

*Uzmanlık Tezleri Serisi No: 136*

# REKABET KURUMU

## DÜZENLENEN DAVRANIŞ DOKTRİNİ ÇERÇEVESİNDE REKABET HUKUKU UYGULAMALARI

*CAN SARIÇİÇEK*

# DÜZENLENEN DAVRANIŞ DOKTRİNİ ÇERÇEVESİNDE REKABET HUKUKU UYGULAMALARI

*CAN SARIÇİÇEK*

ANKARA 2012

© Bu eserin tüm telif hakları  
Rekabet Kurumuna aittir. 2012

Baskı, Aralık 2012  
Rekabet Kurumu-Ankara

Bu kitapta öne sürülen fikirler eserin yazarına aittir;  
Rekabet Kurumunun görüşlerini yansıtmaz.

1/01/2012 tarihinde Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Ali İhsan  
ÇAĞLAYAN Başkanlığında, V. Denetim ve Uygulama Dairesi Başkanı  
Barış EKDİ, Mesleki Koordinatör Dr. Ekrem KALKAN,  
Mesleki Koordinatör Ömür PAŞAOĞLU ve  
Yrd. Doç. Dr. Hamdi PINAR'dan oluşan Tez Değerlendirme Heyeti  
önünde savunulan bu tez, Heyetçe yeterli bulunmuş ve Rekabet Kurulunun  
12/01/2012 tarih ve 12-01/59 sayılı toplantısında  
“Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi” olarak kabul edilmiştir.

ISBN 978-605-5479-36-7

YAYIN NO

301

*Sahip olmamın büyük birer şans olduğunu bildiğim aileme ve eşime...*



## İÇİNDEKİLER

SUNUŞ .....	IX
KISALTMALAR.....	XI
GİRİŞ.....	1

### Bölüm 1

#### DÜZENLEMELER İLE REKABET HUKUKU İLİŞKİSİ VE REKABET HUKUKUNA GETİRİLEN KISITLAMALAR

1.1. DÜZENLENEN DAVRANIŞ DOKTRİNİ .....	3
1.2. DÜZENLEMELER VE REKABET HUKUKU.....	4
1.2.1. Düzenleme İhtiyacı ve Düzenlemelerin Ortaya Çıkışı .....	4
1.2.2. Düzenleme Kavramı .....	6
1.2.3. Sektörel Düzenlemeler ile Rekabet Hukuku Arasındaki Farklılıklar ..	7
1.2.4. Düzenlemeler ve Rekabet Hukuku Arasındaki İlişkiler .....	11
1.2.4.1. İki Enstrüman Arasında Ne Tür İlişkiler Olabilir? .....	11
1.2.4.2. Rekabet Hukuku ve Düzenlemelerin Tamamlayıcılık Niteliği .....	13
1.2.4.3. İki Enstrümandan Birinin Öncelikli Olması .....	14
1.2.4.4. İlişkiden Çatışmaya Geçiş ve Çatışma Sonucu Ortaya Çıkan Muafiyet .....	15
1.3 REKABET HUKUKU MUAFİYETLERİ .....	16
1.3.1. Muafiyet Kavramı ve İstisna Kavramından Farkı .....	16
1.3.2. Muafiyet Türleri.....	17
1.3.3. Düzenlenen Davranış Doktrininin Muafiyet Olup Olmama Niteliği ...	18
1.3.4. Rekabet Hukukuna Getirilen Muafiyetlerin Olumsuz Yönleri .....	18
1.3.5. Muafiyetlere İlişkin Olarak Dikkat Edilmesi Gereken Esaslar.....	20

### Bölüm 2

#### ABD VE AB UYGULAMALARI İŞİĞİNDE DÜZENLENEN DAVRANIŞ DOKTRİNİ

2.1. ABD'NİN HUKUKİ YAPISI VE DÜZENLENEN DAVRANIŞLARA YAKLAŞIMI.....	22
2.1.1. ABD Hukuk Sistemine İlişkin Genel Bilgiler .....	22

2.1.2. ABD'nin Düzenlenen Davranışlara Yönelik Rekabet Hukuku Uygulaması .....	24
2.1.3. Federal Düzenlemelerle Getirilen Açık Muafiyetler.....	25
2.1.4. Federal Düzenlemelerle Zımnı Muafiyet Tanınması .....	26
2.1.5. Zımnı Muafiyet Uygulamasına İlişkin Değerlendirme ve Eleştiriler .....	30
2.1.6. ABD Özelinde Uygulanan SA .....	32
2.1.7. SA Doktrininin Uygulanması İçin Aranılan Koşullar .....	35
2.1.7.1. Yetkiye İlişkin Koşul .....	35
2.1.7.2. Gözetime İlişkin Koşul .....	36
2.1.8. SA Uygulamasına İlişkin Değerlendirme ve Eleştiriler.....	37
2.2. AB'NİN HUKUKİ YAPISI VE DÜZENLENEN DAVRANIŞLARA YAKLAŞIMI.....	39
2.2.1. AB Hukuk Sistemine İlişkin Genel Bilgiler .....	39
2.2.2. AB'nin Düzenlenen Davranışlara Yönelik Rekabet Hukuku Uygulaması .....	40
2.2.3. AB Rekabet Hukukunun Genel Uygulanabilirliği, Devletlerin Yükümlülükleri ve Uygulamannın Üye Devletlerce Kısıtlanması .....	40
2.2.4. Üye Devletlerin Yükümüne Getirilen İstisna: Genel Ekonomik Yarar Hizmetleri .....	45
2.2.5. AB Rekabet Hukuku Uygulamasına Getirilen Açık Kısıtlamalar .....	45
2.2.6. Sektörel Düzenlemelerin Varlığında AB Rekabet Hukuku Uygulaması .....	47
2.2.6.1. Sektörel Düzenlemeler ve Telekomünikasyon Sektörüne Yönelik AB Düzenlemesi .....	47
2.2.6.2. Sektörel Düzenlemeler Çerçevesinde AB Rekabet Hukuku Uygulaması .....	49
2.2.7. AB Uygulamasına Yönelik Genel Değerlendirme.....	51
2.3. ABD VE AB UYGULAMALARI ARASINDAKİ FARKLILIKLAR VE BU FARKLILIKLARIN NEDENLERİNE İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME.....	53
2.4. DÜZENLENEN SEKTÖRLERDE UYGULAMAYA İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME .....	57

**Bölüm 3**  
**TÜRKİYE UYGULAMASI**

3.1. NORMLAR HİYERARŞİSİ KAVRAMI .....	59
3.1.1. NORMLAR HİYERARŞİSİNİN TEMEL İLKELERİ .....	60
3.1.2. NORMLAR HİYERARŞİSİNİN YETERSİZLİĞİNDE BAŞVURULAN İLKELER .....	62
3.2. TÜRKİYE’DE UYGULANAN KARA AVRUPASI SİSTEMİ .....	63
3.2.1. Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi .....	63
3.2.2. Devlet Teşkilatlanmasına İlişkin Genel Bilgi .....	67
3.2.2.1. Türkiye Futbol Federasyonu .....	68
3.2.2.2. Bağımsız İdari Otoriteler .....	68
3.3. TÜRKİYE’DE DÜZENLENEN ALANLARDA REKABET HUKUKU UYGULAMASI .....	71
3.3.1. Düzenlenen Bir Sektör Olarak Enerji Sektörüne Yönelik Uygulamalar .....	71
3.3.2. Düzenlenen Bir Sektör Olarak Telekomünikasyon Sektörüne Yönelik Uygulamalar .....	73
3.3.3. Özel Düzenlemelerin veya İdari Kararların Varlığında Uygulama ...	77
3.4. TÜRKİYE UYGULAMASINA İLİŞKİN GENEL BİR DEĞERLENDİRME .....	78
3.5. SORUNU AŞMADA KULLANILABİLECEK YÖNTEM ÖNERİSİ .....	82
<b>SONUÇ</b> .....	86
<b>ABSTRACT</b> .....	89
<b>KAYNAKÇA</b> .....	90





## SUNUŞ

15 yılı aşkın bir süredir bağımsız bir idari otorite olarak faaliyetlerini sürdürmekte olan Rekabet Kurumu, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanmasını gözeterek, piyasalarda kartelleşme ve tekelleşmeyi engellemek yönünde önemli adımlar atmaktadır. Piyasa ekonomilerinde hayati bir role sahip olan rekabetin korunması ile tüketicilerin, yaşamın her alanında daha kaliteli ürünü, daha ucuza ve daha çok miktarda satın alabilmeleri sağlanmaktadır. Bu başarılar sayesinde de Rekabet Kurumu, yalnızca Türkiye'deki kurumlar arasında değil, dünyadaki rekabet otorileri arasında da hak ettiği yeri almaya başlamıştır. Nitekim Avrupa Birliği Komisyonu ilerleme raporları ile OECD gözden geçirme raporlarında bu durum ifade edilmekte ve Kurumun ulaşılmış olduğu idari kapasite ve mesleki düzeyle takdirle karşılanmaktadır.

Rekabet Kurumunun ulaşılmış olduğu bu idari kapasite ve mesleki düzeyin en önemli yansımalarından biri de uzmanlık tezleridir. Rekabet uzman yardımcıları, üç yılı aşan meslekî çalışmalarından elde ettikleri tecrübeleri, yoğun bilimsel araştırmalarla birleştirerek tez hazırlamaktadır. Rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadı alanlarında hazırlanan ve gerek Rekabet Kurumuna gerekse diğer ilgililere yönelik önemli bir kaynak niteliğini haiz olan bu tezlerden bazılarında, rekabet hukuku ve politikasının temel konu başlıklarını içeren teorik hususlar derin analizlerle irdelenmekte, diğerlerinde ise rekabet hukuku uygulamaları bakımından önem arz eden sektörlerle ilişkin çalışmalar yer verilmektedir. Bu sayede daha önce ele alınmamış pek çok konuda değerli eserler ortaya çıkmaktadır.

Doktrine katkı sağlanması ve toplumun rekabet konusunda bilgilendirilmesi amacıyla bu eserlerin yayımlanması, rekabet otoritelerinin en önemli görevleri arasında yer alan rekabet savunuculuğunun bir parçasını teşkil etmektedir. Böylece Rekabet Kurumu, toplumu bilgilendirme hedefine yönelik rekabet savunuculuğu çerçevesinde, tek başına veya üniversiteler, barolar ve benzeri örgütlerle işbirliği halinde yürütmekte olduğu konferanslar, sempozyumlar, eğitim ve staj programları düzenlemek gibi faaliyetlerine ilave bir etkinlikte bulunmaktadır.

Bu bağlamda ele alınan konular bakımından kaynak olarak kullanılabilir yerli eserlerin son derece az olması nedeniyle değerleri bir kat daha artan tezlerini tamamlayan ve Rekabet Uzmanı unvanını alan bütün arkadaşlarımı gönülden kutluyor, başarılar diliyorum. Bu çerçevede, uzmanlık tezlerini, önemli bir başvuru kaynağı olacağı inancıyla ilgili kamuoyunun bilgisine sunuyoruz...

**Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI**  
**Rekabet Kurumu Başkanı**

## KISALTMALAR

- AAD** : Avrupa Adalet Divanı  
**AAI** : American Antitrust Institute  
**AB** : Avrupa Birliği  
**ABD** : Amerika Birleşik Devletleri  
**ABİDA** : Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma  
**AMC** : American Modernization Commission  
**A.g.e.** : Adı geçen eser  
**A.g.k.** : Adı geçen karar  
**BİO** : Bağımsız İdari Otorite  
**Bkz.** : Bakınız  
**BTK** : Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu  
**DOJ** : Department of Justice  
**Doktrin** : Düzenlenen Davranış Doktrini  
**DT** : Deutsche Telekom  
**EPDK** : Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu  
**ERG** : European Regulators Group  
**FTC** : Federal Trade Commission  
**GM** : Genel Mahkeme  
**ICN** : International Competition Network  
**Kurul** : Rekabet Kurulu  
**OECD** : Organisation for Economic Co-operation and Development  
**para.** : Paragraf  
**s.** : sayfa  
**SA** : State Action Doktrini  
**TTAŞ** : Türk Telekomünikasyon A.Ş.  
**TDK** : Türk Dil Kurumu  
**UMTH** : Uzak Mesafe Telefon Hizmeti  
**vd.** : ve diğerleri



## GİRİŞ

*Rekabet politikası, diğer düzenleyici yapılarla rekabet eden bir düzenleme biçimidir. Ekonomistler, hukukçularla birlikte çalışarak [rekabet hukukunun] daha etkin bir rakip haline gelmesini sağlayabilirler<sup>1</sup>.*

Vickers'dan (2009,24) yapılan yukarıdaki alıntı rekabet hukukunun kendisinin de bir rekabet içinde olduğunu ortaya koymaktadır. Bu rekabet, diğer hukuki düzenlemelerle rekabet hukuku arasında yaşanmaktadır. Bu durum insan yaşamının her alanının düzenlemelerle çevrelenmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Devletin genel düzenleyici güç olarak ortaya çıkan yapısı, bu düzenlemeleri yaparken belli amaçlar gütmelerini gerektirmektedir. Devletin farklı endişelerle meydana getirdiği düzenlemeler çoğunlukla ekonomik alana ilişkin olup, devletin bu davranışı neredeyse paranın bulunuşu ile yaşıttır. Antik Babil'de bile hükümetlerce yevmiyelere ve fiyatlara ilişkin kısıtlamalar getirildiği bilinmektedir (Peterson 1993, 236).

Hukuk tarihi kadar eski olan bir mesele; farklı amaçları güden ancak eş zamanlı uygulanabilen hukuk normları arasındaki çatışmaların nasıl çözümleneceğidir. Devletin ekonomik alana yönelik düzenlemeleri bu çerçevede değerlendirildiğinde, farklı amaç ve politika güden düzenlemeler arasındaki çatışmaların nasıl çözümleneceği sorusu ortaya çıkmaktadır. Çatışan düzenlemelerin tek bir davranışla ihlali durumunda ihlalin hangi düzenlemenin alanına gireceği ve ihlale hangi otoritenin müdahalede bulunacağı hususu belirsizlik doğurabilmektedir. Hukuki belirlilik ve *non bis in idem*<sup>2</sup> ilkeleri çerçevesinde bu sorunun çözülmesi önem taşımaktadır.

Rekabet hukuku, devletin ekonomik alana ilişkin düzenlemelerinden biridir. Devletin ekonomik alana ilişkin diğer düzenlemelerinin, rekabet hukuku düzenlemeleriyle çatıştığı durumlarda hangisine öncelik verilmesi gerektiği bu

---

<sup>1</sup> ICN'in 2002'de İtalya'da gerçekleştirilen toplantısında FTC genel başkanı Timothy J. Muris tarafından yapılan konuşmadan alıntılanmıştır.

<sup>2</sup> (Lat.) "Aynı şeyde iki defa olmamak" olarak çevrilebilecek olan ilke, hukuka aykırı bir eylemden dolayı iki defa sorumlu tutulmanın mümkün olmadığı anlamına gelecek şekilde kurallaştırılmıştır.

çalışma kapsamında cevabı aranan temel sorudur. Söz konusu soru, uzun zamandır birçok ülkenin rekabet hukuku uygulaması bakımından cevaplandırılmaya çalışılmaktadır. Bu soruya, farklı hukuk düzenine ve devlet yapılanmasına sahip ülkeler bazında cevaplar aranmaya ve çözümler üretilmeye çalışılmıştır. “Düzenlenen Davranış Doktrini”<sup>3</sup> bu soruna ilişkin olarak ortaya çıkan çözümlerden biridir. Doktrin, ABD ve Kanada gibi müşterek hukuk sistemine sahip federal yapılı devletlerde düzenlenen sektörlerin belli koşullar altında rekabet hukuku uygulamasından muaf tutulmasına yönelik yargısal yorumlar yoluyla ortaya çıkmıştır. Bununla beraber Kara Avrupası hukuk sistemine sahip merkezi yapılı devletlerde, sorun, normlar hiyerarşisi çerçevesinde çözülmeye çalışılmıştır. Üye ülkeler nezdinde belli alanlarda üst düzenleyici olarak AB’nin ve AB’yi kuran temel metinde yer almakla rekabet hukukunun konumu bu kapsamda ayrı bir öneme sahiptir.

Bu çalışma, “Düzenlenen Davranış Doktrini”nin rekabet hukuku uygulamasını kısıtlayıcı bir yapı olarak ortaya çıkması nedeniyle *hangi ölçüde ve hangi koşullarda kabul edilebilir olduğu* sorusuna cevap aramayı hedeflemektedir. Bu amaçla çalışmanın ilk bölümünde düzenlemeler ile rekabet hukuku arasındaki etkileşim çeşitli boyutlarıyla ele alınacak ve rekabet hukuku uygulamasına getirilen kısıtlamalara değinilerek doktrinin muafiyet olup olmama niteliği değerlendirilecektir. İkinci bölümde, ABD ve AB uygulamaları ışığında, doktrine yaklaşım ve farklı hukuk sistemleri bakımından uygulamanın gösterdiği özellikler incelenecektir. Söz konusu inceleme, ekonomik düzenlemeye tabi sektörler özelinde yapılmaktadır. Tezin kapsamı nedeniyle, birleşme ve devralmalar ile devletin diğer düzenlemeleri özelinde doktrinin değerlendirilmesine yer verilmeyecektir. Son bölümde ise, ilgili kararlar ışığında Rekabet Kurulu’nun, düzenlenen alanlarda 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un uygulanması bakımından yaklaşımına yer verilecektir.

---

<sup>3</sup> Kanada’da “Düzenlenen Davranış Savunması” adı altında ortaya çıkan doktrin, uygulamada, birçok farklı kavramla ve ilkeyle ifade edilmekte ve kavram karmaşası doğmaktadır. Bu sorunu bertaraf etmek amacıyla mevcut çalışma kapsamında “Düzenlenen Davranış Doktrini” şeklindeki ifade tercih edilmiştir.

## BÖLÜM 1

# DÜZENLEMELER İLE REKABET HUKUKU İLİŞKİSİ VE REKABET HUKUKUNA GETİRİLEN KISITLAMALAR

### 1.1. DÜZENLENEN DAVRANIŞ DOKTRİNİ

Düzenlenen davranış doktrini, eş veya üst düzeyde bir hukuki düzenlemenin zorunlu kıldığı davranışların rekabet hukuku müdahalesine tabi olmamasını esas almaktadır (OECD 2011). Gerçekleştirdikleri eylemden ötürü, rekabet hukukuna aykırılık suçlamasıyla karşılaşan teşebbüsler, doktrin aracılığıyla bu davranışa ilişkin muafiyet elde etmeyi veya savunma yapmayı hedeflemektedir.

Doktrin, devletin egemenlik gücünü, her ne kadar rekabet hukukuyla çatışsa da, belirli ekonomik ve sosyal amaçları gerçekleştirmek amacıyla düzenleme yapmak suretiyle kullanabilmesinin hukuki bir çerçeveye oturtulabilmesi bakımından önemlidir. Doktrin, teşebbüsler açısından önem taşıyan yanı ise, birbiriyle çatışan hukuki taleplerle karşılaşılmasının önlenmesidir. Doktrin, bunu sağlayan özelliği, farklı veya aynı seviyede yer alan hukuki düzenlemeler arasında aynı anda uygulanabilirlik durumunu ortadan kaldırması ve kanun çatışmalarını çözmeye yönelik yorum metotlarından farkının, çözümlediği çatışmanın rekabet hukuku ile sektörel düzenlemeler arasında olmasıdır.

Doktrin belli hukuk ilkelerine ve yargısal politikalara dayandırılmaktadır (OECD 2011,37-39). Yasama organının niyetine saygı gösterilmesine ve devletin egemenlik gücünden kaynaklanan düzenleme yetkisini iyi niyetle kullanmasına dayanan doktrin, bazı hukuk sistemlerindeyse federalizm veya yetki devri prensiplerine dayandırılmaktadır. Politik açıdan güvenilir olmayan aktörlerin pazara ilişkin kararları vermemesi gereğine dayanan doktrin ayrıca, teşebbüslerin iki düzenleme nedeniyle eş zamanlı ve bağdaşmayan taleplerle karşılaşmamasını



ve hukuki belirliliği sağlamaktadır. Düzenlemelerin, rekabet hukuku ile benzer hedefleri gerçekleştirmeye yönelmesi karşısında ek bir rekabet hukuku müdahalesinin ortaya çıkaracağı yararın az olması bir başka dayanaktır.

Kabul edildiği durumlarda doktrin, rekabet hukuku uygulamasına yönelik bir kısıtlama olarak ortaya çıkmaktadır. Rekabet hukuku uygulamasına yönelik kısıtlamaların muafiyet veya istisna olarak ortaya çıkabilmesi nedeniyle bu anlamda doktrinin yerinin tespiti önemlidir. Düzenlenen alanlarda rekabet hukuku uygulamasını kısıtlamaya yönelik doktrin, ayrıca düzenlemeler ve rekabet hukuku arasındaki ilişkiye işaret etmektedir. Bu nedenle aşağıda öncelikle düzenlemelere ve düzenlemelerin rekabet hukuku ile ilişkisine sonrasında rekabet hukuku uygulamasına getirilen muafiyetlere ve istisnalara ilişkin bilgi verilecektir.

## 1.2. DÜZENLEMELER VE REKABET HUKUKU

### 1.2.1. Düzenleme<sup>4</sup> İhtiyacı ve Düzenlemelerin Ortaya Çıkışı

Düzenlemelerin ortaya çıkışı tarihsel olarak oldukça yeni sayılabilir. İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde, pazar aksaklıkları; kamu sahipliğini, dikey entegrasyonu ve tekeli haklı gösterecek ölçüde büyük kabul edilmekteyken, 1980’lerde ideolojik, mali veya ekonomik nedenlerle kamu sahipliği, terk edilmeye başlamıştır. Özelleştirmelerin ortaya çıkması ile dikey entegrasyon ve tekel sorgulanmaya başlanmış ve rekabetin bu pazarlara tanıtılması gereği değerlendirilmeye başlamıştır (Helm ve Jenkinson 2000).

Düşünsel alanda yaşanan bu değişimlerin yanı sıra sanayileşmenin artması ile birlikte ekonomik ve toplumsal yapıların karmaşıklaşması, krizler ve buhran dönemleri, devletin ekonomik hayattaki rolünün dönemsel olarak değişmesine neden olmuştur. Ancak 21. yüzyılda devletin ekonomik hayattaki rolü değişmiş ve devlet bizzat faaliyet göstermediği sektörler bakımından da kural koyucu olmaya başlamıştır (İçöz 2010). Devletlerin kamu sahipliği veya serbest piyasa yerine düzenlemeleri tercih etmeleri iki nedenle açıklanabilir. İlk olarak, düzenlemeler iktisadi bir araç olarak kendi haline bırakılan tekellerin, tekel rantını üzerlerine aktarma riskine karşı üst bir otorite tarafından denetlenmelerini ve ekonomik etkinliği sağlar. İkinci olarak, düzenlenen bazı mal ve hizmet piyasaları stratejik

<sup>4</sup> Kavram karmaşasını önlemek amacıyla öncelikle regülasyon ve düzenleme kavramlarına değinilmelidir. TDK Sözlüğü’nde “düzenleme”, “düzenlemek, organize etmek” ve İngilizce “regulation” terimiyle karşılaştırmalı olarak “bir olayın seyir ve gelişimini kontrol altında tutmak” olarak tanımlanmaktadır. TDK Sözlüğü, “regülasyon”u da “düzenleme” olarak tanımlamaktadır. Günlük kullanımda hukukçular ve iktisatçılar arasında bazen düzenleme bazen de düzenleme ve denetleme anlamında (Ulusoy, 2003) olacak şekilde farklı kullanılabilen terimler bu çalışma kapsamında eşanlamli olarak ele alınacaktır.

önem taşımaktadır. Enerji, telekomünikasyon ve bankacılık gibi sektörler bu kapsamda sayılabilir.

Ancak, ekonomistlerin deregülasyonun etkinliği arttıracığı yönündeki düşünceleri deregülasyon hareketlerine yol açmıştır. Deregülasyondan elde edilen faydaların regülasyonla ortaya çıkan zararlardan fazla olması deregülasyonun uygulanabilirliğini arttırmış ve regülasyonun yarattığı etkinsizliği faydaya çevirebildiği durumlarda deregülasyonun önemi artmıştır. Bununla birlikte deregülasyonun eksik yönleri nedeniyle bazen daha fazla veya daha farklı bir regülasyonun iyi bir çözüm olabileceği dile getirilmektedir (Peltzman, 1989).

Piyasaların düzenlenmesi bakımından kullanılan iki temel aracın varlığından söz edilebilir. İlki, tüm sektörlerle yönelik genel bir ekonomik düzenleme olan rekabet hukukunun uygulanması, ikincisi ise sektörün kendine özgü düzenlemelere tabi tutulması olarak adlandırılacak sektörel düzenlemelerdir.

Rekabet, tekel piyasalara oranla daha düşük fiyatlar, daha iyi ürünler, daha geniş seçenek alanı ve daha büyük etkinlik yaratmaktadır (Whish 2009,3-25). Neo-klasik ekonomik teoriye göre, sosyal fayda tam rekabetçi piyasada maksimize edilmektedir. Bu piyasada, kaynakların dağılımında ve üretimde etkinlik sağlanacak, ikisinin toplamdaki etkisi sosyal refahı maksimize edecek ve tüketici refahı sağlanacaktır. Rekabetin bir diğer faydası yenilikleri teşvik eden dinamik etkinliği sağlamasıdır<sup>5</sup>. Rekabet tüm bu etkinlikleri sağladığı için değerlidir (Sullivan ve Grimes 2000). Tekelci bir piyasada ise, rekabetçi bir piyasaya oranla arz düşer, fiyatlar yükselir, kaynakların dağılımında etkinlik sağlanamaz, refah kaybı ortaya çıkar. Tekel durumundaki teşebbüs rekabetçi baskı hissetmediğinden üretimde etkinliği sağlamaya yanaşmayacak, yenilik yapma güdüsüne sahip olmayacaktır. Ayrıca tekelci teşebbüsün istediği fiyatı belirleyebileceği varsayımı altında zenginlik toplumdan teşebbüse doğru aktarılacaktır (Whish 2009,3-25).

Tam rekabet piyasasının bazı varsayımlara dayanması veya dayandığı kabullerin bazı hallerde tam gerçeği yansıtmaması tam rekabet piyasasının sorgulanmasını doğurmuştur. Kısıtlanmamış rekabet sosyal refahı sağlamada en etkin araç olarak tanımlanmasına rağmen uygulamada rekabete sınırlamalar getirilmektedir (Kahn 2008). Rekabetin her durumda aynı şekilde faydalı olup olmadığı da sorgulanmakta bazı hallerde toplum için en iyi sonuçları doğurmakta yetersiz kalabileceği ifade edilmektedir. Çünkü rekabet hukuku tekelleri, kartelleri ve başka bazı aksaklıkları çözümlenebilir ancak işaret edemeyeceği aksaklıklar

<sup>5</sup> A.g.e. s.3-25

bulunmaktadır (Sullivan ve Grimes 2000). Bu hallere örnek olarak ölçek ve kapsam ekonomileri, doğal tekeller, ağ etkileri, çift taraflı pazarlar, profesyonel meslek birlikleri ve tarım gibi karmaşık sektörler sayılmaktadır. Bu hallerin varlığı durumunda dağıtımda veya üretimde etkinliğin bozulması söz konusudur. Bazı sektörlerin rekabet hukuku uygulaması altında olmak yerine düzenlemeye tabi tutulması, doğal tekellere ve ağ dışsallıklarına dayalı ekonomik gerekçelere bağlanmaktadır (Ardıyok ve Oğuz 2010,235). Bu aksaklıkların çözülmesinde kullanılabilir/kullanılması gereken (Whish 2009,3-25) araç düzenlemedir.

Tezin kapsamı bakımından söz konusu hallerden yalnızca doğal tekellere değinilecektir. Doğal tekel, bir hizmetin veya belli miktardaki üretimin, en düşük üretim maliyeti ile sunumunun her zaman yalnızca tek teşebbüs tarafından sağlandığı durumu ifade etmektedir. Bu tür piyasalarda rekabet yaratılmaya çalışılması doğal tekelin sağladığı etkinliği ortadan kaldıracaktır. Bununla birlikte, tekel doğal da olsa yine de tekele ve tekel güdüsüyle hareket edeceği kabul edilmektedir (Sullivan ve Hovenkamp 1999). Bu nedenle, doğal tekel niteliğindeki sektörler bakımından topluma en faydalı çalışma şekli tespit edilmelidir. Bu çerçevede kamu sahipliği veya üretimi özel teşebbüslere bırakan bir düzenleme getirilmesi çözüm olabilir (Whish 2009,3-25).

### 1.2.2. Düzenleme Kavramı

Regülasyonun, bireyin ve piyasaların serbest davranışlarını kısıtlayan kamu müdahaleleri olarak tanımlanması mümkündür. (Viscusi vd., 2005:357) Regülasyon, devlet tarafından teşebbüslere ve vatandaşlara yönelik zorunluluklar getiren bir enstrümandır. Ancak, regülasyon, piyasaların denetlenmesi ve düzenlenmesi faaliyetinden farklıdır, idarenin kolluk faaliyetinden kaynaklanır ancak bu faaliyetin ötesine geçerek yalnızca yasaklayıcı değil olumlu davranışları da yükleyen bir yapı kazanır (Gülen ve Berkarda 2004,386).

Baldwin (1998), regülasyon mekanizmalarını üç seviyede ele almaktadır. En geniş çerçevede, regülasyon, sosyal alana yönelik ve uygulayıcısının kimliğinden bağımsız olarak ortaya konulan tüm denetim enstrümanlarıdır. Daha dar bir çerçevede devletin ekonomik alana ilişkin müdahalelerinin tamamı regülasyon olarak değerlendirilebilir. En dar kapsamda ise, regülasyon belli amaçları sağlamaya yönelmiş kurallar bütünü olarak ele alınabilir. Literatürde regülasyon, yaygın olarak en dar çerçeve içindeki anlamıyla kullanılmaktadır (Ulusoy 2003; Oğuz 2011). Regülasyon bu anlamıyla devletin belirli bir alana ilişkin ekonomik politikalarıdır.

Regülasyon faaliyetleri 3 başlık altında toplanabilir (OECD 1997; Hahn 2000). Ekonomik regülasyon, devletin ekonomik alanlara yönelik faaliyetlerinin

ve ödevlerinin artması sonucu, pazara ilişkin karar ve davranışlara doğrudan müdahale eden düzenlemeleridir. Ekonomik etkinliği arttırmayı hedefleyen rekabet hukuku araçları ile rekabetin olmadığı veya az olduğu pazarlar bakımından pazar yapısını düzenleyici araçları içermektedir. Sosyal regülasyon, sağlık, güvenlik, çevre gibi birçok değeri/hakkı korumayı ve genel bir refah seviyesi sağlamayı amaçlamaktadır. Bu tür düzenlemelerin ekonomiye yönelik etkileri ikincil önemde kalabilmektedir ancak yine de göz önünde bulundurulmalıdır. İdari regülasyon, bürokratik işleyiş ve idari süreçlere yönelik düzenlemeleri içerir.

Günümüzde regülasyon, ekonomik regülasyon olarak anlaşılmaktadır. Ekonomik regülasyon, eski tekelci pazar yapılarından kaynaklanan pazar aksaklıklarına ve belli pazar gücü sorunlarına çözüm sunabildiği ölçüde pazara müdahalenin faydalı ve gerekli olduğu görüşüyle temellenmektedir.

Devletin bir piyasayı esas almayan düzenlemeleri ve denetlemeleri çoğunlukla regülasyon kavramının dışında değerlendirilmekte ve regülasyonun regüle edilen sektörleri mümkün olduğu kadar çabuk rekabetle tanıştırmayı gereği vurgulanmaktadır (Atiyas 2001,42).

Düzenlemeye tabi sektör, davranışları, serbest piyasa güçleri yerine yasama veya yürütme kaynaklı bir kurum tarafından kontrol edilen sektörleri ifade etmektedir (Sullivan ve Hovenkamp, 1999). Söz konusu ekonomik düzenlemelerin, rekabet hukuku düzenlemeleri ve sektörel düzenlemeler olarak farklılaşması uygulamakla görevli kurumlara da yansımaktadır. Bir kısmı, tüm sektörlerle yönelik olarak rekabet hukuku kurallarını uygulamakla görevli ve yetkili iken, diğerleri belli sektörlerle yönelik uygulama yetkisiyle donatılmış sektörel düzenleyiciler olarak ortaya çıkmaktadır.

### **1.2.3. Sektörel Düzenlemeler<sup>6</sup> ile Rekabet Hukuku Arasındaki Farklılıklar**

İlk bakışta iki enstrümanın amaçlarının yakınsadığı ve ikisinin de etkin bir rekabetin hangi koşullarda sağlanabileceği hususuyla ilgilendikleri düşünülebilir. Ancak daha detaylı incelendiğinde bu enstrümanların benzeşmedikleri hatta bazen tam ters amaçlara yönelindikleri iddia edilebilir<sup>7</sup>. Düzenleyici amaçların daha kapsamlı olması ve teşebbüslere daha kesin yükümlülükler yüklemesi mümkündür. Rekabet otoritelerinin temel görevi rekabete aykırı davranışları tespit etmektir, yükümlülük yükleme ve ne kadar yasal olursa olsun belli politikaları uygulama

<sup>6</sup> Sektörel düzenleme kavramı, oldukça geniş bir alana işaret etmektedir. Ancak mevcut çalışmanın kapsamını sınırlamak amacıyla, sektörel düzenlemeler, bağımsız bir idari otorite tarafından gerçekleştirilen düzenlemeleri ifade edecek şekilde kullanılacaktır.

<sup>7</sup> İki enstrüman arasındaki bağdaşmazlıklar ortak yönlerine oranla fazla olduğu da ifade edilmektedir. (AAI 2005b).

yetkileri yoktur. Bununla beraber düzenleyici otoriteler, rekabetin etkin şekilde sağlanması için ileriye dönük tedbirler alabilirler (Geradin ve O'Donoghue 2005,8-11). Bir diğer deyişle, rekabet otoriteleri teşebbüslere ne yapmamaları gerektiğini, düzenleyiciler ise ne yapmaları gerektiğini söylemektedir<sup>8</sup>. Bu nedenle rekabet hukuku yasaklamaları daha genel şekilde ifade edilirken düzenlemeler teşebbüslere bir davranış çerçevesi çizmektedir. Rekabet otoriteleri ile düzenleyici otoritelerin hedeflerinin ortak olduğu ancak görevlerinin niteliği ve kullanılan mekanizmalar bakımından ayrıldıkları da ifade edilmektedir (İçöz 2010). Düzenlemelerin müdahale amacıyla kullanabileceği araçlar, rekabet hukukuna oranla daha çeşitlidir. Rekabet hukukunun kullandığı araçlar rekabete aykırı anlaşmalar ile hâkim durumun kötüye kullanılmasını yasaklamak ve rekabeti azaltıcı etki doğurma potansiyeli nedeniyle yoğunlaşmaları denetlemektir. Düzenlemeler ise, değişik ekonomik ve ekonomik olmayan hedeflere yönelmekle daha geniş kapsamlı olabilir ve daha geniş bir araç portföyüyle hareket eder. Pazar aksaklıklarını düzeltebilir ve tıpkı rekabet hukuku gibi tüketicilerin lehine olacak şekilde pazarların daha iyi çalışmasını sağlar (OECD 2011,22-25). Düzenleyici çerçeveler, rekabet hukukunun aksine, teşebbüsün rekabet etme yeteneğini ve isteğini azaltsa dahi uygulanabilmektedir (O'Donoghue ve Padilla 2006,48; Rudaz 2010,1110-1117).

Düzenlemeler ile rekabet hukukunun gösterdiği bu özelliklerden hangilerinin daha tercih edilebilir olduğu tartışılabilir. Carlton ve Picker'a (2007,51) göre, her iki mekanizmanın orantısız avantajları ve dezavantajları zaman içinde açığa çıkmaktadır. Düzenlemeler, çeşitli çıkar grupları lehine sonuçlar yaratsa da fiyatları belirlemeyi ve firma davranışlarına yönelik kurallar getirmeyi başarmıştır. Rekabet hukuku rekabeti sağlamak ve kişisel çıkarlara ödün vermemek bakımından oldukça başarılıdır ancak sektörel kurallar koymada yeterli olamamıştır.

Bununla birlikte regülasyonların zayıf yönleri de olabilmektedir. Regülasyon ilgili hedefleri sağlamada başarısızlığa uğrayabilir ve hedeflerine ulaşmak için gerekenin ötesine giderek, kamu yararıyla denkleştirilmesi mümkün olmayan toplumsal maliyetlere yol açabilir. Teşebbüslere koordinasyon mekanizması olarak hizmet edebilir ve hızlı gelişen, teknolojiye dayalı sektörlerin ve serbestleşmeye hızlı adapte olan teşebbüslerin varlığında zamanın gerisinde kalabilir. (OECD 2011,22-25)

<sup>8</sup> Bu farklılık, düzenlemelerin farklı niteliğine bağlanabilir. OECD (2011,25), tarafından rekabet hukukunun tespit edilebilen hukuka aykırı eylemleri durdurabilme gücünü bahsettiği regülasyonun ise halihazırda hukuka uygun bir durumun hedefleri gerçekleştirmek amacıyla değiştirilebilmesi gücünü bahsettiği belirtilmektedir.

Düzenlemeler ile rekabet hukuku arasındaki farklılıkların yanı sıra, uygulayıcı otoriteler arasında da bazı farklılıklar bulunmaktadır. Söz konusu farklılıklar, enstrümanların taşıdıkları niteliklerden de kaynaklanabilmektedir. Düzenlemelerin geçici olması mümkündür ancak rekabet otoritelerinin fonksiyonları daha kalıcıdır. Her iki otorite ekonomik etkinliği sağlamada kullanacakları metotlara verecekleri ağırlık yönünden ayrılmaktadır. Regülatörün rekabeti sağlamak dışında da amaçları bulunabilmekte, rekabet otoritelerinin ise bu amaçları sağlamak yönünden herhangi bir endişeleri bulunmamaktadır. Rekabeti sağlamak, iki otoritenin ortak amacı olduğunda ise rekabet kavramına bakış açıları farklılık gösterebilir.

İki otorite arasında müdahalenin zamanlaması, müdahalenin sıklığı ve şekli bakımından farklılık bulunmaktadır. Rekabet otoriteleri yoğunlaşma analizi dışında *ex-post* ve yalnızca bir başvuru veya gereklilik üzerine müdahalede bulunmaktadırlar. Regülatörler ise sürekli bir nitelik taşıyan *ex-ante* müdahalelerde bulunmaktadırlar. Rekabet otoriteleri inceleme konusu olayın gerektirdiği derinlikte bilgiye ihtiyaç duyarken regülatörler daha geniş çaplı ve sürekli akan bilgiye ihtiyaç duymaktadırlar. Rekabet hukuku, önemli dışsallıkların yokluğunda tüketici refahının en iyi, pazar tarafından sağlanacağı kabulüyle belli davranışları yasaklamaktadır. Regülatörler ise, pazardaki aksaklıklara devlet tarafından müdahale edilmesi gereken durumlarda pazara ait özellikleri doğrudan kontrole değiştirirler (OECD 1999). Regülasyonların hızlı karar almayı gerektirmesi ancak rekabet otoritelerinin genele hâkim kurumlar olarak daha yavaş değişen bir hukuki yapıda olması otoriteler arası eyleme geçme hızında farklılık yaratabilmektedir. (Ardıyok ve Oğuz 2010)

Kural olarak rekabet otoritelerinin yetki alanı tüm sektörleri kapsamaktadır ve düzenleyici otoriteler muafiyet ve istisnalar yoluyla kendilerine alan yaratabilmektedirler (Ardıyok ve Oğuz 2010,234).

İlgili pazarların belirlenmesi, piyasadaki rekabetin bozulması ihtimalinin öngörülmesi, piyasaya giriş koşullarının ve teşebbüslerin pazar gücünün tespiti gibi konularda rekabet otoritelerinin uzmanlığı tanınmaktadır. Sektörel düzenleyiciler ise, düzenledikleri alanda yer alan mal ve hizmetlerin teknik özelliklerine yönelik geniş bir bilgi birikimine sahiptir ve sektöre özgü maliyet bilgilerinin toplanması ve analizi bakımından üstün konumdadır. (OECD 2005) Regülasyonun genellikle fiyat kontrolü şeklinde ortaya çıkması karşısında rekabet otoritelerinin fiyat düzenlemesi için yetkin ve bu amaçla ortaya konulan kurumlar olmadığı unutulmamalıdır (Ünal 2009; Güler vd. 2011)

Her iki otoritenin birbirlerine oranla üstün yönlerinin olduğu anlaşılmaktadır. Ancak doktrinde regülatörlerin zayıf yönlerine ilişkin önemli bazı teoriler bulunmaktadır. Düzenleme tuzağı (*regulatory capture*) teorisi, düzenleyici otoritenin hizmet ettiği ekonomik çıkarların tuzağına düştüğü esasına dayanır (Stigler 1971). Düzenleme tuzağı teorisine göre, düzenleyici kurumun düzenlediği sektörle ilişkileri sağlıklı kurallara bağlanmaz ise, teşebbüsler tarafından etki altına alınması söz konusu olabilir. Çünkü sektörel düzenleyiciler, rekabet otoritelerine kıyasla görevli oldukları sektörle daha yoğun bir temas içindedirler ve daha ayrıntılı sektörel bilgiye sahiptirler. Yalnızca görevli olduğu sektörle ilgilenen ve sektördeki aktörlerin bakış açısını gören düzenleyiciler zamanla bu bakış açısını benimsemeye başlamaktadır. Bu bakış açısı, sektörde daha fazla rekabetin olmasının, düzenleyiciye alt görevler açısından zorluk çıkaracağı düşüncesini de kapsayabilir. Böylece, düzenleyici asıl amacından uzaklaşabilecektir (Ardıyok 2002,113). Teorinin ele almadığı faktörler nedeniyle eleştirildiği de görülmektedir (Peltzman 1989).

Regülasyona ilişkin ilginç bir yaklaşım da teşebbüslerin regülasyonun boşluklarından yararlanarak “düzenleyici rejimle kumar oynayacakları” yönündedir. Bu yaklaşım, rekabet hukukuyla desteklenmeyen, yalnızca düzenlemeye tabi olan sektörlerde geçici veya kalıcı boşluklar oluşabileceği ve bu boşlukların teşebbüslerce tüketiciler aleyhine kullanılabilmesi esasına dayanmaktadır. Teşebbüsler rekabeti sağlamayı hedefleyen düzenlemelerin boşluklarını, rekabete aykırı amaçlarını gerçekleştirmek için kullandıklarında kumar oynamaktadırlar (Dogan ve Lemley 2011,2-3). Söz konusu durum, düzenlemeye tabi sektörlerde rekabet hukuku gözetiminin sürmesi için yeterli ve makul bir gerekçe oluşturmaktadır. Bu durumda düzenleyici otoritelerin, ihlalleri tespit etmede kullanabilecekleri araçları bulunmamakta veya ihlal ortaya çıktıktan sonra tespitinde bulunmaktadırlar ve bu durumda ex-post müdahale edilmesi teşebbüslerin bir daha bu eyleme girişmelerini önleme niteliğe sahip görülmemektedir. Ancak rekabet hukuku müdahaleleri daha avantajlıdır çünkü esnektir, ihlallerin tespitine olanak verecek geniş bir bakış açısına sahiptir ve uyguladığı cezaların ağırlığı, gelecekte ortaya çıkabilecek ihlalleri engelleme niteliğine sahiptir<sup>9</sup>.

