

Uzmanlık Tezleri Serisi No: 211

REKABET KURUMU

REKABETÇİ TARAFSIZLIK

MUHAMMET MURAT KARAKAYA

REKABETÇİ TARAFSIZLIK

MUHAMMET MURAT KARAKAYA

Ekim 2022

©Bu eserin tüm telif hakları
Rekabet Kurumuna aittir. 2022

Baskı, Ekim 2022
Rekabet Kurumu-ANKARA

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

Bu tez, Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Dr. Faik Metin TİRYAKİ, Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Ferhat TOPKAYA, I. Denetim ve Uygulama Dairesi Başkanı Esin AYGÜN, Dış İlişkiler ve Rekabet Savunuculuğu Dairesi Başkanı Zeynep MADAN ve VI. Denetim ve Uygulama Dairesi Başkan Yardımcısı Vekili Hilal YILMAZ'dan oluşan Tez Değerlendirme Heyeti tarafından 31 Ağustos 2021 tarihinde yürütülen Tez Savunma Toplantısı sonucunda yeterli ve başarılı kabul edilmiştir.

Tez yazarı Muhammet Murat KARAKAYA, 08.11.2021 tarihinde yapılan Yeterlik Sınavı ve 03.12.2021 tarihinde yapılan Sözlü Sınavda başarılı olmuş ve Başkanlık Makamının 03.12.2021 tarih ve 35535 sayılı onayı ile Rekabet Uzmanı olarak atanmıştır.

YAYIN NO

395

İÇİNDEKİLER

| | |
|------------------|-----|
| KISALTMALAR..... | iii |
| GİRİŞ | 1 |

BÖLÜM 1

REKABETÇİ TARAFSIZLIK VE KAMU MÜLKİYETİNDEKİ TEŞEBBÜSLERİN SAHİP OLDUKLARI AVANTAJLAR

| | |
|---|----|
| 1.1. REKABETÇİ TARAFSIZLIĞIN TANIMI | 3 |
| 1.2. KAMU MÜLKİYETİNDEKİ TEŞEBBÜSLER | 6 |
| 1.3. KİT'LERİN ÖZEL TEŞEBBÜSLER KARŞISINDA SAHİP OLDUĞU AVANTAJLAR..... | 8 |
| 1.3.1. İkili Rol..... | 9 |
| 1.3.2. Yerleşiklik Avantajları | 10 |
| 1.3.3. Ticari Bir Getiri Oranı Elde Etmek | 11 |
| 1.3.4. Tekel Gücü ve KİT'lere Verilen Münhasır Haklar | 12 |
| 1.3.5. Sabit Sermaye..... | 13 |
| 1.3.6. İflasa Tabi Olmama..... | 14 |
| 1.3.7. Bilgi Avantajları..... | 14 |
| 1.3.8. Devlet Yardımları ve Sübvansiyonlar..... | 17 |
| 1.3.9. İmtiyazlı Finansman ve İmtiyazlı Muamele..... | 19 |
| 1.4. KİT'LERİN YARATTIĞI REKABETÇİ SORUNLAR | 20 |
| 1.4.1. Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halleri | 22 |
| 1.4.1.1. Rakiplerin Maliyetlerini Yükseltmek ve Pazara Girişleri Engellemek..... | 23 |
| 1.4.1.2. Fiyatlandırma Sistemleri Yoluyla Kötüye Kullanımlar..... | 26 |
| 1.4.1.2.1. Maliyet Altı Fiyatlama..... | 26 |
| 1.4.1.2.2. Aşırı Fiyat | 31 |
| 1.4.1.2.3. Çapraz Sübvansiyon | 32 |

BÖLÜM 2

KİT'LERE REKABET HUKUKUNUN UYGULANMASI

| | |
|---|----|
| 2.1. KİT'LERİN TEŞEBBÜS NİTELİĞİ..... | 35 |
| 2.2. BİRLEŞME VE DEVRALMALARDA KİT'LER..... | 45 |
| 2.3. İDARİ PARA CEZALARININ TESPİTİ | 53 |
| 2.4. DEVLETLERİN VEYA KİT'LERİN EYLEMLERİNE KARŞI MUAFİYETLER..... | 54 |

BÖLÜM 3

REKABETÇİ TARAFSIZLIK İLE İLGİLİ POLİTİKA ARAÇLARI VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

| | |
|---|-----------|
| 3.1. REKABET AVANTAJLARININ HEDEFE YÖNELİK TESPİTİ..... | 61 |
| 3.2. REKABET AVANTAJLARININ SİSTEMATİK OLARAK TESPİTİ | 62 |
| 3.3. KİT'LER İLE İLGİLİ REKABETÇİ TARAFSIZLIK SORUNLARININ ELE ALINMASI | 62 |
| 3.4. REKABET AVANTAJLARINA KARŞI ŞİKÂYET ETME HAKKI..... | 64 |
| 3.5. SAVUNUCULUK..... | 66 |
| SONUÇ VE ÖNERİLER..... | 68 |
| ABSTRACT..... | 71 |
| KAYNAKÇA | 73 |
| Ek-1: KİT'lerin Hukuki Niteliklerinden Ziyade Faaliyetlerinin Ekonomik Nitelikte Olup Olmadığının İncelendiği Örnek Karar Künyeleri..... | 81 |
| Ek-2: BetterCare Kararı | 81 |
| Ek-3: Kurulun KİT'lere Yönelik Ele Aldığı Birleşme/Devralma Karar Örnekleri..... | 82 |

KISALTMALAR

| | |
|-----------------|---|
| AB | : Avrupa Birliği |
| ABAD | : Avrupa Birliği Adalet Divanı |
| ABD | : Amerika Birleşik Devletleri |
| ABİDA | : Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşma |
| Bkz. | : Bakınız |
| EHK | : 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu |
| ICN | : International Competition Network (Uluslararası Rekabet Ağı) |
| İDDK | : Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu |
| İYUK | : İdari Yargılama Usulü Kanunu |
| KHK | : Kanun Hükümünde Kararname |
| Komisyon | : Avrupa Birliği Komisyonu |
| Kurul | : Rekabet Kurulu |
| No. | : Numara |
| OECD | : Organisation for Economic Co-operation and Development (Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü) |
| OFT | : Office of Fair Trading (Adil Ticaret Ofisi) |
| para. | : paragraf |
| RKHK | : 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun |
| s. | : sayfa |
| TMMOB | : Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği |
| v. | : versus |
| vb. | : ve benzeri |
| vd. | : ve diğerleri |
| Vol. | : Volume (Cilt) |

GİRİŞ

Günümüz dünyasında, piyasaların serbestleştirilmesi görüşü hâkim olmasına karşın devletler halen piyasalarda önemli sayılabilecek faaliyetlerde bulunmaktadır. Devletler, piyasalar üzerinde düzenleme, kamu sübvansiyonları, münhasır haklar sağlanması ve doğrudan kendi işletmeleri yoluyla piyasada faaliyette bulunabilmektedir. Bu durum, piyasaların doğasını ve işleyişini etkileyebilmekte, daha verimli olarak faaliyette bulunabilecek özel teşebbüsler için rekabet etmeyi zorlaştırabilmektedir. Ekonominin kilit sektörlerinde özel teşebbüslerle rekabet eden kamu işletmelerinin varlığı ve sayısı göz önüne alındığında rekabet otoriteleri, rekabet hukukunun kamu işletmelerine uygulanmasında etkin olmaya çalışmaktadır.

Rekabetçi tarafsızlık, devletin veya devletle ilişkili herhangi bir piyasa aktörünün, sadece devlet ile olan ilişkisi veya devlet tarafından sağlanan koşullar nedeniyle özel teşebbüsler karşısında rekabet avantajına sahip olmamasını, böyle bir avantajın piyasada var olması halinde ise bunun etkilerinin ortadan kaldırılmasını veya en aza indirilmesini amaçlayan politikalar bütünüdür. Devletlerin piyasada katılımcı olarak faaliyet göstermesi, özel teşebbüsler karşısında avantaja sahip olmasına neden olabilmekle birlikte bu avantajları ortadan kaldırmaya yönelik rekabet hukuku kurallarının kamu teşebbüslerine uygulanmasında da birtakım sorunlar bulunmaktadır.

Çalışmanın birinci bölümünde, öncelikle “rekabetçi tarafsızlık” kavramının tanımı ve neyi amaçladığı, kamu teşebbüsü ile rekabet hukuku bakımından neyin anlaşılması gerektiği ve kamu teşebbüslerinin yarattığı rekabetçi sorunların neler olduğu açıklanacaktır. Çalışmanın ikinci bölümünde kamu teşebbüslerine rekabet hukukunun uygulanmasında yaşanan sorunların neler olduğu, hangi durumlarda

kamu teŖebbüslerine rekabet hukuku kuralları uygulanırken hangi durumlarda kamu teŖebbüslerinin rekabet hukukundan muaf tutulduğu tartışılacaktır. Üçüncü ve son bölümde ise kamu teŖebbüsleriyle ilgili rekabetçi tarafsızlık sorunlarının nasıl ele alınması gerektiği, bu sorunların nasıl tespit edileceği ve tespit edildikten sonra veya bu sorunlar ortaya çıkmadan önce hangi çözüm yollarının uygulanması gerektiği tartışılarak çalışma sonlandırılacaktır.

BÖLÜM 1

REKABETÇİ TARAFSIZLIK VE KAMU MÜLKİYETİNDEKİ TEŞEBBÜSLERİN SAHİP OLDUKLARI AVANTAJLAR

1.1. REKABETÇİ TARAFSIZLIĞIN TANIMI

Devletlerin piyasalar üzerinde kural koyucu ve aynı zamanda mal ve hizmetlerin alıcısı ve tedarikçisi olmak üzere çift yönlü bir etkisi bulunmaktadır. Özel teşebbüslerin faaliyette bulunduğu piyasalarda devletin düzenleyici, alıcı ve tedarikçi rollerinin bulunması, piyasadaki rekabet sürecini bozma riski yaratmaktadır çünkü devlet, diğer piyasa katılımcıları ile eşit bir konumda değildir ve rekabet ettiği diğer piyasa katılımcılarına karşı rekabette avantaj sağlayabilmektedir (Albers 2018, 495). Örneğin, kamu politikası hedeflerini desteklemek için tasarlanmış kanunlar ve düzenlemeler, piyasaları bozabilmekte ve rekabeti etkileyebilmektedir (Sokol ve Lianos 2013, 83).

Devletlerin sahip oldukları rekabet avantajlarıyla piyasalarda faaliyet göstermesi, piyasada faaliyet gösteren özellikle özel teşebbüsler için dezavantajlı olabilmektedir. Örneğin tüketiciler, devlet tedarikçi olduğunda her zaman mümkün olan en iyi anlaşmayı ve dolayısıyla faydayı elde edemeyebilmektedir. Özel teşebbüsler, kamu teşebbüslerinin devletten uygun koşullarda girdi sağlaması nedeniyle bu teşebbüslerle rekabet edemeyebilmekte veya devletle rekabet edecekleri pazarlara girmekten kaçınabilmeleri nedeniyle rekabet süreci olması gerektiği gibi işlemeyebilmektedir (Albers 2018, 495-496).

Rekabetçi tarafsızlık, kamu ve özel sektör işletmelerinin aynı kurallar bütününe tabi olduğu ve devletle olan herhangi bir bağı herhangi bir piyasa

aktörüne rekabet avantajı sağlamadığı bir düzenleyici çerçevedir (UNCTAD 2014, 13). Rekabetçi tarafsızlığın amacı, kamu teşebbüslerine, daha az avantajlı rakiplerine kıyasla aşırı rekabet avantajları vermekten kaçınmak veya daha önce verilmiş olan bu avantajları ortadan kaldırmaktır.

Rekabetçi tarafsızlığın literatürde öne çıkan üç tanımı bulunmaktadır:

Rekabetçi tarafsızlık, özel sektörle rekabet halinde olan devlet faaliyetlerinin, sadece devlet mülkiyeti ve kontrolü nedeniyle rekabet avantajı veya dezavantajına sahip olmaması gerektiğidir. Rekabetçi tarafsızlık politikaları, bu tür avantajların ortaya çıkmasını engellemek veya ortadan kaldırmak için adımların analizini ve uygulanmasını içermektedir (UNCTAD 2014, 101).

Rekabetçi tarafsızlık, devletin ticari faaliyetlerinin, sadece kamu mülkiyeti nedeniyle özel sektör rakiplerine göre net rekabet avantajlarından yararlanmamasını talep etmektedir (Capobianco ve Christiansen 2011, 5).

Rekabetçi tarafsızlık, bir piyasada faaliyet gösteren herhangi bir aktörün rekabet avantajlarına veya dezavantajlarına maruz kalmadığı durumlarda ortaya çıkmaktadır (OECD 2012a, 13).

Rekabetçi tarafsızlık düzenlemeleri, kamu teşebbüslerinin kamusal mülkiyetinden kaynaklanan kaynak tahsisi bozulmalarını ortadan kaldırmayı ve rekabetçi ortamı geliştirmeyi amaçlamaktadır. Rekabetçi tarafsızlık düzenlemelerinin uygulanmadığı durumlarda, kamu teşebbüslerinin talep ettiği fiyatların maliyetlerini tam olarak karşılamaması halinde kaynak tahsisi bozulmaları meydana gelebilmekte, bu da ekonomik aktörlerin üretim ve tüketim kararlarını, özel sektör rakiplerinin yatırımlarını ve diğer kararlarını bozabilmektedir (Capobianco ve Christiansen 2011, 5).

Rekabetçi tarafsızlık, devletlerin kendi işletmelerine, özel sektör rakipleri karşısında yasaları ve mali kaynakları kullanarak avantaj sağlamamasını gerektirmektedir. Devletler işletmelerine bu şekilde avantaj sağarlarsa, özellikle de devlet işletmeleri özel sektör rakiplerinden daha az verimliyse, rekabet süreci bozulacak ve verimlilik azalacaktır. Düzgün işleyen piyasa dinamikleri, piyasaların rekabetçi yapısını sağlamaya yardımcı olmakta, bu da verimli firmaların gelişmesi ve başarılı olması, verimsiz firmaların ise müşteri kaybedip piyasadan ayrılması anlamına gelmektedir. Rekabetçi tarafsızlığın söz konusu olmaması halinde, rekabet dinamikleri yapay olarak bozulabilmekte ve piyasalar etkin olarak işleyememektedir. Bu durum, verimsiz firmaların piyasada kalmasına ve daha verimli firmaların etkili bir şekilde büyüyüp yenilik yapamamasına veya piyasadan

çıkmasına neden olacaktır. Sonuç olarak tüketiciler daha düşük kalite, daha yüksek fiyatlar ve daha düşük inovasyon seviyeleriyle karşılaşacaktır (OFT 2010, 12). Bununla birlikte rekabetçi tarafsızlık, devlet işletmelerinin özel teşebbüslerle rekabette başarılı olamayacağı veya devletin kamu hizmeti ihtiyaçlarını veya diğer özel sorumlulukları yerine getirmede rolü olmadığı anlamına gelmemektedir. Devlet işletmeleri, kendi değerleri, içsel güçleri ve olağan faaliyetleri nedeniyle başarı elde edebilir, ancak bu durum devlet mülkiyetinden kaynaklanan haksız avantajların bir sonucu olarak gerçekleşmemelidir.

Rekabetçi tarafsızlık sonucunda ulaşılabilecek bazı faydalar şunlardır: kaynakların etkin tahsisi ve tüketiciler bakımından rekabetçi fiyatlar; kamu teşebbüslerinin rekabet kuralları altında faaliyette bulunmaları sonucu performans kazanımları; kamu kaynaklarının daha etkin kullanımı sonucu devletler bakımından tasarruf; kamu hizmeti yükümlülüklerinin sağlanmasında şeffaflık ve verimlilik; artan performansın bir sonucu olarak hizmet kalitesindeki artışlar (UNCTAD 2014, 122).

Sunduğu faydalar göz önüne alındığında, rekabetçi tarafsızlık ilkesi geniş çapta kabul görmektedir, ancak uygulamada bunu başarmanın önünde zorluklar bulunmaktadır. Kamu işletmeleri, özel yatırımcılar yerine devletlere aittir ve piyasalarda kârı maksimize eden özel teşebbüslerle doğrudan rekabet etmektedir. Çoğu kamu işletmesi, hem ticari hem de ticari olmayan işlevleri yerine getirmektedir ve bu işlevler arasındaki çatışmalar birtakım zorluklarla sonuçlanabilmektedir (OECD 2014, 7-8).

Rekabet politikası ve rekabetçi tarafsızlık birbiriyle ilişkilidir çünkü rekabetçi tarafsızlık ancak gerçek veya potansiyel rekabetin var olması halinde mümkündür; rekabetçi tarafsızlık, tüketici refahını, ekonomik verimliliği ve yeniliği en üst düzeye çıkararak etkin rekabet ortamını sağlamakta ve tarafsız konumda bulunan rekabet otoriteleri, kamu ve özel teşebbüsler arasındaki oyun alanının dengelenmesini sağlanmasında önemli rol oynamaktadır (OECD 2016a, 2). Bununla birlikte her devlet eylemi piyasaları etkilememekte veya rekabeti bozmamaktadır. Rekabetçi tarafsızlık bakımından önemli olan, hangi devlet eylemlerinin piyasadaki rekabet ortamını bozduğunu veya özel teşebbüslerin rekabet edebilirliklerini etkilediğini belirlemek ve bu eylemlerin tüketiciler aleyhine olan sonuçlarını ortadan kaldırmaktır.

Devlet kurumları ve özel teşebbüsler arasında eşit bir rekabet ortamı yaratılması için en temel adım, rekabet hukukunun devlet işletmeleri dâhil tüm piyasa oyuncularına ayırım gözetmeden uygulanmasıdır. Çoğu yargı bölgesi, ticari olarak faaliyette bulunan devlet işletmelerine rekabet yasalarını uygulamaktadır (Fox ve Healey 2013, 776-777). Yasalar, düzenlemeler ve politikalar devlet işletmelerine veya diğer devlet organlarına fayda sağlamamalıdır. Özel sektörle rekabet halinde olan devlet işletmelerinin, sadece devlet mülkiyetinde oldukları ve devlet tarafından kontrol edildikleri için rekabet avantajına sahip olmaması gerektiği kabul edilmektedir. Dolayısıyla, bu bağlamda rekabetçi tarafsızlık politikası, piyasanın kamu teşebbüsleri açısından “tarafsız” olmasını sağlamak için atılan adımlar veya mekanizmalardır (Healey 2019, 188-189).

1.2. KAMU MÜLKİYETİNDEKİ TEŞEBBÜSLER

Günümüz dünyasında devletler piyasa başarısızlıklarının düzeltilmesi, kamu mal ve hizmetlerine evrensel erişimin, ekonomik büyüme ve kalkınmanın, ulusal güvenliğin sağlanması, kâr elde edilmesi, kaliteli ürün ve hizmetlerin sunulması, yeni iş fırsatlarının yaratılması, iş ve çevre standartlarının belirlenmesi, Ar-Ge ve eğitimin teşvik edilmesi gibi çeşitli ekonomik, sosyal, politik ve stratejik nedenlerle piyasalarda faaliyette bulunabilmekte veya piyasalara müdahale edebilmektedirler (OECD 2016a, 2). Kısaca devletler; ekonomide doğrudan mal ve hizmet sağlayıcısı olarak yer alabilmekte, yasal düzenlemeler ve bu yasal düzenlemelere dayanılarak yapılan işlemler vasıtasıyla piyasaların işleyişine etki edebilmekte, kamu alımları vasıtasıyla ekonomide karar alıcı konumunda bulunabilmekte, çeşitli hedefler doğrultusunda sağlanan devlet destekleri vasıtasıyla ekonomiye müdahale edebilmektedirler (Rekabet Kurumu 2013, 13-14). Devletler, bu amaçlarını gerçekleştirebilmek için mülkiyetindeki teşebbüsleri, yani kamu teşebbüslerini aracı olarak kullanmaktadır. Temel olarak kamu teşebbüsleri, devlet tarafından değişen derecelerde kontrol edilen işletmeler olmakla birlikte çeşitli tanımları bulunmaktadır.

Karluk’a (Karluk 2009, 275) göre kamu teşebbüsleri, devlet veya diğer kamu tüzel kişilerinin sermayesinin tamamına veya yarısından fazlasına sahip olarak yönetiminde etki sahibi olduğu örgütlerdir. En geniş anlamıyla kamu teşebbüsü,

ekonomik bir faaliyetin yerine getirilmesini amaçlayan kamu mülkiyeti olup, devletin kamu görevlerini yerine getirdiği teşebbüslerdir.

Kamu teşebbüslerinin tanımı konusunda en açık hüküm 25 Haziran 1980 tarih ve 80/72 sayılı Şeffaflık Direktifinde¹ şu şekilde verilmiştir:

Kamu otoritelerinin mülkiyet ya da pay sahipliği ilişkisi içerisinde doğrudan ya da dolaylı olarak önemli ölçüde etkin olduğu ya da kendilerine uygulanan kuralların niteliği ve rejiminin bu özelliği çağrıştırdığı teşebbüsler.

Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Kurumsal Yönetişimine İlişkin OECD Kılavuz İlkeleri (2015)'ne göre kamu teşebbüsleri, ulusal hukuk tarafından teşebbüs olarak tanınan ve devletin üzerinde mülkiyet sahibi olduğu herhangi bir tüzel kişilik olarak tanımlanmaktadır. Bu, anonim şirketleri, limited şirketleri ve sınırlı ortaklıkları içerebilmektedir (OECD 2015a, 14). Dahası, tüzel kişilikleri özel mevzuatla kurulmuş olan yasal şirketlerin, amaçları, faaliyetleri veya faaliyetlerinin bir kısmı büyük ölçüde ekonomik nitelikte ise kamu teşebbüsü olarak düşünülmesi gerektiği ifade edilmektedir.

AB hukukuna göre “kamu teşebbüsü”, kamu otoritelerinin mülkiyet, mali katılım veya yönetimde kontrol vasıtasıyla doğrudan veya dolaylı olarak baskın bir etki yapabileceği herhangi bir teşebbüs anlamına gelmektedir (ICN 2014, 6). Şeffaflık Direktifinin 2. maddesinde şu hususların varlığı halinde kamu makamlarının bir teşebbüs üzerinde doğrudan veya dolaylı olarak baskın bir etkiye sahip olduğunun varsayıldığı belirtilmiştir: (i) teşebbüsün sermayesinin büyük kısmına sahip olunması; (ii) ihraç edilen hisse senetlerine sahip olunmak suretiyle oy çoğunluğunun kontrol edilmesi veya (iii) teşebbüsün idari, yönetsel veya denetleyici organının üyelerinin yarısından fazlasının atanması.

Ülkemizdeki mevzuata bakıldığında 233 sayılı KHK'nın “Kapsam ve Amaç” başlıklı 1. maddesi kamu iktisadi teşebbüslerini; özerk bir tarzda ve ekonominin kurallarına uygun olarak ticari esaslara göre yönetilen, ekonomik gereklere uygun olarak verimlilik ve kârlılık² ilkeleri doğrultusunda, kendi aralarında ve milli ekonomiyle uyum içinde çalışarak sermaye birikimine yardım eden ve bu suretle

¹ Üye Devletler arasındaki mali ilişkilerin şeffaflığı hakkında Komisyon Direktifi.

² Bununla birlikte “kârlılık” ibaresine, kamu iktisadi kuruluşlarının amacı belirtilirken yer verilmiştir.

daha fazla yatırım kaynağı yaratan, özel hukuk hükümlerine tabi mal veya hizmet sağlayıcı kamu kuruluşları olarak tanımlanmaktadır.

Merkezi yönetim haricinde yerel yönetim kapsamında olan belediyeler de sahip oldukları iktisadi teşebbüsleri aracılığıyla piyasalarda faaliyet gösterebilmekte ve bu teşebbüsler üzerindeki mülkiyet de kamu mülkiyeti olarak sayılmaktadır.

Anayasanın 135. maddesinde kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları şu şekilde tanımlanmaktadır:

...belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, meslekî faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleriyle ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlâkını korumak maksadıyla kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzel kişilikleri...

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları her ne kadar kamu mülkiyetinde olmasalar da kamu hizmeti yerine getirmeleri, yetkilerini anayasa ve kanunlardan alıyor olmaları ve kamu denetimine tabi olmaları nedeniyle işbu tez kapsamında kamu kurumu niteliğinde değerlendirilecektir. Nitekim Günday'a (Günday 2003, 456) göre de kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurumu başlığı altında ele alınmaktadır.

Anlatım kolaylığı açısından çalışmanın devam eden bölümlerinde, yukarıda ifade edilen tüm kamu teşebbüslerini kapsayacak şekilde "KİT" tanımı kullanılacaktır.

1.3. KİT'LERİN ÖZEL TEŞEBBÜSLER KARŞISINDA SAHİP OLDUĞU AVANTAJLAR

Çoğu zaman KİT'ler, özel mülkiyetli rakiplerinin sahip olmadığı ayrıcalıklara ve dokunulmazlıklara sahip olmaktadır. Bu avantajlar her zaman daha iyi performans, artan verimlilik, üstün teknoloji veya iyi yönetim becerilerine dayanmamakta, devletler tarafından yaratılmakta, KİT'lere rakiplerine karşı rekabetçi bir avantaj sağlamakta ve piyasadaki rekabeti bozabilmektedir (Capobianco ve Christiansen 2011, 5).

Aşağıda açıklanacak olan KİT'lerin sahip olduğu bu avantajlar KİT'lere yönelik yapılacak herhangi bir rekabet incelemesinde dikkate alınmalıdır. Aksi

takdirde rekabet hukukunun bu teşebbüsler için yetersiz uygulanması sorunuyla karşılaşılabilir.

1.3.1. İkili Rol

İlk olarak hem düzenleyici hem de tedarikçi ve alıcı rollerinde bulunan devletten kaynaklanan çıkar çatışmaları söz konusu olabilmektedir. Düzenleyici ve tedarikçi olarak diğer teşebbüslerle rekabet eden bir işletmenin hem kendi ekonomik çıkarlarını takip etmesi hem de piyasayı kamu yararına tarafsız bir şekilde düzenlemesi her zaman mümkün olmamaktadır. İşletmenin, düzenleyici olarak hareket ederken kamu çıkarlarıyla uyumlu olmasa bile kendi ticari çıkarlarını koruma riski söz konusu olabilmektedir. Ayrıca özel rakipler, piyasaları KİT'lerin lehine düzenlenmiş olarak algılayabilmekte ve dolayısıyla KİT'i pasif olarak takip ederek rekabet etmekten kaçınmakta ya da ilgili pazara girmeyi tercih etmemektedir. Bu kapsamda, rekabetçi tarafsızlık, devletin düzenleyici ve girişimci işlevlerinin yapısal olarak ayrılmasıyla elde edilebilmektedir (Albers 2018, 497-498).

KİT'lerin bir piyasada hem özel rakiplerle rekabet eden bir teşebbüs hem de ilgili piyasayı düzenleyen bir kamu organı konumunda olması halinde söz konusu piyasada eşit bir rekabet ortamından bahsetmek mümkün görünmemektedir. Devletler, düzenleyici gücünden yararlanarak kuralları, özel rakipler ile rekabet eden kendi teşebbüslerinin avantajına olarak değiştirerek piyasadaki rekabet ortamını bozma kapasitesine sahip olabilmektedir. Böyle bir durumda söz konusu KİT açısından “çıkar çatışması” gündeme gelebilecektir. Bu husus, Kurulun bir kararında³ ele alınmış ve tütün ve alkol piyasalarında hem teşebbüs olarak faaliyet göstermesi hem de bu piyasalarda fiyatların belirlenmesi, tütün tekeli kapsamındaki maddelerin fabrikaya giriş ve çıkış miktarının kontrol edilmesi gibi düzenleyici ve denetleyici yetkilere sahip olması sonucu,

TEKEL'in varlığı ve önemli ayrıcalıklara sahip olması sağlıklı ve serbest bir piyasa ortamının oluşmasına engel olabilmektedir. Düzenleyici görevlerle donatılan bir kuruluş, piyasada mal ve hizmet üreten teşebbüslerden bağımsız olmalıdır. Tekelci yetkilerle donatılmış bir kuruluşun aynı zamanda piyasayı düzenlemeye yetkili bir kuruluş olarak piyasada faaliyet göstermesi, sağlıklı bir rekabet ortamının oluşması ve gelişmesi açısından sakıncalıdır...

denilerek hem piyasa oyuncusu hem de piyasa düzenleyicisi konumunda olan KİT'lerin sahip oldukları yetkilerin ilgili piyasadaki rekabet ortamını bozabileceği ifade edilmiştir (Özkan 2009, 155).

³ 02-80/937-385 sayılı karar.

Rekabetçi tarafsızlık bakımından sakıncalı olan bu duruma yönelik olarak devletler tarafsız olmalı veya bağımsızlık ilişkisini sürdürmeli, piyasada hem düzenleyici hem de özel rakiplerle rekabet eden faaliyetlerini ayırıştırmalıdır. Bu ayırıştırmanın ise piyasa üzerinde etkisi olmalı, yani yalnızca kâğıt üzerinde gerçekleşmemelidir.

