Hakları ve Yönetmelik Yargısı”, II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri, 10-14 Mayıs, Danıştay Yay., Ankara, 1993, s.225.

22 “...Anayasa'nın 2. maddesinde anlamını bulan hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez ölçülerinden biri, idarenin yargısal denetimidir. İdarenin yargısal özellikleri, idari uğraşın sınırları çizilemeyen görev alanı ve farklılıklar içeren denetimi de, tarihsel gelişim içinde özel yargı yerlerini gerektirmiştir. Yönetimin konumu, yargısal denetimini yapacak yargıç ve yargı yerlerinin adli yargı alanı dışında oluşturulması gerçeğini doğurmuştur. Bu kaçınılmaz gerçeği yansıtan Anayasamız da, 125. maddesiyle idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunu açık tutarken, maddenin izleyen fıkralarında yargıya kapalı işlemlere, dava açma süresinin başlangıcına, yargılama sınırlarına, yürütmenin durdurulması ilkelerine ve tam yargı davalarına değinmektedir. Belirtilen ve değinilen, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda yinelenen ve somutlaşan konuların üst kuralıdır. Böylece bütünleşen Anayasal kural, idarenin her türlü eylem ve işleminin idari yargılama yöntemi ışığında denetleneceğinden ve bu denetiminin anılan usul yasasını uygulayan idari yargı yerlerince yapılacağını duraksamaya yer bırakmadan göstermiş olmaktadır...”, AYM Kararı, 15.05.1997, E:1997/51, K:1996/72, RG:01.02.2001.

Türkiye'nin taraf olduğu temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelere, normlar hiyerarşisinde kanunların üzerinde bir yer verilmiştir. Rekabet Kurumu'nun aldığı kararlar ve bu kararlara ilişkin olarak alınan yargı kararları henüz AİHM tarafından esastan incelenmemiştir. Bununla beraber Avrupa Konseyi'ne üye bazı ülkelerin rekabet otoritelerinin kararları AİHM önüne taşınmıştır. AİHM, önüne gelen rekabete ilişkin uyuşmazlıkları Sözleşmenin 6. maddesi uyarınca adil yargılanma hakkının ihlali olup olmadığı çerçevesinde ele almıştır²³. Bu minvalde AİHM, ulusal rekabet otoritelerinin verdiği para cezalarını Sözleşmenin adil yargılamaya ilişkin 6. maddesi uyarınca değerlendirilmesinin yolunu açmıştır²⁴.

Kurul kararlarına karşı RKHK'nda öngörülmuş idari başvuru yolu belirtilmemiştir. Bu bakımdan kurul kararlarının idari denetiminin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu md. 11 kapsamında genel hükümlere göre zorunlu ya da ihtiyari idari başvuru yolu yoktur. Kurul kararları, istisnai bazı durumlarda dava açmadan önce yukarıdaki genel idari usul hükmü çerçevesinde başvuru yapma yolunun kapatıldığı hükümlere tabidir. Dolayısıyla Rekabet Kurumu kararları da doğrudan doğruya dava açılması gereken kararlar niteliğindedir. Nitekim 4054 sayılı kanunun 55. maddesindeki özel bir düzenleme ile açıkça Rekabet Kurulu kararlarına karşı başvuru yolu olarak idari dava açma yolu öngörülmüştür. Danıştay içtihatlarından da idari başvuru yolunun kapalı olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim Danıştay, Rekabet Kurulu kararına karşı İYUK md. 11 kapsamında yapılan itirazın reddedilmesi üzerine önüne gelen bir uyuşmazlıkta bu hususu açıkça ortaya koymuştur:

*“4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Amaç başlıklı 1 inci maddesinde “Bu Kanunun amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır.” hükmü yer almaktadır. Yasanın devam eden maddelerinde bu amacın gerçekleştirilmesine yönelik maddi hukuk kurallarının yanı sıra, **bu kuralları uygulayacak olan Rekabet Kurumunun izleyeceği usuller ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu Yasa aynı zamanda özel bir idari usul yasasıdır.***

2577 sayılı idari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. maddesinde idari işlemlere karşı başvuracak idari itiraz yolu düzenlenmiş olup, bu madde tüm idari işlemlere ilişkin genel bir hüküm içermektedir.

Rekabet Kurulu kararları, kesin ve yürütülmesi zorunlu idari işlemler olup bu kararlara karşı ilgililerin başvuru yolları, 2577 sayılı Yasanın 11. maddesine göre, özel hüküm niteliğinde olanı,

23 Rekabet ihlali neticesinde yerel bir bağımsız idari otorite tarafından verilen idari para cezasının Mahkeme önüne taşınması ise ilk *Menarini v. Italy* (43509/08) ile olmuştur. Menarini kararına ilişkin değerlendirme için bkz. Buket Arı, “Menarini Kararı Işığında Rekabet İhlallerine Verilen İdari Para Cezalarının Temel Hak Ve Özgürlüklere Etkisi-1”, <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Yayinlar/diger-calismalar/rekabet-yazilari?icerik=4482b986-b45f-4a7f-95b4-1260da6183d9> (Erişim Tarihi: 21.02.2019).

24 Buket Arı, a.g.e., <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Yayinlar/diger-calismalar/rekabet-yazilari?icerik=4482b986-b45f-4a7f-95b4-1260da6183d9> (Erişim Tarihi: 21.02.2019).

dolayısıyla öncelikle uygulanması gereken 4054 sayılı Kanunun 55. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 55. maddesi 1. fıkrasında Kurulun nihai kararlarına, tedbir kararlarına, para cezalarına ve süreli para cezalarına karşı kararın taraflara tebliğinden itibaren süresi içinde Danıştay'a başvurulabilir. Bu süre içinde yargı yoluna başvurulmazsa karar kesinleşir." hükmüne yer verilmiştir.

Bu Yasa hükmü uyarınca işlem tesis eden davalı idarenin, bu işlemine karşı dava yolundan başka başvurulabilecek bir idari itiraz yolu öngörülmemiştir.

Yukarıda yapılan açıklamalar karşısında, 4054 sayılı Kanunun 17/d maddesi uyarınca para cezası verilmesine ilişkin 16.11.1999 günlü Rekabet Kurulu Kararının 2577 sayılı Kararının 11 inci maddesi uyarınca itiraz yoluyla incelenmesi olanağı bulunmadığından, aynı Kanunun 55 inci maddesine aykırı olarak konunun yeniden incelenerek karar verilmesinde yetki yönünden hukuka uyarlık görülmemiştir."²⁵

Danıştay'ın ilgili kararında; 4054 sayılı Kanunun, Kurul'un karar alma süreçlerini de düzenler nitelikte usuli hükümler ihtiva ettiği, bu yüzden kararlara karşı dava yolunun öngörüldüğü madde ile beraber değerlendirildiğinde idari başvuru yolunun kapalı olduğu, bu sebeple doğrudan dava yoluna başvurulması gerektiği hususlarına vurgu yapılmıştır.

II. TÜRK REKABET HUKUKUNDA İDARİ PARA CEZASININ HESAPLANMASI ve İLGİLİ HÜKÜMLER

Türk rekabet hukuku mevzuatında idari para cezalarının hesaplanması yöntemine ilişkin doğrudan hükümler içeren üç temel düzenleme mevcuttur. Bunlardan ilki idari para cezalarına ilişkin genel hükümler içeren yasa niteliğindeki Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16 ve 17. maddeleridir. İkincisi genel düzenleyici işlem niteliğinde, para cezalarının tespitine ilişkin usul ve esasları düzenleyen 15.02.2009 tarihli²⁶ *Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar İle Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik* hükümleridir. Üçüncüsü ise RKHK md. 27/1 (f) bendi hükmü ile Kurul'a verilen tebliğ çıkarma yetkisi çerçevesinde cezaların alt sınırlarını güncelleyen adsız düzenleyici işlem niteliğindeki tebliğlerdir²⁷.

