T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

İKTİSADİ KAMU HİZMETLERİNDE HÂKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI

Doktora Tezi

Hulusi Alphan Diçkol

İstanbul 2017

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

İKTİSADİ KAMU HİZMETLERİNDE HÂKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI

Doktora Tezi

Hulusi Alphan Diçkol

Danışman: PROF.DR. TURAN YILDIRIM

İstanbul 2017

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ

TEZ ONAY BELGESİ

HUKUK Anabilim Dalı KAMU HUKUKU Bilim Dalı DOKTORA öğrencisi HULÜSİ ALPHAN DİÇKOL'nın İKTİSADİ KAMU HİZMETLERİNDE HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 2.03.2017 tarih ve 2017-5/48 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oy birliği / ~~oy çokluğu~~ ile Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

Tez Savunma Tarihi ..16...../...3...../...2017.....

Öğretim Üyesi Adı Soyadı			**İmzası**
1.	Tez Danışmanı	Prof. Dr. TURAN YILDIRIM	
2.	Jüri Üyesi	Doç. Dr. GÜL ÜSTÜN	
3.	Jüri Üyesi	Doç. Dr. NUR KAMAN	
4.	Jüri Üyesi	Prof. Dr. NİHAT BULUT	
5.	Jüri Üyesi	Prof. Dr. MURAT YÜKSEL	

GENEL BİLGİLER

İsim ve Soyadı **:** Hulusi Alphan Diçkol

Anabilim Dalı **:** Kamu Hukuku

Programı **:** Kamu Hukuku

Tez Danışmanı **:** Prof. Dr. Turan Yıldırım

Tez Türü ve Tarihi **:** Doktora – Şubat 2017

Anahtar Kelimeler **:** Kamu Hizmeti, Kamu İktisadi Teşebbüsü, Düzenleyici ve Denetleyici Kurum, Rekabet Hukuku, Rekabet Kurumu, Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması.

ÖZET

İKTİSADİ KAMU HİZMETLERİNDE HÂKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI

Günümüzde teknolojik ve sosyolojik gelişim ile birlikte değişen kamu ihtiyaçlarının devlet tarafından karşılanmasının zorlaşması, bu faaliyet alanlarının, serbest rekabete açık hale dönüşmesine neden olmuştur. Özellikle kamu iktisadi teşebbüsler tarafından iktisadi kamu hizmetlerinin yürütülmesi, serbest rekabete açılmış olan bu piyasalardaki dengelerin korunması bağlamında dikkat edilmesi gereken bir husustur. Yürütülen iktisadi kamu hizmetlerinde hâkim durumda bulunan kamu iktisadi teşebbüslerinin kamu yararına uygun hareket etme çabaları, bazı durumlarda rekabeti engelleyici sonuçlara yol açabilmektedir. Dolayısıyla bu kuruluşların yürüttükleri faaliyette kamu yararına uygun hareket edip etmediklerinin tespitinin ve aynı zamanda bu faaliyetin özel girişim özgürlüğünü minimum derecede kısıtlayacak şekilde gerçekleştirilmesinin tespitinin önemi artmaktadır. Bu durumda piyasalardaki rekabetin düzgün bir biçimde sürdürülmesi amacıyla kurulan bir düzenleyici ve denetleyici kurum olan Rekabet Kurumu'na ihtiyaç bulunmaktadır. Bu kurumun ve dolayısıyla idari işlemlerinin yargısal olarak denetlenmesinden sorumlu idari yargı mercilerinin, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kapsamında detaylı inceleme yapması gerekmektedir. Rekabete açık olması gereken piyasada, hem kamu yararı ve hem de özel girişim hürriyetinin korunmasını sağlamak için yapılan incelemeler sırasında, kamu iktisadi teşebbüslerinin kamu yararının dışına çıkarak hangi şekilde hâkim durumlarını kötüye kullandığının tespit edilmesi ve tespit sonucunda uygulanacak yaptırımın belirlenmesi de söz konusu olacaktır.

GENERAL KNOWLEDGE

Name and Surname **:** Hulusi Alphan Diçkol

Field **:** Public Law

Programme **:** Public Law

Supervisor **:** Prof. Dr. Turan Yıldırım

Degree Awarded and Date **:** Doctorate – February 2017

Keywords **:** Public Service, State Owned Enterprise, Regulatory and Supervisory Authority, Competition Law, Competition Authority, Abuse of Dominant Position.

ABSTRACT

ABUSE OF DOMINANT POSITION IN ECONOMIC PUBLIC SERVICES

Nowadays, difficulties in providing public needs by the state which are changed with developments in technological and sociological area, has turned these areas into free competition. Especially the execution of economic public services by state-owned enterprises is a matter that must be considered in the context of the protection of balances in these markets. State-owned enterprises which are in a dominant position in economic public services, have some diligences to act in accordance with the public interest. Thus may lead to some consequences that are disruption of competition. Therefore, it is increasingly important to determine whether these organizations act in accordance with the public interest in their activities and at the same time to limit the freedom of private enterprise of this activity to a minimum level. In this case, there is a need for the Competition Authority, which is a regulatory and supervisory institution established in order to maintain the competition in the market properly. This institution and also the administrative jurisdiction which is responsible for the judicial control of this institution's actions, are required to carry out a detailed examination under the Act on the Protection of Competition No. 4054. During the examinations to ensure the protection of the public interest and the freedom of private enterprise in the market where recuperation must be open, it will also be possible to determine the extent to which state-owned enterprises go beyond between the public interest and abuse of dominant position and determine sanctions to be imposed as a result.

İÇİNDEKİLER

GENEL BİLGİLER ..... **I**

GENERAL KNOWLEDGE ..... **II**

İÇİNDEKİLER ..... **III**

KISALTMALAR ..... **VII**

GİRİŞ **1**

BİRİNCİ BÖLÜM

İDARENİN İKTİSADİ FAALİYETLERİ

I. KAMU HİZMETİ 4

A. Kamu Hizmeti Kavramı ve Tarihsel Süreçte Gelişimi 4
1. Kamu Hizmeti Kavramı 4
2. Kamu Hizmetinin Tarihsel Süreçte Gelişimi 11

B. Konusuna Göre Kamu Hizmetinin Çeşitleri 15
1. İdari Kamu Hizmetleri 15
2. İktisadi Kamu Hizmetleri 17
3. Sosyal Kamu Hizmetleri 18
4. Bilimsel-Teknik-Kültürel Kamu Hizmetleri 20

C. Modern Kamu Hizmeti Teorileri 21
1. Virtüel Kamu Hizmeti 21
2. Evrensel Kamu Hizmeti 23
3. Kamu Yararı ve Genel Ekonomik Yarar 26
a. Kamu Yararı 26
b. Genel Ekonomik Yarar 29

D. Kamu Hizmeti İlkeleri 30
1. Süreklilik (Devamlılık / Düzenlilik) İlkesi 32
2. Uyarlanma (Değişkenlik) İlkesi 36
3. Eşitlik İlkesi 37
4. Tarafsızlık (Yansızlık) İlkesi 39
5. Meccanilik İlkesi 41

II. İKTİSADİ KAMU HİZMETİ 43

A. Devletin Ekonomiye Müdahalesi 43

B. İdarenin İktisadi Faaliyet Yürütmesi 46

III. İKTİSADİ KAMU HİZMETLERİNİN AKTÖRLERİ 49

A. Merkezi İdare 49

B. 233 Sayılı KHK Kapsamındaki Kamu İktisadi Teşebbüsleri 51
1. Kamu İktisadi Teşebbüsü Kavramı 51
2. Türk Hukukunda Kamu İktisadi Teşebbüs Kavramı ve Ortaya Çıkışı 53
3. Kamu İktisadi Teşebbüsü Türleri 57
a. İktisadi Devlet Teşekkülleri 58
b. Kamu İktisadi Kuruluşları 60
c. Müesseseler 61
d. Bağlı Ortaklıklar 61
e. Kamu İştirakleri 62
4. Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Özellikleri 63

C. 233 Sayılı KHK Kapsamı Dışında Kalan Kamu İktisadi Teşebbüsleri 64
1. 233 Sayılı KHK'nın "İstisnalar" Başlıklı 58. Maddesi ile Belirlenmiş Olan Kamu İktisadi Teşebbüsleri 64
2. Yeni Bir Teşebbüs Oluşumu: Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketi 66

D. Yerel Bir İktisadi Teşebbüs Türü: Belediye İktisadi Teşebbüsü 69

IV. DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KAMU KURUMLARININ İKTİSADİ KAMU HİZMETLERİNDEKİ YERİ 73

A. Düzenleyici ve Denetleyici Kurum Kavramı 73

B. Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Ortaya Çıkışı 74

C. Serbest Piyasa Ekonomisini Düzenlemeye Yönelik Olan Düzenleyici ve Denetleyici Kurum Türleri 81

D. Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Özellikleri 82

E. Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Fonksiyonları 83
1. Düzenleme (Regülasyon) Fonksiyonu 84
2. Denetleme (Süpervizyon) Fonksiyonu 87
3. Yaptırım Uygulama Fonksiyonu 90

İKİNCİ BÖLÜM

İKTİSADİ ALANDA REKABET KURUMUNUN DENETİM İŞLEVİ

I. REKABET HUKUKU 95

A. Rekabet Kavramı 95

B. Rekabet Hukuku Kavramı ve Alanı 99

C. Türk Rekabet Hukuku'nun Kaynakları 102

D. Avrupa Birliği Rekabet Hukuku'nun Kaynakları 104

II. TEŞEBBÜSLERİN REKABET HUKUKU TARAFINDAN YASAKLANAN UYGULAMALARI 107

A. Rekabeti Bozucu Anlaşma ve Uygulamaların Yasaklanması 108
1. Teşebbüslerarası Anlaşmalar 110
2. Uyumlu Eylem 111
3. Teşebbüs Birliklerinin Kararları 113

B. Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasının Engellenmesi 115
1. Hâkim Durum Tanımı ve Kavramı 115
2. Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasının Engellenmesinin Hukuksal Dayanağı 119

C. Şirket Birleşme ve Devralmaları Yoluyla Gerçekleşen İktisadi Yoğunlaşmaların Denetimi 122
1. Yoğunlaşma Kavramı ve Kapsamı 122
2. Denetim Kapsamındaki Yoğunlaşmalar 124
a. Birleşmeler 124
b. Devralmalar 125
c. Ortak Girişimler 126

III. REKABET HUKUKU UYGULAMALARINI DENETLEYEN DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KURUM OLARAK REKABET KURUMU 128

A. Rekabet Kurumu'nun Ortaya Çıkış Nedeni ile İdari Teşkilatlanma İçindeki Yeri ve Önemi 128

B. Rekabet Kurumu'nun Düzenleme, Denetleme ve Yaptırım Uygulama Yetkileri… 132

C. Rekabet Kurumu'nun Organları 139
1. Rekabet Kurulu 140
2. Başkanlık 143
3. Hizmet Birimleri 145

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KAMU TEŞEBBÜSLERİNDE HÂKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI

I. HÂKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI 149

II. HÂKİM DURUMUN KAMU TEŞEBBÜSLERİ TARAFINDAN KÖTÜYE KULLANILMASI 152

A. Kamu Teşebbüslerinin Hâkim Durumu Kötüye Kullanmaları Yoluyla Rekabeti Bozucu Davranışları 152

B. Kamu Teşebbüslerince Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Uygulamaları. 160
1. Zorunlu Unsur Olan Mal veya Hizmetin Verilmesinden Kaçınma 162
2. Mal veya Hizmeti Vermeyi Kesme 171
3. Fiyat Uygulamaları Üzerinden Kötüye Kullanma 175
4. İndirim Sistemleri 186
5. Girişleri Engellemek ve Rakipleri Zor Durumda Bırakma 189
6. Ayrımcılık 200

C. Kamu Teşebbüslerinin Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Uygulamalarında Rekabet Kurulu'nun Yaklaşımı 208

III. KAMU TEŞEBBÜSLERİNİN HÂKİM DURUMU KÖTÜYE KULLANMALARINA KARŞI BAŞVURULABİLECEK HUKUKSAL MEKANİZMALAR 213

A. İdari Mekanizmalar 213

B. Yargısal Mekanizmalar 223
1. İptal Davası 227
2. Tam Yargı Davası 233

SONUÇ 238

KAYNAKÇA 240

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
AET	Avrupa Ekonomik Topluluğu
AKÇT	Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu
AMK.	Anayasa Mahkemesi Kararı
AMKD.	Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
ASKİ	Ankara Su ve Kanalizasyon İdaresi
A.Ş.	Anonim Şirket
AT	Avrupa Topluluğu
ATAD	Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
AÜEHFD	Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBE	Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
BELKO	Ankara Kömür ve Asfalt İşletmeleri Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti
BİO	Bağımsız İdari Otoriteler
BİT	Belediye İktisadi teşebbüsü
Bkz.	Bakınız
BOTAŞ	Boru Hatları ile Petrol Taşıma Anonim Şirketi
C.	Cilt
ÇAYKUR	Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğü
ÇEAŞ	Çukurova Elektrik Türk Anonim Şirketi
D.	Daire
Dan.	Danıştay
DMK	Devlet Memurları Kanunu
DMO	Devlet Malzeme Ofisi
dn	dipnotu
E.	Esas
EGO	Ankara Elektrik ve Havagazı İşletme Müessesesi Genel Müdürlüğü
ETKB	Enerji ve Tabi Kaynaklar Bakanlığı
İbid.	Aynı yerde, aynı eserde
İDDGK	İdari Dava Daireleri Genel Kurulu

İDT	İktisadi Devlet Teşekkülleri
İETT	İstanbul Elektrik Tramvay ve Tünel İşletmeleri Genel Müdürlüğü
İHİD	İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
İSKİ	İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi
İÜSBE	İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
İYUK	İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	Karar
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
KİK	Kamu İktisadi Kuruluşları
KİT	Kamu İktisadi Teşebbüsleri
m.	madde
MB	Maliye Bakanlığı
MKEK	Makine Kimya Endüstrisi Kurumu
PTT	Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü
R.G.	Resmi Gazete
RK.	Rekabet Kurulu
RKHK	Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s.	sayfa
ss.	sayfa sayısı
S.	Sayı
S.K.	Sayılı Kanun
SPK	Sermaye Piyasası Kurulu
T.	Tarih
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCDD	Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları Genel Müdürlüğü
TDİ	Türkiye Denizcilik İşletmeleri
TDK	Türk Dil Kurumu
TEDAŞ	Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi
TEİAŞ	Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi
TFF	Türkiye Futbol Federasyonu
THY	Türk Hava Yolları Anonim Şirketi
TODAİE	Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü

TRT	Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu
TMSF	Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu
UYM	Uyuşmazlık Mahkemesi
Vd.	ve devamı
Y.	Yıl

GİRİŞ

İçinde bulunduğumuz dönemde Roma Germen hukuk sisteminden kaynaklanan kamu hukuku – özel hukuk ayrımı Kara Avrupası hukukunda gelişmiş olup, Anglo-Amerikan hukuku bu ayrımı benimsememiştir. Sözkonusu ayırım, Kara Avrupası hukukuna paralel olarak ülkemiz hukuk sistemince de kabul edilmiştir. Bu ayrıma göre kamu hukuku, devlet teşkilatını ve işleyişini, devletin kişiler ve diğer devletlerle olan ilişkileri düzenlerken, özel hukuk, kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyen kuralları içermektedir.

Günümüzde küreselleşen Dünya Kara Avrupası ve Anglo-Amerikan hukuk sistemi arasındaki farklılığı giderek azaltmaktadır. Ortaya çıkan yeni hukuk dalları, devletin müdahale alanlarını da farklılaştırmakta ve devletin etkinliğinde önemli bir değişim yaratmaktadır. Bazı hukuk dalları bu çerçevede hem kamu hukuku hem de özel hukuk özelliği taşımaktadır.

Rekabet hukuku bir özel hukuk alanı olmakla birlikte, çağın ihtiyaçlarını karşılama anlamında giderek kamu hukukuna yakınlaşmıştır. Bunun nedeni idare hukukunun incelediği alanlardan biri olan kamu hizmeti anlayışının değişimidir. Özellikle teknolojik ve sosyolojik gelişim ile değişen kamu ihtiyaçlarının devlet tarafından karşılanmasının zorlaşması, bu faaliyet alanlarının, serbest rekabete açık olan piyasalara dönüşmesine neden olmuştur. Klasik kamu hizmeti ile kamu yönetimi ilke ve esaslarının bahsettiğimiz kamu ihtiyaçlarının karşılanmasında kimi zaman zorlanması, kimi zaman ise işlemez hale gelmesi, devletin yeni yöntemler aramasına neden olmaktadır. Bu konuda rekabet kurallarının kamu hizmeti ilkeleri ile entegrasyonu, karma bir hizmet anlayışını ortaya çıkarmıştır.

Devletin hâkim durumda bulunduğu kamu hizmeti veya kamu hizmetinden çıkarılıp piyasalara dönüşen faaliyet alanlarını genellikle kamu teşebbüsleri eliyle yürüttüğünü görmekteyiz. Bu nedenden ötürü hâkim konumda bulunan kamu teşebbüslerinin, bu konumlarını kötüye kullanmasının önüne geçilmesinin önemi de giderek artmaktadır. Özel teşebbüs hakkını da korumakla yükümlü olan devletin, kamu teşebbüsleri ile hâkim durumu kötüye kullanmasının engellenmesi anlamında da gerekli

çabayı göstermesi gerekmektedir. Bu nedenle tezde, özellikle kamu yararı adına serbest rekabet ortamının mevcut olmadığı dönemlerde kurulmuş olan kamu teşebbüslerinin, faaliyet alanlarının serbest rekabete uygun piyasalara dönüşmesi nedeniyle hâkim durumdaki teşebbüsler haline gelmesi, inceleme altına alınmıştır. Ayrıca bu kamu teşebbüslerinin özel hukuk teşebbüsleri karşısındaki durumu da değerlendirmeye tabi tutulmuştur.

Tezin birinci bölümde, kamu hizmeti kavramı, kuruluş şekilleri ve ilkeleri, hizmeti sunan kamu teşebbüslerinin çeşitliği ve teşebbüslerin görevleri bakımından incelenmiş bulunmaktadır. Bunun yanı sıra, özellikle iktisadi kamu hizmetinin yürütülmesi bakımından öneme sahip olan ve düzenleyici – denetleyici fonksiyonları ile ön plana çıkan "*düzenleyici ve denetleyici kurumlar*"a, görev amacı ile görev ve yetkileri bakımından açıklık getirilmeye çalışılmıştır.

İkinci bölümde özellikle hâkim durum kavramının kökeni olan rekabet anlayışı ile rekabet hukuku kuralları tanımlanmış ve Avrupa Birliği sürecinde değişime uğrayan Türk mevzuatına bir bakış açısı getirilmeye çalışılmıştır. Ayrıca rekabet hukuku mevzuatı bakımından düzenleme, denetleme ve yaptırım uygulama fonksiyonlarına sahip olan Rekabet Kurumu incelenmiş olup, Kurum'un organları tanımlanmıştır.

Ana hedef bakımından öneme sahip olan iktisadi kamu hizmetlerinde hâkim durumun kötüye kullanılması yasağının incelenmesi adına, hâkim durumda bulunan teşebbüslerin faaliyetlerine üçüncü bölümde yer verilmiştir. Özellikle ilgili kamu teşebbüslerinin hâkim durumun kötüye kullanılması şekilleri tek tek incelenmiş olup, bu eylem ve işlemleri sonucu tabi tutulabilecekleri idari ve yargısal yollar tespit edilmiştir. Yargı kararları ışığında bu tespitin yapılması, somut olaylar üzerinden kamu teşebbüslerinin hangi işlem ve eylemlerinin, hâkim durumun kötüye kullanılması sayıldığını gösterecektir.

Bu çalışmada özellikle kamu hizmeti ile kamu teşebbüslerinin, rekabet hukukunun önemli ilkelerinden olan hâkim durumun kötüye kullanılması yasağı ile ilişkisi incelemeye alınmıştır. Ayrıca kamu hizmeti ilkeleri ile rekabet hukuku ilkelerinin her ne kadar birbiriyle çatıştığı belirtilse de, her iki alanın uyumlu olarak birlikte

çalışabileceğinin ispatlanması amaçlanmıştır. Bu nedenden ötürü, iktisadi kamu hizmeti ile rekabet hukukunun yollarının en çok kesiştiği konu olan hâkim durumun kötüye kullanılması yasağının incelenmesi ihtiyacı, tezin ana stratejisini oluşturmuştur.

BİRİNCİ BÖLÜM
İDARENİN İKTİSADİ FAALİYETLERİ

I. KAMU HİZMETİ

A. Kamu Hizmeti Kavramı ve Tarihsel Süreçte Gelişimi

1. Kamu Hizmeti Kavramı

Toplumun ortaya çıkan ortak ve genel gereksinimlerinin giderilmesi her çağın en temel özelliklerindendir. Çağdaş toplumda bu gereksinimler, ***kamu yararı*** adı altında toplanarak bütün hale gelmiştir. Devlet ise kamu yararını sağlama amacı ile ilgili alana "müdahale" eder ve bu ihtiyacın "tatmin" edilmesi anlamında **çalışmalarda** bulunur[1]. İşte bu çalışmalar, kamu yönetiminin uğraş alanı açısından çeşitlilik göstermektedir. Bu uğraş alanın belirlenmesinde yardımcı olan ve idare hukukunda en çok kullanılan kavramlardan biri de ***kamu hizmeti*** kavramıdır[2]. Ancak, idare hukukunda ve özellikle idari yargı alanında bu denli önem arz eden kavramın sadece tek bir tanımla ortaya konulamaması, bu konuda tartışmaları da beraberinde getirmektedir.

Kamu hizmeti kavramı ve kuramı hakkında tanımlama yapılmaya çalışılması kadar, kaynağı ve sınırlarının çizilmesi de aynı derecede önemlidir. Örneğin, taraflarından birinin idare olduğu uyuşmazlıkların idari yargı ya da adli yargı alanlarından hangisinin

---

[1] İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul, Ekim 2004, s.223. Kamu yararı kavramı, siyasal iktidarın bir faaliyet alanına müdahalesini de meşru hale getirmektedir. Bkz. Eser Us, **Hukuki Boyutuyla Evrensel Kamu Hizmeti**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, Nisan 2012, s.25.

[2] Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. 2, İstanbul 1966, s.13. Lütfi Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul 1982, s.201, Abdullah Şeref Gözübüyük / Turgut Tan, **İdare Hukuku, (Genel Esaslar)**, C. 1, Güncelleştirilmiş 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, Ağustos 2006, s.641. Hasan Nuri Yaşar, **İdare Hukuku**, İkinci Basım, DER Yayınları, İstanbul, 2014, s.154 vd. İsmet Giritli / Pertev Bilgen / Tayfun Akgüner / Kahraman Berk, **İdare Hukuku**, DER Yayınları, İstanbul, Haziran 2012, s.1047 vd. Ender Ethem Atay, **İdare Hukuku**, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s.572. Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, Beta Basım, İstanbul, Eylül 2010, s.71 vd. Metin Günday, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, İmaj Kitabevi, Ankara, Ekim 2011, s.330.

görev alanına girdiğinin en önemli kriterlerinden birisi, uyuşmazlık konusunun kamu hizmeti olup olmadığıdır[3].

Kamu hizmeti kavramına giriş yapmadan önce kamu ve hizmet kelimeleri hakkında bir inceleme yapılması gerekliliği kaçınılmazdır. Kavram, "Public Service" kelimesinden gelmektedir. Dilimize doğrudan çevrilme ile kamu hizmeti olarak anılan faaliyetlerden anlaşılan, kamunun tümüne sunulması amaçlanan hizmetlerdir. Çağdaş toplumda bir kariyer amacıyla kamu hizmetinde çalışanlar ise kamu görevlileri olarak adlandırılırlar. Aslında Fransız dilinde Latincede kölelik anlamına gelen "servitium" kelimesinden gelen "service"[4] kelimesi, günümüzde teşkilatlanma, örgütlenme veya benzeri statik anlamlar taşımaya başlamıştır.

Kamu kelimesi ise etimolojik köken bakımından "*kamağ*" kelimesinden gelmektedir. Kelime anlamı olarak tüm, bütün, hep, hepsi olarak kullanılmıştır[5]. Türk Dil Kurumu (TDK) Türk Dil Kurumu (TDK) sözlüğünde yer alan kamu kelimesi ayrıca isim anlamı olarak "*halk hizmeti gören devlet organlarının tümü*"nü ve ayrıca ikincil olarak ise "*bir ülkedeki halkın bütünü, halk, amme*" anlamını taşımaktadır[6]. İdare hukukunun da konusunu önemle oluşturan öğelerden biri olan kamu hizmeti, idare örgütünün yaptığı kamusal hizmeti ifade etmektedir[7]. Bu durumun bir nedeni, önceden de belirtildiği gibi kavramın teşkilat (kamu hizmeti teşkilatlanması) anlamını da kapsaması olup; başka bir nedeni de sadece idare hukukunun değil, genel olarak tüm kamu hukukunun en karmaşık

---

[3] Turan Yıldırım / Melikşah Yasin / Nur Kaman / H. Eyüp Özdemir / Gül Üstün / Özge Okay Tekinsoy, **İdare Hukuku**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2013, (*Bölüm: Kamu Hizmeti, Yazarı: Yasin*) s.477; Ali Ulusoy, **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, Ülke Kitapları, İstanbul, 2004, s.12.

[4] Süheyp Derbil, "*Kamu Hizmeti Nedir?*", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.7 Sayı:3, Ankara 1943, s.29.

[5] *Kamu - Kelime Etimolojisi*, (http://www.etimolojiturkce.com/kelime/kamu). (Erişim: 16.09.2015)

[6] *Kamu Kelimesi Anlamı*, **Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük**, (http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.54cf674a528956.50124421). (Erişim: 16.09.2015)

[7] Abdullah Dinçkol, **Hukuka Giriş (Hukukun Temel Kavramları)**, Gözden geçirilmiş 12. Baskı, DER Yayınları, İstanbul, Eylül 2016, s.167. "*Geçmişte ve bugün idare hukukunun özünü açıklayan kamu hizmeti kavramı, idari yargı mercilerinin görev kriterlerini saptayan, idari faaliyetlerin çevresinde oluşan ve idarenin yerine getirmekle sorumlu olduğu bir etkinlik olarak kabul edilmektedir.*" Giritli / Bilgen / Akgüner / Berk, s.1047.

ve muğlak kalmış olan kavramlarından biri olmuş olmasıdır[8]. Bu karmaşa aynı zamanda, kamu hizmeti teriminin idare hukukunun çeşitli konularını (özellikle kamu malları, sorumluluk sebepleri ve idari teşkilatlanma) düzenleyen mevzuatta, yargı kararlarında ve hatta doktrinde farklı ve değişik anlamlarda kullanılıyor olmasından kaynaklanmaktadır[9].

İngiliz hukuk sisteminde ise kamu hizmeti, "The Civil Service" olarak adlandırılmıştır. Bu kavram kamu çalışanları üzerinden yapılarak şu şekilde açıklanmıştır: "*Kraliyete hizmet eden, siyasi ve yargı içerisinde yer almayan ve kendilerine ödenecek maaşları seçimle gelen parlamento tarafından hazırlanan bütçe ile belirlenen sivil kimseler, kamu görevlileridir*"[10]. Bu tanımlamada siyasi olmayan bireyleri önemle vurgulamak gerekir. Kamu tüzel kişisi bünyesinde asli ve sürekli olarak çalışan tüm kamu görevlilerinin, özellikle siyasetin dışında tutulması amaçlanmıştır[11].

Kavram, kendisine çeşitli anayasalarda ve de 1982 Anayasası'nın çeşitli maddelerinde yer bulmasına rağmen yasal bir tanıma sahip değildir. Örneğin Anayasa'nın 70. maddesinde yer alan "*Her Türk kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir*" ifadesinde, kamu hizmetinin tanımı yapılmamakta, fakat kamu hizmetine girebilecek kişiler belirtilmektedir. Bununla beraber yargı içtihatlarında da bir tanım yapılmamıştır[12]. Aynı şekilde, Anayasa'nın 128. maddesinde bulunan "*Devletin kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişiliklerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür*" ifadesi ile de kamu hizmetini yürütmekle yükümlü olan gerçek ve tüzel kişilikler ve bunların faaliyet alanı belirtilmekte ancak kamu hizmeti kavramı tanımlanmamaktadır.

---

[8] Derbil, s.28.

[9] Aydın Gülan , "*Kamu Hizmeti Kavramı*", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.56 Sayı:1-4, İstanbul, 1998, s.147.

[10] Emmeline W. Cohen, **The Growth of the British Civil Service 1780 - 1939**, George Allen & Unwin Ltd, London, 1941, s.19.

[11] H. William Hade & Chistopher Forsyth, **Administrative Law**, 11. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2014, s.40.

[12] Günday, İdare Hukuku, s.330.

Anayasanın yanı sıra kanunlarda da kavramın değişik kullanımları kendisini göstermektedir. Örnek olarak, 775 sayılı Gecekondu Kanunu'nun 24. maddesinde "*... yol, kaldırım, kanalizasyon, su, elektrik gibi kamu hizmet ve tesisleri…*" belirtilirken, 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de Kamu İktisadi Kuruluşu "*kamu hizmeti niteliği ağır basan*" tüzel kişilik olarak tanımlanmaktadır[13]. 775 sayılı Gecekondu Kanunu'nda belirtilen faaliyet türü ağırlıklı önem konusu iken, 233 sayılı KHK'da belirtilen kamu hizmeti kavramı örgüt yani teşkilatlanmayı ifade etmektedir.

Mevzuatımızdaki kamu hizmeti ifadelerine de bakacak olursak, Anayasa ve kanunlarda belirtilen ve kamu gücünü kullanan idare tarafından yürütülen kamusal faaliyetler şeklinde bir tanımlama da yapılabilir[14]. Ancak kavramın tanımlanması açısından başka etkenler de göz ardı edilmemelidir.

Anayasa Mahkemesi, bazı kararlarında kavramın belirsizliğinden bahsederken,[15] tanımlama açısından etkili olan bir diğer kararında ise kamu hizmetini "(…) *devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarlarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir*"[16] şeklinde ifade etmektedir.

Anayasa Mahkemesi başka bir kararında da kamu hizmetinin sadece bilinen klasik kamu tüzel kişileri (merkezi idare veya mahalli idare) tarafından değil, fakat aynı zamanda kamu kuruluşları, kamusal-özel karma kuruluşlar ve hatta özel kuruluşlar aracılığıyla da yürütülebileceğini belirtmiştir. Kararda "(…) *kamu yararı ve kamu hizmeti*

---

[13] Turgut Tan, "*Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı*", **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 8, Ankara, 1991, s.334.

[14] Zehra Odyakmaz / Ümit Kaymak / İsmail Ercan, **İdare Hukuku**, Güncellenmiş 16. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, Mayıs 2015, s.155.

[15] Anayasa Mahkemesi Kararı, T.09.12.1994, R.G., T.24.01.1995, E.1994/43, K.1994/42, S.22181 (http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22181.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22181.pdf). (Erişim: 16.09.2015)

[16] Anayasa Mahkemesi Kararı, T.28.06.1995, R.G., T.20.03.1996, E.1994/71, K.1995/23, S.22586 (http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22586.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22586.pdf) (Erişim: 16.09.2015); Yıldırım / Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün / Tekinsoy, (*Bölüm: Kamu Hizmeti, Yazar: Yasin*) s.478.

kavramları yasalarla tanımlanan, sınırları çizilen ve kamuya büyük yetkiler veren kurumlardır. Konumuzla ilgili olarak Devletin ve kamu kuruluşlarının sahip olduğu bütün iktisadî kamu teşebbüsleri ve işletmeleri ile bunların sahip olduğu emlak, temelinde daha önceki siyasal tercihlere dayanarak Devletin üstlendiği kamu hizmeti ve görevlerinin yerine getirilmesi için yetkilerin kullanılması ile elde edilmiş ve bugüne kadar gelmiş mal varlıklarıdır. Bunların yeni siyasal tercihlerle kamu hizmeti alanından çıkarılmaları ve özel kişilere devri de, kuruluşlarında, gelişmelerinde, bugüne kadar gelmelerinde dayandıkları yasaların yeni yasalarla değiştirilmesi ile olabilir. Bu da konunun özel kanunlarla düzenlenmesini gerektirir" denilmektedir[17]. Bu açıdan Anayasa Mahkemesi'nin de, kamu hizmetlerinin yalnızca Devlet ve kamu tüzel kişilerince yürütülmesinin gerekli olmadığını belirttiğini görmekteyiz.

Kavramın tanımlanmasındaki güçlükler, Danıştay kararlarında da "*kamu hizmeti kavramının belirsizliği konusunda görüş birliği vardır*"[18] şeklinde ifade edilmiştir. Bunun bir nedeni de, dönemler içerisinde değişen hizmet türleri ve zamanla toplumda oluşan ihtiyaçların değişime uğramasıdır. Bu durum da, kaçınılmaz şekilde hizmet kavramının ve türlerinin sınırlarını çizmede zorluğa neden olarak, kavramı "sisler içerisinde" bırakmıştır[19]. Danıştay'a göre, "*kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinmeleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.*"[20]

---

[17] AMK., T.22.12.1994, R.G.T.28.01.1995, E.1994/70, K.1994/65-2, S.22185 (http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22185.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22185.pdf). (Erişim: 21.10.2015)

[18] Dan. 10.D., E. 1999/2407, K. 2002/347, K.T.06.02.2002.

[19] Sedat Çal, "*Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler*", **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan**, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2009, s.1830.

[20] "*… Bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi için yapılan idarî sözleşmeler, gerek hizmetin yürütülmesini sağlamak için hizmeti yapanlara kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanıması, gerekse idarenin, hizmetin düzenli ve istikrarlı biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip olması yönünden özel hukuk sözleşmelerinden ayrılmaktadır.*" Dan. 13.D., E.2008/5151, K.2008/6509, K.T. 26.09.2008 (http://www.emsalyargi.com/danistay.php?tpage=b26e91c5ae43cf2c&page=211689e36e0aff4f&karar=54cb4da3e030c54e&daire=5240e8045c0c772c&kyil=2008&kno1=950&kno2=8330). (Erişim: 21.10.2015)

1982 Anayasası'nın "Devleştirme ve Özelleştirme" başlıklı 47. maddesinin son fıkrası, kamu hizmetinin devlet tarafından gerçek ve tüzel özel hukuk kişileri tarafından gördürülmesi açısından aslında yukarıda bahsedilen Anayasa Mahkemesi kararlarının özünü oluşturmaktadır. Madde "*(...)Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabileceği veya devredilebileceği kanunla belirlenir*" demekle birlikte kamu hukuku kişileri dışında özel hukuk kişilerinin de kamu hizmeti yerine getirebileceğini belirtmektedir.

Kavramın tanımlanmasındaki güçlük ve farklılıklara rağmen, tanımın kesinlik kazanması gerektiği de açıktır[21]. İdare hukukunun yanı sıra diğer hukuk disiplinleri ve hatta bilim alanları açısından da önemi büyük olan bu kavramın tanımlanamaz olduğunu belirtmek ve kavramı irdelememek, özellikle idare hukuku bağlamında büyük bir noksanlığa yol açacaktır[22]. Bunun yanı sıra ölçüt kavram olarak kullanılan kamu hizmeti birçok kavramın tanımlanmasında da önemli bir yer taşımaktadır. İdari sözleşme, kamu malı, memur, kamulaştırma, idari yargının görev alanı gibi idare hukuku kavramları örnek olarak gösterilebilir[23].

Onar'a göre kamu hizmeti şu şekilde tanımlanmaktadır; "*Devlet veya diğer amme hükmi şahısları tarafından kamu tüzel kişileri veya bunların nezaret ve murakabaları, kontrolleri altında umum, ve kollektif ihtiyaçları karşılamak ve tatmin etmek, amme menfaatini sağlamak için icra edilen ve umuma arz edilmiş bulunan devamlı ve muntazam faaliyetlere amme (kamu) hizmeti denilmektedir*"[24]. Duran kamu hizmetini, "*Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin, toplumun, halkın, umumun ya da toplulukların genel ortak ihtiyaçlarını gereği gibi karşılamak amacıyla ele alıp doğrudan doğruya ifa ettiği ya da buyruğu ve sorumluluğu altında başkalarına yaptırdığı türlü faaliyetler*"[25] olarak ortaya

[21] Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, C. 2, Ekin Yayınevi, Bursa, 2009, s.252.

[22] İbid., s.252.

[23] Ulusoy, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.11.

[24] Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 2, s.13.

[25] Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s.307; Turan Yıldırım, **Türk İhracat Rejimi ve İlgili Mevzuat**, Kazancı yayını, İstanbul, 1991, s.108.

koymaktadır. Giritli, Bilgen, Akgüner, Berk ise kamu hizmetini "*giderilmesinde kamu yararı bulunan bir toplumsal gereksinmeyi karşılamak amacıyla, kamu tüzel kişileri ya da onların gözetim ve denetimi altında özel girişim tarafından, özel bir hukuksal düzen içinde yürütülen etkinliklerdir*"[26] şeklinde ifade etmektedirler[27].

Tüm bu tanımlama ve açıklamalar ışığında bir kamu hizmeti tanımlamasının yapılması kaçınılmaz hale gelmektedir. Öğretide ve yargıda mevcut tanımlar çerçevesinde, "*Bir kamu faaliyetinin, **kamu tüzel kişisi veya onun denetimi altında özel hukuk tüzel kişisi tarafından yürütülmesi** (organik unsur) ve **faaliyetin yerine getirilmesinde kamu yararının bulunması** (maddi unsur)*[28]" o faaliyetin **kamu hizmeti** olduğunu gösterir.

Bu doğrultuda kamu hizmeti, kamu tüzel kişileri veya kamu tüzel kişilerinin denetim ve gözetimi altında özel hukuk kişileri tarafından yerine getirilen ve giderilmesinde kamu yararı bulunduğu siyasal organlar tarafından kabul edilen, toplumun genel ve ortak ihtiyaçlarının karşılanmasına yönelik etkinlikler olarak tanımlanabilecektir[29].

Öğretide yapılan tanımlamalarda genellikle **organik anlamda kamu hizmeti** ve **maddi anlamda kamu hizmeti** unsurları ön plana çıkmaktadır[30]. Ayrıca bu unsurlara ikincil bir nitelik taşıyan[31] **şekli (biçimsel) anlamda kamu hizmeti**[32] unsurunu da

---

[26] Giritli / Bilgen / Akgüner / Berk, s.1048.

[27] Gülan'a göre kamu hizmeti, "*toplum için önem kazanmış olan ortak ve genel bir ihtiyacın tatminine yönelik olarak kamu tüzel kişileri veya onların denetimi altında özel kişilerce yürütülen bir faaliyettir*." Gülan, s.148.

[28] Yıldırım / Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün / Tekinsoy, (*Bölüm: Kamu Hizmeti, Yazar: Yasin*) s.477.

[29] İbid., s.478

[30] İbid., s.477.

[31] Yaşar, İdare Hukuku, s.156.

[32] Şekli açıdan kamu hizmeti ile yürütülen bir kamu hizmetinin, belli bir usule ve belli bir hukuki rejime tabi olduğu belirtilmektedir. Bu usul ve rejim ise kamusal yöntemle belirlenmelidir. Şekli ölçüt, organik ve maddi ölçütlerin işe yaramadığı özel hukuk faaliyetlerinin nitelendirilmesinde kullanılmakta olduğundan ikincil niteliktedir. Bkz. Yaşar, İdare Hukuku, s.156; Günday, İdare Hukuku, s.330; Abdullah Uz, **Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesi ve Devri Bakımından Anayasal Sınırlar**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s.9.

ekleyebiliriz. Şekli anlamda kamu hizmeti unsuru, idare hukukunun konusuna da ilgilendiren zorunlu koşullar arasında bulunduğundan ölçüt niteliği hakkında da ayrıca kuşkular bulunmaktadır[33].

Kamu hizmeti kavramına yapılmış olan tanımlamalara ilave olarak Ulusoy, "*modern idare hukuku*" kapsamında bir kamu hizmeti tanımı yapılabileceğini belirtmekte ve "*Kamu yararı içermesi ve özel faaliyet olarak gereği gibi sunulmasının mümkün olmaması nedeniyle, yasama organı tarafından özel faaliyetler için söz konusu olamayacak bir ayrıcalıklar ve yükümlülükler rejimine (spesifik hukuksal rejim) tabi tutulan ve sorumluluğu ile denetimi son tahlilde bir kamu otoritesi tarafından üstlenilen faaliyet, kamu hizmetidir.*"[34] şeklinde bir tanım da getirmektedir.

2. Kamu Hizmetinin Tarihsel Süreçte Gelişimi

Tarihi dönemleri incelediğimizde, devletin faaliyetlerinin özellikle güvenlik alanında yoğunlaştığını görmekteyiz. Yani devlet öncelikle toplumun sağlığının, dirliğinin ve esenliğinin sağlanması amacıyla, idari kolluk faaliyetini kullanmaktadır. Bu sayede ise toplumdaki kamu düzenini kurup bunun devamlığını istemektedir[35].

Fransız ihtilaline kadar süren bu anlayış, liberal devlet anlayışının gelişmesiyle beraber değişmeye başlamış ve süreçte ortaya çıkan fikirlerden biri de devletin ajanları (memurları) aracılığıyla, ülke içerisinde yaşayanlara hizmet ulaştırma fikri olmuştur[36].

19. Yüzyılda ortaya çıkmış olan kamu hizmeti kavramı, Fransızcadan tercüme olunarak dilimizde bugünkü anlamı ve işlevi ile yer almıştır. Bunun yanı sıra, sadece kavram olmaktan çıkıp, Fransa'da toplum tarafından bu etkinlikleri yerine getiren kamu kurum ve kuruluşlarını tanımlamak için de kullanılmaya başlanmıştır[37].

---

[33] Yaşar, İdare Hukuku, s.156.

[34] Ulusoy, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.13.

[35] Yayla, İdare Hukuku, s.65.

[36] İbid., s.66.

[37] İbid., s.66.