Bu nedenlerle regülasyon, rekabet hukukuna alternatif olarak görülmemekte ve görülmemesi gerektiği savunulabilmektedir. Her ne kadar enstrümanların ve uygulayıcı otoritelerin avantajlı yönleri bulunsa da dezavantajları olduğu da unutulmamalıdır. Bu avantaj ve dezavantajlar arasında gerekli değerlendirmelerin yapılması özellikle, rekabet hukukuna regülasyon lehine getirilecek kısıtlamalar açısından önemlidir.

<sup>9</sup> A.g.e. s.31-32

#### 1.2.4. Düzenlemeler ve Rekabet Hukuku Arasındaki İlişkiler

Rekabet, tüketicileri tekelin olumsuz etkilerinden koruyan en etkili hatta belki de tek araçtır. Düzenleme ise, tekelin aşırılığını önleme yöntemidir ve rekabet hukukuna ikame değildir, yalnızca, rekabet sağlanana dek, kullanılan bir savunma aracıdır<sup>10</sup> (İçöz 2003,1). İki enstrüman arasındaki ilişkinin gerçekten böyle olup olmadığı sorusunun cevabı bu ilişkinin incelenmesiyle bulunabilir. Rekabet hukuku ve regülasyon arasındaki ilişki doktrinde farklı kıstaslar kullanılmak suretiyle açıklanmaya çalışılmıştır. Ancak *ex-ante/ex-post* müdahale veya açık/zımnî düzenleme farkına dayanan tüm ayrımların düzenlemeler arası tamamlayıcılığa vurgu yaptığı savunulmaktadır (Ardıyok ve Oğuz 2010,235).

Enstrümanlar arası ilişki düzenlemelerin hukuki yapı içindeki hiyerarşik konumuna bağlı olarak da açıklanabilmektedir. Ancak, iki enstrümanın birbirleriyle ilişkisi yalnızca genel kural özel kural ilişkilerine tabi tutulmamalı, altta yatan hukuki ve ekonomik gerekçelerle beraber değerlendirilmelidir (Brennan 2008,141-143). Düzenlenen sektörlerde rekabet hukuku uygulamasının, regülasyon tarafından belirlenen sınır çizgisi üzerinde tamamlayıcı bir araç olduğu kabul edilmektedir. Yani, regülasyon, rekabet ihlallerinin, firmanın serbest iradesiyle gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin değerlendirmede kullanılacak karşılaştırma standardını oluşturmaktadır (ICN 2004d,3).

Her iki mekanizmanın da alanına giren piyasalar bakımından yetki çatışması doğup doğmayacağı, doğarsa bu sorunun nasıl aşılacağı sorusu önemlidir. Bu sorunun çözümü, rekabet -regülasyon arası etkileşimin yoğun ve önemli olduğu, tekel özelliği gösteren pazarların özelleştirilmesinde rekabetin hassas nitelik taşıdığı geçiş süreçleri (ERG 2009) bakımından önem taşımaktadır. Bu sektörlerde regülasyonun tek başına yeterli ve iyi bir araç olup olmadığı ve rekabet hukuku tarafından gerçekleştirilecek *ex-post* müdahalelerin gerekliliği doktrinde tartışmalıdır (Geradin ve Kerf 2003). Bu nedenle iki müdahale aracı arasındaki ilişki her zaman tamamlayıcılık olarak görülmemektedir.

##### 1.2.4.1. İki Enstrüman Arasında Ne Tür İlişkiler Olabilir?

Literatürde, rekabet hukuku ile regülasyonun birbirlerine ikame oldukları, birbirlerini tamamladıkları veya birbirleriyle çatıştıklarından söz edilmektedir.

Sektörel düzenlemelerin hedefleri sektörden sektöre farklılık gösterebilir. Doğal tekel niteliğindeki sektörlerde amaç, sektörü rekabete açmaktır<sup>11</sup>. Bu

<sup>10</sup> Littlechild S.C. (1983) "Regulation of British Telecommunications' Profitability" isimli çalışmadan alıntılanmıştır.

<sup>11</sup> Bu tür sektörlerde gerçekleştirilen düzenlemeler, yalnızca pazarı rekabete açmayı hedeflemez, ayrıca rekabet hukukunun işaret edemediği aksaklıklara çözüm getirir, gerekli teknik düzenlemeleri gerçekleştirir.



sektörlerde, rekabet hukuku ve düzenlemeler, pazar gücünün kötüye kullanımını engellemede kullanılabilir (Mateus 2010,276-277). Profesyonel meslek birliklerinde ise amaç çoğunlukla bir pazar aksaklığı nedeniyle rekabet hukuku uygulamasını kısıtlamaktır. Bunun dışında kalan çoğu sektörde amaç rekabete ilişkin olmayıp başka bir politikayı gerçekleştirmek olarak ortaya çıkabilmektedir (ICN 2004c,3). Bu nedenle düzenlenen sektörün hangisi olduğuna göre rekabet hukuku uygulaması ve bu uygulamanın düzenlemelerle ilişkisi farklılaşabilir. Bu ilişki tamamlayıcılık şeklinde olabileceği gibi, rekabet hukukunun uygulanamaması şeklinde de ortaya çıkabilir.

Tamamlayıcılık; iki enstrümanın ortak bir hedefe yönelmeleri, düzenlemenin, rekabeti sağlamak dışında hedeflerinin de olması gibi durumlarda ortaya çıkabilir. Aynı hedefe yönelme, genellikle rekabete yeni açılan sektörlerde ortaya çıkmakta ve genellikle bu durumda enstrümanlar arası çatışma olmamakta yetkili otorite işbölümü ile belirlenebilmektedir. Ayrıca, düzenlemeler, olası rekabet sorunlarını bertaraf ederse rekabet otoritelerinin müdahalesine ihtiyaç duyulmayabilir. (ICN 2004c,4-6) Düzenleyicinin, daha farklı politikaları gerçekleştirme görevinin de olması, görevleri arasında çatışma olması sonucunu doğurabilir ancak bu durum her zaman rekabet hukuku ile çatışma doğacağı anlamına gelmeyebilir<sup>12</sup>. Rekabet hukukunun etkinsizlik, yetkisizlik gibi özellikleri sektörel düzenlemelerin tamamlayıcı olmasını gerektirebilir. Bununla birlikte düzenlemelerin rekabete aykırılık yaratması, yetersiz kalması gibi durumlarda da rekabet hukuku sektörel düzenlemeleri tamamlayıcı olarak ortaya çıkabilir.

Tamamlayıcılık olmadığında, uygulamaların birbirlerine ikame olup olmayacağı tartışılmaktadır. Bazı sektörlerin niteliği ve karşılanması gereken sosyal ihtiyaçlar sürekli regülasyonu gerektirmektedir ancak regülasyona giren rekabet otoritelerinin de düzenleme tuzağına düşebilecekleri (Ardıyok ve Oğuz, 2010) göz önünde tutulduğunda iki mekanizmanın ayrı ayrı varlıklarını sürdürmesi ancak birbirlerini tamamlayıcı rol oynamaları durumunda birbirlerinin aksaklıklarını tamamlayarak piyasaları daha iyi düzenleyecekleri düşünülmektedir.

Ancak uygulama her zaman tamamlayıcılık olarak ortaya çıkmamaktadır. Sektörel düzenlemelerin, rekabet hukuku uygulamasının kapsamını muafiyetler yoluyla sınırlaması, çatışmalar ve çatışma kaynaklı belirsizliklerle teşebbüsleri belli yaptırımlardan kurtulması rekabet hukukunun uygulanmasında güçlük yaratabilir. (ICN 2004c,21-25) Düzenlemelerin muafiyetler yoluyla rekabet hukukuna getirdiği sınırlamalar belli oranda veya tamamen muaf tutma niteliği taşıyabilirler.

---

<sup>12</sup> A.g.e. s.6-8

### 1.2.4.2. Rekabet Hukuku ve Düzenlemelerin Tamamlayıcılık Niteliği

Regülasyon yapılarının şekli, kamu tekellerinin serbestleşmesi ve rekabetçi yapılara dönüşmesi ile eş zamanlı değişmiştir ancak pazar yapıları henüz, *ex-ante* müdahalenin tamamen terk edilmesine imkan vermemektedir. Bu nedenle iki enstrümanın birlikte uygulanması gerekmektedir. Ancak pazar koşulları izin verdiği anda regülasyon bırakılmalı ve yalnızca rekabet hukuku uygulanmalıdır (Monti 2003,3-4). Monti'nin AB telekomünikasyon sektörüne ilişkin olarak ifade ettiği bu hususun benzer piyasalar bakımından da geçerli olabileceği düşünülmektedir. Rekabet hukukunun sürekli uygulanması, regülasyonun ise rekabetin gelişmediği alanlarla sınırlı uygulanması bu kabulün doğal bir sonucudur. Monti (2003,4-5), aynı zamanda, regülasyon ve rekabet arasındaki ilişkinin eskiden görüldüğü gibi olmadığını, rekabetin regülasyonu şekillendirdiğini, regülasyonun da rekabetin felsefesinden ve yaklaşımından etkilendiğini ifade etmektedir.

Regülasyon ve rekabetin tamamlayıcılığı özellikle yeni serbestleşmiş sektörler bakımından önemli kabul edilmektedir (Heimler 2010,887). American Antitrust Institute (Amerikan Antitrust Enstitüsü-AAI)'nın geçiş sürecindeki sektörlerde rekabet hukuku uygulamasına ilişkin raporunda (AAI 2005b), bu sektörlerde rekabet hukukunun tamamlayıcı nitelikte uygulanması gerektiği ve ikame yaklaşımının belirsiz ve düzensiz birçok muafiyet ve istisnaya yol açtığı ifade edilmektedir. Bu tür sektörlerde iki enstrüman, hedef aldıkları davranışı farklı yönlerden etkileyebildiklerinden kümülatif uygulama gerekebilir. Bu sektörlerle yönelik düzenlemelerin nitelik olarak değişmiş olması (OECD 2011,25) da bu durumu destekler görülmektedir.

Düzenlenen pazarlara rekabet hukuku kapsamında müdahale edilmesi, düzenlemenin amaçlarına ulaşmasına yardımcı olabilir, pazarın daha rekabetçi olmasını ve düzenleyici otorite tarafından etkin şekilde kontrol edilmemiş teşebbüs davranışlarının denetlenmesini sağlayabilir (Hovenkamp 2005). Ayrıca düzenlenen pazarlarda, rekabet hukuku pazar güçlerinin geliştirilmesinde düzenlemeleri tamamlayıcı olabilecektir (Sullivan ve Grimes 2000). Bu nedenle, düzenlemelerle açıkça muafiyet tanınmadıkça düzenleyiciler muafiyet yaratmamalı (AAI 2005b) ve tamamlayıcılık ortadan kaldırılmamalıdır<sup>13</sup>.

Sonuç olarak, rekabet hukuku ile düzenlemeler arasında birbirlerinin eksik yönlerini tamamlamaya yönelik bir ilişki varsa, çatışma doğmayacağı

<sup>13</sup> Shelanski (2011,718-719), ihlaller regülasyon tarafından iyi bir çözüme kavuşturulabiliyorsa, rekabetin zayıf bir araç olarak kalmamasını, boşlukları doldurmak amacıyla tamamlayıcı olarak kullanılması gerektiğini ifade etmekte bu çözümün daha etkin, hedefe dönük ve az maliyetli uygulamalar doğuracağını belirtmektedir.

kabul edilebilecektir. Ancak rekabet hukuku uygulamasını sınırlayıcı veya ortadan kaldırııcı yapıda bir düzenlemenin varlığında (Kahn 1998) çatışma ortaya çıkmamaktadır. Çatışma, bir arada uygulanamayan düzenlemelerden birinin diğerinin önüne geçmesine neden olabilir.

#### 1.2.4.3. İki Enstrümandan Birinin Öncelikli Olması

Rekabet hukuku ile düzenlemelerin çatışması sonucunda birinin diğerinin önüne geçmesi, öncelikli olarak uygulanması söz konusu olabilir. Ancak hangi enstrümanın hangi koşullar altında öne geçeceği belirlenmelidir. Piyasadaki rekabeti bozan davranışlara müdahale edilmesinde, rekabeti bozabilecek birleşme ve devralmaların yasaklanmasında ve düzenlemeye tabi sektörlerin rekabete açılmasına ilişkin geçiş sürecinin kolaylaşmasında rekabet kurumları üstün ve öncelikli kabul edilmektedir (OECD 1999).

Hızlı ve kesin çözüme ihtiyaç duyulan, *ex-post* düzenlemelerin belirsizlik doğurabileceği durumlarda sektörel düzenlemeler öncelikle tercih edilmelidir. Ancak, toplumsal refahın sağlanmasında rekabet hukuku yetersiz kaldığında sektörel düzenleyicilerin devreye girmesi olumlu görülebilir. (OECD, 2005) Diğer bir deyişle, piyasalarda halihazırda bulunan rekabetin korunmasında rekabet otoritelerinin, tekel veya eksik rekabet özelliği gösteren piyasalarda rekabetin tesisi bakımından düzenleyicilerin görece ön planda olması tercih edilir bulunmaktadır (Atiyas 2001). Regülasyon, rekabet hukuku müdahalesini dışlayacak şekilde detaylı ve tarif edici nitelikte olmadıkça rekabet hukuku ve regülasyonun, paralel şekilde uygulanabileceği (O'Donoghue ve Padilla 2006,46) de kabul edilebilir.

Bununla birlikte, kamu tekellerinin hayal kırıklığı yaratan performansı, regülasyonun olası eksiklerine yönelik artan farkındalık, tekeli savunan argümanların zayıflığı ve maliyetleri düşüren teknolojik gelişmelerin; etkinliği ve tüketicilere aktarımı sağlamadaki başarısı rekabet hukuku lehine güçlü argümanlar yaratmaktadır (Geradin ve Kerf 2003,8-9; Hovenkamp 2005,713-716).

Pazarın, rekabeti sağlamada rekabet otoritelerine ve mahkemelerine oranla daha iyi olduğu (Easterbrook 1984) iddia edilse de bunun her pazarda ve her koşulda mümkün olmasını beklemek fazla iyimserlik olabilir. Pazar aksaklıklarını önlemek veya azaltmak amacıyla, özelleştirme sonrasında da sektörlerin düzenleme ihtiyacı sürebilir. Ayrıca, yakın zamanda rekabetçi olması beklenen pazarlar ve uzun süre regülasyona ihtiyaç duyacak pazarlar birbirinden ayrılmalıdır. İlk durumda sektörel regülasyonun rekabet otoritesine ikinci durumda ise sektörel düzenleyiciye bırakılması gerektiği ifade edilmektedir (OECD 1999).

Pazar koşulları değişip regülasyona olan ihtiyaç azaldığında *ex-ante* müdahaleler bakımından öngörülebilirlik azalacak ve *ex-post* müdahale ihtiyacı doğacaktır. Bu durumda *ex-post* müdahaleler, regülasyonun boşluklarını dolduracaktır (Shelanski 2011,727-729).

Potansiyel düzenleme başarısızlıkları, etkin rekabetin veya rekabet politikasının düzenlemelere oranla daha iyi sonuç doğurduğuna işaret edebilir. (OECD, 2011;22-25) Bu tür durumlarda rekabet hukukunun öncelikle uygulanması ve bu uygulamadan ödün verilmemesi çok önemlidir. Son olarak iki otorite arasında yapılacak bir seçim, düzenleyici tuzağı çerçevesinde hükümete ve çıkar gruplarına daha kolay “hayır” diyebilen kurum (Carlton ve Picker 2006) dikkate alınarak yapılmalıdır.

Yukarıda belli koşullar altında hangi enstrümanın öncelikle uygulanabileceğine ilişkin görüşlere yer verilmiştir. Ancak bu görüşler her olasılığı cevaplamaktan uzaktır. Bu nedenle somut olay bazında her enstrümanın göreceli avantajları çerçevesinde yapılacak bir değerlendirme, doğru tercihe yönlendirici olacaktır.

#### **1.2.4.4. İlişkiden Çatışmaya Geçiş ve Çatışma Sonucu Ortaya Çıkan Muafiyet**

Düzenlemeler ile rekabet hukuku arasındaki çatışma temelde, kamu tekellerinin serbestleşmesi sonrası teşebbüslerin eylemlerinden, serbestleşme sonrası özel tekellerin yaratılmasından ve sektöre yapılan müdahalelerden kaynaklanmaktadır (ICN 2004a,6) Bu tür sektörlerde hangi aracın rekabeti korumada daha iyi sonuç vereceğine ilişkin belirsizlik bulunduğu ifade edilmektedir (Farrell ve Weiser 2003,134).

Bu tür çatışmaların varlığında ilk sorun, aynı olaya uygulanabilecek iki farklı kurallar bütünüünün varlığıdır. İkinci sorun, aynı vakada birden fazla otoritenin yetkili olmasıdır. Üçüncü bir sorun, farklı otoritelerin yetkilerinin değişiklik gösterebilmesidir. Farklı otoritelerin yetkili olması durumunda, müdahale yetkisiyle ilgili çatışmalar hatta otoritelerin paralel müdahaleleri olabilir. Paralel müdahaleler hem işin tekrarlanmasına hem de çelişkili çözümler ortaya konmasına neden olabilir.

Düzenleyici otoritelerin geleneksel işlevinin, serbestleşen sektörlerde sağlanan etkinliği korumaya yönelik mekanizmaların geliştirilmesi yönünde değişmesi, sektörel düzenleyiciler ile rekabet kurumlarının görev alanlarının giderek kesişmesinin temelinde yatan neden olarak görülmektedir (Paşaoğlu 2003,54). Bu kesişmenin yarattığı çatışmanın ortadan kaldırılmasına yönelik

bir politika tercihi, her bir seçeneğin olumlu-olumsuz yönleri değerlendirilerek yapılmalıdır.

İki enstrüman arasındaki çatışma, düzenlemelerin, rekabeti kısıtlaması veya rekabete aykırı davranışları dayatması nedeniyle ortaya çıkan bağdaşmazlıktan kaynaklanabilir. Bu tür durumlarda düzenleme, rekabet hukukunun uygulanması bakımından bir muafiyet oluşturabilir. Böyle bir muafiyet, düzenlemenin pazar aksaklıklarını düzeltmeyi amaçlaması durumunda olası rekabete aykırı etkilerin minimuma indirilmesi koşuluyla toplumun yararına olabilir. Ancak, hedeflediği amaçları sağlamanın ötesine geçen düzenlemeler bakımından rekabet hukuku uygulamasından muafiyet sağlanması oldukça zararlı sonuçlar doğurabilir (OECD 2011,25).

Bununla birlikte, düzenlemeye tabi sektörlerin rekabet hukuku uygulamasından tamamen muaf tutulması usulünün bazı nedenlerle terk edildiği ifade edilmektedir (OECD 2011,26). Teknik ilerlemelerin, doğal tekellerde rekabeti, ağ endüstrilerinde özelleştirmeyi haklı göstermesi, rekabet hukukunun, sektörel düzenlemelerin sınırlamalarına oranla daha uygun bir düzenleme mekanizması olarak kabulü, rekabet hukukunda daha çok ekonomik analiz kullanılmaya başlanması ile rekabetçi ve anti rekabetçi etkiler arasındaki dengenin gelişmesi bu anlayışın nedenleri olarak gösterilmektedir. (ICN,2004e) Sektörel bir muafiyet yoksa<sup>14</sup> düzenlemeye tabi davranışın hangi koşullarla rekabet hukuku uygulamasından muaf tutulacağı ve hatta muaf tutulup tutulmayacağı meselesi ortaya çıkmaktadır.

### **1.3. REKABET HUKUKU MUAFİYETLERİ**

#### **1.3.1. Muafiyet Kavramı ve İstisna Kavramından Farkı**

Rekabet hukuku uygulamasında sıklıkla karıştırılan ve birbiri yerine kullanılan muafiyet ve istisna kavramlarının neyi ifade ettiğini belirlemek önemlidir<sup>15</sup>. Muaf olmak, kendisi dışındakilerin tabi olduğu bir zorunluluğa tabi olmamaktadır. İstisna ise, genel kurala uymayan durumları karşılamaktadır. Aslında birbirine yakın görünen bu kavramların bir örnekle açıklanması uygun olacaktır. Bazı ülke uygulamalarında kamu teşebbüslerinin rekabet hukukuna tabi olmaması muafiyet olarak ortaya çıkmaktadır. Hâkim durum yaratan veya pazardaki rekabeti azaltan birleşme devralmalar yasaklanırken, doğrudukları bazı sonuçlar<sup>16</sup> nedeniyle izin verilmesi ise istisna olarak ortaya çıkmaktadır.

<sup>14</sup> Düzenlemeler, sektörü rekabet hukuku uygulamasından açıkça muaf tutabilir, rekabet hukuku uygulamasını açıkça koruma altına alabilir veya bu konuda susabilir. (Shelanski,2011;687)

<sup>15</sup> Düzenlenen alanlara ilişkin muafiyet ve istisnaların farklı koşullar altında ortaya çıkması ve uygulamada bu kavramlara ilişkin ayrık terimolojiler üretilmiş olması (Areeda ve Hovenkamp, 2004) bu açıklamayı gerektirmektedir.

<sup>16</sup> Etkinlik, ortaya çıkan zararı denkleştiren faydaların yaratılması vb.

Muafiyetler, davranışların rekabet hukuku çerçevesinde ihlal olarak nitelendirilmesini engellemektedir. Ancak muafiyetlerin bu niteliği, muafiyetin kalkması durumunda davranışın doğrudan ihlal olarak nitelendirilmesi sonucunu doğurmamakta, yalnızca davranışın rekabet hukuku çerçevesinde incelemeye tabi tutulmasına imkan vermektedir. İhlal olup olmamasına ilişkin karar, bu incelemeden sonra verilebilir.

Muafiyetler, sektörel nitelikte olabilir ve elektrik, telekomünikasyon, bankacılık gibi bazı sektörlerin tamamını kapsayabilir. Muafiyetlerin sektörel nitelikte olmayıp, Araştırma-Geliştirme, teknoloji transferi gibi fonksiyonel bazı ekonomik anlaşmalara yönelik olması da mümkündür. Muafiyetler genel olarak daha geniş bir kapsamda ortaya çıkmakta, istisnalar ise daha dar bir alana odaklanmaktadır. Muafiyetlerin çeşitli düzenlemelerle önceden ve genel olarak belirlenebilmesine karşılık istisnalar olay bazında ve genelde rule-of reason incelemesi ile ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede istisna ve muafiyetlerin sonucu, gerekli koşulların sağlanması durumunda muaf/istisna olan eyleme/teşebbüse rekabet hukukunun uygulanmamasıdır. Bu nedenle muafiyetlere ilişkin olarak tespit edilen koşulların ve istisna yaratan etkinliklerin iyi bir değerlendirmeye tabi tutulması önem taşımaktadır (UNCTAD 2002).

### 1.3.2. Muafiyet Türleri

Muafiyetlerin kaynağına veya amacına göre sınıflandırılması mümkündür. Muafiyetler, kaynağına göre; herhangi bir düzenlemeden kaynaklanan açık muafiyetler, rekabet hukuku ile düzenlemeler arasındaki çatışmadan doğan ve hukuki prensiplere dayanan zımnî muafiyetler ve mahkeme uygulamalarıyla ortaya çıkan muafiyetler olarak sınıflandırılabilir.

Amaç temelli sınıflamaya göre ise, muafiyetler 4 kategoride yer almaktadır (UNCTAD 2002,27-33). Bu ayırım; dengesiz ekonomik gücü veya pazarlık gücünü dengelemeyi hedefleyen muafiyetler<sup>17</sup>, bilgi, işlem maliyeti ve kolektif hareket problemlerini işaret etmeyi hedefleyen muafiyetler<sup>18</sup>, risk ve belirsizliği önlemeye yönelik muafiyetler<sup>19</sup> ve bazı sektörlerin ve çıkar gruplarının taleplerini karşılamaya yönelik muafiyetlerden<sup>20</sup> oluşmaktadır.

Söz konusu amaçsal ayırım, rekabet hukukuna tanınan tüm muafiyetleri kapsamamakla birlikte, neden muafiyet tanındığıyla ilgili iyi bir çerçeve oluşturmaktadır. Bu kapsamda tanınan muafiyetlerin amacına özgülenmiş ve

<sup>17</sup> Örneğin tarım, hayvancılık ve balıkçılık sektörlerine yönelik muafiyetler.

<sup>18</sup> Örneğin fikri mülkiyet hakları ile meslek birliklerine yönelik muafiyetler.

<sup>19</sup> Örneğin bankacılık sektörüne ve Ar-Ge faaliyetlerine yönelik muafiyetler.

<sup>20</sup> Örneğin ağ endüstrilerine veya doğal tekellere yönelik muafiyetler.

gereğinden fazla zarar doğurmayacak şekilde kullanımını sağlamak gereği açıktır. Aksi halde rekabet hukuku ile sağlanan faydalardan nedensiz yere vazgeçilmiş olacak ve bunu haklı çıkarmak mümkün olmayacaktır.

### **1.3.3. Düzenlenen Davranış Doktrininin Muafiyet Olup Olmama Niteliği**

Düzenlenen davranış doktrini, düzenlemeye tabi tutulan teşebbüsler bakımından rekabet hukukunun uygulanmaması sonucunu doğuracağından rekabet hukukuna yönelik bir muafiyet olarak görülebilir.

Doktrinin, bazı uygulamalarda savunma olarak adlandırıldığı görülmektedir. Ancak, doktrinin, savunma olarak tanımlanmasını eleştirenler de bulunmaktadır (Murphy, 2001). Buna göre, doktrin bir eylemin rekabet hukuku uygulamasına tabi olmasını engelliyorsa, savunma olarak değerlendirilmemelidir. Doktrinin gelişimi ele alındığında, davranışları rekabet hukuku uygulamasının dışına çıkararak bir neden olarak görülmesi nedeniyle buna uygun isimlendirilmesi gerektiği açıktır. Uygulamada doktrin birçok farklı şekilde tanımlanmakta ancak yaygın olarak “Düzenlenen davranış savunması” şeklinde isimlendirilmektedir. Savunma, görülmekte olan bir davada ileri sürülen ve belli bir hususu korumayı amaçlayan çaba olarak tanımlanabilir. Ancak doktrinin uygulandığı hallerde herhangi bir suç isnadı olmadığından savunma yapılması gerekmemektedir. Bu nedenle, doktrin bir muafiyet veya istisna olmadığı gibi bir savunma olarak da görülmemektedir. Düzenlenen davranışların kapsam dışı olarak nitelendirilmesinin, bu davranışların rekabet hukuku uygulamasına tabi olmaması özelliğini de yansıtaacağı ifade edilmektedir (Murphy 2001).

### **1.3.4. Rekabet Hukukuna Getirilen Muafiyetlerin Olumsuz Yönleri**

Rekabet hukuku uygulamasına muafiyet getirilmesinin bazı koşullar altında olumlu ve müdahaleye oranla etkin sonuçlar doğuracağı kabul edilebilir. Ancak bunun her zaman doğru olacağını savunmak mümkün değildir. Rekabet hukukuna getirilen muafiyetler sistematik bir yapıya sahip değildirler ve sektör spesifik beklentileri takip etmektedirler. Politik ve iş dünyası çıkar gruplarının muafiyetler üstünde belirli bir güce sahip olduğu da belirtilmektedir (Ardıyok ve Oğuz 2010,234).

Sokol (2009;2), hükümet tarafından düzenlemeler yoluyla, rekabet hukuku muafiyeti yaratılmasının problemleri olduğunu, çözüm için gereken çarenin kullanımının sorunu yaratan organ tarafından engellendiğini ifade etmektedir. Devlet, düzenleme yaparken isteyerek veya istemeyerek rekabeti kısıtlayabilir. Bunlar, belli davranışların rekabet hukukundan muaf tutulmasına ve hükümet

gözetiminde gerçekleştirilmesine yol açabilir. Teşebbüsler bu avantajı kendileri lehine ancak tüketicilerin aleyhine olarak kullanabilirler.

Kamusal kısıtlamalar, devlet tarafından yaratılmış rekabet sınırlamalarıdır ve sektörel düzenleyicinin eylemlerinden, yasama veya yargı faaliyetinden kaynaklanabilir. Çıkar gruplarının konumunu, toplumun geneline oranla güçlendiren yasama başarısızlığı, birçok rekabet hukuku muafiyetinin varlığını açıklamaktadır. Muafiyetlerin yasal olarak yaratılmış olması ihlallerin engellenmesini/çözüme kavuşturulmasını zorlaştırmaktadır. Çıkar grupları bu konularını kaybetmemek için gereken çabayı gösterecek ayrıca muafiyet yeni çıkar grupları yaratabilecektir. Yargı faaliyetiyle de kısıtlamalar yaratılması ve rekabet hukuku uygulamasının sınırlandırılması mümkündür. Buna en uygun örnek ABD’de yaratılmış *State Action Doktrini*’dir<sup>21</sup> ve muafiyetlerin kapsamının nasıl genişletildiğini ortaya koymaktadır. Kısıtlamalar, düzenlenen sektörlere getirilen bağışlıklardan da kaynaklanabilir. Sektörel düzenlemeler açık veya zımni muafiyet yaratabilir. Bu mekanizma yasal kısıtlamalardan farklıdır çünkü burada düzenleyiciler kısıtlamaları idare hukuku kapsamında yaratmaktadırlar. Düzenlemenin ve düzenleyicinin verdiği kararların kapsamı sektörün işleyişi için gereken parametreleri yaratmaktadır. Bu tür kısıtlamaların varlığı halinde düzenleyiciler, rekabet otoritelerini potansiyel bir tehlike olarak görebilir ve bu, düzenleyicinin düzenlenen sektör üzerinde daha geniş kontrol elde etme ve ilgili sektörde rekabet otoritesinin üstlendiği rolü kısıtlama çabasına girmesine neden olabilir.

Bazı sektörel düzenleyiciler, sosyal refahı arttırmak amacıyla, rekabet yerine sektörel endişelere odaklanabilir. Düzenleyiciler, çıkar gruplarından gelen baskılara ek olarak, düzenlenen sektöre yönelik çıkarı bulunan politikacıların da baskısına maruz kalabilirler ve bu durum, düzenleme tuzağını daha büyük bir sorun haline getirebilir.

Çeşitli şekillerde ortaya çıktığı ifade edilen rekabet hukuku kısıtlamalarının ortadan kaldırılması için, yasama organı, sektörel düzenlemeler, rekabet hukuku veya yargı organı kullanılabilir. Her bir araç kendi özelinde olumlu ve olumsuz özellikler taşımaktadır ancak hiçbiri bu kısıtlamaları ortadan kaldırmak bakımından yeterli görülmemektedir (Sokol 2009,4-16).

Düzenlenmeyen sektörlerde teşebbüsler muafiyeti, rekabet hukukuyla yaratılan etkinsizliklerden kurtulmak veya rekabet hukuku sınırlamalarından arınarak rekabete aykırı eylemlere girişmek amacıyla istemektedirler. Bu tür muafiyetlerin, olumlu karşılanan muafiyetlerden ayrılması ve bir politika oluşturulması zor olabilir. Bu nedenle teşebbüslerin zararları ile sektörün

<sup>21</sup> Bu doktrine ilişkin detaylı bilgiye çalışmanın ilerleyen bölümünde geniş olarak yer verilecektir.



yararları arasındaki uyumsuzluk doğabilir (Carlton ve Picker 2007,14-15) ve bu uyumsuzluğu ortadan kaldırmanın bir yolu, rekabet hukuku muafiyeti tanınması olabilir.

Ancak, etkin bir rekabet hukuku politikası yaratma aracı olarak arzu edilse de muafiyetler, toplumun zararına olacak pazar gücü yaratabilirler<sup>22</sup>. Rekabet hukukuna getirilen muafiyetlerin bu olumsuz yönü, gerek muafiyetlerin getirilmesinde gerekse mevcut muafiyet ve istisnaların uygulanmasında bazı esaslara uyulmasını gerektirmektedir.

### 1.3.5. Muafiyetlere İlişkin Olarak Dikkat Edilmesi Gereken Esaslar

Rekabet hukukunun genel uygulanabilir bir düzenleme olması daha iyi bir uygulama için gereklidir. Bu nedenle rekabet hukuku, tüm sektörler ve tüm teşebbüslere uygulanmalıdır. Bu kabul, özel ve kamusal tüm teşebbüslerin rekabet hukukuna tabi olmasını gerektirmektedir. Ancak, pratikte çeşitli ekonomik, sosyal ve politik nedenlerle rekabet hukuku uygulamasına muafiyet ve istisnalar tanınmaktadır. Bu tür muafiyet ve istisnaların zorunlu olarak rekabet hukuku uygulamasını zayıflatığı düşünülmemelidir. Hatta muafiyet ve istisnaların rekabet hukuku politikasının amaçlarını genişletmek bakımından faydalı olabileceği kabul edilebilir (UNCTAD 2002).

Rekabet hukuku politikası, bir ülkede uygulamaya konulan tüm politikalar gibi göz ardı edilmesi ve edilmemesi gereken tarihi, kültürel ve kurumsal bazı gerekliliklerin yansımalarıdır. Bu nedenle farklı ülke uygulamalarında farklı ekonomik ve sosyal amaçlara öncelik ve ağırlık verilmesi söz konusu olabilir. Bu nedenle rekabet hukuku doğası gereği, diğer politikalarla tamamlayıcı veya çatışan konumda olabilir ve diğer politikalarla oranla rekabet hukukuna verilecek öncelik, gerilime yol açabilir (UNCTAD 2002). Bu gerilimden kurtulmak amacıyla yönelik rekabet hukuku muafiyetleri talep edilebilir ancak bu taleplere yasama organınca kuşkuyla yaklaşılmalıdır ancak, çoğu muafiyeti yaratanın yasama organı olması karşısında bir ironi oluşmaktadır (Carstensen 2005).

Amerikan Modernizasyon Komitesi (American Modernization Commission-AMC), (2007,333), devlet tarafından rekabete getirilebilecek kısıtlamaları teşebbüsler tarafından gerçekleştirilen ihlaller kadar tehlikeli ve rekabet sürecine zararlı görmektedir. Bu nedenle bu tür kısıtlamalar en aza indirilmeli<sup>23</sup>, rekabet hukukuna getirilecek muafiyetler bakımından fayda-maliyet analizi yapılmalı ve alternatif sınırlamalar arasından en az kısıtlama yaratan tercih

<sup>22</sup> A.g.e. s.20

<sup>23</sup> Rekabet hukuku muafiyetleri minimize edilmeli, mümkünse ortadan kaldırılmalıdır. Hükümetler rekabet hukuku uygulamasının etkinliğini ve kapsamını genişletmelidir (OECD 1997,271).

edilmelidir. Muafiyet tanıyan düzenlemelerin belli süreyle sınırlı olması ve bu sürenin sonunda muafiyetin ortadan kalkması savunulabilir. Bunu sağlayabilmek için muafiyetlerin belli periyotlarla gözden geçirilmesi gerekir. Muafiyetler tutarlı ve sıkı koşullarla düzenlenmeli, esas amacın rekabet olduğu unutulmadan muafiyetle tanınan serbestinin sınırları aşılmamalı, mevcut muafiyetler dar kapsamlı olarak uygulanmalıdır (Carstensen 2005; AAI 2005a). Açık ve zorunlu bir neden olmadıkça sektörel muafiyetler tanınmamalı, tanınacaksa mümkün olan en az sınırlayıcı şekilde tespit edilmeli ve rekabet ve regülasyonun ikame değil tamamlayıcı olduğu kabulüyle dar tutulmalıdır (Varney 2010). Düzenlenen davranış doktrini rekabet hukukunun uygulanması bakımından sektörel bağışlıklara oranla daha dar kapsamlı bir muafiyet sağladığı için (OECD 2011,22) sektörel bağışıklık tanınmasına tercih edilmelidir. Muafiyet rasyonel gerekçelere dayandırılıyorsa kapsamının daraltılması amacıyla kullanılacak araçlar üzerinde düşünölmelidir<sup>24</sup>.

Muafiyetlere ilişkin karar alıcının devletin kendisi olduğu durumda rekabet hukukunun politik sürece müdahalesi uygun görölmemektedir. Ortaya çıkan sonuçlar rekabete ve serbest piyasa sisteminin değerlerine aykırı olsa da demokratik sürecin aksaklıklarını gidermek rekabet hukukunun görevi değildir (Areeda ve Hovenkamp 2004). Bu nedenle söz konusu muafiyetlerin gerekli olduğu süreçte ve mümkün olan en dar şekilde uygulanmasını sağlamak amacıyla rekabet otoriteleri ellerinde olan araçlardan örneğin rekabet savunuculuğundan faydalanılabilirler.

Bu bölümde yer verilen; düzenlemeler ile rekabet hukukunun görelî avantaj ve dezavantajları ile rekabet hukukuna getirilen muafiyet ve istisnaların yaratabileceği zararların, doktrinin uygulamasına ilişkin sınırların çizilmesinde değerlendirme kriteri olarak göz önünde tutulabileceği düşünölmektedir.

---

<sup>24</sup> A.g.e. s.26

## BÖLÜM 2

# ABD VE AB UYGULAMALARI İŞİĞİNDA DÜZENLENEN DAVRANIŞ DOKTRİNİ

Belli hukuki kavramlara ve prensiplere dayanan düzenlenen davranış doktrini, rekabete aykırı eylemler rekabet hukukundan bağımsızlığı sağlayabilmektedir. Doktrinin dayanakları ağırlıklı olarak yasal niteliklidir ve her zaman ekonomik etkinlik kriterini karşılamamaktadır. Rekabet hukuku ile düzenlemelerin aynı hiyerarşik seviyede olması durumunda açık muafiyet yaratılabildiği gibi zımni muafiyet tanındığı da kabul edilebilmekte, düzenlemenin rekabet hukukunun altında yer alması durumunda ise farklı hukuk sistemlerinde farklı çözümler üretilmektedir. Bu nedenle bu bölümde hukuki yapılarından kaynaklanan özelliklere değinilmek suretiyle ABD ve AB uygulamalarına yer verilecektir.

Ayrıca ilk bölümde belirtildiği üzere doktrin, farklı veya aynı seviyede yer alan hukuki düzenlemeler arasındaki aynı anda uygulanabilirlik durumunu ortadan kaldırabilmektedir. Bu nitelik, normlar hiyerarşisi ve normlar arası ilişkilere yönelik kurallar hakkında bilgi verilmesini gerektirmektedir. Ancak bu bölümde yalnızca ülkelerin hukuki yapılarından kaynaklanan farklılıklara değinilecek, normlar hiyerarşisine ilişkin kurallar, Türkiye'ye ilişkin açıklamalarda detaylandırılacaktır.

### 2.1. ABD'NİN HUKUKİ YAPISI VE DÜZENLENEN DAVRANIŞLARA YAKLAŞIMI

#### 2.1.1. ABD Hukuk Sistemine İlişkin Genel Bilgiler

ABD hukuk sistemini temel hatlarıyla ele almadan önce bu hukuk sisteminin altyapısında yer alan ve günümüz uygulamasını etkileyebilen bazı hususlara değinilmesi faydalı olacaktır. Öncelikle belirtilmelidir ki; 4 Temmuz

1776'da yayınlanan Bağımsızlık Bildirisi ile kolonilerin her biri bağımsız bir devletin sahip olabileceği tüm yetkilere sahip egemen birer devlet niteliğini almıştır (Göze 2000,481). Ancak, bölgede yaşanan sorunların devletleri birlik olmaya itmesi nedeniyle devletler, ilk ortak siyasi düzen olarak konfederasyon sistemini benimsemişlerdir. Anayasa ile kurulan devlet, federal nitelik taşımaktadır ve federal devlet aynı toplumda ve toprak parçası üzerinde iki ayrı iktidarı öngörür.<sup>25</sup> Federal devlet ile federe devletlerarası yetki sorunu da anayasada çözümlenmiştir. İlke olarak federal devlet, federe devletlerin üzerindedir ancak federal organların yetkileri bellidir ve federe devletlerin yetki alanlarının ötesine geçmemelidir. Anayasa, Kongre'ye federe devletlerarası ticareti düzenleme görevini ve bu görevin gerektiği şekilde kullanılmasını sağlayacak düzenlemeleri yapma yetkisini vermektedir<sup>26</sup>.

Mevcut devlet yapısı içinde ilişkilerin tahlili kolay olmamaktadır. Federal düzenlemeler ile federe devlet düzenlemeleri arası ilişki Anayasa'nın üstünlük ilkesince şekillenmektedir. Buna göre, federe devlet düzenlemelerinde çatışan düzenlemeler bulunsa da, geçerli federal düzenlemeler, federe düzenlemelere oranla önceliklidir<sup>27</sup>. Bu çatışmaların önlenmesi amacıyla mahkemeler tarafından yorumsal metotlar geliştirilmiştir. ABD uygulaması, rekabet hukukunun önemine ve regülasyona oranla daha etkin sonuçlar doğurmasına ilişkin bilincin, Kongre'de yer aldığı oranda, federe devlet yasama organlarında da bulunduğu kabulüne dayanmakta (ICN 2004b,17) ve federe devlet düzenlemelerinin, çatıştıkları federal düzenlemeler karşısında öncelikle uygulanmasını sağlayabilmektedir (Sullivan ve Hovenkamp 1999).

ABD hukukuna ilişkin bazı ABD'de uygulanan hukuk sistemi, İngiltere'de uygulanan ortak hukuk (*common law*) etkisinde gelişmiştir. Bu hukukun özelliği, mahkemelerin yüzyıllar boyunca verdikleri kararlardan ortaya çıkan prensiplerin genel uygulanabilirlik kazanması ile meydana gelmesidir (Oğuzman ve Barlas 2003,11). Bu sistemlerde bazen kanunlar çıkarılmakta ancak tüm hukuk kanunlaştırılmış olma niteliği kazanmamakta, temel özelliğini korumaktadır.

Ortak hukuk sistemlerinde, yargısal içtihatlar temel hukuk kaynağıdır. Emsal kararların bağlayıcı gücü, alt mahkemelerin, üst mahkeme kararlarıyla bağlı olması sonucunu doğurmaktadır. Aynı koşullara sahip olayların aynı şekilde çözülmesini sağlamak önemlidir ve bu nedenle, somut olaylardan yola çıkılarak soyut kurallar oluşturulmaktadır. Ancak mahkemelerin ortaya koyduğu esaslar

<sup>25</sup> Devlet; egemenlik, toplum ve toprak olmak üzere üç unsurdan oluşan bir hukuki varlık olarak kabul edilmektedir. (Teziç 2003,113-118)

<sup>26</sup> ABD Anayasasının 1. maddesinin Kongre'nin yetkilerini düzenleyen 8. bölümünde düzenlenmektedir.

<sup>27</sup> ABD Anayasasının 6. maddesinde düzenlenmektedir.

kanun benzeri genel ve soyut norm oluşturmazlar, ilgili olaya özgüdürler. Vakaya müdahalenin, tarafların mahkemeye başvurmalarını gerektirmesi, bazı piyasalarda meşru çıkarların korunmasını sağlamada yetersiz kalmıştır. Ortak hukukun bu yetersizliği, piyasaların düzenlemeye olan ihtiyacını ortaya koymuş ve bu boşlukları dolduracak yeni bir müdahale aracı olarak regülasyon doğmuştur.

