

**TÜRK REKABET HUKUKU UYGULAMASINDA  
KAMU TEŞEBBÜSLERİ VE KAMU KURULUŞLARININ  
REKABETİ BOZUCU DAVRANIŞLARI**

*DISTORTION OF COMPETITION  
BY PUBLIC UNDERTAKINGS AND PUBLIC AUTHORITIES  
UNDER TURKISH COMPETITION LAW*

**Ahmet Fatih ÖZKAN\***

**Öz**

*Mal veya hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında rekabet, bu piyasalarda faaliyet gösteren özel teşebbüslerin yanı sıra kamu teşebbüsleri tarafından veya piyasada bizzat faaliyet göstermeyip ancak piyasayı düzenleme amaçlı müdahalelerde bulunan ya da bazı hallerde tıpkı kamu teşebbüsleri gibi teşebbüs faaliyeti (ekonomik faaliyet) gerçekleştiren kamu kuruluşları tarafından bozulabilmektedir. Devletin gerek müteşebbis, gerekse de düzenleyici olarak piyasalara doğrudan ya da dolaylı müdahalelerde bulunabilmesi sonucu, söz konusu piyasalarda faaliyet gösteren özel teşebbüsler ile kamu teşebbüsleri arasındaki veya özel teşebbüslerin kendi aralarındaki serbest ve adil rekabet koşulları bu niteliğinden uzaklaşmaktadır. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'a göre rekabet ihlallerinin incelendiği önaraştırma ve\veya soruşturmalarda taraf olmanın ön koşulunu oluşturan "teşebbüs" kavramı sonucu, 3. maddede düzenlenen teşebbüs tanımına girmeyen kamu kuruluşları ve kamu teşebbüsleri olduğu kadar, bu tanıma girse bile faaliyetlerini gerçekleştirirken kamusal yetki kullanan kamu kuruluşları, hatta kamu teşebbüsleri de bulunmaktadır. Bu durum, ilgili kamu teşebbüsü veya kamu kuruluşunun 4054 sayılı Kanunun kapsamı dışında kalması sonucunu doğurmakta, böylece teşebbüsler arasındaki eşitliği bozmak suretiyle rekabet düzenini ihlal etmektedir. Bu çalışmada seçilmiş Kurul kararları ışığında, Rekabet Kurulu'nun kamu teşebbüsleri ve kamu kuruluşları tarafından gerçekleştirilen rekabet ihlallerine yaklaşımı incelenmekte ve bu ihlaller sonucu*

\* LL.M. (Ekonomi Hukuku, Bilkent Üniversitesi) Çalışmanın bu aşamaya gelmesinde büyük emekleri olan ve baştan sona desteğini esirgemeyerek yaptığı önemli tespitler ile değerli katkılarda bulunan sayın hocam Prof.Dr.Turgut Tan'a ve yorumlarıyla çalışmanın zenginleşmesini sağlayan anonim hakemlere teşekkür ederim.

*ortaya çıkan olumsuz durumun giderilmesi için çözüm önerilerine yer verilmektedir.*

**Anahtar Kelimeler:** kamu teşebbüsü, kamu kuruluşu, kamu kurumu, kamu müdahalesi, rekabet ihlali

### **Abstract**

*Competition in goods or services markets might be distorted by public undertakings operating in these markets or by public authorities that are not directly operating in, but rather regulating these markets. However, in some occasions the latter can be engaged in economic activities just like the former does. As a consequence of either direct or indirect state intervention in markets, the effective and free competition between private undertakings and public undertakings or among private undertakings is exposed to distortion. Due to the key role given to the concept of “undertaking” defined in Law on The Protection of Competition No: 4054, there remain public undertakings and public authorities that do not come within this definition or that exercise regulatory powers (ius imperii) meanwhile coming within the definition. Since this situation results in public undertakings or public authorities falling outside the scope of the said Law, the competition is distorted owing to the inequality created between public undertakings and private undertakings. In this article, the approach of Turkish Competition Authority towards distortion of competition by public undertakings and public authorities is examined in the light of selected decisions of the said Authority and solutions to the problems arised out of this distortion are proposed.*

**Keywords:** public undertakings, public authorities, public bodies, state intervention, distortion of competition

### **GİRİŞ**

Modern iktisat biliminin kurucusu kabul edilen Adam Smith; devletin ekonomideki rolünün sınırlı olması gerektiğini, bireyler arasındaki kâr elde etme güdüsünün bireyleri etkin olmaya yönelteceğini ve bunun sonucunda da, ekonominin adeta bir ‘görünmez el’ tarafından yönlendirileceğini ifade ederek, ekonomik hayatın işleyişinin büyük ölçüde arz ve talep ile şekillenmesi sonucu piyasaya koşullarına dayanan “serbest piyasa ekonomisi” adı verilen bir ekonomik modeli ileri sürmüştür.

Ancak bu modelin büyük ölçüde varsayımlara dayalı olması, piyasanın kendi yapısından kaynaklanan aksaklıklar veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin piyasanın yapısını zedeleyecek birtakım davranışları gerçekleştirmeleri sonucu, sistem düzgün bir şekilde işlemeyebilecektir. Bu

nedenle, serbest piyasa ekonomilerinde devletin temel görevlerinden biri de, sistemin gereği gibi işleyebilmesi için rekabet hukukunu oluşturmaktır.

Rekabet hukuku kuralları ile bir mal veya hizmet piyasasında faaliyet gösteren teşebbüslerin, serbest rekabeti bozucu nitelikte bazı davranışlarda bulunması yasaklanır. Bu bağlamda, piyasada faaliyet gösteren özel teşebbüsler rekabeti bozucu davranışlar gerçekleştirdikleri zaman, bu davranışları rekabet kanunları nezdinde değerlendirilecektir. Ancak gerek Avrupa Topluluğu (AT) hukukunda, gerekse de Türk hukukunda, özel teşebbüslerle birlikte aynı mal veya hizmet piyasalarında faaliyet gösteren kamu teşebbüsleri de bulunmaktadır. Rekabet kanunlarının kamu teşebbüslerine uygulanmasında ise bunlara özgü durumlar ve özel teşebbüslere göre birtakım farklılıklar ortaya çıkabilmektedir.

Bu çalışmada “kamu kesimi”nin gerçekleştirdiği rekabeti bozucu davranışlar incelenirken, temel ikili bir ayırım benimsenmiş ve devletin bizzat işletmeci olarak mal veya hizmet piyasalarında faaliyet göstermesi ile bu piyasaları düzenleyici ve denetleyici olarak faaliyet göstermesi karşısında, birinci tür faaliyeti yerine getirenlere “kamu teşebbüsleri”; ikinci tür faaliyeti yerine getirenlere ise “kamu kuruluşları” adı verilerek her biri kendi bölümü altında incelenmiştir.

“Kamu teşebbüsü” ibaresiyle “kamu iktisadi teşebbüsleri” ve “belediye iktisadi teşebbüsleri”ni kapsayan bir üst kavram ifade edilmiştir. Kamu teşebbüslerinin de geniş anlamda birer kamu kuruluşu olmalarına rağmen, herhangi bir iltibasa yer vermemek amacıyla, “kamu kuruluşları” ibaresi ile kamu iktisadi teşebbüsleri ve belediye iktisadi teşebbüsleri dışında kalan tüm kuruluşları kapsayan üst bir kavram ifade edilmiştir.

Çeşitli ve birbirinden farklı kuruluşları içermesi sonucu, rekabet kanunları karşısında bunların durumu son derece karmaşıktır. Genellikle piyasaları düzenlemek ve denetlemek amacıyla, kamusal yetki kullanarak piyasalara doğrudan veya dolaylı müdahalede bulunmalarına rağmen bazı hallerde “ekonomik faaliyet” (teşebbüs faaliyeti) gerçekleştirmeleri sonucu, kamu kuruluşlarının da 4054 sayılı Kanun uyarınca “teşebbüs” olarak değerlendirildiği durumlar görülmektedir.

Rekabet hukuku normlarının genel norm niteliğini taşıması sonucu, somut olayda neyin hukuka uygun neyin hukuka aykırı olduğunun anlaşılabilmesi için, rekabet otoritelerinin bazı öne çıkan kararlar ve bu kararlarda geliştirilen bazı kuralları ile yakın ilişki içinde bulunulmalıdır.<sup>1</sup> Çalışmamızda bu gereksinim

<sup>1</sup> VISCUSI, W. K., HARRINGTON JR. J. E. ve VERNON, J. M. (2005), *Economics of Regulation and Antitrust*, 4th Revised Edition, MIT Press, USA, s.63

sonucu, kamu kuruluşlarının rekabeti bozucu davranışları incelenirken Kurul'un seçilmiş bazı önemli kararlarına değinilecektir.

## **1. Rekabet Hukuku Uygulaması Açısından Kamu Kesimi**

### **1.1. Rekabet Hukukunda “Teşebbüs” Kavramı**

#### **1.1.1. Türk Hukukunda**

4054 sayılı Kanun'un 2. maddesine göre “*Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü ‘teşebbüsün’ aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hâkim olan ‘teşebbüslerin’ bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukukî işlem ve davranışlar, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemler*” Kanunun kapsamına girmektedir.

Bu maddeye göre rekabeti bozucu<sup>2</sup> amaç veya etki taşıyan anlaşma, uyumlu eylem, teşebbüs birliği kararı (m.4), hakim durumun kötüye kullanılması (m.6), hakim durum yaratan veya mevcut bir hakim durumu güçlendiren birleşme ve devralmalar (m.7) Kanunun kapsamına girmekte ve belli koşullar altında yasaklanmaktadır. Başka bir deyişle, yasaklanan davranışlar 4054 sayılı Kanundan kaynaklanmaktadır. Maddede sayılı davranışlardan başka bir durum örneğin bir teşebbüsün diğer bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini kötülemesi, 4054 sayılı Kanunun kapsamına girmeyecektir. Bu durumda “haksız rekabet”i

---

<sup>2</sup> 4054 sayılı Kanunun 1., 2. ve 4. maddelerinde yasaklanan anlaşma, uyumlu eylem ve kararların etkilerinden bahsedilirken ‘*rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı*’; 5. maddesinin (c) bendinde ‘*rekabetin ortadan kalkmaması*’; 6. maddesinin (d) bendinde ‘*rekabet koşullarını bozma*’; 7. maddesinde ise ‘*rekabetin önemli ölçüde azaltılması*’ olmak üzere birbirinden farklı ibareler kullanılmıştır. Sanlı’ya göre bunun nedeni çeşitli durumları kapsayacak şekilde geniş bir ifadenin kullanılmak istenmesidir. Ancak farklı terimler kullanılmış olsa bile, önemli olanın rekabete olumsuz bir etkinin gerçekleşmesi veya gerçekleşme ihtimalinin bulunması olduğundan, somut olayda sınırlama bozma ve kısıtlama terimlerinden herhangi birinin tercih edilmesi, hukuksal netice açısından herhangi bir farklılık yaratmayacaktır. SANLI, K. C. (2000), Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi, Ankara, s.90. Kanımızca her üç ibarenin de amacı, somut olaydaki rekabet ihlallerinin çeşitliliği karşısında Kanunun daha etkin uygulanmasını sağlamaktır. Çalışmamızda ağırlıklı olarak “rekabeti bozucu” ibaresi kullanılacaktır.

düzenleyen, 4054 sayılı Kanundan başka bir pozitif hukuk kaynağı gündeme gelebilecektir.<sup>3 4</sup>

Burada dikkat edilmesi gereken diğer bir husus da, 4054 sayılı Kanuna uyarınca yasaklanan davranışların ancak bir veya birden fazla ‘teşebbüs’ tarafından yapılması halinde Kanuna aykırı olacaktır. Başka bir deyişle söz konusu rekabeti bozucu davranışlar, teşebbüs dışında başka bir birim tarafından yapılması halinde, örneğin kamu kuruluşlarının kamusal yetki kullanmak suretiyle teşebbüs sayılmadığı hallerde, Kanunun kapsamına girmeyecektir. Bu nedenle, rekabet hukuku kurallarının uygulanması açısından piyasada faaliyet gösteren bir “aktörün” teşebbüs olup olmadığına benimsenmesi önem kazanmaktadır.

4054 sayılı Kanun’un “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinde teşebbüs, “piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler” olarak tanımlanmıştır. Cümle yapısı itibariyle pek de başarılı olmayan bu tanımdan iki farklı teşebbüs türü çıkmaktadır: “piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan ve bağımsız karar verebilen, ekonomik açıdan bir bütün teşkil eden gerçek ve tüzel kişiler” ile “piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan ve bağımsız karar verebilen ve ekonomik açıdan bir bütün teşkil eden birimler”.

İlk tür teşebbüslerde önemli olan unsur gerçek veya tüzel kişiliktir. Birer özel hukuk terimi olan gerçek ve tüzel kişilik kavramları sonucu Rekabet Hukuku, Medeni Hukuk ve Ticaret Hukuku ile ilişki içerisinde bulunacaktır.<sup>5</sup> Ancak rekabet hukukundaki teşebbüs kavramı ile medeni hukuk ve ticaret hukukundaki kişilik kavramı özdeş olmak zorunda değildir. Bir gerçek veya tüzel kişi piyasada

<sup>3</sup> Rekabet hukuku ile haksız rekabet kurumunun, ortak ve farklı yönlerinin iyi bir karşılaştırması için bkz. TOPÇUOĞLU, M. (2001) Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi, Ankara, s.28-41

<sup>4</sup> Haksız rekabet hükümlerinin amacının rekabetin iyiniyet kurallarına aykırı bir şekilde kötüye kullanılmasını engellemek olduğunu ifade eden ve bu hükümlerle menfaati korunanları ise haksız rekabetten zarar gören veya görecektir olan rakipler, müşteriler ve mesleki menfaatleri zarar görenler olarak gösteren Aşçıoğlu Öz’e göre amaçları ve işlevleri farklı, ancak terminolojik açıdan benzer bu iki kavramdan rekabet hukuku kurallarıyla korunması hedeflenen, doğrudan bu süreci oluşturan kişilerin ya da rakiplerin menfaati değil, hukuki bir kurum olarak rekabetin kendisidir. AŞÇIOĞLU ÖZ, G. (2000a), Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi, Ankara, s.6-22.

<sup>5</sup> 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 8 v.d. maddelerinde gerçek kişilik ve buna bağlı olarak hak ve fiil ehliyetleri; 47 v.d. maddelerinde ticari nitelikte olmayan (dernek, vakıf vb.) tüzel kişilikler; 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 136 v.d. maddelerinde ise şirket şeklinde örgütlenmiş tüzel kişilikler ile diğer maddelerinde başka şekillerde örgütlenmiş (tellal, komisyoncu, acente vb.) kişilikler düzenlenmektedir.

faaliyet gösterirken bağımsız karar veremiyorsa, rekabet hukuku açısından teşebbüs sayılmazken, Medeni Kanun (MK) veya Türk Ticaret Kanunu (TTK) açısından gerçek veya tüzel kişi olmaya devam edecektir. Benzer şekilde MK veya TTK açısından gerçek veya tüzel kişi sayılmayan bir birim, rekabet hukuku uygulamasında teşebbüs sayılabilecektir.

İkinci tür teşebbüs ise MK veya TTK açısından gerçek veya tüzel kişiliğe sahip değildir. Bu türde; piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan ve bağımsız karar verebilen, ekonomik açıdan bir bütün teşkil eden bir birim olmasına rağmen, herhangi bir gerçek veya tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Örneğin adi şirket<sup>6</sup> veya donatma iştiraki<sup>7</sup> bir tüzel kişilik sahibi olmasa da, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bütünlüğe sahip bir birim olması durumunda, 4054 sayılı Kanun anlamında bir teşebbüs sayılabilecektir.

Buradan çıkan sonuç ise, gerçek veya tüzel kişilik sahibi olmayıp, bağımsız karar verebilen ve ekonomik açıdan bir bütünlük teşkil eden birimler teşebbüs sayılacakken, bu durumun tersinin doğru olamayacağıdır. Bir başka deyişle, gerçek veya tüzel kişilik sahibi bir birim, ancak bağımsız karar verebilme ve ekonomik açıdan bir bütünlük teşkil etme koşulunu yerine getirmesi halinde, 4054 sayılı Kanuna göre bir teşebbüs sayılacaktır.

Ekonomik faaliyet gerçekleştirmek, her iki türde de ortak bir unsurdur. Kanun, ekonomik faaliyet konusunda herhangi bir sınırlama getirmemiştir. Ancak piyasada mal veya hizmet satmak, üretmek, pazarlamak gibi faaliyetler genellikle ticari bir faaliyete işaret etmektedir.<sup>8</sup> Piyasada faaliyet göstermek bir mal veya hizmetin üretilmesi, piyasaya sunulması veya satılmasını gerektireceğinden, somut olayda bu unsurun varlığı açık bir şekilde belirlenebilir.

Diğer bir ortak unsur ise bağımsızlıktır. 4054 sayılı Kanun, teşebbüslerin bağımsızlığı ile ilgili olarak hukuki bağımsızlığı değil, ekonomik bağımsızlığı esas almaktadır. Bununla kastedilen teşebbüsün hukuken statüsünün ne olduğu değil,

<sup>6</sup> 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 520. maddesi adi şirketi "...iki veya ziyade kimseler(in), sayilerini ve mallarını müşterek bir gayeye erişmek için birleştirmeyi iltizam" ettiği şirket olarak tanımlamıştır. Yeterli olmayan bu tanımla ifade edilmek istenen aslında aynı amaca yönelmiş en az kişi tarafından belli bir amaç için kurulmuş tüzel kişiliği olmayan bir şirkettir.

<sup>7</sup> TTK m. 951'e göre "Birden ziyade şahsın müşterek mülkiyet şeklinde malik oldukları bir gemiyi, aralarında yapmış oldukları akit gereğince, cümlesi nam ve hesabına deniz ticaretinde kullanmaları halinde donatma iştiraki mevcuttur."

<sup>8</sup> 4054 sayılı Kanunda teşebbüs tanımlanırken, ekonomik bir faaliyet yerine getirmesi koşulu aranırken teşebbüslerin çap ve büyüklükleri hakkında ise herhangi bir koşul aranmadığından, teşebbüs kavramı küçük bir şahıs işletmesinden holdinglere kadar irili ufaklı, iktisadi hayatı kontrol eden bütün iktisadi sülheleri kapsayabilecek genişliğe sahip bir kavramdır. Topçuoğlu 2001, s.103

iktisadi politikalarını kendi başına oluşturabilme ve iktisadi faaliyetinin geleceği açısından kendi başına karar verebilmektir.<sup>9</sup>

Hukuken bağımsız olan ancak iktisadi olarak bağımsız olmayan birimlere de ticari hayatta sıkça rastlanılmaktadır. Bu duruma tipik örnek olan holding örgütlenmesinde, bir ana şirket ve ona bağlı yavru (kız şirket) şirketler bulunmakta ve yavru şirketler ana şirketin yönetimi altında yer almakta ve ana şirket tarafından alınan kararlara göre yönetilmektedir.<sup>10</sup> Bu nedenle ekonomik bütünlüğe sahip olmamaları sonucu teşebbüs niteliğini haiz olmayacaklarından, yavru şirketler arasında yapılan bir anlaşma, 4. maddeye aykırı olsa bile Kanunun kapsamına girmeyecektir.<sup>11 12</sup>

Hemen belirtelim, 4054 sayılı Kanun'un 3. maddesinde yer alan teşebbüs tanımının, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağı'nın 1. maddesi ile "*Hukuki statüsü ve finansman şekline bakılmaksızın piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden ve bağımsız karar verebilen tüm birimler*" şeklinde değiştirilmesi öngörülmüştür. Böylece ekonomik bütünlük ve bağımsız karar verebilme unsurları aynen korunmuş; gerçek veya tüzel kişi ibaresi ise tanımdan çıkarılarak hem mevcut tanımın cümle yapısı düzeltilmiş hem

<sup>9</sup> Sanlı 2000, s.29-30

<sup>10</sup> İlk bakışta 4054 sayılı Kanunun uygulanmasının bir istisnası gibi görünen bu durum, aslında işin doğası gereğidir. Zira hukuken birlerinden bağımsız tüzel kişiliklere sahip olsalar da, yavru şirketler ekonomik açıdan ana şirkete bağlı olacaklardır. Böylece adeta tek bir çatı altında yönetildiklerinden dolayı, kanımızca aralarında rekabet etmelerini beklemek de bir hayalden öteye gitmeyecektir.

<sup>11</sup> Rekabet Kurulu BİAK kararında "*Doğan Yayın Holding A.Ş., Hürriyet Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş. ve Hür Güç Gazetecilik Ticaret Turizm ve Organizasyon A.Ş. ayrı tüzel kişilikleri olmasına rağmen, aynı ortak iradenin kontrolü altında buldukları için bu teşebbüsler, ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden Doğan Şirketler Grubu Holding A.Ş.'nin ilgili ürün pazarındaki birimleridir.*" denilmek suretiyle, holdinge bağlı şirketlerin rekabet hukuku uygulaması açısından teşebbüs niteliğinin bulunmadığı vurgulanmıştır. BİAK Kararı (04.03.1999, 99-13/99-40).

<sup>12</sup> Danıştay ise bir kararında konu ile ilgili olarak "*...ilke olarak yavru şirketler ekonomik açıdan bağımsız olmadıkları gibi bunlar arasında rekabetin bulunduğu varsayımı da geçerli olamaz. Bu nedenle de temel olarak rekabeti sınırlayıcı teşebbüsler arası irade uyumlarını önlemeye yönelik 4054 sayılı Yasa'nın 4.maddesi hükmü, ana ortaklık-yavru ortaklık ilişkilerinde bağımsız bir irade ve irade uyumundan söz edilemeyeceğinden uygulanma yeteneğine sahip*" olmadığına karar vermiştir. (12.11.2003 tarih ve E.2002/4495, K.2003/4374 sayılı Danıştay 10.Daire kararı) Bu bakımdan Danıştay'ın görüşünün, Kurul'un uygulaması ile uyum içinde olduğu görülmektedir.

de rekabet hukuku uygulamasında gerçek veya tüzel kişiliği olmayan birimlerin de teşebbüs olduğu hususu duraksamaya yer vermeyecek şekilde düzenlenmiştir.<sup>13</sup>

### 1.1.2. AT Hukukunda

Avrupa (Ekonomik) Topluluğu'nu kuran 1957 yılında imzalanan ve 1958 yılında yürürlüğe giren Roma Antlaşması'nın 81 ila 88 maddeleri rekabet hukuku ile ilgili hükümlere ayrılmıştır. Buna göre Antlaşma'nın “Teşebbüslere Uygulanacak Kurallar” bölümü başlıklı 81. maddesi, 4054 sayılı Kanunun 4. maddesine; 82. maddesi ise 4054 sayılı Kanunun 6. maddesine denk gelmektedir.<sup>14</sup> 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesinde düzenlenen birleşme ve devralmalar ise Roma Antlaşması'nda değil, bir tüzükte (*regulation*) düzenlenmiştir.<sup>15</sup>

4054 sayılı Kanunun mehzarı olan Roma Antlaşması'nda, 4054 sayılı Kanunun aksine, teşebbüs tanımı yapılmamış; bu kavramın içinin doldurulması yargı kararları ve doktrine bırakılmıştır. AT rekabet hukuku çerçevesinde genel kabul gören tanıma göre teşebbüs, piyasa için ekonomik faaliyette bulunan bir varlıktır.<sup>16</sup> Bu bağlamda şirketler, dernekler, federasyonlar, iş ve işçi bulma kurumları gibi pek çok birim teşebbüs sayılarak, geniş bir tanım benimsenmiştir.<sup>17</sup>

Kamu teşebbüsü ise ekonomik faaliyette bulunan ve kamu tüzel kişiliği olsun ya da olmasın, bir üye devlet tarafından doğrudan ya da dolaylı olarak kontrol edilen teşebbüstür.<sup>18</sup> Daha ayrıntılı ifade etmek gerekirse; kamu otoritelerinin mülkiyet veya yönetime ilişkin kurallar aracılığıyla dolaylı veya

<sup>13</sup> Söz konusu Taslağın tam metni için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/word/taslakkanun.doc>  
Erişim Tarihi: 07.07.2009

<sup>14</sup> Amsterdam Antlaşması'nın 01.05.1999 tarihinde yürürlüğe giren 12. maddesi uyarınca Roma Antlaşması'nın 85 ve 86 maddeleri sırası ile 81. ve 82. madde olarak yeniden numaralandırılmıştır. Çalışmamızın geri kalan kısmında ilgili maddelere yeni numaraları ile gönderme yapılacaktır.

<sup>15</sup> Tam adı “*Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings*” olan bu tüzük kısaca “*EC Merger Regulation*” olarak anılmaktadır. Buna ek olarak bir de 139/2004 sayılı Tüzüğün uygulanmasına ilişkin olarak usul kurallarını düzenleyen, tam adı “*Commission Regulation (EC) No 802/2004 of 7 April 2004 implementing Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings*”, kısa adıyla “*Implementing Regulation*” olan uygulama tüzüğü bulunmaktadır.

<sup>16</sup> SIERRA, J. L. B. (1999), *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law*, Oxford University Press, Great Britain, s.32-35

<sup>17</sup> GOYDER, D.G. (2003), *EC Competition Law*, 4th Edition, Oxford University Press, Great Britain, s.60

<sup>18</sup> Sierra 1999, s.35

dolaysız olarak üzerlerinde hakim etkiye sahip oldukları işletmeler kamu teşebbüsü olarak kabul edilmektedir.<sup>19</sup>

Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD) *Höfner* kararında<sup>20</sup> “rekabet hukuku çerçevesinde ekonomik faaliyet sürdüren her varlık... bir teşebbüstür.” diyerek Alman Federal İş ve İşçi Bulma Kurumu’nu teşebbüs saymıştır. *Eurocontrol* kararında<sup>21</sup> hava trafiğini kontrol eden ve bu faaliyeti sırasında ücret alan bir uluslararası örgütün yaptığı bu faaliyet, özü ve amacı bakımından yolcuların güvenliği için olduğu gerekçesiyle ekonomik faaliyet olarak değil de, kamusal bir yetki olarak değerlendirilmiş ve söz konusu örgüt teşebbüs sayılmamıştır. *SPEG* kararında<sup>22</sup> ise Cenevre limanının temizliği ve kirlilikten arındırılması işini üstlenen bir şirketin, limana giren gemilerden ücret almasının bir ekonomik faaliyet olmadığı, deniz ve liman kirliliğini önlemek gibi kamusal nitelik taşıyan bir faaliyet gerçekleştirdiğine karar verilmiştir.

Dolayısıyla ATAD’ın kararları sonucu, asıl önemli olanın teşebbüsün niteliği değil, yürüttüğü faaliyetler olduğu açıkça ifade edilmiştir. Örneğin ekonomik olmayan bir faaliyet için özel veya inhisari hak tanınmış olsa bile 86. madde uygulama alanı bulmayacaktır.<sup>23</sup> Teşebbüs incelemesinde ön plana çıkan bu ekonomik faaliyet unsuru AT hukuku uygulamasında oldukça geniş yorumlanmakta ve bu bağlamda, kar elde etmek veya sadece bu amaçla faaliyet göstermek dahi teşebbüs sayılabilmeyen koşulu olarak aranmamaktadır.<sup>24</sup> Akıncı’ya göre Komisyon ve ATAD kararlarında, teşebbüs kavramına çok geniş bir içerik verilmekte; ekonomik nitelikte faaliyet gösteren gerçek ve tüzel kişilerin tümü teşebbüs kavramı içine girmekte ve uygulamada bu konuda herhangi bir sorunla karşılaşılmamaktadır.<sup>25</sup>

## 1.2. Rekabet Kanunları Kapsamında Kamu Kesiminin Durumu

### 1.2.1. Türk Hukukundaki Durum

Serbest piyasa ekonomisinin öngördüğü ekonomik düzende, bir mal veya hizmetin sağlanması genellikle özel teşebbüsler tarafından gerçekleştirilmekle birlikte,

<sup>19</sup> FAULL J. ve NIKPAY, A. (2007), *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, Second Edition, Great Britain, s.600.

<sup>20</sup> *Klaus Höfner and Fritz Elser v. Macroton GmbH Case C-41/90 [1991] European Court Report (ECR) I-1979*

<sup>21</sup> *SAT v. Eurocontrol Case C-364/92 [1994] ECR I-43*

<sup>22</sup> *Diego Cali v. Servizio Ecologico Porto di Genova (SPEG) Case C-343/95 [1997] ECR I-1547*

<sup>23</sup> Sierra 1999, s.59.

<sup>24</sup> Sanlı 2000, s.30.

<sup>25</sup> AKINCI, A. (2001), *Rekabetin Yatay Kısıtlanması*, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi, Ankara, s.262.

kamuya ait teşebbüslerin çeşitli mal veya hizmet piyasalarında tekel olarak veya özel teşebbüslerle birlikte faaliyet gösterdiklerine de rastlanılmaktadır. Bu sistemde, sistemin öngördüğü rekabetçi düzenin bozulması sonucunu doğurabilecek bazı davranışlar yasaklanır.

Bu davranışlar genellikle özel teşebbüsler tarafından yapıldığı gibi kamu teşebbüsleri tarafından, hatta kamu kuruluşları tarafından da yapılabilmektedir. Ancak rekabeti bozucu bir davranışın bir kamu teşebbüsü tarafından gerçekleştirilmesi halinde kamu teşebbüslerinin, rekabet hukuku kurallarına tabi olup olmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır.

4054 sayılı Kanunda düzenlenen teşebbüs tanımında, lafzı itibariyle özel teşebbüs veya kamu teşebbüsü ayrımı yapılmamakta;<sup>26</sup> Kanunun kapsamını düzenleyen 2. maddesinde de, kamu teşebbüsleri ile ilgili herhangi bir ibare yer almamaktadır. Dolayısıyla Kanunda, kamu teşebbüslerinin bu Kanuna tabi olup olmadığı sorusuna bir cevap bulunmamaktadır.

Kanunun 2. maddesinin gerekçesinde ise konuya ışık tutacak ibareler yer almaktadır. Buna göre “*Rekabetin sağladığı yararların bir bütün olarak ekonominin tüm alanlarında istenmesi normaldir. Bu nedenle rekabet kuralları ekonomik faaliyette bulunan her teşebbüse uygulanmalıdır. Teşebbüslerin kamu kurumlarına ya da özel kişilere ait olmasının önemi yoktur.*”<sup>27</sup> Gerekece metninde açıkça görüldüğü üzere kanun koyucu, kamu teşebbüslerinin de mal veya hizmet piyasalarında faaliyet gösterirken, rekabet hukuku kurallarına tabi olacağını açık bir dille ifade etmiştir.<sup>28</sup> Benzer şekilde, Anayasa’nın 167. maddesinin

<sup>26</sup> Tan’a göre 4054 sayılı Kanunda yer alan teşebbüs tanımında “tüzel kişiler” denilerek, nitelikleri ayrıca belirtilmediğine göre “kamu tüzel kişileri” de “özel hukuk tüzel kişileri” de bu tanım kapsamına girmektedir. TAN, T. (2000), “Rekabet Hukukunun Uygulama Alanı Açısından Kamu Kuruluşlarının Faaliyeti (Türkiye, Fransa ve İtalya Örnekleri)”, *Rekabet Dergisi* Sayı: 4, Ankara, s.7.

<sup>27</sup> Mevzuatımızda 4054 sayılı Kanun dışında kamu teşebbüsleri ile özel teşebbüslerin aynı kurallara tabi olduğu bir alana diğer bir örnek ise 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu’ndan verilebilir. Söz konusu Kanunun 1. maddesinde kurumlar vergisi mükellefleri arasında sermaye şirketleri, kooperatifler, iş ortaklıklarının yanında “*iktisadi kamu kuruluşları*” da yer almaktadır. Buna ek olarak 2. maddesinde de iktisadi kamu kuruluşlarının “*kazanç amacı gütmemeleri, faaliyetlerinin kanunla verilmiş görevler arasında bulunması, tüzel kişiliklerinin olmaması, bağımsız muhasebelerinin ve kendilerine ayrılmış sermayelerinin veya iş yerlerinin bulunmaması mükellefiyetlerini etkilemez.*” diyerek bir adım daha ileri gitmiştir. Bu düzenlemeyle kamu kuruluşları ile özel şirketler arasında rekabet dengesi sağlanmak istenmiştir. MUTLUER, K. (2007), *Vergi Özel Hukuku*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, s.204.

<sup>28</sup> 4054 sayılı Kanunda “*kamu ya da özel teşebbüs ayrımı yapılmaması sebebiyle*” kamu teşebbüslerinin rekabet kurallarına tabi olacağı Kurul tarafından da ifade edilmiştir. Bkz. TÜPRAŞ kararı (16.4.2002, 02-24/244-99) s.7.

gerekçesinde de devletin piyasada fiili ve anlaşma sonucu tekelleşmeyi önleme görevinin “hem özel hem de kamu kesimi için” öngörüldüğü ifade edilmiştir.

Rekabet kuralları sadece özel teşebbüslere uygulanacak olursa, aynı piyasada faaliyet gösteren kamu teşebbüsleri ile özel teşebbüsler arasındaki eşitlik bozulacaktır. Buna ek olarak, kamu teşebbüslerinin rekabeti bozucu davranışları nedeniyle herhangi bir yaptırımla karşı karşıya kalmaması, kamu teşebbüslerini dilediği gibi davranmaya teşvik edecek, bu durum da rekabetten beklenen faydalara ulaşılammama sonucunu doğuracaktır. Bu yüzden, rekabet kurallarının etkin uygulanabilmesi için, kamu işletmelerinin de rekabet kurallarına tabi olması gerekir.<sup>29</sup> Doktrinde de kamu teşebbüslerinin, tıpkı özel teşebbüsler gibi, rekabet hukuku kurallarına tabi olacağı konusunda bir duraksama olmayıp, yasal düzenleme ile fikir birliği içinde bulunduğu görülmektedir.<sup>30</sup>

## 1.2.2. AT Hukukundaki Durum

### 1.2.2.1. 86 (1). Madde

4054 sayılı Kanununun mehzamı teşkil eden Roma Antlaşması'nın 86. maddesinde, 4054 sayılı Kanunda bulunmayan bir hüküm yer almaktadır. Söz konusu maddenin 1. fıkrasına göre “*Kamu teşebbüsleri ve kendisine özel veya inhisari haklar tahsis edilmiş teşebbüsler açısından, hiçbir üye ülke bu Antlaşmanın özellikle 12. ve 81 ila 89. hükümlerine aykırı bir düzenleme yapamaz veya mevcut bir düzenlemeyi yürürlükte tutmaya devam edemez.*”

Burada ifade edilmek istenen aslında kamu teşebbüslerinin de Roma Antlaşması'nın rekabet kurallarını düzenleyen 81 ile 89. maddelerine tabi olacaktır. Böylece AT Hukuku uygulaması açısından kamu teşebbüsleri de, söz konusu Antlaşma hükümleriyle açıkça, rekabet hukuku kurallarına tabi tutulmuştur.<sup>31</sup> Başka bir deyişle, bu maddeler ile üye devletlere, kamu işletmeleri hakkında rekabet kurallarına aykırı düzenleme ve uygulama yapmama yükümlülüğü öngörülmüştür.<sup>32</sup> Önemli bir ayrımı olarak, Antlaşmanın 81. ve 82. maddeleri, özel teşebbüslerin yanı sıra piyasada faaliyet gösteren ve teşebbüs niteliğini taşıyan kamu teşebbüsleri için uygulanabilir nitelikte olduğundan,

<sup>29</sup> Aşçıoğlu Öz 2000a, s.68

<sup>30</sup> Tan 2000, s.7; ASLAN, İ.Y. (2006), Rekabet Hukuku, Ekin Yayınları, Bursa, s.44; Sanlı 2000, s. 31-32; Aşçıoğlu Öz 2000a, s.150; Topçuoğlu 2001, s.83; EĞERCİ, A. (2005), Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi, Ankara, s.31; GÜZEL, O. (2003), Rekabet Hukukunda Teşebbüs ve Teşebbüs Birlikleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:30, Ankara, s.56.

<sup>31</sup> CRAIG, P. ve DE BURCA, G. (2003), EU Law Texts Cases and Materials, Oxford University Press, Great Britain, s.889; Sierra 1999, s.276.

<sup>32</sup> Aşçıoğlu Öz 2000a, s.67.

devletin düzenleyici olarak faaliyet göstermesi halinde 86. ve 87. maddeler devreye girecektir.

Doktrinde; kamu teşebbüsleri, özel veya inhisari hakka sahip teşebbüsler hatta teşebbüs faaliyetinde bulunan devlet organları dahi teşebbüs sayılmıştır. Buna tek istisna olarak, kamusal yetki kullanan devlet organları gösterilmiştir.<sup>33 34</sup> Ticari veya sınai bir faaliyetin değil de, devlet otoritesinin kullanıldığı hallerde rekabet kuralları uygulama alanı bulmayacaktır.<sup>35</sup> Dolayısıyla AT hukuku, kamusal yetki kullanan devlet ile işletmecî devleti birbirinden ayırmaktadır.<sup>36</sup>

Komisyon çıkardığı bir direktifte<sup>37</sup> özel ve inhisari hakları tanımlamıştır. Buna göre özel haklar “bir üye devlet tarafından, herhangi bir yasal, düzenleyici ya da idari yolla, sınırlı sayıda teşebbüse, belirli bir coğrafi alanda olmak üzere verilen haklar”; inhisari haklar ise “bir üye devlet tarafından, herhangi bir yasal, düzenleyici ya da idari yolla belirli bir ekonomik faaliyeti belirli bir süre ve coğrafi alanda yerine getirebilmesi için, kamu ya da özel tek bir teşebbüs lehine verilen haklar” olarak tanımlanmıştır.<sup>38</sup> Bu tanımda, inhisari hakların

<sup>33</sup> Goyder 2003, s.60; Faull ve Nikpay 2007, s.605. Örneğin ulusal güvenlik, pasaport tanzimi, motorlu araçların muayenesi, çevre koruma hizmetleri vb. birer ekonomik faaliyet teşkil etmediğinden, bu faaliyetleri yerine getiren kamu kurumları hakkında 86. madde uygulanmayacaktır. Sierra 1999, s.45

<sup>34</sup> Amerika Birleşik Devletleri’nde de (ABD) benzer bir durumun kabul edildiğini belirtmekte fayda vardır: 1943 yılında Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin *Parker v. Brown* (317 US 341) davası ile “kamusal müdahale doktrini” (*state action doctrine*) adı verilen, devlet düzenlemelerinden kaynağını alan belirli bir kısıtlamaya, belli şartların gerçekleşmesi halinde, rekabet kurallarından muafiyet verilebilmesine yönelik bir doktrin kabul edilmiştir. Bu doktrin uyarınca rekabet kurallarının, daha üstün bir amaç uğruna, kamu kurumları eliyle yapılan veya devletin zorlaması ya da teşvikiyle gerçekleştirilen rekabeti bozucu davranışlara uygulanmaması mümkün olabilecektir. Böyle bir muafiyetten yararlanabilmek için en öncelikli koşul ise rekabetin uğruna feda edileceği daha üstün bir kamusal çıkarın açıkça ifade edilmiş olmasıdır. (*clearly articulated purpose to displace competition*) Bu konu hakkında daha fazla bilgi ve mahkeme kararları için bkz. ÖZDEN, M. (2004), Profesyonel Meslek Birlikleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:60, Ankara, s.34 v.d.

<sup>35</sup> Faull ve Nikpay 2007, s.192.

<sup>36</sup> Sierra1999, s.33.

<sup>37</sup> *Commission Directive on Satellite Communications* (EC) 94/46 [1994] OJ. L268/15-24. Daha sonra çıkarılan ve çalışmanın hazırlandığı sırada hala yürürlükte bulunan *Commission Directive on Competition In The Markets For Electronic Communications Networks and Services* (EC) 2002/77 adlı başka bir direktifte de aynı tanımlar benimsenmiştir.

<sup>38</sup> AT hukukuna göre özel veya inhisari haklara, kamu teşebbüsleri sahip olabilecekleri gibi özel teşebbüsler de sahip olabilirler. Roma Antlaşması bu iki tür teşebbüs arasında herhangi bir ayırım yapmamıştır. Sierra 1999, s.35; Faull ve Nikpay 2007, s.603. Özel veya inhisari hakların özel bir teşebbüse de verilebilmesi sonucu, çalışmamızda, bu haklara sahip teşebbüslerin rekabeti bozucu davranışlarının incelenmesi yerine, böyle bir hakka sahip olup olmadıkları dikkate alınmaksızın, bizzat kamu teşebbüsleri ve kamu kuruluşları açısından bir inceleme yapılacaktır.

sadece tek bir teşebbüse; özel hakların ise birden fazla teşebbüse verilebilmesi dikkati çekmektedir. Bunun sonucu olarak bazı yazarlarca inhisari hakların tekele; özel hakların ise oligopole denk geldiği ileri sürülmüştür.<sup>39</sup>

86. maddenin Antlaşmaya dahil edilmesinin nedeni, üye devletlerin kendi kamu teşebbüslerine daha ılımlı yaklaşabilmeleri olasılığı karşısında, söz konusu üye devletin mal veya hizmet piyasalarındaki rekabetin önemli ölçüde zarar görme riski bulunması ve bu durumun sonuç olarak üye devletler arasındaki ticareti kötü yönde etkileyebilecek olmasıdır.<sup>40</sup>

### 1.2.2.2. 86(2). Madde

Roma Antlaşması'nın 86. maddesinin 2. fıkrasında ise, yine 4054 sayılı Kanunda yer almayan bir hüküm bulunmaktadır. Buna göre “*Genel ekonomik faydaya olan hizmetlerin yürütülmesiyle görevlendirilmiş veya gelir elde eden tekel niteliğine sahip olan teşebbüslere Antlaşma hükümleri ve özellikle rekabete ilişkin hükümler, bu hükümlerin uygulanması söz konusu işletmelere verilen özel görevin hukuken veya fiilen yerine getirilmesini engellemedikleri ölçüde uygulanır.*”<sup>41</sup>

Bu maddede iki tür teşebbüsün, rekabet kurallarının uygulanması dışında bırakılabileceği öngörülmüştür. Birincisi “genel ekonomik faydaya olan hizmetlerin yürütülmesiyle görevlendirilmiş”<sup>42</sup> teşebbüs, ikincisi ise “gelir elde eden tekel niteliğine sahip olan”<sup>43</sup> teşebbüstür. Eğer rekabet hukuku kuralları, bu

<sup>39</sup> EGE, Y. (2002), “Avrupa Birliği ve Türkiye’de Kamu Teşebbüsleri, Yasal Tekeller ve Rekabet”, Rekabet Dergisi Sayı:9, Ankara, s.7; Sierra 1999, s.5; Faull ve Nikpay 2007, s.601.

