

ISSN 1302 - 552X

REKABET DERGİSİ

COMPETITION JOURNAL

Cilt/Volume: 15 Sayı/Number: 1 Ocak/January 2014

- ◆ **Düzenlemeler ile İlişkisi Bağlamında Rekabet Hukukunun Uygulanabilirliği Sorunu**
Ali DEMİRÖZ
Can SARIÇİÇEK
Selen Yersu ŞAHİN
- ◆ **Rekabet Kurumunun Ceza Yönetmeliği Taslağı: Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Bir Değerlendirme**
Kerem Cem SANLI

15. YIL
15th YEAR
2000'den beri yayında
Published since 2000

ISSN 1302 - 552X

REKABET DERGİSİ

COMPETITION JOURNAL

Cilt/Volume: 15 Sayı/Number: 1 Ocak/January 2014

Üç ayda bir yayımlanan hakemli dergi
Refereed journal published quarterly

**Rekabet Dergisi, EBSCO, Tübitak Ulakbim
ve Asos Index veri tabanlarında
dizinlenmektedir.**

*Competition Journal is indexed in the
EBSCO, Tubitak Ulakbim and Asos Index
databases.*

YAYINCI REKABET KURUMU ADINA SAHİBİ
OWNER ON BEHALF OF PUBLISHER TURKISH COMPETITION AUTHORITY
Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI

SORUMLU MÜDÜR
MANAGING DIRECTOR
Akın ŞİMŞEK

YAYIN KOMİSYONU
EDITORIAL BOARD
Ali İhsan ÇAĞLAYAN
Ali DEMİRÖZ
İbrahim AYDEMİR
Ömür PAŞAOĞLU

DANIŞMA KURULU
ADVISORY BOARD
Prof. Dr. Sabih ARKAN
Prof. Dr. Ömer Faruk ÇOLAK
Prof. Dr. Lale DAVUT
Prof. Dr. Ercüment ERDEM
Prof. Dr. Celal GÖLE
Prof. Dr. Erden KUNTALP
Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY
Prof. Dr. Güven SAK
Prof. Dr. Turgut TAN
Prof. Dr. Erol TAYMAZ
Prof. Dr. Ünal TEKİNALP
Prof. Dr. Bilgin TİRYAKİOĞLU
Prof. Dr. Nahit TÖRE
Prof. Dr. Ercan UYGUR
Prof. Dr. Ejder YILMAZ
Prof. Dr. İsmail KIRCA
Prof. Dr. Osman GÜRZUMAR
Doç. Dr. İzak ATİYAS
Doç. Dr. Hasan ERSEL
Doç. Dr. Ünal ZENGİNOBUZ

EDİTÖRLER
EDITORS
Dr. Murat ÇETİNKAYA
Yüksel KAYA
Ş. Demet KORKUT

YAYIN SEKRETERİ
PUBLISHING SECRETARY
Özlem ERDOĞAN

Rekabet Dergisi, Rekabet Kurumu tarafından üç ayda bir yayımlanan hakemli bir dergidir. EBSCO, Tübitak Ulakbim ve Asos Index veri tabanlarında dizinlenen Rekabet Dergisi'nde, rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadı alanlarındaki Türkçe veya İngilizce özgün makalelere, vaka yorumları ve benzeri görüşler ile haberlere yer verilmektedir. Yazılarda belirtilen düşünce ve görüşlerden yazarlar sorumludur; bu düşünce ve görüşler Rekabet Kurumu açısından bağlayıcılık teşkil etmez.

Competition Journal is a refereed journal published quarterly by the Turkish Competition Authority. Competition Journal, indexed in the EBSCO, Tubitak Ulakbim and Asos Index databases, publishes original articles, case comments and news in Turkish and English in the field of competition law, policy and industrial organization. Any opinions expressed in the Competition Journal represent solely the views of contributing writers and not necessarily those of the Turkish Competition Authority.

Yönetim Yeri / Managing Office:

Üniversiteler Mahallesi 1597. Cadde No: 9 06800
Bilkent-Çankaya/ANKARA

Telefon-Faks / Telephone-Fax: (90) 312 291 44 44 - (90) 312 291 40 00

E-posta / E-mail: rekabetdergisi@rekabet.gov.tr

Web Adresi / Web Address: <http://www.rekabet.gov.tr/rekabetdergisi>

Basımcı / Printer:

Pelin Ofset Matbaacılık San. Tic. Ltd. Şti.
İvedik Organize Sanayi Bölgesi
Matbaacılar Sitesi 1514. Sok. No: 28
06378 Yenimahalle / Ankara
www.pelinofset.com.tr

REKABET DERGİSİ
COMPETITION JOURNAL

Cilt/Volume: 15

Sayı/Number: 1

Ocak/January 2014

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

1 MAKALELER / ARTICLES

3 Düzenlemeler İle İlişkisi Bağlamında Rekabet Hukukunun Uygulanabilirliği Sorunu / The Applicability Issue Of Competition Law In Relation With Regulations

Ali DEMİRÖZ

Can SARIÇİÇEK

Selen Yersu ŞAHİN

65 Rekabet Kurumunun Ceza Yönetmeliği Taslağı: Hukuk Ve Ekonomi Perspektifinden Bir Değerlendirme / The Draft Fine Regulation Of The Turkish Competition Authority:

An Analysis From Law And Economics Perspective

Kerem Cem SANLI

110 YAYIN İLKELERİ VE MAKALE YAZIM KURALLARI / PUBLICATION POLICY AND NOTES FOR CONTRIBUTORS

MAKALELER
ARTICLES

DÜZENLEMELER İLE İLİŞKİSİ BAĞLAMINDA REKABET HUKUKUNUN UYGULANABİLİRLİĞİ SORUNU

THE APPLICABILITY ISSUE OF COMPETITION LAW IN RELATION WITH REGULATIONS

Ali DEMİRÖZ*

Can SARIÇİÇEK**

Selen Yersu ŞAHİN***

Öz

Günümüzde, devletler, pek çok alanda düzenlemeler yoluyla piyasalara ekonomik anlamda müdahale etmektedir. Oldukça yaygın ve çok sayıda olan bu düzenlemeler, kimi zaman rekabet hukuku araçlarıyla çatışabilmekte ve bu durum, ülkemizde olduğu üzere, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanmasını belli ölçüde etkilemektedir. Rekabet Kurulu, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'u uygularken, düzenlemeleri de dikkate alarak karar vermekte; kimi zaman da, düzenlemelerin bulunduğu alanların rekabet hukukundan muaf olduğuna hükmedebilmektedir. Düzenlemelerin bulunduğu alanlara yönelik rekabet hukuku uygulamasına ilişkin olarak, gerek Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa Birliği uygulamalarında, gerekse Türkiye uygulamasında oldukça tartışmalı kararlara rastlanmaktadır.

Bu çerçevede, düzenlemeye tabi tutulan alanlarda rekabet hukuku uygulamasının; sınırları, doğurabileceği sonuçlar ve düzenlemeler ile rekabet hukuku arasındaki tutarlılık ve paralellik gibi yönlerden tartışmalı olduğu söylenebilir. Buna ek olarak, bu alanlarda kesin ve belirli kurallar koymanın zor olduğu belirtilmelidir. Ancak, tüm bu zorluklarına rağmen, rekabet hukuku uygulamalarının büyük bir kısmının düzenlemeye tabi alanlarda gerçekleşiyor olması, bu konuda belli oranda da olsa açıklık ve belirlilik sağlanmasını gerektirmektedir. Bunu bir ölçüde sağlayabilmek adına, düzenlemeler ile rekabet hukuku arasındaki ilişkilerin, Rekabet Kurulu ve mahkeme kararları ışığında incelenmesi ve değerlendirilmesi, çalışmamızın konusunu oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Düzenlemeler, Rekabet Hukuku, Normlar Hiyerarşisi, Çatışma, Meslek Birlikleri.

Abstract

Today, states intervene in markets with different tools in an economic sense through regulations. Those regulations, which are widespread and many, can

* Rekabet Kurumu, II. Denetim ve Uygulama Dairesi Başkanı.

** Rekabet Kurumu, Rekabet Uzmanı.

*** Rekabet Kurumu, Rekabet Uzmanı.

sometimes conflict with the instruments of competition law and in part affect the enforcement of the Act No. 4054. When enforcing the Act No. 4054, the Competition Board makes decisions by taking into account regulations and, in some occasions, concludes that some regulated areas are exempted from competition law enforcement. Regarding competition law enforcement in regulated areas, controversial decisions are found in USA, EU and Turkish practices.

In this context, it can be said that the competition law implementation in regulated areas is controversial regarding aspects such as boundaries, possible consequences, the consistency and parallelism between regulations and competition law enforcement. Additionally, it should be noted that it is hard to establish definitive and specific rules in those areas. Nevertheless, despite these difficulties, the fact that competition law practices are mostly carried out in regulated areas necessitates clarity and certainty to some extent. In order to ensure that, the examination and evaluation of the relationship between regulations and competition law in light of Turkish Competition Board and court decisions is the subject of our study.

Keywords: *Regulations, Competition Law, Hierarchy of Norms, Conflict, Professional Associations.*

GİRİŞ

Günümüzde genel kabul gören piyasa ekonomisi modelinin temelinde rekabet bulunmaktadır. Piyasalarda rekabetin korunması ise genel nitelikli, soyut yasaklamaları içeren ve sınırlı istisnalar hariç olmak üzere ekonominin tüm sektörlerine uygulanan rekabet kanunları vasıtasıyla sağlanmaktadır. Kural olarak, piyasalara, rekabet hukuku yoluyla yapılacak müdahale dışında ekonomik anlamda müdahalede¹ bulunulmaması ya da müdahalede bulunulması gerekiyorsa söz konusu müdahalenin, müdahale amacıyla sınırlı, orantılı ve geçici nitelikte olması öngörülmektedir.

Bununla birlikte, gerçek hayatta, söz konusu genel kuralın zaman zaman dışına çıkılarak, devletlerin piyasalara rekabet hukuku dışındaki araçlarla

¹ Devletin düzenlemeler yoluyla gerçekleştirdiği müdahaleleri, farklı başlıklar altında sınıflandırmak mümkündür. Ekonomik alana yönelik düzenlemeler, devletin bu alanlara yönelik faaliyet ve ödevlerinin artması sonucu, pazara ilişkin karar ve davranışlara doğrudan müdahale eden düzenlemeleridir. Söz konusu düzenlemeler ekonomik etkinliği arttırmayı hedefleyen rekabet hukuku araçları ile rekabetin olmadığı veya az olduğu pazarlar bakımından pazar yapısını düzenleyici araçları içermektedir. Sosyal alana yönelik düzenlemeler, sağlık, güvenlik, çevre gibi birçok değeri/hakkı korumayı ve genel bir refah seviyesi sağlamayı amaçlamaktadır. Ekonomiye yönelik etkileri ikincil önemde kalabilmeleri birlikte bu tür düzenlemeler yine de göz önünde bulundurulmalıdır. İdari alana yönelik düzenlemeler ise bürokratik işleyiş ve idari süreçlere yönelik düzenlemeleri içerir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ARDIYOK, Ş. (2002), *Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli*, Yüksek Lisans Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara, Türkiye.

ekonomik anlamda müdahale ettikleri görülmektedir. Bu duruma temel olarak, tam rekabet teorisine doktrinde getirilen eleştiriler çerçevesinde, teorinin gerçek hayatta karşılığı bulunmadığı ve varsayımlarının da her zaman geçerli olmadığı, dolayısıyla rekabetin her zaman toplum yararına sonuçlar üretemeyeceği yolundaki görüşlerin² neden olduğu söylenebilir. Bu çerçevede, ölçek ve kapsam ekonomileri, dışsallıklar ve iki taraflı pazar yapısı gösteren ürün ve hizmetler gibi alanlarda rekabet hukukunun ötesine geçen ekonomik müdahaleler ortaya çıkabilmektedir.³ Ayrıca, devletlerin çeşitli kamu politikası amaçları uğruna zaman zaman rekabet politikası amaçlarından vazgeçebildikleri ve bunun bir yansıması olarak piyasalara müdahalede buldukları görülebilmektedir⁴. Örneğin, tarım ve yayıncılık gibi bazı alanlar siyasi açıdan önemli olarak görülerek müdahale konusu olurken, sanayi politikası amaçları doğrultusunda da kimi sektörlerde, piyasalarda rekabeti kısıtlayıcı ekonomik müdahalede bulunulabilmektedir.

Devletin ekonomiye, ekonomik anlamda müdahalesi, çeşitli organlarının düzenleyici araçlarıyla ya da bu düzenlemelerle yetkilendirilmiş organların kararlarıyla veya devletin bizzat oyuncu olduğu ve düzenlediği alanlarda ortaya çıkmakta olup, genel itibariyle düzenleme⁵ başlığı altında toplanabilecektir. Söz konusu düzenlemelerin bir kısmı rekabet hukukunun, dolayısıyla da rekabet kanunlarının uygulanmasını etkilemezken, bazıları ise doğrudan ya da dolaylı olarak rekabet kanunlarının uygulanmasını etkileyebilmektedir.

Düzenlemelerin doğrudan ya da dolaylı olarak rekabet kanunlarının uygulanmasını etkilemesi çeşitli yollarla ortaya çıkabilmektedir.

İlk olarak, düzenlemeler, belli piyasaları veya faaliyetleri, doğrudan rekabet kanunlarının uygulama alanı dışına çıkarabilmektedir. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD), rekabet hukukunun uygulanmasına yönelik açık ve sınırlı nitelikte⁶ istisna getiren düzenlemeler, tarım kooperatiflerine, balıkçılık

² WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, Oxford, UK, s.7-15.

³ Whish 2009, s.10-12

⁴ Rekabet politikası ile diğer politika amaçları arasındaki ilişkinin doğru tanımlanmamasının rekabet kurumları açısından çeşitli zorlukları gündeme getirdiği noktada bkz. ICN (2010), *Report on Interface between Competition Policy and other Public Policies, Special Project*, Rekabet Kurumu, İstanbul, s.11-13.

⁵ Düzenleme kavramı, bu çalışma kapsamında, kanunlar, ikincil düzenlemeler vb. yasal düzenlemeler ile kimi noktalarda idari kararları da içerecek şekilde kullanılacaktır. Bu noktada, literatürde, düzenleme ve regülasyon kavramlarına yönelik olarak bir karmaşanın bulunduğu, iktisatçılar ve hukukçular tarafından bazen düzenleme bazen de hem düzenleme hem de denetleme anlamına gelecek şekilde farklı kullanımlar olduğu belirtilmelidir. Bu anlamda, bu karmaşayı önlemek için, işbu çalışmada düzenleme kavramı tercih edilmiştir.

⁶ SULLIVAN, L.A. ve W.S. GRIMES (2000), *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, West Group, US, s.716-732.

birliklerine, okyanus balıkçılığına, işgücü piyasalarına, gazetelere, profesyonel atletlere, bankacılık ve finans gibi sektörlerle, hava ve demiryolu taşımacılığına ve meslek birliklerine ilişkin mevzuatta yer almaktadır. Avrupa Birliği'nde (AB), tarım, nükleer enerji, askeri mühimmat, hava, demiryolu ve içdeniz taşımacılığına ilişkin belirli (teknik gelişme/teknik ortaklık) sözleşmelere yönelik istisnalar getirilmektedir. Ülkemizde ise, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'a (4054 sayılı Kanun) getirilen tek açık istisna, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun "Birleşme, Bölünme ve Hisse Değişimi" başlıklı 19. maddesinde mevcut olup, bu hüküm çerçevesinde, belirli birleşme ve devralma işlemleri 4054 sayılı Kanun'un kapsamı dışına çıkarılmaktadır.

İkinci olarak, düzenlemeler, rekabet hukuku uygulamasına dolaylı istisna getirebilmektedir. Dolaylı istisnalar, rekabet hukuku kapsamına girebilecek bir davranışa yönelik olarak genel ya da özel bir düzenleme getirilmesi ya da belirli organlara bu davranışa ilişkin düzenleme yapma yetkisi verme yoluyla ortaya çıkabilmektedir. Örneğin, teşebbüs birliği niteliğindeki bir meslek kuruluşuna, üyelerinin ürettiği mal ve hizmetlerin fiyatlarını belirleme yetkisi verilmesi, söz konusu teşebbüs birliğine yönelik olarak, rekabeti kısıtlayıcı teşebbüs birliği kararı almaması yönündeki rekabet hukuku müeyyidesinden dolaylı olarak istisna getirmektedir. Dolaylı istisnalar, başta enerji ve telekomünikasyon gibi sektörel düzenlemeye tabi alanlarda ve profesyonel meslek birliklerinin faaliyetlerinde yoğunlaşsa da, ekonominin değişik alanlarında, farklı politika amaçları doğrultusunda getirilebilmektedir. Dolaylı istisna içerebilecek düzenlemeler bazen çok açık ve özel bir nitelikte iken, zaman zaman muğlak ve genel nitelikli olarak da ortaya çıkabilmektedir. Bu noktada belirtilmelidir ki; doğrudan istisnaların, daha göz önünde ve tartışılır⁷ olmalarına rağmen, dolaylı istisnaların sayısal olarak çok daha fazla ve karmaşık nitelikli olmaları, bu alanda belirliliğin sağlanmasını daha önemli kılmaktadır.

Üçüncü olarak, düzenlemeler, rekabet hukuku uygulamasının amaçlarıyla örtüşebilmekte ve böylece, aynı davranışa uygulanabilecek iki ayrı araç ortaya çıkarabilmekte ya da rekabet hukuku yoluyla ulaşılabilecek çözümü sağlayabilmektedir. Örneğin, kendisine düzenleme yapma yetkisi verilmiş bir düzenleyici otoritenin bir teşebbüse hizmet sağlama yükümlülüğü getirebileceği durumda, söz konusu hizmetin sağlanamaması nedeniyle ortaya çıkabilecek bir şikâyet, aynı anda hem rekabet otoritesine, hem de düzenleyici otoriteye yapılabilecektir.

⁷ Örneğin bkz. 2013 yılı AB İlerleme Raporu, 16 Ekim 2013, SWD (2013) 417, Brüksel ve OECD (2005), *Türkiye'de Rekabet Hukuku ve Politikası*, OECD, Paris, s.66.

Açık istisnalar hariç olmak üzere, rekabet hukukunun uygulanabilirliğinin etkilendiği tüm bu hallerde, hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik gibi ilkeler zarar görebilmektedir. Bunun sonucunda ise, teşebbüslerin hangi düzenlemeye uyulacağı konusunda tereddütte kalmaları, piyasalardaki denge ve istikrarın zarar görmesi, ihlal ve/veya çifte müdahale riskinin ortaya çıkması ve uygulamada belirsizliklerin doğması söz konusu olabilmektedir. Tüm bu olumsuz sonuçlara ek olarak, teşebbüslerin bu belirsizlikten rekabete olumsuz olarak yansiyabilecek şekilde yararlanmaları söz konusu olabilir.

Düzenlemelerin, rekabet hukukunun uygulanabilirliğini bu şekilde etkileyebilecek olması; düzenlemelerin rekabet kanunları uygulanırken ne şekilde dikkate alınacağı, söz konusu düzenlemelerin, rekabet kanununun uygulamasına tabi olabilecek teşebbüsler bakımından hangi şartlar altında doğrudan ya da dolaylı istisna sağlayacağı, aynı amaca yönelik rekabet kanunu hükümleri ve bir düzenleme bulunduğu rekabet kanununun uygulanıp uygulanmayacağı gibi soruları ortaya çıkarmaktadır. Ancak belirtilmelidir ki, bu tür durumlarda nasıl bir hukuki yorum yapılacağına ilişkin tutarlı ve istikrarlı bir uygulama bulunmamaktadır. Çünkü mevcut düzenlemeler, genellikle 4054 sayılı Kanun'u dikkate alarak bir çerçeve tanımlamamaktadır. Bununla birlikte, sorun olduğunda ve hukuki yorum teknikleri yetersiz kaldığında, uygulanabilirliğin sağlanmasına dair politikaların tespit edilmesi gerekli olabilmektedir. Zaman zaman ülkemizde de görüldüğü üzere, düzenlemelerin, diğer düzenlemelere ilişkin uygulamaların nasıl etkileneceği yeterince dikkate alınmaksızın yapılması ise bu soruları daha da derinleştirmektedir. Bu nedenlerle, bu çalışmada temel amaç; 4054 sayılı Kanun'un diğer düzenlemelerle arasındaki ilişkilerin tespit edilmesi, doğru şekilde tanımlanması ve bu çerçevede doğru uygulamalara ışık tutulmasıdır.

Yukarıda anılan sorular, hem başta kanunlar olmak üzere normlar arası ilişkilere, hem de kurumların yetki çerçevelerine ilişkin belirsizliklerin varlığına işaret etmektedir. Dolayısıyla, bu soruların cevapları, düzenlemeler ile rekabet hukuku arasındaki ilişkilerin normlar hiyerarşisi ilkeleri çerçevesinde ortaya konulmasını ve yorumlanmasını gerektirmektedir. Söz konusu yorum yapılırken, rekabet kanunlarının genel ve soyut yasaklamaları ve çeşitli şekillerde ortaya çıkabilen düzenlemeler ile arasındaki ilişkiler, normlar hiyerarşisi ilkeleri ile çözümlenmesi zor ve girift bir hâl alabilmekte ve rekabet kurumları ya da mahkemeler bir politika tercihi yapmak durumunda kalabilmektedirler.

Genel olarak bakıldığında bazı temel ilkeler oluşmuş olmakla birlikte, düzenlemeler ile rekabet hukuku arasındaki ilişkinin yorumlanmasına dair

istikrarlı ve tutarlı bir uygulamanın bulunmadığı, değişik ülke uygulamalarında, her ülkenin benimsediği hukuk sistemine de bağlı olarak, farklı doktrinlerin ve politikaların ortaya çıkabildiği, bunların da düzenlemeler ile rekabet hukuku arasındaki denge bakımından önemli tartışmalar yarattığı görülmektedir. Örneğin, ABD uygulamasında; düzenlemelere daha ağırlıklı bir rol verilmekte olup⁸, son zamanlarda özellikle *Trinko*⁹ ve *Credit Suisse*¹⁰ davalarında Yüksek Mahkemenin, düzenlemelerin varlığı durumunda rekabet hukuku uygulamasının rolünü minimal gören yaklaşımı tartışılmaktadır.¹¹ AB’de ise, rekabet hukukunun, kaynağını Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşma’nın (ABİDA) rekabetle ilgili hükümlerinden alması nedeniyle, temel hukuk niteliği taşıması ve AB kurumlarının ve mahkemelerinin, rekabet politikasını AB’nin temel politikalarından birisi olarak görmesi nedeniyle, düzenlemeler ile rekabet hukuku arasındaki ilişkide rekabet hukukunun rolünün daha ön plana çıktığı söylenebilir.¹² Tüm bu farklı uygulamalar, hem kendi eksenlerinde, hem de birbirleriyle kıyaslanmaları çerçevesinde önemli tartışmalar yaratmaktadır.

Ülkemizde ise, 4054 sayılı Kanun çerçevesinde rekabet hukukunun uygulanması bakımından düzenlemeler ile rekabet hukuku arasındaki ilişki, çeşitli yönleriyle, hem Rekabet Kurulu’nun (Kurul) hem de Danıştay’ın çeşitli kararlarına konu olmuştur. Danıştay’ın özellikle son dönemde incelemiş olduğu üç davada (*Borusan Telekom*, *Telkoder* ve *TEB*) aldığı kararların, düzenleme ve rekabet hukuku ilişkisi açısından rekabet hukuku uygulamasına ağırlıklı rol öngören sonuçlar ortaya koyduğu söylenebilecek olmakla birlikte, bu alanda hem Kurul kararlarının hem de Danıştay kararlarının tartışma konusu edilecek önemli yönleri olduğu düşünülmektedir.

Çalışma, bu çerçevede, Türkiye’de rekabet hukukunun düzenlenen alanlarda uygulanmasını, Kurul ve mahkeme kararlarını analiz ederek incelemeyi amaçlamaktadır. İnceleme sonucunda, Kurul’un ve mahkemelerin, düzenlemelerin varlığı durumunda 4054 sayılı Kanun’un nasıl uygulanacağına dair istikrarlı ve tutarlı ilkeler oluşturup oluşturamadığı değerlendirilecektir.

Bu kapsamda öncelikle, çalışmaya bir kavramsal çerçeve oluşturması

⁸ OECD (2011), *Policy Roundtables: Regulated Conduct Defence*, OECD, Paris, s.184.

⁹ *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko*, LLP 540 U.S. 398, (2004).

¹⁰ *Credit Suisse Sec. LLC v. Billing*, 551 U.S. 264 (2007).

¹¹ SHELANSKI H.A. (2012), “Justice Breyer, Professor Kahn, and Antitrust Enforcement in Regulated Industries”, *California Law Review*, No:100, s.488-490.

¹² GERADIN, D. (2005), “Limiting The Scope of Article 82 of The EC Treaty: What Can The EU Learn From The U.S. Supreme Court’s Judgment in *Trinko* in The Wake of *Microsoft*, *IMS* and *Deutsche Telekom*?”, *Common Market Law Review*, No:41(6), s.1547-1552.

bakımından normlar hiyerarşisi kavramına ve ilkelerine kısa bir şekilde yer verilecektir. Daha sonra, ABD ve AB rekabet hukuku uygulamaları bakımından düzenlemeler ile rekabet hukuku ilişkisi ana hatlarıyla özetlenecektir. Çalışmanın esasını oluşturan üçüncü bölümde, Kurul ve mahkeme kararlarının analizi yapılarak Türkiye uygulaması incelenecek; son bölümde ise genel bir değerlendirmeye yer verilecektir.

1. NORMLAR HİYERARŞİSİ KAVRAMI VE GENEL OLARAK NORMLAR ARASI İLİŞKİLER

Hukuku yaratan, kurallarını ortaya koyan ve geliştiren normlar, esasen hukukun kaynakları olup, bu kaynaklar farklı şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Anayasa veya kanunlar tarafından yetkilendirilen devlet organlarının usulüne uygun olarak yarattıkları kaynakların (anayasa, kanun, yönetmelik vb.) yanı sıra, yargı kararlarıyla ortaya çıkan kaynaklar (içtihatlar) ve toplumda belli bir zaman süreci içinde kendiliğinden ortaya çıkan kaynaklar (örf-adet hukuku) bulunmaktadır. Söz konusu kaynakların bağlayıcılıklarına göre de bir ayrıma tabi tutulması mümkündür. Bir ülkede yürürlükte bulunan hukuk sistemi, uyulması gereken kurallar bütününden oluşmakta; ancak bu sistemde yer alan tüm normlar aynı güçte ve derecede kabul edilmemektedir. Bu durum, normlar arasında bir kademelendirmeye gidilmesini zorunlu kılmaktadır.

Normlar hiyerarşisi, yazılı hukuk kuralları arasındaki altlık-üstlük ilişkisidir ve güçler ayrılığı ilkesinin bir sonucu olarak görülmektedir. Normlar hiyerarşisi, toplumda hukukla yaratılmak istenen uyumun hukuk alanına yansımaları¹³ olup, hukuk devletinin ve hukuk güvenliğinin sağlanması bakımından önemlidir.

Hukuk normlarının nasıl ortaya çıktığı, hangi şartlarda geçerli olduğu, birbirleriyle ilişkileri, sistem olarak çözümlenmeleri, kanun koyucunun düzenleme yaparken seçtiği amaç ve değerlerin ve oluşturulan normlar arasındaki ilişkinin belirlenmesini gerektirmektedir. Bir sistem olarak normların birbirleriyle ilişkisi, normların yığın olmaktan çıkarak anlamlı bir bütün oluşturması bakımından önemlidir. Dolayısıyla, devletin hukuk düzenini kurup sürdürebilmesi de, hukuk kuralları arasında bir hiyerarşi/öncelik ilişkisine dayanmaktadır. Bu bakımdan, 4054 sayılı Kanun'un bir norm olarak, diğer kanunlarla ve bu kanunlara dayanılarak çıkarılan diğer normlarla ilişkisinin doğru tanımlanması, sağlıklı bir hukuk düzeninin gereğidir.

¹³ KULUÇLU, E. (2008), "Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri", *Sayıştay Dergisi*, Sayı:71, s.3-5.

1.1. Normlar Hiyerarşisinin Temel İlkeleri

Hukukun sistemli hale getirilmesi bakımından önem taşıyan iç tutarlılık, normlar hiyerarşisi ile sağlanmaktadır. Normlar hiyerarşisi de, *lex superior*¹⁴, *lex posterior*¹⁵ ve *lex specialis*¹⁶ ilkeleri aracılığıyla sağlanmaktadır.

Normativist teori, hukuk kurallarının en üstünde, genel ve hipotetik bir normun varlığını kabul etmekte ve bu normu temel norm olarak adlandırmaktadır. Temel norm, pozitif bir hukuk kuralı değildir, ancak tüm hukuk kurallarının kaynağı olduğu varsayılır ve hukuk ötesidir.¹⁷ Hiyerarşide, temel normdan başlayarak tüm normlar birbirine dayanmakta ve tümünün geçerliliği ve bağlayıcılık gücü öncelikle temel norma, sonrasında ise her norm için, kendisinden üstün olan norma uygunluktan kaynaklanmaktadır.

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

Aynı kademede yer alan normlar arası aykırılıklar ise yürürlük sorunu olarak görülmektedir¹⁸. Bununla birlikte, bir hususu farklı şekilde düzenleyen ve eş zamanlı uygulanabilirliği olan iki normun çelişmesi halinde somut olaya uygulanacak normun tespiti önemli ve sorunludur. Bu durumda, hiyerarşinin yanı sıra, doktrin ve mahkeme içtihatlarıyla belirlenen kurallar da kullanılmaktadır¹⁹. Sonuç olarak, bir normun hukuk düzeni içindeki yerini ve uygulanabilirliğini inceleyen²⁰ normlar hiyerarşisi, somut olayda uygulanacak normun tayininde

¹⁴ *Lex superior derogat legi inferiori* olarak da ifade edilen ilke, normlar hiyerarşisinde üstte yer alan normun, kendisine aykırı olan alt normları ilga ettiği anlamına gelmektedir.

¹⁵ *Lex posterior derogat a priori* olarak da ifade edilen ilke, sonraki hükmün/kanunun, önceki hükmü/kanunu ilga ettiği anlamına gelmektedir.

¹⁶ *Lex specialis derogat legi generali* olarak da ifade edilen ilke, özel hükmün/kanunun, genel hükmü/kanunu ilga ettiği anlamına gelmektedir.

¹⁷ Temel norm, ilk anayasayı yapanların iradesi, devleti kuranların iradesi gibi farklı kavramlarla açıklanmaya çalışılmış olup esasen temel normun tanımlanması ve niteliğinin belirlenmesi hukuk biliminin alanı dışında kalmaktadır.

¹⁸ GİRİTLİ, İ., P. BİLGİN ve T. AKGÜNER (2001), *İdare Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul, Türkiye, s.122-125.

¹⁹ Kuluçlu 2008, s.4.

²⁰ ARAL, V. (1978), *Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Methodu ve Değeri*, S. Garan Matbaası, İstanbul, Türkiye, s.17.

yeterli olmayabilir. Bu durumda, *lex posterior* ve *lex specialis* ilkelerinden faydalanılabilmektedir.

1.1.1. Normlar Hiyerarşisinin Yetersizliğinde Başvurulan İlkeler

Normlar hiyerarşisinde ortaya çıkan çatışmalar, mantıksal bir kusur veya hedeflenen politikalara yönelik bir çelişki olarak ortaya çıkabilir. Kelsen'e²¹ göre, bu durumda normlar karşılıklı olarak birbirlerini ortadan kaldırmaz; ancak, çelişkiyi ortadan kaldıracak hukuk ilkelerinin veya yasaların pozitif hukuktan çıkarılması gerekir. Bir hususu düzenleyen farklı normlar arasında çelişki yoksa uygulama bakımından sorun yoktur. Ancak, farklılık, hatta çatışma doğduğunda, bir çözüme varılmalıdır. Bu çözüme, *lex posterior* ve *lex specialis* ilkeleri kullanılarak ulaşılabilmektedir.

Lex posterior, sonraki tarihli normun öncelikle uygulanmasını gerektirmektedir. Bu ilke, kanun koyucunun iradesinin değişebileceği kabulünü içerir ve değişen bu iradenin son düzenlemeye yansıtacağını varsayar. Dolayısıyla, ilke, kanun koyucunun son iradesine öncelik tanımaya amaçlar. Kanun koyucu, sonraki normun öncekini ortadan kaldırdığını açıkça belirtebilir; ancak belirtmezse, düzenlemenin önceki normu zımnen ortadan kaldırdığı kabul edilmektedir²². Aralarındaki ilişki incelenen düzenlemelerin ikisi de özelse veya ikisi de genelse, sonraki düzenlemenin, öncekiyle çelişen hükümleri öncelikli olarak uygulanacak, diğerinde yer alan hükümler zımnen geçersiz olacaktır. Ancak, aralarındaki ilişki incelenen düzenlemelerden biri özel, diğeri genel nitelikliyse bu ilke yetersiz kalmakta ve *lex specialis* ile birlikte kullanılmaktadır.

Lex specialis, aynı konuda genel ve özel iki düzenlemenin bulunması durumunda, daha kapsamlı ve açıklayıcı olması nedeniyle, özel düzenlemenin öncelikli olarak uygulanmasını gerektirmektedir. Önceki tarihli düzenleme sonrakine oranla genelse, sonraki özel düzenlemenin uygulanması gerekecektir; çünkü özel düzenleme ile yasa koyucunun daha detaylı ve derinlemesine bir değerlendirme öngördüğü kabul edilir. Ancak, önceki tarihli düzenleme sonrakine oranla özelse, aksine hüküm bulunmadıkça, sonraki genel düzenleme, önceki özel düzenlemeyi ortadan kaldırmış sayılmaz; fakat özel düzenlemenin genel düzenlemeye aykırı olan hükümleri uygulanmaz²³ ve yasa koyucunun niyeti de

²¹ KELSEN, H. (1967), *The Pure Theory of Law*, Berkeley, California, US, s.7-8.

²² Anayasa Mahkemesi'nin 15.03.1966 tarihli ve E-1965/40, K-1966/15 sayılı kararı.

²³ Bu kabul, her ne kadar genel nitelikli olsa da, sonraki düzenlemenin yeni olmasına ve kanun koyucunun en son iradesini taşımasına dayanmaktadır. Bu durumun özel düzenlemeden farklılaşma isteğini temsil ettiği ve bu nedenle de sonraki düzenlemeye öncelik verilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. TEZİÇ, E. (2003), *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul, Türkiye, s.57.

değerlendirmeye dâhil edilir²⁴. Yasa koyucunun yeni bir anlayışa sahip olduğu sonucuna ulaşırsa genel düzenleme uygulanmalı; aksi halde, daha detaylı olan özel düzenlemenin uygulanması esas olmalıdır. Yasa koyucunun ilgili konuyu neden ve nasıl yeniden düzenlemek istediği; amacına ve taraf menfaatlerine bakılarak, somut olayın koşulları göz önünde tutularak tespit edilmelidir. Ancak, genel düzenleme, kodifikasyon niteliği taşıyorsa, önceki tarihli özel düzenlemenin yürürlükten kalkmış olduğu yönünde güçlü bir karine olabilir²⁵.

Gelecek bölümlerde, 4054 sayılı Kanun'un diğer normlarla ilişkisi bağlamında ele alınacağı üzere, söz konusu ilkelerin somut olaylarda uygulanması her zaman kolay olmamakta ve bu ilkelerin bir arada uygulanmasının farklı sonuçlar ortaya çıkardığı ya da normlardaki belirsizlikler nedeniyle tartışmaların yaşandığı görülmektedir.

1.1.2. Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi

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

Türkiye, 1926 yılında Kara Avrupası kanunlarını örnek alarak kanunlaştırma faaliyetini gerçekleştirmiş olduğu için, Türk hukuk sistemi, Kara Avrupası hukuk sistemlerinin etkisi altındadır.

Normlar hiyerarşisi, hukuk sistemimizde kullanılan bir kavram olmayıp, Anayasa'da yer alan düzenlemelerin ortaya çıkardığı yapılanmanın tanımlanmasıyla belirginleşmektedir. Buna göre, Anayasa, hem kendi düzenlemeleri arasında bir hiyerarşi yaratmakta, hem de bu hiyerarşiyi koruyacak mekanizmaları düzenlemektedir. Anayasa'nın 4. maddesi ile 1., 2. ve 3. maddelerinin değiştirilmesinin engellenmesi, 11. maddesi ile Anayasa'nın en üst hukuk normu olarak kabulü ve Anayasa'da yer alan bazı konuların yalnızca yasayla düzenlenmesi gereği, bu çerçevede değerlendirilebilir²⁶. Hiyerarşinin saptanmasının pratik bazı sonuçları bulunmaktadır. Bunlardan ilki, eş düzeydeki

²⁴ İŞIKTAÇ, Y. (1999), *Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması*, Filiz Kitabevi, İstanbul, Türkiye, s.36.

²⁵ İŞIKTAÇ, Y. ve S. METİN (2003), *Hukuk Metodolojisi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, Türkiye, s.261.

²⁶ Kuluçlu 2008, s.13.

normlar arasında, sonraki normun çatıştığı ölçüde önceki normu ortadan kaldırmasıdır. Bunun istisnası, sonraki normun genel, önceki normun özel olması durumudur; bu durumda, ancak içerik ve amaç olarak bağdaştırılamıyorsa, sonraki normun önceki normu ilga ettiği sonucuna ulaşmak gerekir. İkincisi, alt düzeyde yer alan normun, üst düzeyde yer alan normlarla çatışması halinde uygulanmamasıdır. Ancak, söz konusu normların geçerliliği hususunda son sözü mahkemelerin söylemesi gerektiği ifade edilmektedir²⁷.

Hiyerarşik yapılanmada, yazılı hukuk kurallarının yeri, kuralı ortaya çıkaran organ veya makamın otoritesine bağlanmaktadır. Yasamanın yaptığı düzenlemeler, yürütmeninkilere göre üstün kabul edilmekte; yürütme organı içinde yer alan organ ve kurumların düzenlemeleri arasındaki ilişkinin, bu kurum ve organların hiyerarşik konumuna göre belirlenmesi gerektiği savunulmakta; ancak, kamu tüzel kişileri arasında anayasal düzenleme konusu olup olmamalarına göre bir hiyerarşi oluşturmanın doğru olmayabileceği ifade edilmektedir²⁸.

Anayasa'nın 11. maddesi, “*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.*” demekle, Anayasa'nın normlar hiyerarşinde en üstte yer alan norm olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Teziç²⁹, ülkenin sosyal, ekonomik, kültürel ve ideolojik koşullarının, Anayasa'nın maddi kaynaklarını oluşturduğunu ve Anayasa'nın yapılışı aşamasında dikkate alındığını ifade etmektedir. Bu kabul, normativist teorinin kabul ettiği temel norma atıf yapmaktadır. Ayrıca, Anayasa'nın 115. maddesi, tüzüklerin kanunlara aykırı olamayacağını; 124. maddesi ise, yönetmeliklerin tüzüklere ve kanunlara aykırı olamayacağını düzenlemektedir. Anayasa'nın, kanunsuz emri düzenleyen 137. maddesinde de, amirin verdiği emrin sırasıyla; yönetmelik, tüzük, kanun ve anayasaya aykırı olamayacağı belirtilerek hukuk normları arasındaki hiyerarşik ilişki ortaya konulmaktadır. Bu düzenlemeler, yargısal koruma ile güvence altına alınmakta ve normlar hiyerarşisi korunmaktadır.

Bu genel çerçeveye içerisinde, dayanağını Anayasa'nın 167. maddesinden alan 4054 sayılı Kanun ile diğer kanunlar ve bu kanunlara dayanılarak çıkartılan diğer ikincil mevzuat hükümlerinin çatıştığı ya da örtüştüğü durumlarda Kurul'un ve mahkemelerin normlar hiyerarşisini nasıl sağlayacakları üzerinde önemle durulması gereken bir konudur. Bu noktada belirtilmelidir ki, öğretide

²⁷ Teziç 2003, s.84.

²⁸ GÖZÜBÜYÜK, A.Ş. ve T. TAN (2010), *İdare Hukuku-Cilt 1-Genel Esaslar*, Turhan Kitabevi, Ankara, Türkiye, s.31.

²⁹ Teziç 2003, s.8.

Anayasa'nın içerdiği ekonomik düzenlemeler oldukça gerekli ve gerçekçi bulunmakta ve uygulamada yaşanan sorunların Anayasa'nın bu düzenlemelerinden kaynaklanmadığı vurgulanmaktadır.³⁰ Ancak, Türk rekabet hukuku uygulamasına ilişkin değerlendirmelere geçmeden önce, düzenlemeler ile rekabet hukuku arasında yaşanan çatışma ve örtüşmelere yönelik politikaları yönüyle ABD ve AB uygulamalarına aşağıda kısaca yer verilecektir.

2. ABD VE AB REKABET HUKUKU UYGULAMALARINDA DİĞER DÜZENLEMELERİN ETKİSİ

Daha önce de belirtildiği üzere, rekabet kanunlarının uygulamalarını etkileyen düzenlemelerin mevcudiyeti, yalnızca Türk hukuk sistemine özgü bir mesele değildir. Her hukuk sistemi, kendi içinde benzer sistematik sorunlar barındırmakta ve gerek rekabet kanunları, gerekse diğer hukuki düzenlemeler bakımından uygulanabilirliğin devamını sağlamak amacıyla birtakım mekanizmalar geliştirilmektedir. Bu kapsamda, ABD ve AB rekabet hukuku uygulamaları, yapılan politika tercihleri yönüyle çok kısa ve genel bir şekilde incelemeye değer bulunmuştur.

2.1. ABD Rekabet Hukuku Uygulamasında Diğer Düzenlemelerin Etkisi

ABD rekabet hukuku uygulaması bakımından *Sherman Kanunu*'nun³¹, düzenlemeye tabi olsun veya olmasın, federe devletler arası ticarete ve bu ticareti etkileyen tüm faaliyetlere uygulanması esastır. Yüksek Mahkeme de, birçok kararında, düzenlemelerin varlığının rekabet hukuku istisnasına yol açmadığını ifade etmektedir³². Hatta söz konusu hususun bazı düzenlemelerde açıkça ifade edildiği de belirtilmelidir.³³ Ancak, bazı hukuki mekanizmalar ile gerek eş düzeyde federal düzenlemeler gerekse federal devlet - federe devlet düzenlemeleri arasındaki ilişkiler tanımlanmakta ve rekabet hukuku uygulamasından istisna sağlanabilmektedir.

³⁰ TAN, T. (2010), *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*, Turhan Kitabevi, Ankara, Türkiye, s.75.

³¹ Sherman Kanunu, rekabet hukukuna ilişkin temel düzenlemeleri içermekte olup, bu hususta oluşturulan ilk kanun olma özelliğini taşımaktadır.

³² Bkz. *Otter Tail Power Co. v. United States* 410 U.S. 366 (1973) ve *Credit Suisse Sec. LLC v. Billing*, 551 U.S. 264 (2007).

³³ Örneğin, ABD telekomünikasyon sektörünü düzenleyen Telekomünikasyon Kanunu'nun 601(b) (1). bölümünde; bu Kanun'un hükümlerinin hiçbirinin veya Kanun'da yapılacak değişikliklerin, rekabet kanunlarının uygulanabilirliğini değiştirecek, bozacak veya bunların yerine geçecek şekilde yorumlanamayacağı ifade edilmektedir. Telecommunications Act, 1996, Sec. 601. Bkz. <http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid:USC-prelim-title47-section152&num=0&edition=prelim>, Erişim Tarihi: 16.05.2014.

ABD özelinde, düzenlemeler ile rekabet hukuku arası ilişkiler düzenlemelerin bulunduğu seviyeye göre ikiye ayrılarak incelenebilir. Bu anlamda rekabet hukuku ile federal devlet düzenlemeleri arasındaki ilişki açık ve zımni istisnalar vasıtasıyla, rekabet hukuku ile federe devlet düzenlemeleri arasındaki ilişki *State Action* (SA) Doktrini³⁴ vasıtasıyla düzenlenmekte ve rekabet hukukundan istisna söz konusu olabilmektedir³⁵. Yani SA, rekabet hukukunun farklı hiyerarşiye tabi düzenlemelerle ilişkisini; açık/zımni istisnalar ise, rekabet hukukunun eş seviyedeki düzenlemelerle ilişkisini konu almaktadır.

ABD’de, düzenlenen alanlarda rekabet hukuku uygulamasının en güçlü şekilde kısıtlandığı durumlar, federal düzenlemenin yer aldığı hukuki metinde, düzenlemeye rekabet hukukundan açıkça istisna getirildiği durumlardır. ABD’de, rekabet hukukuna yönelik açık ve sınırlı nitelikte³⁶ istisna getiren düzenlemeler; en başta belirtildiği üzere; tarım kooperatiflerine, balıkçılık birliklerine, okyanus balıkçılığına, işçi sınıfına, gazetelere, profesyonel atletlere, bankacılık ve finans gibi sektörlere, hava ve demiryolu taşımacılığına ve meslek birliklerine ilişkin mevzuatta yer almaktadır. İstisnalar, sayı ve kapsam bakımından zamanla genişleyip daralabilmektedir³⁷. Temelde, kanun yorumu gerektiren³⁸ açık istisnaların dar şekilde yorumlanarak uygulanması ve her federal düzenlemenin istisna yarattığı şeklinde geniş bir değerlendirmeye gidilmemesi gerekli görülmektedir³⁹.