Rekabet hukuku alanında idari para cezalarının hesaplanması yöntemi ve cari oranlarına ilişkin yukarıda belirtilen doğrudan hükümler dışında, cezalar uygulanırken dikkate alınması gereken genel ilke ve kurallar içeren dolaylı hükümler de mevcuttur. Bunlar uluslararası anlaşmalar, Anayasa, Türk Ceza Kanunu (TCK) ve idari para cezalarına ilişkin Kabahatler Kanunu olarak sayılabilir. İdari

25 D.10.D., E: 2000/1111, K:2002/4362, Karar Tarihi: 14.11.2002.

26 R.G. Tarihi: 15.02.2009, R. G. Sayı: 27142

27 R.G. Tarihi: 12.12. 2018, R.G. Sayı: 30623, Tebliğ No:2019/1

para cezalarının verilmesinde dikkat edilecek genel ilke ve kuralları belirlemesi bakımından bilhassa genel kanun niteliğindeki Anayasa, TCK ve Kabahatler Kanunu bu noktada özellik arzeder. Zira özel kanunlar çerçevesinde idari para cezaları belirlenirken Anayasa, TCK ve Kabahatler Kanunu'ndaki; *Kanunilik, Şahsilik, Non Bis In Idem, Orantılılık, Gerekçeli Olma, Yargı Denetimine Açıklık* gibi ilke ve kurallar idareyi yönlendirmektedir²⁸. Çalışmaya konu mesele bakımından da dolaylı nitelikteki bu mevzuat hükümlerinin aydınlatıcı işleve sahip olduğunu söylemek mümkündür.

İdari para cezasının hesaplanmasına ilişkin unsurların anlaşılması için öncelikle RKHK'un 16 ve 17. maddelerine bakmak gerekir.

md. 16: ... *bentlerinde belirtilenler için teşebbüsler ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin binde biri oranında, (d) bendinde belirtilenler için ise aynı şekilde saptanacak olan gayri safi gelirlerinin binde beşi oranında idarî para cezası verir. Ancak bu esasa göre belirlenecek ceza onbin Türk Lirasından az olamaz.*

...

Bu Kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idari para cezası verilir.

md. 17: ... *durumunda her gün için, ilgili teşebbüsler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerinin karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan, bunun hesaplanması mümkün olmazsa karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin onbinde beşi oranında idarî para cezası verir.*

2009 tarihli *Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar İle Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik* hükümlerine bakıldığında ise para cezalarının belirlenmesine ilişkin usul ve esasların düzenlendiği görülmektedir. Buna göre teşebbüs ile teşebbüs birliklerine veya bu birliklerin üyelerine verilecek para cezası belirlenirken öncelikle temel para cezası hesaplanır. Temel para cezası RKHK'un 4. veya 6. maddelerinde yasaklanmış, piyasa, nitelik ve kronolojik süreç olarak birden fazla bağımsız davranışın saptanması halinde her bir davranış için ayrı ayrı hesaplanacaktır. Temel para cezasının hesaplanmasından sonra ise yönetmeliğin 6. ve 7. maddeleri çerçevesinde ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurlar göz önünde bulundurularak artırıma ve/veya indirimine gidilecektir. Yönetmelik hükümleri gereğince belirlenecek para cezası miktarı, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak

28 Asım Kaya, *Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Düzenlenen Para Cezaları*, Seçkin Yay., Ankara, 2015, s. 63-71.

olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onunu aşamaz. Bu sınırı aşan para cezaları, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna indirilir. Yukarıdaki yasa ve yönetmelik hükümlerinden ceza miktarlarının tespitinde belli başlı unsurlardan hangilerinin etkili olduğu anlaşılmaktadır²⁹.

İdari para cezalarına ilişkin hükümler birlikte değerlendirildiğinde, oranların tespitinde ihlalin usule mi esasa mı dair olduğu önemli bir noktadır. Nitekim koruduğu menfaat dikkate alınmak suretiyle usule ilişkin cezaların miktarını belirleyen oranlar sabit ve düşük tutulmuştur. Bu bakımdan usule ilişkin ceza miktarını belirleyen oranlarda idare bağlı yetki ile hareket etmek durumunda olup, takdir yetkisinden yoksundur³⁰. Esasa ilişkin cezaların miktarını belirleyen hükümlere bakıldığında ise “... *yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir*” ifadesinden anlaşılacağı üzere belirlenmiş alt ve üst sınırlar dahilinde idarenin takdir yetkisi bulunmaktadır. İhlal edilen menfaatin ağırlığı sebebiyle esasa dair ceza oranlarının ve dolayısıyla miktarlarının yüksek olduğu, bu nedenle idarenin takdir yetkisinin bilhassa esasa dair ceza oranlarının tespitinde önem kazandığı söylenebilir.

A. İDARİ PARA CEZASININ CİRO ESASINA DAYALI HESAPLANMASI YÖNTEMİ

İdari para cezasının ciro esasına dayalı hesaplanması yöntemi RKHK'un 16. ve 17. maddeleri ile idari para cezalarının uygulanmasına dair yönetmelik hükümlerine göre tespit edilmiştir. Yasa hükmüne göre Kurul, “... *nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerini*” esas alacaktır. İlgili yönetmelikte de aynı hükümlere yer verilmek suretiyle ciro yılı ve nihai karar vurgusu yapılmıştır. Ne var ki kanun ve yönetmelik hükümlerinde yer alan “*nihai karardan bir önceki mali yıl, bunun hesaplanamaması halinde ise karar tarihine en yakın mali yıl*” ifadesi ciro yılının tespitinde belli bir uygulama güçlüğü yaratmaktadır. Uygulamada “*nihai karardan*” ne anlaşılması gerektiği hususunda yaşanan tereddütler, gerek idari para cezalarının tespitinde gerek cezaların yargı denetimi sonrası yeniden belirlenmesi ihtimalinde adil ve gerçekçi olmayan neticelere yol açmaktadır.

Para cezalarının hesaplanmasına ilişkin yöntem öteden beri tartışmalara neden olmuştur. Eleştiriler öncelikle ceza miktarlarını belirleyen oranların ciroyu esas almasına yönelmiştir. İdari para cezalarında esas alınacak husus, rekabeti bozucu davranıştan elde edilen kazanç ile verilen para cezası arasında orantılı bir ilişkinin olmasıdır. Hâlbuki iktisadi anlamda ciro ile kazanç aynı şeyler değildir. Cironun kazanç değil, hasılat ölçüsü olmasından dolayı firmanın kazançlarını ve

29 Eylemin niteliği (ihlalin usule veya esasa ilişkin olması) b) Kabahatler Kanununun 17. maddesinin ikinci fıkrası bağlamında İhlalin tekerrürü, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlalin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı (md 16) c) Esas alınacak oranların tespiti d) Oranların uygulanacağı yıllık gayri safi gelirlerinin (ciro) ve ciro yılının tespiti e) Ağırlaştırıcı ve hafifletici sebepler.

30 Asım Kaya, a.g.e., s.37-38.

kazançlarındaki değişimleri doğru olarak yansıtmadığı söylenmektedir. Cironun ticari işletmelerin esas amacı olan kar ile ilişkisi doğrusal olmayıp değişken, kimi zaman da ters orantılı olabilir. Yani bazı durumlarda ciro arttığı halde kar azalabilir ya da kar azaldığı halde ciro artabilir. Belirtilen koşullarda ciro ve cirodaki değişimler, işletmenin kazancını belirlemekten uzak olduğu için teşebbüsün bir rekabet ihlalden doğan kazancını tespit etmek veya tahmin etmek açısından uygun olmayan bir büyüklüktür. Bununla birlikte cironun bilinirliği yüksek bir kavram olması, hesaplanmasının kazanca göre kolay olması, ciro hesabında rekabet bakımından önemli bir kavram olan fiyatların doğrudan kullanılması gibi sebepler ciroya dayalı ceza hesaplaması yöntemini yaygın bir uygulama haline getirmiştir³¹. Halbuki hakkaniyete uygun ve caydırıcı nitelikte bir idari yaptırım verilebilmesi için alınması gereken en sağlam ölçütlerden biri ihlalden doğan kazancın tespitidir.