Kamu hizmeti kavramı, "*Bordeaux Öğretisi*" olarak da bilinen "*Kamu Hizmeti Okulu*", ünlü hukukçular olan Leon Duguit ve Gaston Jéze tarafından ortaya konulmuştur. Bu görüşe göre, Devlet, toplumun ortak gereksinimlerini karşılamak için faaliyetler yürütmekle yükümlüdür ve bu faaliyetler amacından ve konusundan ötürü kamu hizmeti niteliği taşımaktadır[38]. Başka bir ifadeyle "*devletin varlık sebebi, toplumun iyiliğine çalışmak, kamu için lüzumlu ve faydalı olan teşebbüslere girişmek ve bu teşebbüsleri gerçekleştirecek teşkilatı kurmak ve faaliyetleri yerine getirmektir. Devlet, bu görüşe göre kamu hizmetleri teşkilatının bütünüdür*"[39]. Kavram bu yönü ile hem idarenin ve onun örgütlenmesi ve faaliyetlerini kurallara tâbi kılan İdare Hukukunun varlık sebebini, hem de özünü, konusunu ve kapsamını belirler[40].

Kamu hizmeti okulunun önemli temsilcisi olan Duguit'e göre "*karşılıklı toplumsal dayanışmanın gerçekleşmesi ve gelişmesi için kamu hizmeti faaliyetlerinin yönetenlerce (idare tarafından) sağlanması, düzenlenmesi ve denetlenmesi gerekmektedir*"[41]. İdarenin yani devletin bu yükümlülüğü, aslında idare hukukunun temelinde bulunan kamu hizmetinin amacını da bir kez daha ortaya koymaktadır.

Duguit'in yaptığı bu tanımlamada eksiklik olduğunu ilk belirten kişi, kendisi gibi Bordeaux öğretisine katkıda bulunan Jéze olmuştur[42]. Tanımda, faaliyetin toplumsal hayatta mutlaka gerekli olup olmamasına ve bu faaliyetin özel hukuk kişileri tarafından gereği gibi yerine getirilip getirilmediğine kimin tarafından karar verileceği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır[43]. Jéze tanımdaki bu eksikliği "*toplumsal yaşam için*

[38] Gözübüyük / Tan, s.642.

[39] Hamza Eroğlu, **İdare Hukuku, Genel Esasları İdari Teşkilat ve İdarenin Denetlenmesi**, 5. Bası, Ankara, 1985, s.16.

[40] Atay, İdare Hukuku, s.569.

[41] Onur Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s.35.

[42] Ulusoy, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.12.

[43] İbid., s.12.

vazgeçilmez olduğuna ve özel girişimce gereği gibi yürütülemeyeceğine yöneticiler tarafından karar verilen faaliyet" olarak yeni bir unsur getirerek, tanımı güçlendirmiştir[44].

İdarenin yaptığı işlem ve eylemler sonucu ortaya çıkan faaliyetler, bu görüşlere göre idare hukukunun konusunu oluşturmaktadır. Bu nedenle de kavram niteliği açısından kamu hizmeti kavramı, idare hukuku alanında **ölçüt kavram** niteliğini halen korumaktadır.

Kamu hizmeti, öncelikle idare hukukunun ve idari yargının gelişmesi ile ölçüt kavram haline gelmekteydi. İdarenin işlem ve eylemlerinin yargılanması hususunda idari yargı alanının ortaya çıkması ve bununla birlikte kamu hizmeti yerine getiren devletin sorumluluğunun artması da gündeme gelmekteydi. Fransız Hukukunda idari yargının gelişmesine binaen, Fransız Devlet Şûrası (Conceil d'Etat: C.E.) Cumhuriyet ilkelerine sahip çıkarak, idari yargının görev alanını geliştirme ve genişletme eğilimi içindeydi. Bu durumda idari yargı hâkiminin görev alanını belirleyecek yeni ölçüt ortaya çıkmaktaydı. Bu yeni ölçüt ise kamu hizmeti idi[45].

Kamu hizmetinin idari yargı alanında ölçüt olmasını sağlayan en önemli olay, Fransız uyuşmazlık mahkemesinin "Blanco Kararı"dır. Bu karar hem Fransa'daki adli yargı-idari yargı ayrımındaki yargısal temeli oluşturmakta[46] hem de kamu hizmetini kavramını belirterek[47] idarenin sorumluluk konusunu ortaya koymaktadır. Karara konu olayda, bir kız çocuğu, tütün işleyen kamuya ait bir fabrikanın vagoneti ve yük taşıyan küçük raylı aracının çarpmasıyla yaralanmıştır. Kızın babası, özel hukuka göre, fabrika işçilerinin kusurlarından dolayı onları çalıştıran Devlet aleyhine, özel hukuk mahkemesinde (adliyede) dava açmış ve tazminat talep etmiştir. Sonuçta uyuşmazlık mahkemesine giden davada, mahkeme şu karara varmıştır: *Devletin, kamu hizmetini yürütürken çalıştırdığı kişilerin fiilleriyle kişilere verdiği zararlardan ötürü doğan sorumluluğu, Medeni Kanunun özel kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyen ilkeleri ile*

[44] Ulusoy, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.13.

[45] Yayla, İdare Hukuku, s.67.

[46] Gözübüyük / Tan, s.5.

[47] Yayla, İdare Hukuku, s.68.

çözümlenemez. Bu sorumluluğun, yürütülen hizmetin ve devletin haklarıyla kişi haklarını bağdaştırma gerekliliklerileriyle değişkenlik gösteren kendine özgü kuralları vardır. Bu nedenle davada idari yargı görevlidir[48]. Bu karar kamu hizmeti düşüncesi açısından öncü nitelik taşımıştır.

Öte yandan, gelişen yeni hukuk düzeni ve ortaya çıkan yeni kamu ihtiyaçları, hizmet türlerinin değişmesine ya da gelişerek artmasına neden olmaktaydı. Bunun bir gerekçesi de Birinci Dünya Savaşı sonrasında ortaya çıkan sosyal ve ekonomik durumdur. Birinci Dünya Savaşı'nın sonrasında özellikle Kıta Avrupası ülkeleri ve Fransa'da yaşanan sosyal ve ekonomik olaylar sonucu devletin ekonomik, ticari ve sosyal alanlarda faaliyette bulunma zorunluluğu ortaya çıkmıştır[49]. Bu dönemde devlet yeni hizmet türlerini üstlenerek, bilinen klasik kamu hizmetlerinin dışına çıkmaya başlamıştır. İşte ekonomik alanda ortaya çıkan bu yeni hizmet türleri "*endüstriyel ve ticari kamu hizmetleri*" olarak adlandırılmıştır[50]. İdari kamu hizmetleri sınıfına giren eğitim, sağlık vb. kamu hizmetleri yanı sıra ortaya çıkan bu yeni kamu hizmeti sınıflarına sadece idare hukukuna has bir hukuk rejimi uygulamanın zorluğu da kendini göstermekteydi. Bu nedenle, günümüzde de etkili olan özel hukukun ve idare hukukunun karma sistemi endüstriyel ve ticari kamu hizmetlerine uygulanmaktadır[51].

Endüstriyel ve ticari kamu hizmeti diğer bir adıyla iktisadi anlamda kamu hizmeti devlet tarafından üstlenilen ya da devletin denetimi ve gözetimi altında özel hukuk kişilerince karşılanan iktisadi değere sahip olan ihtiyaçlardır[52]. Bu ihtiyaçların devletin müdahalesi sonucu karşılanmasının bir nedeni de piyasa mekanizmasının ihtiyaçların karşılanmasında yetersiz kalmasıdır[53]. Bu bağlamda özel sektör tarafından üretilebilecek mal ve hizmetler, devlet tarafından üretilmektedir.

---

[48] İbid., s.68.

[49] Atay, İdare Hukuku, s.570.

[50] Gözübüyük / Tan, s.650.

[51] İbid., s.650.

[52] Karahanoğulları, s.11.

[53] Us, s.5.

İktisadi anlayışa göre fiyatlandırılabilecek ve satılabilecek nitelikteki bu malların devlet tarafından üretilmesinin gerekçesi olarak kullanılan kamu yararı kavramının açık ve tutarlı ölçütlere dayanmaması nedeniyle siyasi bir tercih olduğu da ifade edilmiştir[54]. Diğer bir deyişle, kamu hizmeti ve kamu yararı kavramının tam olarak açıklanmaması da siyasi bir neden olarak belirtilmiştir. Bu gerekçe ile iktisadi yaklaşım, kamu hizmetini devletin daralan faaliyet alanı içerisinde değerlendirmektedir[55].

B. Konusuna Göre Kamu Hizmetinin Çeşitleri

1. İdari Kamu Hizmetleri

İdari kamu hizmetleri, Devletin öteden beri yürüttüğü gelenekselleşmiş kamu hizmetleri olarak ifade edilebilmektedir[56]. Devlet tarafından eskiden beri yürütülen bu kamu hizmetleri genellikle, eğitim, sağlık, bayındırlık ile tapu kadastro ve nüfus işleri gibi alanlarda olup, doğrudan idare hukuku usul ve ilkeleri çerçevesinde kamu hukuku rejimine tabidirler[57]. Dolayısıyla idari kamu hizmetlerine Devletin esaslı işlevleri de denilebilmektedir[58].

Esas olarak hizmet esnasında görevli olan personelin niteliği kamu personeli, kullanılacak malların niteliği ise kamu malı olmalıdır. Ayrıca Devletin bu faaliyetlerini yürütmek için yapmış olduğu işlem ve eylemlerinden doğan uyuşmazlıklarda idari yargı yoluna gidilmesi gerekmektedir[59].

Her ne kadar idari kamu hizmetlerinin Devletin kamu hukuku ilkelerine göre yürüttüğü faaliyetler olduğunu belirtsek de, kimi zaman bu hizmetlerin idare tarafından

---

[54] Özhan Uluatam, **Kamu Maliyesi**, İmaj Kitabevi, Ankara, Kasım 2001, s.17.

[55] Cem Çağatay Orak, **Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim**, Dayınlarlı Yayıncılık, Ankara, 2006, s.12.

[56] Yıldırım / Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün / Tekinsoy, (*Bölüm: Kamu Hizmeti, Yazar: Yasin*) s.496.

[57] Yaşar, İdare Hukuku, s.173.

[58] Karahanoğulları, s.21. Bu hizmetlerin geniş bir kısmında, örneğin sağlık hizmetinde meydana gelebilecek bir aksamanın hakkın ihlali anlamına gelmesinin yanısıra telafisi imkansız zararlara da neden olabileceği açıktır. Hüseyin Melih Çakır, **Sağlık Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişileri Tarafından Yürütülmesi,** XII Levha yayını, İstanbul, 2015, s.53.

[59] Günday, İdare Hukuku, s.338.

özel hukuk kuralları ile ya da yine idare tarafından özel kişilere gördürüldüğünün örnekleri de bulunmaktadır. Örneğin eğitim kamu hizmetini yürütmek ile görevli olan Devletin, ayrıca Milli Eğitim Bakanlığı'nın denetimi altında özel eğitim kurumları ile de bu hizmeti sunması söz konusudur[60].

Öte yandan, günümüz idare hukukunda kamu hizmetlerinin karşılığı olarak, yararlananlardan, kullanım oranlarına ve ödeme güçlerine göre bir ücret alınabileceği de kabul edilmektedir. Aslında bu uygulama da, eşitlik esasının bir gereğidir. Çünkü belli bir kamu hizmetinden, örneğin yükseköğretim faaliyetinden dolayı bir ücret alınmak suretiyle, o hizmetten fiilen ve doğrudan doğruya yararlananlarla yararlanmayanlar arasındaki eşitsizlik giderilir. Bu şekli ile de kamu hizmetlerinden hiçbir zaman para alınmaz diye bağlayıcı ve genel bir kural yoktur denilebilir[61]. Bu bağlamda, sosyal devlet ilkesinin bir gereği olan kamu hizmetleri, iktisadi devlet uygulaması içinde, daraltılabilme ve rakipsiz "*Devlet Özel İşletmeleri*" haline getirilebilme olgusuyla karşı karşıya kalmaktadır[62].

---

[60] 14/2/2007 tarih ve 26434 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 08.02.2007 tarih ve 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun "Amaç ve kapsam" başlıklı 1. maddesine göre, eğitim hizmetinin özel tüzel kişilerce özel hukuk kurallarına göre yürütülebileceği belirtilmiştir. Bkz. "*Bu Kanunun amacı, Türkiye Cumhuriyeti uyruklu gerçek kişiler, özel hukuk tüzel kişileri veya özel hukuk hükümlerine göre yönetilen tüzel kişiler tarafından açılacak özel öğretim kurumlarına kurum açma izni verilmesi, kurumun nakli, devri, personel çalıştırılması, kurumlara yapılacak malî destek ve bu kurumların eğitim-öğretim, yönetim, denetim ve gözetimi ile yabancılar tarafından açılmış bulunan özel öğretim kurumlarının; eğitim-öğretim, yönetim, denetim, gözetim ve personel çalıştırılmasına ilişkin usûl ve esasları düzenlemektir.*

Bu Kanun, Türkiye Cumhuriyeti uyruklu gerçek kişiler, özel hukuk tüzel kişileri veya özel hukuk hükümlerine göre yönetilen tüzel kişilerce açılan özel öğretim kurumları ile yabancılar tarafından açılmış bulunan özel öğretim kurumlarını kapsar."

[61] Yıldızhan Yayla, "*Sosyal Devletten İktisadi Devlete (veya Kamu Hizmetinin Sonu) Anayasa Mahkemesinin 18.2.1985 Gün ve 1985/4 Sayılı Kararı*", **Hukuk Araştırmaları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını**, C.1, S.1, İstanbul, Ocak-Nisan 1986, s.36.

[62] İbid., s.37.

2. İktisadi Kamu Hizmetleri

19. yüzyılın ikinci yarısında beliren Devletin ekonomik hayata müdahalesi, toplumun kimi ihtiyaçlarının karşılanabilmesi için ortaya çıkmıştır[63]. Özellikle ulaşım, tarım, enerji ve telekomünikasyon gibi ticari ve endüstriyel alanlarda özel sektörün mali güçlükler nedeniyle zayıf kalması, Devletin bu faaliyet alanlarına müdahalesini zorunlu kılmıştır[64]. Diğer bir deyişle, Devletin esas olarak iktisadi kamu ihtiyaçlarının özel hukuk kişileri tarafından karşılanması için serbestlik tanıması söz konusu iken, bu ihtiyaçların karşılanmasında çekilen güçlükler nedeniyle hizmetlerin işlemez hale gelmesi durumunda Devletin müdahale gereksinimi duyması onun sorumluluğu içerisinde yer almaktadır.

Çoğunlukla iktisadi teşebbüsleri aracılığı ile iktisadi kamu hizmetlerini yürüten Devlet, serbest piyasa ekonomisine uyum sağlama anlamında özel hukuk kurallarına tabi olarak faaliyetlerini gerçekleştirmektedir[65]. Kamu iktisadi teşebbüsleri bakımından her ne kadar özel hukuk kurallarına tabi faaliyet gösterilse de, bu tip teşebbüslerin özel hukuk teşebbüslerinden farklılıklarının bulunması kaçınılmazdır. Kanun veya kanunun açıkça verdiği yetki ile kurulma, kamu malı ve kamu personeli ile faaliyetin yürütülmesi gibi kamu tüzel kişilerine haiz özelliklere sahip olmanın yanı sıra, özel hukuk tüzel kişileri gibi kâr elde etme amacı yerine kamusal ihtiyaçların giderilmesini amaçlamaları, kamu iktisadi teşebbüslerinin, özel hukuk tüzel kişilerinden belli başlı farklarını ortaya koymaktadır[66]. Her ne kadar faaliyetleri yürüten personel bakımından hepsinin kamu görevlisi olduğunu söylemek doğru olmasa da, kamu iktisadi teşebbüsü olarak nitelendirilen yapıların idare organları açısından müdür ve sayman pozisyonunda görev yapan kişilerin kamu görevlisi olması zorunludur[67]. Özellikle ilgili teşebbüsün idaresi ile

---

[63] Bahtiyar Akyılmaz / Murat Sezginer / Cemil Kaya, **Türk İdare Hukuku**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 6. Bası, Seçkin Yayıncılık A.Ş., Ankara, 2015, s.598.

[64] Yasin, Yıldırım / Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün / Tekinsoy, (*Bölüm: Kamu Hizmeti, Yazar: Yasin*) s.496; Yaşar, İdare Hukuku, s.175; Günday, İdare Hukuku, s.339; Gözler, İdare Hukuku, C. 2, s.270; Atay, İdare Hukuku, s.592.

[65] Günday, İdare Hukuku, s.339.

[66] Erdoğan Bülbül, **Kamu İştirakleri**, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2004, s.79.vd.

[67] Gözler, İdare Hukuku, C. 2, s.291.

ilgili olan bu kişilerin kamu hukukuna tabi görev ve yetkiler ile donatılması sonucu yine kamu hukukuna ait sorumluluklara tabi olmasında ayrıca yarar vardır[68].

Özel hukuk tüzel kişilerinden farklı bir şekilde kamusal niteliğe sahip olan kamu iktisadi teşebbüsleri hakkında ayrıca kamu hukuku kurallarının uygulanacağı da açıktır. Bu nedenle kendileri ile ilgili olarak karma bir hukuk sistemi uygulanması gereği ortaya çıkmıştır[69]. Örneğin, kamu hizmetlerine egemen olan süreklilik, düzenlilik, değişkenlik, nesnellik ve eşitlik ilkeleri iktisadi kamu hizmetleri için de geçerli olduğu gibi, bu hizmetlere ilişkin kamulaştırma yapma, ceza kesme, idari sözleşme yapma gibi kamusal yetki ve usullere de sahip olması söz konusudur[70].

3. Sosyal Kamu Hizmetleri

Bireylerin toplumdaki yaşamlarını, insan onuruna yakışan bir şekilde sürdürebilmelerini sağlamak amacı ile Devlet tarafından yürütülen çeşitli faaliyetler sosyal kamu hizmeti olarak adlandırılmaktadır[71]. Devletin sosyal amaçlarla sunmuş olduğu kamu hizmetleri, sosyal ve ekonomik haklar ile sosyal adaletin gerçekleştirilmesi suretiyle, temelde insan onuruna yaraşır hayat standartlarını temin etmeye hizmet etmiştir[72]. 2. Dünya Savaşı'ndan sonra ortaya çıkan bu hizmet türüne göre idarenin, emeklilik, fakirlere yardım, çalışma düzeninin korunması, evlilik desteği, çocuk yardımları, öğrenci bursları, özellikle kamu görevlilerine sağlanan lojman ve çalışanlar ile

[68] 18.06.1984 tarih ve 18435 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin "Teşebbüs Genel Müdürlüğü" başlıklı 11. maddesi, ilgili teşebbüslerin genel müdürlüğünü yürüten kişileri tanımlamış ve "Teşebbüs Genel Müdürünün görev ve yetkileri" başlıklı 13. maddesi ile Genel Müdürün, teşebbüsün, sermayesi ile diğer mali kaynaklarının verimlilik ve kârlılık ilkelerine uygun bir şekilde kamu hukuku kuralları kapsamında yönetilmesinden görevli ve sorumlu olacağı belirtilmiştir.

[69] Turgut Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, Turhan Kitabevi, Ankara, Şubat 2010, s.174.

[70] Günday, İdare Hukuku, s.339.

[71] Yaşar, İdare Hukuku, s.174.

[72] Tarık Gümüş, **Sosyal devlet Anlayışının Gelişimi ve Dönüşümü**, XII Levha yayını, İstanbul, 2010, s.281.

ilgili zorunlu sağlık sigortası yapılması gibi faaliyetleri, sosyal devlet ilkesi gereğince yerine getirmesi zorunluluğu bulunmaktadır[73].

1982 Anayasası'nın 5. maddesinde Devletin temel amaç ve görevleri şöyle belirtilmektedir: "*Devletin temel amaç ve görevleri, Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır*". Bu kapsamda Devletin sosyal hukuk devleti ilkesi gereğince yerine getirdiği kamu hizmeti özellikle sosyal kamu kurumları eliyle gerçekleştirilmektedir. Örneğin çalışanların sağlığı ile çalışma hayatının sonrası dönem bakımından güvence sağlama adına hizmet veren Sosyal Güvenlik Kurumu, "*değişen sosyal güvenlik ihtiyaç ve risklerine karşı toplumu güvence altına alarak güvenilir, kaliteli ve yenilikçi bir anlayışla sürdürülebilir sosyal güvenlik hizmeti sunma*" faaliyetini kendisine misyon olarak tanımlamıştır[74]. Ayrıca 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun "Kurumun amacı ve görevleri" başlıklı 3. maddesine göre, Kurumun temel amacının; "*sosyal sigortacılık ilkelerine dayalı, etkin, adil, kolay erişilebilir, aktüeryal ve malî açıdan sürdürülebilir, çağdaş standartlarda sosyal güvenlik sistemini yürütmek*" olduğu belirtilmiştir[75].

Sosyal kamu hizmetleri, kamu yararının belirginliği açısından karlılık ve verimlilik kaygısının rol oynamaması gereken hizmetlerdendir. Hatta bu hizmetler çoğu kez, örneğin sosyal güvenlikte olduğu gibi, ilgililer için katılma zorunluluğu da öngörmektedir[76]. Doğal olarak bu kapsamda sınırları ve katılan sayısı sürekli biçimde genişleyen devletin sorumlulukları, kamu hizmetlerinin devasa boyutlara ulaşmasına neden olmuştur. Kamu hizmetlerinin çok büyük boyutlara ulaşması ve doğrudan devlet

---

[73] Yasin, Yıldırım / Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün / Tekinsoy, (*Bölüm: Kamu Hizmeti, Yazar: Yasin*) s.497; Yaşar, İdare Hukuku, s.174; Günday, İdare Hukuku, s.339; Gümüş, s.281.

[74] (http://www.sgk.gov.tr). (Erişim: 21.10.2015)

[75] 20.05.2006 tarih ve 26173 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5502 sayılı 16.05.2006 tarihli Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun "Kurumun amacı ve görevleri" başlıklı 3. maddesi.

[76] Günday, İdare Hukuku, s.340.

tarafından sağlanması, sosyal harcamaları artırmanın yanısıra devletin ekonomideki rolünün hızla genişlemesine ve buna bağlı olarak ekstra maliyetlere yol açan bürokrasinin büyümesine de neden olmuştur[77].

4. Bilimsel-Teknik-Kültürel Kamu Hizmetleri

Günümüz toplumunda çağdaşlaşma sürecinde karşımıza çıkan ve daha çok özel kesim tarafından yürütülen kimi faaliyetlere Devletin de müdahil olduğu görülmektedir. Devletin bilimsel ve teknik araştırmaların yanı sıra, müzik, resim, tiyatro, bale, sinema gibi sanat ve kültür alanları ile ilgili faaliyetleri sonucu ortaya çıkan kamu hizmeti türüne bilimsel-teknik-kültürel kamu hizmeti denilmektedir[78]. Özel kesimin bu faaliyetler bakımından yetersiz kalması, toplumun bilim, kültür ve sanatın gelişmesi anlamında Devletin sorumluluğu artırmış ve özellikle son dönemlerde ortaya çıkan bu ihtiyacın karşılanması bilincini Devlet'e vermiştir[79].

Toplum yaşamında giderek önemi artan kültürel faaliyetlerin bir ihtiyaca dönüşmesi sonucu devlet ve şehir tiyatrolarının kurulması, kültürel hizmetinin güçlenmesine yardımcı olmuştur[80]. Belirli bir bedel karşılığında sunulan bu hizmet türünde esas amacın tiyatro ve bale sanatının gelişmesinin yanısıra bu alanlarda sanatçı yetiştirme bakımından kamu yararı olduğu söylenebilir.

Devletin genellikle özerk kuruluşlar eliyle yürüttüğü bu kamu hizmetinde, özel ve teknik bilgi gerekmesinden ötürü, serbest hareket alanı ve geniş maddi olanak sağlanması hizmetin işlerliği adına önem taşımaktadır[81].

---

[77] Gümüş, s.281-282.

[78] Günday, İdare Hukuku, s.340.

[79] Yasin, Yıldırım / Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün / Tekinsoy, (*Bölüm: Kamu Hizmeti, Yazar: Yasin*) s.497; Yaşar, İdare Hukuku, s.174; Günday, İdare Hukuku, s.339.

[80] 16.06.1949 tarih ve 7234 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 10.06.1949 tarih ve 5441 sayılı Devlet Tiyatrosu Kuruluşu Hakkında Kanun.

[81] Günday, İdare Hukuku, s.340.

C. Modern Kamu Hizmeti Teorileri

1. Virtüel Kamu Hizmeti

Günümüz toplumunda, organik veya uzvi açıdan kamu hizmetinin mutlak olarak klasik idare kuruluşları tarafından görülmesi, zorunlu koşul olarak aranmamaktadır[82]. İlk olarak Fransız Danıştay'ının içtihatlarına dayalı olarak ortaya çıkan ve gelişen "*virtüel (olası veya sanal) kamu hizmeti*" kuramına göre, özel girişimciler tarafından gerçekleştirilen kimi faaliyetlerin, teknik ve dar (organik) anlamda kamu hizmeti olmaması ile birlikte, bunların üzerinde idarenin yoğun denetiminin bulunduğu ve bu denetimin kolluk ötesinde bir denetim olduğu belirtilmektedir[83].

Kanunkoyucu ya da idarenin kendisi tarafından kamu hizmeti olarak nitelendirilmemiş olan bir faaliyet, idari yargı tarafından kamu hizmeti olarak tanımlanmış olabilir. İdari yargının böylesine bir nitelendirmede bulunması, faaliyetin ortak yargı düzeninden, idari yargı düzene aktarılması ve böylece kendi yargı alanını genişletilmesine neden olacaktır. Böylece kamu hukuku kurallarına tabi olacak bu faaliyetin hukuki rejimini değiştirmek ile kamu hizmetlerinin kurulmasına idari yargı da katılmış olacaktır[84].

Virtüel kamu hizmeti kavramı, ilk olarak Fransız idari yargısınca ortaya konulmuş olup, doktrinde "sanal" veya "olası" kamu hizmeti olarak nitelendirilir[85]. İkinci Dünya Savaşı ile yıpranmış olan Fransa'da, yenilenme çabaları ile birlikte toplumun yeni ihtiyaçlarına karşılamak amacıyla kamu hizmetlerinin özel kişilerce görülme biçimi olarak ortaya "kamu hizmeti olmaya yakın hizmet" kavramı çıkmıştır[86]. Fransız

---

[82] Onar, s.33.

[83] Turgut Tan, "*Kamu Hizmeti İmtiyazından "Yap-İşlet-Devret" Modeline*", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 47 S: 3-4, Ankara, Haziran – Aralık 1992, s.309.

[84] Karahanoğulları, s.327.

[85] Gülan, s,156; Yıldırım / Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün / Tekinsoy, (*Bölüm: Kamu Hizmeti, Yazar: Yasin*) s.648.

[86] Yaşar, İdare Hukuku, s.152.

doktrininde ortaya çıkmış olan bu kavrama göre, "*bir faaliyet, İdare tarafından görülmese de, eğer yeterince açık bir kamu yararı niteliği gösteriyor ise, kamu hizmeti sayılır*"[87].

Virtüel kamu hizmeti birçok açıdan eleştiriye tabi tutulmuştur. Özel hukuka tabi olan bir faaliyetin ancak kamu hizmetinin kuruluşuna ilişkin esaslara uyularak kamu hizmeti haline getirilebilmesi ve idarenin kendisini "kamu yararının bekçisi" sayarak yetkilendirilmesi sonucu özel bir faaliyetin "virtüel kamu hizmeti" olarak adlandırılarak idarenin denetimine tabi tutulmasının Türk İdare Hukuku açısından aykırılık teşkil edeceği belirtilmektedir[88]. Yetkisizliğin asıl olarak benimsendiği İdare Hukukumuz açısından bu anlayışın yanlış olduğu kabul edilmektedir[89].

Yargı kararları ile bir faaliyetin kamu hizmeti olarak tanımlanması da yine İdare Hukukumuz açısından yanlış olacaktır. Örneğin Anayasa Mahkemesi tarafından veriliş olan bazı kararlarda, bazı faaliyetler kanunkoyucu tarafından henüz kamu hizmeti olarak nitelendirilmemiş iken, yargı kararı ile kamu hizmeti olarak nitelendirilmiştir. Örneğin Anayasa Mahkemesi bir kararında, "*...köprü, tünel, baraj, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, otoyol, demiryolu, deniz ve hava limanları yapımı ve işletilmesi ve benzeri etkinlikler kamu hizmetidir. Çünkü bunlar,* ***toplumun ortak gereksinimlerini karşılamaya yönelik, kamu yararı için yapılan düzenli ve sürekli etkinlikler****(dir.)...*"[90] demiştir. Bu durum ise doktrinde eleştirilmekte ve bir faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelendirme yetkisinin yargıda değil, yasama organında olduğu önemle belirtilmektedir[91].

Bir diğer eleştiri ise, Fransız hukukunda "kamu özgürlükleri için tehlikeli" bulunan virtüel kamu hizmetinin, özel girişimler üzerinde idareye ait yetkilere yol açmasıdır[92]. Kanunkoyucunun kamu hizmeti olarak bir faaliyeti belirlemesine gerek

---

[87] Gustave Peiser, **Droit Administratif Général**, Paris, s.138'den aktaran: Hasan Nuri Yaşar, "*Kamu Hizmeti, Virtüel Kamu Hizmeti ve 1999 Anayasa Değişikliği*", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, C.13 Sayı:1, İstanbul, 2000, s.445.

[88] Gülan, s.157.

[89] Ragıp Sarıca, **İdare Hukuku Ders Notları**, Teksir, İstanbul, 1971 s.32'den aktaran: Gülan, s.157.

[90] AMK., E.1994/71, K.1995/23, T.28.06.1995, **AMKD.,** Sayı 32, C. 1, s.161.

[91] Gözler, İdare Hukuku, C. 2, s.266.

[92] Yaşar, İdare Hukuku, s.153.

duymadan, idarenin o faaliyeti kamu hizmeti olarak kabul etmesi halinde, özel girişime karşı bazı ağır sınırlamaların da beraberinde gelebilmesi söz konusu olacaktır[93].

Kamu hizmetinin kurulma yetkisinin yasama organından alınarak idareye aktarılması, Devlet'in kamu hizmetini yüklenmekten kaçınması ve kişilerin özel girişim kurallarına uygun ve hukuk kurallarıma bağlı girişimlerine bile Devlet'in içten ve yoğun müdahalesine yol açacağı eleştirileri ile karşı karşıya kalan virtüel kamu hizmeti teorisinin günümüzde önemini kaybetmiş olduğunun belirtilmesi gereklidir[94].

2. Evrensel Kamu Hizmeti

Türk Hukuku sistemimiz bakımından 2005'te karşılaşmış olduğumuz evrensel kamu hizmeti kavramı, AB sürecindeki gelişmelerde öneme sahiptir. Tanım olarak doktrinde fikir birliğine ulaşılamayan[95] evrensel kamu hizmetine, Avrupa Birliği düzenlemelerinde çokça rastlamak mümkündür. Avrupa Birliği düzenlemelerinin özellikle üzerinde durduğu tanım ise, "*uygarlığın geldiği/geliştiği düzeyde bireyin gündelik yaşamı için vazgeçilmez niteliği nedeniyle, en azından minimum bir bölümünün istisnasız herkese sağlanması zorunlu olan ve bu sağlamanın makul bir fiyat ve kalitede olacağı temel bazı hizmetler*"[96] olarak belirlenmiştir.

İlk olarak 1930'lu yıllarda ABD'de ortaya çıkan evrensel hizmet kavramı, 1980'li yıllarda AB ve dolayısıyla izleyen dönemde Avrupa ülkeleri hukuk sistemlerinde kendisine yer bulmaya başlamıştır[97]. Öncelikli olarak ABD'ye bakacak olursak, tarihsel gelişim bazında iki zıt dönem karşımıza çıkmaktadır. İlk dönem evrensel kamu hizmeti

---

[93] Karahanoğulları, s.330.

[94] Yaşar, "*Kamu Hizmeti, Virtüel Kamu Hizmeti ve 1999 Anayasa Değişikliği*", s.448; Çakır, s.91.

[95] Us, s.62; Ali Ulusoy, **Telekomünikasyon Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s.114; Hülya Ekşi Uğuz, "*Devlet-Piyasa İkileminde Evrensel Hizmet Anlayışı*", **Küreselleşme Karşısında Kamu Yönetimi ve Hizmeti, VII. Kamu Yönetimi Forumu (VII. KAYFOR) Bildiri Kitabı,** Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi, Kahramanmaraş, 2010, s.60; Yıldırım / Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün / Tekinsoy, (*Bölüm: Kamu Hizmeti, Yazar: Yasin*) s.489.

[96] Ulusoy, Telekomünikasyon Hukuku, s.114.

[97] Us, s.43.

kavramı, tek şirket himayesindeki doğal tekele meşruiyet sağlarken[98], 1982'den başlayan ikinci dönem ise rekabet bazlı bir sistemi ortaya koymuştur[99].

AB hukuk sistemine evrensel hizmet kavramının girmesi, AB komisyonunun telekomünikasyon altyapısına ilişkin hazırladığı kitap ile olmuştur[100]. Evrensel hizmet burada, "*... belirli kalitede hizmetin, coğrafi konumlardan bağımsız olarak tüm kullanıcılara karşılanabilir fiyattan sunulması...*" olarak açıklanmaktadır[101]. En son hali ile "*temel hizmetlerin minimum bir bölümünün uygun fiyat ve makul kalite ile ekonomik durum ve coğrafi konumundan bağımsız olarak talep eden herkese sağlanması*"[102] olarak fomüle edilen evrensel kamu hizmeti tanımı, üye devletlere evrensel kamu hizmetinin kapsamını belirlemede geniş bir takdir hakkı vermektedir. Böyle olmasına rağmen, üye devletlerin tercihleri bakımından, Topluluk menfaatine uygunluğu ve genel ekonomik yarar hizmetleri kapsamında ortaya çıkacak olan evrensel kamu hizmetlerinin sektörel seçimi konusunda Amsterdam Antlaşması'nın 86. maddesi uyarınca Topluluk organlarının yetkili olduğunu söyleyebiliriz[103].

Kıta Avrupası'nda da olduğu gibi Birleşik Krallık da evrensel kamu hizmeti kavramından etkilenmiştir. Özellikle kamu iktisadi teşebbüsü niteliğindeki British Telecom'un hizmeti sunmada tekel konumda bulunması ve fakat bu duruma rağmen yerel bazda her noktaya hizmetin sunulmasında etkisiz kalması, 1994 yılında yapısının

---

[98] Graham Bell'e ait olan telefon şirketinin ABD iletim piyasasında tekel olması ile Devlet'in bu hizmeti tüm ülke çapına dağıtılabilmesi açısından politik destek sağladığını gördüğümüz bu dönemde, "*tek politika, tek sistem ve evrensel hizmet*" (*one policy, one system and universal* service) düsturu ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla yine bu dönemde rekabet açısından piyasaya giren diğer aktörler üzerinde ise Graham Bell'in şirketi olan AT&T'nin denetimi ağırlıklı olarak gözükmektedir. Bkz. Us, s.45.

[99] AT&T şirketinin giderek maliyetleri yüksek tutması nedeniyle evrensel hizmet sunma talebinde bulunan diğer şirketlerin etkisi ile bağımsızlığa kavuşturulmuş bir piyasa oluşturulmuştur. Bkz. Us, s.45.

[100] Ulusoy, Telekomünikasyon Hukuku, s.113.

[101] "Directive 2002/22/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services"den aktaran: Erdem Aygün, **Posta Hizmetlerinde Serbestleşme Süreci ve Rekabet Hukuku Uygulamaları**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No:95, Ankara, 2008, s.14.

[102] Ali Ulusoy, "*Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri*", (Özay, Günışığında Yönetim), s.274.

[103] Us, s.64.

değiştirilerek teşebbüs yerine düzenleyici bir kurum haline dönüştürülmesine yol açmıştır[104]. Yeni aktörlerin katılmasını sağlayan hükümet daha sonra, British Telecom'un geri kalan hisselerinin özelleştirilmesini sağlamış ve düzenleyici fonksiyonuna ayrıca denetleme fonksiyonunu da katmıştır[105].

Evrensel hizmet kavramı hukuk sistemimize, 2005 yılında yasama organı tarafından çıkarılmış olan 5369 sayılı "*Evrensel Hizmetin Sağlanması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*" ile girmiştir. Evrensel hizmetin tanımı, kanunun 2. maddesinde; "… *Coğrafi konumlarından bağımsız olarak Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde herkes tarafından erişilebilir, önceden belirlenmiş kalitede ve herkesin karşılayabileceği makul bir bedel karşılığında asgari standartlarda sunulacak olan, temel internet erişimi de dâhil elektronik haberleşme hizmetleri ...*" olarak yapılmıştır.

Evrensel hizmetin sunumuna ilişkin olarak yapılması gereken imtiyaz ve görev sözleşmeleri, ruhsat verme ya da genel izin benzeri tüm faaliyetler, evrensel hizmet işletmecileri tarafından 5369 sayılı Kanun kapsamında belirtilen bu ilkelere sadık kalınarak yürütülmek zorundadır. Diğer bir deyişle, Kanun ile belirtilen temel ilkeler, evrensel hizmetin sunumuna dair, yetkilendirilen işletmecilere uyulması gereken yükümlülükler getirmektedir[106]. Örneğin önceden belirlenmiş kalitede ve herkes tarafından karşılanabilecek makul bir bedel ile asgari şartlarda sunulacak olan internet erişimi de dâhil olmak üzere elektronik haberleşme ile ilgili hizmetleri bu Kanun'un kapsamında yer almaktadır[107].

Yapılan açıklamalar ile birlikte evrensel hizmetin çeşitli tanımlamalarında bazı ortak unsurlar karşımıza çıkmaktadır. Bunlar, "*belirli standart*", "*tüm kullanıcılar*" ve "*karşılanabilir ücret*" gibi niteliklerdir. 5369 sayılı Kanun'un "*Tanımlar*" başlıklı 2. maddesinde bu unsurların tanımına ayrıca yer verilmemiş olmasına karşın, asgari şartların

---

[104] Tony Prosser, **Law and the Regulators**, Clarendon Press, Oxford, 1997, s.58.

[105] İbid., s.59.

[106] Yıldırım / Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün / Tekinsoy, (*Bölüm: Kamu Hizmeti, Yazar: Yasin*) s.491.

[107] İbid., s.492.

karşılanması anlamında unsurların açık olduğu düşünülebilir. Ayrıca Kanun'un özellikle telekomünikasyon hizmeti düşünülerek kaleme alınması da, AB ve ABD örneklerinin doğrultusunda yola çıkıldığını bir kez daha göstermektedir.

3. Kamu Yararı ve Genel Ekonomik Yarar

a. Kamu Yararı

Daha önce de kısaca belirtildiği üzere, kamu hizmeti kavramının doktrinde ve yargı kararlarında belirtilen unsurları bulunmaktadır. Bu unsurlar kamu hizmetinin klasik tanımı olan: "*Bir kamu faaliyetinin, kamu tüzel kişisi veya onun denetimi altında özel hukuk tüzel kişisi tarafından yürütülmesi ve faaliyetin yerine getirilmesinde* ***kamu yaranının bulunması***"[108] tanımından gelmektedir.

Bazı ortak ihtiyaçların idare tarafından toplumun her kesimi için giderilmesi açısından, doğrudan veya denetim altında yapılan kamu hizmetleri faaliyetlerinin unsurlarını belirlemek, bu kavramın açıklanması anlamında büyük öneme sahiptir.

Belirli bir faaliyetin, kamu hizmeti olarak belirtilebilmesi için, doğrudan bir kamu tüzel kişisi tarafından veya kamu tüzel kişiliğinin denetimi altında çeşitli yöntemlerle özel hukuk kişileri tarafından, bazı toplumsal ihtiyaçları karşılama amaçlı yürütülmesi gerekmektedir[109]. Bu toplumsal ihtiyaçları karşılayacak oluşum ise belli bir örgütsel yapıdır[110]. Bu örgüt içerisinde bulunan personel ve araçların, kamu tüzel kişiliği tarafından yegâne kullanılma amacı ise kamu yararı olmalıdır. İşte bu bağlamda örgütsel anlamda idare ile kamu hizmeti arasında bir nedensellik bağının kurulması şüphesiz ki karşımıza çıkmaktadır. Tabi bu bağın kurulmasındaki önemli husus, kamu tüzel kişiliğinin kendine tahsis edilmiş olan ajan ve vasıtaları kullanması[111] yani kamu hizmeti faaliyetini sürdüren kamu tüzel kişiliğinin kendi mali kaynaklarını ve kişisel araçlarını

---

[108] Yıldırım / Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün / Tekinsoy, (*Bölüm: Kamu Hizmeti, Yazar: Yasin*) s.477; Gülan, s.148.

[109] İbid., s.479.

[110] Giritli / Bilgen / Akgüner / Berk, s.1048.

[111] Odyakmaz / Kaymak / Ercan, s.155.

kullanmasıdır[112]. İşte bu çerçevede idare ajanları tarafından mali ve aynî olanaklar ile yürütülen kamu faaliyetlerinin kamu yararı içermesi, faaliyetin kamu hizmeti olarak tanımlanması yeterlidir[113].

Gelişen ve artış gösteren kamu ihtiyaçları, idarenin tek başına bu ihtiyaçları gidermesini zorlaştırmakta ve idarenin asli görevi olarak yerine getirdiği kamu ihtiyaçlarını karşılama misyonunu sekteye uğratmaktadır. Bu nedenle, özel hukuk kişilerinin kamu hizmetlerini yerine getirebilmeleri için görevlendirmeleri ve değişik hukuki rejimlerin ortaya çıkması kaçınılmaz olmuştur[114]. Bu yeni oluşan hukuki rejim aslında kamu hizmetinin öncelikli amacını ortaya koymuş olacaktır ki bu da ***kamu yararı***dır. Burada asıl önemi olan kamu hizmetinin zorunlu olarak doğrudan kamu tüzel kişisi tarafından işleteceği veya yürütüleceği değil, hizmetin yürütülmesi veya işlemesi sorumluluğunun idarede olmasıdır[115].