### **2.1.2. ABD'nin Düzenlenen Davranışlara Yönelik Rekabet Hukuku Uygulaması**

ABD'de genel bir düzenlenen davranış doktrini kabul edilmemektedir. Sherman Kanunu'nun<sup>28</sup> federe devletlerarası ticarete ve bu ticareti etkileyen tüm faaliyetlere, düzenlemeye tabi olsun veya olmasın, uygulanması esastır. Yüksek Mahkeme, birçok kararında düzenlemenin, rekabet hukuku muafiyetine yol açmadığını ifade etmektedir<sup>29</sup>. Kongre tarafından düzenlemelerle belirlenen hedeflerin rekabet hukuku standartlarından ayrıştığı ancak bu standartlarla çatışmadığı ifade edilmektedir (OECD 2011,183) Ancak bazı düzenlemeler açıkça veya zımnen, rekabet hukuku uygulamasının yerine geçmekte ve bu durumda, söz konusu bağımsızlık, Kongre'nin bir niyeti olarak ortaya çıkarak mahkemeleri bağlamaktadır. Kongre'nin amacı, rekabet hukuku dışında bazı hedeflerin gerçekleştirilmesi veya uzmanlaşmış düzenleyicinin daha iyi değerlendirebileceği hususlarla rekabet hukukunun dengelenmesi olabilir. Açık muafiyetin yokluğunda Yüksek Mahkeme, düzenlemenin, rekabet hukuku ile çatışmayı önlemeye yetecek oranda, muafiyet tanıdığı yönünde zımni bir Kongre iradesine dayanmıştır. Federalizm prensipleri ve federe devletlerin egemenliği ilkesi gereğince, federe devletin hükümet fonksiyonundan kaynaklanan düzenlemelerin, rekabeti kısıtlasa dahi rekabet hukuku uygulamasından muaf olacağı kabul edilmiştir<sup>30</sup>.

ABD özelinde rekabet hukuku uygulaması, federe devlet düzenlemesinin belli davranışları muaf tutabildiği kabulüne dayanan ve ileride açıklanacak olan State Action Doktrini (SA) ve federal düzenlemelerin açıkça veya zımnen belli davranışları rekabet hukukundan muaf tutması ile kısıtlanmaktadır (Elhauge ve Geradin 2007,24). Federal düzenlemeler, federal rekabet hukuku kurallarına doğrudan uygulanabilir açık muafiyet sağlayabilir veya düzenleyici otoriteye idari karar olarak bağımsızlık yaratma yetkisi verebilir. Ancak açık/zımni muafiyetler ile SA arasında tarihi gelişim ve köken farkı bulunmaktadır. Ayrıca, açık/zımni muafiyetler, federal devlet yasaları arasındaki ilişkiyi, SA ise federal düzenlemeler ile federe devlet düzenlemeleri arasındaki ilişkiyi konu edinmektedir. Yani SA,

<sup>28</sup> ABD'de rekabet hukukuna ilişkin temel düzenlemeleri içeren ve bu hususta oluşturulan ilk mevzuat olma özelliğini taşıyan kanundur.

<sup>29</sup> Bkz. Otter Tail Power Co. v. United States 410 U.S. 366 (1973) ve Credit Suisse Sec. LLC v. Billing, 551 U.S. 264 (2007)

<sup>30</sup> Bu prensip ilk kez Parker v. Brown 317 U.S. 341 (1943) kararında ortaya konmuştur.

rekabet hukukunun farklı hiyerarşiye tabi düzenlemelerle ilişkisini, açık/zımnı muafiyetler ise eş seviyedeki düzenlemelerle ilişkisini konu almaktadır. Açık/zımnı muafiyetler ile SA, aşağıda ayrı başlıklar altında ele alınacaktır.

### 2.1.3. Federal Düzenlemelerle Getirilen Açık Muafiyetler

ABD’de, düzenlenen sektörlerde rekabet hukuku uygulamasının en güçlü şekilde kısıtlandığı durumlar, federal düzenlemenin yer aldığı hukuki metinde açıkça muafiyet getirildiği durumlardır. Bu muafiyetler, belli bir davranışa izin verilmesi veya düzenleyici otoriteye o sektörde rekabet hukukunun yerine düzenlemeyi uygulamak yönünde yetki verilmesi şeklinde olabilir (Bush 2006,634). Bazen rekabet hukuku uygulamasının belli alanları kapsamayacak şekilde değiştiren düzenlemeler çıkarılabilmektedir. Kongrenin, rekabet hukuku tamamen uygulanabilir olduğunda, düzenlemenin aksayabileceği endişesiyle hareket ettiği veya federe devlet düzenlemeleri ile yargı kararlarına işlerlik kazandırmayı amaçladığı kabul edilmektedir (Sullivan ve Grimes 2000). Muafiyetin altında yatan ekonomik rasyonelin belirsizliği ve uygulama geçmişinin açık olmaması, geniş uygulamaya ve sınırlara ilişkin tartışmalara yol açabilir. Bu nedenle Kongre, fayda-maliyet analizi yaparak uygulama standartlarını ortaya koymadıkça rekabet hukuku uygulamasının esas olması gerektiği belirtilmektedir (Bush 2006,634-635).

ABD’de, rekabet hukukuna yönelik açık ve sınırlı nitelikte (Sullivan ve Grimes 2000) muafiyet getiren düzenlemeler, tarım kooperatiflerine, balıkçılık birliklerine, okyanus balıkçılığına, işçi sınıfı, gazeteler, profesyonel atletler, bankacılık ve finans gibi sektörlerle, hava ve demiryolu taşımacılığına ve meslek birliklerine ilişkin mevzuatta yer almaktadır. Muafiyetler, zamanla sayı ve kapsam bakımından genişleyip daralabilmektedir (OECD 2011,184; Hovenkamp 2005,725-735). Temelde kanun yorumu gerektiren (Areeda ve Hovenkamp 2000b) açık muafiyetlerin, dar yorumlanarak uygulanması ve her federal düzenlemenin muafiyet yarattığı şeklinde geniş değerlendirilmemesi gerekli görülmektedir<sup>31</sup>.

Açık muafiyetler, ilgili sektörü rekabet hukuku uygulamasından muaf tutmaktadır. Açık muafiyetler, düzenleyici otoritenin bir eylemi veya onayına bağlı muafiyet tanıyabilecekleri (Areeda ve Hovenkamp 2000b,30-61) gibi belli eylemlere veya sözleşmelere yönelik dar kapsamlı muafiyet de yaratabilirler. Belli bir davranışın ilgili muafiyet kapsamına girip girmediği ile ilgili sorular, kanun yapma şekline ilişkindir ve ilgili düzenlemenin anlamı ve kapsamı çerçevesinde

<sup>31</sup> Bkz. Nat’l Gerimedical Hosp. & Gerontology Ctr. v. Blue Cross 452 U.S. 378 (1981) ve Group Life & Health Ins. Co. v. Royal Drug Co. 440 U.S. 205 (1979)

yorumlanmalıdır. Bu yorumun muafiyetin uygulanamayacağı sonucuna ulaşması durumunda zımni muafiyet uygulanabilirliğinin değerlendirilmesi gerekir (Hovenkamp 2005).

Açık bağışlıklar sıkı bir şekilde yapılandırılmalı ve AMC'ye (2007) göre, rekabet hukuku sorumluluğuna yol açacak davranışın; ABD ekonomisi ile tüketici yararının sağlanması ve serbest pazar lehine bir sosyal amacın gerçekleştirilmesi için gerekli olduğu durumlarla sınırlı olarak muafiyet tanınmalı ve bu uygulama nadir olmalıdır.

#### **2.1.4. Federal Düzenlemelerle Zımni Muafiyet Tanınması**

Zımni muafiyet, zımni geçersizlikten yola çıkan ve kanun yorumuna dayanan bir uygulama olarak tanımlanabilir. Zımni geçersizlik ise, iki düzenlemenin birbirleriyle bağdaşmadıkları ve yeni düzenlemenin bu şekilde uygulanabilir olmadığı durumlarda yeni yasanın eskisine tercihen uygulanması temelli dar kapsamlı bir hukuk doktrindir. Düzenlemelerin birlikte var olamayacakları ölçüde yoğun bir çatışmaya pek rastlanmadığı için nadiren uygulanmaktadır. Bu nadir durumlarda dahi, eski düzenlemenin yenisiyle yer değiştirmesi en makul şekilde ve iki düzenlemeyi de mümkün olduğu ölçüde koruyacak şekilde gerçekleştirilmektedir. Yeni kanun, çatışmayı ortadan kaldırmaya yetecek ölçüde ve zımnen eski kanunun yerini almaktadır. Bu uygulamanın amacı, hukuk normları arasındaki uyumun sağlanması, hukuk normlarının mümkünse bir arada korunması, uyumun sağlanmadığı noktada da geçersizliğe başvurulmasıdır (Markham 2009).

Bazı durumlarda federal düzenlemelerin, rekabet hukuku uygulanabilirliğini kısıtlamak yönünde Kongre niyetini bünyesinde taşıdığı farz edilir (OECD 2011,186). Bu kısıtlama, kamu yararının daha iyi sağlanacak olması nedeniyle tercih edilmektedir. Kongre'nin zımnen rekabet hukuku uygulamasını kısıtlamasına ilişkin kabul zımni geçersizliğe benzemekte ve Kongre'nin faaliyetleri esnasında gerekli özeni göstermiş olduğu varsayımına dayanmaktadır. Ancak zımni muafiyet, zımni geçersizliğe oranla katı uygulanmaktadır (Kahn 2008).

Zımni muafiyet, iki düzenlemeden birini tamamen dışlamak yerine, ikisinin beraber işlerliğini mümkün olan oranda sağlamayı amaçlamakta ve mümkün olan en dar kapsamda uygulanmaktadır<sup>32</sup>. Düzenlemede açık bir muafiyet hükmü getirilmemekte ancak düzenlemenin bu kısıtlamayı zımnen yarattığı varsayılmaktadır. Ancak muafiyet, düzenlemenin uygulanabilirliğini sağlamak için gereken ve mümkün olan en dar ölçekte tanınmalıdır.

<sup>32</sup> Silver v. NYSE 373 U.S. 341 (1963) ve Nat'l Gerimedical Hosp. & Gerontology Ctr. v. Blue Cross 452 U.S. 378 (1981)

Düzenlemenin uygulanabilirliğini sağlamak için aranan zorunluluk, davranışa değil muafiyet tanınmasına ilişkindir (Areeda ve Hovenkamp 2000b). İki düzenlemenin amaçları arasında çatışma yoksa muafiyet söz konusu olmamalıdır. Ayrıca, her iki düzenlemeyi de ihlal eden eylemler, düzenleme ile daha geniş çözüm yelpazesine tabi tutulabiliyorsa düzenleme ve rekabet hukuku arasında çatışma doğmayacağı ifade edilmektedir (Brunell 2011,246). Yüksek Mahkeme de bu hususlara *Silver*<sup>33</sup> ve *Nat'l Gerimedical*<sup>34</sup> kararlarında değinmektedir. Yüksek Mahkeme'nin *Gordon*<sup>35</sup>, *NASD*<sup>36</sup> ve *Nat'l Gerimedical* kararlarında, inceleme konusu davranışın düzenlemenin işlerliği sağlamak için zorunlu olması aranmamakta ancak rekabet hukukunun uygulanabilir olması durumunda düzenlemeye ilişkin politikalarla oluşacak çelişkinin düzenlemenin işlerliğini etkileyeceği varsayımına dayanılmaktadır. İlgili kararlar *Borden*<sup>37</sup> kararıyla birlikte okunduğunda; muafiyetin, düzenleyici otoritenin aktif gözetiminin varlığı koşuluyla uygulanabilir olduğu ve düzenleyici otoritenin, söz konusu davranışa ilişkin yönetme, yasaklama, zorlama yetkisinin bulunmadığı, yetkisinin bulunduğu ancak bu yetkinin kullanılmadığı durumlarda geçerli olmayacağı anlaşılmaktadır. Otoritenin, yetkisini kullanmadığı durumların, yalnızca onay makamı olarak hareket ettiği halleri kapsadığı(Areeda ve Hovenkamp 2000b,32), rekabete aykırı etkilerine rağmen söz konusu davranışın uygulanmasına izin verdiği halleri kapsamadığı kabul edilebilir.

Düzenleme tarafından zorlanan davranışların zımnî muafiyetten faydalanabilecekleri, ancak teşebbüse hareket alanı bırakılmışsa rekabet hukukunun davranışın sınırlarını çizmek bakımından uygulanabileceği ancak davranışın gerçekleştirilmesi yönünde yetki verilmiş ve davranış aktif şekilde gözetime tabi tutulmuşsa rekabet hukuku uygulamasının dışlanacağı ifade edilmektedir (Areeda ve Hovenkamp 2000b,35-37). Yazarlar, zımnî muafiyet değerlendirmelerinde; düzenleyici otoritenin onay verebilme gücünü ve yetkisini, bu yetkinin mevcut olayda kullanılmış olup olmadığını, davranış onaylanmışsa onay aşamasında düzenleyici otoritenin gösterdiği özeni, davranışın rekabetçi etkilerini değerlendirme yetkisi olup olmadığı ile var olan yetkisini kullanıp kullanmadığı, davranışın verilen iznin kapsamı dışına taşıp taşmadığı gibi hususların göz önünde tutulabileceğini belirtmektedir (2000b,39).

*Silver* ve *Gordon* kararları ile açık bir çatışmanın aranmadığını, çatışma yaşanması potansiyelinin uygulama için yeterli olacağını ortaya koymuştur.

<sup>33</sup> *Silver v. NYSE* 373 U.S. 341 (1963)

<sup>34</sup> *Nat'l Gerimedical Hosp. & Gerontology Ctr. v. Blue Cross* 452 U.S. 378 (1981)

<sup>35</sup> *Gordon v. New York Stock Exchange* 422 U.S. 659 (1975)

<sup>36</sup> *United States v. National Association of Securities Dealers* 422 U.S. 694 (1975)

<sup>37</sup> *United States v. Borden* 308 U.S. 188 (1939)



*NASD* kararında ise bağdaşmazlığın ikna edici şekilde ortaya konmasını gerekli görmüştür. Mahkemenin, Kongre tarafından düzenleyici otoriteye tanınmış yetkinin rekabet hukuku uygulaması ile zayıflatılmamasını ve yetkinin kullanımının engellenmemesini sağlamak endişesiyle bu geniş kabule ulaştığı ifade edilmektedir (Shelanski 2011,688). Ancak Mahkeme, *Otter Tail*<sup>38</sup> kararında basit bir çakışmanın zımni muafiyet için yeterli bir temel oluşturmadığını ortaya koymuş, *Credit Suisse*<sup>39</sup> kararı ile de zımni muafiyet için gereken standartlardan birini, açık bağdaşmama olarak karakterize etmiştir. Yüksek Mahkeme, ilgili kararlarda ayrıca, zımni muafiyet kabulünün, ilgili düzenlemenin kapsamında kalan tüm eylemler bakımından otomatik bir koruma sağlamayacağını, başka bazı eylemlerin rekabet hukuku incelemesine tabi kalabileceğini ifade etmiştir.

*Borden* kararında düzenleyici yapının Sherman Kanunu'nun yasaklamaları ve cezaları üzerinde etkiye sahip olmadığını ifade eden Mahkeme, *Pan American*<sup>40</sup> kararında, kapsamlı bir düzenlemenin varlığı ile Kongre'nin niyetinin değişmesini yeterli bulmayarak düzenleyicinin benzer davranışları onaylama, değiştirme ve yasaklama gibi yetkilere sahip olup olmadığını araştırılmasını gerekli görmüştür. *Nat'l Gerimedical* kararında ise, zımni muafiyet iddiasının, dava konusu eylem, herhangi bir hükümet kuruluşu veya düzenleyici otorite tarafından zorlanmadıkça veya onaylanmadıkça zayıf kalacağını ifade etmiştir.

*Silver* kararında Yüksek Mahkeme, düzenleme tuzağına değinmiş ve bu durumda muafiyet tanınmasının zorlaşacağını ifade etmiştir. Kararda düzenleyicinin davranış üzerindeki yetkisini eksik bulan ve muafiyet tanımayan Mahkeme, düzenleyici otoritenin, müdahale öncesinde gereken önlemleri almış olduğu *Gordon* kararında ise muafiyet tanımıştır. Karara konu düzenleyici, sahip olduğu yetkileri kullanmakta ve gözetim yükümünü devamlı olarak yerine getirmektedir. *Otter Tail* kararında da kendisine verilen yetkiyi kullanmayan düzenleyici otoritenin davranışı bir seçim olarak nitelendirilmiştir.

Hem uygulamada değişim yarattığı ifade edilen hem de oldukça eleştirilen *Trinko*<sup>41</sup> kararında, Mahkeme 1996 tarihli Telekomünikasyon Kanunu'nun oldukça detaylı düzenlemeleri ve Kanun'un, rekabet hukuku kurallarının uygulanabilirliğini azaltıcı veya ortadan kaldırıcı şekilde yorumlanamayacağına ilişkin hükmü karşısında teşebbüslerin rekabet hukuku uygulamasından muaf olup olmadıkları sorununun ortaya çıktığını belirtmiştir. Kanun'un sektöre yönelik oldukça detaylı düzenlemeler getirmesi nedeniyle eylemin ihlal olmadığına karar veren Mahkeme, düzenlemeyi rekabetin sağlayabileceklerinin ötesinde

<sup>38</sup> *Otter Tail Power Co. v. United States* 410 U.S. 366 (1973)

<sup>39</sup> *Credit Suisse Sec. LLC v. Billing*, 551 U.S. 264 (2007)

<sup>40</sup> *Pan American World Airways Inc. v. United States* 371 U.S. 296 (1963)

<sup>41</sup> *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP* 540 U.S. 398, (2004)

olarak değerlendirmiştir. Kararda, düzenleme, rekabete aykırı davranışlarla ortaya çıkacak zararların ortadan kaldırılmasına yönelik bir yapıda ve zımnı muafiyet uygulamasına elverişli görülmüş ancak, Kanun'un rekabet hukukunun uygulanabilirliğini azaltan veya ortadan kaldıran şekilde yorumlanmasını engelleyen hükmü<sup>42</sup> mahkemenin zımnı muafiyet uygulamasını engellemiştir. Bu koşullarda, ek bir rekabet hukuku müdahalesinin sağlayacağı katkıyı oldukça düşük bulan Mahkeme, müdahalenin makul görülmeceğini ifade etmiştir.

Mahkemenin bu kararı doktrinde birçok yönden eleştirilmektedir. Zımnı muafiyet koşullarını uygulayan ancak davranışın türünü dikkate almayan ve düzenlemenin işleyişini sağlamakla sınırlı uygulanan temel doktrinden, rekabet hukuku uygulamasının maliyetlerini değerlendirmekle ayrıldığı (Areeda ve Hovenkamp 2004,2-82) ve maliyettemelli bir yorum yarattığı (Bush 2006,641-644) ifade edilmektedir. Karar, zımnı muafiyet uygulamasından ayrılan ve mahkemenin açık muafiyet tanınması niteliğine ulaşan bir uygulama olarak görülmektedir (Kahn 2008,1462). Muafiyetin sürecin başında tespiti değerli görülmekte, bu aşamada tespit edilmesinin muafiyetten beklenen faydayı azalttığı belirtilmektedir<sup>43</sup>. Kararda uygulanan “yumuşak” muafiyet<sup>44</sup> yaklaşımının düzenleyici otoritenin faaliyetlerinin müphem, rekabet ihlali iddialarının kolaylıkla çözümlenebilir olduğu durumlarda aynı şekilde iyi işlev görmeyebileceği belirtilmektedir (Areeda ve Hovenkamp 2004,2-82/2-84). Düzenleyici otoritenin, rekabete aykırı davranışı engellemeye yönelik bir gücü bulunması, ilgili davranışı muaf tutmak için yeterli görülmemektedir (Areeda ve Hovenkamp 2000b,340,Dipnot:8). *AT&T*<sup>45</sup> kararıyla aynı koşullarda olan *Trinko*, mahkemenin hoşgörüsünde artış olduğu yönünde değerlendirilmekte ve benzer koşullardaki davaların 20-30 yıl önce ileri sürülebildiğini ancak günümüzde rekabeti koruyan hükümlerin varlığına rağmen kabul edilmediğini göstermektedir (Shelanski 2011,718). Karara, otoritelerin yetkilerine ilişkin belirsizlik yaratması nedeniyle sorgulayıcı yaklaşılmalıdır (Brennan 2008,136-140). Ancak kararı, düzenlenen sektörlerde rekabet hukuku uygulanması olanağının tamamen ortadan kalkmadığı ancak gözetim koşulunun yeterli olmadığı, muafiyet tanınabilmesi için gözetimin de denetlenmesi gerektiği

<sup>42</sup> Bu hükmün varlığında; düzenlemenin rekabet hukukunun yerini almasına yönelik Kongre niyetine ulaşılması mümkün görülmemektedir (Weiser 2005,570-571).

<sup>43</sup> Muafiyetler, belli davranışları rekabet hukuku uygulamasının dışına çıkarmaktadırlar ancak muafiyet tanınmasında amaç, inceleme prosedürlerini önlemek, bu anlamda maliyeti azaltmak ve teşebbüslere hukuki belirlilik sağlamaktır. Görülen bir dava sonunda davranışın muaf tutulduğuna karar verilmesi bu anlamda hiçbir fayda sağlamayacaktır.

<sup>44</sup> Amerikan Adalet Bakanlığı (Department of Justice-DOJ) ve AMC tarafından da karar bu şekilde nitelendirilmekte ve desteklenmemektedir (Brunell 2011,251). Buna göre, karar, düzenlemelerin rekabet hukukunun yerine geçtiği yönünde değerlendirilmemelidir (AMC 2007,362).

<sup>45</sup> *MCI Communications v. AT&T*, 708 F.2nd 1081 (7th Circuit, 1983), *United States v. AT&T* “Modification of Final Judgement”, 552 F Supp 131 (D.D.C. 1982)

şeklinde yorumlayanlar da bulunmaktadır (Vaheesan 2010,913).

*Credit Suisse* kararı ile Yüksek Mahkemenin, rekabet hukukunun düzenleyiciler tarafından icra edilmesi yönündeki görüşü güçlenmiştir. Her iki düzenlemeyi de ihlal eden davranışa rekabet hukuku muafiyeti tanındığı kararda, zımnî muafiyetin koşullarının, sektörel düzenlemelerle rekabet hukuku ilişkisinin farklılaşabilmesi nedeniyle uygulanacak sektöre ve ilgili davranışın her iki düzenleme ile olan ilişkisine göre değişebileceği vurgulanmıştır. Mahkeme, müdahalenin gereksiz olma riskinin yüksek olması, düzenleyici otoritenin yetkin bir müdahalede bulunması ve rekabet hukuku uygulamasına duyulan ihtiyacın az olması nedeniyle muafiyet tanımıştır. Ancak karar, otoritenin rekabeti sağlama görevinin bulunmaması, yetkisinin rekabetçi etkileri gözetmekle sınırlı olması nedeniyle eski kararlarda ortaya konulan standartları düşürmesi, potansiyel zarar gibi belirsiz kavramlara dayanması ve düzenlemeler arası olası bir çatışma bulunmamasına rağmen muafiyet tanınması yönünden eleştirilmektedir (Kahn 2008,1471-1474). Kanunların yorumu metodundan uzaklaşan mahkemenin yasal düzenlemelerin olay özelinde yorumlanması yoluna başvurduğu da ifade edilmektedir (Markham 2009).

*Linkline*<sup>46</sup> kararında, mahkeme mevcut olayı *Trinko* kararına benzeterek ele almış ve rekabet ihlallerini engellemeye ve çözmeye yönelik düzenlemenin varlığı halinde rekabet hukuku müdahalesinin doğuracağı zararların sağlayacağı yararlardan fazla olacağını ifade etmiş ve *Trinko*'da yer verdiği endişeleri aynen tekrarlamıştır. Mahkeme, *Trinko* kararının düzenlenen sektörlerde rekabet hukuku uygulamasını engellemediğini belirtmekte ve düzenlemenin varlığını rekabet hukuku sorumluluğuna ilişkin değerlendirme yapılırken göz önünde tutulması gereken bir faktör olarak tanımlamaktadır.

### **2.1.5. Zımnî Muafiyet Uygulamasına İlişkin Değerlendirme ve Eleştiriler**

ABD'de Mahkemelerin yukarıda yer verilen kararlarıyla ilgili değerlendirme ve eleştirilerin birkaç başlık altında toplanması mümkündür. İlk olarak, Yüksek Mahkemenin *Credit Suisse* ve *Trinko* kararlarıyla yaklaşımını netleştirmekten uzak olduğu ve zımnî iptalden yola çıkan zorlama bir uygulamaya ulaştığı belirtilmektedir. Bu sorun, zımnî muafiyetin yalnızca iki düzenleme arası bağdaşmazlığın bulunması ve Kongre'nin düzenleme ile rekabet hukuku uygulamasından vazgeçme iradesinin açıkça ortaya konması koşullarının sağlandığı hallerle sınırlı olarak uygulanması ile çözülebilir (Kahn 2008,1478-1496). İkinci

<sup>46</sup> *Linkline Communications, Inc. v. SBC California, Inc.* 305 F.3d 876 (9th Cir. 2007) *Pacific Bell Telephone Company, dba AT&T California, et al., Petitioners v. Linkline Communications, Inc., et al.* 555 U.S. \_\_ (2009) No:07-512

bir husus, Mahkemenin, hükümet müdahalesi olan iki araç arasında hangi temellere dayanarak seçim yaptığı hususunun belirsizliğidir. Mahkeme'nin uygulamada, kamusal eylemler ile özel teşebbüs eylemleri bakımından ayırım yapmaması, kamu uygulamalarının farklı niteliği çerçevesinde eksiklik olarak görülebilir. Zımnî muafiyet uygulamasındaki değişim, düzenleyicilerin rekabeti sağlamada daha ideal sonuçlar ortaya çıkaracağına ve rekabeti daha iyi temsil ettiklerine ilişkin inanca dayandırılmaktadır. Ancak, rekabet ihlallerinin, düzenleyici otoritelerin gözü önünde olması, söz konusu temsilin zayıf olduğunu ortaya koymaktadır (Brunell 2011,258; Areeda ve Hovenkamp 2000b,319; Dogan ve Lemley 2009,704). Zımnî muafiyet uygulaması düzenleyicilerin, ilgili meseleleri çözmede ortaya koydukları etkinliğe dayandırılabilir ancak mahkemenin, düzenlemenin varlığına atıf yaparak düzenleyici otoritenin herhangi bir eylemini ortaya koyma ihtiyacı duymadan bağışıklık tanınması bu dayanağın çok sağlam olmadığını ortaya koymaktadır. Ancak, her olayda, otoritenin etkinliğini ayrı ayrı değerlendirmenin idare hukuku ile ilgili sorunlar doğurması mümkündür.

Düzenleyici çözümlerin varlığı halinde rekabet hukuku müdahalesinin, düzenleyici otoritenin eyleme müdahale etmemek veya eylemi aklamak yönündeki takdir yetkisine saldırı olacağı ve uygulamanın tekrarlanmasına neden olacağı ifade edilmektedir (Brunell 2011,259-560). Deregülasyonu sağlama isteği, bu muafiyetlere karşı çıkılmasının bir diğer nedenidir. Sektör yeterince rekabete açıldığında, düzenleyici otoriteler tarafından gerçekleştirilecek müdahaleler azaltılabilir ve düzenlemeler yoluyla rekabet ihlaline yol açma olasılığının düşmesi sağlanabilir.

Uygulamaya getirilen bir diğer eleştiri, aynı standartları kullanan alt mahkemelerin aynı uyumu yakalayamamaları nedeniyle farklı yaklaşımların ortaya çıkmasıdır (Kahn 2008), ki bu durum rekabet hukukunun niteliği ve hukuki belirlilik ihtiyacı karşısında kabul edilebilir olmamalıdır. Bunu önlemek amacıyla muafiyet yaratan doktrinlerin azaltılması (Bush 2006,653), mevcutların ise uyumlu ve birleştirilmiş bir standart altında kullanılması önerilmektedir (AAI 2005b).

Muafiyetlerin sınırlandırılmasına yönelik olarak rekabet otoritelerinin, rekabet savunuculuğu vasıtasıyla, mevcut deneyimlerini ortaya koyarak hükümetleri rekabeti arttırıcı politikalar benimsemek yönünde ikna etmeleri de uygulamaya yönelik eleştirilen çerçevesinde getirilen bir öneridir (Cooper ve Kovacic 2010,1581-1584). Yazarlar, rekabet otoritelerinin devlet karşısındaki yerini güçlendirecek öneriler getirmektedirler<sup>47</sup>. Rekabeti kısıtlayan eylemlerin ve bu eylemlerden kaynaklanan zararların meydana gelmeden engellenebilmesi için, politika/düzenleme oluşturma aşamasına rekabet otoritelerinin katılması

<sup>47</sup> Ag.e. 1585-1610

mümkündür. Önerinin gerçekleştirilmesi düzenlemelerin sayısı ve rekabet otoritelerinin kapasitesi gibi nedenlerle zor olsa da, imkânsız değildir.

Rekabet hukuku, deregüle edilen ağ sektörlerinin kontrolünde kullanılabilir ancak bu durumda otoriteler arası iş bölümü önemlidir. Düzenleme çerçevesinde hareket etmeye alışmış teşebbüsler, deregülasyon sonrasında rekabete aykırı davranışlarda bulunma eğiliminde olabilirler. Deregülasyon farklı sektörlerde ve sektörün farklı nitelik taşıyan segmentlerinde farklı etkiler doğurabilir. ABD’de deregülasyona tabi olan sektörler çerçevesinde, regülasyonun birçok etkinsizlik doğurması ve çıkar gruplarına yarar sağlaması nedeniyle rekabet hukukunun veya iki mekanizmanın tamamlayıcı şekilde uygulanmasının daha olumlu sonuçlar doğuracağı ifade edilmektedir (Carlton ve Picker 2007,50-52). Bu nedenle, Yüksek Mahkeme kararlarıyla yaratılan ve düzenlenen sektörlerde rekabet hukukunun rolünü oynamasını zorlaştıran zımnî muafiyet uygulaması potansiyel olarak maliyetli ve gereksiz ölçüde sert görülmektedir (Shelanski 2011,685). Zımnî muafiyet uygulamasının genişletilmesi, deregülasyon sürecinin, regülasyonun etkinliği ve kamu yararını sağlama yeterliliğine yönelik şüphecilikten doğması nedeniyle şartıcı bulunmaktadır (Brunell 2011,244).

#### 2.1.6. ABD Özelinde Uygulanan SA

Daha önce de yer verildiği üzere SA<sup>48</sup>, federal devlet rekabet hukuku düzenlemelerinin hiyerarşik olarak altında yer alan federe devlet düzenlemelerinin rekabet hukukuna aykırı nitelik taşısalar da uygulanabilirliğini sağlamayı amaçlayan bir doktrindir. SA’nın, federe devletlerin egemenliğini ve bu egemenlikten kaynaklanan düzenleme yetkisini ve özgürlüğünü güvence altına almayı amaçlar. Bu amaçla, federe devlet düzenlemelerinin ve bu düzenlemelere dayanarak hareket eden kamusal ajan ve özel teşebbüslerin belli koşullar altında rekabet hukuku uygulamasından muaf olmasını sağlamaktadır. Türkiye bakımından doğrudan uygulanabilirlik veya karşılaştırma olanağının az olması nedeniyle dar tutulacak inceleme, SA’nın uygulanabilirlik koşulları çerçevesinde yapılan tartışmalar nedeniyle gerekli görülmektedir.

ABD Anayasası’nın 6. maddesi gereğince federal düzenlemeler federe düzenlemelere öncelikli gelmektedir. Buna göre, Kongre federal rekabet hukuku düzenlemesinin, federe düzenlemelerin tamamlayıcısı olması yönündeki niyetini açıkça belirtmiştir (Areeda ve Hovenkamp 2000a). Ancak, Yüksek Mahkeme tarafından yargısal olarak yaratılan SA, belli koşulları taşıyan eylemler bakımından bu prensibe yönelik istisnai bir durumu temsil etmektedir (Sullivan

<sup>48</sup> *State Action*, federe devletin eylemi/hareketi anlamına gelen bir kavramdır. Ancak, doktrinin anlamını tam olarak karşılayacak uygun bir terim bulunmadığından çalışma kapsamında kavramın Türkçeleştirilmesi yoluna gidilmemiştir.

ve Hovenkamp 1999). Rekabet hukukuna getirilecek muafiyetlerin yasama faaliyetinden kaynaklanması temel kural olmalı ancak bunun mümkün olmadığı noktada “SA” uygulanmalıdır. SA, çerçevesinde muafiyet tanınıyorsa, rekabet hukukuna aykırı da olsa federe devlet düzenlemesi uygulanabilecek muafiyet tanınıyorsa, rekabet hukuku uygulama alanı bulacaktır.

Ancak, rekabet hukuku ile çatışabilen federe devlet düzenlemeleri, bir pazar aksaklığını düzeltmeyi hedefleyenler ve iyi işleyen bir pazarda değişiklik yapmayı hedefleyenler olarak birbirinden ayrılmalıdır. İlk durumda rekabet hukuku, çelişki doğmaksızın geniş bir alanda müdahale imkânına sahiptir, ikinci durumda ise uygulayıcıların iki enstrüman arasında uygunluk yaratmaktan çekinmesi normaldir (Sullivan ve Grimes 2000). Federal düzenlemeler temel rekabet hukuku hedeflerini bile reddediyorsa yoruma gerek yoktur, rekabet hukukunun uygulanabileceği nihai nokta bu düzenlemelerle çizilmektedir ve rekabetin pazara sağladığı hedeflerden vazgeçilmiştir. Pazarı iyileştirmeyi hedefleyen düzenleme, aksaklık karşısında sessiz kalmışsa farklı bir sonuca ulaşılabilir. Buna göre, rekabet hukuku uygulayıcılarının, iki enstrümanın uyumlu bir bütün olarak ortaya çıkmasını sağlayacak uygunluğu araması ve yorum metotları geliştirmesi gerekir. Federe devlet düzenlemelerinin rekabet hukuku ile karşılaştığı durumlarda da politika sorunları benzerdir.

Federalizm prensiplerine dayanan ve federe devletlerin egemenlik gücünden kaynaklanan eylemlerini koruyan SA'nın, federal rekabet hukuku düzenlemeleri kullanılarak federe devlet düzenlemesine derinlemesine ve izinsiz müdahale edilmesini önleme özelliğine sahip olduğu kabul edilmektedir (Hovenkamp 2005). Federe devletlerin egemenliklerini kullanmalarını engellemek rekabet hukukunun yetki alanına girmemektedir (ICN 2004b,19). SA'nın dayandığı bazı başka ilkeler ve hukuki politikalar da bulunmaktadır. Bunlar, rekabet hukukunun her durumda en iyi sonuçları doğurduğu yanılığısına düşmemek ve pazarda ortaya çıkan sonuçların kabul edilemez olduğuna ilişkin kararı politik olarak güvenilir olmayan teşebbüslere bırakmamaktır. SA ayrıca, anayasal ilkelerin rekabet hukuku ile beraber değerlendirilmesinden doğar<sup>49</sup>. Çoğu federal düzenlemenin, olası bir rekabet incelemesi üzerindeki etkilerine ilişkin herhangi bir hüküm taşıması da mahkemelerin bu tür kurallar geliştirmelerini gerektirmiş olduğu yönünde yorumlanmaktadır (Sullivan ve Hovenkamp 1999).

SA, daha önce de belirtildiği üzere federe devlet veya yerel hükümet ajanlarının davranışlarını belli koşullarla rekabet hukuku uygulamasından muaf tutmaktadır. Muaf tutulmaması halinde ihlal olarak nitelendirilebilecek bir davranış açık bir federe devlet düzenlemesi ile zorlanıyor veya bu davranışın

<sup>49</sup> A.g.e. s.20

yapılması yönünde yetki veriliyorsa rekabet hukuku muafiyeti tanınmaktadır. Özel teşebbüslerin aynı şekilde zorlanan/açıkça yetki tanınan davranışları ise bu koşula ek olarak federe devlet tarafından aktif gözetime tabi tutuluyorsa rekabet hukuku uygulamasından muaf tutulmaktadır (Areeda ve Hovenkamp 2000a).

SA ilk olarak, Yüksek Mahkeme'nin *Parker*<sup>50</sup> kararı ile ortaya çıkmıştır. Kararda, Yüksek Mahkeme, Sherman Kanunu'nun, hiçbir hükmü ile bir federe devletin veya federe devlet ajanının kendi yasal düzenlemelerine dayanan davranışlarını kısıtlamayı amaçlamadığını belirtmiştir. Bu yorum, düzenleme ile yetkilendirilen federe devlet davranışlarının -ne kadar rekabete aykırı olursa olsun- rekabet hukuku uygulamasından muaf olduğu sonucunu doğurmaktadır. Ancak davranışın federe devlete ait olması şartı, özel teşebbüslerin bu muafiyetten yararlanmasına engeldir. *Lafayette*<sup>51</sup> kararında ise, Parker kararı ile ortaya konulan standardın federe devletin kendisi ve hiyerarşik altları tarafından uygulanan davranışları muaf tuttuğu belirtilmiştir. *Hallie*<sup>52</sup> kararında belediyelerin egemenlik gücüne dayanarak hareket etmedikleri aksi kanıtlanabilir olarak varsayılmış ve SA'nın uygulanabilmesi için davranışa yetki verilmesinin yeterli olduğu, aktif gözetim yükümünün özel teşebbüsler bakımından aranan bir koşul olduğu belirtilmiştir. Hükümetlere güven duyulan ve hükümet kurumlarının önyargısız oldukları kabulüne dayanılan bir ortamda ortaya çıkan uygulamanın, zaman içinde ortaya çıkan hükümete ilişkin daha sorgulayıcı ve temkinli teorilerden etkilenmediği ifade edilmektedir (Delacourt ve Zywicki 2005,1091-1095).

*Midcal*<sup>53</sup> kararında *Parker* kararı ile yaratılan muafiyetin uygulanması için iki standart oluşturulmuştur. Bu standartlardan ilki, rekabet hukuku sınırlamasının, federe devlet politikası olarak açıkça telaffuz edilmiş ve kesin bir dille belirtilmiş olmasını; ikincisi, ilgili politikanın federe devlet tarafından aktif gözetime tabi tutulmasını gerektirmektedir. Karar, federe devletlere istedikleri düzenlemeyi rekabete ne kadar aykırı olursa olsun rekabet hukuku uygulamasından muaf tutmayı sağlayacak imkân yaratması nedeniyle eleştirilmektedir (Sullivan ve Hovenkamp 1999). Bu karar *Parker* kararı ile beraber düşünüldüğünde, federe devletin rekabet hukuku yerine düzenlemeyi getirmeye ilişkin açık iradesinin varlığında, federal rekabet hukuku uygulamasından ayrılmasına izin verildiği anlaşılmaktadır.

*Southern Motor*<sup>54</sup> kararında yetki verilen ancak zorlanmayan davranışlar bakımından uygulamanın nasıl şekilleneceği tartışılmış ve *Midcal* kararı ile ortaya

<sup>50</sup> Parker v. Brown 317 U.S. 341, 351 (1943)

<sup>51</sup> City Of Lafayette v. Louisiana Power & Light Co. 435 U.S. 389 (1978)

<sup>52</sup> Town of Hallie v. City of au Claire 471 U.S. 34 (1985)

<sup>53</sup> California Retail Liquor Dealers Ass'n v. Midcal Aluminum, Inc. 445 U.S. 97 (1980)

<sup>54</sup> Southern Motor Carriers Rate Conf. v. United States 471 U.S. 48 (1985)

konulan testin esnetilemez olmadığı belirtilmiştir. *Hallie* kararında getirilen ve yetki verilmesinin yeterli olduğu kabulü, özel teşebbüsler için de geçerli olacak şekilde genişletilmiştir. *Patrick*<sup>55</sup> kararında ise aktif gözetimin gerçekleşmemiş olmasının, açık yetkinin varlığı ile ilgili inceleme yapılmasını gereksiz kıldığına hükmedilmiştir.

*Ticor*<sup>56</sup> kararında, aktif gözetim koşulunun amacı, federe devletin yeterli ve bağımsız yargılama ve kontrolünün bulunmasını ve uygulamaların teşebbüsler arası bir anlaşmayla değil, kasıtlı federe devlet müdahalesiyle oluşmasını sağlamak olarak belirtilmiştir. Bununla, siyasi sorumluluğun federe devlete ait olması amaçlanmaktadır.

### 2.1.7. SA Doktrininin Uygulanması İçin Aranılan Koşullar

“SA” uygulamasında iki aşamalı bir testten faydalanılmaktadır (Hovenkamp 2005). Bu testin ilk aşamasında, kısıtlamanın kesin bir dille ve açıkça ifade edilmesi veya federe devlet düzenlemesiyle, ilgili davranışa yetki verilmiş olması aranmaktadır. Testin ikinci aşamasında ise, düzenleme çerçevesinde gerçekleşen eylemlerin federe devletin aktif gözetimi altında olması aranmaktadır. Bu koşulların, ortaya çıkacak rekabete aykırılıkların siyasi sorumluluğunu federe devletin üstlenmesi yönünde mahkemeyi temin etmeyi amaçladığı kabul edilmektedir (Cooper ve Kovacic 2010,1575) Koşullar, davranışı gerçekleştirenin kimliğine göre farklı şekilde aranmaktadır. Bu farklılığa aşağıda her bir koşul altında ayrıca değinilecektir. Ancak, gereken koşulların bulunmaması halinde, rekabet hukukunun uygulanabilir olacağı açıktır.

#### 2.1.7.1. Yetkiye İlişkin Koşul

SA'ya ilişkin olarak kullanılan testte yetkilendirme koşulunun aranması, federal düzenlemelerle federe düzenlemelerin uyumlaştırılması amacına yöneliktir. Yüksek Mahkeme'nin kararlarındaki gelişime bakıldığında aksine kararlar bulunmakla beraber yetki koşulu bakımından aranılan kriterin zorlama değil yetkilendirme olduğu anlaşılmaktadır (Hovenkamp 2005). Zorlama aranılan vakaların bu koşul olmaksızın da açıklanabilir olduğu savunulmaktadır (Areeda ve Hovenkamp 2000a,363-413).

Yetkilendirmenin doğru şekilde yapılmış olması ve federe devletin kendisinden kaynaklanması gerekmektedir. *Lafayette* ve *Southern Motor* kararları doğrultusunda, federe devletin hiyerarşik altlarının yetki vermesi yeterli

<sup>55</sup> Patrick v. Burgett 486 U.S. 94 (1988)

<sup>56</sup> FTC v. Ticor Title Ins. Co. 504 U.S. 621 (1992)



görülmemektedir. Ayrıca yetki, izin verme ve rekabet hukuku uygulamasını dışlama niyeti olmak üzere iki aşamalı olmalıdır (Areeda ve Hovenkamp 2004). Yetkinin dışında gerçekleştirilen davranışlar, yürütülen politikanın dışında kalmakta, yetki aşımı nedeniyle sorumluluk doğurmaktadır. Özel teşebbüsler bakımından yetki koşulu sınırlı yorumlanmakta, düzenleme rekabete uygun ve uygun olmayan davranış olasılıklarını bünyesinde taşıyorsa teşebbüslerin rekabete uygun şekilde faaliyet göstermesi gerektiği kabul edilmektedir. Bu nedenle genel nitelikli düzenlemelerin rekabete aykırı davranışlara yetki/izin verdiği yönünde bir değerlendirme yapılması mümkün görülmemektedir. Yetkinin, sektöre ilişkin olması yeterlidir, ilgili davranışa izin vermesi şartı aranmamaktadır. *Southern Motor* kararında, eylemin, yetkinin öngörülebilir bir sonucu olması yeterli görülmüş ayrıca düzenlemenin rekabet hukuku yerine geçmesine yönelik niyetin aranacağı ifade edilmiştir. Bu niyetin tespiti bakımından yetki veren düzenlemenin dili iyi ve doğru yorumlanmalı (Areeda ve Hovenkamp 2004), zayıf bir niyet koşulu gerçekleştirmek için yeterli olmamalıdır.

