

**e - akademi**  
HUKUK, EKONOMİ VE SİYASAL BİLİMLER  
AYLIK İNTERNET DERGİSİ

MART 2016 - SAYI 138

**REKABET İHLALLERİNDE DÜZENLEYİCİ OTORİTELERİN YETKİSİ  
REKABET KURULU KARARLARI VE DANIŞTAY KARARLARI IŞIĞINDA  
DEĞERLENDİRMELER**

Sezgin KARAKAŞ<sup>1</sup>

**1. GİRİŞ**

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un ("RKHK" veya "4054 sayılı Kanun") kapsam başlıklı 2. maddesi uyarınca "Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukukî işlem ve davranışlar,

<sup>1</sup> İstanbul Şehir Üniversitesi Özel Hukuk Yüksek Lisans Öğrencisi; İstanbul Barosu Avukatı

rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemler **bu Kanun kapsamına girer**” denilmektedir.

Buna göre Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisindeki mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren teşebbüslerin veya bu piyasalarda faaliyet göstermiyor olsa ve diğer piyasalarda yapılsa dahi olumsuz etkilerini Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisindeki mal ve hizmet piyasalarında da gösteren her türlü teşebbüsün, her türlü hukuki işlem ve davranışı 4054 sayılı Kanun kapsamına girer.

RKHK'nın kapsam maddesinin tek istisnası ise 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesinde düzenlenmektedir. Madde uyarınca bankaların devir veya birleşmesi halinde tarafların toplam aktiflerinin sektör içindeki payının %20'yi geçmemesi şartıyla 4054 sayılı Kanun'un birleşme ve devralmaların kontrolüne ilişkin maddeleri uygulanmaz. Görüleceği üzere RKHK'nın tek istisnası bankacılık sektöründe, tarafların toplam paylarının %20'yi geçmemesi şartıyla birleşme ve devralmalara ilişkindir. Bunun dışında ise RKHK'nın uygulanmayacağı herhangi bir sektör veya işlem bulunmamaktadır.

Bununla beraber bazı sektörler açısından sektörel düzenleyici otoriteler bulunmaktadır. Telekomünikasyon sektöründe Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (“BTK”), enerji sektöründe Enerji Piyasaları Düzenleme Kurumu (“EPDK”), bankacılık sektöründe Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (“BDDK”) sektörel düzenleyici otoritelere örnek olarak sayılabilir.

İşbu Çalışma içerisinde düzenleyici kurumların düzenlemeleri ile RKHK'nın ilişkisine değinilecektir.

## **2. ABD ve AB UYGULAMALARI**

### **2.1.ABD Uygulaması**

ABD'de *Trinko*<sup>2</sup> kararında ABD Yüksek Mahkemesi, 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. Yüksek Mahkeme, Telekomünikasyon Kanunu ile getirilen sektörel düzenlemelerin

---

<sup>2</sup> *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP* 540 U.S. 398, (2004)

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.<sup>3</sup>

*Credit Suisse*<sup>4</sup> kararında, sektörel düzenleme ile rekabet hukukuna ilişkin düzenlemeleri eş zamanlı olarak ihlal eden teşebbüs davranışı, rekabet hukuku uygulamasından muaf tutulmuştur. Kararda, zımnen 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<sup>5</sup>.

İlgili kararlardan ABD'deki rekabet hukuku uygulamasında bir düzenlemenin var olmasının rekabet hukukunun uygulanmasına doğrudan bir istisna sağlamadığı, ancak otoriteler tarafından yapılan düzenlemelerin rekabet hukuku araçlarıyla müdahale edilmemesinden doğabilecek zararı ortadan kaldırdığı ve regüle piyasalarda yapılan düzenlemelerin amaçlanan sonuca ulaşabildiği doğrultuda rekabet hukuku uygulamasından daha verimli olduğu sonucuna ulaşılarak, rekabet hukuku bakımından bir müdahalede bulunulmaması gerektiği sonucuna varılmıştır<sup>6</sup>.

## 2.2.AB Uygulaması

Konuya ilişkin Avrupa Komisyonu tarafından verilen *Deutsche Telekom*<sup>7</sup> kararında 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

---

<sup>3</sup> Shelanski H.A., Justice Breyer, Professor Khan, and Antitrust Enforcement in Regulated Industries”, California Law Review, No:100, 2012, s.489; Geradin D. ve R. O'DONOGHUE, “The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in The Telecommunications Sector, The Global Competition Law Centre Working Paper Series 04/05, College of Europe, 2005, s.3-6.

<sup>4</sup> *Credit Suisse Sec. LLC v. Billing*, 551 U.S. 264 (2007)

<sup>5</sup> Demiröz-Sarıççek-Şahin, Düzenlemeler ile İlişkisi Bağlamında Rekabet Hukukunun Uygulanabilirliği Sorunu, Rekabet Dergisi Ocak 2014 Sayısı, 15(1): 3-63

<sup>6</sup> Demiröz-Sarıççek-Şahin, s. 19

<sup>7</sup> *Deutsche Telekom*, OJ L 263 (2003).

düzenleyicilerin kararları ile bağı olmaması gibi nedenlerle kararı onamıştır.<sup>8</sup> Genel Mahkeme'nin kararını onayan Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) da, sektörel düzenlemeler teşebbüslerin rekabeti kısıtlayıcı veya bozucu nitelikte serbest kararlar almasını engellemedikçe rekabet hukukunun uygulanabilir olduğunu ifade etmiştir.<sup>9</sup>

*Telekomunikacja Polska* kararında<sup>10</sup> 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.

Komisyon'un düzenlemeye tabi diğer sektörlerde (enerji, posta, sigortacılık gibi) ilişkin kararlarında<sup>11</sup> düzenleyici önlemlerin etkin olmadığı, beklenen etkiyi ve sonucu yaratmadığı durumlarda rekabet hukuku uygulamasına başvurulduğu ve AB rekabet hukukunun, düzenlemelerle çatışması durumunda öncelikli olarak uygulanacağını vurgulandığı görülmektedir. Örneğin *Air Cargo* kararında<sup>12</sup> havayolu taşımacılığına ilişkin düzenleyici çerçeve ile belirlenen fiyat indirim oranının fiyat koordinasyonuna sebebiyet verebileceği belirtilerek düzenlemenin rekabet hukuku uygulamasına engel olmadığı sonucuna varılmıştır.

### 3. RKHK İLE SEKTÖREL DÜZENLEMELERİN KESİŞMESİ

Yukarıda ABD ve AB'de konuya yaklaşımın ne yönde olduğuna ilişkin genel nitelikli bilgiler sunulduktan sonra Türkiye'deki uygulamadan bahsedilecektir. Çalışmanın konusunu oluşturan esas mesele de burasıdır. Düzenleyici otoriteler kendilerine verilen yetkiler

---

<sup>8</sup> Deutsche Telekom v. Commission, Case T-271/03, Court of First Instance (2008).

<sup>9</sup> Deutsche Telekom AG v. European Commission, Case C-280/08 (2010).

<sup>10</sup> Telekomunikacja Polska COMP/39.525 (2011) OJ L 324 [2011].

<sup>11</sup> 9 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].

<sup>12</sup> Air Cargo, Case COMP/39.258 [2010].

doğrultusunda öncül (Ex-ante) düzenlemeler yapmaktadır. Düzenleyici otoriteye tabi kılınmış sektörler genel itibariyle yoğun, giriş engelleri barındıran, rekabetin aksak olduğu piyasalardır. Dolayısıyla düzenleyici otoritelerin varlık nedenlerinden birisinin de rekabetin ilgili pazarda devlet eliyle daha az aksak hale getirilmesi, bir başka deyişle RKHK'nın temel amacıyla aynı olduğu söylenebilecektir.

Düzenleyici otoritelerce yapılan düzenlemelerin teknik, idari ve ekonomik düzenlemeler olarak üçe ayrılabilmesi mümkündür. İşbu çalışma açısından önem arz eden ise ekonomik düzenlemeler olacaktır. Zira diğer düzenlemelerin rekabet hukuku açısından sorun teşkil eden düzenlemeler olmayacağı açıktır<sup>13</sup>. Nitekim piyasaya giriş ve çıkışlar, piyasadaki iktisadi faaliyetler (ücretlerin belirlenmesi, hizmetin sunulma şekli) ve piyasadaki rekabetin tesis edilmesi ve korunmasına ilişkin yetkiler ve bu yetkilere dayanılarak çıkartılan düzenlemeler ekonomik düzenlemelerdir ve rekabet hukuku ile çelişen düzenlemelerin de ancak bunlar olabileceği düşünülmektedir<sup>14</sup>.

Esasında bu tür piyasalarda iki tane rekabet otoritesi olduğu söylenebilir. Bu durumda RKHK'nın yetkisi daha geniş bir yetki olduğundan, daha özel yetkili olan regülasyon otoritesi mi yetkili olmalıdır? Burada verilecek cevap, her olay bazında değişecektir. Zira aşağıda inceleneceği üzere regülasyon otoritesi ile rekabet otoritesinin yetkisi, her olayın niteliğine göre değişebilmektedir.

Rekabet Kurumu ile düzenleyici otoriteler arasındaki ilişki birkaç türe ayrılabilir. Bir örnek ile anlatmak gerekirse telekomünikasyon sektöründe bakır genişbant internet altyapısının tek bir teşebbüsün hakimiyetinde olduğu bilinmektedir. Diğer teşebbüsler, bahsi geçen teşebbüsün altyapısı üzerinden hizmetlerini sunmakta ve kullanımları doğrultusunda bu teşebbüse ücret ödemektedir. Bu teşebbüsün kiralama bedeli olarak talep edeceği bedele ilişkin olarak üç farklı senaryo ortaya çıkacaktır.

İlk senaryoya göre BTK'nın fiyatlamaya ilişkin hiçbir düzenlemesi olmayabilir. Bu durumda yine de aşırı veya yıkıcı fiyatlama gibi eylemler açısından Rekabet Kurumu'nun yetkisi olup olmayacağı tartışılmalıdır.

İkinci senaryoya göre BTK'nın fiyatlamaya ilişkin bir düzenlemesi bulunmakta, bu düzenlemeye aykırı hareket edilmesi BTK tarafından yaptırıma bağlanmakta ve ilgili teşebbüs de bu düzenlemeye uymaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki bu düzenleme doğrudan doğruya

---

<sup>13</sup> İsmail Yılmaz ASLAN, Telekomünikasyon Alanında Rekabet Kanununun Uygulanabilirliği ve Bazı Rekabet Kurulu Kararlarının İncelenmesi, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu – 1, Kayseri, 2003, s. 24

<sup>14</sup> ASLAN, s. 28

belli bir fiyatın uygulanmasını öngörmekle beraber iki eşik arasında hareket serbestisi de tanıyabilir. Örneğin, BTK'nın düzenlemesi 1 birim fiyat uygulanmasını zorunlu, kılabilceği gibi 1 birim fiyatı aşmayı yasaklayan ve 0 ile 1 birim arasında bir hareket serbestisi öngören bir düzenleme de olabilir. Bu durumda BTK'nın fiyatlamaya ilişkin düzenlemesinin ve buna uyulmasının RKHK'nın ihlali anlamına gelip gelmeyeceği tartışılmalıdır.

Son senaryoya göre ise BTK'nın bir düzenlemesi bulunmakla beraber ilgili teşebbüs bu düzenlemenin sınırları dışına çıkarak BTK'nın düzenlemesini ihlal ediyor olabilecektir. Örneğin BTK düzenlemesi teşebbüse 3 birimden yüksek fiyat uygulamayı yasaklamış olabilir. Zira toptan seviyede 3 birimden yüksek fiyatlamaya yapılması, RKHK ile yasaklanmış olan fiyat sıkıştırması yolu ile yıkıcı fiyatlamaya ihlaline neden olabilecektir. Bu durumda aynı saik ile hareket eden iki düzenleme (RKHK'nın 6. maddesi ve BTK'nın ilgili düzenlemesi) aynı anda ihlal edilmiş olacaktır. Bunlar arasında RKHK'nın genel düzenleme, BTK'nınkinin ise özel düzenleme niteliği olduğu açıktır. Bu nedenle özel düzenleme olan BTK'nın düzenlemesinin uygulanarak cezanın buna aykırılık nedeniyle mi verilmesi gerekecektir yoksa her iki düzenleme birlikte uygulanarak iki ceza birden mi verilmelidir sorusunun cevaplanması gerekecektir.

#### **4. BİRİNCİ SENARYO: DÜZENLEYİCİ OTORİTENİN KONUYA İLİŞKİN DÜZENLEMESİ BULUNMAMASI HALİ**

İlgili sektördeki düzenleyici otorite her durumu düzenlemiş olmayabilir. Bu durumda bir pazarın düzenlemeye tabi bir pazar olması, o pazarı Rekabet Kurumu'nun ve RKHK'nın kapsamı dışına çıkarıp çıkarmayacağını tartışılması gerekmektedir.

Rekabet Kurumu düzenlenen bir pazar olan telekomünikasyon pazarına ilişkin verdiği bir kararda *“Dolayısıyla, pazar analizleri sonucunda perakende genişbant internet erişim hizmetleri pazarının düzenlenen pazarlar içerisinde alınmaması ve bu pazarda TNet'in EPG'ye sahip işletmeci ilan edilmemesi 4054 sayılı Kanun uygulamasını etkilemeyecektir.”* ibarelerine yer vermektedir<sup>15</sup>. Olayda telekomünikasyon sektöründe 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 6. ve 7. maddeleri ile telekomünikasyon sektöründe rekabeti tesis etmeye, korumaya ve rekabete aykırı davranışlara karşı tedbirler almaya yetkili kılınmış olan BTK'nın belli bir alt pazardaki eylemleri henüz düzenlemediği görülmektedir. Rekabet

---

<sup>15</sup> Rekabet Kurulu'nun 19.11.2008 tarih ve 08-65/1055-411 sayılı kararı

Kurulu'nun alıntılanan kararında pazarda düzenleyici otorite bulunması ancak şikayet konusu eylemleri düzenlememiş olması durumu değerlendirilmiş ve bu tür eylemlerin RKHK kapsamına dahil olduğu ifade edilmiştir.