Bazı durumlarda, federal düzenlemelerin, rekabet hukukunun uygulanabilirliğini kısıtlamak yönündeki Kongre niyetini bünyesinde zımni olarak taşıdığı farz edilmektedir.⁴⁰ Bu kısıtlama, kamu yararının böylece daha iyi biçimde sağlanacak olması nedeniyle tercih edilmektedir. Zımni istisnanın kabul edildiği durumlarda, düzenlemede açık bir istisna hükmü getirilmemekte; ancak, düzenlemenin bu kısıtlamayı zımnen yarattığı ve rekabet hukuku uygulamasını kısıtlandığı

³⁴ *State Action*, federe devletin eylemi/hareketi anlamına gelen bir kavramdır. Ancak, doktrinin anlamını tam olarak karşılayacak uygun bir terim bulunmadığından çalışma kapsamında kavramın Türkçeleştirilmesi yoluna gidilmemiştir.

³⁵ ELHAUGE, E. ve D. GERADIN (2007), *Global Competition Law & Economics*, Hart Publishing, US, s.24.

³⁶ Sullivan ve Grimes 2000, s.716-732.

³⁷ OECD 2011, s.184; HOVENKAMP, H (2005), *Federal Antitrust Policy*, Thomson West, US, s.725-735.

³⁸ AREEDA, P.E. ve H. HOVENKAMP (2000), *Antitrust Law Vol:IA*, Aspen Publishers, US, s.30-34.

³⁹ Bkz. *Nat’l Gerimedical Hosp. & Gerontology Ctr. v. Blue Cross* 452 U.S. 378 (1981) ve *Group Life & Health Ins. Co. v. Royal Drug Co.* 440 U.S. 205 (1979).

⁴⁰ OECD 2011, s.186.

varsayılmaktadır⁴¹. Daha önce de belirtildiği üzere, zaman zaman kanunlarda, ilgili kanun hükümlerinin rekabet kanunlarından istisna sağlamayacağı açıkça ifade edilmektedir.⁴²

Zımnî istisna, düzenlemenin uygulanabilirliğini sağlamak için gereken ve mümkün olan en dar ölçekte tanınmaktadır. Rekabet hukukunun ve rekabet hukuku ile ilişkisi irdelenen düzenlemenin amaçları arasında çatışma yoksa, istisnanın söz konusu olmaması gerektiği kabul edilmektedir. Ancak hem rekabet hukukunun hem de rekabet hukuku ile ilişkisi irdelenen düzenlemenin ihlali niteliğindeki eylemlerin, söz konusu düzenleme ile daha geniş çözüm yelpazesine tabi tutulabildiği durumlarda, ilgili düzenleme ile rekabet hukuku arasında çatışma doğmayacağı ifade edilmektedir.⁴³

Bu çerçevede Yüksek Mahkeme kararları incelendiğinde, düzenleyici otoritenin aktif gözetiminin varlığı koşuluyla, istisnanın uygulanabilir olduğu; düzenleyici otoritenin, söz konusu davranışa ilişkin yönetme, yasaklama, zorlama yetkisinin bulunmadığı durumlarda ve yetkisinin bulunduğu ancak bu yetkinin kullanılmadığı durumlarda ise, istisnanın geçerli olmayacağı anlaşılmaktadır.⁴⁴ Otoritenin, yetkisini kullanmadığı durumların, yalnızca onay makamı olarak hareket ettiği halleri kapsadığı⁴⁵; rekabete aykırı etkilerine rağmen söz konusu davranışın uygulanmasına izin verdiği halleri ise kapsamadığı kabul edilebilir. Düzenlemenin teşebbüsleri belirli bir davranışta bulunmaya zorlaması durumunda söz konusu davranışın zımnî istisnadan faydalanabileceği; ancak, teşebbüse hareket alanı bırakılmışsa, davranışın sınırlarını çizmek bakımından rekabet hukukunun uygulanabileceği, fakat davranışın gerçekleştirilmesi yönünde teşebbüse yetki verilmiş ve davranış aktif şekilde gözetime tabi tutulmuş ise, rekabet hukukunun uygulanmayacağı ifade edilmektedir.⁴⁶ Ayrıca zımnî istisna değerlendirmelerinde; düzenleyici otoritenin onay verebilme gücü ve yetkisi, bu yetkinin mevcut olayda kullanılmış olup olmadığı, davranış onaylanmışsa onay aşamasında düzenleyici otoritenin gösterdiği özen, düzenleyicinin davranışın

⁴¹ *Silver v. NYSE* 373 U.S. 341 (1963), *Nat'l Gerimedical Hosp. & Gerontology Ctr. v. Blue Cross* 452 U.S. 378 (1981), *Gordon v. New York Stock Exchange* 422 U.S. 659 (1975), *United States v. National Association of Securities Dealers* 422 U.S. 694 (1975), *United States v. Borden* 308 U.S. 188 (1939).

⁴² Bkz. dipnot 34.

⁴³ BRUNELL, R. M. (2011), *The Regulated Conduct Defence*, OECD Working Party No. 2 on Competition and Regulation, Paris, France, s.246.

⁴⁴ Bkz. 33, 40 ve 42 numaralı dipnotlar.

⁴⁵ Areeda ve Hovenkamp 2000, s.32.

⁴⁶ Areeda ve Hovenkamp 2000, s.35-37.

rekabetçi etkilerini değerlendirme yetkisinin olup olmadığı ve var olan yetkisini kullanıp kullanmadığı, davranışın verilen izin kapsamı dışına taşıp taşmadığı gibi hususların göz önünde tutulabileceği belirtilmektedir.⁴⁷

Federe devlet ile federal devlet düzenlemeleri arasındaki ilişkiyi konu alan SA ise, federal devlet rekabet hukuku düzenlemelerinin hiyerarşik olarak altında yer alan federe devlet düzenlemelerinin, rekabet hukukuna aykırı nitelik taşıyalar da uygulanabilir olmalarını sağlamaya yönelik bir doktrindir ve özerkliği sağlama amacı taşımaktadır. Muaf tutulmaması halinde ihlal olarak nitelendirilebilecek bir davranışta bulunulması açık bir federe devlet düzenlemesi ile zorunlu tutuluyor veya bu davranışın yapılması yönünde bir yetki veriliyorsa, söz konusu davranışa rekabet hukuku uygulamasından istisna tanınmaktadır. Aynı şekilde, teşebbüslerin, zorunlu tutulan/açıkça yetki tanınan davranışları, bu koşula ek olarak, federe devlet tarafından aktif gözetime tabi tutuluyor ise, rekabet hukuku uygulamasından muaf tutulmaktadır.

Türkiye bakımından doğrudan uygulanabilirlik veya karşılaştırma olanağının az olması nedeniyle dar tutulacak inceleme, SA'nın uygulanabilirlik koşulları çerçevesinde yapılan tartışmalar nedeniyle gerekli görülmektedir. "SA" uygulamasında iki aşamalı bir testten yararlanılmaktadır.⁴⁸ Bu testin ilk aşamasında, kısıtlamanın kesin bir dille ve açıkça ifade edilmesi veya federe devlet düzenlemesiyle, ilgili davranışa yetki verilmiş olması aranmaktadır. Testin ikinci aşamasında ise, düzenleme çerçevesinde gerçekleşen eylemlerin, federe devletin aktif gözetimi altında olması aranmaktadır. Bu koşulların, ortaya çıkacak rekabete aykırılıkların siyasi sorumluluğunu federe devletin üstlenmesini sağlamayı amaçladığı kabul edilmektedir.⁴⁹ Ancak, gereken koşulların bulunmaması halinde, rekabet hukukunun uygulanabilir olacağı açıktır.

ABD uygulamasının Türkiye uygulamasına ışık tutabilecek yönü, temel olarak zımnî istisnalar alanındadır. Bunun nedeni, açık istisnaların her ülke özelinde farklılaşması ve ABD özelinde ortaya çıkan SA'nın Türkiye bakımından uygulanabilir olmamasıdır.⁵⁰ Bu nedenle, ABD uygulamasında zımnî istisnaların değerlendirilmesinde temel alınan ilkeleri ortaya koymak önemlidir. Bunu

⁴⁷ Areeda ve Hovenkamp 2000, s.39.

⁴⁸ Hovenkamp 2005, s.333.

⁴⁹ COOPER, J.C. ve W.E. KOVACIC (2010), "U.S. Convergence With International Competition Norms: Antitrust Law and Public Restraints on Competition", *Boston University Law Review*, No:90(4), s.1575.

⁵⁰ SA doktrini, Türkiye açısından uygulanabilir görülmesi dahi, kullanılan test bakımından dikkate alınmaya değer bulunmaktadır.

sağlayabilmek maksadıyla, ABD’de zımnî istisnalara yönelik değerlendirme içeren en son kararları gözden geçirmek faydalı olacaktır.

*Trinko*⁵¹ kararında Yüksek Mahkeme, 1996 tarihli Telekomünikasyon Kanunu’nun oldukça detaylı düzenlemeleri ile bu Kanun’da yer alan ve Kanun’un rekabet hukuku kurallarının uygulanabilirliğini azaltıcı veya ortadan kaldıracı şekilde uygulanamayacağı şeklindeki hüküm karşısında; ilgili kanunla düzenlenen teşebbüslerin rekabet hukuku uygulamasından muaf olup olmadıkları sorununun ortaya çıktığını ifade etmiştir.⁵² Yüksek Mahkeme, Telekomünikasyon Kanunu ile getirilen sektörel düzenlemelerin oldukça detaylı olması nedeniyle, ilgili teşebbüs davranışının rekabet hukuku bakış açısından ihlal teşkil etmediği sonucuna varmış ve sektörel düzenlemenin rekabet hukuku ile sağlanabilecek faydaların çok ötesinde fayda sağlama yeterliliği olduğunu ifade etmiştir. Düzenlemenin bu niteliği, zımnî istisna uygulaması için elverişli görülmüş; ancak, Kanun’da yer alan ve Kanun’un yorumunu rekabet hukukunun uygulanabilirliğini azaltma ve ortadan kaldırma aleyhine kısıtlayan hüküm nedeniyle mahkeme, doğrudan bir zımnî istisna uygulamasına gidememiştir.⁵³ Yüksek Mahkeme, sonuç olarak, mevcut koşullar altında ek bir rekabet hukuku müdahalesinin sağlayacağı katkının oldukça düşük olacağı kabulü ile müdahalenin makul olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

*Credit Suisse*⁵⁴ kararı, Yüksek Mahkemenin, rekabet hukukunun düzenleyiciler tarafından uygulanması yönündeki görüşünün güçlendiği bir karar olarak ortaya çıkmaktadır. İlgili kararda, sektörel düzenleme ile rekabet hukukuna ilişkin düzenlemeleri eş zamanlı olarak ihlal eden teşebbüs davranışı, rekabet hukuku uygulamasından muaf tutulmuştur. Kararda, zımnî istisna tanınmasına ilişkin koşulların, sektörel düzenlemelerle rekabet hukuku ilişkisinin farklılaşabilmesi nedeniyle, uygulanacak sektöre ve ilgili davranışın her iki düzenleme ile olan ilişkisine göre değişebileceği vurgulanmıştır. İlgili olay bazında, müdahalenin gereksiz olması riskini yüksek bulan, düzenleyici otoritenin etkin bir müdahalede bulunduğunu ve rekabet hukuku uygulamasına duyulan ihtiyacın az olduğunu değerlendiren Yüksek Mahkeme, dava konusu davranışa zımnî istisna tanımıştır.⁵⁵

⁵¹ *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP* 540 U.S. 398, (2004).

⁵² Shelanski 2012, s.489; Geradin 2005, s.3-6.

⁵³ Bu hükmün varlığında, zımnî istisnanın uygulanabilirliğinin temel taşlarından birini oluşturan ve düzenlemenin rekabet hukukunun yerini almasına yönelik iradeyi içeren Kongre niyetine ulaşılması mümkün görülmemiştir. WEISER, P.J. (2005), “The Relationship of Antitrust and Regulation in a Deregulatory Era”, *Antitrust Bulletin*, No:50, s.570-571.

⁵⁴ *Credit Suisse Sec. LLC v. Billing*, 551 U.S. 264 (2007).

⁵⁵ Ancak karar, düzenleyici otoritenin rekabeti sağlama görevinin bulunmaması, yetkisinin

*Linkline*⁵⁶ kararında, Yüksek Mahkeme, mevcut vakayı *Trinko* kararına benzeterek ele almış ve rekabet ihlallerini engellemeye yönelik düzenlemelerin varlığında ek bir rekabet hukuku müdahalesinin doğuracağı zararların, sağlayacağı yararlardan fazla olacağını ifade ederek *Trinko*'da yer verdiği endişeleri tekrarlamıştır. Mahkeme, düzenlemenin varlığının otomatik olarak istisna sağlamayacağını; düzenlemelerin, rekabet hukuku sorumluluğuna ilişkin değerlendirmede göz önüne alınacak bir faktör olduğunu belirtmiştir.

Bu kararların beraber okunmasından; düzenlemelerin varlığının, rekabet hukukundan doğrudan istisna sağlamadığı; ancak düzenlemenin, rekabet hukuku araçlarıyla müdahale edilmemesinden doğabilecek zararı ortadan kaldırdığı veya amaçlanan sonuca ulaşılmasını sağlayabildiği durumlarda, rekabet hukuku ile yapılacak bir müdahalenin sağlayacağı katkının oldukça düşük olması nedeniyle, müdahale edilmemesi gerektiği yönünde bir uygulamanın ortaya çıktığı görülmektedir.

2.2. AB Rekabet Hukuku Uygulamasında Diğer Düzenlemelerin Etkisi

AB'de, rekabet hukuku ile diğer düzenlemeler arasında ortaya çıkan çatışmalar, çoğunlukla, düzenleyici otoritenin ya da ulusal bir kurumun idari bir kararı veya ulusal hukuk düzenlemeleri dolayısıyla ortaya çıkabilmektedir. AB rekabet hukuku uygulaması bakımından özel bir durum, üye devletin yasama ve düzenleme gücünü, teşebbüsleri AB rekabet hukukunu ihlal edecek şekilde davranmaya yöneltecek biçimde kullanması durumunda ortaya çıkmaktadır. Temel kural, ulusal devlet organlarının, AB rekabet hukuku uygulamasının etkisiz hale gelmesine neden olacak davranışlarda bulunmamalarıdır⁵⁷.

Bu kural çerçevesinde üye devletler, rekabet hukukunun ve bu hukukun AB kurumları tarafından uygulanmasının etkinliğini azaltacak düzenlemeler yapmamakla yükümlüdürler. “Sadakat yükümü” olarak da adlandırılan bu

rekabetçi etkileri gözetmekle sınırlı olması, potansiyel zarar gibi muğlak kavramlara dayanması, düzenlemeler arası çatışma bulunmamasına rağmen istisna tanınması gibi nedenlere dayanılarak, eski kararlarla ortaya konulan standartları düşürmesi nedeniyle eleştirilmektedir. KAHN, J.L. (2008), “From Borden to Billing: Identifying A Uniform Approach to Implied Antitrust Immunity From The Supreme Court’s Precedents”, *Chicago Kent-Law Review*, No:83(3), s.1471-1474.

⁵⁶ *Linkline Communications, Inc. v. SBC California, Inc.* 305 F.3d 876 (9th Cir. 2007), *Pacific Bell Telephone Company, dba AT&T California, et al., Petitioners v. Linkline Communications, Inc., et al.* 555 U.S. ___ (2009) No:07-512.

⁵⁷ WAINWRIGHT, R ve A. BOUQUET (2004), “State Intervention and Action in EC Competition Law”, B.E. Hawk (der.), *International Antitrust Law & Policy Annual Proceedings of The Fordham Corporate Law Institute* içinde, Juris Publications, New York; O'DONOGHUE, R. ve A.J. PADILLA (2006), *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, US, s.46.

prensip, Avrupa Birliği Anlaşması'nın (ABA)⁵⁸ 4(3). maddesinde yer alan sadakat hükmünün, ABİDA'nın 101. ve 102. maddeleri ile beraber okunmasından doğmaktadır⁵⁹. *Ahmed Saeed*⁶⁰ kararında da Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD)⁶¹, ilgili maddeleri değerlendirmiş ve devletlere rekabet hukukunun etkinliğini azaltacak önlemler almama ve düzenlemeler yapmama yükümlülüğü getirildiğini vurgulamıştır. Söz konusu temel prensip, bazı alt prensipleri doğurmaktadır. Üye devlet, ihlal oluşturabilecek eylem ve uygulamalardan kaçınmalı, rekabet hukukunun uygulanabilirliğini etkileyebilecek düzenlemeler yapmamalı ve rekabeti sınırlayıcı nitelikte yasal, yargısal veya idari sınırlamalar getirmemelidir. Üye devletlere getirilen sadakat yükümü, devletin rekabeti kısıtlayıcı düzenlemeler yapma serbestisi varken, teşebbüslerin rekabete aykırı davranışlarını sınırlamanın anlamsız olacağı kabulünden kaynaklanmaktadır.⁶² Üye devletlere getirilen sadakat yükümlülüğünün tek istisnası, ABİDA'nın 106(2). maddesinde düzenlenen genel ekonomik faydası olan hizmetlerin⁶³ sunumudur. İlgili madde, bu hizmetleri sunanların, ABİDA'da yer alan hükümlere ve rekabet hukuku kurallarına uyma zorunluluğundan kurtulabileceğini hükme bağlamaktadır. Bu hizmetlere ilişkin istisna, rekabet hukukuna tabi olunması durumunda hizmetin gereği gibi yerine getirilmesinin engelleneceği endişesinden kaynaklanmaktadır.

Getirilen tüm yükümlülüklerle rağmen, üye devletler tarafından yapılan düzenlemelerle rekabetin kısıtlanması söz konusu olabilmektedir; ancak, devletlerin, düzenlemeleri gerekçe göstererek rekabet hukukundan bağışık tutulma

⁵⁸ The Treaty on the European Union. Avrupa Birliği Anlaşması, Lizbon Anlaşması ile değişikliğe uğramıştır.

⁵⁹ Aynı sonuca AB Kurucu Anlaşması'nın 3. ve 10. maddelerinin beraber okunması ile de ulaşılmaktadır.

⁶⁰ *Ahmed Saeed* Case 66/86 (1989) ECR 803.

⁶¹ Lizbon Anlaşması ile yapılan değişiklik sonrasında Avrupa Toplulukları Adalet Divanının, ABAD olarak; İlk Derece Mahkemesi'nin ise Genel Mahkeme olarak adlandırılması yoluna gidilmiştir. Çalışma kapsamında bir bütünlük sağlanması amacıyla son düzenleme esas alınarak ilgili kurumlara atıf yapılmıştır.

⁶² LANG, J.T. (2004), "European Union Law Rules on State Measures Restricting Competition", *Finnish Yearbook of European Law 2003* içinde, s.1-24, s.3-16.

⁶³ *Services of General Interest (Genel Ekonomik Faydası Olan Hizmetler)*: Komisyon'un ilgili tebliğinde bu hizmetler, özel teşebbüs tarafından görülme isteği bulunup bulunmamasına bakılmaksızın devlet tarafından her koşulda sunulması gerektiği düşünülen hizmetler olarak tanımlanmaktadır. Tebliğ'e göre, üye devletler hangi hizmetlerin bu kapsamda yer aldığına serbestçe karar verebilmektedirler. Bkz. Communication from the European Commission, *Services of General Interest in Europe*, OJ 2001 C17/4, 19.01.2001.

yönündeki talepleri kabul edilmemektedir. AB hukukuna hâkim olan orantılılık prensibi, rekabet otoriteleri ile düzenleyici otoriteleri bağlar ve ortaya konulan önlemin, amaçlanan hedefe ulaşmayı sağlayacak oranda olmasını gerektirir. Aksine müdahalelerin, kapsamlı düzenleyici amaçlar veya kamu yararı ilkesi ile açıklanması mümkün değildir.⁶⁴ Ancak, devlet müdahalesini yeterli ölçüde ortaya koyan teşebbüsler, rekabet hukuku kapsamında sorumluluktan kurtulabilir. Devlet, yaptığı düzenlemeler yoluyla rekabeti doğrudan kısıtlayabileceği gibi; teşebbüslerin, rekabeti kısıtlayıcı davranış ve uygulamalarda bulunmasına zemin de hazırlayabilir. Bu durumda, teşebbüs sorumluluktan kurtulabilirken; devletin, sadakat yükümünü ihlal etmek nedeniyle sorumluluktan kurtulması mümkün olmamaktadır.⁶⁵ ABAD'ın bu konudaki bir kararında⁶⁶, devlet müdahalesinin belirli bir şekilde hareket etmeyi gerektirdiği ve pazarda rekabet etmeleri için teşebbüslere “nefes alacak alan bırakmadığı durumlarda”, teşebbüslerin, bunu kanıtlamak suretiyle sorumluluktan kurtulabilecekleri ifade edilmiştir⁶⁷. Ancak, bu istisna oldukça dardır ve teşebbüslerin, pazarda başka bir manevra yapmalarının engellendiğini ortaya koymaları gerekmektedir.⁶⁸

AB rekabet hukukunun uygulanabilirliğine yönelik olarak çok nadiren istisna getirilmektedir. Konsey tüzükleri ve ABİDA'nın ilgili bazı hükümleri ile tarım, nükleer enerji, askeri mühimmat, hava, demiryolu ve içdeniz taşımacılığına ilişkin belirli sözleşmelere (teknik gelişme/teknik ortaklık sözleşmelerine) yönelik açık istisnalar getirilmektedir. ABİDA ile ayrıca, genel ekonomik yarara yönelik hizmetlerin sunumu için gerekli olan anlaşmaların, rekabet hukuku uygulamasından muaf tutulabileceği düzenlenmektedir. Ek olarak, AB Birleşme-Devralma Tüzüğü'nün⁶⁹ 21(4). maddesinde, Komisyon'un yetki alanına giren birleşme-devralma işlemlerine yönelik olarak istisnai şartlarda üye devlet otoriteleri tarafından uygun tedbirler alınabileceği düzenlenmektedir. Bu husus birleşme ve devralma işlemleri bakımından bir istisna niteliğindedir.

⁶⁴ LANG, J.T. (2007), “The Use of Competition Law Powers For Regulatory Purposes”, *Annual Competition Policy Conference*, Oxford, s.15.

⁶⁵ O'Donoghue ve Padilla 2006, s.28.

⁶⁶ ECJ, 240-42, 260-62, 268-69/82, *Stichting Sigarettenindustrie and Others v. Commission*, (1985) ECR 3831.

⁶⁷ O'Donoghue ve Padilla da teşebbüslerin, rekabet hukuku sorumluluğundan kurtulabilmesi için, düzenlemenin, teşebbüslerin alanını, rekabet etmenin önemsiz kalacağı noktaya kadar daraltması gerektiğini, genel bir daraltmanın veya rekabet etmeyi zorlaştırmanın sorumluluktan kurtulmak için yeterli olmadığını ifade etmektedir. O'Donoghue ve Padilla 2006, s.30.

⁶⁸ Elhauge ve Geradin 2007, s.24-30.

⁶⁹ Council Regulation No 4064/89 of 21 December 1989 on the Control of Concentrations between Undertakings, OJ L 395, 30.12.1989.

AB rekabet hukuku uygulaması bakımından, sektörel düzenlemeye tabi pazarlardaki uygulama ayrı bir önem taşımaktadır. AB'nin düzenlenen sektörlerle yönelik rekabet hukuku uygulaması, telekomünikasyon sektörü özelinde dikkat çekmiştir.

Düzenlemenin bulunduğu alanlarda ek bir rekabet hukuku uygulamasına duyulan ihtiyaç, düzenlemenin ne kadar detaylı olduğuna bağlıdır. Buna göre, düzenleyici çerçeve ne kadar detaylı ve kapsamlı olursa, rekabet hukuku uygulamasına duyulacak ihtiyaç o derece az olacaktır. Bununla birlikte, O'Donoghue ve Padilla tarafından, düzenlemelerin bulunduğu alanlarda ek bir rekabet hukuku uygulamasının gerekli olup olmadığı hususu farklı durumlara göre değerlendirilmektedir.⁷⁰ Buna göre, piyasadaki rekabeti koruyan, AB rekabet hukukunu ihlal etmeyen ve düzenleyici tarafından gerektiği şekilde uygulanan düzenlemelerin varlığı halinde, Komisyon tarafından bu tür eylemlere rekabet hukuku kapsamında müdahale edilmemesi gerektiği ifade edilmektedir. Bazı sorunların çözümünde, düzenleyici otoritelerin deneyiminin ve bilgi toplama yeterliliğinin etkinlik yarattığı ve iki farklı yetkilinin, aynı konuda, farklı kurallar setiyle müdahalede bulunmasının, çatışan kararlara ve tutarsız müdahalelere yol açabileceği belirtilmektedir⁷¹. Ancak, pazarın rekabetçi yapısını korumaya yönelik düzenlemelerin, düzenleyicinin tembelliği veya düzenleme tuzağına düşmüş olması nedeniyle uygulanmaması halinde, rekabet otoritelerinin müdahalede bulunması gerektiği dile getirilmektedir. Ayrıca, düzenleyici otoriteler tarafından alınan kararların, AB rekabet hukukuna aykırı olduğunun tespiti halinde de Komisyon'un müdahalesinin gerekli olduğu kabul edilmektedir⁷². Komisyon'un, bazı durumlarda, dosyaları ulusal sektörel düzenleyicilere gönderdiği ve bunların konuya ilişkin olarak düzenlemeler kapsamında karar almalarını istediği dile getirilmektedir. Ancak, bu uygulamanın, düzenleyici otorite tarafından sorunun gerektiği şekilde ele alınacağına emin olunan hallerle sınırlı tutulması gerektiği ifade edilmektedir.⁷³

⁷⁰ O'Donoghue ve Padilla 2006, s.32.

⁷¹ PETIT, N. (2004), "The Proliferation of National Regulatory Authorities Alongside Competition Authorities in the EC: A Source of Jurisdictional Confusion", *The Global Competition Law Centre Working Papers Series 02/04*, College of Europe, Brugges, s.10-13.

⁷² Ancak, bu durumda Komisyon'un teşebbüse yönelemeyeceği, sadakat hükmü gereği düzenleyici otoritelere müdahale edebileceği belirtilmektedir. O'Donoghue ve Padilla 2006, s.32, dipnot 134.

⁷³ Geradin 2005, 27-28; GERADIN, D. ve R. O'DONOGHUE (2005), "The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in The Telecommunications Sector", *The Global Competition Law Centre Working Papers Series 04/05*, College of Europe, Brugges, s.60-61.

Komisyon'un müdahale ettiği hallere örnek olarak, *Deutsche Telekom*⁷⁴ kararı verilebilecektir. İlgili kararda Komisyon, sektörel düzenleyicinin kısmi fiyat regülasyonuna tabi, ancak bunun haricinde ticari karar alma serbestisi bulunan teşebbüsün, düzenleyici otorite tarafından belirlenen erişim fiyatları ile kendisince belirlenen perakende satış fiyatları arasındaki marjı, fiyat sıkıştırmasına yol açacak şekilde belirlediğini kabul ederek ihlalin varlığına karar vermiştir. Teşebbüsün, ulusal regülasyona tabi olduğuna ve ulusal düzenleyicinin ihlal tespitinde bulunmadığına ilişkin itirazları karşısında Genel Mahkeme, teşebbüsün rekabete aykırı etkileri ortadan kaldırma veya azaltma olanağı bulunmasına rağmen buna başvurmamış olması ve Komisyon'un ulusal düzenleyicilerin kararları ile bağlı olmaması gibi nedenlerle kararı onamıştır.⁷⁵ Genel Mahkeme'nin kararını onayan ABAD da, sektörel düzenlemeler teşebbüslerin rekabeti kısıtlayıcı veya bozucu nitelikte serbest kararlar almasını engellemedikçe rekabet hukukunun uygulanabilir olduğunu ifade etmiştir.⁷⁶

Telekomunikacja Polska kararında⁷⁷ ise Komisyon, düzenlemeye tabi sektörde faaliyet gösteren ve erişim sağlama yükümlülüğü altında olan teşebbüsün, toptan genişbant internet pazarında rakiplerine mal vermeyi reddetmesi nedeniyle hâkim durumunu kötüye kullandığına karar vermiştir. Teşebbüs, Komisyon'un teşebbüs davranışının düzenleyici çerçeveye uyumu yönüne odaklandığını; oysa bu konuda halihazırda bir sektörel düzenlemenin olduğunu, bu düzenlemenin etkin ve pazarda rekabeti sağlamaya müsait bir nitelikte olduğunu, kendisinin de sektörel düzenleyici nezdinde düzenlemeleri ihlal etmek nedeniyle cezaya çarptırıldığını iddia etmiştir. Ancak, Komisyon, teşebbüsün davranışını derinlemesine bir incelemeye tabi tutmuş ve her bir rakip özelinde ayrı ayrı ihlaller olarak değil; bütün halinde ortaya çıkan, tüm rakiplere yönelen ve belirli bir süre devam eden bir davranış şekli olarak değerlendirmiştir. Yetki iddiası yönünden, Komisyon'un kararı, sektörel düzenleyici tarafından verilen kararlarda ABİDA'nın 102. maddesi kapsamında bir değerlendirmenin bulunmadığı tespitini içeren *Deutsche Telekom* kararını anımsatmaktadır. Bu kapsamda, sektörel düzenlemenin varlığına ve bunun ihlali nedeniyle verilen cezalara rağmen, ihlal konusu davranışlara devam eden ve rekabeti kısıtlayan teşebbüslere Komisyon tarafından müdahale edilebilmesi hukuki bir zemine oturtulmuştur.⁷⁸ Burada

⁷⁴ *Deutsche Telekom*, OJ L 263 (2003).

⁷⁵ *Deutsche Telekom v. Commission*, Case T-271/03, Court of First Instance (2008).

⁷⁶ *Deutsche Telekom AG v. European Commission*, Case C-280/08 (2010).

⁷⁷ *Telekomunikacja Polska* COMP/39.525 (2011) OJ L 324 [2011].

⁷⁸ KAMIŃSKÍ D., A. ROGOZIŃSKA, B. SASINOWSKA (2011), *Telekomunikacja Polska Decision: Competition Law Enforcement in Regulated Markets*, Competition Policy Newsletter, No.3, s.6-7.

vurgulanması gereken husus; normal koşullar altında sadakat yükümünün ihlali nedeniyle ABAD'a başvurması gereken Komisyon'un, doğrudan ABİDA'nın 102. maddesi çerçevesinde müdahale etmesinin, uluslararası bir kural uygulayıcı olmasından kaynaklandığıdır.

Komisyon'un düzenlemeye tabi diğer sektörler (enerji, posta, sigortacılık gibi) ilişkin kararlarında⁷⁹, düzenleyici önlemlerin etkin olmadığı, beklenen etkiyi ve sonucu yaratmadığı durumlarda rekabet hukuku uygulamasına başvurulduğu ve AB rekabet hukukunun, düzenlemelerle çatışması durumunda öncelikli olarak uygulanacağına vurgulandığı görülmektedir. Örneğin *Air Cargo* kararında⁸⁰, havayolu taşımacılığına ilişkin düzenleyici çerçeve⁸¹ ile belirlenen fiyat indirim oranının fiyat koordinasyonuna sebebiyet verebileceği belirtilerek düzenlemenin rekabet hukuku uygulamasına engel olmadığı sonucuna varılmıştır.

İlgili Komisyon ve mahkeme kararlarının birlikte okunmasından; kısmi regülasyon dışı alanda serbest davranma yeteneği olan teşebbüslerin, rekabete aykırı etkileri ortadan kaldıracakken bunu yapmamasının ihlal teşkil ettiği; teşebbüslerin serbestçe karar alması, sektörel düzenlemeler vasıtasıyla engellenmedikçe, ilgili davranışa rekabet hukukunun uygulanabileceği; düzenleyici otoritenin müdahalesine rağmen devam eden ihlallere, rekabet hukukunun uygulanabilir olduğu anlaşılmaktadır.

AB uygulamasının, Türkiye uygulamasına ışık tutabilecek yönü, bu aşamaya dek anlatılan sektörel düzenlemelerin olduğu pazarlar bakımından ortaya çıkmaktadır. Ancak, bu noktada, Komisyon'un uluslararası kurallar uygulayan bir merci olduğu unutulmamalıdır.

3. TÜRK HUKUK DÜZENİNDE DÜZENLEMELERİN REKABET HUKUKU UYGULAMASINA ETKİLERİ

3.1. Düzenlemelerin Rekabet Hukukundan Açıkça Muaf Tutulduğu Haller

Türk hukuk sisteminde, belli bir hukuk kişisini veya sektörü 4054 sayılı Kanun'un uygulanmasından açıkça muaf tutan düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumun

⁷⁹ *ENI*, COMP/39.315 (2010); *Gas de France*, COMP/39/316 (2010); *E.ON Gas*, COMP/39.317 (2010); *RWE Gas*, COMP/39.402 (2010), *GVG v. Ferrovie Dello Stato S.p.A.* COMP/37.685 (2003) OJ L 11 [2004], *Air Cargo*, Case COMP/39.258 [2010], *Fire Insurance* (D) Case IV/30.307 (1984) OJ L 35, [1985].

⁸⁰ *Air Cargo*, Case COMP/39.258 [2010].

⁸¹ Çoğunlukla serbestleşmiş olan AB hava ulaşım sektörü, AB ve üçüncü ülkeler arasında yapılan çok taraflı sözleşmeler ile düzenlenmektedir. Bu sözleşmeler, ilgili bölgelerde uçuş yapmak için atanan havayolu şirketlerinin uyacakları hizmet koşullarını ortaya koymaktadır. Ancak bazı sözleşmelerde, rekabete aykırı hükümler yer almaktadır. OECD 2011, s.199.

tek istisnasını bankacılık sektörüne ilişkin bir düzenleme oluşturmaktadır. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesinde yer alan söz konusu açık istisna düzenlemesi haricinde 4054 sayılı Kanun'un tüm teşebbüslere ve sektörlerle uygulanabilir genel nitelikli bir kanun olduğu ifade edilebilir.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun "*Birleşme, Bölünme ve Hisse Değişimi*" başlıklı 19. maddesinin 1. fıkrası "*Türkiye'de faaliyette bulunan bankalardan birinin; diğer bir veya birkaç banka veya finansal kuruluş ile birleşmesi veya bütün aktif ve pasifi ile diğer hak ve yükümlülüklerini Türkiye'de faaliyette bulunan diğer bir bankaya devretmesi, bütün aktif ve pasifleri ile diğer hak ve yükümlülüklerini devir alması veya bölünmesi ya da hisse değişimi Kurulun iznine bağlıdır. İzin tarihinden itibaren üç ay içinde ilgili bankaların yetkili organlarınca karar alınarak gerekli işlemlere geçilmediği takdirde, verilen izin geçersiz olur. Bankaların bu Kanun hükümlerine göre birleşme, bölünme ve devirlerinde 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile devir veya birleşmeye konu bankaların toplam aktiflerinin sektör içindeki paylarının yüzde yirmiyi geçmemesi kaydıyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 7, 10 ve 11 inci maddeleri hükümleri uygulanmaz.*" hükmünü amirdir.

Kurul, söz konusu düzenlemeyi, Türkiye'de faaliyet gösteren bankalara ilişkin birleşme ve devralma işlemlerini düzenler nitelikte yorumlamakta ve bu paralelde uygulamaktadır.⁸² Kurul'un 13.06.2002 tarihli ve 02-38/419-177 sayılı kararında 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun⁸³ "*Bankaların Devir, Birleşme ve Tasfiyesi*" başlıklı 18. maddesinde yer alan istisna düzenlemesi ilk defa değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Bu çerçevede, hükmün, "*Türkiye'de faaliyette bulunan bankalardan birinin diğer bir veya birkaç banka ile birleşmesi veya bütün borç, alacak ve mevduatını Türkiye'de faaliyette bulunan diğer bir bankaya devretmesi*" şeklindeki lafzına paralel olarak, kararda, yalnızca bu şekilde gerçekleşen ve birleşme veya devralma işleminin kesinleşmesini müteakip devredilen bankanın bütün hak ve borçları ile devralan bankaya geçmesiyle, devredilen bankanın tüzel kişiliğinin sona ermesi neticesini doğuran yoğunlaşmaları kapsadığı şeklinde dar bir yorum yapılmıştır. Bunun sonucunda, anılan kanun maddesinin 1. fıkrasının dördüncü cümlesine 4672 sayılı Kanun ile eklenen "*Bankaların bu Kanun hükümlerine göre birleşme ve devirlerinde 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu*

⁸² KOCABAY, S. (2012), *Bankacılık Sektöründe Rekabet Politikası: Rekabet-İstikrar İlişkisinin Etkileri*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara, s.61.

⁸³ 4389 sayılı Bankalar Kanunu, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 01.11.2005 tarihinde yürürlüğe girmesi ile mülga olmuştur. Ancak, 4389 sayılı Bankalar Kanunu'na, 4672 sayılı Kanun ile eklenen 18. madde, 5411 sayılı Kanun'da 19. madde olarak aynen yer almıştır.

ile devir veya birleşmeye konu bankaların toplam aktiflerinin sektör içindeki paylarının yüzde yirmiyi geçmemesi kaydıyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 7, 10 ve 11 inci maddeleri hükümleri uygulanmaz.” şeklindeki hükmün, hisse devri yoluyla bankaların kontrolünün el değiştirmesi şeklinde gerçekleşen devralma işlemlerine uygulanmasının mümkün olmadığına karar verilmiştir.

Kurul, kanun koyucunun 4672 sayılı Kanun ile söz konusu değişikliği yaparken güttüğü esas amacın da, bankaların birleşmesini veya bir bankanın diğer bir banka tarafından tüzel kişiliği ortadan kalkacak şekilde devralınmasını kolaylaştırmak suretiyle bankacılık sektörünün güçlü ve sağlıklı bir yapıya kavuşturulması olduğunu; dolayısıyla, bir istisna hükmü teşkil ettiği için geniş yorumlanmasının zaten mümkün olmadığını değerlendirmiştir. Bu değerlendirme çerçevesinde Kurul; anılan hükmün, bildirim konusu devralma işlemine uygulanamayacağına ve işlemin, Kurul tarafından değerlendirilebileceğine karar vermiştir.

Kurul’un sonraki uygulamalarında, anılan istisna hükmünün Türkiye’de faaliyette bulunan bankalar arası devralma işlemlerini düzenlediği değerlendirilerek, birleşme veya devralma işlemine taraf olan bankalardan en az birinin başka bir ülke kanunlarına göre kurulmuş olduğu hallerde bu istisna hükmünün uygulanamayacağı sonucuna varılmış ve 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirme yapılmıştır⁸⁴. Kararların paralelliğine bakıldığında, Kurul’un bu yöndeki uygulamasının sistematikleştiğini söylemek mümkündür.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nda yer alan istisna düzenlemesinin uygulanabilirlik yönünden bir eşik getirdiği ve “devir veya birleşmeye konu bankaların toplam aktiflerinin sektör içindeki paylarının yüzde yirmiyi geçmemesi kaydıyla” işlemlere 4054 sayılı Kanun’dan istisna sağladığı anlaşılmaktadır. Bu eşğin altında kalan işlemler, Kurul tarafından istisna kapsamında kabul edilmiş ve 4054 sayılı Kanun çerçevesinde değerlendirmeye alınmamıştır⁸⁵.

Bu çerçevede, 4054 sayılı Kanun uygulamasına başka kanunlarla getirilen açık istisnaların, belirli bir durumla sınırlı tek bir *örneği* olduğunu ve söz konusu hükmün, Kurul tarafından, ABD’nin açık istisnalara ilişkin uygulamasına paralel şekilde, olabilecek en dar şekliyle yorumlanarak uygulanmakta olduğu belirtilebilir.

⁸⁴ Kurul’un 03.08.2006 tarihli ve 06-57/718-208 sayılı, 24.08.2006 tarihli ve 06-59/780-229 sayılı, 14.09.2006 tarihli ve 06-63/858-248 ile 06-63/862-252 sayılı, 24.09.2006 tarihli ve 06-67/910-264 sayılı, 08.03.2007 tarihli ve 07-19/194-64 sayılı, 25.07.2007 tarihli ve 07-61/714-246 ile 07-61/715-247 sayılı, 04.10.2007 tarihli ve 07-77/952-362 sayılı, 08.11.2007 tarihli ve 07-85/1045-405 sayılı kararları.

⁸⁵ Kurul’un 17.05.2005 tarihli ve 05-32/437-102 sayılı, 17.06.2005 tarihli ve 05-40/570-143 sayılı, 17.08.2005 tarihli ve 05-52/795-215 sayılı, 02.12.2010 tarihli ve 10-75/1540-594 sayılı kararları.

3.2. Düzenlemelerin Rekabet Hukuku ile Çatıştığı ve Rekabet Hukuku Uygulamasını Zımnen Muaf Tuttuğu Haller

Düzenlemelerin rekabet hukuku uygulamasını açıkça muaf tuttuğu tek bir örnek bulunmakla birlikte, çeşitli hallerde, rekabet hukuku uygulamasının düzenlemelerle çatıştığı ve bu durumların rekabet hukuku uygulamasından zımnen muaf tutulduğu görülmektedir. Bu bölümde, söz konusu haller, ilgili Kurul kararları çerçevesinde incelenecektir. Bu kapsamda, ilk iki alt başlık altında, tarafların teşebbüs niteliğine sahip olduğu, fakat düzenleme yetkisi çerçevesinde hareket ettiği için rekabet hukuku anlamında sorumlu tutulmadığı haller olan, meslek birlikleri ve kanuni yetkiye dayanan diğer eylemler incelenecektir. Üçüncü alt başlıkta ise, kanuni yetkinin teşebbüs niteliğini ortadan kaldırdığı durumlar bağlamında rekabet hukuku uygulamasının bir değerlendirmesine gidilecektir.

3.2.1. Meslek Birlikleri ve Eylemlerinin Rekabet Hukuku Perspektifinden Konumu

Rekabet hukuku uygulamalarının en sorunlu alanlarından birini oluşturan meslek birlikleri, gerek oluşumlarının doğası, gerekse kullandıkları yetkilerin kanuniliği bakımından 4054 sayılı Kanun kapsamında sıklıkla irdelenmekte ve Kurul kararlarına konu olmaktadır.

Devlet tarafından ortaya konulan her düzenlemede olduğu gibi, meslek birliklerine yönelik düzenlemelerin de altında yatan bir mantık bulunmaktadır. Meslek birliklerinin temsil ettikleri profesyonel hizmet alanlarında, meslek birliklerinin düzenleme yapma yetkisini rasyonalize eden potansiyel iki pazar aksaklığının öne çıktığı görülmektedir. Bunlar, asimetrik bilgi ve dışsallıklardır.⁸⁶ Bu pazar aksaklıkları, pazarın, serbest bırakılması durumunda etkinlik sağlayamayabileceğini ortaya koymakta ve kamu yararını sağlama amaçlı düzenlemeler yapılmasının temelini oluşturmaktadır. Bu sektörlerde hâkim olan ekonomik koşullar, pazarın belli bir seviyede düzenlemeye tabi tutulmasının, pazar aksaklıklarını ortadan kaldırmak ve etkinliği artırmak suretiyle tüketici refahını artırma potansiyeline sahip olduğu izlenimini uyandırmaktadır.⁸⁷ Ancak, bu aksaklıkları ortadan kaldırmayı amaçlayan düzenlemeler, rekabeti gereğinden fazla sınırlayarak ilgili sektörlerde serbest rekabetin sağlayacağı düşük fiyat, yüksek kalite gibi özelliklerin ortaya çıkmasına engel olabilir. Düzenlemeler,

⁸⁶ Competition Bureau (2007), *Self-Regulated Professions: Balancing Competition and Regulation*, Competition Bureau, Kanada, s.18-20.

⁸⁷ OECD (1999), *Relationship Between Regulators and Competition Authorities*, OECD, Paris, s.7-10.

pazar aksaklığını düzeltme amacının ötesine geçerek, hâkim durum yaratma, kaliteyi düşürme, fiyatı yükseltme gibi risklerin gerçekleşmesine neden olabilir. Bu çerçevede, sektöre yönelik düzenlemelerin taşıyabileceği kısıtlamalar; giriş engeli oluşturabilir, arzı düşürebilir, gizli anlaşmalara zemin hazırlayabilir ve hizmet sunanların maliyetlerini arttırabilir.

Detayda farklılaşmakla birlikte, birçok ülkede belli meslek ve uzmanlık alanlarının doğrudan veya meslek birliklerine düzenleme yetkisi verilmek suretiyle düzenlemeye tabi tutulduğu görülmektedir. Meslek birlikleri, kendilerine ve sektöre ilişkin düzenlemelerin çoğunu bizzat yaptıklarından, kendi kendini regüle eden sektörler olarak adlandırılmaktadır.⁸⁸ Bu organizasyonların kendi kendilerini düzenlemeleri, normal koşullar altında kamuya tanınan bazı yetkilerle donatılmış olmalarını gerektirmektedir. Meslek birlikleri, kanunla oluşturulur ve bu kanunla kendilerine doğrudan veya dolaylı yetkiler verilebileceği gibi meslek birliklerine kendilerini düzenleme yetkisi de tanınabilir. İkinci olasılıkta, meslek birlikleri, yasal düzenleme yapma yetkisiyle donatılmaktadırlar.⁸⁹ Meslek birliklerine verilen yetkiler genel veya özel nitelikte olabilir ve bu yetkilerin sınırları ve/veya kullanımı 4054 sayılı Kanun ile çatışabilir. Bu durumda meslek birliklerini düzenleyen kanun ile 4054 sayılı Kanun arasındaki ilişki önem kazanır.