1.3.2. Yerleşiklik Avantajları

KİT'lerin güçlü pazar konumlarından yararlanmaları, çoğu zaman sadece verimlilikleri ve inovasyon yetenekleri sonucu değil, yasal ayrıcalıkları, finansal destekleri ya da bir pazara ilk giren olmalarına izin verilmiş olmaları nedeniyle gerçekleşmektedir. Devlet tarafından verilen münhasır haklar koruması altında veya devletin mali desteğiyle bir girdi için hâkim pozisyona sahip olmaları da bir yerleşik firma avantajı oluşturmaktadır (Sappington ve Sidak 2003a, 512-513). Rekabetçi tarafsızlık bakımından, bu gibi durumlar söz konusu olduğunda, yapılacak herhangi bir rekabet incelemesinde yerleşik firma avantajının dikkate alınması gerekmektedir.

Yerleşik firma avantajı, genel olarak, tekelci/hâkim operatörlerin bulunduğu pazarlardan rekabetçi manzaraya geçen endüstrilerde görülmektedir. Örneğin, ağ endüstrilerinde yerleşik firmalar, altyapı, arazi kullanımı ve geçiş hakkı gibi unsurlardan, benzer koşullarda özel rakiplerin ödeyeceklerinin çok altında bir fiyattan yararlanabilmektedir. Bu avantajlar, KİT'lerin maliyetlerini düşürebilmekte ve rakiplerinden daha düşük fiyatlandırma yeteneklerini artırabilmektedir. Ayrıca alt pazardaki rekabeti sürdürmek için gerekli olan zorunlu unsur niteliğindeki tesislere erişimin reddedilmesi, rekabeti ciddi şekilde bozma potansiyeline sahiptir (UNCTAD 2014, 164). Örneğin ülkemizde telekomünikasyon pazarının serbestleştirilmesinden sonra yerleşik işletmeci olan Türk Telekom sahip olduğu ağa erişimi sayesinde rakipleri karşısında yerleşik firma avantajından yararlanmıştır ve halen devam eden incelemeler bu yerleşiklik avantajlarının, pazarın serbestleştirilmesi üzerinden yıllar geçmesine rağmen devam ettiğini göstermektedir.

Ülkemizde THY'nin sahip olduğu slot hakları da yerleşik firma avantajına örnek olarak gösterilebilmektedir. Kurulun *THY* kararında⁴ THY'nin tarihsel haklar nedeniyle ticari açıdan uygun slotlara sahip olduğu, slot tahsisi bakımından

⁴ 08-28/322-106 sayılı karar.

ayrıcılık konumunda olduğu, tarihsel hakların kullanımı nedeniyle bu ayrıcalıklı konumunu koruyabildiği ve düzenleyici otoriteler tarafından gerçekleştirilen bazı uygulamaların da bu konumu desteklediği tespitlerinde bulunulmuştur. Kurulun THY'ye yönelik bir diğer kararında⁵ da yukarıda yer verilen tespitlere ek olarak slot uygulaması nedeniyle örneğin İstanbul Atatürk Havalimanı-Ankara hattında THY'nin tekel konumunda olduğu, bunun nedeninin ise tarihsel haklar kapsamında THY karşısında diğer firmaların bu hatta slot tahsis imkânına sahip olmadığı belirtilmiştir. Kamu kontrolündeki THY, sahip olduğu tarihsel slot haklarının yerleşik firma avantajı oluşturması nedeniyle özel rakipleri karşısında rekabet avantajı elde etmekte olup bu durum rekabetçi tarafsızlık ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Kurulun İSTTELKOM kararında⁶, İstanbul Büyükşehir Belediyesi (İBB) iştiraki olan İSTTELKOM'un altyapı kurulum pazarında belediye iştiraki olmasından kaynaklanan gücünü rakipler üzerinde, rakiplerin aleyhine olan sözleşmeleri imzalatmak için kullanabildiği, rakiplerinin ulaşamayacağı avantajlara ve rakipler karşısında ayrıcalıklı bir konuma sahip olduğu, rakiplerinin tabi olduğu hukuki yükümlülöklere uymasının gerekmemesi nedeniyle çeşitli bürokratik maliyetleri azalttığı, bu hususların İSTTELKOM'un pazardaki ve rakipleri üzerindeki konumunu güçlendirdiği tespitlerinde bulunularak İSTTELKOM'un belediye ile olan ilişkisinin piyasadaki rekabeti diğer işletmeciler aleyhine bozmaması gerektiği, rakiplerin altyapı işletmeciliği faaliyetlerinde İSTTELKOM ile eşit şartlarda rekabet edebilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

1.3.3. Ticari Bir Getiri Oranı Elde Etmek

Rekabetçi tarafsızlık, KİT'lerin faaliyetlerinde kullandıkları varlıklar üzerinden ve faaliyetleri sonucu elde ettikleri kazançlardan piyasaya uygun bir getiri oranı kazanmasını gerektirmektedir. Piyasaya uygun bir getiri oranı, aynı sektördeki rakipler tarafından kazanılanlarla karşılaştırılabilir bir oran olmalıdır. Rekabet hukuku bakımından sorun, KİT'lerin ticari bir getiri oranı kazanmasının gerekmemesi halinde, fiyatlarına daha düşük kâr marjları uygulayarak rekabeti azaltabilecekleridir. Bu nedenle, rekabetçi tarafsızlık bakımından önem arz eden

⁵ 14-54/932-420 sayılı karar.

⁶ 19-15/214-94 sayılı karar.

husus, devletin ticari faaliyetlerinden makul bir getiri oranı elde etmesini ve uygun temettü hedefleri belirlemesini istemektir (OECD 2012a, 29). Bununla birlikte, rekabetçi tarafsızlığın devlet işletmelerinin her işleminde belirli bir getiri oranı elde etmesini gerektirmediğine dikkat edilmelidir. Ticari bir getiri oranı koşulu, KİT'lerin kâr marjlarını özel teşebbüsler gibi farklılaştırmasını veya değiştirmesini engellememektedir. Temel amacı devlet bütçesiyle finanse edilen faaliyetlerinden çapraz sübvansiyonu önlemektir.

OECD tarafından yayınlanan Kamu Sektörünün Piyasa Faaliyetlerini Düzenleyen Belge'de (*Regulating Market Activities by the Public Sector*), hem ticari ve hem de ticari olmayan hedefleri bulunan KİT'lerin hangi uygun getiri oranlarına sahip olması gerektiği tartışılmaktadır. Belge, getiri oranının benzer özel sektör işletmeleri tarafından kazanılan oranla eşdeğer olması gerektiğini, uygun getiri oranı hedefleri belirlemek için maliyetlerin tanımlanması, hesaplanması ve bir mal veya hizmetin fiyatlandırmasında hesaba katılması gerektiğini öne sürmektedir. Genel bir kural olarak, bir işletme makul bir süre boyunca ticari bir getiri oranı kazanmalıdır (OECD 2004, 27). Örneğin Avustralya'da, tüm devlet işletmelerinin, sermaye maliyeti dâhil kullanılan kaynakların tam maliyetlerini hesaba katarak, beş yıllık bir süre boyunca, sunulan mal ve hizmetlerden ticari bir getiri oranı elde etmesi gerekmektedir.

Belge ayrıca, getiri oranının belirlenmesinin, KİT'in ortaklarına kâr payı ödeyip ödemediğinin ve eğer ödüyorsa hangi koşullar altında ödendiğinin dikkate alınması gerektiğini vurgulamaktadır. Bazı KİT'ler ortaklarına kâr payı ödemekten veya diğer tüm ödemelerden kaçınabilmektedir. Bu, KİT'lerin, pay sahiplerden korkmadan zararına faaliyette bulunmalarını sağlamaktadır (OECD 2009, 36). Kâr payı ödemeleri çok düşükse, KİT'ler özel sektör rakipleri karşısında avantaja sahip olabilir, çünkü daha düşük bir özkaynak finansmanı maliyetiyle karşı karşıya kalırlar. Temettülerin rekabetçi tarafsızlıkla tutarlı olmasını sağlamak için devlet temettü politikaları, piyasadaki özel işletmelerinkine benzer bir çerçeveye oturtulmalıdır.

1.3.4. Tekel Gücü ve KİT'lere Verilen Münhasır Haklar

Birçok durumda KİT'ler, bazı faaliyetleri üzerinde münhasır veya tekel haklarına sahiptir. Bu, örneğin, devlet tarafından kontrol edilen işletmeler

tarafından işletilen posta hizmetlerinde, kamu hizmetlerinde ve diğer evrensel hizmetlerde görülebilmektedir (OECD 2009, 35). Örneğin ABD’de federal hükümet, ABD Posta Servisi’ne (USPS) hem mektupların teslimi hem de müşterilerin posta kutularının kullanımı konusunda münhasır haklar vermektedir. Bir tekelin yaratılmasının, tekel gücünün KİT tarafından nasıl kullanıldığı konusunda etkileri olabilir. Özellikle, KİT’lerin tekel rantını, özel rakiplerle rekabet ettiği diğer faaliyetlerini çapraz sübvansane etmek için kullanma yeteneği sorunlu olabilmektedir (Geddes 2004, 30).

1.3.5. Sabit Sermaye

Özel mülkiyetteki teşebbüslerin hisse senetleri alınıp satılarak veya diğer yollarla kurumsal kontrolü kolaylıkla başkalarına devredilebilirken, bir KİT’in kontrolü o kadar kolay aktarılamamaktadır. Dolayısıyla, bir KİT’in rekabete aykırı uygulamalar yoluyla kötü performans gösterdiği durumlarda, KİT’i finanse edenler, fonlarını kolaylıkla geri çekememe durumuyla karşılaşabilmektedir. Mülkiyet haklarının devredilememesi, KİT’ler için aşağıdaki gibi birtakım avantajlarla sonuçlanacaktır (OECD 2009, 36):

- KİT’ler genellikle ortakların kâr payı ödemekten muaf tutulabilmekte veya sermaye piyasası disiplinlerine uygun olmayan kararlar alabilmektedir⁷. Bu, hisse senedi sahiplerinin hisse senetlerini satma korkusu olmadan KİT’lerin zararına faaliyet göstermesine izin verebilmektedir.
- KİT’ler, rekabete aykırı eylemler sonucunda zarar ettiğinde, hisse senedi fiyatlarının düşme korkusu olmaması nedeniyle yıkıcı fiyatlama gibi rekabetçi olmayan dışlayıcı fiyatlandırma stratejilerini yine de uygulayabilmektedir.
- KİT’lerin yönetimi, devralma tehdidine tabi olmadığından ve özel rakiplerinin yönetiminden farklı olarak sermaye piyasaları disiplinlerinden etkilenmediğinden verimli bir şekilde faaliyette bulunmak için daha az teşvike sahip olabilmektedir.

⁷ Örneğin özel teşebbüsler, temettü ödeme kararlarını şirket genel kurulları tarafından alınan kararlar doğrultusunda dağıtırken ülkemizde 344 sayılı KHK’nın 37/A maddesine göre KİT’ler dağıtacakları temettü tutarlarına ve bu tutarlara ilişkin ödeme tarihlerine ilişkin kararlar Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakan tarafından alınmaktadır. Bu durum, KİT’lere, özel sektör rakiplerinin sahip olmadığı bir esneklik kazandırabilmekte ve yatırımcılar açısından belirsizlik yaratabilmektedir.

Bir KİT, kendi hedeflerini gerçekleştirmek için, büyük ölçüde takdir yetkisine sahip yöneticiler dâhil olmak üzere birçok kişiden oluşan bir organizasyondur. Bu takdir yetkisi kısmen, KİT'lerin devralma tehditlerine maruz kalmaması ve genellikle özel işletmelere göre sermaye piyasası disiplinine daha az maruz kalması nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Kâr maksimizasyonuna odaklanan özel teşebbüslerin yöneticileri, KİT yöneticilerinininkine benzer hedef ve çıkarlara sahip olsalar bile, sermaye piyasalarının disiplini, özel teşebbüslerin yöneticilerinin hissedar değerini maksimize etmeyen uygulamalarda bulunmasını engelleyebilmektedir (Sappington ve Sidak 2003a, 500).

1.3.6. İflasa Tabi Olmama

KİT'lerin sahip olduğu bir diğer ayrıcalık, iflas kurallarından muafiyettir. Sermayesinin değer kaybına uğrama olasılığı düşük olduğundan, KİT'ler iflas etme korkusu olmadan uzun bir süre zararına faaliyet gösterebilmektedir. Bu iflas kısıtlamasının olmaması, KİT'lere özel mülkiyetli rakiplerine göre önemli bir rekabet avantajı sağlamaktadır. Özellikle, KİT'lerin iflas kurallarına tabi olmamaları, rekabeti kısıtlayıcı uygulamalar girişebilmelerini kolaylaştırabilmekte ve dolayısıyla özel teşebbüslerle verimsiz bir şekilde rekabet edebilmektedirler. Ayrıca, KİT'lerin rekabete aykırı olası uygulamaları, bu durumun farkında olan özel sektör rakiplerini pazara girmekten alıkoyabilecektir.

İflas yasaları uyarınca borçlarını ödeyemeyen bir borçlu iflas etmiş sayılabilir. Ancak, devletin veya belediyenin sahibi olduğu bir işletme iflas ilan edemez. Devlet veya belediye girişimleri ayrı tüzel kişiler değil, bir devletin/belediyenin parçasıdır, bu nedenle devlet/belediye bu KİT'lerin borçlarından sorumludur.

1.3.7. Bilgi Avantajları

KİT'lerin özel sektör rakipleri karşısında sahip olduğu diğer avantaj bilgi asimetridir. Bilgi asimetridir, KİT'lerin özel rakipleri tarafından elde edilemeyen verilere ve bilgilere erişimleri olduğunda ortaya çıkmaktadır. Bazı kamu işletmeleri, kamusal yetkileri sayesinde veri toplama gücüne sahip olabilmekte ve özel sektör rakiplerinin bu verilere erişebilmek için tek kaynakları ilgili kamu işletmeleri olmaktadır. Kamu işletmeleri, bu verileri özel sektöre sunulanlardan daha uygun şartlar ve koşullarda elde ederek ve kullanarak avantaj

yaratabilmektedir (OECD 2009, 37).

Birçok kamu kurumu değerli bilgi varlıklarına sahiptir ve bu veriler ticari uygulamalarda önemli bir girdi niteliğindedir. Kamu sektörü bilgi sahipleri⁸ (*Public Service Information Holders*) genellikle bu verilerin çoğu için yasal yetkileri veya yüksek sabit maliyetler nedeniyle tekel sağlayıcılardır. Bazı kamu sektörü bilgi sahipleri de verileri katma değerli ürün ve hizmetlere dönüştürerek alt pazardaki özel teşebbüslerle rekabet etmektedir (OFT 2006, 67-68). Bu durum, kamu sektörü bilgi sahiplerinin, yalnızca kendileri tarafından sağlanan bilgilere özel rakiplerinin erişimini rekabet aykırı yollarla kısıtlaması için teşvikler yaratabilmektedir.

Kamu sektörü bilgileri işlenmemiş (ham) ve işlenmiş bilgiler olarak ikiye ayrılmaktadır. İşlenmemiş bilgiler bir kamu sektörü bilgi sahibinin tekel faaliyetleriyle ilgilidir. Bilgiler başka bir kaynaklardan elde edilemiyorsa, bu bilgi işlenmemiş bilgidir. Pek çok nedenden ötürü kamu sektörü bilgi sahipleri, işlenmemiş veriler üzerinde tekel konuma sahiptir. İşlenmiş bilgi, işlenmemiş bilginin müşteriler için kullanılabilir kılınabilmesi amacıyla katma değer eklenmiş halidir. İşlenmiş bilgi pazarında kamu sektörü bilgi sahipleri ve özel sektör rakipleri rekabet halindedir (OFT 2006, 127-128).

Birçok işletme için kamu sektörü bilgileri, üretilen çok çeşitli bilgi tabanlı ürün ve hizmetler için temel bir girdidir. Çoğu kamu sektörü bilgi sahibi, şu nedenlerden dolayı işlenmemiş verilerin sağlanması konusunda tekel konumundadır: (i) bazı kamu sektörü bilgi sahipleri, yasal yetkiler dâhil olmak üzere bilgiye ayrıcalıklı erişime sahiptir; (ii) bilginin elde edilmesinde önemli batık maliyetler vardır; (iii) bazı kamu sektörü bilgi sahipleri doğrudan devlet finansmanı almaktadır (OFT 2006, 63-64).

Birçok kamu sektörü bilgi sahibinin hem işlenmemiş hem de işlenmiş bilgi üretmesi, dikey olarak entegre oldukları, yani hem işlenmemiş hem de işlenmiş bilginin tedarik zincirinin birden fazla bölümünde aktif oldukları anlamına gelmektedir (OFT 2006, 180). Bazı dikey olarak entegre kamu sektörü bilgi

⁸ Kamu sektörü bilgi sahiplerinin kapsamı, bu bilgilere erişimi veya toplama yetkisi bulunan kamu kuruluşları olabileceği gibi, bu yetkilere yasal veya idari düzenlemeler yoluyla doğrudan sahip olan KİT'leri de içerebilmektedir.

sahipleri, sahip oldukları ölçek ve kapsam ekonomileri, maliyet ve verimlilik tasarrufları nedeniyle özel sektör işletmelerinin üretmeyi tercih etmediği ürünlerin arzını sağlayabilmektedir. Bununla birlikte, kamu sektörü bilgi sahipleri, işlenmemiş bilgiler için tek tedarikçi konumlarını işlenmiş bilgi pazarına doğru genişletmeye çalıştıklarından, bu eylemin rekabet üzerinde olumsuz sonuçları da olabilmektedir. Örneğin işlenmemiş bilgilerden daha yüksek fiyatlar talep edebilirler, kendi işlenmiş bilgi işlemlerinden daha yüksek fiyatlar talep edebilirler, işlenmiş bilgi pazarındaki rakiplerinin kâr marjları kamu sektörü bilgi sahipleri tarafından sıkıştırılabilir ve işlenmiş bilgi pazarlarında rekabeti kısıtlayan diğer uygulamaları kullanabilirler (OFT 2006, 74).

Yukarıda da açıklandığı üzere kamu sektörü bilgi sahipleri genellikle hem işlenmemiş bilgi sağlayıcısı hem de işlenmemiş bilgilerden elde edilen işlenmiş bilgi ürünleri sağlayıcısıdır. Bu durum, özel rakipler karşısında kamu teşebbüslerine bazı rekabetçi avantajlar sağlayarak rekabeti bozucu etkilere sebep olabilmektedir. KİT'lerin kamu sektörü bilgi sahipliği, rekabetçi açıdan şu sorunlara yol açabilmektedir: (i) işlenmemiş bilgilerin rakiplere yetersiz erişiminin sağlanması; (ii) işlenmemiş bilgileri kullanan rakipler için aşırı kısıtlayıcı lisans koşulları; (iii) müşterilere sağlanan yetersiz hizmet kalitesi; (iv) aşırı yüksek fiyatlar. Bu endişeler işletmelerin işlenmiş bilgi ürünleri geliştirmesini zorlaştırarak kamu sektörü bilgi sahipleriyle olan rekabeti sınırlayacak ve yenilikçi ürünlerin üretilmesini engelleyebilecektir (OFT 2006, 77-78).

OFT, çalışması sonucunda kamu sektörü bilgi sahiplerinin (i) ticari kullanım/ yeniden kullanım için mümkün olduğunca fazla kamu sektörü bilgisini sunmaları gerektiği; (ii) işletmelerin kamu sektörü bilgilerine, kendileri için yararlı olduğu en erken zamanda erişebilmelerini sağlaması gerektiği; (iii) tek tedarikçi olduğu bilgilere eşit temelde erişim sağlaması gerektiği; (iv) maliyetleri orantılı olarak dağıttığı fiyatlandırma sistemleri kullanmaları ve tekel faaliyetleri ve katma değerli faaliyetleri için ayrı ayrı hesaplar tutması gerektiği sonucuna varmıştır. Böylece kamu sektörü bilgi sahipleri, sahip oldukları bilgileri rakiplerine adil ve ayrımcı olmayan bir şekilde sunduklarını ve fiyatlandırdıklarını ispatlayabileceklerdir (OFT 2006, 130). Kamu sektörü bilgi sahiplerinin, özel teşebbüsler tarafından yenilikçi ürünlerin geliştirilmesi amacıyla, işlenmemiş bilgileri üçüncü taraflara sunması gerekmektedir. Özel teşebbüsler tarafından elde edilemeyen bilgiler,

ticari bir pazarda faaliyet gösteren bir KİT tarafından da kullanılmamalıdır (Sturgess 2006, 27).

Kamu sektörü bilgilerine eşit erişim için şu ilkeler uygulanmalıdır: (i) bilgiler mümkün olduğunca düşük veya marjinal maliyetle, kolayca erişilebilir hale getirilmelidir; (ii) maliyetlerin tam dağıtımını sağlamak adına farklı faaliyetlerin ayrı ayrı muhasebeleştirildiği, bilginin açık ve şeffaf fiyatlandırma yapıları kurulmalıdır; (iii) başlangıçta yaratıldığı amaçlar dışında bilgilerin yeniden kullanımını kolaylaştırmak için basit ve şeffaf lisanslar uygulanmalıdır ve (iv) kuruluşların temel amaçları (kamu görevleri) açıkça tanımlanmalıdır (HM Treasury 2009, 41).

1.3.8. Devlet Yardımları ve Sübvansiyonlar

Devlet yardımları, devlet tarafından kamu teşebbüslerine veya özel teşebbüslere çeşitli yollarla sağlanan maddi avantajlardır. Esas itibariyle devlet yardımları; mali olarak zor durumdaki bir teşebbüsün durumunun iyileştirilmesi, yeniden yapılandırılması, maliyetlerine katkıda bulunulması gibi amaçlarla gerçekleştirilmektedir.

Devlet yardımları, ekonomik, sosyal ve politik hedeflerine kısmen ulaşsa da, kaynakların yüksek maliyetli, verimliliği düşük teşebbüslere aktarılmasına neden olmakta ve dolayısıyla piyasadaki rekabet ortamının bozulmasına yol açarak tüketici refahını azaltmaktadır (Köksal 2001, 5). Devlet yardımından faydalanan teşebbüsler, faydalanmayanlara karşı avantaja sahip olmakta, bu durum ise rekabet koşullarını bozabilmektedir. Dolayısıyla devlet yardımları, devletin piyasaların işleyişine müdahale ettiği rekabeti bozucu davranışlarına bir örnek olarak görülmektedir.

Çakal (Çakal 1996, 20-21), devlet yardımlarının, piyasalarda rekabet eden KİT'ler ve özel teşebbüsler arasındaki rekabeti nasıl bozduğunu şöyle ifade etmektedir;

Devletler KİT'leri vergiler ile destekleyerek özel sektördeki rakipleri karşısında avantajlı konuma getirmişlerdir. KİT'lere sübvansiyon, ucuz kredi, kredi garantisi, vergi istisnası sağlamışlar, KİT'leri ödenmemiş vergi ve diğer borçları için cezalandırmamışlardır. Kamu ihalelerinde KİT'leri tercih etmişler ve KİT'lerin kamu ve özel tedarik kaynaklarına büyük ölçekte borçlanmasına izin vermişlerdir. Aynı zamanda KİT'lere çoğu kez sübvansiyon ihtiyacını artıran istihdam yaratma ve bölgesel kalkınma gibi ticari olmayan görevler vermişlerdir. KİT'ler, devletleri rekabeti daha çok kısmaya ve engellemeye zorlamışlardır.

Dolayısıyla devlet yardımları serbest, adil ve etkin rekabet için tehlike arz etmektedir.

Faaliyetlerini sürdürmek için bazı KİT'ler devletlerinden doğrudan sübvansiyon almakta veya diğer kamu mali yardım biçimlerinden yararlanmaktadır. Nakit transferi yoluyla gerçekleştirilen doğrudan sübvansiyonlar ve nakit transferi dışındaki olumlu vergi rejimleri veya belirli vergilerden muafiyetler gibi dolaylı sübvansiyonlar, KİT'lerin maliyetlerini yapay olarak düşürmekte ve tam bir vergi rejimine tabi olan özel rakiplerinden daha düşük fiyatlandırma yeteneklerini arttırmaktadır (OECD 2009, 37).

Electricité De France (EDF) kararında⁹ Komisyon, kamu hukuku statüsü sayesinde EDF'nin iflas kanunlarına tabi olmadığını, sınırsız bir devlet garantisine sahip olduğunu ve bu garantinin uyumsuz bir devlet yardımı olduğunu tespit etmiştir. Karar, garantinin kaldırılmasını gerektirmiştir. Bunun sonucunda EDF piyasa disiplinlerine tabi olacak şekilde tüzelleştirilmiş ve bu da garantiyi ortadan kaldırmıştır.

Bir diğer örnek Fin Karayolu İşlemesi (*Finnish Road Enterprise - FRE*)'dir. FRE, Finlandiya yol altyapısının bakımı ile görevlendirilmiş bir devlet kuruluşudur. Aynı iş alanındaki özel rakipler, FRE'nin sahip olduğu iflas koruması ve ayrıcalıklı vergi muamelesinin, AB tarafından yasaklanan devlet yardımları olduğunu iddia etmişlerdir. Bu iddia ile Komisyon'a yapılan şikâyet sonucunda Komisyon, devlet teşebbüsünün iflas korumasına ve istisnai vergi muamelesine tabi olmasının bir devlet yardımı olduğuna hükmetmiştir¹⁰. Yasak olduğu düşünülen devlet yardımları iptal edilmiştir ve Ocak 2008'den itibaren şirket tamamen devlete ait bir limited şirket (Destia Ltd) olarak kurulmuştur (OECD 2012b, 32).

TÜPRAŞ kararında¹¹, TÜPRAŞ'ın eylemlerinin RKHK'nın 6. maddesi kapsamında olduğu değerlendirilmekle birlikte, söz konusu eylemlerin sübvansiyondan kaynaklanması nedeniyle hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır. Özkan'a (Özkan 2009, 165) göre rekabet ortamını bozan devlet yardımları engellenmeli, engellenemiyor ise de

⁹ OJ L 49, C(2003)4637/F1.

¹⁰ OJ L 270, C 7/2006 of 11.12.2007.

¹¹ 02-24/244-99 sayılı karar.

belirli bir denetime tabi tutulmalıdır. Böylece devlet yardımları yoluyla devletlerin rekabeti engelleyici davranışları azaltılacaktır. Aksi takdirde düzenlemeye veya denetime tabi tutulmazsa devlet yardımları, bu yardımlardan yararlanan teşebbüslere rekabet hukukunun uygulanmasını engelleyecektir.

Devletler tarafından, başta doğrudan krediler ve kredi garantileri olmak üzere KİT'lere yönelik kurtarma planları, KİT'lerin verimsizliklerini sübvansede etmeleri ve KİT'lere özel sektör rakipleri için mevcut olmayan ucuz fonlara erişim sağlamaları nedeniyle piyasadaki rekabeti bozabilmektedir. Kurtarma planları, pazarda yenilik yapma ve rekabet etme teşviklerini de engellemektedir. Ayrıca, başarısız KİT'lerin devlet tarafından kurtarılması söz konusuysa, teşebbüsler aşırı riskli yatırımlar yapmaya veya etkin olmayan yönetim uygulamalarını benimsemeye yönelebilmektedir. Bu kapsamda özel teşebbüslerin maliyetleri düşürme, kaliteyi yükseltme ve inovasyona yönelik yatırımları sonucu ortaya çıkardıkları rekabet avantajlarının, KİT'lere sağlanan yardımlar nedeniyle ortadan kalkacak olması, özel teşebbüslerin yatırım yapma teşviklerini zayıflatacak ve sonuçta nihai tüketiciler bu durumdan zarar görecektir (UNCTAD 2014, 164).

1.3.9. İmtiyazlı Finansman ve İmtiyazlı Muamele

KİT'ler, devletlerden veya devlet kontrolündeki finansal kuruluşlardan sağlanan, piyasadaki faiz oranlarının altında faiz oranlarına sahip kredilerden yararlanabilmektedir. Ayrıca KİT'ler için borçlanma maliyetlerini düşüren ve özel mülkiyetteki rakipleri karşısında rekabet güçlerini artıran açık veya zımni devlet garantileri söz konusu olabilmektedir. KİT'lerin devlet desteğinden faydalandığının düşünüldüğü bir ortamda da ticari borç verenlerin bu KİT'lere yönelik faiz oranlarını düşürmesi de muhtemeldir. Piyasalarda zarar etmesine rağmen faaliyette bulunan KİT'lerin varlığı, devlet garantilerinin bir göstergesi olabilmektedir (Capobianco ve Christiansen 2011, 6).

