

**AT ANTLAŞMASI'NIN 86. MADDESİ ÇERÇEVESİNDE
MÜNHASIR HAKLAR ve ÖZEL HAKLAR
TÜRK REKABET HUKUKUNA ETKİLERİ**

İlmutluhan SELÇUK

ANKARA 2003

© Bu eserin tüm telif hakları
Rekabet Kurumuna aittir. 2003

İlk Baskı, Şubat 2003
Rekabet Kurumu - Ankara

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

03/07/2001 tarihinde
Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı İsmail Hakkı KARAKELLE
Başkanlığında, 2 No'lu Daire Başkanı Halil Baha KARABUDAK,
Baş Hukuk Müşaviri Doç. Dr. Osman Berat GÜRZUMAR,
Prof. Dr. Ejder YILMAZ ve Prof. Dr. Erdal TÜRKKAN'dan oluşan
Tez Değerlendirme Heyeti önünde savunulan bu tez,
Heyetçe yeterli bulunmuş ve Rekabet Kurulu'nun 18/07/2001 tarih ve
01-34/346 sayılı toplantısında "Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi"
olarak kabul edilmiştir.

ISBN 975-8301-47-0

YAYIN NO

0088

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

SUNUŞ.....	
KISALTMALAR.....	
GİRİŞ.....	
BAŞLARKEN.....	

Bölüm 1

1.1. 86. MADDE – ETKİN BİR SİLAH	
1.2 GENEL ÖZELLİKLER.....	
1.3 86. MADDE - İLK FIKRA.....	
1.3.1. Muhatap - Üye Devletler	
1.3.2. Kapsam.....	
1.3.3. Kamu Teşebbüsleri.....	
1.3.4. Münhasır veya Özel Hak Sahibi Teşebbüsler.....	
1.3.5. Antlaşma Hükümlerinin İhlali.....	

Bölüm 2

2.1. MÜNHASIR HAKLAR ve ÖZEL HAKLAR.....	
2.2. MÜNHASIR HAKLAR.....	
2.2.1. Münhasır Haklar Üye Devletler Tarafından Verilmelidir	
2.2.1.1. Düzenleyici Yetkilere Sahip Kamu Teşebbüsleri	
2.2.2. Münhasır Hakkın Bir Kamu Tasarrufu Olarak Verilmesi Gerekmemektedir	
2.2.2.1. Kamu Tasarruflarının Varlığına İlişkin Şekli-Esastan Yorum Ayrılığı	
2.2.2.1.1. Şekli Yorum	
2.2.2.1.2. Esastan Yorum	
2.2.2.2. Münhasır Hakkın Fonksiyonu	
2.2.2.3. Kamusal Yetkilerin Kullanılması	
2.2.2.3.1. Piyasa İçi ve Piyasa Dışı Davranışların Karşılaştırılması, Almelo ve Bodson Örnekleri	
2.2.3. Münhasır Hak Bir Teşebbüse Verilmelidir	
2.2.3.1. Höfner Kararı	
2.2.3.2. AAMS Kararı	
2.2.4. Münhasır Haklar Ekonomik Bir Aktivitenin Yürütülmesi Amacıyla Verilmelidir.....	

2.2.4.1. Ekonomik Aktivite Tanımı	
2.2.4.1.1. Höfner Kararı	
2.2.4.2. Ekonomik Olmayan Aktiviteler	
2.2.4.2.1. Imperium Kavramı	
2.2.4.2.2. Eurocontrol Kararı	
2.2.4.2.3. Cali Kararı - Asli Hizmetler Kavramı	
2.2.4.2.4. Poucet Kararı - Yeknesaklık Kavramı	
2.2.4.2.4.1. Poucet ve Höfner Kararlarının Karşılaştırılması.....	
2.2.4.2.5. FFSA Kararı	
2.2.4.2.6. Albany ve MDBV Kararları	
2.2.4.3. Ekonomik Aktivite Tanımına İlişkin Değerlendirme	
2.2.5. Münhasır Haklar Tek Bir Teşebbüse Verilmiş Olmalıdır	
2.2.5.1. Doğal Sınırlamalar	
2.2.5.2. Patent	
2.3. ÖZEL HAKLAR.....	
2.3.1. Hakkı Alan Teşebbüs Sayısının Sınırlı Olması	
2.3.1.1. Doğal Sınırlamalar	
2.3.2. Avantajlar	

Bölüm 3

3.1. 86. MADDE ve REKABET KURALLARININ BİRLİKTE UYGULANMASI.....	
3.1.1. Varlık - Kullanma Ayırımı	
3.1.1.1. Sacchi Kararı	
3.1.1.2. Telecommunications Terminal Equipment Kararı	
3.2. 86. MADDE ve 82. MADDENİN BİRLİKTE UYGULANMASI	
3.2.1. ATAD Kararları.....	
3.2.1.1. Teorik Karmaşa	
3.2.1.1.1. GB - INNO Kararı	
3.2.1.2. Münhasır Hakların Varlığı - Yapısal Bir Sorun	
3.2.1.2.1. Höfner Kararı	
3.2.1.2.2. ERT Kararı	
3.2.1.2.3. Telemarketing Kararı	
3.2.1.2.4. RTT Kararı	
3.2.1.2.5. Port of Genoa (Merci) Kararı	
3.2.1.2.6. Corbeau Kararı	
3.2.1.2.7. Diğer Kararlar	
3.2.1.2.7.1. La Crespelle Kararı.....	
3.2.1.2.7.2. Banchemo ve GT-LINK Kararları.....	
3.2.1.2.7.3. Raso Kararı	
3.2.2. Komisyon Uygulamaları (Direktifler).....	
3.3. 86. MADDE ve 81. MADDENİN BİRLİKTE UYGULANMASI	

3.4. DEĞERLENDİRME ve ELEŞTİRİ	
3.4.1. Teorik Değerlendirme.....	
3.4.2. Hukuki Belirlilik.....	

SONUÇ

ABSTRACT

KAYNAKÇA

SUNUŞ

Rekabet Kurumu 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun tarafından kendisine verilen görevleri yerine getirmenin yanısıra düzenlediği bilimsel etkinliklerle ve yayımladığı eserlerle toplumda rekabet kültürünün yaygınlaştırılmasını da hedeflemektedir. Çeşitli illerde düzenlenen panel ve sempozyumlar, Kurum tarafından çıkarılan Rekabet Dergisi ve diğer yayınlar, mutad hale gelen ve alanında uzman konuşmacılarla konuların geniş bir yelpazede tartışıldığı, herkesin katılımına açık olan Perşembe Konferansları bunun örneklerini oluşturmaktadır.

Kurum tarafından uzmanlık tezlerinin bir seri halinde yayımlanması da bu faaliyetlerin bir parçasını teşkil etmektedir. Rekabet uzman yardımcılarının üç yıllık uygulama birikimleri ile yoğun mesleki eğitim ve araştırmalarını yansıtan uzmanlık tezleri hem Rekabet Kurumu'na hem de diğer ilgililere ışık tutacak önemli birer kaynaktır. Bu tezlerin bir bölümünde rekabet hukuku ve politikasının temel konu başlıklarını içeren teorik hususlar irdelenmiş, diğerlerinde ise rekabet hukuku uygulamaları bakımından ne çıkan sektörlere ilişkin çalışmalar yapılmıştır. Tezlerden bazılarının ait oldukları alanlarda yapılan ilk akademik çalışmalar olmasının yanısıra, bu eserlerin Türkiye'nin halen yürütmekte olduğu ekonomik serbestleşme sürecine de yardım edecek nitelikler taşıdığına inanıyoruz.

Rekabet uzmanlığına yükselme tezleri yaklaşık üç yıllık uygulama deneyiminin ve yurt içi ve yurt dışı eğitim sürecinin ardından, titiz bir akademik araştırma çabasının neticesi olarak ortaya çıkmış ürünlerdir. Ele alınan konular bakımından kaynak olarak kullanılabilir yerli eserlerin yok denecek kadar az olmasının getirdiği zorluk ve ilk olmanın yüklediği sorumluluktan doğan baskı bu çalışmaların değerini bir kat daha arttırmıştır.

Rekabet Kurumu tarafından yayımlanarak ilgililerin ve araştırmacıların hizmetine sunulan bu tez serisini, rekabet hukuku ve politikaları alanındaki bilimsel çalışma sayısının yeterli düzeye ulaşmaktan henüz uzak olduğu ülkemizde önemli bir açığı kapatacağı inancıyla kamuoyuna sunuyoruz.

Prof. Dr. M. Tamer MüFTüOğLU
Rekabet Kurumu Başkanı

KISALTMALAR

Antlaşma	: Avrupa Toplulukları Antlaşması
Komisyon	: Avrupa Toplulukları Komisyonu
ATAD	: Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
AG	: Advocate-General
EC	: European Communities
ECR	: European Court Reports
ECLRev.	: European Competition Law Review
CMLRev.	: Common Market Law Review
ELRev.	: European Law Review

GİRİŞ

1982 Anayasası ile benimsenen *piyasa ekonomisi ve serbest rekabet rejimi* temel olarak *rekabet edebilme hakkı* kavramına dayanmaktadır.

Rekabet hakkı veya rekabet edebilme hakkı, belirli bir piyasada faaliyet gösteren girişimcilerin kendi girişimleri ile ilgili ekonomik konularda serbestçe karar alabilme hakları olarak tanımlanabilmektedir.

Rekabet hakkı veya karar verme özgürlüğü temelde iki şekilde kısıtlanmaktadır. Bunlardan ilkinin, girişimcilerin kendi iradeleri ile karar alma özgürlüklerini sınırlamaları veya hakim durumda olarak adlandırdığımız teşebbüslerin başkalarının özgürce karar vermelerini engellemeleri sonucunda oluşan *piyasa içi kısıtlamalar*, ikincisini ise devlet tarafından piyasalara müdahale etmek suretiyle gerçekleştirilen *piyasa dışı kısıtlamalar* oluşturmaktadır (Pappalardo (1991); İnan (1995)).

4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ile ülkemizde rekabeti koruyucu hukukun etki alanı ya da yürürlük çerçevesi, piyasanın kendi içinden gelen faktörler tarafından rekabetin sınırlandırılması anlamına gelen *piyasa içi sınırlamaların kontrolü* olarak çizilmiştir.

Ne var ki, geniş anlamı ile devletin kamu teşebbüsleri aracılığı ile piyasalarda mal veya hizmet üreten, başka bir ifade ile piyasa içi davranan niteliğinin varlığı, kamu davranışlarına ilişkin *piyasa içi-dışı* ayırımının yapılmasını zorlaştırmaktadır.

Bu Tezin amacı, Avrupa Toplulukları Hukuku uygulama ve içtihatları çerçevesinde kamu tarafından *münhasır hak ve özel hak tahsisleri* adı altında gerçekleştirilen davranışlarının hangilerinin *piyasa içi* hangilerinin ise *piyasa dışı* olarak ele alındığının incelenmesi, Avrupa Toplulukları'na üye devletler tarafından gerçekleştirilen münhasır hak tahsisi işlemlerine Kurucu Antlaşma'nın 86. maddesinin ve rekabet kurallarının birlikte uygulanması sonucunda benimsenen esaslar tespiti ve ülkemiz uygulamalarına ışık tutması için kamu müdahaleleri ile serbestleştirme (liberalizasyon) uygulamalarında dikkat edilmesi gereken noktaların örnek olaylar bazında ortaya konulmasıdır.

Serbest pazar ekonomisi Roma Antlaşması'nın temel prensibidir. Bu nitelikte bir liberal ekonomik sistem kamunun müdahalesini dışlamamaktadır. Tam tersine, devletin böyle bir sistemin çalışması için gerekli yapıyı oluşturacağı varsayımından hareket etmektedir; yalnızca uygun bir yapı ekonominin her bölümünün hareket özgürlüğünü sağlayabilir, esasen de bu özgürlüğü kullanmasını sağlar.

W. Hallstein

BAŞLARKEN

Kamunun piyasalara müdahalesi temel olarak iki şekilde gerçekleşmektedir. Bunlardan ilki kamunun, piyasaların düzenleyicisi olarak, piyasaların düzenli bir şekilde çalışmasını teminen, ekonomik aktörler arası koordinasyonun sağlayıcısı olarak veya ekonominin belirli alanlarını hukuki tekeller yaratarak rekabete kapatmak suretiyle gerçekleştirdiği *piyasa dışı* müdahalelerdir.

Kamu tarafından piyasalara yapılan müdahalelerin ikinci şeklini, “devlet”in kamu teşebbüsleri aracılığıyla doğrudan “*piyasalarda bir taraf*” olarak faaliyet göstermek suretiyle gerçekleştirdiği müdahaleler oluşturmaktadır¹.

Avrupa Toplulukları Antlaşması (Antlaşma), üye devletler tarafından yaratılan hukuki tekellere ilişkin iki temel prensip koymaktadır. Bunlardan ilki, Antlaşma’nın “*Prensipler*” kısmı altında 3. maddede yer verilen “*serbest rekabetin ve iç pazarın korunması*” prensibidir. Bu prensip, özellikle de 81 ve 82. maddelerin uygulanmasından da görüldüğü üzere çok detaylı kurallara tabidir.

Antlaşma’nın 295. maddesi, üye devletlerin mülkiyet rejimlerinin korunması, başka bir ifade ile Antlaşma’nın üye devletlerin mülkiyet rejimlerine karşı nötr olmasını gerektirmektedir. Teorik olarak bu hüküm, üye devletlerin kendi sınırları içerisinde bütün ekonomik varlıkları kamulaştırabileceği ve bu durumun tek başına Antlaşma’ya aykırılık teşkil etmeyeceği anlamına gelmektedir.

Serbest rekabete ilişkin benimsenen prensipten farklı olarak, üye devletlerin mülkiyet rejimlerinin korunması, Antlaşma’nın 3. maddesi altında yer verilen prensipler arasında yer almamaktadır. Deringer (1978) tarafından ifade edildiği üzere “*ekonomilerin devletleştirilmesi suretiyle tek ve serbest bir pazarın oluşturulamayacağı ve serbest rekabetin sağlanamayacağı*” açıktır. Bu nedenle, kağıt üzerinde yapılacak bir karşılaştırmada dahi Antlaşma ile getirilen bu iki prensip arasında bir gerginliğin olduğu görülmektedir (Ehlerman (1993)). 86. madde bu iki prensip arasında bir denge yaratmaya çalışmaktadır².

¹ Case C-118/85, AAMS [1987] ECR 2612

² Case C-202/88 Telecommunications Terminal Equipment, [1991], ECR I-1223 paragraf 12

BÖLÜM 1

1.1. 86. MADDE- ETKİN BİR SİLAH

Kamu teşebbüsleri ve üye devletlerin özel veya münhasır haklar tanıdığı teşebbüslerle ilgili olarak üye devletler, işbu Antlaşma'da yer alan, özellikle 12. ve 81 ila 89. maddelerde öngörülen kurallara aykırı hiçbir tedbir alamaz ve mevcut olanları da devam ettiremez.

Genel ekonomik çıkarlara ilişkin hizmetleri yürütmekle görevli veya mali nitelikli tekel özelliğine sahip teşebbüsler, bu tür kurallar kendilerine verilmiş olan görevlerin ifasını hukuken veya fiilen engellemedikçe, işbu Antlaşma'da yer alan kurallara, özellikle rekabet ile ilgili kurallara tabidir. Ticaretin gelişimi Topluluğun çıkarlarına aykırı olabilecek ölçüde etkilenmemelidir.

Komisyon, işbu madde hükümlerinin uygulanmasını gözetir ve gerektiğinde uygun direktif veya kararları Üye Devletlere yöneltir.³

1.2. GENEL ÖZELLİKLER

Üye devletlerin, kamu teşebbüsleri ve özel veya münhasır haklar tanıdıkları teşebbüslerle ilgili olarak, Antlaşma'ya aykırı tasarruflarda bulunmasını yasaklayan bu hüküm, kendine has karakteristik özellikler göstermekte ve yorum zorlukları içermektedir. Maddenin özellikle de birinci fıkrasının muhatabının *üye devletler* olması, gene aynı fıkranın sonunda bir yasaklama getirilmesi, hükmü daha baştan yorumlanması hayli politik ve hassas bir madde haline getirmektedir.

Üye devletlerin *belirli teşebbüslere* yönelik davranışlarına ilişkin hükümler içermesi nedeniyle, daha genel nitelikteki 10. maddeye⁴ göre *lex specialis* niteliği taşıdığı söylenebilecek olan 86. Madde, *üye devletlere* yönelik hükümler içermesine karşın Antlaşma'nın *Teşebbüslere Uygulanan Kurallar*

³ Madde metninin çevirisi "Avrupa Topluluklarını Kuran Temel Antlaşmalar (AKÇT, AET,AAET)" Devlet Planlama Teşkilatı, Cilt 1, sf. 160-161'den alınmıştır.

⁴ Madde 10: "Üye devletler işbu Antlaşmadan kaynaklanan veya Topluluk kurumlarının kararlarından doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamak üzere gerekli bütün genel veya özel tedbirleri alırlar ve Topluluğun görevini yerine getirmesini kolaylaştırırlar. Üye devletler işbu Antlaşma'nın hedeflerinin gerçekleştirilmesini tehlikeye sokabilecek her türlü tedbirden kaçınırlar."

kısmı altında yer almaktadır. Bununla birlikte madde metninde *özellikle* sorumlulukların ifade edildiği *rekabet kurallarının* yanı sıra, birinci ve ikinci paragrafı ile *Antlaşma'nın tamamına* referansta bulunularak üye devletlere, yalnızca rekabet kuralları ile sınırlı olmayan, rekabet kurallarından çok öte bir sorumluluk getirilmektedir.

Antlaşma'nın *Teşebbüslere Uygulanan Kurallar* kısmı altında yer almakla birlikte esasen üye devletlere yönelik hükümler içeren 86. madde, ikinci fıkrasında teşebbüslere (gene dolaylı olarak üye devletlere), üçüncü fıkrasında ise Komisyon'a yönelik hükümler içermektedir. Bu çerçevede, 86. madde ile ilgili olarak madde metninde yer alan ifadeler çerçevesinde söylenebilecek genel özellikler şu şekilde sıralanabilecektir;

i- 86. Madde, üye devletlere yükümlülüklerini (geleceğe yönelik özellikle rekabete aykırı uygulamalarda bulunmama) hatırlatmakla sınırlı kalmamakta, bunun yanı sıra, halihazırda bu yükümlülüklerle aykırı olabilecek tasarrufların varlığı dikkate alındığında, bunların Antlaşma ile uyumlu hale getirilmesine yönelik üye devletlere *pozitif* bir yükümlülük getirmektedir⁵.

ii- Üye devletlere getirilen yükümlülükler ile bunların, mülkiyet ilişkisi veya güçlü etki uygulayabilme olanakları sayesinde, gerek kamu teşebbüsleri gerekse özel veya münhasır hak sahibi teşebbüsler aracılığı ile Antlaşma'da yer alan amaçlara aykırı eylemlerde bulunmaları ve Antlaşma'nın ilgili hükümlerinin etkinliğini (*effet utile*) zayıflatmaları engellenmek istenmektedir (Lang (1984)).

iii- Diğer maddelere atıfta bulunan bir *referans maddesi* olması itibarı, 86. maddenin uygulanılabilirliği için Antlaşma'nın bir diğer maddesinin ihlal edilmesi gerekmektedir.

iv- 86. Madde Antlaşma'da doğrudan kamu teşebbüslerine ilişkin hükümler içeren tek maddedir. Antlaşma'nın 31. Maddesinde yer alan ifadeler ile birlikte Maddede doğrudan kamu teşebbüslerine atıfta bulunulması, diğer maddelerin uygulanmasında, özellikle rekabete ilişkin hükümler söz konusu olduğunda, kamu ve özel teşebbüslerin eşit olduğunu teyit eden bir hüküm niteliği taşımaktadır.

v- 86. Maddenin üçüncü fıkrası ile Komisyon'a verilen yetkiler sayesinde, üye devletlere getirilen bu sorumlulukların takibi için çok hızlı ve pratik bir yol öngörülmektedir⁶.

⁵ Case C- 13/77 GB-INNO, [1977] ECR 2146; Case C- 66/86, Ahmed Saeed, [1989], ECR 8023

⁶ Bu konuda bakınız: Case C- 188-190/80 France v.Commission [1982], ECR 2545; Case C-48-66/90, PTT Netherland [1992], ECR I-565

vi- 86. Maddenin ikinci fıkrası ile Antlaşma'da çok az sayıda yer verilen istisna hükümlerinden biri getirilmektedir. Böyle bir istisnanın varlığı maddenin öneminin ortaya konulması bakımından dikkat çekicidir. Burada maddenin esasen, bir kural ve bir istisna içerdiği söylenebilecektir. Getirilen *kural* genel ekonomik çıkarlara ilişkin hizmetleri yürütmekle görevli teşebbüslerin rekabet ile ilgili kurallara tabi olmasıdır. Getirilen *istisna* ise bu prensibin, rekabet kurallarının uygulanmasının bu teşebbüslere verilmiş olan görevlerin ifasını hukuken veya fiilen engellemediği ve ticaretin gelişimi Topluluğun çıkarlarına aykırı olabilecek ölçüde etkilenmediği müddetçe geçerli olduğudur. Antlaşma hükümlerine istisna getirilmesinin az başvurulan bir yol olması, bu madde ile getirilen istisnanın sınırlarının dikkatle çizilmesini gerektirmektedir⁷.

vii- 86. Madde (birinci ve ikinci fıkra), atıfta bulunduğu maddeler ile birlikte doğrudan uygulanabilir bir maddedir⁸.

Yukarıda bir kaç başlık altında söylediğimiz esaslar çerçevesinde sonuç olarak 86. Maddenin, *üye devletlerin (mülkiyet ilişkisi veya güçlü etki uygulayabilme olanakları sayesinde) yakın ilişki içinde oldukları teşebbüsler aracılığı ile Antlaşma hükümlerinin etkin uygulanırılığını (effet utile) zayıflatabilecek eylemlerde bulunmasını önlemek amacıyla konulan ve bunun takibi amacıyla etkin bir prosedür getiren, beraberinde Antlaşma'nın az sayıda istisna hükümlerinden birini içermesi nedeniyle de dikkatle uygulanması gereken, uygulanması esnasında üye devletlerin çıkarları ile Topluluğun çıkarlarını karşı karşıya getirmesi nedeniyle hukuki tartışmalar ile birlikte yoğun politik tartışmalar da içeren, Topluluk çıkarlarının korunması ve serbest pazar- serbest rekabetin oluşturulması amacıyla Topluluğun kullandığı en önemli araçlardan birini teşkil eden bir madde olduğunu söylemek mümkündür.*

1.3. 86. MADDE- İLK FIKRA

Kamu teşebbüsleri ve üye devletlerin özel veya münhasır haklar tanıdığı teşebbüslerle ilgili olarak üye devletler, iş bu Antlaşma'da yer alan, özellikle 12. ve 81 ila 89. Maddelerde öngörülen kurallara aykırı hiçbir tedbir alamaz ve mevcut olanları da devam ettiremez.

Nitelik itibarı ile birden fazla *başlığı* ilgilendiren bir hüküm olan 86. Maddenin ilk fıkrası ile ilgili olarak yapılacak incelemede, madde metninde yer alan kelimeler üzerinde, neredeyse her birinin ayrı bir başlık oluşturduğu göz önüne alınarak, tek tek durulması gerekmektedir.

⁷ Case C- 127/73 BRT [1974], ECR 315; Case C-242/95 GT-LINK [1997], ECR I-4449

⁸ Case C- 179/90 Port of Genoa [1991]; maddenin özellikle ikinci fıkrasının doğrudan uygulanırılığı ile ilgili olarak sırasıyla bakınız: Case C- 10/71 Müller [1971], ECR 821; Case C- 127/73 BRT [1974], ECR 315; Case C- 66/86 Ahmed Saeed, [1989], ECR 803 ve Case C- 260/89 ERT, [1991], ECR 2925

1.3.1. Muhatap- Üye Devletler

86. maddenin ilk fıkrasının muhatabı *üye devletlerdir*. *Üye devletler* kavramı doktrinde ve uygulamalarda klasik anlamı ile devleti ve devletin bütün organlarını kapsayacak şekilde *geniş* yorumlanmaktadır. Bu çerçevede, *merkezi otorite* ile birlikte *yerel idareler-otoriteler*⁹ de kavram içinde ele alınmakta ve bu kuruluşların yapmış oldukları tasarruflar da madde kapsamında değerlendirilmektedir.

1.3.2. Kapsam

Birinci fıkra ile üye devletlerin kamu teşebbüslerine ve özel veya münhasır hak verdikleri teşebbüslere yönelik Antlaşma hükümlerine aykırı *tedbirler* alamayacakları, bu nitelikte *tasarruflarda* bulunamayacakları belirtilmektedir. Burada, üye devletlerce alınabilecek *her türlü* tedbir veya yapılacak her türlü tasarruf madde kapsamında ele alınacak, bu tasarruflara tavsiyeler, teşvikler, teşvik edici açıklamalar, düzenlemeler, yönetmelikler, tüzükler, direktifler, kararlar ve onaylar¹⁰ dahil olacaktır. Maddede yer alan *tedbir* ifadesi ile ilgili olarak belirtilmesi gereken bir diğer nokta, *hukuken bağlayıcı olan-olmayan* veya *zorlayıcı olan-olmayan* tedbirler arasında bir farklılık bulunmadığıdır¹¹.

Bu tanım *numerus clausus* değildir. Topluluğun bünyesinde 15 üye devleti ve dolayısıyla 15 ayrı hukuk sistemini barındırdığı göz önüne alındığında, üye devlet *tedbir ya da tasarrufları* ile ilgili sınırlı sayıda ve şekli unsurlar içeren bir tanım getirmek, esasen maddenin ardında yatan *raison d’etre* ile bağdaşmayacak; Topluluk Hukukunun *yeknesak uygulanabilmesi* ve tüm ülkeler için geçerli bir sistemin oluşturulabilmesi için, *formalist* bir yaklaşım benimsenerek, kuralların üye devletlere göre değişik uygulanması doğru olmayacaktır.

Tedbir kavramına ilişkin olarak belirtilmesi gereken en önemli noktalardan birini de alınacak tedbirlerin ya da yapılacak tasarrufların kamu teşebbüslerine veya özel veya münhasır hakka sahip teşebbüsler ile *ilişkilendirilmesi oluşturmaktadır* (Lang (1984); Papaconstantinou (1988); Pappalardo (1991)). Bu çerçevede, devletler tarafından alınacak *genel nitelikli*

⁹ Case C- 30/87 Bodson, [1988] ECR 2516

¹⁰ Case C- 172/82 Used Oils, [1983], ECR 566 paragraf 15; Case C-18/93 Corsica Ferries [1994], ECR I-1783

¹¹ Komisyon tarafından yapılan incelemelerde bağlayıcı bir tasarrufun bulunması halinde teşebbüslerin sorumlu tutulamayacağı ifade edilmektedir. Deringer (1978) tarafından teşebbüslerin “bağlayıcı bir işlem olduğu yönünde” yapacakları bir savunmanın kabul edilemeyeceği belirtilmektedir.

tedbirler veya yapılacak genel nitelikli tasarruflar¹² madde kapsamında ele alınmayacaktır. Ancak ilgili sektörde teşebbüs sayısının kamu erki (*imperium*) kullanılarak sınırlandırılmış olduğu durumlarda, her ne kadar şeklen yapılan tasarruf genel nitelikli görünse de, bu tasarrufa ilişkin olarak da madde kapsamında işlem tesis edilebilecektir. Bu nedenle bu prensibin, işlemin özüne ilişkin bir inceleme yapılarak dava bazında ele alınması yerinde olacaktır.