İdari para cezalarının belirlenmesi sürecindeki diğer bazı eleştiriler ise cezalandırma sürecinde izlenen usullere ilişkindir. Ceza verme sürecinin şeffaf, gerekçeli, adil ve denetlenebilir olmaması bu eleştirilere yol açmıştır. Bu sebepten dolayı RKHK’nda zamanla değişikliklere gidilmiştir. Nitekim 4054 sayılı kanunun para cezalarını düzenleyen 16. maddesinde yapılan 2008 tarihli değişiklik³² ile rekabet hukuku uygulamaları bakımından önemli sayılabilecek düzenlemeler getirilmiştir. Ayrıca Rekabet Kurumu’na cezalara ve aktif işbirliğine ilişkin olarak yönetmelik çıkarma yetkisi verilmiştir. Kurum bu yetkisini 15.2.2009 tarihinde yayımlanmış olan “*Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik*” ve “*Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik*”ler ile kullanmıştır. Kanun ve yönetmelik değişiklikleri; para cezalarının ağırlaştırılması, pişmanlık uygulaması, zaman aşımı sürelerinin uzaması, maktu cezaların kaldırılıp süreli para cezalarının ciro üzerinden verilmesi ve nihai karardan bir önceki yıl cirosu ya da buna en yakın tarihli cironun verilecek cezalarda esas alınması hususlarına yer vermekle önemli neticeler doğurmuştur. Değişiklikler ile RKHK’da, Kabahatler Kanunu’na açıkça atıf yapılmış olması ise bir diğer önemli gelişmedir³³. Getirilen düzenlemeler ile usule ve esasa yönelik ihlallerin ceza miktarı oranları da farklılaştırılmıştır. Buna göre usule ilişkin ceza oranları daha düşük ve sabit tutulurken, esasa ilişkin ceza oranları Kurula takdir yetkisi tanınarak daha yüksek oranlara tabi kılınmıştır³⁴.

31 Erdal Türkkân, “*Rekabet İhlallerinde Ciroya Dayalı İdari Para Cezasının Sakıncaları ve Katma Değer Kriteri: Basitleştirilmiş Bir Analiz*”, Rekabet Forumu, Sayı 82, Mart 2014, s. 17-18.

32 08.02.2008 tarih ve 26781 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan, 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.

33 Yılmaz Aslan, “*4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da ‘5728 Sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’ ile Yapılan Değişiklikler Hakkında Toplu Genel Değerlendirmeler I-*”, Rekabet Forumu, Sayı: 40, Yıl 2008, s. 4-5.

34 Haluk Arı, Esin Aygün, “*Rekabet kurulunun Ceza Yönetmeliği: Yeni Bir Dönemin Ayak Sesleri*”, Rekabet Dergisi, 2009, 10(4), s.8-9.

1. İdari Para Cezasının Hesaplanmasında Esas Alınacak Ciro Yılı'nın Tespiti Sorunu

RKHK'da 2008 yılında yapılan değişiklikten önce cezalarda hangi ciro yılının esas alınacağına ilişkin açık bir düzenleme yoktu. Dolayısıyla gerek idare gerek idari yargı hakimi bu alanda geniş bir takdir hakkı kullanıyordu. İlgili maddenin eski halinde “... *bir yıl önceki mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirinin yüzde onuna kadar para cezası verilir*” hükmü yer alıyordu. Bir yıllık sürenin hangi eylem ya da işlemden önceki bir yıl olduğu açıkça düzenlenmemişti. Bu durum tayin edilecek cezaların miktarını doğrudan etkilemesine rağmen yasa koyucu tarafından göz ardı edilmişti. İlgili hususta yaşanan belirsizlik birbirinden farklı uygulamalara ve sorunlara yol açıyordu. Kurul kararlarında kararın bir yıl öncesi esas alındığı gibi sonraları soruşturma açılan yılın bir yıl öncesi de esas alınabiliyordu³⁵. Diğer yandan ciroya esas alınacak yılın hangi yıl olacağı hususundaki boşluk işletmelerin lehine bir yorum yapılarak Danıştay içtihatları ile doldurulmaya çalışılmıştır. Danıştay önüne gelen uyumsuzluklarda, “*ihlali oluşturan eylemi*” esas almak suretiyle “*eylem tarihinden bir yıl önceki mali yıl sonunda oluşan yıllık gayri safi gelirleri üzerinden para cezası verilmesi gerekli bulunmaktadır*” şeklinde kararlar vermiştir. Danıştay, eylemin belli bir dönem içinde başlayıp bitmediği, hülasa soruşturma açıldığında devam ettiği hallerde ise *soruşturmanın açıldığı tarihin eylem tarihi olarak kabul edilerek, bu tarihten bir yıl önceki mali yıl sonunda oluşan yıllık gayri safi gelirleri üzerinden para cezası uygulaması yapılması içtihadını benimsemişti*³⁶. Neticede Danıştay'ın eylem ya da soruşturmanın açıldığı tarihin eylem tarihi olarak kabul edildiği hallerde soruşturma tarihinden önceki yıl cirosunun esas alınacağı içtihadı uygulamada yerleşmişti.

Nevarki 2008 yılındaki değişiklikler ile cezanın “*nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan ... yıllık gayri safi gelirler üzerinden hesaplanması*” esası getirilmiş ve bu durum yukarıdaki uygulamadan uzaklaşılması neticesini doğurmuştur. Değişikliğin gerekçesi olarak iki sebep öne sürülmektedir. Buna göre değişiklik ya daha adil olma ya da daha pratik bir uygulama arayışı amacını taşıyordu³⁷. Hâlbuki her iki açıdan da düşünüldüğünde belirtilen amaçların uzağına düşüldüğü söylenebilir. Şöyle ki bu düzenlemeye göre belli bir ihlalin sona erdiği yıldan sekiz yıl sonrasına kadar nihai karar verilebilir. Haliyle eski bir ihlalin çok sonradan tespit edilmesi nedeniyle cezanın da sekiz yıl gecikmeyle tahsil edilmesi söz konusu olacaktır. İşletmenin sekiz sene sonraki cirosu üzerinden cezalandırılmasının ise adil olup olmadığı tartışmalıdır. İhlal sırasındaki pazar payı % 10 olan işletmenin, ihlale katkı derecesini ve meydana getirdiği zararı bu

35 Yılmaz Aslan, “4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da 5728 Sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun' ile Yapılan Değişiklikler Hakkında Toplu Genel Değerlendirmeler II-”, Rekabet Forumu, Sayı: 41, Yıl 2008, s. 6.

36 “... yasak fiil ve davranışlarda bulunduğu saptananlara, eylem tarihi dikkate alınarak para cezası verileceği açık olup; para cezası uygulamasının yasak fiil ve davranışın saptanarak soruşturmanın açıldığı tarihte devam eden ihlaller yönünden, soruşturmanın açıldığı tarihin eylem tarihi olarak kabul edilerek, bu tarihten bir yıl önceki mali yıl sonunda oluşan yıllık gayri safi gelirleri üzerinden, yasak fiil ve davranışın belli bir dönemi kapsadığı diğer bir deyişle soruşturmanın açıldığı tarihten önce yasak fiil ve davranışın sona erdiği durumda ise, son eylem tarihinden bir yıl önceki mali yıl sonunda oluşan yıllık gayri safi gelirleri üzerinden yapılması gerekli bulunmaktadır.” D.13.D., E: 2007/6138, K: 2010/1345; D.13.D., E: 2007/9527, K: 2010/1; D.13.D., E: 2007/9369, K: 2010/4594.

37 Nejet Karacehennem, “4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un Değiştirilen Maddeleri ve Bunun Uygulamaya Etkileri (I)”, Rekabet Forumu, Sayı: 40, Yıl 2008, s. 13.

pazar payını sağlayan cirosu belirlemektedir. Aradan geçen süre içinde bu teşebbüs pazar payını işletmesinde yaptığı değişiklikler ile veya başka işletmeleri devralmak suretiyle % 50'ye artırmış ise, bu %50'lik pazar payını sağlayan sonraki cirosu üzerinden cezalandırılması adaletsiz bir uygulamaya yol açacaktır³⁸. Diğer yandan tam tersi bir durum söz konusu olup işletmenin ceza tehdidi altında olması çeşitli bilanço hilelerine fırsat tanıyabilir ya da işletmenin pazar payını yitirmesi cironun zayıflamasına neden olabilir. Bu hallerde de nihai karar öncesi oluşan cironun düşüklüğü ödenecek ceza miktarının düşük çıkmasına neden olacaktır.