Meslek birlikleri tarafından yapılan düzenlemelerle sektöre yönelik olarak getirilen sınırlamalar iki alt başlık altında incelenebilir. Söz konusu kısıtlamaların ilk grubunu, pazara girişe ilişkin kısıtlamalar; ikinci grubu ise, pazardaki davranışlara ilişkin sınırlamalar oluşturmaktadır. Meslek birlikleri tarafından yapılan düzenlemeler, yapısal ve davranışsal olarak da ikiye ayrılabilir.⁹⁰ Bu durumda, yapısal düzenlemeler, girişe ilişkin düzenlemeler ile belli hizmetleri sunabilmek için münhasır hak sahipliğini düzenlerken; davranışsal sınırlamalar, ücretlerin yapısı ve seviyesine ilişkin düzenlemeleri ve reklam faaliyetlerine ilişkin kısıtlamaları içermektedir. Meslek birlikleri tarafından sıklıkla uygulamaya konulan ve rekabeti kısıtlama potansiyeli taşıdığı kabul edilen regülasyonlar; fiyat tespiti, tavsiye fiyat, reklam düzenlemeleri, giriş koşulları ve korunan haklar ile iş yapısına ilişkin düzenlemeler ve disiplinler arası uygulamalar olmak üzere beş ana başlık altında toplanabilir.⁹¹ Bu tür düzenlemelerin varlığı karşısında, 4054 sayılı Kanun ile olan ilişkinin tespiti daha da önem kazanmaktadır.

⁸⁸ ELÇİN, S. (2006), “Profesyonel Hizmet Faaliyetleri ve Rekabet Hukuku Uygulamaları: Dünya Örnekleri”, *Rekabet Dergisi*, Sayı:25, s.29.

⁸⁹ Competition Bureau 2007, s.15.

⁹⁰ OECD 1999, s.7.

⁹¹ Commission of the European Communities (2004), *Report on Competition in Professional Services*, Commission of the European Communities, Brüksel, s.10-18.

Türkiye’de Türk Tabipleri Birliği (TTB), Türkiye Barolar Birliği (TBB), Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği (TMMOB), Türk Eczacıları Birliği (TEB) ile bu birliklere bağlı birlikler ve diğer meslek birlikleri, rekabet hukukuna tabi geniş bir teşebbüs birliği kitlesi oluşturmaktadır. İlgili teşebbüslerin düzenledikleri piyasalardaki eylemleri bugüne kadar Kurul’un birçok kararına konu olmuştur.

Meslek birlikleri özelinde, Kurul uygulamasının, fiyatın tespitine yönelik ihlal iddiaları çerçevesinde yoğunlaştığı söylenebilir.⁹² İncelemenin başlangıç noktasını her zaman kanundan alınan bir yetkinin olup olmadığının tespiti oluşturmakla beraber, bu yetkinin açık olduğu ve yetkiye uygun davranıldığı durumların ihlal olarak değerlendirilmediği görülmektedir. Bununla birlikte, bir meslek birliğinin, kendisine fiyat düzenlemelerine ilişkin olarak tanınan yetkilerin dışında veya ötesinde eylemde bulunduğu durumların ihlal olarak değerlendirildiği anlaşılmaktadır.

Özellikle mimar ve mühendis odaları ile barolar özelinde görülen asgari fiyat tespitine yönelik uygulamaların, kanuni yetkinin varlığı nedeniyle ihlal olarak kabul edilmediği görülmektedir. Örneğin, Kurul’un TEB 6. Bölge Samsun Eczacılar Odasına ilişkin kararında⁹³; TEB 6. Bölge Samsun Eczacılar Odası’nın başlattığı şikâyet konusu uygulamanın, dayanağını özel bir yasal düzenlemeden alması ve kamu tasarrufu niteliğini taşıması nedeniyle, işlem yapılmasına gerek olmadığına; bununla birlikte, konuyla ilgili olarak ilgili bakanlıklara görüş bildirilmesine karar verilmiştir.

Öte yandan, genel bir yetkinin bulunduğu durumlarda inceleme yapılmaksızın müdahale edilmeyen kararlar bulunduğu gibi, yetkinin varlığına rağmen ihlal tespiti yapıldığı kararlar da bulunmaktadır. Ancak, kanuni yetkinin dışına çıkılarak azami/sabit fiyat tespitine gidildiği durumlarda, rekabetin ihlal edildiği kabul edilmektedir. Örneğin, TEB’in ve TEB’e bağlı eczacı odalarının, ilaç satışlarında indirim oranını belirlemeye yönelik karar ve uygulamalarının değerlendirildiği Kurul kararında⁹⁴; bu uygulamaların, 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi kapsamında olduğuna, ancak incelemeye konu eylemin kaynağı TEB Merkez Heyeti’nin 07.02.2002 tarihli kararı olduğundan ve bağlı eczacı odaları 6643 sayılı Kanun uyarınca bu karara uymak durumunda olduğundan, söz

⁹² ÖZDEN, M. (2004), *Profesyonel Meslek Birlikleri*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara, s.57-58.

⁹³ Rekabet Kurulu’nun 02.10.2001 tarihli ve 01-46/475-119 sayılı kararı.

⁹⁴ Kurul’un 04.11.2004 tarihli ve 04-70/1012-247 sayılı kararının iptaline ilişkin Danıştay’ın 23.05.2006 tarihli, 2005/7504 E. 2006/2230 K., 2005/7622 E. 2006/2231 K. sayılı kararları üzerine Kurul tarafından alınan 02.11.2006 tarihli ve 06-79/1021-295 sayılı karar.

konusu karar nedeniyle yalnızca TEB'in cezalandırılması gerektiğine ve 4054 sayılı Kanun'un 27(g) maddesi uyarınca, ilgili bakanlıklara görüş bildirilmesine karar verilmiştir.

Diğer taraftan, ilgili davranışa yönelik yasal bir yetkinin bulunmadığı durumlarda müdahale edildiği görülmektedir. TMMOB ve TMMOB Şehir Plancıları Odasının asgari ücret tarifelerinin belirlenmesine ilişkin eylemlerinin değerlendirildiği kararda⁹⁵ Kurul, TMMOB'un çıkarmış olduğu yönetmeliklerin, yasal bir dayanağı olmamakla birlikte, asgari ücret tespitine ilişkin düzenlemeler içerdiğini ve TMMOB'un, asgari ücretlere uyulmasını sağlamaya yönelik eylemlerde bulunduğunu tespit ederek, TMMOB'a para cezası verilmesine karar vermiştir. Kurul, TMMOB Şehir Plancıları Odasına ilişkin olarak ise, söz konusu eylemlerin teşebbüsün kendi bağımsız davranışından kaynaklanmayıp, TMMOB yönetmeliklerine uyma zorunluluğundan kaynaklanmış olması nedeniyle, teşebbüse ceza uygulanmasına gerek bulunmadığına karar vermiştir. Bununla birlikte, 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesi doğrultusunda, söz konusu yönetmelik, karar ve uygulamalara son verilmesi yönünde her iki teşebbüse de görüş gönderilmesine karar verilmiştir.

Bahsi geçen kararın ardından, TMMOB ve Şehir Plancıları Odası tarafından Kurul'un ilgili kararına karşı Danıştay nezdinde yürütmeyi durdurma talebiyle iki dava açılmış, Danıştay 10. Dairesi yönetmeliklerin hukuksal niteliklerini dikkate alarak yürütmenin durdurulması isteminin kabulüne karar vermiştir.⁹⁶ Sonrasında ilgili Kurul kararı, Danıştay 13. Dairesi tarafından soruşturmacı üyenin karara katılımı nedeniyle usul yönünden iptal edilmiştir.⁹⁷ Kurul tarafından, iptal edilen kararın yerine yeni bir karar alınmamıştır. Kurul, 4054 sayılı Kanun'a aykırı bulunan söz konusu yönetmeliklerin iptali için dava açılmasına karar vermiştir.⁹⁸ Ancak, Danıştay 13. Dairesi tarafından alınan kararlarda⁹⁹; Rekabet Kurumu'nun, TMMOB ve TMMOB'a bağlı odalarca yapılan düzenlemelerin rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı olduğunu ileri sürerek iptalleri için dava açma ehliyeti olmadığı sonucuna varılarak, açılan davaların ehliyet yönünden

⁹⁵ 22.01.2002 tarihli ve 02-04/40-21 sayılı Kurul kararı.

⁹⁶ 17.11.2003 tarihli ve 2003/2564 sayılı, 17.11.2003 tarihli ve 2003/2705 sayılı Danıştay 10. Dairesi kararları.

⁹⁷ 14.11.2006 tarihli ve 2005/1668 Esas No ve 2006/4329 Karar No'lu; 08.07.2005 tarihli ve 2005/916 Esas No ve 2005/3436 Karar No'lu Danıştay 13. Dairesi kararları.

⁹⁸ 16.05.2007 tarihli ve 07-41/453-M sayılı Kurul kararı.

⁹⁹ 16.11.2007 tarihli ve 2007/10830 Esas No ve 2007/7326 Karar No'lu; 01.02.2008 tarihli ve 2007/10829 Esas No ve 2008/1745 Karar No'lu Danıştay 13. Dairesi kararları.

reddine karar verilmiştir. Bunun sonucunda ise, Danıştay 13. Dairesi'nce verilen söz konusu kararlar, Rekabet Kurumu tarafından 07.01.2008 ve 04.04.2008 tarihlerinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (İDDK) nezdinde temyiz edilmiştir.

Bu süreçte gelen şikâyetler üzerine mimar ve mühendis odalarının benzer uygulamalarına yönelik olarak çok sayıda önaraştırma yapılmış, ancak ilgili Danıştay kararı çerçevesinde, asgari ücret uygulamasına yönelik anlaşmaların, pazar paylaşımına yol açacak türden başka eylemler içermediği sürece ihlal teşkil etmeyeceği ve ilgili teşebbüsler hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığı yönünde karar verilmiştir.¹⁰⁰

Gelinen aşamada, söz konusu temyiz talepleri üzerine İDDK tarafından verilen kararda¹⁰¹; dava konusu yönetmelik maddeleri ile rekabetin ihlal edilmesi mümkün olduğundan, 4054 sayılı Kanun'un 27. maddesine göre rekabet ortamını korumakla yükümlü düzenleyici ve denetleyici bir bağımsız idari otorite olan Rekabet Kurumu'nun, söz konusu düzenlemeye karşı iptal davası açmakta menfaati bulunduğu ifade edilmiştir. Bu çerçevede, İDDK, Rekabet Kurumu'nun, TMMOB'un yaptığı düzenlemelere karşı iptal davası açabilmesinin öntünde hukuki bir engel olmadığına ve dolayısıyla da, Kurum'un açtığı davanın ehliyet yönünden reddedilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığına karar vermiştir. Söz konusu İDDK kararı sonrasında, Kurum'un, meslek birliklerinin çıkardığı ikincil mevzuatın, söz konusu birliklerin temel yasal dayanağı olan kanunlara ve 4054 sayılı Kanun'a aykırılık teşkil ettiği hallerde, daha aktif rol alarak, söz konusu mevzuatın, rekabet hukukuna uygun hale getirilmesini sağlamak üzere iptal davası açabilmesi olanaklı hale gelmiştir. Bu durumda, Kurul kararlarının ilgili düzenlemelerin iptaline ilişkin dava açılması yönünde sonuçlandırılması suretiyle farklılaşabilmesi ihtimali doğmuştur.

Genel yetki ve/veya buna dayanan özel bir düzenleme bulunduğu Kurul uygulaması farklılaşabilmektedir. Genel bir yetkinin varlığı karşısında Kurul, davranışı inceleyerek veya bazı durumlarda incelemeksizin müdahale etmemeye karar verilebildiği gibi, genel yetkinin özel düzenlemeyi kapsamadığı hallerde müdahale edilebilmektedir. Kurul'un reçetelerin eczacı odaları tarafından

¹⁰⁰ Kurul'un, 09.09.2009 tarihli ve 09-41/997-254 sayılı; 04.11.2009 tarihli ve 09-52/1260-323 sayılı; 09.12.2009 tarihli ve 09-58/1411-372 sayılı; 04.03.2010 tarihli ve 10-21/281-105 sayılı; 27.10.2010 tarihli ve 10-67/1411-529, 10-67/1412-530, 10-67/1413-531 sayılı; 24.03.2011 tarihli ve 11-17/323-98 sayılı; 02.06.2011 tarihli ve 11-33/716-222 sayılı kararları.

¹⁰¹ 12.12.2012 tarihli ve 2008/655 Esas No ve 2012/2752 Karar No'lu İDDK kararında, Rekabet Kurumu tarafından yapılan 07.01.2008 ve 04.04.2008 tarihli temyiz başvuruları incelenmiştir.

eczacılar arasında paylaştırılması uygulamasını değerlendirdiği kararında¹⁰²; uygulamanın SSK ve TEB arasında imzalanan bir protokole dayandığı, söz konusu dosya özelinde, SSK'nın teşebbüs olarak kabul edilemeyeceği ve uygulamanın, TEB Kanunu'na dayanılarak gerçekleştirilmesi nedeniyle, anılan protokolün bir teşebbüs birliği kararı olarak kabul edilemeyeceği sonucuna ulaşılmış ve ilgili bakanlıklara görüş bildirilmesine karar verilmiştir.

Ancak genel yetkinin özel yetkiyi kapsamadığı durumlara örnek olarak verilebilecek olan, TTB'ye ilişkin Kurul kararında¹⁰³, 6023 sayılı TTB Kanunu ile TTB'ye asgari ücret tarifesi düzenleme yetkisi verildiği tespit edilmiştir. Bununla birlikte, TTB tarafından bu yetkiye dayanılarak işyeri hekimlerinin aylık ücretlerinin düzenlenmiş olmasının, kendisine kanunla verilen yetkinin aşılması anlamına geldiği değerlendirilmiştir. Kurul kararında, bu saptamaya ek olarak, ilgili Kanun maddesinin 4054 sayılı Kanun ile ihtilaf halinde olduğu sonucuna ulaşılarak, 4054 sayılı Kanun'un 27 (g) ve 30(f) maddeleri çerçevesinde ilgili süreç işletilerek, yasal düzenleme değişikliği yapılması yönünde ilgili merciler nezdinde girişimlerde bulunulmasına karar verilmiştir. Kurul'un TTB'ye ilişkin kararında¹⁰⁴ da benzer değerlendirmeler yapılmıştır. Böylece, Kurul, birbiriyle çatışma halinde olan eş seviyedeki iki yasal düzenlemeden birini tercih etmemiş; iki düzenlemenin birlikte uygulanabilirliğini sağlamak üzere rekabet savunuculuğu faaliyetlerinde bulunmuştur.

Kurul'un anılan kararlarından, meslek birliklerinin, kendilerine kanunla çizilen çerçeve içerisinde kalan uygulamalarının, rekabeti kısıtlama potansiyeli bulursa dahi, Kurul'un doğrudan bir ceza kararı vermek yerine, ilgili bakanlıklara görüş bildirmek suretiyle rekabet savunuculuğu faaliyetinde bulunduğu da görülmektedir.¹⁰⁵ Ancak, Kurul kararlarında, bu yetkinin kanunda açıkça zikredilmiş olmasının ve bu yetkiye dayalı şekilde ve yetki dâhilinde hareket edilmiş olmasının arandığı anlaşılmaktadır. Kurul'un, meslek birliklerine kanunla tanınan yetkilere, 4054 sayılı Kanun'a aykırılık teşkil etse dahi önem atfettiği ve normlar arası çatışma kurallarını işleterek, daha özel nitelikte kanunların uygulanmasına öncelik verdiği anlaşılmaktadır.

¹⁰² 22.09.2005 tarihli ve 05-59/877-236 sayılı Kurul kararı.

¹⁰³ 13.11.2003 tarihli ve 03-73/876 (c)-376 sayılı Kurul kararı.

¹⁰⁴ 13.11.2003 tarihli ve 03-73/876 (a)-374 sayılı Kurul kararı.

¹⁰⁵ Kurul'un 19.09.2003 tarihli ve 03-63/764-354 sayılı; 28.02.2002 tarihli ve 02-50/636-258 sayılı; 29.07.2004 tarihli ve 04-49/671-170 sayılı; 12.08.2004 tarihli ve 04-52/691-175 sayılı; 27.10.2011 tarihli ve 11-54/1377-487 sayılı kararları.

Bununla birlikte, Kurul'un, meslek birliklerine kanunla verilen yetkinin aşılması veya belirsiz olması halinde, rekabeti kısıtlama potansiyeli taşıyan uygulamaların ihlal olarak nitelendirilebileceğini işaret ettiği görülmektedir. TEB'in, eczanelerin alım koşullarını piyasa dışında belirlemek suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiği yönündeki karar¹⁰⁶, Kurul'un söz konusu yaklaşımının bir örneğidir. Danıştay 13. Dairesi tarafından, anılan Kurul kararının yürütülmesinin durdurulmasına karar verilmiştir¹⁰⁷. 13. Daire, ilgili kararın gerekçesinde, TEB'in, TEB Kanunu'na ve ilgili mevzuata dayalı olarak idari usule göre aldığı öne sürdüğü karar ve uygulamaları nedeniyle TEB'e idari para cezası uygulanmasına yönelik dava konusu Kurul kararında hukuka uyarlık görülmediğini belirtmiştir. Söz konusu Danıştay 13. Dairesi kararına, Rekabet Kurumu tarafından itiraz edilmiştir. İtiraz üzerine İDDK tarafından verilen kararda¹⁰⁸; bir teşebbüs birliğinin, kuruluş yasasında ve ona bağlı olarak çıkarılmış mevzuatta kendisine açıkça verilmeyen bir yetkiyi kullanarak rekabeti sınırlayıcı bir karar almış olması halinde, söz konusu kararın rekabeti sınırlayıcı olan herhangi bir teşebbüs birliği kararından farkı olmayacağı; bu durumda, Kurul'un böyle bir kararla ilgili olarak, teşebbüs birliği aleyhine doğrudan soruşturma açıp, teşebbüs birliğinin rekabeti ihlal ettiği sonucuna ulaşılması halinde cezalandırma yoluna gidebileceği ifade edilmiş ve 13. Daire'nin kararı kaldırılmıştır. Böylece, Danıştay, Kurul'un, düzenlenen alanlarda yetki sınırları dışında yapılan düzenleme, davranış ve uygulamaların rekabet ihlali olarak değerlendirilebileceği yönündeki yaklaşımını onamıştır.

Bununla birlikte, Kurul'un, ihlal tespiti karşısında izlediği yol farklılaşmakta; sıklıkla bu uygulamalara giden fırıncı odaları gibi birliklere 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 3. fıkrası uyarınca ihlale son verilmesi yönünde görüş gönderilirken, uygulamanın daha akut sonuçlar doğurabileceği merkez birliklere yönelik olarak ceza verilmesi yönünde davranılmaktadır.

Bu yoğun tecrübe sonucunda, Kurul'un meslek birliklerine yönelik uygulamasının belli bir istikrar kazandığını söylemek mümkündür. Öte yandan bazı Kurul kararlarında, teşebbüslerin kanuni yetkisinin bulunduğu ve yetkinin sınırlar dâhilinde kullanıldığı durumlarda Kurul tarafından ihlal tespiti yapılan istisnai uygulamaların da olduğu göze çarpmaktadır.¹⁰⁹

¹⁰⁶ 08.07.2010 tarihli ve 10-49/912-321 sayılı Kurul kararı.

¹⁰⁷ 18.02.2011 tarihli ve 2010/4769 Esas No'lu Danıştay 13. Dairesi kararı.

¹⁰⁸ 17.11.2011 tarihli ve 2011/225 YD İtiraz No'lu İDDK kararı.

¹⁰⁹ Örneğin, 17.12.2003 tarihli ve 03-80/967-397 sayılı, 15.01.2004 tarihli ve 04-03/49-14 sayılı TURSAB kararları.

3.2.2. Kanuni Yetkiye Dayanan Diğer Eylemler ve Bunların Rekabet Hukuku Perspektifinden Konumu

Meslek birliklerine yönelik incelemelerin de temel hareket noktasını oluşturan, kanuni yetkiye dayanma kistası, oldukça geniş bir alanda, birçok teşebbüsün eylemini ve rekabet hukukuna tabi olup olmamaları hususunu doğrudan etkileyen bir niteliğe sahiptir.

Bu bölümde değerlendirilecek olan Kurul uygulamasına geçilmeden önce, bu başlık altında değerlendirilen teşebbüs eylemlerinin hangileri olduğu belirtilmelidir. Temelde, bu başlık altında, 4054 sayılı Kanun'a aykırı olduğu düşünülen; ancak, başka bir kanuna uygun olduğu ve/veya o kanunun emri doğrultusunda ve çizdiği çerçevede gerçekleştirildiği iddia olunan eylem ve uygulamalar değerlendirilmektedir.

Kurul uygulamasında, ihlal iddiası ile karşılaşan ve davranışının kanuni bir yetkiye dayandığını iddia eden teşebbüslere oldukça sık rastlanmaktadır. Ancak, Kurul kararlarında, bu yetkinin ilgili kanunda açıkça zikredilmiş olmasının ve bu yetkiye dayalı şekilde ve yetki dâhilinde hareket edilmiş olmasının arandığı anlaşılmaktadır. Kurul'un, teşebbüslere kanunla tanınan yetkilere, 4054 sayılı Kanun'a aykırılık teşkil etse dahi önem atfettiği ve normlar arası çatışma kurallarını işleterek, daha özel nitelikteki kanunların uygulanmasına öncelik verdiği anlaşılmaktadır. Bu düzenlemeler, genellikle belirli sektörler ve/veya sektörel düzenleyici kurum veya kuruluşların yetkilerine ilişkin olup, genel nitelikli olan 4054 sayılı Kanun'dan daha öncelikli şekilde uygulanabilir olarak değerlendirilmektedir.

Altı çizilmesi ve diğer durumlardan ayrılması gereken bir diğer husus, ilgili yetkinin ikincil mevzuatla verildiği durumlarda, gerek yetkinin, gerekse bu yetkiye dayalı teşebbüs eylemlerinin ihlal olarak kabul edilmiş olduğudur. Bu sonuç, esasen normlar hiyerarşisinin bir gereğidir. Normlar hiyerarşisine göre, hiyerarşik olarak kanunun altında yer alan düzenlemeler ile kanunlara aykırı hükümler ihdas edilemez; edilse dahi, bu hükümlerin aykırı olduğu kanun esas kabul edilmeli ve uygulanmalıdır. Dolayısıyla, herhangi bir yönetmelik veya tebliğ tarafından tanınan bir yetki ile 4054 sayılı Kanun'dan muaf olunması hukuken mümkün değildir. Nitekim *KİŞOT* kararında¹¹⁰; rekabet ihlali teşkil edebilecek uygulamaların, yönetmelik, genelge ya da yönergeden kaynaklandığı iddia edilse bile, tüm bu dayanakların, hiyerarşik olarak kanunun altında düzenlemeler olmaları sebebiyle, 4054 sayılı Kanun'u ihlal etmek için kabul edilebilir gerekçe

¹¹⁰ 11.06.2009 tarihli ve 09-27/596-140 sayılı Kurul kararı.

olamayacaklarının açık olduğu vurgulanmıştır.¹¹¹ Bunun da tek istisnası, bu ikincil düzenlemelerdeki yetkilerin, ana kanundan kaynaklanan, ancak ikincil düzenlemelerle açıklanan nitelikte olması durumudur.

Türkiye Futbol Federasyonu'nun (TFF) uygulamalarına, özellikle maç yayın haklarına ilişkin olarak Rekabet Kurumu'na çok sayıda başvuru yapılmıştır ve yapılmaktadır. TFF'nin söz konusu maç yayın haklarına ilişkin yetkileri, 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Kanun'da (5894 sayılı Kanun) oldukça açık ve detaylı biçimde düzenlenmiştir. Bu çerçevede Kurul, TFF'nin söz konusu yetkilerini tanımakta ve bu yetkiler kapsamındaki uygulama ve eylemlerini, 4054 sayılı Kanun'un kapsamı dışında olarak değerlendirmektedir. Örneğin, Kurul'un TFF'ye ilişkin kararında¹¹², 5894 sayılı Kanun'un, yayınların düzenlenmesine ilişkin 13. maddesi karşısında esasen rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma olan yayın haklarının merkezi olarak pazarlanması faaliyeti¹¹³ hakkında işlem tesis edilemeyeceği, ancak TFF'nin merkezi pazarlama faaliyetleri esnasındaki eylemleri bakımından 4054 sayılı Kanun hükümlerine tabi olduğu kanaatine varılmıştır. Bununla beraber, karara yönelik karşı görüş yazılarında, TFF'nin münhasır yetkileri dolayısıyla 4054 sayılı Kanun kapsamında müdahale edilemeyeceği ancak Kanun'un 9. maddesinin 3. fıkrası uyarınca görüş gönderilmesi ile yetinilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

Benzer şekilde, kamu kurumlarının, çalışanların maaşlarını bankalarla yaptıkları protokoller çerçevesinde tek bir banka aracılığıyla ödemelerinin rekabeti bozduğu iddiasının değerlendirdiği kararda¹¹⁴ Kurul, kamu çalışanlarının aylıklarının bankalar aracılığıyla ödenmesine ilişkin usul ve esasların Maliye Bakanlığı Muhasebat Genel Müdürlüğü'nün 6 No'lu Genel Tebliği'nin 2. maddesinde düzenlendiğini; ayrıca, "Banka Promosyonları" konulu Başbakanlık Genelgesi ile kamu kurumlarına bankalardan maaş ödeme hizmeti almaları için komisyon oluşturulması ve ihaleye çıkılması yükümlülüğü getirildiğini ve yapılacak protokollerin süresinin en az 2, en çok 5 yılla sınırlandırıldığını dikkate almıştır. Kurul tarafından, bu çerçevede, yasal zorunluluğu bulunan söz konusu uygulamanın, 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığı kanaatine varılmıştır.

Kurul'un, benzer şekilde, kanuni yetkilerin açık ve ayrıntılı düzenlendiği ve incelemeye konu eylemlerin söz konusu yetkiler çerçevesinde kaldığı

¹¹¹ 03.02.2011 tarihli ve 11-07/126-38 sayılı Kurul kararı da benzer niteliktedir.

¹¹² 30.04.2012 tarihli ve 12-23/659-181 sayılı Kurul kararı.

¹¹³ Merkezi pazarlanma faaliyeti: Tüm maç yayın haklarının TFF tarafından tek elden pazarlanması faaliyetidir.

¹¹⁴ 03.05.2012 tarihli ve 12-24/677-197 sayılı Kurul kararı.

durumlarda, konuyu 4054 sayılı Kanun çerçevesinde incelememeyi tercih ettiği ve düzenlemelere öncelik verdiği anlaşılmaktadır.¹¹⁵ Bununla birlikte, Kurul'un, bu ölçüde açık olmayan yetki düzenlemeleri karşısındaki duruşu ise farklılaşmaktadır.

Kurul'un, genel bir yetkinin varlığında, özellikle yetkinin açıkça belirtilmiş olmasını; açıkça belirtilmişse de, eylemin bu yetkiye paralel şekilde gerçekleştirilmiş olmasını aradığı anlaşılmaktadır. Örneğin, Kurul, yasal düzenlenmenin fiilen uygulanması niteliğindeki anlaşmalara 4054 sayılı Kanun kapsamında herhangi bir müdahalede bulunmamıştır.¹¹⁶ Örneğin, Kurul'un *Okul Sütü* kararında¹¹⁷; "Okul Sütü Kampanyası"na ilişkin ihalede, alım yapılacak süt miktarının ve ihale karşılığının üreticiler tarafından paylaşıldığına ilişkin iddialar değerlendirilmiştir. Üreticiler, paylaşım şemasının ilgili bakanlık etkisiyle gerçekleştirildiğini ve bu konuda kendi iradelerinin bulunmadığını ifade etmişlerdir. Kurul, bakanlığın üreticiler tarafından yapılacak teklifleri etkilemeye çalıştığını, ancak ihale sonucuna müdahale etmediğini tespit etmiştir. Kararda, ihalenin düzenleniş şeklinin, ihalede danışıklı hareket yapılmasına ve ihalenin paylaşımına yönelik teşebbüs davranışlarını haklı çıkarmadığı belirtilerek üreticilere ceza verilmiştir. Kurul'un bu kararı, teşebbüslerin kendilerine düzenleme ile bırakılan serbest alanda rekabeti ihlal etmeleri durumunda yalnızca düzenleniyor olmalarına dayanarak rekabet hukukundan muaf olamayacaklarını ortaya koymaktadır.¹¹⁸ Genel yetki ile hareket eden teşebbüslerin eylemlerinin rekabet hukukundan bağışık oluşu, bazı kararlarda yetkinin dar yorumlanması koşuluna bağlanırken; bazı kararlarda ise, yetkinin verilmiş amacına sadık kalınması koşuluna bağlanmaktadır.

Düzenlemelerin doğrudan/fiilen uygulanması niteliğindeki eylemler ihlal olarak değerlendirilmezken yetkinin dışında kalan teşebbüs eylemleri ihlal

¹¹⁵ Kurul'un bu yöndeki diğer kararlarından bazıları şunlardır: 25.02.2010 tarihli ve 10-19/240-94 sayılı; 04.03.2010 tarihli ve 10-21/280-104 sayılı; 26.08.2010 tarihli ve 10-56/1108-425 sayılı; 27.10.2010 tarihli ve 10-67/1425-541 sayılı; 16.06.2011 tarihli ve 11-37/772-240 sayılı; 23.06.2011 tarihli ve 11-39/812-255 sayılı; 06.07.2011 tarihli ve 11-41/871-273 sayılı; 14.09.2011 tarihli ve 11-47/1180-421 sayılı; 29.12.2011 tarihli ve 11-64/1664-594 sayılı; 27.12.2012 tarihli ve 12-68/1705-631 sayılı kararlar.

¹¹⁶ Bu yönde Rekabet Kurulu kararlarından bazıları şunlardır: 23.06.2011 tarihli ve 11-39/816-259 sayılı; 17.08.2011 tarihli ve 11-45/1067-369 sayılı; 21.12.2011 tarihli ve 11-62/1639-576 sayılı kararlar.

¹¹⁷ 26.05.2006 tarihli ve 06-36/464-126 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

¹¹⁸ SARIÇİÇEK, C. (2012), *Düzenlenen Davranış Doktrini Çerçevesinde Rekabet Hukuku Uygulamaları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara, s.77-78.

olarak kabul edilmektedir. Örneğin, Atık Pil ve Akümülatörlerin Kontrolü Yönetmeliği'ne ilişkin düzenlemeye uyum sağlamak amacıyla kurulan AKÜDER'in, AKÜÇEV aracılığıyla gerçekleştirdiği atık akü toplama faaliyetine ilişkin iddiaların değerlendirildiği Kurul kararında¹¹⁹, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. Kurul, yönetmelik çerçevesinde üretici ve ithalatçılar için belli standartlar konulduğunu; ancak, fiyata veya iş yapma şekline yönelik düzenlemeler getirilmediğini değerlendirerek, düzenlemenin sınırları dışında hareket eden AKÜÇEV'e ceza verilmesini kararlaştırmıştır. Buna göre Kurul, düzenlemenin çizdiği sınırların dışında kalan rekabete aykırı eylemlerin, düzenlemenin korumasından faydalanamayacağını ortaya koymuştur.¹²⁰ Öte yandan, Kurul'un AKÜÇEV kararında incelenen vakaya benzer nitelikteki bir oluşumu değerlendirdiği *Atık Kâğıt* kararında¹²¹, geçmiş tarihli Kurul kararlarında ortaya konulan yaklaşımın aksi yönde bir yaklaşım sergilenmiş ve esasen düzenlemelerle çizilen çerçevenin dışında hareket eden ve rekabeti ihlal eden teşebbüslerin, rekabet hukuku kapsamında sorumlu tutulması yoluna gidilmemiştir. Anılan kararda, gerekli koşullar bulunmamasına rağmen, düzenlemelerin, rekabet hukukundan öncelikli olarak uygulanması yönünde bir politika tercihi yapılmıştır.

Kurul kararlarının çoğunda, yetki ile eylem arasındaki ilişkinin paralelliği detaylı şekilde değerlendirilirken; bazı kararlarda, yetkinin varlığı, eylemin ihlal olmaması için yeterli bir koşul olarak kabul edilmiştir. Ancak, Kurul'un *DMHİ* kararı¹²², bu yaklaşımdan farklılaşmaktadır. Anılan kararda, DHMİ'nin mevzuatla kendisine verilmiş yetki çerçevesinde belirlemiş olduğu yer tahsislerinin ve tahsislere yönelik ücret tarifelerinin, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal edip etmediği yönünde değerlendirmeler yapılmış ve söz konusu uygulamaların, hâkim durumun kötüye kullanılması niteliği taşımadığı sonucuna ulaşılmıştır. Bu kararda, tarifelerin, DHMİ'nin müdahalesini aşacak şekilde ilgili bakanlıkça onaylanan ve dolayısıyla da ilgili bakanlığın iradesini yansıtan bir idari işlem olduğu şeklinde bir değerlendirilmeye gidilmemiştir. Aslında, inceleme konusu uygulamalar, düzenlemelerle tanınan genel bir yetki kapsamında olup, üst bir otoritenin gözetimine tabidir. Bu kapsamda, Kurul, bu nitelikteki uygulamaları

¹¹⁹ 20.05.2008 tarihli ve 08-34/456-161 sayılı Kurul kararı.

¹²⁰ Sarıççek 2012, s.78. Kurul'un bu yöndeki diğer kararlarından bazıları şunlardır: 11.11.2009 tarihli ve 09-54/1298-329 sayılı; 14.09.2011 tarihli ve 11-47/1166-412 sayılı; 14.09.2011 tarihli ve 11-47/1165-411 sayılı kararlar.

¹²¹ 08.07.2013 tarihli ve 13-42/538-238 sayılı Kurul kararı.

¹²² 24.04.2012 tarihli ve 12-21/561-159 sayılı Kurul kararı.

4054 sayılı Kanun kapsamı dışında bırakmak yönündeki belli ölçüde tutarlı olan uygulamasından farklı bir yaklaşım sergilemiştir.

Bu konuyla ilgili Kurul uygulamasının bir diğer önemli özelliği, birçok durumda rekabet savunuculuğu yaparak görüş gönderme yoluna gitmesidir. Kurul'un, yetkinin varlığına rağmen, yetki ve ilgili eylem arasındaki ilişkiyi tam olarak ortaya koyamadığı durumlarda, 4054 sayılı Kanun'un ihlali endişesi ile görüş gönderme yolunu tercih ettiği ve bu anlamda bir rekabet savunuculuğu politikası izlediği görülmektedir. Ayrıca, ilgili pazarlarda hem düzenleyici hem de teşebbüs olarak hareket eden kamusal organların varlığında, ihlal olduğu endişesi ile 4054 sayılı Kanun'un ihlali sonucuna ulaşılacak şekilde geniş yorumlamaların ve uygulamaların önüne geçilmesini teminen de, 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 3. fıkrası gereğince taraflara görüş gönderilmiştir.¹²³ Kurul, benzer şekilde, yetki kapsamında kalınmakla birlikte, düzenlemelerle teşebbüslere tanınan yetkilerin daha rekabetçi şekilde kullanılması mümkünken bunun yapılmadığı durumlarda da görüş bildirme yoluna gitmiştir.¹²⁴

Kurul'un bu uygulamalarından, kanunda verilen yetkinin mutlaka yapılması gereken bir emri mi içerdiği, yoksa işlerin icrasına yönelik genel kuralları mı ortaya koyduğu hususunun önem taşıdığı anlaşılmaktadır. Kurul, kanunla verilen yetkinin mutlaka yerine getirilmesi gereken kamusal eylemlere ve/veya emirlere ilişkin olduğu durumlarda, tamamen 4054 sayılı Kanun'un kapsamı dışında bir eylemin var olduğunu kabul etmiş; ancak, yetkinin, işlerin yürütülüşüne yönelik genel bir yetki olması durumunda, uygulamada nasıl yorumlandığını incelemiştir. Buna göre, ilgili düzenlemenin, rekabeti daha az sınırlayıcı şekilde uygulanması mümkünken, kesin bir hüküm gibi algılandığı durumlar ihlal olarak nitelendirilmiştir. Bununla beraber, genel yetkinin geniş yorumlandığı ve yetki dışında kalan eylemlerin kanuni yetkiye dayandırılmaya çalışıldığı durumlarda Kurul'un tavrı, ihlalin varlığını kabul etmek yönünde olmuştur.

Örneğin, Sivas'ta faaliyet gösteren sürücü kurslarının aralarında anlaşma yaparak sürücü kursu fiyatlarını birlikte belirledikleri iddiasını değerlendirdiği

¹²³ Bu yöndeki Kurul kararlarından bazıları şunlardır: 25.11.2009 tarihli ve 09-57/1391-344 sayılı; 09.12.2009 tarihli ve 09-58/1410-371 sayılı; 04.03.2010 tarihli ve 10-21/279-103 sayılı; 22.04.2010 tarihli ve 10-33/514-187 sayılı; 06.05.2010 tarihli ve 10-34/550-196 sayılı; 10.06.2010 tarihli ve 10-42/727-234 sayılı; 05.08.2010 tarihli ve 10-52/992-356 sayılı; 02.12.2010 tarihli ve 10-75/1541-595 sayılı; 02.06.2011 tarihli ve 11-33/717-223 sayılı; 23.06.2011 tarihli ve 11-39/811-254 sayılı; 14.09.2011 tarihli ve 11-47/1164-410 sayılı; 29.09.2011 tarihli ve 11-50/1258-447 sayılı; 17.11.2011 tarihli ve 11-57/1463-521 sayılı kararlar.

¹²⁴ Bu yöndeki Kurul kararlarından bazıları şunlardır: 01.07.2009 tarihli ve 09-31/672-157 sayılı; 19.08.2009 tarihli ve 09-36/917-224 sayılı; 12.05.2010 tarihli ve 10-36/573-203 sayılı kararlar.

kararda¹²⁵ Kurul; ilgili mevzuatın ilan edilen ücretlerden daha düşük bir tutarla kursiyer kaydı yapmaya izin verip vermediğini incelemiş ve mevzuat çerçevesinde, sürücü kurslarının, ilan ettikleri ücretlerin altında bir tutarla kursiyer kaydı yapmalarının önünde bir engel bulunmadığını tespit etmiştir. Sonuçta, Kurul, bu serbestiye rağmen teşebbüslerin bir araya gelerek, fiyatları düşürmek yönünde aldıkları kararı, herhangi bir yetkiye dayanılmaması nedeniyle 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirerek, ihlal bulunduğu sonucuna varmıştır.

Kurul'un, bu alandaki pratiği, bir önceki bölümde ulaşılan sonuçlarla paralellik göstermektedir ve Kurul uygulamasının belli oranda istikrar kazandığını söylemek mümkün görünmektedir. Ancak, Kurul'un yerleşik olarak nitelendirilebilecek uygulamalarına istisna teşkil edebilecek kararlara da rastlanabilmekte ve bu alanda tutarlılığın sağlanmasına ihtiyaç duyulduğu gözlemlenmektedir.

3.2.3. Kanunun/Kanuni Yetkinin Teşebbüs Niteliğini Ortadan Kaldırdığı Durumlar ve Bunların Rekabet Hukuku Perspektifinden Konumu

Yukarıda yer verilen ve iki ayrı başlık altında incelenmiş olan durumlarda, düzenlemeler veya düzenleme ile verilen yetkiler çerçevesinde hareket edilen hallerde tarafların, teşebbüs niteliğine halel gelmemek suretiyle, rekabet hukuku sorumluluğuna tabi olmayabilecekleri belirtilmiştir. Bununla birlikte, çeşitli düzenlemelerin, o düzenlemeler çerçevesinde hareket eden hukuk kişinin teşebbüs niteliğini ortadan kaldırıcı rol oynaması ve bu suretle, rekabet hukuku uygulamasının dışına çıkarması da mümkündür.

Bu durumda, normal koşullar altında teşebbüs olarak nitelendirilebilecek bir hukuk kişinin ilgili düzenleme ile verilen yetkiler altında, hukuki konumu değişmekte ve düzenleyici olarak davranması söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla, bir düzenleme yapma yetkisi verildiğinde, sırf bu düzenlemeyi uygulamak çerçevesinde meydana gelen eylem ve davranışların bir teşebbüs davranışı olarak kabul edilmesi mümkün olmamaktadır. Örneğin, TAV Esenboğa tarafından işletilmekte olan Esenboğa Hava Limanı otoparkında talep edilen ücretlerin fahiş olduğu iddiasının değerlendirildiği Kurul kararında¹²⁶; otopark ücretlerini belirleyen T.C. Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü'nün (DHMİ) ilgili hizmet pazarında hizmet pazarlayan bir birim olmaması nedeniyle bir teşebbüs olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı ve somut olayda DHMİ'nin bir düzenleyici olarak rol oynadığı belirtilmiştir. Farklı şekillerde ortaya çıkabilecek bu durum, normalde teşebbüs olarak kabul

¹²⁵ 22.03.2010 tarihli ve 10-25/350-124 sayılı Kurul kararı.

¹²⁶ 13.04.2009 tarihli ve 09-14/315-79 sayılı Kurul kararı.

edilen bir hukuk kişisinin; ilgili düzenleme çerçevesindeki faaliyetleri nedeniyle kamu faaliyeti yerine getirdiğinin kabul edilmesine, belirli bir hizmetin kamu hizmeti mi, teşebbüs faaliyeti mi olduğu noktasında tereddütler yaşanmasına veya teşebbüslerin salt düzenleme kaynaklı eylemlerinin 4054 sayılı Kanun'un kapsamı dışında değerlendirilmesine neden olabilmektedir. Önceki Kurul kararlarında, bu anlamda ortak bir zemin yaratmak ve bu konuda belli ilkeler ortaya koymak mümkün olmamakla beraber, düzenlemelerin ilgili hukuk kişisinin teşebbüs niteliğini etkileyip etkilemediğinin, değerlendirme aşamasında dikkate alındığı anlaşılmaktadır. İlgili yetkinin, teşebbüs niteliğine olan etkisine ilişkin bu değerlendirme sonucunda; Kurul'un, devletin bir düzenleme yetkisini belli bir teşebbüse devrettiği ve teşebbüsün bu düzenleme yetkisini icra ettiği eylemler bakımından, ilgili birimi teşebbüs olarak değil, düzenleyici olarak kabul ettiği; inceleme konusu eylemi bir teşebbüs eylemi olarak görmediği kararları bulunmaktadır. Bu çerçevede, SGK'nın geri ödeme alanındaki düzenleme ve uygulamalarına ilişkin şikâyetlerin değerlendirildiği Kurul kararında¹²⁷, SGK'nın Sağlık Uygulama Tebliği'nde değişikliğe giderek kamu kurum iskontosunu artırmasının "teşebbüs davranışı" sayılmasının ve 4054 sayılı Kanun kapsamında ele alınmasının mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır.¹²⁸

Ayrıca, Kurul'un diğer bazı kararlarından da anlaşılmaktadır ki; ilgili olay çerçevesinde, düzenlemenin, teşebbüs niteliğini kaldıran geçici durumlar yaratabileceği de kabul edilmektedir. Bir olayda düzenleyici gibi hareket eden hukuk kişileri, başka bir olay özelinde teşebbüs olarak nitelendirilebilmektedir. Kurul'un Toprak Mahsulleri Ofisinin (TMO) fiyatlandırma uygulamalarını değerlendirdiği kararda¹²⁹, asıl olanın TMO'nun 4054 sayılı Kanun açısından teşebbüs olduğu; ancak, faaliyetlerine müdahale edilebilmesi olasılığından hareketle, istisnai bazı durumlarda, müdahalede bulunulan faaliyeti bakımından TMO'nun teşebbüs niteliğinde olmadığı kanaatinin oluştuğu ifade edilmiştir. Nitekim TMO, Kurul'un diğer kararlarında teşebbüs olarak kabul edilmiştir.¹³⁰

¹²⁷ 02.03.2012 tarihli ve 12-09/290-91 sayılı Kurul kararı.

¹²⁸ Buna benzer bir diğer karar, Kurul'un 27.12.2012 tarihli ve 12-68/1705-631 sayılı kararıdır. Kararda, ilgili düzenleme kapsamında kendisine açıkça verilen yetki ve görevlere dayanan Türkiye Sualtı Sporları Federasyonu'nun, iktisadi faaliyet yürüten bir teşebbüs niteliğini haiz olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Çalışmanın tamamlandığı tarih itibarıyla söz konusu Kurul kararına ilişkin temyiz süreci devam etmektedir.

¹²⁹ 14.08.2008 tarihli ve 08-50/720-280 sayılı Kurul kararı.

¹³⁰ Bu yöndeki Kurul kararlarından bazıları şunlardır: 10.06.2010 tarihli ve 10-42/727-234 sayılı; 05.08.2010 tarihli ve 10-52/992-356 sayılı; 02.06.2011 tarihli ve 11-33/717-223 sayılı; 23.06.2011 tarihli ve 11-39/811-254 sayılı kararlar.