Belirtilmesi gereken son noktayı *hareketsizlik* oluşturmaktadır. Bir *tasarruf* doğal olarak *pozitif* bir harekettir. Bu tasarrufun *bağlayıcı* olması ya da olmaması veya genel veya özel nitelikli olması arasında yukarıda yer verildiği üzere bir fark bulunmamaktadır. Bununla beraber bir üye devletin, kendi insiyatifi ile örneğin 82. Maddeye aykırı davranan madde kapsamındaki teşebbüslere ilişkin denetim yetkilerini kullanmayarak *hareketsiz kalması* durumunda 86. madde anlamında bir tasarruftan bahsedilip bahsedilemeyeceği tartışmalıdır. Ne var ki, bu durumda dahi 86. maddeye aykırı bir tasarrufun varlığından söz edilebilecektir. Burada akla gelebilecek bir diğer soru, karşılaşılan durumun bir hareketsiz kalma mı yoksa devletin söz konusu teşebbüsü hakim durumunu kötüye kullanmaya teşvik mi ettiği (Lang (1984); Papaconstantinou (1988)). Esasen sonuçları itibarı ile değişen bir şey olmamakla beraber, ortada teşebbüsün hakim durumunu kötüye kullanmasını gerektirecek herhangi bir ticari saikin bulunmadığı durumlarda devletin hareketsizliği, teşebbüsü bu yönde teşvik ettiği şeklinde kabul edilebilecektir.

1.3.3. Kamu Teşebbüsleri

86. Maddenin ardında yatan *raison d'etre* nin, üye devletlerin (mülkiyet ilişkisi veya güçlü etki uygulayabilme olanakları sayesinde) yakın ilişki içinde oldukları teşebbüsleri Antlaşma hükümlerinin uygulanmasını engellemek için bir kalkan olarak kullanmalarının önüne geçilmesi olduğu göz önüne alındığında, bunun üye devletlerin üzerinde en kolay *etki* uygulayabilecekleri teşebbüsler olan *kamu teşebbüslerinde* mümkün olabileceği açıktır.

Komisyon tarafından üye devletler ile kamu teşebbüsleri arasındaki ilişkilerde şeffaflığın sağlanması amacıyla çıkarılan ve esasen 86. Maddeye dayanılarak çıkarılmış bir direktif olması bakımından da önem taşıyan *Transparency Directive*¹³ de kamu teşebbüsleri tanımında *etki* kavramı ön plana çıkmaktadır. Söz konusu Direktif ile getirilen düzenlemede, kamu teşebbüsleri, aşağıdaki gibi tanımlanmaktadır:

Bu Direktif'in amaçları çerçevesinde:

¹² Case C- 13/77 GB-INNO [1977], ECR 2115, paragraf 41

¹³ Directive 80/723, "Transparency of Financial Relations between Member States and Public Undertakings", 1980, OJ L 195/35 (1985 yılı değişikliği ile birlikte, OJ L 229/20).

Kamu otoriteleri: devlet ve bölgesel veya yerel otoriteleri,

Kamu teşebbüsleri: kamu otoritelerinin doğrudan veya dolaylı olarak, bir mülkiyet ilişkisi ile veya finansal katkı ile veya kendilerini yöneten kurallar aracılığı ile üzerlerinde hakim etkiye sahip oldukları teşebbüsleri

ifade etmektedir.

Kamu otoriteleri tarafından hakim etki, bu kamu otoritelerinin doğrudan veya dolaylı olarak,

1- sermayesinin çoğunluğundan fazlasına sahip oldukları,

2- teşebbüslerce hisselerle yüklenen oy hakları bakımından çoğunluk oy hakkına sahip oldukları veya,

3- teşebbüslerin idarelere veya yönetimin veya icra organları üyelerinin yarısından fazlasını atayabilme olanağına sahip oldukları

hallerde var sayılır.”

Kamu teşebbüslerinin tanımında bunların *hukuki statüsü* önem arzmemekte¹⁴; bir *kamu teşebbüsünün* varlığına ilişkin tespit, bu teşebbüslerin ayrı bir hukuki kişiliklerinin bulunması da gerekmemektedir^{15,16}.

1.3.4. Münhasır veya Özel Hak Sahibi Teşebbüsler

Münhasır hak kavramı, belirli bir ekonomik faaliyeti gerçekleştirme olanağının yalnızca bir teşebbüse veren her türlü hak olarak ele alınmalıdır. Bu hakkın *coğrafi* sınırlarının bütün devleti kapsamasına gerek yoktur¹⁷. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD) tarafından yapılan incelemelerde münhasır hak kavramı ile özel hak kavramları arasında ayırım yapılmış ve bu iki terimin birbiri ile aynı olmadığı sonucuna ulaşılmıştır¹⁸. Doktrinde münhasır hak ve özel hak arasındaki ayırım, hakkın *lehdarının* sayısına göre yapılmaktadır. Buna göre lehdarın tek olması (burada bir bölge içinde tek lehdar da olabilecektir) durumunda münhasır haktan, lehdarın iki veya daha fazla ve fakat sayısının sınırlandırılmış olması durumunda ise özel haktan bahsedilmektedir (Lang (1984); Papaconstantinou (1988); Sierra(1999)). Bunun yanı sıra münhasır

¹⁴ Case C-41/90 Höfner, [1991], ECR I-1979

¹⁵ Bununla beraber kamu teşebbüslerinin bağlı oldukları veya bünyesinde yer aldıkları kurum veya kuruluşların mutlaka hukuki kişiliklerinin bulunması gerekmektedir.

¹⁶ Case 188-190/80 Transparency Directive [1982], ECR 2596; Case C-118/85, AAMS [1987] ECR 2612

¹⁷ Case C- 30/87, Bodson, [1988] ECR 2516; Case C- 179/90, Port of Genoa, [1991], ECR I- 5928; Case C-18/93 Corsica Ferries [1994] ECR I- 1783; Case C- 323/93 La Crespelle [1994], ECR I-5077; Case C- 393/92 Almelo [1994], ECR I-1477

¹⁸ Case C-202/88 Telecommunications Terminal Equipment, [1991], ECR I-1223; Case C- 271/90, C-281/90, C-289/90 Telecommunications Services [1992] ECR I-5833

hakkın veya özel hakkın lehdarı, bir kamu teşebbüsü olabileceği gibi özel teşebbüs de olabilecektir.

Antlaşma'nın 86. maddesinde *münhasır hak veya özel hak* kavramlarına yer verilmesi suretiyle bu iki kavram arasında yapay bir farklılık yaratılmaktadır (Lang(1984)). Kağıt üzerinde bir ayırım gibi görünmekle birlikte kamunun özel veya münhasır hak vermek suretiyle piyasalara müdahale etmesinin esasen aynı amaç dahilinde yapılan ve *şeklen* birbirinden farklı, özü bakımından ise aynı müdahaleler olduğu unutulmamalıdır¹⁹.

1.3.5. Antlaşma Hükümlerinin İhlali

86. madde esasen üye devletlere yönelik hükümler içermesine karşın Antlaşma'nın *Teşebbüslere Uygulanan Kurallar* kısmı altında yer almaktadır. Bununla birlikte, madde metninde özellikle sorumlulukların ifade edildiği *rekabet kurallarının* yanı sıra, maddenin birinci ve ikinci fıkrası ile *Antlaşma'nın tamamına* referansta bulunmaktadır. Bu durum madde kapsamında üye devletlerin yapacakları tasarrufları ile Antlaşma'nın *herhangi bir hükmüne* aykırı davranmış sayılabilecekleri anlamına gelmektedir.

¹⁹ Burada özel veya münhasır haklar arasında yaratılan yapay ayırım Antlaşma'nın 81. maddesinde yer alan anlaşma- uyumlu eylem ayırımına benzetilebilecektir. Bu çerçevede, 81. madde uygulamasında esas tespit edilmesi gereken nokta olan teşebbüsler arası bilinçli bir birlikte hareketin varlığı olduğu, ancak bunun anlaşma şeklinde veya uyumlu eylem şeklinde mi gerçekleştiğinin tali olduğu şeklinde benimsenen prensip, 86. madde uygulamasında kamunun piyasalara özel hak veya münhasır hak vermesi şeklinde gerçekleştireceği müdahaleleri için de geçerlidir. Ortak nokta, kamunun belirli nitelikte teşebbüsleri, kendisine Antlaşma ile getirilen yükümlülüklerden korunmak için, bu teşebbüsleri bir kalkan olarak kullanmak suretiyle yaptığı müdahalenin tespitidir. Münhasır hak vermesi ya da özel hak vermesi tali bir konu teşkil etmektedir.

BÖLÜM 2

2.1. MÜNHASIR HAKLAR ve ÖZEL HAKLAR

Münhasır hak verilmesi kavramı, genel olarak bir aktivitenin yerine getirilmesine ilişkin yalnızca bir kişinin görevlendirilmesi veya belirlenmesi anlamına gelmektedir. Rekabet hukuku uygulamalarında özellikle dikey anlaşmalarda, sağlayıcıların yalnızca yeniden satıcıya mal vermesi veya yeniden satıcının yalnızca sağlayıcıdan mal almasını sağlayan hükümler aracılığı ile teşebbüsler arası münhasır hak verilmesi uygulamalarına sıkça rastlanılmaktadır. *Dikey ticaret sınırlamaları* olarak da adlandırabileceğimiz bu uygulamalar, teşebbüslerin mal veya hizmetin yeniden satışı esnasında birbirlerinin ticari faaliyetlerine getirdikleri, ticari hayatın içinde gerçekleşen sınırlamalardır. Bu sınırlamaları piyasalarda rekabetin sınırlandırılmasına neden olan faktörlerden *pazar içi* kısıtlamalar olarak adlandırabiliriz.

Ne var ki, bu Tezin konusunu oluşturan münhasır hak tahsisleri, işlemi gerçekleştiren tarafın ve işlem ile tesis edilmek istenen amacın, pazar içi kısıtlamalardan çok farklı nitelik arzemesi nedeniyle, bu kategoride ele alınmamaktadır.

Antlaşma'nın 86. Maddesi kapsamında yer alan *üye devletlerin münhasır hak veya özel hak tahsisleri*, bahsedilen bu nitelikleri itibarı ile Antlaşma'nın yazarları tarafından 81. veya 82. maddeler kapsamında değil, üye devletlere yönelik yükümlülükler getiren 86. madde kapsamında ele alınarak özel bir düzenlemeye tabi tutulmuştur.

Üye devletlerin aynı zamanda piyasalarda mal veya hizmet üretimi faaliyetlerinde de bulunmaları nedeniyle, kamunun hangi durumda münhasır hak veya özel hak vermek suretiyle bahsedilen bu *piyasa dışı* müdahalelerde bulunduğu ve hangi durumlarda ise bir teşebbüs saikiyle hareket edip *piyasa içi* davranışlar gerçekleştirdiği, bu eylemlerin tabi olduğu kuralların birbirinden çok farklı değerlendirmelere konu olması ve yapılacak değerlendirmelerin farklı usullere tabi olmaları nedeniyle, büyük önem arz etmektedir²⁰. Bu çerçevede bu başlık altında yapılacak incelemelerde aradaki bu farklılığın tespit edilebilmesi amacıyla, Antlaşma'nın 86. Maddesi kapsamına giren *münhasır hakların* ve

²⁰ Case-118/85 AAMS [1987], ECR 262

özel hakların kendilerini piyasa içi kısıtlamalardan farklı kılan ayırıcı özelliklerine yer verilecektir.

2.2. MÜNHASIR HAKLAR

Kamunun piyasalara *piyasa dışı* müdahalesi şeklinde gerçekleşen 86. madde kapsamında münhasır hakların *piyasa içi* kısıtlamalar şeklinde gerçekleşen münhasır haklardan ayrılmasının anahtarı gene 86. madde metninde yer almaktadır. Madde metninde,

... üye devletlerin özel veya münhasır haklar tanıdığı teşebbüslerle ilgili olarak üye devletler, işbu Antlaşma'da yer alan, özellikle 12. ve 81 ila 89. Maddelerde öngörülen kurallara aykırı...

şeklinde değinilen münhasır hakların madde metninden anlaşılan özelliklerini aşağıdaki şekilde sıralayabiliriz:

- i- Münhasır haklar *üye devletler* tarafından verilmelidir,
- ii- Münhasır hakkın bir *kamu tasarrufu* olarak verilmesi gerekmektedir,
- iii- Bu haklar bir *teşebbüse* verilmelidir,
- iv- Münhasır haklar *ekonomik bir aktivitenin yürütülmesi* için verilmelidir,
- v- Münhasır haklar *tek bir* teşebbüse verilmelidir.

2.2.1. Münhasır Haklar Üye Devletler Tarafından Verilmelidir

Yapılacak incelemede karşılaşılan belirleyici faktörlerden ilkinin, bu hakların *üye devletler* tarafından verilmesi oluşturmaktadır.

Münhasır haklara ilişkin olarak ATAD tarafından yapılmış bir tanım bulunmamasıyla birlikte, *Telecommunications Services*²¹ direktifinde yer verilen tanımda Komisyon tarafından *üye devletler* teriminden ne anlaşıldığı görülebilmektedir;

Bir üye devlet ya da bir kamu otoritesi tarafından bir veya birden fazla kamusal veya özel kuruluşa herhangi bir yasal idari veya düzenleyici araç aracılığı ile tanınan haklar

Telekomünikasyon sektöründe kullanılmak üzere yapılan bu tanımda *üye devletler* yalnızca klasik anlamı ile devlet veya yasama organı olarak değil, bütün kamu kuruluşlarını kapsayacak şekilde, geniş bir biçimde ele alınmaktadır. Bunun yanı sıra gene Komisyon tarafından *Transparency Directive*²² de yapılan tanımda da kamu otoriteleri, devlet ve bölgesel veya yerel otoriteleri ifade edecek şekilde geniş bir biçimde tanımlanmaktadır. *Telecommunications Services* ve

²¹ Directive 90/388 "Competition in the Markets for Telecommunications Services", OJ L 192, 24.07.1990

²² Bakınız Dipnot:17

Transparency Direktifleri aleyhine açılan davalarda²³ söz konusu direktiflerin belirtilen bu bölümlerinde Antlaşma'ya aykırılık bulmaması da ATAD'ın, *üye devletler* kavramının, yerel ve bölgesel otoriteleri²⁴ de kapsayacak şekilde tanımlanmasını kabul ettiğini göstermektedir.

Doktrinde yapılan tartışmalarda üye devletler, *kamu erkini kullanan* kuruluşların tamamını kapsayan bir kavram olarak ele alınmaktadır. Üye devletlerin idari yapılanmaları arasındaki farklılıklar göz önüne alındığında, kamu erki kullanan kurum ya da kuruluşlar kavramı dar yorumlanmamalıdır. Buna paralel olarak içtihat hukukunda da yalnızca yerel otoriteler ile sınırlı olmayacak şekilde, gerek merkezi yönetimin içinde olan düzenleyici otoriteler veya kendilerine kamusal yetkiler verilen bağımsız idari otoriteler gerekse belirli hizmetlerin yönetimi için kurulmuş kurumlar, madde kapsamında *üye devletler* tanımı içinde ele alınmaktadır²⁵.

2.2.1.1. Düzenleyici Yetkilere Sahip Kamu Teşebbüsleri

Düzenleyici yetkilere sahip olan²⁶ ancak bunun yanı sıra mal veya hizmet pazarlarında faaliyet gösteren (genellikle kendilerine münhasır hak verilmiş) teşebbüsler de *üye devletler tanımı* içinde ele alınabilecektir (Page (1982). Bu kurum veya kuruluşların hangi davranışlarında düzenleyici yetkiler kullandıklarının tespiti doğal olarak belirli bir zorluk içermektedir. Burada, teşebbüs tarafından gerçekleştirilen davranışın *esasının* incelenmesi ile bu davranışın bir kamu tasarrufu mu yoksa basit anlamı ile bir teşebbüs mü davranışı olduğu anlaşılabilir. Bu konuda örnek davalardan biri olan *British Telecommunications*'da²⁷(BT) ATAD, yasa ile kendisine fiyat tarifelerini belirleme yetkisi verilen BT'nin ilan ettiği fiyatların yasa ile belirlenen fiyatlar olmadığına ve söz konusu tarifelerin oluşmasında BT'nin ticari niteliğinin ön plana çıktığına karar vermiş, bu nedenle inceleme konusu eylem 86(eski). madde kapsamında ele almıştır²⁸. Bunun yanı sıra yapılan eylemin kamu otoritesi davranışı olup olmadığının tespitinde bir başka örnek dava olan *Banchero*'da²⁹ ATAD, İtalyan hükümeti içinde yer alan İtalyan Tütün

²³ Case C- 188-190/80 Transparency Directive [1982], ECR 2596; C-289/90 Telecommunications Services [1992] ECR I-5833

²⁴ Case C- 30/87 Bodson, [1988] ECR 2516 paragraf 33; Case C- 393/92 Almelo [1994], ECR I-1477

²⁵ Case C- 179/90, Port of Genoa, [1991], ECR 5889

²⁶ Piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüslere düzenleyici yetkilerin verilmesi, 86. Maddeye ilişkin gelişen içtihatlar çerçevesinde yasaklanabilmektedir. Bu konuda bakınız: Case C- 188/88 RTT [1991], ECR I-5979

²⁷ Case C-41/83 British Telecommunications, [1985], ECR 873

²⁸ Ticari davranış ayırımına ilişkin olarak ATAD'ın, Case C-202/88 Telecommunications Terminal Equipment, [1991], ECR I-1223 ve Case C- 271/90, C- 281/91 ve C- 289/90 Telecommunications Services, [1992] ECR I- 5833 davalarında da yaptığı ayırım önemlidir.

²⁹ Case 387/93 Banchero ECR I-4698, paragraf 49

Tekeli'nin yetkili perakendeci sayısını ve satış miktarını kontrol etmesini ve perakende mağazaların açılmasına izin vermesini, kullanılan yetkilerin esasını incelemek suretiyle, bir kamu otoritesi faaliyeti olarak değerlendirmiştir.

2.2.2. Münhasır Hakkın Bir Kamu Tasarrufu Olarak Verilmesi Gerekmemektedir

Münhasır hakkın bir kamu tasarrufu olarak verilmesi, bu hakkın bir teşebbüs davranışı şeklinde verilmemesi anlamına gelmektedir. İlk bakışta biraz karışık gibi görünen bu tanım ile ulaşılmak istenen sonuç, doktrinde ve içtihatlarda hangi durumlarda teşebbüslere verilen münhasır hakların Madde kapsamında ele alındığına ilişkin aşağıda yer verilen tartışmaların incelenmesi ile netleşecektir.

2.2.2.1. Kamu Tasarruflarının Varlığına İlişkin Şekli-Esastan Yorum Ayrılığı

86. madde kapsamında münhasır hakların tespitine ilişkin doktrinde, hakkın verilmiş şekli ve hakkın verilmiş amacına yönelik iki farklı yorum yapılmıştır (Sierra (1999)). Bu ikili yorum arasındaki farklılığa *şekli-esastan yorum ayrılığı* da diyebiliriz. Madde kapsamında münhasır hakların tespitinde çok önemli bir kriter olan *münhasır hakların bir kamu tasarrufu olarak verilmesinin* daha açık anlaşılabilmesi için bu iki doktrine değinilmesi gerekmektedir.

2.2.2.1.1. Şekli Yorum

Şekli yorum temelde *hakkın kamu hukuku araçları ile verilip verilmediğine göre* yapılan bir ayırımı dayanmaktadır. Bu yaklaşıma göre, kamu hukuku araçları kullanılarak verilen münhasır haklar 86. madde kapsamında ele alınmalı, özel hukuk araçları kullanılmak suretiyle verilen münhasır haklar ise 81 ve 82. Maddeler kapsamında ele alınmalıdır.

Bu çerçevede işlemin özel hukuk kurallarına tabi bir sözleşme ile yapılması işlemin niteliğinin 86. madde kapsamında ele alınmasını engellemektedir. Bu görüşü eleştirenler (Faull & Nikpay (1999)) ise Topluluk Hukukunun *yeknesak uygulanması* gerektiği için işlemin şekline ilişkin bir incelemenin geçerli bir kriter olamayacağını ileri sürmektedirler.

Topluluk Hukukunun yeknesak uygulamaya sahip olması gerektiği ile ilgili görüş, Topluluğun birbirinden farklı hukuk sistemlerine sahip üye devletlerden oluştuğunu, bu nedenle, bir üye devletin hukuk sistemi içinde örneğin kamu hukuku kurallarına tabi olarak verilen münhasır hakların, aynı

etkiyi doğurmasına karşın, başka bir üye devletin hukuk sistemi içinde özel hukuk kurallarına tabi olarak verilen bir münhasır haktan farklı değerlendirilmesinin, 86. Maddenin etkin uygulanırlığını (*effet utile*) zedeleyeceğini ileri sürmektedir.

Bu görüşe katılmak mümkün görünmemektedir. Topluluk Hukukunun şekli engellere takılarak uygulanmasının önüne geçilmesi, üye devletleri Antlaşma ile getirilen sorumluluklardan kaçmak amacıyla işlemin hukuki şeklini değiştirmeye itecek, bu da Antlaşma ile amaçlanan hedeflerin gerçekleşmesini engelleyecektir. Bu nedenle Topluluk Hukukunun yeknesaklığı göz önüne alınarak tüm uygulamalar için geçerli olacak bir sistemin belirlenmesi ve uygulanması gerekmektedir. Bu, yapılan işlemin *şekline* değil *esasına* bakılmak suretiyle gerçekleştirilebilecek, bu nedenle *esastan yorumun* benimsenmesi daha yerinde olacaktır.

Burada, *Telecommunications Services*³⁰ direktifinde münhasır haklara ilişkin olarak yer verilen tanıma tekrar dönülmesi gerekmektedir. Komisyon tarafından yapılan tanımda;

“Bir üye devlet ya da bir kamu otoritesi tarafından bir veya birden fazla kamusal veya özel kuruluşa herhangi bir yasal idari veya düzenleyici araç aracılığı ile tanınan haklar”

86. madde kapsamında sayılmaktadır. Ne var ki ilk bakışta geniş bir yorum içerdiği izlenimi veren bu tanım, *herhangi bir yasal, idari veya düzenleyici araç* ifadesini kullanmak suretiyle esasen daraltıcı bir yorum getirmektedir. Bunun nedeni işlemin değerlendirilmesine ilişkin saydığı araçların kamu hukuku araçları olması ve özel hukuk sözleşmelerini kapsamamasıdır.

Bu yorumun bir çok sakıncası bulunmaktadır. Esasen üye devletler arasında kamusal tasarruf yetkisi kullanılarak yapılan anlaşmaların formu konusunda bir birlik olmadığı açıktır. Örneğin, her ne kadar amaç ve hukuki etki açısından aynı sonucu doğursalar da Fransa’da kamunun taraf olduğu münhasır hakların bahşedilmesine ilişkin sözleşmeler kamu hukukuna tabi iken, Almanya’da aynı tip sözleşmeler özel hukuka tabidir (Faull&Nikpay (1999)). Ancak buna rağmen her iki sözleşmenin yarattığı etkiler aynıdır. Bu nedenle uygulamada, Komisyon tarafından yapılan tanımda yer alan *herhangi bir yasal, idari veya düzenleyici araç aracılığı ile* ifadesi yerine, münhasır hakların *herhangi bir hukuki araç vasıtasıyla* ifadesinin kullanılması doğru olacaktır (Sierra (1999)).

³⁰ Directive 90/388 “Competition in the Markets for Telecommunications Services”, OJ L192, 24.07.1990

2.2.2.1.2. Esastan Yorum

Esastan yorum, şekli unsurlar ile bağlı kalmaksızın, üye devletler tarafından gerçekleştirilen işlemin *amacını* tespit etmeye çalışmaktadır.

Kamu tarafından gerçekleştirilen işlemlerin genel amacı elbette, ilk olarak akla geleceği üzere, kamusal faydanın yaratılmasıdır. İlerleyen bölümlerde detaylı olarak anlatılacağı üzere, üye devletler, *sosyal amaçlarla*, örneğin işsizliğin önlenmesi³¹, çalışanların sosyal haklarının artırılması³², halkın kültürel seviyesinin yükseltilmesi³³ gibi nedenlerle, bir faaliyetin yürütülmesi için münhasır hak tahsisi yoluna gidebilmektedirler. Ne var ki bu gibi gerekçeler ile, yalnızca ekonomik bir faaliyetin yürütülmesi için değil *ekonomik olmayan* bir faaliyetin yürütülmesi amacıyla da münhasır haklar verilebilmektedir. Bu nedenle *kamusal fayda yaratma amacının* varlığı bir münhasır hak tahsisini konu alan kamu tasarrufunun 86. madde kapsamında ele alınmasında belirleyici bir kriter değildir.

2.2.2.2. Münhasır Hakkın Fonksiyonu

Burada incelenecek olan *işlemin ardında yatan saik veya işlemin amacı* ise bundan farklıdır. İşlemin esası ile ilgili olarak yapılacak incelemelerde tespit edilmesi gereken nokta, kamunun piyasalara müdahalesinin gerekçesinin *bir piyasanın düzenlenmesi* mi olduğu, yoksa düzenleme amacına sahip olmayan *piyasa içi* bir nitelik mi taşıdığıdır. Dolayısıyla burada, *işlemin amacından* anlaşılması gereken, *işlemin üstlendiği fonksiyon* olmalıdır.

Bu durumda yapılacak analizin temelini münhasır hakkın fonksiyonunun tespiti oluşturmaktadır (Sierra (1999)). Eğer söz konusu tahsisin amacı *bir piyasanın düzenlenmesi* ise karşımızda 86. madde kapsamında yer alan bir işlem bulunmakta, diğer taraftan hakkın verilmesi, *ekonomik aktivitelerin yerine getirilmesi* esnasında gerçekleşen normal bir davranış şeklinde gerçekleşmekte ve herhangi bir düzenleyici amaç ve niteliği bulunmamakta ise, bu durumda devletin ticari nitelikte bir davranış sergilediği ve pazarda yer alan alelade bir aktör gibi davrandığı sonucuna ulaşılmaktadır.

86. madde kapsamında ele alınan *münhasır hak tahsisleri*, esasen devletin bir ekonomik aktivitenin ne şekilde yürütüleceğine karar vermesi, başka bir ifade ile devletin *piyasaları yapılandırmak, piyasaların çalışacağı yapıyı belirlemek* amacıyla gerçekleştirdiği işlemleri konu edinmektedir. Bu saik, söz konusu işlemin hangi madde kapsamında ele alınacağına ilişkin olarak

³¹ Case C-41/90 Höfner, [1991], ECR I-1979

³² C-159/91 ve C-160/91 Poucet [1993], ECR, I-637

³³ Case C-155/73 Sacchi [1974], ECR 430; Case C-260/89 ERT [1991], ECR I-2925

belirleyici bir rol oynamaktadır³⁴. Nitekim ATAD tarafından *Bodson*³⁵ davasında, işlemlerin tabi oldukları kurallar arasında yapılan ayırım,

Mahalli idarelerin kamu otoritesi (kurumu) yetkilerini kullanarak bir kamu hizmetinin görülmesi amacıyla görevlendirilmiş teşebbüsler ile akdettikleri imtiyaz sözleşmelerine Antlaşma'nın 85. Maddesi uygulanmaz.

denilmek suretiyle ortaya konulmuştur.

Yukarıda yer verilen açıklamalar çerçevesinde, 86. Madde kapsamında ele alınan hakların ticari davranışlardan ayrılan niteliğinin tespitinde özellikle *Bodson* davasında yer verilen *kamusal yetkilerin kullanılmasının* ön plana çıktığı görülmektedir. Bu nedenle bu kavram üzerine durulması, işlemin üstlendiği fonksiyonun tespiti bakımından önem arz etmektedir.

2.2.2.3. Kamusal Yetkilerin Kullanılması

Kamusal yetkilerin kullanılması, Komisyon tarafından³⁶ 90.(eski) maddenin üçüncü fıkrasına dayanılarak telekomünikasyon sektörüne ilişkin çıkarılan Direktiflerde³⁷ de benimsendiği üzere, *kamusal takdir hakkının kullanılması* (Sierra(1999)) veya *jus imperii* (Winterstein(1999)) kavramları ile açıklanmaktadır.

