D.20/2019 YİM:187/2015

Yüksek İdare Mahkemesinde.

Anayasa’nın 152.Maddesi Hakkında

Yargıç Tanju Öncül huzurunda.

Davacı:Şefket Göçmen Nakliyat Limited, Baykal Yolu No:10-

Gazimağusa

İle

Davalı:KKTC Rekabet Kurulu, Agah Topçu Sokak No.09, Ortaköy-

Lefkoşa

A r a s ı n d a.

Davacı namına:Avukat Hasan Yücelen

Davalıyı temsilen Sezi Sıdal hazır namına: Avukat Hasan Esendağlı.

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

K A R A R

Davacının:

”a. Davalının 18/06/2015 tarih ve 38/2015 sayı No.lu olan ve Davacının bilgisine 10/08/2015’e tarihinde gelen kararın hatalı olduğuna ve/veya hukuki dayanaktan yoksun olduğuna ve/veya işbu kararın herhangi bir sonuç doğurmayacağına ve/veya iptal ve/veya iptallerine ilişkin bir mahkeme hükmü.“

talebiyle başlattığı davası sair şeyler yanı sıra:

”5. Davalı, söz konusu araçların kamu taşımacılığı yaptığını, tüm izinlerin izin makamı tarafından verildiğini ve isterse iptal edilebileceğini, yine söz konusu güzergahlar için alınacak taşıma ücretinin yine izin makamı tarafından belirlendiğini göz ardı ederek hatalı davranmıştır.

7. Davalının söz konusu kararı alırken fiyat konusunda yetkinin izin makamında olduğunu ve/veya izin makamı başkanı Halil Sakallı’nın toplu taşımada bu türde birlikteliklerin teşvik edildiğini beyan etmesine rağmen bunu göz ardı ederek ve karar alarak hatalı davranmıştır.

8. Davalının söz konusu birliktelikten vatandaşın yararlanacağını ve aynı sayıda aracın sadece 20 dakika ara ile hareket edeceğinden dolayı söz konusu oluşumdan daha kısa sürede zaman kaybı olmadan ulaşmak istediği noktaya vatandaşın ulaşacağına imkan sağlamasını göz ardı ederek hatalı davranmıştır. “

şeklindeki hukuki esaslara dayandırılmıştır.

Davalı tarafından konu davaya karşı dosyalanan Müdafaa Takririnde ise sair şeyler yanı sıra:

”5- Davacı ve diğer firmaların İzin Makamı’ndan izin almış olmaları; 36/2009 sayılı Rekabet Yasası kurallarına uygun hareket etme yükümlülüğünü ve/veya Davalının bu yasa tahtında tanınan yetkilerini ortadan kaldırmaz. Davacının faaliyet alanının 50/2000 sayılı Yasa ve/veya İzin Kurulu kararları ile belirlenmesi; tamamen başka bir mevzuat teşkil eden ve esas gayesi rekabetin korunması yolu ile tüketicinin mağduriyetini engellemek olan Rekabet Yasası kurallarına uyulması zorunluluğunu ortadan kaldırır bir biçimde yorumlanamaz.

7- İzin Makamı Başkanı’nın beyanlarının, Davalının yasal yetki ve görevlerinin yerine getirilmesi bağlamında hukuki bir değeri bulunmamaktadır. Ayrıca Rekabet Yasası’nın koruduğu ve Davalının gözettiği kamu menfaati ve/veya tüketici yararı ve/veya rekabet kavramı, yalnızca ücretten ibaret değildir.

şeklindeki hukuki esaslara yer verilmiştir.

Toplam 58 adet evrağın Emare olarak kaydının yapıldığı davanın duruşmasında Müşterek Olgular:

” 1- Davacı, toplu taşımacılık sektöründe faaliyet gösteren Limited bir şirkettir.