Bunun yanı sıra, bazı Kurul kararlarında, ilgili faaliyetler bir kamu hizmeti olarak değerlendirilerek, kamusal menfaatin bulunması nedeniyle, ilgili vakaya mahsus olarak rekabet hukuku kurallarının işletilmesinin makul olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Örneğin, Kurul'un, Türk Telekom tarafından başlatılan "her ilçeye bir internet evi" projesi sonucunda il/ilçelere açılan ve mülki amirlikler tarafından işletilen internet evlerinde ücretsiz hizmet verilmesi suretiyle rekabetin kısıtlandığı iddialarına ilişkin olarak verdiği kararda¹³¹; söz konusu internet evlerinin Türk Telekom tarafından değil, ilgili mülki amirliklerce işletiliyor olması, hizmetlerin ne şekilde verileceğinin tamamen mülki amirliklerce kararlaştırılması ve bu hizmetin 4054 sayılı Kanun'da tanımlanan teşebbüs faaliyeti olarak nitelendirilemeyeceği gerekçesiyle, Kanun kapsamında herhangi bir işlem yapılmasına gerek görülmemiştir. Benzer şekilde, *Merkez Birlik ve Birlikler* kararında¹³², Merkez Birlik ve Birlikler tarafından gerçekleştirilen işlemin, ilgili bakanlık tarafından kendilerine hayvancılık piyasasının düzenlenmesi ve istikrarının sağlanması gayesiyle verilen kamusal bir yetkinin kullanılması niteliğinde olduğu sonucuna varılmıştır. Bu çerçevede, söz konusu uygulamaların, 4054 sayılı Kanun kapsamında rekabeti kısıtlayabilecek bir teşebbüs faaliyetinden ziyade, devletin düzenleme saikinin de rol oynadığı bir hizmet sunumu olduğu kanaatine ulaşılmıştır.

Sonuç olarak söylenebilir ki, Kurul, düzenlemelerin rekabet hukukundan bağımsızlık yaratmasına ek olarak, düzenlemelerin, ilgili tarafın hukuki kişiliğini ve dolayısıyla rekabet hukuku çerçevesindeki sorumluluğunu etkileyen yönünü de incelemekte ve teşebbüs niteliğini kaldıran düzenlemelerin varlığında, ilgili olayı 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirmemektedir. Bununla birlikte, Kurul, düzenlemelerin, teşebbüs niteliğini mutlak bir şekilde ortadan kaldıran bir çatı vazifesi görmediğinin bilinciyle, düzenleyici gibi hareket edilmediği veya kamu hizmeti sunumunun tespit edilemediği belirli olaylarda, ilgili hukuk kişisini teşebbüs gibi görerek incelemeye tabi tutacağı yönünde bir sinyal de vermektedir.

3.3. Düzenlemelerin Rekabet Hukuku ile Örtüştüğü Haller

Düzenlemeler ile rekabet hukuku ilişkisi bakımından ele alınması gereken hususlardan bir başkası ise, düzenlemeler ile rekabet hukukunun benzer amaç ve menfaatleri korumaya yönelik olarak, bir teşebbüs davranışını ortadan kaldırmaya dönük iki ayrı araç şeklinde kullanılabilir olduğu durumlardır. Örneğin, bir teşebbüse sözleşme yapma yükümlülüğü getiren ya da mal ve hizmetleri belli bir

¹³¹ 14.08.2008 tarihli ve 08-50/752-306 sayılı Kurul kararı.

¹³² 23.02.2012 tarihli ve 12-08/241-72 sayılı Kurul kararı.

fiyattan üçüncü kişilere sağlamasını öngören bir düzenleyici mekanizma mevcut iken buna aykırı davranışlara, hem söz konusu düzenlemelere uyumu denetleyen organlar tarafından, hem de rekabet hukuku çerçevesinde rekabet otoritesi tarafından müdahalede bulunulması mümkün olabilmektedir.

Söz konusu husus, temel olarak, düzenlemeye tabi olan enerji, telekomünikasyon, ulaştırma gibi sektörlerde düzenlemeler aracılığıyla veya rekabet hukuku ile yapılabilecek olan müdahalenin sınırlarının belirlenmesi bakımından önemli olup, dünyada da genel olarak üzerinde çeşitli tartışmalar olduğu bir konudur.¹³³ Bu tartışmalar genellikle, hangi durumlarda hangi yasal çerçevenin uygulanması gerektiğine ilişkin şartlara odaklanmakta ve özellikle, düzenlemeler ile rekabet hukukunun aynı anda uygulanıp uygulanmayacağı konusunda düğümlenmektedir.¹³⁴ İlk başta da yer verildiği üzere, ABD'deki *Trinko* kararı ve AB'deki *Deutsche Telekom* kararı bu konuya ilişkin tartışmalara farklı cevaplar veren örnekler niteliğindedir.

Bu çalışmanın amacı çerçevesinde, konunun; özellikle düzenlemeye tabi sektörler olan telekomünikasyon ve enerji sektörlerinde yoğunlaşan çok sayıda dosyada Kurul'un önüne geldiğini, sınırlı sayıda dosyada ise Danıştay tarafından işaret edilen bir husus olduğunu belirtmek gerekmektedir. Bununla birlikte, özellikle telekomünikasyon alanında Danıştay 13. Dairesi'nin aldığı güncel kararlarda, söz konusu hususun, kararların temel tartışma konularından birini oluşturmuş olduğunu; dolayısıyla, mahkemelerin bakış açısını yorumlama konusunda sınırlı da olsa karar örneğine sahip olduğunu belirtmek gerekmektedir.

Bu çerçevede, düzenlemeler ile rekabet hukuku ilişkisi, söz konusu iki kural bütünüünün paralelliği/örtüşmesi açısından ortaya çıkan önemli noktalara ilişkin olarak Kurul'un ve Danıştay'ın önemli kararları da zikredilerek, aşağıda ele alınacaktır.

Öncelikle, ülkemizde yasalar yapılırken bir düzenlemenin diğer düzenlemeler ile ilişkisinin net bir şekilde ele alınmadığını, dolayısıyla da, yasal metinlerde ortaya çıkan belirsizliklerin ve örtüşmelerin, zaman zaman hukuki yorum teknikleriyle bile çözülmesi zor olan sorunları beraberinde getirdiğini belirtmek gerekmektedir. Bu konuyu, sözleşme yapmanın reddi bağlamında enerji ve telekomünikasyon sektörlerindeki düzenlemeler ile rekabet hukuku ilişkisi

¹³³ Geradin 2005, s.1519-1520.

¹³⁴ ŞAHİN, S. Y. (2010), "Türk Enerji Sektöründe Rekabet Kurumu ile Sektörel Düzenleyici Kurum Arasındaki İlişki", *Rekabet Dergisi*, No:11(4), s.7-58.

çerçevesinde ele alan Gürzumar, “...hangi yetkinin hangi kuruma verileceği, her düzenleyici kurumun yanında Rekabet Kurulu’nun yetkisinin de devam edip etmeyeceği, devam edecekse nasıl bir sistem ve işbölümü yöntemi izleneceği vb. soruların yanıtının, benimsenen çözüm hangi yönde olursa olsun, kanun düzeyinde ve hiçbir tereddüte yer vermeyecek bir biçimde açıkça düzenlenmesi mümkündür ve gereklidir.” tespiti ile, kanunlarda yer alan belirsizliklerin ve örtüşmelerin, uygulamada ortaya çıkan sorunlara olumsuz etkisine işaret etmektedir.¹³⁵

Bu noktada, Kurul’un özellikle telekomünikasyon alanında verdiği kararlarda öne çıkan ve genel kabul gören bir uygulamasına yer verilmelidir. Buna göre, sektörel düzenleyiciye, doğrudan 4054 sayılı Kanun’u uygulama yetkisi vermeksizin, rekabete aykırı davranış ve uygulamaları inceleme ve tedbir alma yetkisi veren sektörel düzenlemeler, ilgili kanunlarda yer alan diğer hükümlerle birlikte değerlendirildiğinde, genel olarak 4054 sayılı Kanun’un ilgili pazarlara uygulanmasını kategorik olarak dışlamamaktadır.¹³⁶ Bu husus, ileride ele alınacak olan mahkeme kararlarıyla da onaylanmaktadır.

İkinci olarak, Kurul, rekabet hukuku çerçevesinde davranışı sorgulanan teşebbüsler tarafından dile getirilen ve bir pazarın düzenlemeye tabi olduğu ya da ilgili pazarı düzenlemekle görevli düzenleyici bir otoritenin bulunduğu şeklindeki genel nitelikli savunmayı kabul etmemektedir. Örneğin, Kurul, Türk Telekom ve TTNET’in genişbant internet hizmetleri piyasasındaki hâkim durumlarını kötüye kullandıkları iddiasını değerlendirdiği kararında¹³⁷, söz konusu şirketlerin, ilgili sektörü düzenleyen bir mevzuatın ve otoritenin bulunduğu, bu düzenleyicinin öncül ve ardıl yetkilerinin bulunduğu ve gerekli görmesi durumunda düzenleyicinin ilgili davranışlara ve rekabet ihlallerine müdahale edebileceği şeklinde özetlenebilecek savunmalarını kabul etmemiştir. Söz konusu karara ilişkin olarak Danıştay nezdinde de benzer bir iddia gündeme getirilmiş olmakla birlikte, Danıştay 13. Dairesi’nin kararında, “*bir piyasanın düzenleyici ve denetleyici kurumun regülasyonuna tabi olmasının o piyasada yer alan faaliyetleri 4054 sayılı Kanun kapsamı dışına çıkarmayacağı*” gerekçesiyle söz konusu iddia kabul edilmemiştir.¹³⁸ Bu noktaya ilişkin bir başka örnek ise,

¹³⁵ GÜRZUMAR, O. B. (2006), *Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Türkiye, s.300.

¹³⁶ Örneğin bkz. Kurul’un 19.11.2008 tarihli ve 08-65/1055-411 sayılı TTNET kararı, 02.10.2002 tarihli ve 02-60/755-305 sayılı İSS kararı, 25.10.2004 tarihli ve 04-68/976-236 sayılı Arabağlantı kararı, 09.06.2003 tarihli ve 03-40/432-186 sayılı Ulusal Dolaşım kararı.

¹³⁷ 19.11.2008 tarihli ve 08-65/1055-411 sayılı Kurul kararı.

¹³⁸ Danıştay 13. Dairesi’nin 18.12.2012 tarihli ve 2009/5728 Esas No ve 2012/3885 Karar No’lu kararı ile 18.12.2012 tarihli ve 2009/5747 Esas No ve 2012/3884 Karar No’lu kararı.

*Banka II*¹³⁹ kararından verilebilir. Kurul, bankaların düzenleyici kurumlara karşı sorumlu oldukları şeklindeki savunmalarını, “...*gerek BDDK gerekse TCMB ile raportörlerce yapılan görüşmelerde soruşturmaya konu olan eylemlere ilişkin olarak, bankaların uzlaşma içerisinde hareket etmelerine yol açabilecek bir hukuki düzenlemenin ya da talimatın bulunmadığı açıkça ifade edilmiştir. Dolayısıyla bankaların düzenleyici kurumlara olan sorumlulukları sebebiyle rekabetin sınırlandığı iddiasının kabulü mümkün görünmemektedir.*” diyerek kabul etmemiştir. Daha önceki bölümlerde belirtildiği üzere, Kurul, düzenlemenin ya da ilgili düzenleyici otoritenin, doğrudan teşebbüslerin davranışlarını belirleyen kurallar getirmesi durumunda, rekabet hukuku çerçevesinde söz konusu davranış 4054 sayılı Kanun kapsamında ele almamaktadır. Bu durumlar dışında, genel olarak, düzenlemelerin ve/veya düzenleyici otoritenin, incelenen davranış ile doğrudan ilgili olmayan hüküm ve kararları, piyasa analizi çerçevesinde dikkate alınan unsurlardan birini oluşturmaktadır.

Üçüncü olarak, rekabet ihlali iddiasıyla incelenen davranışlara ilişkin doğrudan ya da dolaylı bir şekilde, genel ya da özel bir düzenlemenin veya ilgili düzenleyici otoritenin mevcut ya da potansiyel müdahalesinin bulunduğu ya da mümkün olduğu durumlarda, 4054 sayılı Kanun hükümlerinin nasıl uygulanacağı sorusu, düzenlemeler ile rekabet hukuku ilişkisi bağlamındaki en girift ve zor alanı oluşturmakta ve bu alanda Kurul’un zaman içerisinde değişim gösteren ve birbirine yakın zamanlarda alınmakla beraber farklılaşan kararları bulunmaktadır.

Düzenlemeler ile rekabet hukuku ilişkisi, düzenlemelerin ya da düzenleyici otoritenin Kurul önünde ihlal iddiasıyla sorgulanan davranış özel bir şekilde ele aldığı/davranışa yönelik yaptırım öngördüğü bir uçtan, düzenlemelerin ya da düzenleyici otoritenin çok genel yetkilerle söz konusu davranışa müdahale imkânının bulunduğu, ancak herhangi bir özel düzenleme ya da kararın bulunmadığı diğer uca kadar çeşitli şekilde ortaya çıkabilmekte ve bu durumların her birine ilişkin rekabet hukuku uygulaması da farklılaşabilmektedir.

Birinci uca verilebilecek örnek, Kurul’un 2003 yılında aldığı *Ulusal Dolaşım* kararıdır.¹⁴⁰ Rekabet Kurulu, ilgili kararında, telekomünikasyon mevzuatında

¹³⁹ 08.03.2013 tarihli ve 13-13/198-100 sayılı Kurul kararı.

¹⁴⁰ Karara konu İŞ-TİM, GSM lisans ihalesini kazanarak pazara girmiş ve Ulaştırma Bakanlığı ile imtiyaz anlaşması imzalamıştır. Anlaşmanın imzalanmasını takiben Telekomünikasyon Kurumu (TK) tarafından yapılan ulusal dolaşıma ilişkin düzenleme ile yerleşik operatörlerin kendi altyapılarını belli koşullar altında yeni giren teşebbüslere kullandırmaları zorunluluğu getirilmiştir. Ancak yerleşik teşebbüsler olan Turkcell ve Telsim ilgili düzenlemenin yürürlüğünün durdurulmasına ilişkin olarak ihtiyati tedbir kararı almış ve düzenlemeyi Uluslararası Tahkim Mahkemesi’ne götürmüşlerdir. Bu stratejik hareket, TK’nın ulusal dolaşıma ilişkin düzenlemesinin uygulamasını

kanun düzeyinde özel olarak düzenlenen, ilgili düzenleyicinin çeşitli ikincil düzenleme ve kararlar ile sürece doğrudan müdahale ettiği bir yükümlülükle ilgili olarak önüne getirilen şikâyet üzerine 4054 sayılı Kanun'un da aynı zamanda uygulanabileceğini kabul ederek ilgili şirketleri cezalandırmıştır.¹⁴¹

İkinci uçta ise, ilgili piyasada genel olarak düzenlemelerin ve/veya düzenleyicinin bulunması nedeniyle, inceleme konusu davranışa müdahale edilmemesi yönünde alınan Kurul kararları yer almaktadır. Örneğin, Kurul, sağlık alanındaki hâkim durumunu kötüye kullandığı iddia edilen bir teşebbüs hakkında, davranışa etkisini doğrudan değerlendirmeksizin, genel olarak Sağlık Bakanlığı'nın düzenleyici yetkisini gerekçe göstererek soruşturma açmamıştır.¹⁴² Bu noktada, özellikle, soruşturma açılmaması sonucuna ulaşılan bazı Kurul kararlarında, düzenlemelerin ne şekilde dikkate alındığının belirgin olmadığı, davranışın ihlal olmadığına yönelik bulgular ile düzenlemelerin varlığının bir arada değerlendirilerek soruşturma açılmamasına gerekçe olarak kullanıldığı ve bunun da hukuki belirliliği azalttığı belirtilmelidir. Örneğin, mısır üreticilerinin mısır fiyatlarını sabitlediği iddiasının ele alındığı bir kararda, diğer bulguların yanında, TMO'nun düzenleyici yetkilerinin de soruşturma açılmamasına gerekçe olması, olası bir fiyat sabitlemenin varlığı durumunda nasıl karar alınacağı konusunda soru işaretleri oluşturmaktadır.¹⁴³

Bu iki uç arasında yer alan kararlarda ise, 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiği iddia edilen davranışa yönelik özel düzenlemelerin bulunduğu ve söz konusu davranışa yönelik süreçlerin ilgili mevzuatta tanımlandığı durumlar bulunmaktadır. Bu gibi durumlarda, Kurul'un son dönemlerdeki yaklaşımı genel olarak, *Ulusal Dolaşım*

durdurmuştur. Bu süreçte İŞ-TİM, yerleşik teşebbüslerin altyapılarını kullandırmayarak hâkim durumlarını kötüye kullandıkları iddiası ile Kurul'a başvurmuştur. Kurul, ihtiyati tedbir kararı ve tahkim süreci çerçevesinde ulusal dolaşıma ilişkin düzenlemenin uygulamasının durmasına ve kendisinin ilgili uyumsuzluğun tarafı olmamasına dayanarak iddiaları incelemeye almıştır. Kurul, GSM hizmeti sunan teşebbüsler açısından yerleşik teşebbüslere ait altyapıların zorunlu unsur olduğuna ve yerleşik teşebbüslerin altyapılarını yeni teşebbüse kullandırmayı objektif nedenlere dayanmaksızın reddetmelerinin ihlal teşkil ettiğine karar vermiştir. Ancak 09.06.2003 tarihli ve 03-40/432-186 sayılı Kurul kararı esasına değinilmeksizin Danıştay tarafından usule aykırılık nedeniyle iptal edilmiştir. Bkz. Danıştay'ın 28.03.2006 tarihli ve 2005/5699 Esas No ve 2006/1555 Karar No'lu kararı ve 11.10.2006 tarihli ve 2005/5052 Esas No ve 2006/3901 Karar No'lu kararı.

¹⁴¹ Benzer bir karar için bakınız Kurul'un 10.11.2003 tarihli ve 03-72/874-373 sayılı ÇEAŞ kararı. Literatürde Kurul'un *Ulusal Dolaşım* kararına ilişkin farklı görüşler de öne sürülmektedir. Örneğin bkz. ASLAN, İ. Y. (2005), *Telekomünikasyon Alanında Rekabet Kanununun Uygulanabilirliği ve Bazı Rekabet Kurulu Kararlarının İncelenmesi*, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, Kayseri.

¹⁴² 22.10.2011 tarihli ve 11-48/1217-430 sayılı Kurul kararı.

¹⁴³ 12.01.2010 tarihli ve 10-04/42-20 sayılı Kurul kararı.

ve ÇEAŞ kararlarında benimsenen yaklaşımdan farklı şekilde, müdahale etmeme yönündedir. Kurul'un söz konusu kararlarına örnek olarak; telekomünikasyon sektöründeki özel mevzuat ile düzenlenmiş ve uzlaştırma süreçleri belirlenmiş yükümlülüklerle ya da düzenleyici tarafından çözümlenen/çözümenebilecek hususlardaki şikâyetlere yönelik kararlar¹⁴⁴, enerji alanındaki ilgili mevzuat ve düzenleyicinin yetkileri dikkate alınarak müdahale edilmemesi yönünde alınan kararlar¹⁴⁵ ve uzlaştırma alanındaki düzenlemeler nedeniyle soruşturma açılmayan kararlar¹⁴⁶ gösterilebilir.

Davranışa yönelik özel bir düzenleme, süreç ya da kararların bulunduğu bu tür durumlarda, 4054 sayılı Kanun çerçevesinde işlem yapılmaması yönündeki uygulama politikasının, özellikle kamu kaynaklarının etkin bir şekilde kullanılması yönünde anlamlı gerekçeleri bulunmakla birlikte, söz konusu düzenlemelerin uygulanmasının etkinliği de zaman zaman soru işaretleri oluşturabilmektedir. Özellikle, ilgili düzenleyici tarafından gerekli düzenlemelerin yapılmaması, gerekli süreçlerin işletilmemesi ya da geç işletilmesi, düzenleme yoluyla ya da düzenlemeye dayanılarak yapılan müdahaleyle soruna çözüm bulunmuş olmakla birlikte, söz konusu davranışın piyasada uzun süre uygulanmasından kaynaklı zararların bulunması gibi durumlarda, rekabet hukuku vasıtasıyla müdahale etmemenin temel kriterinin ne olması gerektiği sorusu ortaya çıkmaktadır. Ancak bu alandaki belirsizlikler halen oldukça fazladır.

ABD'deki *Trinko* kararı ve AB'deki *Deutsche Telekom* kararı çerçevesindeki tartışmalar paralelinde, bu sorunun uygulama açısından cevaplanabilmesinin ve bu kapsamda uygulanabilir hukuki kriterler bulunabilmesinin çok zor ve tartışmalı olduğu vurgulanmalıdır. Kurul'un bu konuya ilişkin kararlarına bakıldığında, bazı kriterler ortaya koyma çabasının bulunduğu söylenebilir. Kurul'un, *Trinko* kararından mülhem bir şekilde bu konuya ilk yaklaşımı, süregelen rekabet hukuku içtihatları çerçevesinde ihlal olarak nitelendirilen bir davranışın varlığını ve düzenlemelerin rekabetçi zararın oluşmasını engelleyip engellemediğini değerlendirmek yönünde olmuştur¹⁴⁷. Daha sonraki kararlarında ise Kurul'un,

¹⁴⁴ Örneğin bkz. 02.11.2009 tarihli ve 09-50/1237-311 sayılı, 06.07.2011 tarihli ve 11-41/885-280 sayılı, 19.10.2004 tarihli ve 04-66/956-232 sayılı, 22.12.2005 tarihli ve 05-87/1199-348 sayılı, 11.03.2009 tarihli ve 09-11/215-66 sayılı, 03.06.2009 tarihli ve 09-26/536-126 sayılı, 08.10.2009 tarihli ve 09-45/1336-286 sayılı, 17.06.2010 tarihli ve 10-44/768-251 sayılı Kurul kararları.

¹⁴⁵ 27.10.2010 tarihli ve 10-67/1418-535 sayılı, 21.10.2010 tarihli ve 10-66/1401-522 sayılı, 08.01.2009 tarihli ve 09-01/2-2 sayılı, 01.11.2012 tarihli ve 12-53/1491-519 sayılı Kurul kararları.

¹⁴⁶ 29.12.2011 tarihli ve 11-64/1667-597 sayılı Kurul kararı.

¹⁴⁷ 25.10.2004 tarihli ve 04-68/976-236 sayılı *Arabağlantı* kararı.

4054 sayılı Kanun'un ihlali niteliğinde olabilecek; ancak, düzenlemelerce ele alınan/alınabilecek nitelikteki davranışlara yönelik olarak, ortaya çıkabilecek rekabetçi zararları önleyecek düzenlemeler ve/veya düzenleyici otorite kararları bulunduğu gerekçesiyle soruşturma açmama yoluna gittiği görülmektedir.¹⁴⁸ Ancak, rekabetçi zararın önlenmesi kavramına değinilmeksizin, düzenlemelerin varlığı nedeniyle işlem yapılmayan çok sayıda şikâyetin bulunduğu da belirtilmelidir.¹⁴⁹

Konuya ilişkin olarak işaret edilebilecek bir başka nokta ise, Rekabet Kurumu'nun Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK) ile yapmış olduğu işbirliği protokolünde yer alan hükümlerdir. Söz konusu protokole¹⁵⁰ yer alan hükümde, Kurul'un; önüne rekabet ihlali iddiasıyla gelen bir davranışa ilişkin olarak BTK'nın öncül düzenleyici yükümlülük getirme çalışmasının bulunması veya konuya ilişkin bir işlemin BTK tarafından yapılacağına bildirilmesi durumunda, ilgili başvuruya konu ihlal iddiasının süresi ve niteliğini dikkate alarak, konuyla ilgili inceleme sürecine ara verebileceği; konuya ilişkin olarak ilgili mevzuat çerçevesinde makul ve uygulanabilir bir sürede, sorunu ortadan kaldıracak öncül düzenleyici işlem yapılmaması veya BTK tarafından bu konuda öncül düzenleyici işlem yapılmasına gerek görülmediğinin bildirilmesi durumunda ise başvuruyu yeniden inceleyebileceği düzenlenmektedir. Bu hüküm, son dönemde bu alanda alınan kararlara paralel olarak, Kurul'un, makul bir sürede öncül düzenlemelerle şikâyet konusu davranışa çözüm getirilmesi durumunda ise, müdahale etmemeyi seçeceği ancak ihlal iddiasının süresine ve niteliğine göre, 4054 sayılı Kanun çerçevesinde müdahale edebilmek amacıyla açık kapı bıraktığı şeklinde yorumlanabilir.

Bununla birlikte, son olarak, Danıştay'ın dört güncel kararının, bu alanda Kurulca sağlanan nispi istikrarın devam edip etmeyeceği yönünde soru işaretleri oluşturduğu belirtilmelidir. Bu kararlardan birinde, enerji alanındaki düzenleyici mevzuat ile rekabet hukuku arasındaki ilişki ele alınmaktadır. Diğer üç kararda ise, telekomünikasyon alanındaki düzenlemeler ile rekabet hukukunun genel

¹⁴⁸ Örneğin bkz. 22.12.2005 tarihli ve 05-87/1199-348 sayılı, 03.06.2009 tarihli ve 09-26/536-126 sayılı, 19.10.2004 tarihli ve 04-66/956-232 sayılı Kurul kararları.

¹⁴⁹ Örneğin bkz. 11.03.2009 tarihli ve 09-11/215-66 sayılı, 08.10.2009 tarihli ve 09-45/1136-286 sayılı Kurul kararları.

¹⁵⁰ BTK ile Rekabet Kurumu ortak çalışmasıyla hazırlanan "Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu ile Rekabet Kurumu Arasındaki İşbirliği Protokolü", 02.11.2011 tarihinde imzalanarak yürürlüğe girmiştir. Protokol kapsamında; iki kurum arasında var olan işbirliğini arttırmayı ve etkinleştirmeyi amaçlayan mekanizmaların yanı sıra bilgi aktarımı, görüş alınması, koordinasyon ve işbirliği gibi hususlar düzenlenmektedir.

sınırları ele alınmaktadır. İlgili kararlarda telekomünikasyon mevzuatının ilgili hükümleri ve özellikle rekabete aykırı uygulamaları inceleme, tespit etme ve bu uygulamalara ilişkin tedbir alma yetkileri çerçevesinde 4054 sayılı Kanun'un nasıl uygulanacağı irdelenmekte ve Kurul'un yetkilerine odaklanılmaktadır. Bu kararlardan özellikle *Borusan Telekom*¹⁵¹ ve *Telkoder*¹⁵² kararları, Danıştay 13. Dairesi'nin, çalışmamızın konusu hakkında önemli ve detaylı ilkesel açıklamalar yapması nedeniyle önem arz etmektedir.

Borusan Telekom kararında; Türk Telekom'un uzak mesafe telefon hizmeti (UMTH) işletmecilerinin faaliyetlerini çeşitli yollarla zorlaştırdığı iddiasının değerlendirildiği ve soruşturma açılmasına gerek olmadığı yönündeki Kurul kararı ele alınmaktadır. İlgili Kurul kararında; şikâyet konusu iddiaların telekomünikasyon mevzuatı çerçevesinde işletmecilere getirilen yükümlülüklerle ilişkili olduğu, şikâyet konusu uygulamalar neticesinde ortaya çıkabilecek rekabetçi zararı önlemeye yönelik özel düzenlemelerin ve Telekomünikasyon Kurulu (TK) kararlarının bulunduğu, bazı uygulamaların ise TK onayıyla gerçekleştirildiği ve bazı ihlal iddialarının da 4054 sayılı Kanun kapsamında ele alınmayacağı sonucuna varılmıştır.

Telkoder kararında ise, UMTH alanında Türk Telekom'un fiyat sıkıştırması uyguladığı yönündeki iddianın değerlendirildiği ve şikâyet konusuna yönelik olarak 4054 sayılı Kanun çerçevesinde herhangi bir işlem tesis edilemeyeceği yönünde verilen Kurul kararı değerlendirilmektedir. İlgili Kurul kararında; şikâyet konusunu oluşturan perakende ve toptan tarifelerinin ilgili mevzuat çerçevesinde TK tarafından belirlendiği/onaylandığı göz önüne alınarak bu sonuca ulaşılmıştır.

Bu kararlarla birlikte, Danıştay 13. Dairesi'nin, Turkcell'in münhasır uygulamalarıyla ilgili bir şikâyeti değerlendirdiği ve düzenleyici otoritenin söz konusu münhasırlığı ortadan kaldıracak düzenlemelerinin bulunması gerekçesiyle başvurunun reddedildiği Kurul kararını ele aldığı *Kule A.Ş.*¹⁵³ kararının da dikkate alınması gerektiği düşünülmektedir.

Konuyla ilgili dikkate alınacak son Danıştay kararı ise, TEDAŞ'ın fiyatlandırma uygulamalarına ilişkin şikâyetin değerlendirildiği ve Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'nun (EPDK) düzenlemeleri nedeniyle başvurunun reddedildiği Kurul kararının incelendiği *Bis Enerji*¹⁵⁴ kararıdır.

¹⁵¹ 13.02.2012 tarihli, 2008/13184 Esas No ve 2012/359 Karar No'lu Danıştay 13. Dairesi kararı.

¹⁵² 08.05.2012 tarihli ve 2008/14245 Esas No'lu Danıştay 13. Dairesi kararı.

¹⁵³ 18.12.2012 tarihli ve 2009/5862 Esas No ve 2012/3883 Karar No'lu Danıştay 13. Dairesi kararı.

¹⁵⁴ Danıştay 13. Dairesi'nin, 11.12.2007 tarihli ve 2005/7027 Esas No ve 2007/8692 Karar No'lu

Söz konusu kararlarda, Danıştay tarafından ele alınan hususlar göz önüne alındığında, düzenlemeler ile rekabet hukuku arasındaki ilişki bakımından şu sonuçların çıkarılması mümkündür:

Öncelikle, Türk Telekom ve TTNET'e ilişkin 18.12.2012 tarihli kararlarında¹⁵⁵ da belirtildiği üzere, Danıştay 13. Dairesi'nin, "*bir piyasanın düzenleyici ve denetleyici kurumun regülasyonuna tabi olmasının o piyasada yer alan faaliyetleri 4054 sayılı Kanun kapsamı dışına çıkarmayacağı*" şeklindeki genel bir ilkeyi benimsemiş olduğu ve *Telkoder* ve *Borusan Telekom* kararlarında da olduğu gibi söz konusu ilkeye kararlarında istikrarlı bir şekilde yer verdiği görülmektedir.

İkinci olarak, Danıştay 13. Dairesi, *Telkoder* ve *Borusan* kararlarında, telekomünikasyon sektörüne özgü olmakla birlikte, genel olarak düzenlemeler ile rekabet hukuku ilişkisinin geneline teşmil edilebilecek şekilde, düzenlemeler ile rekabet hukukunun farklılıklarına işaret ederek, rekabet ihlallerinin idari denetimi ve yaptırımı konusunda, kanun ve/veya ikincil düzenlemelerle öngörülen veya öngörülebilecek istisnalar dışında, Kurul'un görevli ve yetkili olduğuna işaret etmektedir. Bu çerçevede, Danıştay'ın değindiği söz konusu farklılıkları, 4054 sayılı Kanun'un tüm mal ve hizmet piyasaları bakımından rekabet ihlallerinin tespiti ve yaptırımı bağlanması yönünden genel nitelikli bir kanun olduğu, telekomünikasyon mevzuatında rekabet ihlalleri konusunda ilgili düzenleyiciye birtakım yetkiler verilmiş olmakla birlikte, bu alandaki yetkilerin piyasanın yapısal sorunlarını ortadan kaldıracak nitelikteki öncül teknik düzenlemeler yoluyla kullanılacağı, 4054 sayılı Kanun'un ise, rekabet ihlallerinin ardıl bir şekilde idari yaptırımı tabi tutulmasını öngördüğü şeklinde özetlemek mümkündür.

Üçüncü olarak, Danıştay 13. Dairesi'nin, *Telkoder* ve *Borusan Telekom* kararlarında, yukarıda yer verilen genel ilkeler ve iki hukuki araç arasındaki farklılıklar çerçevesinde, düzenlemeler ile rekabet hukuku ilişkisinin ve hangi durumlarda Kurul'un ve/veya ilgili düzenleyicinin yetkili olacağının sınırlarını çizmeye çalıştığı; ancak, mevcut kararlar çerçevesinde çizilen sınırların tartışmalı olduğu ve özellikle *Bis Enerji* kararı dikkate alındığında, kararlar arasında çelişkiler olduğu görülmektedir. Danıştay 13. Dairesi, *Borusan Telekom* ve *Telkoder* kararlarında, ilgili düzenleyicinin aldığı tedbirler ve yaptığı düzenlemelerle mevcut rekabet ihlâlinin etkilerinin sona ermesi ve ihlâlden kaynaklanan zararın tamamen ortadan kalkması ya da konunun salt telekomünikasyon mevzuatını ilgilendiren teknik bir hususta, piyasada düzenleme ve müdahale yapılmasına yönelik bir

kararı ile İDDK'nın 21.01.2013 tarihli ve 2008/1412 Esas No ve 2013/101 Karar No'lu kararı.

¹⁵⁵ Danıştay 13. Dairesi'nin 18.12.2012 tarihli ve 2009/5728 Esas No ve 2012/3885 Karar No'lu kararı ile 18.12.2012 tarihli ve 2009/5747 Esas No ve 2012/3884 Karar No'lu kararı.

isteme ilişkin olması hallerinde, Kurul'un müdahale konusunda takdir hakkı bulunduğunu ve Kurul ile düzenleyicinin işbirliği içinde bulunması gerektiğini belirtmektedir. Bu noktada, Danıştay 13. Dairesi'nin, iki kural bütünüün paralel bir şekilde/aynı anda uygulanabileceği yönünde bir görüşe sahip olduğunu, kararda yer verilen hallerde, Kurul'un müdahale etmemeyi seçme yönünde takdir yetkisi bulunduğunu belirttiği görülmektedir. *Kule A.Ş.* kararında ise, Danıştay 13. Dairesi'nin, diğer hususların yanı sıra, düzenleyici tarafından yapılan düzenlemelerin ve alınan tedbirlerin münhasır uygulama ile ortaya çıkabilecek sorunları tam anlamıyla ortadan kaldırmayacağı gerekçesiyle Kurul kararını iptal etmesi, düzenleyicinin aldığı tedbirler ve yaptığı düzenlemeler sonucunda mevcut rekabet ihlâlinin etkilerinin sona ermesi ve ihlâlden kaynaklanan zararın tamamen ortadan kalkması koşulunun dar bir şekilde yorumlanacağını göstermektedir.

Son olarak, şikâyet konusu davranış ile doğrudan ilgili bir düzenlemenin ya da tedbirin bulunduğu durumlarda, özellikle teşebbüsün ilgili davranışlarının düzenleyici tarafından onaylanarak gerçekleştiği veya uygulandığı durumlarda, 4054 sayılı Kanun'un uygulanıp uygulanmayacağı konusunda, Danıştay 13. Dairesi'nin ilgili kararlardaki standardının tartışmalı ve birbiriyle çelişir nitelikte olduğu belirtilmelidir. *Borusan Telekom* kararındaki bazı ihlal iddialarının, Kurul tarafından, konuya ilişkin “*Telekomünikasyon Kurumu kararlarının bulunması ve davranışın Telekomünikasyon Kurulu onayıyla gerçekleştirilmesi*” nedeniyle reddedilmesini hukuka uygun bulmayan 13. Daire'nin, *Telkoder* kararında şikâyete konu tarifelerin Telekomünikasyon Kurumu tarafından onaylandığının/belirlendiğinin açık olmasına rağmen, tarifelerin Türk Telekom tarafından hazırlandığı belirtilerek, “*Telekomünikasyon Kurumu tarafından onaylanan/belirlenen tarifelerden kaynaklanan*” davranışların da incelenmesini istemesi sorunludur. Bunun nedeni, düzenleyici otoritenin inceleyip onayladığı tarifelere uygun davranışların da 4054 sayılı Kanun çerçevesinde ele alınabilecek olmasının, hem ilgili düzenleyicinin etkinliğine ve yetki alanına bir müdahale teşkil edebilecek, hem de Kurul'un, ilgili düzenleyicilerin kararlarına yönelik bir “*temyiz mercii*” gibi algılanmasına yol açabilme riskidir. Buna karşılık, İDDK tarafından onanan Danıştay 13. Dairesi'nin *Bis Enerji* kararında, 4054 sayılı Kanun çerçevesinde incelenebileceği kabul edilen bir başvurunun, EPDK tarafından belirlenen tarifelere aykırı davranışın sonuçlarına ilişkin olduğu ve EPDK mevzuatı çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği gerekçeleriyle reddedilmesinde bir sakınca görülmemesi, Danıştay'ın *Borusan Telekom* ve *Telkoder* kararlarında ortaya koyduğu yaklaşımla çalışmaktadır. Bu nedenle, meri mevzuata ya da bir düzenleyicinin kararlarına uygun olarak hareket eden

teşebbüslerin davranışlarından kaynaklanan sorunların aynı zamanda 4054 sayılı Kanun çerçevesinde incelenmesi zorunluluğunun getirilmesinin, ciddi mahsurları olabileceği düşünülmektedir.

SONUÇ

Çalışmamızda, devletin ekonomiye çeşitli politika amaçları çerçevesinde müdahalelerinin bir ürünü olan düzenlemelerin, rekabet hukukunun uygulanmasına doğrudan ya da dolaylı etkilerinin bulunduğu ortaya konulmuştur. Bu düzenlemelerin hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik gibi hukuk ilkelerine zarar verdiği ve bu nedenle, piyasalardaki rekabet üzerinde olumsuz etki yaratma potansiyeli olduğu görülmektedir. Dolayısıyla, düzenlemelerin, rekabet kanunları uygulanırken ne şekilde dikkate alınacağı, ilgili olduğu alan ve konular bakımından, özellikle rekabet kanunlarının uygulanmasından açık/dolaylı ya da kısmi/tam istisna sağlayıp sağlamayacağı gibi soruların, ABD ve AB uygulamaları da göz önünde bulundurularak, Kurul ve mahkemeler tarafından nasıl cevaplandırıldığı önem arz etmektedir.

Bu noktada, rekabet hukuku ile düzenlemeler arasındaki ilişkinin, yapılan farklı politika tercihleri nedeniyle ABD ve AB uygulamalarında hangi mekanizmalarla ne şekilde yapılandırıldığı hususu da incelemeye değer bulunmuştur.

ABD uygulamasının Türkiye uygulamasına ışık tutabilecek yönü, açık istisnaların her ülke özelinde farklılaşması ve ABD özelinde ortaya çıkan SA'nın Türkiye bakımından uygulanabilir olmaması nedeniyle temel olarak zımni istisnalar alanındadır. Ancak, SA'nın uygulanabilirlik koşulları çerçevesinde yapılan tartışmalar da, Türkiye uygulaması bakımından dikkate değer görülmektedir. Bu noktada, ABD uygulamasında, zımni istisnaların değerlendirilmesinde temel alınan ilkeleri ve SA uygulamasında yararlanılmakta olan iki aşamalı testi ortaya koyan en son kararlar gözden geçirildiğinde Türkiye uygulamasına ışık tutabilecek kriterlerin tespit edildiği görülmektedir. Zımni istisnaları değerlendiren kararların beraber okunmasından; düzenlemelerin varlığının, rekabet hukukundan doğrudan istisna sağlamadığı; ancak, düzenlemenin rekabetçi zararı ortadan kaldırdığı veya amaçlanan sonuca ulaşılmasını sağlayabildiği durumlarda, rekabet hukuku ile yapılacak bir müdahalenin sağlayacağı katkının oldukça düşük olması nedeniyle, müdahale edilmemesi gerektiği yönünde bir uygulamanın ortaya çıktığı görülmektedir. SA'yı değerlendiren kararların beraber okunmasından ise; uygulanabilirlik için iki aşamalı bir testten yararlandığı, testin ilk aşamasında; kısıtlamanın kesin bir dille ve açıkça ifade edilmesinin veya düzenleme ile ilgili davranışa yetki verilmiş olmasının, ikinci aşamasında ise; düzenleme

çerçevesinde gerçekleşen eylemlerin, devletin aktif gözetimi altında olmasının arandığı anlaşılmaktadır.

ABD'ye paralel olarak açık istisnaların her ülke özelinde farklılaşması ve devletlerin yükümlülüğü nedeniyle zımni istisnaların farklı nitelendirilmesi nedeniyle AB uygulamasının, Türkiye uygulamasına ışık tutabilecek yönü, sektörel düzenlemelerin olduğu pazarlara dönük olarak ortaya çıkmaktadır. Bu pazarlara ilişkin Komisyon ve mahkeme kararlarının birlikte okunmasından; regülasyona tabi olmalarına rağmen serbest davranma yeteneği olan teşebbüslerin, rekabete aykırı etkileri ortadan kaldıracabilecekken bunu yapmamasının ihlal teşkil ettiği; teşebbüslerin serbestçe karar alması, sektörel düzenlemeler vasıtasıyla engellenmedikçe, ilgili davranışa rekabet hukukunun uygulanabileceği; düzenleyici otoritenin müdahalesine rağmen devam eden ihlallere, rekabet hukukunun uygulanabilir olduğu anlaşılmaktadır. Ancak, AB uygulamasının değerlendirildiği her noktada, Komisyon'un uluslararası kurallar uygulayan bir merci olduğu hususu unutulmamalıdır.

Türkiye'de düzenlemeler ve 4054 sayılı Kanun arasındaki ilişkiye bakıldığında ise, öncelikle, bankacılık sektörüne ilişkin düzenleme haricinde, 4054 sayılı Kanun'un uygulanmasından açıkça istisna sağlayan bir düzenlemenin bulunmadığı görülmektedir.

Meslek birlikleri özelinde 4054 sayılı Kanun uygulamasının, ilgili birliklerin fiyat tespit ettiğine yönelik ihlal iddiaları çerçevesinde yoğunlaştığı söylenebilir. Meslek birliğini düzenleyen ilgili kanundan alınan bir yetkinin açık olduğu ve yetkiye uygun davranıldığı durumların Kurul tarafından ihlal olarak değerlendirilmediği görülmektedir. Bununla birlikte, meslek birliklerinin söz konusu yetkilerin dışında veya ötesinde eylemde bulunduğu durumların ihlal olarak değerlendirildiği anlaşılmaktadır. Bu çerçevede, Kurul'un meslek birliklerine yönelik uygulamasının, istisnai uygulamalar haricinde, belli bir istikrar kazandığını söylemek mümkündür.

Genel olarak, teşebbüslere kanunla tanınan yetkilerin söz konusu olduğu durumlarda ise, böyle bir yetkiye dayanılarak yapılan davranış, 4054 sayılı Kanun'a aykırılık teşkil etse dahi; Kurul'un, daha özel nitelikteki kanunların uygulanmasına öncelik vererek, ilgili davranışın ihlal niteliğinde olmadığına karar verdiği anlaşılmaktadır. Bu kapsamda altı çizilmesi ve diğer durumlardan ayrılması gereken husus; kanundan kaynaklanmayan ilgili yetkinin ikincil mevzuatla verildiği/yaratıldığı durumlarda, gerek yetkinin, gerekse bu yetkiye dayalı teşebbüs eylemlerinin ihlal olarak kabul edilmiş olduğudur.

Öte yandan, söz konusu düzenlemelerin, belirli bir teşebbüs ya da teşebbüs birliğine açık ve ayrıntılı olmayan bir yetki vermesi karşısında, Kurul'un değerlendirmeleri farklılaşabilmektedir. Kurul'un, genel bir yetkinin varlığında, özellikle yetkinin açıkça belirtilmiş olmasını; açıkça belirtilmişse de, eylemin bu yetkiye paralel şekilde gerçekleştirilmiş olmasını dikkate aldığı ve ancak bu durumlarda ilgili davranışa müdahale etmediği anlaşılmaktadır. Bazı kararlarda ise, yalnızca yetkinin varlığının, eylemin ihlal olmaması için yeterli bir koşul olarak kabul edildiğinin belirtilmesi gerekmektedir.

Kurul'un konuyla ilgili uygulamasının bir diğer önemli özelliği, birçok durumda rekabet savunuculuğu yaparak görüş gönderme yoluna gidilmesidir. Kurul'un, ihlal tespitine gitmek yerine görüş bildirme yoluna gittiği haller şu şekilde sayılabilir: i) yetkinin varlığına rağmen, yetki ve ilgili davranış arasındaki ilişkinin tam olarak ortaya konulmadığı durumlar, ii) ilgili pazarlarda hem düzenleyici hem de teşebbüs olarak hareket eden kamusal organların var olduğu durumlar, iii) yetki kapsamında kalınmakla birlikte, düzenlemelerle teşebbüslere tanınan yetkilerin, daha rekabetçi şekilde kullanılması mümkünken bunun yapılmadığı durumlar.

Ayrıca, Kurul uygulamalarından; kanunda verilen yetkinin mutlaka yapılması gereken bir emri mi içerdiği; yoksa işlerin icrasına yönelik genel kuralları mı ortaya koyduğu hususunun önem taşıdığı anlaşılmaktadır. İstisnai kararlar haricinde, kanunla verilen yetkinin mutlaka yerine getirilmesi gereken kamusal eylemlere ve/veya emirlere ilişkin olduğu durumlarda eylemin, tamamen 4054 sayılı Kanun'un kapsamı dışında olduğu kabul edilmiş; ancak, yetkinin, işlerin yürütülüşüne yönelik genel bir yetki olması durumunda, uygulamada nasıl yorumlandığı incelenmiştir.