Doktrinde bu kavram ile esasen *münhasırlığın kamu iradesi ile oluşmuş bir durum olması* gerekliliği üzerinde durulmaktadır. Dolayısıyla münhasırlığın oluşmasında devlet iradesinin varlığı olmazsa olmaz bir unsur teşkil etmektedir. Bu çerçevede bir piyasanın düzenlenmesi şeklindeki bir *amacın*, kamu gücü kullanılmak suretiyle, söz konusu aktivitede bulunulmasının, yapay olarak tek teşebbüs ile sınırlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüs sayısının teke indirilmesi şeklinde gerçekleştiği ifade edilmektedir.

Piyasanın rekabete kapanması sonucunu doğuran bu işlemin ardında yatan, bir teşebbüsün pazar davranışı değil, fakat bir kamu otoritesinin kendisine tanınan takdir hakkını kullanarak aksinin hukuken mümkün olmadığı bir durum yaratmasıdır. Aksini hukuken yasaklayan ve hak sahibine hukuk dışı

³⁴ Case-118/85 AAMS [1987], ECR 262, paragraf 7

³⁵ Case C- 30/87 Bodson, [1988] ECR 2516 sayfa 2518, paragraf 18

³⁶ Komisyon tarafından kamusal takdir hakkının kullanılması kavramının karşılığı olarak objektif, orantılı ve ayırıcı olmayan kavramı kullanılmaktadır. Komisyon'un kullandığı bu kavramdan, her başvuran teşebbüs tarafından, başvuranlar arası ayırıcılık yapılmadan en fazla başvuranlardan belirli ve fakat orantılı şartların istenmesi ile söz konusu faaliyetlerin yerine getirilebilmesi anlaşılmaktadır.

³⁷ Directive 90/388 "Competition in the Markets for Telecommunications Services", OJ L192, 24.07.1990, Giriş paragraf 2.

müdahaleleri engelleme hakkı veren (*jus prohibendi*) bir işlemin niteliği hukuk dışı müdahalelerin varlığı ile de ortadan kalkmamaktadır³⁸.

2.2.2.3.1. Piyasa İçi ve Piyasa Dışı Davranışların Karşılaştırılması, Almelo ve Bodson Örnekleri

Münhasır hak tahsislerinin ticari nitelikte mi oldukları yoksa bir piyasanın düzenlenmesi amacı çerçevesinde mi gerçekleştirildiklerinin aydınlatılması için, 86. Madde uygulamalarında belirleyici rol oynayan ATAD kararlarından *Almelo*³⁹ ve *Bodson*⁴⁰ kararlarına değinilmesi gerekmektedir.

Hatırlanacağı üzere ATAD tarafından Bodson davasında,

Mahalli idarelerin kamu otoritesi (kurumu) yetkilerini kullanarak bir kamu hizmetinin görülmesi amacıyla görevlendirilmiş teşebbüsler ile akdettikleri imtiyaz sözleşmelerine Antlaşma'nın 85. Maddesi uygulanmaz.

denilmek suretiyle kamunun piyasa içi ve piyasa dışı davranışlarına uygulanan kuralların farklılığı açık bir şekilde ortaya konulmuş ve dava konusu olayda yerel idarenin kamusal yetkilerini kullanarak gerçekleştirdiği işlem 85.(eski) madde kapsamında bir teşebbüs davranışı olarak değil, 90(eski). madde kapsamında ele alınmıştır.

Almelo davası ise, yerel idarenin gerçekleştirdiği davranış nedeniyle bu kez bir teşebbüs olarak nitelendirilmesine örnek teşkil eden bir davadır. Dava, bölgesel dağıtım şirketi IJC ile yerel dağıtım şirketi Almelo Yerel İdaresi arasında elektrik dağıtımına ilişkin olarak çıkan uyuşmazlık sonucunda ATAD'a yöneltilen istişari görüşe ilişkindir. Konu ile ilgili ATAD tarafından verilen karara geçmeden önce davanın esasları hakkında bilgi verilmesi gerekmektedir.

Hollanda elektrik piyasasında, devletin elektrik üretim ve dağıtımını düzenleyen işlemleri sonucunda üretim dört ayrı teşebbüs tarafından gerçekleştirilmekte, bu teşebbüsler ürettikleri elektriği bölgesel dağıtım şirketlerine satmakta, bölgesel dağıtım şirketleri ise elektriği yerel otoritelerden oluşan yerel dağıtıcılara satmaktadırlar.

Hukuken yerel idarelerden oluşan yerel dağıtım şirketlerinin istedikleri bölgesel dağıtım şirketinden elektrik alabilmelerine engel bulunmamakta, bunun yanı sıra, elektriğin doğrudan kullanıcılar tarafından belirli oranda ithal edilmesine, getirilen düzenlemeler çerçevesinde izin verilmektedir.

³⁸ Aksinin hukuken mümkün olmaması kavramına ilişkin bakınız, Case C-41/90 Höfner, [1991], ECR I-1979

³⁹ Case C- 393/92 Almelo [1994], ECR I-1477, paragraf 31

⁴⁰ Case C- 30/87 Bodson, [1988] ECR 2516 sayfa 2518, paragraf 18

Ancak elektrik üreticileri arasında akdedilen bir anlaşmada, elektrik ithalinin yasaklanması ve bölgesel dağıtıcılar ile yapılacak anlaşmalarda münhasırlık ve ithalat yasağı şartlarının getirilmesi kararlaştırılmış; benzer bir hükme bölgesel dağıtıcılar ile yerel dağıtıcılar arasında akdedilen sözleşmelerde de yer verilmiştir. Dava, bölgesel dağıtım şirketi IJC ile yerel dağıtım şirketi Almelo Yerel İdaresi arasında akdedilen sözleşmede yer alan, yerel idareye getirilen *münhasır satın alma* ve bölgesel dağıtıcıya getirilen *yerel idarenin bölgesinde dağıtım yapmama* şartlarından kaynaklanmaktadır.

ATAD tarafından yapılan incelemede,

Uyuşmazlık konusu sözleşmelerin, kamu otoriteleri ile IJM arasında akdedilen bir sözleşme olmadığı, ancak bir bölgesel dağıtım şirketi ile yerel dağıtım şirketi arasında akdedilmiş bir sözleşme olduğu;

Bunun yanı sıra IJM ile yerel dağıtıcılar arasında yapılan, IJM'nin yerel dağıtıcılara elektrik sağlama koşullarının belirlendiği sözleşmelerin; bölgesel dağıtım şirketine kamu hizmetinin yerine getirilmesine ilişkin tanınan imtiyazın devri anlamına gelmediği, satış koşullarının ve özel olarak münhasır satın alma koşulunun, taraflar arası (ticari nitelikte) bir sözleşmeden kaynaklandığı ve kamu otoriteleri tarafından IJM'ye tanınan bölgesel imtiyazdan kaynaklanmadığı (verilen bu imtiyazda yer almadığı)

sonucuna ulaşılmış; bu çerçevede,

Antlaşma'nın 85. Maddesinin teşebbüsler arası rekabeti sınırlayan ve üye devletler arası ticareti etkileyen anlaşmalara uygulandığı;

Teşebbüsler arası anlaşmaya ilişkin olarak... ulusal mahkemenin önündeki olayda yer alan "münhasır satın alma koşulu"nun bölgesel ve yerel dağıtıcılar arasında elektrik sağlanmasına ilişkin genel koşullar arasında yer aldığı ve bu nedenle 85. Madde de zikredilen anlaşmalarda yer alan koşullardan birini teşkil ettiği;

Böyle bir koşul içeren bir sözleşmenin, yerel dağıtıcıların diğerlerinden elektrik temin etmesini yasakladığı göz önüne alınarak, rekabeti sınırlayıcı etkisi olduğu,

şeklinde karar verilmiştir.

Karar, 86. Maddenin uygulanmasına yönelik bir çok başlığı ilgilendiren açıklamalara yer vermektedir. Bunlar sırasıyla;

- i- Yerel otoritelerin teşebbüs olarak sayılabilecekleri,
- ii- Elektrik dağıtımının ayrı bir tüzel kişi tarafından gerçekleştirilmemesine (bir kamu otoritesi olan belediye bünyesinde gerçekleştirilmesine) rağmen, gerçekleştirilen faaliyet dolayısıyla yerel idarenin teşebbüs olarak sayılabilmesi,
- iii- Rekabet kurallarının uygulanması bakımından teşebbüslerin kamu veya özel niteliğinin göz önüne alınmaması,
- iv- Münhasır hakların sınırlarının yerel veya bölgesel olabileceği,

- v- Münhasır hakların *imtiyaz verilmesi* Şeklinde gerŐekleŐebileceđi, ve en önemlisi,
vi- Kamu otoritelerinin 86. ve 81. Madde kapsamında olan davranışlarının ayrılmasıdır.

Bodson davasında ATAD, yerel idarenin bir müteŐebbis hvviyeti ile davranmadığına, kamusal yetkilerini kullanarak bir düzenleme yaptığına ve yaptığı bu işlemin geniş anlamı ile *ye devletler tarafından gerŐekleŐtirilen münhasır hak tahsisi iŐlemlerinden biri olduğuna* karar verirken; aynı kriterleri kullanmak suretiyle *Almelo* davasında bu kez yapılan iŐleminde yerel idarenin bir teşebbüs kimliği taşıdığını ve bir müteŐebbis davranışı sergilediğini belirtmiŐ, dolayısıyla yerel idare ve bölgesel dağıtıcı arasında akdedilen sözleşmenin 81. Madde kapsamında ele alınması gerektiğine karar vermiştir.

2.2.3. Münhasır Hak Bir Teşebbüse Verilmelidir

86. madde kapsamında münhasır haklardan bahsedebilmek iÇin gerekli üçüncü şartı, münhasır hakkın bir teşebbüse verilmesi gerekliliği oluŐurmaktadır. Antlaşma metninde tanımına yer verilmeyen teşebbüs kavramı, doktrinde ve ATAD kararlarında üzerinde en fazla tartışma yaşanan kavramdır.

Teşebbüs tanımın geliŐmesinde ve yerleŐmesinde belirleyici rolün ATAD kararlarına ait olması nedeniyle, konunun ATAD kararlarından örnekler verilmesi suretiyle incelenmesi yerinde olacaktır.

2.2.3.1. Hfner Kararı

Teşebbüs kavramı iÇine *kimlerin* dahil olacaklarına ilişkin ATAD kararları iÇinde en belirleyici olanı 1991 yılında verilen *Hfner*⁴¹ kararıdır. Bu karara göre:

Rekabet hukuku kapsamında ekonomik bir aktivite yürüten her kuruluş, hukuki statüsünden ve yürüttüğü aktivitenin finansman Şeklinden bağımsız olarak teşebbüs tanımını iÇinde yer almaktadır.

Kararın en önemli yanı hiÇ kuşkusuz teşebbüs kavramına *fonksiyonel* bir bakış aŐısı getirmiş olmasıdır. Bu  erŐevede Karar'da yer alan ifadelerden hareketle teşebbüs kavramının özelliklerini tespit edebiliriz.

İlk noktayı, teşebbüs tanımının hukuki statüye göre değişen bir kavram olmaması teşkil etmektedir. Teşebbüslerin kamu⁴² veya özel hukuka tabi

⁴¹ Case C-41/90 Hfner, [1991], ECR I-1979

⁴² Case-118/85 AAMS [1987], ECR 262; Case 69/91 Decoster, [1993], ECR I- 5379; Case 92/91 Taillander [1993], ECR I- 5403; Case 393/92 Almelo [1994], ECR I-1477; Case 242/95 GT-Link [1997] ECR I- 4449

olmaları yapılacak incelemelerde belirleyici değildir. Bununla beraber, kamu veya özel hukuka tabi olma ayırımı bir yana, aktivitenin ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olmayan birimlerce yürütüldüğü durumlarda da bir teşebbüsün varlığından bahsedilip bahsedilemeyeceği önemli bir sorudur.

Ne var ki uygulamada sıkça karşılaşılan bir durum olan, aktivitelerin *devletin tüzel kişiliği içinde bulunan* birimler (genel müdürlükler, bağlı birimler vb.) tarafından yürütülmesi de kavram olarak hukuki statüden bağımsız olma içinde ele alınmalıdır. Dolayısıyla böyle bir durumda da bir teşebbüsün varlığından bahsedilebilecektir.

2.2.3.2. AAMS Kararı⁴³

Dava, Komisyon tarafından kamu teşebbüsleri ile üye devletler arasındaki finansal ilişkilerde şeffaflığın sağlanması amacıyla çıkarılan *“Transparency Directive”*⁴⁴ de yer alan, kamu otoriteleri ve kamu teşebbüsleri arası finansal ilişkilere ilişkin olarak, Komisyon tarafından istenildiği takdirde bilgi gönderilmesi hükmünün, devlet tüzel kişiliğinden ayrı bir tüzel kişiliği olmayan ve bütün satımı faaliyetinde bulunan AAMS ile İtalyan Hükümeti arasındaki finansal ilişkileri kapsayıp kapsamadığına ilişkindir.

Direktifin 2. Maddesinde yer alan kamu otoritesi-kamu teşebbüsü ayırımının, devletlerin bir yandan kamusal yetkiler kullanırken diğer yandan da ticari nitelikte ekonomik aktivitelerde de bulunabileceğinin kabulünden hareketle yapıldığı;

Bu nedenle her davada devlet tarafından yürütülen aktivitelerin bu kategorilerden hangisine girdiği ayırımının yapılması gerektiği;

Bir devlet tarafından bahsi geçen aktivitelerin söz konusu Direktifin 2. Maddesinde yer verildiği gibi üzerinde baskın etki kullanılacak ayrı bir yapı veya devlet idaresinin bir bölümünü teşkil eden bir yapı tarafından yürütülebileceği;

Bu yapının ulusal hukuk çerçevesinde devletten ayrı ya da ayrı olmayan bir hukuki kişiliğinin bulunması gerçeğinin, bunun 80/723 sayılı direktif anlamında bir kamu teşebbüsü sayılıp sayılmaması ile alakası olmadığı

şeklinde verilen karar, yukarıda ayrı bir tüzel kişiliğin olmadığı durumlara ilişkin tespitleri doğrulayıcı niteliktedir.

Höfner davasında yer verilen ve teşebbüs kavramına ilişkin değinilen diğer noktaları *ekonomik aktivite yürütme* ve *finansman şeklinden bağımsızlık* kavramları oluşturmaktadır. Bu konulara ilişkin olarak bu başlık altında inceleme yapılması, bundan sonra gelecek *münhasır hak ekonomik bir*

⁴³ Case – 118/85 AAMS [1987], ECR 2621

⁴⁴ Directive 80/723, “Transparency of Financial Relations between Member States and Public Undertakings”, 1980, OJ L 195/35(1985 yılı değişikliği ile birlikte, OJ L 229/20)

aktivitenin yürütülmesi için verilmelidir başlığının da esasen aynı konuya ilişkin olması nedeniyle, burada bırakılmalı ve bu kısmın hukuki statü ile sınırlandırılması gerekmektedir.

2.2.4. Münhasır Haklar Ekonomik Bir Aktivitenin Yürütülmesi Amacıyla Verilmelidir

86. madde kapsamındaki münhasır hakların, kavram olarak teşebbüsler tarafından verilen münhasır haklar ile en fazla karıştırılmasına neden olan özelliği, her iki durumda da hakların ekonomik bir aktivitenin yürütülmesi amacıyla veriliyor olmasıdır. 81. ve 86. Maddeler kapsamında hakların ayrıldığı temel noktaların, ikincisinde hakkın veriliş amacı (bir piyasanın düzenlenmesi) ve bu hakların verilmesinin bir kamu yetkisinin kullanılması olduğuna yukarıda değinilmişti⁴⁵.

Ancak burada belirtilecek olan, hakların bir teşebbüse verilmiş olmasının maddenin uygulanabilirliği için şart olması gerçeğinin yanı sıra, kamu kuruluşları tarafından *ekonomik olmayan aktivitelerin* yürütülmesi amacıyla da münhasır haklar verilebileceği göz önüne alınarak, bu iki durum arasındaki ayırımın tespiti. Bunun için öncelikle içtihatlarda *ekonomik aktivitenin* ne şekilde ele alındığına değinilmesi gerekmektedir.

2.2.4.1. Ekonomik Aktivite Tanımı

Ekonomik aktivite kavramı, üye devletlerin kendi insiyatifleri ile konuya ilişkin kurallara tabi olup olmayacağına karar vermesine neden olacak şekilde üye devletlerin takdirine bırakılmamalıdır. Bu nedenle *ekonomik aktivite* bir Topluluk Hukuku kavramı olarak ele alınmalı ve hangi aktivitelerin topluluk rekabet kuralları kapsamında ele alınacağına ilişkin bir genel standart geliştirilmelidir.

Topluluk kurallarının etkinliği, bunlara ilişkin yeteri kadar açık ve anlaşılabilir kriterlerin geliştirilmesine bağlıdır. Her üye devlette farklı özellikler içeren hukuk kurallarının bulunması nedeniyle, Topluluk Hukukunun yeknesak olması gerektiği de göz önüne alınarak, ekonomik aktivite tanımına ilişkin geliştirilecek kriterlerin de *fonksiyonel* bir incelemeye olanak tanıyacak nitelikte olması gerekmektedir.

⁴⁵ Case C- 30/87 Bodson, [1988] ECR 2516; Case C- 393/92 Almelo [1994], ECR I-1477

2.2.4.1.1. Höfner Kararı

Ekonomik aktivitenin tanımlanmasına, yine, ATAD tarafından *fonksiyonel* bir analiz yapıldığı *Höfner* davasında verilen karar ışığında başlanması gerekmektedir.

Davada Alman hükümeti tarafından *Bundesanstalt Für Arbeit (Federal İstihdam Bürosu) (Bundesanstalt)*'ın faaliyetlerinin teşebbüs davranışlarından sayılmamasına ilişkin olarak ileri sürülen iddialar temel olarak iki noktaya dayanmaktadır.

Bunlardan ilki, *Bundesanstalt*'ın faaliyetlerinin, sosyal bir politikanın(işsizliğin önlenmesi) gerçekleştirilmesi amacının yanı sıra ekonominin tamamının faydalanmasının öngörüldüğü bir işleve sahip olmasıdır.

İkinci olarak, *Bundesanstalt* yürüttüğü faaliyetlerini ücret karşılığı ve kar elde etme saiki ile yapmamaktadır. Söz konusu faaliyetlerin finansmanı, işçi ve işverenlerden çeşitli yollardan temin edilen *kesintiler* ile karşılanmaktadır.

ATAD, ileri sürülen bu iddiaları;

Rekabet hukuku kapsamında ekonomik bir aktivite yürüten her kuruluşun, hukuki statüsü ve aktivitenin finansman şeklinden bağımsız olarak teşebbüs tanımı içinde yer aldığı ve işçi bulma hizmetinin bir ekonomik aktivite olduğu,

İş ve işçi bulma aktivitelerinin normalde kamu kuruluşlarına tevdi edilmesinin söz konusu aktivitelerin ekonomik doğasını etkilemediği; iş ve işçi bulma aktivitelerinin bugüne kadar ne hep, ne de muhakkak kamu kuruluşlarınca yerine getirilmediği,

gerekçeleri ile reddetmektedir.

Karar çerçevesinde işlemin ekonomik niteliğinin tespitinde ATAD tarafından kullanılan gerekçeleri aşağıdaki gibi sıralayabiliriz;

- i- Yürütülen faaliyetin ücret karşılığı yapıp yapılmaması (finansman şekli) işlemin ekonomik niteliğini değiştirmemektedir,
- ii- Yürütülen faaliyetin diğer ülke örnekleri ile karşılaştırıldığında *normalde* kamu kurumlarına tevdi edilmesi de yürütülen faaliyeti ekonomik olmaktan çıkarmamaktadır,
- iii- Yürütülen faaliyet *bugüne kadar hep* kamu kuruluşlarınca yerine getirilmemiştir.
- iv- Yürütülen faaliyetin *muhakkak* kamu kuruluşlarınca yerine getirilmesi de gerekmemektedir.

Bu gerekçeler çerçevesinde Karar'dan, *zorunlu olarak veya bugüne kadar hep* kamu kuruluşlarınca yerine getirilmeyen aktivitelerin, kar elde edilip edilmediğine bakılmaksızın ekonomik aktivite sayılabileceği anlaşılmaktadır. Burada kullanılan kriterleri, *bir aktivitenin fiilen veya potansiyel olarak özel*

teşebbüs rekabeti ile karşı karşıya kalması durumunda ekonomik bir aktivitenin varlığından bahsedilebileceği şeklinde yorumlamak mümkündür (Winterstein(1999)).

Benzer bir yaklaşımı, Komisyon tarafından *Regie des Voies Aeriennes*⁴⁶ kararında kullanılan, *prensip olarak özel teşebbüslerce kar elde etme saikiyle gerçekleştirilebilecek aktiviteler ekonomik karakterdedir* ifadesinde de bulmak mümkündür⁴⁷. Böyle bir yaklaşım hiç kuşkusuz *özel teşebbüslerce yerine getirilebilecek her türlü faaliyetin* ekonomik aktivite sayılabileceği sonucu doğurmaktadır.

2.2.4.2. Ekonomik Olmayan Aktiviteler

Bu geniş tanım ile birlikte *ekonomik nitelik taşımayan faaliyetlere* ilişkin olarak ATAD tarafından verilen kararların da incelenmesi ekonomik aktivite tanımının *sınırlarının tespiti* açısından faydalı olacaktır. Bu çerçevede ATAD tarafından verilen kararlar arasında en dikkat çekici olan *Poucet*⁴⁸, *Eurocontrol*⁴⁹ ve *Cali*⁵⁰ ile birlikte *FFSA*⁵¹, *Albany*⁵² ve *MDBBV*⁵³ kararlarına değinilmesi gerekmektedir.

2.2.4.2.1. Imperium Kavramı

Kamunun teorik olarak *Höfner* davasında yer verilen fiili veya potansiyel rekabet ile karşılaşamayacağı tek alan *kamu gücünün (jus imperii, imperium) kullanılması* gereken, kamunun *kurallara uyulması için yaptırım(zorlama) yetkisini kullandığı* alanlardır. *Imperium* kullanılan ve ekonomik aktivite teşkil etmeyen alanlara ilişkin olarak verilebilecek tipik örnekler güvenliğin ve adaletin sağlanması ve ulusal savunmadır⁵⁴.

Kamunun yürüttüğü ekonomik olmayan aktiviteler kavramına ilişkin olarak elbette ilk belirtilmesi gereken noktayı kamusal yetkilerin kullanılması suretiyle münhasır hak veya özel hak verme *işlemleri* oluşturmaktadır. Nitekim

⁴⁶ 85/364 Regie des Voies Aeriennes, OJ L216

⁴⁷ Esasen benzer bir yaklaşım AG Tesauo'nun Case C- 364/92, Eurocontrol [1994] ECR I-50 görüşü paragraf 9 da da yer almaktadır. Tesauo burada ayrılabirlik kriteri üzerinde durmaktadır.

⁴⁸ Case C-159/91, C-160/91 Poucet [1993], ECR, I-637

⁴⁹ Case C- 364/92, Eurocontrol [1994] ECR I-50

⁵⁰ Case C- 343/95, Cali, [1997], ECR I- 1547

⁵¹ Case 244/94, FFSA, [1995], ECR I-4103

⁵² Case C-67/96, Albany, [1999]

⁵³ Case C- 219/97, MDBBV, [1999], ECR I- 6121

⁵⁴ Case C- 364/92, Eurocontrol [1994] ECR I-50, Advovate General Tesauo'nun görüşü paragraf 9.

önceki bölümlerde de bir kaç kez açıklandığı üzere, *Bodson* davasında ATAD tarafından;

Mahalli idarelerin kamu otoritesi (kurumu) yetkilerini kullanarak bir kamu hizmetinin görülmesi amacıyla görevlendirilmiş teşebbüsler ile akdettikleri imtiyaz sözleşmelerine Antlaşma'nın 85. Maddesi uygulanmaz

denilmek suretiyle bu *işlemlerin* madde kapsamında ekonomik aktivite olmadığı ifade edilmiştir.

2.2.4.2.2. Eurocontrol Kararı

Imperium kavramının açıklığa kavuşturulması bakımından yürütülen faaliyetlerin *tipik* olarak ekonomik aktivite kavramı dışında olduğuna karar verilen *Eurocontrol* davasına değinilmesi gerekmektedir. Hava trafiği kontrolünden sorumlu uluslararası bir kuruluş olan Eurocontrol'ün⁵⁵ faaliyetlerinin incelendiği davada, ulusal mahkeme tarafından ATAD'a yöneltilen soru,

Bu kuruluşun kendisini oluşturan Antlaşma'ya taraf devletler adına Antlaşma'nın kapsama alanı içinde sefer yapan havayolu şirketlerinden havayolu güvenliğinin temini adına, devletler tarafından belirlenen belirli oranlara dayanılarak, ücret toplanması faaliyetlerinin

ekonomik aktivite teşkil edip etmediğidir.

Bunun yanı sıra ulusal mahkemede taraf olan SAT tarafından, *Eurocontrol tarafından benzer hizmetler için farklı devletlere farklı tarifeler uygulanmasının Antlaşma'nın 86. maddesine aykırılık teşkil ettiği* iddia edilmektedir.

Davaya hukuki statü ve finansman şeklinin söz konusu faaliyetin ekonomik aktivite teşkil edip etmediğinin belirlenmesinde bir kriter olmadığını belirttiği *Höfner* davasına atıfta bulunarak başlayan ATAD,

i- Eurocontrol'ün sefer ücretini ödemeyen uçaklar yararına dahi hava trafiğini kontrol etme yükümlülüğü bulunmasını,

ii- Eurocontrol'ün faaliyetinin yalnızca kendisini oluşturan anlaşmaya taraf devletlerce belirlenen "birim fiyatlar"ı göz önüne alarak her bir havayolu şirketi tarafından ödenmesi gereken ücretleri tespit etmek ile sınırlı olduğunu, bu birim fiyatların tespitinde Eurocontrol'ün bir rolü olmadığını ve,

iii- Davada söz konusu olanın bir tek operatöre sunulan bireysel bir hizmet olmaktan ziyade birden fazla operatörün aktivitelerinin birbiri ile koordine

⁵⁵ European Organisation For the Safety of Air Navigation (Avrupa Hava Trafîği Güvenliği Organizasyonu)

edilerek, bir tek hava yolu şirketi veya uçağın güvenliğinden çok bütün olarak bir hava yolu trafiğinin güvenliğinin sağlanması olduğunu

dikkate alarak;

Bir bütün olarak ele alındığında Eurocontrol'ün faaliyetlerinin, özü, amaçları ve tabii olduğu kurallar bakımından esasen bir kamu otoritesi gücünün kullanımı niteliğine sahip havanın kontrolüne ve yönetimine ilişkin yetkilerin kullanımından ibaret olduğunu ve Eurocontrol tarafından yürütülen sefer ücretini toplama faaliyetinin ise organizasyonun üstlendiği diğer aktivitelerden ayrılmaz bir nitelik taşıdığını

ifade etmiş ve Eurocontrol'ün ekonomik bir aktivite yerine getirmediği için 86(eski). veya 90.(eski) maddeler kapsamında teşebbüs sayılmayacağı sonucuna ulaşmıştır.

Burada, davada *AG Tesauro* tarafından yapılan fonksiyonel analize değinilmesi gerekmektedir. *Höfner* davasının incelenmesi esnasında yer verdiğimiz, *özel teşebbüslerce yerine getirilebilme* kavramının da bizzat esasının değerlendirilmesini içeren bu görüşte, SAT tarafından ileri sürülen,

Eurocontrol'ü oluşturan anlaşmaya taraf devletlerden örneğin Almanya'da hava trafiği kontrolünün Alman Hükümeti tarafından özel bir şirkete verilmiş olması dolayısıyla Eurocontrol tarafından yürütülen aktivitenin ekonomik olarak ele alınması gerektiği

şeklindeki iddia incelenmektedir.