Kaldı ki bir konuda herhangi bir özel düzenleme bulunmadığı takdirde genel düzenlemenin uygulanacağı izahtan varestedir. Dolayısıyla düzenleyici otoritenin denetimine tabi olan, ancak otoritenin henüz herhangi bir düzenleme yapmadığı bir eylem ile rekabetin kısıtlandığı iddiası RKHK'nın kapsamında olacak ve Rekabet Kurumu bu durumu inceleyecektir.

Rekabet Kurulu'nun Bankacılık Sektörü kararında<sup>16</sup>, Türkiye'de faaliyet gösteren 12 bankanın mevduat, kredi ve kredi kartı hizmetleri konusunda anlaşma ve/veya uyumlu eylem içerisinde bulunmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlal edildiğine yönelik iddiaların tespitine ilişkin olarak inceleme yapılmış ve *bankacılık sektörünün düzenlemeye tabi olmasının Rekabet Kurumu'nun denetim yetkisine etkisi bulunmadığı* belirtilmiştir. Bu kapsamda, yukarıda değinildiği üzere RKHK'nın kapsam maddesine atıfta bulunularak Kanun'un tüm sektörler için bağlayıcı olduğu ifade edilmiştir. Bu çerçevede, Türkiye sınırları içindeki tüm mal ve hizmet piyasalarında meydana gelebilecek her türlü rekabeti kısıtlayıcı anlaşma, uyumlu eylem vb. işlemlerin 4054 sayılı Kanun kapsamında incelenebileceği ortaya konulmuştur<sup>17</sup>.

Yine bir başka kararında Rekabet Kurulu enerji sektörü ile ilgili olarak 2014 yılında, Danıştay 13. Dairesi'nin 8.5.2012 tarihli kararına<sup>18</sup> atıf yaparak bir piyasanın düzenleniyor olmasının o piyasada yer alan faaliyetlerin RKHK kapsamı dışında olacağı anlamına gelmeyeceğini ifade etmiştir<sup>19</sup>. Bu çerçevede Rekabet Kurulu tarafından düzenleyici ve denetleyici bir kurumun regülasyonuna tabi olan bir piyasada faaliyet gösteren Türkiye Petrol Rafinerileri A.Ş.'nin (TÜPRAŞ) fiyatlandırma davranışlarının RKHK kapsamında değerlendirilebileceği ortaya konmuştur.

Rekabet Kurulu'nun Borusan Telekom Kararı'nda<sup>20</sup> olaya ilişkin bir sektörel düzenleyici yapının bulunduğu ve Rekabet Kurumu'nun yetkisiz olduğu değerlendirmesi Danıştay tarafından bozulmuştur<sup>21</sup>.

---

<sup>16</sup> Rekabet Kurulu'nun 8.3. 2013 tarihli ve 13-13/198-100 sayılı kararı

<sup>17</sup> İ. Yılmaz Aslan, Rekabet Hukuku, 2016, 3.1.4.3. numaralı bölüm

<sup>18</sup> Danıştay 13. Dairesi 8.5.2012 tarih, 2008/14245 E. ve 2012/960 K. sayılı kararı

<sup>19</sup> Rekabet Kurulu'nun 17.01.2014 tarihli ve 14-03/60-24 sayılı kararı

<sup>20</sup> Rekabet Kurulu'nun 3.7.2008 tarih ve 08-43/589-219 sayılı kararı

<sup>21</sup> Danıştay 13. Dairesi'nin 13.02.2012 tarihli, 2008/13184E. ve 2012/359K. sayılı kararı

Yukarıda verilen örneklere karşın Rekabet Kurulu 2002 tarihli bir kararında regülasyona tabi piyasalarda regülasyon öncesinde oluşan ihlallerin, regülasyon kurulunun faaliyete başlamasıyla ortadan kalkacağını düşündüğünden, bunlar aleyhine soruşturma açmaya gerek olmadığına karar vermiştir<sup>22</sup>. Ancak bu kararın tarihi göz önünde bulundurulduğu zaman Kurul'un bu görüşünden daha sonra vermiş olduğu ve yukarıda değinilen kararlar ile vazgeçtiği anlaşılmaktadır.

Sonuç olarak aşağıda da tekrar üzerinde durulacağı üzere sektörel bir düzenleyicinin bulunmasından öte, bu düzenleyicinin konuya ilişkin düzenlemesinin bulunmasının dahi her durumda RK'nın yetkisini ortadan kaldırmadığı görülecektir.

## **5. İKİNCİ SENARYO: ÖNCÜL DÜZENLEMELERE UYGUN EYLEMLERİN RKHK İLE ÇELİŞMESİ HALİ**

Esasında konuya ilişkin olarak sorun teşkil eden senaryolar, ikinci ve üçüncü senaryolardır. Yani ilgili eylemin düzenlenmiş olması halinde Rekabet Kurumu'nun yetkili olup olmayacağı sorusudur. Bu konu iki farklı şekilde karşımıza çıkabilir. Bunlardan ilki öncül düzenlemelere uygun bir hareketin RKHK kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorusudur.

RKHK'nın 4. maddesi ile teşebbüslerin faaliyetlerini yürütürken rakipleri ile işbirliği içerisine girmeden bağımsız bir şekilde ticari kararlar almaları amaçlanmaktadır<sup>23</sup>. Ancak, mevzuat ile düzenlenmekte olan piyasalarda teşebbüslerin bağımsız karar alabilme yetenekleri kısıtlanabilmektedir. Düzenlenmemiş pazarlardaki teşebbüsler herhangi bir kısıtlamaya tabi olmaksızın fiyatlama dahil tüm iktisadi parametreleri serbestçe belirlerken, regüle pazarlardaki teşebbüsler ekonomik kararlarını ilgili mevzuatın kendilerine tanıdığı hareket alanı içerisinde almak zorundadır. Ancak bir pazarın düzenlenmiş olması, pazardaki her eylemin düzenlemeye tabi olacağı anlamına gelmemektedir. Yukarıda ifade edildiği üzere düzenlenmiş sektörlerde bazen teşebbüsler düzenlemeye tabi olmayan eylemlerde bulunabilir ve bu durumda RK yetkili otorite olacaktır. Bu nedenle RK tarafından inceleme yapılmadan önce ilgili sektördeki düzenlemelerin incelenmesi, incelemenin sonucunda teşebbüslerin karar alma özgürlüklerinin ne ölçüde sınırlandırıldığının tespit edilerek, inceleme konusu davranışın zorunlu bir düzenlemeden kaynaklanıp kaynaklanmadığının belirlenmesi gerekir<sup>24</sup>. Nitekim

<sup>22</sup> Rekabet Kurulu'nun 19.9.2002 tarihli ve 02-56/699-283 sayılı kararı

<sup>23</sup> ASLAN, Rekabet Hukuku, 3.1.4.3. numaralı bölüm

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



Rekabet Kurulu bir kararında ilaç pazarının kısmen regüle edildiğini tespit etmiş ancak bu regülasyonun teşebbüslerin bağımsız karar alma olanağını tamamen ortadan kaldırmadığına karar vererek kendisinin yetkili olduğuna hükmetmiştir<sup>25</sup>.

Öncül düzenlemeler iki şekilde karşımıza çıkabilmektedir. Bunlardan ilkinde doğrudan doğruya bir emir verilmekte olup teşebbüse herhangi bir takdir hakkı veya serbesti tanınmamaktadır. Örneğin, belli bir durumun gerçekleşmesi halinde altyapının paylaşımına açılması veya paylaşımına açılan altyapının hangi fiyattan kullanılacağı gibi net bir şekilde tespit edilen konular ilk alt başlığı oluşturacaktır. İkinci durumda ise bir düzenleme bulunmakla beraber ilgili teşebbüse hareket serbestisi tanınmış konulardır. Örneğin, üst pazardaki (toptan) fiyat, düzenleyici otorite tarafından tespit edilmiş; ancak alt pazardaki (perakende) fiyat, düzenleyici otorite tarafından tespit edilmemiş olabilir. Örneğin yıkıcı fiyatlamayı önlemek için belli bir alt eşik belirleyen otoritenin düzenlemesine uyulması için bu fiyatın altına inilmemesi yeterlidir. Bu fiyatın altına inilmedikten sonra ilgili teşebbüs eşik yukarısında dilediği fiyatı tespit edebilecektir. Örneğin bakanlık tarafından uçak biletlerine 300 TL'lik üst sınır getirilmesi bu fiyatın altında kalmak şartıyla havayolu şirketlerinin bir fiyat serbestisi olduğu anlamına gelecektir.

Bunlarla beraber düzenleyici otoritelerin rekabeti korumak şeklinde yetkisi olabilmekte ve buna istinaden düzenlemeler çıkartabilmektedir. Telekomünikasyon sektöründen örnek vermek gerekirse 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 6. ve 7. maddeleri BTK'ya bu yetkileri tanımaktadır. BTK'nın düzenlemelere aykırılık halinde ilgili işletmecilere cirolarının %3'üne kadar para cezası uygulama ve hatta imtiyazlarını (lisans) iptal etmeye kadar yetkisi bulunmaktadır. Bu hükümler karşısında BTK'nın rekabeti tesis ve korumaya yönelik düzenlemeler yapma ve genel olarak rekabete aykırı davranışlara karşı yaptırım uygulama yetkisi olduğunun kabulü gerekmektedir<sup>26</sup>.

Aşağıda teşebbüsün hareket serbestisi olan ve olmayan durumlar iki başlık altında incelenmektedir.

### **5.1. Teşebbüsün Hareket Serbestisi (Takdir Hakkı) Bulunmaması Hali**

Bu konuya değinmeden önce rekabet hukukunda kusursuz ceza verilip verilemeyeceği hususunun irdelenmesi yerinde olacaktır.

<sup>25</sup> Rekabet Kurulu'nun 18.09.2000 tarih ve 00-35/393-220 sayılı kararı

<sup>26</sup> ASLAN, Telekomünikasyon..., s. 30

## 5.1.1. Rekabet Hukukunda Kusur

### 5.1.1.1. İdari Ceza (Kabahatler) Hukukunda Kusur

5326 sayılı Kabahatler Kanunu gereği sonucunda idari para cezasına tabi tutulan haksızlıklar kabahat olup bu kanuna tabidir. Dolayısıyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'a göre kesilecek olan cezalar da Kabahatler Kanunu'na tabidir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki hukukun genel ilkeleri kapsamında kabul edilebilecek ceza hukuku ilkeleri idari yaptırımlar için de uygulanır. Bu ilkelerden birisi de kusursuz ceza olmaması ilkesidir<sup>27</sup>.

Bilindiği üzere kusurlu fiil; kasten veya taksirle meydana getirilen fiil anlamına gelmektedir. Dolayısıyla kast veya taksir yoksa kusurdan da bahsedilemeyecektir. Kabahatler Kanunu'nun 9. maddesi uyarınca "Kabahatler, kanunda açıkça hüküm bulunmayan hallerde, hem kasten hem de taksirle işlenebilir." Bu nedenle kabahatlerin ancak kasten veya taksirle işlenebileceği söylenebilecektir. Kanun'un 12. maddesi ise "Bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, Türk Ceza Kanununun hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlere ilişkin hükümleri, kabahatler bakımından da uygulanır." şeklindedir. Dolayısıyla TCK'da kusurluluğu ortadan kaldıran sebep olarak tanımlanmış tüm haller kabahatler için de geçerli olacağından, kusur idari yaptırımlar için de kurucu unsurdur<sup>28</sup>.

Türk Ceza Kanunu'nun "Ceza Sorumluluğunun Esasları" başlıklı İkinci Kısım'ında düzenlenen kusura (kast ve taksir) değinmek gerekir. TCK'nın 21. maddesinde "*Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir*" tanımı yapılmıştır. 22. maddesinde ise "*Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülemez olarak gerçekleştirilmesidir*" tanımı yapılmaktadır. Bu iki tanımın da dışına çıkılması halinde bir kusurdan söz edilemeyecektir. Öyleyse önünde yalnızca bir seçenek bulunan kişinin, bu yolu tercih etmesi halinde -ki burada bir tercihten söz edilemez- kusurundan söz edilemeyecektir. Örneğin silahla tehdit edilmekte olan kasiyerin kasadaki paraları hırsıza vermekten başka yapabileceği bir şey bulunmaması onun kusursuz olduğu anlamına gelecektir.

Kusurluluğu kaldıran veya azaltan sebeplerin kabahatler bakımından da uygulanacağı yukarıda belirtilmişti. TCK'nın ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran sebeplere ilişkin hükümleri 24. maddeden başlamakta olup bunlardan ilki kanunun hükmünü veya yetkili bir

<sup>27</sup> İsmail YALÇIN, Kabahatler Hukuku, s. 71

<sup>28</sup> Mustafa KARABULUT, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, s. 146

merciden verilen emri yerine getiren kişiye ilişkindir. TCK 24. maddeye göre bu kişilere ceza verilemez. Zira bu haller kusurluluğu ortadan kaldıran en temel hallerdir.

Anayasa Mahkemesi de önüne gelen olayda kusursuz sorumluluğun idari ceza hukukunda da yeri olmadığını gösterir nitelikte karar vermiştir<sup>29</sup>. Olayda 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 36. maddesinin 3. fıkrasının 4. cümlesinde yazılı “*Sürücü aynı zamanda araç sahibi değilse, ayrıca tescil plakasına da aynı miktar için ceza tutanağı düzenlenir*” hükmü değerlendirilmiştir. İtirazı yapan Sulh Ceza Mahkemesi tarafından yazılan itiraz gerekçesinde de ifade edildiği üzere mezkur düzenleme uyarınca herhangi bir kastı veya ihmali, bir başka deyişle kusuru bulunmayan kişilerin cezalandırılması söz konusudur. İlgili hüküm kusur şartı aramadığından bir kişinin aracının çalınmış olması halinde dahi çalan kişi ehliyetsiz yakalandığı zaman aracı çalınan kişinin de cezalandırılması gerekliliğini düzenlemektedir. Bu durumda bir kişinin, ihmali veya kastı yoksa dahi sadece suça konu aracın sahibi olması dolayısıyla idari para cezasına maruz kalması söz konusudur. Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin olarak yaptığı değerlendirmede “*...araç sahibinin kusurunun bulunup bulunmadığı, aracı sürücü belgesi olmayan kişiye bilerek verip vermediği değerlendirilmeden idare tarafından yaptırım uygulanmaktadır. Bu durum ise işlemediği bir fiilden dolayı araç sahibine yaptırım uygulanmasına neden olabilecek niteliktedir*” ifadelerine yer vererek en azından ihmal veya kast olmaksızın ceza verilebilmesinin önünü açan maddeyi oybirliği ile iptal etmiştir.