<sup>40</sup> Goyder 2003, s.483

<sup>41</sup> Aslında Antlaşmanın 86. maddesinin 2. fıkrasında, 1. fıkrasında olduğu gibi, kamu teşebbüsü ibaresine yer verilmemiştir. Ancak bu maddenin uygulanması büyük ölçüde kamu teşebbüsleri için mümkün görünmektedir. Aynı zamanda, sistematik bir yorum yöntemi ile maddenin yorumlanması halinde 2. fıkranın, 1. fıkranın hemen ardından, maddenin asıl düzenlemek ve farklı kurallar getirmek istediği kamu teşebbüsleri arasında düzenlenmesi de, 2. fıkrada kastedilen teşebbüslerin kamu teşebbüsü olarak öngörüldüğü sonucunu doğurmaktadır. Hem kamu teşebbüsleri, hem de özel teşebbüslerinin madde kapsamına girdiğine dair görüş için bkz. Sierra 1999, s.276.

<sup>42</sup> Roma Antlaşması'nın resmi İngilizce metninde yer alan ibare aynen şöyledir: “*Undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest*”. Türkçeye “*genel ekonomik faydaya hizmet ile görevlendirilmiş teşebbüs*” şeklinde de çevrilebilen ibare için yukarıda “*genel ekonomik faydaya olan hizmetlerin yürütülmesiyle görevlendirilmiş*” teşebbüs ibaresi tercih edilmiştir. Bu ibare aslında üye devletlerde kullanılan “kamu hizmeti” kavramını yaklaşık olarak karşılayan bir AT hukuku ibaresidir.

<sup>43</sup>Roma Antlaşması'nın resmi İngilizce metninde yer alan ibare aynen şöyledir: “*Undertakings... having the character of a revenue-producing monopoly*”. Sanlı, bu ibareyi “*mali tekel niteliğine sahip*” teşebbüs olarak tercüme ettikten sonra, bununla ifade edilmek istenenin devlet bütçesine gelir sağlamak için monopol veya tekel haline getirilmiş teşebbüsler olduğunu ileri sürmektedir.

türdeki teşebbüslere üye ülkeler tarafından verilen görevlerin yerine getirilmesini engelliyorsa, o zaman bu teşebbüslere rekabet kurallarının uygulanmasından imtina edilebilir.<sup>44</sup> Kanımızca bu madde ile bir kamu teşebbüsü tarafından yapılan hizmetin topluma bir fayda teşkil etmesi ve bu faydanın rekabetin bozulmasına oranla daha üstün ve önemli olması halinde, rekabet kurallarının uygulanmasında ısrar etmek yerine kamusal menfaati öne çıkarmak amaçlanmıştır.

ATAD *De Danske Statsbaner* kararında,<sup>45</sup> limanları işletmede tekel olan bir kamu teşebbüsünün yaptığı faaliyetin, genel ekonomik faydaya olan bir hizmet olarak değerlendirmemiş; böyle bir hizmet olarak değerlendirilse dahi rekabet kurallarının uygulanmasının, Anlaşmaya aykırı olarak limanların işletilmesinde kullanım ücreti alma faaliyetinin yerine getirilmesini hukuken veya fiilen engellemeyeceğini belirtmiştir. *Müller* kararında<sup>46</sup> ise ATAD, bir üye devlet için önem taşıyan suyuollarının yönetilmesi faaliyetini genel ekonomik faydaya olan bir hizmet olarak değerlendirilebileceğine karar vermiştir.

Serbest piyasa ekonomisinin (hatta AT için tek pazar entegrasyonun hedeflendiği rekabetçi bir düzenin) kabul edildiği bir sistemde, özel teşebbüsler rekabet kurallarına tabi iken kamu teşebbüslerinin tabi olmaması, eşitlik ilkesine aykırı olmasının yanı sıra rekabetten beklenen faydaların da elde edilmesini tehlikeye sokabileceğinden, bu düzenlemenin arkasında somut ve haklı bir gerekçe olmalıdır.

---

Sanlı 2000, s.67, dn.211. Burada amaç genel ekonomik faydaya olan bir hizmeti sunmak yerine, salt gelir elde etmek olduğunu ileri süren Sierra, tütün ve alkol işletmelerinin buna en güzel örneği oluşturduğunu ifade etmiştir. Sierra 1999, s.286-287

<sup>44</sup> Topçuoğlu, bu duruma şu örneği vermektedir: “*Mesela bir posta idaresi bütün vatandaşlar için tek fiyat üzerinden posta toplanması ve dağıtılması gibi bir kamu hizmetinin ifası görevini yüklenmiştir. Ülkenin en ücra köşelerine ulaşabilecek posta dağıtım ağının kurulması ve karlı yerel posta dağıtımlarından elde edilen gelirlerle finanse edilmesi, 86. maddedeki istisna hükmünün bir sonucu olabilir. Zira bu tekellerden, normal olarak kamu yararına yönelik belki de kâr getirmeyen bir hizmeti üstlenmeleri istenmektedir.*” Topçuoğlu 2001, s.53. Benzer şekilde Sierra da aynı örnek üzerinden giderek, her yere hizmet verecek tekel bir teşebbüsün bulunmaması halinde diğer teşebbüslerin piyasaya girerek, fiyatların maliyetlerden yüksek olduğu yerlerde hizmet edeceklerini, diğer yerlere ise yatırım yapmayacaklarını belirtmiş ve bu durumu “*kaymağını yeme*” (*cream skimming*) olarak nitelendirerek, ‘evrensel hizmet yükümlülüğü’ getirilmesinin bu muafiyetten yararlanılması için haklı bir gerekçe olduğunu ileri sürmüştür. Sierra 1999, s.305 Ancak ATAD *Corbeau* davasında, Belçika Posta İdaresi’ne tanınan tekel yetkisinin Antlaşmayı ihlal eder nitelikte olduğuna karar vermiş ve temel posta hizmetleri dışında kalan, örneğin alıcının adresinden teslim alınan ya da daha hızlı veya güvenli bir teslim garantisi sunan katma nitelikte posta hizmetlerinin bu muafiyetten yararlanmaması gerektiğine karar vermiştir. *Corbeau v. The Régie des Postes Case C-320/91 [1993] ECR I-2533.*

<sup>45</sup> *GT-Link A/S v. De Danske Statsbaner (DSB) Case C-242/95 [1997] ECR I-04449*

<sup>46</sup> *Ministère Public of Luxembourg v. Müller Case C-10/71 [1971] ECR I-723*

Tan'a göre Fransa ve Türkiye gibi kamu hizmeti anlayışına sahip ülkelerde kamusal makamlar, doğrudan bazı mal veya hizmetleri sunarak veya bazı faaliyetlere sınırlamalar getirerek ekonomiye müdahalelerde bulunabilmekte, bu nedenle rekabet hukuku mantığı ile kamu hizmeti anlayışı arasında bir bağdaşmazlık veya karşıtlık görülmektedir.<sup>47</sup>

Kanımızca bu görüş, böyle bir istisnanın neden getirildiği hususunu kavramaya ışık tutmaktadır. Gerçekten de Fransa ve Türkiye gibi ülkelerde idare hukukunun, uygulamada önemli bir yere sahip olduğu ve bu hukukun özünde, idareyi bireye karşı üstün tuttuğu göz önüne alındığı zaman, kamu teşebbüslerinin özel teşebbüsler ile aynı durumda olması mümkün olmayacaktır. Kamu hizmeti anlayışının 19. yüzyıldan itibaren var olması, buna karşın rekabet hukukunun Avrupa'da 20. yüzyılın ikinci yarısından sonra ortaya çıkmaya başlaması da, kanımızca kamusal menfaatin, rekabet hukukunun uygulanmasından elde edilen faydaya göre bir adım öteye geçebileceğine dair, en azından bir fikir vermektedir.

Ancak kesin olan şu ki, 86. maddenin 2. fıkrası bir istisna hüküm niteliği taşıdığından, yukarıdaki kararlarda olduğu gibi dar yorumlanarak çok sınırlı hallerde uygulanmalı ve uygulandığı hallerde haklı bir iktisadi gerekçe bulunmalıdır. Zira keyfi bir uygulama rekabet kurallarının işlevsiz kalmasına yol açacak, bu da maddede öngörülen amaca aykırı olacaktır. ATAD da istisna kapsamındaki halleri oldukça dar yorumlayarak, rekabet kurallarını kamu kesimine yaygın bir şekilde uygulamaktadır.<sup>48</sup>

Sonuç olarak Roma Antlaşması'nın 86. maddesinin 2. fıkrası gibi bir düzenlemenin 4054 sayılı Kanunda yer almamış olması sonucu Türk hukukunda, genel ekonomik faydaya olan hizmetlerin yürütülmesiyle görevlendirilmiş bir teşebbüs bulunsun ya da bulunmasın, her durumda 4054 sayılı Kanun uygulama alanı bulacaktır. Böylece kamusal menfaatin daha fazla olması, rekabet hukuku kurallarının uygulanmasına engel olmayacaktır. Böyle bir istisnanın öngörülmemiş olmasının, Türkiye'de kamu teşebbüslerinin ve kamu kuruluşlarının rekabeti bozucu davranışlarını içeren durumların sayısının artmasına neden olup olmayacağı akla gelen bir soru olmaktadır.

## **2. Türkiye'de Kamu Teşebbüsleri ve Kamu Kuruluşlarının Örgütlenmesi**

### **2.1. Kamu Teşebbüslerinin Örgütlenmesi**

Roma Antlaşması'nın 86. maddesinde ve 4054 sayılı Kanunun 2. maddesinin gerekçesinde ifade edildiği üzere, kamu teşebbüsleri de özel teşebbüsler gibi bir

<sup>47</sup> Tan 2000, s.3

<sup>48</sup> Sanlı 2000, s.37

mal veya hizmet piyasasında faaliyet gösterirken, rekabet hukuku kurallarına tabi olacaklardır. Bunun bir sonucu olarak kamu teşebbüsleri, faaliyetlerini gerçekleştirirken 4054 sayılı Kanuna aykırı bir davranış sergilemeleri halinde, ihlal karşılığında öngörülen yaptırıma muhatap olabileceklerdir.<sup>49</sup> Bu davranışları incelemeye geçmeden önce, kamu iktisadi teşebbüslerinin tanımı, yapıları, özellikleri ve ekonomideki rollerini incelemek yerinde olacaktır.

### **2.1.1. Kamu İktisadi Teşebbüsleri<sup>50</sup>**

#### **2.1.1.1. Tanım, Yapı ve Özellikleri**

Kamu iktisadi teşebbüsleri, Cumhuriyet tarihimizde ilk kez 1938 tarihli ve 3460 sayılı “Sermayesinin Tamamı Devlet Tarafından Verilmek Suretiyle Kurulan İktisadi Teşekküllerin Teşkilatı İle İdare ve Murakabeleri Hakkında Kanun” ile hukukumuzda girmiştir. İlk düzenleme niteliğindeki bu Kanun, otuz yıl kadar uygulandıktan sonra 1964 tarihli ve 440 sayılı “İktisadi Devlet Teşekkülleriyle Müesseseleri ve İştirakleri Hakkında Kanun” ile yürürlükten kaldırılmıştır. Benzer şekilde 440 sayılı Kanun da, 1983 tarihli ve 60 sayılı “İktisadi Devlet Teşekkülleri ve Kamu İktisadi Kuruluşları Hakkında Kanun Hükmünde Kararname” ile yürürlükten kaldırılmıştır.<sup>51</sup> Son olarak, bugün halen yürürlükte olan 1984 tarihli ve 233 sayılı “Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname” ile 60 sayılı KHK yürürlükten kaldırılarak, ilgili yasal düzenleme son halini almıştır.

Kamu iktisadi teşebbüsü ibaresi parçalara ayrılıp incelenince, “kamu” sözcüğünün devlete ait, sermayesinin sahibinin devlet olduğu; “iktisadi” sözcüğünün ekonomik, ekonomiyle ilgili olduğu; “teşebbüs” sözcüğünün ise bir faaliyet, girişim olarak bir anlam çağrıştırdığı ileri sürülebilir. Tüm sözcükler bir arada yorumlandığı zaman ise bu ibareyi, devletin sahip olduğu ve piyasalarda mal veya hizmet üreten, satan, pazarlayan piyasa aktörleri olarak nitelendirmek

<sup>49</sup> Aşçıoğlu Öz, rekabeti bozucu nitelikteki davranışları, kaynakları açısından genel olarak iki ana grupta toplamanın mümkün olduğunu ifade ettikten sonra, ilkinin “devletin piyasalara düzenleyici işlevi gereği veya piyasada faaliyet gösteren bir birim olarak, doğrudan veya dolaylı olarak müdahale etmesi”; diğerini ise “devletin ilk türdeki gibi bir müdahalesi olmaksızın, bizzat işletmeler arası bir etkileşim sonucu bozulması” olarak belirlemiştir. Aşçıoğlu Öz 2000a, s.16.

<sup>50</sup> “Kamu iktisadi teşebbüsü” ibaresi 233 sayılı KHK’da kullanılan gerek özel hukuk, gerekse de kamu hukuku terminolojisi için geçerli olan bir kavram iken, kamu teşebbüsü kavramı daha çok iktisat biliminde kullanılan ve devletin bir girişimci olarak iktisadi faaliyette bulunduğu kuruluşlarını ifade eden bir kavramdır.

<sup>51</sup> 60 sayılı KHK’nin değiştirilerek kabulü hakkında daha sonra 19.10.1983 tarihli ve 2929 sayılı Kanun çıkarılmıştır.

mümkündür. Böylece devlet, bir girişimci olarak iktisadi faaliyette bulunmaktadır.<sup>52</sup>

233 sayılı KHK'nın "Kapsam ve amaç" başlıklı 1. maddesinden de yararlanmak suretiyle kamu iktisadi teşebbüslerini; özerk bir tarzda ve ekonominin kurallarına uygun olarak ticari esaslara göre yönetilen, ekonomik gereklere uygun olarak verimlilik ve kârlılık<sup>53</sup> ilkeleri doğrultusunda, kendi aralarında ve milli ekonomi ile uyum içinde çalışarak sermaye birikimine yardım eden ve bu suretle daha fazla yatırım kaynağı yaratan, özel hukuk hükümlerine tabi mal veya hizmet sağlayıcı kamu kuruluşları olarak tanımlamak mümkündür.

233 sayılı KHK'ya göre kamu iktisadi teşebbüsleri; iktisadi devlet teşekkülleri ve kamu iktisadi kuruluşları olmak üzere iki farklı türe ayrılmakta ve kamu iktisadi teşebbüsü ibaresi bu iki türün ortak adı olarak ifade edilmektedir. Söz konusu KHK'nın "Tanımlar ve Kısaltmalar" başlıklı 2. maddesinde iktisadi devlet teşekkülü; "sermayesinin tamamı devlete ait, iktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyet göstermek üzere kurulan kamu iktisadi teşebbüsü" ve kamu iktisadi kuruluşu; "sermayesinin tamamı Devlete ait olup tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri kamu yararı gözeterek üretmek ve pazarlamak üzere kurulan ve gördüğü bu kamu hizmeti dolayısıyla ürettiği mal ve hizmetler imtiyaz sayılan kamu iktisadi teşebbüsü" olarak tanımlanmıştır. Ancak kamu iktisadi teşebbüsleri için Anayasa'nın 165. maddesinde "Sermayesinin yarısından fazlası doğrudan doğruya veya dolaylı olarak Devlete ait olan kamu kuruluş ve ortaklıkları" terimi kullanıldığından, 233 sayılı KHK ile Anayasa arasında bir tutarsızlık meydana gelmiştir.<sup>54</sup>

<sup>52</sup> GÖZÜBÜYÜK, Ş. ve TAN, T. (2004), İdare Hukuku Genel Esaslar, Cilt: 1, Turhan Kitabevi, Ankara, s. 311

<sup>53</sup> Dikkati çeken bir husus olarak kârlılık ibaresine, kamu iktisadi kuruluşlarının amacı belirtilirken yer verilmemiştir.

<sup>54</sup> Kamu iktisadi teşebbüslerinin ortaklık yapısı ve sermayelerinin düzenlediği 1984 tarihli ve 233 sayılı KHK'da, 1982 Anayasası'nda yer alan "sermayesinin yarısından fazlası" ibaresi daha da genişletilerek, hem kamu iktisadi kuruluşları hem de iktisadi devlet teşekkülleri için "sermayesinin tamamı"nın devlete ait olduğu vurgulanmıştır. Anayasa koyucunun en azından sermayede, yarından fazlasının devlete ait olması koşulunu aramasıyla kanun koyucu için genel bir sınır çizmek istemesi ve bu sınırın altına düşülmemesi gerektiği üzerinde durduğu ileri sürülebilir. Bu durumu doğrulayabilecek bir husus da Anayasanın 165. maddesinin başlığıdır. Zira 165. maddenin başlığı "Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Denetimi" olup, ne madde metninde ne de madde başlığında kamu iktisadi teşebbüsleri, 233 sayılı KHK'daki gibi ikiye ayrılmamış, bunun yerine genel bir ifade tercih edilmiştir.

Kamu iktisadi teşebbüsleri, niteliği tartışmalı olmakla birlikte<sup>55</sup> bir tüzel kişiliğe sahip olup, bunun sonucu olarak da 233 sayılı KHK'nın 3. maddesine göre kendisini kurma yetkisini haiz Bakanlar Kurulu'ndan 'hukuken' bağımsız bir varlıktır. Ancak kamu iktisadi teşebbüslerinin faaliyetlerine, çoğu zaman merkezi idare tarafından müdahalelerde bulunduğğu görülmektedir. Örneğin 233 sayılı KHK'nın 35. maddesine göre kamu iktisadi teşebbüslerine Bakanlar Kurulu'nca, faaliyet alanlarına uygun iktisadi, mali ve idari konularda çeşitli görevlerin verilebilmesi ve gerektiğinde ürettikleri ürünlerin fiyatlarının belirlenebilmesi mümkündür.<sup>56</sup>

Ancak 4054 sayılı Kanunun 3. maddesinde yer alan 'bağımsız karar verebilen' ibaresinin, lâfzî ve katı bir yorumla uygulanması sonucu kamu iktisadi teşebbüslerini, neredeyse bütünüyle Kanun kapsamı dışında bırakabileceği ifade edilmiştir.<sup>57</sup>

Bu durum karşısında bir görüşe göre kamu iktisadi teşebbüsleri bu yüzden, teşebbüs tanımına girmemekte ve bu nedenle de teşebbüsler için öngörülen rekabet kuralları kamu iktisadi teşebbüslerine uygulanamayacaktır.<sup>58</sup> Diğer bir görüş, kamu teşebbüslerinin söz konusu maddede belirtilen bu ibareye

<sup>55</sup> Bu tartışma ve farklı görüşler için bkz. Gözübüyük ve Tan 2004, s.315-316; OĞUZMAN, K., SELİÇİ, Ö. ve OKTAY, S. (2002), Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, s.174-175; AKİPEK, J. ve AKINTÜRK, T. (2004), Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Beta Kitabevi, Cilt:1, 5.Bası, İstanbul, s.537-540

<sup>56</sup> Serbest piyasa ekonomisinde bir kamu kuruluşunun, özel bir teşebbüsün ürettiği ürünlerin fiyatını tespit etmesi veya bunlara çeşitli görevler vermesi gibi doğrudan müdahalesi – regülasyona tabi sektörler dışında- düşünülemez. Pozitif hukukumuzda buna ilişkin en çarpıcı örnek TTK'nın 1466. maddesinde yer almaktadır. Buna göre “...bir akit hükmünce yerine getirilmesi gereken edalar hakkında kanun veya yetkili makamların kabul etmiş olduğu en yüksek haddi aşan mukaveleler, en yüksek had üzerinden yapılmış sayılır ve bu hadden fazla olan edalar, hata ile yapılmış olmasa dahi geri alınır.” Buradan çıkan sonuç ise, örneğin yetkili makam tarafından en yüksek sınır fiyatının belirlenmesi halinde bu sınırın üzerinden daha yüksek bedel ile yapılan bir sözleşme, yetkili makamın belirlediği bedel üzerinden yapılmış sayılacaktır. Bu ise dolaylı olsa bile ilgili özel teşebbüsün belirlediği fiyata müdahale teşkil etmektedir. Daha fazla bilgi için bkz. ARKAN, S. (2005), Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 8. Bası, Ankara, s.84-85. Benzer şekilde 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un, 4822 sayılı Kanunla değişik 12. maddesinin 4. fıkrasına göre “Fiyatı; Bakanlar Kurulu, kamu kurum ve kuruluşları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları tarafından belirlenen mal veya hizmetlerin, belirlenen bu fiyatın üzerinde bir fiyatla satışa sunulması yasaktır.” Böylece özel sektörün ürettiği bir ürünün fiyatının, piyasa dışında belirlenmesi mümkün olabilecektir.

<sup>57</sup> Ege 2002, s.15

<sup>58</sup> ÇAMLICA, B. (1999), “Kamu İktisadi Teşekkülleri Rekabet Kanunu Uygulamasından Muaf Mıdır?”, Rekabet Bülteni ESC Yayını, Sayı:1, İstanbul, s.46-47

bakılmaksızın 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.<sup>59</sup>

Başka bir görüş ise kamu iktisadi teşebbüslerinin, Bakanlar Kurulu'nun müdahaleleri de olsa, 4054 sayılı Kanundan kaynaklanan, rekabet kurallarına uygun bir şekilde faaliyet gösterme sorumluluklarının ortadan kalkmayacağını ileri sürmüştür.<sup>60</sup> Bu görüşe göre kamu iktisadi teşebbüslerinin yerine karar alan Bakanlar Kurulu, dışarıdan müdahale eden bir organ değil, söz konusu kamu teşebbüsünün yönetiminin yerine geçen bir irade olduğu için o olayla sınırlı olarak, adeta bir karar organı gibi değerlendirilmelidir.<sup>61</sup> Aksi takdirde kararlarından sorumlu tutulamayan bir varlık kabul edilecek ve bu durum eşitlik ve hukuki güven ilkelerini olumsuz etkileyecektir. Gerek aynı piyasada özel teşebbüsler ile beraber faaliyet göstereceklerse de tekel olsun, adil ve dengeli bir rekabetin gereği olarak kamu teşebbüsleri de rekabet kurallarına tabi olmalıdırlar.

#### **2.1.1.2. Ekonomideki Roller**

İktisat biliminde, devletin girişimci olarak piyasalarda mal veya hizmet üretmesi karşılığında “kamu işletmeciliği” ibaresi kullanılmaktadır.<sup>62</sup> Bununla kastedilen ise iktisadi mal ve hizmetlerin doğrudan kamu eliyle üretilerek tüketicilere sunulmasını içeren ve tüm kaynakları devlet tarafından sağlanan ticari, endüstriyel veya finansal faaliyetlerdir.<sup>63</sup> Başka bir anlatımla, doğal tekel niteliği taşıyan pazarlarda<sup>64</sup> mal veya hizmet üretimi ve pazarlanmasının doğrudan kamu

<sup>59</sup> İNAN, N. (1999), “Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi”, Perşembe Konferansları Rekabet Kurumu Yayınları No:1, Ankara, s.20

<sup>60</sup> KÖKSAL T. (2002), Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukuku Çerçevesinde Kamu Teşebbüsleri ve İnhisari Haklar, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi, Ankara, s.143

<sup>61</sup> Ancak burada Bakanlar Kurulu'nun yaptığı işlemin teşebbüs faaliyeti olarak kabul edilmesi ile kamusal yetkiye dayanarak yapılan bir işlem olarak kabul edilmesi arasında çok farklı sonuçlar ortaya çıkacaktır. Bir teşebbüs faaliyeti kabul edilmesi halinde, kararlarını kendisinin değil Bakanlar Kurulu'nun aldığı bir teşebbüsten bahsedilecek; diğer halde ise 4054 sayılı Kanun kapsamında bir işlem yapılamayacaktır.

<sup>62</sup> Viscusi vd. 2005, s.503 v.d.; ARDIYOK, Ş. (2002), Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi, Ankara, s.37 v.d.; GÖKDEMİR, B. (2008), Şebeke Suyu Sektöründe Serbestleşme ve Rekabet, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi, Ankara, s.32 v.d.

<sup>63</sup> Ardiyok 2002, s.37.

<sup>64</sup> Bir mal veya hizmet piyasasında iki veya daha fazla teşebbüsün üretimine göre tek bir teşebbüsün üretim yapması toplam üretim maliyetlerini düşürmekteyse, o piyasadaki tek teşebbüse doğal tekel adı verilmektedir. Bu durumda, bir teşebbüsün üretim yapması iktisadi etkinliğinin daha fazla sağlanmasına yol açar. CARLTON, D. W. ve PERLOFF, J. M. (2005), Modern Industrial Organization, Pearson Addison Wesley Press, 4th Edition, USA, s.104. Doğal tekel bir piyasa aksaklığı olarak algılanmakta ve bu yüzden tüketicilerin özellikle tekeli fiyatlarından dolayı refah kaybına uğramamaları ve diğer teşebbüslerin de yüksek ilk yatırım maliyetlerini tekrarlayıp ekonomik kayba yol açmamaları için, regüle edilmektedir. Rekabet,

otoritesi ya da kamu ve özel sektör ortaklığında yürüyen teşebbüsler tarafından gerçekleştirilmesidir.<sup>65</sup>

Devletin iktisadi hayatta bizzat faaliyet göstermesini tetikleyen temel nedenleri, özel sektörün sermaye birikiminin yetersiz olması ve toplumun ihtiyaç duyduğu birtakım mal ve hizmetlerin biran önce sağlama gereği gösterilebilir. Ülkemizde kamu teşebbüslerinin kuruluş ve gelişim nedenleri olarak ekonomiyi yeniden yapılandırmak, özel sektör tarafından başarılamayacak büyüklükteki yatırımları yapmak ve böylece özel sektöre öncülük etmek, üretim dağıtım ve fiyatları düzenlemek, ekonominin önemli alanlarını işletmek, sosyal ihtiyaçları karşılamak ve hazineye gelir sağlamak gösterilebilir.<sup>66</sup>

Özel teşebbüslerin piyasaya girmeye başlamasıyla, bazı mal veya hizmet piyasalarında devlet, özel teşebbüslerle birlikte faaliyet göstermeye devam etmiş, bazılarında ise piyasadan tamamen çekilmiştir. Bu süreçte yaşanan başka bir gelişme de, “kamu hizmeti” anlayışının anlamını kaybederek; yeni, sınırları daha belirli olan “evrensel hizmet” kavramının ortaya çıkmasıdır.<sup>67</sup>

Ancak kamu işletmeciliğinin benimsenmesinin ardında sadece iktisadi gerekçelerin olmadığı durumlar da yok değildir. Siyasi nedenler,<sup>68</sup> ideolojik

---

doğal tekel bir teşebbüsün olduğu bir piyasada yıkıcı sonuçlar doğuracaktır. Viscusi vd. 2005, s.401. Doğal tekeller genellikle büyük miktarda ilk yatırım gerektiren ve sabit maliyeti yüksek olan elektrik, doğal gaz, su, demiryolları ile temel telekomünikasyon hizmetleri gibi fiziki şebeke endüstrileridir. Ardıyok 2002, s.34. Burada sayılanlardan hemen hemen hepsi ATAD ve Komisyon tarafından tartışılmaksızın Roma Antlaşması'nın 86. maddesinde yer alan “genel ekonomik faydaya olan hizmet”lerden sayılmıştır. Sierra 1999, s.282, Faulk ve Nikipay 2007, s.626-631.

<sup>65</sup> Gökdemir 2008, s.32.

<sup>66</sup> Köksal 2002, s.109 v.d.

<sup>67</sup> Kamu hizmeti bir önceki devrin bir kavramı olarak, ortak ihtiyaçları karşılamak üzere bizzat devlet tarafından tüm vatandaşlara eşit şartlarda sunulması gereken hizmetleri ifade ederken, evrensel hizmet ise adeta bir insan hakkı gibi, tüm insanların temel bazı hizmetlere uygun fiyatlarda sürekli ve kaliteli bir şekilde ulaşabilmesinin temin edilmesi olarak ifade edilmektedir. Elektrik, su, telefon ve ulaşım gibi eskiden kamu hizmeti olarak kabul edilen pek çok hizmet, artık evrensel hizmet olarak kabul edilmektedir. ARDIYOK, Ş. et al, (2007), Enerji Hukuku Cilt: 1 - Elektrik Piyasasında Rekabet ve Regülasyon, Ekin Kitabevi, İstanbul, s.291. Ayrıca bkz. 5369 sayılı Evrensel Hizmet Kanunu m.2.3 ve 5.

<sup>68</sup> İktisadi nedenlerin olmadığı çoğu durumda, kamu iktisadi teşebbüslerinin görülmesi ve kamu işletmeciliğinin benimsenmesinin altında siyasi nedenlerin olduğu söylenebilir. Örneğin II. Dünya Savaşı sonrasında otomobil üreticisi Renault'un, Fransa tarafından millileştirilmesi ve bir kamu teşebbüsü olarak faaliyetine devam ettirilmesinin nedeni olarak, Renault'un o zamanlarda Fransa ile savaş halinde bulunan Almanya ile işbirliği yapması gösterilmektedir. Viscusi vd. 2005, s.504

nedenler<sup>69</sup> ve ülkenin geçmişte yaşadığı tecrübelerin<sup>70</sup> olduğu durumlara da rastlanmaktadır. Bu yüzden kamu teşebbüslerinin ekonomideki rolü, sadece iktisadi nedenlerle anlatılamamaktadır.

Kamu teşebbüslerinin, varlık kazanma ve varlıklarını kaybetmelerinin altında bir ülkenin benimsediği ekonomik düzen ve rekabet politikası yatmaktadır. Karma ekonomi modelinde devlet, kamu işletmecisi olarak pek çok piyasada tekel olarak faaliyet göstermekte; yeterli sermayeye ulaşıldığı ve yatırım planlarının hazırlanmasıyla karlı ve güvenli olarak görülen piyasalarda ise özel teşebbüslerle birlikte faaliyet göstermektedir.

Piyasaların arz ve talep kuralları içinde kendi dinamikleriyle işlemesi esasına dayanan serbest piyasa ekonomisinde ise ekonomik hayatın işleyişi, büyük ölçüde özel teşebbüslere bırakılmaktadır. Bu tür sistemlerde devlet, işletmeci olmaktan çok düzenleyici olma eğilimindedir. Kamu teşebbüsleri yerine, bağımsız idari otorite adı verilen sektörel düzenleyici kurumlar kurulmakta, regülasyon ve rekabet hukuku kuralları ile mal veya hizmet piyasalarındaki piyasa aksaklıkları giderilmeye çalışılmaktadır. Türkiye’de 24 Ocak 1980 kararları ile serbest piyasa ekonomisinin, devletin tüm kurumlarıyla benimsenmesinin bir sonucu olarak,<sup>71</sup> kamu iktisadi teşebbüsleri tür ve sayı olarak azalma eğilimindedir.

### **2.1.2. Belediye İktisadi Teşebbüsleri**

Belediyelerin kurdukları ya da sermayesine katıldıkları, TTK’da düzenlenen anonim veya limited şirket statüsündeki ticari kuruluşlar “belediye iktisadi teşebbüsü” olarak nitelendirilmektedir.<sup>72</sup> Belediye iktisadi teşebbüsleri, kamu iktisadi teşebbüslerine ek olarak, devletin müteşebbis olarak ekonomik hayatta faaliyette bulunmasının diğer bir örneğini oluşturmaktadır. Kamu iktisadi teşebbüslerinin son yıllarda özelleştirilmesi sonucu ekonomik hayatta rollerinin azalması ve son yıllarda yürürlüğe giren 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu ile 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun ortak yerel ihtiyaçların

<sup>69</sup> Komünist rejim ile yönetilen Kuzey Kore ve Küba gibi ülkelerde kamu işletmeciliğinin var olmasının nedeni, bu ülkelerin ideolojik düşüncelerinden kaynaklanmaktadır. “Üretim araçlarının özel kişilere ait olması ve özel teşebbüslerin kar elde etme güdüsü Marksist sistemlerde lanetlenmiştir.” Viscusi vd. 2005, s.504

<sup>70</sup> ABD’de devlet ve din gibi yıllar boyu baskı aracı olarak kullanılmış güç odaklarından kaçmak için özel teşebbüslere yönelme eğilimi yaşanmıştır. Bu yüzden kamunun “kamu iktisadi kuruluşu” şeklinde tekel olarak faaliyette bulunabildiği Türk hukukundaki kamu tekeli yöntemi ABD’de pek uygulanmamıştır. Tek istisnası posta hizmetleri ile birkaç elektrik üretim tesisidir. Ardiyok 2002, s.37-38.

<sup>71</sup> Ardiyok vd. 2007, s.187

<sup>72</sup> Gözübüyük ve Tan 2004, s. 292. GÖZLER, K. (2007) İdare Hukuku Dersleri, 5. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, s.238.

karşılanabilmesi için belediyelerce şirket kurulmasına izin vermesiyle birlikte, kamu iktisadi teşebbüslerine göre belediye iktisadi teşebbüslerinin ekonomik hayatta ön plana çıkmakta olduğu söylenebilir.

Belediye iktisadi teşebbüsleri, teknik anlamda, birer kamu iktisadi teşebbüsü değildir. Kamu iktisadi teşebbüsü olmamaları sonucu 233 sayılı KHK'ya tabi olmayacaklardır. Söz konusu KHK'nun 58. maddesi "...il özel idareleri ve belediyelerin, sermayelerinin yarısından fazlasına tek başına veya birlikte sahip oldukları iktisadi teşebbüsler, bu Kanun Hükümünde Kararname hükümlerine tabi değildir." diyerek bunları, kamu iktisadi teşebbüsleri ile aynı kurallara dahil etmemiştir. Özellikle elektrik, su, havagazı, otobüs, metro, mezbaha, sebze ve meyve halleri, pazar yerleri gibi alanlarda belediyeler bizzat girişimci sıfatıyla teşebbüsler kurabilmektedir.<sup>73</sup>

5393 sayılı Belediye Kanunu'nun çeşitli maddeleri belediyelere bazı görevler vermiş ve bu görevlerin nasıl yerine getirileceği konusunda belediyenin yetkilerini de düzenlemiştir. Örneğin "*Belediyenin Görev ve Sorumlulukları*" başlıklı 14. maddede "*İmar, su ve kanalizasyon, ulaşım gibi kentsel alt yapı... çevre ve çevre sağlığı, temizlik ve katı atık... ekonomi ve ticaretin geliştirilmesi hizmetlerini yapar veya yaptırır.*" denmektedir. "*Belediyenin Yetkileri ve İmtiyazları*" başlıklı 15. maddede ise belediyenin "*Belde sakinlerinin mahallî müşterek nitelikteki ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla her türlü faaliyet ve girişimde bulunmak; içme, kullanma ve endüstri suyu sağlamak; atık su ve yağmur suyunun uzaklaştırılmasını sağlamak; bunlar için gerekli tesisleri kurmak, kurdurmak, işletmek ve işlettirmek; toplu taşıma yapmak; bu amaçla otobüs, deniz ve su ulaşım araçları, tünel, raylı sistem dâhil her türlü toplu taşıma sistemlerini kurmak, kurdurmak, işletmek ve işlettirmek...*" gibi birtakım ekonomik faaliyetlerde bulunmasına izin vermektedir.<sup>74</sup>

Söz konusu görevlerin yerine getirilmesi konusu ile ilgili olarak, 5393 sayılı Kanunun "*Şirket Kurulması*" başlıklı 70. maddesinde "*Belediye kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre şirket kurabilir.*" hükmü yer almaktadır. Belediye iktisadi teşebbüslerinin yasal dayanağını oluşturan bu madde sonucu, belediyeler, gerek gördükleri takdirde ortak yerel ihtiyaçları giderebilmek için, Bakanlar Kurulu'nun izni ile kendilerinden ayrı bir tüzel kişilik sahibi şirketler kurabileceklerdir.<sup>75 76</sup>

<sup>73</sup> Topçuoğlu 2001, s.119

<sup>74</sup> Benzer hükümlere 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nda da rastlanmaktadır. (m.7-11)

<sup>75</sup> Bu maddenin Anayasaya aykırı olduğu iddiası ile Anayasa Mahkemesi'nde incelenmesi sırasında Mahkeme "...belediyelerce kurulabileceği öngörülen sermaye şirketlerinin çalışma konularının belediyelerin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları asli ve

Rekabet hukuku uygulaması açısından kamu teşebbüslerinin, kamu iktisadi teşebbüsü mü yoksa belediye iktisadi teşebbüsü mü olduğu önem taşımayıp, önemli olan teşebbüs niteliği taşıyıp taşımadıklarıdır.<sup>77</sup> Bu bağlamda belediye iktisadi teşebbüslerinin 4054 sayılı Kanunun 3. maddesi anlamında “teşebbüs” niteliği taşıdığı ifade edilmektedir.<sup>78</sup> Kurul’un bir kararında,<sup>79</sup> belediye iktisadi teşebbüslerinin de, kamu iktisadi teşebbüsleri gibi 3. madde anlamında teşebbüs sayılacağı ve 4054 sayılı Kanuna tabi olacağı belirtilmiştir.

## 2.2. Kamu Kuruluşlarının Örgütlenmesi

Merkezden yönetim ve yerinden yönetim ilkelerinin benimsenmesi sonucu, Türkiye’nin idari yapılanmasında “merkezi idare” ve hizmetlerin ülke geneline yayılabilmesi için “yerel idare” olmak üzere iki temel kategori altında kamu kuruluşları örgütlenmiştir.

### 2.2.1. Merkezi İdare

Merkezi idare, merkez örgütü (başkent teşkilatı) ve taşra örgütü şeklinde ikiye ayrılmakta; “il” “ilçe” ve “bucak” idareleri taşra örgütünü oluşturmaktadır. Merkez teşkilatında ise Cumhurbaşkanı, kamu teşebbüslerinin rekabete aykırı davranışlarının gerçekleşmesinde kimi zaman aldığı bazı kararlarıyla etkin rol oynayan Bakanlar Kurulu, Başbakanlık, düzenleyici ve bireysel idari işlemleri ile

---

*sürekli görevleri dışında kalan alanlarda, sermaye şirketleri aracılığıyla yürütülmeye uygun nitelikteki görev ve hizmetler olacağına kuşku bulunmamaktadır.*“ diyerek belediyelerin bazı hizmetleri yerine getirmek için şirketleşmesini Anayasaya aykırı bulmamıştır. 21.01.2007 tarih ve E.2005/95, K.2007/5 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı

<sup>76</sup> 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu’nun 52. maddesine göre “*il özel idaresi kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre sermaye şirketi kurabilir*”. Böylece hukukumuzda belediye ek olarak, diğer bir yerel (mahalli) idare olan il özel idarelerinin de iktisadi teşebbüs kurmalarına izin verilmiştir.

<sup>77</sup> Aynı görüşte bkz. Topçuoğlu 2001, s.120.

<sup>78</sup> Güzel’e göre bir işletmenin bütünü devlete veya onun alt kurumlarına (örneğin belediye) ait ise, bu işletmelerin kamu teşebbüsü olarak nitelendirilmesinde tereddüt yoktur. Güzel 2003, s.56.

<sup>79</sup> “*...teşebbüs tanımına dönecek olursak, merkezi veya yerel idare bünyesinde yer alan ayrı bir tüzel kişiliği olmayan birimlerin dahi teşebbüs niteliği taşıdığı kabul edildiği düşünüldüğünde, müstakil bütçeye, belediyeden ayrı gelir kaynaklarına ve ayrı bir yönetime sahip olan ASKİ’nin bağımsız olduğu ve bu çerçevede teşebbüs olarak kabul edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.*” diyerek Rekabet Kurulu, su ve kanalizasyon hizmetlerini yerine getirmek üzere Ankara Büyükşehir Belediyesi’nin kurduğu bir belediye iktisadi teşebbüsü olan Ankara Su ve Kanalizasyon İdaresi’ni (ASKİ) 4054 sayılı Kanunun uygulanması açısından teşebbüs olarak nitelendirmiştir. ASKİ kararı (13.03.2001, 01-12/114-29)

kamu teşebbüslerinin rekabeti bozucu davranışlarının dayanağını oluşturan Bakanlıklar ve merkezi idareye yardımcı kuruluşlar gelmektedir.<sup>80</sup>

### 2.2.2. Yerel İdareler

Yerel nitelikteki hizmetlerin etkili bir biçimde yerine getirilmesi ve ilgili yerin yönetiminin sağlanması amacıyla, ülkemizde yerel (mahalli) idareler kurulma yoluna gidilmiştir. Anayasanın 127. maddesinin 1. fıkrası yerel idareleri “*il, belediye veya köy halkının mahallî müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileri*” olarak tanımlamıştır.

Türkiye’de yerel idareler “il özel idaresi”, “belediye” ve “köy idaresi” olarak üç türde kurulmuşlardır.<sup>81</sup> Bunlar için doktrinde “yer yönünden yerinden yönetim” kuruluşları ibaresi de kullanılmaktadır.<sup>82</sup>

### 2.2.3. Kamu Kurumları

Kamu kurumları, ne merkezi idarenin merkez ya da taşra teşkilatına ne de yerel idarelere dahil olan ancak idarenin içinde yer alan kamu kuruluşlarıdır. Bunlar yerel idarelerin bulunduğu yerlerde örgütlenmelerine rağmen, teknik bilgi ve uzmanlık gerektiren bazı işleri yapmaları gibi niteliği gereği o yerin yönetimi ile ilgisi bulunmayan; ekonomik, sosyal, teknik, kültürel vb. işlevlere sahiptirler. Doktrinde kamu kurumları için “hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları” ibaresi de kullanılmaktadır.<sup>83</sup>

“Kamu kurumu” ile “kamu kuruluşu” ibareleri esasen birbirlerinden farklıdır. Şöyle ki “kamu kuruluşu” ibaresi kamu kurumlarını da içeren, ancak ondan daha geniş kapsamlı bir ibaredir. Kamu kurumu niteliğinde olmayıp, ancak birer kamu kuruluşu olan kuruluşlar da vardır. Örneğin, belediyeler birer “yerel (mahalli) idare” olup kamu kurumu niteliğini taşımamaktadır. Çalışmamızda bu iki ibare birbirlerine ikame olarak kullanılmamıştır.

<sup>80</sup> Danıştay (Anayasa m.155) , Sayıştay (Anayasa m.160), Milli Güvenlik Kurulu (Anayasa m.118) ve Devlet Planlama Teşkilatı vb. bunların başında gelmektedir.