Bazı durumlarda, KİT'ler özel teşebbüslerle aynı maliyetli düzenleyici rejimlere tabi tutulmamakta ve bu da işletme maliyetlerini düşürmektedir. Ülkeden ülkeye değişebilmekle birlikte bu muafiyetler, örneğin açıklama gerekliliklerine uyumu ve antitröst uygulamasından, inşaat ruhsatı düzenlemelerinden veya imar düzenlemelerinden muafiyetleri içerebilmektedir.

1.4. KİT'LERİN YARATTIĞI REKABETÇİ SORUNLAR

Rekabet yasaları esas olarak KİT'lerin var oluş nedenleri veya temel hedefleriyle ilgilenmemektedir, çünkü bunlar devletlerin kamu politikası ve kamu yararı gözetilerek oluşturulmuş kurumlardır. Bununla birlikte, sahiplik ve yönetim yapısı göz önüne alındığında, KİT'lerin eylemleri rekabet yasalarının amaçlarına aykırı sonuçlara yol açabilmektedir. Ekonomide KİT'ler ile doğrudan veya dolaylı olarak işlemde bulunan tüketiciler ve ekonomik aktörler için artan vergilendirme, verimlilik kayıpları ve rekabetçi olmayan fiyatlandırma uygulamaları gibi maliyetler oluşabilmektedir. Ayrıca, KİT'lerin rekabetçi olmayan eylemleri, özel sektör yatırımlarını caydırabilmektedir. Piyasadaki inovasyonun azalması veya ortadan kalkması en önemli olumsuz sonuçlar olarak görülmektedir. İnovasyondan kaynaklanan verimlilik kazanımları, genellikle tüketici refahını arttırmak için en önemli güçtür. Buna karşılık, devletlerin KİT'lerin rekabete aykırı eylemlerini desteklemeleri veya devlet desteğinin bu sonuçlara neden olması, inovasyonu ve ortaya çıkabilecek “yaratıcı yıkım” olasılığını ortadan kaldırmak da dâhil olmak üzere önemli tüketici zararlarına neden olabilmektedir (OECD 2009, 291-292).

Rekabet yasalarının uygulanması, KİT'lerin tekel konumunda olduğu pazarlardaki yeniliği doğrudan etkilemese de, KİT'lerin özel teşebbüslerle rekabet ettiği pazarlarda verimlilik ve yeniliği sağlamak için temel araç konumundadır. Teorik olarak, piyasada oluşabilecek en azından bir düzeyde yenilik olduğu sürece, verimsiz KİT'ler verimli rakipler tarafından devralınmalıdır (Baker 2007, 575). Bununla birlikte, yenilikçi rakiplerin çabaları, KİT'lerin rekabete aykırı davranışları ya da KİT'leri özel teşebbüslerden gelen rekabetten korumak için uygulanan devlet politikaları vasıtasıyla engellenebilmektedir (Geddes 2004, 35).

Çoğu zaman KİT'lere kâr maksimizasyonu dışında görevler verilmekte, ancak bu durum, KİT'lerin piyasada özel, kâr maksimize eden bir firma gibi agresif ve rekabetçi davranmalarını engellememektedir. KİT'ler, kâr elde etme dürtüleri özel teşebbüslere göre daha kısıtlıyken, rekabeti kısıtlayıcı davranışlarda bulunmak için özel teşebbüslerden daha güçlü teşviklere sahip olabilirler. Çoğu durumda KİT'in sorumlu olduğu operasyonun büyüklüğünün, KİT'in performansının ve dolayısıyla yönetimin başarısının göstergesi olması nedeniyle, KİT'ler kâr maksimizasyonundan ziyade faaliyetlerinin kapsamını ve ölçeğini genişletmeye

odaklanabilmektedir. KİT'lerin faaliyetlerinin ölçeğini ve kapsamını genişletme yönündeki bu yönelim, yönetimin KİT'in gelirlerine, kârından daha fazla önem vermesinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, kârını en üst düzeye çıkarmayı amaçlayan özel bir teşebbüsün aksine bir KİT, maliyetler önemli ölçüde arttığında bile gelirlerini artırmayı avantajlı bulabilmektedir (OECD 2009, 39-41).

Bu durum KİT'lerin rekabet karşıtı davranmalarına yol açabilmektedir. Bir KİT, faaliyetleri sonucu kâr elde edemese bile, kendi çıktısını ve gelirini artırmaya yardımcı olan rekabete aykırı stratejiler izlemeyi avantajlı bulabilmektedir. Bu nedenle, özel rakiplerle karşılaştırıldığında, KİT'lerin izleyebilecekleri farklı hedefler, KİT'lerin fiyatlandırma uygulamalarını doğrudan etkileyebilmektedir. Özellikle Sappington ve Sidak, kâr ve gelirlerini en üst düzeye çıkarmayı amaçlayan bir KİT'in, marjinal maliyetlerini özel bir teşebbüsten daha etkili bir şekilde azalttığı sonucuna varmaktadırlar. Başka bir deyişle, bir KİT, çıktısını arttırırken ortaya çıkan ekstra maliyetler konusunda özel rakiplerine kıyasla daha az endişe edecektir. Sonuç olarak, kâra odaklanmanın azalması, KİT'in üretimini ve gelirlerini arttırabilmek için yoğun rekabetle karşı karşıya olduğu ürünler bakımından özellikle düşük fiyatlar belirlemesine yol açabilmektedir. Bir KİT'in, yıkıcı bir niyet olmasa bile, marjinal maliyetlerinin altında fiyat talep etme dürtüsü, özel mülkiyetli bir rakipten daha fazladır. Sappington ve Sidak'a göre, bir KİT kâra daha az odaklandığında, talep fiyata duyarlı olduğunda veya her ikisi de söz konusu olduğunda maliyetinin altında fiyatlandırması muhtemeldir (Sappington ve Sidak 2003a, 479-480). Whish'e (Whish 2012, 978) göre ise eskiden tekel konumunda olan KİT'lerin faaliyet gösterdikleri pazarlar rekabete açıldığında ortaya çıkan rekabet sorunları açıktır: özellikle ilk yıllarda etkili bir rekabet ortamı oluşmadığında aşırı fiyatlar talep edebilirler ve ayrıca yeni rakiplerin pazara girişini önleme stratejileri de benimseyebilirler.

KİT'ler bakımından, hâkim durumun kötüye kullanılmasına kıyasla, teşebbüsler arası rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ve uyumlu eylemlere yönelik ihlaller sınırlıdır. Bunun nedeninin birçok kamu teşebbüsünün münhasır haklar veya imtiyazlar verilmesi nedeniyle yasal ya da fiili tekel olarak piyasada faaliyet göstermekte veyahut önceden tekel olduğu piyasaların rekabete açılması sonucu sahip olduğu avantajlar nedeniyle hâkim durumunu sürdürmekte olduğu

düşünölmektedir. Bir diğer neden olarak, özel teşebbüslerin, rakipleriyle rekabet etmek yerine birbiriyle uzlaşmak suretiyle üretim miktarını ve fiyatları belirlemelerinden şirket yöneticilerinin ve/veya ortaklarının doğrudan menfaat elde edeceği, ancak KİT'lerin yöneticilerinin rekabeti kısıtlayıcı böyle bir eylemden bireysel menfaat elde edememesi nedeniyle rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaya girme konusunda dürtülerinin sınırlı olduğu düşünölmektedir. Zira, KİT'lerin devlete veya belediyelere ait olması ve yöneticilerinin şirkette pay sahibi olmaması nedeniyle doğrudan bir çıkar sağlayamayacaklarından rekabeti kısıtlayıcı anlaşma veya uyumlu eylemlerde bulunmaları söz konusu olmayacaktır. KİT'lerin RKHK'nın 4. maddesi kapsamında rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacı taşımadığı, ancak bu tür etkilere neden olan veya olabilecek eylemler gerçekleştirebileceği düşünölmektedir (Özkan 2009, 142-143). KİT'ler ile ilgili kararlarda daha çok RKHK'nın 4. maddesi kapsamında bulunan diğer bir yasak davranış çeşidi olan teşebbüs birliği karar ve eylemleri açısından kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarının gerçekleştirdiği ihlallere rastlanmaktadır.

Hâkim durumun kötüye kullanılması, kaynakları, yasal statüleri ve devletle olan ilişkileri nedeniyle bir piyasada faaliyet gösteren KİT'lere yönelik karşılaşılan “en büyük risk” olarak görölmektedir (ICN 2014, 35). Bu nedendir ki hâkim durumun kötüye kullanılmasına kıyasla KİT'leri içeren sınırlı sayıda rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalara yönelik vaka bulunmaktadır. Var olan vakalarda ise KİT'lerin inceleme konusu yapılması ile özel teşebbüslerin inceleme konusu yapılması arasında, rekabet ihlalini oluşturan eylem bakımından fark bulunmamaktadır. Bu nedenle çalışma kapsamında KİT'lerin RKHK'nın 4. maddesi kapsamındaki eylemleri değerlendirilmeyecektir. Çalışma kapsamında RKHK'nın 6. maddesinde sayılan kötüye kullanma hallerinin tamamı takip edilmemiş, KİT'ler tarafından en fazla ihlal edilen madde hükümleri dikkate alınarak ilerlenmiştir.

1.4.1. Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halleri

Önceki bölümde de ifade edildiği üzere KİT'lerin rekabeti bozucu davranışları, büyük ölçüde, RKHK'nın 6. maddesinde düzenlenen hâkim durumun kötüye kullanılması şeklinde gerçekleşmektedir. Bu durumun nedeni olarak, kamu teşebbüslerinin çoğu zaman tekel niteliği taşıması sonucu hâkim durumda olması veyahut önceden gelen haklar nedeniyle rekabete açılan piyasalarda hâkim

durumlarını sürdürmeleri gösterilebilir. Bu sektörler esasen telekomünikasyon, enerji, posta hizmetleri, sağlık ve ulaştırma sektörleridir. Mosso ve Ryan'a (Mosso ve Ryan 1999, 136) göre, devletler tarafından yaratılan tekel veya münhasır haklara sahip teşebbüsler, buldukları ve faaliyet gösterdikleri pazarlar rekabet teorisi anlamında bir pazar olarak kabul edildiği sürece her zaman hâkim durumda olarak kabul edilmektedirler.

1.4.1.1. Rakiplerin Maliyetlerini Yükseltmek ve Pazara Girişleri Engellemek

Özel, kârı maksimize eden rakipler, kârını artırabilmek amacıyla rakiplerini dezavantajlı konuma düşürme stratejileri izleyebilmektedirler. KİT'lerin kâra daha az odaklanmaları nedeniyle rakiplerini dezavantajlı duruma düşürme ihtimalinin daha düşük olacağı düşünülebilir, ancak çoğu zaman bunun tersi doğrudur. Bir KİT'in kâra daha az odaklanması, rakiplerinin maliyetlerini artırmada daha agresif davranmalarına neden olabilmektedir. Bir kamu işletmesi, üretim maliyetleri artış gösterse bile yukarıda da belirtildiği üzere kâra daha az, ölçek ve kapsam ekonomilerine daha fazla önem vermesi nedeniyle bu durum ilgili kamu işletmesi için sorun yaratmayacaktır. Bir KİT, rakiplerinin maliyetlerini arttırmak suretiyle onların üretimini azaltarak, yüksek değer verdiği artan çıktı miktarına ulaşmayı amaçlayabilmektedir (Sappington ve Sidak 2003a, 510-511).

Rakiplerin maliyetini artırmanın nihai hedefi yıkıcı rekabetten farklıdır. Başarılı bir maliyet yükseltme stratejisi, hâkim durumdaki firmanın fiyatını rekabetçi seviyenin üzerine çıkarabilmesi için, daha yüksek maliyetleri olan firmanın piyasadan çıkmasını gerektirmemektedir (Krattemaker ve Salop 1986, 249). Bir KİT, rekabete aykırı faaliyetleri sonucu elde edeceği kâr özel bir kâr maksimizasyonu yapan firmaya göre daha az olsa bile, çıktısını ve gelirini artırması nedeniyle rekabete aykırı faaliyetlerde bulunmayı faydalı bulabilmektedir (Sappington ve Sidak 2003a, 499).

Bir KİT'in kâr hedeflerinden ziyade gelir hedefine sahip olabileceği düşünüldüğünde, daha yüksek maliyetleri özel mülkiyetteki rakiplerinden daha etkin bir şekilde karşılayabilir (Scheffman ve Higgins 2003, 375-376). Rakiplerin maliyetini artırma stratejisi, rakiplerin Ar-Ge'ye yatırım yapma yeteneğini ortadan kaldırmakta ve inovasyondan kaynaklanan yeni ürünler ve hizmetler sunma

yeteneklerini sınırlamaktadır. KİT'lerin, rakiplerinin maliyetlerini artırmak için özel teşvikleri olabilmektedir. Rakiplerin marjinal maliyeti arttıkça, bu durum KİT için de maliyetli olabilmekte, ancak aynı zamanda KİT'in ürün veya hizmetine olan talebi de arttırmaktadır. KİT'in ana hedefi gelirlerini mümkün olduğunca arttırmak olduğundan KİT, artan talepten faydalanmaktadır (Sappington ve Sidak 2003b, 195).

Rakiplerin maliyetlerini artırma stratejileri çeşitli yollarla mümkün olabilmektedir. Örneğin, yerleşik firmalar, aşırı miktarda girdi satın alarak rakiplerin temel altyapılara veya girdilere erişmesini önlemeye veya bu girdilerin piyasa fiyatını artırmaya çalışabilir (Sappington ve Sidak 2003a, 510); yeni düzenlemelerle karşı karşıya kalan yerleşik teşebbüsler, önceden kazanılmış hakları korumak veya kazanmak için lobi yapabilirler¹²; yerleşik teşebbüsler, devletin pazara yeni girişleri daha maliyetli, kârsız ve hatta imkânsız hale getirecek kısıtlayıcı düzenlemeleri kabul etmesi amacıyla lobi yapabilirler; ürün veya hizmetlerini tüketicilerin rakip ürüne kolayca geçemeyeceği şekilde uyarlayabilirler¹³ (OECD 2009, 41).

Eğer bir KİT üretimde kullanılacak teknolojiyi stratejik olarak seçebileceği konumda ise, yani uygulayabileceği çeşitli üretim teknolojileri arasından seçim yapabiliyorsa, bu yeteneği, yüksek sabit maliyetler pahasına nispeten düşük bir marjinal maliyeti sağlayan verimsiz bir teknolojiyle çalışmak için kullanabilmektedir (Sappington ve Sidak 2003b, 195). Böylece elde edilebilecek düşük bir marjinal maliyet düzeyi ile maliyetlerin altında fiyatlandırmayı kolaylaştırabileceklerdir. KİT'ler ne kadar az kâr odaklı olursa, sermayeye aşırı yatırım yapma teşviki o kadar yüksek olmaktadır, çünkü kâr yerine gelire ne kadar yüksek değer verirse, daha düşük bir fiyata karşılık gelen artan talepten ve dolayısıyla gelirlerden o kadar çok faydalanacaktır. Bu nedenle, teknolojik verimsizlik ne kadar büyük olursa, fiyatlar da o kadar düşük olacaktır (OECD 2009, 41-42).

¹² Bu hükümler, yerleşik teşebbüslerin eski kurallara göre uzun süre çalışmaya devam etmesini sağlarken, yeni işletmeleri hemen standartları karşılamaya zorlamaktadır. Bu, hâlihazırda piyasada faaliyet gösteren teşebbüsler ile yeni giren teşebbüsler arasında önemli maliyet asimetrisi oluşturabilmekte ve rekabete zarar verebilmektedir.

¹³ Bu tür rekabeti kısıtlayıcı uygulamalar, telekomünikasyon, doğal gaz, elektrik üretimi ve bankacılık gibi sektörlerde daha çok görülmektedir.

KİT'ler genellikle rakiplerin maliyetlerini ve giriş engellerini artırabilecek konumdadır. Örneğin, KİT'lerin sonradan rekabete açılan bir piyasada önceden tekel olarak faaliyet göstermesi durumunda, kendilerini, geliştirmeye yatırım yapmadıkları altyapıya sahip olarak bulabilirler. Faaliyette bulunmak için bu altyapıların gerekli olduğu durumlarda, rakiplerin yatırım yapmak için aynı fırsata sahip olmaması nedeniyle, bu tür tesisler zorunlu unsur olarak nitelendirilebilir. KİT'ler bu nedenle zorunlu bir unsura erişim sağlamayı reddettikleri iddialarıyla karşı karşıya kalabilirler (OECD 2018, 16).

Tam rekabet piyasalarının temel özelliği pazara giriş çıkışların önünde engel olmamasıdır. Böylece kaynakların optimum dağılımı yoluyla etkin kullanımı mümkün olabilmektedir. Pazara girişlerin çeşitli nedenlerle engellenmesi veya zorlaşması durumunda rekabetten sağlanan bu etkinlik azalacaktır (Kahraman 2008, 132), çünkü pazara girişlerin önünde engellerin bulunması halinde, pazarda hâlihazırda faaliyet gösteren teşebbüsler yeni girenlerden gelecek bir rekabet baskısıyla karşılaşmayacaktır. Rekabetçi şartlar altında bir pazarda kârını daha fazla arttırabileceğini düşünen bir teşebbüs bu pazara girmek isteyecektir. Söz konusu teşebbüsün pazara girmesinin engellenmesi ve dolayısıyla rekabetçi çabasının önünün kesilmesi, başta hukuki engeller olmak üzere kamu tarafından verilen bir münhasır hak, imtiyaz, lisans rejimi, fikri ve sınai haklar, idare tarafından konulan tarife, kota, izin veya ruhsat uygulaması gibi çeşitli idari ve yasal engeller yoluyla olabilmektedir (Orak 2011, 281).

Çoğunlukla münhasır haklara sahip olan KİT'lerin hâkim durumda bulunduğu ulusal telekomünikasyon endüstrileri, tekel haklarının kaldırılmasından sonra piyasaya yeni girenlere karşı yerleşiklerin rekabet karşıtı eylemleri için örnekler sunmaktadır. Örneğin, devlet kontrolündeki Polonya telekom operatörünün geçmişte tekel hakkı bulunmaktaydı. Telekomünikasyon pazarlarının rekabete açılmasıyla birlikte teşebbüs, alternatif operatörlerin alt geniş bant pazarlarına girmesine izin vermek için ağına erişim sağlamakla yükümlüdür. Bununla birlikte, hâkim durumdaki teşebbüs, kasıtlı olarak geniş bant pazarlarındaki rekabeti sınırlamaya çalışmış ve çoğunlukla küçük ve orta ölçekli rakiplerin bu pazarlara girişini engelleyen veya geciktiren uygulamalarda bulunmuştur. Örneğin, operatör makul olmayan koşullar önermiş, müzakere süreçlerini ertelemiş, talepleri haksız

şekilde reddetmiş ve alternatif operatörlere güvenilir ve doğru olmayan bilgiler vermiştir. Komisyon tarafından, birlikte ele alınan bu uygulamalar hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilmiştir¹⁴ (Avrupa Komisyonu 2011).

1.4.1.2. Fiyatlandırma Sistemleri Yoluyla Kötüye Kullanımlar

1.4.1.2.1. Maliyet Altı Fiyatlama

Yıkıcı fiyatlama, hâkim durumdaki bir teşebbüsün, rakiplerinin piyasadan çıkışını veya potansiyel rakiplerinin girişlerini caydırmayı amaçlayan, uzun dönemde elde edilebilecek kârları garanti altına almak amacıyla kısa dönemde maliyetlere katlanarak maliyetlerinin altında satış fiyatı belirleme davranışı olarak tanımlanmaktadır (Rekabet Terimleri Sözlüğü 2021).

Rekabet otoriteleri için KİT'lerin fiyatlandırma sistemleri yoluyla rekabete aykırı eylemlerini tespit etmek ve değerlendirmek zor olabilir, çünkü normalde kullanılan testler KİT'ler ve özel teşebbüsler arasında ayırım yapmamaktadır. Birçok yargı bölgesinde fiyatlandırma stratejisinin rekabet hukukuna aykırı olup olmadığını değerlendirmek için maliyete dayalı testler kullanılmaktadır. Ancak rekabet otoriteleri, KİT'lerin maliyetlerini, hedeflerini ve teşviklerini etkileyen sübvansiyonları dikkate almadıkça değerlendirmeler doğru sonuçlar vermeyebilir (OECD 2018, 14). Ayrıca KİT'lerin devletler tarafından muafiyetler ve imtiyazlar yoluyla korunması ve desteklenmesi, fiyatlarını marjinal maliyetin altında belirlemesine olanak tanımakta ve bu durum tüketici refahını azaltmaktadır (Capobianco ve Christiansen 2011, 17).

KİT'lerin maliyet yapılarının kendilerini özel sektöre göre avantajlı veya dezavantajlı hale getirebilmesi nedeniyle, rekabet otoriteleri tarafından KİT'lere rekabetçi tarafsızlığı uygulayabilmek için uygun maliyet tahsis mekanizmaları geliştirilmesi gerekebilmektedir. Örneğin, sosyal politikalar nedeniyle uyguladığı aşırı istihdam politikası personel maliyetlerini artırabilirken, düşük oranlı faiz oranları veya hissedarlarına kâr payı ödememeleri halinde sermaye maliyeti azalabilmektedir. Bu tür maliyet avantajları veya dezavantajları açıkça tanımlanabilir, ölçülebilir hale getirilmeli ve açıklanmalıdır (OECD 2012a, 20).

¹⁴ Case COMP/39.525 - Telekomunikacja Polska

Ticari faaliyetlerin şirketleşmemiş (örneğin anonim veya limited şirket olarak faaliyet göstermeyen) KİT'ler tarafından gerçekleştirilmesi durumunda temel zorluk, bunların genellikle varlıklarını (ve maliyetlerini) devletin diğer bölümleriyle paylaşmasıdır. Bu sayede KİT'ler, maliyetlerini devletin diğer bölümlerine aktarmak suretiyle ticari faaliyetlerine ilişkin maliyetlerini yapay olarak düşürebilmekte ve rakiplerinden daha agresif fiyatlandırma yeteneği artabilmektedir. Bu dengesizlikleri gidermek için maliyet tahsis mekanizmaları oluşturulması önemlidir (OECD 2012a, 20).

Bazı yargı bölgelerinde, yıkıcı fiyatlandırma davranışı sonrası dönemde teşebbüs, yıkıcı fiyatlandırma dönemindeki kayıplarını telafi edemediği sürece rekabet yasaları ihlal edilmemektedir; ilke, kayıpların telafisi mümkün değilse rekabete zarar verilmediğidir. Ancak KİT'ler, her zaman kârı en üst düzeye çıkarmayı amaçlamamaları nedeniyle kayıplarını telafi etme konusuna özel rakiplerine göre daha az odaklanmaktadırlar (OECD 2005, 244). Hasat testi, bir teşebbüsün rekabeti caydırmak veya ortadan kaldırmak amacıyla uyguladığı yıkıcı fiyatlandırma stratejisinden sonraki dönemde, kayıplarını telafi etmek için kâr elde edip etmediğini tespit etmeyi amaçlamaktadır. Bununla birlikte, hasat testinin KİT'lere uygulanmasında bazı sorunlar bulunmaktadır. Özellikle literatürde iki konu ortaya çıkmıştır (Capobianco ve Christiansen 2011, 22):

KİT'ler hasata gerek duymayan yıkıcı fiyatlandırma uygulamalarında bulunabilmektedirler. KİT'ler kâr maksimizasyonundan ziyade gelir maksimizasyonuna önem verebilmektedirler. Devletin yarattığı avantajlarla sağlanan devlet desteğiyle birlikte KİT'ler marjinal maliyetin altında fiyatlandırma uygulayabilmektedirler. Bu durum, KİT için hasata ihtiyaç duyulmayan yıkıcı fiyatlandırma uygulamalarıyla sonuçlanabilmektedir. KİT'lerin hasata ihtiyaç duymayan yıkıcı fiyatlandırmaya girme kabiliyeti, fiyatların yıkıcı rekabetin sonucu olarak yükselmemesi nedeniyle tüketici zararının oluşup oluşmadığı konusunda önemli sorunlar doğurmaktadır. KİT'lerin hasata ihtiyaç duymayan yıkıcı fiyatlandırma uygulamalarına karşı rekabet hukukunun uygulanmasını destekleyenler, bir KİT'in yıkıcı rekabet stratejisi uyguladığında bu durumun bir rakibin yenilik yapma niyetini veya işletme kaynaklarını azalttığı iddiasına dayanmaktadırlar. KİT'lerin bu eylemleri olmasaydı varsayımı altında sonuç,

daha düşük fiyatlar ve daha fazla yenilik olabileceğidir. Bir teşebbüsün birden fazla ürün pazarında rekabet etmesi durumunda başarılı bir yıkıcı rekabetin itibar etkisi de olabilir. Bu itibar etkisi, KİT'lerin yıkıcı olmadıkları pazarlarda bile yıkıcılığın yararlarından faydalanmalarına neden olabilmekte ve bu da pazarı olumsuz yönde etkilemektedir.

Maliyete dayalı yıkıcı fiyatlandırma testleri KİT'lere uygun olmayabilir. KİT'lerin uygun maliyet ölçüsünü hesaplamadaki ve bu maliyetleri benzer özel teşebbüslerle kıyaslamadaki zorluk, özellikle devlet işletmeleri için yönetim düzenlemeleri şeffaflıktan yoksun veya muhasebe uygulamaları zayıf olduğunda daha da artabilmektedir. Bu zorluklar, KİT'ler ile özel teşebbüsler arasındaki farklı teşviklerle birleştiğinde, özel teşebbüsler ve KİT'ler arasında rekabet hukukunun uygulanmasında farklılığa yol açabilmektedir.

Kâr maksimize eden bir teşebbüsün, ancak uzun vadeli kârı artırması bekleniyorsa yıkıcı fiyatlandırma uygulamasında bulunacağı göz önüne alındığında, yıkıcı fiyatlamının literatürdeki temel varsayımı, yıkıcı fiyatlama uygulayan teşebbüsün kârı maksimize etmeye çalışan özel bir teşebbüs olduğuydu. Ancak bir KİT genel olarak uzun vadeli kârını maksimize etmeye çalışmamaktadır. Bu nedenle, bir KİT, özel bir teşebbüse göre maliyetin altında fiyatlar talep etme konusunda daha fazla teşvik sahibi olabilir. Ek olarak, KİT'lerin maliyetin altında fiyatlandırma ve rakipleri dezavantajlı duruma getirme becerileri farklı nedenlerden kaynaklanabilmektedir (Sappington ve Sidak 2003a, 514-517).

İlk olarak KİT'lere evrensel hizmetlerin tek tip, coğrafi olarak ortalama bir fiyata sağlanması gibi görevler yüklenebilmekte veya bu görevlerin yerine getirilebilmesi amacıyla ayrıcalıklar tanınabilmektedir. Bu sayede KİT'ler, kâr maksimize eden özel bir teşebbüse göre fiyatları uzun süreler boyunca maliyetlerin altında tutma becerisi elde edebilmektedir.

İkincisi, yukarıda da bahsedildiği üzere, KİT'lerin, yıkıcı fiyatlama sonrası dönemde fiyatları yükselterek kayıplarını telafi etmesi gerekemeyebilmektedir. Bu durum, hâkim teşebbüsün önceki kâr fedakârlığını telafi etmek amacıyla yeterli bir süre için fiyatları rekabetçi seviyenin üzerine yükseltmeye çalışacağını vurgulayan özel teşebbüslerin yıkıcı fiyatlandırmasına ilişkin içtihatla zıtlık içindedir. Getiri

oranı veya fiyat sınırı düzenlemelerine tabi olan özel bir teşebbüsten farklı olarak bir KİT, oluşturduğu zararları gelecek dönemlere taşıyabilmektedir (Sidak ve Spulber 1996, 116). Ek olarak, özel bir teşebbüsün aksine bir KİT, yasal tekeline sahip olduğu piyasalarda fiyatları artırarak veya kamu hazinesinden kaynak aktarımları yoluyla zararlarını telafi edebilmektedir.

Üçüncüsü, KİT'lerin genellikle sağlayıcısı olduğu ürün ve hizmetler üzerinde yasal tekellere sahip olmaları nedeniyle, fiyatlar nihai olarak yüksek ve kârlı seviyelere yükseldiğinde girişi engellemeyi imkânsız bulan özel teşebbüslerin aksine KİT'ler, piyasaya girişleri engelleme yeteneğine sahip olabilmektedirler. Örneğin USPS, kendi yasal tekelinin sınırlarını yorumlama konusunda takdir yetkisine sahip olması sayesinde, faaliyette bulunduğu piyasalarda kendisini tek el olarak tanımlayabilmek için özel teşebbüslerin piyasaya giriş maliyetlerini artırma becerisine sahiptir.

Dördüncüsü, bir KİT, meydana gelen zararların telafi edilmesini kolaylaştıran veya bunların sorun oluşturmadığı ayrıcalıklardan ve dokunulmazlıklardan yararlanabilmektedir. Örneğin bir KİT'in yatırımcılarına kâr payı ödeme yükümlülüğünün bulunmaması veya vergilerden muaf olması durumunda, rekabete aykırı eylemler sonucunda oluşan zararları sübvans etmek için kullanabileceği fonların maliyeti ve dolayısıyla işletme maliyetleri azalabilmektedir.