Teşebbüs kavramı özelinde, Kurul'un, devletin bir düzenleme yetkisini belli bir teşebbüse devrettiği ve teşebbüsün bu düzenleme yetkisini icra ettiği eylemler bakımından; ilgili birimi teşebbüs olarak değil, düzenleyici olarak kabul ettiği ve inceleme konusu eylemi bir teşebbüs eylemi olarak görmediği kararları bulunmaktadır. Benzer şekilde, diğer bazı kararlarda, somut olay çerçevesinde, düzenlemenin, teşebbüs niteliğini kaldıran geçici durumlar yaratabileceği ya da kamusal menfaatin bulunması nedeniyle somut olayda rekabet hukuku kurallarının işletilemeyeceği sonucuna ulaşıldığı kararlar mevcuttur.

Düzenlemeye tabi olan sektörlerde rekabet hukuku uygulamasına ilişkin olarak ise, Kurul'un özellikle telekomünikasyon alanında verdiği kararlarda öne çıkan uygulaması genel kabul görmektedir. Buna göre, ilk olarak, sektörel

düzenleyiciye, doğrudan 4054 sayılı Kanun'u uygulama yetkisi vermeksizin, rekabete aykırı davranış ve uygulamaları inceleme ve tedbir alma yetkisi veren sektörel düzenlemelerin, ilgili kanunlarda yer alan diğer hükümlerle birlikte değerlendirilerek, genel olarak 4054 sayılı Kanun'un ilgili pazarlara uygulanmasını kategorik olarak dışlamadığına hükmedilmektedir. İkinci olarak, Kurul, ilgili pazarın düzenlemeye tabi olduğu şeklindeki genel nitelikli bir savunmayı kabul etmemektedir. Üçüncü olarak, rekabet ihlali iddiasıyla incelenen davranışlara ilişkin doğrudan ya da dolaylı bir şekilde, genel ya da özel bir düzenlemenin veya ilgili düzenleyici otoritenin mevcut ya da potansiyel müdahalesinin bulunduğu ya da mümkün olduğu durumlara ilişkin olarak, Kurul'un zaman içerisinde değişen ve zaman zaman farklılaşan kararları bulunmaktadır. Bu çerçevede, 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiği iddia edilen davranışa yönelik özel düzenlemelerin bulunduğu durumlarda, Kurul'un son dönemlerdeki yaklaşımı genel olarak müdahale etmeme yönündedir. Öte yandan, düzenlemelerin uygulanmasının etkinliği ve rekabet hukuku vasıtasıyla müdahale etmemenin temel kriterinin ne olması gerektiği soruları ortaya çıkmaktadır. Son olarak, Danıştay'ın dört güncel kararının, bu alanda Kurulca sağlanan nispi istikrarın devam edip etmeyeceği yönünde soru işaretleri oluşturduğu belirtilmelidir.

KAYNAKÇA

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

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

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

ASLAN, İ. Y. (2005), *Telekomünikasyon Alanında Rekabet Kanununun Uygulanabilirliği ve Bazı Rekabet Kurulu Kararlarının İncelenmesi*, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, Kayseri.

BRUNELL, R. M. (2011), *The Regulated Conduct Defence*, OECD Working Party No. 2 on Competition and Regulation, Paris, France.

Competition Bureau (2007), *Self-Regulated Professions: Balancing Competition and Regulation*, Competition Bureau, Kanada.

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

ELÇİN, S. (2006), "Profesyonel Hizmet Faaliyetleri ve Rekabet Hukuku Uygulamaları: Dünya Örnekleri", *Rekabet Dergisi*, Sayı:25, s.29-52.

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

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

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

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

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

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

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

ICN (2010), *Report on Interface between Competition Policy and other Public Policies, Special Project*, Rekabet Kurumu, İstanbul.

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

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

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

KAMIŃSKİ D., A. ROGOZIŃSKA, B. SASINOWSKA (2011), *Telekomunikacja Polska Decision: Competition Law Enforcement in Regulated Markets*, Competition Policy Newsletter, No.3.

KELSEN, H. (1967), *The Pure Theory of Law*, Berkeley, California, US.

KOCABAY, S. (2012), *Bankacılık Sektöründe Rekabet Politikası: Rekabet-İstikrar İlişkisinin Etkileri*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara.

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

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

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

O’DONOGHUE, R. ve A.J. PADILLA (2006), *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, US.

OECD (1999), *Relationship Between Regulators and Competition Authorities*, OECD, Paris.

OECD (2005), *Türkiye’de Rekabet Hukuku ve Politikası*, OECD, Paris.

OECD (2011), *Policy Roundtables: Regulated Conduct Defence*, OECD, Paris.

ÖZDEN, M. (2004), *Profesyonel Meslek Birlikleri*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara.

PETIT, N. (2004), “The Proliferation of National Regulatory Authorities

Alongside Competition Authorities in the EC: A Source of Jurisdictional Confusion”, The Global Competition Law Centre Working Papers Series 02/04, College of Europe, Brugges.

SARIÇİÇEK, C. (2012), *Düzenlenen Davranış Doktrini Çerçevesinde Rekabet Hukuku Uygulamaları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara.

SHELANSKI H.A. (2012), “Justice Breyer, Professor Kahn, and Antitrust Enforcement in Regulated Industries”, *California Law Review*, No:100, s.487-518.

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

ŞAHİN, S. Y. (2010), “Türk Enerji Sektöründe Rekabet Kurumu ile Sektörel Düzenleyici Kurum Arasındaki İlişki”, *Rekabet Dergisi*, No:11(4), s.7-58.

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

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

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

WEISER, P.J. (2005), “The Relationship of Antitrust and Regulation in a Deregulatory Era”, *Antitrust Bulletin*, No:50, 549-578.

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

Rekabet Kurulu Kararları

02.10.2001 tarihli ve 01-46/475-119 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

22.01.2002 tarihli ve 02-04/40-21 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

13.06.2002 tarihli ve 02-38/419-177 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

28.02.2002 tarihli ve 02-50/636-258 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

09.06.2003 tarihli ve 03-40/432-186 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

19.09.2003 tarihli ve 03-63/764-354 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

10.11.2003 tarihli ve 03-72/874-373 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

13.11.2003 tarihli ve 03-73/876 (a)-374 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

13.11.2003 tarihli ve 03-73/876 (c)-376 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

- 17.12.2003 tarihli ve 03-80/967-397 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
15.01.2004 tarihli ve 04-03/49-14 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
29.07.2004 tarihli ve 04-49/671-170 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
12.08.2004 tarihli ve 04-52/691-175 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
19.10.2004 tarihli ve 04-66/956-232 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
04.11.2004 tarihli ve 04-70/1012-247 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
17.05.2005 tarihli ve 05-32/437-102 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
17.06.2005 tarihli ve 05-40/570-143 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
15.08.2005 tarihli ve 05-51/741-199 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
17.08.2005 tarihli ve 05-52/795-215 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
22.09.2005 tarihli ve 05-59/877-236 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
22.12.2005 tarihli ve 05-87/1199-348 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
26.05.2006 tarihli ve 06-36/464-126 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
03.08.2006 tarihli ve 06-57/718-208 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
24.08.2006 tarihli ve 06-59/780-229 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
14.09.2006 tarihli ve 06-63/858-248 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
14.09.2006 tarihli ve 06-63/862-252 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
24.09.2006 tarihli ve 06-67/910-264 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
02.11.2006 tarihli ve 06-79/1021-295 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
08.03.2007 tarihli ve 07-19/194-64 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
25.07.2007 tarihli ve 07-61/714-246 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
25.07.2007 tarihli ve 07-61/715-247 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
04.10.2007 tarihli ve 07-77/952-362 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
08.11.2007 tarihli ve 07-85/1045-405 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
20.05.2008 tarihli ve 08-34/456-161 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
14.08.2008 tarihli ve 08-50/720-280 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
14.08.2008 tarihli ve 08-50/752-306 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
19.11.2008 tarihli ve 08-65/1055-411 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
08.01.2009 tarihli ve 09-01/2-2 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
11.03.2009 tarihli ve 09-11/215-66 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
13.04.2009 tarihli ve 09-14/315-79 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

- 03.06.2009 tarihli ve 09-26/536-126 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
11.06.2009 tarihli ve 09-27/596-140 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
01.07.2009 tarihli ve 09-31/672-157 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
19.08.2009 tarihli ve 09-36/917-224 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
09.09.2009 tarihli ve 09-41/997-254 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
08.10.2009 tarihli ve 09-45/1336-286 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
02.11.2009 tarihli ve 09-50/1237-311 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
04.11.2009 tarihli ve 09-52/1260-323 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
11.11.2009 tarihli ve 09-54/1298-329 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
25.11.2009 tarihli ve 09-57/1391-344 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
09.12.2009 tarihli ve 09-58/1410-371 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
09.12.2009 tarihli ve 09-58/1411-372 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
12.01.2010 tarihli ve 10-04/42-20 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
04.03.2010 tarihli ve 10-21/279-103 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
04.03.2010 tarihli ve 10-21/281-105 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
22.03.2010 tarihli ve 10-25/350-124 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
25.02.2010 tarihli ve 10-19/240-94 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
04.03.2010 tarihli ve 10-21/280-104 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
22.04.2010 tarihli ve 10-33/514-187 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
06.05.2010 tarihli ve 10-34/550-196 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
12.05.2010 tarihli ve 10-36/573-203 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
10.06.2010 tarihli ve 10-42/727-234 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
17.06.2010 tarihli ve 10-44/768-251 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
08.07.2010 tarihli ve 10-49/912-321 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
05.08.2010 tarihli ve 10-52/992-356 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
26.08.2010 tarihli ve 10-56/1108-425 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
21.10.2010 tarihli ve 10-66/1401-522 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
27.10.2010 tarihli ve 10-67/1411-529 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
27.10.2010 tarihli ve 10-67/1412-530 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
27.10.2010 tarihli ve 10-67/1413-531 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
27.10.2010 tarihli ve 10-67/1418-535 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

- 27.10.2010 tarihli ve 10-67/1425-541 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
02.12.2010 tarihli ve 10-75/1540-594 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
02.12.2010 tarihli ve 10-75/1541-595 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
03.02.2011 tarihli ve 11-07/126-38 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
24.03.2011 tarihli ve 11-17/323-98 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
07.03.2011 tarihli ve 11-13/243-78 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
02.06.2011 tarihli ve 11-33/716-222 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
02.06.2011 tarihli ve 11-33/717-223 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
16.06.2011 tarihli ve 11-37/772-240 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
23.06.2011 tarihli ve 11-39/811-254 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
23.06.2011 tarihli ve 11-39/812-255 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
23.06.2011 tarihli ve 11-39/816-259 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
06.07.2011 tarihli ve 11-41/871-273 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
06.07.2011 tarihli ve 11-41/885-280 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
17.08.2011 tarihli ve 11-45/1067-369 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
14.09.2011 tarihli ve 11-47/1164-410 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
14.09.2011 tarihli ve 11-47/1165-411 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
14.09.2011 tarihli ve 11-47/1166-412 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
14.09.2011 tarihli ve 11-47/1180-421 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
29.09.2011 tarihli ve 11-50/1258-447 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
22.10.2011 tarihli ve 11-48/1217-430 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
27.10.2011 tarihli ve 11-54/1377-487 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
17.11.2011 tarihli ve 11-57/1463-521 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
21.12.2011 tarihli ve 11-62/1639-576 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
29.12.2011 tarihli ve 11-64/1664-594 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
29.12.2011 tarihli ve 11-64/1667-597 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
23.02.2012 tarihli ve 12-08/241-72 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
02.03.2012 tarihli ve 12-09/290-91 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
24.04.2012 tarihli ve 12-21/561-159 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
30.04.2012 tarihli ve 12-23/659-181 sayılı Rekabet Kurulu kararı.
03.05.2012 tarihli ve 12-24/677-197 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

27.12.2012 tarihli ve 12-68/1705-631 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

08.03.2013 tarihli ve 13-13/198-100 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

08.07.2013 tarihli ve 13-42/538-238 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

Danıştay, İDDK ve Anayasa Mahkemesi Kararları

28.03.2006 tarihli ve 2005/5699 Esas No ve 2006/1555 Karar No'lu Danıştay kararı.

23.05.2006 tarihli ve 2005/7504 Esas No ve 2006/2230 Karar No'lu Danıştay kararı.

23.05.2006 tarihli ve 2005/7622 Esas No ve 2006/2231 Karar No'lu Danıştay kararı.

11.10.2006 tarihli ve 2005/5052 Esas No ve 2006/3901 Karar No'lu Danıştay kararı.

16.11.2007 tarihli ve 2007/10830 Esas No ve 2007/7326 Karar No'lu Danıştay 13. Dairesi kararı.

11.12.2007 tarihli ve 2005/7027 Esas No ve 2007/8692 Karar No'lu Danıştay 13. Dairesi kararı.

01.02.2008 tarihli ve 2007/10829 Esas No ve 2008/1745 Karar No'lu Danıştay 13. Dairesi kararı.

18.02.2011 tarihli ve 2010/4769 Esas No'lu Danıştay 13. Dairesi kararı.

13.02.2012 tarihli, 2008/13184 Esas No ve 2012/359 Karar No'lu Danıştay 13. Dairesi kararı.

08.05.2012 tarihli ve 2008/14245 Esas No'lu Danıştay 13. Dairesi kararı.

18.12.2012 tarihli ve 2009/5862 Esas No ve 2012/3883 Karar No'lu Danıştay 13. Dairesi kararı.

18.12.2012 tarihli ve 2009/5747 Esas No ve 2012/3884 Karar No'lu Danıştay 13. Dairesi kararı.

18.12.2012 tarihli ve 2009/5728 Esas No ve 2012/3885 Karar No'lu Danıştay 13. Dairesi kararı.

17.11.2011 tarihli ve 2011/225 YD İtiraz No'lu İDDK kararı.

12.12.2012 tarihli ve 2008/655 Esas No ve 2012/2752 Karar No'lu İDDK kararı.

21.01.2013 tarihli ve 2008/1412 Esas No ve 2013/101 Karar No’lu İDDK kararı.
15.03.1966 tarihli ve E-1965/40, K-1966/15 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı.

ABD Temyiz Mahkemeleri ve Yüksek Mahkeme Kararları

Credit Suisse Sec. LLC v. Billing, 551 U.S. 264 (2007).

Gordon v. New York Stock Exchange 422 U.S. 659 (1975).

Group Life & Health Ins. Co. v. Royal Drug Co. 440 U.S. 205 (1979).

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

Nat’l Gerimedical Hosp. & Gerontology Ctr. v. Blue Cross 452 U.S. 378 (1981).

Otter Tail Power Co. v. United States 410 U.S. 366 (1973).

Silver v. NYSE 373 U.S. 341 (1963).

United States v. National Association of Securities Dealers 422 U.S. 694 (1975).

United States v. Borden 308 U.S. 188 (1939).

Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP 540 U.S. 398, (2004).

Komisyon Kararları

Ahmed Saeed Case 66/86 (1989) ECR 803.

Air Cargo, Case COMP/39.258 [2010].

Deutsche Telekom, OJ L 263 (2003).

ENI, COMP/39.315 (2010).

E.ON Gas, COMP/39.317 (2010).

Fire Insurance (D) Case IV/30.307 (1984) OJ L 35, [1985].

Gas de France, COMP/39/316 (2010).

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

Telekomunikacja Polska COMP/39.525 (2011) OJ L 324 [2011].

RWE Gas, COMP/39.402 (2010).

GM ve ABAD Kararları

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

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

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

Diğer Kaynaklar

“Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu ile Rekabet Kurumu Arasındaki İşbirliği Protokolü”, 02.11.2011.

Commission of the European Communities, Report on Competition in Professional Services, COM (2004) 83, 09.02.2004.

Communication from the European Commission, Services of General Interest in Europe, OJ 2001 C17/4, 19.01.2001.

Council Regulation No 4064/89 of 21 December 1989 on the Control of Concentrations between Undertakings, OJ L 395, 30.12.1989.

2013 yılı AB İlerleme Raporu, 16 Ekim 2013, SWD (2013) 417, Brüksel.

REKABET KURUMUNUN CEZA YÖNETMELİĞİ TASLAĞI: HUKUK VE EKONOMİ PERSPEKTİFİNDEN BİR DEĞERLENDİRME

THE DRAFT FINE REGULATION OF THE TURKISH COMPETITION
AUTHORITY:
AN ANALYSIS FROM LAW AND ECONOMICS PERSPECTIVE

Kerem Cem SANLI*

Öz

Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Kararları ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek İdari Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik, 2009 yılından bu yana uygulanıyor olmasına rağmen, Türk Rekabet Hukuku uygulamasında ciddi bazı tartışmalara yol açmıştır. Yönetmelik, yaptırım politikasında caydırıcılık yaratmak ve tutarlılığı sağlamak üzere, aslında oldukça iyi niyetlerle yürürlüğe girmiştir. Fakat büyük ölçüde Rekabet Kurulunun tutarlı olmayan yorumu yüzünden, bu amaçların sağlanamayacağı kısa sürede ortaya çıkmıştır. Bu durumda, yeni bir Yönetmelik ihtiyacı ortaya çıkmıştır ve incelediğimiz yönetmelik değişikliği taslağı da işte böyle bir arka plan içerisinde hazırlanmıştır. Bu metin önemli değişiklikler içermektedir. Temel değişiklik teşebbüs cirosunun değil; teşebbüsün ihlalle ilişkili piyasadaki cirosunun esas alınacak olmasıdır. Yeni düzenlemeye göre, Rekabet Kurulu ihlalle ilgili piyasada teşebbüs tarafından elde edilen cironun %30'una kadar ceza vermeye yetkilidir ve ihlalin ağırlığı ceza oranının takdirinde temel faktör olarak belirlenmiştir. Ağır ihlaller için de üst eşiğe yakın orandan ceza verilmesi esası benimsenmiştir. Bu politika değişikliği iki açıdan isabetlidir: Optimal caydırıcılık ve hukuki ihtiyaç. İlgili piyasa cirosu, ihlalden elde edilen kâr ilgili piyasadan elde edildiğine göre, cezanın belirlenmesinde daha doğru referans noktasıdır. İkinci olarak, mevcut Yönetmelik'in temel sorununun teşebbüs cirosu olduğu dikkate alınırca, ihlalle ilişkili piyasanın referans alınması muhtemelen daha tutarlı bir uygulamayı beraberinde getirecektir.

Anahtar Kelimeler: Rekabet Hukuku, Rekabet Kurumu, Yaptırım Politikası, Ceza Yönetmeliği, Optimal Caydırıcılık.

Abstract

The Fine Regulation has been in force since 2009 and despite its short history, it has given rise to controversies in Turkish Competition Law doctrine. Yet the Regulation was enacted with good intentions: To increase the deterrence and create consistency in fining practice. However, it has soon become clear that

* Yrd. Doç. Dr., İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi ve İstanbul Bilgi Üniversitesi Rekabet Hukuku ve Politikası Uygulama ve Araştırma Merkezi Müdürü.

these aims weren't attainable mainly due to Competition Board's unpredictable interpretation. Hence a need for a new legislation has emerged. The Draft Fine Regulation's preparation has this background. The Draft has brought drastic changes in method for setting fines. The main change is that the market turnover is taken as a proxy for calculating fines. According to the Draft, the Competition Board has an authority to determine up to %30 of the undertaking's turnover in relevant market. For severe infringements upper bound of %30 will be taken as a baseline. This change seems to be correct on two grounds: optimal deterrence and legal necessity. Market turnover is a better proxy for setting fines from economic perspective considering that the profit is accumulated from the relevant market. Secondly, taking market turnover criterion as a main reference will likely bring consistent implementation, given that unpredictability stems from the current "undertaking's turnover" criterion.

Keywords: Competition Law, Turkish Competition Authority, Enforcement Policy, Fine Regulation, Optimal Deterrence.

GİRİŞ

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (Kanun veya RKHK) 16. maddesi, Rekabet Kuruluna (Kurul) para cezalarının belirlenmesinde önemli bir takdir yetkisi vermektedir. Kurul, esasa ilişkin ihlalin söz konusu olması durumunda teşebbüsün cirosunun %10'una kadar idari para cezası verebilmektedir. Her ne kadar Kanun, cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilecek bazı faktörler sıralamışsa da, gerek bu ölçütler, gerekse Kabahatler Kanunu hükümleri, takdir yetkisini azaltacak vasfa sahip değildir. Nitekim 2009 yılına kadarki Kurul uygulamasına bakıldığı zaman, idari para cezalarının tutarlı bir şekilde takdir edilmediği ve caydırıcılığın sağlanmadığı söylenebilir.

Nitekim Kurul da bu fikirde olacak ki, 2009 yılı başında yaptırım politikasında esaslı değişikliğe işaret eden iki yeni Yönetmeliği yürürlüğe sokmuştur. Bunlardan ilki "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Kararları ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek İdari Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" (Yönetmelik veya Mevcut Yönetmelik)¹, diğeri ise "Kartellerin Ortaya Çıkarılması İçin İşbirliği Yapılması Hakkında Yönetmelik"² (Pişmanlık Yönetmeliği)². Bu iki metin incelendiği zaman, cezaların belirlenmesinde Kurul'un takdir yetkisinin büyük ölçüde sınırlandığı ve ceza takdirinin objektif ölçütlere bağlandığı görülmektedir. Yaptırım politikasında yapılan bu değişiklik ile amaçlanan caydırıcılığın artırılması dışında, cezaların şeffaf bir usul içerisinde belirlenmesi

¹ Bkz. 15.2.2009 tarih ve 27142 sayılı RG.

² Bkz. 15.2.2009 tarih ve 27142 sayılı RG.

ve tutarlılığın sağlanmasıdır. Nitekim bu amaçlar, Yönetmelik'in gerekçesinde (m. 4/a, m.4/c) açık bir şekilde ifade edilmiştir.

Fakat geçtiğimiz beş senelik süreçte, bu amaçlara ulaşıldığını söylemek güçtür. Yönetmelik'in uygulanmasında ciddi sorunlar yaşanmış ve ne yazık ki tutarlılık, şeffaflık ve caydırıcılık tam olarak sağlanamamıştır. Uygulanan para cezalarında oransal bir artış olmamış, karteller açısından dahi ceza oranları 2009 yılı öncesi dönem ile aynı seviyede tatbik edilmiştir. Şeffaflık ve tutarlılık noktasında bir ölçüde iyileşme olduysa da, bu hususlarda da tam bir başarıdan bahsedilemez. Kartel kavramına, cironun belirlenmesine ve hatta teşebbüs kavramına ilişkin tutarsız bazı uygulamalar tartışma yaratmıştır. Muhtemelen bu sorunlar, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un İhlali Halinde Verilecek İdari Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik Değişikliği Taslağı'nın (Taslak Yönetmelik veya Taslak)³ hazırlanmasına gerekçe teşkil etmektedir. Rekabet Kurumu (Kurum), 2014 yılı başında, Taslak Yönetmelik'i tartışmaya açmış ve ilgililerden görüş talep etmiştir. Nitekim, bu makale de, Rekabet Kurumuna tarafımızca iletilen görüşün akademik yazım kurallarına göre genişletilmiş halinden ibarettir.

Bu görüşün, makale haline dönüştürülmesinin iki amacı vardır. İlk olarak Taslak'ın öngördüğü değişikliklerin kamuoyuna aktarılması hedeflenmiştir. Bu bağlamda Mevcut Yönetmelik ile Taslak arasındaki farklara işaret edilmiş, bu farkların olası nedenleri incelenmiş ve Taslak hükümleri etrafında idari para cezasının nasıl belirleneceği izah edilmiştir. Ayrıca mukayeseli hukuktaki örnekler ve özellikle AB Rekabet Hukukundaki mevzuat incelenmiş ve karşılaştırmaya yer verilmiştir. İkinci olarak ise normatif açıdan Taslak hükümleri ve temel politika değişikliği değerlendirilmiştir. Buradaki görüşlerimiz, büyük ölçüde hukuk ve ekonomi perspektifini esas almaktadır. Bu çerçevede optimal caydırıcılık (*optimal deterrence*) kuramı çerçevesinde Taslak'ın öngördüğü (temel para cezasının belirlenmesi, ağırlaştırıcı ve hafifletici hallerin uygulanması, caydırıcılık ve ödeme gücüne dair) değişikliklerin yerinde olup olmadığı analiz edilmiştir. Bunun ötesinde hukuk tekniği açısından da inceleme yapılmış ve değişiklikler hakkındaki olumlu ve olumsuz hususlara dikkat çekilmiştir.

Baştan genel görüşümüzü ifade etmek gerekirse, Taslak'taki temel politika değişikliğinin (temel cezanın belirlenmesi) ekonomik ve hukuki açıdan isabetli olduğunu düşünüyoruz. Mevcut Yönetmelik'in henüz beş senedir uygulanıyor olmasından bahisle değişiklik ihtiyacının ivedi olup olmadığı tartışılır olmakla

³ Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un İhlali Halinde Verilecek İdari Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik Değişikliği Taslağı, <http://www.rekabet.gov.tr/ile/?path=ROOT%2fDocuments%2fG%C3%BCncel%2fk%C4%B1lavuzlar%2fcezaaa.pdf>, Erişim Tarihi: 24.01.2014.

birlikte, uygulamada ciddi bazı aksaklıklar vardır. Taslak, bu aksaklıklara büyük ölçüde (*iyimser öngörü*) çözüm getirmektedir. Ayrıca Taslak'ın, Avrupa Birliği (AB) Komisyonunun 2006 yılı Ceza Kılavuzu'nu esas alması da son derece olumludur. AB hukukundaki içtihatlar, Taslak hükümlerinin yorumunda önemli bir referans kaynağı olacak ve bu da tutarlı uygulama ihtimalini arttıracaktır.

Fakat Taslak Yönetmelik'in, yaptırım politikasındaki aksaklıklara ancak bir ölçüde çözüm getirebileceğini belirtelim. Asıl önemli olan, Taslak'ın lafzından ziyade, bu metnin Kurul tarafından somut olay bazında tutarlı ve amaca uygun yorumudur. Bu ise, ancak gerekçeli kararlarda Taslak hükümlerin nasıl anlaşıldığının ve uygulandığının izahatı ile mümkün olur. Aksi halde Taslak, sağladığı geniş takdir yetkisi çerçevesinde, rekabet hukukunun tamamen etkisizleşmesine neden olabilir (*kötümser öngörü*). Kötümser senaryonun ortaya çıkmaması için, Danıştay'ın da içtihatlarına paralel olarak⁴, Kurul gerekçeli kararlarında cezayı nasıl takdir ettiğini açıklamalıdır. Hatta bu konuda Kanun'da yapılacak bir düzenleme ile ceza takdirinin gerekçeli kararda yazılması zorunluluğu getirilebilir. Bu türden bir düzenleme, şeffaflığa ve hukuk güvenliğine hizmet edecektir.

Sistematik olarak aşağıda öncelikle Taslak Yönetmelik'in öngördüğü temel politika değişikliklerini ele alıyor, mukayeseli hukuktaki bazı örneklerle yer verdikten sonra da Taslak hükümlerini normatif açıdan değerlendiriyoruz. Burada önce optimal caydırıcılık kuramının temel ilkelerini aktarıyor, akabinde de Taslak hükümlerinin yerindeliğini bu ilkeler ışığında analiz ediyoruz. Sonrasında da, hukuk tekniği açısından Taslak hükümlerinin isabetini irdeliyoruz. Belirtelim ki Mevcut Yönetmelik bakımından da dillendirilen, cezaların kanuniliği ilkesini bu çalışmada ele almıyoruz. Kanun'daki hüküm karşısında bu tartışmanın Kanun Tasarısı bağlamında yapılması gerektiğini düşünüyoruz. Son olarak, Yönetmelik yaptırım politikasının ancak bir parçasıdır. Bu politikadaki aksaklıkların bir kısmı (teşebbüs cirosu, cezaların kanuniliği ilkesi, yöneticilerin cezalandırılması, ciro yılı vs.), Yönetmelik değil, Kanun'dan kaynaklanmaktadır. Şu anda RKHK'da önemli değişiklikler öngören Kanun Tasarısı'nın TBMM'de görüşülmekte olduğu dikkate alınır, Taslak Yönetmelik'in bekletilmesi ve Kanun Tasarısı ile birlikte ele alınması, hem yasama tekniği hem de tutarlık ve bütünsellik açılarından daha doğru olur.

⁴ Danıştay 13. D. 2.4.2012 tarih ve E. 2010/4769 sayılı *TEB* kararı.

1. GENEL TESPİTLER

Taslak hükümlerini incelemeyen önce Taslak'ın geneliyle ilgili temel bazı tespitlere yer vermek isabetli olur. Taslak, cezanın belirlenmesinde Mevcut Yönetmelik'e paralel bir sistematik (yöntem) öngörmekle birlikte, muhteva olarak önemli farklar içermektedir. Bu nedenle yeni bir yönetmelik ile düzenleme yapılması isabetli bir yasama tekniğidir. Taslak'ın yaptırım politikasında pratikte esaslı bir değişikliğe neden olup olmayacağını zaman gösterecek olmakla birlikte, öngörülen farklı ölçütler çerçevesinde kayda değer değişiklik getirebileceğini düşünüyoruz.

Taslak'ın öngördüğü temel değişiklik cezanın belirlenmesinde teşebbüs cirosu yerine teşebbüsün ilgili piyasadaki cirosunun (ve %30 tavan eşliğinin) esas alınmasıdır. Bu iki değişikliğin, (süre hükmünü de dikkate aldığımızda) ceza tutarlarında esaslı farklar yaratması muhtemeldir. Bu hükümler ve yeni caydırıcılık hükmü çerçevesinde, Mevcut Yönetmelik'ten tamamen farklı cezaların ortaya çıkabileceğini öngörüyoruz. Bu bilhassa cirosunu ağırlıklı olarak ihlalin gerçekleştiği piyasadan elde eden teşebbüsler açısından geçerlidir.

Taslak, AB Komisyonunun 2006 yılında benimsediği Avrupa Birliği Ceza Kılavuzundan (AB Ceza Kılavuzu) esinlenmiştir. Hatta esinlenmenin ötesinde, Taslak'ın AB Ceza Kılavuzu ile (birkaç fark dışında) tamamen aynıyet gösterdiği söylenebilir⁵. Bu nedenle AB Komisyonu ve AB Mahkemelerinin AB Ceza Kılavuzu'nun yorumunda benimsediği ilkeler, ülkemiz açısından yol gösterici olacaktır.

Taslak, cezanın belirlenmesinde Kurul'un takdir yetkisini bir ölçüde arttırmıştır. Bu bilhassa temel para cezasının belirlenmesi (%30'a kadar-ağır ihlal kavramı), caydırıcılık ve ödeme güçlüğü hükümlerinde kendini göstermektedir. Her ne kadar, ağırlaştırıcı ve hafifletici haller açısından takdir yetkisi sınırlanmışsa da (tavan sistemi)⁶, bu üç hüküm ceza miktarını daha çok etkilediği ölçüde Kurul'un takdir yetkisi genişlemiştir. Takdir yetkisinin genişlemesinin, bir ölçüde belirsizliği arttırdığı söylenebilir. Şüphesiz bu önermemiz, Kurul'un tutarlı içtihatlar benimsemesi halinde geçerli olmayacaktır. Zira Taslak, takdir yetkisinin kullanılmasında dikkate alınacak unsurları da açıklamaktadır. Fakat

⁵ Bkz. aşağıda "4.1. Avrupa Birliği Hukuku" başlıklı kısımdaki açıklamalar.

⁶ Ağırlaştırıcı haller açısından (tekerrür haricinde) %100 ve hafifletici haller açısından da %75 tavan olarak belirlenmiştir. Bu tür bir sınırın mehz hukukta yer almadığını belirtelim. Tavan sistemi, sadece ağırlaştırıcı haller değil, baz ceza ve nihai ceza için de geçerlidir.

geçmiş dönemdeki bazı açılardan tutarsız uygulamayı⁷ dikkate alırsak, Taslak'ın hukuki belirsizlik açısından eleştiriye açık olduğu iddia edilebilir⁸.

2. ÖNEMLİ DEĞİŞİKLİKLER

Taslak hükümleri ile Mevcut Yönetmelik mukayese edildiği zaman, otuz civarında değişiklik göze çarpmaktadır. Bu değişikliklerin az bir kısmı şekle ve sistematığe ilişkin olup, çoğu “esas”, yani cezanın belirlenmesini etkilemektedir. Burada belli başlı değişiklikler Taslak'ın öngördüğü sistematik çerçevesinde kısaca izah edilecektir.

2.1. Temel Para Cezasının Belirlenmesi

Temel para cezasının belirlenmesinde dört önemli fark vardır:

- Temel para cezasının belirlenmesinde teşebbüs cirosu yerine ilgili piyasa cirosu ölçütü benimsenmiş ve oran olarak da, %30 tavanı getirilmiştir. Kurul teşebbüsün ihlal ile doğrudan veya dolaylı olarak ilgili piyasadan elde ettiği cironun %30'una kadar baz ceza⁹ takdir edebilir. İhlal tiplerine dair öngörülen referans aralıkları terk edilmiş, kartel ve diğer ihlaller ayırımı yerine; ağır ihlal ve diğer ihlaller (veya hafif ihlal) ayırımı getirilmiştir. Takdir yetkisi bu hüküm çerçevesinde artmakla birlikte, ihlalin ağırlığı ile neyin kastedildiği daha kapsamlı açıklanmış ve ağır ihlaller için üst sınıra yakın bir oran belirlenmesinin kural olduğu belirtilmiştir.
- Temel para cezasının iki aşamalı belirlenmesi sistemi muhafaza edilmiştir. Önce baz ceza, akabinde sürenin dikkate alınması ile temel ceza belirlenir.

⁷ Rekabet Kurulunun yaptırım politikasının gerek 2009 Ceza Yönetmeliği gerekse akabindeki dönem itibarıyla tutarlı olmadığı hakkında yaygın bir kanaat söz konusudur. Bkz. bu konuda SANLI K.C. (2009), Rekabet Hukuku Yaptırım Politikasında Yeni Dönem: Ceza ve Pişmanlık Yönetmelikleri, XII Levha Yayinevi, İstanbul, Türkiye; ARI H., G. KEKEVİ ve E. AYGÜN (2008), “Rekabet Kurulunun Kartellere Uyguladığı Para Cezalarının Değerlendirilmesi”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VI* içinde, Kayseri, Rekabet Kurumu Yayını No:216, s.119-184; KEKEVİ G. (2014), “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK) m.16/3 Uyarınca Para Cezası Verilmesine İlişkin Rekabet Kurulu ve Danıştay Kararlarının Ceza Yönetmeliği Bağlamında Değerlendirilmesi”, *Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu III* içinde, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, Ankara, s.41-74; GÜNDÜZ, H. (2012), “Fines in Turkish Competition Law: Has the Lottery Ended”, *Rekabet Dergisi*, No:13(4), s. 52-58; ARI, H. ve E. AYGÜN (2009), “Rekabet Kurulu'nun Ceza Yönetmeliği: Yeni Bir Dönemin Ayak Sesleri”, *Rekabet Dergisi*, No:10(4), s. 10-15; EROĞLU, M. (2012), “2011 Yılındaki Gelişmelerin Değerlendirilmesi”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-X* içinde, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, s. 165-173.

⁸ İlgili piyasanın belirlenmesine alt ve üst sınır getiren hükümler ile bu belirsizliğin bir ölçüde azaltıldığını da hemen belirtelim.

⁹ Baz ceza ile kastedilen sürenin etkisinin henüz dikkate alınmadığı ceza miktarıdır. Sürenin etkisi dikkate alındığında ceza miktarı temel ceza adını alır.

Baz cezaya dair referans aralıkları, Mevcut Yönetmelik'te zararın ağırlığı ve teşebbüslerin gücü (ve diğer) ölçütlerine göre belirleniyorken, Taslak ihlalin ağırlığı ölçütünü getirmiş ve bunu da açıklamıştır. Buna göre ihlalin ağırlığı, teşebbüslerin 1-piyasa gücü, 2-ihlalin niteliği ve 3-zarar ölçütleri dikkate alınarak belirlenir. Dolayısıyla; Mevcut Yönetmelik'ten farklı olarak ihlalin niteliği de, baz cezayı etkileyen bir faktör olarak eklenmiştir. Bu, muhtemelen ihlal tipine bağlı referans oranlarının terk edilmesi üzerine yapılan bir değişikliktir. Taslak daha da ileri gitmiş ve zarar faktöründen de ne anlaşılacağını açıklamıştır. Buna göre: a-coğrafi piyasanın kapsamı, b-teşebbüslerin toplam büyüklüğü ve c-ihlalin uygulanıp uygulanmadığı dikkate alınarak zarar büyüklüğü belirlenir.

- Üçüncü önemli değişiklik, şüphesiz sürenin etki biçimidir. Mevcut Yönetmelik süreye göre iki çarpan benimsemişken (%50 ve %100), Taslak sene çarpanını benimsemiştir. Dolayısıyla baz cezanın süreye göre 7-8 kat artması olasıdır. Bu, sürenin ceza üzerindeki etkisini arttırmaktadır. Taslak, ağır ihlal kavramını getirmiş ve eskiden kartel tanımı kapsamında sayılan eylemler ağır ihlal olarak vasıflandırılmıştır. Bu iki kavram arasında iki önemli fark vardır. İlki, alım ve satım koşullarının (fiyat dışındaki) ağır ihlal olarak nitelendirilmiş olmasıdır. Bu klasik olarak kartel kapsamında yer almayan bir anlaşma tipidir. İkinci olarak kartel tanımındaki anlaşma konuları tahdididir. Oysa Taslak “gibi” kavramına yer vererek Kurul’un takdir yetkisini genişletmiştir. Bunun dışında, arzın kısılması, ihalelerde danışıklık, piyasa paylaşımı ve fiyat tespiti hükümleri aynen muhafaza edilmiştir. “Ağır ihlal için %30’a yakın belirleme yapılır” denilerek, baz cezanın belirlenmesindeki takdir yetkisi sınırlanmıştır. Bu çerçevede “*de facto*” hafif ve ağır ihlal ayrımı benimsenmiş olmaktadır.

2.2. Ağırlaştırıcı Haller

Ağırlaştırıcı hallere ilişkin hükümde (Taslak, m.7) hem oranlar, hem de hallerde değişiklik vardır. Buna göre:

- Mevcut Yönetmelik'te yer alan “soruşturma kararının sonrasında ihlale devam” ve “incelemeye yardımcı olmama” başlıklı ağırlaştırıcı haller kaldırılmıştır. Bunlar artık ceza miktarını etkilemeyecektir. Tekerrür, ihlale zorlama ve taahhütlere uymama ise, bazı değişiklikler ile muhafaza edilmiştir. Örneğin tekerrür ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Mevcut Yönetmelik'te yer alan “ihlale zorlama” kavramı, belirleyici etki başlığı altında zikredilmiş ve buna ilişkin geniş bir tanım verilmiştir. Örneğin ihlalde başlatıcı olmak

veya rakipleri güdülemek de belirleyici etki kapsamına alınmış ve zorlama dışında, başka haller de ağırlaştırıcı hal olarak kabul edilmiştir.

- Ağırlaştırıcı hallerin temel ceza üzerindeki etkisi yine ikili ayrıma tâbidir: Tekerrür ve diğerleri. Tekerrür, cezanın %100'e kadar artırılması nedenidir ve (7. maddedeki) üst sınıra tâbi değildir. Mevcut Yönetmelik tekerrürün %50 ila %100 arasında bir artışa neden olacağını hükme bağlamaktadır. Bu açıdan tekerrürün tatbikinde alt sınır kaldırılarak takdir yetkisi artmıştır. Keza tekerrür, en önemli ağırlaştırıcı hal olma özelliğini korumaktadır. Mevcut Yönetmelik'te taahhütlere uymama %50 ilâ %100; zorlama ise %25'e kadar artırıma neden oluyorken, bu fark kaldırılmış ve diğer ağırlaştırıcı hallerin, %50'ye kadar etkili olması öngörülmüştür. Burada da herhangi bir alt sınır yoktur¹⁰. Bu çerçevede Kurul'un takdir yetkisinin üst sınır açısından daraltıldığını; alt sınır açısından genişlediğini söyleyebiliriz.

2.3. Hafifletici Haller

Hafifletici hallere ilişkin hükümde (Taslak, m.8) hem oran, hem de konu açısından değişiklik vardır. Buna göre:

- “İhlal konusu faaliyetlerin yıllık gayri safi gelirler içerisindeki payının çok düşük olması” başlıklı hafifletici neden doğal olarak Taslak'ta yer almamaktadır. Keza, ikinci fıkradaki başka bir kartel hakkında bilgi verilmesi ve diğer ihlallere ilişkin aktif işbirliği hükümleri Taslak'ta yoktur. Fakat hemen belirtelim ki Taslak'ın 8/1(c) hükmü yasal yükümlülüğün kapsamı dışında işbirliği yapılmasını hafifletici hal olarak öngörmüştür¹¹. Hükümün geniş kapsamı çerçevesinde bu kaldırılan iki halin kolaylıkla Taslak'ın 8/1(c) hükmü kapsamında görülmesi mümkündür. Bunun dışındaki dört hafifletici hal muhafaza edilmiş ama bazı değişiklikler yapılmıştır¹². Örneğin, diğer ihlallere son verilmesi ile neyin kastedildiği açıkça belirtilmiş; zarar tazminine ilişkin olarak tam ve gönüllü tazmin şartları kaldırılmıştır. Yeni bir hafifletici hal öngörülmüştür: Buna göre teşebbüsün ihlale katılımı (süre haricinde) daha sınırlı ise, bu da bir indirim nedenidir.
- Taslak'ın 8. Maddesinde hafifletici hallerin her biri için 1/3'e kadar indirim yapılacağı ve toplamdaki indirimin de 3/4'ten fazla olmayacağı belirtilmiştir. Bu çerçevede iki değişiklik söz konusudur. İlk olarak, hafifletici hallerin her

¹⁰ Mevcut Yönetmelik'te, “ihlale zorlama” dışındaki tüm ağırlaştırıcı haller açısından alt sınır bulunmaktaydı.

¹¹ Hükümün lafzı tam olarak şu şekildedir: “Pişmanlık Yönetmeliği kapsamı dışında ve yasal yükümlülüğün ötesinde Kurul ile işbirliği yapılması”.

¹² Dolayısıyla Mevcut Yönetmelik'teki 6 hafifletici hal, 5'e inmiş, 3 değişiklik yapılmıştır.

biri için (aynen ağırlaştırıcı hallerde olduğu gibi) bağımsız indirim oranı tatbik edilecektir. İkincisi Mevcut Yönetmelik'te 1/4 ila 3/5 aralığı kaldırılmıştır. Dolayısıyla aynı zamanda indirim oranının alt sınırına yer verilmemiştir. Bu hüküm çerçevesinde, alt sınır olmadığı için Kurul indirim nedenlerinin ceza üzerindeki etkisini “az” takdir edebilir.

2.4. Yeni Düzenlemeler

Taslak, Mevcut Yönetmelik'te yer almayan tamamen yeni iki kurum ihdas etmiştir. İlki caydırıcılık başlığı altında yer almaktadır ve özetle iki halde ceza miktarının arttırılabileceği öngörülmektedir (Taslak, m.9). İlki, farklı piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüsler açısından ceza miktarı arttırılabilir. Bu Mevcut Yönetmelik'teki “ihlal konusu faaliyetlerin yıllık gayri safi gelirler içerisindeki payının çok düşük olması” başlıklı indirim nedeninin simetrisidir. İkincisi ise, ihlalden elde edilen kazancın cezadan yüksek olması veya piyasa cirosunun ihlaldeki ağırlığı yansıtmamasıdır.

Diğer kurum ise teşebbüsün ceza nedeniyle ödeme güçlüğüne düşmesi halinde indirim yapılmasıdır (Taslak, m.10). Burada ispat yükü teşebbüs üzerindedir ve hüküm istisnai olarak uygulanır.

2.5. Diğer Değişiklikler

Yukarıda sayılanlar dışında Taslak başka değişiklikler de getirmektedir. Örneğin Taslak'ın kapsamı daha geniştir, sadece RKHK'nin 4 ve 6. madde ihlallerine değil; uygun düştüğü ölçüde 7. madde ihlallerine de uygulanır.

Taslak, tanımlara ilişkin hükmü kısaltmıştır. Kartel, yıllık gayri safi gelir¹³, aktif işbirliği yönetmeliği, diğer ihlaller ve Kurum tanımları Taslak'tan çıkarılmıştır.

Cezanın üst sınırına ilişkin düzenleme sistematik olarak farklı şekilde yapılmıştır (Taslak, m.11). Uygulamadaki tereddütleri gidermek adına burada tüm ekonomik bütünlüğün dikkate alınacağı açıkça belirtilmiştir. Buradaki önemli bir değişiklik, ulusal değil, global cironun dikkate alınacak olmasıdır. Keza teşebbüs birliği açısından da cironun belirlenmesinde teşebbüslerin cirolarının esas alınacağını hükme bağlanmıştır.

Mevcut Yönetmelik'te 8. maddede düzenlenen çalışanlara ceza verilmesine ilişkin hüküm yerine Taslak'ta, kartel ve diğer ihlal ayırımı yapılmaksızın, teşebbüse verilen cezanın %5'ine kadar para cezası verileceği hükmü getirilmiştir. Dolayısıyla kartellerdeki %3 alt sınırı kaldırılmıştır.

¹³ Tek düzen hesap planındaki net satışlar gayri safi geliri ifade etmektedir (bkz. Yönetmelik m.3/1(f)).