1. Davalı, 36/2009 sayılı Yasayla oluşturulan 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 sürdürülmesini sağlamak için görevli ve yetkili kılınan kamu tüzel kişisidir.
2. Rekabet Kurulu takriben 9.7.2014 tarihinde, Davacı dahil, Lefkoşa-Mağusa hattında yolcu taşımacılığı yapan beş teşebbüs hakkında Ön Soruşturma başlatmıştır.
3. Ön Araştırma Mağusa-Lefkoşa ve Lefkoşa-Mağusa güzergâhında yolcu taşımacılığı piyasasında faaliyet gösteren Davacı dahil 5 firmanın bir araya gelerek oluşturduğu MLS (Mağusa-Lefkoşa Servisleri) isimli birlikteliğin, Rekabet Yasası’nın 4.maddesini ihlal edip etmediği konusunda idi.
4. Ön Araştırmanın tamamlanmasını müteakip tanzim edilen Ön Araştırma Raporunun akabinde Kurul, ilgili teşebbüsler hakkında soruşturma başlatmış, ilgili teşebbüslere yazılı ve sözlü savunma hakkı vermiş, konuyla ilgili soruşturma kapsamında elde edilen ve huzuruna getirilen bilgi, belge ve ifadeleri değerlendirerek nihai kararını vermiştir.
5. Rekabet Kurulunun, 18.6.2015 tarihinde vermiş olduğu karar, gerekçesi ile birlikte 27.7.2015 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.
6. Bu kararda Rekabet Kurulu ilgili beş teşebbüsün imzalamış oldukları 31.5.2014 tarihli sözleşme ve ayrıca 1.6.2014 tarihinden beri süre gelen fiili uygulamalarının teşebbüslere rekabet etmeme yükümlülüğü getirdiği, üretim miktarlarını, sefer sayısını kısıtlayıcı, piyasaya potansiyel rakiplerin girişini yasaklayıcı içerikli olması nedeniyle 36/2009 sayılı Rekabet Yasası’nın 4.maddesini ihlâl ettiğine, ilgili teşebbüslere kararda belirtilen miktarda idari para cezası verilmesine, varlığı tespit edilen ihlâl içerikli sözleşme ve/veya fiili uygulamanın en geç 30.9.2015 tarihine kadar sonlandırılmasına ve/veya ilgili sözleşme ve/veya fiili uygulamanın 36/2009 sayılı Rekabet Yasası hükümleriyle uyumlu hale getirilmesine, bahse konu tarihe kadar ihlâle son verilmemesi ve/veya Rekabet Yasasıyla uyumlu hale getirilmemesi halinde her geçen gün için nispi idari para cezası verilmesine karar vermiştir.
7. Rekabet Kurulunun Davacıya verdiği idari para cezası, 16.451 TL nispi idari para cezası ise her geçen gün için 160 TL’dir.
8. Davacı ve diğer teşebbüsler, işbu davanın ikâmesinden sonra, aralarındaki anlaşmada birtakım değişiklikler yaparak, Rekabet Kuruluna muafiyet müracaatında bulunmuşlardır.

10-Davacı, Rekabet Kurulunun 18.6.2015 tarihli

kararında saptamış olduğu, ”Davacı ve diğer

teşebbüslerin 31.5.2014 tarihli sözleşme ve ayrıca

1.6.2014 tarihinden beri süregelen fiili

uygulamalarının, teşebbüslere rekabet etmeme

yükümlülüğü getirdiği, üretim miktarlarını (sefer

sayısını) kısıtlayıcı,piyasaya potansiyel rakiplerin

girişini yasaklayıcı içerikte olması nedeniyle,

36/2009 sayılı Rekabet Yasası’nın 4.maddesini ihlâl

ettiğine“ ilişkin bulgusunu kabul etmektedir.

11-Davacının bu davadaki argümanı, bu dava konusunu

teşkil eden durumun, 36/2009 sayılı Yasanın

39.maddesi uyarınca yasal istisna oluşturduğu ve bu

sebeple bu Yasa kurallarının uygulanmaması gerektiği

için Rekabet Kurulunun kararının hatalı olduğudur.

Dolayısıyla bu husus taraflar arasında ihtilaflıdır.

şeklinde beyan edilmiştir.