<sup>81</sup> Anayasada yer verilmemekle birlikte, yerel idareye dahil olan diğer bir kuruluş da “büyükşehir belediyesi”dir. 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu’nun 3.maddesinde büyükşehir belediyesi; “*En az üç ilçe veya ilk kademe belediyesini kapsayan, bu belediyeler arasında koordinasyonu sağlayan; kanunlarla verilen görev ve sorumlulukları yerine getiren, yetkileri kullanan; idarî ve malî özerkliğe sahip ve karar organı seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzel kişisi*” olarak tanımlanmıştır.

<sup>82</sup> Gözübüyük ve Tan 2004, s.250 v.d.; Gözler 2007, s.112 v.d.

<sup>83</sup> Gözübüyük ve Tan 2004, s.305 v.d., Gözler 2007, s.207 v.d.; GÜNDAY, M. (2003), İdare Hukuku, 7. Bası, İmaj Yayıncılık, Ankara, s.453 v.d.

Kamu kurumlarıyla ilgili olarak “klasik kamu kurumları”, “kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları” ve tartışmalı olmakla birlikte “bağımsız idari otoriteler” şeklinde üçlü bir ayırım yapmak mümkündür.<sup>84</sup> Zira bütçelerinin, personel statülerinin, niteliklerinin ve görev ve yetkilerinin birbirinden farklı olması da böyle bir ayırım yapılmasını haklı kılmaktadır. Hukuki nitelikleri tartışmalı olmakla birlikte,<sup>85</sup> kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu niteliğine sahip olmamaları; görev alanına giren piyasaları düzenleme, denetleme ve yaptırım uygulama gibi birtakım yetkilerinin olması sonucu da klasik kamu kurumlarından farklı olmaları sebebiyle, bağımsız idari otoritelerin ayrı bir kategoride ele alınması gerekmektedir.

### 2.2.3.1. Klasik Kamu Kurumları

Klasik kamu kurumları; kamu tüzel kişiliğini haiz, ayrı bir bütçeye sahip özerk nitelikte bulunan, merkezi idarenin hiyerarşik denetimine tabi olmayıp idari vesayet denetimi altında olan, belirli bir hizmeti tüm ülke düzeyinde yürütmek için faaliyet göstermek üzere kurulan birer uzmanlık kuruluşlarıdır.

Kamu iktisadi teşebbüsleri ile Kurul kararlarına da konu olan, Türk Standartları Enstitüsü, Türk Patent Enstitüsü, Türkiye Cumhuriyeti Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü, Sosyal Sigortalar Kurumu, Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu vb. kuruluşlar klasik kamu kurumları kategorisine girmektedir.

<sup>84</sup> Doktrinde farklı ayırımların yapıldığı görülmektedir. Kamu kurumlarını “milli kamu kurumları”, “mahalli kamu kurumları” ve “bölgesel kamu kurumları” olarak üçlü bir üst ayırma ve idari; iktisadi; sosyal; bilimsel, teknik ve kültürel; düzenleyici ve denetleyici olmak üzere beş farklı alt ayırımlara tabi tutan bir görüş için bkz. Gözler 2007, s.218. Yazara göre bağımsız idari otoriteler “düzenleyici ve denetleyici kamu kurumları” altında yer almaktayken, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları bir kamu kurumu olarak ele alınmamaktadır. Günay, kamu kurumlarını “faaliyet alanları” “yönetim biçimleri” ve “faaliyet konuları” şeklinde üçlü bir üst ayırma ele alıp, buna ek olarak idari; iktisadi; sosyal; bilimsel, teknik ve kültürel kamu kurumları şeklinde alt ayırımlarda incelemektedir. Yazara göre kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları da kamu kurumu başlığı altında ele alınmakta, bağımsız idari otoriteler ise ayrı bir başlık altında incelemektedir. Günay 2003, s.456 v.d Duran ise, Günay’a benzer bir şekilde, kamu kurumlarını idari; iktisadi; sosyal; bilimsel, teknik ve kültürel kamu kurumları şeklinde alt ayırımlarda incelemektedir. Yazar, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarını “kamu kurumu” olarak nitelendirmemektedir. DURAN, L. (1982) İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayınları, İstanbul, s.195 v.d.

<sup>85</sup> Anayasa Mahkemesi bir kararında “*Radyo ve Televizyon Üst Kurulu’nun özerk ve tarafsız bir kamu tüzel kişiliği olmasına rağmen, tümüyle idareden ayrı düşünülmesi de olanaklı değildir*” dedikten sonra Radyo ve Televizyon Üst Kurulu’nu hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşu olarak nitelendirmiştir. (21.09.2004 tarih ve E.2002/100, K.2004/109 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı) Danıştay ise bir kararında Sermaye Piyasası Kurulu’nu bir “kamu kurumu” olarak nitelendirmiştir. (25.11.1996 tarih ve E.1995/6027, K.1996/7741 sayılı Danıştay 10.Daire kararı)

### 2.2.3.2. Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları

Anayasanın 135. maddesinde kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları “belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, meslek faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzelkişilikler” olarak tanımlanmıştır.

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları; doktor, avukat, mühendis, mimar, tacir, esnaf, çiftçi gibi serbest meslek mensuplarının ortak ihtiyaçlarını karşılamak, meslek disiplinini ve ahlakını korumak üzere kanunla kurulan, kamu tüzel kişiliği haiz, mesleğin yürütülmesi koşullarına ilişkin düzenlemeler yapma yetkisine sahip, organları kendi üyeleri arasından seçilen, zorunlu üyelik esasına dayanan, kendi bütçesine sahip özerk bir yapıda olan ve hiyerarşik denetime tabi olmayıp vesayet denetimine tabi kuruluşlardır.

Çoğu Kurul kararlarına da yansıyan, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği,<sup>86</sup> Türkiye Barolar Birliği,<sup>87</sup> Türk Tabipler Birliği,<sup>88</sup> Türkiye Dış Hekimleri Birliği,<sup>89</sup> Türk Eczacılar Birliği,<sup>90</sup> Türkiye Bankalar Birliği,<sup>91</sup> Türkiye Kalkınma Bankaları Birliği,<sup>92</sup> Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği,<sup>93</sup> Türkiye Serbest Muhasebeci Mâli Müşavirler ve Yeminli Mâli Müşavirler Odaları Birliği,<sup>94</sup> Türkiye Noterler Birliği,<sup>95</sup> Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği,<sup>96</sup> Türkiye Seyahat Acentaları Birliği,<sup>97</sup> Türkiye Esnaf ve Sanatkârları Konfederasyonu<sup>98</sup> ile bazı ticaret ve sanayi odaları, esnaf ve ziraat odaları kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarıdır.

<sup>86</sup> 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği İle Odalar ve Borsalar Kanunu m.54 v.d.

<sup>87</sup> 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m.109 v.d.

<sup>88</sup> 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu m.1 v.d.

<sup>89</sup> 3224 sayılı Türkiye Dış Hekimleri Birliği Kanunu m.19 v.d.

<sup>90</sup> 6643 sayılı Türk Eczacılar Birliği Kanunu m.1 v.d.

<sup>91</sup> 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m.79 v.d.

<sup>92</sup> 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m.79 v.d.

<sup>93</sup> 6235 sayılı Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanunu m.1 v.d.

<sup>94</sup> 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu m.28 v.d.

<sup>95</sup> 1512 sayılı Noterlik Kanunu m.163 v.d.

<sup>96</sup> 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu m.24 v.d.

<sup>97</sup> 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu m.32 v.d.

<sup>98</sup> 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar Meslek Kuruluşları Kanunu m.26 v.d. (Bu Kanununun 76. maddesi ile önceki 507 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır.)

Rekabet hukuku uygulaması açısından, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları “teşebbüs birliği” olarak nitelendirilmektedir.<sup>99</sup> <sup>100</sup> Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde değinileceği üzere, ülkemiz uygulamalarında kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının teşebbüs birliği olarak değerlendirilmesinde sorun görülmemekle birlikte, yerleşik idari anlayış ve yürürlükteki kanunlardan doğan çatışmalarla rekabetin etkin şekilde tesisi ve korunmasında güçlükler çekildiği görülmektedir.<sup>101</sup>

### 2.2.3.3. Bağımsız İdari Otoriteler

Bağımsız idari otoriteler;<sup>102</sup> siyasi karar odaklarının etkilerinden uzak, tarafsız ve etkili bir şekilde faaliyet gösteren, idari ve mali özerkliğe sahip, hiyerarşi ve vesayet denetimine tabi olmayan, kararları kesin hüküm oluşturmayıp idari yargı denetimine tabi olan, görev alanına giren piyasaları düzenleme, denetleme ve yaptırım uygulama gibi klasik kamu kurumlarının sahip olmadığı birtakım yetkilere sahip kuruluşlardır.

<sup>99</sup> Kurul’un kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları hakkında bugüne kadar verdiği kararlardan anlaşıldığı kadarıyla; meslek mensuplarını teşebbüs, söz konusu kuruluşları ise teşebbüs birliği saydığına tereddüt bulunmamaktadır. Özden 2004, s.63.

<sup>100</sup> Danıştay’ın da “Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ilişkin olarak herhangi bir istisnaya yer verilmediğinden, davacı TEB’in 4054 sayılı Yasa uygulamasında teşebbüs birliği olduğu... açıktır.” ibaresi ile söz konusu kuruluşları teşebbüs birliği olarak değerlendirme eğiliminde olduğu görülmektedir. 09.03.2004 tarih ve E.2001/4801 ve K.2004/2386 sayılı Danıştay 10.Daire kararı

<sup>101</sup> Güzel 2003, s.62

<sup>102</sup> Türkiye’nin de dahil olduğu Kara Avrupası hukuk sisteminde ilk örnekleri 1970li yıllarda ortaya çıkmaya başlayan bağımsız idari otoriteler (*independent regulatory agencies, autorité administrative indépendante*), Anglo-Sakson hukuk sisteminde 1880li yıllardan beri faaliyet göstermektedir. Örneğin 1887 tarihli Eyaletlerarası Ticaret Kanunu ile kurulan ve demiryollarına ilişkin ruhsatlama ve fiyat tarifelerini onaylama yetkisi ile donatılan Eyaletler arası Ticaret Komisyonu (*Interstate Commerce Commission*) ABD tarihindeki ilk bağımsız idari otoritedir. Türkiye’de ise bağımsız idari otoritelerin, 24 Ocak 1980 tarihinden itibaren uygulanmaya başlanan serbest piyasa ekonomisinin benimsenmesiyle birlikte ekonomik alanda yaşanan değişimin ve devletin ekonomik alanda üstlendiği rolün değişiminin bir sonucu olarak ortaya çıktığı görülmektedir. Bu bağlamda 1981 tarihli ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ile Türk hukukunda ilk bağımsız idari otorite olan Sermaye Piyasası Kurulu kurulmuş, daha sonra ise radyo ve televizyon, bankacılık, telekomünikasyon, enerji, şeker, tütün ve alkol gibi piyasaları düzenlemek ve denetlemek üzere bağımsız idari otoritelerin sayıları ve çeşitleri artmıştır. Bağımsız idari otoriteler hakkında daha fazla bilgi için bkz. TAN, T. (2005), “Ekonomi, Regülasyon ve Bağımsız İdari Otoriteler”, Danıştay 137.Yıl Sempozyumu, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara, s.9-38; ULUSOY, A. (2003), Bağımsız İdari Otoriteler, Turhan Kitabevi, Ankara.

Rekabet Kurumu'na ek olarak Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu,<sup>103</sup> Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu,<sup>104</sup> Radyo ve Televizyon Üst Kurulu,<sup>105</sup> Sermaye Piyasası Kurulu,<sup>106</sup> Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu,<sup>107</sup> Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu,<sup>108</sup> Kamu İhale Kurumu<sup>109</sup> ve Şeker Kurumu<sup>110</sup> Türk hukukunda birer bağımsız idari otorite olarak nitelendirilmektedir.

### **3. Kamu Teşebbüsleri ve Kamu Kuruluşlarının Rekabeti Bozucu Davranışları**

#### **3.1. Kamu Teşebbüslerinin Rekabeti Bozucu Davranışları**

Rekabetin bozulduğu bir piyasada daha ucuz fiyatlardan, daha fazla çeşitten, daha iyi kaliteden, verimlilikten, teknolojik gelişmeden kısacası iktisadi etkinlikten söz edilemeyeceği gerçeği karşısında, serbest piyasa ekonomilerinde rekabeti bozucu davranışların yasaklanması, bu sistemin sağlıklı olarak işleyebilmesi açısından büyük önem arz etmektedir.

Kamu teşebbüslerinin rekabeti bozucu davranışları, büyük ölçüde, 4054 sayılı Kanunun 6. maddesinde düzenlenen hakim durumun kötüye kullanılması şeklinde gerçekleşmektedir.<sup>111</sup> Bu durumun nedeni olarak, kamu teşebbüslerinin çoğu zaman tekel niteliği taşıması sonucu hakim durumda olması gösterilebilir. Böylece, örneğin tekel durumda olan kamu iktisadi teşebbüslerine, 233 sayılı KHK'nın 35. maddesi ile çeşitli iktisadi, mali ve idari konularda Bakanlar Kurulu tarafından görev verilebilmesi sonucu, kamu iktisadi teşebbüslerinin söz konusu görevleri yerine getirirken gerçekleştirdiği davranışlar veya “yıkıcı fiyat” (*predatory pricing*) ya da “fahiş (aşırı) fiyat” (*excessive pricing*) olarak belirlediği fiyatlar ile ilgili pazarda rekabet bozulabilmektedir.

Kamu teşebbüsleri ile ilgili olarak 6. madde ihlallerine kıyasla, Kanunun 4. maddesi açısından özellikle teşebbüsler arası anlaşma ve uyumlu eylem olmak

<sup>103</sup> 2813 sayılı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Kuruluşuna Dair Kanun m.5 v.d. (5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanun'un 67. Maddesiyle, daha önce “Telsiz Kanunu” ismini taşıyan 2813 sayılı Kanunun ismi “Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Kuruluşuna Dair Kanun” olarak değiştirilmiştir.)

<sup>104</sup> 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu m.4 v.d.

<sup>105</sup> 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun m.5 v.d.

<sup>106</sup> 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m.17 v.d.

<sup>107</sup> 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m.82 v.d.

<sup>108</sup> 4733 sayılı Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun m.2 v.d.

<sup>109</sup> 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu m.53 v.d.

<sup>110</sup> 4634 sayılı Şeker Kanunu m.7 v.d.

<sup>111</sup> Aynı görüş için bkz. Aşçıoğlu Öz 2000a, s.67

üzere sınırlı bir ihlal görülmektedir.<sup>112</sup> Halbuki kamu kuruluşları ile ilgili kararlarda daha çok, 4. maddede düzenlenen diğer bir yasak davranış çeşidi olan teşebbüs birliği karar ve eylemleri açısından, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarının gerçekleştirdiği ihlallere rastlanmaktadır.

Kanımızca kamu teşebbüslerinin 4. maddeyi ihlal eden bir davranışa girmesi, özel teşebbüslerin böyle bir davranışta bulunmasından çok daha düşük bir ihtimaldir. Özel teşebbüslerin kar elde etme güdüsü, rakipleri ile rekabet etmek yerine uzlaşarak ortak hareket etmek suretiyle üretimi miktarını ve fiyatı belirlemeleri sonucu bu uzlaşmadan şirket yöneticilerinin ve/veya ortaklarının doğrudan menfaat elde edeceği düşünüldüğünden, kamu teşebbüsleri açısından bu durum pek geçerli olmayacaktır. Zira kamu teşebbüslerinin sermayesinin tamamının devlete veya belediyelere ait olması ve yöneticilerinin şirkette katılım paylarının bulunmaması sonucu, doğrudan menfaat elde edemeyeceklerinden 4. maddeyi ihlal edici davranışlar içinde bulunmaları söz konusu olmayacaktır. En azından, kamu teşebbüslerinin 4. maddede ifade edilen “rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacı” taşımadığı, olsa olsa “bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte” eylemler gerçekleştirebileceği düşünülebilir.

7. madde ihlallerinin ise kamu teşebbüsleri tarafından gerçekleştirilmesi pratik olarak mümkün değildir. Kamu teşebbüslerinin, özel teşebbüsler tarafından devralınmaları halinde bu işlem “özelleştirme” niteliği taşıdığından, hukuki süreç kamu teşebbüslerinin kendi iradeleriyle gerçekleştirilmemekte ve Özelleştirme Yüksek Kurulu’nun işlemlerini gerektirmektedir. Kamu teşebbüslerinin kendi aralarında birleşmeleri veya bir kamu kuruluşu tarafından devralınmaları halinde<sup>113</sup> ise kontrol unsurunda bir değişiklik olmayacağından 7. madde uygulama alanı bulmayacaktır. Özelleştirmelerin, Özelleştirme Yüksek Kurulu

<sup>112</sup> AT hukuku uygulaması açısından da 4054 sayılı Kanunun 4. maddesinin mehzarı olan Roma Antlaşması’nın 81. maddesinin, kamu teşebbüsleri hakkında uygulandığı durumlar yok denecek kadar azdır. Sierra 1999, s.19. Faull ve Nikpay ise aynı görüşe katılarak, 81. maddenin uygulanmasına ilişkin belki de tek istisna olarak iki kamu teşebbüsünün veya en azından bir kamu teşebbüsü ile bir özel teşebbüsün, düzenleyici olan devletin teşviki ya da zorlaması ile anlaşma yapmalarını göstermiş ve bu durumun “zorunlu kartel” (*compulsory cartel*) olduğunu ileri sürmüştür; ancak kamusal yetki kullanan bir kamu kurumu ile özel teşebbüsün anlaşma yapması halinin ise 81. ve 86. maddeler kapsamına girmeyeceğini de eklemiştir. Faull ve Nikpay 2007, s.616

<sup>113</sup> 1998/4 sayılı Tebliğin 2. maddesinin ikinci fıkrasına göre “mahalli idareler dahil kamu kurum veya kuruluşlarına yapılan devirler” bu Tebliğ kapsamına girmediğinden; bir kamu teşebbüsünün, bir kamu kuruluşuna devredilmesi halinde bu işlem hakkında Tebliğ’de yer alan hükümler uygulama alanı bulmayacaktır. Esasen bu durumda, 4054 sayılı Kanunun 7. maddesi anlamında teşebbüsler arası bir devralmadan bahsedilemeyecek; teknik anlamında bir özelleştirme de olmayan bu devir işlemi, yasama organının veya Bakanlar Kurulu’nun bir tasarrufu olacaktır.

veya diğer kamu kuruluşları tarafından gerçekleştirilmesi sonucu, kamu teşebbüslerinin bu süreç içerisinde inisiyatifleri olamayacağından, 7. madde ihlalleri de söz konusu olmayacaktır.

Konu ile ilgili 1998/4 sayılı “Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumu’na Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ”in 3. maddesine göre, kamu teşebbüslerinin özelleştirme yolu ile devralınması halinde teşebbüsün “*ilgili ürün piyasasındaki pazar payının % 20’yi veya cirosunun 20 trilyon Türk Lirasını aşması ya da bu eşikler aşılmaya bile özelleştirilecek teşebbüsün hukuki veya fiili imtiyazlara sahip olması*” durumunda Kurul’a ön bildirimde bulunulması zorunludur.<sup>114</sup> Özelleştirmelerin “*hukuki geçerlilik kazanabilmeleri*” için, ön bildirimde bulunulması zorunlu olanlar veya olmamakla birlikte 5. madde uyarınca taraflarının ilgili ürün piyasasındaki toplam pazar paylarının %25’i veya cirolarının 25 trilyon Türk Lirasını aşması sonucunu doğuranlar için Kurul’dan izin alınması zorunludur.

### 3.1.1. Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Rekabeti Bozucu Davranışları

#### 3.1.1.1. ETİ Holding Kararı

Rekabet Kurulu’nun 21.12.2000 tarih ve 00-50/533-295 sayılı kararında Ceytaş Madencilik Tekstil San. ve Tic. A.Ş.’nin, kısa adıyla Ceytaş tarafından kendisine yapılan ‘yoğunlaştırılmış kolemanit’ adlı hammaddenin temin edilmesi talebini reddetmek suretiyle ETİ Holding A.Ş.’nin hakim durumunu kötüye kullandığı iddiası incelenmiştir.

Kararda, şikâyet konusu ürün için ilgili ürün pazarı ve coğrafi pazar belirlendikten sonra ilgili yasal düzenlemeler incelenmiştir. Buna göre 2840 sayılı Bor Tuzları, Trona ve Asfaltit Madenleri ile Nükleer Enerji Hammaddelerinin İşletilmesi, Linyit ve Demir Sahalarının Bazılarının İadesini Düzenleyen Kanun’un 2. maddesinde “*Bor tuzları, uranyum ve toryum madenlerinin aranması ve işletilmesi Devlet eliyle yapılır.*” hükmü yer almaktadır.<sup>115</sup> Bu

<sup>114</sup> “Mahalli idareler dahil kamu kurum veya kuruluşlarına yapılan devirler” bu Tebliğin kapsamına girmediğinden, bunlar için Kurul’a ön bildirim ve/veya izin başvurusunda bulunulması da zorunlu olmayacaktır. Benzer şekilde 3. maddenin 1. fıkrasının son cümlesinde “*Pazar payının ve cironun hesaplanmasında, özelleştirilecek teşebbüs ya da mal veya hizmet üretimine yönelik birimin bir mevzuat hükmüne dayalı olarak mahalli idareler de dahil kamu kurum veya kuruluşlarına yaptığı satışlar dikkate alınmaz.*” denilerek söz konusu kamu kuruluşları, Tebliğ genelinde çoğu durumdan ayrık tutulmuştur.

<sup>115</sup> Yukarıda değinilen “Rekabet Kurumu ile Uyumlu Olmayan Mevzuat Listesi” adlı çalışmada, 2840 sayılı Kanunun 2. maddesinin de, ETİ Holding’e bor madenini topraktan çıkarılmasından nihai ürün üretimine ve bunların pazarlanmasına kadar olan süreçte yasal bir tekel hakkı verdiği

madde ile bir kamu iktisadi teşebbüsü olan ETİ Holding'e bor madenlerinin aranması ve işletilmesi ile ilgili yasal tekel hakkı verilmiştir.

Kurul, daha sonra ETİ Holding'in davranışını 4054 sayılı Kanunun 6. maddesinin (a) ve (b) bendlerine uygunluğu açısından ayrı ayrı incelemiş ve Çeytaş'ın üretimini yapmak istediği öğütölmüş kolemanitin, ETİ Holding'in yasal tekel alanına girdiği gerekçesiyle (a) bendinde belirtilen eylemin; bir yurtiçi alıcı olan Ceytaş ile yurtdışı alıcıların eşit durumda olmadığı gerekçesiyle de (b) bendinde belirtilen eylemin gerçekleşmediğini ifade ederek *“önaraştırma yapılmasına veya soruşturma açılmasına gerek olmadığına”* karar vermiştir.

Böylece Kurul, bu olayda yasal tekel hakkının varlığını saptamasına rağmen, bu haktan kaynaklanan bir davranışın 4054 sayılı Kanuna uygunluğu açısından bir değerlendirme yaparak karar vermiş ve önceki bir kararı ile farklı bir sonuca ulaşmıştır. Nitekim Kurul'un TŞOF kararında<sup>116</sup> TŞOF'un basılı kağıt ve plaka basım ve satımı konusunda 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun kendisine verdiği yasal tekel hakkı karşısında Türkiye Şöförler ve Otomobilciler Federasyonu'nun (TŞOF) *“yasadan kaynaklanan bir tekel hakkı 4054 sayılı Kanun'un kapsamı dışında kalmakta olup, buna ilişkin itiraz mercii”* nin Kurum olmadığı ve *“bu kanundan kaynaklanan (2918 sayılı Kanun) haklarını aştığı iddiasının muhatabının da Rekabet Kurumu değil vesayet makamları olması”* nedenleriyle *“önaraştırma açılmasına gerek bulunmadığına”* karar vermiştir.

Bu iki kararın birlikte değerlendirilmesi sonucu, Kurul'un her ikisinde de yasal tekel hakkının kullanılması sonucunda gerçekleşen davranışlar hakkında, sonraki tarihlide 4054 sayılı Kanun açısından bir değerlendirme yapıp Kanuna aykırı olmadığına; önceki tarihlide ise 4054 sayılı Kanun açısından hiçbir değerlendirmeye yapmayıp Kanunun kapsamı dışında olduğuna karar vererek, önceki kararlarını dikkate almadan karar verdiği ya da önceki kararında konuya ilişkin izlediği politikada değişiklik yaptığı ortaya çıkmaktadır.

Bu karara karşı Danıştay'da açılan iptal davasında, Danıştay *“...kanunun verdiği yasal tekel hakkına sahip bulunan Etibank'ın hakim durumu kötüye kullandığından bahisle yapılan şikayet başvurusu üzerine ön inceleme yaptırılarak söz konusu iddiaların, yasal tekel hakkının kullanımından kaynaklandığı ve 4054 sayılı Kanunun kapsamı dışında kaldığından bahisle, ETİ Holding A.Ş. hakkında soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı yolunda*

---

gerekçesiyle rekabet kuralları ile uyumsuz olduğu ileri sürölmüştür. Bkz. Rekabet Dergisi, Sayı:9, Ankara 2002, s.50-51.

<sup>116</sup> TŞOF kararı (03.03.1999, 99-12/91-33)

*tesis edilen dava konusu işlemden hukuka aykırılık” bulunmamaktadır diyerek davayı reddetmiştir.*<sup>117</sup>

Aslında kararda rekabet ihlalinin, yasal tekel hakkının kullanımından kaynaklandığına veya 4054 sayılı Kanunun kapsamı dışında kaldığına hiç değinilmemiştir. Bu konuya hiç değinilmeden bir kararın verilmesi, kanımızca Danıştay’ın yasal tekellere karşı 4054 sayılı Kanunun uygulanmaması yolundaki kendi görüşünü ortaya koymaya çalışmasından kaynaklanmaktadır. Danıştay’ın önüne gelen yasal tekellerle ilgili olaylar için süreklilik arz eden bir içtihat oluşturması hukuken isabetli olacaktır.

### **3.1.1.2. TMO Kararı**

Rekabet Kurulu’nun 14.08.2008 tarih ve 08-50/720-280 sayılı kararında Toprak Mahsülleri Ofisi’nin (TMO), fındığı aldığı fiyatın çok altında satışa sunarak yıkıcı fiyat uygulamak suretiyle fındık piyasasında hakim durumunu kötüye kullandığı iddiası incelenmiştir.

Kararda TMO’nun, sermayesinin tamamı devlete ait bir iktisadi devlet teşekkülü olduğu, faaliyet alanına giren tarım ürünlerinin piyasalarını düzenlemeyi ve bu piyasalardaki üreticileri, oluşabilecek düşük fiyatlara; tüketicileri ise yüksek fiyatlara karşı korumayı amaçladığı belirtildikten sonra, 4054 sayılı Kanuna tabi olup olmadığı incelenmiş ve “*TMO Ana Statüsü ve (233 sayılı) KHK hükümleri, TMO’ya faaliyetlerine yönelik alım ve satım fiyatlarını belirleme serbestisi tanımakla beraber bazı durumlarda bu serbestinin ortadan kalkma olasılığının bulunduğu anlaşılmaktadır.*” denilmiştir. TMO’nun asıl olarak teşebbüs niteliğine sahip olduğu, ancak “*faaliyetlerine müdahale edilebilmesi olasılığından hareketle istisnai bazı durumlarda müdahalede bulunulan faaliyeti bakımından TMO’nun teşebbüs niteliğinde*” olamayabileceği belirtilmiştir. Bu bağlamda 233 sayılı KHK’nın 35. maddesi uyarınca Bakanlar Kurulu tarafından satış fiyatlarının belirlenmesi ya da TMO’ya görev alanına giren bir konuda görev verilmesi, kararda ifade edilen istisnai durumlara girmelidir. Şikâyete konu eylem açısından ise teşebbüs niteliğinin oluştuğuna karar verilmiştir.

Rekabet Kurulu, TMO’nun Ana Statüsü’nde yer alan kuruluş amacının, yıkıcı fiyat uygulamalarına imkan veremeyeceğini ifade ettikten sonra “*KHK’nın 37. maddesi gereğince kuruluşlara ait fiyat ve tarifelere sosyal faydayı artırmak amacı ile Ekonomik İşler Yüksek Koordinasyon Kurulu’na müdahale*

<sup>117</sup> 05.02.2003 tarih ve E.2001/306, K.2003/424 sayılı Danıştay 10.Daire kararı.

*edilebileceği dikkate alındığında, TMO'nun böyle bir eylemi sonrası hasat<sup>118</sup> imkanı bulunmamaktadır.”* diyerek bu görüşünü temellendirmiştir. Böylece ortada bir yıkıcı fiyat uygulamasının olmadığına kanaat getiren Kurul, hakim durumun araştırılmasına gerek görmeyip, “4054 sayılı Kanun kapsamında herhangi bir işlem yapılmasına gerek olmadığına” karar vermiştir.

TMO kararı, kamu kuruluşları bir kenara kamu iktisadi teşebbüslerinin dahi, bazı hallerde, teşebbüs sayılamayacağını ve rekabet hukuku kurallarının bunlar hakkında uygulanamayabileceğini belirtmesi açısından büyük önem taşımaktadır. Böylece Kurul, kamu iktisadi teşebbüslerinin 3. maddedeki “bağımsız karar verebilen” ibaresine bakılmaksızın 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesini öngören görüşü<sup>119</sup> benimsemeyerek, bazı hallerde kamu teşebbüslerinin teşebbüs tanımına girmediği ve haklarında rekabet kurallarının uygulanamayacağı görüşüne<sup>120</sup> uygun bir karar vermiştir.

### 3.1.1.3. ÇAY-KUR Kararı

Rekabet Kurulu'nun 22.06.1999 tarih ve 99-31/277-167 sayılı kararında Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğü'nün (ÇAY-KUR) TEKEL ile imzaladığı “Çay Satış Protokolü”nün ilgili pazarda yarattığı etki itibarıyla rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma olduğu ve ÇAY-KUR'un Kanun'un 4. maddesinin (a) bendini ihlal ettiği iddiaları incelenmiştir.

Kararda ÇAY-KUR'un iktisadi devlet teşekkülü olduğu; ürettiği veya ithal ettiği kuru çayların iç ve dış pazar isteklerine uygun olarak harmanlanmasını, paketlenmesini ve pazarlanmasını sağlamak üzere ilgili ürün piyasasında faaliyet gösterdiği ve 4054 sayılı Kanun uyarınca teşebbüs niteliğini haiz olduğu belirtilmiştir.

Kurul ise bayilik sistemine ilişkin sözleşmeler ile buna bağlı ek sözleşmelerin ve ayrıca TEKEL ile imzalanan “Çay Satış Protokolü'nde yer alan maddelerin 4054 sayılı 4 ve 6'ncı maddelerini ihlal ettiğine; ancak, söz konusu sözleşmeler ile protokolün dayanağının, ÇAY-KUR'un bağlı bulunduğu Devlet Bakanlığı tarafından Resmi Gazete'de yayımlanan ve anılan teşebbüsün irade

<sup>118</sup> “Hasat” ibaresinden ne anlaşılması gereği kararda ifade edilmiş ve yıkıcı fiyat uygulayan teşebbüsün, bu şekilde uygulama döneminde girdiği zararları kapatabilmekte ve üstüne fazladan kar elde edebilmek için rakipleri etkisizleştirdikten sonra fiyatları tekrar yükseltmesi olarak tanımlanmıştır. Kararda TMO'nun satım fiyatının maliyetin altında olabileceği, ancak buradaki amacın piyasadaki rakiplerin dışlanması olmayıp, genel ekonomik menfaatin sağlanması olacağı, bu sebeple de şikâyete konu olayda TMO'nun, yıkıcı fiyatın unsurlarından olan niyeti taşımadığı kanaatine varılmıştır.

<sup>119</sup> İnan 1999, s.20.

<sup>120</sup> Çamlıca 1999, s.46-47.

*özgürlüğünü ortadan kaldıran düzenlemenin geniş yorumlanmasından kaynaklanması” nedeniyle ne ÇAY-KUR ne de TEKEL hakkında “soruşturma açılmasına gerek olmadığına” karar vermiştir.*

Burada da, yukarıda incelenen kararlara benzer bir şekilde, kamu teşebbüslerinin 4054 sayılı Kanununun 4. maddesini ihlal edici nitelikte bir davranış gerçekleştirdiği, ancak bu ihlalin nedenin aslında kamu teşebbüsünün kendi kararlarından değil de, Devlet Bakanlığı’nın düzenlemelerinden kaynaklanması sebebiyle ilgili kamu teşebbüsü aleyhinde rekabet hukuku kuralları uygulanmamıştır. Karar doktrinde eleştirilmiş Gürzumar, Kanun’un yeni olmasının yanı sıra ilgili piyasaya yönelik uygulamanın da ilk kez yapıyor olması sonucu Kurul’un ‘*şimdilik affediyorum ve ceza vermiyorum, ama sözleşmelerini düzeltmezsen cezalandırırım*’ demeye getirdiğini iddia etmiştir.<sup>121</sup>

Soruşturma açılmamasıyla ilgili olarak Aslan, ilgili mevzuatın rekabeti sınırlayıcı davranışta bulunmaya zorlayıcı olmamasına rağmen ÇAY-KUR’un rekabeti bozucu davranışlarına karşı soruşturma açmak konusunda Kurul’un çekingen davrandığını ileri sürmüştür.<sup>122</sup> Benzer şekilde Eğerci de, kamu teşebbüslerinin rekabet ihlallerine ilişkin incelemelerin, büyük çoğunlukla şikâyet üzerine gerçekleştiğini; Kurul’un res’en harekete geçmediğini belirtmiştir.<sup>123</sup>

### **3.1.2. Belediye İktisadi Teşebbüslerinin Rekabeti Bozucu Davranışları**

#### **3.1.2.1. BELKO Kararı**

Rekabet Kurulu’nun 06.04.2001 tarih ve 01-17/150-39 sayılı kararında Umumi Hıfzıssıhha Kurulu’nun bir kararı ile Ankara ili sınırları içerisinde tekel olarak kömür ithalatı ve satışı hakkı verilen BELKO Ankara Kömür ve Asfalt İşletmeleri Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti, kısa adıyla BELKO’nun, ilgili piyasada hakim duruma geldiği ve tekel hakkı kapsamında kömür satışlarında aşırı fiyat uyguladığı iddiaları incelenmiştir.

Kararda, tekeli fiyatlama yolu ile hakim durumun kötüye kullanılmasının rekabeti bozucu bir davranış olduğu belirtildikten sonra, BELKO’nun fiyatlama stratejisinin tamamen kendi inisiyatifine bırakıldığı, bu durumun alımlarda şirket çıkarlarına azami düzeyde özen gösterilmemesi, aşırı istihdam yaratılması, etkin olmayan bir yönetim tarzı benimsenmesi sonucu maliyetlerin olması gerekenden yüksek gerçekleştiği ve malın nihai olarak da yüksek fiyatlar ile satıldığı

<sup>121</sup> GÜRZUMAR, O. (2007), “Rekabet Hukukunun 10 Yılı: Rekabet Kanunundan Rekabet Hukukuna”, Rekabet Kurumu 10.Yıl Sempozyumu, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, s.90.

<sup>122</sup> ASLAN, İ.Y. (2005), Rekabet Hukuku, Teori Mevzuat Uygulama, Ekin Yayınları, Bursa, s.57.

<sup>123</sup> EĞERCİ A. (2005), Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi, Ankara, s.33.

belirtmiştir. Kurul, fiyatlarının İstanbul ve Bursa gibi farklı coğrafi pazarlardaki kömür satıcılarına göre çok yüksek olduğunu, ancak BELKO'nun alış fiyatlarının, satış fiyatlarına göre aşırı olmadığını da vurgulamıştır. Ancak kararda aşırı kar elde etmenin, fahiş fiyat uygulamasının zorunlu bir unsur olmadığı da eklenmiştir.<sup>124</sup>

Böylece Kurul, BELKO'nun aşırı yüksek fiyat uygulamak suretiyle hakim durumunu kötüye kullanmaktan dolayı 6. maddeyi ihlal ettiği sonucuna varmış ve idari para cezası ile cezalandırmıştır. Bu karara karşı iptal davası açılmasıyla konu önüne gelen Danıştay, ilk önce BELKO'nun niteliği üzerinde durarak ve BELKO'yu “*ticari bir işletme olmakla birlikte belediye sermayeli bir kamu teşebbüsü*” olarak nitelendirmiş,<sup>125</sup> daha sonra kamu teşebbüslerinin 4054 sayılı Kanuna tabi olup olmadığını tartışmış ve Roma Antlaşması'nın 86. maddesinin olaya uygun olup olmadığı açısından da bir değerlendirme yapmıştır.<sup>126</sup>

Davacı BELKO'nun, kendisinin yasal tekel olması nedeniyle rekabet hukuku kurallarının uygulanamayacağını iddia etmesi üzerine Danıştay, “*4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun rekabet kurallarına uyma yükümlülüğü konusunda kamu kurum ve kuruluşları ile özel teşebbüsler arasında herhangi bir farklılık öngörmemiştir*” dedikten sonra kamu teşebbüslerinin faaliyetlerinin, rekabet kurallarına tabi olmasını “*genel kural*” olarak nitelendirmiştir. BELKO'nun durumunu Antlaşma'nın 86. maddesi açısından da değerlendiren Danıştay, BELKO'nun üstlendiği hizmeti “*genel ekonomik yarar sağlayan hizmet*” olarak nitelendirmiş, ancak “*buna karşın uyumsuzlukta uygulanan rekabet kurallarının, bu hizmetin fiilen ve hukuken yürütülmesini olanaksız hale getirmeyeceği*” sonucuna varmıştır. Kanımızca Danıştay'ın bu

<sup>124</sup> Rekabet hukuku kurallarının, fiyat kontrol kanunları düzenlemeleri gibi teşebbüslere nasıl davranmaları gerektiğine dair reçeteler veremeyeceğini ileri süren Selçuk'a göre Rekabet Kurulu'nun kamu teşebbüslerine yönelik uygulamasının, rekabet hukukunun sınırlarını tehlikeli bir biçimde olması gerekenden çok daha geniş bir şekilde çizdiği gerekçesiyle eleştirmiş ve BELKO kararını bu anlamda örnek gösterilebilecek en iyi karar olarak nitelendirmiştir. SELÇUK, İ. (2004), “Türk Rekabet Hukukunda Devlet Tekelleri ve Münhasır Haklar”, Rekabet Dergisi Sayı 18, Ankara, s.90-93. Kanımızca yazarın burada varmak istediği sonuç, bizzat tekel yetkisi vermenin rekabeti bozucu bir davranış olduğu ve rekabetin korunması isteniyorsa bu tarz düzenlemeler hakkında bir şeyler yapılması, aksi taktirde tekeli fiyatlamasının sadece faaliyetinde başarılı olamayan kamu teşebbüslerinin cezalandırılmasına yol açtığıdır.

<sup>125</sup> Bu ibareden “belediye iktisadi teşebbüsü” anlaşılmalıdır. Danıştay bu ibareleri kullanarak, kamu iktisadi teşebbüsleri ile belediye iktisadi teşebbüsleri arasında bir fark görmeyerek, hem “kamu teşebbüsü” şeklinde ortak bir kavram kullanmış hem de her ikisinin de 4054 sayılı Kanun anlamında teşebbüs olduklarını belirtmiştir.

<sup>126</sup> 05.12.2003 tarih ve E.2001/4817, K. 2003/4770 sayılı Danıştay 13. Daire kararı

kararı, kamu teşebbüslerinin 4054 sayılı Kanuna tabi olup olmadığı tartışmalarına yüksek yargının görüşünü yansıtması nedeniyle büyük önem taşımaktadır.<sup>127</sup>

### 3.1.2.2. İZULAŞ Kararı

Rekabet Kurulu'nun 12.09.2000 tarih ve 00-34/368-206 sayılı kararında İzmir Büyükşehir Belediyesi'ne ait bir belediye iktisadi teşebbüsü olan İzmir Ulaşım Hizmetleri ve Makine Sanayi A.Ş, kısa adıyla İZULAŞ'ın, İzmir Körfezi'nde deniz yoluyla yolcu taşımacılığı pazarında maliyetin altında bir fiyat uyguladığı iddiası incelenmiştir.

İzmir Körfezi'nde yolcu taşıma hak ve imtiyazı İzmir Büyükşehir Belediyesi tarafından kendi kuruluşu olan İZULAŞ'a verilmiş, bir ihale sonucu bedel karşılığı bu hak ve imtiyaz da İZULAŞ tarafından bir özel teşebbüse bırakılmıştır. Ancak İZULAŞ ve söz konusu Belediyeye bağlı başka bir kamu teşebbüsü, buna rağmen İzmir Körfezi'nde yolcu taşımaya devam etmişler ve bu hizmeti maliyetlerinin altında bir fiyatla ile sunmuşlardır.

Karar tarihinde yürürlükte bulunan ancak daha sonra 2004 yılında 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 31. maddesiyle birlikte yürürlükten kaldırılan 3030 Büyükşehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'un 6. maddesinin (g) bendine göre "*Büyükşehir dahilindeki...toplu taşıma hizmetlerini yürütmek ve bu amaçla gerekli tesisleri kurmak, kurdurmak, işletmek veya işlettirmek*" büyükşehir belediyelerine verilen bir görev olarak düzenlenmiştir.

Aynı Kanununun 7. maddesinin 3. fıkrasına göre ise "*Büyükşehir dahilindeki... kara ve deniz taşımacılığı hizmetlerinin bir koordinasyon içinde yürütülmesi amacıyla... bir 'Alt Yapı Koordinasyon Merkezi' ile bir 'Ulaşım Koordinasyon Merkezi'nin kurulacağı; 6. fıkrasında ise Ulaşım Koordinasyon Merkezi'nin "toplu taşıma araçlarının güzergah, zaman ve bilet tarifelerini yapmaya ve bu tarifeleri uygulamaya yetkili"* olduğu düzenlenmiştir.