Davranışa, açıkça düzenlenmiş ve kesin bir dille ifade edilmiş federe devlet politikası tarafından yetki verilmiş olmalıdır. İlgili düzenlemeyle davranış tasarlanmış ve izin verilmiş olmalıdır. Federal Ticaret Komisyonu (*Federal Trade Commission-FTC*) (2003), uygulayıcıların, tutarlı bir muafiyet uygulaması sağlamak amacıyla, davranışın federe devlet tarafından yetkilendirilip yetkilendirilmediği ve düzenlemenin rekabet hukuku yerine geçmesi yönünde bir politika belirlenip belirlenmediği sorularına cevap aramasını önermektedir.

### 2.1.7.2. Gözetime İlişkin Koşul

SA testi çerçevesinde aranan gözetim koşulu, federe devletin, özel teşebbüslerin federe devlet politikasıyla eşgüdüm içinde hareket etmelerini ve bu politikayla tanınan yetki dışında kalan rekabete aykırı eylemler gerçekleştirmelerini önlemeyi amaçlamaktadır. *Hallie* kararında, bu koşulun tarafların özel çıkarlarına değil federe devlet politikasına bağlı şekilde hareket ettiklerini sağlamayı amaçladığı ifade edilmiştir. Burada gözetimin ne zaman ve nasıl olması gerektiği ile kim tarafından gerçekleştirilmesi gerektiği cevaplanmalıdır. *Hallie* kararında, incelemeye tabi davranış özel teşebbüs tarafından gerçekleştiriliyorsa gözetimin gerekli olduğu ifade edilmiştir. Eğer davranışı gerçekleştiren federe devletin kendisi ise gözetim koşulu aranmamaktadır. Çünkü federe devlet üzerinde bu tür bir gözetimi yerine getirecek ilgili bir kuruluş bulunmamaktadır (Areeda ve Hovenkamp 2004). Ancak federe devlet içinde yürütme ve yasama yetkisine sahip organlarla federe devletten aldığı yasal yetkiyle hareket eden organların devlet bünyesine dâhil kabul edilmesi gerekir<sup>57</sup>.

<sup>57</sup> Bates v. State Bar 433 U.S. 350 (1977)

Etkin karar alma mekanizmaları, düzenledikleri davranıştan ekonomik olarak bağımsız olmalıdırlar. Denetim sorununu çözmek için davranış analiz edilebilir. Davranışı gerçekleştiren özel teşebbüs değilse aktif gözetim gerekli olmayacak, davranışı gerçekleştiren özel teşebbüsten davranışın, teşebbüsün takdir yetkisi alanında olup olmadığına bakılacaktır. Eğer davranış, bir düzenlemenin zorunlu uygulanması niteliğindeyse burada gözetim uygulanacak bir husus bulunmamaktadır. Ancak, teşebbüsün birden çok davranış seçeneği varsa, seçimi yeterliliğe sahip bir kurum tarafından gözetime tabi tutulmalıdır.

*Patrick* kararında, gözetim yükümünün, rekabete aykırı davranışları inceleme ve federe devlet politikasına aykırı gördüklerini onaylamama yetkisine sahip olmayı ve bu yetkiyi kullanmayı gerektirdiği belirtilmiştir. Mahkeme kararda, politik ve ekonomik bakımından ilgili davranıştan bağımsız bir kurumun gözetimi yerine getirmesi gerektiğini belirtmiştir. Onay makamı gibi çalışan kurumların bu görevi layıkıyla yerine getirmediği (Elhauge ve Geradin 2007), gözetimin aktif, bilinçli ve sürekli olarak, davranışı onaylamama yetkisine sahip kurumlarca gerçekleştirilmesi gerekli görülmektedir (Areeda ve Hovenkamp 2004). Düzenlemeye yönelik genel bir gözetim yeterli bulunmamakta, davranışın tüm detaylarına ilişkin olması aranmaktadır. *Ticor* kararında Yüksek Mahkeme, gözetim yükümünün bulunmasını yetersiz bulmuş ve yükümlülüğün yerine getirildiğinin ortaya konması gerektiğini ifade etmiştir. Mahkemenin yaklaşımı, birçok kurumun inceleme ve denetleme süreçlerini rekabet hukukunun konusu yapması nedeniyle eleştirilmiştir (Hovenkamp 2005,751). *Midcal* ve *Patrick* kararlarında, davranışı gerçekleştiren federe devlet olduğunda, düzenlemeyi yürürlüğe koyan hükümet seviyesinde gözetimin gerçekleştirilmesi önerilmiştir. Ancak bu tür bir uygulama hantal olabilir ve gözetimi gerçekleştirenin, gözetilenin hiyerarşik altı olması gibi istenmeyen sonuçlar doğurabilir.

AMC (2007) tarafından, bu koşula ilişkin olarak; davranışın türü, davranışı gerçekleştirenin niteliği, sektör ve düzenlemenin özellikleri gibi faktörlere dayanan aktif ve farklı derecede denetimi gerektirecek, daha esnek ve aşamalı bir yaklaşım benimsenmesi önerilmektedir.

### **2.1.8. SA Uygulamasına İlişkin Değerlendirme ve Eleştiriler**

SA uygulaması birçok yönden eleştirilmektedir. Öncelikle uygulamanın açıklığa kavuşturulması ve gözden geçirilmesi gereği üzerinde durulmakta ve SA uygulamasında kullanılan testin yanıltıcı olduğu ifade edilmektedir. Alt mahkemeler, uygulamanın kapsamını oldukça genişletmek suretiyle SA'yı esas hedefinden öteye götürmekle eleştirilmektedir (AAI 2005a). Geniş uygulama,

rekabeti ihlal etme niyeti taşıyan davranışların korumaya alınması tehlikesini barındırmaktadır. Hiyerarşik kurallar çerçevesinde rekabet hukukuna aykırı görülen düzenlemenin iptal edilmemesi ve koşulları gereğince sağlanmadan SA uygulanması durumunda teşebbüsler ve devlet organları rekabeti ihlal edeceklerdir (Areeda ve Hovenkamp, 2004).

FTC (2003), tarafından yayınlanan State Action Task Force Raporunda<sup>58</sup> uygulamadan kaynaklanan sorunlara işaret edilmekte ve bu sorunların çözümüne yönelik öneriler getirilmektedir. Raporda, uygulamada mahkemeler kanunun esas amacını göze almaksızın genel bir yetkinin olup olmadığına odaklandıkları belirtilmektedir. Ayrıca, federe devlet tarafından ortaya konulan politikanın doğası ve metnin dili düzenlemenin rekabetin yerini alması niyetini açıkça ortaya koyması ve teoride olduğu kadar pratikte de anlamlı olması aranmaktadır. Böyle bir niyetin yokluğunda kapsamlı düzenlemelerin varlığı muafiyet tanınması için yeterli olmamalıdır. SA'nın uygulanabilmesi bakımından aranan koşulların tanımlanmasında kullanılan kıstasların açıklığa kavuşturulması, rasyonelleştirilmesi ve daha güçlü dayanaklara kavuşturulması tavsiye edilmektedir (FTC 2003)<sup>59</sup>.

ABD'nin doktrine ilişkin uygulamasının genel bir resmini çizmek gerekirse, öncelikle düzenlemeler ve rekabet hukuku dengesinin henüz nihai bir hal almadığı ve değişebildiği görülmektedir. Söz konusu denge, düzenlemenin yeterliliği, kapsamı ve uygulayıcının eyleme yönelik yetkileri ve yeterliliği çerçevesinde değişebilmektedir. Ancak ABD uygulamasının, doktrinle ortaya konulan ve iki düzenleme arası çatışmayı ortadan kaldırma dönük hedeften bir nevi saptığı ve düzenlemelere dayanan geniş bir uygulamaya ulaştığı ifade edilebilir. Bunun yanı sıra, ABD'nin devlet yapısından kaynaklanan SA gibi uygulamalar rekabet hukuku uygulamasının kapsamını oldukça daraltmaktadır. Ancak yaratılan her bağımsızlığın amaçladığı hedefler çerçevesinde sınırlı uygulanması yanlış ve yersiz genişlemeleri önleyebilecektir.

<sup>58</sup> FTC, Report of The State Action Task Force, 2003

<sup>59</sup> Alt mahkemelerin ilgili koşulları yanlış yorumlayarak yersiz ve geniş uygulamalara yönelmeleri, FTC raporunda getirilen önerilere uyulması suretiyle önlenbilir (Delacourt ve Zywicki 2005, 1109-1112).

## 2.2. AB'NİN HUKUKİ YAPISI VE DÜZENLENEN DAVRANIŞLARA YAKLAŞIMI

### 2.2.1. AB Hukuk Sistemine İlişkin Genel Bilgiler<sup>60</sup>

Avrupa Birliği (AB), 27 Avrupa ülkesi arasında kurulmuş olan özgün bir ekonomik ve politik ortaklıktır. Birlik, devletlerin kendi iradeleri ile egemenliklerinin bir kısmını ulusüstü bir kuruma devretmesi yönüyle bir ilktir. Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma (ABİDA)<sup>61</sup> çerçevesinde AB kurumlarına yapılan bu devir, AB kurumlarına hukuk yaratma yetkisi vermektedir.

AB tarafından yapılan tüm eylemler, üye devletler tarafından verilen yetkiye dayanmakta ve devletlerce kabul edilen anlaşmalardan kaynaklanmaktadır. AB hukuku, temel ve ikincil kaynaklar olmak üzere iki kısımdan oluşmaktadır. Temel hukuk kaynağı olan anlaşmalar, AB hukukunun anayasası olarak nitelendirilmekte (Tan 2010,102), AB eylemlerinin temelini ve dayanağını oluşturmakta, AB'nin hedeflerini, kurumsal kuralları, karar alma prosedürlerini, kişilerin temel haklarını ve AB ile üye devletlerarası ilişkileri düzenlemektedir. Anlaşmalar, topluluk hukukunun en üst normu olarak kabul edilmekte ve anlaşmalarla ortaya konulan amaçlara ulaşmak için farklı bağlayıcılığa sahip çeşitli hukuki araçlar kullanılmaktadır. Tüzük (*Regulation*), direktif (*Directive*), karar (*Decision*), tavsiye (*Recommendation*) ve görüşler (*Opinion*)'den oluşan ikincil kaynaklar, anlaşmalarla ortaya konulan prensiplerden ve hedeflerden kaynaklanırlar ve anlaşmaların uygulanabilirliğini sağladıkları için önemlidirler. Tüzük, direktif ve kararlar, ulusal hukukun üzerinde yer alır ve ulusal otoriteleri bağlayıcı nitelik taşırlar. Tavsiye ve görüş gibi bağlayıcı olmayan kaynaklar ise bu nitelikte değildir.

AB kurumları, anlaşmalarda kendilerine verilen yetkiler çerçevesinde ve belirlenen usule, şartlara ve amaçlara uygun olarak hareket eder. Sınırlı yetki ilkesine tabi olan AB ancak üye devletlerin açıkça yetki verdiği alanlarda düzenleme yapabilir, bağlayıcı kural koyabilir, tedbir alabilir. AB hukuku, mevzuatın yanı sıra uluslararası anlaşmalardan da oluşan bir yazılı hukuka sahiptir. AB hukukunun uygulayıcısı olan AB Komisyonu (Komisyon) da temelde bağlayıcı olmayan ancak kendisi bakımından bağlayıcı olan Kılavuzlar (*Notice, Guidelines, Communication*) yayınlamaktadır (Ritter ve Braun 2005,7).

<sup>60</sup>[http://europa.eu/about-eu/basic-information/index\\_en.htm](http://europa.eu/about-eu/basic-information/index_en.htm), [http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/index\\_en.htm](http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/index_en.htm), [http://europa.eu/about-eu/eu-history/index\\_en.htm](http://europa.eu/about-eu/eu-history/index_en.htm), <http://www.abgs.gov.tr>, Erişim Tarihi: 02.12.2011

<sup>61</sup> The Treaty on the Functioning of the European Union. 2009 yılında yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması ile Avrupa Birliği Kurucu Antlaşması'nın (Treaty Establishing The European Community) adı "Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma" olarak değiştirilmiştir.

AB hukuku, uluslar üstü olmakla, üye ülkeler nezdinde doğrudan uygulanabilirliğe ve üye devletlerin iç hukuklarından önce uygulanabilirliğe sahiptir. Doğrudan uygulanabilirliğin sonucu, AB hukukunun üye devletlerin tamamında aynı etki ve sonuçlara sahip olması, yürürlüğe girmekle, yürürlükten kalkana dek geçerli olmasıdır. Topluluk hukuku, hem devletleri hem de devlet bünyesinde yer alan kurum, kuruluş, teşebbüs ve kişileri bağlayıcı nitelik taşımaktadır. Öncelikle uygulanma esası ise, ulusal hukukun topluluk hukukuyla çatıştığı noktada önem taşımakta ve topluluk hukuku uygulamasının esas olması sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle ulusal hukuk uygulanmamaktadır. Sonuçta, topluluk hukuku, ulusal hukuku sınırlamakta, kimi durumlarda ulusal hukukun yerini almaktadır (Tan 2010,106-109). Üye devletler, AB hukukunu kendi hukuk sistemleri içinde uygulamaya geçirmekle sorumludur. Uygulamaya geçirilecek düzenlemelerin benimsenmesi, bu düzenlemelere uygunluğun sağlanması ve uygulamanın doğru şekilde yapılması bu çerçevede değerlendirilmelidir.

### **2.2.2. AB'nin Düzenlenen Davranışlara Yönelik Rekabet Hukuku Uygulaması**

AB bakımından düzenlenen davranış doktrini, genellikle düzenlemeye tabi teşebbüslerin eylemlerine yönelik olarak uygulanmakta ancak düzenleyici otoritenin/ulusal bir kurumun idari bir kararı veya ulusal hukuk düzenlemeleri nedeniyle de kullanım alanı bulmaktadır. Doktrinin, teşebbüslerce, AB rekabet hukuku uygulamasını bertaraf etmek veya yumuşatmak amacıyla kullanılabilirdiği ancak, AB hukuku altındaki bir hukuki terime veya kavrama işaret etmediği, yalnızca belli türdeki savunmaları tarif ettiği ifade edilmektedir (OECD 2011,195). Bu nedenle AB rekabet hukuku uygulamasına ilişkin temel ilkelere değinildikten sonra, bu uygulamaya getirilen istisnalara yer verilecektir.

### **2.2.3. AB Rekabet Hukukunun Genel Uygulanabilirliği, Devletlerin Yükümlülükleri ve Uygulamanın Üye Devletlerce Kısıtlanması**

Rekabet hukuku düzenlemeleri, AB'nin anayasal çerçevesi olan ABİDA'da ve üye ülkelerin mevzuatlarında yer almaktadır. ABİDA, sözleşme ve temel hukuk kaynağı olmakla üye ülkelerin tüm düzenlemelerine göre öncelikli olduğundan, AB rekabet hukuku da ulusal düzenlemelere göre önceliklidir. AB rekabet hukuku hükümleri yasal statüsüne bakılmaksızın ekonomik aktivite içindeki teşebbüslerin tümüne uygulanmaktadır. Uygulanabilirlik bakımından teşebbüs niteliği yeterli görülmüş, teşebbüslerin yasal statüsü ölçüt alınmamıştır (Elhauge ve Geradin 2007). AB rekabet hukuku ayrıca, üye ülkeler arası ticareti etkileyen anlaşmalara ve davranışlara da uygulanmaktadır. Söz konusu

esas, ABİDA'nın 101. ve 102. maddeleri ile Birleşme ve Devralmalara ilişkin düzenlemede<sup>62</sup> kaynağını bulmaktadır. Ancak, rekabet hukuku üye devletlerin egemenlik gücünün kullanımına dayanan faaliyetleri ile sosyal devlet prensibinden kaynaklanan eylemlerine uygulanmamaktadır (OECD 2011,28).

AB rekabet hukuku uygulaması bakımından özel bir durum, üye devletin yasama ve düzenleme gücünü teşebbüsleri AB rekabet hukukunu ihlal edecek şekilde davranmaya yönelik olarak kullanması durumunda ortaya çıkmaktadır. AB'de doktrinin uygulanması devlet tarafından belli bir davranışa zorlanan özel teşebbüslerin bu davranıştan sorumlu olmaması ile sınırlı değildir. Ayrıca, üye devletlere, rekabeti doğrudan sınırlayan düzenlemeler getirmemeleri yönünde uymaları gereken bazı zorunluluklar getirilmektedir. Temel kural, tüm ulusal devlet organlarının AB rekabet hukuku uygulamasının etkisiz hale gelmesine neden olacak davranışlarda bulunmamalarıdır<sup>63</sup> (O'Donoghue ve Padilla 2006,46). Bu kural çerçevesinde üye devletler, rekabet hukukunun ve bu hukukun topluluk kurumları tarafından uygulanmasının etkinliğini azaltacak önlemler almamakla yükümlüdürler.

Sadakat yükümü olarak da adlandırılan bu prensip Avrupa Birliği Anlaşması'nın (ABA)<sup>64</sup> 4(3). maddesinde yer alan sadakat hükmünün ABİDA'nın 101. ve 102. maddeleri ile beraber okunmasından doğmaktadır<sup>65</sup>. Ahmed Saeed<sup>66</sup> kararında da Komisyon, ilgili maddeleri değerlendirmiş ve devletlere, rekabet hukukunun etkinliğini azaltacak önlemler almama ve düzenlemeler yapmama yükümü getirildiğini vurgulamıştır. Söz konusu temel prensip bazı alt prensipleri doğurmaktadır. Üye devlet ihlal oluşturabilecek davranışlarda bulunmamalı, buna yol açacak düzenlemeler yapmamalı ve rekabeti sınırlayıcı nitelikte yasal, yargısal veya idari sınırlamalar getirmemelidir. Hatta rekabet hukuku uygulamaları dahi bu kapsamda sayılmaktadır (Elhauge ve Geradin 2007). Üye devletler, kendisince yapıldığında ihlal olacak davranışlar için teşebbüslere yetki veremez. Devlet ihlale zorlayamaz, ihlalin işlenişine katılamaz, ihlali destekleyemez; ulusal düzenleyici otoriteler, ulusal hukuktan kaynaklanan rekabet dışı amaçlarla ihlali onaylayamaz. Bu yükümlülük; teşvik etmemek, uygun ortam yaratmamak ve ihlali mümkün kılmamak şeklinde geniş yorumlanmaktadır. Bu kuralın ihlali, düzenleme ve eylemlerin hukuka aykırı olmasına ve devletin sadakat yükümlülüğünün ihlaline yol açar. Tüm ulusal otoritelerin; AB rekabet

<sup>62</sup> Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (Merger Regulation) OJ L 24, 29.01.2004

<sup>63</sup> Wainwright ve Bouquet (2004)'ten alıntılanmıştır.

<sup>64</sup> The Treaty on European Union. Avrupa Birliği Anlaşması, Lizbon Anlaşması ile değişikliğe uğramıştır.

<sup>65</sup> Aynı sonuca AB Kurucu Anlaşması'nın 3. ve 10. maddelerinin beraber okunması ile de ulaşılmaktadır.

<sup>66</sup> Ahmed Saeed Case 66/86 (1989) ECR 803

hukukunun etkin uygulanabilirliğini azaltan ulusal hukuk düzenlemeleri dikkate almamak ve bu aykırılığı ilgili mercilere bildirmek yükümlülüğü vardır. Üye devletlere getirilen sadakat yükümü, devletin rekabeti kısıtlayıcı düzenlemeler yapma serbestisi varken teşebbüslerin rekabete aykırı davranışlarını sınırlamanın anlamsız olmasından kaynaklanmaktadır (Lang 2004,3-16). Üye devletler, birçok farklı yolla bu tür sınırlamalara yol açabileceklerinden genel bir kuralın konması önemlidir.

Üye devletler tarafından tanınan münhasır ve özel haklar bakımından da ABİDA'nın 106. maddesine çerçevesinde uyulması gereken ilkeler bulunmaktadır. Bu tür haklar tanınırken ABİDA hükümlerine ve bunlar içinden özellikle rekabet hukuku hükümlerine aykırı koşullar getirilmemesi ve mevcut uygulamanın sürdürülmemesi gerekir. Üye devlet, bir teşebbüsü "genel ekonomik faydası olan hizmetlerin<sup>67</sup>" sunumu ile görevlendirebilir. Bu durumda ilgili teşebbüs ABİDA'nın ve özellikle rekabet hukuku kurallarının uygulamasından muaf olmaktadır. Bu muafiyete ileride detaylı olarak değinilecektir. 106(3). madde kapsamında Komisyon'a 106. madde hükümlerine uyumu sağlamak bakımından yetkiler tanınmıştır. Komisyon yükümlülüklerine uyulması yönünde emirler verebileceği gibi ihlal tespitinde ilgili düzenlemenin ortadan kaldırılmasını talep edebilir. Sonuç olarak, üye devlet haklı sebebe dayanmaksızın münhasır haklar tanınamalı veya 106(2). madde çerçevesinde görevlendirme yapmamalıdır. Bu ortamın yaratılmasının tek başına ihlal olup olmadığı ayrıca teşebbüsün eylemde bulunmasının gerekip gerekmediği hususunun belirsizliğini koruduğu ifade edilmektedir (O'Donoghue ve Padilla 2006,46).

Getirilen tüm yükümlülüklerle rağmen, üye devletler tarafından yapılan düzenlemelerle rekabetin kısıtlanması söz konusu olabilmektedir ancak bu tür düzenlemelere dayanan bağımsızlık talepleri kabul edilmemelidir. Topluluk hukukuna hâkim olan orantısallık prensibi, rekabet otoriteleri ile düzenleyici otoriteleri bağlar ve ortaya konulan önlemin amaçlanan hedefe ulaşmayı sağlayacak oranda olmasını gerektirir. Aksine müdahaleler, kapsamlı düzenleyici amaçlar veya kamu yararı ilkesi ile açıklanamaz (Lang 2007,15). Ancak devlet müdahalesini yeterli ölçüde ortaya koyan teşebbüsler rekabet hukuku kapsamında sorumluluktan kurtulabilirler. Devlet, rekabeti doğrudan kısıtlayabileceği gibi, rekabetin kısıtlanmasına ilişkin eylemin gerçekleştirilmesini teşebbüslere de

<sup>67</sup> Services Of General Interest: Komisyonun ilgili tebliğinde bu hizmetler, özel teşebbüs tarafından görülme isteği bulunup bulunmamasına bakılmaksızın devlet tarafından her koşulda sunulması gerektiği düşünülen hizmetler olarak tanımlanmaktadır. Tebliğe göre, üye devletler hangi hizmetlerin bu kapsamda yer aldığına serbestçe karar verebilmektedirler. Communication from the European Commission, Services of General Interest in Europe, OJ 2001 C17/4, 19.01.2001

bırakabilir. Bu durumda, teşebbüs sorumluluktan kurtulabilirken, devletin sadakat yükümünü ihlal etmek nedeniyle sorumluluktan kurtulması mümkün olmamaktadır (O'Donoghue ve Padilla 2006,28). Avrupa Adalet Divanı<sup>68</sup> (AAD)'nın bu konudaki bir kararında<sup>69</sup>, devlet müdahalesinin belli şekilde hareket etmeyi gerektirdiği ve pazarda rekabet etmeleri için teşebbüslere “nefes alacak alan bırakmadığı durumlarda” bunu kanıtlamak suretiyle teşebbüslerin sorumlu olmayabilecekleri ifade edilmiştir<sup>70</sup>. Ancak bu istisna oldukça dardır ve teşebbüslerin pazarda başka bir manevra yapmalarının engellendiğini ortaya koymaları gerekmektedir (Elhauge ve Geradin 2007). Burada belirtilmesi gereken diğer bir diğer husus, Komisyon tarafından çıkarılan Ceza Rehberi'nde<sup>71</sup> “*rekabete aykırı davranışın kamu otoriteleri veya yasama organı tarafından yetkilendirilmesi veya teşvik edilmesi*” unsurunun ceza tayininde değerlendirilebilecek hafifletici nedenler arasında sayıldığıdır.

Komisyon, devletlerin AB rekabet hukukuna zarar veren eylemlerine müdahale etme yetkisine sahiptir ancak şu ana kadar bu yola başvurmaması politik nedenlere bağlanmaktadır (Elhauge ve Geradin 2007;Lang 2003). Bu tür bir müdahalenin tek örneği bulunmaktadır<sup>72</sup>. Ancak AAD'ın *Fammieri*<sup>73</sup> kararında rekabete getirilen kamusal kısıtlamaların ortadan kaldırılmasına yönelik kuvvetli bir saik ortaya konmuştur. Mahkeme kararda, ABA'nın 4(3). maddesi ile ABİDA'nın 101. ve 102. maddelerini beraber değerlendirerek; ulusal rekabet otoritelerinin, AB rekabet hukukuna aykırı yasama işlemlerinin uygulanamazlığını ortaya koymakla görevli olduğunu belirtmiştir. Kararın bir sonucu olarak pazar aktörlerinin ulusal rekabet otoritelerine başvurarak ilgili düzenlemenin AB rekabet hukuku bakımından ihlal teşkil etmediği yönünde onay almaları gerekeceği ifade edilmektedir (Elhauge ve Geradin 2007).

<sup>68</sup> Lizbon Anlaşması ile yapılan değişiklik sonrasında Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın, Avrupa Adalet Divanı olarak, İlk Derece Mahkemeleri'nin ise Genel Mahkeme olarak adlandırılması yoluna gidilmiştir. Çalışma kapsamında bütünlüğün sağlanması amacıyla son düzenleme esas alınarak ilgili kurumlara atıf yapılmıştır.

<sup>69</sup> ECJ, 240-42, 260-62, 268-69/82, Stichting Sigarettenindustrie and Others v. Commission, (1985) ECR 3831

<sup>70</sup> O'Donoghue ve Padilla da (2006, 30) teşebbüslerin, rekabet hukuku sorumluluğundan kurtulabilmesi için, düzenlemenin, teşebbüslerin alanını, rekabet etmenin önemsiz kalacağı noktaya kadar daraltması gerektiğini, genel bir daraltmanın veya rekabet etmeyi zorlaştırmanın sorumluluktan kurtulmak için yeterli olmadığını ifade etmektedirler.

<sup>71</sup> Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No:1/2003, 2006/C 210/02, 01.09.2006, para.29

<sup>72</sup> ECJ, C-35/96 Commission v. Italy, ECR (1998) I-3851

<sup>73</sup> ECJ, C-198/01, Consorzio Industrie Fammieri v. Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato, (2003) ECR I-8055



Hukuka aykırı anlaşmaların ve davranışların teşvik edilmesi veya desteklenmesi, teşebbüslere sektörel düzenleme yapma yetkisinin verilmesi, 101. ve 102. maddelerle bağdaşmayan eylemlerin zorunlu kılınması, rekabet ihlalini kaçınılmaz duruma getirmektir. Yani, üye ülkeler, teşebbüsleri, AB rekabet hukuku kurallarını ihlal etmeye teşvik edici veya zorlayıcı düzenlemeler yürürlüğe koyamayacaklardır. Böyle bir düzenlemenin benimsenmesi durumunda söz konusu düzenlemenin üye ülkenin hiçbir otoritesi tarafından uygulanmaması gerekir. Oldukça kısıtlı şekilde yapılandırılmış olan doktrinin uygulanabilmesi yalnızca düzenlemenin ihlal niteliği sorgulanan davranışı dayattığı ve teşebbüslerin hareket serbestisini ortadan kaldırdığı durumlarda mümkündür (OECD 2011). Bu kabul, düzenlemelerin, düzenlemeye tabi olanların dışındaki kamusal otoritelerce benimsenmesini gerekli kılabılır. Bunu temin etmek için, düzenlemenin herhangi bir hükümet otoritesinin son onayına tabi olup olmadığı, sektörden bağımsız kişilerce yaratılmış olup olmadığı ve kamu yararı kriterinin dikkate alınıp alınmadığının incelenmesi mümkündür. Ayrıca, düzenlemeye ilişkin karar verme sürecinde son sözü söyleme yetkisine sahip kurumun üye devlet adına hareket edip etmediğinin tespiti önemlidir.

Düzenlemeye tabi olmanın teşebbüslere rekabet hukuku bağımsızlığı sağlayıp sağlamayacağı hususu her olay özelinde farklı değerlendirilebilir ancak sektörel düzenlemenin/çözümün varlığına rağmen Komisyon'un rekabet ihlali oluşturan eylemlere müdahale etmesi gerekir. Düzenlemenin bulunduğu alanlarda ek bir rekabet hukuku uygulamasına duyulan ihtiyaç, düzenlemenin ne kadar detaylı olduğuna bağlıdır. Buna göre, düzenleyici çerçeve ne kadar detaylı ve kapsamlı olursa, rekabet hukuku uygulamasına duyulacak ihtiyaç o derecede az olacaktır. Bununla birlikte O'Donoghue ve Padilla (2006,32) ilgili soruyu farklı durumlara göre cevaplandırmaktadır. Buna göre, piyasadaki rekabeti koruyan, AB rekabet hukukunu ihlal etmeyen ve düzenleyici tarafından gerektiği şekilde uygulanan düzenlemelerin varlığı halinde, Komisyon'un rekabet ihlali oluşturan eylemlere müdahale etmemesi gerekir. Bazı sorunları çözmeye düzenleyici otoritelerin deneyimi ve bilgi toplama yeterliliği etkinlik yaratmakta ve aynı konuda iki farklı yetkilinin, farklı kurallar setiyle müdahalede bulunmasının çatışan kararlara ve tutarsız müdahalelere yol açabileceği ifade edilmektedir (Petit 2004). Ancak, pazarın rekabetçi yapısını korumaya yönelik düzenlemeler düzenleyicinin tembelliği veya tuzağa düşmesi nedeniyle uygulanmıyorsa rekabet otoritelerinin müdahalede bulunması gerekir. Komisyon, düzenleyici otorite tarafından alınan kararın AB rekabet hukukuna aykırı olduğunu tespit ederse de müdahalede bulunmalıdır<sup>74</sup>. Komisyon'un bazı

<sup>74</sup> Ancak bu durumda Komisyon'un teşebbüse yönelemeyeceği, sadakat hükmü gereği düzenleyici otoritelere müdahale edebileceği belirtilmektedir. (O'Donoghue ve Padilla 2006,32 dipnot 134)

durumlarda davaları, ulusal sektörel düzenleyicilere gönderdiği ve bunların düzenleme kapsamında karar almalarını istediği görülmektedir. Ancak bu uygulamanın, düzenleyici otorite tarafından sorunun gerektiği şekilde ele alınacağına emin olunan hallerle sınırlı tutulması gerektiği ifade edilmektedir (Geradin 2005,27-28; Geradin ve O'Donoghue 2005,54-61).

#### **2.2.4. Üye Devletlerin Yükümlüğüne Getirilen İstisna: Genel Ekonomik Yarar Hizmetleri**

Üye devletlere getirilen sadakat yükümlülüğünün tek istisnası 106(2). maddede düzenlenen genel ekonomik faydası olan hizmetlerin sunumudur. İlgili madde, bu hizmetleri sunanların ABİDA'da yer alan hükümlere ve rekabet hukuku kurallarına uyma zorunluluğundan kurtulabileceğini hükme bağlamaktadır. Rekabet hukuku uygulamasına tabi olunması durumunda hizmetin gereği gibi yerine getirilmesinin engelleneceği endişesiyle bu hizmetlere ilişkin muafiyet tanınmaktadır.

Kural çok geniş uygulamaya yol açabileceğinden oldukça dar yorumlanmalıdır. İlgili hizmetlere ilişkin Komisyon Tebliği'nde<sup>75</sup> bu istisnanın uygulanabilmesi; görevin, teşebbüse otorite tarafından verilmiş olmasına ve açık şekilde tanımlanmış olmasına bir de muafiyeti haklı kılacak gerekçelerin varlığına bağlanmıştır. İstisnanın; belli kişi ve grupların çıkarlarını sağlamaya yönelmemesi, teşebbüsün söz konusu işi gereğince yerine getirebilmesini sağlayacak ölçüde uygulanması ve kamu yararı amacına dönük olması geçerliliği için aranmaktadır (Lang 2003,16). Lang, Komisyon kararlarından yararlanarak bu hizmetlere örnek olarak, televizyon yayıncılığı, temel posta hizmeti, istenmeyen çevresel atıkların yönetimi, ulusal ve kamusal nitelikli elektrik arzı, önemli sularda kılavuzluk hizmeti gibi örnekler vermektedir<sup>76</sup>. Tebliğ'de bu hizmetleri tespit etmek üye devletin takdirine bırakılmıştır<sup>77</sup>. Ancak uygulamada hangi sektörlerin bu kapsamda ilan edilebileceğine ilişkin bir belirginleşme yaşandığı savunulmaktadır (Lang 2005,20).

AAD uygulamasında<sup>78</sup> bu istisnanın kabul edilebilmesi için gerektiğinde, rekabet hukuku kurallarının değil ulusal hukukun uygulanabileceği kabul edilmektedir. Bu kabul dar şekilde uygulanmakta ve belli koşulların varlığına bağlanmaktadır. Bu koşullar, teşebbüsün, yasal düzenleme veya sözleşme ile genel

<sup>75</sup> Communication from the European Commission, Services of General Interest in Europe, OJ C17/4 19.01.2001

<sup>76</sup> A.g.e. s.17

<sup>77</sup> Para. 22.

<sup>78</sup> ECJ, Corbeau, C-320/91 [1993] I-2533, Commission v. Italy, 118/85[1987], I-2599, Commission v. Italy, C-35/96 [1998] I-3851

ekonomik yarar hizmeti yerine getirmek için görevlendirilmiş olması ile hizmetin evrensel, zorunlu ve genel yararı sağlamaya yönelik olması olarak sayılabilir. Ayrıca, rekabet hukuku sınırlaması söz konusu hizmetin ekonomik olarak kabul edilebilir koşullar altında sürdürülebilmesini temin etmek için gerekli olmalı ve AB'nin menfaatlerine aykırı nitelikte olmamalıdır.

Bilindiği üzere, üye devletler, belli bir sektörde özel mülkiyet veya kamu mülkiyeti bakımından tercih yapma imkânına sahiptir ancak her iki durumda da teşebbüsler rekabet hukuku uygulamasına tabi olacaktır. Bunun bir istisnası, genel ekonomik faydası olan hizmetlerin sunumu olduğuna göre bu hizmeti sağlayacak teşebbüsler bakımından sahiplik türü önem taşımamaktadır (Lang 2003).

### **2.2.5. AB Rekabet Hukuku Uygulamasına Getirilen Açık Kısıtlamalar**

ABİDA'nın 101. ve 102. maddeleri, teşebbüsün veya bir teşebbüs davranışının düzenlemeye tabi olmasına bağlı, açık bir rekabet hukuku muafiyeti getirmemektedir. Ulusal yasaların zorunlu tuttuğu bir davranış bakımından teşebbüsün farklı davranmak yönünde takdir yetkisi yoksa rekabet hukuku uygulanmayabileceği yönündeki AB uygulaması çerçevesinde, teşebbüslerin kendi inisiyatiflerine dayanan davranışlarının rekabet hukuku uygulamasına tabi olacağı sonucu çıkarılabilmektedir. Ulusal hukuk, davranışı kısmen teşvik ediyor ve teşebbüslerin takdir yetkisi dâhilindeki davranışlarını kolaylaştırıyorsa, rekabet hukuku uygulanabilir. Ulusal düzenleyicilerin, ABİDA'nın 101. ve 102. maddeleri niteliğinde bir müdahalede bulunması durumunda Komisyon, vakaya müdahil olmamaya karar verebilir ve bu durumda rekabet hukuku çerçevesinde müdahale yetkisi, ulusal düzenleyiciye ait olmaktadır<sup>79</sup>. Bu mekanizma, AB'nin üye devlet otoriteleriyle yaşayabilecekleri dikey çatışmaların önlenmesini sağlamak amacıyla getirilmiştir.

Bu özellikler dışında AB rekabet hukuku, çok nadir muafiyetler getirmektedir. Konsey tüzükleri ve ABİDA'nın ilgili bazı hükümleri ile tarım, nükleer enerji, askeri mühimmat, hava, demiryolu ve içdeniz taşımacılığına ilişkin belli sözleşmelere (teknik gelişme/teknik ortaklık) yönelik muafiyetler getirilmektedir. Ayrıca Komisyon tarafından, motorlu taşıtlar<sup>80</sup>, sigortacılık<sup>81</sup>, hava taşımacılığı<sup>82</sup>, deniz taşımacılığı<sup>83</sup> sektörlerine yönelik grup muafiyeti<sup>84</sup> tanınmıştır.

<sup>79</sup> Regulation 1/2003 of 16 December 2002 on The Implementation of The Rules on Competition Laid Down in Articles 81 And 82 of The Treaty, OJ L 04.01.2003 Art.11 s.1

<sup>80</sup> Commission Regulation (EC) No 1475/95

<sup>81</sup> Commission Regulation (EU) No 267/2010

<sup>82</sup> Hava taşımacılığına ilişkin blok muafiyetler yürürlükten kaldırılmıştır.

<sup>83</sup> Commission Regulation (EC) No 906/2009

<sup>84</sup> İlk bölümde muafiyet ve istisna kavramlarına yönelik olarak yer verilen tartışmalar çerçevesinde

Bu durumda rekabet hukuku uygulaması kuraldır ancak belli koşulları taşıyan anlaşmalar muaf tutulmaktadır. Komisyon ayrıca, AR-GE<sup>85</sup>, uzmanlaşma<sup>86</sup> gibi belli yatay anlaşmalara, dikey anlaşmalara<sup>87</sup> ve teknoloji transferi anlaşmalarına<sup>88</sup> blok muafiyetler tanımıştır. ABİDA ile ayrıca, genel ekonomik yarara yönelik hizmetlerin sunumu için gerekli olduğunda bu hizmetlerin rekabet hukuku uygulamasından muaf tutulması düzenlenmektedir.

## **2.2.6. Sektörel Düzenlemelerin Varlığında AB Rekabet Hukuku Uygulaması**

### **2.2.6.1. Sektörel Düzenlemeler ve Telekomünikasyon Sektörüne Yönelik AB Düzenlemesi**

AB uygulamasında doktrine yaklaşımın inceleneceği son bölüm AB tarafından düzenlemeye tabi tutulan alanlara ilişkindir. AB özelinde ortaya çıkan vakalar telekomünikasyon sektörü ağırlıklı gerçekleşmiş ve oldukça ses getirmiştir. Ancak AB'nin söz konusu alana ilişkin uygulamaların daha iyi anlaşılabilmesi için AB yaklaşımını yansıtan, telekomünikasyon sektörüne yönelik düzenleyici çerçeveden bahsedilmelidir. Söz konusu Ortak Düzenleyici Çerçeve, Çerçeve Direktif<sup>89</sup>, Erişim<sup>90</sup>, Yetkilendirme<sup>91</sup>, Evrensel Hizmet<sup>92</sup> ve Kişisel Gizliliğe<sup>93</sup> ilişkin direktiflerden oluşmaktadır. Söz konusu direktifler, 2009 yılında çıkarılan Düzenlemelerin İyileştirilmesine ilişkin Direktifle<sup>94</sup> tadil edilmiş, ayrıca Vatandaş Hakları Direktifi<sup>95</sup> çıkarılmıştır.

Düzenleyici çerçeve, ilgili sektörde etkin rekabeti sağlamayı amaçlamakta, düzenlemenin kurgulanmasında rekabet hukuku kavramlarından yararlanılmaktadır. Çerçeve Direktif, Komisyon'un rekabet hukuku prensiplerine uyumlu pazar tanımı yapmasını ve tavsiye yayınlamasını öngörmektedir<sup>96</sup>. Direktif, söz konusu pazar tanımlarının rekabet hukuku vakaları altında

<sup>85</sup> Commission Regulation (EU) No 1217/2010

<sup>86</sup> Commission Regulation (EU) No 1218/2010

<sup>87</sup> Commission Regulation 330/2010

<sup>88</sup> Commission Regulation (EC) No 772/2004

<sup>89</sup> Directive 2002/21/EC OJ L 108/33, 24.04.2002

<sup>90</sup> Directive 19/EC, OJ L 108/7, 24.04.2002

<sup>91</sup> Directive 2002/20/EC OJ L 108/21, 24.04.2002

<sup>92</sup> Directive 2002/22/EC OJ L 108/51, 24.04.2002

<sup>93</sup> Directive 2002/58/EC OJ L 201/37, 31.07.2002

<sup>94</sup> Directive 2009/140/EC OJ L 337/37, 18.12.2009

<sup>95</sup> Directive 2009/136/EC OJ L 337/11, 18.12.2009

<sup>96</sup> Directive 2002/21/EC OJ L 108/33, 24.04.2002 s.33, Directive 2009/140/EC OJ L 337/37, 18.12.2009 ile değişik s.37, Regulation 544/2009 OJ L 167, 18.06.2009 s.12

tanımlanacak pazarlar olduğunu açıkça belirtmektedir<sup>97</sup>. İlgili Komisyon Kılavuzları ile, ex-ante ve ex-post düzenlemelerin farklı hedefleri karşısında, ikisinin de dışlanamayacağı açıklığa kavuşmaktadır<sup>98</sup>. Aynı metotların kullanılması zorunluluğu, tanımlanacak pazarların karşılıklı olarak uyuşmasını sağlama amacına yönelmektedir<sup>99</sup>. Ulusal düzenleyiciler ve rekabet otoriteleri arası çatışmaları önlemek amacıyla çerçeve direktif, düzenleyicilerin mümkün olduğu ölçüde rekabet otoriteleriyle işbirliği içinde olmasını öngörmektedir<sup>100</sup>. Çerçeve Direktif'in 7. maddesi, danışma mekanizması getirmekte ve ulusal düzenleyici otoriteler tarafından getirilen önlemlerin, üye devletlerarası ticareti etkilemesi durumunda Komisyon'a bildirilmesini gerektirmektedir. Bu mekanizma, düzenleyici otoritelerin pazara müdahaleleri ile AB rekabet hukuku kurallarının uygulanmasına ilişkin çatışmaları önlemeyi amaçlamaktadır. Benzer işbirliği mekanizmaları, enerji sektörü düzenlemeleri bakımından da önemlidir (OECD 2011,203). Sektörel düzenlemelerin bir pazar aksaklığını gidermeye yetecek ve gerekecek ölçüde geçerli kalmasını sağlayacak mekanizmalara sahip olan düzenleyici çerçeve, Komisyon ile ulusal düzenleyiciler arası koordinasyonu gerekli kılmakta ve sektörel düzenlemeleri yardımcı rolünde görmektedir (Geradin ve Sidak 2005). AB hukukunda, düzenleyici otoriteler ile rekabet otoriteleri arasındaki ilişkileri düzenleyen benzer hükümler daha çok usule ilişkindir ve iki rejim arasındaki temel farklılıklara değinmemektedir (Elhauge ve Geradin 2007).