Duruşma maksatları açısından tanık dinletilmeyen bu meselede, tarafların Mahkemeye yaptıkları hitaplar incelendiğinde, Davacı tarafın iddialarının:

* Kamu taşımacılığı kamunun faydasına genel bir fayda için yapılmış bir düzenlemedir ve 39’uncu madde kapsamındadır.
* Kamu Taşımacılığı Motorlu Araçlarla Yolcu ve Eşya Taşınması (Denetim) Yasası tahtında kontrol ve denetime tabi bir sektördür. Yani hiçbir denetimin olmadığı, Davalının müdahale etmesi gereken bir alan değildir. Yasa koyucu bu alanı tamamen Yasanın kontrolüne bırakmıştır.
* İlgili Meclis tutanaklarına göre, devlet bir alanda bir yasa yapmışsa ve o alanı devlet yasa ile denetlemek için bir kurul oluşturmuşsa ve neleri kapsadığını düzenlemişse, konunun tekrardan Rekabet Kurulunun denetimine tabi olması ilgili Yasaya zarar verecektir.
* Yasa koyucu Rekabet Yasası’nın, 39’uncu maddesine (2)’nci fıkrayı koyarak bazı alanlarda devletin yetkilendirdiği ve görevlendirdiği başka kurulların olması durumunda bunun Rekabet Yasası kapsamına girmemesini düzenlemiştir.
* Tarafların birlikte hareket etmesi, monopol bir yapıda olması, sektöre girmenin önünde bir engel değildir. İzin Kurulu gerekirse başka şirketlere izin verebilir veya izinli olanların iznini sonlandırabilir.
* Kamu taşımacılığı genel ekonomik faydayı sağlar, Davacı da Rekabet Yasası’nın 39’uncu maddesinin 2’nci fıkrasında belirtilen, genel ekonomik fayda sağlayan hizmetlerin yürütülmesi için devlet tarafından görevlendirilen teşebbüslerden bir tanesidir.
* Rekabet Yasası’nın 39’uncu maddesinin Davacıya uygulanmaması nedeniyle karar hatalıdır.

şeklinde, Davalı tarafın iddialarının ise:

* Rekabet Kurulunun yetkisizliğine dair argüman, idari işlemi yapan makam huzurunda dile getirilmediği için bunun Yüksek İdare Mahkemesinde dile getirilmesi mümkün değildir. Çünkü Mahkeme, Rekabet Kurulunun verdiği kararın huzurundaki olgularla sınırlı olarak doğru olup olmadığını değerlendirecektir.
* Genel ekonomik fayda sağlayan hizmetlerin yürütülmesi için görevlendirilmiş olup olmama noktasında ise, belirtilenlerle sınırlı olmamak kaydıyla:

1. Bütün tüketicilere eşit şekilde hizmet etme,
2. Tekel olmanın belirli ayrıcalıklarından yararlanma,
3. Hizmetin devlet tarafından yapılacak kadar önemli olması,
4. Yapılan hizmetin şartlarıyla ilgili düzenlemeler yapma yetkisinin hükümet tarafından verilmiş olması gereklidir. Tekel olmanın belirli ayrıcalıklarından yararlanma unsuru olgusaldır, bu nedenle bu meselede yoktur. Madde devlet tekellerinin, devletin tekelinde tuttuğu hizmetlerin yerine getirilmesinin engellen-mesini sağlamaya çalışmaktadır. Dolayısıyla, tekel olmayan noktada bu maddenin uygulanabilirliği yoktur. Beş şirket konu hatta çalıştığı için tekel olmadığı açıktır. 50/2000 sayılı Yasanın 12’nci maddesinin (8)’inci fıkrası zaten tekelleşmenin önünü kapatmakla ilgilidir. Dolayısıyla, bu meselede kamu tekeli veya genel ekonomik menfaate hizmet etmekle görevlen-dirilmiş bir teşebbüs yoktur. Bu nedenle, 39’uncu maddenin (2)’nci fıkrasına giren bir durum mevcut değildir.