AG Tesauro tarafından yapılan incelemede, şeklen aktivitenin özel teşebbüs tarafından gerçekleştirilebileceği izlenimini doğurabilecek bu iddia,

Hava trafiği kontrolünü içeren hizmetler için Almanya'da özel bir şirketin görevlendirilmiş veya Hollanda örneğinde olduğu üzere bunun özel sektör tarafından kendine has bir sistemde organize edilmiş olmasına rağmen, bu şirketlerin sermayelerinin bir kısmının bile devrinin yasaklandığı veya devletlerin herhalükarda hava güvenliğinin tamamının özelleştirilmesini yasakladıkları göz önüne alındığında, adı geçen devletlerin bu amaçlar için kurulmuş şirketler üzerinde, bu hizmetin devletin temel görevleri arasında yer alması nedeniyle, mutlak kontrole sahip olduklarının görüldüğü

ifade edilmek⁵⁶ suretiyle reddedilmiştir. Faaliyetin şekli unsurları ile bağlı kalmayarak esasının değerlendirildiği bu bölüm, şekli ve esastan incelemenin sonuçlarının birbirinden ne derece farklı olduğunu göstermesi bakımından son derece önemlidir.

Esasen ATAD tarafından *bir kamu otoritesi yetkilerinin kullanımı ve yasadan kaynaklanan ve bütün havayı kapsayan bir zorlama yetkisinin kullanımı* kriterinin kullanılması ile ulaşılan bu sonuç, faaliyetlerin *özünün*

⁵⁶ Case C- 364/92, Eurocontrol [1994] ECR I-50 *AG Tesauro*'nun görüşü paragraf 12.

fonksiyonel açıdan incelenmesi ile ulaşılan doğru bir sonuçtur. ATAD'ın katıldığı bu karara ilişkin eleştirilebilecek tek nokta Karar'da *kamu yararını amaçlayan karakterin varlığının*, işlemin ekonomik karakterde olup olmadığına ilişkin yapılan değerlendirmede kullanılmış olmasıdır. 86. Maddenin ikinci fıkrasında *genel ekonomik çıkarlara hizmet etmekle* ifadesinin yer aldığı göz önüne alındığında *kamu yararı amaçlamamanın* işlemi ekonomik aktivite olmaktan çıkarmadığı görülmektedir. Dolayısıyla Karar'da ulaşılan sonuç doğru olsa da bunun bir kriter olarak kullanılmasının kararda yer alan bir çelişki olduğu söylenebilecektir. Bu yorum kanımızca "*kamu güvenliğinin sağlanmasına hizmet etmesi*" şeklinde bir ifade ile düzeltilebilecek bir durumdur. Bu sayede ATAD tarafından kullanılan *amaç* ifadesinin bu şekilde ele alınması ile ilk bakışta göze çarpan bu tutarsızlık ortadan kaldırılmış olacaktır.

Sierra (1999), ATAD'ın bu davada kullandığı *tabi olunan kurallar* ifadesini de eleştirmekte ve *Höfner* davasına atıfta bulunmak suretiyle ekonomik aktivitenin tespitinde hukuki statünün bir kriter olarak kullanılmayacağını ifade eden ATAD'ın, sonuç bölümünde *tabi olunan kurallar* ifadesi kullanmasını başka bir tutarsızlık olarak ileri sürülmektedir. Ancak burada da yukarıda yer verilen şekli ile kullanılan ifadenin *ulusal güvenliği düzenleyen kurallar* şeklinde algılanması ile iddia edilebilecek bu tutarsızlık ortadan kaldırılmış olacaktır. Esasen Karar'ın tamamı ele alındığında Mahkeme tarafından ifade edilmek istenenin, Karar'ın 24. paragrafından da görüleceği üzere, ekonomik aktivite ile alakası olmayan ve yaptırım uygulanmasını içeren kurallar olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla burada anlayış bakımından bir tutarsızlığın değil *ifade eksikliği* olduğunun söylenmesi daha doğru olacaktır.

2.2.4.2.3. Cali Kararı- Asli Hizmetler Kavramı

Imperium kavramı, devletin kamu gücünü kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği *asli görevleri* ile doğrudan alakalıdır. Bu görevlerin içine, yukarıda da yer verilen ulusal güvenlik, adalet gibi konularla beraber, incelenen olayların özünün incelenmesi ile, başkalarının da katılması mümkündür. Bu çerçevede ilk olarak değinilmesi gereken karar *Cali*⁵⁷ kararıdır.

Dava, Genoa Liman İdaresi tarafından SEPG adlı kuruluşa yükleme ve indirme esnasında yağ ve benzeri ürünlerin yayılmasını önleme amaçlı olarak kirliliğin önlenmesi ve gözetilmesi ile ilgili verilen haklara ilişkindir. Hizmetlerin finansmanı liman idaresi tarafından, limana yanaşan bütün gemilerden zorunlu olarak tonajlarına, taşıdıkları yük miktarına ve yükleme ve

⁵⁷ Case C- 343/95, Cali, [1997], ECR I- 1547

indirme sürelerine göre değişecek şekilde alınan ücretlerden sağlanmaktadır. Limana yaşanan gemilerin potansiyel olarak kirlilik tehlikesi taşıyıp taşıyamaları bu hizmet için kendilerinden ücret talep edilmesini engellemektedir. Gemi taşımacılığı yapan Cali tarafından istenen ücrete ilişkin açılan davada; münhasır hakkın konusunun ekonomik aktivite teşkil edip etmediği, başka bir ifade ile SEPG'nin 86.(eski) ve 90.(eski) maddeler kapsamında teşebbüs olup olmadığı sorusu üzerine ATAD,

Devletin bir kamu otoritesi olarak davrandığı veya mal veya hizmetlerin sağlanması gibi ticari bir doğası olan ekonomik aktivite yürüttüğü durumlar arasında bir ayırım yapılması gerektiğine, bu ayırım yapılırken aktivitelerin idarenin bünyesinde veya münhasır hak ya da özel hak verilmiş kuruluşlarca yürütülmesinin önem arzemediğine,

Bu çerçevede SEPG tarafından yürütülen kirliliğin önlenmesinin gözetilmesi faaliyetinin, limanlara ilişkin olarak çevrenin korunması ile ilgili, kamunun yararına, devletin asli görevlerinden biri olduğuna;

Bu gibi koruma hizmetlerinin özü, amacı ve çevrenin korunması ile ilgili olarak kullanılan yetkilerin tabi olduğu kurallar bakımından bir kamu otoritesinin kullandığı yetkiler ile alakalı olduğuna ve Antlaşma'nın rekabete ilişkin kurallarının uygulamasını haklı gösterecek bir ekonomik özünün olmadığına”

karar vermiştir.

Görüldüğü üzere ATAD kamu tasarrufunun konusunun ekonomik aktivite teşkil edip etmediğinde, *AAMS*⁵⁸ kararı çerçevesinde, kamu tasarrufuna konu aktivitenin *imperium* kavramının içinde ele alınması gereken bir aktivite olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme yaparak başlamaktadır.

Karar çerçevesinde dikkat edilmesi gereken noktayı, ekonomik bir aktivite teşkil etmeyen *imperium* kullanılması ile *imperium* kullanılarak gerçekleştirilen kamu tasarrufu sonucunda kuruluşlara verilen hakların konusunun karıştırılmaması, hakların konusunun devletin bir kamu otoritesi olarak üstlenmesi gereken savunma, güvenlik, çevrenin korunması gibi faaliyetlerden olması durumunda ise hakkın konusunun ekonomik olarak tanımlanmaması gerektiği teşkil etmektedir.

Bununla beraber burada dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta, kamu otoritesi yetkilerinin kullanılması ile ekonomik aktivite arasında ayırım yapılırken, kamunun asli görev alanları dışında kalan alanların genel ekonomik çikara hizmet edip etmemesinin bir kriter teşkil etmediğidir⁵⁹. Bu nedenle

⁵⁸ Case C-118/85, *AAMS* [1987] ECR 2612

⁵⁹ Benzer bir yaklaşım, Bundesanstalt tarafından yürütülen faaliyetlerin sosyal bir amaca hizmet etmesine rağmen ekonomik aktivite olarak tanımlandığı Höfner davasında da bulunmaktadır. Case C-41/90 Höfner, [1991], ECR I-1979

uygulamada sıkça karıştırılabilecek bir alan olan bu noktada, esasen genel ekonomik çıkara hizmet eden aktivitelerin, tanımları gereği ve 86. Maddenin ikinci fıkrasında açıkça yer verildiği üzere *bu tür kuralların söz konusu görevlerin ifasını hukuken veya fiilen engellediği* gösterilmedikçe rekabet kurallarına tabi oldukları, başka bir ifade ile ekonomik aktivite teşkil ettikleri unutulmamalıdır. Bu çerçevede açık bir şekilde genel ekonomik çıkarlara hizmet eden telekomünikasyon, posta, elektrik ve gaz gibi örnekler hatırlanmalı ve iki kavramın, *kamu otoritesinin yetkilerinin kullanılması* ile *genel ekonomik çıkar* kavramlarının, karıştırılmaması gerekmektedir.

Ekonomik aktivite tanımı ile ilgili belirtilmesi gereken son örnekleri ATAD'ın ekonomik aktivite tanımında en sık karşılaştığı dava konularından olan sosyal güvenlik sistemlerini konu alan *Poucet*, *FFSA*, *Albany* ve *MDBV* davaları oluşturmaktadır. ATAD'ın verdiği kararların incelenmesine önce ekonomik aktivitenin bulunmadığına karar verilen *Poucet* davası ile başlanıp, devamında ekonomik aktivite varlığına karar verilen *FFSA*, *Albany* ve *MDBBV* davalarına değinilmesi, bu kararların karşılaştırılması bakımından yerinde olacaktır.

2.2.4.2.4. Poucet Kararı- Yeknesaklık Kavramı

Poucet davası, Fransa tarafından tarım harici sektörlerde serbest çalışanlara uygulanan ve zorunlu katılım öngören sosyal güvenlik sistemlerine ilişkindir.

Getirilen sistem çerçevesinde zorunlu katkı paylarını ödemeyi reddeden Christian Poucet ve Daniel Pistre tarafından, benzer güvencelerin özel sigorta şirketleri ile yapacakları sigorta anlaşmaları ile sağlanabileceğinden hareketle kişilere diledikleri sigorta şirketleri ile çalışma özgürlüğü tanımayan bu sistemin Topluluk Hukukuna aykırılığının iddia edildiği davada, yerel mahkeme tarafından ATAD'a *özel bir sosyal güvenlik sisteminin yönetiminden sorumlu organizasyonun teşebbüs sayılıp sayılmayacağı* sorulmaktadır.

ATAD tarafından yapılan incelemede, uygulanan sosyal güvenlik sistemlerinin ekonomik aktivite teşkil edip etmediğinin tespitinde belirleyici etkenler olarak; uygulanan sistemlerin sosyal bir amaç taşımaları, yeknesaklık prensibine⁶⁰ göre düzenlenmiş olmaları, bunun yanı sıra uygulandıkları bütün kişileri, hastalık durumlarına, yaşlarına, finansal durumlarına ve taşıdıkları sağlık risklerine bakmaksızın kapsamaları sayılmaktadır. Bu özelliklerin göz önünde bulundurulması ile,

Sağlık fonları ve kamusal sosyal güvenlik sistemlerinin idaresi ile ilgilenen kuruluşların yalnızca(tamamıyla) sosyal bir fonksiyon üstlendikleri, söz konusu

⁶⁰ Orjinal metinde yeknesaklık prensibi "principle of solidarity" olarak kullanılmaktadır.

aktivitenin tamamen ulusal yeknesaklık esasına dayalı olduğu ve bütünüyle kar saiki gütmediği, ödenen miktarların katkı payı oranlarıyla alakalı olmayan kanuni miktarlar olduğu ve buna göre söz konusu aktivitenin ekonomik karakterde bir aktivite olmadığı

ifade edilmiş ve bunu yerine getirmekle görevli kuruluşların Antlaşma'nın 85(eski). madde ve 90(eski). Maddeleri kapsamında teşebbüs olmadıkları sonucuna ulaşılmıştır.

2.2.4.2.4.1 Poucet ve Höfner Kararlarının Karşılaştırılması

Poucet kararı bir çok açıdan ilginç özellikler arzietmekte ve davada ATAD'ın, *Höfner*'de uyguladığı fonksiyonel analizden uzaklaştığı görülmektedir.

Höfner'de yer verilen kriterler çerçevesinde sosyal güvenlik sistemlerinin *bugüne kadar ne hep, ne de muhakkak kamu kuruluşlarınca yerine getirilmediği* açıktır. Bununla beraber, sosyal bir amaç güdülmesi, 86. Maddenin ikinci fıkrasında da yer verildiği üzere, aktivitenin esasının tespitinde değil, en fazla aktivitenin yerine getirilmesi esnasında uygulanacak kurallardan oluşabilecek istisnanın sınırlarının tespitinde kullanılabilir bir kriterdir. *Hukuki statüsü ve aktivitenin finansman şeklinden bağımsız* bir değerlendirme yapılması gerekliliği göz önüne alındığında, *bütünüyle çıkar amaçlı- kar elde etme amaçlı olmama* veya *elde edilecek gelirlerin yasalar ile belirlenmesinin* bir kriter olarak kullanılması da fonksiyonellikten uzak bir inceleme izlenimini güçlendirmektedir.

Karar'dan aktivitenin tanımlanmasına ilişkin ele alınan esas noktanın, uygulanan sistemin *yeknesaklık barındırması* olduğu görülmektedir. Ancak yeknesaklık, işlemin *doğasının* tespitinde kullanılması gereken bir kuraldan öte, olsa olsa, yapılan uygulamaların 86. Maddenin ikinci fıkrası çerçevesinde getirilebilecek sınırlamaların *sınırının* tespiti için kullanılabilir bir kriterdir. Winterstein(1999) tarafından da haklı olarak ileri sürüldüğü üzere, ATAD'ın vermiş olduğu karar ile

- a- Ekonomik olmayan ve kamu gücü kullanımı içeren faaliyetler,
- b- Tamamen rekabet kurallarına tabi aktiviteler,
- c- 86. Maddenin ikinci fıkrasına göre ele alınan genel ekonomik çıkara hizmet eden aktiviteler

dışında dördüncü bir tür aktivite: yeknesaklık içeren aktiviteler eklediği söylenebilecektir.

ATAD tarafından *Poucet*'de ulaşılan bu sonucun yerleşik bir içtihat olduğunu söylemek de mümkün görünmemektedir. Bu çerçevede benzer konularda ATAD tarafından verilen *FFSA*, *Albany* ve *MDBV* kararlarına geçilmesi yerinde olacaktır.

2.2.4.2.5. FFSA Kararı

Serbest çalışan çiftçilere uygulanmak üzere yasa ile getirilen *ilave* yaşlılık sigortası sistemine ve bu sisteme gönüllü katılıma paylarına getirilen vergi indirimine ilişkin *FFSA*⁶¹ davasında, ulusal mahkeme tarafından sorulan

temel zorunlu sigorta sistemine ilave olarak yasa ile ihtiyari bir sistem olarak getirilen ve sermayelendirme esasına göre çalışan, yaşlılık sigortasını organize eden kuruluşun (CNAVMA) 85. Madde kapsamında teşebbüs sayılıp sayılmayacağı

meselesi bakımından, davada, Fransız Hükümeti tarafından,

- i- Sistemin sosyal bir amaç gütmemesi,
- ii- Sistemi organize eden kuruluş ile sigorta edilen kişiler arasında akdedilen sözleşmelerin özel hukuka tabi olmadığı ve kamu hukukuna tabi düzenlemelerden kaynaklandığı ve tarafların insiyatiflerine göre değiştirilmediği,
- iii- Uygulanan sistemin yeknesaklık prensibine dayandığı,
- iv- CNAVMA'nın kar amacı gütmeyen bir kuruluş olduğu,

ileri sürülmek suretiyle, CNAVMA'nın bir teşebbüs olarak ele alınamayacağı iddia edilmiştir. Önce *Höfner* davasına atıfta bulunan ATAD, bundan sonra *Poucet*'e atıfta bulunarak bu davada Mahkeme'nin belirli niteliklere sahip *zorunlu* sosyal güvenlik sistemlerini bu tanım dışında tuttuğunu ifade etmiş ve,

uygulanan sistemin ihtiyari olması, sistemin sermayelendirme esasına dayalı olarak çalışması, elde edilen faydaların tamamen katkı paylarına bağlı olarak ve CNVAMA tarafından gerçekleştirilen finansal yönetim ile oluşması

gerekçelerine dayanarak, CCMSA'in⁶² diğer sigorta şirketleri ile rekabet halinde *ekonomik bir aktivite yürüttüğü* sonucuna ulaşmıştır. Bunun yanı sıra Fransız Hükümeti tarafından ileri sürülen iddiaları ise;

Davada ileri sürülen yeknesaklık prensibine ilişkin verilen örneklerin bazı hayat sigortalarında da bulunduğunu veya bulunabileceğini, her durumda yeknesaklık prensibinin sistemin ihtiyari olması nedeniyle çok sınırlı oranda kaldığını, bunun da söz konusu kuruluşun faaliyetlerinin ekonomik olmaktan çıkarılmadığını,

CCMSA'nın tabi olduğu kuralların veya bu kuruluş tarafından gerçekleştirilen işlemlerin belirli şekillere ve yapacağı yatırımların belirli kurallara tabi kılınmasının, bu kuruluş tarafından gerçekleştirilen hizmeti üzerinde diğer hayat sigortalarına nazaran daha az rekabetçi bir yapıya sokmasına rağmen, bunun da söz konusu kuruluşun aktivitelerinin ekonomik olarak tanımlanmasına engel olmadığını,

Son olarak CCMSA'nın kar saiki gütmeyen bir kuruluş olmasının yürüttüğü faaliyetlerin ekonomik karakterde olmasını engellemediğini”

⁶¹ Case 244/94, FFSA [1995], ECR I-4103

⁶² Ulusal mahkemede görülen dava esnasında CNAVMA, tarım sektörüne ilişkin faaliyet gösteren iki organizasyon ile birleştirilerek CCMSA adını almıştır.

ifade etmek suretiyle reddetmiştir⁶³.

2.2.4.2.6. Albany ve MDBV Kararları

FFSA kararına paralel olarak *ATAD*, *Albany*⁶⁴ ve *MDBBV*⁶⁵ kararlarında⁶⁶, işveren ve işçi sendikaları arasında akdedilen toplu sözleşme kapsamında getirilen *zorunlu ek sigorta* şartı çerçevesinde kamu otoritelerince ilgili sektörde çalışan bütün işçiler için zorunlu hale getirilen *ek sigorta* nın yönetiminden sorumlu kuruluşun 86(eski). madde kapsamında bir teşebbüs olup olmadığına ilişkin ulusal mahkeme tarafından yöneltilen soruya,

Söz konusu kuruluşun kar amaçlı bir kuruluş olup olmadığına bir kriter teşkil etmediğini, sosyal bir amaca sahip olmasının bu kuruluşu teşebbüs saymamak için bir gerekçe olmadığını

Bu kuruluşun sermayelendirme esasına dayalı olarak hareket ettiğini ve katkı paylarının ve işçilerin elde edeceği faydaların oranlarını kendisinin belirlediğini,

Poucet davasında ödenen faydalardan farklı olarak, burada işçilere ödenecek faydaların, diğer sigorta şirketleri tarafından da gerçekleştirildiği üzere Fon tarafından yapılacak yatırımlara bağlı olduğunu

göz önüne alarak *Fon'un ekonomik aktivite yürüttüğü* sonucuna ulaşmıştır.

Albany ve *MDBV* davaları ile ilgili esas dikkat çekici olan nokta ise *ATAD* tarafından yukarıda *Poucet* davası ile ilgili olarak yaptığımız eleştirilere paralel bir inceleme yapılmış olmasıdır. *ATAD*, her iki davada da;

Antlaşma'nın 86. ve 90. Maddelerinin kamu kurumlarının bir emeklilik fonuna ilave bir emeklilik sisteminin yürütülmesi ile ilgili münhasır hak verilmesini engellemediği,

Fon'un ilave bir emeklilik sisteminin yürütülmesi ile ilgili sahip olduğu münhasır hakın ve bunun sonucu getirilen rekabet kısıtlamalarının, genel çıkarlara hizmet eden sosyal bir görevin yerine getirilmesi için gerekli bir tasarruf olarak 86. Maddenin ikinci fıkrası kapsamında haklı bir sınırlama olarak ele alınabileceği

sonucuna ulaşmıştır.

⁶³ Davada *AG Tesauro* tarafından açık bir şekilde, bu faaliyetin özel teşebbüslece yerine getirilebilecek bir faaliyet olduğu göz önünde bulundurulduğunda *CNAVMA*'nın kar amaçlı bir kuruluş olup olmasının aktivitenin esası ile alakalı bir soru olmadığı ifade edilmektedir, *AG Tesauro*'nun görüşü: Case 244/94, *FFSA*, [1995], ECR I-4103 sayfa 4019 paragraf: 13

⁶⁴ Case C-67/96, *Albany*, [1999]

⁶⁵ Case C- 219/97, *MDBBV*, [1999], ECR I- 6121

⁶⁶ Her iki dava, Hollanda da geçerli olan sosyal güvenlik sistemlerine ilişkin olup iki dava da, söz konusu sistemler arasında tabi olunan kurallar bakımından bir farklılık bulunmamaktadır. Aralarındaki tek farklılık *Albany* davasının tekstil endüstrisinde, *MDBBV* davasının ise taşımacılık sektöründe faaliyet gösteren şirketleri ilgilendirmesidir.

Yalnızca sosyal bir amaç için verilmiş ve kar amaçlı olarak yürütülmeyen bir faaliyetin, *Höfner*'de kabul edilen ve *FFSA*'da da kullanılan fonksiyonel analiz kullanılmak suretiyle 86. maddenin ikinci fıkrası kapsamında ele alınması; ATAD'ın, *Poucet* içtihatından vazgeçerek (her ne kadar atıfta bulunsa da) ekonomik aktivite tanımına ilişkin fonksiyonel analize geri döndüğü şeklinde yorumlanabilecektir.

2.2.4.3. Ekonomik Aktivite Tanımına İlişkin Değerlendirme

ATAD tarafından *ekonomik aktivite tanımına* ilişkin verilen kararların değerlendirilmesi sonucunda, her ne kadar *Poucet* davası ile bir sapma olduğu söylenebilirse de, ATAD'ın büyük ölçüde *Höfner* davası ile benimsediği prensibine bağlı kalarak ekonomik aktiviteyi;

- i- Aktiviteyi gerçekleştirenin hukuki statüsünden,
- ii- Aktivitenin finansman şeklinden

bağımsız ele aldığı, bu çerçevede aktivitelerin kar amaçlı yapıp yapılmaması veya hak sahibi kuruluşlarca sosyal vb. bir amaç çerçevesinde gerçekleştirilmesi ile bağlı kalmaksızın, aktivitenin özünü inceleyerek karar verdiğini ve karar verirken *imperium* ile *özel teşebbüslerce yerine getirilebilme* kriterlerini dikkate aldığını söylemek mümkündür.

2.2.5. Münhasır Haklar Tek Bir Teşebbüse Verilmiş Olmalıdır

86. madde kapsamında ortada bir münhasır hakkın bulunduğundan sözü edilebilmesi için kamu tasarrufuna konu hakların *tek bir teşebbüse* verilmesi, başka bir ifade ile hakkın lehdarının tek olması gerekmektedir.

Münhasır haklara ilişkin olarak yukarıda yer verilen bölümlerde incelemelerin fonksiyonel bir analize dayanması gerekliliği prensibi burada da geçerlidir. Yapılacak incelemelerde hakkın tek lehdarı olması gerekliliğinin yorumlanmasında, bir coğrafi alan içinde tek bir lehdarın varlığı esas alınmalıdır. 94/46 sayılı Direktif⁶⁷te yer alan;

Üye devletler tarafından bir teşebbüse, herhangi bir yasal, idari, düzenleyici araç aracılığı ile bir telekomünikasyon hizmetinin görülmesi amacıyla veya bir aktivitenin yerine getirilmesi amacıyla belirli bir coğrafi bölge sınırları içinde

şeklindeki tanımdan, Komisyon'un da münhasır haklara ilişkin coğrafi alan prensibini benimsediği anlaşılmaktadır.

⁶⁷ Commission Directive (EC) 94/46 "Amending Directive (EC) 88/301 and Directive (EC) 90/388 in particular with regard to Satellite Communications" [1994] OJ L268/15-21

Bu çerçevede münhasır hakların tek lehdarının olması kavramı mutlaka ulusal sınırlar içinde tek bir operatörün varlığı şeklinde değil, *tanımlanmış bölgeler* içinde tek bir operatörün varlığı şeklinde ele alınmalıdır⁶⁸.

Buna ek olarak Sierra(1999) tarafından tek lehdarlığın, *fili veya potansiyel rekabetin olmaması* şeklinde ele alınması gerektiği ifade edilmektedir. Bu durum özellikle üye devletler tarafından teşebbüslere getirilen belirli kotaların varlığı durumunda söz konusu olmaktadır. Sierra,

Kotaların uygulanması durumunda teşebbüslerin, kendilerine belirli oranda bir pazar payı garanti edilmesinden dolayı, birbirleri rekabet etmeyecekleri açıktır. Bu durumda her bir hak sahibinin, rakiplerinin pazar paylarını arttıramayacakları gözönünde bulundurulduğunda, faaliyetlerinde en az bir monopolist kadar güvende olacağı

varsayımından hareketle bu durumda da teşebbüslerin münhasır hak sahibi sayılabileceklerini ifade etmektedir. Nitekim Yunan Hükümeti'nin iç pazarın ihtiyaçlarının %65'ine ilişkin elinde bulundurduğu ithal ve pazarlama haklarının 90(eski). madde kapsamında münhasır hak olarak ele alındığı *Greek Oil Monopoly*⁶⁹ davasında da *fili veya potansiyel rekabetin yokluğu* kavramı teyit edilmektedir.

2.2.5.1. Doğal Sınırlamalar

Münhasır haklar ile ilgili tanımlamanın yapılmasında karşılaşılan ve doktrinde tartışma yaratan önemli bir sorunu, doğal tekellerin bulunması durumunda veya piyasaya giriş yapabilecek teşebbüslerin sayısının doğal nedenler tarafından sınırlı olması durumunda takdir hakkının kullanılmasının varlığından bahsedilip bahsedilemeyeceği oluşturmaktadır.

Genel olarak münhasır hak veya özel haklar ile ilgili tartışmalara konu olan bu soru Sierra(1999) tarafından,

Doğal tekellerin varlığı ve bir operatörün bu durumdan yararlanması ancak devletin karışması ile mümkündür. Bir liman veya telekomünikasyon altyapısının inşası, devletin ilgili otoritelerinin izni alınmadan mümkün değildir. Dolayısıyla bir kimsenin doğal tekel olmasına izin vermek de münhasır hak olarak yorumlanabilecek ve bu nedenle bir doğal tekele sahip olmak da münhasır hakkın bir çeşidi olarak kabul edilebilecektir.

⁶⁸ Case C- 271/81 Mialocq, [1983]ECR, 2057; Case C –30/87 Bodson, [1988]ECR2479; Case C-323/93 La Crespelle [1994]ECR I- 5104

⁶⁹ Case C-347/88 Greek Oil Monopoly, [1990] ECR 4789, para 41

şeklinde yanıtlanmaktadır⁷⁰. Katıldığımız bu görüşten, özel hakların varlığının tespitinde de faydalanılabilecektir, nitekim bu konuya ilgili bölümde yer verilmektedir⁷¹.

2.2.5.2. Patent

Doğal sınırlamalara ilişkin ukarıda yer verilen açıklamalar ile beraber münhasır haklar ile ilgili tartışılması gereken bir diğer konuyu ise patent, marka gibi hakların konumu oluşturmaktadır. Kamu tarafından da onaylanan patent hakkının hak sahibine bu hakkı kullanmak konusunda tekel yetkisi verdiği açıktır. Burada acaba münhasır hakkın varlığından bahsedilebilecek midir?