Bu doğrultuda kamu hizmetini belirlemek için, faaliyetin kamu yararına yönelik olup olmadığını belirlemek gerekmektedir. Kamu yararı kavramı, idarenin tüm etkinliklerinin de konusunu oluşturmaktadır[116]. Bu nedenle en soyut anlamda kamu yararı, kamusal yetki kullanan diğer bütün devlet organları gibi, idarenin de varlık sebebi ve faaliyetlerinin sınırını oluşturmaktadır[117]. Toplumun ortak ve zorunlu gereksinimlerinin karşılanmasına yönelik faaliyetlerde, kamu yararı amacının irdelenmesi ve değerlendirilmesi söz konusudur.

---

[112] Giritli / Bilgen / Akgüner / Berk, s.1049.

[113] Yaşar, İdare Hukuku, s.156. Bir örgütlenme kamusal olunca, bu örgütlenme bünyesinde çalışan kimseler ise kamu görevlileri olarak addedilirler. Kamu görevlilerinin kurumları ile aralarındaki ilişkiler ise idare hukukunun önemli ve de en temel ilkelerinden olan kanuni idare ilkesinin bir gereği olarak kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Derbil, s.30. Bu nedenle kamu tüzel kişilikleri bünyesinde çalışan bu kişiler hakkında, özel hukukun hizmet akdine ilişkin hükümleri yerine kamu hukukunun kamu görevlileri statülerine uygulanacak hükümleri uygulanacaktır.

[114] Gözübüyük / Tan, s.645.

[115] Ulusoy, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.18.

[116] Giritli / Bilgen / Akgüner / Berk, s.1050.

[117] Atay, İdare Hukuku, s.567.

Kamu yararı kavramının içeriği ve hangi faaliyetlerin kamu yararına sahip olup olmadığı da tartışmalıdır[118]. Kamu yararı, çok işlevli bir kavram olup, kamu hizmetinde idarenin amacı kamu yararını sağlamaktır ve Devletin (idarenin) faaliyetlerinde, temel hakların sınırlandırılmasında kullanılan başlıca nedenlerden birisidir[119]; yani kamu yararı, bir faaliyete kamu faaliyeti niteliği kazandırırken, onun kamu hukukuna uygunluğu konusunda bir ölçüsü olarak kullanılır[120].

Bir faaliyeti kamu hizmeti olarak belirleyecek olan siyasi iktidar, o faaliyetin kamu yararına sahip olup olmadığı konusunda siyasi bir karar alma zorunluluğu içinde kalacaktır. Kamu yararını tayin edecek olan siyasi iktidar, kendi siyasi tercihini bu açıdan ortaya koymaktadır[121]. Bu tercih, zamana ve mekâna göre değişebilecek, toplumsal ihtiyaçlara ve sosyo-ekonomik yapıya göre şekil alacaktır. Ancak kimi zaman siyasi iktidarın ideolojik anlayışına ve savunduğu yaşam tarzına göre de bu tercih değişebilecektir[122].

Kamu yararının tespitinde siyasi iktidarın, kamu hizmetinin kurulması için keyfi ve sübjektif ölçütler yerine, bilimsel ve objektif gerçeklerden yararlanması gerekmektedir. Özellikle ekonomi bilimi verileri, siyasi iktidara yol gösterici niteliktedir[123].

Toplumun ihtiyaçlarının zaman ve mekân bakımından değişkenlik gösterebileceğini belirtmiştik. Bir savaş durumunda veya ekonomik bunalım gibi olağanüstü dönemlerde, yiyecek ve giyecek üretimine normal zamanlardan daha fazla ihtiyaç duyulmaktadır. Bu ve benzeri durumlarda, bu ihtiyaçların karşılanmasında kamu

---

[118] Yıldırım / Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün / Tekinsoy, (*Bölüm: Kamu Hizmeti, Yazar: Yasin*), s.480.

[119] Tekin Akıllıoğlu, "Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, S:1-3, Y:9, İstanbul, 1998, s:3.

[120] İbid., s.3.

[121] Yıldırım / Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün / Tekinsoy, (*Bölüm: Kamu Hizmeti, Yazar: Yasin*), s.482.

[122] Ulusoy, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.21.

[123] İbid., s.21.

yararı olduğu kabul edilecek ve bu ihtiyaçların karşılanması için yürütülecek faaliyetin de kamu hizmeti olacağı kaçınılmazdır[124].

b. Genel Ekonomik Yarar

Kamu yararı teriminin gelişen ve ilerleyen hukuk düzeni içerisinde de aynı hızda evrilmesi ihtiyacı doğmaktadır. Örneğin Avrupa Birliği sürecinde, kamu yararı terimine ek olarak bazı yeni terimler kamu hizmeti kavramına katkı yapmaktadırlar. Bunlardan biri "*genel ekonomik yarar*"dır. Roma Anlaşması'nın 90. maddesinin 2. fıkrası, kamu hizmeti terimi yerine "*genel ekonomik yarar hizmeti*" kavramını kullanmaktadır. Bu doğrultuda diğer bütün AB kurumları ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı da bu kavramı kullanmaktadırlar[125].

Roma Anlaşması'nda, genel ekonomik yarar ile üye devletlerin hizmetleri yerine getirmesinde gerekli özen gösterme yükümlülüğüne vurgu yapılmaktadır. Kavram ile ilgili en açık tanımlama ise Avrupa Topluluğu Anlaşması'nın 86. maddesinin 2. fıkrasında yapılmıştır. Maddeye göre; "*Genel ekonomik yarara ilişkin hizmetlerin yürütülmesiyle görevlendirilen veya gelir üreten bir tekel niteliğine sahip olan işletmeler, bu Anlaşmanın içerdiği kurallara, özellikle rekabet kurallarına, bu kuralların uygulanması, kendilerine verilen belirli görevlerin yerine getirilmesini hukuken veya fiilen engellemediği ölçüde tabi olacaktır. Ticaretin gelişimi, Topluluğun menfaatlerine aykırı olabilecek ölçüde etkilenmemelidir.*" Hükümden de anlaşılacağı üzere, amaçlanan hedef, Topluluğun ekonomik bütünleşmesini tamamlamak ve aynı zamanda ulusal kamu hizmetleri arasında bir dengenin kurulmasını sağlamaktır[126]. Sosyal ve coğrafi bir bütünleşmeyi sağlama amacını da güden genel ekonomik yarar kavramını tanımlamayan Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'na göre, genel özelliklerin belirlenmesi gerekmektedir. Bu genel özellikler çerçevesinde "*bu hizmetleri gören işletmelerin hukuksal statüleri (özel veya kamusal) önemi bulunmamaktadır*."; "*söz konusu hizmetin işletilmesi ancak kamusal*

---

[124] Yıldırım / Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün / Tekinsoy, (*Bölüm: Kamu Hizmeti, Yazar: Yasin*), s.480.

[125] Ulusoy, "*Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri*", (Özay, Günışığında Yönetim), s.272.

[126] Yavuz Ege, "*Avrupa Birliği ve Türkiye'de Kamu Teşebbüsleri, Yasal Tekeller ve Rekabet*", **Rekabet Dergisi**, Sayı 9, Ankara, Mart 2002, s.3.

bir idarenin izni veya onayı ile mümkün olabilir."; "*aynı idarenin vermiş olduğu işletme izni veya onayının niteliği basit ve normal bir izin niteliğini aşmalı ve ilgili işletme sıkı bir idare denetimine tabi tutulmalıdır*" [127].

Genel ekonomik yarara hizmet kavramı, kamu hizmeti kavramına yakın olmakla birlikte, genel çıkara hizmet kavramının da bir parçası niteliğindedir. ATAD'ın da özellikle üzerinde durduğu ekonomik yarar kapsamındaki faaliyetler genellikle; temel posta hizmetleri, su dağıtımı, elektrik dağıtımı, kırsal alanda posta hizmeti ağının işletilmesi, bir Üye Devlet içinde bölgesel kalkınma, iş bulma, belirli ulaşım hatlarının işletilmesi, televizyon hatlarının işletilmesi, bir kamu telekomünikasyon ağının tesisi ve işletilmesi vb. faaliyetleri olarak gösterilmektedir[128].

D. Kamu Hizmeti İlkeleri

Bir kamu hizmetinin kurulması ve yürütülmesinde tek güç Devlet olarak gözükmektedir. Klasik idare hukukunda açıkça kabul edildiği üzere bir faaliyetin kamu hizmeti olarak belirlenmesinde tek geçerli unsurun, Devlet tarafından o faaliyetin "kamu hizmeti" olarak belirlenmesi gerekliliğidir[129]. Ancak sadece bu düşünce, tek başına yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle, kamu hizmetlerinin kurulmasında ve yürütülmesinde bazı temel ilke ve kuralların bulunması gereklidir. Temel olarak belirlenen bazı ilkeler, klasik kamu hizmeti ilkeleri olarak hedeflenmiş olup tüm kamu hizmetleri için uygulanması gereken genel ve asgari ilkelerdir. Her kamu hizmetinin belirlenmiş kendine münhasır özellikler taşıyan ve kendine özel mevzuatına bağlı kurulma ve yürütülme biçimleri olsa bile, her bir kamu hizmeti açısından uyulması gereken ortak ilkeler de bulunmaktadır[130].

[127] Ulusoy, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.86.

[128] Ege, s.11.

[129] Ulusoy, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.100.

[130] Giritli / Bilgen / Akgüner / Berk, s.1058.

Doktrinde kamu hizmetlerinin yürütülmesinde uyması gereken ortak ilkeler, *kamusal rejimin minimum unsuru*[131], *kamu hizmetlerine hâkim olan temel ilkeler*[132] ya da *kamu hizmetinin genel ilkeleri*[133] olarak da tanımlanmaktadır.

İdari teşkilatlanmayla eşit gibi düşünülen kamu hizmeti kavramı, aslında serbest piyasa tarafından yürütülmeyen ya da idare tarafından serbest piyasaya müdahale edilerek piyasa dışı bırakılan faaliyetler olarak nitelendirilmektedir. Bu faaliyetlerin belirli kurallar dâhilinde yürütülmesi ise, öncelikle Fransa'da 1938 yılında "Roland Yasaları" (lois de Rolland) adıyla hukukileştirilen ve öğretide bu isimle kullanılan kurallar ile başlamıştır[134]. Söz konusu bu ilkeler için, "*kamu hizmetinin özüne sıkı sıkıya bağlıdır ve bozulduğu zaman, kamu hizmeti, sahip olması gereken niteliğini yitirir*"[135] denilmekle beraber, kamu hizmeti ilkelerinin sistemin sert çekirdeği olduğu belirtilerek, bu ilkelerin yokluğunda kamuya sunulan hizmetin kamu hizmeti olmayacağı savunulmuştur[136].

Belirtilmiş olan klasik kamu hizmeti ilkelerinin, idarenin kamu hizmetlerini yerine getirirken elzem şekilde uyması gereken kurallar olduğunu belirtmemiz gerekir. Yani, idarenin yükümlü olduğu kamu hizmetini yerine getirirken, klasik anlamdaki bu ilkelere uygun şekilde faaliyeti yürütmesi gerekmektedir[137]. Her ne kadar klasik anlamda yer alan bu ilkeler, gelişen ve giderek değişen toplum ihtiyaçlarının karşılanması bakımından kanuni düzenlemeler ile deforme olmaya başlasa da[138], hizmetlerin yürütülmesi anlamında halen geçerliliğini koruyabilmekte ve devamlılıklarını sağlayabilmektedirler. Bu nedenle kamu hizmeti kavramının daha iyi anlaşılabilmesi adına, hizmet ilkelerini yakından inceleme gerekliği her dönemde bulunacaktır.

---

[131] Karahanoğulları, s.228.

[132] Gözler, İdare Hukuku, C. 2,s.297.

[133] Gözübüyük / Tan, s.655.

[134] Yaşar, İdare Hukuku, s.161.

[135] Karahanoğulları, s.228.

[136] İbid., s.228.

[137] Yaşar, İdare Hukuku, s.162.

[138] Yaşar, "*Kamu Hizmeti, Virtüel Kamu Hizmeti ve 1999 Anayasa Değişikliği*", s.449.

1. Süreklilik (Devamlılık / Düzenlilik) İlkesi

Toplum, zaman içinde bazı ihtiyaçlarının kesintisiz ve sürekli bir şekilde giderilmesi gereksinimi duyar. Yer ve zaman açısından farklılık arz edebilecek bu ihtiyaçlar, bazı durumlarda özel hukuk kişileri tarafından doğrudan ve kesintisiz olarak sağlanamayabilir. Bu nedenle, Kamu kesimi, bu ihtiyaçların sürekli şekilde giderilmesini sağlamak adına, bu ihtiyaçları kamu hizmeti faaliyetleri içerisine alabilir. Burada önemli olan ise kamu hizmetinin sürekli olarak topluma ulaştırılmasında kamu yararı amacı bulunmasıdır[139]. Kesintiye uğrayan veya düzensiz işleyen bir kamu hizmetinde, toplumun ihtiyaçlarını karşılama adına bir kamu yararı bulunmadığı açık ve nettir. Bu nedenle eksik işleyen kamu hizmetlerinin ortaya çıkaracağı sorunları ve olumsuz etkileri açıklamanın bir gereği bulunmayacaktır.

Mevcut olan bir kamu hizmetinin, hukuksal öngörülen kesintiler hariç olmak üzere düzenli ve sürekli faaliyetler ile verilmesi kamu hizmetlerinin sürekliliğini ifade etmektedir[140]. Diğer bir deyişle, süreklilik ilkesi ile kamu hizmetlerinin kesintisiz olarak devamlı ve düzenli bir şekilde yürütülmesi ifade edilir[141].

Fransız hukukunda da "*devamlılık ilkesi*" (*Principe de continuité*)[142] olarak adlandırılan bu ilke "*kamu hizmetlerinin kanunların öngördükleri dışında kesintisiz ve düzenli olarak yürütülmesini öngören ilke*"[143] olarak tanımlanmaktadır. Şüphesiz ki, kesintisizlik kavramı her hizmet bakımından ayrım göstermektedir. Dolayısıyla tanımla belirtilmek istenen fayda, hizmetin özellikleri göz önünde bulundurularak, hizmetin devamlılığının sağlanmasıdır.

Kamu hizmetinin kesintisiz olarak yürütülmesi, hizmetin niteliği ve işleyiş şekline göre değişmektedir. Her bir kamu hizmetinin mutlaka her an ya da gün ve gecenin her saatinde yürütülmesi gerekli olmayabilir. Hiç şüphesiz, gereksinimi hiç tükenmeyecek

---

[139] Giritli / Bilgen / Akgüner / Berk, s.1058.

[140] Yaşar, İdare Hukuku, s.163.

[141] Yıldırım / Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün / Tekinsoy, (*Bölüm: Kamu Hizmeti, Yazar: Yasin*), s.499.

[142] Yaşar, İdare Hukuku, s.163.

[143] Gözler, İdare Hukuku, C. 2, s.297.

olan kamu hizmetlerinin günün her saati kesintisiz olarak topluma sunulması, devletin yükümlülüğü altında bulunacaktır[144]. Sağlık, elektrik, ulaşım ve benzeri hizmetler örnek olarak verilebilir[145]. Buna karşılık, belirli zaman dilimleri arasında işlemesi gereken bazı kamu hizmetleri de bulunmaktadır. Bu durumda, önceden belirlenen zaman dilimi ve yer açısından kesintisiz olarak faaliyetlerin devamı ve sonuçlanması ile kamu hizmeti kesintisiz ve de eksiksiz olarak yürütülmüş kabul edilir. Örneğin eğitim hizmetinin, belirlenmiş olan öğretim yılı içerisinde belirli saatler arasında kesintisiz olarak yürütülmesi ile süreklilik ilkesi gerçekleşmiş olmaktadır.

Kamu hizmetlerinde süreklilik ilkesi aynı zamanda, hizmetin "*içerik ve yoğunluk bakımından da istikrar içinde*" yürütülmesi anlamına da gelmektedir[146]. Diğer bir deyişle, kamu hizmetinin süre ve zaman bakımından istikrarlı olmasının yanı sıra, yoğunluğu bakımından da aynı dikkatin gösterilmesi gerekmektedir. Örneğin kesintisiz bir biçimde elektrik hizmeti sağlayan bir teşebbüsün belirsiz bir dirençte elektriği stabil olarak sunamaması, yürütülen hizmetin sürekli ve düzenli yürütüldüğü anlamına gelmemektedir. Bu nedenle zamanın yanı sıra yoğunluğunda aynı şekilde düzenli ve kesintisiz olması, kamu hizmetinin yürütülmesi adına son derece önem taşımaktadır[147].

Mevzuatımızda da, kamu hizmetinin sürekliliği ilkesinin varlığını gösteren hükümler bulunmaktadır. Öncelikle Anayasa'nın "Kamu Hizmeti Görevlileriyle İlgili Hükümler" bölümünde bulunan "Genel İlkeler" başlıklı 128. maddesine baktığımızda "*Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları* ***kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli*** *görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.*" hükmü karşımıza çıkmaktadır. Madde de açıkça belirtildiği üzere, kamu hizmetlerini yerine getirecek olan personelin, kamu hizmetinin sürekliliği ilkesi kapsamında, hizmeti kesintisiz sunma yükümlülüğü bulunmaktadır.

---

[144] Yıldırım / Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün / Tekinsoy, (*Bölüm: Kamu Hizmeti, Yazar: Yasin*), s.500.

[145] Günday, İdare Hukuku, s.334.

[146] Yıldırım / Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün / Tekinsoy, (*Bölüm: Kamu Hizmeti, Yazar: Yasin*), s.499.

[147] M. Gözde Atasayan, **Kamu Hizmetinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2012, s.68.

Devlet memurları açısından, kamu hizmetinin kesintisiz yürütülmesi yükümlülüğünü sunan bir diğer hüküm ise, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 27. maddesidir. "Grev Yasağı" başlıklı bu madde ile düzenli işleyen kamu hizmetinin kesintiye uğramasının önüne geçilmek istenilmiştir. Madde gerekçesinde, "*Bir hizmetin kamu adına yürütülmesine karar verilmesi, bu hizmetin düzenli ve aksamaksızın yürütülmesi gerektirir. Madde metniyle bir kamu hizmetinin aksamasına neden olacak toplu hareketler ceza yaptırımı altına alınmıştır.*" denilmektedir[148].

Personel hukuku ile ilgili olarak verilebilecek bir başka örnek ise, DMK 94. maddesi ile belirtilen "Çekilme" hükmüdür[149]. Belirtilen maddeye göre, istifa etmiş olan memur, yerine bir ay içinde yeni bir memur ya da vekil gelene kadar beklemek zorundadır. Diğer bir deyişle, görevinden çekilen memurun, yerine gelecek kişiyi bekleme yükümlülüğü bulunur. Bu durum, kamu hizmetinin kesintiye uğramaması amacı taşıdığını bize tekrar göstermiş olur. Görüldüğü gibi kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi personel hukukunu da doğrudan etkilemektedir[150].

Anayasa Mahkemesi de, kamu hizmetini tanımlarken, topluma sunulan "*sürekli ve düzenli etkinlikler*" olarak tanımlamaktadır[151]. Özellikle kararlarında bu ilkenin hizmeti görenler ve hizmetten yararlananlar bakımından önemli sonuçları olduğunu belirten Mahkeme, grev yasağı gibi yasak veya yükümlülüklerin kamu hizmetinde çalışan kamu görevlilerine yükletilmesinde önem olduğunu vurgulamıştır.

Danıştay'da çeşitli kararlarında süreklilik ilkesinin önemine vurgu yapmıştır. Kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olarak yürütülmesini sıklıkla kararlarında belirten Danıştay, bu ilkenin eksikliği ile toplum yaşamının alt üst olacağını ifade etmektedir[152]. Örneğin ulaşım hizmetlerine dair verilen bir kararda, Ulaşım Koordinasyon Merkezi'nin süreklilik ilkesi gereğince, mevzuatta bulunmasa bile, gerekli kararları alıp eylemleri

[148] Gözübüyük / Tan, s.656.

[149] Giritli / Bilgen / Akgüner / Berk, s.1059.

[150] Yıldırım / Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün / Tekinsoy, (*Bölüm: Kamu Hizmeti, Yazar: Yasin*), s.500; Atasayan, s.82.

[151] AMK., E.1994/43, K.1994/42, T.09.12.1994 (R.G., T.24.01.1995, S.22181).

[152] Dan. 8. D., E.1996/920, K.1998/1846, T.22.5.1998.

yerine getirmesi gerektiği belirtilmektedir[153]. Bu bakımdan, bazı durumlarda, mevzuatta bulunmasa bile hizmetin aksamaması için yasal boşlukların doldurulması suretiyle hizmetin sürekliliği sağlanmalıdır[154]. Bu durumda ise idari işlemin yetkisiz bir şekilde yapılması ya da yetki kurallarının genişletici yoruma tabi tutulması söz konusu olacaktır. Nitekim yetki kurallarının genişletici yoruma tabi tutulması İdare Hukukumuz açısından aykırılık teşkil etmektedir[155]. Danıştay'a göre, "*Kamu hukuku ilkelerine göre yetki, bir kamu düzeni sorunudur; kanunkoyucu tarafından kime verilmiş ise ancak o, bu yetkiyi kullanabilir; yine kanunun açık izni olmadıkça yetkili makam veya merci yetkisini devredemez…*"[156]. Belirtilen kararlar ışığında, yetkisiz olan idarenin, kamu hizmetinin sürekliliğini sağlamak için yapacağı faaliyetlerde, ilkelerin yarışımı söz konusu olacaktır.

Danıştay bir diğer kararında, özellikle idarenin önceden planlayarak gerekli önlemleri alması gerekirken, şehir nüfusunun hızla artmasına karşılık personelin bu hizmetleri karşılamaya yeterli olmadığını belirten idarenin, su saati sayacı bağlatma ve ücretleri tahsil etme görevinin apartman yöneticisine devredilebilmesine ilişkin işlemini iptal etmiştir. Kararın gerekçesinde; "*Bir kamu kurumunun hizmetlerin artması, koşulların değişmesi karşısında kurumun dinamiğini günün koşullarına uydurması gerekirken, şehrin büyüdüğü, nüfusun arttığı ve bu durumda hizmeti karşılama olanağı bulunmadığından bahisle kurum olanaklarını değiştirmeyip dondurarak hizmetin*

---

[153] Dan. 8. D., E.2007/8336, K.2009/2995, T.6.5.2009, **Danıştay Dergisi**, S: 122, s.349. İlgili kararda "*Toplu ulaşım hizmetinin, kamu yararına, bir gereksinimi karşılayan kamu hizmeti niteliğinde bir faaliyet olduğu açık olup bu nedenle sürekli ve düzenli bir biçimde yürütülmesi esastır. Bu süreklilik kamu hizmetinin mutlak bir şekilde her an yürütülmesi anlamına gelmemektedir. Kamu hizmetinin yürütülmesi ile giderilecek olan gereksinimin kendini hissettirdiği anda kesintisiz olması esastır. Ulaşım Koordinasyon Merkezi ilk olarak (5216) sayılı Yasa ile öngörülmüş değildir. (5216) sayılı Yasadan önce uygulaması bulunan bir koordinasyon merkezi olup büyükşehir belediyelerinin toplu taşıma hizmetinin ve trafiğin düzenlenmesinde karar merciidir. Ulaşım koordinasyon merkezlerinin bu özelliği ve ulaşım hizmetinin süreklilik arz eden bir gereksinimi karşılayan niteliği dikkate alındığında (5216) sayılı Yasada görevleri belirlenmiş olan bu karar merciinin, salt çalışma esas ve usullerini belirleyen idari bir düzenleme bulunmaması nedeniyle görev yapamayacak olması kamu hizmetlerinin sürekliliği (kesintisizliği) ve idari fonksiyonun sürekli bir devlet fonksiyonu olması ilkeleriyle bağdaşmamaktadır.*" denilmektedir.

[154] Giritli / Bilgen / Akgüner / Berk, s.1059.

[155] Gözübüyük / Tan, s.435.

[156] Dan. 6. D., E.1976/5366, K.1977/1112, T.8.3.1977, **Danıştay Dergisi,** S.28 – 29, Ankara, 1978, s.406.

sürüncemede kalmasına sebep olmak, kamu görevi ve kamu yönetimi kavramı ile bağdaşmaz" görüşü belirtilmiştir[157].

2. Uyarlanma (Değişkenlik) İlkesi

Kamu ihtiyaçları zaman içinde değişik formlarda karşımıza çıkmaktadır. Bilim ve teknolojinin gelişimi, sosyal ve ekonomik durum ve koşulların değişmesi ve öngörülemeyen koşulların ortaya çıkması ile kamu hizmetlerinin yeni oluşan duruma uyum sağlaması gerekmektedir. Durağan bir niteliğe sahip olmayan kamu hizmeti türlerinin sürekli olarak değişime ve yeni koşullara uyumlu hale getirilmesi kaçınılamaz hale gelmektedir. Bu durum ise, kamu hizmetinde *uyarlama* (*değişkenlik*) *ilkesini* karşımıza çıkarmaktadır.

Uyarlanma, diğer bir ismiyle *adaptasyon* ilkesi ile süreklilik ilkesi arasında sıkı bir bağ bulunduğunu belirtilebilir. Kamu hizmetinin sürekliliği ancak etkili olduğu sürece sağlanabilmektedir. Bu açıdan, kamu hizmetinin etkin olabilmesi için, hizmetin teknolojik ve sosyal gelişmeler ile beraber evirilerek uyum sağlaması gerekmektedir[158].

Danıştay'a göre, "*Bir kamu kurumunun hizmetlerin artması, koşulların değişmesi karşısında kurumun dinamiğini günün koşullarına uydurması gerekirken, şehrin büyüdüğü, nüfusun arttığı ve bu durumda hizmeti karşılama olanağı bulunmadığından bahisle kurum olanaklarını değiştirmeyip dondurarak hizmetlerin sürüncemede kalmasına sebep olmak, kamu görevi ve kamu yönetimi kavramı ile bağdaştırılamaz*"[159]. Danıştay bu kararında, uyarlanma ilkesini kesin olarak uyulması gereken kamu hizmetleri arasında gösterirken, ilkenin gereklerine uygun hareket etmeyen kamu görevlilerinin hukuka aykırı hareket etmiş olacağını açıklamıştır.

Uyarlanma ilkesinin doğru yorumlanması, kamu hizmetinin sürekliliği ilkesi ile aralarında bulunan sıkı bağı bir kez daha vurgulamaktadır. Uyarlanma ve süreklilik ilkelerince hizmetin yeni bir şekil altında yürütülmesi, kamu hizmetinin kaldırıldığı

---

[157] Dan. 11. D., E.1974/4855, K.1977/1704, T.4.5.1977, **Danıştay Dergisi,** S.28 – 29, Ankara, 1978, s.604.

[158] Ulusoy, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.103.

[159] Dan. 11. D, E.1974/4855, K.1977/1704, T.4.5.1977, **Danıştay Dergisi**, Sayı: 28-29, Ankara,1978, s.604.

anlamına gelmemektedir. Diğer bir deyişle, sürekliliği sağlama anlamında değişik bir biçim altında hizmetin sağlanması, hizmetin devam ettiğinin bir göstergesidir. Karahanoğulları'na göre; "*Örneğin, sokakların havagazıyla aydınlatılmasından elektrikle aydınlatmaya geçilmesinde yen teknolojiye uyum söz konusudur; havagazıyla aydınlatma kaldırılmıştır, ancak bu aydınlatma kamu hizmetinin kaldırılması anlamına gelmemekte bu hizmet, elektrik enerjine göre yeniden örgütlenmektedir*[160]".

Uyarlanma ilkesinin bir diğer özelliği ise, kamu hizmetlerinin, kazanılmış haklara ya da sözleşmeye bağlılık gibi hukuki ilkelere bağlı olmaksızın değişen koşullara uyumunun sağlanmasıdır[161]. Yani belirtilen benzeri hukuki ilkeler, kamu hizmetlerinin değişime uğraması anlamında uyarlanma ilkesi karşısında bir engel teşkil etmeyeceklerdir. Bu durumda ise, ilkeye bağlılık anlamında kamu hizmetini yürüten idarenin her zaman ilgili düzenleyici işlemlerde değişiklik yapabilmesinin önü açık olduğu gibi, değişiklikler karşısında ilgililerin kazanılmış hak savında bulunamayacakları da kabul edilmektedir[162].

3. Eşitlik İlkesi

Kamu hizmetinin görülmesinde en temel ilkelerden birisi de, kamu hizmetinde eşitlik ilkesidir (*Principe d'égalite*[163]). Eşitlik ilkesi ile belirtilmek istenen, toplumun tümüne hiçbir kaideye bağlı kalmaksızın eşit şekilde belirli bir kamu hizmeti faaliyetinin sunulmasıdır.

Eşitlik ilkesi ile toplum içinde meydana gelebilecek olası ve makul olmayan ayrımcı davranışların önüne geçilmek istenmektedir[164]. Yani, hizmetin sunulmasında temel olarak alınması gereken ayrımcılık yasağının göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

---

[160] Karahanoğulları, s.269.

[161] Gözler, İdare Hukuku, C. 2, s.304.

[162] Gözübüyük / Tan, s.659.

[163] Gözler, İdare Hukuku, C. 2, s.309.

[164] Yaşar, İdare Hukuku, s.167.

Tabi ki bu durum, toplumdaki her bireyin her tür kamu hizmetinden eşit bir şekilde yararlanacağı anlamına da gelmemektedir[165]. Diğer bir ifade ile idare kamu hizmetini, eşit statüde olanlara eşit, farklı statülerde bulunanlara ise farklı bir biçimde sunmak zorundadır[166].

Eşitlik ilkesi ile anlatılmak istenen ilişki, "*Kanun Önünde Eşitlik*" başlıklı Anayasa'nın 10. maddesi ile açıklığa kavuşturulmuştur. "*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayrım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.*" hükmü ile aslında belirtilmiş olan, aynı statüde bulunan herkese, devletin eşit koşulda hizmet sunması yükümlülüğüdür. Kamu hizmetlerinden yararlanma açısından eşitlik ilkesi burada karşımıza, hem kanunlar hem de kamu makamları karşısındaki eşitlik olarak çıkmaktadır[167]. Devlet bu unsurları dayanak göstererek kişilere karşı farklı muamele ve faaliyetlerde bulunamaz[168].

Belirtildiği üzere, kamu hizmetlerinden yararlanma açısından eşitlik, "matematiksel" bir eşitlik olmayıp, kişilerin içinde bulundukları statülerin özellikleri üzerinden yapılan bir sınıfsal bir eşitliktir[169]. Önemlilik arz eden durum ise, bu farklılaştırmanın, kamu yükleri önünde eşitlik ilkesini zedeleyecek duruma getirilmeden yapılmasıdır[170].

Anayasa'nın kanun önünde eşitlik ilkesi, Anayasa Mahkemesi tarafından şu şekilde ifade edilmiştir: "*...Kanun önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, birbirleriyle aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasının ve ayrıcalıklı kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı*

---

[165] Yıldırım / Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün / Tekinsoy, (*Bölüm: Kamu Hizmeti, Yazar: Yasin*), s.497.

[166] Gözübüyük / Tan, s.660.

[167] Giritli / Bilgen / Akgüner / Berk, s.1062.

[168] Karahanoğulları, s.243.

[169] Gözübüyük / Tan, s.660.

[170] İbid., s.660.

tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa, Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez…"[171].

4. Tarafsızlık (Yansızlık) İlkesi

Devlet, kamu hizmetine ilişkin faaliyetlerine sürdürürken, eşitlik ilkesi ile bağlantılı olarak, tarafsızlığından ödün vermemek zorundadır. Nesnelliğini korumakla yükümlü olan devlet[172], yanlı davranışlardan kaçınarak, eşitlikten ayrılmamalıdır[173].

İfade olarak tarafsızlık, "*kamu hizmetlerinin ve kullanıcılarının kanaatlerine göre yürütülmeme*[174]" olarak kullanılmaktadır[175]. İlke olarak Devletin tarafsız olma yükümlülüğünden bahsederken, hizmetlerden yararlanma açısından, dil, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, dini inanç ve kanaat ayrımı yapılmaksızın herkese aynı şekilde davranılması görev ve sorumluluğunun vurgulanması gerekmektedir.

Kamu hizmetinin kurulması ve yürütülesi kaçınılmaz olarak siyasal bir tercihin sonucudur. İdeolojik yaklaşımlar ise, hizmetin belirlenmesi, içeriği ve kapsamının çizilmesi anlamında söz konusu olabilmektedir[176]. Ancak idare, hizmetin gerekleri ve kamu ihtiyaçları dışında hiçbir etkeni göz önünde bulundurmadan, herhangi kullanıcı adayını daha üstün görmeden kamu hizmeti faaliyetlerini yerine getirmelidir. İdareye burada tarafsız olma görevi yüklenmektedir[177].

---

[171] AMK., E.2003/16, K.2004/59, T.12.05.2004, R.G., 03.11.2004, S.25632.

[172] Yaşar, İdare Hukuku, s.167.

[173] Giritli / Bilgen / Akgüner / Berk, s.1063.

[174] Karahanoğulları, s.262.

[175] İbid, s.205; Yıldırım / Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün / Tekinsoy, (*Bölüm: Kamu Hizmeti, Yazar: Yasin*), s.653.

[176] Atay, İdare Hukuku, s.585.

[177] Gözler, İdare Hukuku, C. 2, s.319.

Tarafsızlık (*neutralité*) ilkesi, eşitlik ilkesinin bir uzantısı olarak kabul edilmekte ve ayrımcılık yapmama (*neutralité indifference*) ve çoğulculuğa saygı gösterme (*neutralité pluralisme*) biçiminde iki anlamı içerdiği benimsenmektedir[178]. Bu iki anlamın birbirinden ayrı tutulamayacağı ve birinin yokluğu halinde diğerinin de noksan olacağı açıktır. "*Çoğunlukçu*" yerine "*çoğulcu*" politika takip etme her zaman demokratik toplumların vaz geçilmez unsuru olmuştur[179]. Bu nedenle çoğunluğun karşısında kalan azınlığın da korunması ve kamu hizmetlerinin kendilerine eşit şekilde sunulması Devletin en önemli sorumluluğu olacaktır.

Kamu hizmetinin tarafsızlık esası ile yürütülmesine ilişkin mevzuatımızda bulunan bir örnek, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu 7. maddedir. "Tarafsızlık ve devlete bağlılık" başlıklı 7. madde hükmünde, devlet memurlarına "*... görevlerini yerine getirirken dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi ayırım yapamazlar...*" yükümlülüğü getirilmiştir. Bu şekilde kamu görevini yerine getiren kimselerin uyması gereken tarafsızlık ilkesi açık bir dil ile ortaya konmuştur. Aksi davranışlarda bulunan kamu görevlileri, hizmetten yararlananlar gözünde hem kendilerinin hem de idarenin tarafsız olma görünümünü zedelerler.

Kamu hizmetini yürüten personelin tarafsızlık ilkesine uyması, "kesin tarafsızlık ödevi" olarak da adlandırılmaktadır[180]. Anayasa'nın eşitlik prensibi gibi tarafsızlık bakımından da bu ödevi Devlet'e yüklediğini 10. madde kapsamında belirtebiliriz. 10. maddeye göre; "*Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar*". Dolayısıyla idarenin kamu hizmetlerini sunma anlamında tarafsız şekilde faaliyetlerini yürütmesi ödevi bulunmaktadır.

Kimi yazarlar, eşitlik ilkesinden ayrı olarak laiklik ilkesini de ele almaktadır[181]. Dini kamu hizmetlerinden faydalanacaklar bakımından her dine mensup olanlara eşit

[178] İbid., Gözübüyük, Tan, s.662.

[179] Mehmet Akad / Bihterin Vural Dinçkol / Nihat Bulut, **Genel Kamu Hukuku**, 12. Bası, DER Yayınevi, İstanbul, 2016, s.382.

[180] Gözler, İdare Hukuku, C. 2, s.320.

[181] İbid., s.320.

şekilde davranılması gerekliliğinden bahsedilirken, yürütülecek olan kamu hizmetlerinin türüne göre inceleme yapmanın daha doğru olacağı da açıktır. Özellikle iktisadi nitelikteki kamu hizmetleri bakımından laikliğe konu edilebilecek bir ayrımcılığın yapılamayacağı düşünülebilir.

5. Meccanilik İlkesi

Kamu hizmetlerinden yararlanacak olanlardan bir bedel alınması ve alınacak bedelin tahsisi ile hukuki niteliği tartışılan bir konu olmaktadır. Ücretlendirme yani bedel sorunu kamu hizmetleri açısından tartışılan öncelikli konular arasında yer almaktadır[182].

Arapça bir sözcük olan meccani kelimesi, karşılıksızlığı ifade ederken, Farsça da ise bedava ve parasız anlamında kullanılmaktadır[183]. Kamu hizmetleri anlamında meccanilik (*gratuité*) ise kamu hizmetlerinden ücretsiz yararlanma anlamına gelmektedir[184].

Doktrinde meccanilik ilkesini genel ilkeler arasında belirten yazarlar bulunmasına rağmen[185], meccaniliğin bir genel ilke olma yerine Anayasa ve kanunlarda öngörülmesi durumunda geçerli olabilecek istisnai bir ilke olduğunu belirten yazarlar da bulunmaktadır[186].

Kamu Hizmetlerini bedelsiz duruma getirmek mümkün olmamaktadır[187]. Kamu hizmetinin sürekliliği ve devamı anlamında faaliyetlerin yürütülmesi için belirli bir mali gelirin, faaliyeti yürütecek makamlara sağlanması gerekmektedir. Günümüzde idarenin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin çoğalmasına paralel olarak hizmetlerden yararlanacak olanların sayısının da artması sonucu, kimi adlar altında çeşitli bedellerin

[182] Yıldırım / Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün / Tekinsoy, (*Bölüm: Kamu Hizmeti, Yazar: Yasin*), s.503.

[183] Karahanoğulları, s.276.

[184] Yaşar, İdare Hukuku, s.169.

[185] Özay, s.240.

[186] Gözler, İdare Hukuku, C. 2, s.342.

[187] Karahanoğulları, s.277.

alınması kaçınılmaz olmuştur[188]. Anayasa Mahkemesinin bir kararında "*karayollarından, köprülerden alınan geçiş parası, su, elektrik, havagazı, demiryolları, havayolları, kimi hastane ücretleri gibi iktisadi şartlara göre oluşturulan ve hizmetin konusu tesislerin bakım ve idamesini ve yeni yatırımlar yapılmasını sağlamak için belirlenen bir fiyattır ve belirtilen nitelikleri bakımından muayyen kamu hizmetleri karşılığı kişilerden alınan resim, harç veya benzeri mali yükümlülüklerden de sayılamaz.*" sonucuna varılmıştır[189].

Kamu hizmeti olarak yürütülen faaliyetlerin finansmanı temel olarak vergiler olmaktadır. İdare, kamu hizmetlerinin yürütülmesini finanse ederken, gerekli, mali kaynağı dolayı veya doğrudan yol ile vergilerden sağlayacaktır[190]. Anayasa'nın "Vergi Ödevi" başlıklı 73. maddesine göre, "*Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür. Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır. Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanununla konulur, değiştirilir veya kaldırılır. Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapak yetkisi Bakanlar Kuruluna verilebilir*". Burada kamu hizmeti faaliyetlerinin yürütülmesi için, toplumda herkesin katkıda bulunması gereken mali destek olan verginin niteliği belirtilmiştir. Bir başka deyişle, kamu hizmetlerinden yararlanma bedelinin, Anayasal bir ilke olduğu gözükmektedir[191].

---

[188] Günday, İdare Hukuku, s.336.

[189] Bu kararı eleştiren Yayla'ya göre, klasik idare hukuku terminolojisinde kamu hizmetinin meccaniliği olarak ifade edilen kuralın başlıca hukuki dayanağı, bu hizmetlerin genelliği ve eşitliği esasıdır. Çünkü kamu hizmeti adı verilen böylesi kamu faaliyetleri, eğer o faaliyetin maliyeti, karı, yeni yatırımlarla genişletilmesi için gerekli harcamalar hesaplanarak fiyatlandırılırsa, genel ve eşit olarak yararlanma imkânı birçok kişi için ortadan kalkacaktır. Yayla, "*Sosyal Devletten İktisadi Devlete (veya Kamu Hizmetinin Sonu) Anayasa Mahkemesinin 18.2.1985 Gün ve 1985/4 Sayılı Kararı",* s.35.

[190] Yıldırım / Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün / Tekinsoy, (*Bölüm: Kamu Hizmeti, Yazar: Yasin*), s.502.

[191] Atay, İdare Hukuku, s.587.

II. İKTİSADİ KAMU HİZMETİ

A. Devletin Ekonomiye Müdahalesi

Gerek Osmanlı Devletinin son dönemlerinde ve gerekse Cumhuriyet Türkiye'sinin ilk dönemlerinde devlet, esas olarak girişimci sınıf bulunmaması sebebiyle girişimci sınıf yaratılması amacıyla ekonomiye müdahale etmiştir. Cumhuriyetin ilk dönemlerinde ekonomiye müdahale, ülke ekonomisinin kurulması ihtiyacının ve bu ekonomik yapıyı kuracak müteşebbis sınıfın bulunmamasının zorunlu sonucu olmuştur. Daha sonraları da devletçilik ilkesi, devletin ekonomiye müdahalesini sağlamıştır[192].

1961 ve 1982 Anayasalarında Sosyal Devlet ilkesinin yer alması, ekonomiyi düzenlemeye yönelik hükümlerin bulunması, devletin ekonomiye müdahalesine olanak tanımıştır. Gerek 1961 Anayasası ve gerekse 1982 Anayasası, Anayasa Mahkemesi tarafından serbest ekonomi düzenine olduğu kadar devletçiliğe de açık bir ekonomik felsefeye sahip olarak nitelendirilmişlerdir[193].