* Rekabet kurallarının uygulanabilirliği ile ilgili olarak kriter, teşebbüslerin karara bağlayabileceği, hareket edebileceği, esnek yanları olup olmadığı ile ilgilidir. Eğer regülasyon, ellerini kollarını tamamen bağladıysa, faaliyetleriyle ilgili yapabilecekleri hiçbir serbest alanları yoksa, rekabet kurallarının uygulanmasına da gerek olmaz. Tabii ki bu da olgusal bir konudur ve Rekabet Kurulu huzurunda dile getirilmesi gereklidir. Bu meselede fiyat konusunda düzenleme sabittir. Regülasyona bağlıdır. Ancak bu meselede rekabeti ihlal eden uyumlu davranış fiyat değil, seferlerin tamamen eşgüdümlü olarak belirlenmiş olmasıdır ve bu alanda, 50/2000 sayılı Yasanın yarattığı bir esneklik vardır.
* 39’uncu maddenin (2)’nci fıkrasından yararlanmak için sadece gelir getirici, ekonomik fayda sağlayan hizmetlerin yürütülmesi için görevlendirme veya mali tekel niteliğinde olma tanımına girmek yetmemektedir. Aynı zamanda kendilerine verilen görevle ilgili performanslarının etkilenmesi de söz konusu olmalıdır. Bu da tamamen olgusaldır. Bunun hem Rekabet Kurulunda iddia edilmesi, hem de Mahkeme huzuruna bu noktada şahadet getirilmesi gereklidir. Oysa bunlar yapılmamıştır. Performanslarının engelleneceği noktasında Mahkemenin istihraç edebileceği hiçbir husus Mahkeme huzurunda bulunmamaktadır. Bu nedenle, 39’uncu maddenin (2)’nci fıkrasındaki istisnanın uygulanması gerektiğine ilişkin yasal bir çıkarım yapılamaz

şeklinde olduğu görülmektedir.

Tarafların iddiaları ve ihtilafsız olgular dile getirilirken belirtilenler göz önüne alındığında, bu davadaki esas sorunun, Emare 56 Karara konu Davacı dahil, bazı başka teşebbüslerin bir araya gelerek oluşturdukları MLS isimli birliktelik yoluyla gerçekleştirdikleri uygulamanın, Rekabet Yasası’nın 39’uncu maddesinin (2)’nci fıkrasında düzenlenmiş yasal istisna kapsamına girip girmediğine ilişkin olduğu anlaşılmaktadır.

Değiştirilmiş şekliyle 36/2009 sayılı Rekabet Yasası’nın 39’uncu maddesi:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| ”Yasal İstisnalar | 39. Bu Yasa kuralları aşağıdaki durumlarda uygulanmaz: | | |
|  |  | (1) | Ücret, istihdam ve çalışma koşullarını belirleyen anlaşmalarda; |
|  |  | (2) | Genel ekonomik fayda sağlayan hizmetlerin yürütülmesi için Devlet tarafından hukuken veya fiilen görevlendirilen teşebbüslerin veya mali tekel (gelir getirici tekel) niteliğindeki kamu teşebbüslerinin, kendilerine verilen görevlerle ilgili performanslarının engelleneceği durumlarda. “ |

şeklindedir.

Tarafların üzerinde durduğu, Rekabet Yasası’nın 39’uncu maddesinin (2)’nci fıkrasından anlaşılacağı üzere, (2)’nci fıkra bağlamında yasal istisna içerisinde sayılabilmek için:

(1) (a)Genel ekonomik fayda sağlayan hizmetlerin yürütülmesi için devlet tarafından hukuken veya fiilen görevlendirilen teşebbüs veya

(b)Mali tekel (gelir getirici tekel) niteliğindeki kamu

teşebbüsü olma ve

(2)Belirtilen yapıdaki teşebbüslere verilen görevlerle

ilgili performanslarının engelleneceği durumunun söz

konusu olması, gerekliliği vardır.

39’uncu maddenin (2)’nci fıkrası olgusal bazı durumların varlığını gerekli kılsa da, temelde yasal bir nokta olarak ortada durduğundan, Davalı Avukatı tarafından dile getirilen, konu yasal istisna iddasının önceden dile getirilmediği yaklaşımının uygun görülmesi ve buna bağlı olarak davanın iptali yönüne gidilmesi kabul edilebilir halde değildir. Bu yaklaşımın gereği olarak yukarıda vurgulanan 39’uncu maddenin (2)’nci fıkrasının unsurlarının bu meselede var olup olmadığının incelenmesi uygun olacaktır.

Davacı tarafından iptali talep olunan kararın konusu:

” Mağusa-Lefkoşa, Lefkoşa-Mağusa güzergahında yolcu taşımacılığı piyasasında faaliyet gösteren İtimat Otobüs ve Nakliyat Şti. Ltd. (İtimat), Şefket Göçmen Nakliyat Limited (Göçmen), Akandere Otobüs Şirketi Limited (Akandere), Zekai Cemal İşletmeleri Limited (Gece) ve Mustafa Debreli Otobüs Minibüs İşletmeleri (Debreli) isimli teşebbüslerin biraraya gelerek oluşturdukları MLS (Mağusa-Lefkoşa Servisleri) isimli birliktelik yoluyla 36/2009 sayılı Rekabet Yasası’nın 4’üncü maddesini ihlal ettikleri iddiasının soruşturulması “ şeklindedir.