Kararda, "*İZULAŞ'ın tek taraflı irade beyanı ile bilet fiyatlarının maliyetlerin altında oluşması mevzuat çerçevesinde mümkün bulunmamaktadır*" denildikten sonra "*Dolayısıyla, söz konusu teşebbüsün 'fiyatları maliyetin altında tutarak rakip teşebbüsleri pazarın dışına ittiği' iddiasının 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilemeyeceği*" sonucuna varılmış ve fiyat tarifelerinin 3030 sayılı Kanundan kaynaklanan yetki çerçevesinde Ulaştırma Koordinasyon Merkezi tarafından belirlenmiş olması nedeniyle İZULAŞ hakkında

<sup>127</sup> Danıştay'ın başka kararlarında da kamu teşebbüslerinin 4054 sayılı Kanun uyarınca teşebbüs kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz. 09.01.2001 tarih ve E.1999/1253, K. 2001/3 sayılı Danıştay 10.Daire; 09.01.2001 tarih ve E.1999/2611, K.2001/4 sayılı Danıştay 10.Daire kararları 150

soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.<sup>128</sup> Selçuk'a göre Kurul'un, bu tür kanunları 4054 sayılı Kanun çerçevesinde sorgulamadığı ve bunların varlığını kabul ederek kullanım tarzları hakkında bir değerlendirmede bulunduğu görülmektedir.<sup>129</sup>

Karara karşı oy yazan üyeler<sup>130</sup> ise fiyat belirlemelerini yasadan kaynaklanan bir yetkiden kaynaklanıyor olmasından doğan koruma olarak ifade ederek, böyle bir halde rekabet hukuku kurallarının uygulanamayacağına katılmakla birlikte, "Büyükşehir Belediyeleri Koordinasyon Merkezleri ve Fon Yönetmeliği"nin 25. maddesinde yer alan "Ulaşım Koordinasyon Merkezi'nin toplu taşımacılıkla ilgili görevi tanımlanırken bilet tarifelerinde maliyetin altında ücret tespit edilmemesi esası göz önünde tutulur." hükmüne aykırı olarak maliyet altında yapılan satış yapıldığı gerekçesiyle 6. maddenin ihlal edildiğini iddia ederek, konunun soruşturma açılarak incelenmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir.<sup>131</sup>

Burada dikkat edilmesi gereken husus yıkıcı fiyatlama suretiyle rekabeti bozucu davranış gerçekleştiren bir kamu teşebbüsünün, fiyatların bir kanun ya da yönetmelik gibi yasal düzenleme sonucu belirlenmesi karşısında ceza

<sup>128</sup> Kurul, İDO ve Orsa kararında da (29.04.1999, 99-21/169-88) benzer ifadeler kullanmış ve ücret tarife belirleme yetkisinin Ulaşım Koordinasyon Merkezi'ne ait olduğu, bu nedenle "İDO'nun fiyatları maliyetin altında tutarak rakip teşebbüsleri pazarın dışına itmesinin söz konusu olamayacağı anlaşılmaktadır" diyerek İstanbul Deniz Otobüsleri A.Ş. (İDO) hakkında soruşturma açmamıştır.

<sup>129</sup> Selçuk 2004, s.69. Ancak Kurul, özellikle kamu teşebbüsleri ile ilgili birleşme ve devralmalarda özelleştirilecek teşebbüsün sahip olduğu imtiyazları incelemektedir. 1998/4 sayılı Tebliğin 3. maddesinde Rekabet Kurulu'nun "özelleştirilecek teşebbüsün varsa sahip olduğu hukuki veya fiili imtiyazların özelleştirme sonrası durumunun ne olacağı hususlarının değerlendirileceği" bir öngörüşün alınması zorunlu olduğu ifade edilmiştir. Kurul bu hallerde Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'na gönderdiği görüşlerde özelleştirilecek kamu kuruluşunun sahip olduğu imtiyazların korunup korunmayacağı veya sona erdirilip erdirilemeyeceği veya başka teşebbüs/teşebbüslere devredilip devredilemeyeceği hakkında çeşitli beyanlarda bulunabilmektedir. Örneğin 02.09.2004 tarihli 04-57/797 sayılı toplantısında, sesli görüşme hizmetleri piyasasında fiili tekel olan Türk Telekomünikasyon A.Ş'nin (TTAŞ) özelleştirilmesi sırasında verdiği ön görüşünde, "daha rekabetçi bir yapısının oluşmasını sağlayacağı" gerekçesi ile Kablo TV'nin yapısal olarak ayrıştırılmasını ve TTAŞ'nin internet faaliyetlerini sürdürdüğü TTNet'in ayrı bir tüzel kişiliğe kavuşturulması yolunda beyanda bulunmuştur.

<sup>130</sup> Kurul üyelerinden Mehmet Zeki Uzun, Nejdet Karacehennem ve Murat Gencer karara muhalif kalmışlardır.

<sup>131</sup> Rekabet uzmanlarından oluşan bir çalışma gurubu tarafından hazırlanan "Rekabet Kulları ile Uyumlu Olmayan Mevzuat Listesi" adlı bir çalışmada, söz konusu Yönetmeliğin 25. ve 26. maddeleri, Ulaşım Koordinasyon Merkezi'ne ulaşım ve toplu taşıma araçlarının güzergah, zaman ve bilet tarifeleri yapmak ve uygulamak yetkisi verdiği için rekabet kuralları ile uyumsuz olduğu ileri sürülmüştür. Bkz. Rekabet Dergisi, Sayı:9, Ankara 2002, s.49

almayacağıdır.<sup>132</sup> Ancak böyle bir yasal düzenlemenin kamu teşebbüslerine, rekabet hukukunun uygulanmaması için adeta bir “kurtuluş imkânı” getirmesine karşın, aynı piyasada faaliyet gösteren özel teşebbüsler açısından bir düzenleme içermemesi, bir başka deyişle özel teşebbüslerin faaliyetlerini rekabet hukuku kurallarına uygun bir şekilde gerçekleştirmek zorunda olması, teşebbüsler arası adil ve rekabetçi bir düzenin oluşmasını önleyecektir.

### **3.1.3. Rekabeti Bozucu Davranışların ve Bu Bağlamda Yaşanan Sorunların Genel Değerlendirmesi ve Çözüm Önerileri**

#### **3.1.3.1. Genel Değerlendirme**

Kamu teşebbüsleri ile ilgili verdiği kararlar sonucu, Kurul’un kamu teşebbüslerine rekabet kurallarını uygulamak konusunda çekingen davrandığı eleştirilmektedir.<sup>133</sup> Kurul’un kamu teşebbüsleri ve kendisine özel inhisari haklar bahşedilmiş teşebbüsler hakkında re’sen harekete geçerek verdiği önaraştırma veya soruşturma kararlarına rastlanılmadığı gibi<sup>134</sup> yapılan şikâyet ve başvuruların büyük çoğunluğu hakkında da Kurul, önaraştırma veya soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar vermiştir.<sup>135</sup> BELKO kararı, Kurul’un kamu teşebbüslerine rekabet kurallarını ihlalden dolayı ceza uyguladığı ilk karardır.<sup>136</sup>

Gerçekten de Rekabet Kurulu kararlarına bakıldığı zaman, kamu teşebbüslerinin yer aldığı kararlarda genellikle Kurul’un söz konusu teşebbüslere ceza vermediği görülmektedir.<sup>137</sup> Kurul’un, yaptığı incelemede teşebbüs olarak

<sup>132</sup> Rekabeti bozucu davranış, bir yasadan kaynaklanıyorsa, yasaları çıkaran devlet organının herhangi bir şekilde rekabet hukuku kurallarına tabi olması söz konusu olmayacaktır. Özden’e göre yasama organının rekabeti kısıtlayıcı kararları (yasaları) zaten otomatik olarak rekabet kurallarından muaftır. Özden 2004, s.34.

<sup>133</sup> Eğerci 2005, s.33

<sup>134</sup> Köksal 2002, s.239

<sup>135</sup> AŞÇIOĞLU ÖZ G. (2002), “Kamu Teşebbüsleri ve Rekabet Hukuku”, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, Cilt: 1, Ankara, s.306.

<sup>136</sup> Köksal 2002, s.229.

<sup>137</sup> Kurul’un kamu teşebbüsleri ve kamu kuruluşları hakkında verdiği, bu çalışmada incelenen altmışa yakın kararı arasında sadece BELKO’ya (06.04.2001, 01-17/150-39), TMMOB’ye (22.01.2002, 02-04/40-21), özelleştirme öncesi TTAŞ’ye (02.10.2002, 02-60/755-305) (Danıştay’ın iptal kararı üzerine 05.01.2006 tarih ve 06-02/47-8 sayılı TTAŞ & ISS (II) kararı ile yeniden aynı cezaya hükmedilmiştir.) TÜRSAB’a (17.12.2003, 03-80/967-397) (Danıştay’ın iptal kararı üzerine 22.06.2006 tarih ve 06-45/572-156 sayılı TÜRSAB (II) kararı ile Türkiye Seyahat Acentaları Birliği’ne yeniden aynı cezaya hükmedilmiştir.), TEB’e (04.11.2004, 04-70/1012-247) (Danıştay’ın iptal kararı üzerine 02.11.2006 tarih ve 06-79/1021-295 sayılı TEB (II) kararı ile Türkiye Eczacılar Birliği’ne yeniden aynı cezaya hükmedilmiştir.) ve TESK’e (05-02/18-09) (Danıştay’ın iptal kararı üzerine 26.05.2006 tarih ve 06-36/461-123 sayılı TESK (II) kararı ile yeniden aynı cezaya hükmedilmiştir.) idari para cezası verdiği görülmektedir. Böylece Kurul’un, kamu teşebbüsleri ve kamu kuruluşlarıyla ilgili toplam kararları ile bunlara ceza

kabul ettiği, ancak herhangi bir rekabet ihlalinin olmadığına karar verdiği haller bir yana<sup>138</sup>, birçok kararında özellikle 6. maddeye aykırı davranışlar tespit etmesine rağmen kamu teşebbüslerine ceza vermekten kaçındığı görülmektedir.<sup>139</sup> Hatta Kurul'un bazı kararlarında, rekabet ihlalinin olduğuna karar vermesine rağmen, kanımızca kabul edilebilir bir gerekçe göstermeden herhangi bir ceza vermediğine dahi rastlanmaktadır.<sup>140</sup>

Rekabet Kurulu'nun kamu teşebbüsleri hakkında verdiği kararlardan, genel olarak kamu teşebbüslerinin özel teşebbüsler ile aynı ve eşit çizgide olmadığı gibi bir izlenim edinilmektedir. “*Tek taraflı irade beyanı ile belirleyememe*”,<sup>141</sup> “*serbestçe belirleyememe*”,<sup>142</sup> ve “*irade özgürlüğünü ortadan*

---

verdiği kararları oranlandığında, kamunun gerçekleştirdiği rekabet ihlallerine ceza verme oranının düşük olduğu ortaya çıkmaktadır. Verilen altı cezadan ikisinin kamu teşebbüslerine, dördünün ise kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına yönelik olduğu görülmektedir.

<sup>138</sup> HAVAŞ kararı (03.03.1999, 99-12/89-31), ÇAY-KUR kararı (22.06.1999, 99-31/277-167), PETKİM kararı (17.08.1999, 99-38/404-260), ETİ Holding kararı (21.12.2000, 00-50/533-295) TEDAŞ (II) Kararı (30.04.2002, 02-26/262-102), TDİ kararı (21.05.2002, 02-30/344-140), TSE kararı (08.03.2002, 02-13/126-53), PTT kararı (30.01.2003, 03-07/74-29), TCDD kararı (17.09.2003, 03-61/748-352), TMO kararı (14.08.2008, 08-50/720-280), BOTAS kararı (14.08.2008, 08-50/750-305)

<sup>139</sup> TÜRKŞEKER kararı (13.08.1998, 78/603-113), ÇAY-KUR kararı (22.06.1999, 99-31/277-167), İZULAŞ kararı (12.09.2000, 00-34/368-206), TÜPRAŞ kararı (16.04.2002, 02-24/244-99), DHMİ (I) kararı (04.07.2007, 07-56/668-231)

<sup>140</sup> TTAŞ & Eser Kablo Net kararı (10.02.2005, 05-10/81-30) Bu kararda, TTAŞ'nin rakip internet servis sağlayıcılarına, kendisinin tekel olduğu kablo TV altyapısını kullanılmamak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiği belirlenmiş, ancak “*TTAŞ ile Telekomünikasyon Kurumu arasında kablo TV altyapısının diğer İSS'lerin erişimine açılmasına yönelik görüşmelerin ve çalışmaların devam ettiğinin anlaşılması*” ve bu durumun “*ihlalin ortadan kaldırılmasına yönelik olumlu çabalar*” olması gibi tatmin edicilikten yoksun gerekçelerle “*Bu eyleminden dolayı Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin idari para cezası ile cezalandırılmasına gerek olmadığına*” oyçokluğu ile karar verilmiştir. Ancak Kanunun 16. maddesinin 3. fıkrasında “*Bu Kanunun 4, 6 ve 7 inci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara... Kurul tarafından saptanacak olan... idari para cezası verilir.*” hükmü yer almaktadır. Dikkat edilirse maddede “*verilebilir*” değil “*verilir*” ibaresi kullanılmıştır. Bu yüzden yedi kurul üyesinden, üçü karara karşı oy yazmış ve kararın Kanunun hükümlerine ve ruhuna aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Kanımızca da bu kararda Kanunun hükümlerine aykırı bir karar alınmıştır. Zira 9. maddenin üçüncü fıkrası uyarınca Kurul'un teşebbüslere sadece “*ihlale nasıl son verileceklerine ilişkin görüşlerini*” bildirerek herhangi bir ceza vermeyebileceği durumu burada söz konusu değildir, zira söz konusu fıkra “*karar vermeden önce*” ibaresi yer almaktadır. Söz konusu kararda ise, TTAŞ'nin 6. madde ihlali sabit görülmüş buna rağmen, Kanuna aykırı bir şekilde, ceza verilmemiştir. Ancak kararın verildiği sırada TTAŞ'nin özelleştirme sürecinin devam ediyor olması akıllara, bu durumun ceza verilmemesine bir gerekçe olup olamayacağı ihtimalini getirmektedir.

<sup>141</sup> İZULAŞ kararı (12.09.2000, 00-34/368-206)

<sup>142</sup> TÜRKŞEKER kararı (13.08.1998, 78/603-113)

*kaldırma*<sup>143</sup> gibi ibarelerin kullanılması ile kamu teşebbüslerine rekabet hukuku kurallarının uygulanması söz konusu olmayabilmektedir. Özel teşebbüsler için ise, yukarıda değinilen holding ve yavru şirket yapılanmasının bulunduğu durumlar bir yana, bu gibi ibareler kullanılmamakta ve ihlalin olduğu hallerde, buna bağlı idari para cezası ya da Kanunda öngörülen diğer yaptırımlara hükmedilmektedir.

Kamu teşebbüslerinin rekabeti bozucu davranışlarına karşı herhangi bir yaptırım uygulanmamasının nedeni olarak devletin, toplumsal refahı artırmak için böyle düzenlemeler yaptığı veya davranışlar gerçekleştirdiği ileri sürülebilir. İktisat biliminin bir terminolojisi olan “toplumsal refah” kavramının, hukuk terminolojisinde “kamu yararı” olarak ifade edilmesi mümkündür. Zira bir görüşe göre kamu teşebbüsleri “kamu hizmeti” yapmaktadırlar.<sup>144</sup> Buna göre devlet, kamu hizmeti yerine getirerek kamu yararına faaliyet göstermektedir.<sup>145</sup> Bu görüşle ilgili eleştirisinde Kumcu şu ifadeleri kullanmaktadır:

*“Kamu kurumları ürettikleri ve sattıkları malları dilediği gibi fiyatlandırabilirler. Zira onlar ‘kamu görevi’ yapmaktadırlar. Hiçbir belediye otobüsüne trafik kurallarını çiğnediği için ceza kesildiğini gördünüz mü? Göremezsiniz. Çünkü belediye otobüsleri kamu görevi yapmaktadırlar. Özel halk otobüslerine hatalı hareketleri için ceza kesilmesi ise normaldir. Onlar da kamu görevi yapmaktadırlar, ama devlet değillerdir. Aynı şekilde belediye otobüsleri bayramda bedava yolcu taşıyabilirler, ama özel otobüsler aynı şeyi yapamazlar, çünkü onların arkasında Hazine yoktur. Rekabetin önünde en büyük engellerden biri aynı sektörde kamu ve özel sektör şirketlerinin beraberce bulunmalarıdır.”<sup>146</sup>*

<sup>143</sup> ÇAY-KUR kararı (22.06.1999, 99-31/277-167)

<sup>144</sup> Tan, kamu hizmeti anlayışına sahip ülkelerde kamu hizmeti kavramının, bazı hallerde rekabet hukuku mantığı ile bağdaşmadığını ileri sürmekte ve “*Rekabet hukukunun ekonomik aktörler arası ilişkilerin adil, eşit ve dengeli yürümesi ile ilgilenmesine karşın, idarenin kamu yararını gerektirdiğinde özel yararlar üstün tutması ve kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanması nedeniyle ikisi arasında mantıksal bir zıtlık görünse de...*” diyerek kamu hizmeti kavramının, rekabet hukuku uygulaması açısından bir sorun kaynağı olabileceğine işaret etmektedir. Tan 2000, s.3

<sup>145</sup> Kurul, TÜRKŞEKER kararında söz konusu teşebbüsün “*faaliyetlerinin, kamu yararı gözetilerek, kanun ve kanun hükmünde kararname ile ve 4054 sayılı Kanun anlamında birer ‘teşebbüs’ olmayan Başbakanlık ve Bakanlıklar tarafından belirlenmekte olduğu*” şeklinde bir nitelendirmede bulunmuştur.

<sup>146</sup> KUMCU, E. (2008), Rekabet Üzerine Denemeler, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, s.31-32

Bu ifadeye tamamen katılmamakla birlikte,<sup>147</sup> piyasalarda adil, sürekli ve sağlıklı bir rekabetin sağlanması açısından, ilgili pazarda kamu teşebbüsleri ile özel teşebbüslerin birlikte bulunması, ister istemez o piyasa için birtakım sorunları da beraberinde getirecektir. Aynı piyasada faaliyet göstermesine rağmen kamu teşebbüslerinin, özel teşebbüslerin sahip olmadığı ve olamayacağı birtakım avantajları ya da yetkileri olması sonucunda piyasalarda arzu edilen rekabet ortamı zedelenebilecektir.<sup>148</sup> Böyle bir durumda rekabet, bizzat devlet tarafından bozulmaktadır.<sup>149</sup>

Tüm bunlar kamu iktisadi teşebbüslerinin, kendileri ile aynı piyasada faaliyet gösteren özel teşebbüslere göre ayrıcalıklı bir konumda olduğunu göstermektedir. Şüphesiz bu durum, teşebbüsler arası adil rekabet ve eşit uygulamaya gölge düşürmektedir. Pazarda faaliyet gösteren bir kısım işletmelerin, rekabet kurallarına tabi olması karşısında, aynı pazarda faaliyet gösteren diğer bir kısım teşebbüslerin, sadece kamu teşebbüsü olmaları nedeniyle rekabet kurallarının uygulama alanı dışında tutulmaları, devletin 4054 sayılı Kanunun uygulanması konusunda ayrımcı bir tutum içinde olması sonucunu doğurur.<sup>150</sup> Rekabet kurallarının kamu teşebbüslerine de uygulanması, devletin bütün

---

<sup>147</sup> Kumcu'nun bu ifadesi esasen eksiktir. Söz gelimi özel teşebbüslerin de bayramlarda bedava yolcu taşımaları mümkün olabilir. İdare ile imzalanan imtiyaz sözleşmesinde özel teşebbüslere bayramda bedava yolcu taşımak gibi bir yükümlülük getirilebilir. Böyle bir sözleşme hükmünün varlığı halinde özel teşebbüsler, "arkalarında" Hazine olmasa da, bedava yolcu taşımak zorunda kalabileceklerdir.

<sup>148</sup> Bu bağlamda piyasada özel teşebbüslerle birlikte faaliyet gösteren bir kamu teşebbüsünün aynı zamanda ilgili piyasayı düzenleyici bir rolünün de olması halinde, söz konusu piyasada düzgün bir rekabet ortamının olduğundan bahsetmek zorlaşacaktır. Böyle bir durumda söz konusu kamu teşebbüsü açısından "menfaat çatışması" (*conflict of interest*) gündeme gelebilecektir. Esasen bu duruma Kurul'un bir kararında da değinilmiş ve 4733 sayılı Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile pazarın yeniden yapılandırılmasından önce tütün ve alkol piyasalarında hem müteşebbis olarak faaliyet göstermesi, hem de bu piyasalarda fiyatın belirlenmesi, tütün tekeli kapsamındaki maddelerin fabrikaya giriş ve çıkış miktarını kontrol etmek gibi düzenleyici ve denetleyici yetkilere sahip olması sonucu, "TEKEL'in varlığı ve önemli ayrıcalıklara sahip olması sağlıklı ve serbest bir piyasa ortamının oluşmasına engel olabilmektedir. Düzenleyici görevlerle donatılan bir kuruluş, piyasada mal ve hizmet üreten teşebbüslerden bağımsız olmalıdır. Tekelci yetkilerle donatılmış bir kuruluşun aynı zamanda piyasayı düzenlemeye yetkili bir kuruluş olarak piyasada faaliyet göstermesi, sağlıklı bir rekabet ortamının oluşması ve gelişmesi açısından sakıncalıdır." denilerek, kamu teşebbüslerine tanınan bazı yetkilerin, ilgili piyasada faaliyet gösteren özel teşebbüsler açısından olumsuz sonuçlarına işaret edilmiştir. Philip Morris ve JTI kararı (24.12.2002, 02-80/937-385)

<sup>149</sup> Aşçıoğlu Öz 2002, s.84

<sup>150</sup> Eğerci 2005, s.32

birimleri ile kendi koyduğu kurallara öncelikle kendisinin uymasının bir gereğidir.<sup>151</sup>

### **3.1.3.2. Çözüm Önerileri**

#### **3.1.3.2.1. 4054 sayılı Kanunla Uyumsuz Mevzuatın Düzeltilmesi**

Kamu teşebbüslerinin karşılaştığı en önemli sorun, hükümetler tarafından hazırlanan kalkınma planları ve yıllık planlar, programlar ve bütçeler gibi çeşitli ekonomik gereklere veya kanun, tüzük, yönetmelik, Bakanlar Kurulu kararı gibi hukuki düzenlemelere uygun bir şekilde faaliyetlerini ayarlamak zorunda olmalarıdır. Bunun sonucunda kamu teşebbüsleri faaliyetlerinde özel teşebbüsler kadar serbest olamamaktadırlar. Hatta bazı durumlarda bunların, 4054 sayılı Kanun anlamında “bağımsız karar verebilme” imkanına dahi sahip olduğu söylenemez. Bu bağlamda kamu iktisadi teşebbüslerinin, özellikle Bakanlar Kurulu tarafından kendilerine görev verilmesi ve bu görevi yerine getirmek zorunda olmaları (233 sayılı KHK m.35/son), ürettikleri ürünlerin fiyatlarının Bakanlar Kurulu tarafından belirlenmesi (233 sayılı KHK m.35/2) ve yatırım ve finansman programlarının Bakanlar Kurulu kararı ile tespit edilip onaylanması (233 sayılı KHK m.29) karşısında kamu iktisadi teşebbüslerinin faaliyetlerinde ne kadar bağımsız olabilecekleri şüphelidir.

Bu bağlamda Kanunun 3. maddesindeki teşebbüs tanımının değiştirilerek, “bağımsız karar verebilen” ibaresinin Kanundan çıkarılması akla gelmektedir.<sup>152</sup> Zira kamu teşebbüsleri ile ilgili mevzuat hükümleri bu teşebbüslerin pek çok kritik konuda bağımsızca karar alabilmesine olanak tanımadığından,<sup>153</sup> bağımsız olmadıklarına dair bir savunmanın kabul edilmesi, rekabet ihlallerinin önlenmesinde bir çözüm olmayacak sadece ilgili teşebbüsün cezalandırılmasını önleyebilecektir.

Ancak söz konusu ibarenin tanımdan çıkarılması halinde ise başka bir sorun ortaya çıkacak ve kamu teşebbüslerinin, kendisinin almadığı bir karardan ya da gerçekleştirmediği bir eylemden sorumlu tutulması söz konusu olacaktır. Kamu teşebbüsünün davranışlarının hiçbir serbestlik bırakmayacak şekilde kamu kuruluşları tarafından belirlendiği durumlarda, bu davranışlar nedeniyle kamu teşebbüsünün cezalandırılmasının söz konusu olmayacağı doktrinde ileri

<sup>151</sup> Aşçıoğlu Öz 2000a, s.150

<sup>152</sup> Selçuk, bağımsız karar verebilen ifadesinin basitçe ana şirket-yavru şirket arası ilişkiye referansta bulunan bir ifade” olduğunu; bunun kamu teşebbüslerine uygulanması durumunda Kurul açısından kimi zorluklar doğurabildiğini belirterek 4054 sayılı Kanunun teşebbüs tanımını, “*Türk Rekabet Hukukuna mahsus bir çarpıklık*” olarak nitelendirmiştir. Selçuk 2004, s.84-85

<sup>153</sup> Ege 2002, s.15

sürülmektedir.<sup>154</sup> Böyle bir durumda, kamusal yetki kullanılarak yapılan davranışların 4054 sayılı Kanunun kapsamı dışında olması sonucu, kararı alan ya da eylemi gerçekleştiren kamu kuruluşuna karşı müdahale imkanı da olmayacaktır.

AT rekabet hukuku uygulamasına baktığımızda, ATAD bir kararında<sup>155</sup> rekabeti sınırlayıcı davranışların yasa ile emredildikleri ve teşebbüsler açısından rekabetçi bir davranışta bulunma ihtimalini ortadan kaldırdığı durumlarda Roma Anlaşması'nın 81. ve 82. maddelerinin uygulanmayacağını belirtmiştir. Ancak bu hallerde 86. madde devreye girerek; kamu teşebbüslerine olmasa da üye devletlere anlaşmayı ihlalden dolayı ceza verilebilecektir.<sup>156</sup> Ayrıca bu durumda Komisyon ihlale neden olan düzenlemeyi, Anlaşmaya aykırı olarak yürürlükte tutan üye devlet aleyhine ATAD nezdinde ihlal davası açmaktadır.<sup>157</sup>

Türk hukukunda ise Roma Anlaşması'nın 86. maddesi gibi bir madde bulunmamaktadır. Ancak böyle bir maddenin bulunması halinde dahi, kamu teşebbüslerinin rekabeti bozucu davranışlarının önlenmesi pratikte mümkün olmayacaktır. Zira rekabet kurallarının uygulanmasının, kamu teşebbüslerinin faaliyetlerini yerine getirmesine hukuki veya fiili engel teşkil etmesi halinde, söz konusu teşebbüslere bu kuralların uygulanmaması imkanı, rekabet ihlallerini önlemede bir çözüm olmayacak, sadece ilgili teşebbüsün cezalandırılmasını önleyebilecektir.

Tüm bu gerçekler karşısında, kanımızca kamu teşebbüslerinin rekabet ihlallerinin önlenmesinde en etkin çözüm olarak, 4054 sayılı Kanun ile uyumsuz mevzuatın değiştirilmesi gösterilebilir. Bu sayede teşebbüs tanımının neden olduğu güçlükler ve kamu teşebbüslerinin 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilemediği haller en aza indirilerek, kamu teşebbüslerinin rekabet ihlalleri engellenebilecek ve özel teşebbüsler ile adil ve dengeli bir rekabet ortamı tesis olacaktır. Dolayısıyla Kurul'un, rekabet ihlalleri dolayısıyla kamu teşebbüslerine yaptırım uygulamamasını eleştirmek yerine mevzuatta değişiklik yapılması isabetli olacaktır.

<sup>154</sup> Eğerci 2005, s.40. Ancak yazara göre kamu teşebbüsü, davranışlarını belirlemede az da olsa bir özgürlüğe sahip ise, bu durumda rekabeti bozucu davranışları 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmelidir. Eğerci 2005, s.41

<sup>155</sup> *Joined Cases Commission and France v. Ladbroke Racing C-359/95 [1997] ECR I-6265, Altair Chimica SpA and ENEL Distribuzione SpA C-207/01 [2003]*

<sup>156</sup> Esasen Roma Anlaşması'nın 86. maddesi teşebbüslerden çok üye devletlere hitap eden ve doğrudan uygulanma özelliğine sahip bir hükümdür. Sierra 1999, s.131

<sup>157</sup> Köksal 2002, s.145

### 3.1.3.2.2. Özelleştirme Uygulamaları

9. Kalkınma Planı'nda<sup>158</sup> “Devletin ticari mal ve hizmetlerin üretiminden çekilerek; politika oluşturan, düzenleme ve denetleme işlevlerinin güçlendirilmesi esas olacaktır” hedefine yer verilmiştir. Böylece kamu teşebbüslerinin gerçekleştirdiği rekabeti bozucu davranışların etkin olarak önüne geçebilmek hatta bu davranışları tamamen sona erdirebilmek için, kamu iktisadi teşebbüslerinin varlıklarının azaltılması ima edilmektedir.<sup>159</sup> Burada işletmeci devletten, düzenleyici devlete bir geçiş hedeflenerek, 24 Ocak 1980'den itibaren benimsenmeye başlanan serbest piyasa ekonomisinin gereği yerine getirilmek istenmiştir.

Gerek dünyada, gerekse Türkiye'de kamu iktisadi teşebbüslerinin ekonomik hayattaki rolü azalma eğilimindedir.<sup>160</sup> Özel teşebbüs faaliyetlerinin artması ve genişlemesiyle birlikte kamu teşebbüslerine olan talebin ve desteğin azalması sonucu, yeni kamu iktisadi teşebbüslerinin kurulması özellikle son on yılda bir hayli azalmış ve mevcut kamu iktisadi teşebbüsleri için de özelleştirme uygulamaları başlamıştır.<sup>161</sup>

Rekabet kurallarının ekonomide fırsat eşitliğini ve kaynakların etkin dağılımını hedeflemesi karşısında; rekabeti bozucu, özel teşebbüsler ile eşit şartlarda olmayan, serbest piyasa ekonomisine aykırı olan uygulamaların terk edilmesi için kamu iktisadi teşebbüslerinin özelleştirilerek, özel teşebbüslerin faaliyet gösterdiği mal veya hizmet piyasalarından çekilmesi, soruna kesin bir çözüm bulmak açısından değerlendirilebilir bir çözümdür.

<sup>158</sup> 01.07.2006 tarihli ve 26215 sayılı Resmi Gazete (RG)

<sup>159</sup> Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü'nün (OECD) “*Competition Law and Policy In Turkey*” adlı raporunda da, benzer şekilde, Türkiye'nin kamu iktisadi teşebbüslerini özelleştirmesi veya daha sıkı bir kontrol altına alması ve devlet tekellerini sona erdirmesi tavsiye edilmiştir. OECD (2005), *Competition Law and Policy In Turkey*, OECD, Paris. Kaynak: <http://www.oecd.org/dataoecd/26/7/34645128.pdf> Erişim Tarihi: 18.03.2009

<sup>160</sup> İlk defa İngiltere'de Thatcher hükümeti döneminde başlayan ve 1984 yılında *British Telecom* ile dönüm noktasını yaşayan özelleştirme uygulamaları, aynı yıl içerisinde Türkiye için de 1984 tarihli 2983 Sayılı Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun ile kamu iktisadi teşebbüslerindeki devlete ait hisselerin hisse senedi çıkarma, işletme hakkı verilme ve gelir ortaklığı senedi düzenlenmesi suretiyle başlamıştır. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. ATİYAS, İ. ve ODER, B. (2004), *Türkiye'de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi*, TEPAV Yayınları, Ankara, s.1 v.d.

<sup>161</sup> İktisadi devlet teşekkülleri ile kamu iktisadi kuruluşlarının özellikle ürettikleri mal ve hizmetlerin tekel niteliğinde olup olmamasına göre birbirlerinden farklı niteliklere sahip olduklarından dolayı özelleştirme yöntemlerinin de farklı olması gerektiğine dair bir görüş için bkz. ARDIYOK, Ş. (2001), *Türk Telekom A.Ş.'nin Özelleştirilmesi: Sektörde Doğum Sancıları*, *Rekabet Dergisi* Sayı:5, Ankara, s.48.

### 3.2. Kamu Kuruluşlarının Rekabeti Bozucu Davranışları

Kamu teşebbüslerinin; ekonomik alanda işletmeci olarak faaliyet göstermek üzere kurulmaları, faaliyetlerinin “teşebbüs faaliyeti” olması ve esasen kamu iktisadi teşebbüsü ve belediye iktisadi teşebbüsü olmak üzere iki farklı türde olmaları sonucu, 4054 sayılı Kanun karşısında teşebbüs olarak nitelendirilmelerinde genellikle bir duraksama yaşanmamaktadır. Ancak kamu kuruluşları açısından durum o kadar basit değildir.

Gerek merkezi ya da yerel idare olsun, gerekse de kamu kurumları olsun, kamu kuruluşları birbirinden çok farklı konumlarda bulunmaktadır. Bunun bir sonucu olarak, gerçekleştirdikleri işlemlerin niteliği de değişiklik gösterecektir. Örneğin, kamusal yetki kullanılarak yapılan bir işlem ile herhangi bir kamusal yetki kullanılmaksızın yapılan bir işlem, rekabet hukuku uygulaması açısından farklı sonuçlar doğuracaktır. Kamusal yetkiye dayanılarak yapılan işlemler (örneğin kamulaştırma), ekonomik sonuçlara sahip olsa da, işlemi gerçekleştiren kamu kuruluşuna teşebbüs niteliği kazandırmaz.<sup>162</sup>

Şüphesiz, bir kamu kuruluşunun yaptığı işlem veya gerçekleştirdiği faaliyete bakılarak, teşebbüs veya teşebbüs birliği niteliğine sahip olup olmadığı, Rekabet Kurulu tarafından somut olayda incelenecek ve teşebbüs (veya teşebbüs birliği) olmadığına karar verildiği zaman, rekabeti bozucu bir davranış gerçekleştirmiş olsa bile ilgili kamu kuruluşunun herhangi bir sorumluluğu doğmayacaktır. Zira 4054 sayılı Kanun’un 4. 6. ve 7. maddelerinde hep “teşebbüs” ibaresi kullanılmakta olduğundan, ilgili kamu kuruluşu eğer teşebbüs kabul edilmemiş ise bu maddeler uygulama alanı bulamayacaktır.

AT hukuku bakımından da benzer şeyler söylenebilir. Kamu işletmeleri, Roma Antlaşması’nın 81. maddesi anlamında teşebbüs sayılmakta iken, tüzel kişi olarak devletin yerel idarelerin ve kamu kurum niteliğinde benzer kuruluşların, 81. madde anlamında teşebbüs sayılıp sayılmayacağı konusu, uygulamada ve öğretide tartışılmaktadır.<sup>163</sup>

<sup>162</sup> Bir görüşe göre yukarıdaki gibi bir sınıflandırmaya tabi tutulan kamu kuruluşlarının, her birinin gerçekleştirdiği faaliyetlerin niteliğinin olay bazında incelenerek, ekonomik faaliyet olarak kabulü halinde teşebbüs niteliğinde kabul edilmeleri mümkün olacaktır. 4054 sayılı Kanundaki tanıma göre, hukuki statüleri ne olursa olsun bu kuruluşların da teşebbüs olarak kabul edilmeleri imkanı bulunmaktadır. Güzel 2003, s.55 Bu görüşün kabulü ile birlikte örneğin kamu teşebbüslerinin ürettiği mal veya hizmetlerin fiyatı, kalitesi veya miktarı gibi ekonomik parametrelerin Bakanlar Kurulu tarafından belirlenmesi işleminin, bir ekonomik faaliyet mi olacağı yoksa kamusal yetkiye dayalı bir faaliyet mi olacağı sorusu bir hayli önem kazanacaktır.

<sup>163</sup> Aşçıoğlu Öz, 2000a s.68. Köksal ise devletin, düzenleyici olarak faaliyet gösterdiği zaman da rekabeti kısıtlayabilmekte olduğunu ifade ettikten sonra, bu açıdan AT rekabet sisteminin kendine özgü yanlarından birinin, rekabet kurallarının sadece kamu teşebbüslerine değil,

Merkezi idare ve yerel idareler ile kamu kurumları, kamu teşebbüsleri gibi tek bir türde olmadıkları için, rekabeti bozucu davranışlar gerçekleştirdikleri takdirde, Kurul'un bunları nasıl değerlendireceği farklılaşacağından, ayrıca rekabeti bozucu etkiye sahip işlemin ve bu işlemi yapan kamu kuruluşunun hukuki niteliği de bu sonuca etki edeceğinden, kamu kuruluşlarının rekabeti bozucu davranışlarının ayrı ayrı incelenmeleri gerekmektedir.

### **3.2.1. Merkezi İdarenin Rekabeti Bozucu Davranışları**

Ekonomik alanda faaliyet gösteren kamu teşebbüsleri ile ilgili düzenleme yapma, politika belirleme, ürettikleri ürünleri fiyatlandırma gibi rekabet ihlali yaratacak davranışlara ek olarak; doğrudan rekabet ihlali yaratmayan, ancak özel teşebbüsler karşısında eşitliği bozabilecek nitelikte olan, örneğin teşebbüs yöneticilerini atama veya görevden alma, talimat ve görev verme, bazı kararlarını onama gibi, uygulamalar sonucu rekabetin merkezi idare tarafından bozulması gündeme gelebilecektir.

Merkezi idareye dahil kamu kuruluşları arasında, teşebbüsler arası rekabeti bozucu davranış gerçekleştirme potansiyeli en fazla olan Bakanlar Kurulu ile bakanlıklar olmaktadır. Zira Bakanlar Kurulu'nun çıkardığı kararnamelemler ile doğrudan ekonomik hayata müdahale edebilmesi ve Bakanlıkların da kendilerine bağlı kamu teşebbüsleriyle ilgili birtakım düzenlemeler yapabilmesi sonucu, rekabetin bozulması söz konusu olabilmektedir.

Bakanlar Kurulu ve bakanlıkların yaptıkları düzenlemeler veya aldıkları kararlarla, kamu teşebbüsleriyle birlikte aynı piyasada faaliyet gösteren özel teşebbüsler dezavantajlı konuma gelebilmektedir. Örneğin Bakanlığın, gerçekleştireceği bir ihalenin şartlarına ilişkin bir düzenlemesi sonucu, buna uyum göstermek amacıyla özel teşebbüslerin gerçekleştirecekleri davranışlar 4054 sayılı Kanuna aykırı olabilir.<sup>164</sup> Buna ek olarak, 233 sayılı KHK'nın 35. maddesinin verdiği yetki ile bir kamu teşebbüsünün ürettiği bir mal veya hizmetin fiyatını, piyasada arz ve talep dengesinin sağlandığı fiyatın marjinal maliyetlere eşit olduğu denge noktasının altında belirlenmesi mümkündür.<sup>165</sup>

Benzer şekilde, merkezi idarenin gerçekleştirdiği devlet yardımları (sübvansiyonlar) da uygulamada özel teşebbüsler ile kamu teşebbüsleri arasında

---

düzenleyici görevini ifa eden devlete de uygulanabilmesi olduğunu vurgulayarak, kamu kuruluşlarının bazı hallerde teşebbüs sayılması gerektiğini belirtmektedir. Köksal 2002, s.5.

<sup>164</sup> Süt kararı (19.01.2004, 04-05/54-15)

<sup>165</sup> Yukarıda değinilen "*Rekabet Kuralları ile Uyumlu Olmayan Mevzuat Listesi*" adlı çalışmada, 233 sayılı KHK'nın 35. maddesinin bu gerekçe yüzünden rekabet kuralları ile uyumsuz olduğu ileri sürülmüştür. s.65

rekabeti bozabilmektedir. Hatta devlet yardımlarıyla sadece özel teşebbüsler arasındaki rekabet dahi, serbest piyasa ekonomisinin temel mantığına aykırı olarak bozulabilmektedir. Devlet kimi sektörleri veya belli bölgedeki teşebbüsleri teşvik, vergi politikası gibi araçlarla kayırmak suretiyle, rakip teşebbüsler aleyhine rekabet şartlarını bozabilir.<sup>166</sup>

### 3.2.1.1. TÜRKŞEKER Kararı

Rekabet Kurulu'nun 13.08.1998 tarih ve 78/603-113 sayılı kararında Türkiye Şeker Fabrikaları A.Ş.'nin (TÜRKŞEKER) şekerpancarı alış fiyatını ve şeker satış fiyatını maliyetin altında belirlediği, rakiplerini zor durumda bırakarak piyasa dışına itmeye çalıştığı ve hakim durumunu kötüye kullandığı iddiaları incelenmiştir.

Kararda TÜRKŞEKER'in bir iktisadi devlet teşekkülü olduğu, -ticari sır nedeniyle açıklanmayan- pazar payı ve "kanunen sahip olduğu münhasır hakları" nedeniyle ilgili pazarda hakim durumda bulunduğu kabul edilmekle beraber, fiyatları serbestçe belirleyemediği vurgulanmıştır. Ancak, her ne kadar şekerpancarı alış fiyatını ve şeker satış fiyatını maliyetinin altında belirleyerek rekabeti ihlali gerçekleştirme ihtimali olsa da, Kurul'un ifadesiyle fiyatlarını "serbestçe belirleyememekte olduğu" için, TÜRKŞEKER hakkında rekabet hukuku kuralları uygulanmamıştır.

TÜRKŞEKER hakkında 6. maddeye aykırı davranışın bulunup bulunmadığı açısından herhangi bir önaraştırma yapılmasına gerek olmadığına karar verilirken "şirketin bu faaliyetlerinin, kamu yararı gözetilerek, kanun ve kanun hükmünde kararnameler ile ve 4054 sayılı Kanun anlamında birer "teşebbüs" olmayan Başbakanlık ve Bakanlıklar tarafından belirlenmekte olduğu" gerekçe gösterilmiştir.<sup>167</sup> Buna göre TÜRKŞEKER'in kullandığı şekerin hammaddesi olan şekerpancarının alım ve satım fiyatlarını Başbakanlık ve bakanlıklar belirleyecek, bu fiyatlar piyasa denge noktasındaki fiyatın altında ya

<sup>166</sup> Topçuoğlu 2001, s.44

<sup>167</sup> Kurul başka kararlarında da, merkezi idareye dahil bazı kamu kuruluşlarını benzer şekilde teşebbüs saymamıştır: Data Teknik (Kamu İhalesi) kararında şikâyet konusu olayda rekabeti bozucu davranış gerçekleştirdikleri iddia edilen İçişleri Bakanlığı ile Milli Savunma Bakanlığı teşebbüs olarak kabul edilmemişlerdir. (03.12.1997, 41/269-19) Kurul'un, özel sürücü kurslarının asgari ücretlerinin Milli Eğitim Bakanlığı tarafından tespit edilmesiyle ilgili rekabeti bozucu davranış iddiasıyla önüne gelen diğer bir olayda ise Milli Eğitim Bakanlığı'nın teşebbüs olmadığı ifade edilmiştir. (27.05.2003, 03-35/416-182) Bu kararda, kurs ücretlerinin 625 sayılı Özel Eğitim Kurumları Kanunu ve Motorlu Taşıtlı Sürücüleri Kursu Yönetmeliği hükümleri uyarınca Milli Eğitim Bakanlığı tarafından belirlendiği belirtildikten sonra, bu nedenle "soruşturma açılmasına gerek olmadığına" kanaat getirilerek, ilgili kamu kuruluşuna 4054 sayılı Kanununun 27. maddesinin (g) bendine göre görüş bildirilmekle yetinilmiştir.

da çok üstünde, neredeyse tekelci fiyat seviyesinde olsa dahi, teşebbüs niteliğini hazi olmayan söz konusu kamu kuruluşları hakkında 4054 sayılı Kanuna göre herhangi bir işlem yapılamayacaktır.