Son olarak, bir KİT, düzenlemeye tabi olan tipik bir özel teşebbüse göre fiyat düzenlemelerine daha az tabi olabilmektedir. Dolayısıyla, KİT, maliyetin altında fiyatlandırma da dâhil olmak üzere rekabete aykırı davranışlarda bulunmak için daha fazla fırsata sahip olabilmektedir.

Yukarıda sayılan bu nedenler, KİT'lerin özel, kârı maksimize eden özel rakiplerine kıyasla rekabete aykırı faaliyetlerde bulunma konusunda daha fazla beceriye sahip olmasının nedenlerinden bazılarıdır. Politika yapımcıların uygulamaları ve KİT'lerin rakipleri dezavantajlı duruma düşürmek için sahip olduğu kolaylıklar ve ayrıcalıklar birleştiğinde bu durum, rekabet otoritelerinin daha fazla incelemesini gerektirmektedir.

Yıkıcı fiyatlandırma konusunda ülkemiz uygulamalarına bakıldığında, diğer iddiaların yanı sıra yıkıcı fiyatlandırma iddiasının incelendiği ÇAYKUR kararında¹⁵

¹⁵ 19-40/645-272 sayılı karar.

ÇAYKUR'un 2017 ve 2018 yıllarında maliyet altı fiyatlamaya yaptığı ancak rakip teşebbüsleri pazar dışına itme niyetine yönelik herhangi bir belgeye ulaşamadığı belirtilmiştir. Bu durumun, KİT'lerin kârdan ziyade çıktı artışına verdiği önemi gösterdiği düşünülmektedir. Ayrıca kararda ÇAYKUR'un fiyatlamaya politikasına kimin karar verdiği de incelenmiş olup ilgili mevzuat kapsamında fiyatlamaya davranışına ÇAYKUR'un kendisinin karar verdiği sonucuna ulaşılmıştır. KİT'lerin fiyatlamaya kararlarına kimin karar verdiği hususunun neden önemli olduğu aşağıda yer verilen kararlarda açıklanmaktadır. Özetle belirtmek gerekirse Türk rekabet hukukunda KİT'lerin fiyatlamaya davranışlarının kamu idarelerince belirlendiği hallerde, uygulamanın rekabet hukuku anlamında yıkıcı fiyat niteliği bulunmadığı kabul edilmektedir.

İstanbul Deniz Otobüsleri A.Ş. (İDO) kararında¹⁶, İDO'nun belirli hatlardaki seferlerinde uyguladığı ücretlerin maliyet altında bulunduğu iddiası incelenmiş fakat söz konusu ücretlerin, İDO ile belediye arasında imzalanan sözleşmede belirlenmesi sebebiyle ücretlerin maliyetlerin altında olup olmadığı incelenmeyip yıkıcı nitelik görülmemiştir.

Benzer şekilde, İzmir Büyükşehir Belediyesi iştiraki olan İZULAŞ'ın, deniz yoluyla yolcu taşımacılığı pazarında uyguladığı ücretlerinin maliyetin altında olup olmadığının incelendiği *İZULAŞ* kararında¹⁷, Kanunla Büyükşehir Belediyesi'ne bağlı Ulaşım Koordinasyon Merkezi'ne toplu taşıma bilet tarifelerini düzenleme yetkisi verildiği tespitinde bulunularak, ilgili kanunda yer alan "bilet ücretlerinin maliyetin altında tespit edilmemesi esası göz önünde tutulur" yönündeki hüküm nedeniyle ücretlerin maliyetin altında tespitinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir.

Toprak Mahsulleri Ofisi (TMO) kararında¹⁸, TMO'nun fındığı aldığı fiyatın çok altında satışa sunarak yıkıcı fiyatlandırma suretiyle fındık piyasasında hâkim durumunu kötüye kullanıp kullanmadığı incelenmiştir. Kurul, TMO'nun Ana Statüsü'nde yer alan kuruluş amacının, yıkıcı fiyat uygulamalarına imkân veremeyeceğini ifade ettikten sonra 233 sayılı KHK'nın 37. maddesi uyarınca KİT'lerin fiyat ve tarifelerine Ekonomik İşler Yüksek Koordinasyon Kurulunun *müdahale* edilebileceğini, dolayısıyla TMO'nun söz konusu eylem sonrasında

¹⁶ 99-21/169-88 sayılı karar.

¹⁷ 00-34/368-206 sayılı karar.

¹⁸ 08-50/720-280 sayılı karar.

hasat imkânının bulunmadığını belirterek bu görüşünü temellendirmiştir. Sonuç olarak yıkıcı fiyatlandırmanın söz konusu olmayacağı kararına varan Kurul, RKHK kapsamında herhangi bir işlem yapılmasına gerek olmadığına hükmetmiştir.

Söz konusu kararlar kapsamında öne çıkan husus, fiyatlama davranışlarıyla rekabeti kısıtlayıcı eylemlerde bulunan bir KİT'in, fiyatlama davranışlarının bir kanun ya da yönetmelik gibi yasal düzenlemeden kaynaklanması halinde ceza almayacağıdır. Ancak böyle bir yasal düzenlemenin KİT'lere rekabet hukukunun uygulanmasını engellemesine karşın, aynı piyasada faaliyet gösteren özel teşebbüsler için böyle bir düzenlemenin bulunmaması, yani özel teşebbüslerin faaliyette bulunurken rekabet hukuku kurallarına uyması, teşebbüsler arasında eşit ve rekabetçi bir piyasanın oluşmasını önleyecektir (Özkan 2009, 151-152). Bu durum ise rekabetçi tarafsızlığın temel ilkeleri, yani özel teşebbüsler ile KİT'ler arasındaki oyun alanının eşit olması ilkesine tamamen aykırı sonuçlar doğuracaktır.

1.4.1.2.2. Aşırı Fiyat

Önceki bölümlerde de ifade edildiği üzere KİT'ler, özel sektör rakipleri gibi temel olarak kâra odaklanmamaktadır. Bu nedenle KİT'lere yönelik aşırı fiyatlandırma iddiaları kısıtlıdır. Kaldı ki rekabet hukukunda özel teşebbüslere yönelik olarak da aşırı fiyat iddialarının değerlendirildiği incelemeler çok sınırlı kalmaktadır. Var olan aşırı fiyatlandırma iddialarına bakıldığında ise KİT'lerin ilgili pazardaki tekel veya hâkim konumunun devlet tarafından sağlanan münhasır haklar veya imtiyazlar nedeniyle veyahut önceden tekel konumunda olduğu pazarların rekabete açılması sonrasında hâkim durumunu sürdürmeleri nedeniyle olduğu görülmektedir.

Türk rekabet hukukunda KİT'lere yönelik aşırı fiyat iddisının değerlendirildiği temel karar *BELKO* kararıdır¹⁹. İlgili karar kapsamında Umumi Hıfzıssıhha Kurulunun kararıyla Ankara ilinde kömür ithalatı ve satışına yönelik tekel hakkı verilen Ankara Kömür ve Asfalt İşletmeleri Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.'nin (BELKO) ilgili piyasada hâkim duruma geldiği ve tekel hakkı kapsamında kömür satışlarında aşırı fiyat uyguladığı iddiaları incelenmiştir.

¹⁹ 01-17/150-39 sayılı karar.

Kararda, tekeli fiyatlandırma yoluyla hâkim durumun kötüye kullanılmasının rekabeti engelleyici bir davranış olduğu tespit edildikten sonra, BELKO'nun fiyatlandırma stratejisini kendisinin belirlediği, çeşitli nedenlerle ortaya çıkan etkin olmayan bir yönetim tarzı sonucu maliyetlerin yüksek gerçekleştiği ve malın nihai olarak yüksek fiyatlar ile satıldığı belirtilmiştir. Kurul, hâkim durumun kötüye kullanıldığını belirterek idari para cezası uygularken, BELKO'nun kömür satış fiyatlarının rekabetçi piyasalardaki fiyatlar ile kıyaslanabilir makul seviyelere indirilmesi gerektiğinin bildirilmesine ve Ankara Valiliği'ne, Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı'na ve ilgili bakanlıklara ilgili pazardaki rekabet ortamının nasıl oluşturulacağına dair görüş ve öneri gönderilmesine karar vermiştir. Nitekim Kurulun BELKO'ya ilişkin olarak görüş bildirdiği Ankara Valiliği Hıfzıssıhha Kurulu, Rekabet Kurulu görüşü doğrultusunda daha önce yaptığı idari işlemi geri alarak kömür satışında BELKO'nun sahip olduğu tekeli ortadan kaldırmıştır.

1.4.1.2.3. Çapraz Sübvansiyon

KİT'lerin tekel hakkına sahip olduğu piyasalarda elde ettiği tekel rantını, özel sektör rakiplerinin rekabetiyle karşılaştığı diğer faaliyetlerini çapraz sübvansiyon etmek amacıyla kullanabilme yeteneği, çapraz sübvansiyon hususunda KİT'leri özel sektör rakiplerinden ayırmaktadır. KİT'ler yasal olarak korunan bir tekel piyasasında elde ettiği gelirleri, rekabete açık piyasadaki faaliyetlerini çapraz sübvansiyon etmek için kullanabilmektedir. Pek çok KİT, hem tekel hakkına sahip olduğu bir pazarda hem de özel mülkiyetli rakiplerle rekabet ettiği rekabetçi pazarlarda faaliyette bulunmaktadır. Bu durumda KİT, söz konusu iki pazar arasındaki kapsam ekonomilerini ve maliyet tamamlayıcılıklarını kullanabilecek durumdadır. Bir KİT'in, rakiplerini dışlamak için ayrıcalıklarını kullanmasının en basit yollarından biri, rekabetçi bir pazardaki faaliyetlerinin maliyetlerini, tekel hakkına sahip olduğu pazara aktarmasıdır (Altındağ ve Coşar 2019, 1174-1175). Bir KİT, fiyatları maliyetlerinin altında belirlemek için rekabetçi ve tekel faaliyetleri arasında çapraz sübvansiyon uygularsa, rekabetçi piyasada ürettiği ürünün çıktısını artırabilmektedir. Böyle bir durumda KİT, rakiplerinin sahip olmadığı ölçek ekonomilerinden faydalanacak, artan üretim sonucu KİT'in rekabetçi piyasada ürünlerinin birim maliyeti düşecek ve talep özel rakiplerden KİT'e kayacaktır (OECD 2009, 41).

İktisadi olarak fiyatları, ortalama değişken maliyetlerinin altında olan bir teşebbüs zarar ederek uzun süre faaliyette bulunamayacaktır. KİT'lerin ürün ve hizmetleri için çoğunlukla ortalama değişken maliyetin altında fiyat talep ettiği düşünöldüğünde, faaliyetlerini uzun süre devam ettiremeyeceklerdir. Ancak bu durum, KİT'ler tarafından, sübvansiyon yoluyla aşılmaktadır. Bir teşebbüsün mal ve hizmet satışından elde ettiği gelir, o ürünün artan maliyetlerini karşılamıyor ancak ürettiği tüm mal ve hizmetlerin satışından elde ettiği toplam gelir maliyetlerini aşıyorsa, bu durumda maliyetleri karşılamayan ürün için çapraz sübvansiyon söz konusudur (Sappington ve Sidak 2003a, 489). Toplam gelir toplam maliyeti aşıyorsa, çapraz sübvansiyon edildiği düşünölen ürünlerin haricindeki diğer ürünlerden elde edilen gelirin, çapraz sübvansiyon edilen ürünün maliyetlerini karşıladığı sonucuna varılmaktadır. Bu durumda, kamu hizmeti faaliyetlerinin kaynakları, rekabetçi faaliyetleri finanse etmek ve diğer rakipleri piyasa dışına itmek için düşük bir fiyata (maliyetin altında) satılabilecek mal veya hizmet üretmek için kullanılabilen ve bu da piyasadaki rekabetin yoğunluğunu azaltabilmektedir (ICN 2014, 36). Böyle bir durumda, KİT'lere idari para cezası uygulanması, sorunun çözümü için yeterli olmamakta, çapraz sübvansiyonu önlemek için ayrı muhasebe sistemleri, yasal olarak tekel hakkı verilmiş hizmetlerin üretim maliyetlerinde şeffaflık ve çapraz sübvansiyona yol açmayacak görevlerin oluşturulması gibi yapısal önlemler uygulanması gerekmektedir. Rekabet otoriteleri, uygulanacak çözümleri belirleyerek KİT'lerin yapılanması ve görevleriyle ilgili olarak devlete karşı savunuculuklarında da bunu yansıtabilirler (OECD 2018, 13).

OECD'ye (OECD 2012b, 37-39) göre çapraz sübvansiyon riskini ortadan kaldırmak için, kamu hizmeti işleviyle görevlendirilen KİT'lere iki yükümlölük uygulanabilir. İlk olarak, zararların mahsup edilmesi, sermaye akışları, geri ödemesiz hibeler veya krediler sağlanması ya da diğer finansal avantajlar gibi devletle aralarındaki tüm mali akışları bildirmeleri gerekebilir. İkincisi, kamu hizmeti görevleri ve rekabetçi faaliyetler için ayrı muhasebe ve maliyet sistemleri oluşturmakla yükümlü olabilirler. KİT'lerin maliyet yapıları üzerinde yüksek şeffaflık ve açıklık standartları kurulması, kamu hizmeti yükümlölüklerini yerine getirmek için alınan tazminatın ticari faaliyetleri çapraz sübvansiyon etmek

için kullanılmamasını sağlamaktadır. Bu iki tedbirle oluşturulan şeffaflık ve açıklık, hesapların kontrolünde çapraz sübvansiyon uygulamalarını açıkça ortaya koyacaktır. Bu yükümlülöklere ek olarak KİT'lerin her bir ticari faaliyetleri için uygun ticari getiri oranları belirlemek, KİT'lerin çapraz sübvansiyona girmemelerini sağlamada önemli bir etmendir.

BÖLÜM 2

KİT'LERE REKABET HUKUKUNUN UYGULANMASI

RKHK kapsamında ülkemizde ve diğer yargı bölgelerinde, rekabet kurallarına uyma yükümlülüğü konusunda KİT'ler ile özel teşebbüsler arasında herhangi bir farklılık öngörülmemiştir. Her ne kadar rekabet otoriteleri KİT'lere karşı inceleme başlatılmasında ve sorumluluklarının bulunması halinde yaptırım uygulanmasında aktif olmalarına rağmen, bu incelemeler KİT'lerin ayırt edici özellikleri nedeniyle çeşitli zorluklar doğurabilmekte ve dolayısıyla KİT'leri içeren incelemelerde yetersiz uygulama riski ortaya çıkabilmektedir (OECD 2018, 4). Örneğin, zorluklar arasında, KİT'lerin davranışlarını değerlendirirken kamu hizmeti yükümlülüklerinin dikkate alınması, KİT'lerin teşebbüs niteliği, bir KİT'in kurumsal grubunun sınırlarını tanımlaması ve uygun cironun hesaplanması bulunmaktadır.

2.1. KİT'LERİN TEŞEBBÜS NİTELİĞİ

Rekabet kurallarının KİT'lere uygulanmasında temel unsur KİT'lerin ekonomik faaliyette bulunan herhangi bir kuruluş (teşebbüs, kişi), ticari bir işletme olması veya ticari bir faaliyette bulunmasıdır. Çoğu yargı alanında, bu tür bir faaliyet, işletmenin yasal statüsü, mülkiyeti veya finansman yapısından bağımsız olarak mal veya hizmet sağlanması anlamına gelmektedir (OECD 2015b, 12). OECD KİT Kılavuzuna göre “ekonomik faaliyet”, belirli bir piyasada mal veya hizmet sunmayı içeren ve en azından kâr elde etmek için gerçekleştirilen faaliyettir. Pazar yapısı (örneğin tam rekabet, oligopol veya monopol olup olmadığı) bir faaliyetin ekonomik olup olmadığını nitelendirmek için belirleyici

değildir. Rekabet hukukunun KİT'lere uygulanması, bu kuruluşların “teşebbüs” olarak hareket edip etmediklerine ve hangi durumlarda rekabet hukukuna tabi olduklarına dair şüphelerin olduğu durumlarda zorluk yaratabilmektedir (OFT 2010, 22).

RKHK'nın 2. maddesine göre:

Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukukî işlem ve davranışlar; rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemler...

Kanunun kapsamına girmektedir.

RKHK'nın 2. maddesinin gerekçesinde:

Rekabetin sağladığı yararların bir bütün olarak ekonominin tüm alanlarından istenmesi normaldir. Bu nedenle rekabet kuralları ekonomik faaliyette bulunan her teşebbüse uygulanmalıdır. Teşebbüslerin kamu kurumlarına veya özel kişilere ait olmasının önemi yoktur. Her ne kadar rekabet hukukunda da kamu yararı ve kamu düzeninin korunması amaçları ön plana çıkıyorsa da genel ekonomik menfaatlere hizmet etmekle görevlendirilmiş teşebbüslerin bu görevlerini yerine getirmelerinin rekabet kurallarıyla çatışmaması gerekir.

denilmek suretiyle kamuya ait teşebbüslerin de Kanun kapsamında olduğu açıkça ifade edilmiştir.

Madde hükümlerinden, RKHK kapsamında yasaklanmış davranışın en az bir “teşebbüs” tarafından ortaya konması halinde rekabet hukuku kapsamına girdiği anlaşılmaktadır. Diğer bir deyişle, rekabete aykırı bir davranış, teşebbüs haricindeki bir ekonomik aktör tarafından gerçekleştirilirse, örneğin devletin egemen gücünü kullanarak uyguladığı eylemlerin teşebbüs tanımı kapsamına girmediği durumlarda, söz konusu eylem ve bu eylemi gerçekleştiren organ rekabet hukuku kapsamında değildir. Bu nedenle piyasada faaliyet gösteren aktöre rekabet hukukunun uygulanması bakımından teşebbüs niteliğine sahip olup olmadığının tespiti önem arz etmektedir (Özkan 2009, 119). Bu kapsamda bir KİT'in teşebbüs veya teşebbüs birliği niteliğine sahip olup olmadığı, yaptığı işlem veya gerçekleştirdiği faaliyetin niteliğine göre rekabet otoriteleri tarafından somut olayda incelenecek ve teşebbüs veya teşebbüs birliği olmadığına karar verilirse, rekabeti kısıtlayıcı bir davranış gerçekleştirirse bile rekabet hukuku kapsamında herhangi bir sorumluluğu doğmayacaktır.

RKHK'nın "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinde ve Rekabet Terimleri Sözlüğünde teşebbüs, "*piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler*" olarak tanımlanmıştır (Rekabet Terimleri Sözlüğü 2021). Söz konusu tanımdan iki farklı teşebbüs anlamı çıkarılabilmektedir: (i) piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan ve bağımsız karar verebilen, ekonomik açıdan bir bütün teşkil eden gerçek ve tüzel kişiler ve (ii) piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan ve bağımsız karar verebilen ve ekonomik açıdan bir bütün teşkil eden birimler. RKHK kapsamında gerçek veya tüzel kişiliğe sahip bir kuruluşun teşebbüs olarak kabul edilebilmesi için bağımsız karar verebilme ve ekonomik bütünlük yaratma koşulları aranmaktadır. Herhangi bir piyasada mal veya hizmet satılması, üretilmesi, pazarlanmasının, üretim-dağıtım zincirinin herhangi bir halkasında faaliyette bulunulmasının ekonomik faaliyette bulunulduğuna dair bir belirti olduğu düşünüldüğünde, RKHK kapsamındaki teşebbüs tanımından çıkarılan iki anlamın da ekonomik faaliyette bulunmayı temel ölçüt olarak gördüğü anlaşılmaktadır (Özkan 2009, 119-120).

Teşebbüslerin bağımsızlığına ilişkin olarak RKHK, hukuki değil ekonomik bağımsızlığa dayanmaktadır. Ekonomik bağımsızlık, işletmenin yasal statüsü olarak değil, ekonomik politikayı şekillendirme ve faaliyetinin geleceği hakkında bağımsız olarak karar verme yeteneği olarak anlaşılmaktadır. Hukuken bağımsız olan ancak ekonomik olarak bağımsız olmayan birimlere örnek olarak bir ana şirketin ve iştiraklerinin bulunduğu, iştiraklerin ana şirketin aldığı kararlar doğrultusunda ana şirket tarafından yönetildiği holding yapılanması gösterilebilmektedir. Dolayısıyla, söz konusu teşebbüsler arasındaki rekabeti sınırlayıcı eylemler, aynı ekonomik bütünlük kapsamına dâhil olmaları nedeniyle grup içi işlem olarak sayılacak ve rekabet hukuku kapsamına girmeyecektir (Sanlı 2000, 29-32).

Kurulun *ASKİ* kararında²⁰, teşebbüs tanımına değinilmiş ve teşebbüs tanımına yönelik iki özelliğin varlığının gerekli olduğu vurgulanmıştır. Fonksiyonellik ölçütüne göre, piyasada mal veya hizmet üretme, pazarlama, satma, diğer bir deyişle piyasada ekonomik olarak faaliyet gösterme baz alınmaktadır. Şekli

²⁰ 01-12/114-29 sayılı karar.

ölçüte göre ise, bağımsız karar verebilme ve ekonomik olarak bir bütünlük oluşturma esas alınmaktadır. Teşebbüs olarak kabul edilebilmek için bu iki ölçüt aynı anda var olmalıdır. Kararda ekonomik faaliyet için herhangi bir sınırlamanın öngörülmediği, üretim-dağıtım zincirinin herhangi bir aşamasında faaliyette bulunmanın ekonomik faaliyette bulunmaya işaret ettiği belirtilmiştir. Ek olarak ekonomik faaliyette bulunan iktisadi birimin hukuki niteliğinin de önem arz etmediği, gerçek, tüzel, kamu veya özel mülkiyetteki tüm aktörlerin teşebbüs tanımı kapsamına girdiği belirtilmiştir.

ASKİ kararında yapılan tespitlere benzer şekilde, mehz AB mevzuatında da bir işletmenin rekabet hukuku kapsamına girmesi için teşebbüs olarak nitelendirilmesi gerektiği, teşebbüs olarak nitelendirilmek için ise işletmenin şirketler hukuku uyarınca bir şirket olarak kabul edilmesine veya özel ya da kamu tarafından finanse edilmesine bağlı olmadan, ekonomik bir faaliyette bulunması anlamına geldiği belirtilmektedir. Ekonomik faaliyet ise, kâr elde etme amacına sahip olup olmadığına bakılmaksızın belirli bir piyasada mal ve hizmet sunmaktan oluşan herhangi bir faaliyet olarak tanımlanmaktadır (OECD 2009, 235).

ABAD, *Höfner* kararında²¹ rekabet hukuku bakımından ekonomik faaliyette bulunan her aktörün bir teşebbüs olduğu tespitinde bulunarak Alman Federal İş ve İşçi Bulma Kurumu'nu teşebbüs olarak görürken; *Eurocontrol* kararında²² hava trafiğini kontrol eden ve bu faaliyeti sırasında ücret alan bir uluslararası örgütün temel amacının yolcuların güvenliği olması nedeniyle söz konusu faaliyeti ekonomik bir faaliyet olarak değil, kamusal bir yetki kullanımı olarak değerlendirilmiş ve söz konusu örgütü teşebbüs olarak değerlendirmemiştir. *SPEG* kararında²³ ise Cenevre limanının temizliği alanında faaliyette bulunan bir işletmenin gemilerden ücret almasının ekonomik nitelikte bir faaliyet olmadığı, deniz ve liman kirliliğini önlemek gibi kamusal bir amaca hizmet ettiği ve dolayısıyla söz konusu işletmenin teşebbüs niteliğinde olmadığına karar verilmiştir. Bu kapsamda, ABAD'ın kararlarından, bir ekonomik aktörün teşebbüs olarak kabul edilmesi için esas olanın niteliği değil, yürüttüğü faaliyetler olduğu anlaşılmaktadır (Özkan 2009, 122).

²¹ Klaus Höfner and Fritz Elser v. Macroton GmbH Case C-41/90 [1991] European Court Report (ECR) I-1979

²² SAT v. Eurocontrol Case C-364/92 [1994] ECR I-43

²³ Diego Cali v. Servizio Ecologico Porto di Genova (SPEG) Case C-343/95 [1997] ECR I-1547

Kurulun *ÇAYKUR* kararında²⁴ *ÇAYKUR* ile *TEKEL* arasında imzalanan “Çay Satış Protokolü”nün *RKHK*’nin 4. maddesi kapsamında ilgili pazarda rekabeti kısıtlayıp kısıtlamadığı incelenmiştir. Kararda *ÇAYKUR*’un *İDT* olduğu; piyasada mal üretip pazarladığı, bağımsız karar verebildiği ve tüzel kişiliğe sahip olduğu tespitinde bulunularak *RKHK* uyarınca teşebbüs niteliğini haiz olduğu belirtilmiştir.

Kurulun *BELKO* kararına açılan iptal davasında Danıştay, öncelikle *BELKO*’nun ticari faaliyette bulunan, sermayesi belediyeye ait bir kamu teşebbüsü olduğu tespitinde bulunmuş, ardından kamu teşebbüslerinin *RKHK*’ya tabi olup olmadığını tartışmış ve Roma Antlaşması’nın 86. maddesinin olaya uygun olup olmadığını incelemiştir²⁵. *BELKO* tarafından, yasal bir tekele sahip olması nedeniyle kendisine rekabet hukuku kurallarının uygulanamayacağına iddia edilmesi üzerine Danıştay, *RKHK*’nin kamu ve özel teşebbüsler arasında bir ayırımı bulunmadığı ve kamu teşebbüslerinin faaliyetlerinin rekabet hukukuna tabi olmasının “esas” olduğu tespitinde bulunmuştur. *BELKO*’nun durumunu Antlaşma’nın 86. maddesi açısından da değerlendiren Danıştay, *BELKO*’nun yerine getirdiği faaliyetin “genel ekonomik çıkar hizmeti” olduğu, ancak söz konusu uyuşmazlığa rekabet hukukunun uygulanmasının bu hizmetin fiilen ve hukuken yerine getirilmesini olanaksız hale getirmeyeceği sonucuna ulaşmıştır.

Türkiye Şeker Fabrikaları A.Ş. (TÜRKŞEKER) kararında²⁶ Kurul, *TÜRKŞEKER*’in şeker pancarı alış ve şeker satış fiyatını maliyetin altında belirlemek suretiyle hâkim durumunu kötüye kullandığı iddialarını incelemiştir. Kararda *TÜRKŞEKER*’in bir *İDT* olduğu, pazar payı ve kendisine tanınan yasal münhasır haklar nedeniyle ilgili pazarda hâkim durumda bulunduğu tespiti yapılmakla birlikte fiyatlarını serbestçe belirleyemediği gerekçesiyle rekabet hukuku kuralları uygulanmamıştır. Öneriye başvurulmasına gerek olup olmadığına karar verirken Kurul, söz konusu davranışın *RKHK* bağlamında teşebbüs niteliğine sahip olmayan Başbakanlık ve ilgili bakanlıklar tarafından belirlenmesi nedeniyle inceleme yapılamayacağına hükmetmiştir²⁷.

²⁴ 99-31/277-167 sayılı karar.

²⁵ 05.12.2003 tarih ve E.2001/4817, K. 2003/4770 sayılı Danıştay 13. Daire kararı

²⁶ 78/603-113 sayılı karar.

²⁷ Benzer Kurul kararı için bkz. 41/269-19 sayılı karar.

Yukarıda bahsedilen TMO kararında²⁸ Kurul, TMO'nun RKHK'ya tabi olup olmadığını da incelenmiş ve TMO'nun ürettiği mal ve hizmetlerin fiyatlarını belirlemede esas olarak serbestiye sahip olduğu ancak bu fiyatların gerektiğinde Bakanlar Kurulunca tespit edilebileceği tespitinde bulunarak TMO'nun esas olarak teşebbüs niteliğine sahip olduğu, ancak faaliyetlerine ve kararlarına müdahale edildiği durumlarda müdahalede bulunulan ilgili faaliyetleri bakımından teşebbüs niteliğine sahip olamayabileceği ifade edilmiştir. Başvuruya konu eylem bakımından ise TMO'nun teşebbüs niteliğine sahip olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

İSTTELKOM kararında²⁹ Kurul, kamu hizmetlerinin sunulması için gerekli altyapının kurulup işletilmesinin kamu hizmetinin ayrılmaz bir parçası olarak kabul edildiği, İBB'nin EHK ve Geçiş Hakkı Yönetmeliği ışığında kamu yetkisini kullanarak gerçekleştirdiği kazı ruhsatı verilmesine yönelik eylemlerinin kamu hizmeti olarak sayıldığı ve dolayısıyla teşebbüs olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı, bu kapsamda “teşebbüs” olarak kabul edilmeyen İBB'nin geçiş hakkı sağlayıcısı olarak kazı ruhsatı vermeme eyleminin RKHK kapsamında değerlendirilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır.