Patent ve markalar ile ilgili olarak, 86. madde kapsamındaki münhasır hakların varlığının tespitinde olmazsa olmaz koşullardan birini teşkil eden takdir hakkının ne anlama geldiğinin tespiti bakımından Lang(1984) tarafından kullanılan “*self-made monopoly*”, “*kendi başına oluşan tekeller*” kavramının kullanılması yerinde olacaktır. 86. madde kapsamında bir münhasır ya da özel hakkın varlığından bahsedilebilmesi için söz konusu durumun kamu tarafından kamusal yetkiler kullanılarak yaratılmasının gerekliliği göz önüne alındığında, oluşmasında kamunun bir rolü olmayan marka ya da patent gibi hakların madde kapsamında ele alınmaması gerekmektedir. Her ne kadar bu hakların ilgili kurumlarca tescil edilmek suretiyle korunması tartışma konusu yaratsa da bu hakların oluşumunda kamunun bir rolü olmadığı için söz konusu hakların kapsam içinde ele alınmaması yerinde olacaktır⁷².

2.3. ÖZEL HAKLAR

Evvelce de belirtildiği üzere, 86. Madde metninde *münhasır hak ve özel hak* kavramlarına yer verilmek suretiyle bu iki kavram arasında yapay bir farklılık yaratılmaktadır (Lang(1984)). Kağıt üzerinde bir ayırım gibi görünmekle birlikte, kamunun özel veya münhasır hak vermek suretiyle piyasalara müdahale etmesi, esasen, *şeklen* birbirinden farklı ancak *özü* bakımından birbiri ile aynı amaçlara sahip müdahalelerdir.

Bu bakımdan özel hakların, hakkı alan teşebbüs sayısı haricinde, münhasır haklar ile *üye devletler tarafından, bir kamu tasarrufu olarak, ekonomik bir aktivitenin yürütülmesi için bir teşebbüse verilme* şeklinde sayılan özellikler bakımından bir farklılığı bulunmamaktadır.

⁷⁰ Case C-242/95 GT-LINK [1997], ECR I- 4449

⁷¹ Bakınız bölüm II.III.I.I.

⁷² Case C-127/73 BRT-Sabam [1974], ECR 313

Komisyon tarafından söz konusu kavramlara ilişkin yapılan ilk tanımın yer aldığı *Telecommunications Services*⁷³ Direktifi'nde, münhasır haklar ve özel haklar aynı anlama gelecek şekilde birlikte tanımlanmış, buna göre özel veya münhasır haklar,

Bir üye devlet ya da bir kamu otoritesi tarafından bir veya birden fazla kamusal veya özel kuruluşa herhangi bir yasal, idari veya düzenleyici araç aracılığı ile ...

tanınan haklar olarak ifade edilmiştir.

Ne var ki, Direktif aleyhine açılan davada⁷⁴ ATAD, *Komisyon tarafından münhasır hakların neden Antlaşma'ya aykırı olduğunun açıklandığı, ancak ne tip özel hakların Antlaşma'ya ne şekilde aykırılık teşkil ettiğinin açıklanmadığı* gerekçesi ile Direktif'in özel haklara ilişkin kısmını iptal etmek suretiyle münhasır haklar ve özel hakları ayrı kavramlar olarak ele almıştır.

Karar ertesinde Komisyon tarafından söz konusu Direktif'te değişiklik yapan 94/46 sayılı Direktif⁷⁵ ile özel haklar;

Üye devletler tarafından sınırlı sayıda teşebbüse, belirli bir bölge için,

i- Bir hizmeti sunacak veya bir aktiviteyi yerine getirecek yetkili teşebbüs sayısını objektif, orantılı ve ayırıcı olmayan yollar dışında bir şekilde iki veya daha fazla ile sınırlayan,

veya,

ii- Bu şekilde olmayan bir kriter ile halihazırda birbiri ile rekabet içinde olan birkaç teşebbüsü bir hizmeti sunması veya bir aktiviteyi yerine getirmesi için belirleyen

veya,

iii- Bu şekilde olmayan bir kriter ile teşebbüs veya teşebbüslere başka bir teşebbüsün aynı bölge içinde büyük oranda eşit koşullarda aynı telekomünikasyon hizmetini sunmasını veya aynı aktiviteyi yerine getirmesini esaslan etkileyen hukuki veya düzenleyici bir avantajlar tanıyan

herhangi bir yasal idari veya düzenleyici araç aracılığı ile tanınan haklar

olarak tanımlanmıştır.

Tanımdan da görüleceği üzere özel hak kavramında ön plana çıkan unsur, *hakkı kullanacak teşebbüs sayısının, objektif, orantılı veya ayırıcı olmayan harici bir şekilde, yani piyasa dışı bir etkiyle (devlet eliyle),*

⁷³ Directive 90/388 "Competition in the Markets for Telecommunications Services", OJ L192, 24.07.1990

⁷⁴ Case C- 271/90, C- 281/91 ve C- 289/90 Telecommunications Services,[1992] ECR I- 5833; benzer bir yaklaşım Case C-202/88 Telecommunications Terminal Equipment, [1991], ECR I- 1223 paragraf 46-47'de de bulunmaktadır.

⁷⁵ Commission Directive (EC) 94/46 Amending Directive (EC) 88/301 and Directive (EC) 90/388 in particular with regard to "Satellite Communications" [1994] OJ L268/15-21

sınırlanmasıdır. Bu çerçevede incelemenin, hakkı alan teşebbüs sayısının sınırlanması üzerinde yoğunlaşması gerekmektedir.

2.3.1. Hakkı Alan Teşebbüs Sayısının Sınırlı Olması

İlgili Direktif'te kullanılan *objektif, orantılı veya ayırıcı olmayan* kavramından, başvurular arası ayırmacılık yapılmadan, en fazla, başvuranlardan belirli ve fakat orantılı şartların istenmesi ile, her başvuran teşebbüsün söz konusu faaliyetleri yerine getirebilmesinin kastedildiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu kavramın, münhasır hakların özelliklerinden bahsedilirken *üye devletler tarafından takdir hakkı kullanılmak suretiyle verilme* kavramının karşıtı olarak ele alınması gerekmektedir. Nitekim 90/388 sayılı Direktif'in Giriş kısmının ikinci maddesinde münhasır haklar veya özel haklara ilişkin olarak yer verilen *devletin takdir hakkını kullanması ile karakterize edilen bu haklar* ifadesi de bunu doğrular niteliktedir.

Bu nedenle özel haklara ilişkin olarak yapılacak tanımlamada, *hakları alacak teşebbüs sayısının kamu tarafından takdir hakkı kullanılmak suretiyle sınırlandırılmış olması* temel bir unsur olarak yer almaktadır.

Hakkı alan teşebbüs sayısının kamu tarafından takdir hakkının kullanılması suretiyle sınırlandırılmamış olduğu, pazarda faaliyet gösterecek teşebbüs sayısının ucunun açık bırakıldığı durumlarda madde kapsamında bir özel hak tahsisinden söz edilemeyecektir. Bu çerçevede hakkın konusu faaliyette bulunulmasının *yalnızca* teşebbüslerin belirli kriterleri yerine getirmeleri şartına bağlanması durumunda da söz konusu şartları yerine getiren her teşebbüsün hak sahibi sayılacağı ve faaliyeti yerine getirecek teşebbüs sayısının belirsiz olması dolayısıyla bir özel haktan bahsedilemeyecektir.

2.3.1.1. Doğal Sınırlamalar

Münhasır haklar başlığı altında ortaya konulan⁷⁶ doğal sınırlamalar sorununa ilişkin olarak Sierra(1999) tarafından ileri sürülen görüşün, özel haklara konu aktivitelerin doğal nedenler ile sınırlı sayıda teşebbüsün faaliyet göstermesine izin vermesi halinde de geçerli olacağını söylemek mümkündür. Frekans genişliği gibi teknik açıdan sınırlı sayıda teşebbüsün yayın yapmasına olanak veren bir doğal sınırlamanın varlığı halinde de bu frekansların kimler tarafından kullanılacağıın tespiti konusunda kamu tarafından bir takdirin kullanılması gerekmektedir. Bu nedenle münhasır haklara benzer bir şekilde bu durumda da özel hakların varlığından bahsedilebilecektir.

⁷⁶ Bakanız II.II.V.I. no'lu başlık

2.3.2. Avantajlar

Özel hak kavramı ile ilgili son olarak, Komisyon tanımında yer alan son başlık olan,

bazı teşebbüslere, diğer teşebbüslerin büyük oranda eşit koşullarda aynı hizmeti sunmasını veya aynı aktiviteyi yerine getirmesini esastan etkileyen hukuki veya düzenleyici bir avantaj tanıyan

haklardan da bahsedilmesi gerekmektedir.

Bu gibi durumlarda, tanım gereği, pazarda birden fazla teşebbüsün bulunduğu, bu teşebbüslerin sayısı ile ilgili bir sınırlamanın olmadığı ve teşebbüsler arası rekabetin bulunduğu görülmektedir. İlk bakışta, teşebbüs sayısında bir sınırlama olmaması nedeniyle, özel hak tanımına uygun olmayan bir durumun varlığı söylenebilecek olsa da, 86. maddenin ardında yatan *raison d'etre* nin, aralarında var olan yakın ilişkiler dolayısıyla, üye devletlerce bu teşebbüslerin kalkan olarak kullanılarak Antlaşma hükümlerinin uygulanmasının zayıflatılmasının önüne geçilmesi olduğu dikkate alındığında; üye devletlerin rekabete açık bir pazarda bazı teşebbüslere diğer teşebbüslerin kendi başlarına elde edemeyecekleri haklar tanıyarak, diğer teşebbüslerin büyük oranda eşit koşullarda aynı hizmeti sunmasını engellediği durumların da madde kapsamında ele alınması haklı görülecektir. Söz konusu durumlar, ortada birden fazla teşebbüsün bulunması ve pazarın esasen rekabete açık bir pazar olması nedeniyle münhasır haktan bahsedilemeyecek iken, özel hak kavramı içinde ele alınabilecektir.

BÖLÜM 3

Eğer bir kamu hizmeti tekel anlamına geliyorsa, orada Roma Antlaşması ile çelişen bir durum vardır.

Karel Van Miert

3.1. 86. MADDE ve REKABET KURALLARININ BİRLİKTE UYGULANMASI

86. maddenin dayandığı temel prensip, üye devletlerin kamu teşebbüsleri ya da özel veya münhasır hak verdikleri teşebbüsler ile olan ilişkilerinde Antlaşma hükümlerine uymalarını temin etmektir. Bu çerçevede 86. Madde, Topluluk Hukukunun çeşitli maddelerinin uygulanmasını teminen üye devletlere *pozitif* bir yükümlülük⁷⁷ getirmektedir.

3.1.1. Varlık- Kullanma Ayırımı

Maddenin uygulanması ile ilgili tartışmalar temelde Antlaşma'nın *münhasır hakların varlığını* kabul edip etmediği üzerinde yoğunlaşmaktadır. Madde metninde geçen *üye devletlerin özel veya münhasır hak verdikleri teşebbüsler* ifadesinde ve gene Antlaşma'nın 31. maddesinde yer alan *kamu tekelleri* ifadesinden hareketle doktrinde, 86. Maddenin uygulanmasının *kamu tekellerinin ya da özel veya münhasır hakların varlığını* gerektirdiği (Woude (1991)) ve Antlaşma hükümlerinin ancak bu hakların *kullanılmasına* ilişkin uygulanabileceği iddia edilmiştir.

⁷⁷ Bu konuda bakınız 1.2. no'lu başlık.

3.1.1.1. Sacchi Kararı

Doktrinde münhasır haklar ilişkin olarak *varlık-kullanma* ayırımı olarak da ele alınan bu ayırımın temelini madde metninde yer verilen ifadeler teşkil etmektedir. *Münhasır haklara* ilişkin verdiği kararlar ile uygulamaya yön veren ATAD tarafından da ilk uygulamalarda bu yaklaşımın benimsendiğini söylemek mümkündür. Bu konuda ATAD'ın yaklaşımını en net bir biçimde ortaya koyan karar *Sacchi*⁷⁸ kararıdır. *Sacchi Doktrini* olarak da anılan bu karar ile ATAD, münhasır hakların değerlendirilmesinde *varlık-kullanma* ayırımını doğuracak şu kararı vermiştir;

90. Madde üye devletlerin, inter alia, teşebbüslere münhasır ya da özel hak vermesine izin vermektedir.

Antlaşma'da, üye devletlerin kamu yararı amacıyla, kablolu yayınlar da dahil olacak bir şekilde radyo ve televizyon yayınlarını bir ya da bir kaç kuruluşa münhasır hak vermek suretiyle rekabete kapatmasını yasaklayan bir husus bulunmamaktadır

Bu oluşumlar, görevlerinin yerine getirilmesinde, ayrımcılığın önlenmesine ilişkin hükümlere ve, bu aktiviteler ekonomik aktivite teşkil ettiği sürece, 90. Maddede üye devletler tarafından münhasır hak veya özel hak verilmiş teşebbüslere ve kamu teşebbüslerine ilişkin atıfta bulunulan hükümlere tabidirler.

Antlaşma'nın 90. Maddesi ile 86. Maddesinin birlikte ele alınarak yorumlanması, üye devletler tarafından münhasır hak verilen teşebbüsün tekel konumunda olması gerçeğinin Antlaşma'ya aykırılık teşkil etmediği sonucunu doğurmaktadır. Aynı yaklaşım münhasır hakların yeni bir kamu müdahalesi ile genişletilmesi için de geçerlilik teşkil etmektedir.

Bunun yanı sıra, üye devletlerin, bu teşebbüsleri, genel ekonomik çıkarı hizmet eden teşebbüsler olarak ele almaları durumunda, bu teşebbüslerin pazarda gerçekleştirdikleri faaliyetler için aynı yasaklamalar, 90. Maddenin ikinci fıkrası gereği, bu yasaklamaların üstlendikleri görevleri yerine getirmeleri ile uyumlu olmadıkları gösterilmedikçe, uygulanır.

Antlaşma'da üye devletlerin teşebbüslere, münhasır hak vermelerini engelleyen herhangi bir hükmün bulunmadığı yorumundan hareket eden Karar'da ulaşılan bu sonuç, doktrinde bazı yazarlar tarafından münhasır hakların *dokunulmaz karakteri* olarak da yorumlanmıştır(Sierra(1999)). Karar, önce münhasır hakların varlığının Antlaşma ile yasaklanmadığını, ardından, hak sahibi teşebbüslerin Antlaşma'nın ilgili hükümlerine, bu hükümlerin uygulanması kendilerine verilen görevlerin yerine getirilmesini engellemediği ölçüde, tabi olduklarını belirtmek suretiyle, açık bir şekilde, münhasır hakların bizzat *varlıklarının* değil *kullanılmalarının* denetlenebileceğini öngörmektedir.

⁷⁸ Case C-155/73 Sacchi [1974], ECR 430

3.1.1.2. Telecommunications Terminal Equipment Kararı

Ne var ki münhasır hakların bu *dokunulmaz* karakterinin varlığı çok uzun sürmemiştir. *Telecommunications Terminal Equipment*⁷⁹ davasında Fransa tarafından,

90. maddenin uygulanmasının münhasır hakların varlığını gerektirdiğine, bu nedenle münhasır hakların varlığının 90. madde kapsamında bir tasarruf olarak ele alınmasının maddenin kapsamını aşan bir yorum olacağına

ilişkin ileri sürülen iddiaya karşı ATAD tarafından;

Her ne kadar söz konusu maddenin münhasır haklara veya özel haklara sahip varlığını öngörmesine karşın bunun bütün münhasır hakların muhakkak Antlaşma'ya uygun olduğu anlamına gelmeyeceği

şeklinde verilen karar, ATAD'ın, *Sacchi* ile tesis ettiği *varlık-kullanılma* ayırımını ortadan kaldırdığını açık bir şekilde göstermektedir (Hoecipied (1992)). Bu çerçevede 86. Madde ile bizzat münhasır hak tahsislerinin Antlaşma'ya aykırı olabileceği⁸⁰ ileri sürülebilecektir⁸¹.

3.2. 86. MADDE ve 82. MADDENİN BİRLİKTE UYGULANMASI

3.2.1. ATAD Kararları

Telecommunications Terminal Equipment kararı, 86. madde uygulamasında köşe taşlarından birini teşkil etmekle beraber, bu davada ATAD tarafından uygulanan gerekçe Antlaşma'nın rekabete ilişkin kurallarına değil Antlaşma'nın 28(eski 30). Maddesine dayanmaktadır. Ne var ki davanın görüldüğü 1991 yılında, bu dava ile münhasır hakların varlığının sorgulanmasına başlanması ile birlikte, ATAD tarafından *hangi durumlarda*

⁷⁹ Case C-202/88 Telecommunications Terminal Equipment, [1991], ECR I-1223

⁸⁰Case C-320/91 Corbeau [1993], ECR I-2533, AG Tesauro'nun görüşü paragraf 14. Tesauro tarafından konuya ilişkin olarak kapsamlı bir şekilde yapılan değerlendirmede münhasır hakların yalnızca genişletilmesinin değil bizzat kendilerinin de hukuka uygunluğunun denetlenebileceği ileri sürülmek suretiyle varlık-uygulama kesin olarak reddilmektedir.

⁸¹Sierra(1999) konuya ilişkin olarak; "Antlaşmanın 81 ve 82. Maddelerinin üye devletlere de uygulanmayacaksa ve yalnızca özel veya kamu teşebbüslerine uygulanması söz konusu ise, 86(1). madde nin üye devletlere hiç olmayan bir yükümlülüğü hatırlatması mümkün değildir. Dolayısıyla 81. ve 82. Maddeler söz konusu olduğunda Antlaşma'nın 86(1). Maddesinin üye devletlere yönelik olarak zaten var olan yasaklamaları hatırlatıcı bir hüküm olarak değil daha başka artı bir içeriğinin olması gerekmektedir. Bu nedenle bu maddede yer alan artı hükümlerin 81. Ve 82. Maddelerin içeriğini yalnızca teşebbüslere yönelik olmaktan yerine kamu tasarruflarını da kapsayacak şekilde orjinal kapsamını genişletmesi gerekmektedir" ifadelerini kullanmaktadır.

münhasır hak tahsislerinin Antlaşma'nın rekabet kurallarına aykırı sonuçlar doğuracağını öngören bir çok önemli karar verilmiştir⁸².

3.2.1.1. Teorik Karmaşa

Kamu tarafından gerçekleştirilen münhasır hak tahsislerinin Antlaşma'nın rekabet kurallarına aykırılık teşkil etmesi ilk bakışta teorik olarak karışık bir durum yaratmaktadır. Antlaşma'nın rekabete ilişkin 81. ve 82. Maddelerinin üye devletlere yönelik değil ve fakat teşebbüslere yönelik olması, üye devletin bir tasarrufu(münhasır hak tahsisi) ile nasıl 81. veya 82. maddeye aykırı davranmış olacağı sorusunu akla getirmektedir. 86. Maddenin gene üye devletlere yönelik 28. Madde ile birlikte uygulanması durumunda söz konusu karşılık ortaya çıkmamaktadır; bunun nedeni her iki maddede de kamu tarafından gerçekleştirilen tasarrufların inceleme konusu olması nedeniyle, bu hükümlerin muhatabının (üye devletler) aynı olmasıdır.

3.2.1.1.1. GB-INNO Kararı

Haklı olarak sorulan bu sorunun cevabını kamu müdahalelerine ilişkin en yol açıcı yorumlardan birinin kullanıldığı *GB-INNO*⁸³ davasında verilen karar ile açıklamak mümkündür⁸⁴:

Antlaşma ile tesis edilmek istenen tek pazar sistemi, fiili veya potansiyel, doğrudan ya da dolaylı olarak Topluluk içinde ticareti engelleyen bir düzenlemeye ilişkin ulusal sistemleri dışlamaktadır.

3(f). madde ile konulan genel prensip, hakim durumda bulunan bir ya da birden fazla teşebbüs tarafından gerçekleştirilen kötüye kullanmaların üye devletler arası ticareti etkilediği müddetçe ortak pazar ile bağdaşmaz kabul edilerek yasaklandığı 86. Maddeyi de kapsayan rekabet kurallarında özel olarak ifade edilmiştir.

5. maddenin ikinci paragrafı üye devletlerin Antlaşma'nın hedeflerinin gerçekleştirilmesini tehlikeye sokabilecek her türlü tedbirden kaçınmalarını şart koşmaktadır.

Bu çerçevede, her ne kadar 86. Madde teşebbüslere yönelik bir madde olsa da, Antlaşma üye devletlere bu hükmün etkinliğini kaybetmesine yol açacak tedbirler almama veya mevcut olanları da devam ettirmeme görevi yüklemektedir.

⁸² Woude(1991) tarafından ATAD'ın münhasır hakların varlığını, 86. madde ile rekabet kurallarını birlikte uygulamak suretiyle ele alınması ciddi bir şekilde eleştirilmekte ve ancak 28. Maddeye aykırı olan münhasır hakların varlığının Antlaşma'ya aykırılığının ileri sürülebileceği iddia edilmektedir. Bakınız karşı görüşte Gyselen (1992).

⁸³ Case C- 13/77 GB-INNO, [1977] ECR 2146

⁸⁴ Bu konuda ayrıca bakınız Case C- 66/86, Ahmed Saeed, [1989], ECR 8023

Bu nedenle 90. Madde, üye devletlerin, kamu teşebbüsleri ve özel veya münhasır haklar tanıdığı teşebbüslerle ilgili olarak 85 ila 94. Maddelerde öngörülen kurallara aykırı hiçbir tedbir alamamalarını ve mevcut olanları da devam ettirmemelerini şart koşturmuştur.

Keza üye devletler özel teşebbüslerin Antlaşma'nın 85 ila 94. Maddeleri arasında belirlenen sınırlamalardan kaçmalarını sağlayacak tasarruflarda bulunamazlar.

Karar gerekçesinde açık bir şekilde görüldüğü üzere 81. veya 82. Maddelerin teşebbüslere yönelik maddeler olmalarına rağmen, Antlaşma ile üye devletlerin bu maddelerin etkinliğini kaybetmelerine yol açacak tasarruflarda bulunmalarına olanak verilmemektedir. Dolayısıyla teorik olarak 81. ve 82. Maddelerin *lafzından* kaynaklandığı varsayılabilir bu çelişki, maddelerin ve Antlaşma'nın *ruhunun* dikkatle incelenmesi sonucunda ortadan kalkmaktadır. Bununla beraber 81. ve 82. Maddelere ilişkin uygulama esnasında gelişmiş olan prensiplerin 86. Madde ile birlikte uygulanmaları esnasında bazı değişikliklerden geçmeleri kaçınılmazdır. Bu açıklamalar çerçevesinde aşağıda 86. madde ile Antlaşma'nın rekabete ilişkin maddelerinin birlikte uygulanmasına ilişkin örneklerle yer verilmektedir.

3.2.1.2. Münhasır Hakların Varlığı- Yapısal Bir Sorun

3.2.1.2.1. Höfner⁸⁵ Kararı

Münhasır hakların yalnızca kullanılmasının değil bizzat varlıklarının 86. madde ve rekabet kurallarının birlikte uygulanması ile ele alındığı ilk dava olan *Höfner* davasında ATAD, Alman Hükümeti tarafından istihdam hizmetlerini (işçi bulma ve yerleştirme) yürütmekle görevlendirilen Bundesanstalt Für Arbeit (Bundesanstalt) ın⁸⁶ sahip olduğu münhasır hakkı Antlaşma'nın 86. madde ile 82. Maddelerin birlikte uygulanmasına aykırı bulmuştur. Davada varılan bu sonucun incelenmesine geçilmeden önce dava konusu olay hakkında bilgi verilmesi yerinde olacaktır.

İşçi yerleştirme, uygun işçilerin işverenler ile anlaşmalarını sağlama hizmetleri, Almanya'da yasa ile yüksek seviyede istihdamın sağlanması ve devamı, işsizliğin önlenmesi ve ekonomik büyümenin sağlanması amacıyla bir kamu kuruluşu olan Bundesanstalt'a verilmiştir. Bundesanstalt tarafından gerçekleştirilen işçi bulma aracılığı olarak da tanımlanabilecek bu faaliyet, ücretsiz olarak yerine getirilmektedir. Sağlanan bu hizmetin karşılığı dolaylı olarak işverenler ve işçilerin gelirlerinden yapılan kesintilerden sağlanmaktadır. İlgili mevzuat, Bundesanstalt haricinde kişiler tarafından söz konusu hizmetin yerine getirilmesini yasaklamaktadır.

⁸⁵ Case C-41/90 Höfner, [1991], ECR I-1979 paragraflar 16-34

⁸⁶ Federal İstihdam Ofisi

Bundesanstalt tarafından verilen bu hizmetle birlikte, zaman içinde, yüksek seviyede yöneticilerin temini amacıyla, şirketlerin aradıkları nitelikte yöneticilerin şirket adına bulunmasını konu edinen aracılık faaliyetleri ortaya çıkmış, Bundesanstalt tarafından bu faaliyetlere ilişkin iki tür yaklaşım benimsenmiştir. İlk olarak 1954 yılında Bundesanstalt bünyesinde söz konusu özellikli faaliyetin yerine getirilmesi amacıyla özel bir birim kurulmuş, ikinci olarak Bundesanstalt, ilişkili Bakanlık ve konu ile ilgili dernekler ile bu tip faaliyetlere göz yumulmasını sağlamak amacıyla bir protokol hazırlandığını beyan etmiştir. Bundesanstalt tarafından, söz konusu faaliyetleri yürütenler aleyhine yasadan kaynaklanan yasaklayıcı hükümlerin yerine getirilmesi için herhangi bir başvuruda bulunulmamış olması da bu niyeti teyit eder nitelik göstermiştir.

Ne var ki, bu faaliyetlerle ilgili sözleşmeler Alman Medeni Kanunu'na göre *konuları kanuna aykırı sözleşmeler* kapsamında olmaları nedeni ile, bu hizmetin teminini amaçlayan sözleşmeler *hukuken geçersiz* olarak kalmaya devam etmiştir.

Dava konusu uyuşmazlık, Macraton adlı şirket ile aracılık faaliyeti yürüten Messrs Höfner ve Elser arasında akdedilen ve bu şirkette görevlendirilmek üzere yönetici teminini konu edinen sözleşme dolayısıyla çıkan uyuşmazlığın yargıya intikali neticesinde ortaya çıkmıştır. Macraton, bu kişiler tarafından bulunan, aranılan niteliklere uygun kişiyi işe almaktan vazgeçmiş ve Messrs Höfner ve Elser'e sözleşme ile belirlenen ücreti, sözleşmenin konusunun hukuka aykırı olması, dolayısıyla ortada hukuken geçerli bir sözleşme bulunmadığı gerekçesi ile ödemekten imtina etmiştir. Davada, ATAD'a

şirket yöneticilerinin bulunması konusunda tesis edilen tekelin, 90(2). Madde de göz önünde bulundurularak, Antlaşma'nın 86. Maddesi kapsamında hakim durumun kötüye kullanılması teşkil edip etmediği

sorulmuştur.