Kararı eleştiren Köksal'a göre burada, TÜRKŞEKER nezdinde devletin uyguladığı politikaların ve mevcut hukuki düzenlemelerin rekabeti bozması söz konusudur. Her ne kadar TÜRKŞEKER'in faaliyeti, kendisi tarafından serbestçe tayin edilemese ve 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin kapsamına girmese de, yapılan uygulamalar şikâyet eden üç özel şeker firmasını zarara uğratabilmekte ve piyasadaki rekabeti sınırlandırabilmektedir.<sup>168</sup> Böylece rekabeti bozucu bir davranışın gerçekleşmesine rağmen, ne bu davranışı gerçekleştiren kamu teşebbüsü, ne de bu davranışa yol açan merkezi idareye dahil birer kamu kuruluşu olan Başbakanlık ve Bakanlıklar hakkında yaptırım uygulanamamıştır.

Aslan ise, bu olayda olduğu gibi, kanun ve kararnamelerle bir kamu teşebbüsünün pazar davranışlarının hiçbir serbestlik bırakılmayacak şekilde devlet veya hükümet tarafından belirlendiği hallerde, bu davranış nedeniyle o kamu teşebbüsün cezalandırılmasının söz konusu olmayacağını ifade etmiştir. Yazar bu konuda AT hukukunda uygulanan kıstasa da değinmiş ve kamu teşebbüslerinin, hükümetin emirleriyle bir işlemi yapıp yapmama konusunda tüm özgürlüğünü yitirdiği taktirde Roma Antlaşması'nın 81. maddesi kapsamına girmediğini belirterek görüşünü desteklemiştir.<sup>169</sup>

### 3.2.1.2. TÜPRAŞ Kararı

Rekabet Kurulu'nun 02-24/244-99 sayılı kararında Türkiye Petrol Rafinerileri A.Ş.'nin (TÜPRAŞ), Petrol Ofisi A.Ş. müşterilerine doğrudan veya rafineri çıkış fiyatının altında satış yapmak suretiyle hakim durumunu kötüye kullandığı iddiası incelenmiştir.<sup>170</sup>

Kararda TÜPRAŞ'ın bir kamu iktisadi teşebbüsü olduğu, Kanunda "*kamu ya da özel teşebbüs ayrımı yapılmaması nedeniyle*" 4054 sayılı Kanun kapsamında bir teşebbüs olduğu ve rafinaj pazarında hakim durumda bulunduğu

<sup>168</sup> Köksal 2002, s.160.

<sup>169</sup> Aslan 2005, s.73.

<sup>170</sup> 4736 sayılı Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Ürettikleri Mal ve Hizmet Tarifleri ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1. maddesine göre "*... kamu iktisadi teşebbüsleri ve bağlı ortaklıkları... ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarınca üretilen mal ve hizmet bedellerinde işletmecilik gereği yapılması gereken ticari indirimler hariç herhangi bir kişi veya kuruma ücretsiz veya indirimli tarife uygulanmaz.*" TÜPRAŞ'ın, Petrol Ofisi A.Ş.'ye rafineri çıkış fiyatının altında satış yapmasının, 4736 sayılı Kanun uyarınca bir kuruma uygulanan 'indirimli tarife' olabilmesi ihtimali karşısında, incelenmesi gerekmektedir. Kararda ise buna yönelik herhangi bir değerlendirme bulunmamaktadır.

ifade edilmiştir. Hakim durumunu kötüye kullandığı iddiası hakkında ise Kurul, TÜPRAŞ'ın “*Batman Rafinerisi'nden yaptığı fuel oil satışlarında ve Kırıkkale Rafinerisi'nden yaptığı nafta satışlarında, nihai tüketicilere dağıtım firmalarından daha düşük fiyat uygulamasının, ...rekabete daha açık olan liman bölgelerine bu imkanın bulunmadığı bölgelere göre daha düşük fiyatla satış yapmasının esas itibarıyla 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında olduğu*”nu ifade etmiştir.

Ancak Kurul, takip eden cümlede “*şikâyete konu olan dönemde yapılmış olan uygulamaların LPG'ye uygulanan sübvansiyondan ve sınır ticaretinin yarattığı istisnai piyasa şartlarından kaynaklandığı kanaati ile söz konusu faaliyetlerin ‘hakim durumun kötüye kullanılması’ olarak değerlendirilemeyeceğine*” karar vermiş ve TÜPRAŞ hakkında soruşturma açmamıştır. Karara karşı oy yazan bir üye<sup>171</sup> ise, 6. maddeye giren bir ihlalin varlığı saptanmışken “*sınır ticareti ile LPG'ye uygulanan sübvansiyonların pazar yapısında belirsizliğe ve dengesizliğe yol açtığı, dolayısıyla üretim planlamasında oluşan sıkıntıları aşmak amacıyla belirtilen faaliyetlerin yapıldığı ve bu gerekçelerin haklı ve kabul edilebilir olması*” gibi soyut bir gerekçeye dayanılarak soruşturma açılmamasını eleştirmiştir.

Bu kararda rekabet ihlalinin varlığına rağmen, devlet yardımları (sübvansiyon) gibi bir gerekçe ile TÜPRAŞ hakkında soruşturma açılmamıştır. Kamu kuruluşları tarafından gerçekleştirilen ve rekabet hukuku ve politikası üzerinde olumsuz etkileri olan devlet yardımlarına, çalışmanın kapsamına girdiği ölçüde, değinmek kanımızca isabetlidir.

Devlet yardımları, en basit tanımıyla, devletin kamu teşebbüslerine veya özel teşebbüslere çeşitli yöntemlerle, maddi yönden bir katkı sağlayacak şekilde avantajlar sunmasıdır. Sadece belli bölgeleri kapsayan teşvikler olduğu kadar, yöresel ve bölgesel bir ayırım içermeyen, ülkenin tümünde uygulanabilen teşvikler de bulunmaktadır. Esas itibarıyla korumacı bir politikanın ürünü olan devlet yardımları; genel olarak bir teşebbüsün yeniden yapılandırılması, mali açıdan zor durumdaki bir teşebbüsün durumunun iyileştirilmesi, işlem maliyetlerinin ödenmesinde katkıda bulunulması gibi amaçlarla gerçekleştirilmektedir.<sup>172</sup>

AT hukukunda<sup>173</sup> Roma Antlaşması'nın “*Üye Devletler Tarafından Verilen Yardımlar*” (*Aids Granted by States*) bölüm başlıklı 87. ve 88. maddeleri

<sup>171</sup> Kurul üyesi Murat Gencer karara muhalif kalmıştır.

<sup>172</sup> Craig ve De Burca 2003, s.1138

<sup>173</sup> AT Hukukunda devlet yardımlarının denetimi hakkında bilgi için bkz. ÇETİNKAYA, M. ve AYGÜN, E. (2006), Avrupa Birliği'nde Vergi Aracı Kullanılarak Yapılan Devlet Yardımlarının Kontrolü, Rekabet Dergisi Sayı:26, Ankara; GÜNGÖRDÜ, A. (2006), AB'de Devlet

üye devletler tarafından yapılan devlet yardımlarına ayrılmış ve Komisyon'un denetimine tabi tutulmuştur. Türkiye'de ise ne 4054 sayılı Kanunda devlet yardımlarına ilişkin hiçbir hüküm yer almakta,<sup>174</sup> ne de devlet yardımlarını düzenleyecek ve denetleyecek bir kamu kuruluşu bulunmaktadır.<sup>175 176</sup>

Türkiye'de devlet yardımları birer teşvik olarak, yatırım indirimi, gümrük muafiyeti, enerji desteği, katma değer vergisi ve benzeri vergi, resim ve harç istisnası, Ar-Ge yatırımlarının desteklenmesi, KOBİ'lerin hizmet ve altyapı yatırımlarının desteklenmesi vb. amaçlarla gerçekleştirilmektedir. Temel olarak, Türkiye'de devlet yardımlarından sorumlu olan kamu kuruluşları merkez idareye dahil olan Hazine Müsteşarlığı ve Dış Ticaret Müsteşarlığı ile Türkiye İhracat ve Kredi Bankası (Eximbank)'dır.<sup>177</sup> Yerli ve yabancı yatırımlara devlet yardımları

---

Yardımlarının Kontrolü, De Minimis Kuralının Uygulanması ve KOBİ Grup Muafiyet Tüzüğü'nün Değerlendirilmesi, Rekabet Dergisi Sayı:27, Ankara.

<sup>174</sup> Mevzuat olan Roma Antlaşması'nda devlet yardımları rekabete ilişkin hükümler arasında ele alınmışken, 4054 sayılı Kanunda devlet yardımlarına ilişkin hiçbir maddenin bulunmaması ilginçtir. Kanımızca üye devletlerden oluşması sonucu, tek pazar entegrasyonuna dayalı bir rekabet politikası izleyen Toplulukta, üye devletlerin farklı uygulamaları ile Topluluk düzeyinde rekabeti bozmalarının önüne geçebilmek ve devlet yardımlarını her üye devlet için belli koşullara bağlamak üzere Topluluğunun kurucu antlaşması olan Roma Antlaşması'na devlet yardımlarıyla ilgili maddeler dercedilmiştir. Böylece Komisyon üye devletlerin gerçekleştirdiği devlet yardımlarının rekabet kurallarına uygun olup olmadığını denetleyebilmektedir. Türkiye'de ise tek pazar entegrasyonu gibi bir amacın bulunmaması ve düzenlemelerin ulusal düzeyde kalması karşısında, devlet yardımları 4054 sayılı Kanuna alınmamıştır. Benzer şekilde Sanlı'ya göre devlete yönelik rekabet kurallarının ulusal düzenlemelerde ele alınması anlamsız olup, bu tip bir düzenleme ancak AT hukuku gibi ulus üstü (*supranational*) hukuk düzenlerinde bir anlam ifade eder. Sanlı 2000, s.55, dn.126. (Ulus üstü nitelik hakkında bkz. Sierra 1999, s.145; Faull ve Nikpay 2007, s.625)

<sup>175</sup> OECD'nin "*Competition Policy and Law In Turkey*" adlı raporunda da bu duruma işaret edilmiş ve Türkiye'nin rekabeti bozucu devlet yardımlarını düzenleyecek bir mekanizma kurarak bir an önce 1/95 sayılı Ortaklar Konseyi Kararı uyarınca Gümrük Birliği'ne karşı taahhüt ettiği yükümlülükleri yerine getirmesi gereği ifade edilmektedir. OECD 2005, s.4.

<sup>176</sup> Rekabet perspektifinden ele alınması gereken bu görevin esasen mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde oluşup gelişmesi için kurulan ve konuya ilişkin tecrübe ve bilgi birikimine sahip olan Rekabet Kurumu tarafından yerine getirilmesinin uygun olacağı ifade edilmektedir. KÖKSAL, T. (2001), "Avrupa Birliği Tam Üyelik Sürecinde Türkiye'de Devlet Yardımlarının Hukuki Çerçevesi", Rekabet Dergisi, Sayı:7, Ankara, s.25. Ancak bu görevin "Devlet Yardımları İzleme ve Denetleme Kurumu" adı altında düzenleyici otorite kurulmak suretiyle yerine getirilmesine ve bu konu hakkında hazırlanan kanun teklifi ve tasarılar hakkında bilgi için bkz. ÖZKARABÜBER, M.M. (2003), Avrupa Birliği ve Türkiye'de Devlet Yardımlarının Kontrolü, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:47, Ankara s.62 v.d.

<sup>177</sup> Köksal 2001, s.17. Hazine Müsteşarlığı ve Dış Ticaret Müsteşarlığı, merkezi idare içerisinde yer alan Başbakanlığın birer "bağlı kuruluşu" iken, Türkiye İhracat ve Kredi Bankası ise Başbakanlığın "ilgili kuruluşu"dur. Bu terimler hakkında daha fazla bilgi için bkz. Gözübüyük ve Tan 2004, s.196 v.d.; Gözler 2007, s.127 v.d.

Hazine Müsteşarlığı tarafından; ihracat desteği olarak yapılan devlet yardımları Dış Ticaret Müsteşarlığı tarafından; ihracat kredisi ve sigortası uygulamaları olarak yapılan devlet yardımları ise Türkiye İhracat ve Kredi Bankası tarafından gerçekleştirilmektedir.<sup>178</sup> Ayrıca yatırım teşviki olarak KOBİ'lere, bir kamu bankası olan Halk Bankası tarafından ucuz kredi verilmektedir.<sup>179</sup>

Uygulanan devlet yardımları, hedefledikleri ekonomik, sosyal, siyasi amaçlara ulaşmada kısmen başarılı olsalar da, kaynakların yüksek maliyetli ve verimsiz endüstrilere aktarılmasına neden olmakta ve bunun sonucunda da piyasalarda rekabetin bozulmasına yol açabilerek tüketici refahını olumsuz etkilemektedir.<sup>180</sup> Devlet yardımından yararlanan teşebbüs, yararlanmayana göre bir avantaj kazanmakta, böylece eşit rekabet koşulları ihlal edilebilmektedir. Bu nedenle devlet yardımları, devletin piyasaların işleyişine müdahale ederek gerçekleştirdiği rekabeti bozucu davranışlarına bir örnek teşkil etmektedir.<sup>181</sup>

TÜPRAŞ kararında, devlet yardımlarının varlığı halinde, bundan yararlanan kamu teşebbüsü hakkında rekabet hukuku kurallarının uygulanamayacağına karar verilmiştir.<sup>182</sup> Rekabeti bozucu nitelik taşıyan devlet yardımlarının engellenmesi veya engellenemiyorsa da, belli bir denetime tabi tutulması, merkezi idarenin bu suretle rekabeti bozucu davranışlar

<sup>178</sup> Köksal 2001, s.10-11.

<sup>179</sup> Özkarabüber 2003, s.55.

<sup>180</sup> Köksal 2001, s.5

<sup>181</sup> Çakal, devlet yardımlarının, piyasalarda beraber faaliyet gösteren kamu teşebbüsleri ve özel teşebbüsler arasındaki rekabeti nasıl bozduğunu şu sözler ile ifade ederek serbest, adil ve etkin rekabet açısından, devlet yardımlarının tehlikesine işaret etmiştir: "Hükümetler KİT'leri vergiler ile destekleyerek özel sektördeki rakipleri karşısında kayırmışlar... KİT'lere sübvansiyon, ucuz kredi, kredi garantisi, vergide fon istisnası sağlamışlar, KİT'leri ödenmemiş vergi ve diğer borçları için cezalandırmamışlardır. Kamu ihalelerinde KİT'leri tercih etmişler ve KİT'lerin kamu ve özel tedarik kaynaklarına büyük ölçekte borçlanmasına izin vermişlerdir. Aynı zamanda KİT'lere çoğu kez sübvansiyon ihtiyacını artıran istihdam yaratma ve bölgesel kalkınma gibi ticari olmayan görevler vermişlerdir. KİT'ler... hükümetleri rekabeti daha çok kısımaya ve engellemeye zorlamışlardır." ÇAKAL, R. (1996), Doğal Tekellerde Özelleştirme ve Regülasyon, Devlet Planlama Teşkilatı Uzmanlık Tezi, Devlet Planlama Teşkilatı Yayınları No: 2455, Ankara, s.20-21.

<sup>182</sup> Kurul, başka bir kararında "şikâyet konusu olayın bir devlet yardımı uygulaması olması nedeniyle, değerlendirme yapılırken öncelikle konunun 4054 sayılı Kanun kapsamında olup olmadığı belirlenmesi gerekir... Karar merciinin Bakanlar Kurulu olması, kararın yürütülmesinde ise Hazine ve Denizcilik Müsteşarlıklarının ilgili idareler olarak görevlendirildiği... bu nedenlerle, Bakanlar Kurulu kararının uygulanması ile görevlendirilen kurumların işlemlerinin teşebbüsler arası işlem olarak değerlendirilemeyeceği... anlaşılmaktadır." diyerek devlet yardımlarının idari bir kararlarla verildiğini, bu nedenle Kanun kapsamında olmadığını belirtmiştir. Türkiye Sınai Kalkınma Bankası kararı (29.05.2001, 01-25/241-63)

gerçekleştirmesini azaltacaktır. Kanımızca belli bir düzene ve denetlemeye tabi tutulmaksızın devlet yardımlarının sürdürülmesi, rekabet hukuku uygulamasını aksatacaktır.

### **3.2.2. Yerel İdarelerin Rekabeti Bozucu Davranışları**

Yerel idareler, halkın ortak yerel ihtiyaçlarını karşılamak için kendilerine bağlı iktisadi teşebbüsler kurabileceği gibi, bizzat kendileri de doğrudan hizmet sağlamak suretiyle faaliyet gösterebileceklerdir. Ancak ilgili mal veya hizmet piyasasında bizzat faaliyet gösteren yerel idareler, rekabet hukuku kurallarına aykırı davranışlar içine girdiği takdirde rekabet hukuku uygulaması açısından birtakım sorunlar doğacaktır.

Bir mal veya hizmet piyasasında faaliyet gösteren yerel idarelerin, fiyatın belirlenmesi gibi bu mal veya hizmetin sağlanmasıyla ilgili alacağı kararlar, ekonomik faaliyetten çok bir idari işlem niteliğinde olarak kamusal yetki kullanarak yaptığı bir işlemin sonuçlarını doğuracaktır. Söz konusu işlemin rekabeti bozucu bir sonuç doğurması halinde, Kurul'un önüne gelen olayda, o işlemi yapan yerel idarenin 4054 sayılı Kanun kapsamında ele alınması konusunda ise bir duraksama yaşanabilecektir.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla, Kurul kararlarına yansıyan rekabeti bozucu davranışları gerçekleştiren yerel idareler arasında belediyeler ve büyükşehir belediyeleri başta gelmekte, il özel idaresi ile köy idaresi hakkında ise Kurul kararına rastlanılmamaktadır.

#### **3.2.2.1. Ayvalık Belediyesi Kararı**

Rekabet Kurulu'nun 14.09.2006 tarih ve 06-63/856-246 sayılı kararında Ayvalık Belediyesi'nin, Ayvalık beldesi sınırları içerisinde özel teşebbüsler tarafından verilen tekne turu hizmetlerinin kişi başı ücretlerini belirlediği iddiası incelenmiştir..

Olayda Ayvalık Belediyesi, tekne turu hizmetlerinin "*standartlarının yükselmesi*" gerekçesiyle bir belediye meclisi kararı ile söz konusu hizmetler için teşebbüslerin uygulayacağı fiyatı belirlemiştir. Buna ek olarak, gelecekte fiyat düzenlemelerinin daha iyi şekilde gerçekleştirilebilmesi amacıyla tekne turu hizmeti veren teşebbüslerin "Patrica Tur S.S. Ayvalık Deniz Motorlu Taşıyıcıları Kooperatifi" adı altında kooperatif şeklinde bir örgütlenmeye girdikleri de kararda ifade edilmiştir.

Rekabet Kurulu, kararında tekne turu hizmet ücretlerinin, bizzat bu hizmetleri veren teşebbüsler tarafından değil, Ayvalık Belediyesi Meclisi'nin bir kararı ile belirlendiğini ifade etmiş ve söz konusu yerel idare hakkında soruşturma

açmamıştır. Kurul, bu kararın 4054 sayılı Kanuna aykırı olduğu ve aykırılığın giderilmesini için gerekli işlemlerin yapılması yönünde 4054 sayılı Kanunun 27. maddesi (g) bendi uyarınca Ayvalık Belediye Başkanlığı ve Ayvalık Kaymakamlığı'na görüş bildirmiştir.

Tekne turu hizmeti veren özel teşebbüslerin aralarında böyle bir fiyat belirlemesi halinde durumun büyük olasılıkla 4. maddeye aykırı olacağı açıkken,<sup>183</sup> aynı davranışın bir belediye tarafından gerçekleştirilmesi halinde, belediyenin teşebbüs olmaması sonucu, Kanun kapsamı dışında kalması eşit olmayan sonuçlara yol açmaktadır. Dolayısıyla, bu karardan çıkarabilecek bir sonuç olarak, kamusal yetki kullanılarak yapılan işlemlerin rekabeti bozucu etki doğurması durumunda, 4054 sayılı Kanun karşısında Kurul'un bu duruma yaklaşımı, haklı olarak, ilgili kamu kuruluşuna rekabet ihlaline son verilmesi hususunda 27. maddenin (g) bendi uyarınca görüş bildirmektir.

### 3.2.2.2. Bakacakkadı Belediyesi Kararı

Rekabet Kurulu'nun 12.06.2008 tarih ve 08-39/511-187 sayılı kararında, aldığı bir belediye meclisi kararıyla Bakacakkadı Belediyesi'nin, Bakacakkadı beldesi (Zonguldak) sınırları dışında üretilen ekmeğin, Bakacakkadı beldesinde satışını engellediği iddası incelenmiştir.

Kararda, ekmeğin satışına ilişkin yasaklamanın civar bazı yerel belediyeler tarafından da uygulandığı, bu nedenle Bakacakkadı Beldesinde de bu tür bir uygulamanın yapıldığı iddia edilmiş ve bu durum Kurul tarafından da doğrulanmıştır. Bu gerekçeyle, söz konusu belediye de belde sınırlarında faaliyet göstermek isteyen teşebbüsler için piyasa giriş engeli yaratan bir idari işlem gerçekleştirmiştir.

Kurul, kararda 5393 sayılı Belediye Kanunu'nu değerlendirerek, söz konusu belediyenin bu şekildeki bir işlemi yapmak için yetkisinin bulunup bulunmadığını araştırmıştır. "...görev ve yetkiler incelendiğinde, belediye sınırları dışından ekmeğin tedarik edilmesini önleme uygulamasına kaynaklık edecek bir hüküm bulunmadığı görülmektedir." diyen Kurul, belediyenin böyle

<sup>183</sup> 4054 sayılı Kanunun 4. maddesinde örnek niteliğinde sayılan bendlerin hiçbirinde yer almamasına rağmen, teşebbüslerin bir araya gelerek fiyat tespitinde bulunması, bu tespit amacına ulaşmamış olsa dahi, "per se" adı verilen mutlak bir rekabet hukuku ihlali olduğu doktrinde ifade edilmektedir. Bkz. Aşçıoğlu Öz 2000a, s.27; Aslan 2005, s.198. Fiyat tespitinin "per se" yasak olduğuna ilişkin bir Kurul kararı için bkz. 13.08.2003, 03-55/645-296 sayılı Rekabet Kurulu kararı. "Per se" kavramının rekabetçi etki ve etkinlik iddialarının hepten dinlenmemeleri yönünde bir duruma neden olduğundan hatalı olduğu görüşü için bkz. GÜRKAYNAK, G. (2003), Türk Rekabet Hukuku Uygulaması Açısından 'Hukuk ve İktisat' Perspektifinden 'Amaç' Tartışması, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, s.90, dn.234.

bir işlem yapmak için yetkisi olmadığı sonucuna varmıştır. Ancak Kurul, kararı verirken yaptığı bu yetki araştırmasını esas almamış, onun yerine belediyelerin teşebbüs olup olmadığı hakkında bir değerlendirmede bulunmuştur.

*“Kamu otoritesi niteliğine sahip olmaları nedeniyle anılan madde gereğince teşebbüs sayılmalarına olanak bulunmayan belediyeler tarafından gerçekleştirilen işlem ve eylemler nedeniyle belediyeler hakkında Kanun çerçevesinde bir işlem tesisi”*nin mümkün olmadığını belirten Kurul, söz konusu belediye hakkında herhangi bir işlemin yapılmasına yer olmadığına karar vermiştir. Ayrıca Kurul *“idari organlarca yasal dayanağı bulunmadan gerçekleştirilen rekabeti bozucu uygulamalar hakkında ilgili idari organa ya da bu organın bağlı olduğu üst makamlara görüş bildirme konusunda”* kendisini yetkili görmüş ve Bakacakadı Belde Belediyesi’ne ve diğer belediyelerin de benzer uygulama yaptıkları gerekçesiyle Zonguldak Valiliği’ne görüş bildirmiştir.

Bu kararda, rekabet ihlali gerçekleştirildiği iddiası ile önüne gelen olayda Kurul, meseleyi incelerken belediyenin böyle bir işlem yapmak için yetkisinin olup olmadığına bakmak suretiyle, kanımızca son derece yanlış bir yol izlemiştir.<sup>184</sup> Kurul, bu yetkinin olmadığını tespit ettikten sonra ise belediyenin teşebbüs niteliğini incelemeye geçmiş; belediyeyi 4054 sayılı Kanuna göre bir teşebbüs saymamış,<sup>185</sup> ancak teşebbüs sayması halinde bir işlemin yapıp

<sup>184</sup> İdari işlemin unsurlarından biri olan “yetki”, ilgili idarenin o hukuki işlemi yapmakta kanunen ya da idari düzenlemeler ile yetkili olup olmadığını saptamak üzere idari yargı organlarının somut olayda incelediği bir husustur. Bu niteliği itibarıyla yetki, idari işlemin hukuka uygunluk açısından denetimi sırasında ancak yargı organlarının inceleyebileceği bir unsur olup, Rekabet Kurulu gibi idareye dahil olan bir kamu kuruluşunun diğer bir kamu kuruluşunun yetkisini incelemesinde hukuki isabet bulunmamaktadır. Ancak bu durumdan başka bir tartışma konusu çıkabilir. Acaba 4054 sayılı Kanuna aykırılık, yetki unsuru dahil idari işlemin hukuka uygunluğunun denetimi sırasında bir hukuka aykırılık sebebi olarak göz önüne alınabilir mi? Tan’a göre 4054 sayılı Kanunun teşebbüs ve teşebbüs birliklerine uygulanabileceği ve kamusal organ ve makamların kamusal yetki kullanarak yaptığı işlemlerin bu tanıma dahil edilemeyeceği gerekçeleri sonucu bu soruya olumsuz yanıt verilmelidir. TAN, T. (2004), “Rekabetin Korunmasında Rekabet Kurulu ile Yargı Organlarının Rolü”, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2, İstanbul, s.57. 4054 sayılı Kanunun “süjelerinin” kamu teşebbüsleri ve özel teşebbüsler olduğuna göre, idarenin kamusal yetki kullanarak yaptığı işlemlerin yargısal denetiminde 4054 sayılı Kanunun hukuka uygunluk bloğunun bir parçasını oluşturduğunu söylemenin olanaksız olduğunu ifade eden yazara göre, Kurul’un yetki araştırması yaparak yetkisiz gördüğü hallerde teşebbüsler hakkında yönetmelikte değişiklik yapmasını isteme gibi kararlar alması halinde, idari yargının görev alanına giren bir konuda karar aldığından bu durum “görev gasbı” olarak dahi nitelendirilebilir. Tan 2004, s.56-61. Gürzumar’a göre ise 4054 sayılı Kanun, idari işlemin yargısal denetiminde hukuka uygunluk bloğunun bir parçasını oluşturmaktadır. Gürzumar 2007, s.91.

<sup>185</sup> Rekabet Kurulu’nun 20.02.2003 tarih ve 03-11/126-59 sayılı başka bir kararında, Pınarlı Belediyesi’nin toplu taşıma ücretlerinde yıkıcı fiyat uyguladığı iddiaları karşısında Kurul

yapılamayacağına değinmeyerek “4054 sayılı Kanun çerçevesinde herhangi bir işlem yapılmasına gerek olmadığına” karar vermiştir.

### 3.2.2.3. Hamidiye Su Kararı

Rekabet Kurulu'nun 20.05.2008 tarih ve 08-34/451-158 sayılı kararında İstanbul Büyükşehir Belediyesi'nin, kendisine ait bir belediye iktisadi teşebbüsü olan İstanbul Kültür ve Sanat Ürünleri Ticaret A.Ş., kısa adıyla Kültür A.Ş tarafından işletmecilere kiraya verilen İstanbul Büyükşehir Belediyesi'ne ait büfelerde, yine kendisine ait başka bir teşebbüs olan Hamidiye Kaynak Suları Sanayi ve Ticaret A.Ş., kısa adıyla Hamidiye A.Ş'nin ürettiği suların satılmasının zorunlu kılındığı ve buna uymayan büfeleri kira sözleşmelerinin sonlandırılması suretiyle tehdit ettiği iddiaları incelenmiştir.

Kararda söz konusu belediye iktisadi teşebbüslerinin, pazar paylarının düşük olması ve ilgili ürün pazarında çok sayıda büfe olmasından dolayı, bu uygulamayı kendilerinin değil ancak Büyükşehir Belediyesi'nin yapabilmesi üzerinde durulmuş ve 6. madde açısından da bir inceleme yapılmıştır.

Kurul “...teşebbüsün bağlama içeren bir anlaşmayı aynı kurullarla işletilen bir alıcı teşebbüse kabul ettirebilmesi, sağlayıcı teşebbüs önemli bir pazar gücüne sahip olmadıkça” mümkün olmadığını belirttikten sonra “sağlayıcı durumundaki Kültür A.Ş.'nin bu eylemde kendi pazar gücüne değil İstanbul Büyükşehir Belediyesi'nin idari iradesine dayanmakta olduğu açıktır.” demiştir. Böylece rekabeti bozucu davranışın aslında belediyeye bağlı bir teşebbüs tarafından değil de bizzat büyükşehir belediyesi gibi “bir kamu otoritesinin iradesi” ile gerçekleştirildiği vurgulanmıştır.

Sonuç olarak, gerçekleşen davranışın münhasırlık niteliği taşıdığından 4054 sayılı Kanununun 4. maddesine aykırı olduğuna ve münhasırlığın süresiz olarak öngörülmesi sonucu 5. maddeye göre de herhangi bir muafiyet verilemeyeceğine oybirliği ile karar vermiştir. Ancak buna rağmen “pazarda uygulamasının fiilen başlayıp başlamadığı belli olmadığı” gerekçesi ile Kurul,

---

“Belediyenin 4054 sayılı Kanun 3.maddesi anlamında bir teşebbüs olmaması dikkate alınarak, iddialara yönelik bir araştırma yapılmasına ve soruşturma açılmasına yer olmadığına” karar vermiştir. Bkz. dn. 280 Buradan hareketle, Rekabet Kurulu'nun belediyeleri, teşebbüs olarak kabul etmeme hususundan bir içtihadı olduğu düşünülebilir. Ancak ASKİ kararında (13.03.2001, 01-12/114-29), Kurul tam aksi yönde “Merkezi veya yerel kamu idarelerinin kendilerinin ekonomik faaliyette bulunmaları durumunda teşebbüs kabul edilip edilmeyecekleri hususunda, kamu otoritelerinin kamu yetkisini kullanarak yapmış olduğu işlemleri ayırık tutarak, ayrı bir tüzel kişilik olmasa dahi sürdürülen ekonomik faaliyetler bakımından kamu idarelerinin teşebbüs olarak kabul edilmesi gerekir.” ibarelerine yer vermiştir. Kanımızca “kamu idareleri” ibaresi ile belediyeyi kasteden Kurul, belediyeyi teşebbüs saydığı bu görüşünden Pınarlı Belediyesi ve Bakacaklı Belediyesi kararları ile dönmüştür.

4054 sayılı Kanununun 9. maddesi uyarınca münhasırlık uygulamasının kaldırılmasına ilişkin bir görüş yazısı göndermekten başka, herhangi bir işlem yapmamıştır.

Bu kararda, İstanbul Büyükşehir Belediyesi'nin teşebbüs niteliği tartışılmamış, yukarıdaki iki karardaki gibi teşebbüs sayılmama nedeniyle işlem yapılmaması yoluna da gidilmemiş, onun yerine, belediye iktisadi teşebbüsü davranışının rekabeti bozucu nitelikte olduğu ve bu uygulamanın ancak bir büyükşehir belediyesinin otoritesi ile gerçekleştirilebileceği saptandıktan sonra, “münhasırlığının başlayıp başlamadığının belli olmaması” gibi ilginç bir gerekçeyle her iki kamu kuruluşu hakkında herhangi bir işlem yapılmamıştır. Bu durum Kurul'un kamu kuruluşlarının rekabet ihlali durumlarında, çekinliğini üzerinden atamaması olarak değerlendirilebilir.<sup>186</sup>

### **3.2.3. Kamu Kurumlarının Rekabeti Bozucu Davranışları**

#### **3.2.3.1. Klasik Kamu Kurumlarının Rekabeti Bozucu Davranışları**

Klasik kamu kurumları piyasalarda bizzat mal veya hizmet satan teşebbüsler olmasa da, gerçekleştirdikleri davranışlar tıpkı böyle bir teşebbüsün davranışları şeklinde olabilir. Bunlar hakkında verdiği kararlarında genellikle Kurul, kamu kurumlarının rekabeti bozucu davranışlarını incelerken, söz konusu kuruluşların hukuki niteliklerinden çok, somut olayda gerçekleşen davranışın ekonomik bir faaliyet (teşebbüs faaliyeti) olup olmadığını incelemektedir.

##### **3.2.3.1.1. SSK Kararı**

Rekabet Kurulu'nun 27.05.2003 tarih ve 03-35/416-182 sayılı kararında ilaç alımlarına yönelik bazı düzenlemeleri ile Sosyal Sigortalar Kurumu'nun (SSK) 4054 sayılı Kanununun 4. ve 6. maddelerini ihlal ettiği iddiaları incelenmiştir.

Kararda SSK'nın; sosyal bir işlev yerine getirdiği, yürüttüğü sigorta ve sağlık hizmetlerinin ekonomik faaliyetler olmadığı, bu hizmetlerin yerine getirilebilmesi açısından yapılan ilaç alımlarının “teşebbüs davranışı sayılamayacağı” ifade edilmiştir.

Kurul, SSK'nın yürüttüğü sigorta ve sağlık hizmetlerinin sosyal nitelikli olduğu ve ekonomik faaliyet sayılamayacağı, SSK'nın ilaç alımlarına yönelik düzenlemeler getirmesinin 4054 sayılı Kanun kapsamında bir “teşebbüs davranışı olmadığı” gerekçeleriyle, SSK'nın düzenlemelerinin 4. ve 6. maddeler

---

<sup>186</sup> Aslan 2005, s.78

kapsamına girmediğine, bu nedenle hakkında “önaraştırma yapılmasına veya soruşturma açılmasına yer olmadığına” karar vermiştir.<sup>187 188</sup>

ATAD bir kararında<sup>189</sup> sosyal güvenlik kuruluşlarının toplumsal bir işlev yerine getirmeleri ve bunun bir ekonomik faaliyet olmaması sonucu, rekabet kuralları anlamında teşebbüs sayılamayacaklarına karar vererek, Kurul ile benzer bir yaklaşım sergilemiştir.

### 3.2.3.1.2. TSE Kararı

Rekabet Kurulu’nun 08.03.2002 tarih ve 02-13/126-53 sayılı kararında Türk Standartları Enstitüsü’nün (TSE); “TSE” ve “TSEK” garanti markalarını kullanan teşebbüslerin, bu markanın üzerine konulduğu ürünlerin satışından elde edilen cironun belirli bir oranını marka kullanım ücreti olarak aldığı ve yurt içi üretici ve yurt dışından ithal edici şirketler arasında farklı ücretlendirme yoluyla ayrımcılık yaptığı iddiaları incelenmiştir.

Kurul “Belgelendirme faaliyetleri yurt içinde ve dışında serbest ticaret ve rekabet ortamında yürütülen ticari faaliyetlerdir.” dedikten sonra “Her iki piyasanın birbirinden ayrı olduğunu, farklı rekabet koşullarının mevcut bulunduğunu” vurgulanmıştır. Kararda tartışılan husus ise bir kamu kuruluşu olan TSE’nin yaptığı faaliyetin, ekonomik bir faaliyet olup olmadığıdır.

<sup>187</sup> Benzer şekilde Kurul, diğer bir sosyal güvenlik kurumu olan Emekli Sandığı ile ilgili verdiği kararda, hemen hemen aynı gerekçelerle Emekli Sandığı’nın sigorta hizmeti ve ilaç bedeli geri ödemesine ilişkin referans fiyat uygulamasını ekonomik faaliyet olarak görmemiş ve söz konusu kamu kurumunu teşebbüs saymamıştır. Emekli Sandığı kararı (19.06.2003, 03-44/501-221)

<sup>188</sup> Bu kararında Kurul, kamu ihalelerinin denetiminde 4054 sayılı Kanunun uygulanıp uygulanmayacağına da değinmemiştir. Ancak 4734 sayılı Kamu İhale Kanun’un “Temel İlkeler” başlıklı 5. maddesinin 1. fıkrasına göre “İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur.” 41/269-19 sayılı Kamu İhalesi (Data Teknik) kararında ise Kurul, kamu ihalelerindeki rekabet ilkesinin, 4054 sayılı Kanun karşısında durumunu incelerken “Öncelikle, 4054 sayılı RKHK’un kamu alımlarını kapsamadığı belirtilmelidir. Dolayısıyla, kamu kuruluşlarının ihalelerinde ortaya çıkabilecek rekabet ihlallerine yönelik olarak dayanağını 4054 sayılı Kanundan alan herhangi bir işlem yapma olanağı” olmadığını belirterek kamu ihalelerini 4054 sayılı Kanun kapsamı dışında tutmuştur. Tan’a göre, Kurul’un bu değerlendirmenin, yargı organlarının yetkisinde olduğunu mu, yoksa kamusal düzenlemenin 4054 sayılı Kanun kapsamına girmediğini mi anlatmak istediği açık değildir. Tan 2000, s.15. Kamu ihalelerinden sonra oluşan durumun denetimi yetkisinin Rekabet Kurulu’na ait olduğu bir karar ve bu kararın eleştirisi için bkz. Aslan 2005, s.270-271.

<sup>189</sup> *Joined Cases Christian Poucet v. Assurances Générales de France and Caisse Mutuelle Regionale du Lanquedoc- Roussillon C-159/91 and Daniel Pistre v. Caisse Autonome Nationale de Compensation de l' Assurance Vieillesse des Artisans C-160/91 [1993] ECR at I-637*

Burada Kurul, “TSE tarafından bir bedel karşılığında yapılan belgelendirme hizmeti iktisadi bir faaliyettir” diyerek, TSE’nin ürün ve sistem belgelendirme faaliyetlerinin ekonomik faaliyet olduğuna karar vermiş ve bu faaliyetleri nedeniyle TSE’nin teşebbüs olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatine varmıştır.<sup>190</sup> Böylece ekonomik faaliyetin varlığı halinde Kurul’un, kamu kurumlarını teşebbüs sayma eğiliminde olduğu görülmektedir.<sup>191 192</sup> Kanımızca bu yaklaşım 4054 sayılı Kanunla da uyumludur. Zira 2. maddenin gerekçesinde “Kanun ekonomik faaliyette bulunan her teşebbüse uygulanmalıdır. Teşebbüslerin kamu kurumlarına veya özel kişilere ait olmasının bir önemi” olmadığı ifade edilmiştir.

### 3.2.3.2. Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşlarının Rekabeti Bozucu Davranışları

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, profesyonel yeterliliğe ve meslek için gereken vasıflara ilişkin standartların belirlenmesine; buna ek olarak meslekteki rekabet şartlarını etkileyen; fiyata, piyasaya girişe ve reklama ilişkin olmak üzere iki temel düzenleme yapmaktadırlar. Ancak hizmet kalitesinin temini ve mesleki yeterlilik düzeyinin yüksek tutulması gibi amaçlar, bazı hallerde iktisadi etkinliğin kısıtlanarak rekabetin bozulması gibi arzu edilmeyen yan etkiler

<sup>190</sup> Selçuk, TSE’nin uygunluk belgelerinin belirli bir ücret karşılığı verilmesi faaliyetlerinin Kanununun 3. maddesinde yer alan ‘hizmet’ tanımına uygun olması sonucu Kurul’un, TSE’nin teşebbüs sayılması gerektiği sonucuna ulaştığını ileri sürmüştür. Selçuk 2004, s.80-82.

<sup>191</sup> Benzer şekilde TFF & TeleOn kararında, hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte kanımızca bir kamu kurumu olmaya daha yakın olan Türkiye Futbol Federasyonu’nun (TFF), TeleOn ile Türkiye 1. Profesyonel Futbol Ligi maçlarının yayın haklarına ilişkin yaptığı sözleşmenin 4054 sayılı Kanununun 4. maddesine aykırı olduğu iddiaları incelenmiştir. Raportörlerce “TFF’nin yürüttüğü faaliyet açısından kamusal yetkiler kullandığını, futbol maçlarına ilişkin yaptığı düzenlemenin ve bu düzenleme çerçevesinde tek bir yayıncı belirlemesinin; bir kamu otoritesince bir piyasanın düzenlenmesi niteliğinde işlem tesis etmesi niteliği taşıdığı” ifade edilerek “... bir teşebbüs faaliyetinde bulunmayan TFF’nin bu işleminin 4054 sayılı Kanun kapsamında sayılamayacağı” belirtilmiştir. Ancak Kurul, kararında “TFF ekonomik nitelik taşıyan faaliyetleri dolayısıyla bir teşebbüs olarak kabul edilmektedir.” diyerek TFF’nin bir teşebbüs olduğuna karar verilmiştir. (06.02.2001, 01-07/62-19) Sonraki tarihli TFF & Digitürk kararında ise TFF’nin teşebbüs olup olmadığı ile ilgili bir değerlendirme yapılmamış, hatta TeleOn kararının aksine, yayın haklarının devrine ilişkin sözleşmenin “idari bir işlem olan Yayın Talimatı’na dayandığı” ve Kanunun kapsamında olmadığı ileri sürülmüştür. Daha fazla bilgi için bkz. dn. [251](#)

<sup>192</sup> AT hukukunda Komisyon’un verdiği bir kararda, reklam ve televizyon yayın hakları konusunda anlaşmalar yapmak suretiyle ekonomik faaliyette bulunduğu ifade edilen *Federation Internationale de Football Association (FIFA)* 81. madde anlamında bir teşebbüs olarak kabul edilmiştir. *World Cup Tickets OJ. L.136/31 [1992]*

de doğurabilir.<sup>193</sup> Özellikle fiyat tespiti gibi yetkilerinin bulunması sonucu rekabet hukukuna aykırı bir faaliyet içine girmeleri kaçınılmaz olacaktır.<sup>194</sup>

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, üyeler açısından bağlayıcı olan asgari ücret tarifeleri hazırlaması, mesleğin icra şekline yönelik sınırlamalar ile reklam yasakları, ülkemizde en fazla rastlanan rekabet kısıtlamalarıdır.<sup>195</sup> Söz konusu kuruluşlar mesleğe yeni başlayanlar için ruhsat, staj, sınav vb. yükümlülükler ile piyasaya giriş engeli yarattıkları kadar, mesleğini icra etmeye başlamış meslek mensupları için de çeşitli sınırlamalar getirmiş, örneğin meslek mensuplarının kendi reklamlarını yapmasını ya tamamen yasaklamış ya da sıkı şekil şartlarına bağlamıştır.<sup>196</sup> Ancak en önemli ve

<sup>193</sup> Özden 2004, s.9.