Dolayısıyla kusur olmaksızın idari ceza olamayacağı ifade edilmelidir.

#### **5.1.1.2.Rekabet Hukukunda Kusur ve Parker Bağışıklık Doktrini**

4054 sayılı RKHK'nın 16. maddesi uyarınca “*Kurul, para cezasına karar verirken, kastın varlığı, kusurun ağırlığı, ... gibi unsurları dikkate alır*” denilmek suretiyle 4054 sayılı Kanun'un ancak kusurun varlığı halinde ihlal edileceği ifade edilmiştir. Bu nedenle Rekabet Kurulu, bir ihlal kararı verebilmek için kusur araştırması yapmakla mükelleftir<sup>30</sup>. Bunu yapmadan Kurul'un vereceği cezalar hukuka aykırı olacaktır.

Hukukun bu genel ilkesine dayanarak ABD'de verilmiş bazı kararlar da bulunmakta olup bunların tamamı Parker Bağışıklık Doktrini kapsamında değerlendirilmektedir.

- *Parker Bağışıklık Doktrini*

<sup>29</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 29.11.2012 tarih, 2012/106E., 2012/190K. sayılı kararı

<sup>30</sup> Muharrem ÖZEN, Rekabet ve Ceza Hukuku, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanun'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak Sempozyumu, s. 253

Rekabet Hukuku'nda bir diğerk önem arz eden konu ise Parker Bağışıklık Doktrini'dir. Temelinde kusurluluk ilkesi yatmakta olan bu ilke ile devlet işlemlerinin rekabet hukuku üzerindeki etkisi değerlendirilmektedir.

Buna göre devletlerin egemenlik yetkisini kullanarak yaptığı işlemler Rekabet Hukuku kapsamının dışındadır. Parker bağışıklık doktrini<sup>31</sup> olarak bilinen kurala göre **yasama yetkisi kapsamında rekabet ortamını bozucu etkileri olan düzenlemeler yapan devlet kurumları ve bu düzenlemeler doğrultusunda hareket eden kişiler rekabet hukukuna aykırı davranışlarda buldukları gerekçesiyle sorumlu tutulmazlar.** Uluslararası ceza hukukunda da başvurulduğu üzere bir devlet işlemleri (State act) bağışıklık sahibi olup **devlet işlemleri** nedeniyle işlemleri gerçekleştirenlerin uluslararası alanda yargılanabilmesi mümkün değildir (Fonksiyonel bağışıklık). Uluslar arası ceza hukukundaki bu genel kuralın iç hukukta da uygulanması gerektiğinden şüphe yoktur. Aksi halde devlet bir elden bir eylemde bulunmaya zorlarken, diğerk elden de bu eylemleri yapan kişileri cezalandırmış olacaktır.

Parker bağışıklık doktrini de aynı noktadan yola çıkarak “Eğer rekabete aykırı bir davranış devlet işlemleri niteliğinde değilse, yani devletin egemenlik hakkının kullanılmasından ortaya çıkmamışsa Parker doktrini bakımından bağışıklık iddiasında bulunulamaz”<sup>32</sup> şeklinde karşımıza çıkmaktadır. **Bu hükmün tersten yorumlanması ile devlet işlemlerinin rekabet hukukundan bağımsız olacağı sonucuna varılır.** Bilindiği üzere kanunlar, yönetmelikler ve diğerk yasa metinleri devletin egemenlik hakkından doğan devlet işlemleridir. Bu bakımdan yönetmelik, kanun ve düzenleyici işlemlere ve bu düzenlemelere uyarak eylemleri ve hukuki işlemleri yapanlar hakkında rekabet hukuku kuralları uygulanmaz.

Bu tür işlemlerinin rekabet hukuku kurallarına aykırı olması halinde ancak Anayasa'nın 167. maddesine aykırılık iddiasında bulunularak yetkili merciler huzurunda (Danıştay veya Anayasa Mahkemesi) işlemleri veya Kanun hükmünün iptali talebinde bulunulabilir. Ancak iptal kararı çıkana veya yürütmenin durdurulması kararı verilene kadar bu düzenlemelere uyulması gerekmektedir.

Yukarıdaki açıklamalarımız ışığında bir ikincil düzenlemenin rekabet hukukuna aykırı olduğu kabul edilebilse dahi bir devlet işlemleri olması nedeniyle düzenlemeyi çıkaran devlet kurumu hakkında veya buna uyanlar hakkında rekabet hukuku kurallarının uygulanabilmesi mümkün değildir.

<sup>31</sup> Parker, Director of Agriculture, et al. v. Brown, 317 U.S. 341 ( Parker v. Brown – 1943)

<sup>32</sup> A.D. Bedell Wholesale Company Inc. v. Philip Morris Inc. 263 F. 3d 239 (2001)

- *Rekabet Kurulu'nun KİŞOT Kararı*<sup>33</sup>

Rekabet Kurulu tarafından verilmiş olan KİŞOT kararı ile Kırıkkale Şehirlerarası Otobüs Terminali Yapma ve İşletme Birliği (KİŞOT)'nin il otogarında şikayetçi teşebbüse yer tahsis etmemek suretiyle hakim durumunu kötüye kullandığı iddiası ele alınmıştır.

4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu, Kara Ulaştırması Genel Müdürlüğü'nün 2009/KUGM-06/YOLCU sayılı Genelgesi, Karayolu Taşıma Yönetmeliği'den kaynaklanan olayda Ankara'daki Etlik Garajı ile KİŞOT arasında Y tipi yetki belgesi ile yolcu taşımacılığı faaliyetinde bulunan minibüs işletmecisine KİŞOT'ta yer verilemeyeceği ifade edilerek faaliyetleri durdurulmuştur. Bunun nedeni ise mevzuat gereği yolcu taşımacılığı yapan kişilerin bu işi ancak iki terminal arasında yapabileceğidir. Ancak Ankara'daki Etlik Garajı'nın AVM'ye dönüştürülmek üzere Ankara Büyükşehir Belediyesi tarafından tahliye edilmesi ve Y tipi yetki belgesi sahibi olanların T tipi belgelere yönelik hizmet veren AŞTİ'de faaliyet gösterebilmesinin mevzuat hükümleri çerçevesinde yasaklanmış olması nedeniyle teşebbüsün Ankara'da faaliyet gösterebileceği bir terminali kalmamıştır. Ancak yolcu taşımacılığı yalnızca bir kalkış ve bir varış yeri (Terminal) gösterilmek suretiyle yapılabileceğinden KİŞOT, şikayetçiye yer veremeyeceğini ifade etmiş ve bunun nedeni olarak da bahsedilen yasağı göstermiştir.

Ancak ne var ki Ulaştırma Bakanlığı'na bağlı Kara Ulaştırma Genel Müdürlüğü, Ankara'da Y tipi yetki belgeli taşımacılar için bir yer gösterilinceye kadar terminal şartı aranmamasına yönelik karar almış ve Kırıkkale Valiliği'ne göndermiştir. KİŞOT ise bu karara karşı yargı yoluna başvurmamasına rağmen icrai nitelikte olan bu idari işlem karşısında dahi uygulamalarından vazgeçmemiştir.

Rekabet Kurulu da son derece isabetli bir şekilde KİŞOT'un bu karara uyması gerektiğini tespit etmiştir. Ancak ne var ki bu tespite rağmen soruşturma açmamış ve yalnızca RKHK 9/3'ü uygulamıştır. Fakat şikayetçi bu kararı yargıya taşımamıştır<sup>34</sup>.

KİŞOT Kararında önem arz eden esas konu ise kararın son paragrafındaki bir değerlendirmedir. Değerlendirme şu şekildedir:

*“Öte yandan, Kırıkkale Terminal İşletmecisi KİŞOT'u şikâyetçiye yer vermemeye iten durumların yönetmelik, genelge ya da yönergeden*

<sup>33</sup> Rekabet Kurulu'nun 11.06.2009 tarihli ve 09-27/596-140 sayılı Kararı

<sup>34</sup> Kurum sitesi üzerinden yapılan sorgulamada yalnızca şikayet edilen tarafından 9/3 kararına itiraz edildiği görülmüştür. Ancak 9/3, icrai nitelikte olmadığından dava esasına girilmeksizin reddedilmiştir D.13 2009/8081 sayılı Kararı .

*kaynaklandığı iddia edilse bile, tüm bu dayanakların, hiyerarşik olarak kanunun altında düzenlemeler olmaları sebebiyle, 4054 sayılı Kanun'u ihlal etmek için kabul edilebilir gerekçe olamayacakları açıktır."*

Kararın içeriği incelendiği zaman Kurul'un böylesi bir tespit yapmasını gerektirecek herhangi bir konuya temas etmediği görülmüş ve Kurul'un kararın son paragrafı olarak böyle bir cümleyi neden eklediği anlaşılamamıştır. Yukarıda yapılan genel açıklamalarda da belirtildiği üzere bir yönetmelik, dayanak kanuna aykırı olmadıktan ve dayanağının sınırlarını aşmadıktan sonra bir başka kanuna aykırı olabilir. Bunlar arasında normlar hiyerarşisi karşılaştırması yapılması hatalı bir sonuca varılmasına neden olabilecektir.

### **5.1.2. RKHK'ya Aykırı Düzenlemeye Uyulması Bir İhmal Midir?**

Yukarıda kusur konusuna değindikten sonra, bir de RKHK'ya aykırılık teşkil eden bir emredici ikincil düzenlemeye uyulup uyulmaması konusunun değerlendirilmesi gerekecektir. Zira ilgili kişinin RKHK'ya aykırılık teşkil ettiğini bildiği bir ikincil düzenlemeye uymasının ihmal sayılıp sayılmayacağı hususu konu açısından önem arz etmektedir.

#### **5.1.2.1. İdari İşlemin Kanuna Dayanması Zorunluluğu**

İdari işlemler tek yanlı ve iki yanlı<sup>35</sup> olarak ikiye ayrılmakta olup tek yanlı idari işlemler de kendi içerisinde bireysel<sup>36</sup> ve düzenleyici idari işlemler olarak ikiye ayrılmaktadır. Disiplin cezaları, tutanaklar, kıymet takdiri, bilgi isteme işlemleri, kolluk işlemleri, atama gibi idari işlemler bireysel idari işlemdir. Kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik, genelge, tebliğ, yönerge, sirküler, tarife, plan gibi düzenlemeler ise düzenleyici idari işlemlerdir<sup>37</sup>.

1982 Anayasası'nın 8. maddesi şu şekildedir:

*"VIII. Yürütme yetkisi ve görevi*

*MADDE 8- Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir."*

<sup>35</sup> Bazı kaynaklarda "İdari Sözleşme" olarak geçmektedir (Şeref GÖZÜBÜYÜK, İdare Hukuku Cilt 1, s. 376 vd)

<sup>36</sup> Bazı kaynaklarda "Birel" olarak geçmektedir (GÖZÜBÜYÜK s. 415)

<sup>37</sup> Kemal GÖZLER, İdare Hukuku Cilt 1, s. 1028

Buna göre devletin yürütme erki kapsamında değerlendirilen düzenleyici idari işlemlerin kanuna ve Anyasa'ya uygun olması gerekmektedir. Bu kurala göre kanuna uygun olmak hem kanuna aykırı olmamak (İntra legem) hem de kanuna dayanmak (Secundum Legem) anlamına gelmektedir<sup>38</sup>. Dolayısıyla bir düzenleyici idari işlem kanun ile belirlenmiş sınırlar içerisinde ve kanunla verilmiş bir yetki ile yapılabilir. Ancak Anayasa'nın 91. maddesinden kaynaklanan nedenle KHK'lar intra legem kapsamının dışında olup bir Kanun hükmünü değiştirebilirler.

Secundum Legem, idareye kanun ile açıkça yetki verilmesini aramaz. Bir konuda kanun düzenlenmiş ise idare, bu düzenlemeyi açıklayıcı nitelikte, bunun sınırlarını aşmadan bir düzenleme tesis edebilir<sup>39</sup>. Burada anlatılmak istenen ise İdarenin (Yürütme) ilk elden düzenleme yapamayacağıdır. Zira Anayasa'nın 7. maddesine göre ilk elden yasa yapma yetkisi TBMM'ye ait olup bu yetki devredilemez. Sınırları çizilmeksizin, ilk elden yeni düzenleme yapılması anlamına gelecek şekilde idare tarafından bir düzenleyici idari işlem tesis edilmesi yasama yetkisinin yürütmeye devri (veya yürütmenin yetki gasbı) olarak nitelendirilecek olup, bu ise mümkün olmasa gerektir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, kişisel verilerin işlenmesine ilişkin 5809 sayılı Kanun'un 51. maddesine yönelik iptal davasında "*Kurum [BTK], elektronik haberleşme sektörüyle ilgili kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğin korunmasına yönelik usul ve esasları belirlemeye yetkilidir.*" şeklindeki düzenlemenin, düzenlemeye ilişkin sınırları çizmemesi nedeniyle yasama yetkisinin devri anlamına geldiğine hükmederek iptal kararı vermiştir<sup>40</sup>.

Yukarıda açıklanan nedenlerle idarenin bir kanuna dayanmadan yönetmelik, tüzük veya başka bir ad altında herhangi bir düzenleyici işlem yapması mümkün değildir<sup>41</sup>. *O halde kanuna dayanmayan bir yönetmelikten de söz edilemez.*

Yukarıda düzenleyici idari işlemler bakımından yapılan açıklamalar birel idari işlemler bakımından da geçerli olup, normlar hiyerarşisi içerisinde Kanun, yönetmelik, tüzük veya diğer düzenlemelere dayanmayan –ki bu düzenlemelerin de tamamı Kanuna dayanmak zorundadır- bir birel idari işlemin de yürütülebilmesi mümkün değildir.