ATAD'ın dava konusu hizmetin ekonomik aktivite teşkil edip etmediğine ilişkin açıklamalarına, önceki bölümlerde yer verilmiş olması nedeniyle, burada tekrar değinilmeyecektir. Davada ATAD,

Üye devlet tarafından genel ekonomik çıkara hizmet etmekle görevlendirilmiş bir teşebbüs olan Bundesanstalt'ın, 90. Maddenin ikinci fıkrası kapsamında rekabet kurallarına, bu hükümlerin uygulanmasının kendisine verilen görevlerin yerine getirmesini engellemediği ölçüde, tabi olduğunu,

Her ne kadar 86. madde teşebbüslere yönelik bir madde olsa ve bu hüküm kamu teşebbüsleri veya özel ya da münhasır hak sahibi teşebbüslere 90. Maddenin ikinci fıkrasındaki sınırlar çerçevesinde uygulanırsa da, GB-INNO davasında yer verildiği

üzere, Antlaşma'nın üye devletlere bu hükmün etkinliğini kaybetmesine yol açacak tedbirler almama veya mevcut olanları da devam ettirmeme görevi yüklediğini,

Bir üye devletin, konusu yönetici bulunması faaliyetlerini de kapsayan münhasır hakkı verdiği teşebbüsün, bu faaliyetlere ilişkin pazarda yer alan talebi açık bir şekilde karşılayamayacak durumda olduğu ve bu aktivitelere konu sözleşmelerin hukuken geçerliliğini engelleyen yasal hükümlerin varlığını devam ettirmek suretiyle söz konusu aktivitelerin diğer özel şirketlerce etkin bir şekilde yerine getirilmesini imkansız kıldığı bir durumda, hizmetin sunumunu sınırlamış olduğu,

İşçi yerleştirme aktiviteleri yürüten bir kamu istihdam kuruluşunun 86. madde hükümlerine, bu hükmün uygulanmasının kendisine verilen görevlerin yerine getirilmesini engellemediği ölçüde tabi olduğu,

Bu aktivitenin yerine getirilmesi için kamu istihdam kuruluşuna münhasır hak veren bir üye devletin, bu kuruluşun hakim durumunu kötüye kullanmaktan kaçınamayacağı bir durum yaratması halinde Antlaşma'nın 90(1). Maddesine aykırı davranmış olacağı,

Böyle bir durumun,

- i- Münhasır hakkın yönetici bulma faaliyetlerini de içerecek şekilde genişletilmesi,
- ii- Söz konusu kuruluşun pazarda bu faaliyetler için var olan talebi açıkça karşılayamayacak durumda olması,
- iii- Bu faaliyetlerin fiilen özel teşebbüslerce yerine getirilmesinin bu faaliyetlere konu sözleşmelerin hukuken yasaklanan hükümlerin korunması ile imkansız hale getirildiği hallerde varlığından bahsedilebileceği

gerekçeleri ile Alman hükümeti tarafından Antlaşma'nın 90(1).(eski) Maddesi ve 86. (eski) Maddesine aykırı davranıldığına karar vermiştir.

Davada yer verilen gerekçelerin incelenmesi ile kararın arkasında yatan nedenleri aşağıdaki şekilde tasnif etmek mümkündür;

- i- Alman hükümeti tarafından işçi yerleştirme hizmetinin çerçevesi, yönetici bulma faaliyetlerini de kapsayacak şekilde geniş bir biçimde çizilmiştir.
- ii- Bu sayede klasik işçi yerleştirme hizmetinin yanı sıra, yönetici bulunması faaliyetleri konusunda da hak sahibi olan Bundesanstalt; *yan hizmet* olarak sayılabilecek *yönetici bulunması faaliyetlerine* ilişkin pazardaki talebi karşılayabilecek seviyede değildir,
- iii- Pazarda yer alan talebin başka teşebbüslerce karşılanmasına fiilen izin verilse de, münhasır hakkın varlığının korunması ile yasal olarak bunların etkin bir şekilde yerine getirilmesi engellenmektedir,
- iv- Dolayısıyla yasal düzenlemeler sonucunda, pazarda var olan talebi karşılayamayacak durumda olan bir kuruluşa tekel hakkı verilmek suretiyle, hak

sahibi kuruluşun sahip olduğu bu konumunu kötüye kullanmaktan kaçınamayacağı bir durum yaratılmış olmaktadır.

Bu gerekçeler çerçevesinde sonuç olarak nasıl pazarda hakim durumda olan bir teşebbüsün bu konumunu tüketiciler aleyhine üretimin ve pazarlamanın kısıtlanması şeklinde kötüye kullanması yasak ise, bir üye devlet tarafından yapılan bir tasarruf ile benzer bir sonucun yaratılması da, Antlaşma hükümlerinin etkinliğinin zayıflatılması anlamına geleceği için, yasaklanmaktadır.

Esasen burada ATAD'ın 90(eski). Maddenin ikinci fıkrasına ilişkin yöneltilen soruya açık bir şekilde cevap verilmediği görülmektedir. Karar'da ATAD tarafından üstünde durulan temel noktanın ikincil faaliyete ilişkin pazarda yer alan talebi karşılayamayacak bir teşebbüse hakkın verilmesi olduğu gibi görünse de, kararın daha iyi anlaşılabilmesi ve ATAD'ın 90(2)(eski). Madde ile ilgili sorulan soruya yaklaşımının tespiti için *hakkın genişletilmesi* üzerinde de durulması gerekmektedir.

Davada *klasik anlamı ile işçi yerleştirme* faaliyetlerinin yerine getirilmesi için Bundesanstalt'a verilen hakkın değerlendirilmesi yapılmamakta, Karar, bu hakkın ikincil bir faaliyet alanı teşkil eden *yönetici bulma faaliyetlerine* de genişletilmesi ile ilişkilendirilmektedir. ATAD'ın iki faaliyet arasında bir ilişki kurmak suretiyle esasen ulusal mahkeme tarafından 90(eski). Maddenin ikinci fıkrasına ilişkin soruya *zımnen* bir cevap verdiğini söylemek mümkündür.

ATAD tarafından ikinci hak üzerine yoğunlaşılması, *hakkın sınırlarının gereğinden fazla geniş tutulduğu, bu sayede getirilen rekabet kısıtlamasının, Bundesanstalt'ın görevlerinin ifası için gerekli olmadığı* şeklinde anlaşılabilir. Bu çerçevede ATAD'ın sorulan soruya cevap vermeyerek *zımnen* 90(eski). Maddenin ikinci fıkrasında rekabet kurallarının uygulanmasına ilişkin yer alan istisnanın uygulanması için, piyasadaki rekabet üzerine yasal engeller koymak suretiyle getirilecek sınırlamaların *kapsamının mümkün olduğu kadar sınırlı tutulmasını* bir koşul olarak ele aldığını söylemek mümkün görünmektedir⁸⁷.

3.2.1.2.2. ERT⁸⁸ Kararı

90 (1) (eski). Madde kapsamında münhasır haklar ile ilgili olarak 1991 yılında birbiri ardına verilen kararlardan ikincisi, *ERT* kararıdır.

⁸⁷ Hakkın sınırlarının çizilmesi hakkında bakınız bölüm 3.4: "Değerlendirme ve Eleştiri".

⁸⁸ Case C- 260/89 ERT [1991], ECR 2925 paragraflar 27-34

ERT, kar elde etme amacıyla çalışmayan, ülkenin bilgi ihtiyacının karşılanması ile kültür ve sanatın geliştirilmesi amacıyla Yunan hükümeti tarafından yasa ile kurulmuş bir kuruluştur. Yasa'nın ilgili hükümleri ile ERT'ye radyo ve televizyon yayınları ile her türlü aktiviteye ilişkin bir münhasır hak tanınmaktadır. ERT'ye tanınan bu hak, ERT'nin kendi ürettiği programlar ile birlikte yurtdışında üretilen programların yayınlanmasını da kapsamaktadır.

DEP adlı kuruluş ERT'ye tanınan bu hakka rağmen televizyon yayıncılığı yapmak üzere bir yayın istasyonu kurmuş ve bunun sonucunda ERT, sahip olduğu hakkın ihlal edildiği gerekçesi DEP aleyhine dava açmıştır.

ERT tarafından sahip olunan bu tekelin Antlaşma'ya uygun olup olmadığını sorulduğu davada *Sacchi*⁸⁹ kararına atıf yaparak başlayan ATAD,

ERT tarafından sahip olunan münhasır hakkın, kendi üretmiş olduğu programları yayınlama ve başka devletlerin yayınlarını alma ve tekrar iletme hakkını kapsadığı,

Bu şekilde bir araya getirilen tekel hakkının, bu teşebbüse, kendi üretmiş olduğu yayınlar lehine bir yayın politikası izleme ve diğer ülke yayınlarının yeniden iletimini sınırlama olanağını sağladığı,

Antlaşma'nın 90. Maddesinin birinci fıkrasının, halihazırda yayınları iletme (yayınlama) konusunda münhasır hakka sahip bir teşebbüse, televizyon yayınlarının tekrar iletimi konusunda da münhasır hak verilmesini; söz konusu durumun, bu teşebbüsün kendi üretmiş olduğu programları tercih ederek ayırıcı bir yayıncılık politikası uygulamak suretiyle Antlaşmanın 86. maddesine aykırı davranmasına yol açması nedeniyle yasakladığı

gerekçeleri ile ERT tarafından sahip olunan münhasır hakkın bu şekli ile Antlaşma'ya aykırı olduğuna karar vermiştir.

Davada kullanılan temel gerekçe, iki hakkın tek bir teşebbüste birleşmesinin, teşebbüsün, diğer üye devletlerde üretilen yayınlar aleyhine bir politika izleyerek, hakim durumunu kötüye kullanmasına neden olduğudur. ATAD'ın temel gerekçesini teşkil eden bu durumu *menfaat uyuşmazlığı-çatışması* şeklinde de nitelendirmek mümkündür⁹⁰. ERT'nin yayıncı kimliğinin yanı sıra program üreticisi de olduğu göz önünde bulundurulduğunda, söz konusu menfaat çatışmasının kendisini, bu kuruluşun hangi programların yayınlanacağına karar vermesi esnasında gösterdiği görülmektedir. ERT'nin içinde bulunduğu menfaat çatışmasının, ülkeye girecek yabancı yayınların yayınlanıp yayınlanmaması ve hatta bu yayınların ülkeye girip girmemesi konusunda da var olduğu söylenebilecektir.

⁸⁹ Case C-155/73 *Sacchi* [1974], ECR 430

⁹⁰ Bu tanım davada Komisyon tarafından da kullanılmıştır.

Karar'ın yalnızca menfaat uyumsuzluğuna dayanmasına rağmen, *AG Lenz*'in görüşünde⁹¹ de yer verdiği ve zımnen *Höfner* davasında da kullanıldığı üzere davada, *yayıncılık alanındaki hakim durumun, yayın materyelleri alanına da genişletilmesi* söz konusudur.

Bu çerçevede *hakim durumun genişletilmesi* kavramının bu sefer açık olarak işlendiği *RTT*⁹² davasına geçilmeden önce, 86. madde uygulamasında *bu doktrinin köklerinin bulunduğu Telemarketing*⁹³ davasına değinilmesi yerinde olacaktır.

3.2.1.2.3. Telemarketing Kararı

Telemarketing davası, televizyonda yayınlanan ve bir şirketin telefon numarasının ilan edildiği, bu sayede çeşitli nitelikteki ürünlerin bu numara aranarak temin edilebildiği bir hizmet türü olan tele-satış faaliyetlerini gerçekleştiren Centre Belge adlı şirketin, RTL adlı televizyon şirketi üzerinden kendi telefon numarasını vermek suretiyle yaptığı spot reklamların, RTL ve Information Publicite⁹⁴ şirketleri tarafından, Nisan 1984 tarihinden itibaren yalnızca bu şirketin (Information Publicite) telefon numaralarının kullanılması yolu ile gerçekleştirilebileceğinin belirtilmesi ile, yayınlanmasının reddedilmesini konu edinmektedir.

Dava konusu olayın tarafları olan RTL ve Information Publicite adlı kuruluşlar yayıncılık alanında yasal bir tekele sahip bulunmaktadırlar. Dava konusu uyumsuzluk ile ilgili olarak ulusal mahkemede açılan davada Mahkeme tarafından,

Hukuki bir tekelin varlığı ile mal veya hizmetlerin arzına ilişkin rekabetin tamamen ortadan kaldırıldığı bir durumda, Antlaşma'nın 86. Maddesi kapsamında hakim durumun varlığından bahsedip bahsedilemeyeceği ve hakim durumda sayılabilirse, bu teşebbüsün diğer teşebbüsler tarafından yürütülebilecek yan bir aktivitenin gerçekleştirilmesini kendisine ayırmasının hakim durumun kötüye kullanılması teşkil edip edemeyeceği

sorulmaktadır.

ATAD, birinci soruya ilişkin verdiği cevapta;

Michelin davasında yer verildiği üzere, ilgili pazarda etkin bir rekabetin oluşmasını engelleyebilme ve tüketicilerden ve rakiplerinden kabul edilebilir bir ölçüde bağımsız davranabilme olanağı sağlayan ekonomik güce sahip olması durumunda

⁹¹ Case C- 260/89 ERT [1991], ECR 2925, AG Lenz'in Görüşü paragraf: 38-41

⁹² Case C- 188/88 RTT [1991], ECR I-5979

⁹³ Case 311/84 Telemarketing [1985], ECR 3261

⁹⁴ RTL aynı bünyede bulunan ve bu şirketin Belülüks ülkelerinde reklam yeri satışlarını gerçekleştiren

bir teşebbüsün 86. madde kapsamında hakim durumda olduğunun varsayılabilceğini,

GB-INNO ile General Motors davalarında yer verildiği üzere, ilgili pazarda rekabetin eksikliğinin ya da sınırlandırılmış olmasının yasa ile getirilen hükümler aracılığı ile sağlanmış veya teşvik edilmiş olması gerçeğinin 86. Maddenin uygulanmasını engellemeyeceğini

belirtmek suretiyle, bir teşebbüse tüketicilerden veya rakiplerden bağımsız davranma yetisi veren ekonomik gücün yasadan kaynaklanması durumunda da 86.(eski) maddenin uygulanacağını belirtmiştir.

Karar'ın ikinci soruya ilişkin bölümünde ise özellikle Information Publicite tarafından ileri sürülen,

Devletler tarafından verilen bir münhasır hak sonucunda hakim duruma sahip olan bir teşebbüsün, başka teşebbüslerce de yerine getirilecek bir aktiviteyi kendisine ayırmasının tek başına bir kötüye kullanma olarak ele alınmayacağı,

Hakim durumda bulunan bir teşebbüsün bu konumunu kötüye kullanmasından söz edilebilmesi için; bu teşebbüsün bu konumunu, elde ettiği avantajları örneğin aşırı fiyatlandırma gibi koşullar ileri sürerek kötüye kullanmış olmasının gerektiği, oysa konu ile ilgili mevzuata uygun bir şekilde gerçekleştirilen bu eylemin iki hizmet arasındaki yakın ilişki de göz önüne alındığında kötüye kullanma olarak ele alınmaması gerektiği

şeklindeki savunmaya karşı ATAD tarafından yapılan incelemede,

Commercial Solvents davasına atıfta bulunarak, bu davada uygulanan prensiplerin inceleme konusu davada da geçerli olduğu;

Tele-satış uygulamasının ayrı bir pazar teşkil ettiğine ve bu aktivitelerin temel olarak tele satış yapan şirketin telefon numaralarının reklam vermek isteyenlere sunumundan oluştuğuna karar verilmesi halinde, reklam yeri satışının, televizyon kuruluşunun bağlı şirketinin telefon numaralarının kullanılması şartına bağlanmasının, kendi şirketi haricinde diğer kuruluşlara mal vermeyi reddetmek anlamına geleceği,

Mal vermeyi reddetme eyleminin herhangi bir objektif gerekçeye dayanmaması ve söz konusu pazarın aynı hizmeti gerçekleştiren bağlı şirkete ayrılması amacıyla yapılması durumunda hakim durumun kötüye kullanılması teşkil edeceği,

Bu nedenle, belirli bir pazarda hakim durumda olan bir teşebbüsün, herhangi bir objektif gerekçeye dayanmaksızın, komşu fakat ayrı bir pazarda, başka teşebbüslerce de gerçekleştirilebilecek ikincil(ek) bir faaliyeti kendisine veya bağlı şirketine, rekabeti ortadan kaldırılması ihtimalini barındıracak şekilde ayırmasının 86. maddenin ihlali anlamına geleceği

sonucuna ulaşılmıştır.

Karar'dan görüldüğü üzere hakim durumun, kötüye kullanılmak, örneğin (herhangi bir objektif gerekçe olmadan) hakim durumun olduğu pazarda mal vermenin kesilmesi suretiyle, bu pazara komşu fakat ayrı bir pazara doğru genişletilmesi 86(eski). maddeye aykırı bulunarak yasaklanmaktadır. Bir teşebbüsün hakim durumunu yasa ile elde etmiş olması da, maddenin uygulanması bakımından sonucu değiştirmemektedir.

Bu çerçevede davada benimsenen *hakim durumunu kötüye kullanmak suretiyle genişletilmesi* yasağının 86. Madde uygulamasında ATAD tarafından nasıl uygulandığının tespiti amacıyla RTT davasına geçilebilecektir.

3.2.1.2.4. RTT⁹⁵ Kararı

Belçika devleti tarafından telgraf ve kablolu veya kablosuz telefon hizmetlerinin yürütülmesi ile görevlendirilmiş bir kamu teşebbüsü olan ve işletiminden sorumlu olduğu hatlara bağlanacak telefon cihazlarını da satan RTT'ye yasa ile şebekelere bağlanacak olan ve kendisi dışında başka teşebbüsler tarafından satılacak telefonları onaylama ve bu cihazlara ilişkin teknik standartları belirleme yetkisi verilmiştir.

Şebekelere bağlanacak ilk telefonların arzı RTT tarafından yapılırken, aynı hatta bağlanacak ikinci telefonlar veya bu telefonların yenilenmesi amacıyla tüketiciler tarafından talep edilen telefonlar gerek RTT gerekse diğer teşebbüslerce arzedilebilmektedir. İlgili mevzuat RTT tarafından onaylanmayan telefonların satışını yasaklamaktadır.

Zincir market işleten bir kuruluş olan GB-INNO'nun, RTT'nin onaylamadığı telefonları satması nedeniyle çıkan uyuşmazlıkta, ulusal mahkeme tarafından ATAD'a,

Telefon cihazlarının satımında pazarda yer alan diğer teşebbüsler ile rekabet içinde olan, telefon hatlarının işletiminden sorumlu bir teşebbüse, satılacak cihazların teknik özelliklerini belirleme ve rakipler tarafından satılan cihazların bu özelliklere uygun olup olmadığını kontrol etme yetkisi verilmesinin Antlaşma'nın 3. 90. ve 86. Maddelerine aykırı olup olmadığı

sorulmaktadır. Davada ATAD tarafından;

Telefon hatlarının kurulması ve işletimi konusunda tekel konumunda olan bir teşebbüsün, objektif bir gerekçeye dayanmaksızın, komşu fakat ayrı bir pazarı, dava konusu olayda söz konusu hatlara bağlanacak telefonların ithali, pazarlanması, telefonların hatlara bağlanması, ve söz konusu hatlara bağlanacak telefonların temini pazarlarını, kendine ayırması ve bu sayede diğer teşebbüsler ile oluşabilecek

⁹⁵ Case C- 188/88 RTT [1991], ECR at I-5979

rekabeti ortadan kaldırmasının, Antlaşma'nın 86. Maddesi kapsamında ihlal teşkil edeceği,

Ancak, 86. Maddenin yalnızca teşebbüslerin kendi inisiyatifleri ile gerçekleştirdikleri davranışlara uygulandığını, üye devletler tarafından gerçekleştirilen tasarruflara uygulanmadığı, üye devletler tarafından gerçekleştirilen tasarruflara 90(1). Maddenin uygulandığı, bu hüküm çerçevesinde üye devletlerin yasalar, düzenlemeler veya idari tasarruflar ile, kamu teşebbüslerini veya münhasır ya da özel hak verdikleri teşebbüsleri, bu teşebbüslerin kendi iradeleri ile 86. (eski) Maddeyi ihlal etmekten kaçınamayacakları bir duruma koyamayacakları,

Buna göre, hakim durumda olan bir kamu teşebbüsünün ya da münhasır veya özel hak sahibi teşebbüsün bu konumunu genişletmesinin bir kamu tasarrufundan kaynaklandığı durumda, söz konusu kamu tasarrufunun 86. (eski) madde ile 90(1) (eski). Maddenin birlikte uygulanmasına aykırılık teşkil edeceği,

Rekabetin bu nitelikte ortadan kaldırılmasının 90(2) (eski). Madde kapsamında genel ekonomik çıkarlara hizmet eden bir kamu hizmeti olarak gerekçelendirilemeyeceği, söz konusu terminallerin, özelde telefon cihazlarının üretimi ve satışının bütün teşebbüslere açık olması gerektiği

belirtilmek suretiyle ulusal mahkeme tarafından soruya,

Antlaşma'nın 3. 90(eski). ve 86(eski). Maddelerinin, telefon cihazlarının satımında pazarda yer alan diğer teşebbüsleri ile rekabet içinde olan, telefon hatlarının işletiminden sorumlu bir teşebbüse, satılacak cihazların teknik özelliklerini belirleme ve rakipler tarafından satılan cihazların bu özelliklere uygun olup olmadığını kontrol etme yetkisi verilmesini yasakladığı

şeklinde cevap vermiştir.

Davada varılan bu sonuç ile birlikte RTT tarafından,

90(1)(eski). Maddeye aykırılığın, ancak RTT tarafından gerçekleştirilen bir kötüye kullanmanın üye devlet tarafından teşvik edilmiş olması halinde, söz konusu olabileceği, ancak dava konusu olayda böyle bir kötüye kullanmanın gerçekleşmediği

şeklinde ileri sürülen savunmaya karşı ATAD tarafından verilen cevaba da değinilmesi gerekmektedir. ATAD;

Bu kapsamda 86(eski). Madde veya 86(eski). madde ile 90(1)(eski). Maddenin birlikte uygulanması sonucunda yasaklanan, telefon hatlarının kuruluşu ve işletilmesine ilişkin bir tekelin bir kamu tasarrufu sonucunda, herhangi bir objektif neden olmaksızın genişletilmesinin varlığına işaret edilmesinin yeterli olduğuna, rekabetin bu şekilde ortadan kaldırılamayacağı gibi engellenemeyeceğine,

Rekabetin engellenmediği bir sistemin ise ancak, Antlaşma'da ortaya konulduğu üzere, farklı operatörler arasında fırsat eşitliğinin sağlanması ile garanti altına alınabileceğine,

... hangi telefonların şebekeye bağlanıp bağlanmayacağına karar verme yetkisinin verilmesinin ilgili teşebbüse rakipleri üzerinde açık bir avantaj sağlamak anlamına geldiğine

işaret etmiş ve ileri sürülen iddiayı reddetmiştir.

Davada başka teşebbüslerce de telefon cihazlarının, en azından ikinci telefonların, satılması mümkün olmasına rağmen RTT'nin rakiplerinin satacakları telefonların özelliklerini belirlemesi, ikinci bir münhasır hakkın varlığı olarak ele alınmıştır.

Esasen burada hakim durumun genişletilmesi ile birlikte menfaat çatışmasından da bahsedilebilecektir. RTT tarafından rakiplerinin telefonlarının onaylanması esnasında, bu telefonların RTT'nin kendisinin sattığı telefonlara rakip ürünler olmaları nedeniyle söz konusu telefonların onaylanıp onaylanmaması, veya onaylanmalarının geciktirilmesi suretiyle bu menfaat çatışması yaşanabilecektir.

Davada izlenen yol özetlenecek olduğunda, ATAD'ın, hakim durumda bulunan bir teşebbüsün bu konumunu kötüye kullanarak, komşu fakat ayrı pazarları kendisine ayırmasının sonuçları ile, herhangi bir objektif gerekçe olmaksızın yasalar ile bir pazarda münhasır hakka sahip olarak hakim durumda bulunan bir kuruluşun bu konumunun, komşu fakat ayrı bir pazara da aktarılması arasında bir paralellik kurduğu görülmektedir.

Dolayısıyla, nasıl ki kamunun müdahalesi olmadan gerçekleşen ilk durum, yarattığı sonuçlar bakımından rekabeti kısıtladığı için yasaklanıyorsa, aynı sonucu doğuran ve fakat kamu müdahalesi ile gerçekleşen bir duruma da sırf ortada kamunun müdahalesinin varlığının bulunması nedeniyle izin verilmemekte, aynı sonucu doğuran iki durum da, buna neden olanların kimliğine bakılmaksızın yasaklanmaktadır.

Bununla beraber Karar ile ilgili olarak esas dikkat edilmesi gereken noktayı, kararın liberalizasyon sürecine olan açık etkisi teşkil etmektedir. Komisyon tarafından çıkarılan bir çok direktifte de kullanılan bu gerekçeler üye devletler tarafından teşebbüslere verilen hakların sınırlarının çizilmesi ve düzenleme yetkilerinin düzenlemeye konu olan pazarda faaliyet gösteren bir teşebbüse verilmesinin yaratacağı durumu ortaya koyması bakımından son derece önemlidir.

3.2.1.2.5. Port of Genoa (Merci) Kararı

RTT davasından üç gün önce alınan bu Karar genel olarak İtalyan liman hizmetlerinin görülmesi ile ilgilidir. İtalyan yasaları ile limanlarda yükleme, indirme, depolama ve liman işletmeciliğinin gerektirdiği diğer hizmetlerinin

yerine getirilmesi, işçilerden oluşan liman hizmetleri şirketlerine verilmiş ve aynı yasalar ile bu şirketlere söz konusu hizmetlerin üçüncü kişiler lehine yerine organize edilmesi hakkı tanınmıştır.

Dava konusu uyuşmazlık Siderurgica adlı bir deniz taşıma şirketinin Genoa limanında işletme hakkı tanınan Mercı şirketine indirme işlemlerinin yapılması için başvurusu ertesinde, Mercı şirketi tarafından indirme işleminin geciktirilmesi ve fakat Siderurgica tarafından kendi olanakları ile indirme hizmetlerinin yapılmasına da izin verilmemesi üzerine çıkmış, bu şirket tarafından zararının tazmini amacıyla açılan davada ulusal mahkeme tarafından ATAD'a, Mercı'ye tanınan bu hakkın Antlaşma'nın 86(eski).ve 90(1) (eski). Maddesine uygun olup olmadığı sorulmuştur.

Ulusal mahkemede ileri sürülen diğer iddialar olan aşırı fiyatlandırma, eski teknolojinin kullanılması, eşit durumdakilere farklı uygulamalarda bulunulması gibi iddiaları da göz önünde bulunduran ATAD, *Höfner* ve *ERT* davalarından farklı olarak,

Münhasır hakka sahip Mercı'nın ulusal düzenlemeler çerçevesinde, sonuç olarak talep edilmeyen hizmetler için ücret istemeye, verilen hizmet ile orantılı olmayan fiyatlar uygulamaya, maliyetlerin yükselmesine neden olan eski teknolojiyi modern teknolojiyi ile değiştirmeyi reddetmeye ve eşit durumdakilere farklı indirimler vermek suretiyle ayırimcılık yapmaya sevk edildiğini,

Bu koşullar çerçevesinde üye devletin dava konusu olan düzenlemeleri yapmak suretiyle Antlaşma'nın 86. Maddesine aykırı bir durum yarattığını

ifade ederek, Mercı'ye tanınan hakların Antlaşma'nın 86(eski). madde ve 90(1) (eski). Maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir.

Karar'a ilişkin yukarıda belirtilen farklılık, Mahkeme'nin "*sevk etme*" kriteri getirmiş olmasıdır. Ancak belirtildiği üzere *Höfner* ve *ERT* kararları ertesinde getirilen bu kriter, bu davadan üç gün sonra verilen RTT kararında; hakim durumun fiilen kötüye kullanılmasına ihtiyaç olmadığı kriteri getirilmek suretiyle, genişletilmiştir. ATAD'ın bu kriteri kullanılmasının sınırlayıcı bir etkisi olmamakla beraber, Mahkeme'yi *sevk etme* kriterini kullanmaya iten etmenin dava konusu olayda gerçekleşen *ihlallerin niteliği ve ağırlığının* olduğu söylenebilecektir.

3.2.1.2.6. Corbeau⁹⁶ Kararı

Münhasır hakların 86. madde ve 82. Madde kapsamında ele alınmasında bir köşe taşı teşkil eden *Corbeau* kararı, ATAD ve AG Tesauro tarafından konunun ele alınışı bakımından son derece önemlidir. Sierra(1999) tarafından

⁹⁶ Case C-320/91 Corbeau [1993], ECR I-2533

da ifade edildiği üzere ATAD'ın münhasır haklara ilişkin bakış açısını ortaya koyan kararları takip edenler için bu Karar, şaşırtıcı olmaktan çok beklenen bir durumun sonucunu teşkil etmektedir. Kararın esasına geçilmeden önce dava konusu olay hakkında bilgi verilmesi yerinde olacaktır.