<sup>194</sup> Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının rekabet hukuku uygulamalarına tabi olduklarında ilk olarak dile getirdikleri savunma noktası kendilerinin kamu hizmeti yapan kamu kurumları oldukları ve bu nedenle rekabet hukuku uygulamasından muaf oldukları hususudur. Özden 2004, s.8. Ancak bunların kamu yararı mı yaptığı, yoksa kendilerine üye olanların menfaatlerini mi koruduğu tartışılmaktadır. Carroll ve Gaston, mesleki sınırlamaların kalitenin üzerindeki etkilerini başta elektrik teknisyenleri, diş hekimleri, musluk tesisatçıları olmak üzere çeşitli meslekler açısından ampirik olarak incelemiş ve getirilen sınırlamaların aslında kaliteyi artırmadığını, bunun yerine meslek mensuplarının sayısını azaltarak aslında kaliteyi düşürdüğü sonucuna varmıştır. Yazarlara göre, sınırlamaların kaliteyi artırmak için getirildiği iddiası sonucu “kişisel çıkar”, “kamu yararı” olarak haklı gösterilmeye çalışılmaktadır. CARROLL, S. L. ve GASTON, R. J. (1981), “Occupational Restrictions and Quality of Service Received: Some Evidence”, Southern Economic Journal, Vol.47, No.4.

<sup>195</sup> Özden 2004, s.57.

<sup>196</sup> Ancak reklamlara ilişkin getirilen bu kısıtlamaların mesleki ahlak ve yetkinliğin korunması amacına mı hizmet ettiği yoksa tam tersine salt meslek mensuplarının menfaatlerini mi korumaya yönelik olduğu tartışılabilir. Bu kısıtlamaların iktisadi bir mantığının olmaması halinde kaldırılmasının, bu hizmetlere ilişkin pazarların rekabetçi bir yapıya ulaştırıp ulaştırmadığı hususunda bir etkisinin olup olmadığı incelenmelidir. Bu bağlamda, ABD’de serbest mesleklere ilişkin reklam yasakları kaldırıldıktan sonra fiyatların (ücretlerin) düştüğü, bazı serbest meslek faaliyetlerine örneğin avukatlık hizmetlerine olan talebin arttığı ve hizmet sağlayıcılarının sayısında da bir artış olduğu tespit edilmiştir. Özden 2004, s.20. OECD tarafından avukatlık mesleğinde reklam yapmanın fiyat ve kalite üzerindeki etkileriyle ilgili yapılan bir çalışmada, düşük hizmet ücretlerini reklamlarla kamuya duyuran bir hukuk firmasının, hizmet kalitesinde herhangi bir düşüş olmadığı ortaya konmuş, ayrıca reklam sayesinde iş hacmini artırarak müşteri başına sabit maliyetlerini azaltan söz konusu firmanın, bu düşüşü fiyatlarına yansıttığı ve kaliteden ödün vermeksizin daha düşük ücretle hizmet verebildiği tespiti yapılmıştır. Aynı konuda ELÇİN, S. (2006), “Profesyonel Hizmet Faaliyetleri ve Rekabet Hukuku Uygulamaları Dünya Örnekleri”, Rekabet Dergisi Sayı: 25, Ankara, s.37. Aynı konuda ABD’de, rekabet otoritelerinden biri olan Federal Ticaret Komisyonu uzmanlarınca yapılan bir çalışmada, hizmet fiyatlarının, reklam yasağı bulunan şehirlerde nispeten yüksek olduğu ortaya konulmuştur. Elçin 2006, s.37.

uygulamada en çok karşılaşılan rekabet kısıtlaması ise asgari ücretler ile ilgilidir.<sup>197</sup>

Meslek mensuplarının, verdiği hizmetin karşılığı olarak alması gereken asgari ücret miktarını belirleme yetkisi, kuruluş kanunları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına verilmiş bir yetki olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>198</sup> Nitekim bunlar da bu yetkilerini asgari ücret tarifeleri şeklinde, ilgili hizmetlerden alınması zorunlu en az ücretleri gösteren tarifeler yayınlamaktadırlar. Fiyat tespitini yasaklayan 4054 sayılı Kanun hükümlerine rağmen bu uygulamaların hala devam ettirilmesinin makul bir izahı olamaz.<sup>199</sup>

### 3.2.3.2.1. TMMOB Kararı

Rekabet Kurulu'nun 22.01.2002 tarih ve 02-04/40-21 sayılı kararında Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği (TMMOB) tarafından kendi birliklerine bağlı meslek odalarının ve TMMOB üyesi olan Şehir Plancıları Odası tarafından da kendisine bağlı şehir plancılarının verdiği hizmetlerin asgari ücret tarifelerini belirlediği iddiaları incelenmiştir.

Kurul, TMMOB'nin bir kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olduğunu belirttiikten sonra rekabet ihlaline yol açan uygulamanın yasal dayanağını araştırma yoluna gitmiştir. TMMOB'un çıkardığı "TMMOB Asgari Ücret ve Çizim Standartları Tespit Komisyonu ve Kontrol Bürolarının Kurulmasına İlişkin Yönetmelik"<sup>200</sup> 5. maddesinde söz konusu Komisyonun görevleri arasında "Mimarlık ve mühendislik hizmetlerine ilişkin uygulamaları incelemek, diğer kamu kuruluşlarının çalışmalarından da yararlanarak birim fiyat ve asgari ücret tespitinde bulunmak" hükmü yer almakta; 12. maddede ise hizmetler karşılığı alınan ücretlerin "odalarca belirtilen asgari ücretten aşağı olamayacağı" belirtilmektedir.<sup>201</sup>

<sup>197</sup> Rekabet Kurumu (2000), 2.Yıllık Rapor, Ankara, s.24

<sup>198</sup> Aslan'a göre, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına kanunla verilmiş bir yetki olan asgari ücret tarifeleri hazırlama yetkisinin, rekabeti sınırlayıcı olmasına rağmen TBMM tarafından verilmesi sonucu, Kurul tarafından denetlenmesinin söz konusu olmayacaktır. Aslan 2005, s.170.

<sup>199</sup> Topçuoğlu 2001, s.219.

<sup>200</sup> 24.06.1981 tarihli ve 17410 sayılı RG

<sup>201</sup> Bu yönetmeliğe ek olarak, kararda yine TMMOB'nin çıkardığı "Mimarlık Mühendislik Hizmetleri ve Asgari Ücret-Asgari Çizim ve Düzenleme Esasları Yönetmeliği", "Serbest Mühendislik ve Mimarlık Hizmetleri Asgari Ücret Yönetmeliği" ile "TMMOB Şehir Plancıları Odası Serbest Şehircilik Hizmetleri Büro Tescil, Mesleki Denetim ve En Az Ücret Yönetmeliği" de incelenmiş, benzer şekilde bunlarda da uyulması zorunlu asgari ücret belirleme yetkisinin bulunduğuna değinilmiştir.

TMMOB, savunmasında asgari ücret tarifesi haklı göstermek için “ülkemizde, belirli hizmet alanlarında sosyal hukuk devleti ilkesine uygun olarak kişi ve kuruluşların mağduriyetinin önüne geçmek için ‘asgari’ sınırlar çizilir. Serbest çalışan üyelerimizin alacakları ücretin emek, tecrübe, bilgi, deneyim ışığında üretilen bir hizmet karşılığı olması... mesleki gelişimin sağlanabilmesi... teknolojik ve mesleki gelişmelerin takip edilerek ülke yararına sunulabilmesi, nitelikli hizmet üretilerek kamu yararına uygun hizmet elde edilebilmesi için asgari ücretin belirlenmesi” gerektiğini ifade etmiştir. “...fiyatın aşağıya çekilmesinin ancak kaliteden vazgeçilmesiyle sağlanabileceğini” savunan TMMOB, hizmet kalitesinin devam ettirilebilmesi için fiyatın belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir.

Bu yönetmelikler ve TMMOB’in savunması karşısında, serbest meslek faaliyetlerindeki durumu değerlendiren Kurul ise; söz konusu faaliyetlerin rekabet içinde yapılması gerektiğini, rekabetin hizmet kalitesi üzerinden yapılabileceğini, kalitenin korunması için asgari bir ücretin tespit edilmesi görüşüne katılmadığını,<sup>202</sup> fiyat tespitinin rekabet kurallarını ağır bir şekilde ihlal ettiğini ve pazara giriş ile mesleki gelişmeyi engellediğini ifade etmiştir.<sup>203</sup> Bunlara ek olarak Kurul “Meslek örgütlerinin mesleği ve meslek mensuplarını korumaya ve geliştirmeye yönelik belli düzeyde düzenlemelerde bulunabilmeleri”nin doğal olduğunu ancak “Serbest meslek örgütlerinin mesleği korumaya ve meslek ahlakına yönelik uygulamalarının çoğu rekabeti sınırlayıcı olup sadece üyelerinin çıkarlarını korumaya” yönelik olduğunu ifade etmiştir. Böylece Kurul, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kamu hizmeti mi yaptığı yoksa üyelerinin menfaati mi koruduğu tartışmasında kendi görüşünü dile getirmiştir.

Kararın sonuç bölümünde, TMMOB’in aslında yasal dayanağı olmadan, yönetmelikler ile bazı hizmetler için asgari ücret tarifesi belirlenmesinin, 4054 sayılı Kanunun 4. maddesine aykırı olduğuna ve 56. maddesine göre geçersiz

<sup>202</sup> Karşılaştırmalı hukuktan benzer bir uygulama için kararda, İtalyan Rekabet Kurumu’nun önüne gelen bir olaya yer verilmiştir. Söz konusu Kurum, apartman binası profesyonel idare hizmetleri birliği hakkında verdiği kararında, asgari fiyat belirlenmesinin belirli bir hizmet kalitesinin yakalanması açısından kaçınılmaz olduğu yönündeki savunmayı inandırıcı bulmayarak, bu eylemi rekabet ihlali olarak değerlendirmiştir. ibid s.25

<sup>203</sup> Kurul kararda, ATAD’ın benzer kararlarına da değinmiştir. Örneğin *Commission v. Italy Case C-35/96 [1998] ECR I-3851* kararında Komisyon, İspanya’da faaliyet gösteren, görevleri patent ofisi işlemlerinde müşterilerini temsil etmek olan serbest sınaî mülkiyet acentelerinin oluşturduğu kamu kurumu niteliğinde bir meslek birliği olan *Coapi*’nin, üyelerinin uygulayacağı asgari ücret tarifelerini belirlemesi karşısında, kanunla kendisine fiyat belirleme yetkisinin verildiği, dolayısıyla bunu yaparken kamu gücünü kullandığı yönündeki itirazlarını kabul etmeyerek, 81. madde kapsamında rekabet ihlali olduğuna karar vermiştir. ibid s.21

olduğuna oybirliği ile; rekabeti bozucu bu davranıştan dolayı da idari para cezası verilmesine ve TMMOB'nin söz konusu karar ve uygulamalarına son vermesine oyçokluğu ile karar vermiştir.

Karar; bir kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluğu hakkında, rekabetin fiyat tespiti yoluyla ihlal edildiği iddiasıyla açılan ilk soruşturma olmasından ve ilk kez söz konusu kuruluşlar hakkında bir idari para cezası verildiğinden dolayı, profesyonel mesleklerin rekabete ağılmasında bir dönüm noktasıdır.<sup>204</sup>

Esasen Kurul'un, birbiri ardına verdiği Türkiye Barolar Birliği hakkında 03-73/876 (a)-374 sayılı, Türkiye Diş Hekimleri Birliği hakkında 03-73/876 (b)-375 sayılı, Türk Tabipler Birliği hakkında 03-73/876 (c)-376 sayılı,<sup>205</sup> TMMOB hakkında 03-73/876 (d)-377 sayılı<sup>206</sup> ve Türkiye Serbest Muhasebeci Mâli Müşavirler ve Yeminli Mâli Müşavirler Odaları Birliği hakkında 03-73/876 (e)-378 sayılı kararlarında<sup>207</sup> da asgari ücret tarifelerinin rekabeti bozucu nitelikte

<sup>204</sup> Özden 2004, s.63-64.

<sup>205</sup> Bu kararda, TTB'nin düzenlediği asgari ücret tarifesinin rekabeti bozucu olduğu iddiası sonucu daha önceden hakkında verilen 30.10.2003 tarih ve 03-70/851-369 sayılı karar ile şikâyet konusunun karara bağlandığı ve bu durum karşısında "4054 sayılı Kanun kapsamında başkaca yapılacak bir işlem bulunmadığına" karar vermiştir. 03-70/851-369 sayılı bu kararda (TTB (I) kararı) Kurul, TTB'nin düzenlediği asgari ücret tarifesinin 4054 sayılı Kanunun 4. maddesine aykırı olduğunu belirtmiş, ancak 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu ile ücret belirlemeye yetkili olduğu karşısında, TMMOB kararının aksine, söz konusu kamu kuruluşuna herhangi bir idari para cezası vermeyerek sadece "6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu ile 4054 sayılı Kanun arasındaki ihtilafın, özel muayene ve tahlil hizmetleri asgari tarifesi yerine rehber bir tarifenin tespitine ilişkin olarak 6023 sayılı Kanun'da yapılacak bir değişiklik ile giderilmesinin mümkün olduğu yönünde yasal düzenleme değişikliği talebi ile TBMM, Başbakanlık ve ilgili Bakanlık"a 4054 sayılı Kanunun 27 maddesinin (g) bendi çerçevesinde görüş bildirilmesine karar vermiştir.

<sup>206</sup> Bu kararda, yukarıda adı geöen TMMOB ile ilgili 02-04/40-21 sayılı kararda şikâyet konusunun karara bağlandığı ve bu nedenle de, bu karar aöısından "4054 sayılı Kanun kapsamında başkaca yapılacak bir işlem bulunmadığına" karar vermiştir. TMMOB'nin mimarlık hizmetlerinin asgari ücretlerini belirleme uygulamasına karşı Kurul'a daha sonra da benzer şikâyetlerde bulunulmuş, bu bağlamda Kurul'un yeni tarihli bir kararında TMMOB'nin yukarıda adı geöen yönetmelikleri hakkında Danıştay 13. Dairesi tarafından verilen kararın temyiz sürecinin, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu nezdinde devam ettiği belirtilerek "şikâyet konusu ile ilgili olarak, bu aşamada işlem yapılmasına gerek bulunmadığına" karar verilmiştir. TMMOB (III) kararı (22.04.2009, 09-17/384-92) Bu dava süreci için ayrıca bkz. bölüm 3.2.4.2.3

<sup>207</sup> Bu kararda asgari ücret tarifelerinin rekabeti sınırlayıcı etkileri olduğu vurgulanmasına karşın, 22.01.2002 tarih ve 02-03/35-16 sayılı başka bir kararda söz konusu birliğin (TÜRMOB), asgari ücret tarifesi belirlememesi sonucu meslek mensupları arasında haksız rekabet yarattığına ve asgari ücret tarifesinin uygulanmamasının aslında 4054 sayılı Kanuna aykırı olduğu

olduğu iddiasıyla şikâyette bulunulmuş ancak Kurul, TMMOB kararından farklı bir şekilde, bu kararların hiçbirinde ilgili kuruluşa idari para cezası vermemiş; “tarife belirleme yetkisinin 4054 sayılı Kanun'a aykırı olduğu ve anılan uygulamanın rekabeti sınırlayıcı etkilerinin” olduğunu vurgulayarak “4054 sayılı Kanun'un 27 (g) ve 30 (f) maddeleri çerçevesinde ilgili süreç işletilerek yasal düzenleme değişikliği talebi ile TBMM, Başbakanlık ve ilgili Bakanlık nezdinde girişimlerde bulunulmasına” karar vermiştir.

Bu uygulamaların artık iktisadi hayatın rekabet boyutunu düzenleyen 4054 sayılı Kanunun 4. maddesindeki yasak faaliyetlerden fiyat tespiti çerçevesine girdiği, dolayısıyla da sona erdirilmesi gerektiği açıktır.<sup>208</sup> Kararda AT'nin serbest mesleklerde, hem serbest meslek sahipleri ile tüketicilerin yararını gözeten, hem de gelişmeyi sağlayan bir rekabet politikası oluşturmaya çalıştığı vurgulanmıştır.<sup>209</sup> Son yıllarda özellikle AB veya OECD üyesi ülkelerde serbest meslek faaliyetlerine rekabet hukuku kurallarının uygulanması konusunda büyük değişimler yaşandığı görülmektedir.<sup>210</sup>

Buna bağlı olarak rekabetin, serbest meslek ahlakı ile bağdaşmadığına dair, eskiden kalmış görüşün<sup>211</sup> de terk edilmesi gerekmektedir. Sanıldığı gibi aksine, rekabetin etkin hale gelmesi ile birlikte tüketiciler, serbest mesleklerden daha kaliteli ve daha düşük fiyatla yararlanabileceklerdir. Rekabetin varlığı halinde mesleğini en iyi yapanlar ile vasat bir performansla yapanlar arasındaki fark ortaya çıkacak; mevcut durumun aksine her ikisi de farklı kalitedeki hizmet için aynı veya benzer bir ücreti almayıp, mesleğini daha iyi icra eden daha yüksek, yetersiz bir şekilde icra eden ise daha düşük ücret alarak her ikisi de aslında hak ettiği ücreti alacaktır.<sup>212</sup>

---

gereğesiyle şikâyette bulunularak birbirine zıt ilginç bir durum yaşanmıştır. Yayımlanmamış bu kararın özeti için bkz. Rekabet Dergisi (2002), Sayı:9, Ankara s.86.

<sup>208</sup> Topçuoğlu 2001, s.122.

<sup>209</sup> ibid s.20-21.

<sup>210</sup> Elçin 2006, s.51.

<sup>211</sup> Özden eserinde, serbest mesleklerde fiyat rekabeti yapmanın çoğunlukla ahlak dışı bir davranış olarak değerlendirildiğine dair bir görüşe yer vererek bu görüşü eleştirmiştir. Özden 2004, s.19.

<sup>212</sup> Asgari ücret tarifesinin bir kalite düzeyi sağlaması bir yana, hangi kalitede olursa olsun kim tarafından yapılırsa yapılsın, aynı ücretin alınması zorunluluğu karşısında, en iyi şekilde hizmeti sunan serbest meslek mensupları, aslında hak ettikleri ücretleri alamayacak ve uzun vadede pazarı terk etmek zorunda kalacaktır. Kanımızca bu durum Nobel ödüllü iktisatçı Akerlof'un “The Market for Lemons” adlı makalesinde ileri sürülen duruma benzemektedir. Bu makalede yazar, kalitesiz malların (lemons) kaliteli malları zamanla piyasa dışına iteceğini belirtirken; tüketicilerin tam bir bilgi sahibi olmamalarının yarattığı bir durum olarak malın kalitesini anlayamamaları ve satıcıya da güvenmemelerinin, aslında kaliteli olan bir mala dahi kalitesiz mal gözüyle bakıp daha düşük fiyat vermelerine neden olduğuna, bu yüzden de satıcıların pazara

### 3.2.3.2.2. TBB Kararı

Rekabet Kurulu'nun 01.08.2002 tarih ve 02-46/563-229 sayılı kararında finansal hizmetler piyasasında yürütülen bankacılık hizmetlerinin fiyatlandırılmasına dair Türkiye Bankalar Birliği (TBB) tarafından verilen bir kararın Kanununun 4. maddesine aykırı olduğu iddiası incelenmiştir.

TBB savunmasında, bu uygulamanın nedenlerini “...finansal krizler sonrası bankacılıkta pek önem verilmeyen maliyet ve bankacılık hizmetlerinin fiyatlanması konusunun önem kazanması, bu hizmetlerin ücretlendirilmesine tüm bankaların aynı önemi vermemesi sonucu oluşan farklılıklardan doğan müşteri şikâyetlerinin olması, fiyatlandırmada asgari bir düzeyin tespit edilmesinin sorunların aşılmasında yararlı olması, bankalarca sağlanan bu hizmetlerin bir maliyeti olmasına karşın bu maliyetlerin kimi bankalarca müşterilere yansıtılmamasının bankalar arasında haksız rekabet yaratması” olarak ifade etmiştir.

Kurul yaptığı değerlendirmede TBB Yönetim Kurulu tarafından, bankaların vadesiz mevduat hesaplarının açılması ve izlenmesi nedeniyle oluşan maliyetlerin müşterilere yansıtılması için asgari ücretleri gösterecek şekilde alınmış bir karar olduğunu saptamış, ancak bunun bağlayıcı değil, tavsiye niteliğinde olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca Kurul, teşebbüs birliği kararı özelliğini taşıyan bu kararın rekabeti sınırlayıcı amaç veya etkiye sahip olmadığını belirtmiş, ancak “tavsiye mahiyetinde dahi olsa bankalara bu şekilde bir bildirimde bulunulamayacağı hususunda TBB'nin bilgilendirilmesine” karar vermiştir.

Buna ek olarak Kurul, TBB'ye bir de yükümlülük getirerek “daha önce bankalara bildirilen... Türkiye Bankalar Birliği Yönetim Kurulu kararı uyarınca işlem yapılmaması ve her bankanın bankacılık hizmet bedellerini serbest piyasa koşullarında kendilerinin serbestçe tayin edebilecekleri hususunda bir yazı ile bankaların bilgilendirilmesi”ni uygun bulmuştur.

Kararda, TMMOB kararının aksine, uyulması zorunlu bir asgari ücret tarifesi değil, sadece tavsiye niteliğinde bir tarife söz konusudur. Kurul'un tavsiye niteliğindeki asgari ücret tarifeleri hakkında temkinli yaklaşım, ceza vermese de durumun söz konusu tarifenin muhataplarına bildirilmesi için TBB'ye yükümlülük getirmesi isabetlidir. Zira teşebbüs birlikleri, üyeleri için ‘tavsiye’

---

kalitesiz mal sunacağına dikkat çekmiştir. AKERLOF, G. (1970), “The Market For ‘Lemons’: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol.84, No:3, s.488-500. Böylece “hizmet kalitesinin korunması” gerekçesiyle uygulanan asgari ücret tarifeleri, aslında tam tersine uzun vadede hizmet kalitesinin düşmesine neden olacaktır.

niteliğinde olduğunu iddia ederek, aslında bağlayıcı nitelikteki kararları için 'kanuna karşı hile' yoluna başvurabilir.<sup>213</sup> Ücret tarifeleri tavsiye niteliğinde de olsa, tarifeyi uygulamak istemeyen üyeler üstünde psikolojik bir baskı oluşturabileceği gerçeği karşısında, fiilen bağlayıcı hale gelme ihtimali her zaman bulunmaktadır. Komisyon ve ATAD'ın görüşü de, birlik tavsiyelerinin bağlayıcı kararlardan farklı olmadığı, dolayısıyla tavsiyelerin de kararlar gibi aynı muameleyle tabi tutulması gerektiği yönündedir.<sup>214 215</sup>

### 3.2.3.2.3. TESK Kararı

Rekabet Kurulu'nun 07.01.2005 tarih ve 05-02/18-09 sayılı kararında Türkiye Esnaf ve Sanatkarları Konfederasyonu (TESK) ile Türkiye Fırıncılar Federasyonu'nun ekmekte taban fiyatının belirlenmesine yönelik kararlar aldığı iddiası incelenmiştir.

Söz konusu teşebbüs birlikleri savunmalarında ekmeğin fiyatını piyasa aksaklıklarını gidermek için belirlediklerini iddia etmiş, ancak Kurul bu iddialara katılmamıştır. Kurul "TESK'in, ekme fiyat tarifelerinde tavan fiyatla birlikte taban fiyatın da tespit ve ilan edilmesine yönelik genelge yayımlaması nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiği kanaatine" ulaştıktan ve "Federasyon ise TESK'in almış olduğu karar neticesinde hazırlanan genelgeyi tüm Fırıncı Odalarına" gönderdiği sonucuna vardıldıktan sonra TESK'e idari para cezası vermiş; Fırıncılar Odası'nın ise 4054 sayılı Kanunu ihlal edici bir eyleminin bulunmadığına karar vermiştir.

<sup>213</sup> Topçuoğlu 2001, s.187

<sup>214</sup> Akıncı 2001, s.182. Gerçekten de AT hukukunda benzer bir durumun kabul edildiği görülmektedir. ATAD bir kararında, Hollandalı çimento satıcılarının oluşturduğu bir teşebbüs birliğinin çimento fiyatlarını belirlemesi karşısında, fiyatların tavsiye niteliğinde olduğu savunmasına katılmamış ve bağlayıcı olmasa da, fiyatların bu şekilde belirlenmesinin gelecekteki belirsizliği ortadan kaldırarak, teşebbüs birliği üyesi olan teşebbüslerin davranışlarını etkileyeceği gerekçesiyle 81. maddeye aykırı olduğunu belirtmiştir. *Vereeniging van Cementhandelaren v. Commission Case C-8/72 [1972] ECR I-977*

<sup>215</sup> Benzer bir durumun ABD rekabet hukuku uygulaması açısından da söz konusu olduğu görülmektedir. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin verdiği *Goldfarb v. Virginia State Bar* (421 US 773 [1975]) kararında, Virginia Eyalet Barosu tarafından hazırlanan ve 'tavsiye' niteliğinde olduğu iddia edilen, ancak uygulanmaması halinde 'etiğe aykırı' davranış gerekçesi ile disiplin cezası verilebileceğini öngören asgari ücret tarifesinin *Sherman Act*'e aykırı olduğu oybirliği ile kabul edilmiş ve "state action doctrine" kapsamında da değerlendirilmemiştir. Bu davadan sonra Amerikan rekabet otoriteleri (Federal Ticaret Komisyon ve Adalet Bakanlığı Antitröst Departmanı) serbest meslek hizmetlerine ilişkin mesleki düzenlemeleri için, fiyatların artmasına ve kalitenin düşmesine neden olacak iddialarına karşı mücadeleye başlamıştır. Özden 2004, s.32-33. Ayrıca bkz. dn. [34](#)

Bu karar Danıştay tarafından *"soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin nihai karar toplantısına katılarak oy kullanmasının hukuka aykırı olduğu"* gerekçesi ile iptal edilmiş<sup>216</sup> ve Kurul, Danıştay'ın iptal kararı üzerine 26.05.2006 tarih ve 06-36/461-123 sayılı kararı ile yeniden bir değerlendirme yaparak benzer bir karar almıştır. TESK hakkında aldığı bu ikinci kararın da iptali için Danıştay'da dava açılmış ve Danıştay, bu sefer kararı esastan inceleyerek, *"TESK tarafından... ekmeğin azami satış fiyatı ile birlikte ekmeğin maliyet (taban) fiyatının da tespit edilmesi ve tespit edilen bu fiyatın ekmeğin ücret tarifelerinde yer alması davranışıyla açıkça 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi ihlal edildiğinden, dava konusu işlemde hukuka aykırılık"* olmadığı sonucuna varmıştır.<sup>217</sup>

Bu kararda Kurul, bir malın fiyatının teşebbüs birliği olan bir kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu tarafından tespitini, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırı bularak, söz konusu kuruluşa idari para cezası vermiştir. Ancak Kurul, daha önceki bir kararında Ankara Minibüsçüler Odası'nın yolcu taşıma ücretlerini saptaması ile ilgili olarak *"507 sayılı Kanun'un kendisine yüklediği bir görev olması nedeniyle"*<sup>218</sup>, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi (a) bendinde konu edilen anlamda bir hizmet fiyatının tespit edilmesi olarak kabul edilemeyeceği anlaşılmaktadır" diyerek *"önaraştırma yapılmasına veya soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına"* karar vermiştir.<sup>219</sup> Kurul bu kararında, TESK kararının aksine, teşebbüs birliğinin davranışını 4054 sayılı Kanunun 4. maddesine aykırı bulmamıştır. Böylece birbirine son derece benzer iki konu hakkında farklı sonuçlara varılmıştır.

<sup>216</sup> 15.02.2006 tarih ve E.2005/7776, K.2006/999 sayılı Danıştay 13. Daire kararı

<sup>217</sup> 28.12.2007 tarih ve E. 2006/4598, K. 2007/9522 sayılı Danıştay 13. Daire kararı

<sup>218</sup> Karar tarihinde yürürlükte olup, daha sonra 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu ile yürürlükten kaldırılan 507 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Kanunu'nun 125. maddesine göre *"Bu kanuna tabi esnaf ve sanatkarlarca üretilen mal ve hizmetlerin ücret tarifeleri, bağlı buldukları derneklerce hazırlanır ve... onandıktan sonra yürürlüğe girer"*. Dolayısıyla 507 sayılı Kanun ile esnaf odalarına da ücret tarifeleri belirleme yetkisi verilmiştir. 5362 sayılı Kanunun 62. maddesine göre *"Bu Kanuna tabi esnaf ve sanatkarlarca üretilen mal ve hizmetlerin fiyat tarifeleri, bağlı buldukları odalarca hazırlanır ve odanın mensubu olduğu birlik yönetim kurulu tarafından fiyat tarifesinin sunulmasından sonra otuz gün içinde onaylanır veya reddedilir. Onaylanan fiyat tarifesi belediye, mülki amirlik ve ilgili odaya yedi gün içerisinde bildirilir ve bu andan itibaren yürürlüğe girer. Fiyat tarifeleri, uygulanacak azami hadleri gösterir."* Böylece 507 sayılı Kanunun 125. maddesine benzer bir hüküm, yeni kanunda da aynen bulunmaktadır. Yukarıda değinilen *"Rekabet Kuralları ile Uyumlu Olmayan Mevzuat Listesi"* adlı çalışmada, 125. maddenin rekabet kuralları ile uyumsuz olduğu ileri sürülmesine rağmen, yeni hazırlanan Kanunda da aynen düzenlenmesine bir anlam verilmesi mümkün değildir.

<sup>219</sup> Ankara Minibüsçüler Odası kararı (25.01.2000, 00-4/33-15)

### 3.2.3.3. Bağımsız İdari Otoritelerin Rekabeti Bozucu Davranışları

Bağımsız idari otoritelerin rekabeti bozucu olduğu iddia edilen davranışları incelenirken ortaya farklı bir durum ortaya çıkmaktadır. Zira her birinin, belirli bir alanı düzenleme ve denetleme yetkilerine sahip olmasıyla birlikte, düzenledikleri sektörlerle ilgili getirdiği kurallar ve aldığı kararların rekabet kuralları karşısında durumu, ilgili sektörlerin regülasyona tabi olması sonucu, tartışmalı bir konu olup çalışmamızın da dışındadır.<sup>220</sup> Burada sadece bağımsız idari otoritelerin, Kanun karşısında nasıl ele alındığı üzerinde durulacaktır.

#### 3.2.3.3.1. Şeker Kurumu Kararı

Rekabet Kurulu'nun 14.09.2006 tarih ve 06-63/853-244 sayılı kararında, Şeker Kurulu'nun 124/7 sayılı kararının 4054 sayılı Kanuna aykırı olduğu iddiası incelenmiştir.

Kararda, Şeker Kurumu'nun şeker piyasasını düzenlemek ve denetlemek ile görevli bir bağımsız idari otorite olduğu belirtilmiş, şikâyete konu olan idari işleminin 4634 sayılı Şeker Kanunu'nun 7 maddesinin (g) bendinde yer alan bilgi isteme yetkisine dayandığı tespit edilmiştir. Rekabet Kurulu, Şeker Kurumu'nun teşebbüs niteliğini tartışmış ve *“teşebbüs niteliği haiz olmayan kamu kurum ve kuruluşlarının idari işlemlerine 4054 sayılı Kanun kapsamında müdahale olanağı bulunmamaktadır”* sonucuna varmıştır.

Böylece Rekabet Kurulu, Şeker Kurulu kararlarına karşı 4054 sayılı Kanun çerçevesinde bir müdahale olanağının bulunmadığından, şikâyetin reddine

<sup>220</sup> Burada değinilebilecek bir husus olarak, bağımsız idari otoritelerin çıkardıkları bazı düzenleyici işlemlerin rekabeti bozucu etkiler doğurabilecek nitelikte olması sonucu Rekabet Kurulu'nun, rekabet savunuculuğu görevi karşısında ilgili bağımsız idari otoriteye görüş bildirdiğine rastlanmaktadır. Örneğin 2004 yılında Kurul, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'na (EPDK), doğal gaz dağıtım konusunda teklif edilen bir düzenleme hakkında görüşler sunmuştur. EPDK, Kurul'un görüşlerine dayanarak bazı değişiklikler yapmış ve nihai düzenlemeyi çıkarmıştır. Bununla birlikte, yayınlanmadan tam önce, EPDK, dağıtım şirketlerinin üstlendiği sermaye yatırımı projeleri için bankaların verdiği “teminat mektupları”yla ilgili yeni bir hüküm eklemiştir. Hüküm, bu garanti mektuplarının sadece Türkiye'deki en büyük 10 banka arasındaki mali kurumlarca verildiği taktirde Kurum tarafından kabul edilebilir olarak görüleceğini belirtmiştir. Kurul, EPDK'ya, böyle bir kısıtlamanın bankalar arasında gereksiz şekilde ayrımcılık yaptığını bildirmiş ve ondan sonra EPDK, hükmü iptal etmiştir. OECD 2005, s.57. Diğer bir örnek ise Kurul'un, “Petrol Piyasasında Uygulanacak Petrol Piyasası Fiyatlandırma Sistemine İlişkin Taslak” hakkında yine EPDK'ya bildirdiği görüştür. Bu görüşünde Kurul, ilgili taslağın ‘Fiyat İlanı’ başlıklı 12. maddesinde yer alan akaryakıt toptan ve dağıtım fiyatlarına ilişkin toplanan bilgilerin, internet ortamında güncel olarak kamuoyuna duyurulmasının rekabete duyarlı bilginin paylaşılması niteliğinde olduğu, rekabetçi davranışların koordinasyonuna yol açma riski içerdiği, dolayısıyla bu bilgilerin gecikmeli yayınlanmak yerine güncel olarak yayınlanmasının yerinde olmayacağı yönünde görüş bildirmiştir.

ve “Şeker Kurulu’nun yapısına ilişkin, 4634 sayılı Kanun’dan kaynaklanan rekabete aykırılığın giderilmesini teminen, 4634 sayılı Kanun’un ilgili hükümlerinin gözden geçirilmesi ya da yeniden düzenleme yapılması gerektiği yönündeki Rekabet Kurulu görüşünün 4054 sayılı Kanun’un 27. maddesi (g) bendi uyarınca T.B.M.M. Başkanlığı, Başbakanlık ile Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’na bildirilmesine” karar vermiştir.

Kararın önemi ise, bir bağımsız idari otorite olan Şeker Kurumu hakkında, rekabeti bozucu nitelikte olabilecek bir karardan dolayı herhangi bir soruşturma yapılmayarak, bir bağımsız idari otoritenin diğer bir bağımsız otoritenin kararını denetlemesi gibi bir uygulama içine girilmemesidir. Zira bağımsız idari otoritelerin kararlarının yargı denetimine tabi olması sonucu<sup>221</sup> yargılama makamları dışında herhangi bir kuruluş tarafından, bu arada Rekabet Kurulu’nca 4054 sayılı Kanuna aykırı olsa bile, denetlenmesi mümkün olmadığı gibi aksine bir uygulama, söz konusu otoritenin bağımsızlığını da olumsuz etkileyecektir.

### 3.2.3.3.2. Telekomünikasyon Kurumu Kararı<sup>222</sup>

Rekabet Kurulu’nun 24.06.2004 tarih ve 04-43/534-131 sayılı kararında Telekomünikasyon Kurumu’nun, uzak mesafe telefon hizmetleri sunmak isteyen firmalardan (A), (B) ve (C) tipi telekomünikasyon ruhsatları için lisans bedelinin yanı sıra banka teminat bedeli de belirlediği ve bu uygulamanın KOBİ’lerin rekabet edebilmelerini kısıtlayan, bozan ve önleyen bir girişim olduğu iddiaları incelenmiştir.

Kararda Telekomünikasyon Kurumu’nun bağımsız idari otorite olma özelliğinin ve işlemlerinin 4054 sayılı Kanun karşısında durumunun incelenmesi yerine, daha çok Türk Telekom’un yasal tekelinin kaldırılması ve uzak mesafe telefon hizmeti lisansları değerlendirilmiş ve sonuç olarak “başvuruya konu işlemin ‘düzenleyici’ bir tasarruf niteliğinde olması nedeniyle, 4054 sayılı Kanun çerçevesinde yapılacak bir işlem bulunmadığına” karar verilerek, Şeker Kurumu kararı ile benzer bir sonuç ortaya çıkmıştır.

Burada ortaya çıkan bir husus da rekabeti bozucu olabilmesine rağmen bağımsız idari otoritelerin kararlarına karşı 4054 sayılı Kanun kapsamında herhangi bir işlem yapılamaması sonucunda, bunların düzenledikleri sektörde faaliyet gösteren teşebbüslerin bu kararlara göre davranışlarda bulunmaları

<sup>221</sup> Gözübüyük ve Tan 2004, s.378; Gözler 2007, s.231-232.

<sup>222</sup> 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ile ismi “Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu” olarak değiştirilmeden önceki, karar tarihi itibarıyla “Telekomünikasyon Kurumu” ibaresi kullanılmıştır.

halinde, bunun 4054 sayılı Kanuna aykırı olup olmayacağı konusudur. Bir başka deyişle, Telekomünikasyon Kurumu'nun bir işlemi, örneğin bir fiyat tarifesini onaylaması, sonucu regülasyona tabi pazarlarda teşebbüs davranışlarının 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışmalıdır. Çalışmamızın dışında kalan bu durum hakkında,<sup>223</sup> Kurul kararlarında farklı sonuçlara varıldığını belirtmekle yetiniyoruz.<sup>224</sup>

### 3.2.4. Rekabet Bozucu Davranışların ve Bu Bağlamda Yaşanan Sorunların Genel Değerlendirmesi ve Çözüm Önerileri

#### 3.2.4.1. Genel Değerlendirme

Kamu kesimi, ya mal veya hizmet piyasalarında bizzat faaliyet göstererek ya da bu piyasaları düzenlemek ve denetlemek amacıyla getirdiği düzenlemeler ve kurullarla rekabeti bozabilmektedir. Dolayısıyla bu anlamda rekabet, ya piyasada bizzat bir girişimci olan devlet veya piyasada faaliyet göstermeyip ancak piyasayı düzenleyen devlet tarafından ihlal edilebilmektedir.<sup>225</sup>

Kamu iktisadi teşebbüsleri, bağımsız karar verebilme unsuru bir yana, 4054 sayılı Kanunda yer alan teşebbüs tanımına girmeye daha elverişli iken, kamu kuruluşları için aynı şeyi söylemek zordur. Tan'a göre kamu kuruluşlarının kamusal yetki kullanarak yaptıkları işlemler, 4054 sayılı Kanunun uygulama

<sup>223</sup> Rekabet Kurumu ile diğer düzenleyici kurumlar arasındaki ilişki hakkında bilgi ve farklı ülke uygulamaları için bkz. Ardiyok 2002, s.88-107.

<sup>224</sup> 25.10.2004 tarih ve 04-68/976-236 sayılı Turkcell & Telsim Arabağlantı kararında, GSM operatörü Turkcell ve Telsim'in, Avea'nın piyasa girmesiyle birlikte eş zamanlı olarak arabağlantı ücretlerini 2.5 cent'ten 20 cente çıkarmaları sonucu haklarında Kurul tarafından bu teşebbüsler hakkında inceleme yapılmış ve "işletmecinin iradesini ortadan kaldıran, işletmeci yerine geçilmek suretiyle alınan bir karar ve/veya düzenlemenin bulunup bulunmadığı şeklindeki kriterin uygulanması sonucunda, (fiyatların bildirim veya onay yoluyla belirlenmesi durumlarında) mer'i mevzuat gereği Rekabet Kurumu'na inceleme yapılmasına engel bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bunun gerekçesi ise, tarifelerin bildirildiği ve onaylandığı hallerde işletmecilerin iradesinin ortadan kalkmamasıdır." denilerek Kanun kapsamında ele alınmıştır. 11.09.2008 tarih ve 08-52/792-321 sayılı TTAŞ & UMTH kararında ise "Türk Telekom'un şikâyet konusunu oluşturan perakende ve toptan tarifelerinin ilgili mevzuat çerçevesinde TK tarafından belirlendiği/onaylandığı göz önüne alındığında, şikâyet konusuna yönelik olarak 4054 sayılı Kanun çerçevesinde herhangi bir işlem tesis edilemeyeceği kanaatine" ulaşılarak daha önceki kararda benimsenen ile tam tersi bir sonuç ortaya çıkmıştır. Kurul'un, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'nun düzenlemeye yetkili olduğu piyasalarda nasıl bir yaklaşım sergilediğine ilişkin kararları için ise bkz. TEDAŞ (II) kararı (30.04.2002, 02-26/262-102) ve Çukurova Elektrik AŞ kararı (10.11.2003, 03-72/874-373).

<sup>225</sup> Selçuk, kamu teşebbüslerinin davranışlarını piyasa içi; kamu kuruluşlarının düzenleyici olarak yaptığı davranışları ise piyasa dışı şeklinde bir ayrıma tabi tutmuş ve 4054 sayılı Kanunun yalnızca piyasa içi davranışların ele alınabilmesine olanak tanıyan bir çerçeve çizdiğini iddia etmiştir. Selçuk 2004, s.68,82-83.

alanına girmediği gibi; Kurul'un da görev alanı dışındadır.<sup>226</sup> Bu durum hem Kurul,<sup>227</sup> hem de Danıştay<sup>228</sup> tarafından kabul edilmiştir. Kamusal yetkiye dayanılarak yapılan işlemlerin 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirildiği tek istisna Özelleştirme Yüksek Kurulu veya diğer kamu kuruluşlarının gerçekleştirdiği özelleştirme yoluyla yapılan devirlerdir.