2.6. Değişikliklerin Genel Olarak Tasnifi

Yukarıda kısaca özetlediğimiz değişikliklerin farklı vasıf ve işlevleri vardır. Bazı hükümler muhteva değişikliği öngörmeyip, Mevcut Yönetmelik'teki uygulama tereddütlerini ortadan kaldırmaya yöneliktir. Mesela teşebbüs birliklerinin ihlale taraf olduğu bir senaryoda, Taslak'ta, ihlalin üyelerin faaliyetlerine ilişkin olması halinde, üye teşebbüslerin ilgili piyasa cirolarının esas alınacağı belirtilmiştir. Bu hüküm, Mevcut Yönetmelik hükümlerinin uygulanmasındaki sorunları gidermeye yönelik olabilir. Keza benzer şekilde, teşebbüs cirosunun belirlenmesinde, tüm ekonomik bütünlüğün dikkate alınacağı açık ve net bir şekilde bir defa daha yer almıştır. Bu da Mevcut Yönetmelik hükümlerinin tatbikinde sorunlu alanlardan biridir¹⁴ ve hüküm bu sorunu çözmeyi amaçlamaktadır¹⁵. Yine bir başka hüküm, tekerrüre ilişkindir. Tekerrür, Taslak'taki 7. maddede ayrı bir fıkra ile düzenlenmiş ve yasaklayıcı maddelerden birinin ihlalinin ve idari kesinliğin yeterli olduğu açıkça hükme bağlanmıştır. Tekerrüre dair mevcut uygulama tutarlılık arz etmediği için¹⁶, bir ölçüde bu hükmün bunu telafi etmeyi amaçladığı düşünülebilir. Bir başka hüküm, ağırlaştırıcı ve hafifletici hallerin ardışık uygulanacağını açıkça belirtilmesidir. Mevcut Yönetmelik, bu hallerin temel para cezasına ayrı ayrı uygulanacağını açıkça belirtmesine rağmen, Kurul, önce ağırlaştırıcı sonra hafifletici halleri uygulamaktaydı¹⁷. Bu şekilde Taslak, mevcut Kurul uygulamasına ve Türk ceza hukuku ilkelerine uyumlu bir düzenleme öngörmüştür.

Taslak, başlangıç kısmındaki tanımları kısaltmakla birlikte, temel bazı kavramlar ile neyin kastedildiğini açıklamıştır. Örneğin ihlalin ağırlığı kavramı, üç faktöre göre belirlenmektedir: Teşebbüslerin piyasa gücü, ihlalin niteliği ve ihlalin neden olacağı zarar. Yine, takip eden fıkralarda ağır ihlale örnek haller sayılmıştır ve ayrıca zararın da hangi faktörlere göre belirleneceği izah edilmiştir. Keza, benzer şekilde, Mevcut Yönetmelik'te ağırlaştırıcı hal olarak yer alan ihlale zorlama Taslak'ta genişletilerek muhafaza edilmiş, belirleyici etki üst başlığı

¹⁴ Yönetmelik hükümleri açık şekilde tüm teşebbüs cirosunun esas alınacağını belirtmiş olmasına rağmen, Kurul bazı kararlarında (özellikle cironun yüksek olduğu olaylarda) sadece ilgili piyasa cirosunu esas almaktadır. Örneğin bkz. 28.10.2010 tarihli ve 10-68/1445-545 sayılı; 7.3.2011 tarihli ve 11-13/243-78 sayılı Kurul kararları.

¹⁵ Gerçi burada cironun ulusal ciro değil, global ciro olduğunu ve bunun farklılık arz ettiğini tekrar belirtelim.

¹⁶ Tekerrürün uygulanmadığı bazı kararlar için bkz. 23.6.2011 tarihli ve 11-39/838-262 sayılı, 13.7.2011 tarihli ve 11-42/911-281 sayılı ve 6.4.2012 tarihli ve 12-17/499-140 sayılı Kurul kararları.

¹⁷ Bkz. Rekabet Kurulunun 3.11.2009 tarih ve 09-51/1245-314 sayılı *Bodrum Feribot* kararı.

altında düzenlenmiştir.

Taslak ceza politikasında değişikliğe işaret eden hükümler ihtiva etmektedir. İlgili piyasadan elde edilen cironun esas alınması, %30 eşiği, sürenin ceza üzerindeki etkisi, caydırıcılık ve ödeme gücüne dair hükümler, cezaların belirlenmesinde, farklı bir döneme girildiğini göstermektedir. Hal böyle olunca bazı hükümler, yeni bazı hükümlerin uygulanmasını kolaylaştırmaya yöneliktir. Mesela ilgili piyasa cirosunun hesaplanmasında 2010/4 sayılı Tebliğ hükümlerinden yararlanılacağına dair Taslak'taki 5/2. madde hükmü bu türdür. Keza ihlale katılan teşebbüsün cirosu yoksa, Kabahatler Kanunu'nun 14. maddesinin uygulanacağını belirten hüküm de bu kapsamda düşünülebilir (Taslak, m.5/4)¹⁸.

Taslak bir yönüyle Kurul'un cezanın belirlenmesindeki takdir yetkisini arttırmakta (*ilgili piyasa-baz cezanın %30'a kadar belirlenmesi-caydırıcılık-ödeme gücü*) ama diğer taraftan bunu dengeleyen ve Mevcut Yönetmelik'te yer almayan hükümler içermektedir. Örneğin Taslak'ta (tekerrür haricinde) ağırlaştırıcı (Taslak, m.7/1) ve hafifletici hallere (Taslak, m.8/2) açık bir "tavan" (*cap*) konmuştur. Keza, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacak olan faktörler daha açık bir şekilde belirtilmiş ve bunlar tanımlanmıştır. Bu açıdan geniş takdir yetkisi ile hukuk güvenliği arasındaki gerilimin izlerini Taslak'ta görmek mümkündür.

3. TASLAK ÇERÇEVESİNDE CEZANIN BELİRLENMESİ

Mevcut Yönetmelik çerçevesinde Kanun'un 4. veya 6. maddesini ihlal eden teşebbüse uygulanacak idari para cezası, 6 aşamalı bir yöntem ile

¹⁸ Kabahatler Kanunu'nun ilgili maddesi aynen şu şekildedir: "(1) Kabahatin işlenişine birden fazla kişinin iştirak etmesi halinde bu kişilerin her biri hakkında, fail olarak idarî para cezası verilir. (2) Özel faillik niteliğinin arandığı durumlarda, kabahate iştirak eden ve bu niteliği taşımayan kişi hakkında da fail olarak idarî para cezası verilir. (3) Kabahate iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Kabahatin işlenişine iştirak eden kişi hakkında, diğerlerinin sorumlu olup olmadığı göz önünde bulundurulmaksızın idarî para cezası verilir. (4) Kanunda özel faillik niteliğini taşıyan kişi açısından suç, diğer kişiler açısından kabahat olarak tanımlanan fiilin, bu niteliği taşıyan ve taşımayan kişiler tarafından ortaklaşa işlenmesi halinde suçta iştirake ilişkin hükümler uygulanır." Bu hüküm, doğrudan ihlalden fayda sağlamamakla birlikte, ihlalin gerçekleşmesini kolaylaştıran teşebbüsler açısından uygulama alanı bulacaktır. Örneğin otomotiv sektöründe perakende seviyesinde bir kartel kurulduğunu ve karteğe taraf teşebbüslerin sayılarının çok olması ve piyasa şartları nedeniyle, kartelin uygulanmasını kolaylaştırmaya yönelik bir danışmanlık firması ile anlaşma yapıldığını varsayalım. Anlaşmaya göre, danışmanlık firması kartel anlaşmasına uyulup uyulmadığını denetlesin ve uymayanlara cezalar uygulasin. İşte bu durumda danışmanlık firmasının da ceza alması gerekir. Keza benzer olarak, danışmanlık firması aracılığı ile hassas bilgilerin paylaşılması gibi durumlarda da bu hüküm işletilecektir.

belirlenmektedir. Buna göre, teşebbüsün cirosu belirlenmekte, akabinde kartel veya diğer ihlal olmasına göre, (piyasadaki güç ve zarar faktörleri dikkate alınarak) baz cezanın oranı tespit edilmekte ve sonrasında süre çarpanı uygulanarak temel ceza bulunmaktadır. Bundan sonra ayrı ayrı, ağırlaştırıcı ve hafifletici haller uygulanmaktadır.

Taslak, büyük ölçüde bu yöntemi benimsemiş, sadece buna iki ayrı aşama eklemiştir. Kısaca belirtmek gerekirse Taslak çerçevesinde ceza belirlenirken şu aşamalar söz konusudur:

1. İlgili piyasa belirlenmesi (ihlalle doğrudan veya dolaylı ilgili piyasa)
2. Cironun tespiti (karardan önceki mali yıl net satışlar)
3. İhlal tipinin vasıflandırılması (ağır-hafif ihlal)
4. Baz ceza (hafif ihlaller: $%x < %30$; ağır ihlaller $%15 < %x < %30$)
5. Süre çarpanı dikkate alınarak temel para cezası tespiti
6. Ağırlaştırıcı hallerin uygulanması
7. Hafifletici hallerin uygulanması
8. İkincil ağırlaştırıcı ve hafifletici hal denetimi (caydırıcılık ve ödeme gücü)

Bu yöntem çerçevesinde cezanın belirlenmesinde üç unsurun belirleyici olduğu görülmektedir. İleri ilgili piyasanın tanımlanmasıdır. Piyasanın ne şekilde tanımlandığı, ceza tutarını doğrudan etkileyecektir. Burada ilgili piyasanın belirlenmesinin teknik bir analiz olmayabileceğini, önemli olan ihlalden elde edilen cironun (ve dolaylı olarak kârlılığın) belirlenmesi olduğunu belirtmek gerekir. İkinci husus, ihlalin ağırlığıdır. Kartel benzeri bir ilişki söz konusu ise, takdir yetkisi daraltılmış ve %15 üzerinde bir oranın esas alınması gerektiği belirtilmiştir. Fakat Mevcut Yönetmelik'te %0,5 ila %4 aralığının benimsendiği dikkate alınır, her durumda geniş bir oran aralığı söz konusudur. Nihayet üçüncü faktör de süredir. İhlalin süresini tespit etmek kolaydır ve bu faktör takdir yetkisine yer bırakmaz. Ancak süre, (Mevcut Yönetmelik'e kıyasla) cezanın belirlenmesinde son derece önemli bir rol oynamaktadır.

4. MUKAYESELİ HUKUK

Taslak hakkında değerlendirme yapmadan önce, referans olması açısından başta AB hukuku olmak üzere, temel bazı ceza kılavuzlarını ele almak isabetli olur. Yaptırım sistemi ülkeden ülkeye farklılıklar göstermektedir. Genellikle idari bir otorite rekabet hukukuna aykırı davranışlar hakkında yaptırım uygulamakla

birlikte, yaptırımların mahkemeler tarafından uygulandığı ülke sistemleri de bulunmaktadır.¹⁹ Ülkemizde yaptırımların Kurul tarafından uygulandığını dikkate alınarak, mukayeseye konu olabilecek bazı ülke sistemleri aşağıda ele alınmıştır. Bu amaçla, önce AB hukukunu, akabinde Alman ve İngiliz hukukundaki durumu kısaca açıklıyoruz.

4.1. Avrupa Birliği Hukuku

AB hukukunda idari para cezalarının belirlenmesine ilişkin ilk Kılavuz, 1998 yılında uygulanmaya başlanmıştır. Uygulamadaki aksayan yönlerine ilave olarak, Rekabet Hukuku Tatbikine Dair 1/2003 Sayılı Tüzük'ün yürürlüğe girmesiyle birlikte Ceza Kılavuzu'nun değişmesi ihtiyacı kendini daha da hissettirmiş ve 2006 yılında, halen yürürlükte olan 1/2003 Sayılı Tüzük'ün 23/2(a) Maddesine Göre Verilen Para Cezalarının Yönteminin Belirlenmesi Hakkında Kılavuz yayınlanmıştır (AB Ceza Kılavuzu)²⁰.

AB Ceza Kılavuzu ile Taslak hemen hemen aynıyet göstermektedir; dolayısıyla tekrardan kaçınmak için AB Ceza Kılavuzu'nun uygulama esaslarını açıklamaktan ziyade, farklı hususlar üzerinde durmak isabetli olur²¹. Göze çarpan **ilk fark**, cironun baz alındığı yıl açısından, AB Ceza Kılavuzu'nda karar yılının değil, ihlale taraf olunan yılın esas alınmasıdır. Bu hükmün varlığı, ihlale katılma yılının, kartelden elde edilen ilave kâr (veya kartelin sosyal maliyeti) için daha doğru bir referans (*proxy*) olması ile açıklanabilir²².

Baz ceza oranının belirlenmesinde temel parametre, ihlalin ağırlığıdır. İşte, **ikinci fark**, AB Ceza Kılavuzu'nda ihlalin ağırlığı unsurunun üç değil, dört parametre çerçevesinde belirlenmesidir. Taslak'tan farklı olarak AB Ceza Kılavuzu, ihlale konu davranışın uygulanıp uygulanmadığının da dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Bu faktör de, ihlalden elde edilen kâr (veya ihlalin neden

¹⁹ Mesela ABD ve Kanada gibi ülkelerde bazı rekabet hukuku ihlalleri doğrudan suç kabul edilerek, ceza hukuku kapsamında soruşturulmakta ve yaptırımlar da mahkemeler tarafından da belirlenmektedir. Örneğin ABD'de, kartellere ilişkin yaptırımlar, (genel) Federal Cezalandırma Kılavuzu kapsamında yer alan Antitröst Cezalandırma Rehberi'ne göre belirlenmektedir. Diğer bazılarında (Yeni Zelanda gibi) yine mahkemeler yaptırımları belirlemekte ve fakat ceza hukuku değil, özel hukuk yaptırımları tatbik edilmektedir.

²⁰ Bkz. 1.9.2006 tarihli OJ C.210/2.

²¹ Kılavuz'un uygulanma esasları hakkında bkz. AYGÜN, E. (2008), *Rekabet Hukukunda Para Cezaları: Teori ve Uygulama*, Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu Yayını, No: 220, Ankara.

²² Burada bir nüansa da dikkat çekmek gerekir: AB Ceza Kılavuzu, ihlalin doğrudan veya dolaylı ilişkili olduğu ürün ve hizmetlerden elde edilen cironun esas alınacağını belirtmekte; doğrudan ürün piyasası atfı yapmamaktadır. Bunun esaslı bir fark olmadığını düşünüyoruz.

olduğu sosyal maliyet) ile doğrudan ilişkili olması itibarıyla Kılavuz'da yer almış gözükmemektedir. Taslak ise bunu zarar kapsamı içerisinde bir alt unsur olarak ele almış, dolayısıyla tamamen göz ardı etmemiştir.

Üçüncü fark, ağır ihlal olarak nitelendirilen, fiyat tespiti, piyasa paylaşımı ve arzın kısılması konularındaki anlaşmalar için, AB Ceza Kılavuzu'nda giriş ücreti (*entry-fee*) adı verilen ilave bir yaptırım oranının (%15 ila 25) eklenmesidir²³. Taslak'ta da ağır ihlaller için daha yüksek bir oran öngörülmüş olmakla birlikte, farklı bir yöntem benimsenmiş; temel ceza oranının daha yüksek takdir edileceği belirtilmiştir. Nitekim, 2006 AB Ceza Kılavuzu'nun yürürlüğe girmesinden sonra kartellere karşı uygulanan cezalar %107 oranında artmıştır.²⁴

Dördüncü fark ağırlaştırıcı faktörler başlığında (Mevcut Yönetmelik'te yer alan) incelemenin engellenmesi ve işbirliği yapılmamasına ilişkin halin Taslak'ta yer almamasıdır. Bu fark, muhtemeldir ki, Kanun'un 16. maddesinde usule ilişkin öngörülen yaptırımların teşebbüsleri işbirliğine güdülemek açısından yeterli görülmesinden kaynaklanmaktadır. Bu sebeple de Taslak'ta ayrıca yer bulmamış olabilir. Öte yandan taahhütlere uymamak, AB Ceza Kılavuzu'nda yer almamaktadır. Tekerrür dışındaki diğer iki ağırlaştırıcı hal için AB metninde herhangi bir oran yer almazken, Taslak oran ve tavan (*cap*) öngörmüştür. Bu açıdan Taslak, mehaza göre takdir yetkisine daha belirgin sınırlar getirmektedir.

Beşinci fark hafifletici hallere ilişkin, AB Ceza Kılavuzu'nda yer verilen ihlal ihmal ile gerçekleştirilmesinin ayrı bir neden olarak Taslak'ta yer almamış olmasıdır. Mevcut Yönetmelik'te de yer almayan bu neden, Türk hukukunda rekabet hukuku ihlallerinin öteden beri kusur ile ilişkilendirilmemesinden kaynaklanıyor olabilir. Gerçi yaptırımların tatbiki ile hukuka aykırılığın ihdası farklı kavramlardır. Ama kusurun belirlenmesindeki güçlükler bu hususta rol oynamış olabilir.

Altıncı fark, ihlale taraf olan teşebbüsün zarar görenlerin zararını kısmen veya tamamen telafi etmesine ilişkin hükmün AB Ceza Kılavuzu'nda yer almamasıdır.

Yedinci fark, AB Ceza Kılavuzu'nun 36. maddesindeki sembolik ceza hükmünün Taslak'ta yer almamasıdır.

²³ Kabaca belirtmek gerekirse giriş ücreti, AB Ceza Kılavuzu'nun ilgili maddesindeki parametrelere göre takdir edilen temel cezaya eklenmektedir. Burada artık sene unsuru dikkate alınmamaktadır (krş. GERADIN, D. (2011), "The EU Competition Law Fining System: A Reassessment", TILEC Discussion Paper, No:2011-052, <http://ssrn.com/abstract=19375820>, Erişim Tarihi: 18.3.2014, s.10).

²⁴ Geradin 2011, s. 14, dpn. 56.

4.2. Alman Hukuku

Alman Kartel Kanunu (*GWB*), AB ve Türk Hukuklarında olduğu gibi, *GWB*'yi ihlal eden teşebbüslerin cironun belirli bir oranı üzerinden ceza alacağını hükme bağlamakta ve cezanın belirlenmesinde de rekabet otoritesine takdir yetkisi vermektedir. *GWB*'ye göre ceza tespitinde, ihlalin ağırlığı ve süre temel parametreler olarak kabul edilmektedir. *GWB*, maksimum cezanın (en ağır ihlaller açısından) teşebbüsün (karardan bir yıl önceki) global cirosunun %10'u olacağını öngörmekte (m.81/4); İdari İhlaller (Kabahatler) Yasası ise ihmal suretiyle gerçekleştirilen ihlaller için tavanı %5 olarak belirtmektedir (m.17/2).

Cezanın tespitinde ise, Türk ve AB hukuklarına paralel olarak Alman Rekabet Otoritesi yayımladığı kılavuz çerçevesinde cezaları takdir etmektedir (*GWB*, m.81/7). Pozitif hukuka baktığımızda oldukça yeni tarihli (26.6.2013) bir Kılavuz yürürlüğe girmiştir. 15.09.2006 tarihli (28/2006 numaralı) Kılavuz'u ilga eden bu yeni Ceza Kılavuzu²⁵, Mülga Kılavuz, Taslak ve AB Ceza Kılavuzu'ndan farklı esaslara dayanmaktadır.

Özetle belirtmek gerekirse, teşebbüsün ihlalle ilgili ürün ve hizmetlerden elde edilen cironun %10'u baz ceza olarak alınmakta, teşebbüsün büyüklüğüne göre belirlenen çarpanlar ile bu rakam çarpılmaktadır. Üçüncü aşamada ise, ihlal (ihlal tipi ve süresi, ihlalin etkisi, etkilenen piyasaların önemi, faillerin işbirliği derecesi) ve fail (aktif rolü, etkilenen piyasada failin konumu, niyet ve önceki ihlaller) ile ilgili (ağırlaştırıcı ve hafifletici) faktörler çerçevesinde ceza miktarı belirlenmektedir. Fakat Kılavuz bu noktada söz konusu faktörlerin ceza miktarını nasıl etkileyeceğini izah etmemektedir. Dolayısıyla Taslak ve Mevcut Yönetmelik ile kıyaslandığı zaman, Alman Ceza Kılavuzu, temel para cezasının belirlenmesinden sonraki aşamada rekabet otoritesine ciddi bir takdir yetkisi vermektedir.

4.3. Birleşik Krallık Hukuku

Birleşik Krallık (İngiliz) rekabet hukukunun ihlali üzerine uygulanacak para cezalarının belirlenmesinde, Birleşik Krallık Rekabet Otoritesi Adil Ticaret Ofisi'nin (OFT) 2012 yılında yayımladığı bir Kılavuz uygulanmaktadır.²⁶ Kılavuz, AB Ceza Kılavuzu'na (ve dolayısıyla da Taslak hükümlerine) paraleldir.

²⁵ Kılavuz değişikliği, büyük ölçüde Federal Mahkemenin 26.2.2013 tarihinde çimento karteline ilişkin vermiş olduğu *Grauzement* kararından kaynaklanmaktadır. Mahkeme ancak ağır ve en ciddi ihlallerde %10 tavan cezanın uygulanabileceğini belirtmiştir. Bu ise 2006 tarihli Kılavuz çerçevesinde cezanın bu orana kolaylıkla erişilmesi nedeniyle revizyonu gerekli kılmıştır.

²⁶ Bu Kılavuz, 1998 tarihli Rekabet Yasası'nın (*Competition Act*) 38/1. maddesi gereği çıkarılmış olup, 2004 tarihli Kılavuz'un yerini almıştır.

Buna göre, ihlalin sona ermesinden önceki yıl, ihlal ile ilgili piyasadan elde edilen cironun %30'una kadar bir oran baz ceza olarak alınmaktadır. Hangi oranın uygulanacağına ise, ihlalin ağırlığı/ciddiyeti belirleyicidir. Bu hususta ise, ürünün vasfı, piyasa yapısı, ihlale taraf teşebbüslerin piyasa payları, giriş koşulları ve ihlalin piyasadaki etkisi gibi faktörler dikkate alınmaktadır. Kartel gibi ağır ihlaller için, %30'a yakın bir oran belirlenmektedir. İkinci aşamada ihlalin süresi göz önünde tutulmakta ve ihlalin devam ettiği sene sayısı çarpanı kullanılmaktadır.

Üçüncü aşama olarak ağırlaştırıcı ve hafifletici haller uygulanmaktadır. Ağırlaştırıcı hallere baktığımız zaman, bunların Taslak düzenlemesine göre daha kapsamlı olduğu göze çarpmaktadır. Örneğin rekabet otoritesinin incelemesini geciktiren eylemler, üst düzey yönetim seviyesinin ihlaldeki rolü, incelemenin başlamasından sonra dahi ihlale devam edilmesi, ihlalin kasten gerçekleştirilmesi ve pişmanlık başvurusu yapan teşebbüse karşı misilleme yapılması faktörleri ağırlaştırıcı hal olarak öngörülmektedir. Hafifletici haller ise iki hüküm dışında benzerdir. Bunlardan ilginç olanı teşebbüsün önceden uyum programı gerçekleştirmiş olmasıdır. Şüphesiz bu hüküm, uyum programlarının değerini arttırmaktadır. İkinci farklı hafifletici hal ise, teşebbüsün davranışının ihlal olduğu hususunda gerçek bir belirsizlik yaşamasıdır. Önemle belirtelim ki, ağırlaştırıcı ve hafifletici hallerin temel ceza üzerindeki etkisi oran üzerinden belirtilmemiş; ayrıca herhangi bir tavan da öngörülmemiştir.

Ağırlaştırıcı ve hafifletici hallerin uygulanmasından sonra, ölçülülük ve özel caydırıcılık prensipleri çerçevesinde teşebbüsün finansal durumu dikkate alınarak ceza arttırılabilmektedir (dördüncü aşama). Bu noktada ise Taslak'a paralel olarak, teşebbüsün ihlal ile ilintili olmayan piyasalarda faaliyet göstermesi veya ihlalden (cezaya rağmen) menfaat sağlaması gibi faktörler dikkate alınmaktadır. Hemen belirtelim ki istisnai hallerde, ceza orantısız olmuşsa, dördüncü aşamada indirim de yapılabilmektedir. Son aşamada ise, belirlenen cezanın teşebbüsün global cirosunun %10'unu geçmemesi için ayarlama yapılmaktadır. Keza teşebbüsün finansal açıdan güç durumda olması nedeniyle cezayı ödemeyecek halde olması durumunda da cezanın indirilmesi mümkündür.

5. TASLAK HAKKINDA DEĞERLENDİRME

Yukarıda, temel olarak değişiklikleri, yeni Taslak'ın öngördüğü sistemi ve bazı hukuk sistemlerinde benimsenen yöntemleri ele aldık. Burada ise, Taslak'ın öngördüğü değişiklikler hakkında görüşümüzü belirteceğiz ve bunu iki ayrı temele dayandıracağız. Görüşümüz, esas itibarla normatif karaktere sahip olacağı için, temel aldığımız normatif ölçütü de belirtmek gerekir.

Biz, ideal yaptırım sisteminin, ekonomik temeller üzerine inşa edilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Bu nedenle “optimal caydırıcılık” (*optimal deterrence*) prensibini esas alacağız²⁷. Nitekim Mevcut Yönetmelik ve Taslak temel olarak caydırıcılığı benimsediği ölçüde (ki bu Taslak’taki 9. madde ışığında rahatlıkla ifade edilebilir)²⁸, bu politika tercihi ile uyumlu olduğunu düşünüyoruz²⁹. Mukayeseli hukuktaki durum da genel olarak bu yöndedir.³⁰

İkinci olarak ise, Taslak hükümlerini, ekonomik değer yargılarından ziyade salt hukuki açıdan ele almaya çalışacağız. Bu çerçevede Pozitif Hukuktaki ve özellikle mevcut uygulamadaki aksaklıklar bağlamında, Taslak’ın öngördüğü çözümleri değerlendireceğiz.

²⁷ Optimal caydırıcılığın rekabet hukukunda iki görünümü vardır. Bunlardan ilki (ve klasik olanı) zararı ya da ihlalin sosyal maliyetini dikkate alır. Burada davranışın verdiği zarar çerçevesinde içselleştirme hedeflenir ve amaç aynı zamanda etkin olan ve olmayan davranışların ayrıştırılabilmesidir. İkinci ise, bir anlamda davranışın sosyal maliyet doğurduğunu ve caydırılması gerektiğini varsayar. İkisi arasındaki pratik fark, ilkinde aynı zamanda doğrudan refah kaybının da (örneğin piyasadan çıkan müşterilerin refah kaybının) dışsal maliyet olarak (kaynak transferinin yanı sıra) dikkate alınmasıdır. Bu meblağ, yakalanma olasılığı çarpanı ile çarpılarak optimal ceza bulunur (bkz. bu ayrıma dair: BECKER, G. (1968), “Crime and Punishment: An Economic Approach”, *Journal of Political Economy*, No:76, s.169; LANDES, W. M. (1983), “Optimal Sanctions for Antitrust Violations”, *The University of Chicago Law Review*, No:50, s. 652 vd. Burada optimal caydırıcılık ile sosyal maliyet doğurduğu varsayılan eylemlerin caydırılması amacının güdüldüğünü, içselleştirmenin hedeflenmediğini varsayıyoruz. Ayrıca bkz. Aygün 2008, s. 11 vd.; ALLAIN, M. L., M. BOYER, K. RACHIDI ve J. P. PONSSARD (2013), “Are Cartel Fines Optimal? Theory and Evidence from European Union”, Cirano Scientific Publications, Paris, France, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2342180, Erişim Tarihi: 18.3.2014, s.3.

²⁸ Bkz. aynı yönde: Gündüz 2012, s.49; Aygün 2008, s.45.

²⁹ Bu prensibin (başta bilgi problemi ve mevcut hukuk sistemi olmak üzere) kısıtları olduğu herkesçe bilinmektedir, bu nedenle bunları ayrıntıları ile ele almıyoruz. Yaklaşımımızla ilgili belirtilmesi gereken ikinci husus, sadece temel değişikliklerin (temel cezanın belirlenmesi) ele alınacak olmasıdır. Bu çerçevede Mevcut Yönetmelik’i ve bunun işleyişini referans alıyoruz ve tüm değişiklikleri irdelemiyoruz. Nihayet üçüncü husus, yaptırım politikası ve optimal caydırıcılık salt Yönetmelik hükümlerinden ibaret değildir. Kanun hükümleri ve özel hukuk yaptırımlarının da dikkate alınması gerekir. Bunu ise (bu türden faaliyetin kapsamı nedeniyle) ancak kısmen yapabileceğiz. Fakat yaptırım politikasının bütünsel bir yönü olduğu hatırdta tutulmalıdır.

³⁰ Bkz. bu konuda ICN (2008), “Setting of Fines For Cartels in ICN Jurisdictions, Report to the 7th Annual ICN Conference”, ICN Working Group on Cartels, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc351.pdf>, Erişim Tarihi: 9.3.2014 s.8, 9. Keza bkz. ICN (2005), “Building Blocks for Effective Anti-Cartel Regimes, Report to the 4th ICN Annual Conference, ICN Working Group on Cartels, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>, Erişim Tarihi: 9.3.2014, s. 52 vd.

5.1. Optimal Caydırıcılık

5.1.1. Genel Bakış

Hukuk ve ekonomi³¹ perspektifinden bakıldığı zaman, rekabet hukukunun ihlali halinde verilecek cezanın ne olması gerektiği sorusuna verilecek yanıt kavramsal olarak basittir. Ceza, teşebbüsün ihlalden elde ettiği (*ekonomik*) faydadan (*ilave kârdan*) fazla olmalıdır ($Ceza > tekel\ kârı$)³². Teşebbüsler rasyonel olduklarına göre, ilave kâr elde edeceklerini düşünerek rekabet hukukunu ihlal ederler. Bu nedenle teşebbüsün caydırılması isteniyorsa ilave kârdan daha fazla bir maliyetin (idari yaptırım yoluyla) teşebbüse yüklenmesi gerekir. Dolayısıyla optimal yaptırım tatbik edilecekse, rekabet otoritesinin, ihlale taraf olan teşebbüs ya da teşebbüslerin ihlal öncesi karar denklemine (*decision-making function*) göre yaptırımı kurgulaması gerekir³³.

Bu noktada göz önünde tutulması gereken en önemli husus, teşebbüsün yaptırımı muhatap olma ihtimalinin genellikle %100'den düşük olmasıdır. Bu durumda yaptırımın cezaya eşit olması, yeteri caydırıcılık sağlamaz. Mesela ancak her 5 ihlalden 1'i ortaya çıkarılıyor ve teşebbüs bunu biliyorsa, kendisinin yakalanma olasılığı 1/5'tir (%20). Bu durumda yaptırım uygulanma olasılığı da %100 değil, %20'dir. Hal böyle olunca da, teşebbüs yaptırımı bu orana göre ıskonto edecektir. Yaptırım, teşebbüsü caydırmak amacıyla davranış öncesi karar denklemini baz alınarak kurgulandığına göre, (*tekel kârından fazla olan*) ceza

³¹ Hukuk ve ekonomi hakkında geniş bilgi için bkz. SANLI K.C. (2007), *Hukuk ve Ekonomi ve Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi*, Arıkan Yayınevi, İstanbul, Türkiye, s.9-92.

³² Önemle belirtelim ki, rekabet hukuku uygulamasının tek maliyeti ceza miktarı değildir. Hukukun uygulanması ile birlikte, bunun bir reputasyon etkisi olabileceği gibi, teşebbüsün soruşturma ve yargılama ile ilgili bazı maliyetlere katlanması da kaçınılmazdır. Bunlar da optimal yaptırım tespit edilirken dikkate alınmalıdır. Yukarıda basitlik adına bu parametreleri göz ardı ediyoruz.

³³ Bu söylediklerimizi denklem ile somutlaştırmak da mümkündür. Kabaca teşebbüs, kartele taraf olmanın sağlayacağı fayda ile maliyetini marjinde mukayese edeceğine göre, denklemin bir tarafında kartele taraf olduğu diğer tarafında olmadığı kurguyu belirtmek gerekir. Bu ise: $pU(Y-F) > (1-p)U(Y)$ şeklinde ifade edilebilir. Burada "p" yakalanma olasılığını, "U" failin fayda fonksiyonunu, "Y" kartelin sağlayacağı ilave geliri ve "F" yaptırımın maliyetini göstermektedir. Eğer sol taraftaki değer daha ağır basarsa, teşebbüs hukuka aykırı davranmayacaktır. Rekabet otoritesi, burada sadece "p" ve "F" değişkenlerini etkileyebilmekte; fakat bunun dışındaki parametreleri müdahale edememektedir. Krş. WILS, W.P.J. (2007), "The European Commission's 2006 Guidelines on Antitrust Fines: A Legal and Economic Analysis", Public Lecture King's College London, Center of European Law, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=962654, Erişim Tarihi: 9.3.2014, s.18; WILS, W.P.J. (2006), "Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice", *World Competition*, No:29(2), http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=883102, Erişim Tarihi: 10.3.2014.

miktarının 5 ile çarpılması gerekir. Bu çarpan, rekabet hukukunu ihlal etmeyi teşebbüsler için kârsız hale getirip, caydırıcılık sağlayacaktır³⁴.

Bu noktada belirleyici olan parametre, ihlalden elde edilen ilave kârdir³⁵. Somut ihlalin ortaya çıkarılması olasılığı esas alınarak belirlenen çarpan ile bu kârın çarpımı halinde, caydırıcılık için yeterli olan tutara ulaşılmış olur. Teşebbüs *ex ante* bu tutar ile rekabet hukukunu ihlalinden elde edeceği faydayı marjinde mukayese eder ve bu tutar (işlem, yargılama ve hatta risk sakınma dikkate alındığı zaman) teşebbüsü hukuka aykırı eylemden vazgeçirir³⁶. Hatta eğer rekabet hukukunun ihlali bir itibar (*stigma effect*) etkisine neden oluyorsa bu da ilave maliyet olarak karar denkleminde yer alır.

Örnekleme gerekirse, teşebbüsün normalde piyasadaki faaliyetlerinden 100 Türk Lirası (TL) gelir elde ettiğini, bunun %10'unun kâr olduğunu düşünelim. Rekabet hukukuna aykırılık, mesela kartele taraf olmak, ciroda %10'luk bir artış sağlasın (yani kârlılık %100 artsın). Yakalanma olasılığının da %20 olduğunu düşünelim. Şimdi böyle bir durumda yaptırımın en azından 40 TL olması gerekir. Zira teşebbüs kartele taraf olduğu her durumda değil, ancak 1/5 olasılıkla yaptırma tabi olacak; 4/5 olasılıkla da tekel kârını elde edecektir. Bu bağlamda senede 8 TL (beklenen) ilave kâr sağlayacak, ceza 40 TL'den düşük; örneğin 30 TL olduğu bir durumda rekabet hukuku yaptırımı 6 TL (30 x 1/5) olacağı için ihlal (diğer başka maliyetler yüksek olmadığı sürece) kârlı olacaktır. İkinci olarak ihlal 1 değil; 3 sene sürdüğü zaman tekel kârını üç ile çarpmak gerekecektir³⁷. Dolayısıyla optimal yaptırımının süre faktörünü de bu şekilde dikkate alması şarttır. Örneğin bu basit senaryoda, *ex post* yaptırımın tutarı 1 sene sürüyorsa 40 TL'den fazla mesela 50 TL; üç sene sürüyorsa 150 TL olmalıdır.

³⁴ Ödeme gücü sorununun olmadığı ve rekabet hukukuna aykırı davranışın sınırlarının hatasız olarak belirlendiği bir senaryoda, cezanın çok daha fazla artırılması da (ekonomik) caydırıcılık açısından önerilebilir. Böyle bir senaryoda, aslında cezanın hangi faktörlere göre belirlendiği de önemsizdir. Yeterince yüksek olması kaydıyla, tek bir ceza tutarı da öngörülebilir. Hatta cezanın bu şekilde artırılması, ihlalleri ortaya çıkarma maliyetlerini azaltacağı ölçüde ekonomik açıdan verimliliği de sağlar. Zira cezanın artırılması görece maliyetsiz ama teşebbüslerin ihlalinin ortaya çıkarma (pişmanlık gibi kurumlara rağmen) maliyetlidir. Ama gerçekte bu şartlar gerçekleşmediği için, cezanın yukarıda önerdiğimiz denkleme göre, olayın özelliklerini dikkate alacak şekilde belirlenmesi şarttır (ayrıca bkz. Allain vd. 2013, s.4).

³⁵ Bu kârı elde etmek de kesin olmadığı için, kâr da beklenen kâr olarak ifade edilmelidir. Dolayısıyla kartelin beklenen kârı, yakalanma olasılığı ile ters ilişki halindedir. Yakalanma olasılığı 1/5 ise; kâr elde etme olasılığı da 4/5'tir.

³⁶ İhlal birden fazla teşebbüsün ortak katılımı ile gerçekleşiyorsa, bazı teşebbüsler için ihlalin beklenen maliyetinin, bunun beklenen faydasından daha düşük olması halinde dahi, caydırıcılık sağlanabilir.

³⁷ Gerçi şunu da belirtelim, bazı ampirik çalışmalar süre geçtikçe kartelde kârlılığın azalabileceğine işaret etmektedir.

Dikkat edilirse, teşebbüsün kartele taraf olmadığı dönemdeki cirosunu dikkate aldığımız zaman, caydırıcı olacak yaptırımın tutarı, cironun yarısından fazla olmalıdır. Keza 3 sene sürmüşse, teşebbüsün cirosunun 1,5 senelik cirosunun ceza olarak belirlenmesi gerekir. Bu rakamlar ilk bakışta yüksek gözükabilir. Fakat bu örnekteki rakamlar, özellikle karteller açısından muhafazakâr denebilecek değerleri ifade etmektedir. Yapılan çalışmalar, kartelin tekel kârının ortalama %20'ler; kartel süresinin de 6 ila 8 sene civarında olduğuna işaret etmektedir. Bu çalışmalarda varılan sonuçların doğru olduğunu kabul edersek, kartellerle mücadele açısından, Kanun'daki idari yaptırıma dair hükümler çerçevesinde³⁸, ne Yönetmelik ne de Taslak hükümlerinin caydırıcılık yaratacağını söyleyebiliriz³⁹.

İlgili piyasadan elde edilen ciro çerçevesinde belirlenen ceza, ciroya göre kâr oranının (yüksek ortalama maliyetler veya dolaylı vergiler nedeniyle) düşük ve talep elastikiyeti esnek olan sektörler açısından caydırıcılık yaratabilir. Keza kartel dışındaki ihlaller açısından da ilgili piyasa cirosunun %30'una kadar yapılan oran takdiri, caydırıcı olabilecektir. Ama olağan bir kartel senaryosunda, Mevcut Yönetmeliğe göre belirlenen alışlageldik ciro oranları (%1 veya %2) veya Taslak Yönetmeliğe göre belirlenecek %30 oranı, yeterli olmayabilir⁴⁰.

5.1.2. Teorinin Tatbikine İlişkin Sorunlar ve Pratik Uygulama

Görüldüğü üzere optimal caydırıcılık teorisi ilk bakışta basit gözükmektedir. Fakat cezanın bu kurama göre takdir edilmesinde, muhtelif komplikasyonlar vardır⁴¹. İlk olarak, her ihlal tipinde elde edilecek tekel kârı farklılaşır⁴². Hatta ihlal tipleri arasında bu açıdan standart sapma yüksektir. Bazı ihlal tipleri, teşebbüsler

³⁸ Özel hukuk yaptırımlarının etkin bir şekilde uygulanması halinde bu önermenin geçerli olmadığını belirtelim.

³⁹ Bunun istisnası, Yönetmelik açısından ihlalin gerçekleştiği piyasanın, teşebbüsün toplam cirosu içerisinde düşük paya sahip olması ve buna rağmen Yönetmelik'te yer alan hafifletici nedenin uygulanmamasıdır.

⁴⁰ Nitekim AB Ceza Kılavuzu açısından da benzer görüş bkz. SMUDA, F. (2012), "Cartel Overcharges and Deterrent Effect of EU Competition Law", ZEW Discussion Paper No:12-050, <http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp12050.pdf>, Erişim Tarihi: 18.4.2014.

⁴¹ Aygün 2008, s. 15 vd.

⁴² Mesela bu konuda AB'de ortaya çıkarılan kartellere ilişkin yapılan bir çalışmada dahi, karteller arasında ciddi farklılıklar olduğu görülmüştür. Çalışmaya göre, karteller ortalama 8 sene sürmekte –en uzun 71 sene– ve üyelerin uyguladığı fiyatın %20.70 ila %18.37'si kartel kârını (ilave kârlılık) oluşturmaktadır. Fakat örneğin Kuzey (%15.36) ve Güney Avrupa'da (%26.94-%24.67) gerçekleşen kartellerde ilave kârlılık farklılaştığı gibi, uluslararası (%24.71) ve ulusal (%16.39) karteller açısından da farklı kârlılıklar söz konusudur. Keza süreler de farklılaşmaktadır. Örneğin Kuzey Avrupa'da kurulan karteller daha uzun (13.51 sene); buna karşılık Güney Avrupa'daki karteller daha kısadır (3.26-2.67 sene). Bkz. Smuda 2012.

için çok kârlıdır ve kâr derhal gerçekleşebilir. Bazı ihlal tiplerinde ise (dışlayıcı uygulamalar) ihlalin sağlayacağı ilave kâr kısa dönemde gerçekleşmez. Ayrıca bu gibi hallerde kârın kapsamının belirlenmesi olağanüstü güçtür. Bilhassa teşebbüsün sağladığı mal veya hizmetlerde (telekom ve akaryakıtta olduğu gibi), ciddi bir vergi yükünün olduğu durumlarda bunun ayrıştırılması sorun teşkil edebilir. Nitekim bu nedenle mukayeseli hukuk ve Türk hukukunda kâr yerine ciro referans alınmaktadır. Fakat dolaylı gösterge olması nedeniyle, ciro ihlalin sağladığı kârlılık için optimal olmayabilir. Bu yüzden, baz oran takdirinde ve ağırlaştırıcı ve hafifletici haller bağlamında, kârlılığın hedeflendiği gözden kaçırılmamalıdır.

İkinci olarak, “ihlalin yaptırıma tabi tutulması olasılığını” belirlemek son derece güçtür⁴³. Mesela kartellere ilişkin bazı çalışmalar, kartellerin ortaya çıkarılma olasılığını %10 ilâ %20 aralığında olduğunu belirtse de⁴⁴, bu verilerin güvenilirliği şüphelidir. Diğer ihlal tipleri açısından ise oran vermek güçtür. Ama dışlayıcı uygulamalar ve dikey anlaşmalar için, oranın %50’nin üzerinde olduğu herhalde kabul edilebilir. Dolayısıyla yakalanma olasılığı (aynen tekel kârında olduğu gibi) ihlal tipine göre değişmektedir ve sağlıklı bir veri elde etmek zordur.

Üçüncü olarak ihlalin varlığı halinde sadece idari yaptırımlar değil aynı zamanda özel hukuk yaptırımları (ve sınırlı olarak ceza hukuku yaptırımları) uygulanmaktadır. Bu yaptırımların etkileşim halinde fail ya da failleri etkileyeceği düşünülürse, idari yaptırımın belirlenmesinde bunların dikkate alınması gerekir. Fakat bu iki kurumsal yapı arasında herhangi bir bağın olmaması⁴⁵ ve tazminat

⁴³ Allain vd. (2013), s.13, 14.

⁴⁴ Bu konuda 1961-1988 yılları arasındaki ABD Adalet Bakanlığının soruşturduğu kartellere ilişkin yapılan bir çalışma, kartellerin ortaya çıkarılma olasılığının %13 ila %17 arasında bir yerde olduğunu ortaya koymaktadır (Bkz. BRYANT, P.G. ve E. WOODROW, JR. (1991), “Price Fixing: The Probability of Getting Caught”, MIT Press (der), *Review of Economics and Statistics* içinde, No:(70)3, s.531-536. AB hukukuna ilişkin yapılan ve daha yeni tarihli verileri (1969-2007) de kullanan bir çalışma ise, olasılığın %13 civarında olduğunu tahmin etmektedir: Bkz. EMANNUEL, C., C. MONNIER ve R. LEGAL (2008), “Cartels: The Probability of Getting Caught in The European Union”, Working paper, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1015061, Erişim Tarihi: 24.02.2014; ABD açısından sonraki çalışmalar soruşturma tekniklerindeki ilerleme ve özellikle pişmanlık programları çerçevesinde kartellerde yakalanma olasılığının arttığına işaret etmektedir: Bkz. MILLER, N. (2009), “Strategic Leniency and Cartel Enforcement”, *American Economic Review*, No:99(3), s.750, 760, uluslararası karteller için aynı yönde bkz. CONNOR J. M. ve C. G. HELMERS (2007), “Statistics on Modern Private International Cartels, 1990-2005”, Working paper, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1103610, Erişim Tarihi: 24.2.2014; Ayrıca bkz. Allain vd. (2013), s.14; Smuda 2012, s. 19.

⁴⁵ Buna tek istisna, rekabet hukukunu ihlal eden teşebbüslerin, zarar görenlerin zararlarını kısmen veya tamamen gidermesinin hafifletici hal olarak öngörülmesidir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı’nda da, tazminatın belirlenmesi noktasında pişmanlık uygulamasına ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Ama bu iki düzenleme haricinde iki yaptırım sistemi arasında bir ilişki yoktur.

davalarının görülmesindeki belirsizlikler göz önünde tutulursa, idari yaptırımın belirlenmesinde özel hukuk uygulamasının nasıl dikkate alınacağı tamamen belirsizdir.