Davacı, bu birlikteliği oluşturan Şirketlerden birisidir ve sözleşmedeki payı dikkate alınarak cezalandırılmıştır. Diğer bir deyişle, Davacı kendisine devlet tarafından verilen taşımacılık görevi veya kendisine devlet tarafından verilen taşımacılık görevine bağlı olarak tek başına gerçekleştirdiği uygulaması dolayısıyla değil, başka şirketlerle birlikte giriştiği uygulama dolayısıyla cezalandırılmış haldedir. Bu gerçeklik ışığında olaya bakıldığında, kararın konusunu oluşturan Davacı ve diğer şirketlerin birlikte hareket ederek gerçekleştirdikleri uygulamanın, devlet tarafından hukuken veya fiilen Davacıya verilmiş bir görev olmadığı açık gerçeği ile karşılaşılmaktadır. Tekrar pahasına belirtmekte yarar vardır ki, Davacıya verilen görevler, ilgili emarelerde görülenlerdir ve Rekabet Kurulunun kararı, doğrudan bu görevler dolayısıyla değil, Davacı ve diğer şirketlerin aralarındaki anlaşmaya bağlı olarak gerçekleştirdikleri uygulama dolayısıyladır. Bu nedenle, daha ileri bir incelemeye gerek olmaksızın bu davanın reddi kaçınılmaz haldedir. Ancak olası bir istinafı ve istinafta farklı bir değerlendirme olabileceği hususunu göz önüne alarak, tarafların iddiaları çerçevesinde olaya baktığımda, görülebilecekleri sıralamakta da yarar görmekteyim.

Bu meselede mali bir tekelin varlığından söz edilemeyeceği açıktır. Davacı Avukatının iddiaları incelendiğinde, bu meselede, ”genel ekonomik fayda sağlayan hizmetlerin yürütülmesi için devlet tarafından hukuken veya fiilen görevlendirilen teşebbüsün“ varolduğunun ileri sürüldüğü anlaşılmaktadır.

Doç.Dr.Pelin Güven’in Rekabet Hukuku, 2’nci baskı adlı eserinde sayfa 110 ve 111’de konuyla ilgili olarak:

”151- ”Genel ekonomik çıkarlara ilişkin hizmet“

kavramının, ”genel çıkara hizmet“ kavramının bir

parçası olduğu, genel ekonomik çıkarlara ilişkin

hizmetleri yürütmekle görevli teşebbüs tanımının

ATA’da ve ilgili mevzuatta yapılmaması ile geniş

bir çerçevenin çizildiği ve bu şekilde kamu

hizmetinin kapsamı ve organizasyonu ile ilgili Üye

Devletlerin serbest bırakıldığı, bu şekilde yeni

gelişmelere göre yeni kamu hizmeti tiplerinin

kapsam içerisine yer alabileceği, genel ekonomik

çıkara ilişkin hizmetlerin bir başka ifadesinin de

kamu hizmeti olduğu belirtilerek, yine genel çıkara

hizmet eden ancak ekonomik olmayan, zorunlu eğitim,

adalet, güvenlik gibi hizmetlerin bu nedenle

rekabet hukuku kapsamında (ATA m.86 kapsamında)

değerlendirilmeyeceği doktrinde ifade edilmektedir.

Yine doğası gereği bazı özel veya münhasır haklar

içeren kamu hizmeti;

”...kamu otoritelerince yaratılan, bu

otoritelerin sorumluluğunda yerine getirilen

genel ekonomik çıkara ilişkin bir aktivite...“

olarak tanımlanmaktadır.

152- Genel ekonomik menfaate hizmet eden bir teşebbüsün

olması için;

” -Bütün tüketicilere eşit şekilde hizmet etme

görevi,

-Tekel olmanın belirli ayrıcalıklarından

yararlanma,

-Hizmetin doğrudan devlet tarafından yapılacak

kadar önemli olması,

-Yapılan hizmetin koşulları ile ilgili

düzenlemeler yapma yetkisinin hükümet tarafından

verilmiş olması... “

şeklinde sınırlayıcı olmayan bir sayımla gereken şartlar doktrinde belirtilmiştir.