### ***5.1.2.2.İdari İşlemlerde Hukuka Uygunluk Karinesi***

---

<sup>38</sup> GÖZLER, s. 1028

<sup>39</sup> GÖZLER, s. 1030

<sup>40</sup> 9 Nisan 2014 tarih ve 2014/74 sayılı Karar. "*Yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesi gereğince, Anayasa'nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda yürütme organına doğrudan ve ilk elden düzenleyici işlem yapma yetkisi verilemez.*"

<sup>41</sup> GÖZLER, s. 1031

Tek yanlı ve icrai nitelikte olan idari işlemlerin tamamı için hukuka uygunluk karinesi söz konusudur. Hukuka uygunluk karinesi, idari işlemin tesis edildiği andan itibaren hukuka uygun varsayılacağını, bunun hukuka aykırı bir işlem olduğuna ise ancak mahkeme nezdinde karar verilebileceğini ifade etmektedir. Bir diğer deyişle, mahkemece hukuka aykırılığı tespit edilene kadar her idari işlem hukuka uygun kabul edilir ve bu nedenle icrai niteliktedir<sup>42</sup>.

Öte yandan 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. Maddesi uyarınca "Danıştayda veya idari mahkemelerde dava açılması dava edilen idari işlemin yürütülmesini durdurmaz" Dolayısıyla bir idari işleme karşı dava açılmış olması dahi yeterli olmayıp idari işlem hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilene kadar muhatapların idari işleme uygun hareket etme yükümlülükleri bulunmaktadır.

Neticeten, bir idari işlem hakkında yürütmenin durdurulması veya iptal kararı verilene kadar işlemin konusu olan kişiler, bu işleme uymak zorundadır.

#### **5.1.2.3. Düzenleyici İşlemin Dayanağından Farklı Bir Kanuna Aykırı Olması**

Bir düzenleyici idari işlem bazen başka bir kanuna aykırı olabilecektir. Ancak burada esasında aykırılık teşkil eden metin ikincil düzenleme değil, bu düzenlemenin dayanağı olan kanundur. Zira yukarıda değindiğimiz üzere ikincil düzenlemeler ancak ve ancak kanunda açıkça düzenlenmiş konuyu açıklayıcı ve yol gösterici nitelikte olabilir. Bir konuyu baştan itibaren (ilk elden) düzenleyen bir ikincil düzenleme zaten hukuka aykırı olacağından bunların iptali istenebilir. Dolayısıyla, aslında burada çakışan veya çelişen hükümler bir yönetmelik ile başka bir kanunun hükümleri değil, yönetmeliğe dayanak olan kanun ile başka bir kanunun ilgili hükümleridir. Burada ise kanunlar ihtilafı kuralları incelenmelidir. Kanunlar ihtilafı kuralları gereği yönetmeliğin dayanağı olan kanun hükmünün, çelişki yaratan kanun hükmü ile yürürlükten kaldırıldığı veya uygulanmayacağı sonucunun doğması halinde ancak yönetmelik veya diğer ikincil düzenleme hakkında iptal talebinde bulunulabilir.

Bunun haricinde ise yönetmeliğe dayanak teşkil eden kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiası öne sürülebilir.

Bu iki durum dışında ise bir yönetmelik hükmü ile getirilen bir yükümlülüğün, diğer bir kanuna aykırılık teşkil ediyormuş gibi görünmesi mümkündür. Fakat bunun istisna hükmü olarak yorumlanmasının önünde bir engel bulunmamaktadır.

#### **5.1.2.4. Ara Sonuç**

<sup>42</sup> Metin GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 125



Sonuç olarak bir RKHK'ya aykırı da olsa bir düzenleme, kendi kanunundan yetki aldığı sürece hukuka uygun olacaktır. Böyle olmasa dahi idari işlemlerde hukuka uygunluk karinesi gereğince bir düzenlemenin yürütmesi durdurulmadığı veya iptal edilmediği sürece onun hukuka uygun olduğu kabul edilmeli ve bu doğrultuda hareket edilmelidir. Dolayısıyla yürürlükte olan bir ikincil düzenlemenin talimatları doğrultusunda hareket edilmesi bir ihmal olarak nitelendirilemez.

### 5.1.3. Değerlendirme

Yukarıdaki açıklamaların özetlenmesi gerekirse tüm idari ceza hukukunda olduğu gibi RKHK'da da kusur sorumluluğu aranmaktadır. Kusursuz cezadan söz edilemeyecektir. İkincil bir düzenlemenin RKHK'ya aykırılık teşkil etmesi halinde ise buna uygun davranan kişinin kusurlu olup olmayacağını incelenmesi gerekmiştir. Yapılan inceleme neticesinde ise buna uygun davranan kişinin kast veya ihmali bir davranışından söz edilemeyeceği, idari işlemin hukuka uygunluğu karinesi gereğince teşebbüsün ilgili ikincil düzenlemelere uymakla mükellef olduğu söylenebilecektir.

Nitekim Rekabet Kurulu bankaların BDDK yönlendirmeleri doğrultusunda akaryakıt ve gıda alışverişlerinde kredi kartı ile yapılan ödemelere taksit uygulamasını sonlandırmaları, bunun yerine başka yöntemler ile rekabet etmeyi sürdürmelerinin RKHK'ya aykırılık teşkil etmediğine karar vermiştir<sup>43</sup>. Kararın gerekçe kısmında yer aldığı üzere burada BDDK'nın doğrudan bağlayıcı bir işleminden ziyade basın yolu ile ve banka temsilcileri ile yaptığı toplantılarda bu durumu dile getirdiği ifade edilmiş ve bu durum BDDK tarafından da teyit edilmiştir. Rekabet Kurulu da ihlal olmadığı yönünde karar tesis ederken bu durumu da göz önünde bulundurmıştır. Dolayısıyla, doğrudan bağlayıcı bir emir yolu ile değil de sektörel düzenleyicinin daha sonra düzenleme yolu ile de zorunlu hale getirebileceği bir konuyu yalnızca telkin etmiş olması dahi esasında teşebbüslerin hareket serbestisini ortadan kaldıran bir unsur olarak değerlendirilmiştir. Ancak bu görüşe katılabilmek mümkün değildir. Kanaatimizce bu durum ancak bir indirim sebebi yapılabilecekken cezasızlık nedeni olarak nitelendirilmiştir. Kaldı ki Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in hafifletici unsurlara ilişkin 7. maddesi uyarınca "ihlalde kamu otoritelerinin teşvikinin bulunması" bir cezasızlık sebebi olarak değil indirim sebebi olarak ifade edilmiştir.

---

<sup>43</sup> Rekabet Kurulu'nun 28.6.2005 tarihli ve 05-41/598-152 sayılı kararı

Sonuç olarak ikincil düzenlemeler hareket serbestisini kısıtlayabilmektedir. Bu durumda olan kişinin düzenleyicinin emrettiği eylemleri yapması, fiyatları uygulaması aynı zamanda RKHK'yı ihlal ediyor olsa bile ilgili teşebbüs hakkında cezaya hükmedilebilmesi mümkün değildir. Böyle bir durumda RK'nın ceza vermemesi gerekmektedir.

## **5.2. İlgili Teşebbüsün Hareket Serbestisinin Olması Hali**

Bazı ikincil düzenlemeler doğrudan bir eylemin yapılmasından ziyade sınırlı çerçevede belirlenmiş eylemlerin yapılmamasını öngörüyor olabilir. Örneğin belirli bir fiyatın altında veya üstünde satış yasağı buna örnek olarak gösterilebilecektir. Böyle bir durumda ilgili teşebbüsün yalnızca sınırlı bir emir altında olduğu, takdir hakkının kısmen sınırlandırıldığı söylenebilecektir. Bu durumda kendisine emredildiği üzere örneğin 5 birim fiyatın altında satış yapıyor olmasına rağmen bir teşebbüsün uyguladığı fiyatın RKHK kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği incelenmelidir.

Örneğin bir pazarda faaliyet gösterebilmek için ürünün en az 3 TL/parça fiyatla satılması zorunlu olsun. İlgili pazardaki düzenleyici otorite ise ürünün 2 TL/parça fiyatın altında satılmayacağını öngörmüş olsun. Bu durumda en basit hali ile ürünün 4 TL fiyatla satılması hem rekabet hukuku hem de sektörel düzenleme bakımından herhangi bir aykırılık teşkil etmediği söylenebilecektir. Ancak ürünün 2,1 TL/parça fiyatla satılması halinde ne olacağı bu başlık altında incelenen esas konudur. Zira bu durumda sektörel düzenleyicinin düzenlemesine uygun olan ancak RKHK bakımından yıkıcı fiyat teşkil ettiği söylenebilecek olan bir davranış söz konusudur. Sektörel düzenleyicinin 2 TL/parça fiyatı ile RKHK'daki yıkıcı fiyatlama yasağı temel olarak aynı amaca hizmet etmektedir: Yıkıcı fiyatlamanın önlenmesi. Bu durumda özel düzenlemenin varlığı gerekçe gösterilerek genel düzenleme olan RKHK'nın uygulanmayacağı ve dolayısıyla eylemin cezalandırılmayacağı söylenebilecek midir? Bu yorumun kabul edilmesi halinde hakim durumdaki teşebbüsün veya çapraz sübvansiyon ile sübvansiyon edilen teşebbüsün pazarda tek kalacağı ve pazarın monopole dönüşeceği açıktır.

Aşağıda konuya ilişkin Rekabet Kurulu tarafından verilmiş olan Borusan Telekom, Telkoder ve Kule A.Ş. kararları ve Danıştay'ın bunları bozmaya yönelik değerlendirmeleri

yer almaktadır. Özetlemek gerekirse kararlar Rekabet Kurumu'nun yetkisinin böyle bir durumda devam edeceğini söylemektedir.

### 5.2.1. Borusan Telekom Kararı

Rekabet Kurulu'nun Borusan Telekom Kararı'nda<sup>44</sup>, Türk Telekom'un uzak mesafe telefon hizmeti işletmecilerinin faaliyetlerini zorlaştırdığı iddiası incelenmiştir.

BTK tarafından Rekabet Kurumu'na gönderilen görüş ile;

- Taraflar arasında uzlaştırma prosedürünün işletildiği,
- Geçici ücretlerin belirlendiği,
- Bazı şikâyet konularının kendilerince incelendiği,
- Çeşitli tedbirlerin alındığı

bildirilmiştir. Yani BTK konu üzerinde çalıştığını ve gerekli tedbirleri aldığını, dolayısıyla da konunun kendi kontrolünde olduğunu bildirmiştir. Bunun üzerine Kurul verdiği kararda “... anılan şikâyet ile ilgili düzenlemelerin ve tedbirlerin TK<sup>45</sup> tarafından yerine getirildiği ifade edilmektedir.” hükmüne varmış ve BTK'nın zaten konuyu araştırdığını vurgulamıştır. İncelemenin devamında ilgili pazarda Türk Telekom'un hâkim durumda olduğunu ve şikâyetin de bu durumun suiistimaline yönelik olduğunu tespit etmiştir. Ancak, “Söz konusu iddiaların 4054 sayılı Kanun çerçevesinde değerlendirilmesinde, bu iddiaların aynı zamanda sektörel düzenlemelere tabi olan hizmetlere ilişkin olması nedeniyle 2813 sayılı Kanun'un 7. maddesi hükmü ile öngörüldüğü gibi, öncelikle bu alandaki düzenlemeler ve TK Görüşü'nün dikkate alınması gerekmektedir. (...) şikâyete konu eylemleri önlemeye yönelik bir mevzuat ve kurumsal yapının varlığı karşısında, 4054 sayılı Kanun hükümlerinin ancak tamamlayıcı bir rolü olacağı görülmektedir. (...) dosya konusu iddialara yönelik olarak 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına ve şikâyetin reddine (...)” diyerek şikâyete ilişkin konularda yetkili kurumun BTK olduğunu ilan etmiştir. Konunun RKHK kapsamında değerlendirilemeyeceğine hükmetmiştir.

<sup>44</sup> Rekabet Kurulu'nun 3.7.2008 tarih ve 08-43/589-219 sayılı kararı

<sup>45</sup> Telekomünikasyon Kurumu – BTK'nın eski ismi

Danıştay yaptığı incelemede<sup>46</sup> kararı iptal etmiştir. Danıştay tetkik hâkimi verdiği görüşte, BTK tarafından herhangi bir karar alınmamış olmasına rağmen konunun telekomünikasyon mevzuatı çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği gerekçesiyle konu hakkında 4054 sayılı Kanun kapsamında herhangi bir işlem gerçekleştirilmemiş olmasına değinmiştir. Bu suretle de belirtilen ihlal iddiaları hakkında herhangi bir değerlendirme yapılmaksızın şikâyetin reddine karar verilmesinin, konu hakkında eksik incelemeye dayalı olarak karar alınması anlamına geldiğini tespit etmiştir. Tetkik hâkimi, regülasyon kurumlarının kararları doğrultusunda hareket eden teşebbüslerin her durumda rekabet hukuku kurallarından bağışık tutulamayacağını ifade ederek RK kararında hukuka uyarlık bulunmadığını belirtmiştir.

Danıştay savcısı ise şikâyet konusu iddiaların telekomünikasyon mevzuatı çerçevesinde işletmecilere getirilen yükümlülüklerle ilişkin olduğunu ve bu konuda rekabete aykırı uygulamaları önlemeye yönelik spesifik düzenlemelerin ve BTK kararlarının bulunduğunu ve ayrıca şikâyet konusu bazı uygulamaların BTK onayıyla gerçekleştirildiğini ve bazı ihlal iddialarının ise 4054 sayılı Kanun kapsamında ele alınamayacak hususlar olduğu belirtilerek Rekabet Kurulu kararının hukuka uygun olduğu ifade edilmiştir.

Mahkeme de tetkik hâkiminin görüşlerine paralel olarak şikâyetin elektronik haberleşme mevzuatını ilgilendirdiği ve eylemlerin de BTK onayıyla uygulamaya girdiğinden bahisle RKHK kapsamında yapılacak bir işlem olmadığına karar verilemeyeceğini ifade etmiştir. Mahkemenin kararında özellikle vurguladığı konu ise bir şikâyet başvurusunun 5809 sayılı EHK'ya yönelik olduğundan bahisle derinlemesine araştırılmadan reddedilmesi halinde, BTK'nın da konuya ilişkin bir önlem almamış olması ve piyasadaki rekabet aksaklığının cezasız kalması ihtimalidir. Bu sayede elektronik haberleşmeye ilişkin olmasına rağmen, BTK'nın önlem almadığı veya yetersiz önlem aldığı konuların da cezasız kalmaması amaçlanmıştır.