Piyasa ekonomisi mekanizmalarının işletilmeye henüz başlanmadığı 1980 öncesi dönemde, kamunun ekonomiye müdahalesinin sık kullanılan mekanizmalarından biri de fiyatlara müdahale olmuştur. 1980 sonrası fiyatların oluşumu giderek piyasa mekanizmasına bırakılmışsa da, idareye fiyatlara müdahale olanağı veren kimi düzenlemelerin varlığı sürdürdüğü görülmektedir[194].

Destekleme ve teşvikler çerçevesinde oluşan devlet yardımları da, kamu yetki ve kaynakları kullanılarak yararlanıcı konumdaki işletmeler yararına finansal avantajlar sağlayan bir tür devlet müdahalesi olarak kabul edilmektedir. Devlet yardımları, serbest piyasa ekonomisinin uygulandığı sistemlerde, rekabeti bozucu etkileri nedeniyle denetim altına alınmaya çalışılmaktadır. Avrupa Birliği, ulusal ekonomileri, piyasa ekonomisi kurallarına uygun olarak entegre etmeye çalıştığından, her türlü devlet yardımına şüphe

[192] Yıldırım, Türk İhracat Rejimi, s.21. Bu müdahalenin tarihçesi için ibid., s.3-28.

[193] İbid., s.21.

[194] Tan, Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, s.302.

ile yaklaşmaktadır. Bu doğrultuda Avrupa Birliği'nde devlet yardımlarının denetimi rekabet politikasının bir parçası olarak ele alınmaktadır[195].

Destekleme ve teşvikler çerçevesinde oluşan devlet yardımlarına, yatırımların ve istihdamın teşviki bağlamında gerçekleştirilen uygulamaları da dahil etmek gerekmektedir. Bu alanda devletin ekonomiye müdahalesinin en önemli araçlarından ikisi 29.01.2004 tarih ve 5084 sayılı *Yatırımların ve İstihdamın Teşviki ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun* ve 09.01.2002 tarih 4737 sayılı *Endüstri Bölgeleri* Kanunu'dur. 5449 sayılı *Kalkınma Ajanslarının Kuruluşu, Koordinasyonu ve Görevleri Hakkında Kanun* ile 2006 yılında çıkarılan 5488 sayılı *Tarım Kanunu* ve 5648 sayılı *Tarım ve Kırsal Kalkınmayı Destekleme Kurumu ve Görevleri Hakkında Kanun* da aynı niteliktedir.

14.07.2004 tarih ve 5525 sayılı *Kültür Yatırımları ve Girişimlerini Teşvik Kanunu,* 12.03.1982 tarih ve 2634 sayılı *Turizmi Teşvik Kanunu*, 26.06.2001 tarih ve 2634 sayılı *Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu*, 28.02.2008 tarih ve 5746 sayılı *Araştırma ve Geliştirme Faaliyetlerinin Desteklenmesi Hakkında Kanun* da devletin ekonomiye müdahalesini sağlayacak kanunlardır.

Aynı doğrultuda Bakanlar Kurulu, gümrük konularına ilişkin olarak dış ticaretin devamlılığı ve kesintiye uğramaması amacıyla düzenleme ve denetleme fonksiyonu ile iktisadi kamu hizmetlerine doğrudan müdahale edebilmektedir. Örneğin 04.11.1999 tarih ve 23866 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 27.10.1999 tarih ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 55. maddesinin 2. ve 3. fıkralarına göre;

> "*Bakanlar Kurulu; kamu ahlakı, kamu düzeni, kamu güvenliği, insan, hayvan ve bitki sağlık ve hayatlarının korunması, sanatsal, tarihi veya arkeolojik değeri olan ulusal hazinelerin korunması, fikri ve sınai mülkiyet haklarının korunması gerekçeleri ile eşyanın gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulmasına yasaklama veya kısıtlamalar koyabilir.*
>
> *Türkiye ile ticaret, gümrük, taşımacılık anlaşması bulunmayan ve imzalanmış anlaşmaları süresinden önce tek taraflı olarak kısmen veya tamamen hükümsüz bırakan veya Türk kara, hava ve deniz taşıtlarına karşı yasaklama ve kısıtlamalar koyan veya bunlar hakkında farklı işlemler uygulayan yabancı ülkelere ait eşya ve taşıtlara, karşılık*

[195] İbid., 304.

olmak üzere, yasaklama veya kısıtlamalar koymaya ve farklı işlemler veya farklı tarifeler uygulamaya Bakanlar Kurulu yetkilidir."

Gümrük alanında doğrudan ekonomik bir müdahalede bulunduğunu gördüğümüz Bakanlar Kurulu'nun benzeri yetkileri ayrıca Kanun'un ilgili maddelerinde yer almaktadır[196].

Gümrük Kanunun yanısıra 15.02.1984 tarih ve 18313 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 02.02.1984 tarih ve 2976 sayılı Dış Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 3. maddesine göre de; "*İthalat, ihracat veya dış ticaret işlemleri üzerine konulan ek mali yükümlülüklerin nevi, miktarı, tahsili, takibi, iadesi, gerektiğinde bütçeye irat kaydedilmesi, bir fonda toplanması ve fonun kullanım esasları Bakanlar Kurulu kararında gösterilir*". Hükümden de anlaşılacağı üzere, dış ticaret ile ilgili ek mali yükümlülükler hakkında oluşturulacak bir fonun esaslarının Bakanlar Kurulu kararı ile belirleneceği açıklanmıştır.

Bakanlar Kurulu'nun beklenmeyen hal ya da olağanüstü dönemlerde, kamu ihtiyaçlarını karşılama ve kamu yararını sağlama anlamında aldığı çeşitli önlemler, vermiş olduğu kararlarda bazı durumlarda sözkonusu olmaktadır. 2005 yılında yaşanan kuş gribi nedeniyle zarar görmüş olan kanatlı hayvan sektöründe faaliyet gösteren gerçek ve tüzel kişi üreticiler hakkında T.C. Ziraat Bankası A.Ş. ve Tarım Kredi Kooperatifleri'ne olan tarımsal kredi borçlarının ertelenmesi ve söz konusu üreticilere yeni kredi açılmasına ilişkin kararın yürürlüğe konulması ile ilgili Bakanlar Kurulu'nca alınan karar, bu durumlara bir örnektir[197].

Öte yandan ekonomik krizler ortamında da devletin genellikle para ve maliye politikası araçlarından yaralanarak ekonomiye müdahale ettiği görülmektedir[198]. Örneğin merkez bankalarının faiz indirimine giderek, talepteki daralmayı aşmaya çalışması gibi para politikası önlemleri; kamu harcamalarında artış ve vergi oranlarında indirim gibi

[196] Tan, Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, s.123.

[197] 16.02.2006 tarih ve 26082 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 30.01.2006 tarih ve 2006/9994 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi.

[198] 1988 yılında ekonomiye yapılan önemli bir müdahale "ekonomide şok tedavisi" olarak nitelenen 4 Şubat kararlarıdır. Bkz. Yıldırım, Türk İhracat Rejimi, s.20.

maliye politikası önlemleri devletin kriz anlarındaki ekonomik müdahale araçlarıdır[199]. Son dönem krizinin çözümünde hükümetin aldığı önlem paketleri arasında en etkili olanlarından birisi ÖTV ve KDV oranlarında indirim yapılması olmuştur[200].

Devletin ekonomiye müdahalesi tüm pozitif hukuk alanlarının ilgisi içinde bulunmaktadır. Zira devlet ekonomiye müdahaleyi hukuk kuralları aracılığı ile gerçekleştirmektedir. Bu bakımdan hem özel hukuk ve hem de kamu hukukunun dalları, devlet müdahalesini çeşitli yönleri ile incelemiştir. Çalışmamız açısından bu kapsamda geniş bir inceleme yapmaya olanak bulunmamaktadır. Bu açıdan devletin ekonomiye müdahalesi, iktisadi kamu teşebbüslerinin hâkim durumlarının kötüye kullanılması bakımından değerlendirilecektir.

B. İdarenin İktisadi Faaliyet Yürütmesi

İktisadi faaliyetlerin sürekliliği, toplumun huzur ve refahının korunması adına en elzem kamu ihtiyacı olarak karşımıza çıkmaktadır. Hükümetler bakımından "ekonomiden sorumlu" devlet bakanlıklarının da kurulması, bu ihtiyaca siyasal iktidar tarafından verilen önemin ciddiyetini genel olarak göstermektedir. Ancak her ne kadar iktidardaki hükümetlerin konuya ilişkin olarak yapmış oldukları faaliyetler giderek artsa da, ekonomik sorunların tamamen ortadan kalkmadığı bir gerçektir[201]. Ekonominin yönetilmesinde, teknik bilginin kullanılmasındaki zorluğun yanısıra dağınık şekilde bir yönetimin varlığı; eşgüdümünün sağlanması için kurulması gereken yeni organlara olan

---

[199] İbid., s.8.

[200] Bkz. "*2017/9759 488 Sayılı Damga Vergisi Kanununa Ekli (1) Sayılı Tabloda Yer Alan Bazı Kağıtlara İlişkin Damga Vergisi Oranının Belirlenmesine, Mal ve Hizmetlere Uygulanacak Katma Değer Vergisi Oranlarının Tespitine İlişkin Kararda Değişiklik Yapılmasına, İndirimli Orana Tabi İşlemlerde İade Edilecek Verginin Alt Sınırının Tespitine ve 4760 Sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununa Ekli (II) ve (IV) Sayılı Listelerde Yer Alan Bazı Mallarda Uygulanan Özel Tüketim Vergisi Oranının Belirlenmesine Dair Kararın Yürürlüğe Konulması Hakkında Karar*", (R.G., T.03 Şubat 2017, S.29968).

[201] Tan, Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, s.121.

ihtiyacın artmasına neden olmakta ve gerek faaliyeti yürütme, gerekse de danışma mekanizmalarının kurumsallaştırılması gereksinimini meydana getirmektedir[202].

Devlet tüzel kişiliğinin başında olan hükümetin ekonominin yönetimi konusundaki faaliyetleri, aynı zamanda onun ekonomik sorumluluğu anlamına da gelmektedir. (Anayasa 112. madde). Bu doğrultuda ekonomik alanın düzenlenmesi adına işlevsel yetkilere sahip olan Bakanlar Kurulu'nun iktisadi kamu hizmetlerinin yürütülmesi bakımından da çeşitli faaliyetlerde bulunduğunu görebilmekteyiz. Bu tip kamu hizmetlerinin yürütülmesi için karar alabilme yetkisi ya da doğrudan hizmetin kurulabilmesi adına faaliyet yürütme yetkisi, çeşitli kanunlarla Bakanlar Kurulu'na tanınabilmektedir.

1982 Anayasası, "*mali ve ekonomik hükümler*" başlığı altında ekonomik yaşama ilişkin hükümlere de yer vermiş bulunmaktadır. Bu kısımda ekonomik hükümler arasında "*planlama*" (166. madde) ve "*piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi*" (167. madde) konusundaki hükümler, ekonomik alanda devletin düzenleyici ve denetleyici işlevleri arasındadır.

Planlama başlıklı 166. maddeye göre "*Ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı, özellikle sanayiin ve tarımın yurt düzeyinde dengeli ve uyumlu biçimde hızla gelişmesini, ülke kaynaklarının döküm ve değerlendirilmesini yaparak verimli şekilde kullanılmasını planlamak, bu amaçla gerekli teşkilatı kurmak Devletin görevidir.*" Planda millî tasarrufu ve üretimi artırıcı, fiyatlarda istikrar ve dış ödemelerde dengeyi sağlayıcı, yatırım ve istihdamı geliştirici tedbirler öngörülür; yatırımlarda toplum yararları ve gerekleri gözetilir; kaynakların verimli şekilde kullanılması hedef alınır. Kalkınma girişimleri, bu plana göre gerçekleştirilir. Bu hükümler, devletin iktisadi faaliyetlerinin Anayasal çerçevelerinden birisini oluşturmaktadır.

Piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi başlıklı 167. maddeye göre ise "*Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu doğacak*

[202] Bu kapsamdaki geniş bilgi için bkz. **Kamu Yönetimi Araştırması, Mali ve Ekonomik Kuruluşlar Araştırma Grubu Raporu**, TODAİE yayını, Ankara, 1992.

tekelleşme ve kartelleşmeyi önler." Maddede aynı zamanda dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek malî yükümlülükler koymaya ve bunları kaldırmaya kanunla Bakanlar Kuruluna yetki verilebileceği de öngörülmüştür. Bu hükümler "*Devletin ekonomik hayatın işleyişini düzenlemek, gerektiğinde bu alana müdahale konusunda görevli kılındığını ortaya koymaktadır*"[203].

Devlet ekonomik faaliyetleri sırasında anayasada, kanun, kanun hükmünde kararname, tüzük ve yönetmelik şeklinde yer alan hukuk kurallarının yanısıra uygulamada karar, tebliğ, genelge, sirküler, esaslar gibi değişik isimler taşıyan düzenleyici işlemlerle iktisadi faaliyetlerini yaygın biçimde sürdürmektedir.

[203] AYM, 4.3.1986 tarih ve E.1985/16, K.1986/5, RG. T.9.5.1986, S.19102.

III. İKTİSADİ KAMU HİZMETLERİNİN AKTÖRLERİ

A. Merkezi İdare

Merkezi idare, "*Bakanlar Kurulu*", "*Başbakanlık*" ve "*Bakanlıklar*"ın organizasyonunda var olan yönetsel yapıdan oluşmaktadır.

Bakanlar Kurulu, Cumhurbaşkanı ile birlikte "*yürütme organı*"nı oluşturmaktadır. Ancak 1982 Anayasasının 112. maddesine göre "*hükümetin genel siyasetinin*" yürütülmesinden Başbakan ile bakanlar birlikte sorumludur. Yukarıda da ifade edildiği üzere Anayasanın 167. maddesi dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek malî yükümlülükler koymaya ve bunları kaldırmaya kanunla "*Bakanlar Kurulu*"na yetki verilebileceğini öngörmektedir. Ekonomik alanı düzenleyen çok sayıda kanunla da Bakanlar Kurulu çeşitli şekillerde yetkilendirilmiştir[204].

10.10.1984 tarih ve 3056 sayılı "*Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun*" ile de Başbakanlığın teşkilat yapısı ortaya konulmuş bulunmaktadır. Teşkilat yapısı içinde yer alan Ekonomik, Sosyal ve Kültürel İşler Başkanlığı (14. madde) diğer görevlerinin yanısıra "*bakanlıklar, kamu iktisadi teşebbüsleri, diğer kamu kurum ve kuruluşları ve ilgili özel kuruluşlar arasında ekonomik ve mali işler ile ilgili alanlarda koordinasyonu sağlamak, ekonomik ve mali konulardaki gelişmeler ve karşılaşılan meseleler hakkında inceleme ve araştırmalar yapmak ve yaptırmak, bunları değerlendirmek ve teklifler hazırlamak*" görevleri ile donatılmıştır.

Aynı şekilde Başbakanlığa bağlı "*Ekonomi Koordinasyon Kurulu*" (Ek 9. madde), "*a) Ekonomik istikrarla ilgili gelişmeleri izlemek ve değerlendirmek. b) Para, kredi, finans, maliye, borçlanma, gelirler ve diğer ekonomi politikaları ile plan ve programların tespitinde, uygulanmasında ve güncelleştirilmesinde koordinasyonu sağlamak. c) Küresel*

[204] Örneğin, 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 16/1, 22/b, 111/2,3, 55/2,3 vb. maddeleri, 2976 sayılı Dış Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 3. maddesi, 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası Kanunu'nun 4. maddesinin çeşitli bentleri, vb. kanunlar.

ve ulusal ekonomi ile ilgili gelişmeleri izlemek, değerlendirmek, gerektiğinde araştırmalar yapmak veya yaptırmak. ç) Ekonomik güvenlik ve ekonomik savunmaya ilişkin ilke ve esasların tespitinde, uygulanmasında ve güncelleştirilmesinde koordinasyonu sağlamak. d) Gerektiğinde, gelir azaltıcı veya harcama artırıcı önerileri değerlendirmek, uygun görülenler hakkında etki analizlerini yapmak veya yaptırmak. e) Devlet yardımları politikalarının tespitinde, uygulanmasında ve güncelleştirilmesinde koordinasyonu sağlamak. f) Kurul kararlarının uygulama süreçlerini izlemek, değerlendirmek; sonuçları ilgili bakanlık, kamu kurum ve kuruluşlarına bildirmek ve Başbakana sunmak" görevlerini yerine getirmektedir.

Başbakanlığa bağlı kuruluşlar "*Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı*", "*Hazine Müsteşarlığı*" ve Hazine Müsteşarlığı içinde örgütlenmiş "*Kamu Finansmanı Genel Müdürlüğü*", "*Kamu Sermayeli Kuruluş ve İşletmeler Genel Müdürlüğü*", "*Dış Ekonomik İlişkiler Genel Müdürlüğü*", "*Mali Sektörle İlişkiler ve Kambiyo Genel Müdürlüğü*", "*Sigortacılık Genel Müdürlüğü*", "*Ekonomik Araştırmalar Genel Müdürlüğü*" ve "*Devlet Destekleri Genel Müdürlüğü*"nden oluşmaktadırlar.

Bu yapı ve "*çeşitli yasal ve idari düzenlemeler ile verilen görev ve yetkilerle Başbakanlığın, bir "hizmet bakanlığı" ve özel olarak da "Ekonomi Bakanlığı" konumuna getirildiğini söylemek yanlış olmaz.*" [205]

Merkezi idarenin önemli organlarından birisi de bakanlıklardır. Ekonomik yapının yöneticileri sıfatıyla önemli bakanlıklar ise "*Maliye Bakanlığı*", "*Sanayi ve Ticaret Bakanlığı*", "*Tarım ve Köyişleri Bakanlığı*", "*Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı*"dır. Ayrıca çeşitli ekonomik görevler yüklenmiş bulunan "*Devlet Bakanlıkları*" bu organlar arasında yer alır.

[205] Tan, Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, s.124.

B. 233 Sayılı KHK Kapsamındaki Kamu İktisadi Teşebbüsleri

1. Kamu İktisadi Teşebbüsü Kavramı

Devletin toplumsal hayat ile ekonomik boyut açısından ilgilenmesi, yani ekonomik alana müdahalesi yeni bir olgu olmayıp, eski dönemlerden beri süre gelen bu tip etkinlikleri karşımıza çıkmaktadır.

Merkezi sistem (*üretim kaynaklarına devletin sahip olduğu, üretimi doğrudan doğruya devletin yaptığı neyin, ne kadar, nasıl üretileceği merkezi planlama ile belirlenen sistem*[206]) ile kapitalist sistemin (*üretim kaynaklarına girişimci bireylerin sahip olduğu, kendi çıkarları doğrultusunda bunları kullandığı ve üretimi, arz ve talep koşullarına göre belirlenen fiyat mekanizması doğrultusunda yaptıkları sistem*[207]) karması olan "*karma sistem*"de, emek, sermaye, doğal kaynak gibi üretim kaynaklarının bir kısmına devletin bir kısmına ise bireylerin sahip olması, üretim planlaması açısından piyasa koşulları ile beraber siyasilerin karar vermesi söz konusudur[208]. Bu nedenle gerçek anlamda devlet müdahalesi için kullanılan sistemin karma sistem olması sonucu, özellikle toplumsal refahın artırılması amaçlanmaktadır.

Devlet karma sistemi uygulama anlamında, ekonomik alanda kimi zaman düzenlemeler yaparken, kimi zamanda özel hukuk kişiler (girişimciler) tarafından karşılanmayan toplumsal ihtiyaçları gidermek amacıyla teşebbüsler kurmak zorunda kalmıştır[209].

Tarihte ilk olarak, iktisat literatüründe Richard Cantillon tarafından müteşebbis kavramının kullanıldığını görmekteyiz[210]. Cantillon, ekonominin belli bir dengeye

---

[206] Ahmet Kılıçbay, **Türkiye'de Piyasa Ekonomisi**, İstanbul Üniversitesi Yayın No:3303, İstanbul, 1985, s.8-11.

[207] Özhan Çetinkaya, **Türkiye'de Kamu İşletmeciliği ve Özelleştirme**, 3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2012, s.17.

[208] İbid., s.19.

[209] Bülbül, Kamu İştirakleri, s.1.

[210] Murat Nişancı, "*Müteşebbis – Piyasa Etkileşimi ve Ekonomik Dengesizliğin Çözümünde Müteşebbisin Rolü*", **AÜEHFD**, C.VIII, S. 1-2, 2004, s.610.

ulaşmak için işleyen ve birbiri ile karşılıklı bağımlı organize piyasa sistemi olduğunu belirtir. Bu sistemde girişimci faaliyetler rekabetin ve karşılıklılığın esasını oluşturmaktadır. Sistemin uygunluğu, toplumda bulunan tüm mübadele ve dönüşümü yapan ve kendi çıkarlarını gözeten müteşebbislerin serbest davranışı ile sağlanabilir. Girişimci davranışları belirleyen unsurlar olan değer biçme (appraisement), girişme (undertaken) ve belirsizlik üstlenme (uncertanity bearing) dikkate alındığında, serbest karar ortamının mevcudiyeti ve korunması yüksek önem arz etmektedir[211].

Teşebbüs kavramının ekonomi biliminde önemli bir yere sahip olması ve sistemli bir şekilde gelişime uğraması, kendisini 1910'lardan sonra göstermektedir[212]. I. Dünya Savaşı sonrası Fransa'sında, toplumun ihtiyaçlarını karşılamak adına Devlet, kamu girişimleri kurarak doğrudan işletmeye başlamıştır[213]. Özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, Fransa'da yükselen devletleştirme hareketlerinin etkisi ve Devlet işlevlerinin çeşitlenerek yaygınlaşması sonucu, ekonomik liberalizm yerini yönetilen ekonomiye bırakmıştır[214]. Benzer bir şekilde, ABD'de de, iktisadi ve sınai devlet teşekküllerinin sayısı artmış olup, Devletin ekonomik hayatın düzenlenmesi üzerindeki etkisini hissedilir şekilde görmekteyiz[215].

Sanayinin ve toplumsal hizmetlerin devleştirilmesinde önemli bir örnek ise İngiltere'dir. İngiltere'de 1945'ten sonra, birçok teşebbüs, sanayinin devleştirilerek geliştirme aracı olarak, yasama organının çıkarmış olduğu kanunlarca kurulmuştur[216]. Örneğin Ulusal Kömür Kurulu (*National Coal Board*) kurulmuş olup, sanayinin gelişmesi açısından öneme sahip olan kömür ve yakıt kaynağı Devlet tarafından sağlanmaya

---

[211] İbid., s.611.

[212] Sadık Baklacıoğlu, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara, 1976, s.10.

[213] A. Delion, **Le Droit des Enterprises et Participations Puliques**, LGDJ, Systémes, 2003, s.13'den aktaran: Bülbül, s.2.

[214] P. Delvolve, **Droit Public de L'économie**, Dalloz, 1998, s.21'den aktaran: Bülbül, s.3.

[215] Vakur Versan, **Kamu Yönetimi**, İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi, Nihat Sayar Yayın ve Yardım Vakfı Yayınları, 4.Bası, 1987, s.249.

[216] Hade / Forsyth, s.113.

çalışılmıştır[217]. Ayrıca yine kömürün sağlanmasında olduğu gibi, sanayinin gelişimi ile bağlantılı olan demir-çelik ihtiyacının karşılanması adına Demir ve Çelik Kurulu (*Iron and Steel Board*) kurularak, sadece demir ve çelik üretimi değil, aynı zamanda demir çelik sanayinde çalışanların denetimi, ithalat ve ihracatı ile fiyat belirleme fonksiyonları kendisine verilmiştir[218]. Sanayiye kaynak arayışı ve geliştirilmesi adına devleştirme çalışmaları aynı şekil ve düzende devam etmiş ve ilgili teşebbüslerin kurulması hızlanmıştır[219].

İngiliz hukukunda yeni bir yapı olmayan kamu iktisadi teşebbüsleri, *Ad hoc* bir idari yöntem anlayışına sahiptir[220]. Diğer bir deyişle, çoğunlukla kuruldukları amaca özel olarak faaliyet gösteren bu yapılar, esas olarak kanun ile kurulup idare hukuku kuralları ve ilkeleri dâhilinde faaliyetlerini yürütürler[221]. Bu sisteme benzer bir yapı, Türk hukuk sisteminde de yer almış ve benzeri özellikler ile faaliyet yürütmektedir.

2. Türk Hukukunda Kamu İktisadi Teşebbüs Kavramı ve Ortaya Çıkışı

Günümüzde devlet bir "girişimci" olarak iktisadi faaliyetlerde bulunmaktadır[222]. Devletin, özellikleri ve unsurları açısından ekonomik ve sosyallik arz eden ve eskilerden beri yürütmekle sorumlu olduğu "klasik kamu hizmetleri" dışında kalan alanlara girmesi söz konusudur[223]. Bu iktisadi alanlardaki faaliyetleri ise teşebbüsleri eliyle yürütmektedir.

Devletin, ekonomik anlamda ağırlık basan faaliyet alanlarında (bankacılık, ticaret, sanayi madencilik, tarım vb.) doğrudan doğruya kamu sermayesi veya kamu sermayesinin katkısıyla oluşturduğu kamu kurumları ***kamu iktisadi teşebbüsleri*** (***KİT***'ler) başlığı

---

[217] İbid., s.113.

[218] William A. Robson, **Nationalized Industry and Public Ownership**, George Allen & Unwin Ltd, London, 1960, s.53.

[219] Hade / Forsyth, s.113.

[220] J. A. G. Griffith & H. Street, **Principles of Administrative Law**, Fifth Edition, Pitman Publishing, London, 1973, s.275.

[221] İbid., s.276.

[222] Gözübüyük / Tan, s.315.

[223] Turan Yıldırım, **Türkiye'nin İdari Teşkilatı**, Alkım Yayınevi, 4. Basım, İstanbul, Mart 2005, s.250.

altında bulunmaktadırlar[224]. Bu kurumlar kanunla ya da kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak kurulan tüzel kişiliklerdir[225].

Kamu iktisadi teşebbüsleri, hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları içinde, faaliyet alanları bakımından da "*milli kamu kurumları*" ve "*mahalli kamu kurumları*" başlıkları altında yer bulabilirler[226]. Milli kamu kurumları, devletçe (merkezi yönetim idaresince) kurulan ve yine aynı idarenin vesayet denetimi ile denetlenen, ülke çapında hizmet veren kurumlardır. Bunlara örnek olarak TCDD ve PTT gösterilebilir.

Mahalli kamu kurumları ise mahalli (yerel) idarelerce kurulup vesayet denetimleri altında bulunan ve kamu hizmeti gören kurumlardır. Bu tip kurumlara örnek olarak ise, İETT ve İSKİ verilebilir. Ancak doktrinde, belediyelerin kurmuş oldukları ve ayrı kamu tüzel kişiliklerine sahip olan bu tip iktisadi teşebbüsler, "*belediye iktisadi teşebbüsü*" (BİT) olarak adlandırılarak, kamu iktisadi teşebbüsü kapsamının dışında oldukları belirtilmektedir[227]. Özel bir konuma sahip olan bu teşebbüsler[228], ileriki konularda özellikle vurgulanacak olan 08.06.1984 tarih ve 233 sayılı "Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname"nin "İstisnalar" başlıklı 58. maddesinde "… *İller Bankası Genel Müdürlüğü*[229] *ve İller Bankası Genel Müdürlüğü ile İl özel idareleri ve belediyelerin, sermayelerinin yarısından fazlasına tek başına veya birlikte sahip oldukları iktisadi teşebbüsler, bu Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine tabi değildir*" ifadesi ile kapsam dışı bırakılmışlardır. Diğer bir deyişle, ilgili KHK'da kamu iktisadi teşebbüsü olarak sayılmayan bu tip yerel iktisadi teşebbüsler, nitelikleri gereği BİT'ler olarak

---

[224] Atay, İdare Hukuku, s.368.

[225] Duran**, İdare Hukuku Ders Notları**, s.201.

[226] Atay, İdare Hukuku, s.367.

[227] Gözübüyük / Tan, s.297; Gözler, İdare Hukuku, C. 1, s.593.

[228] Gözübüyük / Tan, s.297.

[229] 8 Şubat 2011 tarih ve 6107 sayılı "*İller Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanun*"un 1/(1). maddesine göre, "*Bu Kanun ile düzenlenen hususlar dışında, özel hukuk hükümlerine tabi, tüzel kişiliğe sahip, anonim şirket statüsünde "İller Bankası Anonim Şirketi" unvanıyla bir kalkınma ve yatırım bankası kurulmuştur.* ***Bankanın kısaltılmış unvanı "İLBANK"tır*** *ve merkezi Ankara'dadır. Bankanın ilgili olduğu Bakanlık, Bayındırlık ve İskân Bakanlığıdır.*"

sınıflandırılmaktadırlar[230]. Yerel idarelerden ayrı kamu tüzel kişiliği bulunan "BİT"ler, ayrı bütçeye ve ayrı yönetim organlarına sahip olmaları nedeniyle diğer iktisadi teşebbüsler gibi 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu'na tabi olan teşebbüsler olarak nitelendirilmektedirler[231].

Kamu iktisadi teşebbüsleri de, özel kuruluşlara benzer şekilde piyasada mal ve hizmet pazarlaması yapabilmektedir. Özel hukuk kişilikleri ile aralarındaki fark ise, KİT'lerin kamu tüzel kişiliklerinden ötürü, mülkiyet durumlarıdır[232]. KİT'lerin mülkiyeti kamuya ait iken, özel kuruluşların mülkiyetleri ise özel hukuk kişilerine aittir.

Kamu iktisadi kuruluşlarının, kamu tüzel kişiliğine sahip olmalarına karşın, ekonomik ve ticari alanda faaliyette bulunmaları nedeniyle, özel hukuk kurallarına göre faaliyette bulunmaları gereği açıktır[233]. Personeli, mülkiyeti, sermayesi ve kamu gücünü kullanma yetkisine sahip olan KİT'lerin ayrıca özel hukuk kurallarına da tabi olması, ikili bir yapının mevcudiyetini ortaya çıkarmaktadır[234].

Tanımı ve kapsamı ile ilgili değişik görüşlere konu edilen KİT'ler, Devletin ekonomiye müdahale için kullandığı ve önem arz eden araçlarıdır. Devletin kamu teşebbüslerinin alanını genişletme arzusu, bu kurum veya kuruluşlar ile ekonomi üzerindeki etkinliğini artırmaktır[235]. Ayrıca Devlet bu sayede, ekonomiyi daha yakından denetleme amacına uygun hareket etmiş olacaktır[236].

KİT'lerle ilgili olarak ilk genel tanım, 1938 yılında 17.06.1938 tarih ve 3460 sayılı, "*Sermayesinin Tamamı Devlet Tarafından Verilmek Suretiyle Kurulan İktisadi*

---

[230] Enis Yeter, "*Belediyelerin İktisadi ve Ticari Teşebbüsleri*", **Türk İdare Dergisi**, Yıl: 65, Sayı: 400, Eylül 1993, s.85.

[231] Turgut Tan, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş 2. Basım, Ankara, 2013, s.166.

[232] Pınar Feyzioğlu Akkoyunlu, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri ve Özelleştirme**, Beta Basım A.Ş., İstanbul, Ekim 2011, s.7.

[233] Tan, İdare Hukuku, s.183.

[234] Yaşar, İdare Hukuku, s.546.

[235] Tan, Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, s.166.

[236] İbid., s.166.

Teşekküllerin Teşkilatıyla İdare ve Murakabeleri Hakkındaki Kanun"da yer almıştır[237]. Anılan Kanunda, sermayesinin tamamı Devlete ait olan ve kendi kanunlarında bu Kanuna tabi oldukları belirtilen, tüzel kişiliği haiz, idari ve mali yönden özerk ve sorumluluğu sermayeleri ile sınırlı kuruluşlar "*İktisadi Devlet Teşekkülü*" olarak tanımlanmıştır. Ayrıca, sermayelerinin en az yarısı 3460 sayılı Kanuna tabi iktisadi devlet teşekküllerine ait bulunan şirketlerin de bilançolarının düzenlenmesi ve denetimleri yönünden 3460 sayılı Kanun hükümlerine tabi olacağı belirtilmiştir.

"*Kamu İktisadi Teşebbüsleri*" ifadesi, Anayasal anlamda ilk kez 1961 Anayasası'nda kullanılmıştır. 1961 Anayasası'nın 127. maddesinde *"Kamu iktisadi teşebbüslerinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce denetlenmesi kanunla düzenlenir"* hükmü yer almışsa da, kavramının tanımı yapılmamıştır[238]. Anayasal anlamda kavramın tanımı ilk olarak 1982 Anayasası'nın 165. maddesi ile birlikte gelmiştir. Anayasa'nın "*Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Denetimi*" başlıklı 165. maddesinde "*Sermayesinin yarısından fazlası doğrudan doğruya veya dolaylı olarak Devlete ait olan kamu kuruluş ve ortaklıklarının Türkiye Büyük Millet Meclisince denetlenmesi esasları kanunla düzenlenir.*" hükmü yer almaktadır. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere kamu iktisadi teşebbüsü, ***sermayesinin yarısından fazlası doğrudan doğruya veya dolaylı olarak Devlete ait olan kamu kuruluş ve ortaklıklar*** olarak Anayasa'da kendisine yer bulmuştur. Denetimleri açısından ise, yasama organı tarafından çıkarılacak kanunlar ile belirleneceği hükmü, Anayasa 165. madde de yer almaktadır.

1982 Anayasası'nın ilgili diğer maddelerinde de, KİT'lerin oluşumu ve rolleri belirlenmiştir. Örneğin KİT'lerin özelleştirilmesine ilişkin olarak 47. madde, "*Devletin, kamu iktisadî teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller(in) kanunla*" gösterileceğini belirtmiştir. Bunun dışında Anayasa'nın 135. maddesinde; "*Kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadî teşebbüslerinde aslî ve sürekli görevlerde çalışanların meslek kuruluşlarına girme mecburiyeti*" aranmayacağı belirtilmiştir. Ayrıca Anayasa'nın 128. maddesinde; "*Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel*

[237] Giritli / Bilgen / Akgüner / Berk, s.420; Bülbül, s.4.

[238] Tan, İdare Hukuku, s.184.

idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür." hükmü bulunmaktadır. Bu hüküm ile KİT'lerin yönetim biçimi olarak, kamu hukuku tüzel kişiliği bir kez daha vurgulanmıştır.

KİT'ler hakkında yapılan ve Anayasal düzeyde olmayan ikinci genel düzenleme ise 1964 yılında 440 sayılı Kanunla yapılmıştır. 3460 sayılı Kanunun yerine çıkarılan 440 sayılı Kanunda da KİT'ler, iktisadi devlet teşekkülü adıyla yer almış ve *"Sermayelerinin yarısından fazlası tek başına veya birlikte Devlet'e (Genel ve Katma Bütçeli İdareler) ve iktisadi devlet teşekküllerine ait olup, iktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyet göstermek üzere kurulan ve kuruluş kanunlarında bu Kanuna (440) tabi olacakları belirtilen teşebbüslerdir."* şeklinde tarif edilmiştir[239]. Böylece KİT'lerin kapsamı genişletilmiştir.

3. Kamu İktisadi Teşebbüsü Türleri

Mevzuat ve doktrin kamu iktisadi teşebbüslerini çeşitli kategoriler altına almaktadır. Ancak güncelliği ve önemi açısından, yürürlükte bulunan 08.06.1984 tarih ve 233 sayılı "Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname" sınıflandırmayı belirgin hale getirmektedir. 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile kavram, İktisadi Devlet Teşekkülleri ve Kamu İktisadi Kuruluşlarının ortak adı olarak kullanılmıştır[240].

233 sayılı KHK ışığında değerlendirme yapıldığında öncelikle karşımıza, 233 sayılı KHK'ye tabi olan ve bu KHK'nin kapsamı dışında kalan kamu sermayeli kuruluşlar çıkmaktadır[241]. İlk grup olan ve 233 sayılı KHK kapsamı içinde kalan KİT'ler, sermayesi doğrudan doğruya devlete ait olanlar ve sermayesi bir başka KİT'e ait olanlar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Sermayesi doğrudan doğruya devlete ait olan KİT'ler, İktisadi Devlet Teşekkülleri (İDT) ile Kamu İktisadi Kuruluşları (KİK) iken; sermayesi bir başka

[239] Bülbül, s.4.

[240] Yaşar, İdare Hukuku, s.546.

[241] Bülbül, s.5.

KİT'e ait olan KİT'ler ise, Müessesler ve Bağlı Ortaklıklardır[242]. İkinci grupta yer alan KİT'ler ise, 233 sayılı KHK dışında kalan kamu sermayeli kuruluşlardır[243]. KHK'nın "İstisnalar" başlıklı 58. maddesinde belirtilen bu KİT'ler *numerus clauses* ilkesine bağlı olarak hükmün içerisinde sayılmıştır. Bu KİT'ler sırasıyla, *"Atatürk Orman Çiftliği, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Anonim Şirketi, Ereğli Demir ve Çelik Fabrikaları Türk Anonim Şirketi, Türkiye İş Bankası Anonim Şirketi, Devlet Sanayi ve İşçi Yatırım Bankası Anonim Şirketi, İller Bankası Genel Müdürlüğü ve İller Bankası Genel Müdürlüğü ile il özel idareleri ve belediyelerin, sermayelerinin yarısından fazlasına tek başına veya birlikte sahip oldukları iktisadi teşebbüsler*"dir.

233 sayılı KHK kapsamına giren ve girmeyen KİT'ler hakkında, kamu hukuku ve özel hukuk kurallarının uygulanması nedeniyle bir incelemenin yapılması gereklidir. Bu ölçüt, iki hukuk alanınca karma bir şekilde oluşturulan rekabet hukuku bakımından da önem arz etmektedir.

233 sayılı KHK kapsamına giren KİT'lerin yanısıra 233 sayılı KHK dışında kalmış ancak iktisadi kamu hizmeti niteliğindeki birçok faaliyeti nedeniyle hukukumuzda öneme sahip olan yerel iktisadi teşebbüslerin ayrıca değerlendirilmesi yapılacaktır.

a. İktisadi Devlet Teşekkülleri

İktisadi devlet teşekkülü (İDT), terim olarak ilk kez 1938 yılında çıkarılan 3460 sayılı kanunda yer almış olup, sermayesinin tamamının devlete ait olduğu belirtilmekteydi[244]. 233 sayılı KHK'nin 2. maddesinin 2. fıkrasına göre, "*İktisadi devlet teşekkülü "Teşekkül"; sermayesinin tamamı devlete ait, iktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyet göstermek üzere kurulan kamu iktisadi teşebbüsüdür*". Bu teşekküllerden bazıları; Ziraat Bankası, Boru Hatları ile Petrol Taşıma Anonim Şirketi (BOTAŞ), Devlet Malzeme Ofisi (DMO) ve Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi'dir (TEDAŞ).

[242] Günday, İdare Hukuku, s.540.

[243] Bülbül, s.5.

[244] Gözübüyük / Tan, s.317.

İDT'lerin, ekonomik gereklere uygun olarak, verimlilik ve kârlılık ilkeleri doğrultusunda kendi aralarında ve milli ekonomi ile uyum içinde çalışarak sermaye birikimine yardım etmek ve bu suretle daha fazla yatırım kaynağı yaratma amaçları bulunur[245]. KHK'nin 1. maddesinin 2. fıkrasına göre İDT'lerin "*ekonomik gereklere uygun olarak verimlilik ve karlılık ilkeleri doğrultusunda kendi aralarında ve milli ekonomi ile uyum içinde çalışarak sermaye birikimine yardım etmelerini ve bu suretle daha fazla yatırım kaynağı yaratmaları…*" gerekir.

İDT'ler idari yapı olarak iki organdan oluşmaktadırlar. Bunlar bir başkan ve beş üyeden oluşan yönetim kurulu ile teşekkülün yetkili ve sorumlusu olan genel müdürlük makamıdır. Yönetim kurulu, genel müdür başkanlığında toplanan ve teşekkül hakkında kararlar almaya yetkili organıdır. 233 sayılı KHK'nın 9. maddesi ile belirtilen ve teşekkülün en yetkili ve sorumlu karar organı olan yönetim kurulu, verimli ve kârlı olarak çalışmaların yürütülmesi için esasları ve işletme politikalarını belirlemek ile yükümlüdür[246]. Ayrıca yıllık planların oluşturulması ve bilanço ile netice planlarının hazırlanması için uzun vadeli çalışma program ve faaliyet raporları hazırlamakla yönetim kurulu yetkili ve sorumludur.[247].

Genel müdürlük ise ilgili bakanın teklifi üzerine ortak kararname ile atanan ve teşekkülün temsili için yetkili ve sorumlusu olan yürütme organıdır. Görev ve yetkileri 233 sayılı KHK'nın 13. maddesinde sayılmış olan genel müdürün başlıca görev ve yetkileri; teşekkülü yönetmek, teşekkülü idare ve yargı mercileri karşısında temsil etmek ve teşekkülün personelini atamaktır[248].

Ticari esaslara uygun şekilde faaliyet yürüten İDT'ler, kural olarak özel hukuk kurallarına tabi olmaktadırlar[249]. Kamu yararına faaliyet yürüten bu teşekküller, serbest piyasa aktörü olmanın kaçınılmaz sonuçları arasında yer alan özel hukuk kurallarına tabi

[245] İbid., s.317.

[246] Bülbül, s.18.

[247] Gözler, İdare Hukuku, C. 1, s.569.

[248] İbid., s.569.

[249] Yayla, İdare Hukuku, s.262.

olmaktan da kurtulamayacaklardır. Dolayısıyla kendileri hakkında rekabet hukuku kurallarının da uygulanacağı açıktır.