153- Avrupa Birliği’nde ATM, ”genel ekonomik çıkara hizmet

eden teşebbüs“lerin belirlenmesinde bazı kriterler getirmiştir. Bunlar; teşebbüslerin kamu otoritesi tarafından görevlendirilmesi, nüfusun belirli temel ihtiyaçlarını karşılayan bir hizmet sunulması, hizmetin sürekli olması, hizmetlerin yetki alanının tümü içerisinde verilmesi, tüm kullanıcılara eşit olarak hizmet sunulması gibi kriterlerdir. Mali nitelikli tekel özelliğine sahip teşebbüsler ise devlet bütçesine gelir sağlamak için kurulmuş olan teşebbüslerdir. “

ibareleri yer almaktadır.

Avrupa topluluğundaki durumun da incelendiği Ahmet Fatih Özkan’ın ”Türk Rekabet Hukuku Uygulamasında Kamu Teşebbüsleri ve Kamu Kuruluşlarının Rekabeti Bozucu Davranışları“ adlı makalesinde:

”1.2.2.2.86(2).Madde

Roma Antlaşması’nın 86.maddesinin 2.fıkrasında ise, yine 4054 sayılı Kanunda yer almayan bir hüküm bulunmaktadır. Buna göre ”Genel ekonomik faydaya olan hizmetlerin yürütülmesiyle görevlendirilmiş veya gelir elde eden tekel niteliğine sahip olan teşebbüslere Antlaşma hükümleri ve özellikle rekabete ilişkin hükümler, bu hükümlerin uygulanması söz konusu işletmelere verilen özel görevin hukuken veya fiilen yerine getirilmesini engellemedikleri ölçüde uygulanır.

Bu maddede iki tür teşebbüsün, rekabet kurallarının uygulanması dışında bırakılabileceği öngörülmüştür. Birincisi ”genel ekonomik faydaya olan hizmetlerin yürütülmesiyle görevlendirilmiş“ teşebbüs, ikincisi ise ”gelir elde eden tekel niteliğine sahip olan“ teşebbüstür. Eğer rekabet hukuku kuralları, bu türdeki teşebbüslere üye ülkeler tarafından verilen görevlerin yerine getirilmesini engelliyorsa, o zaman bu teşebbüslere rekabet kurallarının uygulanmasından imtina edilebilir. Kanımızca bu madde ile bir kamu teşebbüsü tarafından yapılan hizmetin topluma bir fayda teşkil etmesi ve bu faydanın rekabetin bozulmasına oranla daha üstün ve önemli olması halinde, rekabet kurallarının uygulanmasında ısrar etmek yerine kamusal menfaati öne çıkarmak amaçlanmıştır.

ATAD De Danske Statsbaner kararında, limanları işletmede tekel olan bir kamu teşebbüsünün yaptığı faaliyetin, genel ekonomik faydaya olan bir hizmet olarak değerlendirmemiş; böyle bir hizmet olarak değerlendirilirse dahi rakabet kurallarının uygulanmasının, Anlaşmaya aykırı olarak limanların işletilmesinde kullanım ücreti alma faaliyetinin yerine getirilmesini hukuken veya fiilen engellemeyeceğini belirtmiştir. Müller kararında ise ATAD, bir üye devlet için önem taşıyan su yollarının yönetilmesi faaliyetini genel ekonomik faydaya olan bir hizmet olarak değerlendirilebileceğine karar vermiştir.“

denildiği görülmektedir.