Mahkemenin bir üyesi ise verdiği karşı oyda Danıştay savcısı ile aynı görüşte olmuş ve konunun BTK'nın yetkisinde olduğunu ifade etmiştir.

---

<sup>46</sup> Danıştay 13. Dairesi'nin 13.02.2012 tarihli, 2008/13184E. ve 2012/359K. sayılı kararı

### 5.2.2. TELKODER Kararı

Kısa adı TELKODER olan Serbest Telekomünikasyon İşletmecileri Derneği, Rekabet Kurumu'na yaptığı şikâyet başvurusunda Türk Telekom'un perakende tarifelerini UMTH işletmecilerine yönelik toptan tarifelerinin altında belirleyerek hâkim durumunu kötüye kullandığını öne sürmüştür<sup>47</sup>.

UMTH sunabilmek için öncelikle bir UMT altyapısına erişim sağlamak gerekir. Ülkemizde şikâyet yapıldığı dönemde sabit ses hizmetleri altyapı uzunlukları incelendiğinde Türk Telekom'un payı tüm işletmecilerin içinde %90'lardaydı. Dolayısıyla perakende pazarda faaliyet gösteren işletmeciler Türk Telekom'dan toptan seviyede hizmet alıyordu. Yapılan şikâyette ise toptan seviyede rakiplerine satış yapan Türk Telekom'un, rakiplerine uyguladığı toptan dakika başı ücretin perakende olarak kendi abonelerine uyguladığı perakende dakika başı ücretten daha pahalı olduğu iddia edilmektedir. Kısaca şikâyet, fiyat sıkıştırması yolu ile hâkim durumun kötüye kullanılması hakkındadır.

RK'nın konu hakkında verdiği hükme geçmeden önce hatırlatılması gereken bir diğer husus ise ilgili pazarda etkin piyasa gücüne (EPG)<sup>48</sup> sahip işletmeci olan Türk Telekom, hem toptan hem de perakende düzeyde uygulayacağı tüm fiyatlar önce BTK tarafından onaylanmaktadır. BTK tarafından incelenerek pazarda herhangi bir aksaklığa sebep olmayacağı yönünde onay almamış herhangi bir fiyatın uygulanabilmesi mümkün değildir. Bu onay doğrudan fiyatın tespitine yönelik de olabilir, tavan fiyat tespiti ile de olabilir.

Şikâyete ilişkin olarak RK, 11.09.2008 tarih ve 08-52/792-321 sayılı kararında "*Türk Telekom'un, kiralık devrelerde dâhil olmak üzere telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve/veya altyapı işletilmesi karşılığında talep ettiği tüm ücretlerin, TK tarafından onaylandığı görülmektedir. (...)Türk Telekom tarafından nihai kullanıcılara yönelik olarak uygulanan perakende ücretlerin, ilgili mevzuatın usul ve prensipleri çerçevesinde TK tarafından onaylanmış ücretler olduğu anlaşılmaktadır.*" tespitlerini yaptıktan sonra sonuç kısmında "*Rekabet Kurulu ise telekomünikasyon sektörüne ilişkin olarak yaptığı bütün incelemelerde, söz konusu düzenlemeleri dikkate alarak, söz konusu düzenlemelerin sınırları içerisinde teşebbüslerin kendi iradeleri ile ortaya koydukları davranışları inceleme konusu yapmaktadır.*"

<sup>47</sup> Rekabet Kurulu'nun 11.9.2008 tarih ve 08-52/792-321 sayılı kararı

<sup>48</sup> 5809 sayılı EHK'nın 3/1-(r) maddesinde etkin piyasa gücü; işletmecinin, ilgili elektronik haberleşme pazarında, tek başına ya da diğer işletmecilerle birlikte, rakiplerinden, kullanıcılarından ve tüketicilerinden fark edilir bir şekilde bağımsız olarak hareket edebilmesine imkân sağlayan ekonomik gücü olarak ifade edilmiştir. Regülasyon hukukundaki etkin piyasa gücüne sahip işletmeci kavramını, rekabet hukukundaki hâkim durumdaki teşebbüs kavramına benzetebilmek mümkündür.

*(...) Türk Telekom'un şikâyet konusunu oluşturan perakende ve toptan tarifelerinin ilgili mevzuat çerçevesinde TK tarafından belirlendiği/onaylandığı göz önüne alındığında, şikâyet konusuna yönelik olarak 4054 sayılı Kanun çerçevesinde herhangi bir işlem tesis edilemeyeceği” hükmü verilmiştir.*

Yani RK, hiyerarşik açıdan kendisi ile aynı seviyede olan BTK'nın onayı ile yürürlüğe girmiş bir uygulama için herhangi bir **hukuka aykırılık tespitinde bulunamayacağını** söylemiştir.

Ardından Danıştay 2012 yılında bu kararı da iptal etmiştir<sup>49</sup>. Danıştay tetkik hâkimi, Türk Telekom davasında olduğu gibi bu davada da bir piyasanın düzenleyici ve denetleyici bir kurumun regülasyonuna tabi olmasının o piyasada yer alan faaliyetleri 4054 sayılı Kanun kapsamı dışına çıkarmayacağı, Rekabet Kurulu'nun 4054 sayılı Kanun çerçevesinde tüm mal ve hizmet piyasalarında rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetimleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamakla görevlendirilmiş olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla telekomünikasyon sektöründe gerçekleşebilecek rekabet ihlalleri konusunda, genel yetkili olan Rekabet Kurulu'nun, düzenleyici otorite kararları uyarınca hareket etmiş olduğu saptanmış olsa dahi anti-rekabetçi davranışlara müdahale etmesi gerekmektedir. Aksi bir anlayışla hareket edilmesi, sektöre özgü düzenlemelerle muhatap olan teşebbüslerin, gerçekleştirdiği ihlallere rağmen yaptırıma uğramamalarına neden olacaktır. Bu kapsamda şikâyete yönelik olarak 4054 sayılı Kanun kapsamında ön araştırma yapılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olmadığına ve şikâyetin reddine yönelik dava konusu Kurul kararının hukuka uygun olmadığı gerekçesiyle iptal edilmesi yönünde görüş bildirilmiştir.

Danıştay savcısı da yine Türk Telekom kararında olduğu gibi şikâyete konu perakende ve toptan tarifelerin mevzuat hükümleri uyarınca, bu konuda yetkili bulunan BTK tarafından belirlendiği/onaylandığı anlaşılmakta olup, şikâyet konusuna yönelik olarak 4054 sayılı Kanun hükümlerine göre herhangi bir işlem yapılmasına imkân bulunmadığı düşüncesiyle Rekabet Kurulu kararının hukuka uygun olduğu belirtilerek davanın reddedilmesi yönünde görüş bildirilmiştir.

Yine Türk Telekom kararına paralel olarak Danıştay 13. Dairesi, telekomünikasyon sektöründe gerçekleşebilecek rekabet ihlalleri konusunda, genel yetkili olan Rekabet

<sup>49</sup> Danıştay 13. Dairesi'nin 08.05.2012 tarih, 2008/14245E., 2012/960K. sayılı kararı

Kurulu'nun, düzenleyici otorite kararları uyarınca hareket etmiş olduğu saptanmış olsa dahi anti-rekabetçi davranışlar sergileyen teşebbüslerin davranışlarını tespit ve yaptırım uygulama yetkisine sahip olduğu ve bu teşebbüslerin 4054 sayılı Kanun uygulamasından bağışık tutulmasının, sektörde gerçekleştirilebilecek rekabet ihlallerinin yaptırımsız kalması sonucunu doğurabileceği, bu nedenle şikâyete konu iddiaların varlığı ve bu davranışların hâkim durumun kötüye kullanılması niteliğinde olduğunun saptanması veya bu duruma yönelik somut delillere ulaşılması halinde soruşturma açılması ve ihlalin kesin olarak tespit edilmesi halinde yaptırım uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Dolayısıyla tarifelerin BTK tarafından onaylandığı gerekçesiyle 4054 Sayılı kanun kapsamında işlem yapılmamasına ilişkin Rekabet Kurulu kararı hukuka uygun görülmeyle iptal edilmiştir.

### 5.2.3. Kule A.Ş. Kararı

Kule A.Ş. sermayesinin tamamı Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'ye ait olan ve Turkcell için baz istasyonu kuran, bunlar için yer kiralayan ve işleten bir şirkettir<sup>50</sup>. Avea İletişim Hizmetleri A.Ş. (Avea), Rekabet Kurumu'na şikâyet başvurusu yaparak Turkcell'in, aynı ekonomik bütünlük içerisinde yer alan Kule A.Ş. aracılığıyla hâkim durumunu kötüye kullandığını öne sürmüştür<sup>51</sup>.

Kule A.Ş. baz istasyonu kurmak üzere kiraladığı alanlar için kiraya veren ile münhasırlık anlaşması da yapmakta ve bu şekilde aynı taşınmaz üzerine ikinci bir operatörün de baz istasyonu kurmasını engellemektedir. Ancak öte yandan BTK, GSM işletmecilerini belirli kapsama ve hizmet kalitesi sunma yükümlülüklerine tabi tutmaktadır. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesi de ancak doğru noktalara baz istasyonu kurulması ile mümkün olabilecektir. Bunun dışında ise ikinci bir seçenek daha vardır. BTK'nın Ortak Yerleşim ve Tesis Paylaşım Tebliği'ne göre Turkcell tesis paylaşımı yükümlüsüdür.

Avea 2006 yılından beri Turkcell'den tesis paylaşım talebinde bulunmaktadır. Fakat Turkcell çeşitli nedenlerle bu talepleri reddetmektedir. Ayrıca münhasırlık şartları nedeniyle Avea, Kule A.Ş.'nin kulelerinin kurulu olduğu taşınmazlara da baz istasyonu kuramamaktadır. Başka bir noktaya baz istasyonu kurmak ise her zaman makul olmayabilmektedir. Baz istasyonları, kesintisiz hizmet sunumunun mümkün olduğu ve diğer baz istasyonlarının kapsama alanlarıyla çakışmayacak bir alana kurulmak zorundadır. Çoğu

<sup>50</sup> [http://globaltower.com.tr/?page\\_id=241](http://globaltower.com.tr/?page_id=241) (Erişim tarihi: 17.06.2014)

<sup>51</sup> Rekabet Kurulu'nun 22.4.2009 tarih ve 09-17/381-90 sayılı kararı

zaman yapılan analizler sonucunda baz istasyonu kurabilmek için bir bölgede yalnızca bir taşınmaz bulunduğu anlaşılır ve istasyonun da bu alana kurulması gerekir. Bu alanların çoğu da Turkcell tarafından münhasır bir şekilde kiralanmıştır. Ancak Turkcell'in fazla kira bedeli ödeyerek münhasırlık şartı içeren sözleşmelerle kiralama yapmasının rakiplerine pazarı kapatmaktan başka bir gerekçesi de olamayacağı iddia edilmiştir.

RK, 22.04.2009 tarih ve 09-17/381-90 sayılı kararında öncelikle ilgili telekomünikasyon mevzuatının konuya ilişkin düzenlemelerinin incelenerek, Turkcell tarafından hayata geçirilen ve münhasırlık içeren sözleşmeler nedeniyle diğer operatörlerin ulaşamadıkları bu alanlara ulaşabilmeleri önünde *düzenleyici bir müdahalenin bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerektiğini* ifade etmiştir.

Yapılan incelemeler neticesinde de BTK'dan da gelen görüşler doğrultusunda bir yerde baz istasyonu kurmadan önce aynı yerdeki diğer işletmecilerin baz istasyonunun kullanılması yönünde başvuru yapılmasına dair "Ortak Yerleşim ve Tesis Paylaşımı Usul ve Esaslarına İlişkin Tebliğ" olduğu tespit edilmiştir. Tebliğ'e göre bir GSM operatörünün, diğer operatörlerin talebi üzerine tesisini paylaşımına açması gerekmektedir. Bir uzlaşmazlık halinde ise BTK'ya yapılan başvuru üzerine BTK tarafından uzlaştırma sürecinin başlatılacağı öngörülmüştür. BTK, RK'ya verdiği görüşte bu sürecin yürütüldüğünü ve halen devam ettiğini bildirmiştir.

RK da yaptığı değerlendirme de BTK'nın Tesis Paylaşımı Tebliğ'ini gerekçe göstererek, Kule A.Ş.'nin yaptığı münhasırlık anlaşmalarının rekabet ortamını bozucu etki doğurmadığını, çünkü her ne kadar münhasır anlaşmalar yapılmış olsa da Tesis Paylaşım talebi yapıldığı anda Turkcell'in kulelerini kullandırmakla yükümlü olduğunu, alternatif bir yol varken münhasırlık yaratıldığının iddia edilemeyeceğini ifade etmiştir.

RK son olarak da "... gerek konunun doğrudan doğruya sektörel düzenleyici konumundaki BTK tarafından uygulanan mevzuatla düzenlenen teknik bir konu olması, gerekse pazarın kesin sınırlarının tespitinin sektörel regülasyona tabi hususların da dikkate alınarak çizilmesi gerektiği için..." şeklindeki tespiti ile rekabet ihlali incelemesi yapmaktan imtina etmiş ve netice olarak da şikayeti reddetmiştir.



Bu karar için de Danıştay 2012 yılında iptal kararı vermiştir<sup>52</sup>. Danıştay tetkik hâkimi RK'nın eksik incelemeye dayalı bir karar aldığını ve işlemin iptalinin gerektiğini tespit etmiştir.

Mahkeme ise Turkcell'in teknik, ekonomik veya hukuki haklı ve rasyonel herhangi bir gerekçe öne sürmeksizin münhasırlık kaydı içeren sözleşmeler yapmasının rekabet ortamına zarar verdiği iddiası dikkate alındığında, BTK'nın tesis paylaşım şartı getiren Tebliği ile bundan doğan uyuşmazlıkta BTK'nın uzlaştırma prosedürü başlatacağı tespitinin tek başına yeterli bir tespit olmadığına hükmetmiştir. Çünkü Tebliğ'e rağmen rekabet ortamının bozulması mümkün olabileceğini, bu nedenle münhasırlık hükümlerinin etkilerinin araştırılmadan karar verilmesinin hukuka aykırı olduğunu ifade etmiştir.