Yukarıdaki uygulamanın daha adaletsiz sonuçlara yol açmasının başlıca sebebi ise 2008 değişikliği ile 4054 sayılı kanunun 3 ve 5 yıllık süreler öngören soruşturma zamanaşımına ilişkin 19. maddesinin yürürlükten kaldırılmasıdır. Buna göre artık zamanaşımı hususunda genel kanun niteliğindeki Kabahatler Kanunu hükümleri esas alınacaktır. Kabahatler Kanunu md. 20/(f.3)'e göre "*nsbi idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde zamanaşımı süresi sekiz yıldır*". Kurul bu süre dolmadığı sürece nihai kararını oluşturup ceza verebilecektir. Hâlbuki eski düzenlemede yer alan 3 ve 5 yıllık zamanaşımı süreleri ihlale nispeten daha yakın bir ciro yılının esas alınmasını sağlıyordu. "*Nihai karardan önceki mali yıl*" ifadesi ile yasa koyucunun belki bir takım belirsizlikleri sona erdirdiği düşünülebilir. Ancak uzayan soruşturma zamanaşımı süresi ve ağırlaştırılan ceza miktarları birlikte değerlendirildiğinde, yaşanan sorunların cezalar ile muhatap olan işletmeler bakımından başka bir boyut kazandığı söylenebilir.

Esas alınacak ciro yılının nihai karardan önceki mali yıl olarak belirlenmesine gerekçe olarak ileri sürülen sebeplerden biri de Kurul kararının oluşumunda uygulama kolaylığı sağlamasıdır. Gerçekten de rekabet soruşturmalarında piyasada ihlal eyleminin vuku bulup bulmadığı ve bulmuş ise fiili ihlale ne zaman son verilmiş olduğunun tespiti önemli bir husustur. Uygulamada ihlal teşkil eden bir anlaşmanın tespiti, uygulanıp uygulanmadığı, ne kadar süre uygulandığı ve ne zaman son bulduğu cezanın tayini bakımından belirleyici noktalar. Soruşturma evresinde anlaşma yapıldığını ispatlayan belgelere fiziken ulaşılabilsen de ihlalin fiilen uygulanıp uygulanmadığının tespitinde zorluk yaşanmaktadır. Öyle ki anlaşmanın fiilen uygulandığı tespit edilse bile ihlalin ne zaman son bulduğunu tespit etmek daha güç bir durumdur. Bu nedenle ihlal ne zaman olursa olsun cezanın nihai karar tarihinden bir önceki mali yıl cirosu üzerinden hesaplanmasının Kurul'a uygulama kolaylığı sağladığı bir gerçektir. Ancak unutulmamalıdır ki ceza miktarının tayininde öncelikle piyasada fiili ihlalin gerçekleşip gerçekleşmediğinin ve gerçekleşmiş ise ihlalin süresinin tespiti zorunludur. Rekabet Kurulu bu zorunluluğu bilerek, hazırladığı konuya ilişkin kılavuzda ceza miktarının tespitinde ihlalin süresini de esas almaktadır³⁹. Haliyle ihlal süresinin ve buna göre ceza miktarının tespiti için ihlalin başlama ve sona erme tarihlerinin belirlenmesi gerekir. Bu noktada kanun koyucu RKHK hükümleri çerçevesinde bir yandan ceza miktarının tayininde idareye belli sınırlar dahilinde takdir yetkisi verirken diğer yandan Kurul'un ihlalin

38 Nejdet Karacehennem, "4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un Değiştirilen Maddeleri ve Bunun Uygulamaya Etkileri (III)", Rekabet Forumu, Sayı: 42, Yıl 2008, s. 14.

39 Rekabet Kurumu, *Hakim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz*, Kabul Tarihi: 29.01.2014, Sayı: 14-05/97, Nejdet Karacehennem, a.g.m., s. 14.

fiilen ne kadar süre devam ettiğini gözetmesi gerektiğini belirtmiştir⁴⁰. Dolayısıyla ihlalin fiilen ne zaman ve ne kadar süre ile gerçekleştiğinin her halükarda tespit edilmesi gerekmektedir. Buna göre mevcut düzenlemenin uygulama kolaylığı sağladığını ileri sürmek, değişiklik için yeterli bir gerekçe değildir.

RKHK hükümlerine göre uygulanacak *nısbî ceza oranının* tayininde ihlali oluşturan fiilin gerçekleştiği zaman ve süresinin dikkate alınması gerektiği hususunda tereddüt yoktur. Bununla beraber nihai karardan ne anlaşılması gerektiği hususunda ise tereddütler mevcuttur. Nihai karardan cezaya konu edinilen Kurul kararının anlaşılması gerektiği söylenebilir. Diğer yandan nihai kararın Kurul kararı olarak değerlendirilmesi meselenin çözümüne yetmiyor. Zira öyle bile olduğu varsayılrsa madde metninin uygulamadaki yorumu hakkaniyete uygun olmayan cezaları ortaya çıkarmaktadır. Bizim de iştirak ettiğimiz üzere ilgili düzenlemenin farklı yorumlanması ile daha adil uygulamaların önünün açılacağı görüşü ileri sürülebilir⁴¹. Şöyle ki madde metninde nihai karar ifadesinin geçtiği cümlelerin önündeki ve ardındaki cümleler içerik bakımından dikkate alındığında ve bütünlüklü yorumlandığında, nihai karardan önceki cironun ceza miktarına dair azami haddin belirlenmesine ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla nihai karar ifadesi zaman bakımından bir belirlemeye değil, uygulanacak cezanın miktarı bakımından üst sınıra işaret etmektedir. Sonuç itibarıyla uygulamada içtihat birliğini sağlayacak nitelikte anlaşılır ve tereddütlere mahal vermeyecek bir düzenlemeden söz etmek, maddenin mevcut haliyle oldukça güç görünmektedir. Para cezalarına ilişkin yönetmelik hükümlerine⁴² baktığımızda da nihai karardan önceki ciro ifadesinin, cezanın azami haddini belirlemeye hizmet ettiğini söyleyebiliriz.

4054 sayılı Kanununun madde 16/(f)3'teki hükmünün ceza miktarına ilişkin azami haddi belirleyen sınır olarak anlaşılması gerektiğini, Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin ulusal mevzuatındaki çeşitli düzenlemeler de desteklemektedir. Nitekim yasal azami haddin bir benzeri 2011 tarihli *Para Cezalarının Belirlenmesi Yöntemine İlişkin Fransa Tebliği*'nde de yer almaktadır. Buna göre, hesaplanan ceza miktarı, teşebbüsler bakımından dünya cirosunun %10'unu; teşebbüs olmayanlar bakımından ise 3 Milyon Avro'yu aşamaz... şeklindedir⁴³.

40 Md 16: "... Kurul, üçüncü fıkraya göre idarî para cezasına karar verirken, 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 17 nci maddesinin ikinci fıkrası bağlamında, ihlalin tekrürü, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlalin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususları dikkate alır"

41 Nejdet Karacehennem, *4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un Değiştirilen Maddeleri ve Bunun Uygulamaya Etkileri (I)*, s. 14.

42 "Bu Yönetmelik hükümleri gereğince belirlenecek para cezası miktarı, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onunu aşamaz. Bu sınırı aşan para cezaları, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna indirilir..."

43 Buket Arı, "Rekabet İhlallerinde Verilecek Para Cezalarının Hesaplanması Yönteminde Fransa Uygulaması", <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Yayinlar/diger-calismalar/rekabet-yazilari?icerik=4cad2b81-b384-45bc-ad28-4138ee0fc304> (Erişim Tarihi: 05.03.2019)

Fransa Tebliği'nin temeli Avrupa rekabet hukuku uygulamalarının temel taşı olan (CE) No 1/2003 sayılı Tüzük'ün⁴⁴ 23. maddesinin 2. paragrafına istinaden çıkarılan 2006/C 210/02 sayılı Kılavuz'a⁴⁵ dayanmaktadır. Kılavuz, rekabet ihlallerinden doğan para cezalarının hesaplanma yöntemlerini düzenlemektedir. Tebliğ'de öngörülen hesaplama yönteminin ilk aşamasını temel cezanın hesaplanması oluşturmaktadır. Söz konusu hesaplama Fransada teşebbüsün *ihlale katıldığı son tam yıl boyunca ihlale ilgili olarak gerçekleştirdiği satış değerlerinin %0-%30*'u arasındaki bir oran esas alınarak yapılmaktadır. Ceza Yönetmeliğimizdeki hesaplama yönteminden oldukça farklı olan bu usul, Avrupa Komisyonunca uygulanan Kılavuz hükümleriyle paralellik göstermektedir. Uygulanan bu yöntemde temel ceza miktarı belirlenirken teşebbüsün cirosu yerine rekabet ihlaliyle bağlantılı satışların değerinden yola çıkılmaktadır⁴⁶. Tebliğe göre nazara alınan oran (%0-%30), her bir teşebbüs ya da oluşumun ihlale katıldığı bir tam yıl için, hesaplanan satış değerinin tamamına, ihlalin devam ettiği yıllar için ise bu değerin yarısına uygulanır. İhlale katılımın gerçekleştiği son tam yılın devamında arta kalan süre dosyadaki bilgiler elverdiğince ay olarak hesaba dâhil edilir. Dolayısıyla Kılavuz'dan yola çıkılarak hazırlanan Fransa Tebliği uygulamasında nihai karardan önceki ciro yılı yerine ihlalin fiilen gerçekleştiği her bir yıl satış rakamları esas alınmaktadır.