Yeni düzenleyici çerçevenin, rekabet hukuku metodolojisine dayanması yönündeki politika seçimi, belli nedenlere bağlanmaktadır (Streel 2003,494). Bu kapsamda sayılan nedenlerden bazıları; çerçeveyi esnek, düzenleyici otorite kararlarını pazar gerçeklerine uyumlu hale getirmek, yasal belirliliği sağlamak, düzenleyici otoritelerin kararlarını uyumlaştırmak, ilgili pazarlarda rekabet geliştikçe, düzenlemelerin ve düzenlemeye bağlı zorunlulukların aşamalı olarak kaldırılmasını ve sektör spesifik regülasyona ihtiyaç duyulmayan aşamaya gelindiğinde saf rekabet hukuku uygulamasına geçişi kolaylıkla sağlamaktır. Bu kapsamda düzenleyici çerçevenin amacı, pazarların mümkün oldukça çabuk şekilde kendi haline bırakılmasını sağlayacak şekilde müdahalelerin azaltılması ve regülasyonun yalnızca rekabetin mümkün olmadığı, sağlanmasının zaman alacağı hallerde müdahale edilmesini sağlamaktır.

<sup>97</sup> Directive 2002/21/EC OJ L 108/33, 24.04.2002 15(1). madde.

<sup>98</sup> Commission Guidelines on market analysis and the assessment of significant market power under the Community regulatory framework for electronic communications networks and services (2002/C 165/03) OJ C 165, 11.7.2002 25-32 maddeler.

<sup>99</sup> Guidelines 2002/C 165/03 25. madde.

<sup>100</sup> Çerçeve Direktif 3(5) ve 16(1) maddeler.

## 2.2.6.2. Sektörel Düzenlemeler Çerçevesinde AB Rekabet Hukuku Uygulaması

Komisyon'un düzenlenen alanlarda rekabet hukuku uygulamasına yönelik kararları içinde doktrinde en çok inceleme ve tartışma konusu yapılan kararlardan biri Deutsche Telekom kararıdır. *Deutsche Telekom'un*, fiyat sıkıştırması yaptığına ilişkin iddiaları değerlendiren Komisyon, rakiplerine sunulan toptan erişim hizmetleri ile nihai tüketicilere sunulan perakende hizmetler arasındaki fiyat farkının perakende hizmetlerin finansmanı için yeterli olmadığından bahisle ihlalin gerçekleştiğine karar vermiştir<sup>101</sup>. Deutsche Telekom, Alman sektörel düzenleyicisinin kısmi fiyat regülasyonuna tabi olup bunun dışında ticari açıdan bağımsız kararlar alabilme yeteneğine sahiptir. Bu nedenle rekabet hukuku uygulanmasına tabi olmaması ihlalin devamına neden olabilir. Deutsche Telekom, düzenleyici otoritenin erişim fiyatlarını tespit ettiğini ve fiyat sıkıştırması şikâyetlerini düzenli olarak incelemesine rağmen ihlal tespit etmediğini belirterek ihlalin bulunmadığını iddia etmiştir. Ancak Genel Mahkeme<sup>102</sup> (GM), düzenleyicinin onayına rağmen, fiyat sıkıştırması yapıldığına ilişkin Komisyon kararını onamıştır<sup>103</sup>. GM, teşebbüsün düzenleyiciye başvurarak söz konusu fiyatları etkilemek ve rekabete aykırı etkileri azaltmak veya ortadan kaldırmak bakımından yeterli olanağı olduğunu ve Komisyon'un AB rekabet hukuku uygulaması bakımından ulusal düzenleyicinin görüşleri ile bağlı olmadığını ifade etmiştir. GM ve AAD<sup>104</sup>, sektörel düzenlemeler, teşebbüslerin, rekabeti kısıtlayıcı veya bozucu nitelikte serbest kararlar almasını engellemediği sürece rekabet hukukunun uygulanabileceğini ifade etmiştir. Düzenlemenin varlığının verilecek cezanın tespitinde hafifletici neden olarak değerlendirilebileceği kabul edilmiştir. Karar, regülasyon-rekabet hukuku ilişkisine dair söyledikleri nedeniyle önemli görülmektedir (Vickers 2009,8).

*Wanadoo Interactive*<sup>105</sup> kararında<sup>106</sup>, Komisyon'un yaklaşımı *Deutsche Telekom* kararı ile aynı paraleldedir. Komisyon, kararda Wanadoo'nun ADSL hizmetine ilişkin perakende fiyatlarını maliyetlerinin altında belirlediğine karar vermiş ve Fransız düzenleyici otoritesi tarafından ilgili hizmete ilişkin tarifelerin onaylanmasını, muafiyet için yeterli görmemiştir. Düzenleyicinin, teşebbüs tarafından bildirilen tarifeleri onayladığı, ancak tarifeleri toptan reddetmek ve yeni tarife talep etmek dışında tarifelere yönelik hiçbir inisiyatifini veya değiştirebilme

<sup>101</sup> Deutsche Telekom, OJ L 263 (2003)

<sup>102</sup> Bkz. dipnot 68.

<sup>103</sup> Deutsche Telekom v. Commission, Case T-271/03, Court of First Instance (2008)

<sup>104</sup> Deutsche Telekom AG v. European Commission, Case C-280/08 (2010)

<sup>105</sup> Wanadoo Interactive COMP/38.233 (2003) France Télécom SA v. Commission, Case T-340/03, Court of First Instance (2007)

<sup>106</sup> Wanadoo Interactive'in ilgili karar tarihinde France Telekom'un yavru şirketi olması nedeniyle kararın France Telecom kararı olarak da anıldığı görülmektedir.

yeteneği bulunmadığı gibi mevcut yetkilerini de kullanmadığı anlaşılmıştır. Bu nedenle Komisyon, teşebbüsün tarifeleri kendi inisiyatifi çerçevesinde şekillendirebilme alanı bulunduğunu ifade etmiştir.

*Telefonica*<sup>107</sup> kararında, Komisyon, teşebbüsün, rakiplerine sunduğu toptan satış fiyatları ve kendi müşterilerine sunduğu perakende fiyatlar arasında fiyat sıkıştırması yaptığına karar vermiştir. Karara konu Telefonica sektörel düzenlemeye tabidir ancak düzenleme ile amaçlanan rekabeti geliştirme hedefinin, Telefonica'nın altyapı yatırımı yapmasına ve bu altyapıdan kendi faydasına olacak şekilde yararlanmasının korunmasına ilişkin ihtiyacı aştığını ifade etmiştir<sup>108</sup>. Telefonica'nın ihlali sonlandırabileceği yerde daha düşük toptan fiyat vermemek suretiyle ihlale devam ettiği belirtilerek, düzenlemeye tabi teşebbüsün, kendi inisiyatifiyle ihlale son verebilmek/ihlale engel olmak yönünde takdir yetkisinin olup olmadığına odaklanılmıştır. Karar, düzenleyici otorite bir ihlalin varlığını tespit edememiş, ihlali önlemede başarılı olamamışsa, ek rekabet hukuku müdahalesinin *non bis in idem* ilkesine aykırılık teşkil etmediğini göstermektedir. Komisyon, düzenleyici otoritenin rekabeti koruma görevinin, Komisyon'un rekabet hukuku uygulamasına oranla geniş bir kavram olduğunu belirtmiştir.

*Telia Sonera*<sup>109</sup> kararı, İşveç Rekabet Otoritesi (İRO)'nin verdiği fiyat sıkıştırması kararının Stockholm Bölge Mahkemesi'nde görülen temyiz davası sırasında, mahkeme tarafından AAD'a danışılması üzerine verilmiştir. İRO, toptan internet erişimi pazarındaki hakim durumunu perakende ADSL erişim pazarında kötüye kullandığını tespit ettiği TeliaSonera'nın fiyat sıkıştırması yaptığına karar vermiştir. TeliaSonera'nın toptan pazardaki faaliyetlerinin düzenlemeye tabi olmaması, Komisyon tarafından değerlendirmede dikkate alınmamıştır. Komisyon objektif gerekçelerin yokluğunda düzenlemeye tabi olmayan teşebbüsün ilgili fiyatları kendi inisiyatifi ile fiyat sıkıştırması yaratacak şekilde belirlemesi durumunda ihlalin gerçekteşeceğini kabul etmiştir.

Her ne kadar AB'nin düzenlenen sektörlerde rekabet hukuku uygulaması telekomünikasyon sektörü özelinde ses getirmişse de düzenlenen diğer sektörlerle ilişkin uygulamaya da kısaca değinilmesi gerekmektedir. Komisyon'un enerji sektörüne ilişkin kararlarında<sup>110</sup>, düzenleyici önlemlerin etkin olmadığı, beklenen etkiyi ve sonucu yaratmadığı durumlarda rekabet hukuku uygulamasına

<sup>107</sup> Wanadoo Espana v. Telefonica, Case COMP/38.784 (2007)

<sup>108</sup> Komisyon, uzun zaman kamu tekeli olarak kalmış teşebbüsün, rekabet hukuku uygulamasından muaf tutulduğu bu dönemde söz konusu hedefleri gerçekteştirdiğini kabul etmiştir. Bu nedenle daha fazla koruma yaratılmasına gerek yoktur.

<sup>109</sup> Konkurrensverket v. TeliaSonera Sverige AB, Case C-52/09 (2011)

<sup>110</sup> ENI, COMP/39.315 (2010); Gas de France, COMP/39/316 (2010); E.ON Gas, COMP/39.317 (2010); RWE Gas, COMP/39.402 (2010).

başvurulduğu görülmektedir. *GVG*<sup>111</sup> kararında, demiryolu taşımacılığı sektöründe faaliyet gösteren kamu tekelinin pazara erişimi engellediğine karar verilmiş sektörel düzenlemenin, 102. maddenin uygulamasını engellemediği belirtilmiştir. *Air Cargo*<sup>112</sup> kararında, havayolu taşımacılığı sektörüne ilişkin düzenleyici çerçeveye<sup>113</sup> belirlenen indirim oranının fiyat koordinasyonuna sebebiyet verebileceği belirtilerek düzenlemenin rekabet hukuku müdahalesine engel olmadığı sonucuna varılmıştır. *Fire Insurance*<sup>114</sup> kararında<sup>115</sup>, AB rekabet hukukunun düzenlemelerle çatışma durumunda öncelikli uygulanacağı vurgulanmıştır.

### 2.2.7. AB Uygulamasına Yönelik Genel Değerlendirme

1950’li yıllardaki kamulaştırma hareketleri, Komisyon’un *ENEL*<sup>116</sup> kararından sonra kamu sahipliğinden ayrılma yönünde değişmiştir. Bu durumun, pazar ekonomilerine bakış açısındaki değişimin yanında teknolojik ve ekonomik gelişmelerden de kaynaklandığı ifade edilmektedir (Jones ve Sufrin 2008,614). Bu değişim, AB’nin rekabet hukukunu, giderek düzenlemelere tercih eden ve sektörleri rekabete açmayı, sektörel düzenlemeleri azaltmayı hedefleyen politikalarının kaynağı olarak görülebilir.

Söz konusu bakış açısının AB çerçevesinde getirilen sektörel düzenlemelere yansıdığı görülmektedir. AB’de, 1998 tarihli düzenleyici çerçeveye telekomünikasyon alanının düzenlenmesinde rekabet politikası araçlarına yer verilmiş yine aynı tarihli Erişim Tebliği ile *ex-ante* regülasyon ile *ex-post* rekabet hukuku müdahaleleri arasındaki sınırların tanımlanması amaçlanmıştır (Renda 2010,23-24). 2002 yılında çıkarılan yeni düzenleyici çerçevenin de rekabet hukuku terimlerine atıf yaptığı görülmektedir. Düzenleyici çerçevenin, rekabet hukuku kavramlarını kullanması, rekabet otoriteleriyle işbirliğini gerektirmesi ve rekabet hukukunun, düzenlenen sektöre uygulanabilir olması gibi özellikleri, rekabet hukukunun çerçevedeki rolünü göstermektedir (Demiröz 2003,32-33).

Sektörel düzenlemelerin gösterdiği özellikler AB yaklaşımını anlamak bakımından önemli olmakla birlikte AB hukukunun bazı özellikleri de göz önünde tutulmalıdır. AB’de sektörel düzenlemeler, ikincil düzeyde kaynaklarla yapılmakta,

<sup>111</sup> *GVG v. Ferrovie Dello Stato S.p.A.* COMP/37.685 (2003) OJ L 11 [2004]

<sup>112</sup> *Air Cargo*, Case COMP/39.258 [2010]

<sup>113</sup> Çoğunlukla serbestleşmiş olan AB hava ulaşım sektörü, AB ve üçüncü ülkeler arasında yapılan çok taraflı sözleşmeler ile düzenlenmektedir. Bu sözleşmeler, ilgili bölgelerde uçuş yapmak için atanan havayolu şirketlerinin uyacakları hizmet koşullarını ortaya koymaktadır. Ancak bazı sözleşmelerde rekabete aykırı hükümler yer almaktadır. (OECD,2011;199)

<sup>114</sup> *Fire Insurance (D) Case IV/30.307* (1984) OJ L 35, [1985]

<sup>115</sup> Karar, sektörel düzenlemeye tabi yangın sigortacılığı sektörüne ilişkindir.

<sup>116</sup> *Flaminio Costa v. ENEL Case 6/64* [1964] ECR 585, [1964] CMLR 425. Kararda, İtalya elektrik sektörünün kamulaştırılması değerlendirilmiştir.



AB rekabet hukuku ise, ABİDA'nın içinde yer bulmakla temek kaynak niteliği taşımaktadır. Bu nedenle rekabet hukuku, sektörel düzenlemelere oranla üstün ve öncelikli olarak uygulanmalıdır. Komisyon da rekabet hukukunun öncelikli uygulanması kuralıyla bağlıdır ve AB hukukunu uygularken bu kuralı dikkate almalıdır. AB yaklaşımı, ilgili davranışın düzenlemeyle dayatılmasına ilişkin bir koşul aramamaktadır ancak böyle bir koşulun aranmaması, telekomünikasyon sektörüne ilişkin düzenlemelerin normlar hiyerarşisi bakımından konumu ile açıklanabilir.

AB uygulamasında düzenlenen davranışlara ilişkin kararlara bakıldığında, genellikle teşebbüslerin hareket serbestisine sahip oldukları bir alanın bulunduğu ve bu alandaki eylemlerinin ihlal olarak nitelendirildiği görülmektedir. Bunun yanı sıra ilgili olaylarda, düzenlemeler belli davranışlara ilişkin zorunluluk getirmemekte, bu düzenlemelerin varlığı cezada indirim sebebi olarak görülebilmekte ancak teşebbüsleri AB rekabet hukuku uygulamasından koruyucu bir mekanizma olarak ortaya çıkmamaktadır. AB'nin *Deutsche Telekom* ve *Telefonica* kararları ile ortaya konulan yaklaşımı, ABD'nin *Trinko* kararındaki yaklaşımı ile karşılaştırıldığında katı ve sınırlıdır. *Trinko* kararı ile karşılaştırıldığında her iki kararda da etkin bir düzenleyicinin etkin önlem ve müdahalelerle ortaya çıkamamış olması, zaten bu vakalarda muafiyet tanınamayacağı şeklinde yorumlanabilir. Ancak, düzenleme, teşebbüslerin ilgili eylemleri gerçekleştirmelerini kısmen teşvik ediyor veya teşebbüslere serbest hareket alanı yaratıyorsa doktrinin uygulanması mümkün olmayacağından bu yaklaşım doğru kabul edilebilir.

Düzenlemeler ve rekabet hukuku arasında ortaya çıkan çatışma, AB'nin yapısı nedeniyle ulusal otoriteler arasında yaşanabileceği gibi, Komisyon ve ulusal otorite arasında da yaşanabilir. AB hukukunda söz konusu dikey çatışmaları önleyecek mekanizmaların<sup>117</sup> var olması nedeniyle yatay çatışmaların varlığı daha önemli hale gelmekte (Lang 2007) ve rekabet hukuku ile sektörel düzenlemeler arası ilişki önem taşımaktadır. Yapılacak tercih iki düzenlemenin özellikleri çerçevesinde belirlenebilir (Geradin ve O'Donoghue 2005,51-54). Ancak, yeni düzenleyici çerçevenin, düzenleyici müdahaleyi, rekabetin pazar aksaklıklarını işaret etmede yetersiz kaldığı durumlarla sınırlı tutması özellikle göz önünde tutulmalıdır.

---

<sup>117</sup> O.J. 2004, C 101/43 para.14, O.J. 2004 C 101/65 para.28, Regulation 1/2003 Art.11(6)

### 2.3. ABD VE AB UYGULAMALARI ARASINDAKİ FARKLILIKLAR VE BU FARKLILIKLARIN NEDENLERİNE İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME

Bu bölümde incelenen ABD ve AB'nin genel olarak düzenlenen davranış doktrinine ilişkin uygulamaları çerçevesinde, hangi uygulamanın daha tercih edilir olduğu sorusu ortaya çıkmaktadır. Ağ endüstrilerinde rekabet hukuku ve düzenlemelerin birlikte yer alması, çatışmalara yol açabilmektedir. Bu nedenle bu sorunun çözümü bu sektörler için daha önemlidir. Ancak soruya doğru bir cevap verebilmek için ABD ve AB uygulamaları arasındaki farklılığın kaynaklarına değinilmelidir. Her iki uygulama da, rekabet ve regülasyonun bir arada var olduğu kabulüne dayanarak yola çıkmakta ancak tamamen farklı yönlere gitmektedir. Öncelikle belirtilmelidir ki her iki uygulamanın yaklaşımını yansıtmakla öne çıkan kararlarında incelenen vakalar arasında bazı farklılıklar bulunmaktadır. Örneğin, düzenleyici otoritenin müdahalesinin, *Trinko* kararında ihlali önlemeye yönelik istenen bir sonuç yarattığı ancak *Deutsche Telekom* kararında sorunu çözmede başarısız olduğu ve Komisyon'un *Deutsche Telekom*'u Alman otoritelerinin yetersizliği nedeniyle cezalandırdığı görülmektedir. Ayrıca, *Trinko* sınıf davası<sup>118</sup> olarak açıldığı için pazar yapısını korumak ikinci sırada kalmıştır (Geradin 2005,24-27; Geradin ve O'Donoghue 2005,56-61).

ABD ve AB uygulamaları vakalara ilişkin farklılıklar yanında, rekabet hukukunun kapsama alanı, düzenleme politikası ve ekonomisi, yasal ve anayasal faktörler bakımından da farklılık göstermektedir. Örneğin, *Trinko* kararında mahkeme, düzenlenen bir pazarda, fiyat sıkıştırmasını rekabet hukuku ihlali olarak görmezken, *Deutsche Telekom* kararında Komisyon, fiyat sıkıştırmasının düzenlemeye tabi bir sektörde gerçekleşmesine rağmen rekabet hukuku çerçevesinde ihlal olarak değerlendirilebileceğini kabul etmektedir. Bu nedenle AB rekabet hukuku, düzenlemelerle çatışma halinde ABD'ye oranla daha geniş uygulanmaktadır. Politik ve ekonomik olarak, *Trinko* kararında mahkeme, hata maliyetlerine ve mahkemelerin yetersizliğine ilişkin endişelerle rekabet hukukunu uygulamaktan kaçınmaktadır. AB'nin rekabet hukukunu titiz şekilde uygulaması ise normlar hiyerarşisine dayanmaktadır. ABD'de düzenleme ve rekabet hukuku aynı hiyerarşide yer almakta ve eş seviyedeki düzenlemeler çatıştığında rekabet hukuku muafiyeti tanınabilmektedir. Ancak AB'de normlar hiyerarşisi farklılık gösterir. AB rekabet hukuku ABİDA'da düzenlenmekle

<sup>118</sup> Mahiyeti itibarıyla çok sayıda kişiyi ortak şekilde etkileyen bir hususa ilişkin olarak, bu toplulukta yer alan kişilerden her birinin veya birkaçının topluluğun ortak menfaatlerini korumak amacıyla açtığı davalara sınıf davaları denmektedir. Bu davalar sonunda oluşan yargı kararı toplulukta yer alan herkes için bağlayıcıdır. Sınıf davaları, rekabet hukukunda, rekabete aykırı bir eylemden zarar görenlerin bu zararları tazmin etmelerine imkan sağlamaktadır.

temel hukuk niteliğindedir. Bu nedenle ABİDA'da yer alan istisnalar haricinde, AAD hiçbir sektörün, düzenleniyor olsa dahi rekabet hukuku uygulamasından tamamen muaf tutulmasını kabul etmemiştir<sup>119</sup>. AB rekabet hukuku temel hukuk niteliği taşımakla, ikincil düzenlemeler ve yargı kararları ile bertaraf edilemez ve Komisyon tarafından öncelikle uygulanır. Sektörel düzenlemeler ise ikincil derecede hukuk kaynaklarıyla yapılmakla, rekabet hukukunun değerini azaltamaz, rekabet hukukunun yorumunu kuvvetlendirebilir ancak uygulamasını kaldıramaz ve değiştiremezler. Bu çerçevede okunduğunda *Deutsche Telekom* kararı, AB rekabet hukukunun üstünlüğünü vurgulayan bir karar olarak yorumlanmaktadır (Larouche 2006,11).

AB'de, sektörel düzenlemelerin yapılması görevi üye devletlere bırakılmıştır ancak bu düzenlemeler, ABİDA'yla bağlıdır. Bu nedenle rekabet hukuku, firma davranışlarını düzenlemenin yanı sıra dolaylı olarak üye devlet düzenlemelerini disipline etmektedir. AB uygulaması, teşebbüsün düzenleyici ile olan ilişkisine yoğunlaşmasına engeldir ve davranışlarının rekabet hukukuna uygunluğunu sürekli olarak kontrol etmesini gerektirir. Uygulama, iki araç arası tamamlayıcılığa vurgu yapmaktadır. Rekabet hukuku ışığında yapılacak düzenlemeler daha etkin, etkili ve açık bir ekonomik regülasyon doğurabilir ve iki aracın entegrasyonunu sağlamada başarılı olabilir. AB uygulamasında, ABD uygulamasının tersine, regülasyonun eksiksiz olmadığı ve regülasyonun rekabet hukukuyla tamamlandığı görüşünü benimsemiştir (Larouche 2006).

ABD'nin telekomünikasyon alanına yönelik düzenlemesi olan 1996 sayılı Telekomünikasyon Kanunu zorlayıcı, detaylı ve müdahalecidir, tanımlamalara yoğunlaşmıştır ve *ex-ante* düzenlemelerin ağırlığını ortaya koymaktadır. AB'nin sektörel düzenlemeleri ise deregülasyon özelliği gösterir, her pazar özelinde sona eriş hükmü taşımaktadır, daha az müdahaleci ve sadedir, teknoloji tarafsızdır<sup>120</sup> ve fonksiyonel/ekonomik kavramlara dayanan ucu açık düzenlemeler içermektedir (Geradin ve Sidak 2005,532). ABD uygulaması hukuki belirliliği sağlamada, detaylı tanımlama çabası sona erdiğinde daha avantajlı olabilir ancak AB uygulaması yeterli disiplinle uygulandığında, zaman içinde daha esnek olacaktır çünkü daha sistemlidir ve ABD'ye oranla daha az bürokratik bir müdahale yapısı benimsemiştir<sup>121</sup>. AB'de sektörel düzenlemeler

<sup>119</sup> Züchner v. Bayerische Vereinsbank, Case 172/80, [1981] ECR 1985, Italy v. Commission, Case 41/83, [1984] ECR 873, Verband der Sachversicherer v. Commission, Case 45/85, [1987] ECR 405

<sup>120</sup> Teknoloji tarafsız düzenlemeler, belli bir düzenlemenin, getirdiği kuralların uygulanabilmesi için belli bir teknolojinin varlığını gerektirmeyen, herhangi bir teknolojiyi esas almayan düzenlemelerdir. Farklı birçok teknolojinin yakınsadığı telekomünikasyon sektöründe yoğunlukla kullanılan kavram, bu sektöre getirilen temel düzenlemelerin, farklı teknolojiler arasında ayırım yapılmamasını esasına dayanmaktadır.

<sup>121</sup> A.g.e. s.532 vd.

rekabeti sağlama fonksiyonunu yerine getiremediğinde yerine rekabet hukuku geçecektir. Çünkü sektörel düzenlemelerin uygulanması rekabet hukukunun yeterli olmadığı hallerle sınırlı tutulmakta, başka hiçbir koşulda ex-ante müdahale kabul edilmemektedir. *Trinko* kararında ise gelişmiş düzenlemeler<sup>122</sup> karşısında tekrarlayıcı bir müdahalenin faydayı aşan bir zarara neden olabileceği ifade edilmektedir. Ancak, altta yatan saikler karşısında bu farklılık AB hukukunun etkinsizliği olarak düşünülmemelidir. Ayrıca, AB'nin bu sınırlı uygulaması başarılı ve uygun görülmektedir (Geradin ve Sidak 2005,553). AB'de sektörel düzenlemeler rekabet hukuku ilkeleri kullanılarak tasarlanmış, ABD'de ise bu tür bir uygulamaya gidilmemiştir. İki uygulama arasındaki farklılık temelde, düzenlemelerin farklılığına dayandırılmakta (O'Donoghue ve Padilla 2006,46) ve bu nedenle AB'de rekabet hukuku uygulaması için daha fazla alan ve gereklilik bulunduğu savunulmaktadır (Geradin 2005,24-27).

Her iki uygulama da tüketici refahını korumayı amaçladığı için, uygulama farkını açıklamada usuli farklılıklar belirleyici olabilir (Rudaz 2010,1080). İlk olarak, kurumsal yapıların ve düzenleyici çerçevelerin farklılığına değinilmelidir. ABD, mahkeme temelli bir yapıya sahipken AB uygulaması idari bir yapılanma içinde işlemektedir. Ancak mahkeme sistemi, süreçlerin uzunluğu, maliyetli olması ve daha iyi avukatı olan tarafın sonucu değiştirebilmesi (Vickers 2009,11) gibi nedenlerle dezavantajlıdır. AB'de ise uygulama Komisyon veya rekabet otoriteleri gibi idari otoriteler nezdinde gerçekleşmektedir ve ABD'de sektörel düzenleyicilere bırakılma eğilimli yetkilerle donatılmış olan bu kurumlar düzenlenen alanlara müdahalede daha yetkindirler. Bu nedenle, yapılan incelemeler farklılık taşımaktadır. Teknik düzenlemelerin karmaşıklığı karşısında sektörel düzenleyiciler mahkemelere oranla yetkin kabul edilmektedir, uzman ve geniş bir kadroya sahip olan düzenleyiciler deneyim edinme ve bilgi toplama imkânı bakımından da mahkemelere oranla avantajlıdırlar. Yargı kararları düzenleyici otoritelerin kararlarına oranla katıdır ve değişen koşullara ayak uydurmada sorun yaşayabilir ancak tüm bu koşullar geniş rekabet hukuku muafiyetleri yaratılmasına sebep olmamalıdır (Vaheesan 2010,934-941). Bununla birlikte herhangi bir rekabet hukuku meselesini karara vardırmanın, federal yargıçların kapasitesinin ötesinde olduğunu düşünmeyi gerektirecek bir neden bulunmadığı da savunulmaktadır (Frischmann ve Waller 2008,41). Ayrıca, düzenleyiciler, kendilerine atfedilen bu olumlu özellikleri her zaman taşımayabilir, yavaş karar alma süreçlerine

<sup>122</sup> Bush, modern düzenlemelerin girişi kısıtlamak yerine cesaretlendirdiğini, pazar parametrelerini belirlemek yerine pazara bıraktığını ve gerektiğinde müdahale ettiğini, bazen de rekabetçi pazarlar yaratmak ve ex-post denetlemekle sınırlı olduğunu ifade etmektedir. Ancak, deregülasyona paralel olarak ilginç bir şekilde rekabet hukuku uygulamasının azaldığını belirtmektedir. Aslen, rekabet hukuku, regülasyonun bıraktığı boşlukları doldurmak ve deregülasyonla uyumlu politikalar içermek nedeniyle uygulanmalıdır (BUSH 2006,613-616).

sahip olabilecekleri gibi yoğun siyasi etki altında da bulunabilirler. Bu nedenle *Trinko* kararında olduğu gibi rekabet hukuku müdahalesinin etkisine ilişkin bir değerlendirmede, düzenleyici otoritenin eyleme müdahale bakımından yeterli etkinliğe sahip olup olmadığını da analiz edilmelidir (Weiser 2005). Komisyon'un, üye ülke tekelleri ile ilgilenirken benzer sınırlamalarla bağlı olmaması (Baker 2009,148) uygulamanın, "SA" çerçevesinde iyice farklılaşmasına neden olmaktadır. Son bir kurumsal farklılık, AB'nin telekomünikasyon sektörüne yönelik düzenlemelerinin, ulusal düzenleyiciler tarafından uygulanması ve ABD'nin düzenleyici otoritesi FCC gibi detaylı düzenlemeler getiren bir kurumun AB yapılanmasında yer almamasıdır. Komisyon rekabet hukuku kurallarının aşamalı olarak sektör spesifik düzenlemelerin yerini alması yönünde istikrarlı bir görüşe sahiptir ancak Komisyon'un mümkün oldukça, sektörel düzenleme ile daha iyi çözümlenecek vakaları baş edebilecekleri durumlarda ulusal düzenleyicilere gönderdiği görülmektedir. Bu durum, rekabetçi sorunlara sektörel düzenleme uygun çözümler sunduğunda Komisyon'un, müdahaleden kaçınacağı yönünde değerlendirilmektedir (Geradin 2005,24-27; Geradin ve O'Donoghue 2005,56-61; Demiröz 2009,31-32).

AB'de düzenlemeye tabi hâkim durumdaki teşebbüslerin çoğunun, yakın zamana kadar kamu tekelini niteliğine sahip olmalarıyla da AB, ABD'den ayrılmaktadır. Eskiden özelleştirilmiş ve uzun zamandır özel teşebbüsler elinde olan yapıların, yeni özelleştirilmiş yapılarla aynı şekilde değerlendirilmesi pek olası görülmemektedir. (Vickers,2009;11-12) (Geradin ve Sidak,2005;532) AB'de doğal tekeller ağır düzenlemelere tabi tutulup, rekabet hukuku politikasından ve uygulamasından korunmuş ABD'de ise özel teşebbüsler eline bırakılmıştır. Bu çerçevede AB'nin uyumlaştırmayı ve serbestleşmeyi sağlamada ortak pazar gibi bir kavramla hareket etmesi avantajına olmuştur. AB'de ulusal hükümetlerce yaratılan kısıtlamaları sınırlayıcı önlemler alınmasına rağmen ABD'nin bu kısıtlamalarla etkin mücadelede geride kaldığı ve kısıtlamalara karşı daha hoşgörülü olduğu belirtilmektedir (Cooper ve Kovacic 2010,1557). AB'nin üye ülkelerin aykırı düzenlemelerini engellemek bakımından, federal bütünleştirme derecesi daha yüksek olan ABD federal kuruluşlarına oranla daha geniş bir yetkisi bulunmaktadır. Bu nedenle de AB daha müdahaleci, ABD ise pazarın işleyişine güvenen bir uygulamaya sahiptir (Heimler 2010,890).

İki uygulama arasındaki farklılıklar, sosyal, hukuki ve politik geleneklerden de kaynaklanmaktadır (Baker 2009,149). ABD'de tekele müdahalesinin, regülatörün görevi olduğu anlayışı hâkimdir ve düzenlenen alanlara müdahaleye ihtiyatlı ve sınırlı yaklaşılmaktadır. Komisyon ise sektörel düzenlemelerin varlığında dahi rekabet hukukunu uygulamaya devam etmekte, düzenlenen alanlara müdahale olumlu görülmekte ve Komisyon'un bu tavrı olası ihlallerin etkin şekilde çözüme

kavuşturulması endişesine dayandırılabilir. Bu nedenle *Trinko* ve *Deutsche Telekom* kararları farklılaşmaktadır. AB uygulamasında görülen açık ve daha kesin standartlar koyma özelliği ABD’de yeterince görülememekte, içi doldurulamayan soyut kavramlara fazlaca dayanılmaktadır. (Baker,2009;187-188)

Sonuç olarak, normlar hiyerarşisine ilişkin farklılık, kurumsal farklılıklar, rekabet hukuku ile regülasyonun birbirlerine oranla avantaj ve dezavantajlarına ilişkin bakış açısı (Geradin ve O’Donoghue, 2005;64-65), sektörel düzenlemelerin farklı tasarlanması ve sektörel düzenleyicilerin ABİDA’nın amaçlarına aykırı yükümlülükler getirememesi iki uygulama arasında farklılık yaratan temel hususlardır. AB uygulamasının ABD’ye oranla daha olumlu görüldüğü anlaşılmakta ancak her uygulamanın örnek alınacak yönleri bulunduğu düşünülmektedir. Her uygulama, altında yatan hukuki, ekonomik ve politik nedenlerle beraber değerlendirildiğinde o koşullarda uygulanabilecek en doğru seçenek olarak görülebilir. ABD ve AB uygulamaları arasında yapılacak bir tercih bu arka planla birlikte değerlendirilmelidir.

#### **2.4. DÜZENLENEN SEKTÖRLERDE UYGULAMAYA İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME**

Düzenlenen sektörlerde, rekabet hukuku muafiyeti tanınmasına ilişkin uygulamalar incelendiğinde, ilk bölümde de yer verildiği üzere, bu tür muafiyetler tanınmasının olumlu olabileceği ancak muafiyetlerin taşıdığı potansiyel riskler ve toplumsal maliyetlerin de unutulmaması gerektiği anlaşılmaktadır. Düzenleme ile sağlanan yarar, rekabetin ihlaliyle ortaya çıkan zarara oranla düşük kalıyorsa, refah kaybının ortaya çıkacağı öngörülebilecektir. Hükümet tarafından rekabet üzerine getirilen kısıtlamalar tıpkı özel teşebbüsler tarafından yaratılan kısıtlamalar gibi tüketici refahına zarar verecektir. Bu husus düzenleme tuzağı teorisi çerçevesinde düşünüldüğünde daha vahim sonuçların doğabileceği kabul edilebilecektir. Bu nedenle doktrinin büyük dikkatle kullanılması ve uygulamasının toplumsal maliyet ve riskleri en aza indirecek şekilde kısıtlanması gerekir.

Uygulamada, teşebbüsün ilgili davranışı yetkili hükümetin politika tercihi ise ve teşebbüslerin kendi davranışları üzerinde bağımsız karar alabilme yetenekleri kalkmışsa doktrinin uygulama alanı bulabileceği kabul edilmektedir. Bu durumlarla sınırlı uygulama korunmalıdır. Davranış, düzenlemelerle teşvik ediliyor veya destekleniyorsa, zorlamanın yokluğunda teşebbüs davranışı takdire bağlı olduğundan rekabet hukuku prensip olarak uygulanmalıdır. Temelde normlar hiyerarşisine dayanan doktrin düzenlemeler aynı hiyerarşik seviyedeysse, birinde açık muafiyet tanınmışsa veya açık bir bağdaşmazlık varsa uygulanabilmektedir. Bazen rekabet hukuku uygulamasının ek bir fayda getirmemesi esasına da

dayanılabilirlikte ancak bu kriter oldukça riskli ve tartışmalıdır. Rekabet hukuku, düzenlemenin üstündeyse, yalnızca, düzenleyici tarafından zorlanan ve aktif gözetime tabi tutulan davranışlar muaf tutulabilir. Ancak bu uygulamaya normlar hiyerarşisi çerçevesinde değerlendirildiğinde ABD dışında benimsenmesi pek mümkün görülmemektedir.

Ancak yine de regülasyon yapıları ile rekabet hukuku arasında tasarım ve uygulamadan kaynaklanabilecek potansiyel uyumsuzlukların azaltılması gerekmektedir. Bunu sağlamada anayasal düzenlemeler önemli bir rol oynayabilir (OECD 2011,22). Piyasada rekabetin sağlanmasına ilişkin yetkinin bir sektörel düzenleyici tarafından münhasıran veya rekabet otoritesiyle birlikte kullanılmasının; rekabet hukuku uygulaması ve yorumunda çelişkili sonuçlara, aynı fiile yönelik farklı ve mükerrer yaptırımlara, zaman ve kaynak israfına, teşebbüsler bakımından belirsizliğe, teşebbüslere gereğinden fazla yükümlülük yüklenmesine ve piyasaya aşırı müdahalede bulunulmasına yol açabileceği belirtilmektedir (Bülbül 2007,23). Bu nedenle uzmanlık temelinde, otoriteler arasında görev dağılımı yapılması da olumlu olabilir. Rekabet otoritelerinin piyasayı rekabete aykırı davranışlardan koruması ve birleşme/devralmaları incelemekle görevlendirilmesi ile düzenleyici kurumların sektörel teknik düzenlemelerden sorumlu olmaları sağlanabilir (Akcollu 2003,17).

Serbestleşmenin amaçlarından biri de, düzenlemeleri gerekli alanlarla sınırlamak, dolayısıyla düzenlemelerden kaynaklanan etkinsizlikleri engellemek olduğundan (Arıöz 2005,25) otoritelerin işbirliği içinde çalışmaları, teknik düzenlemelerin oluşturulması ve uygulanması sırasında rekabetin bozulmaması veya engellenmemesi bakımından önemlidir (OECD 1999,8-10). Otoriteler arası işbirliğinin yanı sıra, rekabet savunuculuğunun çatışmaları ve etkinsizlikleri önlemede kullanılabilmesi mümkündür ancak bu hususa son bölümde detaylı olarak değinilecektir.

## BÖLÜM 3

# TÜRKİYE UYGULAMASI

İlk bölümde yer verildiği üzere düzenlenen davranış doktrini, belli hukuki kavramlara ve prensiplere dayanmakta ve farklı veya aynı seviyede yer alan hukuki düzenlemeler arasındaki aynı anda uygulanabilirlik durumunu ortadan kaldırmaktadır. Doktrinin bu niteliği, normlar hiyerarşisi ve normlar arası ilişkilere yönelik kurallar hakkında bilgi verilmesini gerektirdiğinden aşağıda öncelikle bu hususlara değinilecek sonrasında Türkiye’de düzenlenen alanlarda rekabet hukukunun nasıl uygulandığına Rekabet Kurulu kararları ışığında yer verilecektir. Ancak öncelikle belirtilmelidir ki, Türkiye’de düzenlenen davranış doktrini, uygulamadaki bir kavrama işaret etmemektedir. Bununla birlikte Rekabet Kurumu uygulaması, belli noktalarda düzenlenen davranış doktrinine yaklaşmaktadır. Bu nedenle Türkiye uygulamasında anlatılacak olan husus doktrinin Türkiye’de ne şekilde uygulandığından ziyade mevcut uygulamanın henüz hukuki bir kavram niteliği kazanmamış olan doktrine ne oranda yaklaştığıdır.

### 3.1. NORMLAR HİYERARŞİSİ KAVRAMI

Normlar hiyerarşisi, yazılı hukuk kuralları arasındaki altlık-üstlük ilişkisidir ve güçler ayrılığı ilkesinin bir sonucu olarak görülmektedir. Normlar hiyerarşisi, toplumda hukukla yaratılmak istenen uyumun hukuk alanına yansması (Kuluçlu 2008,3) olup hukuk devletinin ve hukuk güvenliğinin sağlanması bakımından önemlidir.

Normlar, esasen hukukun kaynaklarıdır, hukuku yaratır, kurallarını ortaya koyar ve geliştirirler. Hukukun kaynakları, farklı şekilde ortaya çıkabilir ancak, uyulması gereken kurallar bütününden oluşan hukuk sisteminde yer alan tüm normlar aynı güçte ve derecede kabul edilmemektedir. Bu durum, normlar arasında bir kademelendirme yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Rasyonel bir



kademelendirme yaratmak için mantıktan yardım alınması mantık ile normlar hiyerarşisi arasındaki ilişkinin önemini arttırmaktadır (Işıқтаç ve Metin 2003,111). Hiyerarşik yapılanmada, yazılı hukuk kurallarının yeri, kuralı ortaya çıkaran organ veya makamın otoritesine bağlanmaktadır. Yasamanın yaptığı düzenlemeler, yürütmeninkilere üstün kabul edilmekte, yürütme organı içinde yer alan organ ve kurumların düzenlemeleri arasındaki ilişkinin ise bu kurum ve organların hiyerarşik konumuna göre belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir (Gözübüyük ve Tan 2010,31) Hiyerarşinin saptanmasının normların geçerliliğine ilişkin pratik bazı sonuçları bulunmaktadır. Ancak, söz konusu normların geçerliliği hususunda son sözü mahkemelerin söylemesi esas olmalıdır (Teziç 2003,84).

Normlar hiyerarşisinin temellerini Hans Kelsen<sup>123</sup> ve normativist teoride bulmak mümkündür. Kelsen, hukuk kaynaklarının biçimsel oluşumu, bağlayıcılığı ve kademelenmesi meselesini, bütün ve dinamik bir teori olarak ortaya koymuştur. Kelsen'e göre, hukuk teorisi, normları sistematik bir yapı içinde tanımlayıp konumlarını belirlemekle görevini yerine getirecektir. Normativist teorinin, hukuk normunu objektif ve bağımsız bir yapı olarak ortaya koyduğu kabul edilmektedir (Işıқтаç 2004,285)

Hukuk normların içeriği ile ilgilendiğine göre, neyin norm olduğu neyin olmadığı belirlenmelidir. Dolayısıyla kuralların nasıl ortaya çıktıkları, hangi şartlarda geçerli oldukları, birbirleriyle ilişkileri, sistem olarak çözümlenmesi hukukun konusudur (Işıқтаç 2003,39). Kanun koyucu, düzenleme yaparken bazı amaç ve değerlere dayanır ve bunlar arasında belli değerlendirmeler ve seçimler yapar. Kanun koyucu hedeflerini seçtikten sonra bu hedeflerle normlar arasında ilişki kurar. Yasa koyucunun bu seçimi, gerçeklik, kültürel değerler, sosyo-politik ve ekonomik ilişkiler ve hesaba kattığı diğer faaliyetlere ilişkindir. Hukuk normu, sürekli uygulanabilmeli, benzer nitelikteki tüm hukuki ilişkileri düzenlemeli ve genel olmalıdır. Hukuki güvenliği sağlamanın ve siyasi güce karşı toplumu korumanın yolu budur.

Bir sistem olarak normların birbirleriyle ilişkisi önemlidir, normların yığın olmaktan çıkarak anlamlı bir bütün oluşturması bu ilişkilerin kurulmasıyla mümkün olacaktır.

### **3.1.1. NORMLAR HİYERARŞİSİNİN TEMEL İLKELERİ**

Hukuk, bir düzen olduğu iddiası ile yola çıkıyorsa, düzensizliği ortadan kaldırmalı ve bunun için sistemleştirilmelidir. Uygulamada bütünlük ve iç

<sup>123</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Aral (1978).

tutarlılık yaratan sistemleşmeyi sağlamada, normlar hiyerarşisi ile mantık ilkeleri olarak *lex superior*<sup>124</sup>, *lex posterior*<sup>125</sup> ve *lex specialis*<sup>126</sup> önem taşımaktadır.

Normativist teori, hukuk kurallarının en üstünde, genel ve hipotetik bir normun varlığını kabul etmekte ve bu normu temel norm olarak adlandırmaktadır. Temel norm, pozitif bir hukuk kuralı değildir, ancak tüm hukuk kurallarının kaynağı olmakla bir varsayımdır ve hukuk ötesidir. Hiyerarşide, temel normdan başlayarak tüm normlar birbirine dayanmakta ve tümünün geçerliliği temel norma dayanmaktadır (Işıқтаç 1999,114). Her kademedeki normun geçerlilik ve bağlayıcılık gücü, kendisinden üstün olan norma dayanmakta ve bu norma uygunluktan kaynaklanmaktadır. Hukuk sistemi içindeki normlar sıralandığında en tepede anayasa yer almaktadır. Bu yapı içinde her norm geçerliliğini ve dayanağını bir üst normdan aldığına göre, anayasa için de böyle bir normun varlığı gereklidir. Kelsen bu normu, ilk hükümdar veya ilk hükümet tarafından konulan ilk anayasa olarak varsaymaktadır. Bu temel varsayım, hukuki değerlendirmelerde başlangıç noktası olmaktadır. Hukuk, *adalete yönelmiş bulunan bir toplumsal yaşama düzeni* (Aral, 2001) olarak tanımlandığında adaleti gerçekleştirmenin hukukun amaçları arasında en üstte olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle normatif teoriye uygun olarak, normların en üstünde yer alan temel normun “adalet” olması mümkündür<sup>127</sup>.