Burada da Danıştay, BTK'nın sürece müdahil olmasını dahi yeterli görmemiş ve yine de RK'nın detaylı bir araştırma yapması gerektiğine hükmetmiştir. Nitekim BTK'nın uzlaştırma süreci de ekseriyetle çözümsüz kalmıştır. Avea, Turkcell'in münhasır hükümlerle kiraladığı yerlerdeki baz istasyonları için Turkcell'e yüzlerce erişim talebinde bulunmuş ancak bu taleplerin hemen hemen tamamı mevzuattaki istisna olan teknik yetersizlik sebebiyle reddedilmiştir. BTK'nın çözüm süreci de bu yaraya merhem olamamıştır. Eğer ki Danıştay bu iptal kararını almamış olsaydı, pazardaki aksaklık da devam edecekti<sup>53</sup>.

Burada BTK'nın tesis paylaşımına ilişkin tebliğde yaptığı değişiklikten de bahsetmekte fayda olacaktır. 18 Mart 2011 tarih ve 27878 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan yeni düzenlemenin 5/1-(c) maddesine göre;

*“c) İşletmeciler tarafından üçüncü taraflarla yapılacak anlaşma veya sözleşmelerde paylaşım engel teşkil edecek hususlara yer verilmemesi ve mevcut anlaşma veya sözleşmelerde bu tip hükümlerin bulunması durumunda, paylaşım talebinde bulunan işletmeci tarafından talep edilmesi halinde, söz konusu hükümlerin çıkarılması için sözleşmeyi yapan işletmeci tarafından muvafakat verilmesi [esastır].”*

Yani özetle “işletmeci teknik imkânsızlık öne sürerek paylaşım yapmayı reddediyorsa, kira sözleşmesinden münhasırlık hükmünü çıkartarak, paylaşım talebinde bulunanın oraya tesis kurmasına imkân vermelidir” denmektedir. Ancak bu değişiklik de sorunu çözememiştir. Dolayısıyla burada BTK'nın sürece müdahil olmasına rağmen rekabetçi endişeleri

<sup>52</sup> Danıştay 13. Dairesi'nin 18.12.2012 tarih ve 2009/5862E., 2012/3883K. sayılı kararı

<sup>53</sup> Konuya ilişkin ikinci süreç RK'nın önünde olup, bu çalışma hazırlandığı sırada inceleme devam etmektedir.

gideremediği açıktır. Bu yüzden de RK'nın konuyu tekrardan ele alması, daha doğrusu Danıştay'ın iptal kararı vermiş olması yerindedir.

### 5.3.Değerlendirme

Yukarıda temel olarak iki noktaya temas edilmiştir. Bunlardan ilkinde ex-ante düzenlemenin ilgili teşebbüse hareket alanı bırakmadığı hallerken, ikincisi ex-ante düzenlemenin ilgili teşebbüse hareket serbestisi tanıdığı hallerdir.

Yukarıda verilen Rekabet Kurulu kararları ile Danıştay kararları ve yapılan teorik açıklamalar ışığında ex-ante olarak teşebbüse getirilen yükümlülüklerin teşebbüse hareket serbestisi tanıdığı hallerde teşebbüsün düzenlemenin sınırlarını aşmadan, ancak kendi hareket serbestisi içerisinde kalan eylemlerinin RKHK kapsamında denetlenebileceği ifade edilmelidir. Zira burada teşebbüs rekabet ihlali yapmayacak bir eylem yerine rekabet ihlali doğuracak bir eylem yapmıştır. Hukuk düzenlemelerinin de bir bütün olduğu düşünüldüğü zaman yalnızca bir düzenlemeye uyulması değil, bütün kuralların aynı anda ihlal edilmemesi gerektiği açıktır. Örneğin, telekomünikasyon sektöründe yapılan bir eylemin telekomünikasyon mevzuatına aykırılık teşkil etmiyor sadece rekabet kurallarına aykırılık teşkil ediyor olması durumunda RKHK'nın uygulanması gerekecektir<sup>54</sup>.

Öte yandan teşebbüsün hareket serbestisi olmaması veya teşebbüse hareket serbestisi tanınan tüm alanın RKHK'ya aykırı olması durumunda, bir başka deyişle teşebbüs ex-ante düzenlemeye uyduğu sürece RKHK'yı ihlal etmekten kaçınamayacaksa bu durumda RKHK'nın ilgili teşebbüse uygulanmaması gerekecektir.

Ancak bu iki durumun haricinde ilgili pazarda düzenleme olduğu gerekçesiyle Rekabet Kurumu'nun olayı incelememesi söz konusu olamayacaktır. Yukarıda verilen Danıştay kararlarında açıkça ifade edildiği üzere ilgili düzenlemenin rekabet ortamına verilen zararı engelleme yeteneğinin olmadığı hallerde pazardaki rekabet ihlalleri cezasız kalabilecektir.

Özetle *her durumda Rekabet Kurumu tarafından soruşturma yapılmalı* ancak soruşturma sonucunda rekabet ihlali olduğunun tespit edilmesi durumunda bu rekabet ihlalinin, ilgili teşebbüsün ex-ante düzenlemeye uymak zorunda olmasından kaynaklandığının tespit edilmesi halinde bunun kusuru ortadan kaldırarak bir cezasızlık sebebi olacağı sonucuna

---

<sup>54</sup> ASLAN, Telekomünikasyon..., s. 40

varılarak ceza vermektan imtina edilmelidir. Aksi halde Danıştay'ın da ifade ettiği üzere ex-ante düzenlemelerin yetersiz olduğu ihtimalde rekabet ihlallerinin cezasız kalması söz konusu olabilecektir.

## **6. ÜÇÜNCÜ SENARYO: EYLEMİN HEM ÖNCÜL DÜZENLEMESİNE HEM DE RKHK'YA AYKIRILIK TEŞKİL ETMESİ DURUMU**

Yukarıda değinilen konuda bir teşebbüsün eylemlerinin öncül düzenlemeler çerçevesinde olması, buna karşın bu eylemin RKHK'yı ihlal etmesi ihtimali üzerinde durulmuştur. Bu bölümde ise eylemin RKHK ile birlikte ex-ante düzenlemeyi de ihlal ettiği ihtimal değerlendirilmektedir. Bir başka deyişle ilgili teşebbüs ex-ante düzenlemeye rağmen ilgili eylemi gerçekleştirerek RKHK'yı ihlal etmektedir. Örneğin, RKHK'nın 6. maddesi açısından bir ürünü pazara 5 TL'den daha ucuza satmaması gereken, ilgili pazardaki düzenleyici otoritenin öncül düzenlemesi gereği ise 4 TL'den daha ucuza satmaması gereken bir teşebbüsün ürünü pazara 2 TL'den sürmesi halinde düzenleyici otoritenin mi yoksa RK'nın mı yetkili olacağı hususu tartışılmalıdır.

Aşağıda konuya ilişkin olarak enerji sektöründe yaşanmış 2 farklı örneğe temas edilecektir.

### **6.1.BİS Enerji Kararı**

Borusan Telekom kararındaki bazı ihlal iddialarının Rekabet Kurulu tarafından BTK kararları bulunması ve davranışın BTK onayıyla gerçekleştirilmesi nedeniyle reddedilmesini hukuka uygun bulmayan Danıştay 13. Dairesi'nin, enerji piyasasına yönelik olarak tesis etmiş olduğu BİS Enerji kararında farklı bir yaklaşım gösterdiği göze çarpmaktadır. Ancak buradaki farklılığın, şikayet edilen teşebbüsün eylemlerinin yalnızca RKHK'yı değil doğrudan doğruya EPDK düzenlemesini de ihlal ediyor olmasından kaynaklandığı görülmektedir.

Rekabet Kurulu tarafından verilen BİS Enerji kararının<sup>55</sup> sonuç kısmı şu şekildedir: *“Düzenlenen rapora, toplanan delillere ve incelenen dosya kapsamına göre; TEDAŞ'ın ikili anlaşmalarla enerji temin ettiği serbest tüketici statüsünde ayrı bir müşteri grubu bulunmadığı ve bütün müşterilere düzenlemeye tabi tarifeden enerji satışı yaptığı dikkate alındığında, EPDK'nın yayımlanmış olduğu “Elektrik Piyasasında Mali Uzlaştırma*

<sup>55</sup> Rekabet Kurulu'nun 9.12.2004 tarih ve 04-78/1114-281 sayılı kararı

*Yapılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ”in 6/1-d maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceğine ve bu nedenle mali uzlaştırmaya katılmamaktan dolayı sorumlu tutulamayacağına, TEDAŞ’ın mali uzlaştırmaya tabi tutulmasına yönelik düzenlemelerin ve tedbirlerin EPDK’nın yetkisi ve sorumluluğunda olduğuna, dolayısıyla TEDAŞ’ın mali uzlaştırmaya katılması yönünde geçici tedbir kararı alınmasına ya da başkaca bir işlem yapılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.”*

Danıştay 13. Dairesi yaptığı incelemede<sup>56</sup>, “...elektrik dağıtım faaliyeti alanında hakim durumda bulunan TEDAŞ’ın elektrik enerjisi ile iştiğal eden şirketlere uyguladığı tarifelerde ayrımcılık yaparak bu şirketlerin faaliyetlerini zorlaştırdığı iddiasıyla yapılan şikayetin konusu, 4054 sayılı Kanun’un 6. maddesi kapsamında incelenebilir bir başvuru olarak görülmekle birlikte, 4628 sayılı Kanunun amacı ile Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu’nun görev ve yetkileri birlikte dikkate alındığında, Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu’nca belirlenen tarifelere aykırı davranışın sonuçlarına ilişkin şikayetin Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu’nun mevzuatı çerçevesinde çözümlenmesi gerektiğinden, şikayet konusunun 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığına ilişkin dava konusu Rekabet Kurulu kararında hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.” değerlendirmelerinde bulunmuş ve 4054 sayılı Kanun çerçevesinde incelenebileceği kabul edilen bir şikayetin, EPDK tarafından belirlenen tarifelere aykırı davranışın sonuçlarına ilişkin olduğu ve EPDK mevzuatı çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği gerekçeleriyle reddedilmesini hukuka aykırı görmemiştir.

Mahkeme bununla beraber esas itibarıyla, 4628 sayılı Kanun’un elektrik piyasalarında 4054 sayılı Kanun’un uygulanmasını kaldıran bir hüküm içermediğini tespit etmiştir. Buna ek olarak da EPDK’nın düzenleyici kurum olarak elektrik piyasasının, serbestleşme sürecinde düzenlemeler yapmakta yetkili olacağı, ancak EPDK tarafından önceden yapılan düzenlemelerin dışında kalmış alanlarda gerçekleşen rekabeti kısıtlayıcı ya da bozucu eylemlere yönelik ihlalden sonraki korumacı müdahalelerde bulunma görevinin Rekabet Kurumu’na ait olduğunu tespitlerine eklemiştir. Dolayısıyla Danıştay, düzenleme yapılmış olan ? için artık yetkinin düzenlemeyi yapan otoriteye ait olduğunu, sektörde öncül olarak düzenlenmemiş eylemlerin Rekabet Kurumu tarafından incelenebileceğini vurgulamaktadır. Şikayete konu olan durum incelendiğinde ise, olayın tamamen EPDK düzenlemelerine tabi olan fiyat tarifeleriyle ilgili olduğu ve TEDAŞ’ın EPDK tarafından düzenlenen tarifelere **uymamasından kaynaklandığının** görüldüğü söz konusu durumun EPDK tarafından

<sup>56</sup> Danıştay 13. Dairesi’nin 11.12.2007 tarih ve E. 2005/7027, K. 2007/8692 sayılı kararı.

yapılacak bir müdahale sonucu TEDAŞ'ın EPDK tarafından düzenlenen ve onaylanan tarifelere uygun hareket etmesinin sağlanması ile çözüme kavuşacağı hükmüne varılmıştır. Danıştay'a göre RKHK'nın 6. maddesi kapsamında olduğu görülen eylem, esas itibariyle özel bir düzenleme olan EPDK düzenlemesini ihlal ettiğinden EPDK'nın yetkisi içerisinde değerlendirilmelidir.

Karar İDDK tarafından da 2013 yılında onanmıştır<sup>57</sup>. Bu nedenle Danıştay'ın görüşünün son derece güncel olduğu söylenebilecektir.

## 6.2.TÜPRAŞ Kararları

Rekabet Kurulu'nun TÜPRAŞ'a ilişkin olarak vermiş olduğu kararda<sup>58</sup> da benzer bir yetki çatışması iddiası gündeme gelmiştir.

Olayda TÜPRAŞ'ın rafineri fiyatları için EPDK tarafından 2006 tarihli bir referans mekanizması belirlenmiş ve TÜPRAŞ'ın bu fiyatlara uyması bir yükümlülük halini almıştır. Ancak Rekabet Kurulu verdiği kararda *“11.10.2008- 01.01.2009 tarihleri arasındaki yaklaşık üç aylık dönemde TÜPRAŞ tarafından uygulanan RSF'lerin EPDK tarafından uygun bulunan 22.12.2006 tarihli Akaryakıt Tavan Fiyat Tarifesi”ne göre belirlenmediği tespiti çerçevesinde de, piyasada düzenleyici kurumun fiyatlamaya ilişkin bir regülasyonu bulunmakla birlikte, buna aykırı davranan TÜPRAŞ'ın fiyat serbestisine sahip olduğu anlaşılmaktadır.”* ibarelerine yer vermiştir. Bunu ise TÜPRAŞ'ın EPDK tarafından cezalandırılmamış olması ile açıklamıştır.

Rekabet Kurulu'nun; EPDK düzenlemesi varsa RK'nın yetkisiz olacağı, ancak olaydaki düzenlemenin emredici olmaktan ziyade tavsiye niteliğinde olduğu ve TÜPRAŞ'ın fiyat serbestisine sahip olduğu şeklinde özetlenebilecek (veya anlaşılabilir) bir görüşe sahip olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla Rekabet Kurulu'na göre bir öncül düzenleme ihlal ediliyorsa bu durumda ilgili düzenleme hakkında öncelikle düzenleyici otoritenin işlem yapıp yapmadığına bakılır, düzenleyici otoritenin müdahale etmemesi üzerine RK'nın yetkisi başlar.