Belçika'da posta hizmetlerinin yürütülmesi yasa ile bir kamu kuruluşu olan *Regie des Postes*'e verilmiş ve bu çerçevede her nevi yazışmanın toplanması, taşınması ve dağıtılması hakkın kapsama dahil edilmiştir.

Paul Corbeau, Belçika'nın Liege kenti ve çevresinde, gönderenin evinden alınan postanın aynı bölge içinde olmak kaydı ile ertesi gün alıcının eline geçmesini sağlayan, alıcının başka bölgelerde olması halinde ise gene gönderenin evinden alınan postanın normal posta hizmeti kanalı ile gönderilmesini sağlayan özellikli bir hizmet sunmaktadır.

Regie des Postes tarafından *Paul Corbeau* aleyhine açılan davada ulusal mahkeme tarafından, posta tekelinin ne ölçüde Antlaşma hükümlerine uygun olduğu ve Antlaşma hükümlerine uyulması için söz konusu tekelin ne ölçüde değiştirilmesi gerektiğinin sorulduğu davada ATAD,

Yasal tekele sahip olan bir teşebbüsün hakim durumda olabileceği,

Ancak 86(eski). Maddenin yalnızca teşebbüslerin kendi inisiyatifleri ile gerçekleştirdikleri rekabeti sınırlayıcı davranışlara uygulandığı, üye devletler tarafından gerçekleştirilen tasarruflara uygulanmadığı,

Üye devletler tarafından bir münhasır hak tahsisi ile yalnızca bir hakim durum yaratılmış olması gerçeğinin Antlaşma'nın 86(eski). Maddesine aykırı olmadığı, ancak Antlaşma'nın üye devletlerin Antlaşma hükümlerinin etkinliklerinin kaybedilmesine yol açacak tasarruflarda bulunmasını yasakladığı,

Bu çerçevede 90(eski). Maddenin birinci fıkrasının kamu teşebbüsleri ve üye devletlerin özel veya münhasır haklar tanıdığı teşebbüslerle ilgili olarak üye devletlerin Antlaşma'da yer alan kurallara aykırı hiçbir tedbir almamalarını ve mevcut olanları da devam ettirmemelerini öngördüğü,

Birinci fıkra hükmünün, genel ekonomik çıkarlara ilişkin hizmetleri yürütmekle görevli veya mali nitelikli tekel özelliğine sahip teşebbüslerin, kendilerine verilmiş olan görevlerin ifasını hukuken veya fiilen engellemedikçe, Antlaşma'da yer alan kurallara, özellikle rekabet ile ilgili kurallara tabi olduğunu öngören 90(eski). Maddenin ikinci fıkrası ile birlikte okunması gerektiği,

Sonraki hükmün, üye devletler tarafından, genel ekonomik çıkarlara ilişkin hizmetleri yürütmekle görevlendirdikleri teşebbüslere, kendilerine verilen görevlerin yerine getirilmesi için gerekli olduğu ölçüde, rekabetin sınırlanmasına ve hatta diğer teşebbüsler ile rekabetin tamamen ortadan kaldırılmasına, yol açan münhasır haklar verilmesine izin verdiği,

Dava konusu olayda Regie des Postes'in ..., genel ekonomik çıkarlara ilişkin bir hizmeti yerine getirmekle görevlendirildiğinin tatışmasız olduğu,

Dolayısıyla tartışılması gerekenin genel ekonomik çıkarlara ilişkin hizmetin yürütülmesinin yerine getirilebilmesi ve ekonomik açıdan kabul edilir nitelikte fayda sağlanabilmesi için, rekabetin sınırlanmasının ve hatta tamamen ortadan kaldırılmasının ne ölçüde gerekli olduğu sorusunda düğümlendiği,

Davada, ekonomik operatörlerinin özel ihtiyaçlarının karşılanmasını sağlayan ve mektupların gönderenin adresinden toplanması, daha hızlı ve düzenli bir şekilde, dağıtım esnasında varış noktasının değiştirilebilmesi... gibi geleneksel posta hizmetleri tarafından yerine getirilmeyen ve genel ekonomik çıkara ilişkin hizmetten ayrılabilir nitelikte olan hizmetlere ilişkin rekabetin ortadan kaldırılmasının haklı gerekçelere dayandırılmadığı

gerekçeleri ile *Regie des Postes* tarafından sahip olunan hakkın davada yer verilen şekli ile Antlaşma'nın 90(eski). maddesine aykırı olduğuna karar verilmiştir.

Karar, ulaştığı sonuçlar bakımından dikkatle ele alınmalıdır. ATAD tarafından, önce 86(eski). maddeye ve üye devletlerin Antlaşma hükümlerinin etkinliğini ortadan kaldırıcı tasarruflarda bulunmama yükümlülüğüne değinilmekte, bunun ertesinde, doğrudan 90(eski). Maddenin birinci ve ikinci fıkrasına geçilerek, Antlaşma'nın yalnızca üye devletler tarafından *haklı gerekçelere dayandırılan ve genel ekonomik çıkara hizmet eden* münhasır haklara izin verdiği belirtilmektedir. Dolayısıyla, bu haklar ile getirilebilecek rekabet kısıtlamalarının da teşebbüslerin görevlerini yerine getirmelerine yetecek miktar ile sınırlandırılmasının gerektiği, bu miktarı aşan bütün münhasır hakların yasak olduğu ifade edilmektedir.

Esasen bir başka açıdan okunacak olduğunda da Karar'dan, *bütün münhasır hakların prima facie yasak olduğu* ancak 90(eski). Maddenin ikinci fıkrasında yer verilen koşulları sağlayan münhasır hakların ise bu yasak kapsamı dışında (bunun da sınırları çok dar bir biçimde çizilerek) kaldığı şeklinde bir sonuç çıkarılmaktadır.

3.2.1.2.7. Diğer Kararlar

Corbeau davasında alınan karar, münhasır hakların değerlendirilmesine ilişkin varılabilecek en uç noktayı teşkil etmektedir. Ne var ki bu dava ertesinde alınan kararlar ile üye devlet uygulamalarına daha fazla güven duyulduğu izlenimini doğuracak şekilde *Corbeau* içtihatından öncesine dönülmüştür. Aşağıda yer verilecek kararlar ile ATAD, her ne kadar *Sacchi* doktrininde münhasır hakların dokunulmazlığına ilişkin yer verilen görüşe çok uzak olan konumunu sürdürse de *Corbeau* Kararı ile tesis edilen durumun da gerisinde kalmaktadır. Bu kararlar ile ATAD tarafından tekrar 1991 yılı kararları olarak da adlandırabileceğimiz duruma dönülmektedir.

1991 yılı kararları hatırlanacak olduğunda münhasır haklar, hakkı alan teşebbüsün hakim durumunu kötüye kullanmaktan kaçınmayacağı bir durum yaratmaları (*Höfner, ERT*) veya münhasır hakkın tahsisi ile hakkı alan kuruluşun sahip olduğu konumunu kötüye kullanmaya sevk edildiği (*Port of Genoa*) veya teşebbüsler tarafından gerçekleştirilen kötüye kullanma davranışlarının sonuçları ile benzer sonuç doğurmaları durumunda(*RTT*) Antlaşma'ya aykırı bulunmaktadırlar.

86. Maddenin uygulanmasına ilişkin aşağıda yer verilecek kararlar ile *Corbeau* öncesi eski uygulamalarda benimsenen prensiplere geri dönülmüş olması nedeniyle, detaylı bilgiye yer verilmeyecek, davalarda kullanılan içtihatların tespiti ile yetinilecektir.

3.2.1.2.7.1. La Crespelle⁹⁷ Kararı

Üye devletler tarafından 90(1) (eski). madde kapsamında bir münhasır hak tahsisi ile yalnızca bir hakim durum yaratılmış olması Antlaşma'nın 86(eski). Maddesine aykırı değildir, bir üye devlet bu iki hükmü yalnızca, hakkı alan teşebbüsün sadece bu hakkı kullanmak suretiyle hakim durumunu kötüye kullanmaktan kaçınmayacağı durumda ihlal etmiş olur.

Dava konusu olayda hakim durumun kötüye kullanıldığı iddiası dölleme merkezleri tarafından aşırı fiyatlandırma yapılmasına ilişkindir.

Dolayısıyla burada incelenmesi gereken soru kötüye kullanma teşkil eden bu davranışın ulusal yasaların doğrudan bir sonucu olup olmadığıdır.

Her ne kadar söz konusu yasalar maliyetlerin hesaplanmasını dölleme merkezlerine bıraksalar da, bu hükmün ilgili merkezlerin hakim durumun kötüye kullanılması teşkil edenen aşırı fiyatlandırma uygulamasına neden olduğu söylenemeyecektir.

Diğer davalara geçilmeden önce *La Crespelle* davası ile ilgili birkaç noktaya dikkat çekilmesi gerekmektedir. *Port of Genoa* davasından hatırlanacağı üzere, ATAD, ilgili mevzuatın, Merci şirketini, aşırı fiyatlandırma uygulamak suretiyle hakim durumunu kötüye kullanmaya sevk ettiği sonucuna ulaşmış, bu nedenle Merci'ye verilen liman işletme hakkını Antlaşma'ya aykırı bulmuştur. *La Crespelle* davasında da inceleme konusu eylemin ilgili mevzuat ile kendisine münhasır hak verilmiş olan merkezler tarafından aşırı fiyatlandırma yapılmasıdır. Ne var ki bu davada ATAD, ilgili mevzuatın merkezleri aşırı fiyatlandırmaya sevk etme konusunda herhangi bir kusurunu bulmamıştır. Davada ATAD tarafından aşırı fiyatlandırma ile münhasır hak arasında *sevk etme* ilişkisinin varlığından ziyade *doğrudan bir bağ* arandığı görülmektedir. Dolayısıyla her iki davada da olgular birbirine çok benzemesine rağmen ortada birbirinden farklı iki kararın bulunduğu söylenebilecektir. Bu

⁹⁷ Case C- 323/93 La Crespelle [1994], ECR I-5077

nedenle, *Corbeau* ertesinde ATAD tarafından ulusal yasalara daha bir güven duyulduğuna ilişkin izlenimimizi, *La Crespelle* davası örnek bir dava olarak teyit etmektedir.

3.2.1.2.7.2. *Banchero*⁹⁸ ve *GT-LINK*⁹⁹ Kararları

Üye devletler tarafından 90(1) (eski). madde kapsamında bir münhasır hak tahsisi ile yalnızca bir hakim durum yaratılmış olması Antlaşma'nın 86(eski). Maddesine aykırı değildir, bir üye devlet bu iki hükmü yalnızca, hakkı alan teşebbüsün sadece bu hakkı kullanmak suretiyle hakim durumunu kötüye kullanmaktan kaçınamayacağı durumda ihlal etmiş olur.

3.2.1.2.7.3. *Raso*¹⁰⁰ Kararı

Üye devletler tarafından 90(1) (eski). madde kapsamında bir münhasır hak tahsisi ile yalnızca bir hakim durum yaratılmış olması Antlaşma'nın 86(eski). Maddesine aykırı olmamakla birlikte, hakkı alan teşebbüsün sadece bu hakkı kullanmak suretiyle hakim durumunu kötüye kullanmasına neden olunması ya da bu hakların teşebbüsün hakim durumunu kötüye kullanmasına neden olan bir durum yaratması halinde üye devletler tarafından bu iki hüküm ihlal edilmiş olacaktır.

Bu çerçevede Antlaşma'nın 86(eski). ve 90(1) (eski). Maddeleri liman hizmetlerini yerine getirmeye yetkili bir şirkete, ulusal mevzuat tarafından, kensisinin de fiilen faaliyet gösterdiği limanda başka liman hizmetleri şirketlerine geçici liman işçiliği sağlamasına ilişkin münhasır hak verilmesini yasaklamaktadır.

Raso davasında, ATAD tarafından *neden olmak* kriteri kullanılmış olmakla beraber, belirtilmesi gereken bir diğer noktayı davada *menfaat çatışması* doktrininin kullanılmış olması teşkil etmektedir.

3.2.2. Komisyon Uygulamaları (Direktifler)

86. madde ve 82. Maddenin birlikte uygulanması ile ilgili Komisyon uygulamalarının geçmişi çok önceye dayanmamaktadır. ATAD tarafından konuya ilişkin verilen kararlar ile paralel gerçekleşen Komisyon uygulamaları, daha çok dava¹⁰¹ bazında uygulamalardan ziyade, bu iki hükmün birlikte uygulanması sonucunda *prensipleri* belirleyen ve bu çerçevede üye devletlere yönelik sorumlulukların tespitini amaçlayan direktiflerden oluşmaktadır.

⁹⁸ Case C- 387/93 *Banchero*, [1995], ECR I-4690

⁹⁹ Case C- 242/95 *GT-LINK*, [1997], ECR I-4449

¹⁰⁰ Case C-163/96 *Raso*, [1998], ECR I-533

¹⁰¹ Bu konudaki Komisyon uygulamalarına örnek olarak bakınız: 95/489 sayılı Komisyon Kararı(GSM Italy) OJ L280/49; 97/181 sayılı Komisyon Kararı(GSM Spain) OJ L76/19

Tek pazarın oluşması ve üye devletler arası ticaretin önünde bulunan engellerin kaldırılması amacıyla, 86. Maddenin, özellikle rekabet kuralları ile birlikte uygulanmasına ilişkin Komisyon tarafından çıkarılan direktiflerin çoğunluğunu, gene Komisyon tarafından benimsenen liberalizasyon politikası çerçevesinde, telekomünikasyon alanında serbestleştirmeyi ve rekabetin tesisini amaçlayan direktifler oluşturmaktadır.

İlk olarak 88/301 sayılı *Telecommunications Terminal Equipment*¹⁰² Direktifi ile başlayan uygulamalar, temel olarak 28. Madde ile getirilen *ithalata ilişkin miktar kısıtlamaları ile eş etkili tüm tedbirler ... üye devletler arasında yasaktır* hükmünün uygulanması çerçevesinde gerçekleştirilmiştir.

Ne var ki, telekomünikasyon alanına ilişkin ikinci direktif olan *Telecommunications Services*¹⁰³ Direktifi ile birlikte Komisyon tarafından münhasır hakların varlığı, Antlaşma'nın 86. Maddesi ve 82. Maddesinin birlikte ele alınması suretiyle incelenmiş, ve telekomünikasyon piyasalarında yer alan bazı münhasır hakların Antlaşma'ya aykırılığı tespit edilerek üye devletlerden bunların kaldırılması istenmiştir.

Telecommunications Services Direktifinin Komisyon tarafından çıkarıldığı tarihlerde görülmekte olan *RTT*¹⁰⁴ davasında, *AG Darmon* tarafından hazırlanan görüşte her ne kadar bu alanda yer alan klasik görüşe paralel olarak münhasır hakların 86. madde ve rekabet kurallarının birlikte uygulanması ile varlıklarının yasaklanamayacağı iddia edilmiş olsa da, ATAD tarafından tam tersi bir karar verilmek suretiyle, bu iki hükmün birlikte uygulanması sonucunda belirli nitelikte münhasır hakların varlıklarının Antlaşma'ya aykılık teşkil edebileceği kabul edilmiş ve bir anlamda Komisyon tarafından adı geçen Direktif'te benimsenen uygulama onaylanmıştır.

Böylece, ATAD kararlarında benimsenen prensipler ile adı geçen direktifte beimsenen esaslar arasında bir paralellik kurulmuş, daha sonra gene telekomünikasyon alanına ilişkin çıkarılan Komisyon direktiflerinde de ATAD tarafından benimsenen prensiplere paralel prensipler kullanılmıştır.

Bu çerçevede ATAD tarafından münhasır haklara ilişkin davalarda benimsenen hakim durumun genişletilmesi¹⁰⁵ ve menfaat çatışması¹⁰⁶

¹⁰² Commission Directive (EEC) 88/301 "Competition In The Markets In The Telecommunications Terminal Equipment" [1988] OJL131/73

¹⁰³ Commission Directive (EEC) 90/388 "Competition in the Markets for Telecommunications Services" OJ L192, 24.07.1990

¹⁰⁴ Case C- 188/88 RTT [1991], ECR at I-5979

¹⁰⁵ Prensiplerin ortaya konulması bakımından, Case 311/84 Telemarketing [1985], ECR at 3261; bunun yanı sıra dava konusu münhasır haklara ilişkin olarak Case C-41/90 Höfner, [1991], ECR I-1979; Case C- 188/88 RTT [1991], ECR at I-5979; Case C- 260/89 ERT [1991], ECR 2925; Case C-320/91 Corbeau [1993], ECR I-2533

doktrinlerinin; Komisyon tarafından telekomünikasyon sektörüne ilişkin çıkarılan, 94/46 sayılı Uydu İletişimi¹⁰⁷, 95/51 sayılı Kablolu Televizyon Şebekeleri¹⁰⁸, 96/2 sayılı Mobil ve Kişisel İletişim¹⁰⁹, 96/19 sayılı Tam Rekabet¹¹⁰ ve (aynı operatör tarafından sahip olunan kablolu televizyon şebekeleri ile telekomünikasyon şebekelerinin ayrı hukuki yapılara kavuşturulmalarını sağlamak amacıyla çıkarılan) 99/64 sayılı¹¹¹ direktiflerde ve posta hizmetlerine ilişkin bazı kamu tasarruflarının değerlendirilmesini içeren Posta Hizmetleri Tebliği'nde¹¹² de kullanıldığı görülmektedir.

3.3. 86. MADDE ve 81. MADDENİN BİRLİKTE UYGULANMASI

86. maddenin 82. Madde ile birlikte uygulanmasına ilişkin yukarıda yer verilen geniş sayıda içtihatların varlığına karşın, 86. Madde ile 81. Maddenin birlikte uygulanmasına ilişkin içtihat yok denecek kadar azdır.

*GB-INNO*¹¹³ davasında yer verilen *etkinlik doktrini* çerçevesinde, bir kamu tasarrufunun 86. Madde ve 81. Maddelerin birlikte uygulanmasına aykırılık teşkil edebileceği açıktır. Ne var ki, Alman hükümeti tarafından belirlenen bir hat üzerinde tek başına ya da ikinci bir havayolu şirketi ile birlikte hizmet vermeye ilişkin izinlerin 90(eski). madde kapsamındaki haklardan sayılarak ele alındığı ve ilgili otoritelerin bu teşebbüslerce yapılmış fiyat anlaşmalarını onaylamalarının Antlaşma'nın 90(eski). madde ve 85.(eski) maddelerinin birlikte uygulanmasına aykırı bulunduğu *Ahmed Saeed* davası, bu iki hükmün birlikte uygulanmasına ilişkin tek örneği teşkil etmektedir¹¹⁴.

¹⁰⁶ Case C- 188/88 RTT [1991], ECR at I-5979; Case C- 260/89 ERT [1991]; Case C-163/96 Raso, [1998], ECR I-533

¹⁰⁷ Commission Directive (EC) 94/46 Amending Directive (EC) 88/301 and Directive (EC) 90/388 in particular with regard to "Satellite Communications" [1994] OJ L268/15-21

¹⁰⁸ Commission Directive (EC) 95/51 amending Commission Directive (EC) 90/388/EEC with regard to "Abolition of The Restrictions on The Use of Cable Television Networks For The Provision Of Already Liberalised Telecommunications Services" [1995], OJ at L256/49- 54

¹⁰⁹ Commission Directive (EC) 96/2 amending Directive (EC) 90/388/EEC with regard to "Mobile and Personal Communications" [1996], OJ at L20/49-54

¹¹⁰ Commission Directive (EC) 96/19 amending Directive (EC) 90/388/EEC with regard to "The Implementation of Full Competition in Telecommunications Markets" [1996], OJ at L74/13-24

¹¹¹ Commission Directive (EC), 99/64 amending Directive (EC) 90/388/EEC in order to ensure that "Telecommunications Networks and Cable TV Networks Owned by a Single Operator are Separate Legal Entities"

¹¹² Notice from the Commission on The Application of the Competition Rules to the Postal Sector and on the Assesment of Certain State Measures Relating to Postal Sevices

¹¹³ Case C- 13/77 GB-INNO[1977], ECR 2115

¹¹⁴ Case C- 30/87 Bodson, [1988] ECR 2516; Bodson davasında da ATAD tarafından 90. Madde çerçevesinde kamu otoritelerinin münhasır hak verdikleri teşebbüslere yönelik 85(eski). maddeye aykırı tasarruflarda bulunamayacağı belirtilmekle birlikte burada Ahmed Saeed davasının tek

86. madde ve 81. Maddenin birlikte uygulanmasına ilişkin durum bu iken, doktrinde bu maddelerin daha etkin bir şekilde uygulanması yönünde yaşanan tartışmalara da değinilmesi yerinde olacaktır. Esasen doktrinde bu iki maddenin birlikte uygulanmasına ilişkin gündeme getirilen tartışmaların nedeni, ATAD tarafından *kamu düzenlemelerine*¹¹⁵ Antlaşma'nın 3., 10. ve 81. Maddelerinin uygulanmasına ilişkin formalist bir yaklaşım sergilemesidir.

Kamu düzenlemelerine ilişkin benimsenen prensipler özetlendiğinde ATAD'ın,

- i- 81. Madde kapsamında ele alınabilecek anlaşmaların yapılmasını öngören ya da teşvik eden veya,
- ii- Bunların etkilerini gerçekleştirmelerine olanak tanıyan (bu anlaşmaları onaylamak suretiyle) veya,
- iii- Piyasada faaliyet gösteren teşebbüslere söz konusu düzenlemeleri yapma görevi yükleyen,

kamu düzenlemelerini Antlaşma'nın 3., 10. ve 81. Maddelerine aykırı bulduğu görülmektedir¹¹⁶. Dolayısıyla, bir kamu düzenlemesinin Antlaşma'ya aykırılığından söz edilebilmesi için rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların *varlığının* öngörüldüğü bu formalist içtihat çerçevesinde ATAD'ın, rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma ile ilişkisi bulunmayan ve fakat rekabeti sınırlayıcı anlaşmalara benzer etkiler doğuran kamu düzenlemelerini, Antlaşma'ya uygun bulduğu görülmektedir¹¹⁷.

Sonuçları itibarıyla rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma ile yaratılan etkiye benzer etkiler doğuran ancak teşebbüsler arası anlaşmalarla ilişkilendirilmediği müddetçe Antlaşma'ya aykırılığın ileri sürülemeyeceğini öngören bu yaklaşım, gene ATAD'ın 86. madde ile 82. Maddenin birlikte uygulanması esnasında, 82. *Maddenin teşebbüslere yönelik bir madde olmasına rağmen üye devletlerin bu hükmün etkinliğinin azaltılmasına neden olacak tasarruflardan kaçınması gerektiği ve Antlaşma'nın buna neden olacak tasarrufları yasaklaması* şeklinde benimsediği esastan yoruma paralellik göstermemesi nedeniyle eleştirilmektedir.

Bu çerçevede; temel olarak 81. ve 82. maddelerin aynı amaca hizmet ettiği (piyasalarda rekabeti sınırlayan eylemlerin önlenmesi) belirtilerek; ATAD tarafından benimsenen bu yaklaşımın yaratmış olduğu sıkıntının, konunun 86.

örnek olarak belirtilmesinin nedeni bu davanın bu iki hükmün uygulanmasına yönelik tipik bir örnek teşkil etmesidir.

¹¹⁵ Burada yer verilen kamu düzenlemelerinden kasıt, devletin bazı mal veya hizmet piyasalarında asgari ya da azami fiyatları tespit etmesi gibi tasarrufları kastedilmektedir.

¹¹⁶ Case C- 267/86 Van Eycke, [1988], ECR 4769

¹¹⁷ Yukarı; Case C-229/83 Leclerc, [1985], ECR I

madde ve 81. Madde çerçevesinde ele alınması suretiyle çözümlenebileceği ileri sürülmektedir (Chung (1995); Bacon (1997)).

Ne var ki, 86. madde ve 81. Maddenin birlikte uygulanmasına ilişkin getirilen bu yenilikçi yaklaşımlara ilişkin değerlendirmeler üzerinde, bu nitelikte kamu müdahalelerinin münhasır hak tahsisleri ve özel hak tahsislerinden farklı nitelikte olmaları ve başka bir başlık altında daha detaylı bir inceleme gerektirmeleri nedeniyle burada daha fazla durulmayacaktır.

3.4. DEĞERLENDİRME ve ELEŞTİRİ

Bu bölümde yapılacak değerlendirmelerde, Komisyon ve ATAD tarafından gerçekleştirilen uygulamaların esasen 86. madde ve 82. Maddenin birlikte uygulanması üzerine kurulu olması nedeniyle, bu iki maddenin birlikte uygulanması üzerine yoğunlaşacaktır. Bu çerçevede aşağıda 86. ve 82. Maddelerin birlikte uygulanması, *teorik ve hukuki belirlilik* olarak iki temel başlık altında incelenmektedir.

3.4.1. Teorik Değerlendirme

Teorik açıdan değerlendirme ve eleştiriyi *Corbeau* öncesi, *Corbeau* ve *Corbeau* sonrası olarak üç döneme ayırarak gerçekleştirmek konunun takibi açısından yerinde olacaktır.

ATAD tarafından gerçekleştirilen uygulamaların temelini, 86.(eski) maddenin teşebbüslerin kendi iradeleri ile gerçekleştirdiği eylemlere uygulanan bir madde olmasına rağmen, üye devletlerin bu hükmün *etkinliğini* zayıflatmama yükümlülüğünün ortaya konulduğu *GB-INNO*¹¹⁸ davası ile benimsenen prensip oluşturmakta, bunun yanı sıra münhasır hakların varlığı yapısal bir sorun olarak (Gyselen (1992)) ele alınmaktadır.

Corbeau öncesi ATAD kararları incelendiğinde, Mahkeme'nin *ERT* davasında, münhasır hak tahsisi ile hakim durumun kötüye kullanılması ihtimalinin doğduğunu ve sonuç olarak hak sahibi teşebbüsün sahip olduğu konumunu kötüye kullanmasına yol açıldığını göz önüne alarak; *Port of Genoa* davasında ise dava konusu kötüye kullanmaların ağırlığı ve çeşitliliği karşısında hak sahibi teşebbüsün hakim durumunu kötüye kullanmaya sevk edildiğini dikkate alarak karar verdiği görülmektedir.

Höfner davasında ise, hakkı alan teşebbüsün pazarda var olan talebi karşılayabilecek durumda olmadığına tespiti ertesinde yasaların başka bir teşebbüsün dava konusu aktiviteleri yerine getirmesini engellemesinin, hakim

¹¹⁸ Case C- 13/77 GB-INNO,[1977], ECR 2115

durumda olan bir teşebbüsün gerçekleştirdiği kötüye kullanma davranışı ile sonuçları bakımından özdeş bir durum yarattığı varsayılarak, bu durumun Antlaşma'nın 86(eski). madde ve 90(1) (eski). Maddesine aykırı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Esasen kullanılan gerekçelerin yukarıda kısaca özetlendiği davalara ilişkin temel olarak tespit edilmesi gereken noktayı gerek *Höfner* gerekse *ERT* davasında hissedilebildiği üzere temelde bir aktivitenin yerine getirilmesi için verilen münhasır hakkın bu temel aktiviteden farklı olan başka aktivitelere de sirayeti oluşturmaktadır. *Höfner* davasında bu durum, klasik anlamıyla işçi yerleştirme aktiviteleri kavramının içine yönetici bulma faaliyetlerinin de eklenmesi, *ERT* davasında ise ERT'ye tanınan münhasır hakkın, başka devletlerin yayınlarını alma ve tekrar iletme hakkını da kapsayacak şekilde genişletilmesidir¹¹⁹. Dolayısıyla yapılacak incelemede esas olarak münhasır hakların sınırları, başka bir deyişle hakim durumun genişletilmesi kavramı üzerinde durulması gerekmektedir¹²⁰. Bu nedenle bu kavramın açıkça kullanıldığı *RTT* kararı, *Corbeau* öncesi durumun tespiti bakımından en önemli başlığı oluşturmaktadır.