Hiyerarşi, birbirine dayanan normlar arasında bir altlık-üstlük ilişkisi kurmaktadır. Sıralama, alttaki kaynak üsttekiyle uyumsuz olduğunda önem taşımaktadır ve yargı organlarınca saptanıp iptal yoluna gidilmedikçe normun geçerli olduğu kabul edilmektedir. Aynı sırada yer alan normlar arası aykırılıklar ise yürürlük sorunu olarak görülmektedir (Giritli vd. 2001,122-125). Bununla birlikte, bir hususu farklı şekilde düzenleyen ve eş zamanlı uygulanabilirliği olan iki normun çelişmesi halinde somut olaya uygulanacak normun tespiti önemli ve problematiktir. Bu durumda hiyerarşinin yanı sıra, doktrin ve mahkeme içtihatlarıyla belirlenen kurallar da kullanılmaktadır (Kuluçlu 2008,4). Sonuç olarak bir normun bir hukuk düzeninin parçası olup olmadığını inceleyen (Aral 1978,17) normlar hiyerarşisi, somut olayda uygulanacak normun tayininde yeterli olmayabilir. Bu durumda *lex posterior* ve *lex specialis* ilkelerden faydalanılabilmektedir.

<sup>124</sup> *Lex superior derogat legi inferiori* olarak da ifade edilen ilke, normlar hiyerarşisinde üstte yer alan normun, kendisine aykırı olan alt normları ilga ettiği anlamına gelmektedir.

<sup>125</sup> *Lex posterior derogat a priori* olarak da ifade edilen ilke, sonraki hükmün/kanunun önceki hükmü/kanunu ilga ettiği anlamına gelmektedir.

<sup>126</sup> *Lex specialis derogat legi generali* olarak da ifade edilen ilke, özel hükmün/kanunun genel hükmü/kanunu ilga ettiği anlamına gelmektedir.

<sup>127</sup> A.g.e. s.56

### 3.1.2. NORMLAR HİYERARŞİSİNİN YETERSİZLİĞİNDE BAŞVURULAN İLKELER

Normlar hiyerarşisinde ortaya çıkan çatışmalar, mantıksal bir kusur veya sistemin amaçlarına yönelik bir çelişki olarak ortaya çıkabilir. Kelsen'e göre bu durumda normlar karşılıklı olarak birbirlerini ortadan kaldırmaz ancak çelişkiyi ortadan kaldıracak hukuk ilkeleri veya yasalar pozitif hukuktan çıkarılmalıdır. Bir hususu düzenleyen farklı normlar arasında çelişki yoksa uygulama bakımından sorun yoktur. Ancak farklılık hatta çatışma doğduğunda, bir çözüme varılmalıdır. Bu çözüme, *lex posterior* ve *lex specialis* ilkeleri kullanılarak ulaşılabilmektedir.

*Lex superior*, normlar hiyerarşisinde üstte yer alan normun altta yer alan normlarla çatışması durumunda öncelikle uygulanmasını gerektirmektedir. Bu ilke hiyerarşide yer alan her bir normun bir üstteki norma uygun olmasını gerektirir aksi halde üstte yer alan norm, alttaki normu ilga eder. Ancak bu ilkenin eş seviyede yer alan normlar arası çatışmaları çözümede yetersiz kalması başka ilkelere dayanılarak faydalanılmasını gerekli kılmaktadır.

*Lex posterior*, sonraki tarihli normun öncelikle uygulanmasını gerektirmektedir. Bu ilke, kanun koyucunun iradesinin değişebileceği kabulünü içerir ve değişen bu iradenin son düzenlemeye yansıtılacağını varsayar. Dolayısıyla ilke, kanunkoyucunun son iradesine öncelik tanımaya amaçlar. Kanun koyucu sonraki normun öncekini ortadan kaldırdığını açıkça belirtebilir ancak belirtmezse düzenlemenin önceki zımnem ortadan kaldırdığı kabul edilmektedir<sup>128</sup>. Aralarındaki ilişki incelenen düzenlemelerin ikisi de özelse veya ikisi de genelse, sonraki düzenlemenin, öncekiyle çelişen hükümleri öncelikli olarak uygulanacak diğeri zımnem geçersiz olacaktır. Ancak aralarındaki ilişki incelenen düzenlemelerden biri özel diğeri genel nitelikliyse bu ilke yetersiz kalmakta ve *lex specialis* ile birlikte kullanılmaktadır.

*Lex specialis*, aynı konuda genel ve özel iki düzenlemenin bulunması durumunda daha detaylı olması nedeniyle özel düzenlemenin öncelikli olarak uygulanmasını gerektirmektedir. Önceki tarihli düzenleme sonrakine oranla genelse, sonraki özel düzenlemenin uygulanması gerekecektir. Çünkü özel düzenleme ile yasa koyucunun daha detaylı ve derinlemesine bir değerlendirme öngördüğü kabul edilir. Ancak önceki tarihli düzenleme sonrakine oranla özelse, aksine hüküm bulunmadıkça genel düzenleme özel düzenlemeyi ortadan kaldırmış sayılmaz ancak özel düzenlemenin genel düzenlemeye aykırı olan hükümleri uygulanmaz (Teziç 2003,57) ve yasa koyucunun niyeti de değerlendirmeye dâhil edilir (Işıқтаç 1999,36). Yasa koyucunun, yeni bir anlayışa sahip olduğu

<sup>128</sup> Anayasa Mahkemesi 15.03.1966 tarihli ve E-1965/40, K-1966/15 sayılı karar.

sonucuna ulaşırsa, genel düzenleme uygulanmalı aksi halde daha detaylı olan özel düzenlemenin uygulanması esas olmalıdır. Yasa koyucunun ilgili konuyu neden ve nasıl yeniden düzenlemek istediği; amacına ve taraf menfaatlerine bakılarak, somut olayın koşulları göz önünde tutularak tespit edilmelidir. Ancak genel düzenleme, kodifikasyon niteliği taşıyorsa, önceki tarihli özel düzenlemenin yürürlükten kalkmış olduğu yönünde güçlü bir karine olabilir (Işıқтаç 2003,261).

Son olarak değinilmesi gereken husus, bu ilkelerin kullanılabilmesi için hangi düzenlemenin önce hangisinin sonra olduğunun tespit edilmesi gerektiğidir. Teziç (2003,57), yasama organınca kabul tarihinin esas alınabileceğini belirtmekte, ancak Anayasa Mahkemesi, yürürlük tarihini temel almaktadır<sup>129</sup>. Bu inceleme, yasaların numarasına veya resmi gazetede yayınlanma tarihine yönelik de olabilir. Ancak bu kriterlerin rastlantısal olabilme riski nedeniyle, daha tutarlı olduğu kabul edilen düzenleme amaçları çerçevesinde değerlendirme yapılması önerilmektedir (Işıқтаç 1999,35).

### **3.2. TÜRKİYE'DE UYGULANAN KARA AVRUPASI SİSTEMİ**

Türk hukuk sistemi, Kara Avrupası hukuk sistemlerinin etkisi altındadır. Avrupa'da siyasi birliğin sağlanması ve merkezi otoritelerin güç kazanması ile çoğunlukla örf ve âdete dayanan ve dağınık nitelik arz eden hukukun yerine, ülkenin tümünde uygulanabilen kapsamlı kanunlar yapılması hareketi ortaya çıkmıştır. Akla dayanan kurallara önem veren doğal hukuk doktrininin gelişmesi ve ekonomik-teknik gelişmeler, önceden belirlenmiş, kesin ve hukuki güvenliği sağlayacak kanunlara duyulan ihtiyacı ortaya çıkarmıştır. Bu durum, Kara Avrupası ülkelerinde hukukun her alanının normlarla düzenlenmesini ve mahkemelerin hukuku yaratıcı değil uygulayıcı görev almasını sağlamıştır.

#### **3.2.1. Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi**

Normlar hiyerarşisi, hukuk sistemimizde kullanılan bir kavram değildir, Anayasa'da yer alan düzenlemelerin ortaya çıkardığı yapılanmanın tanımlanmasıyla belirginleşmektedir. Buna göre Anayasa hem kendi düzenlemeleri arasında bir hiyerarşi yaratmakta hem de bu hiyerarşiyi koruyacak mekanizmaları düzenlemektedir. Anayasa'nın 4. maddesi ile 1., 2. ve 3. maddelerinin değiştirilmesinin engellenmesi, 11. maddesi ile Anayasa'nın en üst hukuk normu olarak kabulü ve Anayasa'da yer alan bazı konuların yalnızca yasayla düzenlenmesi gereği bu çerçevede değerlendirilebilir (Kuluçlu 2008,13).

<sup>129</sup> Anayasa Mahkemesi 15.03.1966 tarihli ve 15.03.1966 tarihli ve E-1965/40, K-1966/15 sayılı karar.

Anayasa'nın 115. maddesi, tüzüklerin kanunlara aykırı olamayacağını, 124. maddesi ise yönetmeliklerin tüzük ve kanunlara aykırı olamayacağını düzenlemektedir. Anayasa'nın Kanunsuz Emri düzenleyen 137. maddesinde de amirin verdiği emrin, sırasıyla yönetmelik, tüzük, kanun ve anayasaya aykırı olamayacağı belirtilerek hukuk normları arasındaki hiyerarşik ilişki ortaya konulmaktadır. Bu düzenlemelerin varlığı hukuk devleti için gerekli olsa da başka güvence mekanizmalarına da ihtiyaç duyulmaktadır. Bu mekanizmalar yargısal koruma olarak ortaya çıkmaktadır. Anayasa'nın 148. maddesinde "*Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımından uygunluğunu denetler. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler. Ancak, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararname ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz.*" şeklinde yer verilen anayasa denetimi, temel korumadır. Anayasa'nın 115. maddesi gereğince tüzüklerin denetimi Danıştay'ın görev alanındadır ayrıca 2575 sayılı Danıştay Kanunu, ülke çapında uygulanabilirliğe sahip yönetmeliklere ilişkin denetimin Danıştay tarafından yapılacağını düzenlemektedir. Belli bir yerle sınırlı olarak uygulanabilirliğe sahip olan yönetmelikler ise ilgili yerdeki idare mahkemesi tarafından denetlenecektir. Diğer düzenleyici işlemler ise Anayasa'nın 125. maddesi gereği yargı denetimine açıktır ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu gereğince bu işlemlere yönelik iptal davası açılabilir<sup>130</sup>. Düzenlemelerin tümü bakımından yargısal denetim usulleri öngörülmüş olması normlar hiyerarşisini koruyucu niteliktedir.

Ancak Anayasa'da ortaya konulan bu yapının, Anayasa Mahkemesi kararlarının 153. maddede nitelendirildiği şekilde tüm organları bağlayıcı yapısı, içtihadı birleştirme kararlarının kanun gibi uygulanması ve KHK'ların kanunlarla eşdeğerde metinler olması nedeniyle mutlak olmadığı ifade edilmektedir (Teziç 2003,83).

Anayasa'nın 11. maddesi, "*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.*" demekle Anayasa'nın normlar hiyerarşisinde en üstte yer alan norm olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Buna göre, Anayasa'nın altında yer alan normlar anayasaya aykırı olmamalıdır. Teziç (2003;8), ülkenin sosyal, ekonomik, kültürel ve ideolojik koşullarının anayasanın maddi kaynaklarını oluşturduğunu, Anayasa'nın yapılışı aşamasında dikkate alındıklarını ifade etmektedir. Bu kabul, normativist teorinin kabul ettiği temel norma atıf yapmaktadır.

<sup>130</sup> Detaylı bilgi için bkz. Özay (2004b).

Anayasa'nın 123. maddesi "*İdare kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.*" düzenlemesini haizdir. Bu hüküm, idarenin faaliyetlerinin, eylemlerinin ve işlemlerinin kanunlara dayanması gereğini ortaya koymaktadır. Yasa, yasama organının usulüne uygun şekilde yaptığı işlemidir ve Anayasa'nın 11. maddesi gereğince tüm faaliyetlerinde Anayasa ile bağlı olan yasama organı Anayasa'ya aykırı yasalar yapamaz. Anayasa'da belirtilen bazı hususların yalnızca yasa ile düzenlenebilmesi de hiyerarşinin bir görünümü olup bu esasın korunmasını teminen anayasa yargısı öngörülmüştür.

Anayasa'nın 90. maddesi, "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*" hükmünü haizdir. Buna göre, usulüne göre yürürlüğe konan andlaşmalar, iç hukukta yasalara eş değerdedir. Andlaşma iç hukukun bir parçası olup doğrudan uygulanabilirliğe sahiptir, Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemez ve aykırı olsa dahi uygulanır. Ancak kanun koyucunun, milletlerarası andlaşma ile çatışma durumunda, temel hak ve özgürlükler dışındaki alanlara ilişkin kanunların uygulanması yönünde zımni iradeye sahip olduğu ifade edilmektedir (Kuluçlu 2008,5). Bu hükmün, çatışma ile karşılaşan mahkemelere çözüm olanağı sağlamak amacıyla yöneldiği de savunulmaktadır (Teziç 2003,11).

Anayasa'nın 87. maddesi ile TBMM'nin yetkileri arasında, Bakanlar Kurulu'na "kanun hükmünde kararname" çıkarma yetkisi vermek sayılmış ve kanun yapmanın uzun zaman alması ihtimaline karşı, hızlı müdahale etmeyi sağlayacak bir mekanizma yaratılmıştır. Anayasa'nın 146. maddesi, KHK'lerin de Anayasa Mahkemesi nezdinde anayasaya uygunluk denetimine tabi olduklarını ortaya koymaktadır. KHK'lar kanunlar hiyerarşisi bakımından yasalarla aynı sırada yer alırlar (Giritli vd. 2001,122-125).<sup>131</sup> Bununla birlikte olağanüstü hal KHK'ları Anayasa'nın 148. maddesi gereğince Anayasa Mahkemesi denetimi dışındadır. Ancak, her iki tür KHK ile de yasalarda değişiklik yapılabilmektedir (Teziç 2003,38).

1982 Anayasası yürütmeyi hem yetki hem de görev olarak nitelendirmiş ve yürütme organına bazı konularda düzenleme yapma yetkisi tanımıştır. İdare organının düzenleme yapma yetkisi yasama organına oranla türevsel, istisnai ve bağlı bir yetkidir (Gözübüyük ve Tan 2010,112-117). Anayasa

<sup>131</sup> Olağan dönemde çıkarılan KHK'lerin yetki yasasına ihtiyaç duyması nedeniyle bu KHK'lerin anayasal denetimi, yetki yasasının anayasaya uygunluğu, KHK'nın yetki yasasına ve anayasaya uygunluğu şeklinde yapılmalıdır. Anayasa Mahkemesi, 09.11.1995 tarihli, E.995/53- K.995/57 sayılı karar.

Mahkemesi de idarenin düzenleme yapma yetkisinin, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetki olduğunu ifade etmiştir<sup>132</sup>. Bununla birlikte, ekonomik alana ilişkin düzenlemelerin, yetki türü olarak Türk hukukunda uzun zamandır yer alan düzenleme yapma yetkisinden farklı olmadığı savunulmaktadır<sup>133</sup> (Çal 2010,73). Anayasa, idarenin düzenleyici işlemleri olarak tüzük ve yönetmeliği saymaktadır. Ancak, uygulamada farklı isimler altında düzenleyici işlemler yapıldığı da görülmektedir. Bu işlemlerin, ayrı ayrı nitelendirilmesi normlar hiyerarşisindeki yerlerinin tespitini gerektirecektir. Bunu ve geçersiz sayılmalarını önlemek için bu işlemlerin, yönetmeliklerle aynı rejime tabi tutulmaları önerilmektedir<sup>134</sup>.

Anayasa'nın 115. maddesine göre, "*Bakanlar Kurulu, kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak ve Danıştay'ın incelemesinden geçirilmek şartıyla tüzükler çıkarabilir.*" Tüzükler, kanunun uygulanmasını göstermek<sup>135</sup> veya emrettiği işleri belirtmek<sup>136</sup> amacıyla çıkarılabilirler. Doktrinde, tüzük çıkarılabilmesi için yasanın açıkça öngörmesi koşulunu arayanlar çoğunluktadır (Günday 1996,217). Ancak her şekilde, idarenin düzenleme yetkisinin yasalarla sınırlı ve tamamlayıcı bir yetki olduğu unutulmamalıdır (Gözübüyük ve Tan 2010,129). Anayasa'nın 124. maddesine göre, "*Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler.*" Yönetmelikler, kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla çıkarılabilirler<sup>137</sup>.

Mahkemeler tarafından verilen kararlarla oluşan hukuka içtihat hukuku denmektedir. Ülkemizde, içtihadı birleştirme kararları bağlayıcı, onun dışında kalan yargı kararları yardımcı kaynak olarak değerlendirilmektedir. Anayasa Mahkemesi, içtihadı birleştirme kararlarının yasama faaliyeti olarak değerlendirilemeyeceğini ifade etmektedir.<sup>138</sup>

<sup>132</sup> Anayasa Mahkemesi, 06.07.1993 tarihli, E.993/5- K993/25 sayılı karar.

<sup>133</sup> Berkarda, K. (2004) "Regülasyon Nasıl Kurtulur?", Kamu Hukuku Arşivi (KHUKA), [http://www.akader.info/KHUKA/2004\\_eylul/9.htm](http://www.akader.info/KHUKA/2004_eylul/9.htm), Erişim Tarihi: 04.12.2011'dan alıntılanmıştır.

<sup>134</sup> A.g.e. s.125

<sup>135</sup> Bu tüzüklerin, dayandıkları yasaya bağlı detay ve neticeleri ortaya koyacağı kabul edilmektedir.

<sup>136</sup> Bu tüzüklerin ise, dayandıkları yasanın konusu ve amacıyla bağlı kalmak şartıyla ilgili olduğu meselelere ilişkin olarak yeni düzenlemeler getirebileceği kabul edilmektedir.

<sup>137</sup> Yönetmeliklerin içeriğine ilişkin olarak yapılacak değerlendirme tüzüklerin içeriğine ilişkin kurallara benzetilerek yapılabilir. Bkz. dipnot 120-121.

<sup>138</sup> Anayasa Mahkemesi, 12.06.1969 tarihli ve E-1969/38, K-1969/34 sayılı karar.

### 3.2.2. Devlet Teşkilatlanmasına İlişkin Genel Bilgi

Ekonomik alana ilişkin düzenlemelerle rekabet hukukunun çatışması durumunda yetkili olacak kurumun tespiti bakımından devletin hiyerarşik yapılanmasına ilişkin bazı hususlara değinilmesi gerekmektedir. Ekonomik alana ilişkin yönetimin dağınık ve uyumsuz yapılanmasının, yeni organların ortaya konması ihtiyacına işaret ettiği kabul edilmektedir (Tan 2010,121).

Anayasa'nın 75. maddesine ve devamına göre, yasama organı TBMM'dir. Anayasa'nın 112. maddesine göre, *“Başbakan, Bakanlar Kurulunun başkanı olarak, bakanlıklar arasında işbirliğini sağlar ve hükümetin genel siyasetinin yürütülmesini gözetir. Bakanlar Kurulu, bu siyasetin yürütülmesinden birlikte sorumludur. Her bakan, Başbakana karşı sorumlu olup ayrıca kendi yetkisi içindeki işlerden ve emri altındakilerin eylem ve işlemlerinden de sorumludur. Başbakan, bakanların görevlerinin Anayasa ve kanunlara uygun olarak yerine getirilmesini gözetmek ve düzeltici önlemleri almakla yükümlüdür.”* Söz konusu düzenleme, yürütme organının, yasama organına karşı sorumluluğunu düzenlemektedir. Anayasa'nın 9. maddesine göre, *“Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır.”* Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır, kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve yerine getirilmesini geciktiremezler. Tüm bu düzenlemeler devletin temel hiyerarşik yapısını ortaya koymaktadır.

Anayasa'nın ilgili hükümleri incelendiğinde kuvvetler ayrılığı temelli merkezi bir yönetimin benimsendiği ve organlar arası hiyerarşinin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Demokratik bir yapılanmada, bu üç kuvvetin birbirlerine üstünlüğünden söz edilmesi mümkün olmamalıdır. Üniter devletlerde, egemenlik ve egemenliğin kullanımına dayanan devlet yetkisi tektir. Yetkiyi kullanan kurumlar birden çok olduğunda devlet yapısının bir bütün arz etmesi için bazı düzenlemeler getirilmektedir. Anayasa'nın 123. maddesinde yer verilen idarenin bütünlüğü ilkesi bu amaca hizmet etmekte ve bu amacı hiyerarşi ve vesayet araçlarını kullanarak sağlamaktadır.

İdare organı Anayasa'da merkezi idare ve yerinden yönetim kuruluşları olarak ikiye ayrılmaktadır<sup>139</sup>. Devlet, diğer kamu tüzel kişilerine göre, bir bakıma üstün konumdadır ancak kamu tüzel kişileri üzerinde vesayet yetkisine sahip olan devletin emir ve talimat yetkisi bulunmamaktadır. Bu durumun, devlet ve diğer kamu tüzel kişileri arasında ortaya koyduğu eşitlik (Gözler 2009,167) yetki bakımından çatışma doğurabilir. Bu yapı içinde idarenin bütünlüğü ilkesine

<sup>139</sup> Merkezi idare kendi içinde başkent teşkilatı (Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu, Başbakan, Bakanlar) ve taşra teşkilatı (il, ilçe, bucak) olarak, yerinden yönetim kuruluşları ise yer yönünden ve hizmet yönünden olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bkz. Özey (2004a, 126).



ters düşüp düşmediği tartışmalı olan ancak ekonomik alana ilişkin düzenleme ve denetleme yapma yetkisi tanınan bağımsız idari otoritelere ve Türk kamu sistemi bakımından konumlandırılma sıkıntısı olan ancak ekonomik alana ilişkin düzenleme ve eylemleri bulunan Türkiye Futbol Federasyonu'na kısaca değinilmesi gerekli görülmektedir.

### 3.2.2.1. Türkiye Futbol Federasyonu

Türkiye Futbol Federasyonu (TFF), 3461 sayılı yasa ile kurulmuş ve özel hukuk hükümlerine tabi, tüzel kişiliğe sahip bir kuruluş olarak nitelendirilmiştir. 3813 sayılı yasa ile özerk olarak nitelendirilen TFF'nin 5894 sayılı yasa ile yapılan değişiklikler sonrasında kamu tüzel kişisi olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmektedir (Gözübüyük ve Tan 2010,412). Danıştay, TFF'nin özel hukuk tüzel kişisine dönüşmesinin işlemlerinin idari işlem olması niteliğine hanel getirmeyeceğini belirtmiş<sup>140</sup>, Rekabet Kurulu'nun *Teleon*<sup>141</sup> kararı ile TFF'nin teşebbüs niteliği taşıdığı kabul edilmiştir. TFF, ilgili Kanun'la kendisine verilen görevleri gerçekleştirmektedir ancak ilgili Kanun'da TFF'nin faaliyetlerini rekabet hukuku uygulamasından muaf tutan genel bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla birlikte 5894 sayılı Kanun'un 13. maddesinde yer alan "*Türkiye Cumhuriyeti sınırları içindeki tüm futbol müsabakalarının televizyon, radyo, internet ve her türlü teknik cihaz ve benzeri araçlarla yayınlanmasına, iletilmesine, yayınların düzenlenmesine ve programlanmasına münhasıran Yönetim Kurulu yetkilidir.*" düzenlemesinin rekabet hukuku ile müdahale edilemeyecek bir alan yarattığı kabul edilebilir. Nitekim TFF'nin, 2010-2011 sezonundan başlayarak dört sezona ait olmak üzere "TFF Süper Lig" ve "TFF 1. Lig" futbol müsabakalarının yayın haklarının ve bu liglerde isim sponsorluğu haklarının devrine ilişkin olarak hazırladığı ihale şartname taslakları hakkında görüş almak üzere Kurum'a başvurması üzerine Kurul tarafından verilen görüş bu çerçevede değerlendirilebilir. Kurul, TFF'nin futbol müsabakalarına ilişkin merkezi pazarlama yetkisinin ve yayın haklarının pazarlanmasına ilişkin yetkilerinin 5894 sayılı Kanun'dan kaynaklandığını, TFF'nin yetkisi dışında kalan alanların ise 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilebileceğini belirtmiştir.

### 3.2.2.2. Bağımsız İdari Otoriteler

AB hukukunun endüstriyel ve ticari kamu hizmetlerinde denetim ve işletme fonksiyonlarının ayrılmasını zorlayıcı niteliği, faaliyeti gerçekleştiren ile faaliyeti denetleyen arasında ayırım yapılmasını gerektirmiştir (Ulusoy 2004b,279-281). Piyasa ekonomisine geçilmesi ve kamusal tekellerin kaldırılması ile bazı

<sup>140</sup> Danıştay, 10. D., 17.06.1991 tarihli ve E.991/1145- K.991/2286 sayılı kararı.

<sup>141</sup> 06.01.2001 tarihli ve 01-07/62-19 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

alanların serbestleşmesi, bağımsız idari otoriteleri (BİO) ortaya çıkarmıştır. Devlet müdahalesinin azalması ve regülasyonun egemen olması ile ortaya çıkan farklı nitelikte ve nicelikte düzenlemeler, kendine özgü bir hukuku ve farklı türde uygulayıcıları gerektirmiştir (Tan 2010,188-189). Bu kurumlar, yasama-yürütme, yürütme-idare ilişkilerinin düzenleniş biçimiyle ilgili olduğundan anglo-sakson sisteminde gelişmeye müsait, Kara Avrupası sistemine ise yabancı görülmektedir.

BİO'ların Kara Avrupası sistemine yabancı kalması bu ülkelerde sistemsel endişelere yol açmıştır. Bu endişeler belli oranda haklıdır ancak bu kurumların oluşmalarına yol açan süreçler gözden kaçırılmamalıdır. BİO'ların, devlete biçilen yeni rol olan “toplumsal hakemlik” ten kaynaklandıkları (Ulusoy 2004a,139-150) ve bakanlıklarla ilişkilendirilmelerinin, idarenin bütünlüğü ilkesine dâhil edilmelerini sağladığı savunulmaktadır (Ulusoy 1999,51). İdari yapının anayasa ile düzenlenmesi nedeniyle, BİO'ların özerkliklerinin anayasa ile düzenlenerek yapı ve bağımsızlık yönünden güçlendirilmesi gerektiği (Gözübüyük ve Tan 2010,407), kanunla düzenlemenin yetersiz olduğu ifade edilmektedir (Giritli vd. 2001,352-356). Ayrıca kamu kurumu niteliğine sahip kabul edilen (Günday 1999,61) BİO'ların kurulması için, Türk hukukunda yer alan idari kolluk dayanağının yeterli olduğu da ifade edilmektedir (Berkarda 2004,11).

Türkiye’de BİO’ları kuran kanunlara<sup>142</sup> bakıldığında, belli bir sektöre yönelik düzenlemeler getirmekle, tüm sektörlerle yönelik düzenlemeler içeren 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (Kanun/4054 sayılı Kanun)’a oranla özel nitelikte oldukları görülmektedir. Aslan (2003,33), 4054 sayılı Kanun’un özel bir kanun olması nedeniyle kendisinden önce çıkarılan özel nitelikli kanunların aykırı hükümlerini zımnen ilga edeceğini belirtmektedir. Ancak Kanun’un özel kanun olarak değerlendirilmesi kanımızca mümkün değildir<sup>143</sup>. Özellikle belli bir sektörü düzenleyen kanunlarla karşılaştırıldığında, tüm piyasa ve sektörlerle

<sup>142</sup> 2813 sayılı Telsiz Kanununda değişiklik yapan 4502 sayılı Kanunla kurulan Telekomünikasyon Kurumu, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ile yeni bir düzenlemeye tabi olmuş ve adı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK) olarak değiştirilmiştir. 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ile kurulan Elektrik Piyasası Düzenleme Kurumu, 4628 sayılı Kanunu değiştiren 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu ile yeni bir düzenlemeye tabi tutulmuş ve adı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK) olarak değiştirilmiştir. 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu ve 5307 sayılı Sıvılaştırılmış Petrol Gazları Piyasası Kanunu ile de EPDK’nın görev alanı genişlemiştir. 4389 sayılı Bankacılık Kanunu ile Bankacılık düzenleme ve Denetleme Kurumu ile Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ile Sermaye Piyasası Kurulu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Kurumu, 4634 sayılı Şeker Kanunu ile Şeker Kurumu ve 4733 sayılı Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu kurulmuştur.

<sup>143</sup> Kanunlar arası genellik-özellik değerlendirmesi görecelidir. Bir kanun, karşılaştırıldığı bir kanuna göre özel olarak nitelendirilebilirken, bir diğerine göre genel nitelikli olarak nitelendirilebilir.

yönelik genel düzenlemeler içeren 4054 sayılı Kanun genel niteliklidir. Bu nedenle, özel nitelikli kanunlardan sonra çıkmış olan Kanun, niteliği ve hedefleri ile birlikte değerlendirildiğinde yasama organının iradesinde bir değişikliği ortaya koymakta bu nedenle kendinden önceki özel kanunların kendisiyle bağdaşmayan hükümlerini ilga etmektedir<sup>144</sup>. Bununla birlikte 4054 sayılı Kanun'dan sonra çıkarılacak Kanun'ların çatışması olasılığı her zaman vardır. BİO'ları kuran ve düzenleyen kanunların tümü, 4054 sayılı Kanun'dan sonra yürürlüğe girmiş özel kanun olduklarından, öncelikli olarak uygulanacaklardır ancak 4054 sayılı Kanun'la çatışmaları söz konusu olmadığından zımni ilgaya yol açtıklarının kabul edilemeyeceği düşünülmektedir. Bununla birlikte ilgili kanunların uygulaması niteliğindeki eylemlerin, mümkün olan ölçüde hukuk sistemi içindeki diğer kanunlara ve 4054 sayılı Kanun'a uygun olması gereği açıktır.

Özellikle sektörel düzenleyiciler ile rekabet kurumları arasında yetki ve görev çatışmasının doğması BİO'ların artmasına bağlanmaktadır (Tan 2010,194). Ancak BİO'lar arası yetki çatışmalarının çözümü her zaman kolay olmamakta, BİO'ların aynı seviyede yer alan normlarla düzenlenmeleri çözüme ulaşmayı zorlaştırmaktadır. Uygulamaların uyumlaştırılması bakımından kurumlar arası işbirliği ve Rekabet Kurumu tarafından yapılacak savunuculuk faaliyetleri önemlidir. Savunuculuk, mevcut çatışmaları gidermede ve ileride gerçekleşebilecek çatışmaları önlemede faydalı olabilir. BİO'lar arasında oluşan yetki çatışmalarına ilişkin soruna 8. Beş Yıllık Kalkınma Planı'nın 2002 Yılı Programında<sup>145</sup> da değinilmiş, bunu önleyecek protokollerin yapılması ve BİO'lar arası görev, yetki ve sorumlulukların düzenlenmesi öngörülmüştür. Bu çerçevede Rekabet Kurumu ile diğer BİO'lar arasında bazı işbirliği protokolleri yapılmıştır<sup>146</sup>, ancak istenen seviyeye geldiğini belirtmek henüz mümkün görünmemektedir.

<sup>144</sup> Benzer görüşte bkz. Özden (2004,66).

<sup>145</sup> 29.10.2001 tarihli ve 24567 sayılı mükerrer Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

<sup>146</sup> BTK ve Rekabet Kurumu ortak çalışmasıyla hazırlanan "*Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu ile Rekabet Kurumu Arasındaki İşbirliği Protokolü*", 02.11.2011 tarihinde imzalanarak yürürlüğe girmiştir. Protokol kapsamında; iki kurum arasında var olan işbirliğini arttırmayı ve etkinleştirmeyi amaçlayan mekanizmaların yanı sıra bilgi aktarımı, görüş alınması, koordinasyon ve işbirliği gibi hususlar düzenlenmektedir. Rekabet Kurumu ile Kamu İhale Kurumu ortak çalışmasıyla hazırlanan "*Kamu İhale Kurumu ile Rekabet Kurumu Arasındaki İşbirliği Protokolü*", 14.10.2009 tarihinde imzalanarak yürürlüğe girmiştir. Protokol kapsamında; iki kurum arasında kamu ihalelerinde serbest ve sağlıklı rekabet ortamının tesisi ve geliştirilmesine yönelik işbirliği ve bilgi aktarımının yürütülmesini sağlamak ve her iki kurumun da görev alanlarına giren konuların daha etkin bir şekilde ele alınması hedeflenmektedir. EPDK ile imzalanmış herhangi bir işbirliği protokolü bulunmamaktadır. Ancak bu tür bir protokolün hazırlanması yönünde çalışmalar sürdürülmektedir.

### 3.3. TÜRKİYE’DE DÜZENLENEN ALANLARDA REKABET HUKUKU UYGULAMASI

Bölümün başında belirtildiği üzere, Türkiye’de uygulanan bir “düzenlenen davranış doktrini” bulunmamaktadır. Ancak uygulamanın gösterdiği özellikler doktrine yaklaşmaktadır. Bu çerçevede aşağıda Rekabet Kurulu’nun düzenlenen alanlarda 4054 sayılı Kanun’u nasıl uyguladığına verilen kararlar ışığında yer verilecektir. 4054 sayılı Kanun, herhangi bir sektöre veya pazara yönelik açık muafiyet veya istisna getirmemektedir. Kanun, uygulandığı teşebbüsler bakımından özel/kamu ayrımı getirmemektedir ancak Rekabet Kurulu (Kurul)’nun Kanun’un uygulamasında zorlandığı alanlar mevcuttur. Özellikle sektörel düzenlemelerin varlığında sınırların çizilmesi zorlaşmaktadır. Kanun, sektörel düzenlemeler getiren kanunlarla karşılaştırıldığında tüm sektörler için kuralları bütünü olmakla genel niteliklidir. Ancak, Kanun’un kendinden sonraki tarihli sektörel düzenleme içeren özel nitelikli kanunlarla ilişkileri değerlendirilirken, hangi amaçla ve hangi hedefleri sağlamak için getirildiği<sup>147</sup> unutulmamalıdır. Kurul’un düzenlenen sektörler için uygulamaları bakımından çatışmalar, özellikle Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK) ile Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK)’nun yetki alanlarında yoğunlaşmaktadır. Bu nedenle Kurul uygulaması, telekomünikasyon ve enerji sektörleri özelinde değerlendirilecektir.

#### 3.3.1. Düzenlenen Bir Sektör Olarak Enerji Sektörüne Yönelik Uygulamalar

4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ile kurulan Elektrik Piyasası Düzenleme Kurumu, 4628 sayılı Kanunu değiştiren 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu ile yeni bir düzenlemeye tabi tutulmuş ve adı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu olarak değiştirilmiştir. 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu ve 5307 sayılı Sıvılaştırılmış Petrol Gazları Piyasası Kanunu ile de EPDK’nın görev alanı genişlemiştir. 4628 sayılı Kanun’la elektrik piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesi gerektiği ortaya konmuş ve ilgili sektörü düzenleme görevi EPDK’ya verilmiştir. Sonraki kanunlarla EPDK’nın yetki alanı, doğalgaz, petrol ve sıvılaştırılmış petrol gazları piyasalarını içerecek şekilde genişletilmiştir. Aşağıda, EPDK tarafından düzenlenen bu sektörler için Kurul uygulamasına yer verilmektedir.

*TÜPRAŞ*<sup>148</sup> kararında, düzenlemeye tabi sektörlerde, tekel gücüne sahip teşebbüslerin fiyatlama politikasıyla ortaya çıkacak etkinsizliğin engellenmeye

<sup>147</sup> Bkz. 4054 sayılı Kanun’un Genel Gerekçesi

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=sayfaicerikhtml&icId=74&detId=99&ustId=74&Lang=TR>, Erişim Tarihi: 28.12.2011

<sup>148</sup> 04.11.2009 tarihli ve 09-52/1246-315 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

çalışıldığı, TÜPRAŞ'ın faaliyet gösterdiği ilgili sektörün düzenlemeye tabi olduğu ve teşebbüsün maliyet bazlı fiyatlamadan ayrılarak aşırı fiyatlama yaptığı yönündeki iddiaların sektörel düzenleyicilerin uzmanlığı kapsamında daha etkin çözüme kavuşturulabileceği ifade edilmiştir. *Ex-ante* müdahaleyle sağlanacak belirlilik, *ex-post* müdahaleye tercih edilmiş ancak, *ex-ante* müdahalenin geciktiği gözden kaçırılmıştır. *Elektrik Dağıtım Şirketleri*<sup>149</sup> kararında, tarifeleri EPDK'nın onayına tabi teşebbüslerin enflasyon oranının üzerinde fiyat arttırdıklarına ilişkin iddiaya EPDK'nın yetki alanına girdiğine karar vererek müdahale etmeyen Kurul, davranışın düzenlemeye tabi olmasını müdahale etmemek için yeterli görmüştür. *TEDAŞ*<sup>150</sup> kararında, Kurul, EPDK tarafından ortaya konulan düzenleyici mekanizmanın, rekabeti teşvik etmeyi ve özel teşebbüslerin katılımını sağlayacak nitelik taşımadığını ve pazara girişleri engellediğini, ihlalin taraf davranışından değil, ortaya konulan düzenlemenin tasarlanmasından kaynaklandığını ifade etmiş ve başvuruları reddetmiştir. EPDK'nın ilgili düzenlemesi teşebbüslerce açılan iptal davası ile iptal edilmiş, yerine fiyatların pazar dinamikleri esas alınarak belirlendiği bir sistem getirilmiştir. *Akaryakıt Ürünleri Fiyatlandırma*<sup>151</sup> kararında Akaryakıt Sektör Raporu'ndan<sup>152</sup> hareketle, sektördeki yapısal engeller ortadan kaldırılmadığı sürece piyasada kalıcı bir rekabet ortamının tesis edilmesinin mümkün olmadığı ve öncelikle söz konusu engellerin kaldırılması gerektiği belirtilmiş, bu engellerin kaldırılması için gerekenlerin yapılması yönünde EPDK'nın yetki ve görevlerine atıfta bulunulmuştur.

*İzmirgaz*<sup>153</sup> kararında, teşebbüsün uyguladığı sözleşme koşullarının 4054 sayılı Kanun'u ve ilgili sektörel düzenlemeyi aynı anda ihlal ettiği tespit edilmiş, iki kurumun da inceleme yapması durumunda aynı sonucun doğacağı kabulüyle, EPDK ile işbirliği yapılmasına ve sürecin takibine karar verilmiştir. *İzmir Jeotermal*<sup>154</sup> kararında, teşebbüsün doğal tekel niteliği taşıyan ve düzenlenmeyen bir pazarda faaliyet göstermesi nedeniyle aşırı fiyatlama riskinin bulunduğu, bu riskin ancak ilgili pazarın düzenlenmesiyle ortadan kaldırılabilceği belirtilerek bu hususta EPDK'ya görüş yazısı gönderilmiştir. *ÇEAŞ*<sup>155</sup> kararında, zorunlu unsura erişimin reddi iddiası değerlendirilmiştir. İlgili teşebbüse imtiyaz hakkı

<sup>149</sup> 30.04.2002 tarihli ve 02-26/262-102 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

<sup>150</sup> 09.12.2004 tarihli ve 04-78/1114-281 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

<sup>151</sup> 24.07.2008 tarihli ve 08-47/653-250 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

<sup>152</sup> Rekabet Kurulu'nun 06.07.2006 tarihli ve 06-47/650-M sayılı ve 25.07.2008 tarihli ve 08-47/654-M sayılı kararları uyarınca, akaryakıt dağıtım sektöründeki dikey anlaşmaların uygulanmasında ortaya çıkan sorunların değerlendirilmesi amacıyla yürütülen sektör araştırması sonucunda Akaryakıt Sektör Raporu hazırlanmıştır.

<sup>153</sup> 08.01.2009 tarihli ve 09-01/2-2 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

<sup>154</sup> 15.07.2009 tarihli ve 09-33/739-176 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

<sup>155</sup> 10.11.2003 tarihli ve 03-72/874-373 sayılı kararın Danıştay 13. dairesi tarafından iptali üzerine alınan 08.02.2007 tarihli ve 07-13/101-30 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

veren sözleşme ile mal verme yükümlülüğü getirilmiş ve bunu sağlamak yönünde Bakanlığa önemli yetkiler verilmiştir. Bununla birlikte teşebbüs ilgili Bakanlığın talimatlarına rağmen zorunlu unsura erişimi engellemiştir. İmtiyazlı hak sağlayan anlaşmanın ve bu anlaşmanın dayandığı kanunun rekabet hukuku uygulaması bakımından ayrıcalık yaratmadığını belirten Kurul teşebbüse ceza vermiştir.

Kurul'un enerji sektörüne ilişkin kararları bir bütün olarak değerlendirildiğinde, *ex-ante* düzenlemelere değer verildiği ve bu düzenlemelerin varlığında müdahale edilmediği görülmektedir<sup>156</sup>. Ancak Kurul'un düzenlemenin varlığını müdahaleden kaçınmak için yeterli görmemesi, *ex-ante* düzenlemelerle yeterince etkin bir çözüm üretilip üretilmediğini değerlendirmesi kanaatimizce gereklidir. Aksi halde *ex-ante* düzenlemeden beklenen yararın sağlanamamış olması nedeniyle, *ex-post* müdahalede bulunarak tamamlayıcılık fonksiyonu görmesi daha rekabetçi bir pazarın oluşturulmasını sağlayacaktır. Kurul'un düzenlenmeyen veya rekabete aykırı düzenlenen alanlarda ise rekabet savunuculuğundan faydalandığı ve olumlu sonuçlar elde ettiği anlaşılmaktadır.

### 3.3.2. Düzenlenen Bir Sektör Olarak Telekomünikasyon Sektörüne Yönelik Uygulamalar

2813 sayılı Telsiz Kanununda değişiklik yapan 4502 sayılı Kanunla kurulan Telekomünikasyon Kurumu, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu (5809 sayılı Kanun) ile yeni bir düzenlemeye tabi olmuş ve adı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu olarak değiştirilmiştir<sup>157</sup>. BTK, telekomünikasyon sektörüne yönelik düzenleme ve denetleme yapma yetkisiyle donatılmıştır. Aşağıda, BTK tarafından düzenlenen bu sektöre yönelik Kurul uygulamasına yer verilmektedir. Ancak öncelikle belirtilmesi gereken bir husus telekomünikasyon sektörüne yönelik Kurul uygulamaları düzenleyici otoritenin ilk kurulduğu dönemde, sonraya oranla farklılık arz etmektedir (Ardıyok ve Oğuz 2010). Düzenleyicinin, pazarda etkinliği sağlamaya ve ikincil düzenlemeleri yetiştirmeye çalıştığı bu dönemde Kurul, daha müdahaleci görülmektedir.