Son olarak İDT'ler sermayesi halka açık olmayan bir şekilde şirket olarak kurulabildikleri gibi anonim şirket olarak da kurulabilmektedirler[250].

b. Kamu İktisadi Kuruluşları

27/11/1994 tarih ve 22124 sayılı Resmi Gazete 'de yayınlanan "*Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun*"un 34. maddesi ile 233 sayılı KHK'nin KİK tanımında değişikliğe gidilmiştir. Bu değişiklik ile 233 sayılı KHK'nin 2. maddesinin 2. fıkrasına göre, *"Kamu iktisadi kuruluşu "Kuruluş"; sermayesinin tamamı Devlete ait olup tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri kamu yararı gözeterek üretmek ve pazarlamak üzere kurulan ve gördüğü bu kamu hizmeti dolayısıyla ürettiği mal ve hizmetler imtiyaz sayılan kamu iktisadi teşebbüsüdür*". Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere, kamu iktisadi kuruluşları (KİK), sermayelerinin tamamı devlete ait olan tekel niteliğinde mal ve hizmetleri kamu yararına uygun biçimde sunan kamu iktisadi teşebbüsleridir.

KHK'nin 1. maddesinin 2. fıkrasına göre, kamu iktisadi kuruluşları "*kendilerine verilen görev ve kamu hizmetlerini ekonomik ve sosyal gereklere uygun olarak verimlilik ilkesi doğrultusunda*" yürüten kuruluşlardır. Verimlilik esasına uygun bir şekilde hareket etmesi gereken KİK'lerin, İDT'ler gibi ayrıca kârlılık esaslarına göre hareket etmeleri beklenmez[251].

233 sayılı KHK'nin ekindeki listesinde yapılan değişiklik üzerine, Türk Hava Yolları, Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğü (ÇAY-KUR) ile Tarım İşletmeleri Genel Müdürlüğü KİK statüsünden çıkarılmıştır[252]. Bunlar dışında yeni düzenleme ile getirilen KİK statüsündeki kuruluşlar, T.C. Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü,

[250] Günday, İdare Hukuku, s.540.

[251] Gözübüyük / Tan, s.318; Gözler, İdare Hukuku, C. 1, s.570.

[252] Gözübüyük / Tan, s.318.

Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü, T.C. Posta İşletmeleri Genel Müdürlüğü (PTT) ve Kıyı Emniyeti ve Gemi Kurtarma İşletmesidir[253].

c. Müesseseler

233 sayılı KHK'nin 2. maddesinin 2. fıkrasına göre, "*Müessese; sermayenin tamamı bir iktisadi devlet teşekkülüne veya kamu iktisadi kuruluşuna ait olup, ona bağlı işletme veya işletmeler topluluğudur*". 15. madde de ise sermayesinin tamamı Devlet'e ait olan İDT ve KİK'ler'in işletmelerini müessese olarak teşkilatlandırabilecekleri belirtilmiştir.

Başlıca müessese örnekleri, TEKEL'e bağlı olan Tütün ve Sigara İşletmeleri Müessesesi ile İspirto ve İspirtolu İçkiler Müessesesidir.

Müesseselerin tüzel kişiliğe sahip olup olmadığı sorunsalı ise, ticaret sicillerine kayıt olmaları bakımından cevap bulmaktadır. Müesseselerin ticaret unvanı, çalışma alanı, idare merkezi, tahsis edilmiş sermayesi ve sorumluluğunun sermayesi ile sınırlı olması tüzel kişiliğinin bulunduğuna dair emareler olarak görülmektedir[254].

Müesseselerin tüzel kişiliğe yönelik diğer bir açıklama ise Danıştay tarafından yapılmıştır. Danıştay vermiş olduğu bir kararında, müesseselerin tüzel kişiliğe ve dolayısıyla dava açma ehliyetine sahip olduklarını ve bunları ilgilendiren işlemlere karşı müessesenin ait olduğu İDT veya KİK'in değil, bizzat ilgili müesseseye karşı dava açılması gerektiğini belirtmiştir[255].

d. Bağlı Ortaklıklar

233 sayılı KHK'nin 2. maddesinin 2. fıkrasına göre, "*Bağlı ortaklık; sermayesinin yüzde ellisinden fazlası iktisadi devlet teşekkülüne veya kamu iktisadi kuruluşuna ait olan işletme veya işletmeler topluluğundan oluşan anonim şirketlerdir*." Sermayesi karma

[253] Gözler, İdare Hukuku, C. 1, s.570.

[254] Bülbül, s.21.

[255] Dan. 7. D., E.1996/2649, K.1997/3541, T.16.10.1997, **Danıştay Dergisi**, S.95, s.486.

nitelikte olan kuruluş[256] şeklinde de tanımlanan bağlı ortaklıklar, bir müessesenin bağlı ortaklık haline getirilmesi; İDT veya KİK'lerin iştiraklerindeki hissesinin % 50'nin üstüne çıkması veya İDT veya KİK'lerin sermayesinde % 50'den fazla hisseye sahip olduğu yeni bir şirket kurulması şeklinde oluşur[257].

Başlıca bağlı ortaklık örnekleri olarak, Makine Kimya Endüstrisi Kurumu'na (MKEK) bağlı olan MÜHİMMAT-SAN-MKE A.Ş. ve Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları'na bağlı olan TCDD Taşımacılık A.Ş., TÜLOMS A.Ş., TÜDEMS A.Ş. ve TÜVAS A.Ş. verilebilir.

Anonim şirket olarak da kurulabilen bağlı ortaklıklar, genel müdür ve genel müdürün de üyesi olduğu yönetim kurulu ile idare edilirler. Bununla birlikte bağlı ortaklıkların kurulması, Bakanlar Kurulu kararı ile olmaktadır.

e. Kamu İştirakleri

233 sayılı KHK'nin 2. maddesinin 2. fıkrasına göre, "*İştirak; iktisadi devlet teşekküllerinin veya kamu iktisadi kuruluşlarının veya bağlı ortaklıklarının, sermayelerinin en az yüzde onbeşine, en çok yüzde ellisine sahip bulundukları anonim şirketlerdir*".

Kamu iştirakleri bakımından verilebilecek belli başlı örnekler ise MKEK'in iştiraki olan ROKET-SAN A.Ş., DMO'nun iştiraki olan MOM A.Ş.'dir.

İDT veya KİK ya da bağlı ortaklığın bir anonim şirkete iştiraki, ilgili İDT veya KİK'in önerisi üzerine Yüksek Planlama Kurulu kararı ile yapılabilmektedir. Bunun yanı sıra, bir müessesenin, İDT veya KİK yönetim kurulunun görüşü alınarak ve ilgili bakanlığın teklifi üzerine Yüksek Planlama Kurulu kararı ile iştirak haline getirilmesi de

[256] Bülbül, s.22.

[257] İbid., s.22.

mümkündür. Ayrıca iştiraklerin tasfiye, devir, satış ve işletme haklarının verilme kararı da, Yüksek Planlama Kurulu tarafından alınır[258].

4. Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Özellikleri

KİT'lerin ortak özelliklerinin incelenmesi bakımından bazı hususlar ön plana çıkmaktadır. Bunlardan ilki ise tüzel kişiliklerinin türü ve niteliğidir. Tüzel kişilikleri bakımından belediye iktisadi teşebbüsleri hariç olmak üzere kamu tüzel kişiliğine tabi oldukları bir gerçektir[259].

1982 Anayasasının 47. maddesinin 3. fıkrasına göre; "*(Ek fıkra: 13.8.1999 - 4446 / 1m.) Devletin, kamu iktisadî teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir*" ve 4. fıkrasına göre; "*(Ek fıkra: 13.8.1999 – 4446 / 1 m.) Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabileceği veya devredilebileceği kanunla belirlenir*". Belirtilen iki fıkradan da anlaşılacağı üzere, kamu iktisadi teşebbüslerinin tüzel kişiliklerinin mal varlıklarının özelleştirilmesi, görev ve yetkileri kanunlar çerçevesinde belirlenmektedir. Bu durum ise, idare hukukunun temel ilkelerinden biri olan kanuni idare ilkesi gereğince, KİT'lerin kamu tüzel kişiliklerine sahip olduklarının bir göstergesidir.

KİT'lerin sahip olduğu kamu tüzel kişiliğini gösteren bir başka kanıt ise, 233 sayılı KHK'nın da kendilerine sağladığı kamulaştırma yetkisidir[260]. Özellikle tek yanlı icrai bir yetenek olan kamulaştırma yetkisine sahiplik, kamu gücünü kullanma anlamında bir ölçüt olarak kullanılmaktadır[261].

---

[258] İbid., s.23.

[259] Günday, İdare Hukuku, s.544.

[260] 233 Sayılı KHK'nın "Diğer Haklar" başlıklı 61. maddesine göre; "*Gerekli taşınmaz mallar ile kaynak ve irtifak haklarını ilgili kanun hükümleri uyarınca kamulaştırma yetkisine sahiptirler*".

[261] Bülbül, s.80.

KİT'lerin bir diğer özelliği ise, merkezi idare bütçesi dışında bir bütçeye sahip olmalarıdır. Dolayısıyla 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu hükümlerine tabi değildirler[262]. Özerk bir bütçe yapısına sahip olan KİT'leri denetleme yetkisi ise TBMM ile Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu'na aittir.

Organik bakımdan Devlet tüzel kişiliği içerisinde yer almayan KİT'ler, 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa tabi değildir, bu teşebbüslerin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu çerçevesinde ihale açma yetkileri bulunmaktadır[263]. 4734 sayılı Kanunun 2. maddesi, "*Aşağıda belirtilen idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihaleleri bu Kanun hükümlerine göre yürütülür.*" ifadesinden sonra (b) fıkrasında "*Kamu iktisadi kuruluşları ile iktisadi devlet teşekküllerinden oluşan kamu iktisadi teşebbüsleri*"ni saymıştır.

Kamu tüzel kişiliklerinin bulunmasına rağmen KİT'ler hakkında karma hukuk sisteminin uygulandığını görmekteyiz. Diğer bir deyişle, özel hukuk alanına ilişkin konularda haklarında uygulanan kural ve esaslara tabidirler[264]. Bu bakımdan kimi özel hukuk kurallarına aykırı davranmaları sonucu haklarında çeşitli yaptırımların da uygulanabileceği belirtilebilir. Örneğin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümlerine aykırı davranışlarından dolayı denetime tabi tutulacakları ve bunun sonuncunda haklarında idari yaptırım uygulanabileceği de açıktır.

C. 233 Sayılı KHK Kapsamı Dışında Kalan Kamu İktisadi Teşebbüsleri

1. 233 Sayılı KHK'nın "İstisnalar" Başlıklı 58. Maddesi ile Belirlenmiş Olan Kamu İktisadi Teşebbüsleri

233 sayılı KHK ile çeşitli kategoriler altına alınmaya çalışılan KİT'lerin bir kısmı 233 sayılı KHK kapsamı dışında tutulmuştur. Özellikle 58. madde de vurgulanan

[262] Günday, İdare Hukuku, s.544.

[263] Gözler, İdare Hukuku, C. 1, s.572.

[264] Tan, İdare Hukuku, s.186.

KİT'lerin 233 sayılı KHK hükümlerine tabi olmayacağı belirtilmiştir[265]. İlgili maddeden yola çıkıldığında 233 sayılı KHK'ya tabi olmayan kamu iktisadi teşebbüslerini iki grupta toplamak mümkündür. Birinci grup, bankacılık faaliyeti yürüten kamu iktisadi teşebbüsleri iken ikinci grup bankacılık dışında faaliyet gösteren kamu iktisadi teşebbüsleridir[266].

58. maddede belirtilen bu teşebbüslerden, bankacılık alanında faaliyet gösterenler "*Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Anonim Şirketi*", "*Türkiye İş Bankası Anonim Şirketi*", "*Devlet Sanayi ve İşçi Yatırım Bankası Anonim Şirketi*" ve "*İller Bankası Genel Müdürlüğü*" şeklinde üç anonim şirket ve bir genel müdürlükten oluşmaktadır. İller Bankası Genel Müdürlüğü, 26.01.2011 tarihinde TBMM tarafından kabul edilen ve Resmi Gazete'nin 08.02.2011 tarihli nüshasında yayınlanan 6107 sayılı Kanun ile "*İller Bankası A.Ş.*" ismini almış ve bir anonim şirketine dönüştürülmüştür. Maddede belirtildiği üzere bu teşebbüsler 233 sayılı KHK hükümlerine tabi değildirler. Üstelik Kararnamenin Geçici 1. maddesine göre "*... bu Kanun Hükmünde Kararname'nin kapsamı dışında kalan teşebbüsler ve kurumları, kuruluş ve işleyişleri ile ilgili yeni bir düzenleme yapılıncaya kadar, kendi mevzuatına göre idare olunurlar*".

Bankacılık alanı dışında faaliyet gösteren teşebbüsler "*Atatürk Orman Çiftliği*", "*Ereğli Demir ve Çelik Fabrikaları Türk Anonim Şirketi*", "*İller Bankası Genel Müdürlüğü ile il özel idareleri ve belediyelerin, sermayelerinin yarısından fazlasına tek başına veya birlikte sahip oldukları iktisadi teşebbüsler*"den oluşmaktadır. Birinci grupta olanlar gibi bu iktisadi teşebbüsler de 233 sayılı KHK hükümlerine tabi değildirler. Aynı şekilde Kararnamenin Geçici 1. maddesine göre "*... bu Kanun Hükmünde Kararname'nin*

[265] 233 sayılı KHK'nın "İstisnalar" başlıklı 58. maddesinin 1. fıkrasına göre; "*Atatürk Orman Çiftliği, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Anonim Şirketi, Ereğli Demir ve Çelik Fabrikaları Türk Anonim Şirketi, Türkiye İş Bankası Anonim Şirketi, Devlet Sanayi ve İşçi Yatırım Bankası Anonim Şirketi, İller Bankası Genel Müdürlüğü ve İller Bankası Genel Müdürlüğü ile il özel idareleri ve belediyelerin, sermayelerinin yarısından fazlasına tek başına veya birlikte sahip oldukları iktisadi teşebbüsler, bu Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine tabi değildir.*"

[266] Bülbül, s.5.

kapsamı dışında kalan teşebbüsler ve kurumları, kuruluş ve işleyişleri ile ilgili yeni bir düzenleme yapılıncaya kadar, kendi mevzuatına göre idare olunurlar"[267] .

2. Yeni Bir Teşebbüs Oluşumu: Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketi

Dünyada çok uzun süredir birçok ülke tarafından kullanılmakta olan ulusal varlık fonları, Türkiye'de 2016 yılında gündeme gelmiş olup, "Türkiye Varlık Fonu", 19.08.2016 tarih ve 6741 sayılı "*Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketinin Kurulması İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*"la kurulmuştur.

Devlete ait çeşitli fon ve gelirlerin belirli bir yüzdesi alınarak oluşturulan Türkiye Varlık Fonu dev yatırımlara kaynak sağlamak için kurulmuştur. Aynı zamanda kısa vadeli şokların etkilerinin azaltılması, döviz kurları ve finansal piyasalardaki dalgalanmaların olumsuz etkilerinin bertaraf edilmesi, tasarrufların yatırımlara yönlendirilmesi, dev projelerin ve uzun vadeli yatırımların hayata geçirilmesine yardımcı olması amacıyla kurulan varlık fonu, ayrıca AR-GE, ileri teknoloji üretimi ve stratejik sektörlerin güçlendirilmesi ve bu yolla ekonomik büyüme ve kalkınma hedeflerinin gerçekleştirilmesini hedeflemektedir[268]. Kanunun 1. maddesi bu amaçları şöyle ifade etmektedir; "*Bu Kanunun amacı sermaye piyasalarında araç çeşitliliği ve derinliğine katkı sağlamak, yurtiçinde kamuya ait olan varlıkları ekonomiye kazandırmak, dış kaynak temin etmek, stratejik, büyük ölçekli yatırımlara iştirak etmek için Türkiye Varlık Fonu ve bu fona bağlı alt fonları kurmak ve yönetmek üzere Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketinin (Şirket) kurulması, yönetimi ve faaliyetlerine ilişkin esasları düzenlemektir*".

Ulusal varlık fonlarını genel olarak diğer kolektif yatırımlardan ayıran en büyük özelliği devlet kontrolü altında faaliyet göstermeleridir. 6741 sayılı Kanun'un 2. maddesi,

---

[267] İbid., s.6-18.

[268] "*İngilizcede sovereign wealth fund, Türkçede "refah fonu" veya "varlık fonu" adıyla yer alan bu araç ülkelerin resmi rezervleri dışında yer alan birikimlerini ifade etmektedir. Devletler, ellerinde bulunan varlıkları yurt içinde veya yurt dışında, ülke ekonomisine katkı sağlaması amacıyla uzun vadeli stratejik yatırım araçları olarak kullanmaktadır… Bunun yanı sıra diğerlerinden farklı olarak varlık fonları devlet kontrolü altındadır.*" Erdal Tanas Karagöl / Yusuf Emre Koç, **Dünyada ve Türkiye'de Varlık Fonu,** SETA Yayını, İstanbul, 2016, s.8-9.

Türkiye Varlık Fonu'nun Başbakanlığa bağlı bulunduğunu ve "*profesyonel yönetim ilkelerine göre yönetilen, özel hukuk hükümlerine tabi*" bir Anonim Şirket olduğunu ifade etmektedir. Anonim Şirket niteliği dolayısıyla da ticaret siciline tescil edilmiş bulunmaktadır.

Kanunun 3. maddesi uyarınca şirketin yapısı ve işleyişine ilişkin usul ve esaslar Bakanlar Kurulu tarafından belirlenir ve şirketin üç yıllık stratejik yatırım planı, yönetim kurulu tarafından hazırlanır ve Bakanlar Kurulunun onayı ile yürürlüğe girer.

6741 sayılı Kanunun 4. maddesine göre ise şirketin varlık fonu adına faaliyetlerini gerçekleştirebileceği işlemlere bakıldığında; özelleştirme kapsamında bulunan ve programa dahil edilen kuruluşların paylarının alım-satımı, yerli ve yabancı şirketlerin hisse senetleri, yabancı-kamu, özel sektör, kamu borçlanma araçları ve ihraççı paylarının alım-satımı, vadeli mevduat ve katılım hesabı işlemleri, hazine taşınmazları ve mevduat sertifikaları, altın ve diğer kıymetli madenler ile bunlara dayalı olarak ihraç edilen sermaye piyasası araçlarının alım-satımı, fon katılım payları, repo-ters repo işlemleri, kira ve gayrimenkul sertifikaları, Takasbank para piyasası işlemleri, özel tasarlanmış yabancı yatırım araçları ile ilgili işlemlerin yapılması, ulusal yatırımlar ile uluslararası alanlarda diğer devlet ve şirketler tarafından yapılacak yatırımlara iştirak edilmesi Türkiye Varlık Fonu'nun faaliyet alanları arasında yer almaktadır[269].

Bu noktadan hareket eden Bakanlar Kurulu, 5 Şubat 2017 tarihli Mükerrer Resmi gazetede iki ayrı kararname yayınlayarak, 6741 sayılı Kanunun 4. maddesi uyarınca, Türkiye Varlık Fonuna aktarılan kuruluş, kaynak ve varlıklar hakkındaki ekli 24.1.2017 tarih ve 2017/9756 sayılı ve 31.1.2017 tarih ve 2017/9758 sayılı kararların yürürlüğe konulmasını kararlaştırmıştır.

24.1.2017 tarih ve 2017/9756 sayılı kararnamenin eki Karar'ın 1. maddesi ile "*Mülkiyeti Hazineye ait ekli listede belirtilen taşınmazların, tahsislerinin kaldırılarak Türkiye Varlık Fonuna devredilmesi kararlaştırılmıştır. Söz konusu taşınmazlar, devir ve*

[269] İbid., s.18-19. Türkiye Varlık Fonuna devredilen varlıklar ve haklar ile Şirket tarafından gerçekleştirilen faaliyetler neticesinde elde edilen tescile tabi olabilen diğer her türlü değerin ilgili siciline veya kütüğüne Türkiye Varlık Fonu adına tescil edileceği Kanunun 5. maddesinde belirtilmiştir.

tescil işlemleri tamamlanıncaya kadar Maliye Bakanlığı tarafından yönetilmeye devam olunur." hükmü getirilirken; 2. maddesi ile Türkiye Varlık Fonuna aktarılan kuruluşlar "*Türkiye Cumhuriyeti Ziraat bankası Anonim Şirketi, Boru Hatları ile Petrol Taşıma Anonim Şirketi, Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı, Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketi, Borsa İstanbul Anonim Şirketi, Türksat Uydu Haberleşme Kablo Tv ve İşletme Anonim Şirketinin sermayelerinde bulunan Hazineye ait hisselerin tamamı, Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketinin % 6.68 oranındaki hazineye ait hissesi ile Eti Maden İşletmeleri genel Müdürlüğü ve Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğünün Türkiye Varlık Fonuna aktarılması kararlaştırılmıştır.*" şeklinde belirtilmiştir.

31.1.2017 tarih ve 2017/9758 sayılı kararnamenin eki Karar'ın 1. maddesi ile de "*Savunma Sanayii Destekleme Fonuna ait veya bu fonun tasarrufunda bulunan 3 milyar Türk Lirası tutarındaki kaynağın, en geç aktarım tarihini izleyen 3 ay içerisinde geri ödenmek kaydıyla Türkiye Varlık fonuna aktarılması kararlaştırılmıştır.*"

Kararname ile aktarılan taşınmaz, kaynak ve kuruluşların, *kamu iktisadi teşebbüsleri de dâhil,* Türkiye Varlık Fonuna aktarılmasından sonra kendine ait mevzuat, uygulama ve kısıtlamalara tabi tutulmayacakları 6741 sayılı Kanunun "*muafiyet ve istisnalar*" başlıklı 8. maddesinin 4. fıkrasında belirtilmiştir[270]. 8. maddenin 5. fıkrası ise "*... 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 22/1/1990 tarihli ve 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname, ... 2/4/1987 tarihli ve 3346 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri ile Fonların Türkiye Büyük Millet Meclisince Denetlenmesinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, ... 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, ... hükümler(i) Türkiye Varlık Fonu ve Şirket ile alt fonlar ve Şirket tarafından kurulan diğer şirketler hakkında uygulanmaz*." hükmünü getirmiştir. Bu hükümle birlikte Türkiye Varlık Fonuna aktarılan kaynak ve kuruluşların, *kamu iktisadi*

[270] "*(4) Şirket ve Türkiye Varlık Fonu ile Şirket tarafından kurulacak şirketler ve alt fonlar, kamu iktisadi teşebbüsleri de dâhil, sermayesinin yarısından fazlası kamuya ait olan veya özel kanunla kurulan kamu kurum, kuruluş ve ortaklıklarına uygulanan mevzuat, uygulama ve kısıtlamalara tabi değildir.*"

teşebbüsleri de dâhil, uygulamalarında, çalışmanın konusu açısından Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümlerine tabi olamayacağı açıktır.

D. Yerel Bir İktisadi Teşebbüs Türü: Belediye İktisadi Teşebbüsü

Yerel, diğer bir ismi ile mahalli ihtiyaçların karşılanması ve bu ihtiyaçlara uygun hizmetlerin yerine getirilmesinde kamu idarelerinin önemi her geçen gün artmaktadır. Bu kapsamda 1982 Anayasasının 127. maddesinde bu ihtiyaçların karşılanması adına kurulacak olan idareler ile ilgili sınıflandırma yapılmıştır. 1982 Anayasasının 127. maddesi mahallî idareleri, "*il*", "*belediye*" ve "*köy*" olarak üç sınıfa ayırmıştır. Ayrıca yine ilgili maddede bu idarelerin faaliyet amacı kesin bir biçimde, o mahalde yaşayanların müşterek ihtiyacının karşılanması olarak belirtilmiştir. Kuruluş, görev ve yetkilerini, kanunlardan[271] alan belediye ve köy idarelerinin yanı sıra 127. maddede il olarak belirtilen yerel idare niteliğindeki kamu tüzel kişisi, görev ve yetki kanununda[272] il özel idaresini olarak isimlendirilmektedir[273].

Nüfusun giderek artmasına paralel olarak kentleşmenin hızlanması, yerel idareler arasındaki hizmet sunma eğrisinin değişmesine neden olmuştur. Özellikle kırsal alandaki nüfusun şehirlere göç etmesi, bunun sonucu olarak köy hizmetleri yerine şehircilik hizmetlerine olan ihtiyacın giderek artması söz konusudur. Ayrıca büyükşehir belediyesi olan illerde il özel idarelerinin kaldırılması[274] belediyeler üzerinde yükü daha da artırmıştır[275]. Hizmet sunma anlamında iş yükü artan belediyelerin alışılagelmiş usul ve

---

[271] 3.7.2005 tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanunu, 10.7.2004 tarih ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu ve 18.3.1924 ve 442 sayılı Köy Kanunu.

[272] 22.2.2005 tarih ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu.

[273] Yıldırım / Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün / Tekinsoy, (*Bölüm: Hizmet Bakımından Yerinden Yönetim İdareleri, Yazar: Yıldırım*), s.96.

[274] 12 Kasım 2012 tarih ve 6360 sayılı On Dört İlde Büyükşehir Belediyesi Ve Yirmi Yedi İlçe Kurulması İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.

[275] Büyükşehir belediyesi olan illerde il özel idarelerinin kaldırılmasına ilişkin olarak daha fazla bilgi için bkz. Kemal Gözler, "*6360 Sayılı Kanun Hakkında Eleştiriler: Yirmi Dokuz İlde İl Özel İdareleri ve Köylerin Kaldırılması ve İlçe Belediyelerinin Büyükşehir İlçe Belediyesi Hâline Dönüştürülmesi Anayasamıza Uygun mudur*?", **Legal Hukuk Dergisi**, C. 11, Sayı 122, Bursa, Şubat 2013, s.37-82, (www.idare.gen.tr/6360-elestiriler.htm). (Erişim: 21.10.2015)

yöntemlerin dışına çıkarak çeşitli araç ve yöntemlere başvurması ise kaçınılmaz olmaktadır.

Özellikle son yıllarda örnekleri giderek artan ve mahalli ihtiyaçları gidermeye yönelik olan yeni usul ve yöntemler, teşvik edici düzenlemeler ile mevzuatta yer almaktadırlar. 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun "*Şirket Kurulması*" başlıklı 26. maddesi ile 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun yine aynı başlıklı 70. maddesi, ilgili belediyelere görev ve hizmet alanları ile sınırlı kalmak üzere şirket kurma yetkisi vermiştir[276]. İlgili mevzuat hükümlerinden sunulan bilgi ışığında, belediyelere ve büyükşehir belediyelerine özerk bütçeli olmak üzere şirket kurma yetkisi verildiği aşikardır. Bu yetki ile donatılan belediyelerin mahalli hizmeti sunmada güçlendikleri açık bir şekilde gözükmektedir[277]. İşte bu yetki kapsamında, belediyelerce kurulan veya yönetiminin belediyeler tarafından elde edilmesi şartıyla oluşturulan ve bağımsız bütçesi bulunan teşebbüsler, bazı mahalli hizmetlerin gördürülmesi amacını taşırlar. Sayılan bu özelliklere sahip olan teşebbüsler, doktrinde Belediye İktisadi Teşebbüsleri (BİT) olarak adlandırılırlar[278].

BİT'ler, KİT'lerden farklı olarak 233 sayılı KHK kapsamı dışında tutulmuştur. 233 sayılı KHK'nın "*İstisnalar*" başlıklı 58. maddesinde, "… *il özel idareleri ve*

[276] 5393 sayılı Belediye Kanunu 70. madde: "*Belediye kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usûllere göre şirket kurabilir*". 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu 26. madde: "*Büyükşehir belediyesi kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre sermaye şirketleri kurabilir. Genel sekreter ile belediye ve bağlı kuruluşlarında yöneticilik sıfatını haiz personel bu şirketlerin yönetim ve denetim kurullarında görev alabilirler. Büyükşehir belediyesi, mülkiyeti veya tasarrufundaki hafriyat sahalarını, toplu ulaşım hizmetlerini, sosyal tesisler, büfe, otopark ve çay bahçelerini işletebilir; ya da bu yerlerin belediye veya bağlı kuruluşlarının % 50'sinden fazlasına ortak olduğu şirketler ile bu şirketlerin % 50'sinden fazlasına ortak olduğu şirketlere, 8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine tabi olmaksızın belediye meclisince belirlenecek süre ve bedelle işletilmesini devredebilir. (Ek cümle:12/11/2012 - 6360/10 md.)Ancak, bu yerlerin belediye şirketlerince üçüncü kişilere devri 2886 sayılı Kanun hükümlerine tabidir*".

[277] Recep Bozlağan, "*Belediye İktisadi Teşebbüslerinin Özelleştirilmesinde Temel Sorun*", **Mevzuat Dergisi**, Yıl:7, S.73, Başar Mevzuat Bankası Yayınları, Ocak 2004, s.1. (http://www.mevzuatdergisi.com/2004/01a/05.htm). (Erişim: 25.12.2015)

[278] Gözübüyük / Tan, s.297; Gözler, İdare Hukuku, C. 1, s.591; Tan, Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, s.165; Yeter, s.85; Ahmet Berk, "*Yerel Hizmet Sunumu ve Belediye İktisadi Teşebbüsleri*", **Sayıştay Dergisi**, Sayı: 49, Ankara, 2003, s.47; Muhterem Dilbirliği, "*Belediye Şirketleri*", **Çağdaş Yerel Yönetimler**, C.4, Sayı:2, Mart 1995, s.65; Bozlağan, s.1.

belediyelerin, sermayelerinin yarısından fazlasına tek başına veya birlikte sahip oldukları iktisadi teşebbüsler, bu Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine tabi değildir." hükmü yer almaktadır. Hükümden de anlaşılacağı üzere, il özel idarelerinin ve belediyelerin belirtilen özelliklere sahip olan teşebbüslerine karşı 233 sayılı KHK'nın uygulanmayacağı açıktır.

Belediye iktisadi teşebbüslerinin kamu iktisadi teşebbüsü olarak sayılamayacağı hem 233 sayılı KHK'da hem de doktrinde açık bir şekilde belirtilmesinin yanı sıra tüzel kişiliklerinin niteliğini belirlemede görüş farklılıkları bulunmaktadır. Özellikle doktrinde bu teşebbüslerin kamu tüzel kişiliğinin olup olmadığı tartışma konusu olmaktadır. Örneğin İstanbul Büyükşehir Belediyesi tarafından kurulan İstanbul Halk Ekmek A.Ş., KİPTAŞ A.Ş., Hamidiye A.Ş., İDO A.Ş., İSFALT A.Ş., İGDAŞ A.Ş. ve benzeri işletmeler ile özel kanunlarla kurulmuş olan İstanbul'daki İETT[279] ve İSKİ[280], Ankara'da ise EGO[281] teşebbüslerinin ilgili belediyelerin vesayet yönetimi altında oldukları da ifade edilmektedir[282]. Kamu hizmetini yürütmekle yükümlü olan bu teşebbüslerin, ayrı bütçelerinin olduğu açık bir şekilde belirtilirken, her birinin belediyeden ayrı birer kamu tüzel kişisi olduğu ve bunların mahalli sınırlar çerçevesinde görevlendirilmiş kamu kurumları oldukları yorumu yapılmaktadır[283].

Öte taraftan doktrindeki ağırlıklı görüşe göre, Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun "*Şirket Kurulması*" başlıklı 26. maddesinde "*büyükşehir belediyesi kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre sermaye şirketleri kurabilir*" hükmü ile BİT'lerin niteliklerinin kamu kesiminde yer alan ve sermayesinin

[279] 16.6.1939 tarih ve 3645 sayılı İstanbul Elektrik, Tramvay ve Tünel İdareleri Teşkilat ve Tesisatının İstanbul Belediyesine Devri Dair Kanun.

[280] 20.11.1981 tarih ve 2560 sayılı İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun.

[281] 16 Kanunuevvel 1942 tarih ve 4325 sayılı Ankara Elektrik ve Havagazı ve Adana Elektrik Müesseselerinin İdare ve İşletmeleri Hakkında Kanun.

[282] Gözler, İdare Hukuku, C. 1, s.593.

[283] İbid., s.593.

belediyelere ait olan özel hukuk tüzel kişileri olduğu açıktır[284]. Bunun nedeni, BİT'lerin özel hukuk hükümlerine göre kurulmaları ve yürüttükleri faaliyetlerde ticari amaç niteliği taşımalarıdır[285]. Bu bakımdan kamu hizmeti eğiliminden çıkılarak ticari nitelikte yürüttükleri faaliyetlerden ötürü bu teşebbüslerin 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun[286] kapsamında özelleştirilmesi ve özel hukuka tabi olarak faaliyetlerini devam ettirmeleri gereği de ortaya çıkmaktadır[287].

Belediyeler tarafından kurulup, yönetimleri de belediyelerce yürütülen bu teşebbüslerin belediye bütçesinden bağımsız olmaları zorunludur[288]. Belediyelerin görev alanı kapsamında faaliyet gösteren BİT'ler hakkında 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu[289] hükümlerinin uygulanması da, BİT'lerin özel hukuk niteliği taşımalarını gösteren ayrı bir unsurdur[290]. Yine özel hukuka tabi olmaları bağlamında BİT'ler hakkında 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanması da kaçınılmazdır[291].

---

[284] Tan, Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, s.165; Melikşah Yasin, **Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi**, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., Ankara, 2006, s.181; Yeter, s.47; Dilbirliği, s.65; Bozlağan, s.1.

[285] Yasin, Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi, s.181.

[286] 24.11.1994 tarih ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un "*Mahalli İdarelerde Özelleştirme Uygulamaları*" başlıklı 26. maddesi, "*Belediye ve il özel idarelerine ait ticari amaçlı kuruluşlar ile pay oranlarına bakılmaksızın her türlü iştiraklerindeki paylarının özelleştirilmesine ilişkin işlemler bu Kanundaki esaslara göre, yetkili organlarınca belirlenir ve yürütülür*." hükmünü içermektedir.

[287] Mahalli idarelerde uygulanan özelleştirme uygulamaları için bkz. Yasin, Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi, s.180-183.

[288] Bozlağan, s.1.

[289] 13.1.2011 tarih ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu.

[290] Bilal Eryılmaz, "*Belediye Hizmetlerinin Yürütülmesinde Alternatif Kurumsal Yöntemler*", **Türk İdare Dergisi**, Yıl:61, Sayı:382, Mart 1989, s.53.

[291] Tan, Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, s.166.

IV. DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KAMU KURUMLARININ İKTİSADİ KAMU HİZMETLERİNDEKİ YERİ

A. Düzenleyici ve Denetleyici Kurum Kavramı

Günümüzün karmaşıklaşan sosyal ve siyasal ilişkileri arasında bireyin kamu gücü karşısında korunmasını sağlayacak dengenin oluşturulması için çağdaş demokratik hukuk devletinde yeni kamusal kurumlara ihtiyaç duyulmaktadır. Bu kurumlardan birisi de çalışmanın konusunu oluşturan "*Rekabet Kurumu*"nun da arasında bulunduğu "Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar"dır[292].

İlk olarak ortaya çıktığı yer olan ABD'de "*independent regulatory agencies*", İngiltere'de "*quangos*" (*quasi autonomous non-governmental organizations*) olarak adlandırılan düzenleyici ve denetleyici kurumlar için, "*bağımsız düzenleyici kurumlar*", "*bağımsız idari kurumlar*", "*bağımsız üst kurullar*" "*bağımsız idari otoriteler*" gibi terimler de kullanılmaktadır. Kamusal yaşamın duyarlı alanları olarak nitelendirilen iletişim, medya, finans, bankacılık gibi sektörlerde ortaya çıkan düzenleyici ve denetleyici kurumlar, belli bir alana ilişkin olarak yürütme ve yargı erklerinin kimi özelliklerini taşımaları nedeniyle ülkelerin idari yapılanmalarında karmaşık bir alanı temsil etmektedir. Merkezi yönetimin vesayet denetimine tabi olmayan ve çok geniş yetkilerle donatılan bu kurumların klasik idari yapılanma içindeki yeri tartışma konusu olmaktadır[293].

Düzenleyici ve denetleyici kurumlar, "*toplumsal yaşam için özel bir önem ve duyarlılık taşıyan, temel hak ve özgürlükler ile ekonomik ve sosyal sektörlerde veya alanlarda düzenleme, denetleme ve yönlendirme faaliyetinde bulunan, kararları üzerinde hiçbir makam ve merciin etkisinin olmadığı, karar organları özel güvencelere sahip, mali*

---

[292] Ülkeden ülkeye farklı özellikler göstermekle birlikte, esas olarak siyasal iktidar ve ekonomik güç odaklarından gelebilecek tehlikelere, yeni teknolojilerin ve mali araçların olası tehditlerine karşı, birey özgürlüklerini ve ekonomik düzeni korumak, devletin yerine getirmesi gereken bir işlev olarak ortaya çıkmıştır. Bunu gerçekleştirmek üzere müdahale, baskı ve etkiden uzak olarak faaliyet gösteren BİO'lar oluşturulmuştur. Ebru Öztürk, **Türk İdare Sisteminde Rekabet Kurumunun Yeri ve Diğer Bağımsız İdari Otoritelerle Karşılaştırılması**, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2003, s.9.

[293] İbid., s.7.

özerkliği haiz, özerk bütçeli kamu tüzel kişileri" olarak tanımlanmaktadır[294]. Geleneksel idari yapının dışında olan bu idari birimlerin bağımsızlıkları yasal düzeyde güvence altına alınmış olup, yasama organınca belirlenen sektörlerde düzeni ve hukuka uygunluğu koruma ve müdahale de bulunma yetkisine sahiptirler[295].

B. Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Ortaya Çıkışı

Düzenleyici ve denetleyici kurumların ortaya çıkış amacında, devlet tarafından piyasayı kontrol etme arzusu bulunduğu gözükmektedir. Doğrudan piyasanın içinde bulunmak yerine, piyasa ekonomisinin serbestleşmeye gitmesi üzerine, yeni bir idari yapının ortaya çıkması kaçınılmaz olmaktadır. Kamusal düzenlemelerin kaldırılması ya da en aza indirilmesi ile oluşan devlet denetim boşluğunun doldurulması adına kurulan idari bu yapılar ile devlet, ekonomiyi salt piyasa mekanizmasına terk etmemiş olacaktır[296].

Geniş anlamda özelleştirme uygulamalarının başlaması ve ekonomide "düzenlenmiş piyasa ekonomisi" politikasının etken olması, bağımsız olarak nitelendirilen bu yapıların ortaya çıkışına ve gelişmesine zemin hazırlamıştır[297].

Düzenleyici ve denetleyici kurumların ortaya çıkmasının en önemli nedeni, hassas ve teknik bazı alanları siyasal müdahale dışında tutma isteğidir. Bu kurumlar duyarlı

---

[294] Ali Ulusoy, **Bağımsız İdari Otoriteler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s.1-2.

[295] Çağdaş Evrim Ergün, "*Türkiye ve Avrupa Birliği'nde Enerji Alanındaki Bağımsız İdari Otoriteler*", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Ankara, 2004, s.46. Bu kurumların başlıca olumlu yönleri, teknik bir uzmanlaşma gerektiren ve son zamanlarda toplum hayatı için son derece önemli hale gelen "kamusal yaşamın duyarlı alanları"nda tarafsız ve objektif olarak faaliyet göstermeleri, diğer yandan da bu alanlardaki teknik kapasiteleri sayesinde daha çabuk ve daha etkin müdahalede bulunabilmeleridir. Ancak idare cihazının içinde siyasi iktidar tarafından denetlenemeyen bir kategorinin varlığı, bu kurumlara ilişkin olarak en önemli olumsuzluk olarak değerlendirilmektedir. Öztürk, s.9.

[296] Tan, Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, s.188.

[297] İbid., s.189.

sektörlerde, idare edilenleri politik keyfilikten koruyacak objektiflik ve yansızlık güvencesi olarak görülmektedir[298].

Türkiye'de 1980, Kıta Avrupa hukuk sisteminde ise 1970'den sonra görülmeye başlanan düzenleyici ve denetleyici kurumlar, Anglo Sakson ülkelerinde daha eski tarihlerde bulunmaktaydı[299]. Kapitalizmin gelişimi süreci içerisinde ABD'de de belli ihtiyaçların karşılanması zorunluluğu ortaya çıkmıştı. Bu ihtiyaçların karşılanması amacıyla serbest piyasa üzerindeki denetimin bağımsız olarak idare edilebilmesi için sert kuvvetler ayrılığı anlayışı ile ortaya bu kurumlar çıkmıştır[300].

Bahsi geçen bağımsız kurumlar, Amerikan federal sisteminde yer yönünden federalizmi temsil eden federe devletler (States) yanında, hizmet yönünden federalizmi temsil eden ve bu anlamda bir hizmet alanıyla sınırlı olarak düzenleme ve organizasyon yapma, denetleme ve yaptırım uygulama işlerini tek başına yapan yani bu anlamda, o alanla sınırlı olarak yasama, yürütme ve yargı işlevini bünyelerinde toplayan, siyasal ve yargısal bazı denetime maruz olsalar da, "devlet içinde devletçikler" niteliğinde kurumlardır. Federal bir sistemde normal karşılanabilecek bu bağımsızlık mantığı doğal olarak üniter sistemlerde geçerlik kazanamayacaktır[301].

"*Bilgeler Kurulları (Conseils des Sages)*" olarak da tanımlanan düzenleyici ve denetleyici kurumlar, tarihte ilk olarak ABD'de ortaya çıkmış ve genel olarak "*Independent Regulatory Agencies*" olarak adlandırılmışlardır[302]. Bu kurumların

---

[298] Turgut Tan, "*Bağımsız İdari Otorite Olarak Sermaye Piyasası Kurulu*", **Prof. Dr. İsmail Türk'e Armağan**, SPK Yayını, Ankara, 1996, s.4; Öztürk, s.10.

[299] Eftal Dönmez, "*Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler*", **Ankara Barosu Dergisi**, S: 2, Ankara, 2003, s.56.

[300] Antonio Lordi, "Globalized World and Separation of Powers: A New Role for the Independent Administrative Authorities", **Duquesne Law** Review, S.47, 2009, s.943'den aktaran: Çiğdem Sever, "*Türkiye'de Düzenleyici Kurumların Yapısı, İşlevi ve Dönüşümü*", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** S: 64 -1, Ankara, 2015, s.199.