Görüldüğü üzere Kurul tarafından KİT'lerin konu olduğu incelemelerde, söz konusu kuruluşların hukuki niteliklerinden çok, somut olayda gerçekleşen davranışın ekonomik bir faaliyet olup olmadığı incelenmektedir³⁰.

Sosyal Sigortalar Kurumu (SSK) kararında³¹ SSK'nın ilaç alımlarına yönelik bazı düzenlemelerinin RKHK'yı ihlal edip etmediği incelenmiştir. Kararda SSK'nın yerine getirdiği faaliyetlerin sosyal nitelikte olduğu, sunduğu sigorta ve sağlık hizmetlerinin ekonomik bir faaliyet olmadığı, söz konusu hizmetleri yerine getirmek için yapılan ilaç alımlarının SSK'yı teşebbüs niteliğine sokmayacağı ifade edilmiş ve dolayısıyla RKHK kapsamında inceleme yapılmasına yer olmadığına karar verilmiştir³². Ayrıca OFT'nin, SSK kararına benzer bir kararı çalışmanın bütünlüğü açısından Ek-2'de sunulmuştur.

²⁸ 08-50/720-280 sayılı karar.

²⁹ 17-30/489-222 sayılı karar.

³⁰ Söz konusu hususa yönelik örnek kararların künyelerine Ek-1'de yer verilmektedir.

³¹ 03-35/416-182 sayılı karar. Benzer bir karar için ayrıca bkz. 12-09/290-91 sayılı karar.

³² Kurulun benzer bir kararı için bkz. 03-44/501-221 sayılı karar.

ABAD'ın bir kararında³³ da sosyal güvenlik kuruluşlarının toplumsal bir işlev yerine getirmeleri ve bunun bir ekonomik faaliyet olmaması nedeniyle rekabet hukuku anlamında teşebbüs sayılmayacaklarına karar verilmiştir.

Kurulun *TFF & TeleOn* kararında³⁴, Türkiye Futbol Federasyonu (TFF) ile TeleOn arasında imzalanan Türkiye 1. Profesyonel Futbol Ligi maçlarının yayın haklarına ilişkin sözleşmenin RKHK'nın 4. maddesine aykırı olup olmadığı incelenmiştir. Dosyada yer alan raportörlerin görüşüne göre TFF, kamusal yetkiler kullanarak piyasanın düzenlenmesine yönelik eylemlerde bulunduğu, bu kapsamda teşebbüs niteliğine sahip olmadığı ve RKHK kapsamına girmediği değerlendirilmiştir. Kurul ise, yerinde bir kararla TFF'nin ekonomik nitelikteki faaliyetleri bakımından teşebbüs olarak kabul edileceğine hükmetmiştir³⁵.

Bu kapsamda Türk rekabet hukuku ile AB rekabet hukuku bakımından bir kamu teşebbüsünün rekabet yasaları kapsamına girip girmediğini belirleme konusunda kamu teşebbüsünün ekonomik faaliyette bulunup bulunmadığı esas teşkil etmektedir. Ancak Kurulu AB mevzuatından ayıran bir husus bulunmaktadır: kamu teşebbüsünün rekabete aykırı eyleminin herhangi bir mevzuat tarafından belirlenip belirlenmediği.

Kurul, aşırı fiyatlandırma iddiasının değerlendirildiği *BOTAŞ* kararında³⁶ aşırı fiyatlandırma eyleminin rekabet ihlali olarak değerlendirilebilmesi için teşebbüslerin fiyatlandırma davranışlarında serbestiye sahip olması gerektiği, ancak incelemeye konu teşebbüslerin böyle bir serbestiye sahip olmadığı, doğal gaz satış fiyatlarının alt ve üst limitlerinin bakanlık tarafından belirlendiği tespitinde bulunarak inceleme konusu dosya kapsamında aşırı fiyatlandırmanın söz konusu olmadığına karar vermiştir.

³³ Joined Cases Christian Poucet v. Assurances Generales de France and Caisse Mutuelle Regionale du Lanquedoc- Roussillon C-159/91 and Daniel Pistre v. Caisse Autonome Nationale de Compensation de l' Assurance Vieillesse des Artisans C-160/91 [1993] ECR at I-637

³⁴ 05-61/900-243 sayılı karar.

³⁵ Komisyon'un aldığı benzer bir kararda, reklam ve yayın haklarına ilişkin anlaşmalar yapmak suretiyle ekonomik faaliyette bulunduğu ifade edilen FIFA'nın ABİDA'nın 101. maddesi kapsamında teşebbüs niteliğine sahip olduğuna hükmedilmiştir. (World Cup Tickets OJ. L.136/31, 1992)

³⁶ 02-13/127-54 sayılı karar.

Ancak *ASKİ* kararında³⁷ Kurul, pazarın düzenlemeye tabi olmasına rağmen aşırı fiyatlamanın söz konusu olabileceği değerlendirilmesinde bulunarak ilgili düzenlemenin aşırı fiyatlamanın önüne geçilecek şekilde değiştirilmesi yönünde görüş gönderilmesine karar vermiştir³⁸.

Asgari ücret tarifesi uygulamasına yönelik iddiaların incelendiği *TMMOB* kararında³⁹ Kurul, iddia konusu eylemlerin kanunların açıkça yetki vermediği bir yönetmeliğe dayanması nedeniyle RKHK'nın ihlal edildiği tespitinde bulunmuş ve söz konusu eylemlerin sonlandırılması amacıyla TMMOB ve TMMOB Şehir Plancıları Odasına görüş göndermiştir. Ayrıca ilgili yönetmeliğin iptali amacıyla Kurul tarafından açılan dava sonucunda Danıştay 13. Dairesi, Kurulun dava açma ehliyetine sahip olmadığı gerekçesiyle başvuruyu ehliyet yönünden reddetmiştir⁴⁰. Danıştay 13. Dairesi'nin söz konusu kararlarına karşı Kurum tarafından İDDK'ya temyiz başvurusunda bulunulmuş olup İDDK tarafından verilen kararda⁴¹; dava konusu yönetmelik maddeleriyle rekabetin ihlal edilmesinin mümkün olduğu, RKHK'nın 27. maddesine göre rekabet ortamını korumakla yükümlü düzenleyici ve denetleyici otorite olan Kurumun, söz konusu düzenlemeye karşı iptal davası açmakta menfaati bulunduğu ve davanın ehliyet yönünden reddedilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı ifade edilmiştir.

Türkiye Barolar Birliği (TBB) kararında⁴², TBB'nin 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164 ve 168. maddelerinin verdiği yetkiyle avukatlar için asgari ücret belirleme yetkisine sahip olması nedeniyle RKHK ile ilgili olarak herhangi bir işlem yapılamayacağına hükmedilmiştir. Ancak Avukatlık Kanunu'nun RKHK ile çelişmesi konusunda yasal düzenlemede değişiklik yapılmasına yönelik girişimlerde bulunulmasına karar verilmiştir.

Meslek birliklerinin kendilerine yasal mevzuat ile verilen yetkilerini aştığı durumlar da Kurul incelemesine tabi tutulmuştur. Örneğin *Türk Tabipler Birliği (TTB)* kararında⁴³, 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu ile TTB'ye asgari

³⁷06-92/1176-354 sayılı karar.

³⁸ Benzer bir karar için ayrıca bkz. 09-33/739-176 sayılı karar.

³⁹ 02-04/40-21 sayılı karar.

⁴⁰ Danıştay'ın 16.11.2007 tarih ve E:2007/10830, K:2007/7326 sayılı; 01.02.2008 tarih ve E:2007/10829, K:2008/1745 sayılı kararları.

⁴¹ 12.12.2012 tarihli ve 2008/655 Esas No ve 2012/2752 Karar No'lu İDDK kararı.

⁴² 03-73/876(a)-374 sayılı karar.

⁴³ 03-73/876(c)-376 sayılı karar.

ücret tarifesi düzenleme yetkisi verildiği ancak TTB'nin işyeri hekimlerinin aylık ücretlerini tespit ederek bu yetkisini aştığı tespitinde bulunulmuştur. Yapılan bu tespite ek olarak 6023 sayılı Kanun'un ilgili maddesinin RKHK ile çelişiyor olması nedeniyle RKHK'nın 27. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendi ve 30. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendi çerçevesinde yasal düzenlemelerde değişikliği yapılması için girişimde bulunulmasına karar verilmiştir.

Bir teşebbüse yasal bir mevzuat ile verilen yetkinin RKHK kapsamındaki ihlal niteliğini değerlendirebilmek için ilgili mevzuatlar arasındaki normlar hiyerarşisinin incelenmesi gerekmektedir. Normlar hiyerarşisi, yazılı hukuk kuralları arasındaki altlık-üstlük ilişkisini ifade etmekte ve farklı kademelerde yer alan her norm geçerliliğini bir üst hukuk normundan almaktadır (Kuluçlu 2008, 3-4). Hukuk sistemimizde Anayasa en üst hukuk normunu oluşturmakta, sonrasında ise kanun, tüzük, yönetmelik ve adsız düzenleyici işlemler gelmektedir. Normlar hiyerarşisi ilkesi bakımından alttaki norm üstteki normlara aykırı olamamakta, ancak üstteki norm alttaki norma, açıkça belirtmek suretiyle aykırı düzenlemede bulunabilme yetkisi tanıyabilmektedir (Atay 2008, 310).

Normlar hiyerarşisi gereği yönetmelikler dayanağını aldığı kanunlara aykırı olarak düzenlenemeyeceği gibi kendi üstünde yer alan diğer kanun ve normlara da aykırı olamamaktadırlar. Bu sebeple öncelikle üstün norm olan kanunun, kanuna aykırı olmayan hallerde ise yönetmelik hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Yani, kanun ve yönetmelik hükümlerinin çatışması durumunda üstün norm durumunda bulunan kanun işletilerek uyumsuzluk çözümlenmelidir⁴⁴.

Belediye işletmesi olan Kırıkkale Otobüs Terminali işletmecisi *KİŞOT* ile ilgili Kurul kararı⁴⁵, normlar hiyerarşisi bakımından kanunun altında yer alan düzenlemelere karşı rekabet hukukunun nasıl uygulanadığını göstermesi bakımından önemlidir. *KİŞOT*'un karayoluyla yolcu taşımacılığı pazarına yönelik eylemlerinin RKHK'yı ihlal edebilecek nitelikte olduğu tespitinde bulunulmakla birlikte söz konusu ihlalin Valilik tarafından çıkarılan bir yönergeden kaynaklandığı, ancak hiyerarşik olarak kanunun altında yer alan düzenlemeler olmaları nedeniyle RKHK'yı ihlal etmek için kabul edilebilir gerekçe olamayacakları belirtilerek ihlal teşkil edebilecek uygulamaların sona erdirilmesi için görüş yazısı gönderilmesine hükmedilmiştir.

⁴⁴ Ankara 6. İdare Mahkemesinin E: 2014/368 ve K: 2015/133 K. sayılı kararı.

⁴⁵ 09-27/596-140 sayılı karar.

Kurulun *Türkiye Sualtı Sporları Federasyonu (TSSF)* kararı⁴⁶ da benzer niteliktedir. Söz konusu kararda Kurul, TSSF'nin teşebbüs niteliğini haiz olduğunu, bahse konu uygulamaların ikincil mevzuat hükümlerine dayandığı ve hâkim durumun kötüye kullanıldığı tespit edilmiştir. Bununla birlikte, uygulamaların yönetmeliğe dayanılarak icra edilmesi sebebiyle söz konusu yönetmeliğin ilgili hükümlerinin kaldırılması yönünde görüş yazısı gönderilmesine hükmedilmiştir.

Söz konusu kararın gerekliliklerinin yerine getirilmediği gerekçesiyle yürütülen ikinci soruşturmada⁴⁷ Kurul, ilk kararının aksine, TSSF'nin uygulamaları nedeniyle teşebbüs niteliğini haiz olmadığı ve ilgili mevzuat ile kendisine verilen açık görev ve yetkilere dayanarak söz konusu uygulamaları gerçekleştirdiği, bu nedenle RKHK kapsamında bir ihlalden söz edilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır. Ancak bahse konu Kurul kararı, TSSF'nin teşebbüs niteliğini haiz olduğu, uygulamaların RKHK'nın 6. maddesini ihlal ettiği ve para cezası verilmesi gerektiği gerekçeleriyle Ankara 13. İdare Mahkemesinin⁴⁸ kararıyla bozulmuştur.

Yukarıda yer verilen Kurul ve mahkeme kararları doğrultusunda, Kurulun KİT'lere ilişkin şikâyetleri incelerken şikâyet konusu eylemlerin kanuni dayanağının olup olmadığını dikkate aldığı anlaşılmaktadır. Söz konusu teşebbüslerin eylemleri, kendilerine kanunla ve ona bağlı olarak çıkarılmış mevzuatla açıkça verilen yetkiler çerçevesinde kaldığı takdirde Kurulun genel olarak söz konusu eylemler için işlem tesis etmediği görülmektedir⁴⁹. Öte yandan Kurul, rekabeti kısıtlama potansiyeli olan ve kanuni yetkilere dayalı olarak gerçekleştirilen bu eylemlere ilişkin olarak rekabet savunuculuğu çerçevesinde ilgili mercilere görüş gönderebilmektedir.

KİT'lerin herhangi bir mevzuatta açık biçimde yetkilendirilmemiş kararları ve eylemleri ise doğrudan RKHK'nın kapsamında olduğu değerlendirilmektedir⁵⁰. Dahası teşebbüs uygulamalarının ikincil mevzuata dayalı olduğu durumlarda Kurul hem yetkiyi hem de bu yetkiye dayalı olarak gerçekleştirilen eylemleri RKHK karşısında değerlendirmiştir.

⁴⁶ 11-07/126-38 sayılı karar.

⁴⁷ 12-68/1705-631 sayılı karar.

⁴⁸ E: 2018/1225 ve K: 2018/2168 sayılı karar.

⁴⁹ 01-46/475-119 sayılı; 05-59/877-236 sayılı; 16-33/561-242 sayılı; 14-29/594-260 sayılı; 12-09/290-91 sayılı kararlar.

⁵⁰ 02-04/40-21 sayılı; 06-79/1021-295 sayılı; 15-42/688-245 sayılı kararlar.

2.2. BİRLEŞME VE DEVRALMALARDA KİT'LER

Birleşme kontrolü, rekabet sürecini ve yeniliği sağlamak ve tüketici refahını korumak için birleşme ve devralmaların rekabet üzerindeki etkisinin değerlendirilmesidir. Birleşme kontrolünün amacı, birleşme/devralma faaliyetlerinden kaynaklanan rekabetçi endişeleri belirlemek ve araştırmaktır.

Çoğu yargı bölgesinde birleşme/devralma kontrol kuralları mülkiyetten bağımsızdır ve özel veya devlet kontrolündeki teşebbüsler için eşit derecede geçerlidir. Birleşme ve devralmalar, birleşen, devralan veya devredilen taraf olarak bir veya daha fazla KİT'i içerebilmektedir.

Bununla birlikte, birleşme kontrol kurallarının KİT'lere uygulanmasında birkaç spesifik sorun ortaya çıkabilmektedir. Devletler birleşme/devralma mevzuatı bakımından bir "teşebbüs" müdür? Aynı devlete ait iki teşebbüs birleşirse veya biri diğerini devralırsa bu durum kontrol değişikliği içeren bir yoğunlaşma olarak mı yoksa grup içi işlem olarak mı kabul edilir? İşlem taraflarından birinin KİT olması durumunda "grup" tanımının kapsamı nedir? Bir devlete ait diğer tüm işletmelerin ciroları ve faaliyetleri hesaba katılmalı mıdır? Cironun hesaplanmasında hangi teşebbüslerin ciroları hesaba katılmalıdır? Tüm bu sorular, devlet veya KİT'leri içeren bir işlemi önemli ölçüde etkileyebilmektedir (Svetlicinii 2018, 107). Öne çıkan bu sorulara ilişkin cevaplar mehz AB mevzuatı dikkate alınarak cevaplandırılacaktır.

Birleşme Tüzüğü kapsamında teşebbüs, genel rekabet kurallarında olduğu gibi yasal biçimine bakılmaksızın, ekonomik faaliyette bulunan herhangi bir kuruluşu kapsamaktadır. Bu nedenle bir KİT, ekonomik bir faaliyette bulunması halinde Birleşme Tüzüğü bakımından bir "teşebbüs" olarak kabul edilecektir (Fountoukakos ve Puech-Baron 2012, 3).

Başka bir konu, devlet tarafından uygulanan kontrolün niteliğiyle ilgilidir. Birleşme Tüzüğü kapsamında kontrol, "belirleyici etkiyi kullanma olasılığı" olarak tanımlanmaktadır⁵¹. Genel olarak bir teşebbüs üzerinde kontrol sahibi olanlar, ekonomik amaçlarla söz konusu teşebbüsün stratejik kararını etkilemek için bu kontrolü kullanmaktadır. Bununla birlikte, devlet bir teşebbüste pay sahibi

⁵¹ Birleşme Tüzüğü Madde 3(2).

olduğunda, herhangi bir özel hissedar gibi hareket edebilmekte veya bu hisselerin elde edilmesi yoluyla kamu otoritesinin imtiyazlarını kullanmak isteyebilmektedir. Örneğin, bir devlet, savunma sektöründe faaliyet gösteren bir teşebbüsün hisselerine kâr elde etmek veya ekonomik faaliyette bulunmak amacıyla değil, veto hakkından yararlanarak ülkenin milli güvenliğine ve dolayısıyla kamu yararına aykırı kararları engellemek amacıyla sahip olmak isteyebilmektedir (Svetlicinii 2018, 103-104).

Yargı Bildirimi'nin⁵² 53. paragrafı bu sorunla ilgilidir ve şöyledir;

Bir hissedar yerine kamu otoritesi olarak hareket eden bir devletin kullandığı ayrıcalıklar, kamu menfaatinin korunmasıyla sınırlı oldukları sürece, devletin teşebbüsün faaliyeti üzerinde belirleyici bir etkiye sahip olmasını sağlama amacına veya etkisine sahip olmadıkları ölçüde, Birleşme Tüzüğü anlamında kontrol oluşturmaz.

Metinden anlaşıldığı üzere bir devlet, kamu otoritesinin imtiyazlarını kullanmak amacıyla bir teşebbüsün hisseleri üzerinde kontrol sahibi olduğunda (i) bu tür bir edinimin kamu yararının sağlanmasına yönelik olması ve (ii) devlet tarafından kullanılan imtiyazların söz konusu teşebbüsün ekonomik faaliyeti üzerinde belirleyici etkiye sahip olmayı amaçlamaması veya bu etkiye sahip olmaması şartıyla işlem bir yoğunlaşma olarak kabul edilmeyecek ve Birleşme Tüzüğü'nün kapsamının dışında kalacaktır (Fountoukakos ve Puech-Baron 2012, 4).

Tractebel/Distrigaz işlemi⁵³ bu özelliğin güzel bir örneğidir. İşlem öncesinde, Distrigaz SA, SNI aracılığıyla Belçika Devleti ve Tractebel tarafından ortak kontrol ediliyordu. İşlem, Belçika Devleti tarafından SNI'deki tüm hisselerinin, SNI tarafından Distrigaz'da tutulan hisseleri Tractebel'e satacak olan girişimci AVH'ye satılmasını içeriyordu. Taraflar arasında imzalanan anlaşma, Belçika Devletinin Distrigaz'da belirli bir hisseyi elinde bulundurarak şu kararları veto etmesini sağlamaktadır: (i) kamusal çıkarlara zarar verebilecek, oy haklarında değişikliğe yol açan Distrigaz'ın sermayesinin %5'inden fazlasına varan hisse satışı; (ii) Distrigaz'ın stratejik varlıklarının kamu yararına zarar verecek şekilde devredilmesi ve (iii) ülkenin enerji politikasına aykırı kararlar. Devletin veto hakları ışığında, Komisyon, işlem sonrasında Belçika Devletinin artık bir hissedar olarak hareket edemeyeceğini ve yalnızca kamu çıkarlarının korunmasına ilişkin

⁵² Teşebbüsler arasındaki yoğunlaşmaların kontrolüne ilişkin 139/2004 sayılı Konsey Tüzüğü (EC) uyarınca Komisyon Birleştirilmiş Yargı Yetkisi Bildirimi.

⁵³ Case IV/M.493 – Tractebel/Distrigaz (II), 01.09.1994.

ayrıcılıklara sahip olacağını tespit etmiştir. Bu nedenle Komisyon, Belçika Devleti'nin artık tamamen Tractebel'e ait olacak olan Distrigaz üzerinde kontrole sahip olmayacağı sonucuna varmıştır.

Bir işlemin yoğunlaşma olarak nitelendirilebilmesi için sadece kontrol kavramı değil, aynı zamanda “kalıcı temelde kontrolün değişimi” kavramı da önem arz etmektedir. Kontrol değişikliği kavramının devletin özelliklerini hesaba katması gerekmektedir.

İki veya daha fazla teşebbüsün aynı devlete ait olması, bunların birleşme kontrolü amacıyla mutlaka aynı gruba ait oldukları anlamına gelmemektedir. Bir KİT, aynı devlete ait başka bir işletme üzerinde kontrol elde ettiğinde ne olur? Bu bir iç yapılanma mı yoksa kontrolde gerçek bir değişiklik midir? Komisyon bu soruyla ilgilenmiştir ve konu Yargı Bildirimi'nde açıklanmıştır. Devlet kontrolündeki bir teşebbüsün, aynı Devletin sahip olduğu başka bir teşebbüsün kontrolünü devralmasının bildirilebilir bir yoğunlaşma mı yoksa bir iç yapılanma mı oluşturduğunu belirlemek için Yargı Bildirimi'nin 52. Paragrafı:

Hem devralan hem de devreden teşebbüslerin aynı devlete (veya aynı kamu kurumuna veya belediyeye) ait olan fakat bağımsız bir karar yetkisine sahip farklı ekonomik birimlerin bir parçasını oluşturan şirketler olması durumunda, birinin kontrolünün diğeri tarafından devralınması bir yoğunlaşma oluşturmuş sayılacaktır.

ifadesine yer vermektedir. Kilit kavram, bağımsız karar yetkisine sahip bir birimin, söz konusu kuruluşun ticari davranışını ve ticari politikasını bağımsız olarak belirleme gücüne sahip olup olmadığıdır (OECD 2016b, 107).

Bu ilkeler, işlemin iki bölümden oluştuğu Neste/IVO vakasında uygulanmıştır⁵⁴. İlk bölümde, Finlandiya Devleti'nin sahip olduğu tüm Neste hisseleri (%83,17), yalnızca iki KİT arasındaki birleşmeyi uygulamak amacıyla kurulan bir holding şirketi olan IVO-Neste'ye devredilecekti. İşlemin ikinci bölümünde IVO-Neste, çoğunluğu Finlandiya Devleti'ne ait olan tüm IVO hisselerini satın alacaktı. Komisyon, işlemin ilk bölümünün Finlandiya Devleti içinde bir iç yeniden yapılanma anlamına geldiğini ve bu nedenle yoğunlaşma oluşturmadığını tespit etmiştir. Bununla birlikte, işlemin ikinci bölümü şu nedenlerden dolayı bir yoğunlaşma olarak nitelendirilmiştir: (i) Neste ve IVO'nun operasyonel süreçleri, ilgili operasyonel yönetimler tarafından bağımsız olarak

⁵⁴ Case IV/M.931 – Neste/IVO, 02.06.1998.

yürütülüyordu, (ii) Finlandiya Devleti, teşebbüslerin ticari davranışlarından ziyade hissedarlığıyla ilgili konularda mülkiyet kontrolünü kullanıyordu ve (iii) Neste ve IVO'nun ticari davranışlarının geçmişte birbiriyle bağlantılı olduğuna dair hiçbir gösterge yoktu. Bu bilgiler ışığında, Komisyon, Neste ve IVO'nun pazarda bağımsız hareket ettiklerine ve her iki teşebbüs de nihai olarak Finlandiya Devleti'ne ait olsa bile söz konusu işlemin Birleşme Tüzüğü kapsamına girdiğine karar vermiştir.

Türk rekabet hukukunda Kurulun KİT'lere yönelik aldığı birleşme/devralma kararı örneklerine, çalışmanın bütünlüğü açısından Ek-3'te yer verilmiştir. Özetle belirtmek gerekirse Kurul, KİT'leri içeren işlemlerde KİT'lerin devletten veya diğer KİT'lerden ayrı olarak ticari kararlar alma ve faaliyetlerini yönetme yetkisine sahip olduğu durumlarda söz konusu KİT'i bağımsız bir teşebbüs olarak kabul etmektedir.

“Ekonomik birim” kavramı, devlet işletmelerini içeren işlemleri incelerken anahtardır ve sadece yoğunlaşmanın ortaya çıkıp çıkmadığını belirlemek için değil, aynı zamanda cironun hesaplanabilmesi amacıyla bir teşebbüsün “grubunun” ne olduğunu belirlemek için de kullanılmaktadır (Svetlicinii 2018, 104). Nitekim, aşağıda ciro hesaplamasını düzenleyen kuralların tartışıldığı kısımda “ekonomik birim” kavramı Komisyon tarafından daha ayrıntılı olarak tanımlanmıştır.

Aynı kontrol yapısı altındaki birden fazla işletmeyi içeren bir şirketler grubu, rekabet hukuku açısından tek bir ekonomik teşebbüs oluşturmaktadır. KİT'lerin, nihai olarak devlete ait olmaları nedeniyle net bir grubu bulunmamaktadır. Birleşme kontrolü için önemli olan, işlemin doğrudan tarafı dışındaki hangi işletmelerin yapılacak incelemede ekonomik bütünlüğe dâhil edilmesi gerektiğidir. Dolayısıyla KİT'ler için net bir “grup” tanımının olmaması, rekabet hukukunda boşluğa yol açabilmektedir (Lallemand-Kirche vd. 2017, 296). KİT'ler, nihayetinde devlete ait olmaları ve devletin KİT'lerin karar alma sürecine katılımının kapsamının her zaman net olmaması nedeniyle, KİT'lerde grubun sınırlarını tanımlamak karmaşık olabilmektedir. Temel belirleyici unsur, devletin KİT'in karar verme yetkisini kontrol edip edemediği ve kontrolü altındaki KİT'lere ortak bir davranışı empoze edip edemediğidir (OECD 2018, 18).

KİT'lerin cirosunun hesaplanmasında hangi kuruluşların faaliyetlerinin dikkate alınacağına karar verilmesi için de özel kurallar oluşturulmuştur. Birleşme Tüzüğü'nün 1. maddesi, Komisyon'un yetki alanına girebilmesi için bir yoğunlaşmanın karşılanması gereken eşikleri ortaya koymaktadır. Bu eşikler, "ilgili teşebbüsler", yani yoğunlaşmaya katılan teşebbüsler tarafından elde edilen ciroyu ifade etmektedir. İlgili teşebbüsün bir gruba ait olması durumunda Birleşme Tüzüğü'nde belirtilen eşiklerin karşılanıp karşılanmadığını değerlendirmek amacıyla sadece işleme konu teşebbüsün cirosu değil, aynı zamanda Birleşme Tüzüğü madde 5 (4)'te tanımlanan grubun cirosu da dikkate alınmalıdır.

Birleşme Tüzüğü madde 5 (4), "grup" kavramı altında neyin anlaşılması gerektiğine dair kesin bir tanım sunmamaktadır, ancak ciro hesaplaması amacıyla dikkate alınacak grubu tanımlayacak ilgili teşebbüslerin listesine değinmektedir. Kısaca, söz konusu grubun cirosu, (i) ilgili teşebbüsün, (ii) bağlı ortaklıklarının, üçüncü şahıslarla ve kendi iştirakleriyle müştereken kontrol ettiği şirketlerin, (iii) ana şirketlerinin ve onların kendi ana şirketlerinin, (iv) ana şirketlerinin diğer yan kuruluşları, yani kardeş şirketlerinin ve (v) grubun iki veya daha fazla şirketi tarafından müştereken elde tutulan diğer herhangi bir bağlı ortaklığın cirosunu içermelidir.

KİT'ler söz konusu olduğunda, işlemin Birleşme Tüzüğü kapsamına girip girmediğini tespit edebilmek amacıyla dikkate alınması gereken, bu kuruluşlar arasındaki çizginin tam olarak nereye çekileceğidir. KİT'lerin özel teşebbüslerden farklı olan özellikleri dikkate alındığında, herhangi bir özel kural oluşturulmamış olsaydı, pratikte KİT'leri içeren her yoğunlaşma Birleşme Tüzüğü kapsamında olurdu çünkü grup, devleti ve üzerinde kontrol uyguladığı her bir şirketi kapsayacak şekilde geniş bir şekilde tanımlanacak ve bildirim eşiğini tetikleyen cirolar, grup kapsamındaki işletmelerin cirolarının toplamından oluşacaktı. Bu nedenle, Birleşme Tüzüğü uyarınca grup kavramı, özel ve kamu teşebbüsleri için farklı bir şekilde tanımlanmıştır.