Bir başka TÜPRAŞ kararında<sup>59</sup> ise RK'nın yetki meselesi ile ilgili olarak karşı oy veren Kurul Üyesi Fevzi Özkan'ın karşı oy yazısında şu ifadeler yer verilmiştir:

<sup>57</sup> Danıştay İDDK, 21.01.2013 tarih, 2008/1412K., 2013/101E. sayılı karar

<sup>58</sup> Rekabet Kurulu'nun 17.01.2014 tarih ve 14-03/60-24 sayılı kararı

<sup>59</sup> Rekabet Kurulu'nun 22.10.2014 tarih ve 14-42/760-336 sayılı kararı

*“Kurumlar arasındaki yetki ve görev noktasındaki farklılığın anlaşılabilmesi bakımından sektörel düzenlemeler ile rekabet hukuku arasındaki en temel fark olan ex-ante (öncül) ve ex-post yaklaşımlardan yola çıkılması gerekmektedir. Sektörel düzenlemeler geleceğe dönük olarak, rekabetin tesisi amacıyla teşebbüslerin nasıl davranması gerektiğini belirleyen ve buna yönelik olarak bazı teşebbüs davranışlarının öncül olarak engelleyen kurallar bütünüyken; rekabet hukuku daha çok ardıl ve zarar odaklı bir yaklaşımla teşebbüsün geçmiş davranışlarını inceleyen bir alandır. Rekabet hukuku kapsamında yapılan herhangi bir hakim durum incelemesinde niyet, etki ve ekonomik haklı gerekçe gibi unsurlar dikkate alınarak ardıl değerlendirmeler yapılmaktadır.*

*Danıştay’ın istikrar kazanmış kararları gereğince rekabeti kısıtlayıcı nitelikte olabilecek teşebbüs davranışlarına hem Rekabet Kurumu’nun ve hem de EPDK’nın eşzamanlı müdahalede bulunmasının her zaman ihtimal dahilinde olduğu unutulmamakla birlikte, sektörel ex-ante düzenlemeler ve etkili bir denetim mekanizması yoluyla hızlı ve etkin bir şekilde müdahale edilerek, piyasadaki rekabetin kısıtlanması önlenilmekte, aynı konuya ilişkin olarak rekabet hukuku kapsamında ex-post ve zarar odaklı bir müdahale yapılması gerekliliğini de büyük ölçüde ortadan kaldırmaktadır. Bu nedenle EPDK ve Rekabet Kurumu tarafından yapılacak incelemelerde kurumlar arası işbirliğinin önemini daha da artırmaktadır.*

*Nitekim, OECD raporlarında da, Rekabet Kurumu’nun, EPDK’nın düzenleyici işlemlerine iştiraki için yasal bir zemin tesis edilmesi konusunda tavsiyede bulunmuş ve iki kurum arasında işbirliğini öngören iletişim ve koordinasyon usulünün tespit edileceği resmi bir protokol yapılmasının gereği işaret edilmiştir.*

*Sonuç olarak Tüpraş ve akaryakıt dağıtım kuruluşları arasındaki 2014 yılı satış uygulamalarına yönelik olarak hazırlanan ve ex-ante niteliğini haiz düzenleme (sözleşme) için yapılan menfi tespit ve muafiyet başvurusu konusunda sektörün dağıtım ve bayi kanalında faaliyet gösteren teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin önemli bir bölümünün değil sadece sınırlı düzeyde 4 dağıtım şirketinin görüşlerinin alınması görüş alınan teşebbüslerce dile*

*getirilen hususların uygunluğu ve yerindeliği ile menfi tespit ya da muafiyet istenilen sözleşmede yer alan hükümler ve özellikle eksik çekilen akaryakıt miktarına yönelik cezai oranlar ile ilgili olarak ilgili piyasada rekabeti sağlamakla yükümlü ve enerji sektörünün düzenlenmesi ve denetlenmesi konusunda yetkili ve görevli EPDK'nın görüşlerine başvurulmaması anılan karara karşı olmamızı gerektirmiştir.”*

### **6.3.Değerlendirme**

Yukarıda verilen kararlar açıkça göstermektedir ki aynı eyleme ilişkin olarak hem bir öncül düzenlemenin hem de RKHK'nın ihlali söz konusu ise hem RK'nın hem de Danıştay'ın görüşü, ilgili düzenlemeyi yapan otoritenin yetkili olması ve RK'nın olaydan el çekmesi gerektiği ifade edilebilir.

Ancak bunun teorik gerekçesine yer verilmediği görülmektedir. Burada özel kanunun genel kanundan önce uygulanacağı kuralından (lex specialis) yola çıkıldığı söylenebilecektir. İlgili düzenleyici otoritenin düzenleme yetkisini de bir kanundan aldığı düşünüldüğü zaman sektöre özgü olan kanunun, genel kanundan önce uygulanması gerektiği ve bir ihlal varsa bunun özel kanuna göre çözümlenmesi gerektiğinden hareket edilmiş olabilir.

Ancak burada bir kanunlar ihtilafı bulunmadığı gerekçesiyle, lex specialis ilkesine başvurulmasına gerek olmadığı da iddia edilebilmesi mümkündür. Pekala burada iki kanunun birbiri ile çelişmeyen, yalnızca benzeşen düzenlemeler getirdiği iddia edilebilir. Örneğin, (A) düzenlemesi 7 TL'den düşük fiyat, (B) düzenlemesi de 8 TL'den düşük fiyat uygulanmaması gerektiğini söylemekteyse, burada bir çatışma yoktur. Burada yapılması gereken her ikisine de uyumlu olabilmek adına 8 TL'den düşük fiyat uygulanmamasıdır. Burada bir kanunlar ihtilafından söz edebilmek için bir düzenlemeye uyulması halinde diğerinin kesin olarak ihlal ediliyor olması gerekmektedir. Dolayısıyla olayda her iki düzenlemeye birden uyulması gerektiği açıktır. Yani, eğer ilgili kişi 7,5 TL'den satış yapıyorsa yalnızca (B) düzenlemesini ihlal etmiş olacak ve (B)'de öngörülen yaptırım uygulanacaktır. Ancak 6 TL'den satış yaparsa hem (A) hem de (B) ihlal edilmiş olacaktır.

Burada tek bir eylem ile iki suçun işlenmesinden yola çıkarak aynı eylem nedeniyle iki farklı ceza verilmesi de ne bis in idem (aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz) ilkesini ihlal etmeyecektir. Anayasa Mahkemesi önüne gelen olayda, 1.00 promil alkollü olarak araç kullanan kişiye hem Karayolları Trafik Kanunu'ndan doğan idari yaptırımların hem de Türk

Ceza Kanunu'ndan doğan adli yaptırımların uygulanmasına ilişkin iddiayı incelemiştir. Bu incelemesinde tek eyleme iki farklı ceza uygulanmasının ne bis in idem ilkesinin ihlali olmayacağına, bu ilkenin mutlak olmadığına hükmetmiştir. Mahkemeye göre ne bis in idem ilkesi, konu bakımından birbirine benzer olsa dahi korunan hukuki yarar, unsurlar, amaç, sonuçlar bakımından birbirinden ayrılan düzenlemeleri ihlal ediyorsa uygulanmaz. Bahsi geçen olayda unsurları bakımından farklı düzenlemeler (ex-ante düzenlemede doğrudan bir fiyatın veya eylemin uygulanmaması emredilirken; RKHK'da etki doğması şartı aranmaktadır) söz konusudur.

Özetle, Danıştay görüşü ve RK kararları ışığında bir eylem aynı anda hem RKHK'yı hem de bir öncül düzenlemeyi ihlal ediyorsa bu durumda yetkili makam, düzenlemeyi yapan otorite olmalıdır. Ancak yetkili otorite olaya müdahale etmediği takdirde RK yetkili olacaktır. Ancak bunun tam olarak hukuki gerekçesinin ne olduğu görülememektedir. Dolayısıyla bu görüşün aksinin iddia edilerek iki düzenleme birden ihlal ediliyorsa ikisinin de yaptırımının uygulanabileceğinin öne sürülebilmesi de mümkündür.

## **7. DÜZENLEYİCİ OTORİTELER İLE YAPILAN İŞBİRLİĞİ PROTOKOLLERİ**

Son olarak RK'nın diğer düzenleyici otoriteler ile yaptığı işbirliği protokollerine değinmekte fayda vardır. Bu protokoller esasında yetki sorununa ilişkin yapılmış birer yetki anlaşması veya benzeri bir düzenleme olmayıp tarafların birbirine verdiği taahhütler olarak nitelendirilmelidir. Yetkiye ilişkin kurallar yukarıda sayılan genel ilkeler çerçevesinde belirlenmektedir.

Rekabet hukukundaki regüle piyasalara ilişkin yetki hususu, Kurul ve Danıştay kararlarına fazlasıyla konu olduğundan son dönemde Rekabet Kurumu, diğer düzenleyici otoritelerle bir işbirliği yapmak için çeşitli protokoller yapmaktadır. Rekabet Kurumu'nun Bilgi Teknolojileri Kurumu (BTK), Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK) Enerji Piyasası Denetleme Kurumu (EPDK) ile yapmış olduğu protokollerden bu bölüm içerisinde EPDK ile yapılan protokol üzerinde durulacaktır. Zira telekomünikasyon sektörüne ilişkin Danıştay kararlarına ve Kurul'un bu konudaki yaklaşımına diğer başlıklar altında detaylı olarak yer verilmiştir.



Rekabet Kurumu ile Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu Arasındaki İşbirliği Hakkında Protokol<sup>60</sup> (EPDK Protokolü) de Rekabet Kurumu ile EPDK arasındaki işbirliği görüş bildirme ve koordinasyonu sağlamak için taraflar arasında akdedilmiştir.

EPDK Protokolü'nün "Bilgi Paylaşımı" başlıklı 4. maddesinde tarafların hangi hususlarda bilgi paylaşımında bulunacağı düzenlenmiştir;

*a) Taraflar, görevlerinin ifası sırasında enerji piyasalarına ilişkin olarak rekabetin tesisi, geliştirilmesi ve korunmasına dair önem arz eden, tarafların karşılıklı bilgi sahibi olmasında kamu yararı bulunacağı düşünülen konu ve gelişmeler hakkında birbirlerine bilgi aktarır.*

*b) Taraflar, görevlerinin ifası sırasında enerji piyasaları ve bu piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüsler hakkında elde ettikleri bilgilerden karşı tarafın göreviyle ilgili olanları, bu protokolün 8. maddesinde belirtilen gizlilik ilkelerini göz önünde bulundurarak mevzuat çerçevesinde karşı tarafa aktarır.*

*c) Taraflardan birine gelen şikâyet, ihbar ya da başvurulardan karşı tarafın görev alanına girebileceği düşünülenler, mahiyetine bağlı olarak karşı tarafa iletilir.*

*d) Taraflar, talep halinde ilgili Kurul kararlarına, karşı tarafın en uygun şartlarda erişimini sağlar.*

*e) Taraflar enerji piyasalarına ilişkin hazırlamış oldukları araştırma, rapor, bilgi dokümanı, tez, istatistik gibi çalışmalarını talep halinde elektronik ortamda veya basılı olarak karşı tarafa iletir.*

*f) Taraflar, enerji piyasalarında rekabet üzerinde etkisi olan ikincil mevzuat hazırlıklarında ve değişikliklerinde, söz konusu mevzuat yürürlüğe girmeden önce, süre kısıtlarını göz önünde bulundurarak birbirlerinin görüşlerini alırlar. Ayrıca, Taraflar söz konusu görüş alma sürecinin etkin bir şekilde yürütülmesine yönelik olarak irtibat kurulacak kişi veya kişileri tespit eder.*

İlgili madde hükmünün (c) bendi konuya ilişkin önem arz etmektedir. Zira Rekabet Kurumu bazı durumlarda önüne gelen şikayetleri kendisini yetkili görmeyerek EPDK'ye

---

<sup>60</sup><http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fG%C3%BCncel%2fanlasmalar1%2fprotokolepdk2015.pdf> (Erişim Tarihi:15.02.2016)

iletmekte, bazı durumlarda ise diğerk düzenleyici otoriteler tarafından denetim yapılmasına rağmen kendisini yetkili görerek inceleme yapmaktadır.

Kurul'un *Esgaz* kararında<sup>61</sup> “rekabet otoritesinin, doğal gaz taşıma bedeline ilişkin olarak, “sunulan ürünün/hizmetin ekonomik değerine kıyasla aşırı fiyat”ın söz konusu olup olmadığı konusunda vereceği karar, büyük ölçüde hata riski barındırmaktadır. *ESGAZ*'ın uygulamakta olduğu taşıma bedellerinin makul olup olmadığı ve/veya makul fiyat düzeyinin ne olması gerektiği konusunda verilecek kararın, rekabet kurumu tarafından değil; sektörü sürekli olarak izleme olanağı bulunan ve rekabet otoritesine oranla daha fazla sektörel bilgiye sahip olan EPDK tarafından alınması gerektiğine inanılmaktadır.” tespiti yapılmıştır.

Benzer iddiaların öne sürüldüğü *İzmir Gaz* kararında<sup>62</sup> da Rekabet Kurumu işin esasına girmeyerek konuyu EPDK'ya sevk etmekle yetinmiştir. Kurul'un, geçmiş dönemde alınan kararlarında da görülebileceği üzere, sektöre özgü düzenlemeler ile rekabetin tesis edilebileceği, tarifelerin sektörel otoriteler tarafından onaylandığı ve denetlendiği durumlarda müdahaleden kaçındığını göstermektedir.

Danıştay 13. Dairesi'nin İdari Dava Daireleri Kurulu Tarafından onaylanan *Bis Enerji* kararında<sup>63</sup> da 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 görülmemiştir.

Ancak Kurul'un *Tüpraş* kararında<sup>64</sup> şu ana kadar verilmiş olan kararlardan farklı olarak inceleme yapılan teşebbüse fiyatlandırma ve sözleşmelere ilişkin uygulamaları yoluyla hâkim durumunu kötüye kullandığı gerekçeleriyle 412.015.081,24 TL idari para cezası tahsis edilmiştir. Oysaki sektördeki uzman düzenleyici otorite olan EPDK, Rekabet Kurumu'ndan önce inceleme yapmış ve herhangi bir ihlal tespiti yapmamıştır. Bu durumda enerji sektörünün uzman düzenleyici otoritesi olan EPDK'nın ihlal görmediği bir konuda Rekabet Kurumu'nun ihlal tespiti yapmış olması çeşitli tartışmaları da beraberinde getirmektedir.