[301] Ali Ulusoy, "*Bağımsız İdari Kurumlar*", **Danıştay Dergisi**, Y.29, S.100, Ankara, 1999, s.3; Ender Ethem Atay, "*Fransız İdare Hukukunda Bağımsız İdari Otoriteler (BİO'lar): Rekabet Konseyi*", **Perşembe Konferansları**, (http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FPer%25c5%259fembe%2BKonferans%25c4%25b1%2BYay%25c4%25b1n%2Fperskonfyyn71.pdf, s.55). (Erişim: 25.12.2015)

[302] Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, s.5.

kuruluşu, merkezi devlet mekanizmasından bağımsız, gerçek bir batılı model başlangıcı sayılabilecek organizmanın yaratılması anlamına da gelmektedir[303].

Amerikan hukuk sisteminde, konusunda uzman ve tecrübe sahibi olan üyelerce oluşturulan kurul ve komisyonlar vasıtasıyla görev ifa eden bu idari yapılar, "*hukuksal bakımdan zor, teknik bakımdan karmaşık ve politik bakımdan da hassas konularla meşgul olmaktadırlar*" [304].

ABD'de ortaya çıkan bu idari yapıların ilk örneği, 1887 yılında demiryolu taşımacılığında belirli standartları getirme amacı ile kurulan Eyaletlerarası Ticaret Komisyonu'dur. Federal devlet bağlamında ABD Kongresinin kurduğu ilk düzenleyici ve denetleyici kurum olan bu Komisyon, demiryolu kamu hizmetinin regüle edilmesi amacını üstlenmiştir. Demiryolu şirketleri arasında oluşabilecek yıkıcı rekabetin engellenmesi ve ayrımcı fiyatlandırmanın önüne geçilebilmesi amaçlarıyla kurulmuş olmasının yanı sıra Komisyon, kendisi gibi daha sonra kurulacak olan düzenleyici ve denetleyici kurum niteliğindeki kurumlar için de örnek bir model niteliği taşımaktadır[305]. Bu kurumdan sonra haksız rekabetin önlenebilmesi için 1914'te kurulan diğer bir kuruluş, Federal Ticaret Komisyonu'dur[306].

ABD'de 1940'a kadar kurulmuş çeşitli düzenleyici ve denetleyici kurumlar bulunmaktadır. "*Büyük Yedili*" (*The Big Seven*) ismi ile anılan bu düzenleyici ve denetleyici kurumlar sırasıyla; 1887'de kurulan (*Interstate Commerce Commission*), 1914'te kurulan Federal Ticaret Komisyonu (*Federal Trade Commission*), 1930'da kurulan Federal Enerji Komisyonu (*Federal Power Commission*), 1934'te kurulan

---

[303] Héléne Pauliat (Çev. Mahmut Göçer), "*Les Autorites Administratives Independantes en Droit Compare (Karşılaştırılmalı Hukukta Bağımsız İdari Otoriteler)*", **Les Autorites Administratives Independantes (Bağımsız İdari Otoriteler)**, İstanbul Fransız Kültür Enstitüsü Yayını, Alkım Yayınları, İstanbul, 1998, s.7.

[304] Marshall J. Breger, Gary J. Edles, "Established By Practice: The Theory and Operation of Independent Federal Agencies", **52 Administrative Law Review**, 2000, s.1111, 1112'den aktaran: Cenk Şahin, **Amerikan Federal İdare Hukukunda "Regülasyon" ve Türk Hukukuna Yansımaları**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2010, s.29.

[305] Bernard Schwartz / H. W. R. Wade, **Legal Control of Government (Administrative Law in Britain and The United States)**, Clarendon Press, Oxford, 1972, s.27.

[306] Sever, s.199.

Federal İletişim Komisyonu (*Federal Communication Commission*), yine 1934'te kurulan Menkul Kıymetler ve Döviz Komisyonu (*Securities and Exchange Commission*), 1935'te kurulan Ulusal İş İlişkileri Kurulu (*National Labor Relations Board*) ve son olarak 1938'de kurulan Sivil Havacılık Kurulu (*Civil Aeronautics Board*)'dur[307]. Devletin ulusal piyasanın düzenlenmesi ve denetlenmesi için kurmuş olduğu bu düzenleyici ve denetleyici kurumların asıl amacı, ekonomideki gelişimin kaliteli yönde ilerlemesini sağlamaktır[308].

Kara Avrupası'ndaki örneklere baktığımızda Fransa'da II. Dünya Savaşı dönemine bakmamız gerekmektedir. 1941 yılında Vichy Rejimi döneminde oluşturulan Bankaları Denetleme Komisyonu *(Commission de côntrole des banques)*, Fransa'daki ilk düzenleyici ve denetleyici kurumdur[309]. Fransa'da düzenleyici ve denetleyici kurumlar, "*Vatandaşların kamu yönetimiyle ilişkilerini düzenlemek, bürokratik engellerle mücadele etmek, idare cihazının bölüm ve birimleri arasındaki ilişkileri ve uyumu kısa ve hızlı bir biçimde gerçekleştirmek*", "*Pazar ekonomisini düzenlemek, "vahşi kapitalizm" tehdit ve güçlerine karşı küçük girişimci ve tüketicileri ayakta tutmak*" ve "*Bilgi edinme ve iletişim haklarını, devlet ya da başka güç odaklarının yönlendirme veya gerçekleri karartma girişimlerine karşı korumak ve gözetmek*" şeklinde özetlenebilecek üç amaçla ve üç alanda oluşturulmuştur[310].

Fransız idare hukukunda düzenleyici ve denetleyici kurum karşılığı olarak kullanılan Bağımsız İdari Otorite (*Authorité Administrative Indépendante*) kavramı ise bu idari birimlerin diğer idari kuruluşlardan farkını ortaya koyabilmek için özgün bir tanımlama amacı ile kullanılmaya başlamıştır[311]. Kavram ilk kez 6 Ocak 1978 tarihli "*Hürriyetler ve Bilgi-İşlem Kanunu*"nda yer almıştır. Kanunkoyucu dört otorite için bu

---

[307] Schwartz / Wade, s.28.

[308] İbid., s.28.

[309] 1941'de kurulan Commission de Contrôle de Banques, 1984 yılında Commission Bancaire olarak yeniden yapılandırılmıştır. Uğur Emek, **Rekabetçi Piyasa Ekonomisi, Kavramlar, Kurallar, Kurumlar,** Nobel Yayınları, Ankara, 2009, s.19.

[310] Selçuk Soybay, **İdarenin Yargısal Olmayan Biçimlerde Denetimi**, (İÜSBE, yayınlanmamış doktora tezi), İstanbul, 1994, s.101; Öztürk, s.14.

[311] Tan, Bağımsız İdari Otorite Olarak Sermaye Piyasası Kurulu, s.4.

kavramı kullanmıştır ancak bunlardan yalnızca bu kanunla kurulan CNIL (*Commission nationale de l'informatique et des libertés*) varlığını sürdürmektedir[312]. Fransız yargı organları ise 1984 yılında Fransa Anayasa Konseyi'nce verilmiş olan bir kararda düzenleyici ve denetleyici kurum kavramına yer vermiştir[313]. Bu doğrultuda Fransız Danıştayı'nın hazırlamış olduğu ve geniş bir yorumlamanın ürünü olan bir düzenleyici ve denetleyici kurum listesi bulunmaktadır[314].

Kurumsal olarak özgünlük sergileyen düzenleyici ve denetleyici kurum kavramı, Fransa örneğinde daha da özgünlük arz etmektedir. Düzenleyici ve denetleyici kurumların Fransa'nın idari ve siyasi sistemine yerleştirilmesi sorun yaratmıştır. ABD'deki örneklerine oranla daha az sayıda olan Fransa'daki düzenleyici ve denetleyici kurumlar,

---

[312] Öztürk, s.13.

[313] Turgut Tan, "*Bağımsız İdari Otoriteler*", **Rekabet Kurumu Paneli**, Ankara, 5 Kasım 2001, s.60.

[314] Fransız Danıştayı'nın hazırladığı listede aşağıdaki kuruluşlar düzenleyici ve denetleyici kurum olarak sayılmıştır. Bunlar: Bankalar Denetim Komisyonu (Commission de contrôle des banques), Haber Ajansı ve Reklamlar Komisyonu (Commission paritaire des publications et agences de presse), Fransız Haber Alma Ajansı Yüksek Konseyi (Conseil supérieure de l'agence France-Presse), Seçim Kampanyaları Ulusal Denetim Komisyonu (Commission nationale de contrôle des campagnes électorales), Borsa işlemleri Komisyonu (Commission des opérations de bourse), Médiateur, Cevap Hakkı Ulusal Komisyonu (Commission nationale du droit de réponce), Televizyon ve Radyo Kalite Komisyonu (Commission de la qualité de la radio et de la télévision), Rekabet Komisyonu (Commission de la concurrence), Kamuoyu Yoklaması Komisyonu (Commission des sondages), Malî Suçlar Komisyonu (Commission des infractions fiscales), Hürriyetler ve Haberleşme Ulusal Komisyonu (Commission nationale de l'informatique et des libértes), Kötüye Kullanılan Hükümler Komisyonu (Commission des clauses abusives), Yönetsel Dökümanlara Erişme (Ulaşma) Komisyonu (Commission d'accès aux documents administratifs), Görsel-İşitsel İletişim Yüksek Otoritesi (Haute Autorité de la communication audiovisuelle), Sinema Medyatörü (Médiateur du cinéma), Ticari Malları Düzenleyen Piyasalar Komisyonu (Commission des marchés à terme réglementés de marchandises), Tüketicilerin Güvenliği Komisyonu (Commission de la sécurité des consommateurs). Bu sınıflandırmaya kanunkoyucu tarafından düzenleyici ve denetleyici kurum olarak nitelendirilmiş olan 1989 tarihli Üniversitelerin Değerlendirilmesi Ulusal Komitesi (Commité national d'évaluation des universités) ve 1991 tarihli Güvenliğin Sağlanmasını Denetleyen Ulusal Komisyonu (Commission national de contrôle des interceptions de sécurité) da eklenebilir. GAZIER François, CANNAC Yves: Etudes sur les autorités administratives indépendantes, EDCE, no: 35, 1983-1984, sh. 13 vd.'den aktaran: Atay, Fransız İdare Hukukunda Bağımsız İdari Otoriteler (BİO'lar): Rekabet Konseyi, s.64-65.

merkezi ve yerinden yönetimin yanında üçüncü bir yapılanma olarak sistem içindeki yerini almıştır[315].

Fransız hukuk sisteminde bağımsız idari otorite kavramının kamu kurumu kavramı yerine özellikle kullanılmasının nedeni, bu kurumların Fransa'da ayrı birer tüzel kişiliğe sahip olmamalarıdır[316]. Amerikan federal sisteminde devletin üç erkinden bağımsız olarak yer alan bu kurumlar, Fransız idari rejim sistemine adapte edilirken, yürütme erkine dahil idari birimler olarak benimsenmişlerdir. Bunun nedeni, Fransız üniter sisteminin olabildiğince korunmasını sağlamaktır[317].

Düzenleyici ve denetleyici kurumların yaygınlaşması ABD'de ve Fransa'da birbirinden farklı nedenlerle olmuştur. ABD Kongresi, Başkanın ve Başkanlığa bağlı Bakanlıkların yetkilerini azaltma amacıyla düzenleyici ve denetleyici kurumlara başvurmuştur. Hem organik anlamda hem de işlevsel olarak üç erkten bağımsızlık, bu kurumların esasını oluşturmuştur[318]. Öte yandan Fransa'da yargı organlarının yetersizliği ve dolayısıyla yerindelik denetimi yapabilecek organlara duyulan ihtiyacın ortaya çıkmasıyla düzenleyici ve denetleyici kurumların yaygınlaşması söz konusu olmuştur[319].

Ülkemizde ise Fransa, İngiltere ve ABD'ndeki örneklerden esinlenerek bu tip kamu kurumlarının kurulduğunu görmekteyiz[320]. Fakat hukukumuzda kamu tüzel kişiliğine sahip olan bu kamu kurumlarının, örnek alınan ülkelerdeki düzenleyici ve denetleyici kurumlardan farklı olduğu da belirtilmesi gerekmektedir. Bu kurumların

---

[315] Ender Ethem ATAY, **Fransız Hukukunda Bağımsız İdari Otoriteler ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği Sorunu** (yayınlanmamış doçentlik tezi), Ankara 2000, s2.

[316] Turgut Tan, "*Ekonomi, Regülasyon ve Bağımsız İdari Otoriteler*", **Danıştay Başkanlığı Sempozyumu**, Ankara, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No. 72, Ankara, 11 Mayıs 2005, s.202.

[317] Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, s.6.

[318] Günday, İdare Hukuku, s.569.

[319] Ali Ülkü Azrak, "*Dünya'da ve Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler ve İdarenin Yeniden Yapılanması Bağlamında Bunlara İlişkin Bazı Sorunlar*", **Rekabet Kurumu Konferansı**, Ankara, 5 Kasım 2001, s.21.

[320] Tan, Bağımsız İdari Otorite Olarak Sermaye Piyasası Kurulu, s.3.

üzerinde merkezi idarenin denetiminin öngörülmemiş olması, gerekli olduğunda idari vesayet denetiminin yasayla düzenlenmeyeceği anlamına gelmemektedir[321].

İdari teşkilat yapımızda ilk kurulan düzenleyici ve denetleyici kurum, Sermaye Piyasası Kurulu'dur. 1981'de 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ile kurulmuş olan SPK 1982 yılında faaliyete başlamıştır. 1979 - 1982 yılları arasında yaşanan ekonomik buhranın sonucu bankerler krizi dönemi, SPK'nun kurucu kanun yapımında büyük pay sahibidir[322]. Kanunun gerekçesini, Kara Avrupa hukukunun etkisi ile hazırlanan Ticaret Kanunu'nun kısıtlamalarından kurtulmak, piyasada güven ve istikrarı sağlamak, bu sayede sermaye piyasalarının oluşması ve gelişmesini sağlayacak uygun ortamı hazırlamak ve sermaye piyasasını etkinlikle denetleyecek bir kurumun kurulmasını sağlamak amaçları oluşturmaktadır[323].

Günümüz toplumunda, geleneksel idari yöntem ve tekniklerin kullanılması, sorunların çözümü açısından yeterli olamamaktadır. Ekonomik alanlarda karşılaşılan, karmaşık ve teknik özellik arz eden sorunların çözümü, geleneksel idari yapı ve merkezi teşkilatlanmanın şematiği içerisinde her zaman bulunması mümkün olamaz. Piyasa ekonomisinde hem aktör olarak bulunan, hem de denetleyici sıfatı bulunan idarenin tarafsızlığının mümkün oldukça korunabilmesi için, idarenin bazı fonksiyon ve işlevlerinin siyasi organlardan bağımsız, hızlı hareket edebilen yetkiler sağlanmış, konusunda uzman olan kişilerce ve sivil toplum bünyesinden oluşan kurum ve kurulların oluşturulması gerekmektedir[324]. Bu tip idari yapıların bulunmaması sonucu, devletin iki yönlü (hem piyasa aktörü hem de hakem sıfatı) alacağı kararlar ve uygulamalar, toplum vicdanındaki haklılık, yerindelik ve objektiviteye kuşku düşürecektir. Bu durumun önüne

---

[321] Yıldırım / Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün / Tekinsoy, (*Bölüm: Hizmet Bakımından Yerinden Yönetim İdareleri, Yazar: Yıldırım*), s.174.

[322] Murat Usta, **Bağımsız İdari Otorite Sistemi İçinde Rekabet Kurulu ve Rekabet Uygulamaları**, Yetkin Basımevi, Ankara, 2007, s.26.

[323] Seriye Sezen, "*Türk Kamu Yönetiminde Kurullar, Geleneksel Yapılanmadan Kopuş*", **TODAİE**, Yayın No: 316, Ankara, Mart 2003, s.118.

[324] Emrah Uran, **Türkiye'deki Bağımsız İdari Otoritelerin İdari Yaptırım Yetkisi**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, Ağustos 2012, s.49.

geçilebilmesi adına bağımsız ve tarafsız kurumların karar alması ve denetimlerde bulunması daha yerinde bir çözüm olacaktır[325].

Düzenleyici ve denetleyici kurumların ortaya çıkışları birçok nedene bağlanmıştır. Bunlardan en belirgin olanı ise, daha öncede belirttiğimiz üzere, kamu ve özel güçlerden gelebilecek mali, teknik ve siyasal baskı ve müdahalelerden temel hak ve özgürlükler ile ekonomik düzeni korumak üzere, bunların oluşturabileceği tehlike ve zararları önleme ve yaptırım uygulama gücüne sahip kurumlara olan gereksinmedir[326].

C. Serbest Piyasa Ekonomisini Düzenlemeye Yönelik Olan Düzenleyici ve Denetleyici Kurum Türleri

Kamusal yaşamın hassas olduğu çeşitli alanlar açısından bazı kuruluşların zorunluluğu kendisini göstermektedir. Özellikle sermaye piyasası, rekabet, bankacılık, finans, görsel ve işitsel iletişim ya da enerji sektörü gibi alanlarda hem düzenleyici hem de denetleyici işlevleri olan yönetsel kuruluşlar ortaya çıkmaktadır[327].

Hukuk sistemimizde doktrinde ve mevzuatta farklı isimler altında yeralan düzenleyici ve denetleyici kurumlar bakımından farklı oluşumlar gözükmektedir. Örneğin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "Temyiz" başlıklı 46. maddesinin birinci fıkrasının (m) bendinde kurullar, "*düzenleyici ve denetleyici kurullar*" olarak adlandırılmışlardır.

Düzenleyici ve denetleyici kurum ya da kurul olarak isimlendirilen bu yapıların diğer mevzuat hükümlerinde başka örnekleri de bulunmaktadır. Düzenleyici ve denetleyici kurum olarak ülkemizde bulunan kurumların birkaçı, 10.12.2003 kabul tarihli 5018 sayılı "Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu" ile sayılmıştır. Bunlar sırasıyla, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Sermaye

---

[325] Ender Ethem Atay, "*Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması*", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.X, S:1,2, Ankara, 2006, s.269.

[326] Usta, s.20.

[327] Abdullah Şeref Gözübüyük, **Yönetim Hukuku,** (Güncelleştirilmiş 29. Bası), Turhan Kitabevi, Ankara, Ekim 2010, s.185.

Piyasası Kurulu, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, Kamu İhale Kurumu, Rekabet Kurumu, Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu ve Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu'dur[328]. Ayrıca 04.04.2001 kabul tarihli 4634 sayılı "Şeker Kanunu"nun 2. maddesiyle kamu tüzel kişiliği haiz olan Şeker Kurumu ile 23.07.1983 tarihinde yürürlüğe giren 70 sayılı "Bankalar Hakkında Kanun Hükmünde Kararname" ile kurulan Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, düzenleyici ve denetleyici kurumlar arasında kendilerine yer bulmaktadırlar. TMSF, 5018 sayılı Kanun'a ekli III sayılı Cetvelde Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar listesinde kendine yer bulmakta iken, 5436 sayılı Kanun[329] ile listeden çıkartılmıştır[330].

D. Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Özellikleri

Merkezi yönetimin vesayet denetimine tabi olmayan ve çok geniş yetkilerle donatılan düzenleyici ve denetleyici kurumlar, idari yapılanma içinde klasik idari kurumlardan farklı özellikleri ile yer almaktadırlar.

Düzenleyici ve denetleyici kurumları diğer kurumlardan ayıran en temel özellikleri, idari bağımsızlığa sahip olmalarıdır[331]. Burada kastedilen, siyasi iktidarın veya başka idari mercilerin klasik idari denetim yetkilerini bu kurumlar üzerinde kullanamamasıdır[332].

Mahalli idareler dışında kamu hizmetlerini yürütmek üzere kurulan kamu tüzel kişilerinin, "kamu kurumları" olarak adlandırıldıkları ve doktrinde belli ölçütlere göre

---

[328] 10.12.2003 Kabul tarihli 5018 sayılı "*Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu*"nun (III) sayılı cetvelinde yer aldıkları sıra ile belirtilmiş olan ve malî kontrol altında bulunan düzenleyici ve denetleyici kurumlar.

[329] 22.12.2005 Kabul tarihli 5436 sayılı "*Kamu Malî Yönetimi Ve Kontrol Kanunu İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*" (R.G., T. 24.12.2005, S. 26033).

[330] Tan, Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, s.194.

[331] Zahid Sobacı, "*Türk İdari Teşkilatındaki "Adalar": Bağımsız İdari Otoriteler*", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S: 55 -2, Ankara, 2006, s.164.

[332] Ali Ulusoy, "*Türk İdare Sistemi İçerisinde Rekabet Kurumunun Yeri*", **Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları**, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 1999, s.4.

sınıflandırıldıkları görülmektedir. Fakat ayrımın güç olması kadar, idari teşkilatın incelenmesinde büyük bir öneme sahip olmadığı ve kamu kurumlarının kurulmasında uyulması gerekli belirgin bir ölçüt bulunmamasından dolayı yürütülecek hizmetin özelliğine göre değişen niteliklere sahip kamu kurumlarının kurulduğu açıktır. Ayrıca tüzel kişiliğe sahip olma dışında ortak bir ölçütlerinin bulunmaması ile merkezi idare arasındaki ilişkilerinde farklılık göstermesi açısından, bir kısım kamu kurumlarının, merkezi idareden bağımsız olmasının, onları bir başka kategoriye sokmayı gerektirmediği söylenebilmektedir. Bu nedenle bağımsız idari kurumların, hizmet yerinden yönetim kuruluşlarından sayılması gerektiği doktrinde de etkin bir şekilde ileri sürülmektedir. Ancak Yıldırım, Türkiye'nin yönetim yapısında yer alan bu türdeki düzenleyici ve denetleyici kurumların, Fransa ve Anglo-Sakson modelindeki türdeşlerinden farklı nitelikte olduklarını belirtmiştir[333].

E. Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Fonksiyonları

Geleneksel idari yapının dışında ortaya çıkmış olan bu idari birimler, kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin olmayıp, mal ve hizmet üretmezler. Aksine belirtilen alanlar üzerinde "düzenleme" ve "denetleme" niteliğinde fonksiyonları bulunmaktadır[334].

Danıştay ise bağımsız otoritelerin yerine getirecekleri fonksiyonları ile ilgili olarak, "*düzenleyici kurumların ilgili buldukları sektörde düzenleme, denetleme görevi üstlendikleri, bu kuruluşların temel işlevinin, toplumsal ve ekonomik yaşamın temel hak ve özgürlükler ile yakından ilişkili alanlarındaki kamusal ve özel kesim etkinliklerini, bir takım kurallar koyarak düzenlemek, konulan kurallara uyulup uyulmadığını izlemek ve denetlemek görevinin bulunduğu aşikardır*[335]" demektedir.

Klasik anlamda düzenleyici ve denetleyici kurumlar her ne kadar sadece iki fonksiyonu bakımından ön plana çıksalar da, bu iki fonksiyonu kullanmanın sonucu olarak yaptırım uygulayabilme fonksiyonuna da sahip olmaları gerekmektedir. Özellikle

---

[333] Turan Yıldırım, "*Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi*", **2000 yılında İdari Yargı Sempozyumu**, Danıştay yayını, Ankara, 2000, s.204 – 206.

[334] Gözler, İdare Hukuku, C. 1, s.584.

[335] Dan. 13. D., E.2005/1034, K.2005/3309, T.28.06.2005, **Danıştay Dergisi,** S.111, 2006, s.414.

denetleme fonksiyonu bakımından önem taşıyan yaptırım uygulama fonksiyonu, düzenleyici ve denetleyici kurumların denetlemekle yükümlü oldukları faaliyet alanında varlıklarını kanıtlayabilme açısından caydırıcı nitelikte bir yetkidir.

Düzenleyici ve denetleyici kurumların özellikle faaliyetlerini devam etmeleri için olmazsa olmaz sayılabilecek bu fonksiyonların yakından incelenmesi gerekmektedir.

1. Düzenleme (Regülasyon) Fonksiyonu

İdare hukukunda düzenleme (regülasyon) kavramı, bir kamu tüzel kişiliğinin, kendisi ile ilgili olan piyasanın sorunsuz olarak işlemesini sağlamak için müdahalede bulunmasını ifade eder[336]. Diğer bir deyişle, piyasa ile ilgili olan idarenin piyasanın devamlılığını sağlamak amacı ile yürüttüğü faaliyetleri idarenin düzenleme yetkisi olarak belirtebiliriz.

Her kamu tüzel kişiliği gibi düzenleyici ve denetleyici kurumunun da kurucu kanunlarında yetkileri sayılmıştır. Bu yetkilerden bazıları, bu kurumların kurulmasında amaç niteliği taşıyan, düzenleme yapabilme yetkileridir.

Düzenleyici ve denetleyici kurumları diğer kamu tüzel kişiliği olan kurum ve kuruluşlardan ayıran temel özelliklerden birisi, herhangi bir sektörde aktör olmak yerine o sektör için düzenleyici işlemler yapabilmeleridir[337]. Diğer kamu kurumlarından ayrı olarak düzenleyici ve denetleyici kurum, bireysel karar alma ve müeyyide uygulama yetkisinin dışında ayrıca "*düzenleme yetkisi*"ne (*pouvoir régelementaire*) de sahiptir[338]. Düzenleyici ve denetleyici kurumlar, sahip oldukları düzenleme yetkileri ile görev alanlarında düzenleyici işlemler yapabilmekte ve bu sayede kural koymaktadırlar.

Anayasa ve kanunların çizdiği çerçeve içerisinde düzenleme yapabilme yetkisi, ikincil nitelikte bir yetkidir[339]. Anayasa Mahkemesi'ne göre, idarenin düzenleme yetkisi

---

[336] Atay, İdare Hukuku, s.381.

[337] Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, s.18.

[338] Gözler, İdare Hukuku, C. 1, s.589.

[339] Tan, İdare Hukuku, s.203.

"*sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir*"[340]. Diğer bir deyişle, idarenin kullanacağı düzenleme yetkisinde, düzenleyici işlemin kaynağında bulunan anayasal ve yasal kaidelere aykırılıkta bulunamaz, kapsamlarını daraltamaz ve ya genişletemez.

Kamu tüzelkişiliklerinin düzenleyici işlem yapabilme yetkisi ile ilgili olarak Anayasa'nın 124. maddesine bakıldığında görülecektir ki, "*... kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler*". Hükümden yola çıkıldığında ise düzenleyici ve denetleyici kurumların düzenleme yetkilerini yönetmelik çıkararak kullanabilecekleri sonucuna ulaşılabilmektedir. Fakat uygulamada, düzenleme yetkisine sahip olan otoritelerin bu yetkilerini yönetmelikten daha çok "karar", "tebliğ" ve başka isimler taşıyan düzenleyici işlemler ile kullandıklarını görmekteyiz[341]. Düzenleyici işlem niteliğinde olan bu işlemler, "*adsız düzenleyici işlemler*" olarak adlandırılmaktadırlar[342].

Burada İdare Hukuku kuralları bakımından tartışmaya yol açan durum ise, Anayasa'nın "*Tüzükler*" başlıklı 115. maddesi ile "*Yönetmelikler*" başlıklı 124. maddesinde sayılan düzenleyici işlemler dışında bir düzenleyici işlem ile idarenin düzenleyici fonksiyonunu kullanıp kullanamayacağıdır.

Doktrinde Gözler'e göre, düzenleyici ve denetleyici kurumların yaptığı düzenleyici işlemlerin, "yönetmelik" adı veya başka bir ad altında yapılmasında Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır[343]. Özellikle Anayasa'nın 124. maddesi kapsamında her bir kamu tüzel kişiliğinin düzenleme yapabilme yetkisine sahip olduğu belirten Gözler, kuruluş, görev ve yetkilerini veren kanunlarda düzenleyici ve denetleyici kurum'lara ayrıca düzenleme yetkisinin tanınmamış olmasını ikincil planda bırakmıştır[344].

---

[340] AMK, E.1993/5, K.1993/25, T.6.7.1993, R.G., T.25.02.1995, S.22213, s.13 vd.

[341] Tan, Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, s.213.

[342] Celal Erkut, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği (yayınlanmamış doktora tezi)**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1989, s.130.

[343] Gözler, İdare Hukuku, C. 1, s.589.

[344] İbid., s.589.

Buna karşın Yıldırım'a göre ise düzenleyici ve denetleyici kurumların faaliyetlerini sürdürürken yönetmelik dışında Anayasa'da sayılmayan bir düzenleyici işlem tesis etmelerinde, doğrudan Anayasa ve kanuni idare ilkesine aykırılık bulunmaktadır[345].

Düzenleme yapabilme yetkisi, ilgili düzenleyici ve denetleyici kurumların kuruluş ve yetkilerini aldıkları, kanun metinlerinde de özellikler belirtilmektedir. Mevzuatta kimi zaman düzenleyici işlem yapabilme yetkisi tek başına düzenleyici ve denetleyici kurumlara sağlanırken, kimi zaman ise bu yetkilerin kollektif olarak kullanılması gerekmektedir. Örneğin 4054 sayılı Kanun'un "Yönetmelikler" başlıklı 62. maddesinde "*Bu Kanunda belirtilenlerin dışında, Kurumun yetkilerini kullanışı, yönetim ve çalışma esasları, gelirlerinin tahsili, giderlerinin yapılması ve bu işlemlerin denetlenmesinde uygulanacak usul ve esaslar, aylık ücretlerde yapılacak değişikliklerin esasları, yabancı uzman çalıştırılmasına ilişkin esaslar, Kurumun satın alacağı menkul ve gayrimenkullerin alımına ve ihale usulüne ilişkin düzenlemeler ve Kurumun muhasebe sistemine ilişkin hükümler Kurulca hazırlanacak ve Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulacak yönetmeliklerde düzenlenir*" metni yer almaktadır. Buradaki önemli husus, maddenin içeriğinden de anlaşılacağı üzere yönetmelik çıkarma yetkisinin tek başına Rekabet Kurulu'na verilmemiş olmasıdır. Yetki unsuru bakımından, Kurulca hazırlanacak olan yönetmeliğin yürürlüğe girmesini sağlayan idari birim Bakanlar Kurulu'dur. Böylece Rekabet Kurulu ile Bakanlar Kurulu'nun kollektif bir şekilde yönetmelik düzenlediğini görmekteyiz.

Tek başına yapılabilen düzenleyici işlemler ile ilgili olarak ise 4054 sayılı Kanun'un "Kurulun Görev ve Yetkileri" başlıklı 27. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendinde belirtilen "*Bu Kanunun uygulanması ile ilgili olarak tebliğler çıkarmak ve gerekli düzenlemeleri yapmak…*" yetkisi ile Rekabet Kurulu'na düzenleme yetkisi verilmiştir.

Esas olarak idare hukukundaki düzenleme yetkisi, "sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir"[346]. Diğer bir deyişle, idarenin yapmış olduğu düzenleyici işlemler yasalara ve

[345] Yıldırım / Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün / Tekinsoy, (*Bölüm: Hizmet Bakımından Yerinden Yönetim İdareleri, Yazar: Yıldırım*), s.172.

[346] Usta, s.52.

üst hukuk normlarına aykırı olamaz; yasalarla düzenlenmemiş bir yükümlülük getiremez ve yasal yükümlülükleri genişletemezler[347]. Ancak Türkiye'de kamusal hizmetlerin piyasa güçlerine ve rekabete açılması sonrasında hukuksal boşluğun ortaya çıkması ile düzenleyici ve denetleyici kurumların bu boşluğu kendi düzenleme yetkileri ile doldurma çabaları bulunmaktadır[348]. İşte bu durum ise yasal düzenlemelerden bağımsız hareket etmeye neden olmaktadır. Örneğin, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un "Birleşme ve Devralma" başlıklı 7. maddesinin 2. fıkrasında "*Hangi tür birleşme ve devralmaların hukukî geçerlilik kazanabilmesi için Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul, çıkaracağı tebliğlerle ilan eder*" metni yer almaktadır. Bu cümle ile Kurul'a çıkarılacak tebliğler ile ilgili olarak geniş bir takdir yetkisi sağlanmaktadır.

Birleşik Krallık hukuk sisteminde de benzer bir yapı karşımıza çıkmaktadır. Özellikle 1980 sonrası dönemde Telekomünikasyon Kurulu'nun piyasadaki iletişim firmalarına uygulanacak olan fiyat endeksini düzenlemesi ve bu konuda takdir yetkisine sahip olan tek yapı olması, faaliyet alanı içerisinde yeknesak olarak kullanılan takdir yetkisinin ne denli geniş olduğunu bizlere sunmaktadır[349].

Bu tip düzenleyici işlem tesis etme yetkisinin düzenleyici ve denetleyici kurumlara sağlanması, bu kurumların gücünü artırmaktadır. Kendi koyduğu kurallara bağlı olan bir yapının varlığı da, hukuk devleti anlayışı açısından önemli olacaktır.

2. Denetleme (Süpervizyon) Fonksiyonu

Düzenleyici ve denetleyici kurumların faaliyet alanlarındaki hukuki düzenlemelerle, kendi düzenleyici işlemlerinin uyumunu sağlamak, idarenin kaçınamayacağı yükümlülüklerdendir[350]. Diğer bir ifadeyle düzenleyici ve denetleyici kurumlar, yasalar ve kendi düzenlemeleri ile getirilen kurallara uyulup uyulmadığını

[347] Yıldırım / Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün / Tekinsoy, (*Bölüm: İdari İşlemler, Yazar: Yıldırım*), s.419.

[348] Usta, s.52.

[349] Birleşik Krallık regülasyon yapısı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Anne Marie Mooney Cotter, **Regulatory Law,** Cavendish Publishing, London, 2004, s.19.

[350] Şahin, s.58.

izlemek, gözetlemek durumundadırlar[351]. Günümüzde düzenleme altına alınmış sektörlerin ya da özel girişimlerin faaliyet gösterdikleri alanların denetlenmesi, düzenlenmesinden daha önem taşımaya başlamıştır. Denetimin ekonominin gerekleri, sosyal nedenler ve kamu yararı amacı gütmesi temel amaç haline gelmiştir[352].

Karşımıza çıkan denetim kavramı, "*yönetme, yönlendirme, gözetme, sınırlandırma, düzenleme, hükmet etme, çekip çevirme veya denetleme yetkisi ve gücü, bir şeyin üzerindeki nüfuzun sınırlandırılması veya yönlendirilmesine ilişkin yetenek*" olarak tanımlanabilmektedir[353]. Diğer bir deyişle denetim, bir varlığın faaliyetlerini yerine getirirken üzerinde bulunan ve kendisini sınırlandıran güç olarak da adlandırılabilmektedir.

Düzenleme yetkisine sahip olan idarenin, yetki ve görev alanına giren konularla ilgili olarak denetim yapma yetkisi de bulunmaktadır. Düzenleyici ve denetleyici kurumlar düzenlemede bulundukları piyasalarda ve görev alanlarına giren faaliyetleri izleme ve denetleme yetkisine sahiptirler. Bu nedenle denetleme yetkisi, düzenleyici ve denetleyici kurumların düzenleme yetkilerinin bir uzantısı olarak da düşünülmektedir[354].

Düzenleyici ve denetleyici kurumlar, "yargı benzeri" kuruluşlar olarak denetim sağlama amacıyla çeşitli usullere sahip olmaktadırlar[355]. Bu usuller, denetim yetkisine yönelik olarak her bir düzenleyici ve denetleyici kurum açısından çeşitli ilkelere sahiptirler. Bu özellikler, kendiliğinden araştırma, iddiayı açıklıkla bildirme (tebliğ etme) ve savunma hakkı olarak görünmektedir. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Rekabet Kurulu'na, Türk usul mevzuatına hâkim olan kimi özelliklerin uygulanmasına izin vermekte veya bu ilkelerin kullanılması için zorunluluk getirmektedir[356]. Örneğin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un

---

[351] Tan, İdare Hukuku, s.203.

[352] Zeynep Çakmak, **Bağımsız İdari Otorite Olarak Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu**, 1. Bası, Çakmak Yayınevi, Ankara, Mayıs 2011, s.59.

[353] Müslüm Akıncı, **Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman**, Beta Yayınları, İstanbul, 1999, s.46.

[354] Çakmak, s.58.

[355] Usta, s.53.

[356] İbid., s.53.

"Kurulun İnceleme ve Araştırmalarında Usul" başlıklı Dördüncü Kısımı altında sayılan "önaraştırma", "başvuru sahiplerine bildirim" (tebliğ), "delillerin toplanması ve tarafların bilgilendirilmesi", "tebligat ve cevap verme", "nihai karar" ve benzeri işlemler, Türk usul mevzuatına tabi olan ilkelerle paralellik taşımaktadır.

Maddi anlamda denetim yetkisi, kendisini "*bir konuya ilişkin olarak bilgi isteme, araştırma, inceleme ve soruşturma yapma, yaptırım uygulayabilme ve yargıyı harekete geçirme*" yetkileri olarak gösterebilmektedir[357]. Bu açıdan, idarenin özel hukuk kişilerinin eylemleri ve faaliyetleri ile ilgili bilgilere ulaşabilmesi açısından kanun veya düzenleyici işlem ile yetkilendirilmesi kural açısından gereklidir. Yani idarenin denetim için kullanacağı kamu gücüne dayalı tek taraflı hareket etme serbestisinin, Anayasa ve kanunlarla getirilmiş sınırlamalara tabi olacağı kaçınılmazdır[358].

Belirlenen kurallara uygun faaliyetlerin yürütülmesini sağlama amacına ulaşmak için gerekli gördükleri bilgi ve belgeleri ilgililerden istemek, ilgililerin bilgilerine başvurmak ve gerektiğinde yerinde incelemeler yapmak yetkileri düzenleyici ve denetleyici kurumlara verilmiştir. Ayrıca, yasama organı bazı otoritelere, ilgilileri dinlemenin ötesinde belgelere el koyma gibi tek taraflı kamu gücünü kullanacakları zorlama yetkileri de verilebilmektedir[359]. Örneğin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Rekabet Kurulu'na kurum ve kuruluşlardan ilgili bilgileri edinebilmek için kamu gücünü kullanabileceği çeşitli yetkiler vermektedir[360].

---

[357] Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, s.23.

[358] Şahin, s.59.

[359] Akıncı, s.52.

[360] 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un "Bilgi İsteme" başlığı altındaki 14. maddesinde "*Kurul, bu Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirirken, gerekli gördüğü her türlü bilgiyi tüm kamu kurum ve kuruluşlarından, teşebbüslerden ve teşebbüs birliklerinden isteyebilir.*
Bu makamlar, teşebbüsler ve teşebbüs birliklerinin yetkilileri istenen bilgileri Kurulun belirleyeceği süre içinde vermek zorundadır" hükmü ile "Yerinde İnceleme" başlığı altındaki 15. maddesinde de "*Kurul, bu Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirirken gerekli gördüğü hallerde, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinde incelemelerde bulunabilir. Bu amaçla teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin:*
***a)** Defterlerini, her türlü evrak ve belgelerini inceleyebilir ve gerekirse suretlerini alabilir,*
***b)** Belirli konularda yazılı veya sözlü açıklama isteyebilir,*
***c)** Teşebbüslerin her türlü mal varlığına ilişkin mahallinde incelemeler yapabilir.*

Denetleme yetkilerinin kullanılmasında, denetim sonucu ortaya çıkan hukuka aykırı davranışların ise çeşitli yaptırımlara uğraması yine mevzuatımız çerçevesinde düzenlemeye konu edilmiştir. Yine 4054 sayılı Kanunun 16. maddesinde, 14 ve 15. maddelerin uygulanmasında eksik yanıltıcı bilgi veya belge verilmesini ya da bilgi veya belgenin belirlenen süre içinde ya da hiç verilmemesi halinde teşebbüslere idari para cezası uygulanabileceği belirtilmektedir.

Piyasada bulunan teşebbüslerden bilgi ve belge istemek, yerinde inceleme yapmak ve soruşturma yapmak dışında yargı denetimi mekanizmasını canlandırmak da, düzenleyici ve denetleyici kurumların denetim yetkileri arasında bulunmaktadır[361]. Ayrıca regüle edilen diğer adıyla düzenleme yapılan alanlarda, idarenin çeşitli gözetim ve denetim araçları yer almaktadır. Bunlar genellikle, "rapor ve kayıt sunulmasını zorlama", "teftiş" ve "ihzar emirleri" (zorla sunma emirleri) olarak karşımıza çıkmaktadır[362].

3. Yaptırım Uygulama Fonksiyonu

Düzenleme ve denetleme yetkisini kullanan idarenin bu faaliyetlerini etkin olarak yürütebilmesi için bir fonksiyonun daha bulunması hiç kuşkusuz kaçınılmaz olacaktır. Düzenlemede bulunan alanda faaliyette bulunan teşebbüslerin, kanunların belirlemiş olduğu kurallara uygun olarak hareket etmemeleri karşısında çeşitli yaptırımlara tabi olması söz konusu olacaktır. Diğer bir deyişle, piyasanın etkin ve sorunsuz şekilde işlerliğini ve düzenin bozulmamasını sağlama anlamında, ilgili kuralları ihlal edici hareketlerde bulunan kimseler hakkında yaptırım uygulanması yine ilgili mevzuat

---

İnceleme, Kurul emrinde çalışan uzmanlar tarafından yapılır. Uzmanlar incelemeye giderken yanlarında incelemenin konusunu, amacını ve yanlış bilgi verilmesi halinde idarî para cezası uygulanacağını gösteren bir yetki belgesi bulundururlar.
***(Ek: 01.08.2003-4971/ 25. m.)** İlgililer istenen bilgi, belge, defter ve sair vasıtaların suretlerini vermekle yükümlüdür. Yerinde incelemenin engellenmesi veya engellenme olasılığının bulunması durumunda sulh ceza hâkimi kararı ile yerinde inceleme yapılır.*" hükmü yer almaktadır. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Kabul Tarihi: 07.12.1994, R.G., T.13.12.1994, S.22140.

[361] Çakmak, s.59.

[362] Şahin, s.59.

çerçevesinde belirtilmelidir[363]. İşte bu fonksiyon karşımıza yaptırım yetkisi olarak çıkmaktadır.