Yargı Bildirimi'nde bu konuyla ilgili özel bir bölüm bulunmaktadır. Yargı Bildirimi'nin 194. paragrafı şöyledir;

Devlete ait bir işletme, diğer devlet kontrolündeki holdinglerle herhangi bir koordinasyona tabi değilse, 5. madde kapsamında bağımsız olarak ele alınmalı ve bu devlete ait diğer şirketlerin cirosu dikkate alınmamalıdır. Bununla birlikte, devlete ait birkaç şirketin aynı bağımsız ticari karar alma merkezi altında olduğu durumlarda, bu işletmelerin cirosu, 5. madde kapsamında ilgili teşebbüs grubunun bir parçası olarak değerlendirilmelidir.

Bu kapsamda bir KİT'in dâhil olduğu bir yoğunlaşma işleminde Komisyon iki aşamalı bir yaklaşım takip etmektedir: ilk olarak KİT'in bağımsız karar verme yetkisine sahip olup olmadığını belirlemekte; bağımsız karar verme yetkisine sahip olmadığı durumda ise hangi nihai devlet kuruluşunun bu bağımsız karar verme yetkisine sahip olduğunu ve hangilerinin bu devlet kurumu tarafından kontrol edilen diğer teşebbüsler olduğunu belirleyerek bunların da cirolarını hesaplamaya dâhil etmektedir. Devletin sahip olduğu aynı holding şirketinin parçası olan KİT'ler, aynı bağımsız ticari karar alma merkezi altında kabul edilecektir. KİT'in grubunun yanlış bir tanımından kaynaklanan yanlış bir ciro hesaplaması, bildirim gerektirmeyen işlemlerin gereksiz şekilde gözden geçirilmesine veya bildirilmeyen bir işlem ile ilgili olarak yaptırım riskine yol açabilmektedir. Dolayısıyla Komisyon'un uygulaması, aynı devlete ait KİT'lerin mutlaka aynı ekonomik birimin parçası olduğunu kabul etmemenin önemli olduğunu göstermektedir (Fountoukakos ve Puech-Baron 2012, 7). Komisyon tarafından bu konu bir dizi kararda ele almış ve hangi devlet kuruluşlarının aynı grubun parçası olarak kabul edilebileceğine dair bir kavram geliştirilmiştir.

Texaco-Norsk Hydro işlemi⁵⁵, Texaco ve Norsk Hydro tarafından bir ortak girişim kurulmasından oluşmaktaydı. Norveç Devleti, Norsk Hydro'nun %51'ine sahipti ve Komisyon, ortak girişimin faaliyet göstereceği aynı pazarlarda en büyük oyuncu olan Statoil'in de kontrolünün Norveç Devletinde olması nedeniyle Norsk Hydro'nun Norveç Devletinden bağımsız özerk bir varlık olarak faaliyette bulunup bulunmadığını analiz etmiştir. Komisyon, şu gerekçelerle Norsk Hydro'nun Statoil'den ayrı bağımsız bir karar yetkisine sahip özerk bir birim olarak görülmesi gerektiği sonucuna varmıştır: (i) Norveç Devleti, Norsk Hydro'nun ticari faaliyetleriyle ilgili kararlarında belirleyici değildir ve (ii) Norsk Hydro ile Statoil arasında KİT olarak konumlarına ilişkin resmi veya gayri resmi ilişkiler bulunmamaktadır. Buna ek olarak, söz konusu yoğunlaşmanın özünü incelerken Komisyon, araştırması sonucunda, Norsk Hydro ve Statoil'in ticari

⁵⁵ Case IV/M.511 – Texaco/Norsk Hydro, 09.01.1995.

faaliyetlerinin ortak hissedarlarının müdahalesi yoluyla koordine edilmediğine dair gerekçeleri olduğuna karar vermiştir. Sonuç olarak, Norsk Hydro'nun pazar konumunun Statoil'den bağımsız olarak değerlendirilmesine ve Norsk Hydro'nun tek cirosunun dikkate alınması gerektiğine ulaşılmıştır.

Daha sonraki bir işlemde⁵⁶, Alman Devleti tarafından finansal krizin etkilerini önlemek için kurulan bir kamu yatırım aracı olan SoFFin'in, gayrimenkul konusunda uzmanlaşmış bir Alman özel finansman şirketi olan Hypo Real Estate'yi satın alması incelenmiştir. Komisyon, ciro eşiklerinin aşılmadığını tespit etmek için, SoFFin'in bağımsız karar verme gücüne sahip ayrı bir ekonomik birim oluşturup oluşturmadığını veya gerçek karar verme yetkisinin daha üst bir kuruluşa ait olup olmadığını analiz etmiştir. Komisyon, SoFFin'in, Alman Maliye Bakanlığı düzeyinde kontrol edildiğini ve herhangi bir karar alma yetkisine sahip olmadığını tespit etmiştir. Dolayısıyla, Birleşme Tüzüğü uygulamasını tetikleyen ciro eşiklerinin karşılanıp karşılanmadığını tespit etmek için Komisyon, SoFFin'in cirosuna ek olarak Alman Maliye Bakanlığı tarafından kontrol edilen diğer teşebbüsler tarafından elde edilen ciroyu da dikkate almıştır.

Bu işlem, Komisyon'un ekonomik birim kavramını netleştirmesi için daha kesin kriterler belirleyemesini sağlamıştır. Birbirine bağlı müdürlüklerin bulunmaması, bir teşebbüsün iş planına, stratejisine ve bütçesine özerk olarak karar verebilme becerisi, ticari açıdan hassas bilgilerin aynı sektörde faaliyet gösteren KİT'ler arasında paylaşılmamasını sağlayan yeterli koruma önlemlerinin varlığı gibi çeşitli faktörlerin bağımsız karar yetkisine sahip bir ekonomik birimin varlığına işaret edebileceği sonucuna ulaşılmıştır. Bu tür faktörler, Komisyon'un, devletin bir KİT'in ticari stratejisini etkileyip etkilemeyeceğini ve çeşitli KİT'lerin ticari davranışlarını koordine edip edemeyeceğini veya kolaylaştırıp kolaylaştırmayacağını değerlendirmesine olanak tanımaktadır (Fountoukakos ve Puech-Baron 2012, 8).

EDF/Segebel işleminde⁵⁷ Komisyon, Belçika elektrik üreticisi SPE'yi kontrol eden holding şirketi Segebel'in tek kontrolünün Fransız Devleti tarafından kontrol edilen EDF tarafından devralınmasını incelemiştir. Komisyon, Fransız Devleti'nin

⁵⁶ Case COMP/M.5508 - SoFFin/Hypo Real Estate, 14.05.2009.

⁵⁷ Case COMP/M.5549 – EDF/Segebel, 12.11.2009.

hem GDF Suez hem de EDF'deki hissedarlıkları nedeniyle olası koordinasyon risklerini ayrıntılı olarak incelemiştir. Her iki şirketteki Fransız Devleti hisseleri, Fransa'nın varlıklarının çıkarlarını gözeten ve değerlerini en üst düzeye çıkaran Devlet Hissedarlık Dairesi (*Agence des Participations de l'Etat - APE*) tarafından yönetilmektedir. Belçika rekabet otoritesi tarafından, GDF Suez ve EDF arasında, Fransız Devleti'nin ortak hissedarlığı nedeniyle bir koordinasyon riski olduğu iddia edilmiştir. Komisyon, EDF ile GDF Suez arasında koordinasyon riski olmadığı sonucuna varmak için grubun boyutu hakkında kapsamlı bir değerlendirme yaparak şu kriterler ışığında EDF ve GDF Suez arasında bir koordinasyon riskinin bulunmadığına karar vermiştir: (i) EDF ve GDF Suez Belçika'da rakiplerdir ve EDF'nin Belçika'da iddialı bir genişleme politikası vardır; (ii) EDF Yönetim Kuruluna atanan Fransız Devleti temsilcilerinden hiçbiri GDF Suez'in Yönetim Kurulu üyesi değildir ve dolayısıyla birbirine bağlı yöneticiler yoktur; (iii) EDF, iş planlarını GDF Suez'inkilerden bağımsız olarak ve kendi ticari çıkarlarına uygun olarak belirlemektedir ve (iv) Fransız Devleti'nin EDF ve GDF Suez'deki hisselerinin yönetiminden bir devlet kurumunun (APE) sorumlu olduğu gerçeği, rolü açıkça sınırlı olduğu ve bu şirketlerin ticari özerkliğini etkilediği görülmediği sürece taraflar arasında koordinasyon sonucunu doğurmamaktadır (Lallemand-Kirche vd. 2017, 299).

KİT'ler, nihai olarak devlet tarafından kontrol edilirken, her bir KİT'in bağımsız bir teşebbüs olduğu tespit edilirse, yüksek yoğunlaşma seviyelerinin oluşmasına izin verilen durumlar söz konusu olabilmektedir. Tersine bir düşüncede ise, yani tüm KİT'lerin nihai olarak devlet tarafından kontrol edilmeleri nedeniyle Birleşme Tüzüğü kapsamında aynı "grubun" parçası olduğu kabul edilirse, o zaman ilgili pazarda faaliyet gösteren tüm KİT'lerin pazar payları toplamının yüksek seviyelerde çıkacak olması nedeniyle bir KİT ile özel teşebbüs arasında rekabetçi açıdan sorun oluşturmayacak birleşme/devralmaların gerçekleşmesine izin vermemek gibi ters bir sonuç ortaya çıkaracak ve aynı zamanda KİT'ler arasındaki tüm birleşme/devralmalar grup içi işlem olarak görülmeleri nedeniyle Birleşme Tüzüğü kapsamına girmedikleri için izin verilebilecektir (Fountoukakos ve Puech-Baron 2012, 11).

Sonuç olarak Birleşme Tüzüğü ve Yargı Bildirimi'nde tanımlanan genel kurallar temelinde Komisyon, ekonomik bütünlüğün tanımlanmasında, KİT'in

bağımsız karar verme yetkisine sahip olup olmadığını ve devletin, kontrolü altındaki KİT'ler arasında ortak bir ticari davranış tesis edip edemeyeceğini belirleyip buna göre değerlendirildiği bir karar uygulaması geliştirmiştir. Bu uygulama, esas olarak hangi devlet kurumunun nihayetinde bağımsız karar verme gücüne sahip olduğunun belirlenmesine dayanmaktadır. KİT'lerin devletten bağımsız olup olmadığını belirlemek için geçmiş kararlarda en az üç ana kriter göz önünde bulundurulmuştur: (i) devletin ticari faaliyetlerle ilgili kararlara doğrudan veya dolaylı olarak katılımı (örneğin, yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun aday gösterilmesi); (ii) KİT'ler arasında resmi veya gayri resmi ilişkilerin varlığı (örneğin birbirine bağlı müdürlüklerin bulunması); (iii) KİT'lerin faaliyetlerinin geçmişte koordinasyonunun varlığı (Lallemand-Kirche vd. 2017, 297).

Genel olarak, bir KİT'in bağımsız olarak kabul edilip edilemeyeceğini veya hangi diğer KİT'lerin aynı ekonomik bütünlüğün parçası olabileceğini göstermek için birkaç tür kanıt kullanılmaktadır. KİT'lerin bağımsız olup olmadığını belirleyen temel unsur, devletin ticari faaliyetlerle ilgili kararlara dâhil olması ya da bu tür faaliyetleri etkileyebilme kabiliyetidir. İşletmenin stratejisine, iş planına ve bütçesine ilişkin bağımsız karar yetkisini korumasını sağlayan belirli düzenlemelerin, yönetim hükümlerinin ve diğer önlemlerin varlığı, KİT'in devletten bağımsız kararlar alabildiğine dair gösterge niteliğindedir. Devletin KİT adına karar alma yeteneği, KİT'e talimat verme hakkı, denetleme yetkisi, KİT'in yükümlülüklerini garanti etme yetkisi, oy haklarının çoğunluğuna sahip olacak şekilde yönetim kurulu üyelerini ataması gibi hususlar ise KİT'in devletten bağımsız olmadığını destekleyici kanıtlardır. Ek olarak, özellikle birbirine bağlı müdürlükler, KİT'ler arasında resmi veya gayri resmi ilişkilerin varlığı gibi diğer unsurlar, devletlerin KİT üzerinde kontrole sahip olduğunu gösterebilmektedir (Lallemand-Kirche vd. 2017, 299).

2.3. İDARİ PARA CEZALARININ TESPİTİ

Rekabet hukuku kapsamında bir KİT'nin bağımsızlığına ilişkin sonuçların diğer değerlendirmeler üzerinde etkileri olabilmektedir. KİT'lerin devlete bağımlı bulunmaları ve dolayısıyla diğer KİT'lerle birlikte tek bir ekonomik birimin parçası olmaları halinde, kartelleri ve teşebbüsler arasındaki diğer rekabeti kısıtlayıcı

anlaşmaları yasaklayan rekabet kurallarının bu teşebbüslere uygulanamaması sorunu ortaya çıkabilmektedir (French ve Dodoo 2016). Birleşme/devralmalarda olduğu gibi, KİT'lerin ekonomik biriminin tanımı, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların değerlendirilmesi için de esastır. Tarafların bağımsız kuruluşlar olup olmadığını belirlemek, bir anlaşmanın rekabete aykırı bir anlaşma oluşturup oluşturmadığının merkezinde yer almaktadır (OECD 2018, 19).

Bu tek teşebbüs yaklaşımının KİT'lere uygulanacak para cezasının belirlenmesi bakımından da etkileri bulunmaktadır. Bir devlet kurumu bir KİT'i kontrol ediyor olarak kabul edilirse, söz konusu KİT'in ihlallerinden müştereken sorumlu olarak kabul edilecek ve para cezalarında üst sınır, devlet kurumunun ve kontrol ettiği düşünülen işletmelerin birleşik cirosuna uygulanarak verilecek para cezası düzeyini yükseltecektir. Buna ek olarak, aynı karar biriminin bir parçasını oluşturan başka bir KİT'in geçmişteki rekabet ihlali, mevcut KİT'e verilecek para cezasında tekerrür müessesesinin uygulanmasına yol açarak ağırlaştırıcı bir husus olarak görülebilir (Lallemand-Kirche vd. 2017, 306).

Hangi işletmelerin KİT'lerin ekonomik biriminin parçası olduğunu belirlemek, para cezalarını hesaplarken esas alınacak ciroyu belirlemek için de önemlidir, çünkü yargı bölgelerinin çoğunda, uygulanacak para cezası ilgili teşebbüsün ve iştiraklerinin cirolarının toplamına uygulanmaktadır (OECD 2018, 20).

Sonuç olarak KİT'leri içeren birleşme/devralmalarda veya rekabet ihlallerinde işlem taraflarının sınırlarını ve KİT'lerin bağımsız olarak faaliyette bulunup bulunmadıklarını tespit etmek, yapılacak incelemelerde ve verilecek cezalarda esas belirleyici unsur olarak karşımıza çıkmaktadır.

2.4. DEVLETLERİN VEYA KİT'LERİN EYLEMLERİNE KARŞI MUAFİYETLER

Rekabet hukukunun, ekonomik faaliyette bulunan tüm kamu ve özel teşebbüslere ayırım gözetmeden uygulanması gerektiği konusunda genel bir görüş birliği olsa da, belirli davranışları, sektörleri veya KİT'ler gibi belirli teşebbüsleri rekabet hukukundan koruyan muafiyetler farklı yargı bölgelerinde bulunabilmekte ve bu durum rekabetçi tarafsızlık üzerinde olumsuz etkiler yaratabilmektedir. Özellikle rekabete aykırı davranışlarda KİT'ler, özel teşebbüslere uygulananlarla

aynı standartlara göre değerlendirilmelidir. KİT'leri rekabet hukukundan koruyan muafiyetler, piyasadaki rekabet ortamını bozabilmekte ve KİT'lerin sahip oldukları piyasa güçlerini tüketicilerin aleyhine olarak kötüye kullanmalarını kolaylaştırabilmektedir.

Türk rekabet hukuku kapsamında RKHK incelendiğinde, Kanunun 5. maddesi özel veya kamu teşebbüsü ayırt etmeksizin maddede sayılan şartların oluşması halinde teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarını 4. madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutmaktadır. Ancak bu muafiyet genel nitelikte olup sadece 4. madde kapsamındaki eylemlere ilişkindir. Çalışma kapsamında inceleyeceğimiz muafiyet müessesesi ise devletlerin veya KİT'lerin işlem ya da eylemlerinin rekabet hukukundan muaf tutulup tutulmadığı olacaktır. Bu kapsamda önce AB'deki ardından ABD'deki uygulamalar incelenecektir.

AB

ABİDA'nın 106 (2) maddesi, rekabet hukukunun tüm teşebbüslere uygulanması kuralına dar bir istisna getirmektedir. Madde hükmü şu şekildedir:

Genel ekonomik menfaatli hizmetlerin işletilmesi veya gelir getirici tekel niteliği taşıyan teşebbüsler, bu tür kuralların uygulanması, yasal veya fiili olarak kendilerine verilen belirli görevlerin performansını engellemediği sürece, bu Antlaşma'da yer alan kurallara, özellikle rekabet kurallarına tabidir. Ticaretin gelişimi, Topluluğun menfaatlerine aykırı olarak etkilenmemelidir.

“Devlet eylemsavunması” olarak nitelendirilen bu muafiyetin uygulanabilmesi için şu üç koşul yerine getirilmelidir: (i) söz konusu teşebbüsler “genel ekonomik çıkarlara ilişkin bir hizmetin işletilmesi”yle yetkilendirilmiş olmalıdır; (ii) rekabet hukukunun uygulanması, bu teşebbüse verilen görevlerin yerine getirilmesini engellemelidir ve (iii) ticaretin gelişmesi, Topluluğun çıkarlarının aksine olarak etkilenirse, muafiyet uygulanmamaktadır.

Muafiyet sadece kısıtlamanın orantılı olması halinde, yani genel ekonomik çıkar hizmetinin yerine getirilmesi için zorunlu olması durumunda uygulanmaktadır. Ayrıca bu muafiyet çok katı bir şekilde yorumlanmaktadır. Bu nedenle, rekabet hukukunun uygulanmasını engelleyen tek husus, eylemin tamamen “genel ekonomik çıkarlara hizmet” sunumunu engelleyeceği durumlardan oluşmaktadır. Bu muafiyeti uygulamaya koymak isteyen bir AB üye devleti, genel ekonomik çıkar hizmeti oluşturmanın gerekçesini, rekabet hukukunun ihlalinin neden gerekli

olduğunu ve ortaya çıkacak ihlalin genel ekonomik çıkar ile orantılı olduğunu göstermelidir (ICN 2014, 21).

Bir teşebbüs, muafiyetin uygulanabilirliğini ancak genel ekonomik çıkara yönelik bir hizmetin icrasıyla görevlendirilmiş olması durumunda talep edebilmektedir. Bu durum genel olarak posta hizmetleri, telekomünikasyon hizmetleri, gaz, elektrik vb. gibi geleneksel hizmetlerde görülmektedir. Örneğin ABAD, özel mesaj iletme kuruluşlarının sahip oldukları telekomünikasyon ağını, diğer Üye Devletlerden gelen mesajları iletme için kullanmasına izin vermemesinin görevlerinin performansını tehlikeye attığını gösterememesi nedeniyle British Telecom'un 106. maddeye dayanan muafiyet talebini reddetmiştir⁵⁸ (OECD 2009, 240-241).

Slovakya'da, hibrit posta⁵⁹ teslimatının Slovenská Pošta'ya⁶⁰ münhasıran verilmesi, yasal bir tekelin komşu ancak rekabetçi pazarlara genişletilmesinin 102 ve 106. maddelerle bağdaşmadığına dair bir örnektir. Hibrit posta pazarı daha önce rekabetçi bir pazar olduğundan, evrensel hizmet yükümlülüğünün yerine getirilmesi için komşu pazardaki bir tekelin gerekli olmadığı açıktır. Genişletme olmadan evrensel hizmetin sağlanmasının engelleneceği veya en azından olması gerektiği gibi sunulamayacağı gösterilememiştir. Bu nedenle Komisyon, ne Slovakya Devleti'nin ne de Slovenská Pošta'nın, evrensel posta hizmetini finanse etmek için hibrit posta hizmeti üzerinde münhasırlığın gerekli olduğunu gösteremediğine ve dolayısıyla ABİDA'nın 106. maddesi ve 102. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir⁶¹ (OECD 2009, 242-243).

Açık bir muafiyetin yokluğunda, KİT'ler yine de rekabete aykırı eylemlerinin devlet tarafından dikte edildiği gerekçesiyle kendilerini haklı gösterebilmektedirler. Teşebbüsler “*Bunu bana devlet yaptırdı*”, “*Devlet bunu yapmamı istedi*”, “*Devlet bana bunu yapmaktan başka çare bırakmadı*” gibi savunmalar sunabilmektedirler.

⁵⁸ OJ [1982] L 360/36, [1983] 1 CMLR 457 and case 41/83 Italy v Commission [1985] ECR 873, [1985]2 CMLR 368.

⁵⁹ Hibrit posta hizmeti, içeriğin çıktığı alan, zarflayan, sıralayan ve teslim eden posta hizmeti operatörüne elektronik olarak aktarıldığı bir posta türüdür. Hibrit posta, faturalar gibi düzenli olarak büyük miktarlarda posta gönderen işletmeler (örneğin sigorta şirketleri veya bankalar) için önemli bir üründür.

⁶⁰ Kamu mülkiyetindeki posta operatörü.

⁶¹ Case T-556/08, Slovenská pošta v. Comm'n [2008].

Örneğin, AB hukukuna göre teşebbüsler, rekabete aykırı davranışlarının kamu tedbirinin gerekliliği olması ve teşebbüslerin “özerk davranış” alanının bulunmaması durumunda bu davranışlarından sorumlu tutulmayabilmektedirler. ABAD, bu durumun “genel Topluluk hukuku yasal hukuki kesinlik ilkesi”ne dayandığını belirtmektedir (Capobianco ve Christiansen 2011, 26). Davranış ulusal yasalarca gerekliyse, teşebbüslerin eylemi olarak kabul edilmemektedir. Ancak devletin rekabete aykırı eylemleri kolaylaştırması veya teşvik etmesi de bir savunma olarak kabul edilmemektedir⁶². Kilit unsur özerkliktir: ulusal hukuk tarafından teşebbüse özerk davranabilecek bir alan bırakıldığı ölçüde hiçbir savunma uygulanmamaktadır. Bu gibi durumlarda söz konusu teşebbüse rekabet hukuku uygulanabilmekte ancak, ulusal yasal çerçeve, verilecek cezayı azaltmak için bir “hafifletici unsur” olarak dikkate alınabilmektedir. Örneğin Litvanya’da, rekabete aykırı davranışta bir devlet kurumunun etkisinin bulunması hafifletici bir unsurdur. Bir kamu otoritesinin rekabete aykırı bir anlaşmayı teşvik ettiği durumlarda, Rekabet Konseyi uygulanacak para cezasını %20 oranında azaltabilmektedir (Fox ve Healey 2013, 796-797). Nitekim ülkemizde de Ceza Yönetmeliğinin⁶³ “Hafifletici Unsurlar” başlıklı 7. maddesinin birinci fıkrasında ihlalde kamu otoritelerinin teşvikinin bulunması bir hafifletici unsur olarak sayılmıştır.

ABD

ABD’deki devlet eylem doktrini, rekabet hukukunun devletin belirli davranışlarına uygulanmasına kısıtlamalar getirmektedir. Doktrin, Yüksek Mahkemenin, yetiştiriciler arasındaki rekabeti kısıtlayarak kuru üzüm için artırılmış fiyatları korumaya çalışan bir Kaliforniya yasasına federal antitröst yasalarının uygulanmasına ilişkin *Parker-Brown* kararına⁶⁴ dayanmaktadır (OECD 2009, 293). Yüksek Mahkeme, iki koşulun karşılanması durumunda rekabet karşıtı davranışların antitröst uygulamasından muaf olduğuna karar vermiştir: (i) davranış açıkça ifade edilmiş bir devlet politikasından kaynaklanmalıdır ve (ii) aktif devlet denetimine tabi olmalıdır (OECD 2009, 42). Devlet eylem doktrinine

⁶² Örnek için bkz. Case C-198/01, Consorzio Industrie Fiammiferi, [2003] ECR I-8055.

⁶³ Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik.

⁶⁴ Parker v. Brown, 317 U.S. 341, 350 (1943).

göre, federal antitröst yasaları devletlerin kendi kararları sonucu dayattığı rekabete aykırı kısıtlamalar için geçerli değildir⁶⁵ (ICN 2014, 25).

Parker'a göre, açıkça ifade edilen devlet politikasını izleyen ve aktif devlet denetimine tabi olan bir davranış, antitröst yükümlülüğünden korunmaktadır. Devlet eylem savunması, ABD mahkemeleri tarafından Parker'dan sonraki bazı davalarda uygulanmıştır. Özellikle mahkemeler, savunmayı devletin her faaliyetine uygulamayı reddederek, "devlet politikasının açık bir şekilde ifade edilmesi"nin anlamını irdelemiştir. Mahkemeler, aynı zamanda, denetimin fiilen nadiren uygulandığı veya hiç uygulanmadığı durumlarda savunmaya itiraz ederek, "aktif denetim" kriterinin uygulanmasını yakından incelemiştir. Örneğin, Perakende İçki Satıcıları Derneği - Midcal Aluminium Co. davasında⁶⁶, şarap üreticilerinin ve toptancılarının "ürün satış fiyatı çizelgesi" sistemine ilişkin devlet eylem savunması reddedilmiştir, çünkü sistem kanunla kurulmuş olmasına rağmen, fiyatlar katılımcı bayilerin takdirine bırakılmaya devam edildiği için uygun şekilde denetlenmemekteydi (Capobianco ve Christiansen 2011, 25).

ABD'de de posta sektörü, KİT'lerin rekabete aykırı uygulamalarının yaygın olduğu sektörlere iyi bir örnektir. Bu bir dizi nedenden kaynaklanmaktadır. Birincisi, birçok ülkede posta sektörü önem arz eden bir sektördür ve bu nedenle posta hizmeti sağlayıcılarının çoğu devlete ait kuruluşlardır. İkincisi, KİT'ler önemli pazar mevcudiyetine sahip görece büyük işletmelerdir. Üçüncüsü, birçok kamu posta operatörü hala bir dizi posta hizmeti üzerinde (örneğin mektup teslimatı gibi) tekel haklarına sahiptir ve aynı zamanda başka pazarlarda (paket veya ekspres posta teslimatı gibi) özel teşebbüslerle rekabet etmektedir (OECD 1999, 21-22).

USPS-Flamingo Industries kararında⁶⁷ ABD Yüksek Mahkemesi, USPS'nin antitröst dokunulmazlığına sahip olup olmadığına karar vermek için inceleme yapmıştır. USPS'nin posta çuvaları tedarikçisi Flamingo Industries ile sözleşmeyi feshetmesinin ardından Flamingo, USPS'nin davranışlarıyla rekabeti ortadan kaldırmaya çalıştığını, posta çuvaları üretiminde bir tekel yarattığını ve bunun federal antitröst yasalarını ihlal ettiğini iddia etmiştir. Bölge mahkemesi, federal

⁶⁵ *City of Columbia v. Omni Outdoor Adver.*, 499 U.S. 365, 370 (1991).

⁶⁶ *California Retail Liquor Dealers Ass'n v. Midcal Aluminum, Inc.*, 445 U.S. 97 (1980).

⁶⁷ *USPS v. Flamingo Industries*, 540 U.S. 736 (2004).

hükümetin egemen dokunulmazlıkla korunduğuna dair iddiayı reddetmiştir. Dokuzuncu Bölge Yargıtay ise 1970 Posta Yeniden Düzenleme Yasası'nın (PRA) USPS'nin egemen dokunulmazlığından feragat ettiğine ve dolayısıyla federal antitröst yasaları önünde "kişi" olarak dava edilebileceğine hükmetmiştir. Yüksek Mahkeme ise tersi bir kararla USPS'nin antitröst yükümlülüğüne tabi olmadığına karar vermiştir. Mahkemeye göre, USPS hem biçim hem de işlev bakımından ABD'den ayrı bir teşebbüs değil devletin bir parçasıdır ve bu nedenle antitröst yasaları kapsamında değildir (OECD 2009, 45).

Dolayısıyla, Yüksek Mahkeme, USPS'nin devletin bağımsız bir kuruluşu olmasına rağmen, antitröst ihlallerine karşı dava açılabilmesine dair açık bir kongre yetkilendirmesinin bulunmaması nedeniyle, USPS'yi antitröst yükümlülüğüne tabi tutmamıştır. Mahkeme, bu sonuca, USPS'nin özel şirketlerden farklı hedeflere sahip olması, ülke çapında sorumluluklarının bulunması ve kâr odaklı çalışmaması nedeniyle ulaşmıştır. Ayrıca USPS'nin evrensel posta teslimi, ücretsiz posta teslimi ve ulusal güvenlikle ilgili kamu sorumlulukları da dâhil olmak üzere daha geniş yükümlülükleri bulunmaktadır. Son olarak Mahkeme, USPS'nin özel bir işletmeden daha çok bir hükümet gibi görev yapan yetkilere ve özelliklere sahip olduğunu tespit etmiştir (OECD 2009, 46).