Bir başka komplikasyon, ihlalden dolayı uygulanan yaptırımdan, ihlalde doğrudan payı olan yönetici ve çalışanın (gerektiği kadar) etkilenmeme ihtimalidir. Yaptırım, neredeyse her zaman teşebbüse uygulanır. Oysa bazı ihlaller doğrudan çalışan ve yöneticiler tarafından gerçekleştirilir. Eğer hissedarlar, çalışanlarının davranışlarını gözetleme ve denetleme imkânına sahip değilse⁴⁶, ceza riskine rağmen, ihlal bu kişiler için kârlı olabilir. Teknik açıdan acente maliyetleri (*agency costs*) nedeniyle çalışan ihlalin maliyetini dışsallaştırmakta ve gerektiği gibi para cezası caydırıcılık yaratmamaktadır⁴⁷. Nitekim bu durum, ekonomik açıdan neden bireylerin de cezalandırılması gerektiğini izah etmektedir.

Dolayısıyla bu ve burada yer vermediğimiz muhtelif nedenlerden⁴⁸ ötürü ekonomik açıdan optimal yaptırımı tatbik etmek güçtür. Ceza Yönetmeliği nasıl kaleme alınırsa alınsın, karar denklemini etkileyen tüm faktörlerin gereği gibi yansıtılmasının güçlüğü nedeniyle, kaçınılmaz olarak, bazı ihlaller açısından yaptırım gereğinden fazla caydırıcı; diğerleri açısından ise daha az caydırıcı olma riski taşıyacaktır.

Fakat temel amaç caydırıcılık ise, tüm bu sorunlara rağmen yukarıdaki yöntemden daha isabetli veya uygun bir alternatif yoktur. Bu çerçevede rekabet hukukuna aykırı davranan teşebbüsün karar almadan önceki fayda fonksiyonun kurgulamak güçse de, optimal yaptırımın temelini oluşturan faktörlerin referans oluşturması isabetlidir. Bu çerçevede cezanın belirlenmesinde, teşebbüsün ihlalden elde ettiği tutar, caydırıcılığı esas alan sistemin ana unsurudur. Şüphesiz ihlalden elde edilen tutar, zaman faktörüne göre değiştiğine göre, bunun da dikkate alınması gerekir. Nihayet yakalanma olasılığı da, ihlal kararını doğrudan etkilediği için mutlak suretle göz önünde tutulmalıdır.

Salt bu faktörler yeterli midir? Optimal yaptırım, somut olayın özelliklerini dikkate aldığı için, hukuka aykırı davranan teşebbüsün fayda fonksiyonunu etkileyen başkaca hususların cezanın belirlenmesinde nazara alınması düşünülebilir. Mesela teşebbüsün ihlale sınırlı katılması veya teşebbüsün ihlal olup olmadığı hususunda tereddüde düşmesi ya da ihmâl suretiyle hukuka aykırı

⁴⁶ Şüphesiz bu durum, belirli ölçeğin üzerindeki ticari şirketlerde gerçekleşecektir.

⁴⁷ Krş. Geradin 2011, s.16, 20.

⁴⁸ Örneğin, ihlal ile birlikte teşebbüs için sadece ceza maliyeti değil, aynı zamanda soruşturma ve yargılama ile ilgili maliyetler de doğar ve bu maliyetler hiç de düşük değildir. Bunun dışında risk sakınan bir teşebbüs söz konusu ise, risk sakınma maliyetinin de dikkate alınması gerekir.

davranması, tekrür gibi haller ihlal kararı öncesinde fayda fonksiyonunu etkiler⁴⁹. Somutlaştırmak gerekirse, teşebbüsün ihlalin varlığı konusunda tereddüde düşmesi veya ihmal suretiyle hukuka aykırı davranması, onu gizleme olasılığını azaltır. Buna karşılık tekrür tam aksi yönde etki yapar⁵⁰. Zira ihlali tekrür eden teşebbüsün, gizleme olasılığı daha fazla olduğu gibi; önceki ihlal ya da ihlallerin teşebbüs için yeterli derecede caydırıcılık yaratmadığı söylenebilir. Bu durumda tekrür nedeniye yaptırımın artırılması ekonomik açıdan makuldür.

Bunun haricinde yaptırım (veya genel olarak yaptırım politikası) sadece ihlal kararı değil; ihlal kararının verilmesinden ve hatta incelemenin veya soruşturmanın başlatılmasından sonraki karar ve davranışları etkilemek için kullanılabilir⁵¹. Zira belirli, tanımlanan bazı davranışlar nedeniyle yaptırımın artırılması veya azaltılması, teşebbüsleri istenilen şekilde (*delilleri vermek, ihlalde belirleyici etki yapmamak, diğer teşebbüsleri zorlamamak vs.*) davranmaya güdüleyebilir. Bu da, ihlalin neden olduğu sosyal maliyeti azaltabilir veya kamu kaynaklarının daha etkin kullanılmasına hizmet edebilir. Mesela teşebbüsün zararı tazmin etmesi ilk duruma veya rekabet otoritesi ile işbirliği yapması ikinci duruma örnek gösterilebilir. Bu anlamda yaptırım politikası, (sadece ihlal değil) teşebbüsleri ihlal kararı sonrası etkin davranmaya güdülemek için kullanılabilir.

5.1.3. Optimal Caydırıcılık Kuramı Işığında Taslağın Öngördüğü Temel Politika Değişikliğinin Değerlendirilmesi

5.1.3.1. Temel Cezanın Belirlenmesi

Bu başlık altında, temel para cezasına ilişkin olarak, Taslak'ın öngördüğü değişiklik ele alınacaktır. Taslak, teşebbüs cirosu yerine, ihlal ile ilintili piyasadandan elde edilen cironun baz alınacağını belirtmiştir. Bu politika tercihi, yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, ekonomik açıdan isabetlidir⁵². Zira teşebbüsün ihlal ile

⁴⁹ WILS, W. P. J. (2013), "Recidivism in EU Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis", *World Competition*, No: 35(1), <http://ssrn.com/author=456087>, Erişim Tarihi: 25.02.2014, s.12.

⁵⁰ Bkz. Wils 2013, s.8.

⁵¹ Biraz daha açalım: ihlal kararı ile kastedilen, teşebbüsün ihlal edip etmemeye ilişkin verdiği karardır. Bu kararı etkilemek yaptırım politikasının temel hedefidir. Ama ikincil bazı hedefler de gütmek mümkündür. Teşebbüs bir kere ihlal etmeye karar verdikten sonra, onun ihlal teşkil eden davranışını erken bırakmasını sağlamak veya kamunun kolay inceleme yapmasını kolaylaştıran davranışlar yapmaya sevk etmek, ikincil hedefler arasında sıralanabilir. İşte ağırlaştırıcı ve hafifletici haller de bu tür kararları etkilemek için kullanılabilir.

⁵² Nitekim AB hukukundaki 2006 Ceza Kılavuzu'nun kabul edilmesinden sonraki tartışmalar açısından da temel cezanın belirlenmesi usulünün optimal caydırıcılık açısından isabetli olduğu fikri benimsenmiştir. Bkz. CONNOR, J. M. (2013), "Cartel Fine Severity and the European Commission: 2007-2011", *European Competition Law Review*, No:34, <http://ssrn.com/abstract=2249010>, Erişim Tarihi: 18.3.2014, s.6.

ilgili piyasadaki cirosu, teşebbüsün ihlalden elde ettiği kâr ile doğrudan ilişkilidir. Bu cironun ihlalin özelliklerine göre uyarlanabilir olması, Rekabet Kurulu'na, kabaca da olsa optimal yaptırım uygulama imkânı verir. Buna karşılık Mevcut Yönetmelik hükümlerine göre teşebbüs cirosunun esas alınması halinde, ancak bazı hallerde optimal yaptırım belirlenebilir⁵³. Bu nedenle temel politika değişikliğinin isabetli olduğunu düşünüyoruz. Nitekim yukarıda ele aldığımız, AB, Alman ve İngiliz Hukukları bu yaklaşımı benimsemişlerdir⁵⁴.

Bu noktada şüphesiz dikkate alınması gereken bir husus, hangi zamanın cirosunun esas alındığıdır. Doğal olarak, ihlalin gerçekleştiği zaman sürecinde elde edilen ciro, en isabetli göstergedir. Zira ihlal kararı alırken, teşebbüs ihlalle ilgili ilave kârlılığı dikkate alır. Optimal yaptırım açısından isabetli gözüken tercih budur. AB, İngiliz ve Alman Ceza Kılavuzları da bu zaman dilimini esas almış gözükmektedir. Taslak hükümlerine baktığımızda ise, Kanun'daki düzenlemeyi dikkate alarak (RKHK, m.16), nihai karardan bir yıl önceki cironun esas alınacağı açıkça belirtilmiştir. Şüphesiz Yönetmelik hükmünün Kanun'a aykırı bir hüküm içermesi beklenmez; bu nedenle hükmün isabetini tartışmıyoruz. Fakat tutarlı bir düzenleme yapılması isteniyorsa, Kanun'daki ilgili hüküm değiştirilmelidir. Zira nihai karardan önceki yıl, neredeyse her zaman, teşebbüsle ilgili ihlal iddiasının Kurum tarafından incelendiği döneme tekabül etmektedir. Bu dönemde ise ihlalin bitmiş olması münasebetiyle cironun referans değeri zayıftır⁵⁵. Bu çalışmanın kaleme alındığı sırada, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde RKHK'da ciddi değişiklikler öngören bir Kanun Tasarısı görüşülmektedir. Bu Tasarı'da yapılacak bir değişiklikle gereken uyum sağlanabilir.

⁵³ Teşebbüs cirosu, ancak teşebbüsün temel cirosunu ihlal ile ilgili piyasalardan elde ettiği bir durumda optimal yaptırım kuramı açısından anlamlıdır. Bunun dışındaki hallerde bu ciro doğru bir referans noktası değildir.

⁵⁴ Bkz. "4.1. Avrupa Birliği Hukuku" başlıklı kısımdaki açıklamalar. Ayrıca sadece incelediğimiz bu üç sistemde değil, Çek Cumhuriyeti (Bkz. UOHS Guidelines of the Office for the Protection of Competition on the Method of Setting Fines, <http://www.uohs.cz/en/competition/antitrust/guidelines-on-the-method-of-setting-fines.html>, Erişim Tarihi: 9.3.2014), ABD, Japonya, Avusturya, İsviçre, Fransa, Kore ve Rusya'nın da aralarında bulunduğu 15 ülke sisteminde ihlalle ilgili piyasanın esas alındığını belirtelim: Bu konuda bkz. ICN (2008), "Setting of Fines for Cartels in ICN Jurisdictions Report to the 7th ICN Annual Conference Kyoto", <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc351.pdf>, Erişim Tarihi: 9.3.2014.

⁵⁵ Burada inceleme esnasında cironun, ihlalin gerçekleştiği süredeki cirodan fazla ya da az olması mümkündür. Dolayısıyla mesele sadece caydırıcılık değil, doğru ve tutarlı değerlerin referansının esas alınmasıdır.

Öte yandan şu notu da düşelim: Kanun'un 16. maddesinde yapılan tercihin, hukuki belirliliği esas aldığı, ihlalin ne zaman sonlandığına dair açık ve net bir zaman bulunmaması ihtimaline binaen bu düzenlemede karar kılındığı söylenebilir. Açıkçası bu önermenin geçerliliği, Kurul kararları çerçevesinde ampirik bir araştırma ile doğrulanabilir; biz (bu tür bir çalışma yapmaksızın) ihlalin sona erme tarihinin belirlenmesinde bir zorluk olmadığını düşünüyoruz. İkinci bir husus ise, bazı ihlaller açısından tekel kârının ihlal dönemi ile (yani eylemin yapıldığı zaman) ilgili olmayabileceği savıdır. Bu geçerli bir savdır ama bu komplikasyonu dikkate alarak optimal yaptırım belirlenmesi olasılığı düşüktür⁵⁶.

Üçüncü olarak değerlendirilmesi gereken husus, %30 referansıdır. Taslak, AB ve İngiliz Ceza Kılavuzlarına uyumlu olarak, bu miktarı belirlemiştir. Ekonomik açıdan bakıldığı zaman, cironun hangi oranının alınacağı, hukuka aykırı davranışın sağladığı kâr ve yakalanma olasılığı ile ilgilidir. Bu parametreler ise ihlale göre değişir. Taslak, bu değişkenliği dikkate alarak baz cezanın esnek bir şekilde belirlenmesine imkân tanımıştır. Bu ekonomik açıdan isabetlidir⁵⁷. Örneğin bir dikey ihlal ile kartel arasında bu açıdan fark gözetilmelidir. Taslak'ta yer alan %30 tavanı ise, cezaların belirlenmesinde öngörülebilirlik sağlamayı hedeflemektedir⁵⁸. Bu rakamın optimal olup olmadığı hususunda bir değerlendirme yapmak güç olmakla birlikte; karteller açısından, bunun muhafazakar bir “*tavan*” olduğunu söyleyebiliriz. Bu nedenle, tipik bir kartel için Taslak çerçevesinde belirlenecek cezanın, ağır ihlal kavramına rağmen, yeteri derecede caydırıcı olmama ihtimali vardır⁵⁹. Fakat caydırıcılık hükmü (Taslak, m.9), bu yetersizliği bertaraf etme imkânı vermektedir. Diğer ihlaller açısından ise, tavanın ekonomik

⁵⁶ Örneğin yıkıcı fiyatlandırma yapılması durumunda ihlal döneminde teşebbüsün kâr elde etmesi bir kenara, uyguladığı fiyatlar maliyetlerini karşılamayacaktır. Bu nedenle de ihlal döneminin esas alınması, doğru bir referans olmaktan uzaktır. Bu gibi hallerde, ileride gerçekleşmesi muhtemel kâr referans alınarak bir ceza takdirini yapılması teorik olarak mümkünse de, bunun belirsizliği ve neden olacağı maliyet dikkate alındığı zaman bu türden bir yasama tercihi yapılması isabetli değildir. Bu gibi hallerde ancak ağırlaştırıcı haller veya Taslak'ta da benimsenen caydırıcılık hükmü çerçevesinde optimal yaptırma yakın bir uyarlama yapılabilir.

⁵⁷ Krş. Wils 2013, s. 12.

⁵⁸ Öngörülebilirlik ise, iktisadi açıdan belirsizliği azalttığı ölçüde riskten kaynaklanan maliyeti azalttığı gibi, teşebbüslerin daha doğru kararlar vermesini sağlar. Bu nedenle ekonomik açıdan (yanlış bir seviye olmadığı sürece) değerlidir.

⁵⁹ Ancak düşük kârlılığın söz konusu olduğu piyasalar açısından %30 rakamı makul bir tavan olabilir. Örneğin 100 TL fiyatın 10 değil; 3 TL'si kâr olsun ve fiyat elastikiyetine de bağlı olarak kartelin fiyatları ancak 105 TL yapabildiğini varsayalım. Yakalanma olasılığının 1/5 olduğunu düşünersek, optimal baz cezanın 20 TL (ve cezanın da: süre x 20) olması yeterlidir. Bu durumda tavan, optimal ceza uygulanmasına engel değildir.

açından isabetsiz olduğu söylenemez⁶⁰. Burada ekonomik açıdan asıl mühim olan baz (ve temel) cezanın nasıl takdir edileceğidir.

Dikkate alınması gereken dördüncü faktör, %30 tavanı içerisinde, baz cezanın nasıl takdir edileceğidir. Taslak, oranın, *ihlalin ağırlığı* faktörüne göre belirleneceğini belirtmiş, bunu da kısmen tanımlamıştır. Tahdidi olmayacak şekilde, piyasa gücünü, ihlalin niteliğini, ihlal neticesinde gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zarar unsurları ağırlığın belirlenmesindeki faktörler olarak sayılmış; aynı zamanda “*ağır ihlal*” kavramı öngörülmüştür. Bu çerçevede ihlal ağır ise, ki Taslak bunu tanımlamaktadır, oran %15 ve üzerinden başlayacak ve tavana yakın olarak takdir edilecektir. Bu takdir edilirken de yine yukarıda saydığımız üç faktör ve özellikle ihlal nedeniyle gerçekleşecek zarar dikkate alınacaktır. Mukayese etmek gerekirse, AB Hukukunda AB Komisyonu, karteller açısından %17’den başlayan bir baz ceza oranı takdir etmekte ve buna diğer unsurların yanı sıra %15 ilâ %25 arasında bir giriş cezası eklemektedir. Sonuç olarak ceza oranları ciroya göre oldukça yüksek değerlere ulaşmaktadır⁶¹. Kurul’un ağır ihlaller karşısında nasıl bir politika izleyeceğini zaman gösterecektir, fakat AB Komisyonunun tavrının referans olabileceğinde şüphe yoktur. Öte yandan ihlal ağır değil, hafifse, o zaman alt sınır olmaksızın bir oran takdir edilebilir.

Bu sistemde bahsedilen “ağır ihlal” büyük ölçüde kartel tanımıyla örtüşmektedir. Bu anlamda kartellerin ağır ihlal olarak vasıflandırılarak tavana yakın bir orandan yaptırıma tabi kılınması, (yukarıdaki çekinceyle birlikte) optimal yaptırım kuramı ile uyumludur. Bu noktada, ağır ihlal tanımının kartelden farklı olduğunu ve Kurul’un “ihlalin ağırlığına dair ölçütler” çerçevesinde “ağır ihlal” tipleri yaratabileceğini belirtelim. Kurul’un bunu yaratırken, ihlalin kârlılığını özellikle dikkate alması gerekir.

İhlalin ağırlığı ölçütünü değerlendirmek gerekirse, kullanılan kavramlar yoruma açık olmakla birlikte, özellikle zarar ve ihlalin niteliği faktörlerinin ekonomik teori ile uyumlu olduğu söylenebilir. Biraz açalım: Zararın az ya da fazla olması, doğrudan, ilave kârın ölçeğine ilişkindir. Rekabet hukukuna aykırı ihlallerin neden olduğu zarar, salt ekonomik zarar vasfını taşıdığı için, zarar

⁶⁰ Ne yazık ki, karteller dışındaki ihlaller için, bildiğimiz kadarıyla yakalanma olasılığı ve ilave kârlılık parametrelerinin ortalama değerlerine dair bilimsel bir çalışma yoktur. Fakat diğer ya da hafif ihlaller açısından yakalanma olasılığı genellikle 1’e yakındır. Tekelci fiyatlandırma gibi bazı RKHK 6. madde ihlalleri dışında da kârlılığın karteller seviyesinde gerçekleşmesi ihtimali düşüktür. Bu nedenle %30 tavanı optimal olandan daha az caydırıcılığa neden olmaz.

⁶¹ Connor 2013, s.11. Yazar AB Komisyonunun 2006 Ceza Kılavuzu sonrasında ceza oranlarının genel olarak arttığını belirtmekte ve bazı kartellerde global cironun %412’si (*Marine Hose*) gibi olağan dışı rakamlara ulaşmaktadır. Bkz. mesela Connor 2013, s. 27.

ölçeği aynı zamanda kaynak transferine yani teşebbüsün “ilave kârlılığına” dair (genellikle) bir referans mahiyetini taşır⁶². Daha fazla zarar, teşebbüsün ihlalden daha fazla kâr elde etmesi anlamına gelir ki, optimal yaptırım kuramı çerçevesinde bu baz cezanın daha ağır takdir edilmesini gerektirir. Diğer taraftan muhtemel zarar da ayrıca zikredilmiştir. Zararın muhtemelen gerçekleşecek olması halinde, baz cezanın daha düşük takdir edilecek olması doğaldır.

Burada belki de eleştirilebilecek bir husus, zararın belirlenmesinde coğrafi zararın kapsamına yer verilmesidir. Zarar esasen parasal bir husustur ve ihlalden etkilenen kişi sayısı (veya daha doğru olarak tüketici refahı ile) ile ilgilidir. Bunun ise daha ziyade (her zaman değil) ciro (ve pazar büyüklüğü) ile ilişkili olduğu açıktır. Bu zararın belirlenmesinde, coğrafi piyasanın büyüklüğünün dikkate alınması isabetli gözükmemektedir.

İhlal tipi ile neyin kastedildiği tam olarak belirli değildir. Bununla ihlalin RKHK 4. (yatay-dikey) veya 6. maddeye dayanıp dayanmadığı ve/veya dışlayıcı veya sömürücü olup olmadığı kastediliyor olabilir. Biz bu noktada, ihlalin gizli kalıp kalmaması yani hukuka aykırı davranışı gerçekleştiren teşebbüslerin bunları gizleme güdüsü ile hareket edip etmediklerinin dikkate alınmasını öneriyoruz. Bu bir ölçüde sömürücü ve dışlayıcı uygulamalar bu ölçüte uygun bir tasniftir ve ihlal tipi bu şekilde yorumlanabilir. Zira dışlayıcı (rekabet karşıtı) eylemlerde gizleme olasılığı çok düşük iken, sömürücü eylemlerde daha yüksektir. İhlalin bu tipine göre baz cezanın takdir edilmesi de ekonomik teori ile uyumlu olacaktır.

Teşebbüsün piyasa gücünü değerlendirmek gerekirse, piyasa gücüne sahip teşebbüsün ihlali gerçekleştirme (yani başarıya ulaşma) olasılığı, genel olarak görece bu güce sahip olmayan teşebbüslere göre fazladır. Bu anlamda özellikle birden fazla teşebbüsün ihlale taraf olduğu bir durumda, bu teşebbüsler arasında baz cezanın farklılaştırılması açısından uygun bir ölçüt olabilir. Bu çerçevede, açık olmamakla birlikte, optimal yaptırım teorisine uyumlu bir şekilde yorumlanabilir.

Her durumda şunu belirtelim, biz son tahlilde bu kavramların yoruma açık olduğunu ve somut olayda her birinin, diğerinden soyutlanarak matematiksel olarak baz cezanın belirlenmesinde dikkate alınacağını öngörmüyoruz. Fakat, Yönetmelik’te yer verilen kavramların boş yere kullanılmadığını ve somut olayda bu faktörlerin titizlikle yorumlanmasının gerektiğini düşünüyoruz.

⁶² Burada şunu not olarak düşelim, rekabet hukukunun ihlali, aynı zamanda doğrudan etkisizliğe (*dara kaybına*) de neden olur. Bu ise kaynak transferi değil, net refah kaybıdır. Bunun dikkate alınması ise, doğrudan ilave kâra tekaül etmez. Keza kârlılığa transfer edilmesi mümkün olmayan başka zararlar (*kalite azalması* vs.) da doğabilir.

Baz cezanın belirlenmesinde Taslak'ta yer almayan ama yer verilmesi mümkün olan bir başka unsur, ürünün vasfıdır. Her ne kadar piyasa gücü kapsamında mütalaa edilmesi mümkünse de, elastikiyeti katı olan ve temel ihtiyaç maddesi olan, yaygın bir şekilde tüketilen ve (maliyet ve fiyatı ile kıyaslandığı zaman) olağan üstü tüketici refahı sağlama potansiyeli olan ürün ve hizmet piyasalarıyla ilişkili ihlaller açısından, baz cezanın daha ağır takdir edilmesi düşünülebilir. Örneğin akaryakıt ve demir-çelik gibi temel girdilerle ilişkili olan veya ekmek, kömür gibi nihai tüketim mallarıyla ilişkili ihlaller ile dalış hizmeti, köpek maması, mobil pazarlama, veya pırlanta gibi ürünlerle ilişkili ihlaller aynı kefeye konulmamalıdır. Tüketici refahını ve kamu yararını gözeten bir yaptırım politikası, ilk tip ürün ve hizmetler için daha yüksek bir baz cezayı öngörmelidir. Fikrimizce bu hususun Taslak'ta ayrıca belirtilmesi, caydırıcılık açısından önemlidir⁶³.

Son husus **süre** faktörüdür. Taslak sürenin etkisini Mevcut Yönetmelik'ten tamamen farklı bir şekilde belirtmiştir. Bu düzenleme ekonomik teori (optimal yaptırım) ile genel olarak uyumludur. İhlalden elde edilen ilave kâr, ihlal ne kadar sürdüyse, bu süre dikkate alınarak belirlenebilir. Taslak da sene çarpanını benimsemiştir. Bu, sene değil, başka bir payda da olabilirdi; ama son tahlilde bir tercih yapılması gerekir ve bu tercih genel olarak modern hukuk sistemleriyle uyumludur. Sadece bazı dışlayıcı ihlal tiplerinde (yıkıcı fiyat gibi) süre ile elde edilen kâr arasında bir *korelasyon* yoktur; fakat bu ihlaller açısından korelasyon kurulabilecek bir gösterge bulmak da güçtür.

Son tahlilde, yoruma açık olmakla birlikte, temel cezanın belirlenmesine ilişkin yapılan politika tercihinin, optimal yaptırım politikası açısından isabetli olduğu söylenebilir. Bu değişikliği isabetli kılan bir başka husus, geçmiş dönemdeki uygulamalardır ki bunu aşağıda ele alıyoruz.

5.1.3.2. Ağırlaştırıcı ve Hafifletici Haller

Ağırlaştırıcı ve hafifletici hallere gelince, yukarıda belirttiğimiz üzere, burada sıralanan haller, somut olaydaki bazı özellikleri dikkate almakta ve cezanın uyarlanmasını sağlamaktadır. Bu haller, ihlal öncesi veya sonrası kararları etkileyerek, teşebbüsleri sosyal açıdan istenen tarzda güdülemeye imkân verebilmektedir. Şüphesiz bu kapsamda çok sayıda hal sıralanabilir; nitekim mukayeseli hukukta öngörülen hallere bakıldığı zaman, bu konudaki çeşitlilik gözlemlenebilir. Bu nedenle rekabet otoritelerinin bu konuda bir politika tercihi

⁶³ Belirttiğimiz üzere bu özellik Taslak'taki 9. madde kapsamına hâlihazırda girebilir. Keza Taslak'taki 9. madde hükmü de bu tür halleri kapsayacak şekilde kullanılabilir. Fakat biz belirsizliğin olmaması açısından bunun ayrıca belirtilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

yapmaları kaçınılmazdır. Bu tercihin de, (*güdülenmesi arzu edilen davranışın sosyal maliyeti dikkate alınarak*) genellikle geçmiş uygulamada en fazla rastlanılan halleri esas alması beklenir. Taslak'ın da bu tercihi yapıp yapmadığı tartışılabilir.

Benimsenen halleri ekonomik açıdan değerlendirdiğimizde ise genel olarak şu tespitleri yapabiliriz. Ağırlaştırıcı hallerden tekerrür, yaptırım miktarının teşebbüs için yeteri derecede caydırıcı olmadığına, örneğin teşebbüsün ihlali ortalama bir teşebbüsten daha fazla gizleyebildiğine ve/veya kârlılığının daha yüksek olduğuna işaret eder⁶⁴. Benzer şekilde ihlalde belirleyici rol oynama, ihlalin başarı olasılığını arttıran bir faktördür ve “net sosyal maliyet” olduğu ölçüde⁶⁵ bu konudaki çabanın caydırılması son derece anlamlı bir politika tercihidir⁶⁶. Taahhütlere uyulmamasının ağırlaştırıcı hal olarak sayılması anlamlı gözükmele birlikte, bunun ayrı bir yaptırım olarak düzenlenmesi de düşünülebilirdi⁶⁷.

Hafifletici haller açısından baktığımızda da, Taslak'ın 8. maddesinin “a”, “c” ve “b” bentlerinin ihlal kararı sonrası davranışları güdülediği söylenebilir. Örneğin “c” bendi, teşebbüsleri işbirliği yapmaya güdüleyerek, Kurum'un ihlali araştırma ve ortaya çıkarma maliyetlerini azaltırken; ihlalin yaptırıma tabi olma ihtimalini arttırmaktadır. Şüphesiz bu istenilen bir sonuçtur. Keza “b” bendi de, kaynak transferinin iadesini sağlamak ve teşebbüsleri rızai olarak tazminat borcunu ödemeye teşvik ederek haksız fiil sorumluluğunun uygulanma maliyetini aşağı çekmektedir. Doğal olarak bu özel hukuk uygulamasının etkinliğini artırır. Ama zararın karşılanmasının ne zaman ve hangi şartlar altında indirim neden olacağı belirsizdir. Bu nedenle hükmün teşebbüsleri ne ölçüde tazminat ödemeye güdüleyeceği hususunda yorum yapmak güçtür. Hüküm, kartel tipi ihlallerden ziyade, dışlayıcı uygulamalar açısından uygulanabilir gözükmektedir; zira kartel tipi ihlaller açısından zarar tazmini son derece karmaşıktır ve bu nedenle ödenecek tazminatın hafifletici sebep olarak takdir edilmesi belirsizlik arz etmektedir⁶⁸.

⁶⁴ İlave ekonomik argümanlar için bkz. Wils 2007, s.24, 25.

⁶⁵ İhlal konusu davranışın sosyal maliyeti arttırdığını varsayarsak, bu davranışın gerçekleşmesi için çaba harcanması yani bu amaca yönelik yapılan yatırımlar net sosyal maliyettir. Yani sosyal açıdan yapılması arzu edilmez, herhangi bir faydaya hizmet etmez.

⁶⁶ Wils 2007, s.30.

⁶⁷ Kanun'un 16. maddesinin bu hali ağırlaştırıcı hal olarak sayması, sanırım ki bu hale Yönetmelik'te yer verilmesine neden olmuştur. Fakat bu Kanun'da ayrıca düzenlenebilirdi.

⁶⁸ Kartel tipi ihlaller açısından bu hükmün uygulanmaması gerektiğini iddia etmediğimizi belirtelim. Burada kastedilen pek çok kartel tipi ihlal açısından zarar görenlerin sayısı çoktur ve ihlalde bulunan teşebbüsün cezada indirim alması için, ne ölçüde tazminat ödemesi gerektiği belirsizdir. Örneğin bir kartelden 10 tane ilk seviyede alıcının ve 15 adet de ikinci seviye (dolaylı) alıcının zarar gördüğünü düşünelim. Kime ne ölçekte tazminat ödemesi acaba cezada indirim sağlayacaktır.

Taslak'ın 8. maddesinin "a" bendindeki hal de, teşebbüsleri ihlale son vermeye teşvik edici gözükmektedir. Gerçi şunu belirtelim ki, bu bent aşağıda açıkladığımız üzere sınırlı bazı hallerde ters güdü de yaratabilir. Zira ihlalin farkında olan ve kendisi hakkında şikâyet yapılan teşebbüs, kendisi hakkında inceleme başlamadan önce ihlali sonlandırmak yerine, incelemenin kendisine bildirilmesinden sonra ihlale son vermeyi tercih edebilir. Bu ise istenilen bir sonuç değildir⁶⁹.

Hafifletici haller arasındaki Taslak'ın 8. maddesindeki "ç" ve "d" halleri ise, ihlal kararını etkiler. Bu haller, ihlal konusunda daha az istekli olan teşebbüsleri, diğerlerinden ayırmaya imkân verir ve onlar için ihlal maliyetini düşürür. Bu da doğaldır zira bu teşebbüslerin kâr güdüsü ve olasılığı klasik bir ihlal tipinden farklıdır. Gerçi şunu belirtelim "d" bendi, yoruma bağlı olarak, ihlal kararı sonrası davranışları da etkileyecektir. Zira hüküm, ihlale taraf olan teşebbüsü, rekabetçi davranmaya güdülemektedir. Örneğin herhalde tipik hal kartel gibi çok taraflı ihlallerde karşımıza çıkacaktır. Fiyat karteline ve bilgi değişimi anlaşmasına taraf olan teşebbüs, anlaşmaya uymaksızın rekabetçi fiyatlar uyguladığı (*cheating*) takdirde, daha az ceza alacağını bilirse, bu onu en azından rekabetçi davranmaya sevk eder. Bu nedenle de hüküm, aynen pişmanlık uygulaması gibi, kartel anlaşmalarının işlem maliyetini (güveni kırmak yoluyla) artırır⁷⁰.

5.1.3.3. Caydırıcılık ve Ödeme Gücü

Taslak, 5-8. maddelere göre belirlenen cezanın, caydırıcı olmaması halinde, cezanın caydırıcılığı sağlamak üzere artırılmasına imkân veren bir hüküm içermektedir. Hüküm açık bir şekilde Taslak'ın caydırıcılığı temel aldığına işaret etmektedir. Üç durumda verilen cezanın caydırıcı olmayacağı gerekçesiyle artırılması mümkündür. Bunlardan ilki teşebbüsün cirosunu esas olarak farklı piyasalardan sağlamasıdır. Esasen ilgili piyasadaki elde edilen ciro, caydırıcılık açısından doğru referanstır ve çoğu kez caydırıcılık açısından yeterlidir. Bu anlamda teşebbüsün cirosunu asıl olarak farklı piyasalardan elde etmesi caydırıcılık ile doğrudan ilgili gözükmemektedir. Fakat özel caydırıcılık açısından, ihlale konu piyasadaki

Kısmen dendiğine göre örneğin iki veya üç kişiye tazminat ödenmesi yeterli midir? Bu soruların yanıtları belirsiz olduğu ölçüde, cezadaki bu indirim nedeni tazminat ödemeye güdülemez. Öte yandan dışlayıcı ihlaller açısından zarar gören veya görenler genellikle belirli ve az sayıda olduğu için tazminat ödenmesi, bu ölçüde sorunsal değildir. Cezanın indirileceği kesin olduğu ölçüde, bu neden tazminat ödemeye güdüleyebilir. Zira ihlalde bulunan, zaten tazminat borcu altındadır ve ceza indirimi bir anlamda onun tazminat borcunun düşmesi anlamına gelmektedir.

⁶⁹ Aynı yönde Wils 2007, s.31.

⁷⁰ Krş. Wils 2007, s.34

cironun çok düşük olması ve verilen cezanın teşebbüsü güdüleyememesi, cezanın arttırılmasına gerekçe teşkil edebilir.

İkinci husus cironun ihlaldeki ağırlığı yansıtmamasıdır. Açıkçası bu yoruma açık bir ifadedir ve bir şekilde ciroya göre belirlenecek cezanın, elde edilen veya elde edilmesi muhtemel kârâ göre düşük olması halinde ceza arttırılabilmektedir. Nitekim üçüncü hal bu ifadeyi tamamlamakta ve ihlalin kazancının, cezadan fazla olması durumunda cezanın arttırılabileceği hükme bağlanmaktadır. Burada hemen şu notu düşelim: burada önemli olan “*ex post*” değil; ihlal öncesi (*ex ante*) durumdur. Bu nedenle, cezanın, ilave kârâdan çok daha yüksek olması asıldır. Buradaki ifade de bu şekilde geniş yorumlanmalı ve cezanın kârâdan fazla olduğu hallerde bile caydırıcılık hükmü uygulanabilmelidir.

Ödeme gücüne ilişkin kurala göre, yukarıdaki hükümler doğrultusunda belirlenecek olan cezanın tahsil edilmesi, teşebbüsü acze düşürecekse, indirim yapılabilir. Ekonomik teoriye göre, cezanın teşebbüsün malvarlığını aşması halinde, optimal caydırıcılık sağlanamaz (*judgement proof problem*)⁷¹. Zira bu ihtimalde teşebbüs fiilen ödeyeceği cezayı dikkate alır; bir anlamda “*ex ante*” ceza riskini iskonto eder. Bu kavram, bilhassa ceza hukukunda neden finansal yaptırımların yaygın bir şekilde kullanılmadığını açıklamaktadır. Rekabet hukukunda bu genellikle sıkça karşılamayacak bir durum olmakla birlikte⁷², ekonomik teoriye uyumludur, zira malvarlığının üzerinde ceza uygulamak caydırıcılığa hizmet etmediği gibi, eğer teşebbüsün yaptığı yatırımların batık maliyet vasfı yüksekse, bu kaynakların israf edilmesi ve piyasadan teşebbüsün çıkması ile rekabetin azalması sonucunu doğurur. Bunlar ise arzu edilen sonuçlar değildir.

Çalışan ve yöneticilerin de cezaya muhatap olmasına ilişkin (Kanun ve) Taslak hükmü, optimal caydırıcılık kuramı açısından isabetlidir. Bu hüküm, bilhassa, acente sorunu nedeniyle, ihlal maliyetini dışsallaştıran çalışanın caydırılmasına hizmet eder. İhlalde belirleyici etkisi olan ve fakat cezaya yeteri derecede muhatap olmayan çalışanlar, bu şekilde ihlalin maliyetini bir ölçüde taşımış (içselleştirmiş) olurlar. Bu hüküm bilhassa büyük çok uluslu şirketlerin yeteri derecede caydırılması açısından son derece önemlidir.

⁷¹ Bkz. SHAVELL, S. (1986), “Judgement Proof Problem”, *International Review of Law and Economics*, No:6, s.45-58; Sanlı 2007, s.462, 463.

⁷² Fakat bilhassa bazı uygulamalarda bu türden bir durum ile karşılaşılabilir. Örneğin hukuka aykırı olan bir dışlayıcı uygulamada bulunan ve fakat tam başarı sağlamayan bir teşebbüsün malvarlığı, ihlal sonrası soruşturma sürecinde eriyebilir. Keza ihlal başarılı olsa bile, ihlal ile karar arasında en azından 1,5 veya 2 sene kadar bir sürenin geçecek olması da, teşebbüsün malvarlığının süreç içerisinde erimesine neden olabilir.

5.2. Taslak Hükümlerinin Hukuken Değerlendirilmesi ve Eleştiriyeye Açık Noktalar

Hukuki değerlendirme ile kastedilen, mehzaz, pozitif hukuk ve şeffaflık, hukuk güvenliği, ölçülülük, adalet gibi bazı meta prensipler⁷³ ışığında Taslak hükümlerinin terminoloji, sistematik ve muhteva açısından ele alınmasıdır. Bu bağlamda, geçmiş Kurul uygulaması da dikkate alınacaktır.

5.2.1. Temel Cezanın Belirlenmesi

İlk olarak temel politika değişikliğini ele almak isabetli olur. Mevcut Yönetmelik hükümleri ile ilgili temel problem⁷⁴, teşebbüs cirosuna göre hesaplanan baz cezanın, bazı ihlal tipleri açısından Kurul tarafından tatmin edici bulunmamasıdır. Daha açık bir ifadeyle Kurul, bazı ihlaller karşısında, Mevcut Yönetmelik hükümlerini aynen (ve doğru bir yorum ile) tatbik ettiği bir durumda verilecek olan cezaları bir ölçüde göre aşırı bulmuş ve Mevcut Yönetmelik hükümlerini bu anlamda esnetmiştir. Buna dair üç örnek verilebilir⁷⁵:

Kurul ilk olarak “kartel” tanımını esnetmiş ve açık olarak kartel denebilecek pek çok anlaşmayı, kartel olarak vasıflandırmaktan kaçınmıştır⁷⁶. Bunun altındaki neden, kartel vasıflandırması ile birlikte cezaların artacak olmasıdır ve Kurul bu

⁷³ Burada 2009 yılından bu yana dillendirilen ve Kurul kararlarına da yansıyan, cezaların kanuniliği ilkesini ayrıca ele almıyoruz. Halen cezanın belirlenmesine ilişkin esasların Yönetmelik çıkartılarak tespit edilmesi gerektiğini öngören RKHK'nın 16. maddesinin hukuka uygunluğu tartışma konusu yapılmaktadır. Bu tartışmadan bağımsız değerlendirme yapıyoruz. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ARI, H. (2008), “Rekabet Kurulu’na 5278 Sayılı Kanunla Verilen Cezalara İlişkin Yönetmelik Çıkarma Yetkisinin Kanunilik İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VI* içinde, Kayseri, Rekabet Kurumu Yayını, No:216, Ankara, s.241-286. AB hukukunda da, AB Komisyonu tarafından uygulanan para cezasının idari yaptırımın ötesinde, ceza hukuku karakteri olduğuna dair görüşler dillendirilmektedir. Özellikle 2009 Lisbon Anlaşması sonrasında (Avrupa İnsan Hakları Hukuku müktesebatının AB hukukunun bir parçası olmasından mütevellit) AB Komisyonu uygulamasının farklılaşması ve yargı denetiminin (ceza hukuku prensipleri çerçevesinde) etkinliğinin artırılması gerektiği dillendirilmektedir: Bkz. FORRESTER, I. S. (2011), “A Challenge for Europe’s Judges: The Review of Fines in Competition Cases”, *European Law Review*, No:36, s.185-207.

⁷⁴ Hatırlatmak gerekirse mevcut sistemde, teşebbüs cirosu esas alınmakta ve “kartel”- “diğer ihlaller” ayrımı çerçevesinde öngörülen oranlara göre baz ceza belirlenmektedir. Karteller ve diğer ihlaller için belirli % oran aralıkları (alt ve üst sınır) öngörülmüştür. Dolayısıyla takdir yetkisi sınırlanmıştır.

⁷⁵ Bu eleştiriler için bkz. KEKEVİ, G. (2014), “RKHK m.16/3 Uyarınca Para Cezası Verilmesine İlişkin Rekabet Kurulu ve Danıştay Kararlarının Ceza Yönetmeliği Bağlamında Değerlendirilmesi”, *Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu III* içinde, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, s.41-74.

⁷⁶ Mesela bkz. 8.8.2003 tarih ve 13-13/198-100 sayılı, 12.6.2012 tarih ve 12-32/916-275 sayılı; 21.12.2013 tarih ve 12-58/1556-558 sayılı Kurul kararları.

sonuçtan kaçınmak için kavramı değiştirmek suretiyle yorumlamıştır (*değiştirici yorum*).

İkinci husus teşebbüs cirosu meselesidir. Kurul, Mevcut Yönetmelik çok net olmasına rağmen, bazı kararlarında (muhtemelen cezanın bir değer yargısına göre yüksek çıkacak olması) nedeniyle teşebbüsün cirosunu esas almaktan imtina etmiş ve bunun yerine teşebbüsün ilgili piyasa (veya işkolu) cirosunu değerlendirmeye almıştır⁷⁷. Şüphesiz bu da Mevcut Yönetmelik hükümlerine ve hukukun genel ilkelerine uygun değildir.

Üçüncü husus ise, doğrudan teşebbüs kavramı ile ilişkilidir. Ceza hukukundan esinlenen görüşlerin de etkisiyle, ihlale taraf olan teşebbüsün cirosu yerine, bazen teşebbüsün bir parçası olan tüzel kişiliğe ceza uygulanması tercih edilmiştir. Bu şekilde bir uygulama, RKHK ve Mevcut Yönetmelik hükümlerine aykırı gözükmemektedir ve muhtemelen baz cezanın belirlenmesinde teşebbüs cirosunun esas alınmasından kaynaklanmaktadır. Kurul %2 ila %4 (ve hatta %0,5-%3) aralıklarını esnetmediği ölçüde, kavramları esnetmiştir ki bunun hukuk güvenliği üzerindeki olumsuz etkisi azımsanmamalıdır.

Kurul'un bu hatalı ve tutarsız denilebilecek uygulamasının (büyük ciroya küçük ceza/küçük ciroya büyük ceza uygulaması)⁷⁸, en azından teorik olarak, benimsenen yeni yöntem çerçevesinde son bulacağı söylenebilir. Zira burada doğrudan ihlal ile ilgili piyasadan elde edilen ciro esas alınacak ve teşebbüsün tüm cirosu ya da ihlal ile ilişkili olmayan unsurlar bir anlamda değerlendirmeden ari tutulacaktır. Cezanın ihlalle ilişkili gelire endekslenmesi aynı zamanda daha adilane gözükmemektedir. Ayrıca kartel kavramına da yer verilmemiş olması, gerek kartel kavramı etrafındaki tartışmaların sonlandırılması, gerekse kavram erozyonu açısından isabetli olmuştur. Baz ceza aralıkları tercihinden vazgeçilmiştir. Bu tercih Kurul'un takdir yetkisini arttırmış ve bu anlamda kavramları zorlama olasılığını da azaltmıştır.

Süreye ilişkin ileri sürülen bazı itirazlar da, sene aralıkları yerine sene çarpanının kabul edilmesiyle birlikte karşılık bulmuş olmaktadır. Önceki sistemde, bir ihlalin 1.5 sene sürmesi ile 4.5 sene sürmesi arasında (diğer koşullar aynı kalmak kaydıyla) herhangi bir fark gözetilmemekteydi. Bu da doğal olarak

⁷⁷ Mesela bkz. 11.11.2010 tarih ve 10-72/1503-572 sayılı, 7.3.2011 tarih ve 11-13/243-78 sayılı Rekabet Kurulu Kararları.

⁷⁸ SANLI, K.C. (2011), Rekabet Kurulu'nun Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. Maddesine İlişkin Yaptırım Politikası Hakkında Değerlendirme, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, XII Levha Yayınları, İstanbul, Türkiye, s.56.

adaletsiz görülmekte ve eleştirilmekteydi⁷⁹. Taslak sene çarpanını kabul etmekle bu olumsuzluğu bertaraf etmiştir. Bu faktörler, genel olarak yapılan değişikliğin olumlu yönlerine işaret etmekle birlikte, bu tercihin sorunsuz olduğu anlamına gelmez. Temel eleştiri, buradaki takdir yetkisinin (hukuk güvenliğini riske atabilecek ölçekte) genişlemesidir. Bu genişlemenin ise dört ayrı boyutu vardır: ilgili piyasanın tespiti⁸⁰, alt sınır olmaması, “ağır ihlal” tanımının ucunun açık bırakılması ve caydırıcılık hükmü. Kurul, örneğin dikey fiyat tespiti dosyasında, baz ceza için %1 oranını da, %20 oranını da takdir edebilir⁸¹. Hatta, %00000,5 oranını takdir etmesinde bir engel gözükmemektedir. Ağır ihlaller açısından dahi kullanılan dil (“üst hadde yakın tespit edilmesi esastır”) muğlaktır. Özellikle geçmiş uygulama dikkate alındığı zaman, geniş takdir yetkisinin keyfi bir şekilde kullanılması riski hiç de az değildir⁸². Nitekim, Mevcut Yönetmelik’in, baz cezaya dair aralık tespit etmesinin olası nedeni de budur. Bu nedenle bu sistem Kurul’a cezaların takdirinde önemli bir sorumluluk da yüklemektedir. Belki de bu riskin azaltılması için, geçmiş dönem kararlar incelenmek suretiyle hafif ihlaller (ya da diğer ihlaller) için bir alt sınır öngörülebilir. Eğer bu yapılmayacaksa en azından Kanun’un 52. maddesine yapılacak ekleme ile cezanın belirlenmesi usulünün de gerekeceği kararda yer alması zorunluluğu getirilebilir.