Kurul'un ilk dönem kararlarından olan, *TTAŞ/Tissad*<sup>158</sup> kararında, ilgili sektörel düzenlemeleri değerlendirerek, rekabet ihlallerine müdahale yetkisinin kendisine ait olduğu sonucuna varan Kurul, TTNET'in, İSS'lerin pazara girmesi için gereken altyapı unsurlarını sunmayı reddetmesi ve rakiplerin maliyetlerini

<sup>156</sup> ÇEAŞ kararı bu çerçevede bir istisna olarak ortaya çıkmaktadır.

<sup>157</sup> 5809 sayılı Kanun'la Telekomünikasyon Kurumu'nun Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu olarak adlandırılması yoluna gidilmiş olmasına paralel olarak çalışma kapsamında bütünlüğün sağlanması amacıyla son düzenleme esas alınarak ilgili kuruma atıf yapılmıştır.

<sup>158</sup> 02.10.2002 tarihli ve 02-60/755-305 sayılı kararın Danıştay 13. dairesi tarafından iptali üzerine alınan 05.01.2006 tarihli ve 06-02/47-8 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

arttırmasına ilişkin iddiaları incelemiş eylemin ihlal teşkil ettiğine karar vermiştir. *Ulusal Dolaşım*<sup>159</sup> kararında GSM lisans ihalesini kazanarak pazara giren İŞ-TİM Ulaştırma Bakanlığı ile imtiyaz anlaşması imzalamıştır. Anlaşmanın imzalanmasını takiben BTK tarafından yapılan ulusal dolaşıma ilişkin düzenleme ile yerleşik operatörlerin kendi altyapılarını belli koşullar altında yeni giren teşebbüslere kullandırmaları zorunluluğu getirilmiştir. Ancak yerleşik teşebbüsler olan Turkcell ve Telsim ilgili düzenlemenin durdurulmasına ilişkin ihtiyati tedbir kararı almış ve düzenlemeyi Uluslararası Tahkim Mahkemesi'ne götürmüşlerdir. Bu stratejik hareket, BTK'nın ulusal dolaşıma ilişkin düzenlemesinin uygulamasını durdurmuştur. Bu süreçte İŞ-TİM, yerleşik teşebbüslerin altyapılarını kullandırmayarak hâkim durumlarını kötüye kullandıkları iddiası ile Kurul'a başvurmuştur. Kurul, ihtiyati tedbir kararı ve tahkim süreci çerçevesinde ulusal dolaşıma ilişkin düzenlemenin uygulamasının durmasına ve kendisinin ilgili uyumsuzluğun tarafı olmamasına dayanarak iddiaları incelemeye almıştır. Kurul, GSM hizmeti sunan teşebbüsler açısından yerleşik teşebbüslere ait altyapıların zorunlu unsur olduğuna ve yerleşik teşebbüslerin altyapılarını yeni teşebbüse kullandırmayı objektif nedenlere dayanmaksızın reddetmelerinin ihlal teşkil ettiğine karar vermiştir. Karar esasına değinilmeksizin Danıştay tarafından usule aykırılık nedeniyle iptal edilmiştir<sup>160</sup>. *Kablo TV*<sup>161</sup> kararında, internet hizmeti sunabilmek için kablo TV altyapısını kullanmak isteyen İSS'lerin bu talebini reddeden Türk Telekomünikasyon A.Ş. (TTAŞ) hakkında hem Kurul hem de BTK nezdinde eş zamanlı inceleme başlatılmıştır. Ancak Kurul, *ex-post* düzenleyici olarak bu iddiaları inceleme yetkisinin kendisinde olduğunu BTK'ya bildirmiş ve süreci tamamlamıştır. Kararda, kablo TV şebekesinin, BTK'nın Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği (Yönetmelik) kapsamında olmadığı ve bu nedenle Yönetmeliğin ilgili altyapıya erişimin engellenmesi sonucunda rekabetçi zararların oluşmasını engelleyici niteliğinin bulunmadığı tespit edilmiştir. Kurul, TTAŞ'ın hâkim durumunu kötüye kullandığına karar vermiştir. Ancak altyapıyı rekabete açmak amacıyla BTK ile çalışan TTAŞ'a Kanun'un 9/3 maddesi gereğince, altyapının rekabete açılması suretiyle ihlale son verilmesi yönünde görüş gönderilmiştir.

BTK'nın, ikincil düzenlemelerini zenginleştirmesi ve 5809 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile Kurul uygulaması farklılaşmaktadır. 5809 sayılı Kanun'un 7 maddesinin 2. fıkrası gereğince, Kurul "...elektronik haberleşme sektörüne ilişkin olarak yapacağı inceleme ve tetkiklerde, birleşme ve devralmalara ilişkin olarak vereceği kararlar da dâhil olmak üzere elektronik haberleşme sektörüne

<sup>159</sup> 09.06.2003 tarihli ve 03-40/432-186 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

<sup>160</sup> E. 2005/5699 K.2006/1555 sayılı ve 28.03.2006 tarihli ve E.2005/5052 K.2006/3901 sayılı ve 11.10.2006 tarihli Danıştay kararları.

<sup>161</sup> 10.02.2005 tarihli ve 05-10/81-30 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

*ilişkin olarak vereceği tüm kararlarda...*” BTK’nın görüşünü ve yapmış olduğu düzenleyici işlemleri dikkate alır. Ancak yaşanan bu gecikme, sektörel düzenleme ve uygulamaların AB uygulamaları ile karşılaştırıldığında zayıf kalmasına neden olarak gösterilmektedir (Bağdadıoğlu ve Çetinkaya 2010,733-734). Kurul, düzenlemeye tabi olduğunu tespit ettiği vakaları BTK’ya gönderme eğilimi kazanmıştır ancak sektörün büyük oranda düzenleme altına alınmış olması Kurulun hareket alanını daralmaktadır.

*ADSL Portları*<sup>162</sup> ve *Metro Ethernet*<sup>163</sup> kararlarında, BTK’nın ilgili hususta düzenleme yapmış olması nedeniyle müdahale edilmesine gerek görülmemiştir. *Yalın ADSL*<sup>164</sup> kararında ise uygulama farklı karakter taşımaktadır. Teknik gelişmelerin, ADSL kullanımı için telefon hattı satın alınmasını gerektirmemesi ve iki hizmetin birbirinden, çok az maliyetle veya maliyetsiz olarak ayrıştırılabilmesi nedeniyle, uygulamanın ihlal teşkil edebileceği tespit edilmiş ve TTAŞ’a ilgili servislerin ayrıştırılması yönünde Kanun’un 9/3 maddesi gereğince görüş göndermiştir. Kurul, ilgili sektörel düzenlemelerin varlığında müdahalenin tekrarlanmasını ve teşebbüslerce *forum-shopping*<sup>165</sup> yapılmasını önlemek (Şahin 2010,42;OECD 2011,178) amacıyla daha çekingen davranmakta, bu tür düzenlemelerin yokluğunda ise müdahalede bulunmaktadır.

*TT-Net*<sup>166</sup> kararında, temel olarak, TTAŞ’ın ve TTNNet’in gelirlerinin maliyetlerini karşılayıp karşılamadığı incelenmiş<sup>167</sup> ve perakende düzeydeki maliyetleri karşılamayan fiyatlama uygulamalarının varlığı tespit edilmiştir. Teşebbüsler, BTK’nın yetki ve görevlerine değinerek, mevcut olayda rekabet ihlallerini tespit etmekle yetkisinin BTK’da olduğunu ancak BTK’nın böyle bir ihlal tespitinde bulunmadığını ve Rekabet Kurulu’nun BTK’nın görüşlerini dikkate alması gerektiğini iddia etmiş, bir nevi düzenlenen davranış doktrini çerçevesinde savunmada bulunmuştur. Kurul, BTK’nın görüşleri ve düzenlemeleri çerçevesinde perakende genişbant internet erişim hizmetleri pazarının düzenlemeye tabi olmadığını, bu nedenle TTNNet’in EPG<sup>168</sup> ilan edilmediğini, fiyatlarının Tarife Yönetmeliği’ne tabi olmadığını ve perakende

<sup>162</sup> 02.09.2004 tarihli ve 04-57/796-199 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

<sup>163</sup> 28.06.2005 tarihli ve 05-41/583-150 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

<sup>164</sup> 18.02.2009 tarihli ve 09-07/127-38 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

<sup>165</sup> Forum shopping, teşebbüslerin kurumlar arası yetki çatışmasından, ilgili kurumlara eş zamanlı başvurarak çelişen veya kendileri lehine olan kararlar elde etmek suretiyle yararlanmasını anlamına gelmektedir (Rekabet Kurumu 2009,93).

<sup>166</sup> 19.11.2008 tarihli ve 08-65/1055-411 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

<sup>167</sup> Detaylı bilgi için bkz. Özdemir (2010)

<sup>168</sup> Etkin Piyasa Gücü, Çerçeve Direktif’in 14. maddesinde, bir teşebbüsün tek başına veya diğer teşebbüslerle birlikte hakim duruma eşdeğer bir konuma yani, rakipleri, müşterileri ve tüketicilerden fark edilir derecede bağımsız hareket edebilmesini sağlayan ekonomik güce sahip olması olarak tanımlanmaktadır. 2002/C 165/03 OJ C 165



düzeyde fiyatlarını serbestçe belirleyebildiğini tespit etmiştir. Bu nedenle Kurul, TTAŞ ve TNet ekonomik bütünlüğünün, perakende genişbant internet erişim hizmetleri pazarındaki maliyetlerini karşılayamayan fiyatlama politikası izleyerek fiyat sıkıştırması uyguladığına karar vermiştir. *UMTH I*<sup>169</sup> kararında, sektörde rekabetin tesisini hedefleyen düzenlemelerin yapılmasıyla görevli düzenleyicinin varlığı, ilgili hususta karar alınmış ve gerekli prosedürlerin başlatılmış olması ile iddia konusu hususların düzenleyici onayıyla gerçekleşmesi, 4054 sayılı Kanun'un tamamlayıcı rol üstlenmesine neden olmuştur. Ortaya çıkacak zararları önleyecek düzenlemelerin ve düzenleyici otoritenin varlığı müdahaleden sakınma için yeterli görülmüştür. *UMTH II*<sup>170</sup> kararında, TTAŞ'ın arabağlantı yapmadığı yönündeki iddialar değerlendirilmiş, TTAŞ'ın arabağlantı sağlamış olduğuna ve uyuşmazlığın çözümüne yönelik olarak uzlaşma prosedürünün işletildiğine ilişkin BTK görüşü çerçevesinde müdahalede bulunulmamıştır. *Türksat*<sup>171</sup> kararında, sektörel düzenlemelerle ayrımcılık yapmama ve eşit koşullarda hizmet sunma yönünde yükümlülükler getirildiği tespit edilmiştir. Kurul, ayrımcılık iddialarının, bu düzenlemelerin ihlali niteliğinde olduğunu ve bu nedenle iddiaların bu düzenlemeler çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini belirterek müdahalede bulunmamıştır. *UMTH III*<sup>172</sup> kararında TTAŞ'ın perakende tarifelerini, uzak mesafe telefon hizmeti işletmecilerine yönelik toptan tarifelerinin altında belirlemek suretiyle fiyat sıkıştırması yaptığına ilişkin iddialar değerlendirilmiştir. Ancak, arabağlantı ücretlerinin BTK tarafından belirlenmesi ve kiralık devre ücretleri ile perakende hizmet ücretlerinin BTK tarafından onaylanması nedeniyle müdahalede bulunulmamıştır. *Turkcell/Telsim II*<sup>173</sup> kararında BTK'nın görev ve yetkileri tartışılmış, rekabet ihlallerine müdahale yetkisinin Türkiye'de telekomünikasyon dâhil tüm piyasalar için Rekabet Kurumu'nda olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Kararda tarifeler, düzenleyici otoritenin denetim ve düzenlemesi bakımından ayrıma tabi tutulmuş ve işletmecinin iradesinin ortadan kalkıp kalkmadığı değerlendirilmiştir. Sonuçta, bildirim ve onay usulüne tabi olan tarifelerin, işletmecinin iradesini ortadan kaldırmaması nedeniyle Rekabet Kurulu incelemesine tabi olmalarının önünde engel bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Kararda ortaya konulan yaklaşım, AB'nin *Deutsche Telekom* kararında ortaya koyduğu yaklaşıma benzemektedir. *TTAŞ/Balikesir*<sup>174</sup> kararında, erişim sağlama yükümlülüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddialar değerlendirilmiştir. Ancak BTK düzenlemeleriyle getirilen erişim

<sup>169</sup> 22.12.2005 tarihli ve 05-87/1199-348 sayılı kararın Danıştay 13. dairesi tarafından iptali üzerinde alınan 03.07.2009 tarihli ve 08-43/586-219 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

<sup>170</sup> 14.04.2006 tarihli ve 06-27/331-81 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

<sup>171</sup> 11.03.2009 tarihli ve 09-11/215-66 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

<sup>172</sup> 11.09.2008 tarihli ve 08-52/792-321 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

<sup>173</sup> 25.10.2004 tarihli ve 04-68/976-236 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

<sup>174</sup> 12.01.2010 tarihli ve 10-04/39-19 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

yükümlülüğünün ihlal edildiğine ilişkin bulguya erişilemediği yönündeki BTK görüşü çerçevesinde müdahalede bulunulmamıştır. *TTAŞ Öğrenci/Öğretmen Kampanyası*<sup>175</sup> kararında, TTAŞ'ın ilgili kampanya çerçevesinde gerçekleştirdiği eylemlerin rekabete aykırı olduğu iddiası değerlendirilmiş ancak tarifinin BTK izni ve onayı ile yürütülmesi nedeniyle müdahalede bulunulmamıştır. Ancak karar, ilgili önaraştırmanın açılmasına dayanak olan ilkinceleme raporunda yer verilen tespitle de önem kazanmaktadır. BTK'nın kampanyayı onaylama gerekçelerine ilişkin belirsizlik, TTAŞ'ın kampanyayı kendi isteğiyle uygulaması, düzenlemelerin TTAŞ'ın iradesini etkilememesi ve BTK tarafından onaylanan kampanyanın teşebbüsün kendi iradesi ile belirlenmesi nedeniyle kampanyanın 4054 sayılı Kanun uygulamasından muaf tutulamayacağı yönündeki tespit kararda da tekrarlanmıştır. *TTAŞ/Tellcom*<sup>176</sup> kararında, BTK kararıyla onaylanan tarifelerin, onay aşamasında fiyat sıkıştırmasına yol açmayacak şekilde belirlendiği yönündeki BTK görüşü karşısında, teşebbüsün serbest iradesinin bulunmaması nedeniyle müdahalede bulunulmamıştır. *BizBize Kamu*<sup>177</sup> kararında fiyat sıkıştırması iddiaları değerlendirilmiştir. BTK'nın ilgili düzenlemeleri çerçevesinde başvuru konusu tarifinin fiyat sıkıştırması veya yıkıcı fiyatlama teşkil edip etmediğine ilişkin detaylı bir inceleme yapılmış ve ihlal bulunmadığı yönünde karar verilmiştir.

### 3.3.3. Özel Düzenlemelerin veya İdari Kararların Varlığında Uygulama

Kurul özel bir düzenlemeden veya idari karardan kaynaklanan durumlarda ise rekabet hukukunu etkin şekilde uygulamaktadır. *Süt*<sup>178</sup> kararında, “Okul Sütü Kampanyası”na ilişkin ihalede alım yapılacak süt miktarının ve ihale karşılığının üreticiler tarafından paylaşıldığına ilişkin iddialar değerlendirilmiştir. Üreticiler paylaşım şemasının Bakanlık etkisiyle gerçekleştirildiğini ve kendi iradelerinin bulunmadığını ifade etmişlerdir. Kurul, Bakanlığın üreticiler tarafından yapılacak teklifleri etkilemeye çalıştığını ancak ihale sonucuna müdahale etmediğini tespit etmiştir<sup>179</sup>. Kararda, ihalenin düzenleniş şeklinin, ihalede danışıklı hareket yapılmasına ve ihalenin paylaşımına yönelik teşebbüs davranışlarını haklı çıkarmadığı belirtilerek üreticilere ceza verilmiştir. Kurul'un bu kararı, teşebbüslerin kendilerine düzenleme ile bırakılan serbest alanda rekabeti ihlal

<sup>175</sup> 08.09.2005 tarihli ve 05-55/833-226 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

<sup>176</sup> 21.10.2009 tarihli ve 09-48/1206-306 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

<sup>177</sup> 04.03.2010 tarihli ve 10-21/271-100 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

<sup>178</sup> 26.05.2006 tarihli ve 06-36/464-126 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

<sup>179</sup> İhalelerde danışıklı hareket edilmesi 5237 sayılı TCK'nın 235. maddesi uyarınca ihaleye fesat karıştırma suçunu teşkil edebileceğinden Bakanlığın sonuca müdahale etmesi pek mümkün görülmemektedir.

etmeleri durumunda yalnızca düzenleniyor olmaya dayanarak rekabet hukukundan muaf olamayacaklarını ortaya koymaktadır.

*AKÜÇEV*<sup>180</sup> kararında, Atık Pil ve Akümülatörlerin Kontrolü Yönetmeliği (Yönetmelik)'ne ilişkin düzenlemeye uyum sağlamak amacıyla kurulan AKÜDER'in, AKÜÇEV aracılığıyla gerçekleştirdiği atık akü toplama faaliyetine ilişkin iddialar değerlendirilmiştir. Kurul, AKÜÇEV'in akü satışı yapan bayi ve distribütörlerden toplanacak atık akülere ilişkin satış fiyatını tespit etmek, bayi ve distribütörlerin diğer lisanslı toplayıcılara atık akü vermelerini engellemek ve geri dönüşüm şirketlerinin diğer lisanslı toplayıcılardan atık akü almasını engellemek suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettikleri sonucuna ulaşmıştır. Yönetmelik, pil ve akülerin belli standartlara göre üretilmesini sağlamak, zararlı içeriğe sahip olanların ithal ve ihraç edilmesi ile üretimi ve satışının önlenmesi, atık haline gelmiş pil ve akülerin elden çıkarılması ve geri dönüşüme kazandırılabilmesi için yönetim planları hazırlanmasına ilişkin düzenlemeler içermektedir. Rekabet Kurulu, üretici ve ithalatçılar için belli standartlar koyan düzenlemenin, fiyata veya iş yapma şekline yönelik düzenlemeler getirmemesi nedeniyle, düzenlemenin sınırları dışında hareket eden AKÜÇEV'e ceza verilmesini kararlaştırmıştır. Buna göre, AKÜÇEV'in faaliyetleri, düzenlemenin getirdiği zorunluluklara ve düzenleme ile hedeflenen çevresel hedefleri sağlamaya yönelmemiş olduğundan düzenlemenin koruması altından çıkmıştır. Kurul, düzenlemenin çizdiği sınırların dışında kalan rekabete aykırı eylemlerin düzenlemenin korumasından faydalanamayacağını ortaya koymuştur. *KİŞOT*<sup>181</sup> kararında Kurul, yönetmelik, genelge, yönerge gibi hiyerarşik olarak kanunun altında yer alan düzenlemelerin 4054 sayılı Kanun'un ihlali için gerekçe olamayacağını ifade etmiştir. Kurul'un özel düzenlemelerin veya idari kararların varlığında ortaya koyduğu bu yaklaşım belli bir netlik taşımaktadır.

### 3.4. TÜRKİYE UYGULAMASINA İLİŞKİN GENEL BİR DEĞERLENDİRME

Rekabet Kurulu'nun düzenlemeye tabi enerji ve telekomünikasyon sektörlerinde 4054 sayılı Kanun'u uygulamaya yönelik yaklaşımı incelendiğinde Kurul'un düzenlenen alanlara müdahalede ihtiyatlı davrandığı anlaşılmakta ancak uygulamada bir yeknesaklık bulunduğunu söylemek güç görünmektedir. Kurul'un müdahalelerine karşı teşebbüslerce düzenlenen davranış doktrinine başvurulmamakta<sup>182</sup> ancak Kurul'un uygulamaları doktrinin varlığı halinde alabileceği şekle yakın görülmektedir. Kurul'un düzenlenen alanlara müdahale

<sup>180</sup> 20.05.2008 tarihli ve 08-34/456-161 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

<sup>181</sup> 11.06.2009 tarihli ve 09-27/596-140 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

<sup>182</sup> TTNet kararında benzer bir savunma yapılmış olması istisna sayılabilir.

etmekten kaçınması, Kurul'un müdahaleye ihtiyatlı yaklaşımı, ABD uygulamasına benzer bir yaklaşım sergilendiği (Ardıyok ve Oğuz 2010,2) ve düzenlenen sektörlerle müdahaleden çekinildiği yönünde yorumlanmaktadır. Ancak söz konusu yaklaşım, tam yerleşmemiş bir AB yaklaşımı olarak da değerlendirilebilir. Keza Kurul'un bazı kararlarında teşebbüsün iradesine atıf yapması ve bu iradenin ortadan kalkıp kalkmadığını incelemesi ile uygulamanın genel bir karakteri olduğu söylenebilecek şekilde düzenlemelerin rekabeti sağlamak yönünde yetersiz kaldığı veya düzenlemenin hiç olmadığı durumlarda müdahale etmesi AB uygulamasıyla benzerlik taşıdığı yönlerdir. Kanımızca Kurul, AB uygulamasına, ABD'ye oranla daha yakındır ancak AB'ye benzer görülen uygulamaların aksine kararların varlığı karşısında AB yaklaşımının tam olarak yerleşmediğini söylemek mümkündür. Kurul uygulaması bu nedenle ABD uygulamasına yakın görülebilir.

Özel bir düzenlemenin veya idari kararın varlığında Kruul uygulaması netlik taşımakta ancak regülasyona tabi alanlarda aynı netliği görmek mümkün olmamaktadır. Bunun nedeni, özel düzenleme veya idari kararların varlığında yetki çatışmalarının olmaması/dar olması, regülasyonun varlığında ise akut çatışmaların ortaya çıkmasıdır. Kurul, düzenlemeye tabi sektörlerde, açık düzenlemelerin yokluğunda müdahale etmekte; belli bir düzenleme ile yetki verilen veya onaylanan davranışlara müdahale etmekten kaçınmaktadır. Kurul, düzenleyici otoritelerin ekonomik ve teknik regülasyonlara odaklanmasıyla pazardaki rekabetin güçlendirilmesinin, korunmasının ve geliştirilmesinin sağlanmasını önemsemektedir. Birçok kararında, pazardaki teknik düzenlemelerin eksik veya aksak olduğunu fark eden Kurul, savunuculuk faaliyetlerine yönelerek düzenleyici otoritelerin dikkatini bu eksikliklere ve aksaklıklara çekmeye çalışmakta ve bu çaba çoğunlukla olumlu sonuç vermektedir. Kurul, bazı kararlarında düzenlemenin varlığını bazı kararlarında ise düzenlemenin ve ilgili otoritenin onayının varlığını müdahaleden kaçınmak için yeterli görmüştür. Bununla birlikte bazı kararlarda düzenlemenin veya düzenleyici otoritenin onayının yetersiz görüldüğü ve ilgili düzenleme ve denetleme yetkilerinin yeterince etkin olup olmadığına, teşebbüsün serbest iradesi ile hareket edip etmediğine ilişkin incelemeler yapıldığı görülmektedir. Kurul, kısmi düzenlemenin varlığında teşebbüsün kendi iradesine dayanarak gerçekleştirdiği ihlallere müdahale etmektedir. Kurul'un etkin düzenlemelerin veya teşebbüsün serbest iradesinin varlığını aradığı kararların olması, düzenlemenin otomatik bir muafiyet sağladığı yönündeki görüşleri açıkça reddetmektedir. Bunu destekler şekilde, ekonomik regülasyona tabi sektörlerde düzenleyici otoritenin yetkilerini ve görevlerini tanımlayan Kanunların<sup>183</sup> hiçbirinde rekabet hukukuna yönelik bir muafiyet getirilmemiştir. Kurul'un rekabet hukukunun sektörel düzenlemeleri

<sup>183</sup> Bkz. dipnot 127.

tamamlayıcı özelliğinin bilinciyle, etkin olmayan düzenlemelerin varlığında sektördeki rekabeti korumaya çalıştığı görülmektedir. Bu anlamda temel bir sorun, Kurul'un müdahale etmek veya etmemek yönündeki tercihini dayandırdığı kriterlerin kararlarla ortaya konmamış olması nedeniyle belirliliğin sağlanmamış olmasıdır. Bu anlamda, ABD ve AB uygulamalarında olduğu üzere düzenlemeye tabi sektörlerde 4054 sayılı Kanun'un hangi durumlarda ve hangi koşullarla uygulanacağına ilişkin bir belirliliğin sağlanması, uygulama koşullarının net şekilde sınırlanması olumlu olacaktır.

Normlar hiyerarşisi kuralları, rekabet kurumları ile sektörel düzenleyiciler arası yetki çatışmalarına yönelik çözüm bulma amacıyla kullanılabilir. Ülkemizde sektörel düzenlemelerde<sup>184</sup> (ve bu düzenlemelere dayanılarak çıkarılan tebliğ ve yönetmelikler) teknik hususların yanı sıra rekabetin sağlanmasını/korunmasını temin etmeye yönelik hükümler<sup>185</sup> de yer almaktadır. Söz konusu hükümlerle 4054 sayılı Kanunun aynı anda ihlali, hangi düzenlemeye dayanılacağı sorununu ortaya çıkarmaktadır. Bunun nedeni kanunlar arası ilişkinin ve kurumların yetkilerine ilişkin sınırların belirsizlik taşımasıdır. Bu sorun, farklı hukuki yapılarda farklı şekilde cevaplanabilir. Ancak mehz AB'deki ayrık yapılanmanın sonucu olan rekabet hukukunun önceliği kuralının Türkiye'de uygulanması mümkün görülmemektedir. Düzenlemeler ile rekabet hukukunun farklılıkları ve tamamlayıcılıkları dikkate alınmalıdır. Ancak tamamlayıcılığın kabulü, yetki çatışması durumunda düzenlenen sektörlerde rekabet hukukunun uygulanıp uygulanmayacağı sorununa ışık tutmamaktadır. Hukuki açıdan, *lex specialis ve lex posterior* ilkeleri çerçevesinde değerlendirme yapmanın, düzenlemeye tabi alanlarda rekabet hukuku uygulamasının geri bırakılmasını/yumuşatılmasını savunan görüşler karşısında sorunu çözmede yeterli olmayacağı savunulmaktadır (Gürzumar 2006,248). Sektörel düzenlemelerin 4054 sayılı Kanun'a oranla sonraki tarihli özel düzenlemeler olduğu<sup>186</sup> gerçeği karşısında bu düzenlemelere aykırı hükümlerin uygulanamayacağı düşünülebilir ancak sektörel düzenlemelerde kanun koyucunun farklı bir bakış açısı getirdiğini kabul etmek o kadar kolay

<sup>184</sup> Bkz. dipnot 127.

<sup>185</sup> EPDK'nın yetkilerini düzenleyen 4628 sayılı Kanun'un 1., 3., 5. ve 5A. maddelerinde rekabetçi piyasanın oluşturulmasına, rekabet ortamının korunmasına, rekabetin gelişmediği durumlarda fiyat regülasyonu yapılmasına değinilmekte, benzer düzenlemelere EPDK'nın yetkilerini düzenleyen 4646, 5015 ve 5307 sayılı Kanun'larda da yer verilmektedir. BTK'nın yetkilerini düzenleyen 5809 sayılı Kanun'un 1., 4., 6. ve 7. maddelerinde rekabet ortamının sağlanmasına, rekabete aykırı eylemlerin tespitine değinilmekte, 13., 14., 16. ve 17. maddelerinde de düzenleme yaparken serbest rekabet ortamının korunmasına değinilmekte, benzer düzenlemelere BTK'nın yetkilerini düzenleyen 2813 sayılı Kanun'da da yer verilmektedir. Ancak ilgili düzenlemelerle yetkiye ilişkin net sınırların çizildiğini söylemek mümkün değildir. Bu nedenle düzenleyici otoritelerin hangi ihlallere ne zaman ve ne oranda müdahale edecekleri belirsizliğini korumaktadır.

<sup>186</sup> Benzer görüşte bkz. Gürzumar (2006,248-249).

değildir. Özellikle sektörel düzenlemelerin, sektörde rekabeti sağlamayı hedefleyen hükümleri çerçevesinde değerlendirildiğinde tamamlayıcılığa ilişkin bir iradenin kanun metinlerine yansıdığı düşünülebilir. Bu durumda, sektörel düzenleyicinin düzenlemediği alanda vuku bulan ve/veya düzenlemenin amacını zayıflatan rekabete aykırı davranışların ortadan kaldırılmasını, düzenleme yetersizliğinin rekabeti karşılama endişesiyle tamamlanmasını ve düzenlemenin, başka sektörde rekabete aykırı eylem gerçekleştirmek amacıyla kullanılmasına engel olunmasını sağlamak amacıyla tamamlayıcı bir rekabet hukuku uygulaması baki olmalıdır. Ayrıca, rekabet savunuculuğu aracılığıyla, düzenlemelerin gelişmesini, rekabete aykırı etkilerinin azaltılmasını sağlayacak bir rekabet hukuku uygulaması da tamamlayıcı rol oynayabilecektir. Ancak iki düzenleme ve kurumun yetki alanına giren durumların çözümü kolay görülmemektedir. Kanun koyucunun, ilgili politikalar arasındaki tercihini ortaya koyan açık düzenlemelere yer verilmesi sorunu belli oranda çözebilir. Ancak iki enstrüman karşılaştırıldığında, regülasyonun bulunduğu alanda rekabet hukuku uygulamasına yer olmadığı gibi prensiplerin genel geçer hukuk politikası olarak kabul edilmemesi gerektiği belirtilmektedir (Gürzumar 2006,249). Bunun bir diğer sonucu, regülasyonların varlığının, düzenlemenin kapsamına giren tüm eylemler bakımından otomatik bir bağımsızlık yaratmamasıdır. Teşebbüslerin serbest iradeleriyle veya düzenleme ile tanınan yetkiye aykırı, bu yetkinin dışında hareket ederek rekabeti ihlal ettikleri durumlarda sorumlu olacakları kabul edilmelidir.

Sonuç olarak Kurul'un, düzenlemeye tabi alanlarda inceleme yürütürken hassas davrandığını ve düzenleyici otoritenin açıkça yetkisine dâhil olan düzenlemeler bakımından müdahalede bulunmayarak savunuculuk faaliyetlerine yöneldiği söylenebilir. Ancak rekabete ilişkin kavrayışın ve bakış açısının farklılığı kurumlar arası çatışmaya yol açmaktadır. Ayrıca savunuculuk mekanizmasının bağlayıcı olmaması her zaman olumlu sonuçlar doğurmasına engel olabilir. Bu sıkıntıları aşmak amacıyla kurumlar arası işbirliği ve koordinasyon mekanizmalarının işletilmesi ve yetki dağılımını belirleyici protokoller yapılması olumlu olabilir. Keza Rekabet Kurumu ile BTK ve Kamu İhale Kurumu arasında yapılan protokoller<sup>187</sup> bu anlamda önemlidir. Kurumun BTK ile yapmış olduğu protokol bu anlamda önemli mekanizmalar getirmekte ve “...5809 sayılı Kanun ya da bu Kanun'un uygulanmasını sağlayan ilgili mevzuat çerçevesinde makul ve uygulanabilir bir sürede sorunu ortadan kaldıracak öncül düzenleyici işlem yapılmaması veya BTK tarafından konuya ilişkin olarak öncül düzenleyici işlem yapılmasına gerek görülmediğinin bildirilmesi durumunda...” Kurum, müdahale etme yetkisini elinde tutmaktadır. Bu anlamda önceki protokolde yer verilen yumuşak işbirliği tekniklerinin ötesinde çözüme yönelik ve daha organize tekniklere yer verildiği ifade edilebilir. Ancak bu protokollerin sayıca yeterli olmaktan uzak olduğu söylenebilir. Gerek diğer düzenleyici otoritelerle

<sup>187</sup> Bkz. dipnot 131.

benzer protokollerin yapılması gerekse mevcut protokollerin amacına uygun şekilde kullanılması gerekir. Ayrıca mevcut mekanizmalar yetersiz kaldığında geliştirilmeleri veya yeni mekanizmaların getirilmesi faydalı olabilecektir.

### **3.5. SORUNU AŞMADA KULLANILABİLECEK YÖNTEM ÖNERİSİ**

Düzenlenen davranış doktrini, düzenlemeler ile rekabet hukuku arasında yaşanan çatışmaları çözmeyi amaçlamaktadır ancak Türkiye’de doktrinin hukuki bir kavram olarak tanınmaması ve doktrinin tanındığı uygulamalarda da çatışmayı çözmeye yeterli bir mekanizma olmaması çözüm için başka araçların varlığına duyulan ihtiyacı ortaya koymaktadır. Bir teşebbüsün, birden fazla otoriteye karşı sorumlu olduğu durumlarda otoriteler arası işbirliği anahtar rol oynayabilir (Burnett ve Carrasco 2011,606-607). Böyle bir işbirliği, derecesine bağlı olarak, teşebbüsün daha etkin denetlenmesini sağlayabilir. Kovacic (2004,2-6), bu anlamda öncelikle rekabet kurumlarının daha iyi olması gerektiğini belirtmekte, doğru kanuna ve müdahale araçlarına sahip olunup olunmadığının sorgulanmasını ve sürdürülen politikaların doğru sonuçlar doğurup doğurmadığının değerlendirilmesini gerekli görmektedir.

Rekabet savunuculuğu, diğer kamu kuruluşları ile ilişkiler yoluyla ve rekabetin faydaları konusunda kamuoyunu bilinçlendirerek rekabet ortamının tesisi ve artırılması ile ilgili girişimler olarak tanımlanabilir. Yürürlükteki mevzuata ve mevzuat taslaklarına görüş vermek, rekabeti kısıtlayıcı uygulamaları teşvik edebilecek devlet müdahaleleri konusunda tavsiyelerde bulunmak, kamuoyunu doğrudan bilgilendirmeye yönelik seminerler yapmak, yayınlar hazırlamak, dolaylı bilgilendirme için medyanın gücünden faydalanmak, yargı ve yasama organını bilgilendirici, rekabeti kısıtlayıcı devlet müdahalelerini önleyici çalışmalar gibi pek çok faaliyet bu kapsamda sayılabilir (Rekabet Kurumu 2009,158).

Devletin ve düzenleyici otoritelerin, düzenleme ve davranışlarıyla rekabeti kısıtlama riski taşımaları rekabet savunuculuğunun önemini arttırmaktadır. Düzenlemelerin gerekliliğine ilişkin argümanlar kabul edilmekle birlikte olası zararları göz önünde tutulmalıdır. Bu çerçevede rekabeti gereğinden fazla kısıtlayan/yok eden düzenlemelerin ortadan kaldırılmasını veya azaltılmasını sağlamanın en önemli yolu rekabet savunuculuğu olup savunuculuğun müdahalelere oranla önde olduğu belirtilmektedir (ICN 2002,8).

Rekabet otoritelerinin düzenleme tuzağına düşmemeleri için bağımsızlıkları sağlanmalıdır. Bağımsız rekabet otoritelerinin savunuculuk faaliyetlerinde de bağımsız olması sağlanacak, savunuculuğun başarı şansı

artacaktır. Savunuculuk mevzuat çalışmalarına katılma ve görüş verme ile başlamakta ve bu aşamada sağlanan başarı daha önemli görülmektedir. Kamusal düzenlemeler bu kısıtlamaları yaratan önemli bir kaynak olduğundan, düzenlemelerin yapılması aşamasına katılım rekabetçi endişelerin, düzenleme yapımında dikkate alınmasını sağlayabilir (ICN 2004a,3-4). Düzenlemeye tabi sektörlerde muafiyetlerin varlığı savunuculuğa ayrı bir önem kazandırmakta, sektörel düzenlemelerin yapımı aşamasına katılımın önemini arttırmaktadır. Savunuculuk, regülasyonun rekabete ve nihai olarak tüketici faydasına zarar vermesini önlemeyi ve düzenleyicinin rekabeti en az kısıtlayıcı önlemleri almasını sağlayabilir. Yasama süreçlerine katılım niteliğindeki savunuculuk faaliyetleri, savunuculuğun kalbi olarak nitelendirilebilir ve birçok muafiyetin ortadan kalkmasına, düzenlemelerin değiştirilmesine ve birçok kısıtlamanın yaratılmadan önce ortadan kaldırılmasına yardımcı olabilir. Bu çerçevede mevcut veya teklif aşamasındaki düzenlemeler bakımından rekabet değerlendirmesi yapılmasını ve düzenlemenin amacına ulaşması için gerekenin ötesinde rekabet kısıtlaması yaratmadığını temin edecek görüşler verilmesi sağlanabilir.

Düzenlemelerin rekabeti sınırlandırdığı durumlar, kamu yararı amacıyla haklı gösterilemediğinde rekabet savunuculuğu yapılmalıdır (ICN 2004d,4). Bunun yanı sıra, savunuculuk faaliyetinin belli bir zaman kesitiyle sınırlı olmaması, gerektiğinde sürekli yapılması ve istikrarlı olması faydalı olabilir. Savunuculuk ayrıca eğitime dayanan bir faaliyettir. Rekabet hukukuna, işleyiş prensiplerine ve faydalarına ilişkin olarak toplumun birçok katmanının eğitimi temel almaktadır. Savunuculuğun yaratacağı yarar, rekabet hukuku kapsamında yapılacak bir veya birkaç müdahalenin sağlayacağından fazla olabilir (ICN 2004a,5) ancak savunuculukta kullanılan araçların başarısı, hükümet bakımından kabul edilme derecesine bağlıdır (ICN 2004a,11-12). Rekabet otoritelerinden görüş alınmasına yönelik mekanizmaların bağlayıcı ve zorunlu olması halinde savunuculuk faaliyetleri daha kolay yerine getirilebilir. Bunu sağlamak amacıyla rekabet otoritelerince verilen görüşlerin kanunen periyodik ve bağlayıcı niteliğe kavuşturulması etkin bir savunuculuk faaliyeti için gereklidir. Aksi halde rekabet otoritelerinin savunuculuk faaliyetlerine çok daha fazla zaman harcaması gerekecek, bu faaliyetlerin başarı şansı azalacaktır. Savunuculuğun bağlayıcı bir faaliyet olmaması nedeniyle rekabeti kısıtlayıcı uygulamalarla mücadelede başarılı olamadığı bazı durumlarda düzenleyici otoritelerle rekabet kurumları arasında işbirliği yapılması ve işbirliklerinin artırılması da faydalı olabilir<sup>188</sup>.

Normlar arası çatışmayı çözmeye otoriteler arası yetki dağılımından da faydalanılabilir. Ancak, otoritelerin faaliyete geçmesi sonrasında kendilerine has bir yapıya bürünmeleri sonradan yapılacak bir iş bölümünü zorlaştırmaktadır. Bu

<sup>188</sup> Ayrıca bkz. UNCTAD (2006).



nedence bir yapı oluşturulurken veya mevcut yapı gözden geçirilirken, otoriteler arası iş bölümüne ilişkin kararlar etkinlik değerdendirmesiyle verilmelidir. Otoriteler arası yetkinin dağılımında makul bir bölüştürme yapılmalı, otoriteler arası koordinasyon sağlanmalıdır. Çoğu sektörde, rekabete geçiş sürecinin tamamlanmaktan çoğunlukla uzak olması karşısında otoriteler arası görev dağılımının nihai hale geldiğinden söz etmek zordur. Sektörel düzenleyici ile rekabet otoritesi arasındaki ilişki ilgili hukuk sisteminin yapısıyla da ilgilidir ve rekabet hukukuna öncelik tanıyacak yasal düzenlemeler yapılması sorunu çözebilir. (ICN 2004e,4-5; ICN 2005) Ayrıca, otoriteler arası işbirliği yapılması, uygulamada her iki enstrümanın da tutarlı şekilde yoruma tabi tutulması ve otoriteler arasında rekabete yönelik ortak bir bakış açısı yaratılmaya çalışılması önerilebilir. İşbirliği anlaşmaları çatışmanın azaltulmasını hatta sona ermesini sağlamada kullanılabilir ve rekabet otoritelerinin görüş vermesini, sektörel araştırmalar yoluyla düzenleme faaliyetlerine katkıda bulunmasını<sup>189</sup>, düzenleyici otoritenin karar aşamalarına müdahil olmasını içerebilir. Uzmanlıkların tamamlayıcı şekilde kullanılabilmesini sağlayacak şekilde ortak hareket edilmesi sağlanmalıdır. Zorunlu işbirliği yanında yumuşak işbirliği tekniklerinden de faydalanılabilir. Yumuşak koordinasyon teknikleri arasında; iletişim, toplantılar ve bilgi değişimi, personel eğitimi ve çalışanların karşılıklı değişimi sayılabilir. İşbirliği ve koordinasyon iki enstrümanın tutarsız ve eş zamanlı uygulanmasını da önleyici rol oynayabilir.

Çatışmaları çözmeye kullanılabilecek söz konusu önerilere yer verdikten sonra, söz konusu yöntemlerin Rekabet Kurumu (Kurum) uygulamasında ne ölçüde yer bulduğuna kısaca değinilecektir. 4054 sayılı Kanun'un 27(g). maddesinde "*Rekabet hukuku ile ilgili mevzuatta yapılması gerekli değişiklikler konusunda doğrudan veya Bakanlığın talebi üzerine görüş bildirmek*" Kurul'un, 30(f). maddesinde "*Rekabet politikası ile ilgili olarak alınacak kararlar ve ilgili mevzuat hakkında görüş bildirmek*" Başkanlığın görevleri arasında sayılmıştır. Bu çerçevede Kurul tarafından rekabet hukuku ile ilgili olduğu düşünülen mevzuat çalışmalarına görüş verilmektedir<sup>190</sup>. Kurum, her yıl rekabet hukukuna

<sup>189</sup> Sektörel araştırmalar da savunuculuğu desteklemede kullanılabilir (ICN 2004a,15-18).

<sup>190</sup> Örnek olarak "*Geniş Bant Sabit Telsiz Erişim (GSTE) Hizmetlerinin Yetkilendirme Eki Taslağı*" ve "*Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin Bazı Hizmetlerine İlişkin Tarifelerin Tavan Fiyat Yöntemi ile Onaylanmasına Yönelik Usul ve Esaslara İlişkin Tebliğ Taslağı*"na ilişkin olarak BTK'ya verilen görüşler, "*Doğal Gaz Piyasası Tarife Yönetmeliği Taslağı*" ve "*Petrol Piyasasında Uygulanacak Petrol Piyasası Fiyatlandırma Sistemine İlişkin Taslak*"a ilişkin olarak EPDK'ya verilen görüşler, "*Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanun Tasarısı Taslağı*" ve "*Bankaların Devir, Birleşme ve Bölünme ve Hisse Değişimi Hakkında Tebliğ*"ine ilişkin olarak BDDK'ya verilen görüşler ve "*Sermaye Piyasası Kanun Taslağı*" ve "*Bankaların Müşterilerine sermaye piyasası aracı alımı için doğrudan kredi vermesinin piyasadaki rekabet eşitliğini bozup bozmadığına ilişkin görüş istemi*"ne ilişkin olarak SPK'ya gönderilen görüşler sayılabilir.

ilişkin seminer ve konferanslar düzenlemekte, başka kurumlar ve üniversitelerce düzenlenen bu tür organizasyonlara katılmaktadır<sup>191</sup>. Kurum, Perşembe Konferansları, stajlar, baro eğitimleri, üniversite eğitimlerine katılım gibi eğitim ve bilgilendirme faaliyetleri<sup>192</sup> yürütmekte, uzmanlık tezleri, Araştırma Bülteni, Rekabet Dergisi, akademik çalışmalar ve etkinlik metinlerini yayınlamakta, bu suretle bilgilendirme faaliyetini daha geniş bir alana yaymakta, belli zamanlarda medyadan faydalanmaktadır. Kurum, rekabete ilişkin sorunların varlığını incelemek amacıyla sektörel araştırmalar<sup>193</sup> yapmakta, bu çerçevede gereken önlemleri almakta ve ilgili diğer mercileri harekete geçirmektedir. Düzenleyici otoritelerle arasındaki yetki çatışmalarını çözmek kimi alanlarda yetki dağılımı yapmak, işbirliği ve koordinasyondan faydalanmak amacıyla işbirliği anlaşmaları yapmakta<sup>194</sup>, düzenleyici otoritelerin hizmet içi eğitimlerine katkıda bulunmakta ve yumuşak işbirliği tekniklerinden faydalanmaktadır. Kurum'un düzenleyici otoritelere verdiği görüşler bağlayıcı ve zorunlu nitelik taşımamakta, aksine 5809 sayılı Kanun'un 7. maddesi çerçevesinde BTK'ya görüş verilmektedir. Bu çerçevede, Kurul'un görüşlerinin alınmasını sağlayacak mekanizmaların eksik olduğu anlaşılmaktadır. Bu eksikliğin yapılacak kanun değişiklikleri ile kapatılması olumlu olacaktır.