USPS, Yüksek Mahkeme kararından sonra ve kısmen Mahkeme kararının sonucu olarak, 2004 tarihli Yüksek Mahkemenin USPS'nin antitröst yasalarından muaf olduğunu belirten kararının 2007 tarihli Posta Yeniden Düzenleme Kanunu'yla değiştirilmesinden beri antitröst yasalarına tabidir.

Genel olarak, ABD hükümetinin kurumları ve araçları (örneğin, Ulusal Bilim Vakfı, Küçük İşletme İdaresi, USPS), ticari faaliyette bulunurken bile federal antitröst yasaları kapsamına girmemektedirler. Bu muafiyet iki nedenden kaynaklanmaktadır: (i) devlet kurumları, feragat etmedikçe yargı dokunulmazlığına sahiptir ve (ii) bu tür kuruluşlar genellikle Sherman ve Clayton Kanunları bakımından "kişi" tanımına girmemektedirler (ICN 2014, 22-23). Örneğin, *Hoover/Ronwyn* kararında⁶⁸ ABD Yüksek Mahkemesi, Arizona barosuna giriş kurallarının federal antitröst yasalarının kapsamı dışında olduğuna karar vermiştir, çünkü baroya kimin kabul edildiğine Arizona eyaletinin organlarından biri olan

⁶⁸ *Hoover v. Ronwyn*, 466 U.S. 558, 569 (1984).

Arizona Yüksek Mahkemesi karar vermektedir. Bu, esasen devletin egemenlik gücünü kullandığı durumlarda antitröst yasalarına tabi olmadığını göstermektedir (OECD 2009, 301-302).

Sonuç olarak ABD’de devlet eylem savunmasının uygulanabilmesi için ABD eyaletinin söz konusu davranışı içeren politikayı açıkça ifade etmesi ve rekabete aykırı etkileri olan davranışı aktif olarak denetlemesi gerekmektedir. Devletin davranışı aktif olarak denetlememesi durumunda teşebbüsler sorumluluktan korunamamaktadırlar. Bu nedenle bir eyalet, fiyat tespiti veya pazar paylaşımı gibi rekabete aykırı davranışlar emretse bile bu eylemi aktif olarak denetlemiyorsa, devlet, tarafları rekabet hukukuna karşı muaf tutamamaktadır (Fox ve Healey 2013, 797).

Yukarıda yer verildiği üzere farklı yargı bölgeleri tarafından devletlerin veya KİT’lerin eylemlerine belirli koşullar altında rekabet hukuku uygulamasından muafiyet verildiği görülmektedir. Her ne kadar bu muafiyet uygulamasının temelinde kamu hizmetlerinin sorunsuz bir şekilde yerine getirilmesini sağlama olduğu düşünülse de uygulamanın genişletilmesi veya KİT’lerin, rekabete aykırı davranışlarına nasıl olsa muafiyet tanınacağı düşüncesinde olması rekabetçi tarafsızlık üzerinde olumsuz etkilere sahip olacaktır. KİT’lere sağlanan bu muafiyet, aynı şartlar altında faaliyet gösteren özel teşebbüsler karşısında KİT’lerin rekabetçi avantaj sağlamasına yol açacaktır. KİT’lere uygulanan muafiyetleri, istisnaları ve verimlilik esaslı olmayan savunmaları sınırlamak, yetersiz uygulamaların önlenmesi için esastır. Rekabet hukuku mevzuatında bu tür muafiyetler varsa, kapsamı mümkün olduğunca dar olarak tanımlanmalı ve kullanımlarının uygunluğu düzenli olarak değerlendirilmelidir.

BÖLÜM 3

REKABETÇİ TARAFSIZLIK İLE İLGİLİ POLİTİKA ARAÇLARI VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Çalışmanın bu bölümünde, rekabetçi tarafsızlığın nasıl ele alınacağı ve bunlara uygulanabilecek çözüm önerilerine yer verilecektir.

3.1. REKABET AVANTAJLARININ HEDEFE YÖNELİK TESPİTİ

İlk adım olarak rekabet otoriteleri, KİT'lerin rekabet üzerinde olumsuz etki yaratan avantajlarını kapsamlı bir şekilde tespit edebilmek amacıyla, KİT'ler ve özel teşebbüsler arasındaki asimetrik rekabet koşulları nedeniyle rekabetin bozulabileceği alanlarda piyasa araştırmaları veya sektörel araştırmalar yapma yetkisiyle güçlendirilmelidir. Bu yolla, başta idari ve düzenleyici işlemler olmak üzere kamu idarelerinin eylemleri incelemeye tabi tutulmalıdır. Rekabet otoriteleri tarafından KİT'lerin aşırı rekabet avantajlarından yararlandığının tespit edilmesi durumunda, çalışmaların bir rapor ve çözüm önerileriyle sonuçlanması gerekmektedir (Albers 2018, 517). Rekabet otoriteleri tarafından yürütülen pazar araştırmaları, rekabet avantajına sahip KİT'ler ile rekabet eden özel teşebbüsler için eşit bir oyun alanı sağlamak için özellikle etkili bir araç konumundadır. Pazar araştırmaları sadece gereksiz avantajları ve rekabeti bozucu etkileri tanımlamakla kalmamakta, aynı zamanda etkili çözümlerin ve KİT'lerin rekabeti kısıtlayıcı eylemlerine karşı müdahalelerin ortaya konulmasını sağlamaktadır.

3.2. REKABET AVANTAJLARININ SİSTEMATİK OLARAK TESPİTİ

Rekabetçi tarafsızlığı sağlamak için, özel rakipleri karşısında haksız avantajlı bir konuma sahip olup olmadıklarını belirlemek amacıyla KİT'lerin faaliyet gösterdiği tüm piyasalar sistematik olarak gözden geçirilmelidir. Gözden geçirme, şu adımları uygulayarak bağımsız bir hakem tarafından yapılmalıdır: (i) geçmişte devlet tarafından gerçekleştirilen, KİT'ler için rekabet avantajı sağlayabilecek tüm düzenleyici, idari, parasal ve olgusal eylemlerin belirlenmesi; (ii) belirlenen eylemlerin bir politika hedefine hizmet edip etmediğinin tespiti (herhangi bir gerekçesi bulunmayan avantajlar, rekabet üzerinde etkisi bulunmadıkça veya önemsiz olmadıkça geri alınmalı veya başka bir şekilde ortadan kaldırılmalıdır); (iii) politika hedeflerine ulaşmak için vazgeçilmez veya orantılı olup olmadıklarının tespiti amacıyla tüm avantajların incelenmesi (Albers 2018, 518).

Yapılan inceleme sonucunda elde edilen bulgular ve tavsiyeler yayınlanmalı ve izlenmelidir. Bu görev için en uygun kurum rekabet otoriteleridir. Zira rekabet üzerinde etkisi bulunan uygulamaları tespit ettiğinde bunların düzeltilmesi için daha etkin tavsiyelerde bulunabilir.

3.3. KİT'LER İLE İLGİLİ REKABETÇİ TARAFSIZLIK SORUNLARININ ELE ALINMASI

Devletlerin rekabetçi tarafsızlığa ulaşabilmek için ele almaları gereken yedi “yapı taşı” bulunmaktadır. Bunlar şu şekildedir (OECD 2012b, 9-11):

Devlet işletmelerinin operasyonel formunun düzenlenmesi. Rekabetçi tarafsızlığı ele almanın önemli bir yolu, devletlerin ticari faaliyetlerinin şirketleşme derecesi ve ticari ve ticari olmayan faaliyetlerin yapısal olarak ne ölçüde ayrıldığıdır. Söz konusu ayrılık, ticari faaliyetlerin piyasa ile tutarlı bir şekilde gerçekleşmesini kolaylaştırmaktadır, ancak her durumda uygulanabilir veya ekonomik olarak verimli olmayabilir. Rekabetçi ortamı sağlamak için OECD, ticari ve ticari olmayan faaliyetleri, faydaların maliyetlerden daha ağır bastığı ölçüde ayıran yapısal önlemler önermektedir. KİT Kılavuzları, şeffaflık ve hesap verebilirliği en üst düzeye çıkarmak için, ticari ve ticari olmayan birimlerin mümkün olduğu ölçüde şirketleştirilmesini önermektedir.

Maliyetlerin tespiti. Rekabetçi tarafsızlığın sağlıklı bir şekilde uygulanabilmesi için, ticari olarak sunulan herhangi bir faaliyetin maliyetlerinin belirlenmesi esastır. KİT'lerin kamu hizmeti yükümlülükleri kamu kesimi tarafından sübvansede edilirse, yetersiz veya aşırı tazminatın oluşmamasını sağlamak için maliyetler şeffaf bir şekilde tanımlanmalıdır. Ticari ve ticari olmayan faaliyetler arasında maliyetleri paylaşan KİT'ler için endişe, hesaplama sistemlerindeki karmaşıklıklar nedeniyle bu ayırımın genellikle mümkün olmamasıdır.

Ticari getiri oranları belirlenmesi. Ticari bir getiri oranı elde etmek, devletin ticari faaliyetlerinin, piyasadaki benzer işletmeler gibi işlemlerini sağlamada önemli bir husustur. Eğer KİT'ler, piyasaya uygun getiri oranları elde etmek zorunda kalmazlarsa, agresif fiyatlandırma politikaları izleyebilirler ve özel sektör rekabeti ortadan kalkabilir. Ayrıca, her bir ticari faaliyet alanı için uygun getiri oranları belirlenmesi, KİT'lerin çapraz sübvansiyon gibi fiyatlandırma sistemleri yoluyla rekabete aykırı eylemlerde bulunmalarını engellemede veya bu eylemleri tespit etmede önemli bir etkidir.

Kamu hizmeti yükümlülükleri. Piyasada faaliyet gösteren KİT'lere kamu hizmetlerinin gördürülmesi rekabetçi tarafsızlık endişesi doğurabilmektedir. Rekabetçi tarafsızlık, ticari olarak sunulan hizmetlerin doğru bir maliyetlendirmesini, fiyatlandırmasını ve düzenlenmesini talep etmektedir. KİT'lerin/yerleşiklerin sahip olabileceği ayrıcalıkların kaldırılması ve KİT'lerin kamu hizmeti yükümlülükleri için yeterince tazmin edilmesi önerilmektedir.

Vergi tarafsızlığı. Kamu ve özel sektörün ticari faaliyetlerine eşit vergi rejimlerinin uygulanması rekabetçi tarafsızlık için önem arz etmektedir. KİT'lerin tüzel bir kuruluş olarak faaliyet göstermeleri durumunda bu genellikle bir sorun yaratmamaktadır. Kamu kurum ve kuruluşlarının, vergi ödemekten kaçınmak için (örneğin vergilendirmeyi önlemek için kurum içi sağlayıcılardan mal ve hizmet satın alınması) herhangi bir teşvike sahip olmaması sağlanmalıdır.

Düzenleyici tarafsızlık. Çoğu yargı bölgesinde KİT'ler, özel teşebbüslerle aynı veya benzer düzenleyici çerçeveye tabidir. Bununla birlikte birçok yargı bölgesinde kamu hizmeti yükümlülüklerinin yerine getirilmesini sağlamak için KİT'lere düzenleyici muafiyetler tanınmaktadır. Muafiyetler için koşullar şeffaf

hale getirilmeli ve dar bir şekilde oluşturulmalıdır. Ayrıca, değişen ekonomik koşullara uyum izlenmeli ve yeniden değerlendirilmelidir.

Borç tarafsızlığı ve doğrudan sübvansiyonlar. Çoğu yargı bölgesinde KİT'leri finansal piyasa disiplinlerine tabi tutmanın önemli olduğu düşünüldüğünden, KİT'lerin imtiyazlı finansmanından kaçınılması gerektiği yaygın olarak kabul edilmektedir. AB ve diğer birçok yargı bölgesindeki düzenleyici otoriteler, sübvansiyon ve devlet yardımlarının piyasa üzerindeki etkilerini sınırlamak için rekabet yasalarını uygulamakta ve KİT'lerin finansmana erişiminde piyasa koşullarının uygulanmasına dikkat etmektedir. Buna rağmen borç tarafsızlığı, kamu ve özel teşebbüsler bakımından oyun alanının eşitlenmesi için ele alınması gereken önemli bir alan olmaya devam etmektedir. Birçok devlet işletmesi, algılanan devlet desteğinden dolayı ayrıcalıklı finansman erişiminden yararlanabilmektedir. Finansmanın devletten (örneğin devlete ait bankalardan veya kamu bütçelerinden) alındığı durumlarda, piyasa koşullarına göre karşılaştırmalı olarak ticari şartlarda finansman sağlanmalıdır. KİT'lerin yararlandığı sübvansiyonların/devlet yardımlarının kontrolünü sağlamak amacıyla bir mekanizma oluşturulmalıdır. Örneğin Komisyon uygulamasına bakıldığında ABİDA'nın 107. maddesi, İç Pazar'la bağdaşmayan devlet yardımlarını yasaklamakta, bir devlet yardımının İç Pazar'la bağdaşmadığının tespitinde ise şu şartlar aranmaktadır:

- Yardım devlet tarafından verilmeli ya da devlet kaynaklı olmalıdır,
- Belli işletmeleri ya da belli malların üretilmesini kayırmak için verilmelidir,
- Rekabeti bozan ya da bozma tehlikesi doğuran bir etki yaratmalıdır,
- Üye devletler arasındaki ticareti etkilememelidir,

Antlaşmada, verilen yardımın devlet yardımı yasağı kapsamında olmadığına dair başka bir hüküm bulunmamalıdır.

3.4. REKABET AVANTAJLARINA KARŞI ŞİKÂYET ETME HAKKI

KİT'lerin sahip oldukları avantajlara veya rekabeti kısıtlayıcı eylemlerine karşı, bunlardan etkilenenlere resmi şikâyette bulunma hakkı vermek de rekabetçi tarafsızlığı artırmaktadır. Şikâyet mekanizmaları, piyasa katılımcıları için endişe

yaratılan bu avantajları ortaya çıkarmak için uygun bir yöntem olabilmektedir. KİT'lere karşı şikâyetleri incelemek, esaslarına karar vermek ve rekabetçi tarafsızlık kavramına karşı ihlalleri düzeltmek amacıyla önlemler önermek için gerekli uzmanlığa, itibara ve bağımsızlığa sahip olması nedeniyle şikâyet mercii olarak rekabet otoritelerinin belirlenmesinin uygun olacağı düşünülmektedir (Rennie ve Lindsay 2011, 24-26).

Şikâyet mekanizması, bir KİT'in rekabet avantajından en fazla zarar gören taraflara çözüm fırsatı sunmaktadır. Ancak çoğu durumda KİT'in eylemlerinden zarar gören taraflar, ticari faaliyetlerinde KİT'ler ile etkileşim içerisinde olmalarının yarattığı, ileride KİT'ten gelebilecek misilleme korkusu nedeniyle şikâyet etmekten çekinebilmektedirler. Zarar gören taraf adına sorunu dile getirebilecek olan sektör temsilcilerine veya derneklere de şikâyet etme hakkı verilmesi, bu sorunun hafifletilmesine yardımcı olabilecektir (Albers 2018, 516). Yine de rekabetçi tarafsızlık politikası, kendilerini haksızlığa uğrayan olarak gören tarafların şikâyette bulunacakları bir mekanizmaya sahip olmaları durumunda daha etkili sonuçlar vermektedir. Rekabetçi tarafsızlığı gözetmekle veya şikâyetleri ele almakla yetkilendirilmiş kuruluşların bulunduğu ülkelerde, KİT'in yarattığı piyasa bozuklarını düzeltici eylemler ülkeden ülkeye değişebilmektedir. Bazı yargı bölgelerinde yetkili kuruluşlar, rekabetçi tarafsızlığa aykırı eylemlere karşı müdahale edebilmekte, ilgili KİT'i değişiklik yapmaya zorlayabilmekte, tarafsızlık ücretleri uygulayabilmekte veya para cezası uygulayabilmekteyken; bazı yargı bölgelerinde ise bu kuruluşların rolleri çoğunlukla ulusal yürütme güçlerine tavsiyede bulunmaktır (OECD 2012b, 88).

Şikâyetleri ele alma mekanizmasının en temel örneği, rekabetçi tarafsızlık ile ilgili şikâyetleri alan ve araştıran özel bir organ olan Avustralya Hükümeti Rekabetçi Tarafsızlık Şikâyet Ofisi (*The Australian Government Competitive Neutrality Complaints Office - AGCNCO*)'ne sahip Avustralya'dır. Herhangi bir kişi veya kuruluş (bir devlet kurumu da dâhil) AGCNCO'ya şikâyette bulunabilmektedir. AGCNCO, şikâyetleri araştırma ve bilgi talep etme hakkına sahiptir. AGCNCO, resmi bir soruşturma süreci başlatmak zorunda kalmamak için öncelikle bir danışma rolü kapsamında şikâyete uygun bir çözüm bulmaya çalışmaktadır. Bu, eğer bir çözüm yaratmazsa ve resmi bir soruşturma süreci

başlatılırsa AGCNCO, iyileştirici önlemler alma hakkına sahip değildir. AGCNCO, soruşturmasının sonuçları hakkında hükümete ve kamuoyuna rapor vermekte ve gelecekte yapılabilecek eylemler için tavsiyelerde bulunmaktadır (OECD 2012b, 88).

3.5. SAVUNUCULUK

Rekabetçi tarafsızlık sorunlarını ele almanın son yöntemi savunuculuktur. Savunuculuk, rekabet otoritelerinin önemli bir faaliyetidir ve devletlerin KİT'ler ve diğer kuruluşlar aracılığıyla gerçekleştirdikleri faaliyetleri, genellikle rekabet hukukunun ve politika savunuculuğunun önemli bir parçasıdır (Khemani vd. 1998, 93).

Rekabet sürecindeki bozulmalar, bir devletin, faaliyetlerini kayırmak için verdiği veya buna yol açabilecek bir karardan kaynaklanıyorsa, o zaman savunuculuk en etkili yaklaşım olabilir. Çoğu rekabet otoritesi, kararlarının rekabet ortamı üzerindeki olası etkileri konusunda politika yapıcılarını uyarma hakkına sahiptir ve neredeyse tüm yargı bölgeleri, kamu ve özel sektör işletmeleri arasında verimli ve adil rekabeti korumak veya sağlamak için bir dereceye kadar savunuculuğu kullanmaktadır. Bu yöntem, aynı zamanda soruna ilişkin kamu bilinci oluşturmak için de kullanılabilir (OECD 2016b, 110).

RKHK uyarınca, devletin yasa ve diğer mevzuatla veya yürütme organı kararlarıyla rekabeti bozucu uygulamalarda bulunması halinde Kurulun, Kanun'un 27. maddesinin (g) bendi uyarınca ilgili mevzuatta değişiklik yapılmasını bildirme görevi bulunmaktadır. Kurul, görüşlerini yasal veya idari düzenlemelerin hazırlık aşamasında doğrudan veya bakanlığın talebi üzerine de bildirebilmektedir.

Kurulun görüş bildirme yetkisini kullanması, rekabeti bozucu etki doğuran yasal mevzuatın düzeltilmesi veya değiştirilmesi bakımından olumlu bir gelişmedir. Nitekim, diğer kamu kuruluşları tarafından çıkarılan rekabet üzerinde olumsuz etkilere yol açabilecek bazı düzenleyici işlemlere karşı Kurul tarafından görüş gönderilmesiyle söz konusu düzenlemenin değiştirildiği ve rekabet üzerindeki olumsuz etkilerinin giderildiği görülmektedir (Özkan 2009, 191-192). Örneğin Kurulun BELKO hakkında görüş bildirdiği Ankara Valiliği Hıfzıssıhha Kurulu,

Rekabet Kurulu görüşü doğrultusunda daha önce yaptığı idari işlemi geri alarak kömür satışında BELKO'nun sahip olduğu tekeli ortadan kaldırmıştır.

Kurul tarafından alınan bazı kararlarda görüldüğü üzere, KİT'lerin rekabeti kısıtlayıcı davranışları bir düzenleyici veya idari işlemde kaynaklanabilmektedir. Böyle bir durumda, kendisi de bir idari organ olan Rekabet Kurumunun, başka bir idari organ tarafından alınan bahse konu işlemi iptal etmesi veya başka bir yolla ortadan kaldırması mümkün olmamakta ve dolayısıyla piyasada oluşan rekabeti bozucu etkiler giderilememektedir. Çözüm, RKHK'ya aykırı düzenleyici veya idari işleme karşı idari yargıda iptal davası açılması ve söz konusu düzenlemenin iptal edilmesini sağlamaktır (Özkan 2009, 192). Doktrinde, Kurulun idari yargıda iptal davası açmak için İYUK uyarınca menfaati olup olmadığı konusunda görüş ayrılığı yaşanmaktaydı ancak önceki bölümlerde açıklandığı üzere TMMOB kararı sonrası İDDK tarafından alınan kararda⁶⁹ rekabet ortamını korumakla yükümlü düzenleyici ve denetleyici otorite olan Rekabet Kurumunun, başvuru konusu düzenlemeye karşı iptal davası açmakta menfaati bulunduğu tespitinde bulunmuş ve Kurulun yasal düzenlemelere karşı iptal davası açabilmesinin önünde engel bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Kurulun söz konusu başvuru ve önceki bölümlerde açıklandığı üzere diğer incelemeleri sonucunda yasal mevzuata karşı iptal davası açması veya ilgili mevzuatın değiştirilmesi yönünde yetkili birimlere görüş göndermesinin savunuculuk müessesesini etkili bir şekilde kullandığını gösterdiği düşünülmektedir.

⁶⁹ 12.12.2012 tarihli ve 2008/655 Esas No ve 2012/2752 Karar No'lu İDDK kararı.

SONUÇ VE ÖNERİLER

KİT'ler, özel mülkiyetli rakiplerinin sahip olmadığı ayrıcalıklara ve dokunulmazlıklara sahip olabilmektedirler. Her zaman daha iyi performans, üstün verimlilik, daha iyi teknoloji veya üstün yönetim becerilerine dayanmayan, sadece devlet mülkiyetinde olmaları nedeniyle yaratılan bu ayrıcalıklar ve dokunulmazlıklar, KİT'lere özel rakiplerine karşı rekabetçi bir avantaj sağlamakta ve KİT'ler ve özel teşebbüsler arasındaki rekabeti bozabilmektedir.

Çoğu zaman KİT'lere, devletler tarafından ticari amaçlar dışında hedefler verilmekte veya kamu hizmeti gereksinimlerini yerine getirme görevleri yüklenmektedir. Bu durum, kâr maksimizasyonu ile uyumlu olmayan fiyatlandırma stratejileri de dâhil olmak üzere rekabete aykırı ticari stratejilerin benimsenmesini gerektirebilmektedir. KİT'lerin kâr odaklı çalışmaları, rekabete aykırı davranışlarda bulunmak için özel teşebbüslerden daha güçlü teşviklere sahip olmalarına neden olabilmektedir. KİT'lere yüklenen söz konusu bu hedef ve görevler, rekabete aykırı etkileri olabilecek ticari stratejileri benimsemelerine yol açabilmektedir. Özel teşebbüslerin aksine, bu tür stratejiler zarara neden olsa bile KİT'ler faaliyetlerinin kapsamını genişletmeyi ve gelirlerini arttırmayı yararlı bulabilmektedirler. Bu stratejilere örnek olarak, maliyetlerin altında fiyatlandırma, aşırı fiyatlandırma, münhasır faaliyetler ile rekabetçi faaliyetler arasında çapraz sübvansiyon, rakiplerin maliyetlerini artırma veya piyasaya rakiplerin girişini engellemek için engeller oluşturma verilebilir.

Genel olarak, rekabet hukukunun uygulanması teşebbüslerin mülkiyeti bakımından fark yaratmamaktadır. Rekabet hukuku, hem özel teşebbüslerin hem de KİT'lerin davranışları için geçerlidir. Bazı OECD ülkelerinde, hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin rekabet kuralları, KİT'lerin ticari davranışlarını araştırmak ve yaptırım uygulamak için temel oluşturmuştur. Özellikle hâkim

durumdaki teşebbüslerin rekabete aykırı davranışları olmak üzere bu faaliyetlerin bazıları rekabet hukuku kapsamındayken bazı davranışlar rekabet hukuku uygulamasından muaf tutulabilmektedir.

Çoğunlukla fiyatlandırma uygulamaları yoluyla hâkim durumun kötüye kullanılması ve birleşme/devralmalara bağlı olarak KİT'leri içeren incelemeler, KİT'lere rekabet hukukunun uygulanmasının karmaşıklığını göstermektedir. KİT'lere yönelik uygun maliyet ölçüsünü hesaplamadaki ve bu maliyetleri benzer özel teşebbüslerle kıyaslamadaki zorluk, özellikle KİT'lerin yönetim düzenlemeleri şeffaflıktan uzak ve muhasebe uygulamaları zayıf olduğunda var olan sorunu daha da büyütebilmektedir. Bu zorluklar ve KİT'ler ile özel teşebbüslerin rekabete aykırı uygulamalarda bulunma güduları ve yeteneklerindeki farklılıklar nedeniyle, KİT'lere rekabet hukukunun uygulanmasında bu teşebbüslerin sahip olduğu avantajlar ve farklılıklar göz önüne alınmalıdır.

KİT'ler, devletler tarafından uygulanan kalkınma planları ve programları gibi çeşitli ekonomik gereklere veya kanun, tüzük, yönetmelik gibi hukuki düzenlemelere uygun şekilde faaliyetlerini yönlendirmek zorunda kalabilmektedir. Bu nedenle KİT'ler, faaliyetlerinde özel teşebbüsler kadar bağımsız olamamaktadır. Bazı durumlarda bu teşebbüslerin, RKHK kapsamında “bağımsız karar verebilme” yeteneğine sahip olduğu bile söylenememektedir.

Dolayısıyla, KİT'lerin faaliyetlerini düzenleyen mevzuat hükümleri gibi hususlar çoğu durumda bu teşebbüslerin bağımsız karar alma yeteneğini ortadan kaldırdığından, çözüm olarak RKHK'daki teşebbüs tanımından “bağımsız karar verebilen” ibaresinin çıkarılması düşünülebilir. Ancak böyle bir çözüm KİT'lerin rekabeti kısıtlayıcı eylemlerini engellemeyecek, sadece ilgili KİT'e yönelik inceleme yapılmamasını veya inceleme yapılsa bile ceza verilmemesini sağlayacaktır. İlgili değişikliğin yaratacağı bir diğer sorun da KİT'in uyguladığı rekabeti kısıtlayıcı eylem nedeniyle, bu eylemi empoze eden kamu kuruluşunun cezalandırılmamasıdır. Nitekim Kurul kararları ve doktrin incelendiğinde, rekabet karşıtı eylemin devlet tedbiri veya davranışı sonucunda ortaya çıkması durumunda, söz konusu devlet organına karşı RKHK kapsamında müdahale imkânının olmadığı görüşü bulunmaktadır.

AB uygulamasına bakıldığında, ABAD'ın bir kararında⁷⁰ rekabeti kısıtlayıcı eylemlerin yasayla emredildikleri ve teşebbüslerin bağımsız karar verme imkânının bulunmadığı durumlarda ABİDA'nın 101. ve 102. maddelerinin uygulanmayacağını belirtmiştir. Ancak böyle bir durumda 106. madde kapsamında KİT'lere olmasa da üye devletlere ceza uygulanabilecektir. Ayrıca Komisyon, ihlale neden olan düzenlemeyi ABİDA'ya aykırı olarak yürürlüğe koyan üye devlet aleyhine ABAD'da ihlal davası açabilmektedir. Ülkemiz mevzuatına bakıldığında ise ABİDA'nın 106. maddesi gibi bir madde bulunmamaktadır. Ancak böyle bir madde bulursa dahi, yukarıda açıklandığı üzere KİT'lerin rekabeti kısıtlayıcı davranışları önlenmeyecek, sadece ilgili KİT'in cezalandırılmasının önüne geçecektir.

KİT'lerin dâhil olduğu birleşme ve devralmalarda ise, bu teşebbüslerin nihai olarak devlete ait olması nedeniyle ekonomik bütünlüğün sınırları ve bildirim eşiklerini tetikleyen ciro hesaplamaları bakımından ortaya çıkan sorunların mehzaz AB mevzuatı kapsamında oluşturulmuş kurallar esas alınarak çözülebileceği düşünülmektedir.

Sonuç olarak rekabetçi tarafsızlığın sağlanması adına KİT'lerin sahip oldukları avantajlar herhangi bir rekabet incelemesinde göz önüne alınmalı, RKHK ile çelişen mevzuat hükümlerinin değiştirilmesi veya iptali için Rekabet Kurumu savunuculuk müessesesini etkili olarak kullanılmalıdır. Bu sayede KİT'lerin neden olduğu güçlükler ve rekabet hukuku kapsamında değerlendirilemediği haller en aza indirilerek KİT'lerin neden olduğu rekabet ihlalleri engellenebilecek ve özel teşebbüsler ile adil ve dengeli bir rekabet ortamı tesis edilecektir.