2. Esas Alınacak Ciro Yılıının Tespitinde Danıştay'ın Yaklaşımı

2008 değişikliklerinden önce yukarıda da belirtildiği üzere Danıştay, "*ihlali oluşturan eylem*" esas almakta ve buna göre "*eylem tarihinden bir yıl önceki mali yıl sonunda oluşan yıllık gayri safi gelirleri üzerinden para cezası verilmesi gerekli bulunmaktadır*" görüşünü benimsemekteydi. Soruşturma açıldığında eylemin devam ettiği hallerde ise *soruşturmanın açıldığı tarihin eylem tarihi olarak kabul edilerek, bu tarihten bir yıl önceki mali yıl sonunda oluşan yıllık gayri safi gelirleri üzerinden para cezası uygulaması yapılması* içtihadını benimsemişti. Fakat Danıştay 2008 değişikliklerinden sonra bu içtihadından uzaklaşma eğilimine girmiştir. Kurul'un As Gaz hakkında⁴⁷ 2010 yılında verdiği ihlal kararı üzerine hem birel işlemin hem de düzenleyici işlemin ilgili maddelerinin iptaline ilişkin uyumsuzluk Danıştay önüne taşınmıştır⁴⁸. Davacı taraf ceza yönetmeliğinin genel hukuk prensiplerine ve normlar hiyerarşisine aykırı olduğu, Rekabet Kurulu'nun düzenleme yetkisini aştığı, kanunilik ilkesinin ihlal edildiği, cezanın 2009 yılı mali yılı sonunda oluşan cirosu üzerinden verildiği, isnat edilen eylemlerin gerçekleşme tarihlerinin anılan değişiklik öncesi (2005-2006) olduğu, bu nedenle para cezasının eylem tarihindeki ciro üzerinden hesaplanması gerektiği iddialarını ileri sürmüştür.

44 Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32003R0001>

45 Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003 (Text with EEA relevance).

46 Buket Arı, "*Rekabet İhlallerinde Verilecek Para Cezalarının Hesaplanması Yönteminde Fransa Uygulaması*", (Erişim Tarihi: 05.03.2019).

47 Rekabet Kurulu Kararı, Tarih: 11.11.2010, Sayı: 10-72/1503-572.

48 D.13.D., E:2011/3834, K: 2016/213.

Danıştay, Kurul'un para cezasına ilişkin oran noktasında takdir yetkisinin olduğu, dava konusu Yönetmelik hükümlerinde ise idari para cezası dışında bir yaptırım öngörülmediği ve yüzde on sınırının üzerine çıkacak bir oran belirlenmediği gerekçesiyle idari yaptırımların kanuniliği ilkesine aykırı bir yön bulunmadığı kanaatine varmıştır. Yetki bakımından ise Kurum'un idari ve mali özerkliğe sahip bir kamu kurumu olmasına binaen 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinde belirtilen hususlara ilişkin ikincil düzenleme yetkisine sahip olmakla yönetmelik çıkarabileceğini kabul etmiştir. Mahkeme ayrıca Kabahatler Kanunu md. 17 ve RKHK md. 16 hükümleri çerçevesinde idari para cezası miktarının belirlenmesinde öngörülen kriterler göz önüne alınarak, azami yüzde onluk oranı aşmamak üzere belirlenmesi ve Kanun'un verdiği takdir yetkisinin objektifleştirilmesi amacıyla yapılan dava konusu yönetmeliği üst hukuk normlarına uygun bulmuştur.

Yönetmeliğin eylem tarihinde yürürlükte olmaması sebebiyle para cezasının eylem tarihindeki ciro üzerinden hesaplanması gerektiği iddialarını ise Danıştay usul kuralı niteliğindeki düzenleme hükümlerinin derhal uygulama kuralı mucibince nihai karar verilmemiş soruşturmalara uygulanabileceği gerekçesi ile reddetmiştir. Buna göre Yönetmeliğin eylem tarihinde yürürlükte olmamasına rağmen henüz haklarında karar verilememiş ilgililere uygulanmasının aleyhte bir durum oluşturması söz konusu değildir. Dolayısıyla soruşturma raporu tebliğ edilmemiş olan soruşturmalarda Yönetmelik hükümlerinin uygulanması hukuka aykırılık teşkil etmemektedir⁴⁹. Netice itibarıyla somut olayda Danıştay, RKHK md. 16/3. fıkrası uyarınca yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, nihai karar tarihinden önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idari para cezası verileceği düzenlendiğinden 2010 tarihli Kurul kararı dikkate alındığında 2009 yılı cirosu üzerinden ceza verilmesini hukuka uygun bulmuştur. Mahkeme, *nihai kararın ne olduğu hususunda ise kanununun 48. maddesine atıfta bulunarak nihai kararın Kurul kararı olarak kabul edilmesi gerektiğini* belirtmiştir. Nitekim Danıştay, Roche Müstahzarları AŞ davasında, kanununun 16. maddesinin 23.01.2008 tarihli değişiklikten önceki yorumunu terk ettiğini açıkça belirtmiştir. Değişiklikten önceki yorumu son ihlal tarihinden bir önceki yılın cirosunun dikkate alınacağı şeklinde iken, değişiklikten sonra yukarıdaki yaklaşımı benimsemiştir⁵⁰.

Kurul, bir kararında Beşer Ecza'ya 2003 yılındaki ihlallerinden dolayı neredeyse yedi yıl sonra 2010 yılında⁵¹ ceza vermiştir. Kurul cezayı uygularken Danıştay'ın eski içtihadı doğrultusunda eylemin son bulunduğu 2003 yılından önceki yıl cirosunu esas almıştır. Danıştay önüne gelen uyuşmazlıkta lehe olan düzenlemenin uygulanması ilkesi gerekçesi ile son ihlal tarihinden önceki yılın cirosu olan 2002 yılı cirosunun esas alındığından bahisle bu yönden işlemi hukuka uygun bulmuştur⁵².

49 Benzer nitelikteki kararlar için bkz. D.13.D., E:2011/3834, K: 2016/213.

50 D.13.D., E:2010/3090, K: 2014/1719.

51 Rekabet Kurulu Kararı, 18.12.2010 Tarih, 10-18/207-78 Sayı

52 D.13.D., E:2010/3180, K: 2014/1718

İdari para cezalarının caydırıcılığını artıran bir yaptırım politikasını yansıtan RKHK hükümlerindeki yasal değişiklikler karşısında, Danıştay'ın da mevcut düzenlemeleri bu minvalden yorumlamaya başladığını söylemek mümkündür. Yasal değişikliğin 2008 ve cezalara ilişkin ilgili yönetmeliğin 2009 yıllarında yürürlüğe girmesi ve şikayet, soruşturma ve idari dava süreçlerinin henüz sonuçlanmaya başlamasından dolayı Danıştay'ın yeni hukuki düzenlemelere göre yerleşik bir içtihadı oluştuğunu söylemek erken bir değerlendirme olacaktır. Elbetteki cezaların temel amacı ihlali gerçekleştirenin cezalandırılmasıdır. Ancak caydırıcılık sadece yüksek para cezası vermek olarak anlaşılırsa ödeme güçlüğü ve teşebbüsün piyasa dışı kalması gibi sorunlara yol açabileceği hesaba katılmalıdır⁵³.