RTT davasında, daha önceki bir karar olan *Telemarketing* kararına atıfta bulunularak, hakim durumda olan bir teşebbüsün objektif bir gerekçeye dayanmaksızın, bu konumunu kötüye kullanarak, komşu fakat ayrı bir pazarda başka teşebbüslerce yerine getirilecek bir aktiviteyi kendine ayırmasının yasaklandığı belirtilmektedir. Bu çerçevede, hakim durumun genişletilmesine yol açan kamu tasarrufu ile bu durum arasında benzerlik kurulmakta ve söz konusu tasarruf 86(eski). madde ve 90(1)(eski). Maddenin birlikte uygulanmasına aykırı bulunmaktadır.

RTT ile ilgili yapılması gereken tespitlerden ilkinin konusunu, *Telemarketing* kararının incelenmesi oluşturmaktadır. Davada ATAD hakim durumun genişletilmesini, kötüye kullanma teşkil eden davranışla ilişkilendirmek suretiyle ele almış ve ortada hakim durumun kötüye kullanılmasının var olduğu sonucuna ulaşmıştır. Ne var ki ATAD'ın *RTT*'de atıfta bulunduğu bu Karar'da yer alan hakim durum- kötüye kullanma arası bu ilişki, *RTT* davasında bulunmamaktadır. Başka bir ifade ile *RTT* davasında var olan hakim durumun genişletilmesi, bir kötüye kullanmanın sonucu olarak gerçekleşmemektedir. Dolayısıyla hakim durumun genişletilmesine ilişkin içtihatlarda yer alan hakim durum-kötüye kullanma- genişleme arasındaki ilişkinin bu davada esasının değiştirilmiş olması söz konusudur (Akyürek-Kievits(1992)).

¹¹⁹ Benzer bir yaklaşım Bacon(1997) tarafından da benimsenmektedir.

¹²⁰ Woude(1991) tarafından *RTT* davasında ATAD'ın benimsediği yorum, otomatik kötüye kullanma teorisi olarak adlandırılmakta ve eleştirilmektedir.

Bunun yanı sıra RTT'ye ilişkin belirtilmesi gereken ikinci ve fakat temel noktayı, davada ikinci münhasır hakkın verilmesi ile ilgili yapılan değerlendirmelerin, yalnızca bunun için değil; birinci piyasaya ilişkin bir münhasır hak verilerek yaratılmış hakim durumun varlığı içinde, yaratılan etkinin aynı olması nedeniyle, geçerli olması gerektiği oluşturmaktadır.

Ne var ki davada bu iki durum arasında, varlığı ortaya konulması gereken benzerlik veya karşılaştırma yapılmamaktadır. Dolayısıyla ATAD'ın yalnızca ikinci piyasada rekabetin ortadan kaldırılmasına yol açan ikinci münhasır hakkı ele alarak birincisine dokunulmaz olarak yaklaşması veya başka bir deyişle birincisinin varlığına ilişkin bir değerlendirme yapmazken ikincisinin varlığını hukuka aykırı bulması, her iki hakkın da yarattıkları etkinin benzer nitelik taşıması nedeniyle, eleştirilebilecek bir noktadır. Burada ATAD tarafından benimsenen bu yaklaşımın ardında, 86. Maddenin lafzında yer alan *üye devletler tarafından münhasır ya da özel hak verilmiş teşebbüsler* kavramının, bu maddenin en azından böyle bir teşebbüsün varlığını öngördüğü şeklinde yorumlanmasının yattığı söylenebilecektir.

Kanımızca burada doğru olabilecek yaklaşım, münhasır hakların varlığının hukuka aykırı olabileceği kabul edildiğinde, bizzat birinci(*temel*) münhasır hakkın varlığının ele alınması suretiyle getirilebilecek rekabet kısıtlamalarının *sınırının* 90(eski). Maddenin ikinci fıkrasında yer verilen istisna çerçevesinde ele alınmasıdır.

Tam bu noktada izlenen yol bakımından yukarıda yer verilen kararlardan tamamen farklı olan *Corbeau* kararına geçilmesi yerinde olacaktır.

Corbeau, münhasır hakların incelenmesinin kanımızca en doğru şekilde yapıldığı karardır. Davada önce 86(eski). madde ve bu hükmün yalnızca teşebbüslere uygulanması ve fakat devletlerin bu hükmün etkinliğini kaybetmesine yol açacak tasarruflarda bulunmama yükümlülüğü ortaya konulmaktadır.

Karar'ın devamında 90(eski). Maddenin ilk fıkrası ile üye devletlere getirilen bu yükümlülük arasında paralellik kurulmakta ve aynı maddenin ikinci fıkrası ile genel ekonomik çıkara ilişkin hizmetlerin yerine getirilmesi için üye devletler tarafından görevlendirilen teşebbüslerin, bu hizmetlerin yerine getirilebilmesi için gerekli olduğu ölçüde rekabet kurallarının uygulanmasından muaf tutulabileceğinin ifade edildiği tespit edilmektedir.

Bu çerçevede üye devletlerin birinci fıkrada kapsamında yer alan münhasır hak tahsisi işlemlerini ancak 90(eski)(2). Maddede yer alan sınırlar içinde gerçekleştirebilecekleri ve dolayısıyla ikinci fıkrada yer alan sınırları aşan münhasır hakların Antlaşma'ya aykırı olacakları sonucuna ulaşılmaktadır. Antlaşma'nın 3. Maddesi ile *serbest rekabetin* temel prensip olarak

benimsendiği göz önüne alındığında; serbest rekabetin engellenemeyeceğini temel alan ve fakat ancak gerekçelendirilmesi halinde bunun kısıtlanmasına izin veren bu yaklaşım, gösterdiği tutarlılık ve inceleme tarzı bakımından Antlaşma'nın ruhuna uygun yaklaşımdır.

RTT kararına ilişkin olarak yukarıda yer verdiğimiz eleştirilerin bir benzeri *Corbeau* davasında *AG Tesauro*¹²¹ tarafından da yapılmaktadır. *Tesauro*, münhasır hakların hukukiliğinin incelenmesine ilişkin yapılan değerlendirmelerde, *yalnızca ikincil faaliyetlere yönelik genişleme içeren hakların değil, bizzat ilk münhasır hakkın varlığının da hukuka uygunluğunun da ele alınması gerektiğini* ileri sürerek *RTT*'de gerçekleşen çelişkiye işaret etmektedir.

Kullanılan yol ve benimsenen mantık bakımından benimsediğimiz bu Karar'da, *RTT*'ye ilişkin eleştirilere paralel bir diğer noktayı; Karar'da hakim durumun genişletilmesi kavramına yer verilmemiş olması teşkil etmektedir. Burada ATAD tarafından bu kavrama atıfta bulunulmaması ardında yatan saikin *RTT* davasında hakim durumda bulunan teşebbüs tarafından gerçekleştirilmiş bir kötüye kullanma bulunmaması nedeniyle ortaya çıkan *Telemarketing-RTT* çelişkinin giderilmek istenmesi olduğu söylenebilecektir.

Ne var ki *Corbeau* ile benimsenen, münhasır hakların özde Antlaşma'ya aykırı olduğuna ve üye devletler tarafından verilen münhasır hakların gerekçelendirilmesi gerektiğine (Hoecipied (1992)) dayanan kendi içinde tutarlı bu çizginin, uygulanmasına devam edildiğini söylemek mümkün görünmemektedir.

Üye devletlerin rekabete ilişkin getirdiği sınırlamaların gerekçelendirilmemesi halinde Antlaşma'ya aykırılığın doğacağını öngören bu varsayım; daha sonraki kararlarda, yalnızca teşebbüslerce gerçekleştirilmiş bir kötüye kullanmanın var olması ve kötüye kullanma ile kamu tasarrufu arasında bir bağlantı olması şeklinde benimsenen ve bir anlamda *Corbeau* öncesine dönüş anlamı taşıyan kararlar ile sınırlandırılmıştır.

3.4.2. Hukuki Belirlilik

ATAD kararlarında münhasır hakların değerlendirilmesine ilişkin *Corbeau* sonrası yaşanan değişikliklere gerekçe olarak, *hakkın sınırlarının her davada değişebilecek olması* nedeniyle, münhasır haklara ilişkin belirli bir hukuki belirliliğin sağlanmak istenmesi ileri sürülebilecektir. Ancak Antlaşma hükümlerinin tam olarak uygulanmaması pahasına benimsenen bu değişiklik,

¹²¹ Case C-320/91 *Corbeau* [1993], ECR I-2533, *AG Tesauro*'nun görüşü paragraf 14

esasen hukuki belirliliğin tesis edilmesi açısından da tatmin edici olmaktan uzaktır.

Corbeau ile benimsenen prensipten geri dönmüş olması, *Sacchi* içtihatı ile benimsenen münhasır hakların dokunulmazlığına ilişkin prensiplere geri dönüş anlamına gelmemekle beraber, uygulamada üye devlet uygulamalarına karşı daha fazla güven duyulan bir durum yaratmaktadır. Ne var ki bu güven ile hukuki belirliliğin örtüştüğü söylenemeyecektir. *Corbeau* öncesine dönüldüğünün kabulü, bundan sonraki uygulamalarda bu dava öncesinde benimsenen prensiplerin geçerli olmadığı anlamına da gelmemektedir. Nitekim *Raso* kararında yer verilen menfaat uyumsuzluğu ve *Corbeau* sonrasında verilen kararlarda *Höfner*, *ERT*, *Port of Genoa* ve *RTT* kararlarına atıfta bulunulmuş olması bu davalarda benimsenen prensiplerin halen geçerliliklerini koruduğunu göstermektedir.

Corbeau öncesinde ve sonrasında verilen kararlar karşılaştırıldığında hangi durumlarda 82. ve 86. Maddelere aykırılıkların oluşabileceği belirsizlik içermektedir. Bu belirsizliğin varlığının görülebilmesi bakımından, dayandıkları olgular benzer olmasına rağmen, *Port of Genoa* ile *La Crespelle* davalarında verilen kararlar arası farklılık dikkat çekicidir.

SONUÇ

Kamu, piyasaların hem düzenleyicisi hem de bir aktörü olarak yürüttüğü ikili faaliyet dolayısıyla davranışları rekabet hukuku açısından dikkatle incelenmesi gereken bir kurumdur.

Piyasa yapıları ve rekabet üzerinde yarattığı *ex-ante* etkilerin, özel teşebbüs davranışları sonucu oluşabilecek *ex-post* etkilerden çok daha ağır sonuçlar doğurabilecek nitelikte olması, piyasa dışı müdahalelerine ilişkin bu kuruma ağır bir sorumluluk yüklemektedir.

Geçen yirmi yıl, kamu müdahalelerinin rekabet hukuku açısından değerlendirilmesinde büyük adımların atıldığı ve bunların serbest rekabet üzerinde yarattığı olumsuz etkilerin giderilmesinde büyük aşama kaydedildiği bir dönem olmuştur. Bu çerçevede 86. maddenin Antlaşma'nın 3. ve 295. maddeleri arasında üstlendiği dengeleyici görevini başarı ile yerine getirdiğini söylemek mümkündür.

Hukuki tekeller veya ayrıcalıklı teşebbüsler aracılığı ile gerçekleştirilen davranışlara yönelik *ex-post* müdahalelerin gerekli etkinliği sağlayamaması karşısında bu dönem içinde benimsenen ve bizzat bunların varlıklarının ele alındığı *ex-ante* müdahaleler içeren *yapısalcı anlayış* ile birlikte Topluluk rekabet hukukunda esastan bir değişiklik yaşandığı görülmektedir. Bu çerçevede, son dönemde 17 sayılı Tüzük'e ilişkin önerilen değişiklikler ile getirilmek istenen, şirket bölünmelerini de içeren yapısal müdahale anlayışı ile 86. Madde uygulanmasında benimsenen bu yaklaşım arasında bilinçli bir paralelliğinin varlığına işaret etmek yanlış olmayacaktır.

Kuşkusuz bu yaklaşım, bu Tez'in ilgili bölümlerinde açıklanmaya çalışıldığı üzere, bir gecede yaşanan bir değişikliğin sonucunda benimsenmemiştir.

Kamu müdahalelerinin değerlendirilmesinde de bu aşamaya gelinceye kadar *şekli unsurlardan* kaynaklanan farklılıklar bu işlemlerin özünün incelenmesi önünde yapay engeller yaratmıştır. Kamu tasarruflarının şekline

dayalı incelemelerden de güç olarak uygulanan ve üye devlet müdahalelerinin korunmasını benimseyen tutucu yaklaşımlar, Antlaşma'nın, serbest rekabetin tesisi için kullanılabilir en etkin aracı olan 86. Maddesinin Kurucu Antlaşma'nın akdedilmesinden itibaren neredeyse yirmi yıl hiç uygulanmamasına neden olmuştur.

Bu sayede, ilk uygulamalardan olan ve hukukun bu dalında en yol açıcı kararlardan birinin verildiği *GB-INNO* davasında benimsenen prensiplerin de uzun bir süre daha etkin uygulanırlığını engellemiş ve 90'lı yılların başına kadar Antlaşma'nın bu maddesinin üstünün örtülmesini sağlamıştır.

Ne var ki, Topluluk Hukukunun üye devletler hukukuna üstünlüğü ve bu hukukun yeknesak uygulanması gerekliliği prensiplerinin uygulanması ile tasarrufların şeklienden kaynaklanan bu engeller aşama aşama ortadan kaldırılmış ve bununla birlikte şekli incelemenin yerini, işlemlerin özünün ve üstlendiği fonksiyonun tespitini öngören *fonksiyonel analiz* almıştır.

Kamunun piyasa içi ve piyasa dışı davranışlarının ayırımına ilişkin uygulamada benimsenen *fonksiyonel analiz* zaman içinde yerleşmesi, 86. maddenin gerçek rolünün anlaşılmasının ve maddenin etkin bir şekilde uygulanmasının yolunu açmıştır.

Kamunun piyasalara müdahalesinin varlığının tespiti için yapılacak analizlerde işlemin şekline bağlı kalınmayarak işlemin üstlendiği fonksiyonun tespitinin esas alınmasının gerekliliği, Topluluk Hukukunun bu alanda uygulanmasına ilişkin yapılacak değerlendirme ve ulaşılabilecek sonuçların ilkinin oluşturmaktadır.

İşlemin özünün tespitine ilişkin benimsenen bu prensip, işlemin konusunun, kamu müdahalesinin varlığı için gerekli unsurların ve bu çerçevede işlemin tabi olduğu kuralların tespitinde belirleyici olmuştur.

90'lı yılların başından itibaren gerçekleştirilen uygulamalar, serbest rekabetin bir amaç olarak benimsenmesinin hiç bir zaman tek başına yeterli olmadığını göstermektedir. Bunun için etkin bir mekanizmanın kurulması gerekliliği, bu amacın gerçekleşmesi için olmazsa olmaz bir unsurdur. Bu çerçevede Topluluk sınırları içinde serbest rekabetin benimsenmesi ve tek pazarın oluşturulması yönünde Antlaşma ile ortaya konulan irade ile üye devletlerin düzenlemelerinin her zaman birbirine uyumlu olmadığı ve hatta serbest rekabetin tesisini isteyen ve tek pazarın oluşturulmasını amaçlayan bu yapıyı oluşturan üye devletlerin bizzat bunun gerçekleşmesinde en büyük engeli oluşturduğu görülmüştür.

Bu nedenle ortak iradeyi temsil eden Topluluk ve bu iradeyi oluşturan üye devletlerin karşılıklı hareket serbestilerinin sınırlarının tespiti, uygulamada, bu iki kurumu karşı karşıya getirmiştir.

Ne var ki, ortak iradenin varlığı, bu irade ile ortaya konulan prensiplerin aktif bir şekilde uygulanmasını halinde mümkündür. Bunun *Sacchi* ile sağlanamaması, üye devletlerin hareket serbestisinin sınırlarının tekrar çizilmesi gerekliliğini de beraberinde getirmiştir.

Sacchi'nin dokunulmazlığı karşısında benimsenen bu yeni yaklaşım geleneksel görüşlerin terkinin gerektirmiştir. 1991 yılı kararlarının bu yaklaşımı büyük ölçüde yerine getirdiğini söylemek mümkündür.

Bununla beraber, *Corbeau* ile birlikte doruk noktasına ulaşan bu durum, serbestilerin sınırlarının bu kez ters yönde tekrar ele alınmasını gerektirmiş ve *Corbeau* sonrası alınan kararlar ile üye devlet uygulamalarına tekrar güven aşılanmıştır.

İçtihatlarda yaşanan bu dalgalanmalara rağmen bugünkü durum, *Sacchi* kararının dokunulmazlık prensibinin çok uzağındadır. Geline bu nokta çerçevesinde, üye devletlerin rekabet üzerine getirebilecekleri sınırlamaların *sınırlı olması*; kamu müdahalelerinin, özelde münhasır hakların ve özel hakların incelenmesine ilişkin varılan sonuçlardan ikincisini ve en önemlisini oluşturmaktadır.

Kamu müdahalelerine ilişkin benimsenen yaklaşımlarda yaşanan bu değişikliklerin en önemli sonucu, Topluluk Liberalizasyon Politikaları'nın yerleşmesi ve etkin bir şekilde uygulanmış olmasıdır.

Benimsenen prensipler, uygulamada Komisyon direktifleri ile yazılı hukuk kuralları olarak maddeleşmiş, çıkarılan direktiflerle birlikte özellikle telekomünikasyon sektöründe kamu müdahaleleri ile ortadan kaldırılmış olan rekabet aşama aşama tesis edilmiştir.

Topluluk Rekabet Hukukunu mehz olarak alan Türk Rekabet Hukuku için bu uygulamaların sonuçlarından çıkarılacak dersler hiç kuşkusuz büyük önem arz etmektedir.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un yürürlük alanının piyasa içi kısıtlamalar olarak çizilmesi, bunun yanı sıra piyasa içi sınırlamaları gerçekleştirenler arasında kamu veya özel teşebbüs ayırımı yapılmamış olması, bu Kanun'un uygulanmasında devletin kamusal yetkiler kullanarak gerçekleştirdiği müdahaleler veya yürüttüğü ekonomik aktiviteler arasında yapılması gereken ayırımın, Kanun'un muhatabının tespiti bakımından son derece önemli olduğunu ortaya koymaktadır.

Ne var ki 4054 sayılı Kanun'un yürürlük alanının piyasa içi sınırlamalar olarak çizilmiş olması, Devlet'in, Anayasa ile teminat altına alınan serbest rekabet rejiminin uygulanmasını engelleyecek aktivitelerde bulunma serbestisine sahip olduğu sonucunu doğurmamaktadır. Esasen 4054 sayılı

Kanun bir yana, Kanun'un dayanağını teŖkil eden Anayasa ile piyasa içi ve piyasa dıŖı ayırımı yapılmaksızın serbest rekabetin gerekleŖmesinin engellenemeyeceğinin teminat altına alınmıŖ olması, beraberinde, 4054 sayılı Kanun'un görev alanının sınırları dıŖında gerekleŖebilecek kısıtlamaların hukuka uygunluğunu getirmemektedir.

Bu çerçevede piyasa ekonomisini ve serbest rekabet rejimini temel alan Anayasa erevesinde Devlet'in, serbest rekabetin *azami* oranda tesisi için, genel ekonomik çıkarın sağlanması amaçları ile rekabet üzerine getirebileceği sınırlamaları *asgari* oranda tutmasının Anayasal bir zorunluluk olduğu kabul edilmelidir.

ABSTRACT

Competition in a market is restricted either by market behaviours of undertakings or by measures of the State acting as a public authority. The former is controlled by The Law on Protection of Competition (Law No: 4054) whereas the latter is out of the scope of it. While this is the current situation, The Law makes no distinction between public or private undertakings; this makes it a must to set clear and easy understanding criterias for the behaviours of the State who is naturally responsible for the second type of restrictions.

EU law, after pragmatic stages, has decided to use a functional way in interpreting the behaviour of this body with the help of Article 3 and 86 of the Rome Treaty. The functional interpretation leads to a useful understanding of the terms undertaking and economic activity, which are decisive in making a distinction between behaviours for the market and behaviours regulating the market. With the establishment of Sacchi Doctrine, there had been drawn an existence-exercise distinction with regard to exclusive and special rights which are the most common ways of regulating markets. Along with the technological developments, this doctrine lost its grounds in the beginning of the 90's and with the 1991 decisions of the ECJ which marked a new era, it became a rule that the State has no absolute freedom in restricting the competition.

Experiences in the application of The Treaty exhibit many lessons for Turkey in establishing a free and a functioning market economy. The need to apply a functional approach to limitations on competition regardless of their form and to limit the restrictions in markets derogating from the use of the governmental powers by the State are of great importance.

KAYNAKÇA

AKYÜREK-KIEVITS, H.E., “*The Application of Article 86 of the EEC Treaty to State Monopolies*”, *State Entrepreneurship, National Monopolies and European Community Law, Competition and Free Movement in the Energy, Postal and Telecommunication Markets*, Act of a Seminar Held at the Catholic University of Nijmegen , 04.12.1992, (Deventer-Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993)

BACON, K., (1997) “*State Regulation of the Market and E.C. Competition Rules: Articles 85 and 86 Compared*”, *ECLR*., 286

CHUNG, C.M., (1997) “*The Relationship Between State Regulation and EC Competition Law: Two proposals for a Coherent Approach*”, *ECLR*., 87;

DERINGER, A., (1978) “*Equal Treatment of Public and Private Enterprises*” FIDE Congress, Copenhagen

FAULL, J. & ALÍ, N., (1999) “*The EC Law of Competition*”, Oxford University Press

EHLERMAN, C.D., (1993) “*Managing Monopolies: The Role of The State in Controlling Market Dominance in The European Community*”, *ECLR*, 61

GYSELEN, L., (1992), “*Commentary on the Port of Genoa and RTT Cases*” 29 *CMLRev*. 1239

HOECIPIED, C., “*Does The EEC Treaty Prohibit Exclusive Rights?*”, *State Entrepreneurship, National Monopolies and European Community Law, Competition and free Movement in the Energy, Postal and Telecommunication Markets*, Act of a Seminar Held at the Catholic University of Nijmegen , 04.12.1992, (Deventer-Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993)

İNAN, N., (1995), “*Avrupa Birliği ve Türkiye-Avrupa Birliği İlişkileri Eğitim Programı*” *Tebliğleri, Avrupa Birliği El Kitabı*, (İçinde) T.C. Merkez Bankası Yayınları, Ankara

LANG, J. T., “*Community Antitrust Law and Government Measures Relating to Public and Privileged Enterprises: Article 90 EEC Treaty*” Annual Proceedings of The Fordham Corporate Law Institute, Antitrust and Trade Policies in International Trade, New York, 20-21.09.1984, Chapter 21

PAPACONSTANTINO, H., (1988) “*Free Trade and Competition in the EEC, Law Policy and Practice*” Routledge, London/New York

PAGE, A.C., (1982) “*Member States, Public Undertakings and Article 90*”, *ELRev.* 19

PAPPALARDO, A., (1991), “*State Measures And Public Undertakings: Article 90 Of The EC Treaty Revisited*”, *ECLR*, 29

SIERRA, J. L. B., (1999)“*Exclusive Rights And State Monopolies Under EC Law, Article 86 (Former Article 90) of the EEC Treaty*”, Oxford University Press

VAN DER WOUDE, M., (1991) “*Art. 90: Competing for Competence*” 16 *ELRev.* Competition Law Checklist 68

WINTERSTEIN, A., (1999)“*Nailing the Jellyfish: Social Security and Competition Law*” *ECLR*

ATAD Kararları

Case C- 10/71 *Müller* [1971], ECR 821
Case C- 127/73 *BRT* [1974], ECR 315
Case C-155/73 *Sacchi* [1974], ECR 430
Case C- 13/77 *GB-INNO* [1977], ECR 2115
Case 188-190/80 *Transparency Directive* [1982], ECR 2596
Case C- 188-190/80 *France v. Commission* [1982], ECR 2545
Case C- 172/82 *Used Oils* [1983], ECR 566
Case C- 271/81 *Mialocq* [1983] ECR, 2057
Case C-41/83 *British Telecommunications* [1985], ECR 873
Case 311/84 *Telemarketing* [1985], ECR at 3261
Case C-229/83 *Leclerc* [1985], ECR 1
Case C-118/85, *AAMS* [1987] ECR 2612
Case C- 267/86 *Van Eycke*, [1988], ECR 4769
Case C- 30/87 *Bodson*, [1988] ECR 2516
Case C- 66/86 *Ahmed Saeed*, [1989], ECR 803
Case C-347/88 *Greek Oil Monopoly*, (1990) ECR 4789
Case C-202/88 *Telecommunications Terminal Equipment*, [1991], ECR I-1223
Case C-41/90 *Höfner* [1991], ECR I-1979
Case C- 260/89 *ERT*, [1991], ECR 2925
Case C- 179/90 *Port of Genoa* [1991]
Case C- 188/88 *RTT* [1991], ECR I-5979
Case C-48-66/90, *PTT Netherland* [1992], ECR I-565
Case C- 271/90, C- 281/90 ve C- 289/90 *Telecommunications Services*, [1992]
ECR I- 5833

Case C-320/91 *Corbeau* [1993], ECR I-2533
Case 69/91 *Decoster* [1993], ECR I- 5379
Case 92/91 *Taillander* [1993], ECR I- 5403
C-159/91 ve C-160/91 *Poucet* [1993], ECR, I-637
Case C- 364/92, *Eurocontrol* [1994] ECR I-50
Case C- 393/92 *Almelo* [1994], ECR I-1477
Case C-323/93 *La Crespelle* [1994] ECR I- 5104
Case C-18/93 *Corsica Ferries* [1994], ECR I-1783
Case C- 387/93 *Banchero* [1995], ECR I-4690, paragraf 17
Case 244/94, *FFSA*, [1995], ECR I-4103
Case C-242/95 *GT-LINK* [1997], ECR I-4449
Case C- 343/95, *Cali*, [1997], ECR I- 1547
Case C-163/96 *Raso*, [1998], ECR I-533
Case C-67/96, *Albany*, [1999]
“Case C- 219/97, *MDBBV*, [1999], ECR I- 6121

Komisyon Direktif ve Duyuruları

Commission Directive Directive 80/723, “*Transparency of Financial Relations between Member States and Public Undertakings*”, 1980, OJ L 195/35(1985 yılı değişikliği ile birlikte, OJ L 229/20)
Commission Directive (EEC) 88/301 “*Competition In The Markets In The Telecommunications Terminal Equipment*” [1988] OJL131/73
Commission Directive (EEC) 90/388 “*Competition in the Markets for Telecommunications Services*” OJ L192, 24.07.1990
Commission Directive (EC) 94/46 Amending Directive (EC) 88/301 and Directive (EC) 90/388 in particular with regard to “*Satellite Communications*” [1994] OJ L268/15-21
Commission Directive (EC) 95/51 amending Commission Directive (EC) 90/388/EEC with regard to “*Abolition of The Restirictions on The Use of Cable Television Networks For The Provision Of Already Liberalised Telecommunications Services*” [1995], OJ at L256/49- 54
Commission Directive (EC) 96/2 amending Directive (EC) 90/388/EEC with regard to “*Mobile and Personal Communications*” [1996], OJ at L20/49-54
Commission Directive (EC) 96/19 amending Directive (EC) 90/388/EEC with regard to “*The Implementation of Full Competition in Telecommunications Markets*” [1996], OJ at L74/13-24
Commission Directive (EC), 99/64 amending Directive (EC) 90/388/EEC in order to ensure that “*Telecommunications Networks and Cable TV Networks Owned by a Single Operator are Separate Legal Entities*”

Notice from the Commission on *The Application of the Competition Rules to the Postal Sector and on the Assessment of Certain State Measures Relating to Postal Services*

Komisyon Kararları

85/364, *Regie des Voies Aeriennes*, OJ L216

95/489, *GSM Italy*, OJ L280/49

97/181, *GSM Spain*, OJ L76/19