Ciro ile ilgili bir başka işaret edilebilecek husus, ilgili piyasa kavramına atfen bunun yurt dışı satışları kapsayıp kapsamadığı meselesidir. Baz cezaya esas olacak ciro açısından yurt içi cironun esas alınması hukuk tekniği açısından⁸³

⁷⁹ Bkz. mesela TÜSİAD Şirket İşleri Komisyonu Rekabet Çalışma Grubu (2012), Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Kararlarıyla, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik Hakkında Raporu, İstanbul, Türkiye, http://www.tusiad.org/_rsc/shared/file/Ceza-Yonetmelik---TUSIAD-GORUSU.pdf, Erişim Tarihi 18.3.2014.

⁸⁰ Burada ilgili piyasanın belirlenmesinin belirsizlik içermesi ve maliyetli olmasından mütevellit, temel politika değişikliği eleştirilebilir. Piyasa belirlenmesi kolay bir faaliyet değildir ve veri kıtlığı nedeniyle uygulamada sıklıkla “tahmin” yoluyla piyasa belirlenmekte; hatta pek çok kararda piyasa tespitinden imtina edilmektedir. Bu nedenle eleştirilerde bir miktar haklılık payı vardır. Fakat zaten ihlal tespitinin neredeyse her zaman ilgili piyasa tespitini gerekli kılması ve bu belirlemenin önceki safhalarda yapılmış olması nedeniyle biz bunun önemli bir sorun olmadığını düşünüyoruz.

⁸¹ Ağır ihlaller için %15’in altında bir baz ceza oranının belirlenmemesi gerektiğini düşünüyoruz, bu nedenle ağır ihlaller için dolaylı ya da zımnen olarak alt sınır vardır.

⁸² Yönetmelik’in yeteri derecede şeffaf uygulanmadığı hakkında bkz. Kekevi 2014, s.61, 62.

⁸³ Optimal yaptırım kuramı, rekabet hukuku ihlalinden elde edilen tüm gelirin dikkate alınmasını gerektirir. Bu anlamda gelirin yurt içi ve yurt dışından elde edilmiş olması arasında bir fark yoktur. Buna karşılık hukuken bu türden bir uygulama bazı sorunları beraberinde getirir. İlk olarak Kanun, etki teorisi kapsamında Türk piyasalarındaki rekabet sorunlarını gidermeyi amaçlamaktadır. İhlalin yurt dışındaki etkileri ve bu anlamda yurt dışındaki satışlardan elde edilecek cironun hesaba katılması tutarlı gözükmemektedir. Ayrıca bu satışlara bağlı olarak ihlal, bundan etkilenen ulusal veya ulusal üstü (AB Hukuku) rekabet hukuku sisteminin yetki alanında soruşturma konusu

daha isabetli gözükmemektedir. Bu mehzaz düzenlemede de bu şekildedir. Bir diğler eleştirii konusu Taslak'ın 5/3. maddesindeki: “Teşebbüs birlikleri tarafından gerçekleştirilen ihlal üyelerin faaliyetleriyle ilgiliyse, kural olarak üye teşebbüslerin ilgili pazar ciroları toplamı esas alınır.” hükmüne ilişkindir. Burada neredeyse her zaman⁸⁴, teşebbüs birliğinin ihlal teşkil eden davranışı üyelerinin faaliyetleri ile ilişlidir. Bu durumda ise her zaman teşebbüslerin cirosunun esas alınması gerekir. Kanımızca teşebbüs ciroları, az sayıda teşebbüsün birliğin üyesi (veya tarafı) olduğu ve teşebbüs birliğinin kartel platformu olduğu hallerde geçerli olmalıdır. Buna karşılıklı özellikle teşebbüslerden büyük ölçüde bağımsız hareket edebilecek kurumsal yapıya sahip, çok sayıda teşebbüsü bünyesinde barındıran meslek birliklerinin, teşebbüs faaliyetleriyle ilgili de olsa aldığı rekabeti sınırlayıcı kararlar dolayısıyla sadece teşebbüs birliğinin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı meselesi tartışma konusu yapılmalıdır. Fikrimizce bu gibi hallerde teşebbüs cirolarına atıf yapmak anlam ifade etmez. Dolayısıyla farklı ihtimalleri dikkate alan bir yaptırım hükmü yer almalıdır.

5.2.2. Ağırlaştırıcı ve Hafifletici Haller

Genel olarak muhafaza edilen ağırlaştırıcı ve hafifletici hallerin isabetli tercihleri yansıttığı söylenebilir. Soruşturma kararının tebliğinden sonra ihlale devam başlıklı halin kaldırılması uygulama alanı bulmamasından kaynaklandığını tahmin ediyoruz. İncelemeye yardımcı olmama haline de, muhtemeldir ki, RKHK'nın 16. maddesinde zaten düzenlendiği gerekçesiyle yer verilmemiştir. Bu açıdan tercihlerin isabetli olduğunu düşünüyoruz. Tekerrürün muhafaza edilmesi, ayrıntılı düzenlenmesi ve üst sınıra tabi olmaması da keza isabetlidir⁸⁵. Fakat tekerrür açısından yine en azından mütevazi bir alt sınırın belirlenmesi gerektiğini düşünüyoruz.

olabilir. Bu durumda aynı cironun çifte hesaplama dahil edilmesi gibi bir mesele olacaktır. Buna paralel olarak Kurul ilgili coğrafi piyasayı neredeyse her zaman Türkiye Cumhuriyeti coğrafyası ile sınırlamaktadır; bu çerçevede de Türkiye dışındaki coğrafyada satılan mallardan elde edilen cironun hesaba dahil edilmesi tutarlı gözükmemektedir. Fakat şunu belirtelim: bu sakıncalara rağmen Taslak'ın 11. maddesi çerçevesinde politika tercihi olarak global ciroya paralel bir şekilde tüm cironun esas alınması esas tercih edilmiş olabilir. Ama fikrimizce durum böyleyse bunun net bir şekilde kaleme alınması şarttır.

⁸⁴ Akla gelen neredeyse tek örnek teşebbüs birliğinin giriş engeli yaratacak uygulamayı hayata geçirmesidir. Eğer hüküm konulurken bunun dışındaki haller de düşünülmüşse, burada düzenleme daha açık olmalıdır.

⁸⁵ Bu noktada özel-genel tekerrüre ve kararın kesinleşmesi ihtiyacına dair tartışmaların devam edeceğini düşünüyoruz. Fakat mevcut hüküm bizce isabetlidir.

Burada Taslak'ın 7/1(a) maddesinde belirleyici etki kavramına yer verilmesi ilginçtir. Bu Mevcut Yönetmelik'te yer alan bir ağırlaştırıcı hal değildir. Mevcut Yönetmelik, belirleyici etkiyi çalışanlara ceza verilmesinin ölçütü olarak öngörmektedir. Taslak ise, çalışanlara ceza verilmesini "aktif rol" ölçütüne tabi tutmuştur. Fakat belirleyici etki kapsamında sayılan eylemler, "ihlalde aktif rol oynamak" başlığında kümelenmiştir. Dolayısıyla sanırız ki aktif rol ile belirleyici etki arasında bu anlamda bir fark yoktur. Nitekim Kanun'un 16. maddesi her iki durum için belirleyici etki terimini kullanmıştır. Hal böyleyse, çalışanlar için de ölçütün değiştirilmemesi ve belirleyici etki teriminin muhafaza edilmesini öneririz. Eğer bu iki kavram arasında fark var ise, bunun net bir şekilde belirtilmesi uygun olur. Mevcut haliyle bu iki hükümdeki ifadelerin gereksiz bir karmaşa yarattığını düşünüyoruz.

Hafifletici hallere ilişkin olarak ise, kaldırılan haller genel olarak isabetli gözükmemektedir. Diğer ihlallere (kartel dışındaki ihlaller) dair işbirliği yapılması, hafifletici hal olarak zikredilmemiş olmakla birlikte, biz bunun Taslak'taki 7/1(c) maddesine girebileceğini düşünüyoruz. Aksi halde kaldırılması isabetli gözükmemektedir. Zira bu hüküm, herhangi bir maliyet getirmeksizin, ihlal sonrası safhada uygulama maliyetlerini azaltmaktadır. Bir olasılık başka kartel hakkında bilgi verilmesi de, Taslak'taki 7/1(c) kapsamında mütalaa edilebilir. Dolayısıyla Taslak'ın 7/1(c) hükmünü bir torba hafifletici hal olarak yorumluyoruz.

İhlal nedeniyle ortaya çıkan zararın karşılanması, uygulanması belirsizlik arz etmekle birlikte, hukuken isabetlidir. Zira en azından bu şekilde idari yaptırımlar ile özel hukuk yaptırımları arasında bir ilişki kurulmaktadır. Buna paralel bir hükmün, tazminatın takdiri başlığı altında Kanun'da yer alması ve teşebbüslere uygulanan idari para cezalarının mahkeme tarafından dikkate alınması isabetli olur. Zira tazminat davaları esas itibarla idare hukuku uygulamasının devamında (*follow-on suits*) ikame edileceği için, özel ve idare hukuku arasındaki ilişki ancak bu şekilde kurulabilir. Bu hafifletici halin bir diğer olumlu yönü, özel hukuk uygulamasını özendirmesidir⁸⁶. Bu nedenle Yönetmelik'te muhafaza edilmesi isabetli olmuştur.

İhlallere son verilmesine dair hafifletici hal, açıklanarak muhafaza edilmiştir. Bu yerinde bir tercihtir. Fakat bu hükmün hafifletici hal olarak kalması, (sınırlı bazı hallerde) olumsuz bir güdüleme yaratabilir. İki senaryo düşünelim: Birinde ihlal zaten inceleme yapılmadan önce bitmiş olsun. Diğerinde ise, teşebbüs ihlali

⁸⁶ Teşebbüsün tazminat borcunu ödemek suretiyle idari para cezasını azaltması onu kendisine yapılan alacak taleplerini karşılamaya sevk eder. Bu da, rekabet hukuku ihlalinden zarar gören kişilerin zararlarını daha kolay telafi etmelerini sağlayarak özel hukuk etkinliğini arttırmaktadır.

sonlandırmasını ve ancak incelemenin başlamasından sonra, bildirmek suretiyle sonlandırсын. Bu hüküm çerçevesinde tüm şartlar aynı kalırsa, ikinci teşebbüs daha az cezaya muhatap olacaktır. Bu makul gözükmemektedir ve teşebbüslerin (yüksek bir olasılık olmamakla birlikte) stratejik davranmasına neden olabilir. Bu nedenle hükmün varlığı tekrar gözden geçirilmelidir.

Yeni bir hafifletici hal öngörülmüştür. Buna göre teşebbüsün ihlale katılımı (süre haricinde) daha sınırlı ise bu da bir indirim nedenidir. Hükmün nasıl yorumlanacağını zaman gösterecek olmakla birlikte, muhtemelen karteller ya da çoklu ihlaller bakımından uygulanacaktır. Kartele taraf olan teşebbüsün, aslında anlaşma şartlarına uymama iradesi göstermesi (*cheating*) ve mesela, anlaşmaya kıyasla rekabetçi fiyat vermesi bu hale örnek gösterilebilir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere bu hüküm ekonomik açıdan (anlaşmaya uymama yönünde güdü yarattığı ölçüde) isabetlidir ve pişmanlık uygulamasında olduğu gibi, kartelin işleyişini güçleştirir. Daha geniş bir yorum yapmak gerekirse, derecelendirilmesi mümkün olan ihlal tipleri açısından, teşebbüsü daha az maliyet doğurucu bir şekilde davranmaya güdülediği gibi, aynı zamanda adaletli gözükmemektedir.

Hafifletici haller arasında zikredilmemekle birlikte, ihmal suretiyle gerçekleştirilen ihlaller veya ihlalin varlığına dair samimi tereddüde düşme hallerinin (tek bir hal olarak) bu madde kapsamında düzenlenmesi isabetli olur⁸⁷. Ağır ihlal dışında kalmak kaydıyla bu türden bir hükme yer verilmesi, ekonomik açıdan isabetlidir. Zira bu hallerde teşebbüsün net bir ihlal kararı yoktur; bu nedenle idari para cezasının “gereğinden fazla caydırıcı” (*overdeterrence*) olma riski vardır. Bu tür bir ihtimalde en azından idari para cezasının düşürülmesi isabetlidir.

Yeni sistemde, hafifletici haller, ancak ağırlaştırıcı hallerin uygulanmasından sonra tatbik edileceği için, ceza üzerinde daha fazla etki yapacaktır. Bu nedenle hafifletici hallerle ilgili tavan öngörülmesi isabetlidir.

5.2.3. Diğer Hükümler Hakkında

Diğer hükümler başlığı altında, dört düzenlemeden bahsedilebilir. İlki Taslak’ın 9. maddesinde düzenlenen caydırıcılıktır. Hüküm muhtemelen tartışılacak olmakla birlikte, ekonomik ve hukuki açıdan isabetli olduğunu düşünüyoruz. İlk olarak teşebbüs, ceza caydırıcı olsa bile, çapraz sübvansiyon mantığı çerçevesinde yine de hukuka aykırılığı tercih edebilir. İkinci olarak, yukarıda da belirttiğimiz üzere karteller açısından temel para cezasının caydırıcı olmama ihtimali vardır. Taslak’taki 9/2. madde çerçevesinde bu risk hafiflemektedir. Tabii *ex post* olarak

⁸⁷ Wils 2007, s. 33.

kazancın yaptırımdan da fazla olması, ihlalin ortaya çıkarılma olasılığının %100'den az olduğunu dikkate alırsak, caydırıcılığın hiç sağlanamadığı anlamına gelir. Bu nedenle, (kazancın yaptırım (miktarından değil) riskinden fazla olduğu halleri de içerecek şekilde) Taslak'taki 9/2. maddeyi geniş yorumlamak icap eder.

İkincisi Taslak'ın 10. maddesinde düzenlenen ödeme güçlüğüdür. Bu hüküm ekonomik ve hukuki açıdan isabetlidir. Ceza nedeniyle teşebbüsün iflas etmesi ve bazı kaynakların ekonomiden çıkma ihtimali, israfa neden olacağı gibi, rekabeti de azaltabilir. Bu nedenle, özellikle teşebbüsün devredilme olasılığı yoksa, ödeme güçlüğü indirim nedeni olmalıdır. Yaptırım sisteminin bütünlüğünü dikkate alarak, söz konusu teşebbüsün aynı ihlal nedeniyle önemli sayıda (ve ölçekte) tazminat davalarına muhatap olma riski de ödeme güçlüğü maddesinde dikkate alınabilir.

Üçüncü olarak Taslak'ın 11. maddesinde düzenlenen yasal üst sınırın Kanun'a uygun olarak teşebbüs cirosunun %10'u olarak muhafaza edilmesi ve fakat ulusal değil, global cironun dikkate alınmasıdır. Bu düzenleme mehazdaki hükme paraleldir. Kanun'da bu konuda açıklık yoktur. Mevcut Yönetmelik ise, ulusal ciroyu baz almaktadır. Bilhassa teşebbüs kavramı, Kanun'daki tanıma uygun olarak yorumlanır, bu konuda bir istisnaya gidilmezse, global şirketler açısından pratikte bir ciro tavanı kalmayacağı söylenebilir. Bunun ekonomik açıdan isabetli olup olmadığından bağımsız olarak, Kurul'un geçmiş karar ve uygulamaları çerçevesinde bu hükmün uygulanma kabiliyeti olmadığını düşünüyoruz. Ayrıca uygulanmasıyla birlikte eşitlik ve benzer mülahazalar çerçevesinde sıklıkla eleştiri konusu olacaktır. Fikrimizce bunun ulusal ciro olarak değiştirilmesi isabetli olur. İkinci olarak, yavru ortaklığın eylemlerinden ötürü ana ortaklığa gidilecekse, bunun belirli ölçütlere dayanması gerekir. İlke olarak ekonomik bütünlük ve bu arada "belirleyici etki uygulayan" ana ortaklık sorumlu tutulacaksa da, özellikle ana ortaklığın herhangi bir şekilde ihlalle ilişkisinin olmadığı, ihlalin tamamen yavru ortaklığın inisiyatifi ile gerçekleştiği ve ana ortaklığın ihlalin önlenmesi noktasında tedbirler aldığı ispatladığı durumlarda, (ispat yükü ana ortaklıkta olmak üzere) salt yavru ortaklığın sorumluluğu söz konusu olabilmelidir.

Son olarak Taslak'ın 12. maddesindeki yöneticilere ve çalışanlara verilen para cezasına ilişkin hüküm hakkında şu tespitler yapılabilir. Taslak metin, Mevcut Yönetmelik'teki hükmü muhafaza etmiştir. Bu olumludur. Fakat çalışan ve yöneticilerin idari para cezasına muhatap olması, son derece önemli olmasına rağmen, Mevcut Yönetmelik kapsamında bu hükümler işletilememiştir⁸⁸. Bunun

⁸⁸ Aynı yönde bkz. Kekevi 2014, s.66.

olası nedenlerinden biri, Kanun'un teşebbüs (ve teşebbüs birliğini) özne olarak kabul etmesi ve gerçek kişiler için düzenleme içermemesidir. Bu nedenle özellikle savunma hakkına ilişkin (etkinliği arttırmak adına) Kanun'da da buna paralel bir düzenleme yapılması gerektiğini düşünüyoruz. Yani, teşebbüslerin yanı sıra çalışanlara ceza verilmesi halinde, onların soruşturma sürecine katılımı, savunma hakkına halel getirmeyecek şekilde düzenlenmelidir. İkinci bir husus ise, yukarıda belirttiğimiz üzere "aktif rol" kavramının Kanun'daki terminoloji ile uyumlu hale getirilmesi zaruretidir. Üçüncü husus ise, Kanun'a paralel olarak teşebbüs birliği yöneticisinin ihlalde belirleyici etkisi olması halinde, yöneticinin (veya çalışanın da) birlikten bağımsız olarak cezaya muhatap olması gerekir. Taslak'ta bunun düzenlenmesi isabetlidir. Nihayet son bir husus da, ağır ihlaller açısından yöneticilerin daha yüksek bir oran üzerinden cezalandırılmasına dair Mevcut Yönetmelik'teki hüküm muhafaza edilmelidir.

5.2.4. Taslak Hükümlerinin Geneli Hakkında Sistematik, İfade ve Terminoloji

Yönetmelik terminoloji ve ifade konusunda bazı aksaklıklar içermektedir. Kısaca sıralayalım:

- Taslak'ın 1/2. maddesindeki "*Bu Yönetmelik hükümleri uygun olduğu ölçüde 4054 sayılı Kanunun 7 nci maddesinde yasaklanan davranışlarda bulunanlar bakımından da uygulanır*" ifadesinin, "*.... bulunanlara da uygulanır*" olarak değiştirilmesi daha isabetlidir.
- Taslak'ın 2. maddesindeki, *4054 sayılı Kanunun* ifadesi yerine, *4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun* denmesi daha yerindedir.
- Taslak'ın 6/1. maddesindeki süre hükmü karmaşıktır. Baz ceza ile yıl cinsinden ihlal süresinin çarpılarak temel cezanın bulunacağı açıktır. Ama 12 aydan kısa dönem ihtimallerinin nasıl ekleneceği belirsizdir. Hüküm aynen şöyledir: "*Bu hesaplamada ihlalin 12 aydan kısa bölümleri bir yıl, altı aydan kısa süren müteakip her bir bölümü ise altı ay olarak kabul edilir.*" Bu ifade çok karışıktır. Eğer 1 yılın dışında 6 ay çarpanı da kullanılacaksa, bunun net bir şekilde ifadesi gerekir.
- Yine Taslak'taki 6/2. maddede rakipler arasındaki ilişkilere atfen, ağır ihlal kavramı tanımlanmıştır. Burada ağır ihlalin rakiplerin anlaşması halinde söz konusu olacağı (metinden bu anlam çıkmakla birlikte net olması açısından) ifade edilmelidir.

SONUÇ

Taslak Yönetmelik üç nedenden ötürü fikrimizce yaptırım politikası açısından isabetli bir düzenleme teşkil etmektedir. İlk olarak Mevcut Yönetmelik, bazı uygulama sorunlarını beraberinde getirmiştir. Özellikle teşebbüs cirosu üzerinden temel cezanın belirlenmesi ve Kurul'un takdir yetkisini sınırlayan (alt eşikler) hükümler, mevcut Yönetmelik'in tutarsız ve amaca aykırı bir şekilde yorumlanmasına neden olmuştur. Taslak Yönetmelik, ihlal ile ilgili piyasa ölçütünü esas almak ve alt sınırları ortadan kaldırmak ile, bu sorunlu uygulamayı bertaraf edecek niteliğe sahiptir.

İkinci olarak Taslak, mehz ile uyumludur. Mehz düzenleme olan AB Komisyonunun 2006 Ceza Kılavuzu, takriben 8 senedir uygulandığı için, Taslak hükümlerinin yorumunda bir referans söz konusudur. Bu ise, Taslak hükümlerinin tutarlı ve amaca uygun bir şekilde yorumlanmasına hizmet edecektir.

Üçüncü ve en önemli neden ise, temel cezanın belirlenmesinde benimsenen politika tercihi, optimal yaptırım teorisi (veya hukuk ekonomi perspektifi) açısından isabetlidir. Dolayısıyla amaca uygun bir şekilde yorumlandığı takdirde, rekabet hukukuna aykırı eylemlerin caydırılması amacına ulaşabilecektir.

Taslak Yönetmelik, farklı esasa dayandığı için, yürürlüğe girdiği bir durumda Mevcut Yönetmelik'ten çok farklı ceza ve ceza oranlarının çıkması olasıdır. Mesela cirosunun önemli bir kısmını tek (ve ihlalle ilgili) bir piyasadan elde eden teşebbüsler açısından ceza miktarı Mevcut Yönetmelik'e kıyasla yüksek olacaktır. Ayrıca üst sınırın tatbikinde (cironun %10'u) tüm ekonomik bütünlüğün global cirosu esas alınır, bu oranın indirimi de söz konusu olmayacaktır. Buna karşılık somut olaydaki teşebbüsün ihlalle ilişkili piyasadan elde ettiği ciro önemsizse, takdir edilecek ceza Mevcut Yönetmelik'ten çok farklı olmayabilir.

Taslak'ı genel olarak olumlu bulmamıza rağmen, bazı riskler ve olumsuzluklar mevcuttur. Önemli gördüklerimizi⁸⁹ burada sıralamak gerekirse:

- Taslak, takdir yetkisini bir ölçüde genişletmiş gözükmektedir. Her ne kadar geniş takdir yetkisinin (yukarıda kısaca açıkladığımız) olumlu yönleri olabilir de, öngörülebilirlik ilkesi ve hukuk güvenliği bundan zarar görebilir. Örneğin Mevcut Yönetmelik çerçevesinde, teşebbüslerin ne ölçüde cezaya muhatap olabilecekleri hem alt hem de üst sınır açısından belirsizdir. Bu nedenle de, Yönetmelik'in ne şekilde uygulandığı; yani cezanın nasıl takdir edildiği mutlaka gerekçeli kararlarda belirtilmelidir. Hatta bu konuda

⁸⁹ Bu ve diğer eleştirilerimizi 5 numaralı başlık altındaki açıklamalarımızda ayrıntıları ile belirttik.

Kanun'un 52. maddesinde değişiklik yapılarak, şeffaflığı sağlayacak açık bir hüküm konması son derece yerinde olur.

- Taslak, Kanun'a paralel olarak ciroya esas alınacak yılı, nihai karardan bir yıl öncesi olarak belirtmiştir. Oysa caydırıcılık kuramı açısından, ihlalle ilgili cironun esas alınması doğrudur. Bu nedenle AB hukukuna da paralel olarak, cironun belirlenmesinde ihlalden önceki yıl baz alınmalıdır. Şüphesiz bu Kanun'da değişiklik yapılmasını gerektirmektedir.
- Ciro ile ilgili olarak iki öneri getirilebilir. İlk olarak bunun yurt içi satışlar ile ilintili olması gerekir. İhlal, Türkiye Cumhuriyeti coğrafyası dışındaki piyasaları etkilese de, baz/temel ceza açısından yurt içi cirosunun esas alınması daha isabetlidir. İkincisi vergi yükünden bağımsız cironun esas alınması gerekir. Bu optimal yaptırım teorisinin gereği olduğu gibi, mukayeseli hukuk açısından da aynı sonucun kabulü şarttır. Bunun Yönetmelik'e hüküm olarak eklenmesi düşünülebilir.
- Taslak, teşebbüs birliğine verilecek cezada, ihlalin teşebbüslerin faaliyetleri ile ilgili olması halinde teşebbüslerin cirolarının esas alınması gerektiğini belirtmektedir. Bu net ve uygulanabilir bir ölçüt olmadığı gibi, muhtelif senaryolarda teşebbüslerin cirolarının esas alınması amaca uygun olmaz. Bu nedenle, teşebbüs birliğinin ihlale taraf olduğu farklı ihtimalleri (mesela meslek birlikleri) dikkate alan, alternatifli yaptırım sistemine yer verilmelidir.
- Temel cezanın belirlenmesine ilişkin Taslak'taki 6. madde yorumlanırken, ihlalden elde edilen kârın büyüklüğü ve ihlalin gizlenmesi (*veya yakalanma*) ihtimali dikkate alınmalı ve ihlalin ağırlığı ölçütü bu parametreler ışığında yorumlanmalıdır.
- Bilhassa karteller açısından, Taslak hükümlerine göre belirlenen ceza miktarı optimal caydırıcılık kuramına göre yeterli olmayabilir. Özellikle dar piyasa tanımı yapılması veya ihlalle ilintili piyasa cirosunun önemsiz olması halinde, cezanın yeteri derecede caydırıcı olmama ihtimali yüksektir. Bu nedenle, idare ve ceza hukuku bağlamında ortaya çıkabilecek tartışmalardan bağımsız olarak, Taslak'ın 9. maddesindeki caydırıcılık hükmünün pratik açıdan önemli olduğunu düşünüyoruz.
- Teşebbüs kavramına ilişkin net bir tanım verilmiş ve hatta 2010/4 sayılı Tebliğ'e atıf yapılmışsa da, çeşitli platformlarda yapılan tartışmalardan bu konuda halen bir fikir birliği olmadığı görülmektedir. Teşebbüs kavramı, pozitif hukuka uygun yorumlanmalıdır. Bilhassa ihlal yavru ortaklık tarafından gerçekleştirilmiş ve bundan ötürü ana ortaklık sorumlu tutulacaksa, ana ortaklığın, ihlal ile ilgisi olmadığını ve bu türden davranışları önlemek

için gereken tedbirleri aldığını ispatlayarak, sorumluluğu üzerinden atmasına imkan verilmelidir.

- Yönetici ve çalışanların cezalandırılmasına dair hüküm, Mevcut Yönetmelik çerçevesinde etkin bir şekilde işletilmemiştir. Bu Kanun'da bu konuda ayrıntılı bir düzenleme bulunmaması nedeniyle kısmen anlaşılabilir olmakla birlikte, caydırıcılık açısından son derece önemlidir. Bu nedenle, konuya dair Kanun değişikliği yapılmalı ve Yönetmelik hükümleri de buna uygun daha kapsamlı hükümler içermelidir. Bilhassa savunma hakkı ve ağır ihlaller için alt eşik öngörülmesi düşünülebilir.

KAYNAKÇA

ALLAIN, M. L., M. BOYER, K. RACHIDI ve J.P. PONSSARD (2013), “Are Cartel Fines Optimal? Theory and Evidence from European Union”, Cirano Scientific Publications, Paris, France, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2342180, Erişim Tarihi: 18.3.2014, s.3.

ARI, H. ve E. AYGÜN (2009), “Rekabet Kurulu’nun Ceza Yönetmeliği: Yeni Bir Dönemin Ayak Sesleri”, *Rekabet Dergisi*, No:10(4), s. 10-15.

ARI, H., G.KEKEVİ ve E. AYGÜN (2008), “Rekabet Kurulu’nun Kartellere Uyguladığı Para Cezalarının Değerlendirilmesi”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VI* içinde, Kayseri, Rekabet Kurumu Yayını No: 216, s.119-184.

AYGÜN, E. (2008), *Rekabet Hukukunda Para Cezaları: Teori ve Uygulama*, Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu Yayını, No:220, Ankara.

BECKER, G. (1968), “Crime and Punishment: An Economic Approach”, *Journal of Political Economy*, No:76, s.169 vd.

BRYANT, P.G. ve E. WOODROW, JR. (1991), “Price Fixing: The Probability of Getting Caught”, MIT Press (der.), *Review of Economics and Statistics* içinde, No:70(3), s.531-536.

CONNOR, J. M., (2013) “Cartel Fine Severity and the European Commission: 2007-2011”, *European Competition Law Review*, No:34, <http://ssrn.com/abstract=2249010>, Erişim Tarihi: 18.3.2014, s.6.

EMANNUEL, C., C. MONNIER ve R. LEGAL (2008), “Cartels: The Probability of Getting Caught in The European Union”, Working paper, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1015061, Erişim Tarihi: 24.02.2014.

EROĞLU, M. (2012), “2011 Yılındaki Gelişmelerin Değerlendirilmesi”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-X* içinde, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, s. 165-173.

FORRESTER, I. S. (2011), “A Challenge for Europe’s Judges: The Review of Fines in Competition Cases”, *European Law Review*, No:36, s.185-207.

GERADIN, D. (2011), “The EU Competition Law Fining System: A Reassessment”, TILEC Discussion Paper, No:2011-052, <http://ssrn.com/abstract=1937582>, Erişim Tarihi: 18.3.2014.

GÜNDÜZ, H. (2012), “Fines in Turkish Competition Law: Has the Lottery Ended”, *Rekabet Dergisi*, No:13(4), s. 52-58.

ICN (2005), “Building Blocks for Effective Anti-Cartel Regimes, Report to the 4th ICN Annual Conference”, ICN Working Group on Cartels, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>, Erişim Tarihi: 9.3.2014.

ICN (2008), “Setting of Fines For Cartels in ICN Jurisdictions, Report to the 7th Annual ICN Conference”, ICN Working Group on Cartels, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc351.pdf>, Erişim Tarihi: 9.3.2014.

ICN (2008), “Setting of Fines for Cartels in ICN Jurisdictions Report to the 7th ICN Annual Conference, Kyoto”, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc351.pdf>, Erişim Tarihi: 9.3.2014.

KEKEVİ, G. (2014), “RKHK m.16/3 Uyarınca Para Cezası Verilmesine İlişkin Rekabet Kurulu ve Danıştay Kararlarının Ceza Yönetmeliği Bağlamında Değerlendirilmesi,” *Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Yargı Kararları Sempozyumu III* içinde, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, s.41-74.

LANDES, W. M. (1983), “Optimal Sanctions for Antitrust Violations”, *The University of Chicago Law Review*, No:50, s. 652 vd.

MILLER, N. (2009), “Strategic Leniency and Cartel Enforcement,” *American Economic Review*, No:99(3), s.750, 760.

SANLI, K.C. (2007), *Hukuk ve Ekonomi ve Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi*, Arıkan Yayınevi, İstanbul, Türkiye.

SANLI, K.C. (2009), *Rekabet Hukuku Yaptırım Politikasında Yeni Dönem: Ceza ve Pişmanlık Yönetmelikleri*, XII Levha Yayınevi, İstanbul, Türkiye.

SANLI, K.C. (2011), *Rekabet Kurulu’nun Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 6. Maddesine İlişkin Yaptırım Politikası Hakkında Değerlendirme, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*, XII Levha Yayınları, İstanbul, Türkiye.

SHAVELL, S. (1986), “Judgement Proof Problem”, *International Review of Law and Economics*, No:6, s.45-58.

SMUDA, F. (2012), “Cartel Overcharges and Deterrent Effect of EU Competition Law”, ZEW Discussion Paper No:12-050, <http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp12050.pdf>, Erişim Tarihi: 18.4.2014.

TÜSİAD Şirket İşleri Komisyonu Rekabet Çalışma Grubu (2012), *Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Kararlarıyla, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik Hakkında Raporu*, İstanbul, Türkiye, <http://www.tusiad.org/>

rsc/shared/file/Ceza-Yonetmelik---TUSIAD-GORUSU.pdf, Erişim Tarihi: 18.3.2014.

UOHS, Guidelines of the Office for the Protection of Competition on the Method of Setting Fines, <http://www.uohs.cz/en/competition/antitrust/guidelines-on-the-method-of-setting-fines.html>, Erişim Tarihi: 9.3.2014.

WILS, W.P.J. (2006), “Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice”, *World Competition*, No:29(2), http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=883102, Erişim Tarihi: 10.3.2014.

WILS, W.P.J. (2007), “The European Commission’s 2006 Guidelines on Antitrust Fines: A Legal and Economic Analysis”, Public Lecture King’s College London, Center of European Law, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=962654, Erişim Tarihi: 9.3.2014.

WILS, W.P.J. (2013), “Recidivism in EU Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis”, *World Competition*, No:35(1), <http://ssrn.com/author=456087>, Erişim Tarihi: 25.02.2014.

REKABET KURULU ve DANIŞTAY KARARLARI

Rekabet Kurulunun 8.8.2003 tarih ve 13-13/198-100 sayılı kararı.

Rekabet Kurulunun 3.11.2009 tarih ve 09-51/1245-314 sayılı kararı

Rekabet Kurulunun 28.10.2010 tarih ve 10-68/1445-545 sayılı kararı

Rekabet Kurulunun 11.11.2010 tarih ve 10-72/1503-572 sayılı kararı

Rekabet Kurulunun 7.3.2011 tarih ve 11-13/243-78 sayılı kararı

Rekabet Kurulunun 23.6.2011 tarih ve 11-39/838-262 sayılı kararı

Rekabet Kurulunun 13.7.2011 tarih ve 11-42/911-281 sayılı kararı

Rekabet Kurulunun 6.4.2012 tarih ve 12-17/499-140 sayılı kararı

Rekabet Kurulunun 12.6.2012 tarih ve 12-32/916-275 sayılı kararı

Rekabet Kurulunun 21.12.2013 tarih ve 12-58/1556-558 sayılı kararı

Danıştay 13. Dairesi 2.4.2012 tarih ve E. 2010/4769 sayılı *TEB* kararı

YAYIN İLKELERİ VE MAKALE YAZIM KURALLARI /

PUBLICATION POLICY AND NOTES FOR CONTRIBUTORS

1. YAYIN İLKELERİ

1. Yayın hayatına 2000 yılında başlayan Rekabet Dergisi, Rekabet Kurumu tarafından üç ayda bir yayımlanan hakemli bir dergidir. Dergide, rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadi alanlarındaki Türkçe veya İngilizce özgün makalelere, vaka yorumları ve benzeri görüşler ile haberlere yer verilmektedir.

2. Rekabet Dergisi'nde yayımlanmak üzere rekabetdergisi@rekabet.gov.tr adresine gönderilen yazılar daha önce başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazarlar, yazılarıyla birlikte, iletişim adresi, telefon ve elektronik posta bilgilerini sunmalıdır. Gönderilen yazılar, Editörler tarafından, içerik ve “Makale Yazım Kuralları” başlığı altında belirtilen kurallara uygunluk bakımından değerlendirilir. Ardından, yazarın ismi gizlenerek, konu hakkında uzman iki hakeme gönderilir. Hakemlerden gelecek raporlar doğrultusunda yazının basılmasına, reddedilmesine veya yazardan düzeltme istenmesine karar verilecek ve bu durum yazara en kısa sürede bildirilecektir. Gerekli durumlarda üçüncü bir hakemin görüşüne başvurulabilir.

3. Rekabet Kurumu, Rekabet Dergisi'nde yayımlanacak her bir yazı karşılığında yazarına, telif ücreti olarak, **net 750 TL** öder. Ayrıca 10 adet dergi yazara ücretsiz olarak gönderilir.

2. MAKALE YAZIM KURALLARI

1. İlk sayfada şu bilgiler yer almalıdır:

- Yazının Türkçe ve İngilizce başlığı (Siyah ve tümü büyük harf karakterinde),
- Yazarın adı ve çalıştığı kuruluş (Yazı başlığının hemen altında, sayfanın sağına yanaştırılmış olarak yazar adı belirtilmeli ve soyadın sonuna bir yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta ise, yazarın çalıştığı kuruluş ile unvanı belirtilmelidir),
- 200 kelimeyi aşmamak üzere Türkçe ve İngilizce özet,
- Türkçe ve İngilizce olarak beş anahtar kelime.

2. Yazılar, kaynakça bölümü dahil olmak üzere çift aralıklı olarak 12 punto Times New Roman karakteri ile yazılmalıdır. Dipnot ve tablolarda ise 10 punto harf büyüklüğü kullanılmalıdır. Dipnotlar numara sırasıyla sayfa altında gösterilmelidir. Tablo ve şekillere numara verilmeli; başlıkları üstünde, kaynakları ise altında yer almalıdır.

3. Kısaltılacak isim ilk defa kullanıldığında, kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalıdır.
4. Metin içerisinde kullanılan yabancı kelimeler italik olarak belirtilmelidir.
5. Metin içerisindeki başlıklar, “Giriş” ve “Sonuç” hariç olmak üzere, harf ya da Roma rakamı kullanılmaksızın aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

1. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

1.1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

1.1.1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

6. Kaynaklara göndermeler dipnotlarla yapılmalıdır. Dipnotlar ise numara sırasıyla sayfa altlarında yer almalıdır. Metin içinde gönderme yapılan bütün kaynaklar, Kaynakça başlığı altında gösterilmelidir. Kaynakça alfabetik sıraya göre hazırlanmalıdır. Bir yazarın birden çok eserine başvurulmuşsa, bu durumda yakın tarihli eser sonra gösterilmelidir. Bir yazarın aynı tarihli birden çok eseri varsa, yayın tarihleri sonuna “a”, “b”, “c” gibi harfler eklenmelidir. Gönderme yapılırken ve kaynakça düzenlenirken uyulması gereken biçim kurallarına aşağıda yer verilmiştir:

a) Tek Yazarlı Kitap:

Metin içindeki ilk göndermede: WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US, s.72.

Diğer göndermelerde: Whish 2009, s.173.

Kaynakçada: WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US.

b) Tek Yazarlı Makale:

Metin içindeki ilk göndermede: WILS, W.P.J. (2005), “Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?”, *World Competition*, No:28(2), s.117.

Diğer göndermelerde: Wils 2005, s.130.

Kaynakçada: WILS, W.P.J. (2005), “Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?”, *World Competition*, No:28(2), s.117-159.

c) İki Yazarlı Eser:

Metin içindeki ilk göndermede: JONES, A. ve B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US, s.819-820.

Diğer göndermelerde: Jones ve Sufrin 2004, s.130.

Kaynakçada: JONES, A. ve B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US.

d) Üç ve Üçten Fazla Yazarlı Eser:

Metin içindeki ilk göndermede: NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS ve P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain, s.61.

Diğer göndermelerde: Neven vd. 1998, s.61.

Kaynakçada: NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS ve P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain.

e) Derleme İçinde Makale:

Metin içindeki ilk göndermede: GUERRIN, M. ve G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (der.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy* içinde, s.773.

Diğer göndermelerde: Guerrin ve Kyriazis 1992, s.813.

Kaynakçada: GUERRIN, M. ve G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (der.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy* içinde, s.773-843.

f) Yazarı Belli Olmayan Yayınlar, Raporlar vb.:

Metin içindeki ilk göndermede: OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris, s.24.

Diğer göndermelerde: OECD 2005, s.42.

Kaynakçada: OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris.

g) İnternette Alınan Kaynaklar:

Metin içindeki ilk göndermede: HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>, Erişim Tarihi: 08.01.2009, s.5.

Diğer göndermelerde: Hammond 2006, s.8.

Kaynakçada: HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>, Erişim Tarihi: 08.01.2009.

h) Tezler:

Metin içindeki ilk göndermede: KAYIHAN, L. (1999), *An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Katholike Üniversiteit Leuven, Leuven, s.12.

Diğer göndermelerde: Kayıhan 1999, s.15.

Kaynakçada: KAYIHAN, L. (1999), *An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Katholike Üniversiteit Leuven, Leuven.

YAYIN İLKELERİ VE MAKALE YAZIM KURALLARI /

PUBLICATION POLICY AND NOTES FOR CONTRIBUTORS

1. PUBLICATION POLICY

1. Competition Journal, which started its life in 2000, is a refereed journal published quarterly by the Turkish Competition Authority. The journal publishes original articles, case comments and news in Turkish and English in the field of competition law, policy and industrial organization.

2. Articles submitted to the rekabetdergisi@rekabet.gov.tr address for publication in the Competition Journal must be neither previously published in nor submitted for publication to other journals. Authors should provide their contact addresses, telephone and electronic mail information alongside their articles. Articles sent are first checked by Editors for their compliance with the rules stated under the heading “Publication Policy and Notes for Contributors”. Afterwards, they are sent anonymously to two referees who are expert on the subject. According to the reports of the referees, a decision will be made on whether to publish or reject the article or request corrections from the author, and this decision will be notified to the author as soon as possible. If deemed necessary, the opinion of a third referee may be requested.

3. Turkish Competition Authority shall pay net **TL 750** as the copyright fee to the author of each article published in the Competition Journal. Also, 10 copies of the journal shall be sent to the author, free of charge.

2. NOTES FOR CONTRIBUTORS

1. The first page of the article should include the following information:

- a) Title of the article in Turkish and English (With bold and all caps fonts),
- b) Name of the author and the organization s/he works in (Name of the author should be indicated directly below the title of the article, aligned right, and an asterisk should be inserted after the surname. The relevant footnote should indicate where the author works and his/her title),
- c) An abstract of maximum 200 words in Turkish and English,
- d) Five keywords in Turkish and English,

2. Articles, including the bibliography section, should be written with a 12 point

Times New Roman font, double-spaced. Footnotes and tables should use 10 point fonts. Footnotes should be included in numerical order at the bottom of each page. Tables and figures should be numbered; their titles should be indicated over the figure/table and the sources should be indicated below.

3. For its first instance, an abbreviated name should be used in its full form, with the abbreviation included in parenthesis.

4. Foreign terms used in the text should be in italics.

5. Headings, with the exception of “Introduction” and “Conclusion”, should be arranged without letters or Roman numerals as follows:

1. BOLD AND ALL CAPS

1.1. Bold and Only First Letters in Caps

1.1.1. Bold and Only First Letters in Caps

6. References to sources should be done in footnotes. Footnotes should be included in numerical order at the bottom of each page. All sources to be referenced in the text should be indicated under the heading Bibliography. Bibliography should be arranged in alphabetical order. If more than one title by an author is referenced, recent titles should be listed later. In case an author has more than one title with the same date, letters such as “a”, “b”, “c” should be appended to the date of publication. Formatting rules to follow in references and in the bibliography are listed below:

a) For Books with one Author:

For the first reference in the text: WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US, p.72.

For other references: Whish 2009, p.173.

In the bibliography: WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US.

b) For Articles with one Author:

For the first reference in the text: WILS, W.P.J. (2005), “Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?”, *World Competition*, No:28(2), p.117.

For other references: Wils 2005, p.130.

In the bibliography: WILS, W.P.J. (2005), “Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?”, *World Competition*, No:28(2), p.117-159.

c) For Books and Articles with Two Authors:

For the first reference in the text: JONES, A. and B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US, p.819-820.

For other references: Jones and Sufrin 2004, p.130.

In the bibliography: JONES, A. and B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US.

d) For Books and Articles with Three or More Than Three Authors:

For the first reference in the text: NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS and P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain, p.61.

For other references: Neven et al. 1998, p.61.

In the bibliography: NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS and P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain.

e) For Articles in Edited Publications:

For the first reference in the text: GUERRIN, M. and G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (ed.), in *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy*, p.773.

For other references: Guerrin and Kyriazis 1992, p.813.

In the bibliography: GUERRIN, M. and G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (ed.), in *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy*, p.773-843.

f) For Publications, Reports, etc. without an Author:

For the first reference in the text: OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris, p.24.

For other references: OECD 2005, p.42.

In the bibliography: OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris.

g) For Sources from the Internet:

For the first reference in the text: HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>, Date Accessed: 08.01.2009, p.5.

For other references: Hammond 2006, p.8.

In the bibliography: HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>, Date Accessed: 08.01.2009.

h) For Thesis:

For the first reference in the text: KAYIHAN, L. (1999), *An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications*, Unpublished Graduate Thesis, Katholike Üniversiteit Leuven, Leuven, p.12.

For other references: Kayihan 1999, p.15.

In the bibliography: KAYIHAN, L. (1999), *An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications*, Unpublished Graduate Thesis, Katholike Üniversiteit Leuven, Leuven.



Üniversiteler Mahallesi
1597. Cadde No: 9
06800 Bilkent/ANKARA

<http://www.rekabet.gov.tr/rekabetdergisi>

ISSN 1302-552X



9 771302 552009