İdari müeyyide uygulama yetkisi[364] olarak da tanımlanan idari yaptırım uygulama yetkisi ile donatılan düzenleyici ve denetleyici kurumlar, kimi zaman bu yetkilerini doğrudan doğruya kullanabilirken kimi zamanda adli mercilerinden çeşitli yaptırımların uygulanmasını talep etme hakkına sahiptirler[365].

Yaptırım uygulama yetkisi, denetleme yetkisinin kullanılması sonucunda söz konusu olmaktadır. Hukuka aykırı hallerin tespitiyle ilgililer hakkında uygulanan yaptırımlar idari işlemler ve denetim işlemleri gibi kolluk faaliyetinin hukuki rejimine yaklaşmaktadırlar. Bu durum ülkemizde olduğu kadar mukayeseli hukukta da aynı şekilde gözükmektedir[366]. Duran'a göre idari kolluk, kamu düzeninin sağlanması, korunması ve bozulduğunda geri getirilmesi amacıyla bireylerin toplum içindeki tutum ve davranışlarının düzenlenmesi, gözetilip izlenmesi ve aykırı eylem ve durumların gerektiğinde kuvvet de kullanarak önlenmesi, engellenmesi ve kaldırılmasıdır[367]. Bu durumda kamu düzenini bozacak tüm eylem ve işlemleri yapanlar hakkında, kamu düzenini geri sağlamak amacıyla, yaptırımın uygulanması kaçınılmaz olacaktır.

Kamu düzenini bozan eylemlerden bazıları kabahat olarak düzenlenmiştir. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun "Tanım" başlıklı 2. maddesi kabahatin tanımını yapmıştır. Maddeye göre kabahat deyiminden "*kanunun karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlaşılır.*" Yine kanunun "Yaptırım türleri" başlıklı 16. maddesindeki "*Kabahatler karşılığında uygulanacak olan idarî yaptırımlar, idarî para cezası ve idarî tedbirlerden ibarettir*" ifadesinden, kabahatlere karşı uygulanacak yaptırımların idari nitelikte olduğunu görmekteyiz. Ayrıca yaptırımların idari niteliklerinin beraberinde, yaptırımlara sebep olan fiillerin de idari işlemler ile

[363] İbid., s.65.

[364] Gözler, İdare Hukuku, C. 1, s.589.

[365] Günday, İdare Hukuku, s.571.

[366] Elvin Evrim Özcan, **İdare Hukuku Açısından Türkiye'de Elektrik Sektörünün Regülasyonu ve Avrupa Birliği, Rusya, Çin ve Güney Amerika Uygulamaları**, Ankara, 2010, s.112.

[367] Duran, s.505.

belirlenmesi kanunda belirtilmiştir[368]. Kanunun "Kanunilik ilkesi" başlıklı 4. maddesi kapsamında "*Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir*" denilerek, idarenin düzenleyici işlemleri ile fiillerin boşluk doldurucu niteliği ortaya çıkmaktadır.

İdari yaptırımların tanımı üzerinde açıklamada bulunan Anayasa Mahkemesi bir kararında, "*Yasa'da hukuka aykırılığı kabul edilen eylemlere karşı uygulanmasına izin verilen bu yaptırımlar idarî niteliktedir. Öğretide de kabul edildiği gibi idarenin, bir yargı kararına gerek olmaksızın yasaların açıkça verdiği bir yetkiye dayanarak İdare Hukukuna özgü yöntemlerle, doğrudan doğruya bir işlemi ile uyguladığı yaptırımlarla, verdiği cezalara "idarî yaptırım" denilmektedir.*" ifadesine yer vermiştir[369]. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesi idari yaptırımların yargı kararlarına benzerliklerini belirtmiş ancak farklı hukuki işlem niteliğinde olduklarını da açık bir şekilde vurgulamıştır.

Düzenleyici ve denetleyici kurumların yargı kararına ihtiyaç duymadan karar alabilme yetkisine sahip olmaları, düzenleyici ve denetleyici kurumların yargı denetimine tabi tutulmayacakları anlamına gelmemektedir. Ayrıca yargı kararına benzer olarak yaptıkları idari yaptırımların da yargı kararı olarak değerlendirilemeyeceği açıktır[370]. Ancak yargı denetimine açık olan düzenleyici ve denetleyici kurum kararları, esas denetiminden daha çok usul denetimine tabi olmaktadırlar[371]. Bu durum idari yargılama esaslarının yerindelik denetimi yerine hukuk denetimi yapılmasının bir sonucudur. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin 2. fıkrası kapsamında, yargı

---

[368] Çakmak, s.62.

[369] AMK., T.23.10.1996, E.1996/48, K.1996/41 (http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/203ca7e1-a05f-4e3b-8a6c-b7db7b45fa21?excludeGerekce=False&wordsOnly=False). (Erişim: 02.02.2016)

[370] Usta, s.55.

[371] İbid., s.55.

yerlerinin yerindelik denetimi yapılmasının önüne geçilmesi ile yapılacak olan denetim hukuk denetimi ile sınırlı olacaktır[372].

Düzenleyici ve denetleyici kurumların idari yaptırımları kimi zaman idari para cezası kimi zamanda idare tarafından teşebbüslere verilen faaliyet izninin iptali olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu idari yaptırımlar, uyarı, para cezası, izin ve ruhsatın iptal edilmesi veya geçici süre kullanılmasının askıya alınması, yayının durdurulması, düzeltme hakkının kullanılmasının sağlanması ve benzeri şekillerde ortaya çıkarlar. Bu klasik nitelikte sayılabilecek idari yaptırımlar dışında da düzenleyici ve denetleyici kurumların idari yaptırım türleri bulunmaktadır. Örneğin Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK), yayınını durdurduğu medya hizmet sağlayıcı kuruluşa karşı, aynı yayın kuşağında kamuya yararlı nitelikte programların yayınlaması yaptırımını uygulayabilme yetkisi ile donatılmıştır[373].

Uygulanmaları açısından bu idari yaptırımlar, mevzuatta öngörülen şekil ve esaslar ile bağlı olup, idari kolluk faaliyetinin önemli bir ilkesi olan ölçülülük ilkesine uygun olarak gerekçelendirilmelidirler[374].

Mevzuatımızda düzenleyici ve denetleyici kurum ya da kurul olarak isimlendirilen ve iktisadi kamu hizmetlerine ilişkin olarak denetleyici ve düzenleyici işlev

---

[372] 2577 sayılı İYUK'un 2. maddesinin 2. fıkrasına göre; "*İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı veremezler*".

[373] 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un "İdari Yaptırımlar" başlıklı 32. maddesinin 4. fıkrasına göre; "*Bu Kanunun 8 inci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b), (d), (g), (n), (s) ve (ş) bentlerindeki yayın hizmeti ilkelerine aykırı yayın yapan medya hizmet sağlayıcı kuruluşlara, ihlalin ağırlığı ve yayının ortamı ve alanı göz önünde bulundurularak, ihlalin tespit edildiği aydan bir önceki aydaki brüt ticari iletişim gelirinin yüzde ikisinden beşine kadar idarî para cezası verilir. İdarî para cezası miktarı, radyo kuruluşları için bin Türk Lirasından, televizyon kuruluşları ve isteğe bağlı medya hizmet sağlayıcıları için onbin Türk Lirasından az olamaz. Ayrıca, idarî tedbir olarak, ihlale konu programın yayınının beş keze kadar durdurulmasına, isteğe bağlı yayın hizmetlerinde ihlale konu programın katalogdan çıkarılmasına karar verilir. İhlalin mahiyeti göz önünde bulundurularak, bu fıkra hükümlerine göre idarî para cezası ile birlikte idarî tedbire karar verilebileceği gibi, sadece idarî para cezasına veya tedbire de karar verilebilir*".

[374] Atay, "Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması", s.288.

yerine getiren bu kurumların çeşitli fonksiyonları ortaya konulmuştur. Bu kurumların tamamının işlev ve fonksiyonlarını ortaya koymak bu çalışmanın konusu dışındadır. Çalışmanın özgünlüğü ve konusunun sınırlanması açısından, yerinde ve yeterli olacağı düşünüldüğünden sadece Rekabet Kurumu bakımından inceleme yapılmıştır.

İKİNCİ BÖLÜM
İKTİSADİ ALANDA REKABET KURUMUNUN DENETİM İŞLEVİ

I. REKABET HUKUKU

A. Rekabet Kavramı

Hangi iktisadi ve siyasi rejim altında olursa olsun, "rekabet" olgusu insan yaşamının ve toplumsal düzeninin ayrılmaz bir parçasıdır. İçinde yaşanan farklı iktisadi ve siyasi rejimler rekabet alanlarının sınırını ve niteliğini farklılaştırabilirler. Sosyal ortamda okuldan başlayarak, iş ve ticaret hayatında bireyler rekabet halinde olduğu gibi, bireylerin dâhil oldukları kurumlar da alanlarındaki kurumlarla rekabet içindedirler. Rekabet, bazen kırıcı bazen sessiz ama hep olur. İnsanın doğasından gelen rekabetin amacı, daha iyi olmak, daha iyiye yönelmektir[375]. Hangi iktisadi ve siyasi rejimin parçası olunursa olunsun, rekabet olgusundan kaçılamaz. Çünkü tüm iktisadi ve siyasi rejimlerin ortak amacı toplumların daha rahat, daha zengin ve daha mutlu yaşamasını sağlamaktır. Daha iyiyi bulmak ancak rekabet ile olur[376].

---

[375] "*İnsanın en önemli niteliklerinden biri olan rekabet, geniş manada insanların, milletlerin hatta kıt'aların daha iyiyi başarma, daha iyiye gitme çaba ve yarışı olarak tarif edilebilir. İnsanın yaratılışında var olan egoizmden kaynaklanan rekabet duygusu, önce aile içinde fizikman daha güçlü olan babanın, ana ve çocukları mal edinmesinden, milletlerin sömürgeciliğine kadar çeşitli şekillerde oluşmuş, insanlığın ilmi, teknik, ekonomik ve sosyal gelişmesinde etken olmuştur.*" Hayri Domaniç, (Önsöz): *Ateş Akıncı,* **Rekabetin Yatay Kısıtlanması***, Rekabet Kurumu Yayını,* Ankara, 2001, s.xiii. Her rekabet ilişkisi, mutlak anlamda tarafların karşısındakini her ne pahasına olursa olsun altetme mücadelesi anlamına gelmeyebilir. Birinin davranışından diğerinin zarar görmediği rekabet koşullarında, taraflar gerektiğinde birbirlerine yardımcı dahi olmaktadırlar.

[376] "*İktisat, sınırlı kaynaklarla sınırsız arzuları tatmin etme mekanizmasının bilimidir diye tanımlanır. Üreticiler açısından aynı kalitede bir malın mümkün olan en ucuza üretilmesi esastır. Tüketiciler açısından da, aynı kalitede bir malın en ucuza alınması esastır. Üretici sınırlı kaynaklarıyla (sermaye, emek ve diğer girdiler gibi) kârını azamiye çıkarırken, tüketiciler de sınırlı kaynaklarıyla (gelir) tatminini azamiye çıkarmaya çalışırlar. Yani, bir çıkar çatışması söz konusudur. Çıkar çatışmasını, farklı tarafların "seçme özgürlüğünü" kısıtlamadan, çözüme ulaştıran (ekonomik denge) tek mekanizma rekabet olmaktadır. Ancak bu yolla, en verimli üretim, en karlı bir biçimde, ekonomik birimlerin arzularını azami düzeyde tatmin edebilmek mümkün olabilir.*" Ercan Kumcu, **Rekabet Üzerine Denemeler**, Rekabet kurumu Yayını, Ankara, Mart 2008, Önsöz, s.ix.

Rekabet, sözcük anlamı itibariyle "*Aynı amacı güden kimseler arasındaki çekişme, yarışma*" olarak ifade edilmiştir[377]. Bu anlamda "*rekabet, bir başkasına veya başkalarına karşı üstünlük, kazanç veya başarı sağlama mücadelesidir.*"[378] İşletmecilik, iktisat, çevrebilim, spor ve sanat dallarını da içeren alanlarda sıkça kullanılan bu terim, aynı zamanda "*Mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarışı*"[379] da ifade etmektedir.

Siyasi açıdan, rekabet ve özgürlük kavramları birbirlerinin ayrılmaz parçalarıdır. Seçme özgürlüğünün olduğu toplumlarda, rekabet, en iyiyi bulur, en iyiye doğru yönlendirir. Bireysel özgürlükler olmadan rekabet olmaz. Rekabet olmadan bireysel özgürlükler tam anlamıyla kullanılamaz[380]. Kişi hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması bakımından siyasi alanda kuvvetler ayrılığından beklenen yarar, ekonomik alanda rekabet düzeninden beklenmektedir[381].

Ancak bazı durumlarda bireysel özgürlüklerin tam olarak kullanılabilmesi sosyal içerikli düzenlemeler gerektirir ve bu düzenlemeler de rekabet ilkesiyle çelişebilir. Tam rekabet koşullarının uygulanması bazen bireyler yönünden ayrımcılığa neden olabilir. Örneğin engelli bireylerin işe alınması zorunluluğu bireyler arasındaki rekabet koşullarının engelliler lehine değiştirilmesi anlamına gelir ki, bu da "*pozitif bir ayrımcılık*" olarak kabul edilir. Siyasal yaşamda kadınlar lehine pozitif ayırım

---

[377] (http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=REKABET). (Erişim: 02.02.2016)

[378] Halil Seyidoğlu, **Ekonomik Terimler Ansiklopedik Sözlük**, Güzem Can yayınları, Ankara, 1992, s.720.

[379] **Rekabet Terimleri Sözlüğü**, Rekabet Kurumu, Beşinci Baskı, Nisan 2014, s.164. Bu tanım aynı zamanda 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un "*Tanımlar*" başlığı altındaki 3 üncü maddesinde de rekabetin tanımı olarak yer almaktadır. 4054 S.K., Kabul Tarihi: 07.12.1994, R.G., T.13.12.1994, S.22140.

[380] "*İktisadi açıdan da, rekabet ve fırsat eşitliği kavramları birbirlerinin ayrılmaz parçalarıdır. Fırsat eşitliğinin olmadığı bir ortamda rekabet en iyiyi bulamaz, en iyiye yaklaştıramaz. Popüler deyimiyle, fırsat eşitliğinin olamaması rekabeti sakatlar. Rekabetin olmadığı (sakatlandığı) yerde fırsat eşitliğinden söz etmek olanaksızdır. Fırsat eşitliğinin olmadığı bir yerde rekabet kavramından söz edilemez. Rekabetin sakatlandığı yerde "rant" doğar. Bir ekonomide farklı nedenlerle rant oluşması sınırlı kaynakların en iyi bir biçimde kullanılamadığı anlamına gelir. Rant, sınırlı kaynakların üretken olmayan alanlarda israf edilmesinin bir başka şekilde ifadesidir.*" Kumcu, Önsöz, s.x.

[381] Vural Savaş, "*Anayasalarda Ekonomik Hak ve Özgürlükler: T.C. Anayasaları Örneği*", **Anayasa Yargısı,** S. 6, Ankara, 1989, s.177.

gerçekleştirilmesi, siyasal tam rekabet koşullarına müdahale anlamına gelse de gerçek eşitliğin sağlanması demektir.

Günümüzün ekonomik kalkınma sürecinde "*piyasa ekonomisi*" kavramından çok "*rekabetçi piyasa ekonomisi*" kavramına vurgu yapılmaktadır. Diğer bir deyişle ekonomik kalkınmada rekabet kavramına merkezi bir işlev yüklenmiştir. Böylece artan rekabetin kaynak tahsisatı ve üretim etkinliğini iyileştireceği ve dolayısıyla ilgili piyasalardaki mal ve hizmetlerin fiyatlarını düşüreceği ve/veya kalitesini/çeşidini artıracağı beklenmektedir[382]. Bu çerçevede de rekabet, teknolojik yenileşmeyi kamçılamaktadır. Rekabetçi bir pazarda kalabilmek, maliyetleri düşürebilme yeteneğine bağlıdır. Bunun en etkin yolu, yeni üretim teknolojileri bularak, bunları rakiplerden önce uygulayabilmektir. Böylece firma rakiplerine göre hem daha fazla kar elde edebilir, hem de pazar payını artırabilir. Bu nedenle rekabet hukukunda genellikle teknolojik gelişmeyi sınırlayıcı anlaşmalar rekabeti bozucu bulunmakta, teknolojik araştırmaya yönelik işbirliği faaliyetleri ise desteklenmektedir[383].

Öte yandan, daha geniş bir anlama sahip olan "*rekabet politikası*" kavramı zaman zaman "*rekabet hukuku*" kavramı ile eş anlamlı kullanılmaktadır. Avrupa Birliği'nde rekabet politikaları, antitröst, devlet yardımları ve serbestleşme başlıkları altında ele alınmaktadır. Ülkemizde ise rekabet (competition) kavramı genelde antitröstün yerine kullanılmaktadır. Bu alanda terminolojik olarak sık hata yapılan diğer bir husus ise "*rekabet*" ve "*rekabet gücü (competitiveness*" kavramları arasındaki farktır. Zaman zaman rekabet gücü yüksek ekonomilerin, rekabet hukuku ve politikası uygulamalarına ihtiyacı bulunmadığı kabul edilmektedir. Örneğin serbest piyasa odaklı reformların yapıldığı gelişen ülkelerde, rekabetçi bir piyasa yapısı oluşturmak için, başlangıçta iç pazarı ithalat rekabetine açmanın yeterli olacağı düşünülmüştür. Ancak diğer şeylerin yanı sıra, küreselleşmenin getirdiği baskı ve düzenleyici devlet anlayışında ortaya çıkan değişimlerin etkisiyle, son yıllarda giderek artan sayıda ülke rekabet hukuku ve politikalarının, ekonomide rekabet gücünü artırmanın ve sürdürmenin önemli bir unsuru

[382] Emek, s.34.

[383] İ. Yılmaz Aslan, **Rekabet Hukuku,** 4. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2007, s.7.

olduğunu kabul etmiştir[384]. Zira serbest rekabet, siyasi bakımdan batı demokrasilerinin temeli ve güvencesi haline gelmiştir[385]. Ekonomide tekelleşme ya da rekabetin ortadan kalkması, iktisadi çok sesliliğin sonu anlamına gelir. Ekonomik tekeller bir kez oluştuktan sonra bu gücü siyasi iktidarı elde etmek için kullanmakta zorlanmazlar; dolayısıyla ekonomik çok seslilik, siyasi çok sesliliğin adeta olmazsa olmazıdır[386].

Rekabetin olmadığı veya sağlıklı olarak işlemediği piyasalarda üreticiler, mal ve hizmetlerin fiyat ve kalitesi bakımından, ülke kaynaklarını verimli kullanma kaygısı duymazlar. Rekabetin yokluğu sebebiyle sağlıklı işlemeyen piyasa düzeninde, pazar gücünü ellerinde bulunduran hâkim konumdaki teşebbüsler, aynı zamanda piyasaya yeni girecekler için de engel teşkil eder. Bu bakımdan rekabet, ulaşılmak istenen bir amaç gibi görünse de; aslında, piyasa ekonomisinden beklenen faydaların gerçekleşebilmesi ve eksik rekabet halinde ortaya çıkabilecek sakıncaların önlenebilmesi için bir araçtır. Sonuç itibariyle, rekabet engellerinden arındırılmış bir piyasa, ekonomik verimlilik ve sonuç olarak toplumun sağlayacağı azami fayda açısından zaruridir[387].

Rekabet, genel ekonomik düzen ve dolayısıyla toplum için ne kadar yararlıysa, rekabetin sınırlanması da, bunu gerçekleştiren teşebbüsler için o kadar yararlıdır. Teşebbüsler başka teşebbüslerle yaptıkları işbirliği ve hatta kurumsal birlikteliklerle, araştırma geliştirme harcamaları gibi teknik ve piyasalara giriş kolaylıkları, yeni yatırım alanları, dikey bütünlük sağlamak gibi ekonomik yararlar ve dolayısıyla rekabet avantajları elde ederler. Bunların yanı sıra, uluslararası rekabet gücünün artırılması ve çeşitli vergi avantajları sağlanması mümkün olabilmektedir[388].

---

[384] Emek, s.40-41.

[385] "*Rekabet kanunları bir çeşit ekonomi anayasası olarak görülmektedir. Genel çerçeve içinde bakıldığında, serbest rekabetçi sistemleri benimseyen tüm ekonomilerde, bu sistemi koruyucu nitelikli rekabet kanunlarına gerek olduğu anlaşılmaktadır.*" Aslan, Rekabet Hukuku, s.4, 5.

[386] Aslan, Rekabet Hukuku, s.10.

[387] Özlem Zengin, **Avrupa Birliği ve Türk Rekabet Hukuku Çerçevesinde Hakim Durumun Kötüye Kullanılması**, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008, s.7.

[388] Kerem Cem Sanlı, **Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği,** Yüksek

B. Rekabet Hukuku Kavramı ve Alanı

Ekonomik yaşamın düzenlenmesinde rekabetin önemli bir yer tuttuğu yadsınamaz bir gerçektir. Bu doğrultuda rekabeti ihlal eden davranışları yasaklayan düzenlemelere tarihin her devrinde rastlanmaktadır. Rekabetin ekonomik bir olay olması nedeniyle, Rekabet Hukuku da öncelikle rekabetin ekonomik sonuçlarını düzenli bir şekilde elde etmeye yöneliktir. Ancak rekabet hukuku ile elde edilmek istenen yarar, rekabetin ekonomik sonuçları ile sınırlı değildir. Rekabet hukukunun kabulünde ekonomik gerçeklerin yanı sıra sosyal ve ahlaki değerlerin etkili olduğu, hatta bunların ekonomik gerekçelerden daha etkili bulunduğu da görülür[389].

Rekabet hukuku, devletin serbest rekabet ortamını kurmak ve korumak için koyduğu kuralların bütünüdür. Rekabet hukukunun amacı, verimli kaynak dağılımını sağlamaya yönelik olarak etkili bir serbest rekabet düzeninin kurulması ve ayakta tutulmasıdır. Bu nedenle rekabet sınırlamalarını yasaklar ve nihai olarak sadece serbest rekabetin korunması amacını güder. Ancak serbest rekabet düzeni devletin hiçbir denetim ve müdahalesinin olmadığı bir ekonomik düzen değildir. Devletin denetim ve müdahalesi rekabetçi ortamın sağlanmasına ve korunmasına yöneliktir. Böylece anayasal bir hak olan girişim özgürlüğü ve fırsat eşitliği güvence altına alınır[390]. Buna karşılık rekabet hukuku bir grubun menfaatini diğer bir gruba karşı koruyan bir hukuk dalı değildir. Örneğin ilk planda ve nihai olarak rekabet düzeninin korunmasını sağlayan rekabet hukuku, tüketicilerin tekelci teşebbüslere karşı korunmasını ikinci planda ve hakkaniyet gereği sağlamaktadır[391]. Dolayısıyla rekabetin korunmadığı düzenlerde rekabette bulunmak, ekonomik birimlerin varlıklarını sürdürebilmesi için zorunlu bir davranış olmayıp, belki de sadece ahlaki açıdan uyulması gereken bir prensip niteliğindedir. Piyasaların kendi haline bırakılması durumunda, serbest rekabet düzeninin ekonomik birimler tarafından

---

Lisans Tezi, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2000, s.46, dn.33. (http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FAkademik+%C3%87al%C4%B1%C5%9Fmalar%2FKCSanl%C4%B1.pdf). (Erişim: 02.02.2016)

[389] Akıncı, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s.6.

[390] H. Ercüment Erdem, "*Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet İlişkisi*", **Rekabet Hukuku İle İlgili Makaleler,** Beta Yayınları, İstanbul, 2007, s.143.

[391] Erdem, s.143.

tahrip edilmesi karşısında, rekabet düzeninin hukuken korunması mecburiyeti ortaya çıkmıştır[392]. Böylelikle bir yandan bireyin temel hak ve özgürlüklerinin, diğer yandan toplumsal çıkarların korunması bakımından, devletin, rekabet ortamında sertleşen menfaat savaşına müdahalesi kaçınılmaz olmaktadır[393].

Rekabet hukuku, ilk bakışta özel hukukun bir alanı olarak gözükse de[394], kamu hukukunun bu alanda ağırlıklı olduğu gerçeğinden kaçılamaz. Hatta rekabet hukuku üzerinde kamu hukukunun özelliklerinin, özel hukuka nazaran daha etkili olduğunu belirten yazarlar da bulunmaktadır[395]. Yine kimi yazarlara göre, incelenen konu ve "*ham maddesinin özel hukuk ilişkileri*" (piyasada bulunan özel ya da kamu hukuku kişilerinin rekabet ilişkileri) olmasına rağmen, rekabet hukukunun konusu kamu hukukudur[396].

Kamu hukuku ve özel hukuk şeklinde önceden var olan ayırım, yeni hukuk dallarının ortaya çıkması, özel hukuk alanında değerlendirilen bir hukuk dalında kamu hukukuna ilişkin hükümlerin de yer alması ya da tam tersine kamu hukuku alanında

---

[392] Sanlı, s.7.

[393] Sait Güran, "*ABD'de Ekonomik Hayatın Düzenlenmesi*", **İHİD., Vakur Versan'a Armağan Özel Sayısı**, Y.6, S.1-3, s.129.

[394] Kaldı ki, rekabet hukuku özel hukukun bir çok alanını kapsadığı için, terminolojisi bir çok kavram kargaşasına sebep olmaktadır. Üstelik piyasalardaki ticari işlemleri öteden beri düzenleyen bu mevzuatın, genelde rekabet kanunları yürürlüğe girmeden önce uygulanmaya başladığı gözönünde bulundurulursa kavram kargaşası daha iyi anlaşılabilecektir. Sadece bu kanunların yıllardır süregelen uygulaması neticesinde benimsenen kavramlar ile yeni ve dinamik bir terminolojiye sahip rekabet hukuku uygulamalarını değerlendirmek mümkün değildir. Emek, s.43.

[395] Turgut Tan, "*Rekabet Hukukunun Uygulama Alanı Açısından Kamu Kuruluşlarının Faaliyeti (Türkiye, Fransa ve İtalya Örnekleri)*", **Rekabet Dergisi**, C. 1, Sayı 4, Ankara, 2000, s.3.

[396] Nurkut İnan, "*Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi*", **Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları**, Yayın no: 0039, Ankara, Ekim 1999, s.27. "*Rekabet hukuku kullandığı araçlar yönünden de kamu hukukuna daha yakındır. Çeşitli ülkelerde uygulanan rekabet hukuku sistemleri incelendiğinde bunu uygulayacak makamın ya özel olarak bu iş için kurulmuş ve özel yetkileri olan bağımsız bir idari makam ya da genel mahkemeler olduğu görülmektedir. Amerika Birleşik Devletlerinde anti-tröst hukuku klasik ceza hukukunun bir parçasıdır. Avrupa Topluluğu hukukunda, rekabet hukuku kuralları idari makamlarca yürütülmekte ve idari nitelikli para cezaları verilmektedir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda da özel yetkilerle donatılmış, bağımsız, idari bir makam oluşturulmuştur. Bu makam, devletin egemenlik yetkisini kullanarak çeşitli yasaklar getirebilmekte, emirler veya para cezaları verebilmektedir. Bazı ülkelerde hapis cezası da olmakla birlikte, esas yaptırım idari para cezalarıdır. Bunun yanında rekabeti sınırlayıcı uygulamaların kamu gücüyle yasaklanması söz konusudur.*" Aslan, Rekabet Hukuku, s.19-20.

sınıflandırılabilecek bir alanda özel hukuk niteliği taşıyan hükümlerin yer almasıyla sınırların net bir şekilde belirlenememesi sonucunu ortaya çıkartmıştır. Bunun sonucunda da ortaya çıkan bu yeni hukuk dalları karma nitelikli hukuk dalı başlığı altında yer almışlardır. Rekabet hukuku da karma nitelikli hukuk dalları arasında yer almaktadır[397]. Karma bir yapıya sahip olan rekabet hukukunun ağırlıklı alanı kamu hukukudur[398] ve en temel taşlarından birisi de kamu yararı düşüncesidir denilebilir[399]. Bu doğrultuda rekabet hukuku aynı zamanda toplumsal kaynakların optimal etkinlik noktasında kullanılmasını sağlayarak toplumsal refahı maksimize eden bir araçtır[400]. Öte yandan, verimli kaynak dağılımını sağlamaya yönelik olarak etkili bir serbest rekabet düzeninin kurulması ve ayakta tutulmasını sağlamaya çalışan rekabet hukuku, bu nedenle de rekabet sınırlamalarını yasaklar ve nihai olarak sadece serbest rekabetin korunması amacını güder. Zira serbest rekabet kaynakların etkin kullanılmasını, fiyatların piyasa koşullarına göre belirlenmesini, maliyetlerin kontrol altında tutulmasını, yeni teknolojilerin bulunmasını ve üretimde verimliliği sağlar. Serbest rekabetten tüketiciler de yararlanır[401].

---

[397] Pelin Güven, **Rekabet Hukuku**, Genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin yayınları, Ankara, 2008, s.24.

[398] *Rekabet hukukuna kamu hukuku niteliği kazandıran iki önemli özelliğinden söz edilebilir. Biri rekabet hukukunu uygulamakla görevli otoritelerin "idari" niteliği ve kararlarının bazı istisnalar dışında idari işlem olarak, idari yargının denetimine tabi tutulması; ikincisi de devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin rekabeti bozucu işlem ve eylemlerinin de rekabet hukukunun konusunu oluşturmasıdır.* Tan, *s.4. Rekabet Hukukunu kamu hukukuna yaklaştıran en önemli özelliğin, Rekabet Hukuku kurallarının uygulanmasını sağlamak amacıyla öngörülen etkin idari mekanizmalar olduğu söylenebilir. Zira Rekabet Hukuku mevzuatlarının pek çoğunda, maddi nitelikli rekabet kurallarının etkin ve amaca uygun biçimde uygulanabilmesini sağlamak amacıyla usuli, idari kurallar ve bağımsız idari örgütlenmelerin kurulması hakkında düzenlemeler yer almaktadır. Özellikle Kara Avrupası rekabet hukuklarında görülen bağımsız idari örgütlenmeler ve bunlara verilen geniş yetkiler buna örnek teşkil eder. Nitekim Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un hükümleri incelendiğinde, Rekabet Kurumu'nun idari örgütlenmesi, işleyişi, yetki ve görevlerine ilişkin hükümlerin önemli yer tuttuğu görülecektir.* Sanlı, s.15.

[399] Güven, s.24-25. Kamu hukuku karakterli rekabet hukuku kuralları, doğrudan uygulanan kural niteliği taşımakta olup, taraflar sözleşme ile aksini kararlaştıramadıkları gibi, serbestçe üzerinde tasarrufta bulunamazlar. Bu konuda bak. Hatice Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, Galatasaray Üniversitesi Yayını, İstanbul, 2001; Güven, s.27.

[400] Gönenç Gürkaynak, **Türk Rekabet Hukuku Uygulaması için 'Hukuk ve İktisat' Perspektifinden 'Amaç' Tartışması**, Rekabet Kurumu, 2003, s.4; Fatma Ataç, "*Rekabet Hukuku ve Kamu İhalelerinde Rekabet*", Ed. F. Üçışık / Ç. Arslan / S. A. Hakkakul, **Kamu İhale Hukuku'na İlişkin Tebliğler ve Makaleler**, Bilge Yayınevi, Ankara, 2014, s.226.

[401] Erdem, Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet İlişkisi, s.143; "*Rekabet kanunları ile (...) her şeyden önce kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin bir parçası olan fırsat eşitliği ve girişim özgürlüğü sağlanmış olur. Sosyal bakımdan tüketicinin korunması yönünde önemli bir gelişme sağlanır. Çünkü rekabet*

Bu doğrultuda rekabetin serbestliğini ve etkin işleyişini sağlamak, rekabetin cereyan ettiği iktisadi ve sosyal alanları rekabet yapısına denkleştirmek ve bu yapıyı sürekli kılmak için rekabetin işleyişine hukuki bir nitelik kazandırmak, rekabet hukukunun temel amaçlarındandır[402].

Rekabet Hukuku, bir ülkede uygulanmakta olan diğer bazı politikaları da doğrudan veya dolaylı olarak etkileyebilmektedir. Bunun ötesinde Rekabet Hukuku; ihracatın teşviki, ulusal ve uluslararası piyasalarda rekabet gücü yüksek teşebbüsler yaratılması, yeni istihdam alanları oluşturulması, yabancı yatırımlar, devlet teşvikleri, özelleştirme gibi alanları etkileyebilecek bir araç olarak da kullanılabilmektedir. Ancak, rekabet düzenlemelerinin ekonomik gelişmeye katkıda bulunması, devletin rekabet politikası ile ekonomi politikasının birbirini destekleyecek şekilde uyumlu olması ile mümkündür. Aksi halde hedeflenen iktisadi ve sosyal amaçların gerçekleştirilmesi güçleşir[403].

C. Türk Rekabet Hukuku'nun Kaynakları

Türk rekabet hukukunun temel kaynağı, 4054 sayılı "*Rekabetin Korunması Hakkında Kanun*"dur. RKHK'nın çıkarılmasına dayanak oluşturan en önemli husus, 1982 Anayasası'nın 167. maddesidir. "*Piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi*" başlıklı madde hükmüne göre, "*Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemesini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeleri önler.*"

1982 Anayasası'nın 172. maddesinin gerekçesinde ise "*Tüketicinin korunması ancak serbest piyasa ekonomisinde mümkün olabileceğinden, bu piyasanın gereklerine uygun olarak serbest rekabet şartlarının sağlanması ve tekel ve kartellerin önlenmesi gerekmektedir.*" denilmektedir.

---

ekonomik etkinliği sağlar; etkinlik ise dolaylı yoldan tüketici isteklerinin en az maliyetle tatminini olanaklı kılar. Rekabete dayalı piyasadaki fiyat mekanizması tüketicilerin daha ucuz ve daha kaliteli mallar bulabilmesini sağlar." Aslan, Rekabet Hukuku, s.3-4.

[402] Zengin, s.7.

[403] İbid., s.8-9.

Benzer vurgu 137. maddenin gerekçesinde şu şekilde yapılmaktadır: "*Devletin tüketiciyi korumak için getireceği tedbirlerin tüketiciyi koruyucu niteliği olduğu kadar, rekabeti teşvik edici ve koruyucu yönünün de bulunması gerekir. Ayrıca tekeller ve tekel benzeri gruplaşmaları hem tüketim hem de hizmet sektöründe önlemek, hâkimiyetlerini dağıtmak, sağlıklı bir toplum ve sağlıklı bir demokrasi için vazgeçilmezdir.*"

Buradan çıkan sonuç, serbest piyasa ekonomisinde teşebbüs hürriyetinin mülkiyet hakkı ile beraber sistemin çatısını oluşturduğu, bu hakların kötüye kullanılarak sistemin özüne zarar verilmemesi için de devlete tekelleşme ve kartelleşmeyi önleme görevi verildiğidir[404].

Görüldüğü üzere, anılan türde bir kanunlaştırma sözkonusu hükümler çerçevesinde zorunlu hale getirilmiştir. Ancak Anayasamızın tarihi ile RKHK'nın kabul tarihi olan 7.12.1994 tarihi arasında geçen uzun süre zarfında çıkartılamayan kanunun bu tarihte kabulünü sağlayan başlıca olgu, Gümrük Birliği'dir. Avrupa Topluluğu'na (Avrupa Birliği) tam üyelik yolunda bir aşama olarak görülen Gümrük Birliği'ne ilişkin müzakereler sırasında, Avrupa Topluluğu mevzuatı ile bir uyumlaştırma yapılması gerektiği konusunda anlaşılmış ve Avrupa Topluluğu Anlaşmasının 85 ve 86. maddeleri ile Konsey yönergeleri esas alınarak RKHK hazırlanmıştır. Söz konusu düzenlemenin önemi 6 mart 1995 tarihli, 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi kararında yer alan hükümlerle de vurgulanmıştır[405].

4054 sayılı RKHK altı kısımdan oluşmaktadır[406]. Kanunun birinci kısmında amaç, kapsam, tanımlar; ikinci kısmında Kanun'da yasaklanan faaliyetler, Rekabet Kurulu'nun yetkileri, idari para cezaları; üçüncü kısmında teşkilat, Rekabet Kurulu; dördüncü kısmında Rekabet Kurulu'nun inceleme ve araştırmalarında usul; beşinci kısımda rekabetin sınırlanmasının özel hukuk alanındaki sonuçları; altıncı kısmında ise son hükümler yer almaktadır.

---

[404] Aslan, Rekabet Hukuku, s.17; Şahin Ardıyok, "*Anayasal Açıdan Mikro İktisadi Müdahaleler*", **Legal Hukuk Dergisi,** Y.3, S.29, 2005, s.1696.

[405] Erdem, Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet İlişkisi, s.142.

[406] 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Kabul Tarihi: 07.12.1994, R.G., T.13.12.1994, S. 22140.

RKHK. 62. madde uyarınca kanun içerisinde yer alan konularla ilgili olarak Rekabet Kurulu'nun yönetmelik çıkarma yetkisi bulunmaktadır. Bu yönetmelikler de rekabet hukukunun kaynakları arasındadır.

Aynı doğrultuda RKHK. 27. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendi uyarınca Rekabet Kurulu'na Kanunun uygulanması ile ilgili olarak tebliğler çıkarmak ve gerekli düzenlemeleri yapmak görevi verilmiştir. Bu görev ve yetki doğrultusunda çıkartılan tebliğler de rekabet hukukunun kaynakları arasındadır.

Türk Rekabet Hukukunun önemli uygulama kaynaklarından birisi Rekabet Kurumu tarafından verilen kararlara ilişkin Danıştay kararları; diğeri ise rekabete ilişkin adli yargı kararları aleyhine Yargıtay tarafından verilen kararlardır.

D. Avrupa Birliği Rekabet Hukuku'nun Kaynakları

Rekabet kavramının tanımı, Avrupa Birliği Hukuk düzeninde bulunmamaktadır. Kavram, Roma Anlaşması'nın hem 3. maddesinin 1. fıkrasının (g) bendine göre hem de 81. maddesince kullanılmış olup[407], hakkında bir tanımlamaya gidilmemiştir[408]. Buna karşın, Anlaşmanın 81. maddesi, terimin kullanılması açısından genel bir anlayış getirerek, üye devletler açısından rekabeti önleyici, kısıtlayıcı veya bozucu önlemlerin alınamaması, uygulamaların yapılamaması veya yargı kararlarının verilememesinin önemini vurgulamaktadır[409]. Aynı nitelikte düzenlenen 82. madde de, bir veya daha fazla teşebbüsün Ortak Pazar veya onun önemli bir bölümünde hâkim durumlarını kötüye kullanmalarını üye ülkeler arasında ticareti etkilediği ölçüde yasaklamaktadır. Doğrudan doğruya uygulanabilme özelliğine sahip olan bu düzenlemeler, sadece üye ülkeler ve onların yetkili organlarına hak ve yükümlülükler getirmekle kalmayıp; Avrupa

[407] Ateş Akıncı, "*Rekabet Hukukunun Felsefi, Ekonomik, Sosyal ve Siyasal Gelişimi*", **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı**, C. 2, 2002, Ankara, s.20.

[408] Joanna Goyder / Albertina Albors – Llorens, **Goyder's EC Competition Law**, Fifth Edition, Oxford University Press, Oxford, 2009, s.8.

[409] İbid., s.8.

Topluluğu'nun yürütme organı olan Komisyon'u, rekabet soruşturmalarını yürütmek, gerektiğinde yaptırım uygulamak gibi geniş yetkiler ile donatmaktadır[410].

Avrupa Birliği'nde rekabetin korunmasına ilişkin ilk düzenlemeler, Almanya, Belçika, İtalya, Lüksemburg, Fransa ve Hollanda arasında 1951 yılında Paris'te imzalanan Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu (AKÇT) Anlaşmasının 65. ve 66. maddesinde yer almıştır. Bu düzenlemeyle, anılan ülkeler arasında çelik ve kömür sektöründe kartellerin ve ekonomik gücün kötüye kullanılmasının yasaklanması ile birleşme devralmaların (*mergers*) kontrolünün sağlanması amaçlanmıştır. Avrupa kıtasında rekabetin korunmasıyla ilgili ayrıntılı düzenlemeler, daha sonra altı AKÇT ülkesi arasında bir "Ortak Pazar" oluşturmak üzere 1957 yılında Roma'da imzalanan Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) Anlaşmasının 85 ila 94. maddelerinde yerini almıştır[411].

Geleneksel olarak "AB Rekabet Politikası" tepkisel bir özelliğe sahiptir. Komisyon'un başlıca amaçları rekabeti azaltacak birleşmeleri engellemek, rekabet karşıtı davranışları yasaklamak veya rekabet kurallarına aykırı devlet yardımı ödemelerini durdurmak olmuştur. Son yıllarda AB, rekabet kuralları uygulanmasında verimlilik, şeffaflık ve tutarlılığı artıracak bir seri reform yapmıştır[412]. Topluluk, 2000'li yıllardan itibaren rekabetçi bir Avrupa ekonomisi için *pro-aktif* bir rekabet politikası uygulamayı kararlaştırmıştır. AB rekabet politikası sadece şirketler kesimini değil, hükümet

---

[410] Zengin, s.11.

[411] Mustafa Ateş, "*AB'ye Uyum Bağlamında Türk Rekabet Hukuku ve Politikasına Genel Bir Bakış*", **Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi,** S:1, 2009, s.57, (http://www.ankarabarosu.org.tr/siteler/ankarabarosu/frmmakale/2009-1/3.pdf) (Erişim: 04.03.2016). "*AB rekabet hukuku ve politikasının temel hükümleri şu ana başlıklardan oluşmaktadır: 1) Rekabeti bozucu anlaşma ve uygulamaların yasaklanması (RA. md.81), 2) hâkim durumun kötüye kullanılmasının engellenmesi (RA. md. 82), 3) şirket birleşme ve devralmaları yoluyla gerçekleşen iktisadi yoğunlaşmaların denetimi (Yoğunlaşma Tüzüğü), 4) kamu tekel ve imtiyazına sahip teşebbüslere ilişkin hususlar (RA. md.86) ve nihayet 5) topluluk düzeyinde rekabeti olumsuz yönde etkileyebilecek devlet yardımlarının izlenmesi ve denetim altına alınması (RA. md.87).*" İbid., s.64-65; Emek, s.23-24; Uğur Özgöker, **Avrupa Birliği Rekabet Hukuku ve Politikası**, Beta, İstanbul, 2008, s.6.