⁷⁰ Joined Cases Commission and France v. Ladbroke Racing C-359/95 [1997] ECR I-6265, Altair Chimica SpA and ENEL Distribuzione SpA C-207/01 [2003]

ABSTRACT

In today's world, although the view of liberalization of markets is dominant, states are still engaged in activities that can be deemed important in the markets. States can influence markets by regulating, public subsidies, granting exclusive rights and operating in the market directly through their own businesses. This situation can affect the nature and functioning of the markets, making it difficult to compete for private enterprises that can operate more efficiently. Considering the existence of public enterprises in key sectors of the economy and the number of SOEs competing with private enterprises, competition authorities try to be effective in the application of competition law to public enterprises. Although the existence of states in the market doesn't create a problem for the economy, it may have effects on competition in the market.

Competitive neutrality is a set of policies aimed at preventing the state or any market actor associated with the state from having a competitive advantage over private enterprises only due to its relationship with the state or the conditions provided by the state, and if such an advantage exists in the market, its effects are eliminated or minimized. Although states operate as a participant in the market may cause them to have an advantage over private enterprises, there are also some problems in applying the competition law rules to public enterprises to eliminate these advantages.

In this context, in the first part of the study, first of all the definition of the concept of "competitive neutrality" and what it aims, what should be understood in terms of public enterprise and competition law, and what are the competitive problems created by public enterprises are explained. In the second part of the study, the problems encountered in the application of competition law to public enterprises, in which cases the competition law rules are applied to public

enterprises, and in which cases public enterprises are exempted from competition law are discussed. In the light of these determinations, the study ends with a discussion of how competitive neutrality problems related to public enterprises should be addressed, how to identify these problems and which solutions should be applied after they are identified or before these problems arise.

KAYNAKÇA

Albers, M. (2018), “*Achieving Competitive Neutrality Step-By-Step*”, World Competition Law and Economics Review, Vol: 41, No: 4, s. 495-522.

Altındağ, E. ve B. Coşar (2019), “*The Role of State-Owned Enterprises in an Artificial Monopoly Market: The Case of Turkey*”, American Journal of Economics and Sociology, Vol: 78, No: 5, s. 1171-1199.

Atay, E. (2008), “*Normlar Hiyerarşisi, Erklar Hiyerarşisi İnkilemi ve D zenleyici Denetleyici Kurumlar*”, Rekabet Hukukunda G ncel Gelişmeler Sempozyumu, s. 310.

Avrupa Komisyonu, (2011), Avrupa Komisyonu İnternet Sitesi: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_11_771 Erişim Tarihi: 12.11.2020

Baker, J. (2007), “*Beyond Schumpeter vs. Arrow: How Antitrust Fosters Innovation*”, Antitrust Law Journal, Vol: 74, No: 3, s. 575-602.

Capobianco, A. ve H. Christiansen (2011), “*Competitive Neutrality and State-Owned Enterprises: Challenges and Policy Options*”, OECD Publishing, Paris, <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/5kg9xfghhg6-en.f?expires=1621357076&id=id&accname=guest&checksum=B9F2AFE267829E459C3B1E81BD9F9F83>, Erişim Tarihi: 24.03.2020.

Çakal, R. (1996), “*Doğal Tekellerde Özelleştirme ve Reg lasyon, Devlet Planlama Teşkilatı*”, Uzmanlık Tezi, Devlet Planlama Teşkilatı Yayınları, Ankara.

Fountoukakos, K. ve C. Puech-Baron (2012), “*The EU Merger Regulation And Transactions Involving States Or State-Owned Enterprises: Applying Rules Designed For The EU To The People’s Republic Of China*”, Concurrences: <https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-1-2012/articles-en/The-EU-merger-regulation-and> Erişim Tarihi: 21.02.2021

Fox, E. ve D. Healey (2013), “*When the State Harms Competition - The Role for Competition Law*”, NYU Law and Economics Research Paper Series, Vol: 79, No: 3, s. 769-820.

French, N., ve N. Dodoo (2016), “*EU Antitrust Regulator Widens Its Net to Review Chinese SOE Transactions*”, Freshfields Bruckhaus Deringer LLP: http://knowledge.freshfields.com/en/global/r/1504/eu_antitrust_regulator_widens_its_net_to_review_chinese Erişim Tarihi: 10.05.2021

Geddes, R. (2004), “Case Studies of Anticompetitive SOE Behavior”, R. Geddes (der.), *Competing with the Government: Anticompetitive Behavior and Public Enterprises* içinde, Hoover Institution Press, s. 27-58.

Günday, M. (2003), “*İdare Hukuku*” (7. b.), İmaj Yayıncılık, Ankara.

Healey, D. (2019), “Competitive Neutrality and the Role of Competition Authorities: A Glance at Experiences in Europe and Asia-Pacific”, P. Silveira ve W. Kovacic (der.), *Global Competition Enforcement: New Players, New Challenges* içinde, Wolters Kluwer, s. 20-61.

HM Treasury (2009), “*Operational Efficiency Programme: Final Report*”, HM Treasury, Londra, https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.hm-treasury.gov.uk/d/oep_final_report_210409_pu728.pdf, Erişim Tarihi: 25.09.2020.

ICN (2014), “*State-Owned Enterprises And Competition*”, International Competition Network Annual Conference, Marakeş.

Kahraman, Z. (2008), “*Rekabet Hukuku Açısından Oligopolistik Bağımlılık*”, Beta Basım Yayım, İstanbul.

Karluk, R. (2009), “*Cumhuriyetin İlanından Günümüze Türkiye Ekonomisi’nde Yapısal Dönüşüm*”, Beta Yayınevi, İstanbul.

Khemani, R., R. Anderson ve P. Bamford (1998), “*A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*”, Dünya Bankası Yayınları, Washington.

Köksal, T. (2001), “*Avrupa Birliği Tam Üyelik Sürecinde Türkiye’de Devlet Yardımlarının Hukuki Çerçevesi*”, Rekabet Dergisi Sayı: 7, s. 3-24.

Krattenmaker, T. ve S. Salop (1986), “*Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals’ Costs to Achieve Power over Price*”, The Yale Law Journal, Vol: 96, No: 2, s. 209-293.

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

Lallemand-Kirche, G., C. Tixier ve H. Piffaut (2017), “*The Treatment of State-Owned Enterprises in EU Competition Law: New Developments and Future*

Challenges”, Journal of European Competition Law & Practice, Vol: 8, No: 5, s. 295-308.

Mosso, C. ve S. Ryan (1999), “Article 82 - Abuse of a Dominant Position”, J. Faul, ve A. Nikpay (der.), *The EC Law of Competition* içinde, Oxford University Press, Oxford.

OECD (2004), “*Regulating Market Activities by the Public Sector*”, OECD Publishing, Paris, <https://www.oecd.org/daf/competition/sectors/34305974.pdf>, Erişim Tarihi: 12.05.2020.

OECD (2005), “*Predatory Foreclosure*”, OECD Publishing, Paris, <https://www.oecd.org/competition/abuse/34646189.pdf>, Erişim Tarihi 20.05.2020.

OECD (2009), “*State Owned Enterprises and the Principle of Competitive Neutrality*”, OECD Publishing, Paris, <https://www.oecd.org/daf/competition/46734249.pdf>, Erişim Tarihi: 16.06.2020.

OECD (2012a), “*Competitive Neutrality – A Compendium of OECD Recommendations, Guidelines and Best Practices*”, OECD Publishing, Paris, <https://www.oecd.org/daf/ca/50250955.pdf>, Erişim Tarihi: 24.03.2020.

OECD (2012b), “*Maintaining A Level Playing Field Between Public and Private Business*”, OECD Publishing, Paris, <https://www.oecd.org/corporate/50302961.pdf>, Erişim Tarihi: 06.04.2020.

OECD (2014), “*Competitive Neutrality: National Practices in Partner Countries*”, OECD Publishing, Paris, [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/CA/SOPP\(2013\)1/FINAL&docLanguage=En](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/CA/SOPP(2013)1/FINAL&docLanguage=En), Erişim Tarihi: 14.11.2020

OECD (2015a), “*The OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises*”, OECD Publishing, Paris, <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264244160-en.pdf?expires=1621356187&id=id&accname=guest&checksum=34DC59FE8E5C32286BA274F5024695A3>, Erişim Tarihi: 28.05.2020.

OECD (2015b), “*Roundtable On Competitive Neutrality*”, OECD Publishing, Paris, [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2015\)5&docLanguage=En](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2015)5&docLanguage=En), Erişim Tarihi: 10.04.2020.

OECD (2016a), “*Executive Summary of the Discussion of the Roundtable on Competitive Neutrality in Competition Policy*”, OECD Publishing, Paris, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M\(2015\)1/ANN7/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M(2015)1/ANN7/FINAL/en/pdf), Erişim Tarihi: 10.04.2020.

OECD (2016b), “*State-Owned Enterprises as Global Competitors: A Challenge Or An Opportunity?*”, OECD Publishing, Paris, https://read.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/state-owned-enterprises-as-global-competitors_9789264262096-en#page1, Erişim Tarihi: 04.07.2020.

OECD (2018), “*Competition Law And State-Owned Enterprises*”, OECD Publishing, Paris, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2018\)10/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2018)10/en/pdf), Erişim Tarihi: 17.07.2020.

OFT (2006), “*The Commercial Use of Public Information*”, https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=1194, Erişim Tarihi: 25.12.2020.

OFT (2010), “*Working Paper on Competition in Mixed Markets: Ensuring Competitive Neutrality*”, https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402165629/http://oft.gov.uk/shared_oft/economic_research/oft1242.pdf, Erişim Tarihi: 10.10.2020.

Orak, C. (2011), “*Kamu Hizmetleri ve Kamu Teşebbüslerine Rekabet Hukuku Kurallarının Uygulanması*”, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.

Özkan, A. (2009), “*Türk Rekabet Hukuku Uygulamasında Kamu Teşebbüsleri Ve Kamu Kuruluşlarının Rekabeti Bozucu Davranışları*”, Rekabet Dergisi, Vol: 10, No: 3, s. 115-209.

Rekabet Kurumu (2013), “*Rekabet Politikası Perspektifinden Kamu Müdahaleleri*”, Rekabet Kurumu, Ankara.

Rekabet Terimleri Sözlüğü (2021), Gözden Geçirilmiş Altıncı Baskı, <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/geneldosya/rk-terimleri-sozlugu-2018-pdf>, Erişim Tarihi: 17.01.2021.

Rennie, M., & F. Lindsay (2011), “*Competitive Neutrality and State-Owned Enterprises in Australia: Review of Practices and their Relevance for Other Countries*”, OECD Publishing, Paris, <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/5kg54cxkmx36-en.pdf?expires=1621356903&id=id&accname=guest&checksum=0342CDC8B72EC4345FBD41F64ABBB246>, Erişim Tarihi: 17.09.2020.

Sanlı, K. (2000), “*Rekabetin Korunması Hakkında Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*”, Yüksek Lisans Tezi, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.

Sappington, D. ve J. Sidak (2003a), “*Competition Law for State-Owned Enterprises*”, Antitrust Law Journal, Vol: 71, No: 2, s. 479-523.

Sappington, D. ve J. Sidak (2003b), “*Incentives for Anticompetitive Behavior by Public Enterprises*”, Review of Industrial Organization, Vol: 22, No: 3, s. 183-206.

Scheffman, D. ve R. Higgins (2003), “*20 Years of Raising Rivals’ Costs: History, Assessment, and Future*”, 12 Geo. Mason L. Rev.

Sidak, J. ve D. Spulber (1996), “*Protecting Competition from the Postal Monopoly*”, AEI Press.

Sokol, D. ve I. Lianos (2013), “Anticompetitive Government Regulation”, D. Sokol ve I. Lianos (der.), *The Global Limits of Competition Law*, içinde, Stanford University Press, Stanford.

Sturgess, G. (2006), “*A Fair Field and No Favours: Competitive Neutrality in UK Public Service Markets*”, Confederation of British Industry, Londra.

Svetlicinii, A. (2018), “*The Acquisitions of the Chinese State-Owned Enterprises under the National Merger Control Regimes of the EU Member States: Searching for a Coherent Approach*”, Market and Competition Law Review, Vol: 2, No: 1, s. 99-120.

UNCTAD (2014), “*Competitive Neutrality and Its Application In Selected Developing Countries*”, UNCTAD Research Partnership Platform Publication Series, Cenevre, https://unctad.org/system/files/official-document/ditclpmisc2014d1_en.pdf, Erişim Tarihi: 20.06.2020.

Whish, R. (2012), “*Competition Law*”, 6. Baskı, Oxford University Press, New York.

Türk Rekabet Mevzuatı

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun.

Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik, 2009.

AB Rekabet Mevzuatı ve Çalışmaları

Commission Directive 80/723/EEC of 25 June 1980 On The Transparency Of Financial Relations Between Member States And Public Undertakings.

Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 On The Control Of Concentrations Between Undertakings.

Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 On The Control Of Concentrations Between Undertakings, adopted on 10 July 2007, OJ C95

Consolidated Versions of Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), OJ C 202/1, 2016.

OECD Çalışmaları

The OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises (2015).

Kurul Kararları

DATATEKNİK, 03.12.1997 tarihli ve 41/269-19 sayılı ilk inceleme kararı.

TÜRKŞEKER, 13.08.1998 tarihli ve 78/603-113 sayılı ilk inceleme kararı.

İDO, 28.04.1999 tarihli ve 99-21/169-88 sayılı önaraştırma kararı.

ÇAYKUR, 22.06.1999 tarihli ve 99-31/277-167 sayılı önaraştırma kararı.

İZULAŞ, 12.09.2000 tarihli ve 00-34/368-206 sayılı ilk inceleme kararı.

ASKİ, 13.01.2001 tarihli ve 01-12/114-29 sayılı ilk inceleme kararı.

BELKO, 06.04.2001 tarihli ve 01-17/150-39 sayılı soruşturma kararı.

TEB, 02.10.2001 tarihli ve 01-46/475-119 sayılı ilk inceleme kararı.

TMMOB, 22.01.2002 tarihli ve 02-04/40-21 sayılı soruşturma kararı.

BOTAŞ, 08.03.2002 tarihli ve 02-13/127-54 sayılı önaraştırma kararı.

TÜPRAŞ, 16.04.2002 tarihli ve 02-24/244-99 sayılı önaraştırma kararı.

Philip Morris - JTI, 24.12.2002 tarihli ve 02-80/937-385 sayılı soruşturma kararı.

Emekli Sandığı, 19.06.2003 tarihli ve 03-44/501-221 sayılı ilk inceleme kararı.

SSK, 27.05.2003 tarihli ve 03-35/416-182 sayılı ilk inceleme kararı.

TBB, 13.11.2003 tarihli ve 03-73/876(a)-374 sayılı ilk inceleme kararı.

TTB, 13.11.2003 tarihli ve 03-73/876(c)-376 sayılı ilk inceleme kararı.

TEB, 22.09.2005 tarihli ve 05-59/877-236 sayılı ilk inceleme kararı.

TFE – Teleon, 26.09.2005 tarihli ve 05-61/900-243 sayılı soruşturma kararı.

TEB, 02.11.2006 tarihli ve 06-79/1021-295 sayılı soruşturma kararı.

ASKİ, 20.12.2006 tarihli ve 06-92/1176-354 sayılı önaraştırma kararı.

Slot Tahsisi, 10.04.2008 tarihli ve 08-28/322-106 sayılı ilk inceleme kararı.

TMO, 14.08.2008 tarihli ve 08-50/720-280 sayılı ilk inceleme kararı.

KİŞOT, 11.06.2009 tarihli ve 09-27/596-140 sayılı önaraştırma kararı.

TSSF, 03.02.2011 tarihli ve 11-07/126-38 sayılı önaraştırma kararı.

SGK, 02.03.2012 tarihli ve 12-09/290-91 sayılı ilk inceleme kararı.

TSSF, 27.12.2012 tarihli ve 12-68/1705-631 sayılı soruşturma kararı.

12 Banka, 08.03.2013 tarihli ve 13-13/198-100 sayılı soruşturma kararı.

ÖSYM, 20.08.2014 tarihli ve 14-29/594-260 sayılı önaraştırma kararı.

THY, 25.12.2014 tarihli ve 14-54/932-420 sayılı soruşturma kararı.

EMO, 02.12.2015 tarihli ve 15-42/688-245 sayılı önaraştırma kararı.

OMO, 13.10.2016 tarihli ve 16-33/561-242 sayılı önaraştırma kararı.

CHINA BAOWU – WISCO, 24.11.2016 tarihli ve 16-41/671-302 sayılı devralma kararı

İSTTELKOM, 27.09.2017 tarihli ve 17-30/489-222 sayılı önaraştırma kararı.

HALK BANKASI – VAKIFLAR BANKASI – ZİRAAT BANKASI, 27.12.2018 tarihli ve 18-49/767-372 sayılı devralma kararı.

İSTTELKOM, 11.04.2019 tarihli ve 19-15/214-94 sayılı soruşturma kararı.

TSİNGHUA – CNNC, 31.10.2019 tarihli ve 19-37/550-226 sayılı devralma kararı.

ÇAYKUR, 14.11.2019 tarihli ve 19-40/645-272 sayılı önaraştırma kararı.

İlk Derece Mahkemesi Kararları

Ankara 6. İdare Mahkemesi 28.01.2015 tarih, E. 2014/368 K. 2015/133 K. sayılı karar.

Ankara 13. İdare Mahkemesi 14.11.2018 tarih, E. 2018/1225 K. 2018/2168 sayılı karar.

Danıştay Kararları

Danıştay 13. Daire 05.12.2003 tarih ve E.2001/4817, K. 2003/4770 sayılı karar.

Danıştay 13. Daire 16.11.2007 tarih ve E:2007/10830, K:2007/7326 sayılı; 01.02.2008 tarih ve E:2007/10829, K:2008/1745 sayılı karar.

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

Komisyon Kararları

Electricité De France, OJ L 49, C (2003)4637/F1.

Finnish Road Enterprise, OJ L 270, C 7/2006 of 11.12.2007.

Telekomunikacja Polska, Case COMP/39.525.

World Cup Tickets, OJ. L.136/31, 1992.

Tractebel/Distrigaz (II), Case IV/M.493, 01.09.1994.

Neste/IVO, Case IV/M.931, 02.06.1998.

Texaco/Norsk Hydro, Case IV/M.511, 09.01.1995.

SoFFin/Hypo Real Estate, Case COMP/M.5508, 14.05.2009.

EDF/Segebel, Case COMP/M.5549, 12.11.2009.

British Telecom, OJ [1982] L 360/36, [1983] 1 CMLR 457 and case 41/83 Italy v Commission [1985] ECR 873, [1985]2 CMLR 368.

Slovenská pošta, Case T-556/08, [2008].

Conorzio Industrie Fiammiferi, Case C-198/01, [2003] ECR I-8055.

FENIN v Commission, Case T-319/99.

Genel Mahkeme ve Avrupa Adalet Divanı Kararları

Klaus Höfner and Fritz Elser v. Macroton GmbH, Case C-41/90 [1991], ECR I-1979.

SAT v. Eurocontrol, Case C-364/92 [1994], ECR I-43.

Diego Cali v. Servizio Ecologici Porto di Genova (SPEG), Case C-343/95 [1997] ECR I-1547.

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

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

ABD Mahkeme Kararı

Parker v. Brown, 317 U.S. 341, 350 (1943).

City of Columbia v. Omni Outdoor Adver., 499 U.S. 365, 370 (1991).

California Retail Liquor Dealers Ass'n v. Midcal Aluminum, Inc., 445 U.S. 97 (1980).

USPS v. Flamingo Industries, 540 U.S. 736 (2004).

Hoover v. Ronwyn, 466 U.S. 558, 569 (1984).

Birleşik Krallık Kararı

BetterCare, Case No 1006/2/1/01 [2002] CAT 7, [2002] CompAR 299.

Ek-1: KİT'lerin Hukuki Niteliklerinden Ziyade Faaliyetlerinin Ekonomik Nitelikte Olup Olmadığının İncelendiği Örnek Karar Künyeleri

- 03.03.1999 tarih ve 99-12/89-31 sayılı karar (*HAVAŞ* kararı).
22.06.1999 tarih ve 99-31/277-167 sayılı karar (*ÇAY-KUR* kararı).
17.08.1999 tarih ve 99-38/404-260 sayılı karar (*PETKİM* kararı).
21.12.2000 tarih ve 00-50/533-295 sayılı karar (*ETİ Holding* kararı).
30.04.2002 tarih ve 02-26/262-102 sayılı karar (*TEDAŞ (II)* kararı).
21.05.2002 tarih ve 02-30/344-140 sayılı karar (*TDİ* kararı).
08.03.2002 tarih ve 02-13/126-53 sayılı karar (*TSE* kararı).
30.01.2003 tarih ve 03-07/74-29 sayılı karar (*PTT* kararı).
17.09.2003 tarih ve 03-61/748-352 sayılı karar (*TCDD* kararı).
14.08.2008 tarih ve 08-50/720-280 sayılı karar (*TMO* kararı)
14.08.2008 tarih ve 08-50/750-305 sayılı karar (*BOTAŞ* kararı)
20.03.2014 tarih ve 14-11/203-87 sayılı karar (*TOBB* kararı).
26.11.2014 tarih ve 14-46/847-386 sayılı karar (*Beylikdüzü Belediyesi* kararı).
01.09.2015 tarih ve 15-34/517-164 sayılı karar (*TUREB* kararı).
13.10.2016 tarih ve 16-33/580-256 sayılı karar (*HATSU* kararı).

Ek-2: BetterCare Kararı

Kurulun SSK kararına benzer bir davada İngiltere’de OFT, bir yatılı bakım ve hemşirelik bakımı sağlayıcısı olan BetterCare Group Ltd’den (BetterCare), Birleşik Krallık Sağlık ve Sosyal Hizmetler Vakfı’nın (Vakıf) BetterCare’den sosyal bakım hizmeti satın alırken adil olmayan düşük fiyatlar ve haksız şartlar sunarak hâkim konumunu kötüye kullandığına dair bir şikâyet almıştır. OFT, Vakıf’ın satın alma faaliyeti yürütürken Rekabet Yasası amaçları doğrultusunda bir teşebbüs olmadığını değerlendirmiştir. Birleşik Krallık Rekabet Temyiz Mahkemesine (CAT) yapılan temyizde CAT⁷¹, Vakıf’ın hem BetterCare’den hizmetlerin satın alınmasında hem de yaşlı bakımının doğrudan sağlanmasında bir teşebbüs olarak hareket ettiğine karar vermiştir. CAT’in gerekçesine göre, faaliyetin ekonomik nitelikte olup olmadığına karar verirken, bir kuruluşun rekabet kurallarının önlemeye çalıştığı etkileri üretebilecek durumda olup olmadığı önemli bir husustur.

⁷¹ Case No 1006/2/1/01 [2002] CAT 7, [2002] CompAR 299.

Ancak, İlk Derece Mahkemesi'nin (CFI) ve ABAD'ın sonraki kararları, Better-Care'deki CAT ile aynı mantığı takip etmemektedir. *FENIN v Komisyon*'da⁷² Mahkemeler, satın alma faaliyetinin niteliğinin, satın alınan malların sonraki kullanımının ekonomik bir faaliyet olup olmadığına göre belirlenmesi gerektiği sonucuna varmıştır. CFI, bir kuruluşun mal ve hizmetleri bir ekonomik faaliyetin parçası olarak sunmak amacıyla değil, tamamen sosyal nitelikteki bir faaliyet gibi farklı bir faaliyet bağlamında kullanmak amacıyla satın aldığı durumlarda, sadece bu malların alıcısı olduğu için bir teşebbüs olarak hareket etmediğini değerlendirmiştir. Bu karar ABAD'a temyizde onaylanmıştır.

Ek-3: Kurulun KİT'lere Yönelik Ele Aldığı Birleşme/Devr Alma Karar Örnekleri

Tsinghua - CNNC Kararı

Çin Halk Cumhuriyeti (ÇHC) Eğitim Bakanlığının denetimi altında olan ve nihai olarak devlete ait olan Tsinghua Holdings Co., Ltd.nin (Tsinghua Holdings) tek kontrolünün, ÇHC tarafından kontrol edilen Devlet Konseyi Kamu Malları Denetim ve İdare Kurulunun (*State-Owned-Assets Supervision and Administration Commission of the State Council/SASAC*) iştiraki konumunda olan ve bir KİT niteliği taşıyan China National Nuclear Corporation (CNNC) tarafından devralınmasının incelendiği kararda⁷³ her iki işlem tarafının kontrolünün nihai olarak Çin devletinde bulunmasının işlem sonucunda bir kontrol değişikliği olup olmayacağı sorusunu gündeme getirmiştir. Yapılan inceleme sonucunda SASAC'ın KİT'lerin stratejik planına, günlük işlerin idaresine, personelinin atanmasına, önemli finansal konulara, gelişim planına, yıllık yatırım planına ve yönetimin atanmasına müdahale etmediği, ayrıca geleneksel anlamda bir yatırımcı gibi KİT'lerden gelir elde etmediği, bütçeleme sürecini kontrol edemediği görülmüştür. Benzer şekilde Tsinghua Holdings'in de halka açık bir teşebbüs olduğu, faaliyetlerini bağımsız olarak Çin Şirketler Kanununa ve ilgili kurucu metinlere uygun olarak yürüttüğü görülmüştür. Çin Devleti'nin tarafların yönetim kurullarını belirleme yetkisi olmayıp sadece denetim yetkisinin bulunduğu da göz önüne alındığında tarafların birbirinden bağımsız birer teşebbüs oldukları sonucuna ulaşılmıştır.

CHINA BAOWU – WISCO Kararı

Çin KİT'lerini içeren bir diğer Kurul kararında⁷⁴ ÇHC yasaları uyarınca kurulmuş birer KİT olan Baosteel Group Corporation (mevcut unvanıyla CHINA BAOWU) ile Wuhan Iron and Steel (Group) Corporation'ın (WISCO) birleşmesine ilişkin işlemde tarafların stratejik kararlarını (iş planının ve bütçenin onaylanması) dev-

⁷² Case T-319/99 FENIN v Commission.

⁷³ 19-37/550-226 sayılı karar.

⁷⁴ 16-41/671-302 sayılı karar.

let kontrolü olmaksızın bağımsız olarak belirleyebildikleri, CHINA BAOWU ile WISCO'nun yetkili direktörlerinden ve/veya kıdemli yönetim üyelerinden hiçbirisinin, bir diğersinin yönetim kadrosunda herhangi bir sorumlğunun/üyeliğinin bulunmadığı ve iki teşebbüs arasında resmi ve/veya resmi olmayan kanallardan ticari açıdan hassas bilgilerin paylaşılmadığı dikkate alınarak CHINA BAOWU'nun ve WISCO'nun bağımsız teşebbüsler olduğu kanaatine ulaşılmıştır.

Portföy Yönetim Devralması Kararı

Kurulun *Halk Bankası–Vakıflar Bankası–Ziraat Bankası* kararında⁷⁵ Türkiye Halk Bankası AŞ'nin iştiraki konumunda olan Halk Portföy Yönetimi AŞ ve Türkiye Vakıflar Bankası T.A.O.'nun iştiraki konumunda olan Vakıf Portföy Yönetimi AŞ'nin Türkiye Ziraat Bankası AŞ'nin iştiraki konumunda olan Ziraat Portföy Yönetimi AŞ tarafından devralınması işleminde işlem taraflarının kamu bankası olması nedeniyle aynı ekonomik bütünlük içerisinde olup olmadıklarının değerlendirilmesinde bulunulmuş ve Kurulun *12 Banka* kararına⁷⁶ atıfta bulunularak birbirlerine rakip bağımsız birer teşebbüs oldukları, aynı ekonomik bütünlük içerisinde olmadıkları ve RKKH uyarınca ayrı teşebbüs olarak değerlendirilmeleri gerektiği kabul edilmiştir. Atıfta bulunulan 12 Banka kararında, kamu bankalarının tek teşebbüs olarak kabul edilip edilemeyeceği konusu değerlendirilmiş olup, devletin bankalar üzerindeki kontrolünün genel gözetim ve denetim şeklinde gerçekleştiği, bankacılık faaliyetlerinde özel bankalarla olduğu gibi diğer kamu bankaları ile de rekabet ettikleri, tüm fiyatlamaların bankanın özel durumlarına göre her banka tarafından tamamen bağımsız olarak belirlendiği ifade edilerek kamu bankalarının birbirinden bağımsız birer teşebbüs ve rakip oldukları değerlendirilmesinde bulunulmuştur.

⁷⁵ 18-49/767-372 sayılı karar.

⁷⁶ 13-13/198-100 sayılı karar.



Üniversiteler Mahallesi
1597. Cadde No: 9
06800 Bilkent - Çankaya /ANKARA
[http:// www.rekabet.gov.tr](http://www.rekabet.gov.tr)