Kamu teşebbüsü dışında kalan kamu kuruluşlarının gerçekleştirdiği davranışlar, bunların mal veya hizmet piyasalarında bizzat faaliyet göstermemelerinden dolayı, genellikle ekonomik faaliyet olmayıp, daha çok kamusal yetkiye dayalı birer davranış olduğundan 4054 sayılı Kanunun kapsamı dışında değerlendirilmektedir. Ancak rekabet kurallarına aykırı bir nitelik taşıdıkları zaman, bu davranışlardan, piyasada faaliyet gösteren özel teşebbüsler etkilenmekte ve söz konusu davranışı gerçekleştiren kamu kuruluşunun sorumlu tutulmaması sonucu teşebbüsler arasında eşitsizlik yaşanmaktadır.

Burada ortaya çıkan diğer bir olumsuz sonuç ise kamu kuruluşlarının kamusal yetki kullanarak yaptığı işlemlere dayanarak faaliyet gösteren özel teşebbüslerin, rekabeti bozucu bir davranış gerçekleştirdiklerinin ileri sürülmesidir. Nitekim Kurul bir kararında,<sup>229</sup> özel teşebbüslerin rekabet ihlallerinin gerçekleşmesinde ilgili Bakanlığın etkili bir rol oynadığını kabul edip, bu durumun Kanunun uygulanmasına engel olmayacağını, ancak cezanın tespitinde hafifletici unsur olarak göz önüne alınması gerektiğini belirtmiştir.<sup>230 231</sup>

<sup>226</sup> Tan 2004, s. 61; Sanlı 2000, s.45 dn.27. Benzer şekilde Aslan'a göre rekabet kuralları, kamusal yetki kullanılmak suretiyle yapılan işlemlere uygulanamaz. Aslan 2005, s.74.

<sup>227</sup> Kurul, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği'nin (TOBB) tır karnesi düzenlemek ve karşılığında teminat almakta ayrımcılık yaptığı iddia edilen işleminin, kaynağı ve dayanağının bir Bakanlar Kurulu kararnamesi olması ve kamusal yetki kullanılması nedeniyle, 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığına karar vermiştir. TOBB kararı (20.05.1999, 99-24/217-130)

<sup>228</sup> "4054 sayılı Kanun'un teşebbüslere uygulanacağı, bu itibarla, teşebbüs niteliği taşımayan ve kendisine verilen görev ve yetkiler çerçevesinde kamu gücünü kullanarak düzenleme ve yürütme faaliyetlerinde bulunan kamu kurumlarının eylemlerinin 4054 sayılı Kanun'un kapsamı dışında kaldığı... görülmektedir" 10.10.2005 tarih ve E. 2005/1746, K. 2005/4934 sayılı Danıştay 13.Daire kararı.

<sup>229</sup> Süt kararı (19.01.2004, 04-05/54-15)

<sup>230</sup> Bu karar tarihinde yürürlükte olmayan, Kurul tarafından çıkarılan 15.01.2009 tarih ve 27142 sayılı RG'de yayımlanan "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" in "Hafifletici unsurlar" başlıklı 7. maddesine göre "... ihlalde kamu otoritelerinin teşvikinin... olması gibi haller ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliği tarafından ispatlanırsa" cezanın indirileceği düzenlenmiştir.

<sup>231</sup> AT hukukunda da benzer durum söz konusudur. ATAD, CIF kararında bir teşebbüsün rekabeti bozucu bir davranış gerçekleştirmesine, üye devletin milli hukukunun yol açması halinde dahi söz konusu teşebbüse ceza vermiş, ancak bu durumun cezanın belirlenmesinde

Bu kararlar birlikte, kamu kuruluşlarının kamusal yetki kullanarak gerçekleştirdiği davranışların muhatabının bir kamu teşebbüsü ile özel teşebbüs olmasına göre, birbirinden farklı ve eşit olmayan bir sonucun ortaya çıktığı açıkça görülmektedir. Muhatabın bir özel teşebbüs olması halinde, bu durum Kanunun uygulanmasına engel olmayacak<sup>232</sup>; kamu teşebbüsü olması halinde ise, örneğin TÜRKŞEKER kararında olduğu gibi, Kanun kapsamında işlem yapılmasına gerek olmadığına karar verilebilecektir. Dolayısıyla Kurul açısından devletin piyasanın bir aktörü olarak gerçekleştirdiği davranışlar ile piyasaları düzenleme amacıyla yaptığı işlemler arasında bir ayırım yapılması sorun oluşturmakta, bu sorun ekonomik faaliyetlerle ekonomik olmayan faaliyetler arası yaşanan belirsizlikten kaynaklanmaktadır.<sup>233</sup>

Kamu kesimi ile ilgili bu sıkıntılı durum kalkınma planlarına da yansımıştır. 8. Beş Yıllık Kalkınma Planı'nda<sup>234</sup> “kendilerine kanunla özel veya inhisari haklar verilen kamu kurumlarının faaliyetlerinin rekabet kuralları ile denetlenmesi ve bu alanlarda daha fazla serbestleşmeye gidilmesi için gereken hazırlıklar yapılacaktır” denilmektedir. Böylece söz konusu kuruluşların faaliyetlerinin, 4054 sayılı Kanun çerçevesinde değerlendirilmekte zorlandığı ve serbest piyasa ekonomisinin öngördüğü düzen karşısında sorunlara yol açtığı ima edilmektedir.

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları açısından ise, Kurul'un teşebbüsler arasındaki anlaşmalarla rekabetin sınırlandırılmasını yasaklarken, teşebbüs birliklerinin üyelerini organize etmek suretiyle rekabet kısıtlamalarına müsamaha ile bakması düşünülemez.<sup>235</sup> <sup>236</sup> Zira meslek kuruluşlarının fiyat

---

hafifletici sebep olarak kabul edilebileceğini öngörmüştür. *Consorzio Industrie Faimmiferi (CIF) v. Autorità Garante Della Concorrenza del Mercato Case C-198/01 [1993] ECR-8055.*

<sup>232</sup> Sanlı'ya göre böyle bir durumda, kamusal bir yetkiye dayanılarak yapılan işlemler karşısında, herhangi bir seçeneği olmaksızın bu işlem doğrultusunda hareket etmekle yükümlü olan teşebbüslerin eylemleri, rekabet kurallarından bağımsız tutulabilmelidir. Sanlı 2000, s.60 dn.165.

<sup>233</sup> Selçuk 2004, s.94.

<sup>234</sup> 05.07.2000 tarihli ve 24100 mükerrer sayılı RG.

<sup>235</sup> Topçuoğlu 2001, s.183.

<sup>236</sup> Burada Adam Smith'in yıllar önce yaptığı şu mükemmel saptamaya değinmek gerekir: “Aynı işi yapan insanlar eğlenme ve eski günleri anımsamak için nadiren bir araya gelirler, ancak sohbet, halka karşı işbirliği ya da fiyatları attırmaya yönelik bir iş ile noktalanır. Gerçekten de bu tür bir araya gelmeleri, özgürlük ve adalet ile uygun bir kanunla önlemek imkansızdır. Ancak hukuk aynı işi yapan insanların ara sıra bir araya gelmesini önleyemese bile, en azından bunların bir araya gelmesini kolaylaştıracak ya da zorunlu hale getirecek düzenlemeleri yapmaması gerekir.” Burada Smith, teşebbüslerin bir araya gelmesinin, rekabetin sınırlandırılmasına oldukça elverişli bir vasıta olduğundan, rekabet açısından potansiyel bir tehlike oluşturduğunu vurgulamaktadır. Dolayısıyla kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları bünyesinde bir araya gelen serbest meslek mensupları veya temsilcilerinin, kendi çıkarlarını korumak üzere

tarifesi hazırlaması, tespit etmesi ya da onaylaması, ilgili pazardaki rekabetin ortadan kalkmasına yol açacak nitelikte bir uygulamadır ve bu bakımdan 4054 sayılı Kanun ile açık bir çelişki halindedir.<sup>237</sup>

Ancak Kurul'un, fiyat tarifelerinin merkezi idareye dahil bir kamu kuruluşu tarafından yapıldığı bir kararda, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının aksine söz konusu kamu kuruluşuna ceza vermediğine rastlanmaktadır.<sup>238</sup> Karara konu olan olayda gözlükçü dernekleri, resmi reçetesi olmayan veya olup da bundan farklı özelliklerde gözlük camı almak isteyenler için, "Fenni Gözlükçüler Orijinal Fiyat Listesi" ve "Gözlük Camları Rehberi" adı altında çeşitli fiyat listeleri yayımlamakta, buna ek olarak Maliye Bakanlığı da resmi kurum ve kuruluşlarda çalışanlar ile bu kişilerin bakmakla yükümlü olduğu kimseler için gözlük camı ücretleri ve indirim oranlarına ilişkin tarifeler yayımlamaktadır. Kararda gözlükçü derneklerinin düzenledikleri fiyat listeleri 4054 sayılı Kanun 4. maddesine aykırı bulunurken, resmi fiyat tarifesi aracılığı ile düzenleme yetkisinin bulunması sonucu Maliye Bakanlığı'nın düzenlediği fiyat listesinin "4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığı" belirtilmiştir.<sup>239</sup>

Böylece, her ikisi de fiyat tespitine yönelik ve bağlayıcı olmasına rağmen, özel hukuk tüzel kişisi olan dernekler ile merkezi idareye dahil kamu kuruluşu olan Maliye Bakanlığı'nın hazırladığı fiyat listeleri, 4054 sayılı Kanun karşısında birbirinden taban tabana zıt bir şekilde ele alınmıştır. Aynı davranış bir özel teşebbüs tarafından (veya teşebbüs birliği tarafından) gerçekleştirildiğinde rekabet ihlali sayılıp yasaklanırken, bir kamu kuruluşunca gerçekleştirildiği takdirde Kanun kapsamı dışında kalıp, gerçekleştirilmeye devam edilebilmektedir. Kanımızca bu kararlar, kamu kuruluşlarına tanınan kamusal güce dayalı bazı yetkilerin kullanılması sonucu ortaya çıkan durumların önlenmesi hususunda, bugünkü hali ile 4054 sayılı Kanunun nasıl yetersiz kaldığı açıkça görülmektedir.

Kamu kuruluşlarının rekabet ihlallerini incelerken bazı kararlarında Kurul'un, rekabeti bozucu davranışlara karşı "kamu hizmeti" veya "kamu yararı" gibi soyut ve sınırları belli olmayan nitelendirmelerde bulunarak, bunları kararına dayanak olarak kullandığı görülmektedir: "*TMMOB Elektrik Mühendisleri Odası Teknik Uygulama Sorumluluğu Uygulama Esasları Yönetmeliği'nin 5.2. maddesinin yapıların elektrik tesisatının kamu güvenliği ve sağlığı açısından*

---

asgari ücret tarifeleri hazırlamaları da, bunu açıkça yasaklayan bir kanun hükmünün olmaması karşısında, kaçınılmaz hale gelecektir. Serbest piyasa ekonomisinin bir gereği olan fiyatın, arz ve talep dengesine göre belirlenmesi prensibinin, serbest mesleklerde 24 Ocak 1980'den beri bir türlü uygulanamaması, kanımızca Smith'in saptamasının haklı olduğunu göstermektedir.

<sup>237</sup> Rekabet Kurumu (2003), 5.Yıllık Rapor, Ankara, s.98

<sup>238</sup> Gözlükçü Dernekleri kararı (31.08.2001, 01-42/424-107)

<sup>239</sup> *ibid* s.12-13.

*taşıdığı önem ve kar amacıyla yapabileceğinden fazla kontrollük hizmetinin üstlenilmesiyle ortaya çıkabilecek yaşamsal önemdeki sorunlara meydan vermemek için kamu yararına getirilen bir hüküm olduğu düşünülmektedir”<sup>240</sup> ve “dosya konusu uygulamanın TOBB tarafından yerine getirilen bir ‘kamu hizmeti’ olması nedeniyle... TOBB hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığına... karar verilmiştir”<sup>241</sup>*

4054 sayılı Kanunun gerekçesi dikkate alındığında, bir hizmetin ekonomik faaliyet sayılıp sayılmaması ile o hizmetin kamu hizmeti teşkil edip etmediği hususları arasında bir ilişki kurulmadığı görülmektedir.<sup>242</sup> Rekabet ihlali soruşturmalarının daima iktisadi analize dayanması gerektiğini belirten Aslan, Kurul’un kamu yararı gibi soyut kavramlardan mümkün olduğunca uzak durması gerektiğini ifade etmiştir.<sup>243</sup> Ancak kanımızca, söz konusu kararların Kurul’un teşkilatını oluşturduktan hemen sonra alınması ve o tarihlerde rekabet hukuku bakış açısının daha yeni gelişmeye başlaması dikkate alındığında, rekabet hukukuna yabancı olan bu kavramların kullanılmasını olağan karşılanmak gerekir. Nitekim Kurul’un sonraki kararlarında, bu kavramlar kararlara esas teşkil edecek şekilde kullanılmamıştır.<sup>244</sup>

Kurulun teşkilatını yeni oluşturmaya başladığı yıllarda yaptığı diğer bir uygulama da, işletme hakkı devri sözleşmelerini ve kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerini 4054 sayılı Kanunun 7. maddesi anlamında “birleşme ve

<sup>240</sup> Elektrik Mühendisleri Odası kararı (19.02.1998, 53/384-44)

<sup>241</sup> TOBB kararı (20.05.1999, 99-24/217-130)

<sup>242</sup> Selçuk 2004, s.77.

<sup>243</sup> Aslan 2005, s.95-96.

<sup>244</sup> Yukarıda incelenen Gözlükçü Dernekleri kararında, bu husus üzerinde de durulmuştur. Danıştay’ın 1998 yılında verdiği bir kararda, söz konusu gözlükçü derneklerinin bir araya gelerek fiyat listeleri hazırlamaları, hatta bu listelere Maliye Bakanlığı tarafından çıkarılan bir düzenleyici işlemde dahi yer verilmesi hususu ile ilgili “...Gözlükçüler Derneğinin dava konusu düzenlemelerle bazı gözlük camı bedellerinin belirlenmesi ve bazı cam bedellerinin ise tasdik edilmesinde yetkili kılınmasıyla gözlük camları fiyatlarında yeknesaklık sağlanarak farklı fiyat uygulamalarının önüne geçilmiş, böylece Hazine zararı önlenerek harcamalarda tasarruf sağlanması gözetilmiştir” ifadelerine yer verilmiştir. (15.12.1998 tarih ve E.1996/1467, K.1998/3085 sayılı Danıştay 5.D kararı) Konu ile ilgili Kurul’un 2001 yılında verdiği bir kararda ise gözlükçü derneklerinin, gözlük camı fiyatlarına ilişkin “Fenni Gözlükçüler Orijinal Fiyat Listesi” ve “Gözlük Camları Rehberi” adı altında çeşitli fiyat listeleri hazırlamaları, Kurul’un önceki kararlarında olduğu gibi kamu yararı ya da kamu hizmeti olarak nitelendirilmemiş, aksine 4054 sayılı Kanunun 4. maddesine aykırı olarak görülmüştür. Ayrıca ilgili dernek tüzüklerinde yer alan ve 4054 sayılı Kanuna aykırı olan, fiyat listeleri düzenlenmesine ve bunlara uymayanlar hakkında soruşturma açılmasına yönelik hükümlerin, söz konusu dernek tüzüklerinden çıkarılmasına karar verilmiştir. Tan’a göre bu karar, Rekabet Kurulu ile Danıştay’ın yaklaşımları arasındaki temel farklılığı açıkça ortaya koymaktadır. Tan 2004, s.58.

devralma” saymasıdır. Kurul, bir kararında<sup>245</sup> TEDAŞ’a ait elektrik dağıtım tesislerinin işletme haklarının devrini öngören Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile devralacak şirket arasında imzalanacak işletme hakkı devri sözleşmesini incelemiş ve bu “*devir işlemi*”ne koşullu olarak izin vermiştir. Başka bir kararında<sup>246</sup> ise Kurul, GSM 1800 ihalesini kazanmış şirket ile Ulaştırma Bakanlığı arasında imzalanacak olan frekans tahsis lisansının verilmesini öngören imtiyaz sözleşmesini incelemeyen geçirmiş ve “*izin verilmesinde herhangi bir sakınca olmadığına*” karar vermiştir.

Selçuk, bu kararlarında Kurul’un, Kanunun kendisine tanıdığı sınırların dışına taşıdığını ve Kanuna hakim anlayışla ters düştüğünü ifade etmiştir.<sup>247</sup> Kanımızca TEDAŞ (I) kararı isabetlidir, zira elektrik dağıtım tesisleri 1998/4 sayılı Tebliğ’in 2. maddesi anlamında birer “*mal veya hizmet üretim birimleri*” olup aynı madde uyarınca, özelleştirme yolu ile devirleri söz konusu Tebliğ’e tabidir. GSM 1800 kararında ise isabet bulunmamaktadır, zira burada bir birleşme veya devralmadan ziyade, ilgili Ulaştırma Bakanlığı’nın yaptığı bir inhisari hak tahsisi bulunmaktadır. Ne Ulaştırma Bakanlığı’nın teşebbüs olduğu, ne de yaptığı lisans verme faaliyetinin teşebbüs faaliyeti olduğu gerçeği karşısında (ki bunun teknik olarak Tebliğ’e tabi özelleştirme yoluyla bir birleşme veya devralma olduğu dahi söylenemez), teşebbüslerin birleşmesi veya teşebbüsler arası devralmayı düzenleyen 7. madde kapsamında bir inceleme yapılması isabetsiz bir uygulamadır.<sup>248</sup>

Kamu kuruluşlarının rekabeti bozucu davranışlarını incelerken Kurul’un gerçekleştirdiği başka bir uygulama ise, yasal dayanak araştırmak suretiyle yetki incelemesi yapmaktır. Kurul bazı kararlarında ilgili kuruluşun, rekabeti bozucu işlemi gerçekleştirmesinde yetkisinin olup olmadığına bakmaktadır. Yukarıda incelenen Bakacakadı Belediyesi kararında “*Bu noktada, belediyelerin böyle bir yasal yetkilerinin olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir.*” denilerek, yapılan inceleme sonucunda böyle bir yetkinin bulunmadığı belirtilmiştir. Yine TMMOB kararında “*6235 sayılı Kanun’da TMMOB ve bağlı odalara asgari ücret belirleme yetkisini veren açık bir hükmün*” bulunmadığı ifade edilmiştir.<sup>249</sup>

<sup>245</sup> TEDAŞ (I) kararı (16.10.1998, 87/693-138)

<sup>246</sup> GSM 1800 kararı (16.08.2000, 00-30/332-187)

<sup>247</sup> Selçuk 2004, s.74.

<sup>248</sup> Burada ifade edilen karşı bir görüş ise işletme hakkı devri, imtiyaz sözleşmesi veya lisans vb. yöntemlerin, özelleştirme yoluyla yapılan devralma niteliğini taşıması sonucu Kurul’un denetimine tabi olmasıdır. Bu görüş için bkz. BÜLBÜL M.O. (2007), Doğal Gaz Piyasasında Rekabet, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:77, Ankara, s.74.

<sup>249</sup> TEB’in yetkisinin incelendiği bir karar için bkz. TEB (I) kararı (04.11.2004, 04-70/1012-247)

Ancak yetki incelemesiyle ilgili başka kararlarında, Kurul farklı sonuçlara ulaşmıştır. Sağlık Bakanlığı'nın sadece Türk Sağlık Eğitim Vakfı'na "hologramlı shrink" üretimi yetkisi vererek, hakim durum yaratması iddiası sonucu Bakanlığın, "181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK'dan kaynaklanan yetkilerini aştığı iddiasının muhatabının Kurum olmadığına" karar verilmiştir.<sup>250 251</sup> Buna karşın yukarıda değinilen başka bir kararda, birliğin işyeri hekimleri için ayrı asgari ücret tarifesi düzenlemesi karşısında "kanunla kendisine verilen yetkinin aşıldığı"na karar verilmiştir.<sup>252</sup> Böylece Kurul, aynı konuyla ilgili birbiriyle çelişik kararlar vermiştir.

Danıştay bir kararında "teşebbüs faaliyetlerinin mevzuata uygun olup olmadığının hukuki denetimi görevi idari makamlara ve yargı mercilerine ait olduğundan, bu konularda 4054 sayılı Kanuna uyulmadığı gerekçesiyle yaptırım uygulanamayacağı kuşkusuzdur." diyerek Kurul'un yetki incelemesi yapmasını isabetsiz bulmuştur.<sup>253</sup> Doktrinde de kamu kuruluşlarının kendilerine verilen yetkileri kullanmalarının Kurul'un değil, Danıştay'ın denetim yetkisinde olması gerektiği ifade edilmektedir.<sup>254</sup>

<sup>250</sup> Promodirekt kararı (22.11.2001, 01-56/562-133)

<sup>251</sup> Benzer şekilde Kurul'un TFF & Digitürk kararında, TFF'nin Türkiye 1. Profesyonel Futbol Ligi müsabakalarının yayını için yayıncı kuruluş ile sözleşme imzalaması ve bu sözleşmede bir münhasırlık unsurunun bulunması iddiaları sonucu Kurul, böyle bir münhasırlık kaydının konulup konulamayacağı değerlendirirken TFF'nin bir düzenleyici işlemi olan "TFF Yayın Talimatı"nın böyle bir yetki vermesi karşısında "dayanağını doğrudan Yayın Talimatı'ndan alan söz konusu düzenlemeye 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında müdahale edilmesi mümkün görünmemektedir. Yayın Talimatı'nın bazı hükümlerinin içerik ve kapsam bakımından 3813 sayılı Kanun ile TFF'ye verilmiş olan yetkilerin kapsamında olup olmadığı ise Rekabet Kurumu tarafından çözüme kavuşturulabilecek bir konu değildir." diyerek "Sözleşmede yer alan münhasırlık konusunun TFF tarafından 3813 sayılı Kanuna istinaden yayımlanan ve bir idari işlem niteliğinde olan Yayın Talimatı'na dayanması... karşısında 4054 sayılı Kanun kapsamında bir ihlalin var olduğunun ileri sürülemeyeceği" karar vermiştir. (28.08.2002, 02-50/636-258) Bu kararda, TFF & TeleOn kararının aksine, TFF'nin teşebbüs kabul edildiğine dair bir değerlendirmeye yer verilmemiş, daha çok yapılan işlem hakkında bir değerlendirme yapılmıştır. Halbuki her iki kararda da TFF ile yayıncı kuruluş arasında imzalanan sözleşmenin futbol müsabakalarının yayınına yönelik olmasına rağmen, bu sözleşme TeleOn kararında "4054 sayılı Kanunun uygulama alanında" kabul edilmiş, Digitürk kararında ise bu sözleşmeye "4054 sayılı Kanunun 4. maddesi kapsamında müdahale edilmesi mümkün görünmemektedir." denilerek, birbiriyle çelişkili sonuçlara varılmıştır.

<sup>252</sup> TTB (II) kararı (13.11.2003, 03-73/876 (c)-376)

<sup>253</sup> 09.03.2004 tarih ve E.2001/4801 ve K.2004/2386 sayılı Danıştay 10.Daire kararı. Kararın sonuç kısmında ise Danıştay "TEB 31. Olağan Büyük Kongresinde sürşarjla ilgili alınan kararın ve bu kararla ilgili olarak verilen cezanın onaylanması uygulamasının, 4054 sayılı Kanunun 4. maddesi kapsamında bir ihlal olduğuna ilişkin kısmı yönünden oyçokluğu ile iptaline" karar vermiştir.

<sup>254</sup> Aslan 2005, s. 59.

Birbirinden farklı tüm bu uygulamaların sonucunda kanımızca, kamu kuruluşlarının rekabet ihlalleri açısından yaşanan sıkıntıların en temel nedeni, Rekabet Kurulu'nun bunlar hakkında karar verirken daha önceden verdiği kararları dikkate almaması, bu yüzden de birbirleriyle çelişen kararların ortaya çıkmasıdır. Eğer Kurul, bunlar hakkında somut olayla sınırlı olmayan ortak bir uygulama ve kararlı bir tutum sergilerse, rekabeti bozucu davranışların kaynağının neler olduğu daha net ortaya çıkacak ve bunlara karşı yasama organı gerekli değişiklikleri yapabilecek ve yargı organları, ülke genelinde uygulama birliğini sağlamak üzere yerleşik içtihatlar oluşturabileceklerdir.

### 3.2.4.2. Çözüm Önerileri

#### 3.2.4.2.1. 4054 Sayılı Kanun İle Uyumsuz Mevzuatın Düzeltilmesi

Kamu kuruluşlarına piyasaya müdahale olanağı veren hukuki düzenlemelerin, devletçi politikaların izlendiği dönemde çıkarılmış, çoğu eski tarihli yasalardan kaynaklandığı dikkate alınırca,<sup>255</sup> bunların değiştirilerek 4054 sayılı Kanun ile uyumlu hale getirilmesi gerekecektir.<sup>256</sup> Zira durum bu iken, kamu kuruluşlarının rekabet ihlallerinde yaşanan sorunlara *de lege lata* bir çözüm bulmak mümkün görünmemektedir.

İnan “*Mesela bir devlet kuruluşuna pazarda işlem gören bir ürünün fiyatını belirleme yetkisi verilmişse, tabii bu kural önce uygulanacaktır. Bunun fiyat belirleme olduğu açıktır, ancak yapacak bir şey yoktur*” dedikten sonra çözümü, “*Yapılacak iş, bunun rekabet politikasına uygunluğunun saptayıp rekabet kurulu açısından devlete ya da hükümete gereken önerileri*” götürmek olarak belirlemiştir.<sup>257</sup>

Arz miktarı, fiyat ve kalite gibi ekonomik parametrelerin Bakanlar Kurulu, bakanlık, belediye gibi ekonomik hayatta doğrudan faaliyet göstermeyen kamu kuruluşları tarafından belirlenmesini öngören veya piyasaya giriş engeli yaratan ya da başka bir suretle rekabet ihlallerine yol açan yasal düzenlemelerin değiştirilmesi,<sup>258</sup> hem kamu kuruluşlarına karşı 4054 sayılı Kanun kapsamında

<sup>255</sup> Eğerci 2005, s.33.

<sup>256</sup> Mevzuatta yer alan ve 4054 sayılı Kanun ile uyumsuz birtakım yasal ve idari düzenlemeleri gösteren bir çalışma için bkz. “*Rekabet Kulları ile Uyumlu Olmayan Mevzuat Listesi*” Rekabet Dergisi, Sayı:9, Ankara 2002.

<sup>257</sup> İnan 1999, s.12.

<sup>258</sup> Rekabet Kurumu'nun 2. Yıllık Raporu'nda rekabeti bozucu nitelik taşıyan asgari ücret tarifeleri ile ilgili olarak “*serbest meslek mensupları arasında rekabeti ortadan kaldıran... kaynağını bir yasadan alan düzenlemeler için süratle söz konusu yasaların değiştirilmesi yoluna gidilmelidir.*” denilerek, Kurul tarafından da bu çözüm yolunun benimsendiği ileri sürülebilir. Rekabet Kurumu (2000), s.24.

işlem yapılamayan durumların azalmasında, hem de 4054 sayılı Kanun ile bu Kanunla uyumsuz mevzuat arasında özel kanun-genel kanun tartışmasının sona erdirilmesinde yarar sağlayacaktır.<sup>259</sup>

Kanımızca sorunun genel kanun, özel kanun ilişkisi ile çözülmeye çalışılması, yetersiz sonuçlar vermesi kadar bizzat bu düşüncenin kendisi sorunlara yol açmaktadır. İki norm arasında çatışma gerçekleştiği zaman sonraki özel kanunun, önceki genel kanununun ilgili hükmünü zimnen yürürlükten kaldırdığı kabul edilse bile, rekabeti bozucu hükümler içeren kanunlar karşısında 4054 sayılı Kanunun genel kanun mu yoksa özel kanun mu olduğu sorununa ek olarak,<sup>260</sup> 4054 sayılı Kanun kapsamında olmayan ancak rekabeti bozucu sonuçlara yol açan kanunlar veya diğer düzenlemeler için de bir çözüm yolu bulunamayacaktır.<sup>261</sup>

#### 3.2.4.2.2. Kurul'un Görüş Bildirmesi

4054 sayılı Kanun uyarınca, Devletin yasa ve diğer mevzuatla veya yürütme organı olan Bakanlar Kurulu kararları ile rekabeti bozucu uygulamalarda bulunması halinde Rekabet Kurulu'nun, Kanun'un 27 nci maddesinin (g) bendi uyarınca ilgili mevzuatta değişiklik yapılmasını bildirme görevi bulunmaktadır.<sup>262</sup> Kurul, görüşlerini yasal veya idari düzenlemelerin hazırlık aşamasında doğrudan veya Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın talebi üzerine de bildirebilmektedir.

Kurul'un görüş bildirme yetkisini kullanması rekabeti bozucu etki doğuran kanun, tüzük, yönetmelik, tebliğlerin vb. değiştirilmesi bakımından olumlu bir gelişme olacağı kadar, bu yetkinin soruşturma kapsamında da

<sup>259</sup> Bu tartışma için bkz. İnan 1999, s.20 v.d; Özden 2004, s.64-67; Aslan 2006, s.33 v.d. Kanımızca bu tartışma Türk rekabet hukukuna özgü olup, AT uygulamasında AT hukukunun üye devletlerin hukukuna üstünlüğü ilkesinin (*supremacy*) bir sonucu olarak, Roma Antlaşması'nın rekabet kurallarının uygulanacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

<sup>260</sup> Örneğin kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına asgari ücret tarifesi hazırlama yetkisi veren yukarıda sayılan birçok kanunun 4054 sayılı Kanundan önce çıkarılmasına rağmen, kanımızca 4054 sayılı Kanun karşısında özel kanun olması sonucu, 4054 sayılı Kanun ile bu kanunlar arasındaki uyumsuzluğun bu yolla giderilmesi mümkün olmayacaktır.

<sup>261</sup> Örneğin 233 sayılı KHK ile Bakanlar Kurulu'nun kamu iktisadi teşebbüslerinin ürettiği mal veya hizmetlerin fiyatını belirleme yetkisi, Bakanlar Kurulu'na tanınan bir kamusal yetki olduğundan 4054 sayılı Kanun kapsamında ele alınamayacak, ancak bu durum fiyatların maliyetlerin altında belirlenmesi halinde piyasada rekabetin bozulması sonucunu değiştirmeyecektir. Söz konusu düzenlemenin bir KHK olmasının yanı sıra, 4054 sayılı Kanundan önce çıkarılması sonucu, bu iki düzenlemenin arasındaki uyumsuzluğun bu yolla giderilmesi mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla kendi içinde sorunlar barındıran özel kanun-genel kanun uygulamasının, kamu kuruluşlarının rekabeti bozucu davranışlar gerçekleştirerek piyasada olumsuz sonuçlar yaratmaları gibi son derece önemli bir soruna çözüm olmakta yetersiz olduğu ortadadır.

<sup>262</sup> Rekabet Kurumu (2003), s.97.

kullanılabilmesi sonucu,<sup>263</sup> rekabet ihlali gerçekleştiren kamu kuruluşları bu durumun farkına varabilecek ve bu davranışlarına son verebileceklerdir. Bu bağlamda Kurul'un, bağımsız idari otoritelerin çıkardıkları bazı düzenleyici işlemlerin, rekabeti bozucu etkiler doğurabilecek nitelikte olması sonucu ilgili kamu kuruluşuna görüş bildirmesiyle birlikte, söz konusu düzenlemenin değiştirildiği görülmektedir.<sup>264</sup>

Çoğu kararında Rekabet Kurulu'nun, rekabeti ihlal eden kamu teşebbüslerine veya kamu kuruluşlarına; ihlale nasıl son verilip, rekabet ortamının ne şekilde tesis edileceği hakkında görüş bildirmesi sonucu, rekabet ihlalinin sona erdirildiğine de rastlanmaktadır. Nitekim Kurul'un BELKO'ya ilişkin olarak görüş bildirdiği Ankara Valiliği Hıfzısıhha Kurulu, Rekabet Kurulu görüşü doğrultusunda 02.11.2001 tarihli kararıyla, daha önce yaptığı idari işlemi geri alarak kömür satışında BELKO'nun sahip olduğu tekeli ortadan kaldırmıştır.<sup>265</sup>

### **3.2.4.2.3. Kurul'un İdari Yargıda İptal Davası Açabilmesi**

Kurul'un bazı kararlarında, kamu teşebbüsleri ve kamu kuruluşlarının rekabeti bozucu davranışlarının kaynağının bir düzenleyici veya bireysel idari işlem olabildiği görülmektedir. Bu taktirde kendisi bir idari organ olan Rekabet Kurumu'nun, başka bir idari organın düzenleyici veya bireysel idari işlemi iptal etmesi veya başka bir yolla ortadan kaldırması söz konusu olamaz. Ancak bu durum karşısında, piyasada gerçekleşen rekabeti bozucu etkiler giderilemeyecektir.

Burada yapılması gereken, 4054 sayılı Kanuna aykırı bir düzenleyici veya bireysel idari işleme karşı idari yargıda iptal davası açarak, söz konusu düzenlemenin ortadan kaldırılmasını sağlamaktır. Doktrinde, Kurul'un idari yargıda iptal davası açmak için İdari Yargılama Usulü Kanunu uyarınca "menfaati" olup olmadığı konusunda duraksama yaşanmaktadır.<sup>266</sup> Aslan'a göre

<sup>263</sup> 4054 sayılı Kanunun 9. maddesinin 1. fıkrasına göre "Kurul... bu Kanunun 4, 6 ve 7 inci maddelerinin ihlal edildiğini tespit ederse ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir kararı bildirir."

<sup>264</sup> Bkz dn. [220](#)

<sup>265</sup> Rekabet Kurumu (2001), 3.Yıllık Rapor, Ankara, s.45. Ayrıca bkz. "Belko Tekeli Kırılıyor" 05.11.2001 tarihli Sabah gazetesi.

<sup>266</sup> 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2 maddesinin (a) bendine göre "İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve makat yönlerinden dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından" iptal davası açılacaktır. Bu ibareden "menfaati olma" koşulunun, iptal davası açılabilmesi için bir dava şartı olduğu anlaşılmaktadır. Bu konu hakkında daha fazla bilgi için bkz. GÖZÜBÜYÜK Ş. ve TAN, T. (2003), İdare Hukuku Cilt: 2, İdari Yargılama Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, s.337 v.d.

Kurul'un, bir idari işlemin 4054 sayılı Kanuna aykırılığının giderilmesi nedeniyle iptali için dava açmaya yetkili olup olmadığı tartışmalıdır.<sup>267</sup> Gürzumar ise Kurul'un, temsil ettiği menfaat kıstası bakımından, kamusal menfaate dayanarak Danıştay'da iptal davası açabilmesinin mümkün olması gerektiğini ileri sürmüştür.<sup>268</sup>

Uygulamada Kurum'un iptal davası açtığına rastlanmaktadır. Rekabet Kurumu, yukarıda incelenen TMMOB'ye asgari ücret tarifesi hazırlama yetkisi veren düzenleyici işlem niteliğindeki "Mimarlık Mühendislik Hizmetleri ve Asgari Ücret Asgari Çizim ve Düzenleme Esasları Yönetmeliği"nin bazı hükümlerinin iptali için Danıştay'da dava açarak,<sup>269</sup> yasal dayanağı bulunmayan ilgili yönetmelik hükümlerinin, 4054 sayılı Kanuna aykırı olduğu gerekçesiyle iptalini istemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi, Kurum'un 4054 sayılı Kanuna aykırı düzenlemelerin iptali istemiyle dava açmakta subjektif ehliyetinin olduğuna kanaat getirmiş,<sup>270</sup> ancak Danıştay "4054 sayılı Kanun hükümlerinin ihlali halinde yaptırım uygulama yetkisi bulunan Kurum'un, TMMOB'ce yapılan düzenlemelerin rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı olduğu ileri sürülerek iptalleri için dava açmakta ehliyeti bulunmamaktadır." diyerek davayı ehliyet yönünden oy çokluğu ile reddetmiştir.<sup>271</sup> Karara karşı oy yazan üyeler ise,

<sup>267</sup> Aslan 2005, s. 60.

<sup>268</sup> Gürzumar 2007, s.91. Benzer şekilde Eğerci de Kurum tarafından ilgili düzenlemeler aleyhine, 4054 sayılı Kanuna aykırı olduklarından bahisle iptal davası açılmasına engel bir durum bulunmadığını ifade etmiştir. Eğerci 2005, s.275.

<sup>269</sup> 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24. maddesinin 1 fıkrasının (c) bendine göre "Bakanlıkların düzenleyici işlemleri ile kamu kuruluşları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca çıkarılan ve ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemlere" karşı açılacak iptal davaları, ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülür.

<sup>270</sup> "İptal davalarındaki subjektif ehliyet koşulu, doğrudan doğruya hukuk devletinin yapılandırılması ve sürdürülmesine ilişkin bir sorundur. Dolayısıyla subjektif ehliyet koşulunun, idari işlemlerin hukuka uygunluğunun iptal davası yoluyla denetlenmesini engellemeyecek bir biçimde anlaşılması gerekmektedir... Ayrıca iptal davaları ile idari işlemlerin hukuka uygun olup olmadığının saptanmasına, hukukun üstünlüğünün sağlanmasına, böylece de idarenin hukuka bağlılığının belirlenmesine, sonuçta hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilebilmesine olanak sağladığından, bu davalarda menfaat ilişkisinin bu amaç doğrultusunda yorumlanması gerekmektedir... Rekabet Kurumu'nun... doğrudan dava açma konusunda, subjektif ehliyetinin varlığı kabul edilmek suretiyle... dava açmasının mümkün olması gereklidir."

<sup>271</sup> 16.11.2007 tarih ve E.2007/10830, K. 2007/7326 sayılı Danıştay 13.Daire kararı. Rekabet Kurumu, 13. Dairenin bu kararını 07.01.2008 tarihinde temyiz etmiş, ancak çalışmamızın hazırlandığı sırada dosyanın görülmesine İdari Dava Daireleri Genel Kurulu nezdinde devam edildiğinden, söz konusu karar henüz kesinleşmemiştir.

tetkik hakiminin düşüncesindeki gerekçelere de uygun olarak, Kurum'un dava açma ehliyetinin bulunduğunu ileri sürmüştür.<sup>272</sup>

Kamu kuruluşlarının rekabeti bozucu davranışlarının dayanağının düzenleyici veya bireysel idari işlemler olması karşısında, 4054 sayılı Kanun kapsamında bir işlem yapılamaması ve konunun kendi önüne gelmesi sonucu, Danıştay'a da görev düşecektir. Başka bir deyişle, kamu kuruluşlarının rekabet ihlallerinin önlenmesinde Danıştay da, en az Kurul kadar aktif rol üstlenmeli ve çözümün bir parçası olmalıdır.<sup>273</sup> <sup>274</sup> Örneğin bu durumda Danıştay, 4054 sayılı Kanuna uygun bir çözüm yolu geliştirebilir.

Ancak bu karardan da açıkça ortaya çıktığı üzere, Kurum'un dava açarak, 4054 sayılı Kanuna aykırı olarak rekabeti bozucu sonuçlar yaratan düzenleyici veya bireysel idari işlemlerin iptalini sağlaması, *de lege lata* mümkün görülmemektedir. Dolayısıyla 4054 sayılı Kanunda değişiklik yapılarak, açık bir şekilde, Kurul'un iptal davası açmaya yetkili olduğu düzenlenmelidir.<sup>275</sup>

<sup>272</sup> "...rekabete aykırılığın tespiti halinde Kurum'a verilen görev ve yetkiler kapsamında gerekli idari yaptırımların uygulanması gerekmekte; bu durumda da, mal veya hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı davranışlara yönelik olarak gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasının sağlanması, bu piyasaların serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde teşekkülünün ve gelişiminin temini ile bu Kanunun uygulanmasını gözetmek ve Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirmek üzere kurulan Rekabet Kurumu'nun, bu davada dava ehliyetinin bulunduğu anlaşılmaktadır... davanın ehliyet yönünden reddine ilişkin karara katılmıyoruz."

<sup>273</sup> Gürzumar, Kurul'un verdiği kararların ezici bir çoğunluğunun Danıştay'da usulşekil incelemesini aşmadığını, bu incelemeyi aşanların ezici çoğunluğunun ise Danıştay tarafından onandığını ileri sürmüştür; Türkiye'de maddi rekabet hukukunun genel normların somutlaştırılması suretiyle yaratılmasında Danıştay'ın rolünün ikinci planda kaldığını vurgulayarak Danıştay'ın Kurul kararlarını incelemesindeki mevcut durumunu yetersiz bulmuştur. Gürzumar 2007, s.111. Tan ise Danıştay kararlarında öne çıkanın, rekabetin korunmasından çok genel anlamda kamu düzeninin korunması olduğunu ifade etmiş ve kamu yararının varlığı halinde, rekabeti bozucu sonuçların ihmal edebileceğini ileri sürmüştür. Tan 2004, s.60. Dolayısıyla, Kurul kararlarının Danıştay incelemesi sırasında birtakım sorunlar yaşandığı görülmektedir. Kamu kuruluşlarının rekabet ihlallerinin önlenmesi için yaşanan bu sorunların da çözüme kavuşturulması gerekmektedir.

<sup>274</sup> Ancak bu konuda olumsuz bir görüş olarak Rekabet Kurumu gibi bağımsız idari otoritelerin kararlarının Danıştay tarafından incelemesinin pek de sağlıklı olmayacağı ve bu durumun bu tür kuruluşların anlamını ortadan kaldıracığı da ifade edilmektedir. Ulusoy, rekabet ihlallerini Türkiye'de tespit etmeye en yetkili makamın Rekabet Kurulu olduğunu, bu konudaki bir kararın Danıştay'ın önüne geldiğinde Danıştay'ın esastan karar vermesinin mümkün olmadığını savunmaktadır. Eğerci 2005, s.295 dn. 970.

