

DÜZENLEMELER İLE İLİŞKİSİ BAĞLAMINDA REKABET HUKUKUNUN UYGULANABİLİRLİĞİ SORUNU

THE APPLICABILITY ISSUE OF COMPETITION LAW IN RELATION WITH REGULATIONS

Ali DEMİRÖZ*

Can SARIÇİÇEK**

Selen Yersu ŞAHİN***

Öz

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

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

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

Abstract

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

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

** Rekabet Kurumu, Rekabet Uzmanı.

*** Rekabet Kurumu, Rekabet Uzmanı.

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

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

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

GİRİŞ

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

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

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

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

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

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

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

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

³ Whish 2009, s.10-12

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Bu kapsamda öncelikle, çalışmaya bir kavramsal çerçeve oluşturması

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

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

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

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

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

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

1. NORMLAR HİYERARŞİSİ KAVRAMI VE GENEL OLARAK NORMLAR ARASI İLİŞKİLER

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

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

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

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

1.1. Normlar Hiyerarşisinin Temel İlkeleri

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁹ Kuluçlu 2008, s.4.

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

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

1.1.1. Normlar Hiyerarşisinin Yetersizliğinde Başvurulan İlkeler

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

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

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

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

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

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

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

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

1.1.2. Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi

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

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

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

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

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

²⁶ Kuluçlu 2008, s.13.

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

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

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

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

²⁷ Teziç 2003, s.84.

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

²⁹ Teziç 2003, s.8.

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

2. ABD VE AB REKABET HUKUKU UYGULAMALARINDA DİĞER DÜZENLEMELERİN ETKİSİ

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

2.1. ABD Rekabet Hukuku Uygulamasında Diğer Düzenlemelerin Etkisi

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁰ OECD 2011, s.186.

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

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

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

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

⁴² Bkz. dipnot 34.

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

⁴⁴ Bkz. 33, 40 ve 42 numaralı dipnotlar.

⁴⁵ Areeda ve Hovenkamp 2000, s.32.

⁴⁶ Areeda ve Hovenkamp 2000, s.35-37.

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

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

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

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

⁴⁷ Areeda ve Hovenkamp 2000, s.39.

⁴⁸ Hovenkamp 2005, s.333.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.2. AB Rekabet Hukuku Uygulamasında Diğer Düzenlemelerin Etkisi

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶⁵ O'Donoghue ve Padilla 2006, s.28.

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

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

⁶⁸ Elhauge ve Geradin 2007, s.24-30.

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

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

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

⁷⁰ O'Donoghue ve Padilla 2006, s.32.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. TÜRK HUKUK DÜZENİNDE DÜZENLEMELERİN REKABET HUKUKU UYGULAMASINA ETKİLERİ

3.1. Düzenlemelerin Rekabet Hukukundan Açıkça Muaf Tutulduğu Haller

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.2.1. Meslek Birlikleri ve Eylemlerinin Rekabet Hukuku Perspektifinden Konumu

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸⁹ Competition Bureau 2007, s.15.

⁹⁰ OECD 1999, s.7.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.3. Düzenlemelerin Rekabet Hukuku ile Örtüştüğü Haller

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

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

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

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

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

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

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

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

¹³³ Geradin 2005, s.1519-1520.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SONUÇ

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

KAYNAKÇA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Rekabet Kurulu Kararları

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Danıştay, İDDK ve Anayasa Mahkemesi Kararları

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ABD Temyiz Mahkemeleri ve Yüksek Mahkeme Kararları

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Komisyon Kararları

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

Air Cargo, Case COMP/39.258 [2010].

Deutsche Telekom, OJ L 263 (2003).

ENI, COMP/39.315 (2010).

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

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

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

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

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

RWE Gas, COMP/39.402 (2010).

GM ve ABAD Kararları

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

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

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

Diğer Kaynaklar

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

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

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

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

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