İlgili kararı Kurul'un enerji sektörüne ilişkin vermiş olduğu diğerk kararlardan ayıran husus iki ayrı düzenleyici otorite olan Rekabet Kurumu ve EPDK'nın konuya ilişkin kendilerini ayrı ayrı yetkili görmeleridir. Danıştay'ın regüle piyasalara ilişkin vermiş olduğu

<sup>61</sup> Rekabet Kurulu'nun 09/08/2012 tarih 12-41/1171-384 sayılı kararı.

<sup>62</sup> Rekabet Kurulu'nun 08/01/2009 tarih, 09-01/2-2 sayılı kararı.

<sup>63</sup> Danıştay 13. Dairesi'nin, 11.12.2007 tarihli ve 2005/7027 Esas No ve 2007/8692 Karar No'lu kararı ile İDDK'nın 21.01.2013 tarihli ve 2008/1412 Esas No ve 2013/101 Karar No'lu kararı.

<sup>64</sup> Rekabet Kurulu'nun 17/01/2014 tarih ve 14-03/60-24 sayılı kararı

önceki tarihli kararlarda sektörel otoritenin yetkisinin esas nitelikte olduğu ve Rekabet Kurumu'nun müdahale konusunda takdir hakkı bulunduğu ya da regüle sektöre ilişkin inceleme yapma yetkisinin bulunmadığı yönünde kararlar bulunmasına karşın Tüpraş kararında Rekabet Kurumu EPDK'nın incelemesine rağmen kendisini yetkili görmüştür.

Kurul, EPDK'nın inceleme yapmış olmasına rağmen ilgili teşebbüs hakkında tekrardan inceleme yapmasının yasal dayanağını 5510 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun (5510 sayılı Kanun) "İdari Para Cezaları" başlığı altındaki 19. maddesinin 1. Fıkrası olarak göstermektedir. İlgili madde hükmüne göre;

*"Bu Kanuna göre idari para cezalarının veya idari yaptırımların uygulanması, bu Kanunun diğer hükümlerinin uygulanmasına engel oluşturmaz. Bu Kanuna göre verilen ceza ve tedbirler diğer kanunlar gereği yapılacak işlemleri engellemez."*

Dolayısıyla sektörel otoritenin yetkisinin esas olduğu değerlendirilmesine karşın 5510 sayılı Kanun'da açık hüküm bulunması, bir diğer ifade somut olay açısından EPDK tarafından 5510 sayılı Kanun'a göre inceleme yapılmasının, 4054 sayılı Kanun'a göre Rekabet Kurumu'nun inceleme yetkisini ortadan kaldırmayacağını mevzuatta da açık olarak belirtilmesinin bir savunma argümanı olarak kullanılması ilgili kararı konuya ilişkin diğer Kurul kararlarından ayırmaktadır.

Ancak regüle piyasalarda gerek AB gerekse ABD içtihatları ışığında bu şekilde bir tespit yapılabilmesi için ilgili mevzuatta açık bir düzenleme bulunmadığının tespit edilmesi önem arz etmektedir. Aksi takdirde düzenleyici otoriteler arasındaki yetki çatışması her zaman mümkün olabilecektir.

## **8. ÖNERİLER VE SONUÇ**

İşbu çalışma içerisinde regülasyon otoritesi ile rekabet otoritesinin belli eylemler üzerinde yetkisi değerlendirilmiştir.

Bu çerçevede öncelikle AB ve ABD'deki uygulamaya ilişkin kısa bir bilgi verilmiş, daha sonra Türkiye'deki kurallar değerlendirilmiştir. Bu çerçevede uygulamada da karşılaşılan üç temel senaryo çizilmiştir.

İlk senaryoya göre düzenleyici otoritenin fiyatlamaya ilişkin hiçbir düzenlemesi olmayabilir. Bu durumda Rekabet Kurumu'nun yetkisi olacağı sonucuna varılmıştır.

İkinci senaryoya göre düzenleyici otoritenin bir eyleme ilişkin bir düzenlemesi bulunmakta, bu düzenlemeye aykırı hareket edilmesi otorite tarafından yaptırıma bağlanmakta ve ilgili teşebbüs de bu düzenlemeye uymaktadır. Bu senaryoda ikili bir ayrıma gidilmiştir. Buna göre eğer ilgili düzenleme ilgisine bir takdir yetkisi tanıyorsa bu durumda takdir marjı içerisinde yapılan hareketlerin RKHK'ya tabi olacağı; takdir bulunmayan, zorunlu eylemlerde ise RKHK tarafından yaptırım uygulanamayacağı açıklanmıştır.

Son senaryoya göre ise otoritenin bir düzenlemesi bulunmakla beraber ilgili teşebbüs bu düzenlemenin sınırları dışına çıkarak otoritenin düzenlemesini ihlal ediyor olabilecektir. Örneğin otoritenin düzenlemesi teşebbüse 5 birimden düşük fiyat uygulamayı yasaklamış olabilir. Zira 5 birimden düşük fiyatlama yapılması, RKHK ile yasaklanmış olan yıkıcı fiyatlamaya ihlaline neden olabilecektir. Bu durumda aynı saik ile hareket eden iki düzenleme (RKHK'nın 6. maddesi ve otoritenin ilgili düzenlemesi) aynı anda ihlal edilmiş olacaktır. Bunlar arasında RKHK'nın genel düzenleme, otoriteninkinin ise özel düzenleme niteliği olduğu açıktır. Bu nedenle özel düzenleme olan otoritenin düzenlemesinin uygulanarak cezanın buna aykırılık nedeniyle verilmesi gerektiği, ancak otoritenin olaya müdahale etmemesi halinde RKHK'nın devreye gireceği açıklanmıştır.

Burada öncelikle belirtmek gerekir ki bir piyasayı piyasaya ilişkin genel yetkili otorite olan Rekabet Kurumu'ndan ziyade özel yetkili düzenleyici otoritenin daha iyi tanıyacağından şüphe yoktur. Bu durumda düzenlenen sektörlerde, düzenleyici otoriteye rekabet hukukuna ilişkin olarak da yetkilerin kanun ile devredilmesi (Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesi gibi), piyasadaki rekabet aksaklıklarının daha etkin bir biçimde çözülmesini sağlayacaktır. Ancak yetki devri ile birlikte Rekabet Kurumu ile koordinasyon içerisinde çalışma yükümlülüğünün de getirilmesi gerekmektedir.

Rekabet Kurulu'nun TÜPRAŞ kararına verilen karşı oy gerekçesinde de ifade edildiği üzere *sektörel ex-ante düzenlemeler ve etkili bir denetim mekanizması yoluyla hızlı ve etkin bir şekilde müdahale edilerek, piyasadaki rekabetin kısıtlanması önlenilmekte, aynı konuya ilişkin olarak rekabet hukuku kapsamında ex-post ve zarar odaklı bir müdahale yapılması gerekliliğini de büyük ölçüde ortadan kaldırmaktadır.*

Doktrinde de, çalışma içerisinde yer verilmiş olan tüm tartışmalar bu kadar büyük sorunlara dönüşmeden önce benzer nitelikte görüşler verilmiştir. Buna göre düzenlenen sektörde rekabetin korunması ile ilgili konularda genel yetkinin düzenleyici otoriteye, istisnai yetkinin ise RK'ya verildiğinin kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>65</sup>. Bu görüş son derece isabetli olup, eğer ki mevzuat buna imkan tanımıyorsa bile (ki örneğin elektronik haberleşme mevzuatı rekabete ilişkin yetkileri BTK'ya vermekte olup bu özel düzenleme niteliğini haizdir) mevzuatın bu yönde değiştirilmesi, bu sorunların bir yığın haline gelmesinden çok daha önce alınması gereken bir tedbir idi.

Bununla beraber bir de merkezileştirilmiş düzenleyici otorite önerisinin gündeme getirilmesi gerekmektedir. Örneğin, 2013 itibariyle İspanya'da birbirinden farklı otoriteler ve rekabet otoritesi değil, tek bir çatı altında toplanmış ve tam bir işbirliği içerisinde çalışan Ulusal Piyasa ve Rekabet Komisyonu isimli tek bir otorite bulunmaktadır<sup>66</sup>. Bu otorite rekabet, telekom, enerji, demiryolu, posta, havacılık ve radyo-televizyon otoritelerinin birleştirilmesi ile oluşturulmuştur. Komisyon içerisinde biri rekabet, diğeri düzenleme ile yetkili iki ana daire bulunmaktadır. Yetkili ana daire de telekom, enerji ve ulaşım olarak üç alt daireden oluşmaktadır<sup>67</sup>.

Ülkemizde de benzer bir yapının oluşturulması suretiyle tüm yetki meselelerinin ortadan kalkacağı, bununla beraber düzenlemeler arası uyumsuzlukların giderilerek harmonizasyonun artacağı, otoritenin daha verimli çalışacağı düşünülmektedir.

---

<sup>65</sup> ASLAN, Telekomünikasyon..., s. 32

<sup>66</sup> [www.cnmc.es](http://www.cnmc.es)

<sup>67</sup> [http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/03\\_2013/es\\_cnmc.pdf](http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/03_2013/es_cnmc.pdf)

## KAYNAKÇA

- ASLAN, İsmail Yılmaz** : Rekabet Hukuku, İstanbul, 2016
- ASLAN, İsmail Yılmaz** : Telekomünikasyon Alanında Rekabet Kanununun Uygulanabilirliği ve Bazı Rekabet Kurulu Kararlarının İncelenmesi, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu – 1, Kayseri, 2003
- DEMİRÖZ-SARIÇİÇEK-ŞAHİN** : Düzenlemeler ile İlişkisi Bağlamında Rekabet Hukukunun Uygulanabilirliği Sorunu, Rekabet Dergisi Ocak 2014 Sayısı, 15(1)
- GERADIN D., R. O'DONOGHUE**: “The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in The Telecommunications Sector, The Global Competition Law Centre Working Paper Series 04/05, College of Europe, 2005
- GÖZLER, Kemal** : İdare Hukuku, Bursa, 2010
- GÜNDAY, Metin** : İdare Hukuku, Ankara 2013
- KARABULUT, Mustafa** : İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, Ankara, 2008
- ÖZEN, Muharrem** : Rekabet ve Ceza Hukuku, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanun'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak Sempozyumu, 2005

**SHELANSKİ H.A.**

: Justice Breyer, Professor Khan, and Antitrust Enforcement in Regulated Industries”, California Law Review, No:100, 2012

**YALÇIN, İsmail**

: Kabahatler Hukuku, Ankara, 2007

### **REKABET KURUMU KARARLARI**

- Rekabet Kurulu'nun 19.9.2002 tarihli ve 02-56/699-283 sayılı kararı
- Rekabet Kurulu'nun 3.7.2008 tarih ve 08-43/589-219 sayılı kararı
- Rekabet Kurulu'nun 11.9.2008 tarih ve 08-52/792-321 sayılı kararı
- Rekabet Kurulu'nun 19.11.2008 tarih ve 08-65/1055-411 sayılı kararı
- Rekabet Kurulu'nun 9.12.2004 tarih ve 04-78/1114-281 sayılı kararı
- Rekabet Kurulu'nun 08.01.2009 tarih, 09-01/2-2 sayılı kararı
- Rekabet Kurulu'nun 22.4.2009 tarih ve 09-17/381-90 sayılı kararı
- Rekabet Kurulu'nun 11.06.2009 tarihli ve 09-27/596-140 sayılı Kararı
- Rekabet Kurulu'nun 09.08.2012 tarih 12-41/1171-384 sayılı kararı
- Rekabet Kurulu'nun 8.3.2013 tarihli ve 13-13/198-100 sayılı kararı
- Rekabet Kurulu'nun 17.01.2014 tarih ve 14-03/60-24 sayılı kararı
- Rekabet Kurulu'nun 22.10.2014 tarih ve 14-42/760-336 sayılı kararı

### **MAHKEME KARARLARI**

- Danıştay 13. Dairesi'nin 11.12.2007 tarih ve E. 2005/7027, K. 2007/8692 sayılı kararı
- Danıştay 13. Dairesi'nin 18.12.2012 tarih ve 2009/5862E., 2012/3883K. sayılı kararı
- Danıştay 13. Dairesi'nin 08.05.2012 tarih, 2008/14245E., 2012/960K. sayılı kararı
- Danıştay 13. Dairesi'nin 13.02.2012 tarihli, 2008/13184E. ve 2012/359K. sayılı kararı
- Danıştay 13. Dairesi'nin 13.02.2012 tarihli, 2008/13184E. ve 2012/359K. sayılı kararı

- Danıştay 13. Dairesi'nin, 11.12.2007 tarihli, 2005/7027E., 2007/8692K. sayılı kararı
- Danıştay İDDK'nın 21.01.2013 tarihli ve 2008/1412E., 2013/101K. sayılı kararı
- Danıştay İDDK, 21.01.2013 tarih, 2008/1412K., 2013/101E. sayılı karar
- Anayasa Mahkemesi'nin 29.11.2012 tarih, 2012/106E., 2012/190K. sayılı kararı

### **YABANCI KARARLAR**

- *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP* 540 U.S. (2004)
- *Credit Suisse Sec. LLC v. Billing*, 551 U.S. (2007)
- Deutsche Telekom, OJ L 263 (2003).
- Deutsche Telekom v. Commission, Case T-271/03, Court of First Instance (2008).
- Deutsche Telekom AG v. European Commission, Case C-280/08 (2010).
- Telekomunikacja Polska COMP/39.525 (2011) OJ L 324 [2011]
- Parker, Director of Agriculture, et al. v. Brown, 317 U.S. 341 (1943)
- Air Cargo, Case COMP/39.258 [2010].

### **WEB SİTELERİ**

- [http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/03\\_2013/es\\_cnmc.pdf](http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/03_2013/es_cnmc.pdf)
- <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fG%C3%BCncel%2fanlasmalar1%2fprotokolepdk2015.pdf>
- <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT/1/Documents/Etkinlik+Kitab%C4%B1/etkinlikkitap12.pdf>

**10.03.2016**

**Av. Sezgin Karakaş**

[sezgin.karakas23@gmail.com](mailto:sezgin.karakas23@gmail.com)