Bizdekine benzer bir düzenlemenin Avrupa topluluğu bünyesinde de olduğu gerçeği göz önüne alındığında, yukarıda alıntılanan ATM’nin kriterleri çerçevesinde bu meselede genel ekonomik çıkara hizmet eden teşebbüsün var olup olmadığının incelenmesi daha uygun olacaktır. Bu yaklaşımla olay, Emare 6,7,8,9,10,11,12 ve 13 de göz önüne alınarak incelendiğinde, yukarıda belirtildiği üzere idari kararın konusu olan uygulama açısından olmamakla birlikte, Davacının, belirtilen emarelerdeki görevler açısından kamu otoritesi tarafından görevlendirildiği, hizmetin bu görevler sırasında tüm kullanıcılara eşit olarak sunulduğu ve yapılan taşımacılığın temel ihtiyacı karşılayan bir hizmet olduğu söylenebilmektedir. Ancak izin belgelerinin bir yıl için geçerli olduğu ve yenilenmesinin yasayla kurulmuş ilgili Kurulun yetkisinde bulunduğu gerçeği göz önüne alındığında, hizmetin sürekliliğinden söz etmek mümkün görünmemektedir. Sefer hatları ve bunların sınırlılığı göz önüne alındığında, Davacının verdiği hizmetin yetki alanının tümü içerisinde verildiği de söylenememektedir. Belirtilen değerlendirmelerin doğal sonucu, Davacının, genel ekonomik fayda sağlayan hizmetlerin yürütülmesi için devlet tarafından hukuken veya fiilen görevlendirilmiş teşebbüs olmadığıdır.

İkinci unsurun varlığı açısından olaya bakıldığında ise bu mesele ile ilgili olarak görülenler şöyle sıralanabilmektedir:

Emare 56 Kararın ”iktisadi değerlendirme“ başlığı altında 443’üncü satırından 451’inci satıra kadar olan kısmı:

” Soruşturmanın tarafı teşebbüsler, birlikte daha yoğun seferler düzenlediklerini (saatte üç sefer) iddia etseler de Kurul’a sundukları sefer sayıları ve saatlerini gösteren belgelerden bir araya gelmeden önceki sefer sayıları toplamlarının bir araya geldikten sonrakiler ile aynı olduğu, yani ilave sefer yaratılmadığı anlaşıl-maktadır. Ayrıca taraflar, soruşturma sırasında vermiş oldukları ifadeler ile yapmış oldukları yazılı ve sözlü savunmalarında yeni araç alımından, gün içerisindeki sefer başlama ve bitiş saatlerinin genişletileceğinden bahsetmelerine ve birlikte hareket etmeye başlayalı bir yılı aşmış olmasına rağmen, Kurulun bilgisine söz konusu iddialarını destekleyici olarak herhangi bir belge veya delil sunulmamıştır. “

şeklindedir.

Bu kısım göz önüne alındığında, Davalı tarafından, Davacı ve diğerlerinin biraraya gelmesinden önceki ve sonraki sefer sayılarında bir değişiklik olmadığı sonucuna varıldığı görülmektedir. Diğer bir deyişle ”teşebüslere verilen görevlerle ilgili performanslar“ açısından Davalının olgusal bir tespit yaptığı, kararın alıntılanan bu kısmından anlaşılmaktadır. Bu değerlendirmenin doğal sonucu Davacıya veya Davacıyla birlikte hareket edenlere verilen taşımacılık görevi ile ilgili performansta bir değişiklik olmadığı veya engelleme bulunmadığı gerçeğidir. Davacı taraf, Davalının bu saptamasının veya değerlendirmesinin aksini ortaya koyabilmiş değildir. Bunun aksini ortaya koyucu bir husus da Mahkeme huzurunda bulunmamaktadır. Daha ileri giderek, Davacı Avukatının bu boyutta bir iddia yaptığı, yani Davacı veya onunla birlikte hareket edenlerin performanslarının engelleneceği bir durumun varlığını ortaya koyucu bir argüman ileri sürdüğü de görülmemektedir. Bu nedenlerle, bu meselede Davacının veya Davacıyla birlikte hareket edenlerin taşıma-cılık görevleri ile ilgili performanslarının engelleneceği bir durumun olmadığı sonucuna varmak da kaçınılmaz olmaktadır.

Yukarıda dile getirilenler göz önüne alındığında, Davacının veya Rekabet Kurulunun incelemesine ve kararına konu uygulamanın, Rekabet Yasası’nın 39’uncu maddesinin (2)’nci fıkrasındaki yasal istisna kapsamında sayılmasının olanaksızlığı ortaya çıkmaktadır.

Belirtilen nedenlerle Davacının davası ret ve iptal edilir.

Dava masrafları Davacı tarafından Davalıya ödenecektir.

Tanju Öncül

Yargıç

29 Ağustos 2019