3. İptal Kararı Sonrası Yeniden Açılan Soruşturmalarda Ciro Yılıının Tespiti

Cezanın uygulanacağı ciro yılının tespitinde çözülmesi gereken temel meselelerden biri de iptal kararlarının gerekçeleri doğrultusunda, Rekabet Kurulu'nun yargı kararının gereklerinin yerine getirilmesi zorunluluğuna istinaden tesis edeceği muhtemel ceza işlemlerinde, hangi ciro yılının esas alınacağıdır. Başka bir deyişle yargı kararının gereklerinin yerine getirilmesi için tesis edilen yeni işlemin, esas alınacak ciro yılını belirleyen “*nihai karar*” bağlamında değerlendirmeye alınıp alınmayacağı hususudur. Zira yargısal iptal süreci sonrasında Kurul tarafından tesis edilen işlemi yeni bir soruşturma gibi kabul etmek, eylem tarihinden çok sonraki ciroları ve dolayısıyla adil olmayan para cezalarını gündeme getirebilecektir. Bu durum sadece ihlalde bulunan aleyhine sonuçlar doğurmamaktadır. Kamunun menfaati bakımından da bir takım sakıncalar yaratabilir. Nitekim soruşturma, yargısal denetim ve iptal ile neticelenen süreç, yargı kararı sonrası tekrar başlayabilecek soruşturma ve tesis edilecek işlem süreçlerinin uzunluğu, ihlalde bulunan kişilerin ciroya dair kötünietli tedbirlere başvurmasına mahal verebilir. Aynı şekilde ciroyu ve dolayısıyla cezayı düşürmek adına çeşitli birleşme ve devralma yollarına da tevessül edilebilir. Elbette ki burada kötüniet üzerinden değil, iyiniyet karinesinden hareketle faraziyelerde bulunmak durumundayız.

İptal kararı sonrası yargı kararının gereklerinin yerine getirilmesi bağlamında başlatılan soruşturma ve nihayetinde alınan ceza kararını, idari işlemin özellikleri çerçevesinde yeni bir işlem olarak kabul etmek gerekir⁵⁴. İptal kararının *ex tunc* etkisi Kurul'un vermiş olduğu ilk kararı geçmişe dönük olarak tüm hüküm ve sonuçları ile ortadan kaldırmıştır. Bununla birlikte iptal edilse iptale konu olan ilk kararın idari işlem teorisi bakımından nihai nitelikte bir karar olduğu gerçeği değişmez. Artık hüküm ve sonuç doğurmasa da iptale konu olan karar, mevzuattaki ifadeyi karşılayan nihai karar olarak kabul edilebilir. Mahkeme kararının infazı bağlamında iptalden sonra alınacak kararı da kendi başına nihai karar olarak değerlendirebiliriz. Bu durumda ortada biri iptal olmuş, diğeri iptale konu olabilecek iki tane nihai karar bulunmaktadır. Tartışma burada

53 Harun Gündüz, *Rekabet Hukukunda Uygulanan İdari Para Cezaları*, Rekabet Kurumu Yay. No:308, Ankara, 2014, s. 49.

54 İlhan Özay, *İdari Yaptırımlar*, İstanbul Üniversitesi Yay. No:3326, İstanbul, 1985, s. 40 vd.; Ali Ulusoy, “*İdari Ceza Hukukunun İşlevi ve Hukuk Düzeni İçindeki Yeri*”, İKU İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Seçkin Yay., Ankara, 2009, s.44-45.

idarenin hangi nihai karardan önce oluşan gayri safi gelirlerinin idari para cezası bakımından dikkate alınması gerektiği noktasında doğmaktadır. Bu tür durumlarda Rekabet Kurulu'nun ikinci kararı, esasen ilk işlem olan nihai kararının yerine alınan yeni bir karardır. Diğer bir ifade ile Kurul, iptal edilen işlemini mahkeme kararında tespit edilen hukuka aykırılıkları dikkate alarak yenilemiştir.

Öncelikle iptalden sonra tesis edilen işlemin, idari işlemin hukuka uygunluk denetimi sonucunda hukuka aykırı bulunup iptal edilmesi üzerine yargı kararının yerine getirilmesi hükmünde ortaya çıktığını dikkate almak gerekir. Şeklen yeni bir soruşturma olarak kabul edilse dahi esasen aynı döneme ilişkin aynı ihlal için yeniden bir soruşturma yapılmakta ve karar alınmaktadır. Bu bakımdan iptal kararı sonrasında aynı ihlal için açılacak soruşturma ve alınacak kararı, esas alınacak ciro yılının belirlenmesinde “*nihai karar*” olarak değerlendirmek adil olmayacağı gibi hak arama hürriyeti bakımından da sakıncalar yaratabilir. Zira ihlal kararı ile hakkında idari para cezası verilen bir işletme, bu işlemin hukuka uygunluk denetimi neticesinde iptal edilmesi üzerine aynı eylem ile ilgili tekrar soruşturmaya uğramaktadır. Dolayısıyla mevcut uygulamaya göre hukuka aykırı işlemi iptal ettiren kişi, yargı yoluna başvurması neticesinde daha yüksek olabilecek bir cironun esas alınmasına katlanmak zorunda kalabilecektir. Burada mesele elbetteki tekrar soruşturma açılması değildir. Mesele, hakkında tekrar soruşturma açılan kişinin yargı yoluna başvurması neticesinde adeta daha yüksek ciro tehdidi ile muhatap olmasıdır. Halbuki idarenin soruşturmayı hukuka aykırı yürütmesinden ve işlemin bu nedenle iptal edilmesinden dolayı kişilere, ihlalin gerektirdiği sorumluluğun ötesinde bir sorumluluk yüklenmesi adil değildir. Kişinin kendi kusurundan kaynaklanmayan, idarenin hukuka aykırı davranışından kaynaklanan bir iptal neticesinde yeniden açılacak soruşturmada ortaya çıkabilecek daha ağır bir cezaya katlanması beklenemez. Bizatihi hukuka aykırı tesis edilen işlemin yarattığı sonuçlara idare katlanmak zorundadır. Hukukun temel ilkelerinden olan *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* ilkesi gereği hiç kimse kendi kanunsuzluğundan faydalanamaz. Bu çerçevede iptal kararı sonrası yeniden tesis edilecek cezanın sırf nihai kararın ileri bir tarihe taşınmasından nispetle artması adil olmayacağı gibi hukukun temel ilkeleri bakımından da çelişki yaratmaktadır.

Burada temel mesele sadece iptal kararı üzerine tesis edilen yeni işlem neticesindeki ceza miktarının azlığı veya çokluğu değildir. Esas mesele aynı ihlal ile ilgili tesis edilen yeni işlem karşısında usuli olarak “*nihai karar*” yorumunun hakkaniyet sınırları çerçevesinde idarece ne şekilde takdir edileceğidir. Danıştay bir kararında Kurul tarafından tesis edilen ikinci işlemi, iptal kararının gerekçeleri doğrultusunda işlemin “*yeniden tesis edilmesi niteliğinde*” olduğu yönünde değerlendirmede bulunmuştur. Kararda ikinci işlemin, yargı kararının yerine getirilmesi zorunluluğundan doğduğu belirtilmiş, ayrıca ikinci işleme dair zamanaşımı itirazı yargı kararının uygulanması hükmünde değerlendirilerek reddedilmiştir⁵⁵. Danıştay'ın ikinci işlemi zamanaşımına sokmaması, iptal edilen ilk işleme dair yapılan soruşturmanın usule uygun şekilde yeniden tesisi olarak değerlendirmesini pekiştiren bir yaklaşım olmuştur. Nitekim Rekabet

55 D.13.D., E:2015/4529, K: 2016/298.

Kurulu, 2013 tarihli *Pegas ve Diğerleri* soruşturmasında verdiği kararın iptal edilmesi üzerine⁵⁶ yargı kararının yerine getirilmesi mahiyetinde aynı ihlal ile ilgili başlattığı soruşturmada⁵⁷ yeni bir dosya numarası açmamış, 2013 tarihli iptal edilmiş karara konu 2013/4136 numaralı aynı dosya üzerinden ikinci kararı vermiştir. Yani idare yeni bir dosya açmadan, mükerrer dosya numarası ile aynı fiil ve döneme ilişkin yeniden karar vermiştir. Bununla beraber söz konusu soruşturmada ciroya esas alınacak mali yıl iptal sonrası alınan ikinci karar esas alınmak suretiyle takdir edilmiştir. Halbuki idari işlem niteliğinde olan her iki Kurul kararı da aynı zaman dilimi içinde başlamış ve bitmiş aynı ihlal sebebiyle alınmıştır.