<sup>275</sup> Kurul BBD-YAYSAT-BİRYAY (III) kararında, daha önce hakkında iki kez karar vermesine rağmen 4054 sayılı Kanunun 4. maddesine aykırı nitelik taşıyan Ana sözleşme hükümlerinde bir değişiklik yapmayarak Kurul kararının gereğini yerine getirmek istemeyen BİRYAY hakkında "hukuki ihlale son verilmesini sağlamak amacıyla... dava açma yoluna gidilmesine" karar

Hemen belirtelim, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağı'nın 6. maddesinde “*Kurum, mal veya hizmet piyasalarında rekabeti engelleyici, sınırlayıcı veya bozucu etkiye sahip idari işlemleri veya düzenlemeleri tespit etmesi halinde, söz konusu işlemlerin veya düzenlemelerin bir kısmının veya tamamının iptali için yargı yoluna gidebilir.*” hükmü yer almaktadır. Tasarının bu haliyle yasalaşmasıyla Kurul’a, düzenleyici veya bireysel idari işlemlere karşı idare mahkemeleri veya Danıştay nezdinde açtığı iptal davalarında subjektif ehliyet tanınmış olacaktır.

#### 3.2.4.2.4. Teşebbüs Tanımının Değiştirilmesi

Kamu kuruluşlarının 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesi sürecinde sorun yaşanmasına yol açan bir diğer neden de teşebbüs tanımından kaynaklanmaktadır. Esasen bu neden Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne Katılım Sürecine İlişkin 2002 Yılı İlerleme Raporu'nda da dile getirilmiştir.<sup>276</sup>

Selçuk, Kanunun kaleme alınış tarzında “*teşebbüsler arası rekabeti sınırlayıcı anlaşma*”, “*bir teşebbüsün hakim durumunu kötüye kullanması*” veya “*teşebbüslerin birleşmesi*” gibi ibarelere yer verildiğini, bu nedenle de kamu kuruluşlarının gerçekleştirdiği rekabeti bozucu davranışlarda “*Bakanlık teşebbüs müdür değil midir?*” gibi gereksiz tartışmalara ve uygulamalara yol açabilme riski taşıdığını ve bunun bir faydasının da olmadığını ileri sürmüştür.<sup>277</sup>

---

vermiştir. (06.11.2002, 02-68/821-333) Kurul bu kararı uygulamaya geçirmiş ve kuruluş amacı 4054 sayılı Kanuna aykırı olan söz konusu teşebbüsün, butlanının tespit edilmesi için dava açmıştır. Davayı bakan Bakırköy 2. Asliye Ticaret Mahkemesi “*...davalı şirketin ana sözleşmesinin 4054 sayılı Kanunun emredici hükümlerine aykırı olduğu açık ve sabittir... MK m.47/2’de öngörülen “amacı hukuka ve ahlaka aykırı olan kişi ve mal toplulukları tüzel kişilik kazanamaz” ve Borçlar Kanunu m.19/2’de kanunun emredici hükümlerine aykırı sözleşmelerin geçerli olmayacağı temel norm olarak kabul edilmiştir.*” diyerek davayı kabul etmiş ve BİR-YAY’ın butlanının tespitine karar vermiştir. (18.06.2008, E.2007/96, K.2008/320) Kararı BİR-YAY temyiz etmiş; çalışmamızın hazırlandığı sırada dosyanın görülmesine Yargıtay nezdinde devam edildiğinden, söz konusu karar henüz kesinleşmemiştir. Böylece Rekabet Kurumu -karar henüz kesinleşmese de- adli yargıda açtığı bir dava ile 4054 sayılı Kanuna aykırı bir durumun ortadan kaldırılmasını sağlamıştır. Kanımızca idari yargıda da 4054 sayılı Kanuna aykırı durumların ortadan kaldırılmasını sağlamak amacıyla, Rekabet Kurumu’na subjektif ehliyet tanımak yerinde olacaktır.

<sup>276</sup> “*Rekabet Kurumu, teşebbüs tanımını kamu kurumlarını da içine alacak şekilde daha geniş yorumlamalı ve taktir yetkisini, rekabet hükümlerini kamu tarafından kontrol edilen sektörlerde uygulayabilmek için daha fazla kullanmalıdır.*” Selçuk 2004, s.84, dn.73.

<sup>277</sup> Selçuk 2004, s.75. Selçuk’un tespitlerinin isabetli olduğunu gösterir nitelikte Kurul’un DHMİ (I) ve DHMİ (II) kararlarında bir kamu iktisadi teşebbüsü olan Devlet Hava Meydanları İşletmesi’nin (DHMİ) gerçekleştirdiği davranışların 4054 sayılı Kanuna tabi olup olmadığı noktasında farklı sonuçlara ulaşılmıştır. 233 sayılı KHK’ya uygun olarak bir kamu iktisadi teşebbüsü olan DHMİ’nin, 4054 sayılı Kanuna tabi ve bağımsız karar verebilen bir teşebbüs

Çözüm olarak ise teşebbüs kavramındaki “kişi odaklı” inceleme yerine “eylem odaklı” bir incelemenin benimsenmesini önermiş, böylece davranışı gerçekleştiren kamu kuruluşunun “statüsünün tespiti” yerine, bu davranışın “etkilerinin tespiti” noktasına gelineceğini belirtmiştir.<sup>278</sup> Dolayısıyla kamu kuruluşlarının davranışlarının da 4054 sayılı Kanun kapsamında incelenebilmesi ve bunlara rekabeti bozucu nitelikte olduğu hallerde yaptırım uygulanabilmesi için teşebbüs tanımının tümünden kaldırılarak, olay bazında bir değerlendirme

olduğu vurgulanan DHMİ (I) kararına göre, AT hukuku terminolojisine de uygun olarak, “genel ekonomik menfaate yönelik hizmetler” sunduğu ifade edilen DHMİ, “4054 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde bir teşebbüstür.” Bu kararda DHMİ tarafından düzenlenen “Yer Tahsis Tarife”si uyarınca DHMİ’nin eşit durumdaki alıcılara, aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı fiyat tarifeleri uygulayarak, “hakim durumunu kötüye kullanmak suretiyle 4054 sayılı Kanunun 6. maddesini ihlal edilebileceğine” karar verilmiş, ancak ceza verilmeyerek, DHMİ’nin söz konusu Tarifede yer alan bazı hükümlerde değişiklik yapmasına karar verilmiştir. DHMİ (I) kararı (04.07.2007, 07-56/668-231). İkinci kararda ise ilk karara göre çok farklı bir sonuca ulaşılmış ve “Esasen, Kurul tarafından alınan çeşitli kararlarda DHMİ 4054 sayılı Kanun kapsamında bir “teşebbüs” olarak kabul edilmiştir. Önceki Kurul kararlarındaki maddi unsurların tekrar ettiği vakalarda DHMİ’nin teşebbüs kabul edileceği muhakkaktır; ancak tetkik konusu somut vakada DHMİ bir teşebbüs olarak değil bir düzenleyici olarak rol oynamıştır.” denmiştir. Bu karara konu olan olay ise Ankara Esenboğa Havaalanı’nın Yap-İşlet-Devret yolu ile inşa edilmesine yönelik “Esenboğa Hava Limanı Yeni İç-Dış Hatlar Terminal Binası ve Müteahhdimlerine Ait İhale Şartnamesi” ve ekindeki DHMİ tarifeleri uyarınca, otopark ücretinin bizzat DHMİ tarafından belirlenmesidir. Ayrıca kararda, Selçuk’un da ifade ettiği gibi Kanunun kaleme alınış tarzında ağırlıklı olan unsurun teşebbüs kavramı olduğu vurgulanmış ve “Öte yandan, idare olarak karar veren DHMİ ile TAV Esenboğa arasında akdedilen Sözleşme Kanun’un 4. maddesi kapsamında da değerlendirilemez. Zira anılan Kanun maddesi teşebbüsler arası anlaşmaları içermektedir.” denilmiştir. DHMİ (II) kararı (13.04.2009, 09-14/315-79) Aslında her iki kararda da DHMİ’nin, bir kamu iktisadi teşebbüsü olsa da, kamusal yetki kullanarak düzenlediği tarifeler bulunmasına rağmen, ilk kararda teşebbüs kabul edilip ikinci kararda ise böyle kabul edilmemesinde isabet bulunmamakta, her iki kararda da DHMİ’nin 4054 sayılı Kanun uyarınca teşebbüs kabul edilmesi gerekmektedir. Bu kararlarda DHMİ teşebbüs müdür, değil midir gibi gereksiz tartışmalar yapılmak durumunda kalmış ve Kurul, 4054 sayılı Kanunun kaleme alınış tarzının sonucu olarak, mevcut rekabet ihlalinin zarar gören ilgililerin durumunun ne olacağı konusunda bir çözüm getiremeden soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar vermek zorunda kalmıştır. Esasen rekabet ihlalinin yol açtığı adil olmayan bu duruma DHMİ (II) kararının raportörleri de değinerek “Kati fiyatları belirleyen T.C. Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü, (DHMİ)’nin ilgili hizmet pazarında hizmet pazarlayan bir birim olmaması nedeniyle bir teşebbüs olarak kabul edilmesinin 4054 sayılı Kanun’un ilkeleriyle uyumlu olmayacağı; ancak idari otorite tarafından belirlenen kati fiyatın gözle görülür şekilde ilgili hizmet piyasasında aksaklık oluşturduğu ve tüketici refahı kaybına neden olduğu” şeklinde görüş bildirmişlerdir. Bu yüzden 4054 sayılı Kanundaki teşebbüs tanımının değiştirilmesi, hem kamu kuruluşlarının hem de bu iki karardan da görüldüğü üzere kamu teşebbüslerinin rekabet ihlallerinin önlenmesi ve ortaya çıkan gayri adil sonuçların giderilmesi açısından yerinde olacaktır.

<sup>278</sup> Selçuk 2004, s. 75.

yapılması uygun bir çözüm olabilecektir. Mevzuat hukuku uygulaması gibi, her somut olayın özelliklerine göre hareket etmek ve teşebbüs kavramını dar kalıba sokmamak uygun olacaktır.<sup>279</sup>

Bu değişikliğin kamusal yetkiyle yapılan rekabet ihllalleri önlemesi konusunda bir etkisi olmasa da, örneğin belediyenin 5395 sayılı Belediyeler Kanunu'nun 15. maddesinin (p) bendi uyarınca toplu taşıma araçlarının bilet ve ücret tarifelerini belirlemesi, en azından kamu kuruluşlarının bizzat iktisadi hayatta yer alarak faaliyet göstermesi durumunda, örneğin belediyenin, bir belediye iktisadi teşebbüsü aracılığı ile değil de bizzat toplu taşıma hizmeti vermesi, olay bazında değerlendirilerek teşebbüs sayılması mümkün olacaktır.<sup>280</sup>

Yukarıda değinilen 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağı'nın 1. maddesinde düzenlenen teşebbüs tanımının bu bağlamda bir çözüm getirdiğini söylemek mümkün değildir. Zira tanımdaki tek farkın gerçek veya tüzel kişilik ibaresinin kaldırılması olduğundan, hukuken kamu tüzel kişiliği haiz kamu teşebbüsleri veya kamu kuruluşlarının Kanun nezdinde teşebbüs sayılmasında veya sayılmamasında bir etkisi olmayacaktır. Gerek mevcut halinin gerekse değişiklik öngören halinin kamu kuruluşlarını kapsayamaması; kamu teşebbüsleri açısından da esas sorunun, Taslakta aynen benimsenen, bağımsızlık unsuruyla ilgili olması sonucu, kanımızca kamu kesiminin rekabet ihllallerini önlemede yeni tanım da yetersiz kalacaktır.

<sup>279</sup> Sanlı 2000, s.61 dn.176.

<sup>280</sup> Yukarıda değinilen Kurul'un Pınarlı Belediyesi kararında (20.02.2003, 03-11/126-59) bu durum yaşanmıştır. Şikâyet dilekçesinde Pınarlı Belediyesi'nin belediyeye ait araçlar ile taşımacılık yaptığı ve yolcu bilet ücretlerini yetişkinler için 600.000TL'den 100.000 TL'ye; öğrenciler için ise 400.000TL'den 50.000TL'ye düşürmesi sonucu yıkıcı fiyat uyguladığı iddialarına yer verilmiştir. Raportörlerin görüşünde, söz konusu eylemin 4054 sayılı Kanunun 6. maddesi uyarınca incelenmesi için önaraştırma açılması gerektiği ifade edilmiş, Kurul tarafından yapılan değerlendirmede ise "*Dosya mevcudu bilgi ve belgeler çerçevesinde, Belediye'nin, 4054 sayılı Kanun'un 3. maddesi anlamında bir "teşebbüs" olmaması dikkate alınarak, iddialara yönelik bir önaraştırma yapılmasına veya soruşturma açılmasına yer olmadığı kanaatine*" varılmıştır. Böylece piyasada hizmet satan belediyenin yaptığı bu davranış, sırf 4054 sayılı Kanunun teşebbüs tanımına uymadığı gerekçesiyle- ki bu gerekçe de açıkça belirtilmemiş, hangi açıdan tanıma uymadığı örneğin bağımsız mı olmadığı yoksa ekonomik bütünlük sahibi mi olmadığı vb. dile getirilmemiştir- rekabet kuralları nezdinde değerlendirilmemiştir. Bu kararın mefhumu muhalifinden 4054 sayılı Kanunun mevcut teşebbüs tanımı olmasaydı, belediyenin bu eyleminden dolayı kanun kapsamında değerlendirilebileceği sonucu çıkmaktadır.

### 3.2.4.2.5. Düzenleyici Etki Analizi Uygulanması

Düzenleyici etki analizi<sup>281</sup> kamu kuruluşlarının başarılı politikalar geliştirmesi ve daha iyi düzenlemeler yapabilmesi için kilit bir araçtır. Düzenleyici müdahalelerle, ekonomik ve sosyal alanlarda daha iyi sonuçlara ve karar almada daha iyi süreçlere katkıda bulunabilir. Dolayısıyla düzenleyici etki analizi ile kanun, kanun hükmünde kararname, yönetmelik ile Başbakanlıkça uygun görülecek diğer düzenleyici işlemlerin niteliğinin artırılması<sup>282</sup> ve diğer düzenlemelerle tutarlı bir hale getirilmesi sağlanabilir.

İlk önce sorunun ve bu sorunun çözümü için hedeflerin belirlenmesi ile başlayan, alternatif çözüm yollarını gösteren, bunların etkilerini değerlendiren ve avantaj ve dezavantajlarını ortaya koyan, danışma ve katılım süreci içeren ve tüm bunların sonunda ortaya çıkan düzenleyici etki analiziyle, kamu kuruluşlarının rekabeti bozucu davranışlar gerçekleştirmesine yol açan düzenlemeler daha yürürlüğe girmeden engellenebilecektir.

<sup>281</sup> 2000 yılında Avrupa Konseyi Lizbon zirvesi ile başlatılan ‘Daha İyi Düzenleme Çalışmaları’na paralel olarak, ülkemizdeki düzenleyici çerçeveyi iyileştirmek, bakanlıklar ile diğer kamu kuruluşlarınca yapılacak düzenlemelerin kalite kontrolünü gerçekleştirmek gibi amaçlarla 2004 yılında ‘Daha İyi Düzenleme Çalışma Grubu’ oluşturulmuştur. TEPAV’ın eğitim konusunda danışmanlığını üstlendiği bu çalışma grubu, kamu kuruluşlarınca uygulanacak olan ‘‘Düzenleyici Etki Analizi Rehberi’’ni oluşturmuş ve 03.04.2007 tarihli ve 26482 sayılı RG’de yayımlanan 2007/6 sayılı Başbakanlık Genelgesi ile söz konusu rehber, mevzuatımızın bir parçası haline gelmiştir. Buna göre 17.02.2007 tarihinden itibaren hazırlanacak kanun ve kanun hükmünde kararname ile Başbakanlıkça uygun görülecek diğer düzenleyici işlemler için Düzenleyici Etki Analizi yapılması öngörülmektedir. Ayrıca düzenleyici etki analizi uygulamasının hayata geçirilmesini temin etmek amacıyla 08.09.1992 tarihli ve 21339 sayılı RG’de yayımlanan ‘‘Kanun Hükmünde Kararname, Tüzük ve Yönetmelik Tasarılarının Hazırlanmasına İlişkin Esaslar Yönetmeliği’’ni yürürlükten kaldırılmış ve yerine 17.02.2006 tarihli ve 26083 sayılı RG’de yayımlanan, düzenleyici etki analizi uygulamasını da içeren ve belli şartlarla yapılmasını zorunlu dahi tutan ‘‘Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik’’ çıkarılmıştır. Söz konusu yönetmeliğin 3. maddesinde düzenleyici etki analizi ‘‘Taslağın bütçeye, mevzuata, sosyal, ekonomik ve ticari hayata, çevreye ve ilgili kesimlere etkilerinin ne olacağını göstermek üzere hazırlanan ön değerlendirme’’ olarak tanımlanmış; 24. maddesinde de ‘‘Yürürlüğe konulması hâlinde etkisinin on milyon YTL’yi geçeceği tahmin edilen kanun ve kanun hükmünde kararname tasarıları için düzenleyici etki analizi yapılması’’ zorunlu tutulmuştur. Bu Yönetmeliğin sadece bir maddesinin düzenleyici etki analizine ayrılması ve daha çok usul, yazım kuralları, atıflar gibi şekli unsurlara yer verilmesi sonucu, düzenleyici etki analizi uygulamasını asıl gösteren mevzuat, bu yönetmelikten sonra çıkarılan 2007/6 sayılı Genelge olmuştur.

<sup>282</sup> Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı (TEPAV), Düzenleyici Etki Analizi Rehberi, 2004, s.2 Kaynak:

[http://www.tepav.org.tr/tur/admin/dosyabul/upload/Duzenleyici\\_Etki\\_Analizi\\_Rehberi.pdf](http://www.tepav.org.tr/tur/admin/dosyabul/upload/Duzenleyici_Etki_Analizi_Rehberi.pdf)

Erişim Tarihi: 13.04.2009.

Böylece, bir düzenleme yapılmadan önce 4054 sayılı Kanunun yasakladığı davranışlar dikkate alınıp buna göre bir değerlendirme yapıp, 4054 sayılı Kanun ile uyumsuz olası düzenlemeler önlenebilecektir. Örneğin kamusal yetkiye dayanarak gerçekleştirilen işlemlerin kaynağı olan düzenlemelere 4054 sayılı Kanun uyarınca müdahalede bulunulamaması bir sorun oluşturduğundan, bu sorunun belirlenmesinden sonra ikinci adım olarak, bu tür işlemleri içeren düzenlemeler yapmaktan kaçınmak veya kamu teşebbüslerinin kendi iradeleri ile karar almalarını sağlayacak düzenlemeler yapmak suretiyle, söz konusu soruna alternatif çözüm yolları getirilip daha iyi düzenlemeler yapılabilecektir.

Sonuç olarak, başta bağımsız idari otoriteler olmak üzere, ilgili tüm kamu kuruluşlarının, yasama ve idari düzenlemelerin yapılması sırasında Rekabet Kurumu ile işbirliği içinde olması gerekmektedir. Zira bu sayede kamu kuruluşlarının rekabeti bozucu davranışları önlenebileceği gibi, sadece rekabeti bozucu davranışları yasaklayan ve bu yasakların ihlal edilmesi halinde de rekabet örgütü tarafından yaptırım uygulanmasını öngören kurallardan başka, geniş anlamıyla devletin piyasalarda rekabeti sağlamaya ve korumaya yönelik olarak aldığı bütün önlemleri ve bu amaca yönelik düzenlemeleri ifade eden bir rekabet politikası da oluşturulmuş olacaktır.<sup>283</sup>

Hemen belirtelim, konu ile ilgili olarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağı'nın 6. maddesinde "*Mal veya hizmet piyasalarında rekabet koşullarını etkileyecek olan ya da kamu teşebbüslerine veya özel teşebbüslere imtiyazlar veren mevzuatın veya piyasaların düzenlenmesine ilişkin hükümler içeren kanun, kanun hükmünde kararname, tüzük ve yönetmelik taslakları hakkında Kurum görüşünün alınması zorunludur.*" hükmü yer almaktadır. Kurum görüşünün bağlayıcı olup olmadığı ya da alınmaması halinde yaptırımının ne olacağı belirtilmese de, taslağın bu haliyle yasalaşması halinde; kanun, yönetmelik vb. taslaklarının, düzenleyici etki analizine göre oluşturulmalarına ek olarak, hazırlanmalarında Kurum'un da görüşü gerekecek, böylece Kurum'un da dahil olduğu düzenleme sürecinde 4054 sayılı Kanuna aykırı düzenlemeler daha yürürlüğe girmeden engellenebilecektir.<sup>284</sup>

<sup>283</sup> AŞÇIOĞLU ÖZ, G. (2000b), "Rekabet Hukuku ve Politikası", Danıştay 137.Yıl Sempozyumu, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara, s.101.

<sup>284</sup> Ayrıca, düzenleyici etki analizinin yukarıda değinilen "Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik" in 24. maddesine göre, yürürlüğe konulması hâlinde etkisinin on milyon YTL'yi geçeceği tahmin edilen kanun ve kanun hükmünde kararname taslakları için zorunlu tutulması karşısında, Taslağın bu miktarın altında kalan düzenlemeler için de Kurum'un görüşünü gerektirmesi, 4054 sayılı Kanuna aykırı düzenlemelerin engellenmesi hususunda etkili olacaktır.

## SONUÇ

4054 sayılı Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinde teşebbüs, "piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler" olarak tanımlanmıştır. Burada dikkat edilmesi gereken diğer bir husus da, 4054 sayılı Kanuna uyarınca yasaklanan davranışların ancak bir veya birden fazla 'teşebbüs' tarafından yapılması halinde Kanuna aykırı olacağıdır.

4054 sayılı Kanunda düzenlenen teşebbüs tanımında, lafzî itibariyle özel teşebbüs veya kamu teşebbüsü ayrımı yapılmamakta; Kanunun kapsamını düzenleyen 2. maddesinde de, kamu teşebbüsleri ile ilgili herhangi bir ibare yer almamaktadır. Ancak 2. maddenin gerekçesinde kamu teşebbüslerinin mal veya hizmet piyasalarında faaliyet gösterirken rekabet hukuku kurallarına tabi olacağını açık bir dille ifade etmiştir. Doktrinde de kamu teşebbüslerinin, tıpkı özel teşebbüsler gibi, rekabet hukuku kurallarına tabi olacağı konusunda bir duraksama olmayıp, yasal düzenleme ile fikir birliği içinde bulunduğu görülmektedir.

4054 sayılı Kanunun mehzazı olan Roma Antlaşması'nda, 4054 sayılı Kanunun aksine, teşebbüs tanımı yapılmamış; bu kavramın içinin doldurulması yargı kararları ve doktrine bırakılmıştır. ATAD'ın kararları sonucu, asıl önemli olanın teşebbüsün niteliği değil, yürüttüğü faaliyetler olduğu açıkça ifade edilmiştir. AT Hukuku uygulamasında kamu teşebbüsleri, özel veya inhisari hakka sahip teşebbüsler hatta teşebbüs faaliyetinde bulunan devlet organları dahi teşebbüs sayılarak Antlaşma hükümleriyle rekabet hukuku kurallarına tabi kılınmıştır. Buna tek istisna olarak, kamusal yetki kullanan devlet organları gösterilmiştir.

Devlet bir girişimci olarak, kamu iktisadi teşebbüsleri ve belediye iktisadi teşebbüsleri aracılığıyla mal ve hizmet piyasalarında faaliyette bulunmaktadır. Rekabet hukuku uygulaması açısından kamu teşebbüslerinin, kamu iktisadi teşebbüsü mü yoksa belediye iktisadi teşebbüsü mü olduğu önem taşımayıp, önemli olan teşebbüs niteliği taşıyıp taşımadıklarıdır

Ancak kamu iktisadi teşebbüslerinin faaliyetlerine, çoğu zaman merkezi idare tarafından müdahalelerde bulunduğuna görülmektedir. Bunun sonucu olarak, 4054 sayılı Kanunun 3. maddesinde yer alan 'bağımsız karar verebilen' ibaresinin, lâfzî ve katı bir yorumla uygulanması sonucu kamu iktisadi teşebbüslerini neredeyse bütünüyle Kanun kapsamı dışında bırakabileceği ifade edilmiş, rekabet kurallarının kamu teşebbüslerine uygulanamayacağını veya uygulanacağına ilişkin farklı görüşler doktrinde ileri sürülmüştür.

Kurul'un kamu teşebbüsleri hakkında verdiği kararlarında “*tek taraflı irade beyanı ile belirleyememe*”, “*serbestçe belirleyememe*” ve “*irade özgürlüğünü ortadan kaldırma*” gibi ibarelerin kullanılması sonucu kamu teşebbüslerine rekabet kurallarının uygulanması söz konusu olmayabilmektedir.

Kamu teşebbüslerinin rekabeti bozucu davranışları, büyük ölçüde, 4054 sayılı Kanunun 6. maddesinde düzenlenen hakim durumun kötüye kullanılması şeklinde gerçekleşmektedir. 6. madde ihlallerine kıyasla, Kanunun 4. maddesi açısından özellikle teşebbüsler arası anlaşma ve uyumlu eylem olmak üzere sınırlı bir ihlal görülmektedir. Teşebbüs birliği karar ve eylemleri açısından, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarının gerçekleştirdiği ihlallere rastlanmaktadır. 7. madde ihlallerinin ise kamu teşebbüsleri tarafından gerçekleştirilmesi pratik olarak mümkün değildir.

Kamu teşebbüsleri ile ilgili verdiği kararlar sonucu, Kurul'un kamu teşebbüslerine rekabet kurallarını uygulamak konusunda çekingen davrandığı eleştirilmektedir. Kurul'un kamu teşebbüsleri ve kendisine özel veya inhisari haklar bahşedilmiş teşebbüsler hakkında resen harekete geçerek verdiği önaraştırma veya soruşturma kararlarına rastlanılmadığı gibi yapılan şikâyet ve başvuruların büyük çoğunluğu hakkında da Kurul, önaraştırma veya soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar vermiştir.

Kamu kuruluşları açısından ise yaptıkları işlem veya gerçekleştirdiği faaliyete bakılarak, teşebbüs veya teşebbüs birliği niteliğine sahip olup olmadığı, Kurul tarafından somut olayda incelenecek ve teşebbüs (veya teşebbüs birliği) olmadığına karar verildiği zaman, rekabeti bozucu bir davranış gerçekleştirmiş olsa bile ilgili kamu kuruluşunun herhangi bir sorumluluğu doğmayacaktır. Zira 4054 sayılı Kanun'un 4. 6. ve 7. maddelerinde hep “teşebbüs” ibaresi kullanılmakta olduğundan, ilgili kamu kuruluşu eğer teşebbüs kabul edilmemiş ise bu maddeler uygulama alanı bulamayacaktır.

Kararlarında, ekonomik faaliyetin varlığı halinde Kurul'un, kamu kuruluşlarını teşebbüs sayma eğiliminde olduğu görülmektedir. Ancak kamu kuruluşlarının kamusal yetki kullanarak yaptıkları işlemlerin, 4054 sayılı Kanunun kapsamında değerlendirilmediği görülmektedir. Kamusal yetki kullanılarak yapılan işlemlerin rekabeti bozucu etki doğurması durumunda, Kurul'un bu duruma yaklaşımı, haklı olarak, ilgili kamu kuruluşuna rekabet ihlaline son verilmesi hususunda 27. maddenin (g) bendi uyarınca görüş bildirmektir.

Kamu kuruluşlarının rekabet ihlallerini incelerken, özellikle teşkilatını yeni oluşturduğu sırada verdiği kararlarında Kurul'un, “kamu hizmeti” veya “kamu yararı” gibi soyut ve sınırları belli olmayan nitelendirmelerde bulunarak,

bunları kararına dayanak olarak kullandığı görülmektedir. Kurul'un gerçekleştirdiği başka bir uygulama ise, yasal dayanak araştırmak suretiyle yetki incelemesi yapmaktır.

Rekabet Kurulu'nun özellikle kamu kuruluşları ile ilgili kararlarında birbirinden farklı uygulamalar benimsemesinin sonucunda, kamu kuruluşları rekabet ihlalleri açısından yaşanan sıkıntıların en temel nedeni Kurul'un bunlar hakkında karar verirken, daha önceden verdiği kararları dikkate almaması, bu yüzden de birbirleriyle çelişen kararların ortaya çıkmasıdır. Eğer Kurul, bunlar hakkında somut olayla sınırlı olmayan ortak bir uygulama ve kararlı bir tutum sergilerse, rekabeti bozucu davranışların kaynağının neler olduğu daha net ortaya çıkacak ve bunlara karşı yasama organı gerekli değişiklikleri yapabilecek ve yargı organları, ülke genelinde uygulama birliğini sağlamak üzere yerleşik içtihatlar oluşturabileceklerdir.

**KAYNAKÇA**

- AKERLOF, G. (1970), “The Market For ‘Lemons’: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol.84, No:3
- AKINCI, A. (2001), *Rekabetin Yatay Kısıtlanması*, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi, Ankara
- ARDIYOK, Ş. (2002), *Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli*, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi, Ankara
- ARDIYOK, Ş. et al (2007), *Enerji Hukuku Cilt: 1 Elektrik Piyasasında Rekabet ve Regülasyon*, Ekin Kitabevi, İstanbul
- ASLAN, İ. Y. (2006), *Rekabet Hukuku*, Ekin Yayınları, Bursa
- ASLAN, İ. Y. (2005), *Rekabet Hukuku, Teori Uygulama Mevzuat*, 3. Bası, Ekin Kitabevi, Bursa
- AŞÇIOĞLU ÖZ, G. (2000a), *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi, Ankara
- AŞÇIOĞLU ÖZ, G. (2000b), “Rekabet Hukuku ve Politikası”, *Danıştay 137. Yıl Sempozyumu*, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara
- AŞÇIOĞLU ÖZ, G. (2002), “Kamu Teşebbüsleri ve Rekabet Hukuku”, *Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı*, Cilt: 1, Ankara
- CARLTON, D. W. ve PERLOFF, J. M. (2005), *Modern Industrial Organization*, Pearson Addison Wesley Press, 4th Edition, USA
- CARROLL, S. L. ve GASTON, R. J. (1981), “Occupational Restrictions and Quality of Service Received: Some Evidence”, *Southern Economic Journal*, Vol.47, No.4
- CRAIG, P. ve DE BURCA, G. (2003), *EU Law Texts Cases and Materials*, Oxford University Press, Great Britain
- ÇAKAL, R. (1996), *Doğal Tekellerde Özelleştirme ve Regülasyon*, Devlet Planlama Teşkilatı Uzmanlık Tezi, Devlet Planlama Teşkilatı Yayınları No: 2455, Ankara
- ÇAMLICA, B. (1999), “Kamu İktisadi Teşekkülleri Rekabet Kanunu Uygulamasından Muaf Mıdır?”, *Rekabet Bülteni ESC Yayını*, Sayı:1, İstanbul

DURAN, L. (1982), İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul

EGE, Y. (2002), “Avrupa Birliği ve Türkiye’de Kamu Teşebbüsleri”, Yasal Tekeller ve Rekabet, *Rekabet Dergisi* Sayı: 9, Ankara

EĞERCİ, A. (2005), Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi, Ankara

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

FAULL, J. ve NIKPAY, A. (2007), *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, Second Edition, Great Britain

GOYDER, D. G. (2003), *EC Competition Law*, 4th Edition, Oxford University Press, Great Britain

GÖKDEMİR, B. (2008), Şebeke Suyu Sektöründe Serbestleşme ve Rekabet, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi, Ankara

GÖZLER, K. (2007), İdare Hukuku Dersleri, 5. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa

GÖZÜBÜYÜK, Ş. ve TAN, T. (2004), İdare Hukuku Genel Esaslar, Cilt: 1, Turhan Kitabevi, Ankara

GÜNDAY, M. (2003), İdare Hukuku, 7. Bası, İmaj Yayıncılık, Ankara

GÜRZUMAR, O. (2007), “Rekabet Hukukunun 10 Yılı: Rekabet Kanunundan Rekabet Hukukuna”, Rekabet Kurumu 10.Yıl Sempozyumu, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara

GÜZEL, O. (2003), Rekabet Hukukunda Teşebbüs ve Teşebbüs Birlikleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:30, Ankara

İNAN, N. (1999), “Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi”, Perşembe Konferansları Rekabet Kurumu Yayınları Sayı:1, Ankara

KÖKSAL, T. (2001), “Avrupa Birliği Tam Üyelik Sürecinde Türkiye’de Devlet Yardımlarının Hukuki Çerçevesi”, *Rekabet Dergisi* Sayı:7, Ankara

KÖKSAL, T. (2002), Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukuku Çerçevesinde Kamu Teşebbüsleri ve İnhisari Haklar, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi, Ankara

KUMCU E. (2008), Rekabet Üzerine Denemeler, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara

MUTLUER, K. (2007), Vergi Özel Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul

OECD (2005), Competition Law and Policy in Turkey, OECD, Paris

ÖZDEN, M. (2004), Profesyonel Meslek Birlikleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:60, Ankara

ÖZKARABÜBER, M. M. (2003), Avrupa Birliği ve Türkiye’de Devlet Yardımlarının Kontrolü, Rekabet Kurumu Yayınları Uzmanlık Tezleri Serisi, Ankara

REKABET KURUMU (2000), 2.Yıllık Rapor, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara

REKABET KURUMU (2001), 3.Yıllık Rapor, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara

REKABET KURUMU (2003), 5.Yıllık Rapor, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara

SANLI, K. C. (2000), Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi, Ankara

SELÇUK, İ. (2004), “Türk Rekabet Hukukunda Devlet Tekelleri ve Münhasır Haklar”, Rekabet Dergisi Sayı 18, Ankara

SIERRA, J. L.B. (1999), Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law, Oxford University Press, Great Britain

TAN, T. (2000), “Rekabet Hukukunun Uygulama Alanı Açısından Kamu Kuruluşlarının Faaliyeti (Türkiye, Fransa ve İtalya Örnekleri)”, Rekabet Dergisi Sayı: 4, Ankara

TAN, T. (2004), “Rekabetin Korunmasında Rekabet Kurulu ile Yargı Organlarının Rolü”, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Sayı: 2, İstanbul

TEPAV (2004), Düzenleyici Etki Analizi Rehberi, TEPAV Yayınları, Ankara

TOPÇUOĞLU, M. (2001), Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi, Ankara

VISCUSI, W. K., HARRINGTON JR., J. E. ve VERNON, J. M. (2005)  
Economics of Regulation and Antitrust, 4th Revised Edition, MIT Press, USA

### **Kararlar Dizini**

#### **Rekabet Kurulu**

- Ankara Minibüsçüler Odası kararı (25.01.2000, 00-4/33-15)
- ASKİ kararı (13.03.2001, 01-12/114-29)
- Ayvalık Belediyesi kararı (14.09.2006, 06-63/856-246)
- Bakacakkadı Belediyesi kararı (12.06.2008, 08-39/511-187)
- BBD-YAYSAT-BİRYAY (III) kararı (06.11.2002, 02-68/821-333)
- BELKO kararı (06.04.2001, 01-17/150-39)
- BİAK kararı (04.03.1999, 99-13/99-40)
- BOTAŞ kararı (14.08.2008, 08-50/750-305)
- ÇAY-KUR kararı (22.06.1999, 99-31/277-167)
- Data Teknik (Kamu İhalesi) kararı (03.12.1997, 41/269-19)
- DHMİ (I) kararı (04.07.2007, 07-56/668-231)
- DHMİ (II) kararı (13.04.2009, 09-14/315-79)
- Emekli Sandığı kararı (19.06.2003, 03-44/501-221)
- Elektrik Mühendisleri Odası kararı (19.02.1998, 53/384-44)
- ETİ Holding kararı (21.12.2000, 00-50/533-295)
- Gözlükçü Dernekleri kararı (31.08.2001, 01-42/424-107)
- GSM 1800 kararı (16.08.2000, 00-30/332-187)
- Hamidiye Su kararı (20.05.2008, 08-34/451-158)
- HAVAŞ kararı (03.03.1999, 99-12/89-31)
- İDO & Orsa kararı (29.04.1999, 99-21/169-88)
- İZULAŞ kararı (12.09.2000, 00-34/368-206)
- Özel Sürücü Kursları kararı (27.05.2003, 03-35/416-182)
- PETKİM kararı (17.08.1999, 99-38/404-260)
- Philip Morris ve JTI kararı (24.12.2002, 02-80/937-385)
- Pınarlı Belediyesi kararı (20.2.2003, 03-11/126-59)
- Promodirekt kararı (22.11.2001, 01-56/562-133)
- PTT kararı (30.01.2003, 03-07/74-29)
- SSK kararı (27.05.2003, 03-35/416-182)
- Süt kararı (19.01.2004, 04-05/54-15)
- Şeker Kurumu kararı (14.90.2006, 06-63/853-244)
- TBB kararı (01.08.2002, 02-46/563- 229)

- TCDD kararı (17.09.2003, 03-61/748-352)
- TDİ kararı (21.05.2002, 02-30/344-140)
- TEB (I) kararı (04.11.2004, 04-70/1012-247)
- TEB (II) kararı (02.11.2006, 06-79/1021-295)
- TEDAŞ (I) kararı (16.10.1998, 87/693-138)
- TEDAŞ (II) kararı (30.04.2002, 02-26/262-102)
- Telekomünikasyon Kurumu kararı (24.06.2004, 04-43/534-131)
- TESK (I) kararı (07.01.2005, 05-02/18-9)
- TESK (II) kararı (26.05.2006, 06-36/461-123)
- TFF & Digitürk kararı (28.08.2002, 02-50/636-258)
- TFF & TeleOn kararı (06.02.2001, 01-07/62-19)
- TMMOB (I) kararı (22.01.2002, 02-04/40-21)
- TMMOB (II) kararı (13.11.2003, 03-73/876 (d)-377)
- TMMOB (III) kararı (22.04.2009, 09-17/384-92)
- TMO kararı (14.08.2008, 08-50/720-280)
- TOBB kararı (20.05.1999, 99-24/217-130)
- TSE kararı (08.03.2002, 02-13/126-53)
- TŞOF kararı (03.03.1999, 99-12/91-33)
- TTAŞ & Eser Kablo Net kararı (10.02.2005, 05-10/81-30)
- TTAŞ & ISS (I) kararı (02.10.2002, 02-60/755-305)
- TTAŞ & ISS (II) kararı (05.01.2006, 06-02/47-8)
- TTAŞ & UMTH kararı (11.09.2008, 08-52/792-321)
- TTB (I) kararı (30.10.2003, 03-70/851-369)
- TTB (II) kararı (13.11.2003, 03-73/876 (c)-376)
- Turkcell & Telsim Arabağlantı kararı (25.10.2004, 04-68/976-236)
- TÜPRAŞ kararı (16.04.2002, 02-24/244-99)
- Türkiye Barolar Birliği kararı (13.11.2003, 03-73/876 (a)-374)
- Türkiye Dış Hekimleri Birliği kararı (13.11.2003, 03-73/876 (b)-375)
- Türkiye Sınai Kalkınma Bankası kararı (29.05.2001, 01-25/241-63)
- TÜRKŞEKER kararı (13.08.1998, 78/603-113)
- TÜRMOB kararı (13.11.2003, 03-73/876 (e)-378)
- TÜRSAB (I) kararı (17.12.2003, 03-80/967-397)
- TÜRSAB (II) kararı (22.06.2006, 06-45/572-156)

### **Anayasa Mahkemesi**

- 21.09.2004 tarih ve E.2002/100, K.2004/109 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı
- 21.01.2007 tarih ve E.2005/95, K.2007/5 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı

### **Danıştay**

- 25.11.1996 tarih ve E.1995/6027, K.1996/7741 sayılı Danıştay 10.D kararı
- 15.12.1998 tarih ve E.1996/1467, K.1998/3085 sayılı Danıştay 5.D kararı
- 09.01.2001 tarih ve E.1999/1253, K. 2001/3 sayılı Danıştay 10.Daire kararı
- 09.01.2001 tarih ve E.1999/2611, K.2001/4 sayılı Danıştay 10.Daire kararı
- 05.02.2003 tarih ve E.2001/306, K.2003/424 sayılı Danıştay 10.Daire kararı
- 12.11.2003 tarih ve E.2002/4495, K.2003/4374 sayılı Danıştay 10.Daire kararı
- 05.12.2003 tarih ve E.2001/4817, K. 2003/4770 sayılı Danıştay 13. Daire kararı
- 09.03.2004 tarih ve E.2001/4801, K.2004/2386 sayılı Danıştay 10.Daire kararı
- 10.10.2005 tarih ve E. 2005/1746, K. 2005/4934 sayılı Danıştay 13.Daire kararı
- 15.02.2006 tarih ve E.2005/7776, K.2006/999 sayılı Danıştay 13. Daire kararı
- 16.11.2007 tarih ve E.2007/10830, K. 2007/7326 sayılı Danıştay 13.Daire kararı
- 28.12.2007 tarih ve E. 2006/4598, K. 2007/9522 sayılı Danıştay 13. Daire kararı

### **ATAD**

- Commission v. Italy Case C-35/96 [1998] ECR I-3851
- Consorzio Industrie Faimmiferi (CIF) v. Autorità Garante Della Concorrenza del Mercato Case C-198/01 [1993] ECR-8055
- Corbeau v. The Régie des Postes Case C-320/91 [1993] ECR I-2533

- *Diego Cali v. Servizio Ecologici Porto di Genova (SPEG)* Case C-343/95 [1997] ECR I-1547
- *GT-Link A/S v. De Danske Statsbaner (DSB)* Case C-242/95 [1997] ECR I-04449
- *Joined Cases Commission and France v. Ladbroke Racing* C-359/95 [1997] ECR I-6265 and *Altair Chimica SpA v. ENEL Distribuzione SpA* Case C-207/01 [2003]
- *Joined Cases Christian Poucet v. Assurances Générales de France and Caisse Mutuelle Regionale du Lanquedoc- Roussillon* C-159/91 and *Daniel Pistre v. Caisse Autonome Nationale de Compensation de l' Assurance Vieillesse des Artisans* C-160/91 [1993] ECR at I-637
- *Klaus Höfner and Fritz Elser v. Macroton GmbH* Case C. 41/90 [1991] ECR I-1979
- *Ministère Public of Luxembourg v. Müller* Case C-10/71 [1971] ECR I-723
- *SAT v. Eurocontrol* Case C-364/92 [1994] ECR I-43
- *Vereeniging van Cementhandelaren v. Commission* Case C-8/72 [1972] ECR I-977

#### **Komisyon**

- *World Cup Tickets* OJ. L.136/31 [1992]

#### **Amerikan Yüksek Mahkemesi**

- *Goldfarb v. Virginia State Bar* 421 US 773 [1975]
- *Parker v. Brown* 317 US 341 [1943]