<sup>191</sup> Detaylı bilgi için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=sempkonfliste&Lang=TR>

<sup>192</sup> Detaylı bilgi için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=faaliyetraporuliste&Lang=TR>

<sup>193</sup> Örneğin bankacılık sektörüne yönelik 25.11.2009 tarihli “*Tüm Kartları Kabul Kuralına İlişkin Sektör Araştırması Raporu*” ile akaryakıt sektörüne yönelik 02.06.2008 tarihli “*Akaryakıt Sektör Raporu*”.

<sup>194</sup> Bkz. dipnot 131.

## SONUÇ

Her hukuk sisteminde, rekabet hukukuna aykırı kurallar ve düzenlemeler getirilmesi mümkündür. Kanun koyucuların veya düzenleyici otoritelerin bu tür kısıtlamalar benimsemeleri olası olduğu gibi rekabet hukukunun kendi kendini sınırlaması da söz konusu olabilir. Rekabete açılmasına rağmen belli sebeplerle düzenlemeye tabi olmaya devam eden sektörlerde düzenlemelerin rekabeti sınırlandırması ve rekabet otoriteleri ile sektörel düzenleyiciler arasında çatışmalar yaşanması mümkündür. Düzenlenen Davranış Doktrini bu çatışmaları çözmeye yönelik bir yöntem olarak ortaya çıkmıştır, teşebbüslerin tutarsız hukuki sonuçlarla karşılaşmalarını önlemek bakımından önemlidir ancak toplumsal refaha zarar verebileceğinden dikkatli uygulanmalıdır. Sektörel muafiyetlere oranla daha dar bir bağıklık sağladığı içinse tercih edilmelidir.

Sektörel düzenlemelerle getirilen sınırlamaların, kamu yararı ile haklı gösterilemediği durumlarda, sorun normlar hiyerarşisi kuralları çerçevesinde çözülebilmektedir. Ancak bu değerlendirme hukuk sistemleri arasında farklılık gösterebilir. Normlar arası çatışma, birbirine ters düşen davranışların eş güçte hükümlerle zorunlu kılınması durumunda ortaya çıkacaktır. Düzenleme davranışı, teşvik ediyor, kolaylaştırıyor, mümkün kılıyor ancak açıkça zorunlu kılmıyorsa ve teşebbüsler kendi iradeleriyle hareket ediyorlarsa ilgili eylemler rekabet hukuku uygulamasına tabi olmalıdır. Ancak, teşebbüslere hareket alanı bırakılmayan durumlarda doktrinin uygulanması mümkün olmalıdır. Muafiyetin kabulü için, davranışların muaf tutulmasına yönelik irade açıkça anlaşılmalı ve devlet, düzenleme yetkilerinin tümünü teşebbüslere bırakmamalı, son sözü söyleme ve ihlalleri engelleme fonksiyonunu korumuş olmalıdır. Rekabet hukukunun önceliğini ifade eden bir hükmün hiyerarşik olarak çatışan düzenlemelerin üzerinde yer alması ve onlardan önce uygulanabilir olması bu sorunu çözebilir. Bu durumda, rekabet hukukuna ilişkin temel düzenleme niteliğindeki kanunların altında yer alan tüm düzenlemelerin ilgili kanuna uygun olması gerekecektir.

Sektörel düzenlemenin rekabet hukuku ile olan ilişkilerine yönelik bir hüküm getirip getirmediği, getirdiyse bu hususa ne kadar açıklıkla işaret ettiği incelenmeli, sorunu çözmede hangi otoritenin daha donanımlı olduğu,

önceki vakalarla yeknesaklığı sağlamanın önemi değerlendirilmelidir. Ayrıca düzenlemenin, rekabetin hedefleri ve aradığı çözümler bakımından uyumlu, çatışan, tamamlayıcı veya ilgisiz olmak yönünden hangi konumda bulunduğu sorusu cevaplandırılmalıdır. Rekabet hukukunun, ekonomik kararlar bakımından temel rehber niteliğinde olduğu, bu nedenle düzenlemelere öncelikli olması gereği savunulabilir ancak düzenlemeye ihtiyaç duyulan alanlar ile duyulmayanların ayrılması her zaman kolay değildir hatta rekabet ve regülasyon arası ayırım bile zamanla yer değiştirebilir. Yine de politikaların çatışmasına ilişkin sorunlar iki aracın birbiriyle olan ilişkisi ve olumlu/olumsuz özellikleri değerlendirilerek çözülebilir. Ancak uygun sonuçları belirlemede hiçbir teori veya faktör yeterli olmayabilir. Bu nedenle yasa koyucunun amacı göz önünde bulundurulmalı, regülasyon ile rekabetin ortaya koyduğu değerler mevcut zamanda anlaşıldıkları şekliyle bütünleştirilmelidir. Rekabet hukuku sektörel ayrıştırmaya tabi tutulmamalı, bütün olarak uygulanmalıdır. Ancak uzun vadeli çözümleri beklerken kısa vadeli çözümlerden faydalanılabilir. Öncelikle düzenlemelerin rekabetçi anlayışla hazırlanmasını sağlamak, kurumsal araçlardan ve resmi nitelikli olmayan ilişkilerden faydalanmak gerekir. Ayrıca işbirliği ve koordinasyonun sağlanması, çifte müdahalelere, belirsizliğe ve maliyetlerin tekrarlanmasına engel olacaktır.

Tüm çabaya rağmen çatışmalara engel olunamadığı, yeni muafiyetlerin yaratıldığı durumlarda, rekabet otoriteleri, rekabet savunuculuğundan faydalanabilirler. Rekabet savunuculuğunun değeri, görüşlerin düzenlemeleri farklılaştırabildiği derecede ve bu değişikliklerin tüketici refahına yaptığı katkı oranında değerlendirilebilir. Rekabet savunuculuğu, ekonomik faaliyetlere yönelik rekabetçi bir ortamın yaratılması için rekabet otoriteleri tarafından müdahale niteliği taşımayan mekanizmalarla yürütülen faaliyetlerdir. Genellikle diğer kamu kurumları ile ilişki içinde ve rekabetin faydalarına ilişkin bilinci arttırmaya yönelik olarak gerçekleştirilmektedir. Savunuculuğun etkisi, yapıldığı zamana, bağlayıcılık niteliğine ve görüş almanın zorunlu olup olmamasına göre değişebilir. Düzenlenen sektörlerde savunuculuk, kamu otoritelerinin rekabeti gereğinden fazla kısıtlayan düzenlemeler yapmasını ve uygulamasını engellemek amacıyla taşır. Deregüle sektörlerde pazar araştırmaları aracılığıyla erişim ve rekabetin faydalarının vurgulanması, ihlallerin tespitine yönelik işbirliği anlaşmaları yapılması, rekabet hukukuna uygun sektörel davranış kurallarına ilişkin kılavuzlar hazırlanması mümkündür.

ABD uygulaması genellikle regülasyonun varlığında rekabeti dışlayıcı ve sert bir yaklaşıma sahipken bu yaklaşım, regülasyonların kapsamlı niteliği ve uygulama altyapısı ile beraber değerlendirildiğinde tamamen yanlış değildir. Ancak, rekabetin faydalarına ve regülasyonun rekabet artıkaçça azaltılmasına yönündeki argümanlar takip edildiğinde, regülasyonun etkin

olmadığı durumlarda dahi muafiyet yaratan geniş yaklaşımlardan uzak durulması ve muafiyet tanınmasında kullanılan kriterlerin netleştirilmesi, kapsamlı regülasyonlar yerine teknik regülasyonlara yönelmesi ve kalan alanların rekabet hukuku ile tamamlanması önemlidir. AB’de ise, daha esnek ve rekabet hukuku kavramlarına dayanan düzenlemelere yer verilmekte ve regülasyonun başarısız olduğu durumlarda müdahale edilmektedir. Ancak regülasyonla yeterince etkin önlemler alabiliyorsa müdahale düzenleyicilere bırakılmaktadır. Bu yaklaşım, tamamlayıcılığa ve her iki otoritenin uzmanlıklarına atıf yapan bir yapı sergilemekte, regülasyonun azalması halinde rekabet hukukunun uygulanabilir olmasını sağlamada yeterli görülmektedir. Ancak belirtilmelidir ki AB’nin düzenlenen alanlarda rekabet hukukunu uygulamak yönündeki bu yaklaşımı, ilgili hukuki çerçeve içinde anlamlı görülebilir.

Rekabet hukuku ve regülasyon diğeri olmaksızın eksik kalan, birlikte uygulandıklarında daha serbest, etkin ve rekabetçi pazarların ortaya çıkmasını sağlayan iki enstrümandır. Bu nedenle AB benzeri düzenlemelere Türkiye’de de ihtiyaç duyulduğundan sözedilebilir. Türkiye’de her iki enstrümanda kullanılmakta ancak yetkili kurumlar arası ilişkiler çözülmüş bulunmamaktadır. Düzenleyici otoriteler ile Rekabet Kurumu’nun, temel amaçları ve hedefleri yetki dağılımı çerçevesinde belirlenmeli, otoriteler arasında işbirliğine yer verilmeli, rekabet hukuku bakış açısı üzerinde ortak bir zemin sağlanmalıdır. Rekabet Kanunu’nun sektörel düzenlemelerle aynı seviyede yer alması, normlar hiyerarşisine bağlı çözümü belli oranda dışlamakta, farklı araçları gerektirmektedir. Bu anlamda işbirliği yaratan ve yetki sorunlarını çözen protokollerden ve çatışmaları önleyici rol oynayabilen savunuculuk faaliyetlerinden faydalanılması mümkündür.

## **ABSTRACT**

Competition may be lessened significantly by various public policies and institutional arrangements. Indeed restrictive practices are often facilitated by various government interventions. Competition agencies and sector regulators should share a common objective in regulated industries to make markets work effectively. Thus, it is clear that there can be an overlap between concerned rules and jurisdictions.

Hierarchy of norms can be used as a solution mechanism but only when regulations and competition rules are settled in different levels. When rules are settled in at the same level things get complicated. At that point a choice has to be made. But an assessment of advantages and disadvantages of both tools and governments' intent and political priorities is needed. An important question is whether government explicitly wants to displace competition. Whatever the answer is, a policy implementation should focus on increasing the competitive efficiency.

As hierarchical rules may not provide a key for the problem and it is intelligible that government intends to displace competition, techniques for coordinating the actions of competition agencies and sector regulators are needed. Those techniques range from consolidation of the two types of agencies, to formal agreements dividing responsibilities, to informal arrangements with respect to consultation and notification.

Competition advocacy is also available to mitigate restrictions on competition and overlaps between agencies. Competition agencies can also participate in the formulation of economic policies because they may adversely affect competitive market structure. Agency should assume the role of advocacy, acting proactively to bring about government policies that lower barriers to entry, promote deregulation and trade liberalisation, and otherwise minimise unnecessary government intervention in the marketplace.

## KAYNAKÇA

AAI (2005a), *Comments of The American Antitrust Institute Working Group on Immunities and Exemptions*, Washington D.C.

AAI (2005b), *Comments of The American Antitrust Institute Working Group on Regulated Industries*, Washington DC

AKCOLLU, F.Y. (2003), *Elektrik Sektöründe Rekabet ve Regülasyon*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara

AMC (2007), *Report and Recommendations*, Washington DC

ARAL, V. (2001), *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, Filiz Kitabevi, İstanbul

ARAL, V. (1978), *Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Methodu ve Değeri*, S. Garan Matbaası, İstanbul

AREEDA, P.E. ve H. HOVENKAMP (2004), *Fundamentals of Antitrust Law*, Aspen Publishers, ABD

AREEDA, P.E. ve H. HOVENKAMP (2000a), *Antitrust Law*, Vol:I Aspen Publishers, ABD

AREEDA, P.E. ve H. HOVENKAMP (2000b), *Antitrust Law*, Vol:IA Aspen Publishers, ABD

ARDIYOK, Ş. ve F. OĞUZ (2010), "Competition Law and Regulation in The Telecommunications Industry: Friends or Foes?", *Telecommunications Policy*, Vol:34, No:4, s.233-243

ARDIYOK, Ş. (2002), *Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar; Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli*, Yüksek Lisans Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara

ARIÖZ, A. (2005), *Telekomünikasyon Sektöründe Serbestleşme Süreci*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara

ATİYAS, İ. (2001), “Regülasyon ve Rekabet”, *Regülasyon ve Rekabet* içinde, Rekabet Kurumu, Ankara

ASLAN, Y.İ. (2001), *Rekabet Hukuku*, Ekin Kitabevi, Bursa

BAĞDADIOĞLU, N. ve M. ÇETİNKAYA (2010), “Sequencing in Telecommunications Reform: A Review of The Turkish Case”, *Telecommunications Policy*, Vol:34, No:11, s.726-735

BAKER, D.I. (2009), “An Enduring Antitrust Divide Across The Atlantic Over Whether to Incarcerate Conspirators and When to Restrain Abusive Monopolists”, *European Competition Journal*, Vol:5, No:1, s.145-199

BALDWIN, R., C. SCOTT ve C. HOOD (1998), “Introduction”, R. Baldwin, C. Scott ve C. Hood (der.), *A Reader on Regulation* içinde, Oxford University Press, Oxford, s. 1-55

BERKARDA, K. (2004), “Regülasyon Nasıl Kurtulur?”, Kamu Hukuku Arşivi [http://www.akader.info/KHUKA/2004\\_eylul/9.htm](http://www.akader.info/KHUKA/2004_eylul/9.htm)

BRENNAN, T.J. (2008), “Essential Facilities and Trinko: Should Antitrust and Regulation Be Combined?”, *Federal Communications Law Journal*, Vol:61, s.133-147

BURNETT, J.C. ve V. CARRASCO (2011), “Coordination and The Provision of Incentives to a Common Regulated Firm”, *International Journal of Industrial Organization*, Vol:29, No:5, s.606-627

BUSH, D. (2006), “Mission Creep: Antitrust Exemptions and Immunities as Applied to Deregulated Industries”, *Utah Law Review*, Vol:2006, No:1, s.613-662

BÜLBÜL, M.O. (2007), *Doğalgaz Piyasasında Rekabet*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara

CARLTON, D. ve R. PICKER (2007), “Antitrust and Regulation”, *NBER Working Paper Series Working Paper*, No:12902, Cambridge

CARLTON, D. ve R. PICKER (2006), “Antitrust and Regulation”, *John M. Olin Law&Economics Working Paper*, No:312, Chicago

CARSTENSEN, P.C. (2005) “Antitrust Immunities and Exemptions”, *Statement for Antitrust Modernization Commission Hearing on December 2005*, Wisconsin



COOPER, J.C. ve W.E. KOVACIC (2010), “U.S. Convergence With International Competition Norms: Antitrust Law and Public Restraints on Competition”, *Boston University Law Review*, Vol:90, No:4, s.1555-1610

ÇAL, S. (2010), “Ekonomik Düzenleme (Regülasyon), Özelleştirme, İdare Hukuku ve Uluslararası Tahkim Matrisinde Değerlendirmeler”, *Sosyo Ekonomi*, Yıl:6, Sayı:13/2010-2, s.59-80

DELACOURT, J.T. ve T.J. ZYWICKI (2005), “The FTC and State Action: Evolving Views on The Proper Role of Government”, *Antitrust Law Journal*, Vol:72, No:3, s.1091-1112

DEMİRÖZ, A. (2009), “Sözleşme Yapmayı Reddetme Bağlamında Hakim Durumdaki Teşebbüslere Getirilen Yükümlülüklerin Sınırları”, *Erciyes Üniversitesi Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VII* içinde, Rekabet Kurumu, Ankara

DEMİRÖZ, A. (2003), “Avrupa Birliği’nin Yeni Düzenleyici Çerçevesi Işığında Telekomünikasyon Sektörünün Düzenlenmesinde Rekabet Hukukunun Rolü”, *Rekabet Dergisi*, Sayı:15, s.14-41

DOGAN, S.L. ve M.A. LAMLEY (2008), “Antitrust Law and Regulatory Gaming”, *John M. Olin Law&Economics Working Paper*, No:367, Chicago

EASTERBROOK, F. (1984), “The Limits of Antitrust”, *Texas Law Review*, Vol:63, No:1, s.1-40

ELHAUGE, E. ve D. GERADIN (2007), *Global Competition Law&Economics*, Hart Publishing, ABD

ERG (2009), *Report on Transition from Sector Specific Regulation to Competition Law*, Brussels

FARRELL, J ve P.J. WEISER (2003), “Modularity, Vertical Integration and Open Access Policies: Towards a Convergence of Antitrust and Regulation in The Internet Age”, *Harvard Journal of Law&Technology*, Vol:23, No:1, s.85-134

FRISCHMANN, B. ve S.W. WALLER (2008), “Revitalizing Essential Facilities”, *Antitrust Law Journal*, Vol:75, No:1

FTC (2003), *Report of The State Action Task Force*, Washington DC

GERADIN, D. (2005), "Limiting The Scope of Article 82 of The EC Treaty: What Can The EU Learn From The U.S. Supreme Court's Judgment in Trinko in The Wake of Microsoft, IMS and Deutsche Telekom?", *Common Market Law Review*, Vol:41, No:6, s.1519-1553

GERADIN, D. ve R. O'DONOGHUE (2005), "The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in The Telecommunications Sector", *The Global Competition Law Centre Working Papers Series 04/05*, College of Europe, Brugges

GERADIN, D. ve J.G. SIDAK (2005), "European and American Approaches to Antitrust Remedies and The Institutional Design of Regulation in Telecommunications", M. Cave, S. Majumdar, I. Vogelsang (der.), *Handbook of Telecommunications Economics* içinde, North-Holland, s.518-556

GERADIN, D. ve M. KERF (2003), *Controlling Market Power in Telecommunications*, Oxford University Press, New York

GİRİTLİ, İ., P. BİLGİN ve T. AKGÜNER (2001), *İdare Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul

GÖZE, A. (2000), *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, Beta Yayınevi, İstanbul

GÖZLER, K. (2010), *İdare Hukuku-Cilt 1*, Ekin Yayınevi, Bursa

GÖZÜBÜYÜK, A.Ş. ve T. TAN (2010), *İdare Hukuku-Cilt 1-Genel Esaslar*, Turhan Kitabevi, Ankara

GÜLAN, A. ve K. BERKARDA (2004), "İdare Hukukunda Gerçekleşen Köklü Değişimler", İ.H. Özay (der.) *Günışığında Yönetim* içinde, Filiz Kitabevi, İstanbul, s.377-403

GÜLER, F., S.Y. ŞAHİN ve C. TANERİ (2011), "Seçici Fiyatlama: İhlal mi, Değil mi?", *Rekabet Dergisi*, Vol:12, Sayı:3, s.37-84

GÜNDAY, M. (1999), *Rekabet Hukuku ve Yargı*, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara

GÜNDAY, M. (1996), *İdare Hukuku*, İmaj Yayıncılık, Ankara

GÜRZUMAR, O. B. (2006), *Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü*, Seçkin Yayıncılık, Ankara

HAHN, R.W. (2000), “Reviving Regulatory Reform: A Global Perspective”, *AEI-Brookings Joint Centre for Regulatory Studies Working Paper*, Washington DC

HEIMLER, A. (2010), “Is a Margin Squeeze an Antitrust or a Regulatory Violation?”, *Journal of Competition Law&Economics*, Vol:6, s.879-891

HELM, D. ve T. JENKINSON (2000), “Introducing Competition into Regulated Industries”, D. Helm ve T. Jenkinson (der.), *Competition In Regulated Industries* içinde, Oxford University Press, Oxford

HOVENKAMP, H (2005), *Federal Antitrust Policy*, Thomson West, ABD

ICN (2005), *Subgroup 2:Interrelations Between Antitrust and Regulatory Authorities*, Antitrust Enforcement in Regulated Sectors Working Group, Bonn

ICN (2004a), *Competition Advocacy in Regulated Sectors: Competition Advocacy Review-Case Studies on Regulated Sectors*, Competition Policy Implementation Working Group, Seoul

ICN (2004b), *Subgroup 1:Limits and Constraints Facing Antitrust Authorities Intervening in Regulated Sectors*, Antitrust Enforcement in Regulated Sectors Working Group, Seoul

ICN (2004c), *Subgroup 2:Enforcement Experience in Regulated Sectors*, Antitrust Enforcement in Regulated Sectors Working Group, Seoul

ICN (2004d), *General Introduction*, Antitrust Enforcement in Regulated Sectors Working Group, Seoul

ICN (2004e), *Subgroup 3:Interrelations Between Antitrust and Regulatory Authorities*, Antitrust Enforcement in Regulated Sectors Working Group, Seoul

ICN (2002), *Advocacy and Competition Policy Report*, Advocacy Working Group, Napoli

İŞIKTAÇ, Y. (2004), *Hukuk Felsefesi*, Filiz Kitabevi, İstanbul

İŞIKTAÇ, Y. (1999), *Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması*, Filiz Kitabevi, İstanbul

İŞIKTAÇ, Y. ve S. METİN (2003), *Hukuk Metodolojisi*, Filiz Kitabevi, İstanbul

İÇÖZ, Ö. (2010), “Düzenlemeye Tabi Sektörlerdeki Rekabet Kurulu ve Danıştay Kararları”, *Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu*, Ankara

İÇÖZ, Ö. (2003), *Telekomünikasyon Sektöründe Regülasyon ve Rekabet*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara

JONES, A. ve B. SUFRIN (2008), *EC Competition Law*, Oxford University Press, New York

KAHN, A.E. (1998), *The Economics of Regulation*, The MIT Press, Massachusetts

KAHN, J.L. (2008), “From Borden to Billing: Identifying A Uniform Approach to Implied Antitrust Immunity From The Supreme Court’s Precedents”, *Chicago Kent-Law Review*, Vol:83, No:3, s.1439-1496

KOVACIC, W.E. (2004), “Achieving Better Practices in The Design of Competition Policy Institutions”, *Seoul Competition Forum*, Seoul

KULUÇLU, E. (2008), “Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri”, *Sayıştay Dergisi*, Sayı:71, s.3-22

LANG, J.T. (2007), “The Use of Competition Law Powers For Regulatory Purposes”, *Annual Competition Policy Conference*, Oxford

LANG, J.T. (2004), “European Union Law Rules on State Measures Restricting Competition”, *Finnish Yearbook of European Law 2003* içinde, s.1-24

LAROCHE, P. (2006), “Contrasting Legal Solutions and The Comparability of EU and US Experiences”, *TILEC Discussion Paper DP 2006-028*, Hollanda

LITTLECHILD, S.C. (1983), *Regulation of British Telecommunications’ Profitability*, Department of Industry, Londra

MARKHAM, J.W. (2009), “The Supreme Court’s New Implied Repeal Doctrine: Expanding Judicial Power to Rewrite Legislation Under The Ballooning Conception of ‘Plain Repugnancy’”, *University of San Francisco Law Research Paper No:2009-21*, San Francisco

MATEUS, A.M. (2010), “Competition and Development: Towards an Institutional Foundation for Competition Enforcement”, *World Competition Law and Economics Review*, Vol:33, No:2, s.275-299

MONTI, M. (2003), “Competition and Regulation in The New Framework”, *Public Workshop on The Electronic Communications Consultation Mechanism*, Brüksel

- MURPHY, G. (2001), “Is It Time to Re Brand Canada’s Regulated Conduct Defence?”, *European Competition Law Review*, Vol:22, No:6, s.208-213
- OECD (2011), *Policy Roundtables: Regulated Conduct Defence*, Paris
- OECD (2005), *The Relationship Between Competition Authorities and Sectoral Regulators Issues Paper*, Paris
- OECD (1999), *Relationship Between Regulators and Competition Authorities*, Paris
- OECD (1997), *The OECD Report on Regulatory Reform: Synthesis*, Paris.
- O’DONOGHUE, R. ve A.J. PADILLA (2006), *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing ABD
- OĞUZ, F. (2011), *Devlet ve Piyasa - Regülasyon Ekonomisine Giriş*, Seçkin Yayıncılık Ankara
- OĞUZMAN, M.K. ve N. BARLAS (2003), *Medeni Hukuk*, Beta Yayınevi, İstanbul
- ÖZAY, İ.H. (2004a), *Günüşiğinde Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul
- ÖZAY, İ.H. (2004b), *Günüşiğinde Yönetim II Yargısal Korunma*, Filiz Kitabevi, İstanbul
- ÖZDEMİR, Ü.N. (2010), *Fiyatlamaya İlişkin Tek Taraflı Davranışların Değerlendirilmesinde Kullanılan Maliyet Ölçütleri*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara
- ÖZDEN, M. (2004), *Profesyonel Meslek Birlikleri*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara
- PAŞAOĞLU, M.Ö. (2003), *Doğal Tekellerde Regülasyon ve Rekabet*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara
- PELTZMAN, S. (1989), “The Economic Theory of Regulation After a Decade of Deregulation”, *Brookings Papers on Economic Activity Microeconomics*, Vol:1, s.1-41
- PETERSON, H.C. (1993), *Business and Government*, Harper and Row, New York
- PETIT, N. (2004), “The Proliferation of National Regulatory Authorities Alongside Competition Authorities in the EC: A Source of Jurisdictional Confusion”, *The Global Competition Law Centre Working Papers Series 02/04*, College of Europe, Brugges

REKABET KURUMU (2009), *Rekabet Terimleri Sözlüğü*, Rekabet Kurumu, Ankara

RENDA, A. (2010), “Competition-Regulation Interface in Telecommunications: What’s Left of The Essential Facility Doctrine”, *Telecommunications Policy*, Vol:34, No:1-2, s.23-35

RUDAZ, C.C. (2010), “Did Trinko Really Kill Antitrust Price Squeeze Claims? A Critical Approach to The Linkline Decision Through a Comparison of E.U. and U.S. Case Law”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol:43, s.1077-1119

SHELANSKI H.A. (2011), “The Case For Rebalancing Antitrust and Regulation”, *Michigan Law Review*, Vol:109, s.683-732

SOKOL, D.D. (2009), “Limiting Anti-Competitive Government Interventions That Benefit Special Interests”, *The Global Competition Law Centre Working Papers Series 02/09*, College of Europe, Brugges

STIGLER, G. (1971), “The Theory of Economic Regulation”, *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol:2, No:1, s.3-21

STREEL, A. (2003), “The Integration of Competition Law Principles in The New European Regulatory Framework For Electronic Communications”, *World Competition*, Vol:26, No:3, s.489-514

SULLIVAN, L.A. ve W.S. GRIMES (2000), *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, West Group, ABD

SULLIVAN, E.T. ve H. HOVENKAMP (1999), *Antitrust Law, Policy and Procedure*, Lexis Law Publishing, Virginia

ŞAHİN, S.Y. (2010), “Türk Enerji Sektöründe Rekabet Kurumu ile Sektörel Düzenleyici Kurum Arasındaki İlişki”, *Rekabet Dergisi*, Vol:11, No:4, s.7-57

TAN, T. (2010), *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*, Turhan Kitabevi, Ankara

TEZİÇ, E. (2003), *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul

UNCTAD (2006), *Best Practices for Defining Respective competences and Settling of Cases, Which Involve Joint Action By Competition Authorities and Regulatory Bodies*, TD/B/COM.2/CLP/44/Rev.2

UNCTAD (2002), *Application of Competition Law: Exemptions and Exceptions*, UNCTAD/DITC/CLP/Misc.25

ULUSOY, A. (2004a), “Regülasyon Kurumları Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, İ.H. Özay (der.), *Günüşiğinde Yönetim* içinde, Filiz Kitabevi, İstanbul, s.137-150

ULUSOY, A. (2004b), “Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri”, İ.H. Özay (der.), *Günüşiğinde Yönetim* içinde, Filiz Kitabevi, İstanbul, s.265-292

ULUSOY, A. (2003), *Bağımsız İdari Otoriteler*, Turhan Kitabevi, Ankara

ULUSOY, A. (1999), “Bağımsız İdari Kurumlar”, *Danıştay Dergisi*, Vol:29, No:100

ÜNAL, Ç. (2010), *Aşırı Fiyat Kavramı ve Aşırı Fiyatlama Davranışının Rekabet Hukukundaki Yeri*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara

VAHEESAN, S. (2010), “Reviving An Epithet: A New Way Forward For Essential Facilities Doctrine”, *Utah Law Review*, Vol:2010, No:3, s.911-962

VARNEY, C.A. (2010), “Antitrust Immunities”, *Public or Private: Are the Boundaries in Transition? Conference*, Washington D.C.

VICKERS, J. (2009), “Competition Policy and Property Rights”, *Conference on Competition Policy and Property Rights*, Milano

VISCUSI, W.K. ve J.M. VERNON ve J.E. HARRINGTON (2000), *Economics of Regulation and Antitrust*, The MIT Press, Massachusetts

WAINWRIGHT, R ve A. BOUQUET (2004), “State Intervention and Action in EC Competition Law”, B.E. Hawk (der.), *International Antitrust Law & Policy Annual Proceedings of The Fordham Corporate Law Institute* içinde, Juris Publications, New York

WEISER, P.J. (2005), “The Relationship of Antitrust and Regulation in a Deregulatory Era”, *Antitrust Bulletin*, Vol:50, s.549-578

WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Oxford University Press, Oxford

**ABD Temyiz Mahkemeleri ve Yüksek Mahkeme Kararları**

- United States v. Borden 308 U.S. 188 (1939)  
Parker v. Brown 317 U.S. 341, 351 (1943)  
Pan American World Airways Inc. v. United States 371 U.S. 296 (1963)  
Silver v. NYSE 373 U.S. 341 (1963)  
Otter Tail Power Co. v. United States 410 U.S. 366 (1973)  
Gordon v. New York Stock Exchange 422 U.S. 659 (1975)  
United States v. National Association of Securities Dealers 422 U.S. 694 (1975)  
Bates v. State Bar of Arizona 433 U.S. 350 (1977)  
City Of Lafayette v. Louisiana Power & Light Co. 435 U.S. 389 (1978)  
Group Life & Health Ins. Co. v. Royal Drug Co. 440 U.S. 205 (1979)  
California Retail Liquor Dealers Ass'n v. Midcal Aluminum, Inc. 445 U.S. 97 (1980)  
Nat'l Gerimedical Hosp. & Gerontology Ctr. v. Blue Cross 452 U.S. 378 (1981)  
MCI Communications v. AT&T, 708 F.2nd 1081 (7th Circuit, 1983), United States v. AT&T "Modification of Final Judgement", 552 F Supp 131 (D.D.C. 1982)  
Town of Hallie v. City of au Claire 471 U.S. 34 (1985)  
Southern Motor Carriers Rate Conf. v. United States 471 U.S. 48 (1985)  
Patrick v. Burgett 486 U.S. 94 (1988)  
FTC v. Ticom Title Ins. Co. 504 U.S. 621 (1992)  
Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP 540 U.S. 398, (2004)  
Credit Suisse Sec. LLC v. Billing, 551 U.S. 264 (2007)  
Linkline Communications, Inc. v. SBC California, Inc. 305 F.3d 876 (9th Cir. 2007) Pacific Bell Telephone Company, dba AT&T California, et al., Petitioners v. Linkline Communications, Inc., et al. 555 U.S. \_\_ (2009) No:07-512

**AB Komisyonu Kararları**

- Fire Insurance (D) Case IV/30.307 (1984) OJ L 35, [1985]  
Deutsche Telekom, O.J. (L.263) (2003)  
Wanadoo Interactive COMP/38.233 (2003)  
GVG v. Ferrovie Dello Stato S.p.A. COMP/37.685 (2003) OJ L 11 [2004]  
Wanadoo Espana v. Telefonica, Case COMP/38.784 (2007)  
Air Cargo, Case COMP/39.258 [2010]



ENI, Case COMP/39.315 [2010]

Gas de France, Case COMP/39.316 [2010]

E.ON Gas, Case COMP/39.317[2010]

RWE Gas, Case COMP/39.402 [2010]

### **GM ve AAD Kararları**

Flaminio Costa v. ENEL Case 6/64 [1964] ECR 585, [1964] CMLR 425

Züchner v. Bayerische Vereinsbank, Case 172/80, [1981] ECR 1985

Italy v. Commission, Case 41/83, [1984] ECR 873

Stichting Sigarettenindustrie and Others v. Commission, ECJ, 240-42, 260-62, 268-69/82, (1985) ECR 3831

Commission v. Italy, 118/85[1987] I-2599

Verband der Sachversicherer v. Commission, Case 45/85, [1987] ECR 405

Ahmed Saeed v. Zentrale, Case 66/86 [1989] ECR 803

Corbeau, ECJ, C-320/91 [1993] I-2533

Commission v. Italy. ECJ, C-35/96, ECR (1998) I-3851

Consorzio Industries Fiammiferi v Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, (CIF)(C-198/01), [2003] ECR I-8055, [2003] 5 CMLR 829

France Télécom SA v. Commission, Case T-340/03, CFI (2007)

Deutsche Telekom v. Commission, Case T-271/03 CFI (2008)

Deutsche Telekom AG v. European Commission, Case C-280/08 (2010)

Konkurrensverket v. TeliaSonera Svergie AB, Case C-52/09 (2011)

### **Rekabet Kurulu Kararları**

06.01.2001 tarihli ve 01-07/62-19 sayılı Teleon kararı.

30.04.2002 tarihli ve 02-26/262-102 sayılı Elektrik Dağıtım Şirketleri kararı.

09.06.2003 tarihli ve 03-40/432-186 sayılı Ulusal Dolaşım kararı.

10.11.2003 tarihli ve 03-72/874-373 sayılı kararın Danıştay 13. dairesi tarafından iptali üzerine alınan 08.02.2007 tarihli ve 07-13/101-30 sayılı ÇEAŞ kararı.

02.09.2004 tarihli ve 04-57/796-199 sayılı ADSL Portları kararı.

25.10.2004 tarihli ve 04-68/976-236 sayılı Turkcell/Telsim II kararı.

09.12.2004 tarihli ve 04-78/1114-281 sayılı TEDAŞ kararı.

10.02.2005 tarihli ve 05-10/81-30 sayılı Kablo TV kararı.

28.06.2005 tarihli ve 05-41/583-150 sayılı Metro Ethernet kararı.

- 08.09.2005 tarihli ve 05-55/833-226 sayılı TTAŞ/Öğrenci-Öğretmen kararı.  
02.10.2002 tarihli ve 02-60/755-305 sayılı kararın Danıştay 13. dairesi tarafından iptali üzerine alınan 05.01.2006 tarihli ve 06-02/47-8 sayılı TTAŞ/Tissad kararı.  
14.04.2006 tarihli ve 06-27/331-81 sayılı UMTH II kararı.  
26.05.2006 tarihli ve 06-36/464-126 sayılı Süt kararı.  
20.05.2008 tarihli ve 08-34/456-161 sayılı AKÜÇEV kararı.  
24.07.2008 tarihli ve 08-47/653-250 sayılı Akaryakıt Ürünleri Fiyatlandırma kararı.  
11.09.2008 tarihli ve 08-52/792-321 sayılı UMTH III kararı.  
19.11.2008 tarihli ve 08-65/1055-411 sayılı TNet kararı.  
08.01.2009 tarihli ve 09-01/2-2 sayılı İzmirgaz kararı.  
18.02.2009 tarihli ve 09-07/127-38 sayılı Yalın ADSL kararı.  
11.03.2009 tarihli ve 09-11/215-66 sayılı Türksat kararı.  
11.06.2009 tarihli ve 09-27/596-140 sayılı KİŞOT kararı.  
22.12.2005 tarihli ve 05-87/1199-348 sayılı kararın Danıştay 13. dairesi tarafından iptali üzerinde alınan 03.07.2009 tarihli ve 08-43/586-219 sayılı UMTH I kararı.  
15.07.2009 tarihli ve 09-33/739-176 sayılı İzmir Jeotermal kararı.  
21.10.2009 tarihli ve 09-48/1206-306 sayılı TTAŞ/Tellcom kararı.  
04.11.2009 tarihli ve 09-52/1246-315 sayılı TÜPRAŞ kararı.  
12.01.2010 tarihli ve 10-04/39-19 sayılı TTAŞ/Balıkesir kararı.  
04.03.2010 tarihli ve 10-21/271-100 sayılı BizBize Kamu kararı.

### **Danıştay, İDDGK ve Anayasa Mahkemesi Kararları**

- Danıştay 10.D., 17.06.1991 tarihli ve E.991/1145, K.991/2286 sayılı karar.  
Danıştay 13.D., 28.03.2006 tarihli ve E.2005/5699, K.2006/1555 sayılı karar.  
Danıştay 13.D., 23.05.2006 tarihli ve E.2005/7504, K.2006/2230 sayılı karar.  
Danıştay 13.D., 23.05.2006 tarihli ve E.2005/7622, K.2006/2231 sayılı karar.  
Danıştay 13.D., 11.10.2006 tarihli ve E.2005/5052, K.2006/3901 sayılı karar.  
Danıştay 13.D., 14.11.2006 tarihli ve E.2005/1668, K.2006/4329 sayılı karar.  
Danıştay 13.D., 16.11.2007 tarihli ve E.2007/10830, K.2007/7326 sayılı karar.  
İDDGK, 02.02.1990 tarihli ve E.1989/430, K.1990/18 sayılı karar.  
Anayasa Mahkemesi, 15.03.1966 tarihli ve E.1965/40, K.1966/15 sayılı karar.  
Anayasa Mahkemesi, 12.06.1969 tarihli ve E.1969/38, K.1969/34 sayılı karar.  
Anayasa Mahkemesi, 06.07.1993 tarihli ve E.993/5, K.993/25 sayılı karar.  
Anayasa Mahkemesi, 09.11.1995 tarihli ve E.995/53, K.995/57 sayılı karar.

## **Diğer Kaynaklar**

Council Directive of 22 March 1977 to Facilitate the Effective Exercise by Lawyers of Freedom to Provide Services, OJ L 78, 26.3.1977

Commission Regulation (EC) No 1475/95 of 28 June 1995 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of motor vehicle distribution and servicing agreements OJ L 145, 29.06.1995

Directive 98/5/EC of the European Parliament and of the Council of 16 February 1998 to Facilitate Practice of the Profession of Lawyer on a Permanent Basis in a Member State Other Than That in Which the Qualification was Obtained, OJ L 77, 14.03.1998

Communication from the European Commission, Services of General Interest in Europe, OJ C17/4, 19.01.2001

Directive 2002/19/EC of the European Parliament and of The Council of 7 March 2002 on Access to, and Interconnection of, Electronic Communications Networks and Associated Facilities, OJ L 108/7, 24.04.2002

Directive 2002/22/EC of the European Parliament and of The Council of 7 March 2002 on the Authorisation of Electronic Communications Networks and Services, OJ L 108/21, 24.04.2002

Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of The Council of 7 March 2002 on a Common Regulatory Framework For Electronic Communications Networks and Services, OJ L 108/33, 24.04.2002

Commission Guidelines on market analysis and the assessment of significant market power under the Community regulatory framework for electronic communications networks and services, OJ C 165, 11.07.2002

Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 Concerning the Processing of Personal Data and the Protection of Privacy in the Electronic Communications Sector, OJ L 201, 31.07.2002

Regulation 1/2003 of 16 December 2002 on The Implementation of The Rules on Competition Laid Down in Articles 81 And 82 of The Treaty, OJ L 1, 04.01.2003

Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the Control of Concentrations Between Undertakings, OJ L 24, 29.01.2004

Communication From The Commission “Report on Competition in Professional Services”, COM(2004)83/FINAL, 09.02.2004

Commission Regulation (EC) No 772/2004 of 27 April 2004 on the Application of Article 81(3) of the Treaty to Categories of Technology Transfer Agreements, OJ L 123, 27.04.2004

Directive 2005/36/EC of the European Parliament and of the Council of 7 September 2005 on the Recognition of Professional Qualifications, OJ L 255/22, 30.09.2005

Council Regulation 1184/2006 of 24 July 2006 Applying Certain Rules of Competition to The Production of, and Trade in, Agricultural Products, OJ L 214/7, 24.07.2006

Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No:1/2003, OJ C 210, 01.09.2006

Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on Services in the Internal Market, OJ L 376, 27.12.2006

Council Regulation 169/2009 of 26 February 2009 Applying Rules of Competition to Transport by Rail, Road and Inland Waterway, OJ L 61/1, 26.02.2009

Commission Regulation (EC) No 906/2009 of 28 September 2009 on the application of Article 81(3) of the Treaty to certain categories of agreements, decisions and concerted practices between liner shipping companies (consortia), OJ L 256, 29.09.2009

Directive 2009/136/EC of The European Parliament and of the Council of 25 November 2009 Amending Directive 2002/22/EC on Universal Service and Users’ Rights Relating to Electronic Communications Networks and Services, Directive 2002/58/EC Concerning the Processing of Personal Data and the Protection of Privacy in the Electronic Communications Sector and Regulation (EC) No 2006/2004 on Cooperation Between National Authorities Responsible For the Enforcement of Consumer Protection Laws, OJ L 337/11, 18.12.2009

Directive 2009/140/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 Amending Directives 2002/21/EC on a Common Regulatory Framework for Electronic Communications Networks and Services, 2002/19/EC on Access to, and Interconnection of, Electronic Communications Networks and Associated Facilities, and 2002/20/EC on the Authorisation of Electronic Communications Networks and Services, OJ L 337/37, 18.12.2009

Commission Regulation (EU) No 267/2010 of 24 March 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of agreements, decisions and concerted practices in the insurance sector, OJ L 83/1, 30.03.2010

Commission Regulation 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices, OJ L 102, 23.04.2010

Competition Bureau “Technical Bulletin on Regulated Conduct”, 27.09.2010, Quebec

Commission Regulation (EU) No 1217/2010 of 14 December 2010 on the Application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to Certain Categories of Research and Development Agreements, OJ L 335, 18.12.2010

Commission Regulation (EU) No 1218/2010 of 14 December 2010 on the Application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to Certain Categories of Specialisation Agreements, OJ L 335, 18.12.2010

06.01.1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu.

20.02.2001 tarihli ve 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu.

18.04.2001 tarihli ve 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu.

04.12.2003 tarihli ve 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu.

13.03.2005 tarihli ve 5307 sayılı Sıvılaştırılmış Petrol Gazları Piyasası Kanunu.

05.11.2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu.



Üniversiteler Mahallesi  
1597. Cadde No: 9  
06800 Bilkent/ANKARA  
ISBN 978-605-5479-36-7  
<http://www.rekabet.gov.tr>