Kurul, *Frito Lay*⁵⁸ soruşturmasında işlemin iptali kararı üzerine dosyanın yeniden değerlendirilmesi kararını almış ve 2015 yılında aşağıdaki gibi hüküm kurmuştur:

*“Önaraştırma ve soruşturmaya ait tüm savunma, ek savunma, sözlü savunma tutanakları, raporlar, yargı kararı ve dosya içeriğinde yer alan tüm bilgi ve belgelerin incelenmesi sonucunda; 29.08.2013 tarih ve 13-49/711-300 sayılı Kurul kararı ile, Frito Lay Gıda San. Tic. A.Ş.’nin, nihai satış noktalarında ürünlerinin tek satılmasına yönelik uygulamalar yoluyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4. maddesini ihlal ettiği belirlenen; Frito Lay Gıda San. Tic. A.Ş.’ye 4054 sayılı Kanun’un 16. maddesi ile **Ankara 6. İdare Mahkemesinin 28.01.2015 tarihli ve 2014/368 E, 2015/133 K. sayılı kararı dikkate alınarak 2012 mali yılı sonunda oluşan ve Kurul tarafından belirlenen gelirlerinin takdiren % 2,25’i oranında olmak üzere (.....) TL idari para cezası verilmesine OYÇOKLUĞU ile karar verilmiştir.”***

Görüldüğü üzere Kurul, yargı kararının uygulanması niteliğinde 2015 yılında aldığı ikinci kararında ciroya esas alınacak mali yıl olarak, ilk karar öncesinde oluşan 2012 yılını takdir etmiştir. Bu durum ikinci kararın yeni bir idari işlem olma gerçeğini değiştirmese de idare, takdir yetkisi sınırları içinde “*nihai karar*” kavramını geniş bir yorumla ele alabilmiştir. Dolayısı ile Kurul’un henüz bu hususta istikrar kazanmış bir uygulaması olduğu söylemez. Kanaatimizce, nihai karar ifadesinin cezanın azami haddini gösterir olduğuna dair yorum ışığında, idarenin ikinci cezayı belirlerken iptal edilen ilk kararı öncesi oluşan mali yıl cirosunu esas almasını engelleyen açık bir hüküm yoktur. Bu itibarla idare takdir yetkisinin sınırları içinde yapacağı yorum ile iptal kararı sonrası tesis edilecek işlemlerde cezaya esas alınacak nihai karar ve ciro yılını belirleyebilir. Nitekim iptal sonrası verilecek idari para cezalarında esas alınacak ciro yılı, cezai yaptırımın ağırlığının da tespiti açısından önemli bir faktördür. İdare, iptal kararı sonrası hakkında tekrar işlem tesis edilerek ceza verilecek teşebbüsler bakımından lehine olan ciro yılının esas alınması usulünü benimseyebilir.

56 Ankara 16. İdare Mahkemesi, E:2014/236, K:2014/1415., Tarih: 10.11.2014.

57 Rekabet Kurulu Kararı, 21.11.2016 Tarih, 16-40/662-296 Sayı

58 Rekabet Kurulu Kararı, 07.07.2015 Tarih, 15-28/345-115 Sayı

4. İptal Kararı Sonrası Yeniden Açılan Soruşturmalarda Ciro Yılıının Tespitinin Ölçülülük İlkesi Bakımından

2010 tarihinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun açılması, özellikle temel hak ve özgürlükler bakımından anayasaya uygun yorum ilkesinin rekabet hukuku alanında öne çıkmasını uygulamada zorunlu kılmaktadır. Bu ilke birden çok anlama gelebilecek şekilde yorumlanabilecek bir kanun hükmünün, anayasaya uygun olup olmadığının tespitinde hangi şekilde yorumlamanın tercih edilmesi gerektiğini göstermektedir. Anayasal bir ilke olan ölçülülük ilkesi de idari para cezaları bakımından bu çerçevede kabul edilebilir. Anayasa Mahkemesi verdiği bir kararda⁵⁹ “*hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak eylem ile yaptırım arasında bulunması gereken adil denge, ölçülülük ilkesi olarak da adlandırılmakta ve bu ilkenin alt ilkeleri de elverişlilik, zorunluluk, ve orantılılık ilkeleri oluşturmaktadır*”. Yapılan açıklamalar indinde, RKHK’un madde 16/(f.3) gereğince idari para cezasının belirlenmesinde esas alınan ciro yılının tayini konusunu anayasaya uygun yorum ve ölçülülük ilkelerini dikkate alarak değerlendirmek gerekir. Buna göre idari para cezaları Anayasa’nın mülkiyet hakkına ilişkin 35. maddesinin 2. fıkrasındaki “*bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir*” hükmü gereğince usulüne uygun şekilde kanunla sınırlandırılmıştır. İdari yaptırımların nihai amacı kamu yararının sağlanmasıdır.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini düzenleyen AY madde 13’te aranan temel ölçüt olan ölçülülük ilkesi dikkate alındığında, iptal sonrası alınacak ikinci kararın ciro yılının tespitinde esas alınması, öngörülen yaptırımın ulaşılmak istenen amaç için elverişli olduğu söylenebilir. Ancak öngörülen yaptırımın, ulaşılmak istenen amaç bakımından zorunlu olduğunu ve öngörülen yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken orantının bulunduğunu söylemek yukarıda açıklanan sebeplerden dolayı pek mümkün değildir.

SONUÇ

Yukarıda tartıştığımız olgular ve bilgiler ışığında bir değerlendirme yapacak olursak; İdari para cezalarının belirlenmesi hususuna ilişkin hükümlere göre para cezaları, “*nihai karardan*” önce oluşan mali yıl cirosu esas alınarak belirlenecektir. Ancak mevcut düzenlemelerden yola çıkılarak bu belirlemenin para cezasının azami miktarına ilişkin olduğu ileri sürülebilir. Dolayısıyla Kurul, ihlalin olduğu ya da sonrası yıl cirosunu esas alarak ceza vermesi mümkündür. Ancak ceza miktarı her ne olursa olsun nihai karardan önceki yıl cirosunun yüzde onunu geçemeyecektir. Bununla beraber uygulamada “*nihai karardan*” ne anlaşılması gerektiği hususunda tereddütler yaşanmakta, gerek idari para cezalarının tespitinde gerek verilen cezaların yargı denetimi sonrası yeniden belirlenmesi durumlarında adil ve gerçekçi olmayan neticeler ortaya çıkmaktadır. Bu noktada ciro esasına dayalı yöntemle dair genel eleştiriler olduğu gibi Türk rekabet hukuku uygulaması ve mevzuatına özgü bir takım eleştirilerin de olduğunu belirtmek gerekir.

59 AYM, E. 2013/15, K. 2013/131, Tarih: 14.11.2013, RG. 28.02.2014.

Özellikle idari para cezasına dair ilk kararın yargı kararı ile iptali üzerine ihlal tarihinden çok sonraki bir tarihte aynı konuda ikinci bir karar alındığında, idari para cezası verilirken ciroya esas alınacak yılın hangi karar tarihi dikkate alınarak belirleneceği hususuna dair açık bir hüküm yoktur. Mevcut düzenlemeler bu husustaki belirsizliği gidermediği gibi var olan ve istikrar kazanmış içtihatları da bertaraf etmiştir. Bu minvalde Danıştay'ın henüz yerleşik içtihat haline gelmeyen kararlarında, ciroya esas alınacak nihai kararın iptal sonrası tesis edilecek ikinci işlem dikkate alınmak suretiyle belirlenmesi görüşü hakimdir. Diğer yandan Rekabet Kurulu kararlarında da tutarlı bir uygulamadan bahsetmek mümkün değildir.

İkinci kararın nihai karara esas alınması halinde, hiçbir rekabet ihlalinin olmadığı bir piyasada ciddi ciro artışı gerçekleştirmiş teşebbüsler bakımından ağır para cezaları ortaya çıkabilmektedir. Esasen bu durum idari işlemin hiç olmazsa amaç unsuru bakımından tartışmaya değerdir. Nitekim idari para cezasıyla varılmak istenen amaç, ihlali gerçekleştiren teşebbüs veya ortaklıkları hem cezalandırmak hem de bu ihlal sebebiyle ilgili dönemde elde ettikleri muhtemel gelirleri hazineye devrederek söz konusu teşebbüsleri caydırmaktır. Böylece diğer teşebbüslere de emsal oluşturarak serbest rekabet düzenini ve ekonomik kamu düzeninin korunması sağlanacaktır. Bu bakımdan esas alınacak ciro yılının tespitinde, nihai karar olarak ikinci işlemin esas alınması zorunluluğu olduğunu söylemek, iptal kararı sonrası yeniden tesis edilen işlemler için mutlak bir hüküm tahtında değerlendirilmemelidir.

Belirtilen hususlardan hareketle, iptal davası sonucunda yargı kararının uygulanması niteliğinde Kurum tarafından yeniden bir karar alınırken, azami ceza oranına esas alınacak ciro yılının, iptal edilen işlem öncesi oluşan mali yıl cirosu olması gerektiği söylenebilir. Bu noktada kanun koyucunun mevcut tereddütleri ortadan kaldırmak ve daha adil bir ceza sistemi tesis etmek adına uluslararası mevzuat ile uyumlu yasal değişiklikler yapması gerekmektedir. Böylelikle en azından hak arama hürriyetini kullanmanın, kişiler bakımından kanunun öngörmediği bir külfeti ortaya çıkarmasının önüne geçilmiş olacaktır. Ayrıca idarenin hukuka aykırı davranışından dolayı, kişilerin daha ağır para cezalarına katlanmak zorunda kalması ölçülülük ilkesi bakımından da eleştiriye açıktır. Esasen Kurul'un ceza oranını tayin ederken objektif kriterler ve kanunun amaçları çerçevesinde kullandığı takdir yetkisinin kapsamı, hangi ciro yılının esas alınacağı hususunda belirleyici olabilir. Nitekim kanundaki nihai karar ifadesinin azami hadde dair olduğunun kabulü, takdir yetkisinin bu sınırlar içinde kullanılmasını mümkün kılabılır. İdarenin ceza verilip verilmemesi değil, ama idari para cezası miktarının belirlenmesi hususunda takdir yetkisi olduğunun kabulü, sorunun çözümüne ilişkin AB normları ile uyumlu yaklaşımlar sağlayabilir⁶⁰. Bundan dolayı somut olayın mahiyetine göre idarenin hakkaniyete uygun, kamu yararı ve hizmetin gerekleri çerçevesinde adil bir denge kurması bu tür durumlarda beklenebilir. Esasen mevzuatta düzeltmeler yapılırken subjektif ölçütler yerine Avrupa rekabet hukuku uygulamalarının temelini oluşturan Tüzük ve buna istinaden çıkarılan Kılavuz'daki kriterler gibi evrensel değeri yüksek ölçütlerin kullanılması, dikkat çektiğimiz tür sorunların önüne geçebilir.

60 Harun Gündüz, *a.g.e.*, s. 24-25.

Kaynakça

- Akilloğlu**, Tekin, “*İnsan Hakları ve Yönetmelik Yargı*”, II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri, 10-14 Mayıs, Danıştay Yay., Ankara, 1993.
- Akıymaz**, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Seçkin Yay., Ankara, 2015.
- Arı**, Buket, “*Menarini Kararı Işığında Rekabet İhlallerine Verilen İdari Para Cezalarının Temel Hak Ve Özgürlüklere Etkisi-I*”, <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Yayinlar/diger-calismalar/rekabet-yazilari?icerik=4482b986-b45f-4a7f-95b4-1260da6183d9> (Erişim Tarihi: 21.03.2019)
“*Rekabet İhlallerinde Verilecek Para Cezalarının Hesaplanması Yönteminde Fransa Uygulaması*”, <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Yayinlar/diger-calismalar/rekabet-yazilari?icerik=4cad2b81-b384-45bc-ad28-4138ee0fc304> (Erişim Tarihi: 05.04.2019)
- Arı**, Haluk/ Aygün, Esin, “*Rekabet Kurulunun Ceza Yönetmeliği: Yeni Bir Dönemin Ayak Sesleri*”, *Rekabet Dergisi*, 2009, 10(4).
- Aslan**, Yılmaz, *Rekabet Hukuku*, Genişletilmiş 2. Basım, Bursa, 2001.
“*4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da ‘5728 Sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’ ile Yapılan Değişiklikler Hakkında Toplu Genel Değerlendirmeler I-*”, *Rekabet Forumu*, Sayı: 40, Yıl 2008.
“*4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da ‘5728 Sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’ ile Yapılan Değişiklikler Hakkında Toplu Genel Değerlendirmeler II-*”, *Rekabet Forumu*, Sayı: 41, Yıl 2008.
- Aslan**, Zehreddin/Berk, Kahraman, *Rekabet Kurumunun Oluşumu, Görev ve Yetkileri ile Yargısal Denetimi*, Alfa Yay., İstanbul, 2000.
- Dinçkol**, Alphan, *İktisadi Kamu Hizmetlerinde Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*, Der Yay., İstanbul, 2017.
- Erkut**, Celal, *İdari İşlemin Kimliği*, Danıştay Yay. No 51, Danıştay Mtb., 2015.
- Gökhan**, Erdoğan, “*Bağımsız İdari Otoriteler*”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 24, Ocak 2016.
- Gözler**, Kemal, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Yay., Bursa, 2017.
- Günday**, Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yay., Ankara, 2011.
- Gündüz**, Harun *Rekabet Hukukunda Uygulanan İdari Para Cezaları*, *Rekabet Kurumu Yay. No:308*, Ankara, 2014.
- Karabulut**, Mustafa, *İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- Karacan**, Ali İhsan, *Özerk Kurumlar Üzerine Denemeler*, Creative Yay., İstanbul, 2002.
- Karacehennem**, Nejdet, “*4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’un Değiştirilen Maddeleri ve Bunun Uygulamaya Etkileri (I)*”, *Rekabet Forumu*, Sayı: 40, Yıl 2008.
“*4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’un Değiştirilen Maddeleri ve Bunun Uygulamaya Etkileri (III)*”, *Rekabet Forumu*, Sayı: 42, Yıl 2008.
- Karakaş**, Mehmet, “*Devletin Düzenleyici Rolü ve Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler*”, *Maliye Dergisi*, Sayı:154, Ocak-Haziran 2008.
- Kaya**, Asım, *Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Düzenlenen Para Cezaları*, Seçkin Yay., Ankara, 2015.
- Özay**, İlhan, *İdari Yaptırımlar*, İstanbul Üniversitesi Yay. No:3326, İstanbul, 1985.
- Sabır**, Hasan, “*Piyasa Ekonomilerinde Rekabet Hukukunun İktisadi Temelleri*”, *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, Yıl:2, c. 1, Sayı: 2002/2

Şahin, Cenk, *Amerikan Federal İdare Hukukunda “Regülasyon” ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları*, XII Levha Yay., İstanbul, 2010.

Türkkan, Erdal, “*Rekabet İhlallerinde Ciroya Dayalı İdari Para Cezasının Sakıncaları ve Katma Değer Kriteri: Basitleştirilmiş Bir Analiz*”, Rekabet Forumu, Sayı 82, Mart 2014.

Ulusoy, Ali, *Bağımsız İdari Otoriteler*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.

Bağımsız İdari Otoriteler ve “Bağımsız İdari Kurumlar”, Danıştay Dergisi, Cilt 100, Sayı 29, Yıl 1999.
“*İdari Ceza Hukukunun İşlevi ve Hukuk Düzeni İçindeki Yeri*”, İKU İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Seçkin Yay., Ankara, 2009.

Yıldırım, Turan, “*Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi*”, 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, Danıştay Yay., Ankara, 2000.

Yıldırım, Turan/Yasin, Melikşah/Kaman, Nur/Özdemir, Eyüp/Üstün, Gül/Okay Tekinsoy, Özge, *İdare Hukuku*, Onikilevha Yay., İstanbul, 2016.

Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32003R0001>

Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003 (Text with EEA relevance).

Anayasa Mahkemesi Kararları

Danıştay Kararları

Rekabet Kurulu Kararları

Büyük Türk Sözlüğü

Rekabet Terimleri Sözlüğü