[412] Özgöker, s. 80.

kararlarını da piyasa koşullarında disiplin etmeyi amaçlamaktadır[413]. Rekabet politikası mevcut ulusal politikalarla uyumlu olmak üzere tasarlanmıştır; ancak devletlerin her birinin kendi ulusal sınırları içinde kalan ticarete ilişkin rekabet politikası belirleme hakkı bulunmakta, ticaretin ulusal sınırları geçmesi halinde AB politikası yürürlüğe girmektedir[414].

Sonuç olarak AB komisyonu, kendi rolünün sadece birleşmelere ve anti-tröst vakalara polislik yapmaktan ibaret olmadığını anlamaya başlamıştır. Artık AB, tek Pazar içinde genel rekabet seviyesini artırmaya çabalamaktadır[415].

Türkiye'deki maddi rekabet hukuku, genellikle AB hukuku çerçevesini izlemektedir. AB rekabet hukukunun ilgili hükümleri örnek alınarak hazırlandığı için, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'daki hükümler, AB mevzuatıyla büyük benzerlik taşımaktadır. Türkiye ile AB arasında imzalanan Ankara Anlaşması'nın 16., Katma Protokol'ün 43. maddeleri doğrultusunda Türkiye, AB'nin rekabet hukukuna ilişkin kurallarını uygulamayı kabul etmiştir[416].

Ülkemizde rekabet hukuku ve politikasının uygulanmasından birinci derecede sorumlu olan kurumsal yapı da Rekabet Kurumu'dur. Rekabet Kurumu, rekabet politikasını uygulamakta en büyük role sahip bir kurum olmakla birlikte, tıpkı Topluluk Komisyonu gibi rekabet politikasının tespitinde de önemli bir yere sahiptir[417].

[413] Emek, s.23.

[414] Özgöker, s.6.

[415] İbid., s.81.

[416] Güven, s.75-76.

[417] Ateş, AB'ye Uyum Bağlamında Türk Rekabet Hukuku ve Politikasına Genel Bir Bakış, s.83.

II. TEŞEBBÜSLERİN REKABET HUKUKU TARAFINDAN YASAKLANAN UYGULAMALARI

Rekabet hukuku genel olarak üç konuyu düzenlemektedir. Bunlardan ilki, "*teşebbüslerarası anlaşmalar, teşebbüs birliği kararları ve uyumlu eylemler yoluyla rekabetin ihlal edilmesi*", ikincisi "*hâkim durumun kötüye kullanılması yoluyla rekabetin ihlal edilmesi*", üçüncüsü ise "*yoğunlaşmaların (birleşme ve devralmaların) denetlenmesi*"dir.

RKHK'nın 4. maddesi bağlamında belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan ya da dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüslerarası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır. Bir başka deyişle rekabeti bozucu her türlü anlaşma ve uygulamalar hukuken yasaklanmıştır. Ancak maddenin son fıkrasına göre, "*Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir.*"[418]

Kanunun 4. maddesinde bu yasaklama "*rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar*" başlığı altında düzenlenmişse de, "*Muafiyet*" başlıklı 5. maddesinde, bazı "*şartların varlığı halinde*", yasaklanan davranışlara yine aynı madde hükümlerinin uygulanamayacağı, bu hükümlerden muaf tutulacakları belirtilmiştir.

Türk rekabet hukukunda hâkim durum kavramına, RKHK'nın 6. maddesinde "*hâkim durumun kötüye kullanılması*" başlığı altında değinilmiş, maddede hâkim durumda bulunmak değil, hâkim durumun kötüye kullanılması hukuka aykırı ve yasak kabul edilmiştir.

---

[418] Maddenin gerekçesi de bu konuyu şöyle açıklamaktadır. "*Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların yasaklandığı bir hukuk düzeninde genellikle bu tür anlaşmalar gizli yapılmakta ve bunların varlığının ispatı oldukça güç, bazen de imkânsız olmaktadır. Bu nedenle Maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen hallerin varlığı halinde teşebbüslerin uyumlu eylem içinde oldukları karinesi kabul edilmiştir. Böylelikle uyumlu eylem içinde olmadıklarını ispat yükü ilgili teşebbüslere geçirilmiş bulunmakta ve ispat güçlüğü nedeniyle Kanunun işlemez hale gelmesinin önlenmesi amaçlanmıştır.*" http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Sayfalar/Madde-Gerekceleri (Erişim: 04.03.2016).

Yoğunlaşmaları denetlenmesi, rekabet hukuku içinde yer alan ve uygulamada sıklıkla karşılaşılan en önemli konulardan birisidir. RKHK'da "*yoğunlaşma*" yerine "*birleşme ve devralma*" kelimeleri kullanılmıştır. Ancak birleşme ve devralmalar, yoğunlaşma şekillerinden yalnızca ikisidir ve yoğunlaşmalar birçok şekilde gerçekleşebilmektedir[419].

RKHK tarafından yasaklanmış bu hallere, aşağıda ayrıntılı bir şekilde yer verilecektir. Ancak bu çalışmanın konusunu 6. maddede yer alan "*hâkim durumun kötüye kullanılması*" oluşturduğu için o başlık altında işlenen konu, ayrıca kamu teşebbüsleri açısından da incelenecektir[420].

A. Rekabeti Bozucu Anlaşma ve Uygulamaların Yasaklanması

Rekabeti bozucu anlaşma ve uygulamaların yasaklanması Roma Anlaşmasının 81. maddesinde düzenlemiş[421], bundan esinlenen 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesi de, rekabeti bozucu nitelikteki her türlü ihlalin hukuka aykırılığını ifade etmiştir.

Tıpkı Roma Anlaşmasının 81. maddesinde olduğu gibi, rekabeti bozan anlaşma, karar ve eylemler sadece amaç bakımından yasaklanmamış, uygulandığında bu sonuçları doğurabilecek potansiyele sahipse, hukuka aykırı ve yasak mütalaa edilmiş; rekabeti ihlal edebilecek nitelikteki işbirlikleri, 4. maddede örnek olarak, Topluluk Hukukundakine paralel biçimde sayılmıştır[422]:

> *"**Madde 4**[423] – Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut*

---

[419] İbid., s.363. Bkz. İkinci Bölüm, II / B, s.93

[420] Bkz. Üçüncü Bölüm, s.124.

[421] Anlaşmanın 81. maddesi, rekabeti bozan ya da bozabilecek nitelikte olan teşebbüslerarası anlaşmaları yasaklamaktadır. Ancak maddede bu anlaşmalara ilişkin bir tanım yapılmadığından, madde kapsamındaki ilişkiler Komisyon ve Adalet Divanı kararlarına bırakılmıştır.

[422] Ateş, AB'ye Uyum Bağlamında Türk Rekabet Hukuku ve Politikasına Genel Bir Bakış, s.68.

[423] Maddenin gerekçesi: **"*Madde 4*-** *Bu Kanunun amacı rekabetin korunması olduğuna göre, rekabeti engelleyici, kısıtlayıcı veya bozucu teşebbüsler arası anlaşma ve uygulamaların yasaklanması gerekir. Maddenin amacı bakımından anlaşma, Medeni Hukukun geçerlilik koşullarına uymasa bile tarafların kendilerini bağlı hissettikleri her türlü uzlaşma ya da uyuşma anlamında kullanılmıştır.*

doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.

Bu haller, özellikle şunlardır:

a) Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kar gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tesbit edilmesi,

b) Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü,

c) Mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi,

d) Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi,

e) Münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması,

f) Anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın ya da hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi,

---

Anlaşmanın yazılı veya sözlü olmasının önemi yoktur. Teşebbüsler arasında bir anlaşmanın varlığı tesbit edilemese bile teşebbüsler arasında kendi bağımsız davranışları yerine geçen bir koordinasyon veya pratik bir işbirliği sağlayan doğrudan veya dolaylı ilişkiler de eğer aynı sonucu doğuruyorsa yasaklanmıştır. Böylece teşebbüslerin kanuna karşı hile yolu ile rekabeti sınırlayıcı uygulamaları meşru göstermeleri engellenmek istenmiştir. Çoğu zaman teşebbüsler ortak sorunlarıyla ilgilenmek üzere aralarında tüzel kişiliği olan veya tüzel kişiliği olmayan birlikler oluştururlar. Bu birlikler zaman zaman üyeleri arasında rekabeti önleyerek üyelerinin daha fazla kazançlar elde etmelerine hizmet edici kararlar alabilirler. Bu gibi kararlar da rekabet sistemine aykırıdır ve yasaklanmıştır.

Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar dikey veya yatay anlaşmalar şeklinde olabilmektedir. Aynı seviyede yapılan anlaşmalara yatay anlaşma denmekte ve bu tür anlaşmaların bizatihi rekabeti bozucu etkilerinin olduğu kabul edilmektedir. Bu görüşten hareketle Maddenin ikinci fıkrasında en sık rastlanan rekabeti sınırlama anlaşmaları örnek olarak sayılmış ve bu tür anlaşmaların bizatihi yasak olduğu vurgulanmıştır. Şuna da dikkat çekilmelidir ki bu fıkrada zikredilen örnekler tahdidi değil tadadidir.

Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların yasaklandığı bir hukuk düzeninde genellikle bu tür anlaşmalar gizli yapılmakta ve bunların varlığının ispatı oldukça güç, bazen de imkansız olmaktadır. Bu nedenle Maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen hallerin varlığı halinde teşebbüslerin uyumlu eylem içinde oldukları karinesi kabul edilmiştir. Böylelikle uyumlu eylem içinde olmadıklarını ispat yükü ilgili teşebbüslere geçirilmiş bulunmakta ve ispat güçlüğü nedeniyle Kanunun işlemez hale gelmesinin önlenmesi amaçlanmıştır."

Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder.

Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir."

RKHK'nın 4. maddesi uyarınca "*teşebbüsler arası anlaşmalar*", "*uyumlu eylemler*" ve "*teşebbüs birliklerinin kararları*" hukuka aykırı kabul edilip yasaklanmış bulunmaktadırlar.

1. Teşebbüslerarası Anlaşmalar

4. maddenin ve gerekçesinin ifadesinden de anlaşıldığı üzere, rekabeti bozan ilk uygulama "*anlaşma*"dır. Anlaşma terimiyle ise iki veya daha fazla tarafın, belirli konu veya konular üzerindeki her türlü uyuşma ve mutabakat kastedilmektedir. Her türlü mutabakat anlaşma olarak nitelendirilebilmektedir. Burada esas olan, taraf iradelerinin karşılıklı olarak uyuşması olduğundan; hukuken bağlayıcılığı bulunmayan, sosyal ve ahlaki nitelikteki taahhütler de, anlaşma kapsamında kabul edilmektedir[424]. Bu doğrultuda anlaşmalarda şekil şartının bulunması da söz konusu olmayacaktır[425]. Hatta çoğu zaman rekabeti bozma amacında olan teşebbüsler, anlaşmalarını bir şekil şartına bağlı olmadan gizli yapma özen ve gayreti içinde bulunacaklardır.

Öte yandan anlaşmanın varlığı her zaman devam ettiği anlamına da gelmeyebilir. Rekabet Kurulu bir hukuksal sorun durumunda taraflardan bu anlaşmanın devam etmediğini

[424] Zengin, s.42-43; Güven, s.125-126; Sanlı, s.76.

[425] Rekabet Kurulu bir kararında, "…*Rekabet Hukuku açısından anlaşmalarda şekil şartının aranmadığı…*" sonucuna ulaşmıştır. Rekabet Kurulu, K.93 / 750-159, T.26.11.1998, Yayım Tarihi.9.12.2000, s.17. (http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fGerek%25c3%25a7eli%2bKurul%2bKarar%25c4%25b1%2fkarar10.pdf). (Erişim: 04.03.2016) Bir başka kararda da Rekabet Kurulu, Rekabet Hukuku açısından anlaşmanın Borçlar Hukukunda yer alan sözleşme kavramından daha geniş olarak anlaşılması gerektiğini, herhangi bir şekil şartının söz konusu olmadığını ifade etmiştir. Rekabet Kurulu, K.99 / 49-536-337(a), T.27.10.1999, R.G., S.24190, T.04.10.2000.

kanıtlamalarını beklenmektedir ve anlaşmanın zaman zaman uygulanmamış olmasının ihlali ortadan kaldırmayacağı görüşündedir[426].

Anlaşmalar, yatay, dikey, sözlü, yazılı anlaşmalar, centilmenlik anlaşmaları, iki taraflı ya da çok taraflı, ulusal ya da uluslararası anlaşmalar, internet üzerinden yapılan elektronik anlaşmalar gibi çok değişik şekillerde yapılabilirler. Niyet açıklamaları, görüş bildiren tespit yapan memorandumlar, tutanaklar, beyanlar, taahhütler, müşterek açıklamalar, genel işlem şartları, prensip anlaşmaları, çerçeve sözleşmeleri şeklinde olabilirler. Bütün bunlarda yer alan hükümlerle rekabet ihlali gerçekleştirilebileceği gibi, anasözleşmede yer alan hükümler nedeniyle de rekabet ihlali gerçekleştirilebilir[427].

2. Uyumlu Eylem

4. madde uyarınca rekabeti ihlal eden bir diğer uygulama "*uyumlu eylem*"dir. İşletmeler arasında bir anlaşmanın varlığı kanıtlanamıyorsa veya aralarında bir anlaşma olmadığı halde kendi bağımsız davranışları yerine geçen ve aralarında pratik işbirliği sağlayan davranışları da eğer rekabet sınırlayıcı etkiler doğuruyorsa yasaktır[428]. 4. maddenin 3. fıkrası, "*Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder*." ifadesiyle uyumlu eylemin varlığına değinmiş ve uyumlu eylem karinesi[429] getirmiştir.

Uyumlu eylemin daha da açık bir tanımı ICI V. Commisssion Davasında yapılmıştır. Bu davada Divan uyumlu davranışı "*işletmeler arasında hiçbir zaman bir*

---

[426] Ancak bir anlaşmanın devam ettiğinin tespitini yapmadan, aksinin ispatını hakkında soruşturma açılanlardan beklemek, ispat yükünün iddiacıya ait olduğuna ilişkin kurallara aykırıdır. İ. Yılmaz Aslan, **Rekabet Hukuku Dersleri,** 5. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2015, s.52-53.

[427] Güven, s.126-127.

[428] Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s.53-54.

[429] *Karışık bir iş veya sorunun anlaşılmasına, çözümlenmesine yarayan durum, ipucu*. (http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&view=bts&kategori1=veritbn&kelimesec=185114) (Erişim: 05.05.2016) *Karine: ipucu; belirti; bilinen bir olgudan bilinmeyen bir olgunun (sonucun) çıkarılması; aksi ispatlanana kadar kabul edilen.* (T.C. Adalet Bakanlığı, Hukuk Sözlüğü, http://www.sozluk.adalet.gov.tr/karine) (Erişim: 05.05.2016)

anlaşmanın varlığı aşamasına gelmeyen, bunun yerine bilerek ikame ettikleri rekabetin risklerine karşı aralarında pratik bir işbirliği yaratan bir eşgüdüm şeklidir." ifadesiyle açıklamıştır[430].

Uyumlu eylemde bulunan teşebbüsler arasında yazılı ya da sözlü bir anlaşma yoktur. İki veya daha fazla teşebbüsün bu şekilde aralarında bir anlaşma olmadan bilinçli olarak ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayanmayan paralel davranışlarda bulunmaları ve bu şekilde piyasadaki rekabet düzenini etkileyerek rekabet ihlallerine neden olmaları durumunda uyumlu eylemin varlığı kabul edilir[431].

Rekabet hukuku açısından uyumlu eylem kavramının anlam ve sınırlarını belirlemek, son derece önemli bir konudur. Bu kavramın muhtevası doldurulamadığı takdirde ya birtakım rekabet ihlalleri gözden kaçacak ya da hükmün amacını aşan uygulamalarla teşebbüsler güç durumlara düşebilecektir[432]. Bu açıdan incelendiğinde uyumlu eylemi oluşturan şartlar, "*birden fazla teşebbüs bulunmalıdır*", "*uyumlu davranışlar taraflar arasındaki rekabeti kısıtlamaya yönelik koordinasyon veya işbirliğine dayanmalıdır*" şeklinde ortaya konulabilir[433].

---

[430] ICI V. Commission, C. 48/69, 14.07.1972'den aktaran; Emel Badur, **Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar)**, Rekabet Kurumu Yayını, No.6, Ankara, 2001, s.65, dn.46.

(http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FAkademik%2B%25c3%2587al%25c4%25b1%25c5%259fmalar%2Ftez90.pdf) (Erişim: 05.05.2016); Ayrıca bkz., Sanlı, s.81, s.150/dn.61.

[431] Güven, s.151.

[432] Metin Topçuoğlu, **Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları**, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tezi, Seri No: 7, Ankara, 2001, s.193 (http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FAkademik%2B%25c3%2587al%25c4%25b1%25c5%259fmalar%2Ftez91.pdf) (Erişim: 05.05.2016).

[433] İbid., s.193-195; Uyumlu eylemin unsurları "*1- Birden fazla teşebbüs olmalıdır. 2- Teşebbüsler arasında koordinasyon ya da pratik işbirliği olmalıdır. 3- Bu koordinasyon ya da işbirliği teşebbüsler arasında kurulan temas neticesinde gerçekleşmelidir. 4- Bu temasın amacı, rakiplerin davranışlarına ilişkin benzerlikleri yok etmek veya teşebbüslerin ticari davranışlarını etkilemek olmalıdır.*" şeklinde de ifade edilebilmektedir. Yasemin Şaylı, **Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem**, Ankara Üniversitesi SBE, Avrupa Toplulukları (Hukuk) Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2005, s.30-31 (http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/2324/3005.pdf). (Erişim: 05.05.2016)

Rekabet Kurulu ise kararlarında uyumlu eylemden bahsedilebilmesi için dört unsurun birlikte bulunması gerektiğini belirtmektedir[434]. Bunlar, "*en az iki veya daha fazla işletmenin olması*", "*bilinçli paralellik bulunması*", "*bu paralel davranışların ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanamaması*" ve "*rekabetin sınırlanması*"dır. Bunlardan birinin mevcut olmaması durumunda uyumlu eylemden sözedilemeyecektir.

RKHK'nın 4. maddesinin son fıkrası "*Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir.*" hükmü ile bir anlamda ispat kurallarını tersine çevirerek, "*rekabet hukuku ihlalinin var olmadığı*" hususunun ispatını, soruşturmaya konu teşebbüslere yüklemektedir. Söz konusu hüküm ispat yükünün yerini değiştirmekte ve genel kural olan "*ihlalin Rekabet Kurumu tarafından ispatlanması*" esasını tersine çevirerek soruşturulan teşebbüsleri sorumluluktan kurtulabilmek için "*ihlalin var olmadığını*" ispatlama, diğer bir deyişle olağan durumun tersini ispatlama durumunda bırakmaktadır[435].

3. Teşebbüs Birliklerinin Kararları

Anlaşmadan ve uyumlu eylemlerden farklı olarak, rekabeti bozan ve dolayısıyla sınırlanacak son uygulama "*teşebbüs birliği kararları*"dır. RKHK'nın 3. maddesi teşebbüs birliği kavramını, "*Teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlikler(...)*" şeklinde tanımlamaktadır.

---

434 "PMSA Philip Morris – JTI Tobacco Products Kararı", K.02-80/937-385; Dosya No. D3/1/BB-01/2; T.24.12.2002. Benzer Rekabet Kurulu kararları için bkz. K.00-11/109-54, Dosya No. D3/2/O.S.-99/1, T.23.03.2000 (R.G., S.24233, T.17.11.2000); K.00-26/291-161, Dosya No. D2/2/Ş.Y.A.-99-1, T.17.07.2000 (R.G., S.24445, T.27.06.2001).

435 Gönenç Gürkaynak / Korhan Yıldırım / Hakan Özgökçen / A. Buğra Aydın, "*Türk rekabet Hukukunda Uyumlu eylemlerin İspatı Odaklı İspat Tartışmaları*", **Rekabet Dergisi – Competition Journal,** C./V.:12, S/N:4, Ankara, Ekim/October 2011, s.91 (http://www.elig.com/docs/Concerted-Practices-Proof-Matters.pdf). (Erişim: 05.05.2016). Aslan ise ispat yükünün Rekabet Kurulu ile ilgili işletmeler arasında paylaştırıldığını ifade etmektedir. Ona göre, Rekabet Kurulu'nun ispatlaması gereken işletmelerin paralel davranışlarda bulundukları ve bunun sonucunda rekabetin sınırlanmakta olduğudur. İşletmeler ise bunun kendi bilinçli davranışlarından kaynaklanmayıp ekonomik ve rasyonel başka gerekçelerden kaynaklandığını göstereceklerdir. Aslan, Rekabet Hukuku, s.168.

Teşebbüs birlikleri iki veya daha fazla işletmenin oluşturduğu topluluklardır. Teşebbüs birliklerinin RKHK'ye tabi olabilmeleri için, özel hukuk veya kamu hukuku tüzel kişisi olmaları ya da kanunla veya iradi olarak kurulmuş olmaları önem taşımamaktadır; ortak mesleki amaçlarla kurulmuş bulunmaları yeterlidir[436].

Bir birliğin teşebbüs birliği olarak kabul edilebilmesinde, teşebbüslerin "sürekli" bir amaç için bir araya gelmeleri şarttır. Aksi halde kısa süreli oluşumlar, bir iş anlaşması yahut ortak sorunların halli için muhtelif zamanlarda beraber olunması, ne kadar uzun sürerse sürsün, teşebbüs birliği olarak nitelendirilemez[437].

Bir kişi topluluğunda, herhangi bir sonuca ulaşmak için yeter sayıda kişinin, iradelerini aynı yönde açıklamaları şeklinde ifade edilebilecek olan karar ile bir iç ilişkiye dayanarak, üyelerini ilgilendiren işlerde ortak bir çözüm elde edilmesi olanağı elde edilir. Rekabeti kısıtlama amacı güden her türlü teşebbüs birliği kararı hukuka aykırıdır[438]. Ancak bu halde üyelerin kendilerini rekabeti kısıtlayan bu teşebbüs birliği kararı ile bağlı hissedip hissetmediklerinin[439] incelenmesi gerekmektedir. Rekabet Kurulu, üyelerin fiilen bağlılığını ve karara uyup uymadıklarını araştırıp değerlendirmek durumundadır.

---

[436] Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s.28.

[437] Metin Topçuoğlu, "*Rekabet Hukuku Uygulamasında Teşebbüs Birlikleri*", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** S. 50/4, 2001, s.129-171(http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/288/2625.pdf), s.135.

[438] İbid., s.151, 153.

[439] Danıştay bir kararında, "*(...) karar, "tavsiye kararı" olarak alınırsa ve hiçbir bağlayıcılığı yoksa bu gibi kararların yasaklanması söz konusu olmayabilir. Ancak şubeler bu tavsiye kararına aynen uyuyorlarsa ve bu nedenle fiilen rekabet sınırlanıyorsa bu takdirde kararların tavsiye kararı bile olsa yasaklanması gündeme gelebilir. Burada asıl önemli olan üyelerin bu kararla kendilerini bağlı hissetmeleridir. Fiilen bağlı hissediyorlarsa ve bu kararlara uyuyorlarsa bağlayıcı bir karar olduğundan söz etmek mümkündür. Ayrıca bu kararlara üyelerin tamamının uyması da gerekmeyebilir. Rekabeti sınırlamaya yetecek kadar üyenin uyması, bu kararın yasaklanması gereken bir (...) karar olduğunun kabulüne yeterli olabilir.*" hükmüne varmıştır. Danıştay, 10.D., E.2001/1076, K.2003/5205, T.16.12.2003 (http://legalbank.net/belge/d-10-d-e-2001-1076-k-2003-5205-t-16-12-2003-danistay-10-daire-karari/619311/)

Hukuka aykırılığı tespit edilen teşebbüs birliği kararları ile rekabet ihlalinin gerçekleşmesi halinde[440], RKHK'nın 16. maddesi uyarınca teşebbüs birlikleri ve/veya üyelerine ceza verilmektedir[441].

B. Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasının Engellenmesi

1. Hâkim Durum Tanımı ve Kavramı

Hâkim durumun tanımı hukukumuzda 4054 sayılı RKHK'nın 3. maddesinde yapılmaktadır. Bu maddeye göre, hâkim durum, "*Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek*[442] *fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünü*" ifade etmektedir.

Hâkim durum kavramı, soyut değil, bir piyasaya bağlılığı ifade ettiğine göre, bir teşebbüsün hâkim durumda olup olmadığının belirlenmesi için, öncelikle onun hangi piyasada faaliyette bulunduğunun tespit edilmesi gerekir. Nitekim Avrupa Birliği Hukuku ve Amerikan hukuku uygulamasında, ilgili piyasanın tespiti ön mesele olarak ele alınmakta ve daha sonra hâkim durumun şartları incelenmektedir[443].

---

[440] Teşebbüslerarası anlaşmalar, teşebbüs birliği kararları ve uyumlu eylemler yoluyla rekabet ihlalinin gerçekleşmesi için doğrudan ya da dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıma ya da böyle bir amacı taşımasa bile böyle bir etkiyi doğurma ya da doğurabilecek nitelikte olma, rekabet ihlalinin gerçekleşmesi için yeterlidir. Bunun sonucunda zararlı bir sonucun ortaya çıkması şart değildir. Güven, s.166.

[441] Anlaşma, teşebbüs birliği kararları ve uyumlu eylem kavramlarının uygulamada birbirinden farklı olmadığını ifade eden bazı görüşlere göre, temelde yatan davranış, birden fazla teşebbüsün danışıklı davranmak suretiyle rekabeti kısıtlamasıdır ve danışıklı ilişkinin, uyumlu eylem, karar veya anlaşmadan kaynaklanması, 4. maddenin uygulanması ve ortaya çıkacak hukuki neticeler açısından herhangi bir farklılık yaratmamaktadır. Sanlı, s.87: Zengin, s.44.

[442] Aslında hiçbir şirket rakiplerinden ve müşterilerinden tam anlamıyla bağımsız davranamaz. Bir şirketin rakiplerinden ve müşterilerinden bağımsız hareket edebilmesi, hâkim durumdaki şirketin müşterilerinin taleplerini rakiplere kaydırması ya da rakiplerin hâkim şirketin pazardaki konumuna zarar verebilmesi riskini dikkate alma gereği duymaması demektir. Aydın Öztunalı, **Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması**, Seçkin Yayıncılık Ankara, Ağustos 2014, s.37.

[443] Sanlı, s.246, 277 / dn.19.

Bir teşebbüsün hâkim durumda olup olmadığını belirlemek için piyasa dışında ayrıca bir çok faktör kullanılabilir. Ancak ilgili ürünün Pazar payı önde gelen unsurdur. Pazar payının hesaplanması için, ilgili ürün piyasası ve coğrafi pazarı tanımlanmalıdır. Endüstrinin tamamında hâkim durumda olmak şart değil, o endüstrinin belli bir kesimine hâkim olmak yeterlidir. Bunun da ötesinde, tüm Avrupa Birliği kapsamında hâkim durumda olmak da şart değildir. Coğrafi Pazar Avrupa Birliğine üye her bir devleti ve hatta bu ülkeler içindeki belli bölümleri kapsayabilir. % 50'yi aşan her Pazar payı, muhtemel bir hâkim duruma işaret edebilir[444]. Bu noktada denilebilir ki, pazar payının çok yüksek olması halinde başka etkenlere bakılmadan hâkim durumun belirlenebilmesi mümkün iken Pazar payının düşük olması halinde diğer unsurlar da dikkate alınacaktır[445].

Rekabet Kurumu tarafından yayımlanan "Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz"un 8. paragrafında, "... *rekabetçi* ***baskılardan belirgin şekilde bağımsız davranma gücüne sahip olan bir teşebbüsün*** *hâkim durumda bulunduğu kabul edilmektedir...*" denilmektedir[446]. Bir teşebbüsün hâkim durumda bulunduğuna dair delil teşkil eden belirli bir pazar payı eşiği olmadığı ifade edilen Kılavuza göre, yine de "... *aksini gösterecek bir durum söz konusu değilse, Kurul'un yerleşik uygulamasında %40'ın altında pazar payına sahip olan teşebbüslerin hâkim durumda olması ihtimalinin düşük*

[444] Özgöker, s.26. Bazı hallerde ise daha düşük pazar payına sahip bir teşebbüs de hâkim durumda olabilir. Örneğin hâkim teşebbüsün payı ile rakiplerin payı arasında belirgin bir fark olması, hâkim durumun varlığını destekler. Sonuç olarak da tek bir üye ülkede % 30 oranla bile hâkim teşebbüs bulunabilir. İbid., s.26-27.

[445] Güven, s.303. Hâkim durumun belirlenmesinde ilgili teşebbüslerin pazar payı konusunda, RKHK'da ve Rekabet Kurulu tebliğlerinde herhangi bir oran yer almamaktadır. İbid., s.305.

[446] "*… Nitekim rekabetçi baskılardan bağımsız davranabilen bir teşebbüs, fiyatlarını kârlı bir şekilde rekabetçi düzeyin üzerine çıkarabilme ve belirli bir süre boyunca bu düzeyde sürdürebilme imkânına sahiptir. Bunun yanı sıra bu konumdaki bir teşebbüs; üretim ve dağıtım düzeyi, mal ve hizmet çeşitliliği ve/veya kalitesi, yenilik düzeyi gibi unsurları da kendi lehine ve tüketicilerin zararına olacak şekilde rekabetçi seviyenin altına çekebilecektir.*" **Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz**, Kabul Tarihi: 29.01.2014, Karar Sayısı: 14-05/97-RM (1), parag.8, s.2, http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fSayfalar%2fhâkimdurumu.pdf (Erişim: 05.05.2016).

olduğu kabul edilmekte, bu düzeyin üzerindeki pazar payına sahip olan teşebbüsler bakımından ise daha detaylı bir incelemeye gidilmektedir."[447]

Danıştay'a göre, hâkim durum "ekonomik gücün ifadesi" olmaktadır. Hâkim durum, *"... belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri, sağlayıcıları ve müşterilerden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarları gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünü ve dolayısıyla rekabeti bozma, engelleme ve sınırlama gücünü ifade etmektedir. (...) 4054 sayılı Kanunun 6'ncı maddesi hâkim durumu değil, onun kötüye kullanılmasını yasaklamıştır. (...).*"[448]

Bu doğrultuda hâkim teşebbüs tarafından ekonomik güce dayanarak gerçekleştirilen ve serbest rekabetin azalması veya kısıtlanması sonucunu doğuran her türlü davranışın, 4054 sayılı Kanunun 6. maddesi anlamında kötüye kullanma olarak değerlendirilmesi mümkündür. Bu ifade somutlaştırıldığında, rekabeti sınırlayıcı kötüye kullanma kavramına ilişkin olarak, hem ekonomik ve hem de kavramsal açıdan ilk akla gelen durum, hâkim durumda bulunan teşebbüsün, istismar ve sömürüye dayanan davranışlarıdır. Bu tip davranışlar, hâkim durumda bulunan teşebbüsün doğasından kaynaklanmaktadır. Zira teşebbüs, daha fazla menfaat sağlama uğruna, hâkim durumun kendisine sağladığı imkanları daha fazla kullanmak isteyecek ve bu amaçla kendisine ticari açıdan bağımlı durumda bulunan teşebbüsleri daha fazla istismar etme yolunu tercih edecektir[449].

Danıştay'ın bir başka kararına göre de,

> "*Rekabet hukukunda bir teşebbüsün herhangi bir pazarda hâkim durumda kabul edilmesi için öncelikle Kanun'un 6. Maddesinde öngörülen hallerin gerçekleşmesi gerekmektedir. Hâkim durumun belirlenmesi için kullanılan kriterler genel olarak Pazar payı, dikey bütünlük, teknolojik üstünlük, kullanılmayan kapasite, üründe çeşitlilik, performans ve ürüne bağlılık olarak sıralanabilir. Bu kriterler içinde hâkim durum tespiti açısından en*

---

[447] **Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz**, parag., 12, s.3.

[448] Danıştay 10.D., E.2001/1632, K. 2003/4243, T.04.11.2003 (Abdulgani Güngördü / Tuğçe Koyuncu, **İdari yargı Kararları Işığında Rekabet Kurulu Uygulamaları**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s.179-180).

[449] Sanlı, s.260.

önemli gösterge, Pazar payı olmakla birlikte, teşebbüs tarafından üretilen ürünlerin pazarda ikamesinin bulunup bulunmadığının da dikkate alınması gerekmektedir."[450]

Danıştay 13. Dairesi, hâkim durum kriterlerini ayrıntılı incelediği bir başka kararında;

"*Yasaya ve öğretiye göre hâkim durum, bir ya da birden fazla teşebbüsün pazarda güçlü bir konumda bulunmasını, yani teşebbüsün pazarda rekabeti önleme veya serbestçe davranabilme ya da istediği stratejiyi pazara kabul ettirme gücüne sahip olmasını ifade etmektedir. İlgili pazarı belirleyen iki temel unsur bulunmaktadır. Bunlar, coğrafi pazar ve ürün pazarıdır. İlgili coğrafi pazardan anlaşılması gereken aynı rekabet koşullarına sahip pazar alanıdır. Ürün pazarı ise ticari alışveriş konusu olan bir malın ya da hizmetin oluşturduğu pazardır. Bir teşebbüsün hâkim durumda bulunduğunu gösteren değişik ekonomik ve sosyal faktörler de bulunmaktadır. Buna göre hâkim durumun tespitinde, ilgili ürün ve coğrafi pazarın yanı sıra ilgili zaman dönemi, ürünün ikame edilebilirliği, çapraz esnekliği, pazarın homojen yapıda olması, pazardaki rakiplerin sayısı ve pazar payları gibi hususların da incelenmesi gerekmektedir. Kısaca hâkim durumun tespiti konusunda yapısal, işlevsel ve ekonomik güce dayalı olmak üzere çeşitli değerlendirme ölçütleri vardır. Hâkim durumun varlığı tamamen iktisadi analizlere dayanarak araştırılması gereken bir konudur ve hâkim durumun belirlenmesinde önemli olan ve öncelikle ele alınması gereken ölçüt, işletmenin ilgili pazardaki payıdır. Pazar payının yalnız hâkim durumda olup olmadığının incelenmekte olan işletme açısından değil, bu işletmeye rakip olan, diğer işletmeler açısından da incelenmesi gerekmektedir.*" [451]

değerlendirmesini yapmıştır.

Aynı nitelikte başka kararlar çerçevesinde de[452] hâkim durumun tespitinde pazar payının sadece sözkonusu işletme açısından değil, rakip işletmeler açısından da incelenmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Zira "*pazarda faaliyet gösteren az sayıdaki firmanın davranışlarını koordine ederek, tek bir teşebbüs gibi davranması yeteneğine sahip olmaları*" şeklinde tanımlanan "*Birlikte Hâkim Durum*"[453] sözkonusu olduğunda

---

[450] Danıştay 13.D., E.2010/4159, K.2011/3892, T.20.09.2011 (Güngördü / Koyuncu, s.181).

[451] Danıştay 13.D., E.2006/930, K.2007/9523, T.28.12.2007, (Güngördü / Koyuncu, s.181); (http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fSafahatlar%2fsafahat1061.pdf) (Erişim: 05.06.2016).

[452] "*... Pazar payının yalnız hâkim durumda olup olmadığının incelenmekte olan işletme açısından değil, bu işletmeye rakip olan, diğer işletmeler açısından da incelenmesi gerekmektedir.*" Danıştay 13.D., E.2006/2146, K.2007/7592, T.20.11.2007 (Rekabet Dergisi, Sayı:35, (http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FRekabet%2BDergisi%2Fdergi35.pdf), s.184) (Erişim: 05.05.2016).

[453] Öztunalı, s.38.

sadece bir teşebbüs değil, birden fazla firmanın ortaklaşa pazar payının değerlendirilmesi[454] zorunludur.

Öte yandan pazar payları hâkim durumun bir göstergesi olmakla birlikte pazar payının elde tutulma süresi de önemlidir. Yüksek pazar paylarının olduğu durumlarda, teşebbüslerin bu yüksek pazar paylarını ne kadar zamandır ellerinde bulundurdukları ve ilgili pazarda güçlü bir fiili rekabetin bulunup bulunmadığı önem taşır. İlgili piyasada kısa süre ile yüksek pazar payına sahip olunması her zaman hâkim durumda bulunulduğunu göstermez. Yüksek pazar paylarının ilgili piyasada uzun bir süre korunmuş olması halinde hâkim durum kabul edilir[455].

RKHK'nın "*Tanımlar*" başlıklı 3. maddesinde tanımlanan hâkim durum kavramı, RKHK'nın 6. maddesinde "*hâkim durumun kötüye kullanılması*" başlığı altında düzenlenmiştir. Maddede hâkim durumda bulunmak değil, hâkim durumda bulunan teşebbüsün, bu durumunu tek başına ya da başkalarıyla birlikte kötüye kullanması, hukuka aykırı ve yasak kabul edilmiştir[456].

2. Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasının Engellenmesinin Hukuksal Dayanağı

Hâkim durumun kötüye kullanılmasının engellenmesi hususunda asli dayanak, Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Antlaşmanın 102. (AT. Antlaşması eski 82.)

---

[454] Pazar payı değerlendirilmesi için bkz. **Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz**, parag., 11 vd., s.3 vd.; Öztunalı, s.40-49; Güven, s.304 vd.

[455] Hâkim durumda bulunma süresi, Avrupa Birliği uygulamasında beş yıldan fazla olarak kabul edilmektedir. Güven, s.304-405.

[456] "***Madde 6 -*** *Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır.*" (RKHK., m.6/1). Aynı bağlamda 4054 sayılı RKHK'nın "*Birleşme veya Devralma*" başlıklı **7. Maddesi**, "*Bir ya da birden fazla teşebbüsün* ***hâkim durum yaratmaya*** ***veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye*** *yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır. (...)*" hükmünü içermektedir.

maddesidir. 102. madde, her ne kadar hâkim durumun tanımını yapmasa da, pazarda hâkim durumda olan teşebbüslerin, bu güçlerini ve konumlarını müşterilere zarar getirecek şekilde kötüye kullanarak piyasadaki rekabetçi ortamı bozmalarını engellemeyi amaçlamıştır. Bu şekliyle 102. madde hem piyasadaki rakip kuruluşların davranışlarını denetleme işlevi görürken, aynı zamanda kötüye kullanma eylemlerinin sonuçlarından tüketicileri koruyucu bir rol oynamaktadır.

Hâkim durumun kötüye kullanılması, üye devletler arasındaki ticareti olumsuz etkileyeceği ve AB ortak pazarında uyumsuzluk yaratacağı için de yasaklanmıştır.

> *"**Madde 102 -** Bir veya birden fazla teşebbüsün, iç pazardaki veya iç pazarın önemli bir bölümündeki hâkim durumunu kötüye kullanması, üye devletler arasındaki ticareti etkilediği ölçüde, iç pazarla bağdaşmaz ve yasaktır. Söz konusu kötüye kullanma özellikle aşağıdakileri içerir:*
>
> *a) adil olmayan alış veya satış fiyatları veya diğer adil olmayan ticari şartların, doğrudan veya dolaylı olarak dayatılması,*
>
> *b) üretimin, piyasaların veya teknik gelişmenin tüketicilerin zararına olacak şekilde sınırlandırılması,*
>
> *c) ticari ilişkinin diğer taraflarına eş değer işlemler için farklı koşullar uygulanması suretiyle, onların rekabet edebilirlik açısından dezavantajlı duruma sokulmaları,*
>
> *d) sözleşmelerin yapılmasının, nitelikleri gereği veya ticari teamüllere göre bu tür sözleşmelerin konusuyla ilgisi olmayan ek yükümlülüklerin taraflarca kabulü şartına bağlanması."*[457].

Türk hukuku açısından ise hâkim durumun kötüye kullanılmasının engellenmesinin hukuksal dayanağı, 4054 sayılı RKHK'nın 6. maddesinde bulunmaktadır[458] ve maddeye göre "*Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut*

[457] (http://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf) (Erişim: 05.05.2016).

[458] 4054 sayılı Kanun, tüm sektörlere yönelik olduğundan "genel Kanun" mahiyetindedir. Danıştay 13. Dairesinin T.13.02.2012, E.2008/13184, K.2012/359 sayılı kararında, "*Belirtilen hükümlerin ve anılan Kurum'ların yetki ve görev alanlarının birlikte değerlendirilmesinden; Rekabet Kurulu'nun istisnasız bir şekilde tüm mal ve hizmet piyasalarındaki rekabet ihlallerini tespit etmek ve yaptırım uygulamak konusunda yetkili ve görevli kurum olduğu, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un bu konudaki genel nitelikli kanun olduğu (...)*" ifade edilmektedir. Öztunalı, s.57, dn.160.

başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır." [459] Kanunun 6. maddesinin gerekçesi de;

> "*Bir teşebbüsün kendi iç dinamikleri sayesinde büyüyerek çeşitli sektörlerde hâkim durum elde etmesi rekabet hukuku yönünden sakıncalı bir durum değildir. Aksine ülkemizde sermayenin yoğunlaşması, sermaye birikiminin ve yatırımların artması istenmektedir. Çünkü gelişen dünyada dış ticaret gittikçe artmakta gümrük duvarları çeşitli anlaşmalarla ya indirilmekte ya da tamamen kaldırılmaktadır. Ayrıca ülkemiz Avrupa Topluluğuna tam üyelik için başvurmuş bulunmaktadır. Bu şartlar altında teşebbüslerin büyüyerek Topluluk ve dünyada rekabet edebilecek güce erişmeleri gerekir.*
>
> *Diğer taraftan, piyasada hâkim duruma gelen teşebbüslerin bu durumlarını ülkemizdeki rekabeti kısıtlamak, engellemek veya bozmak amacıyla veya bu etkiyi doğuracak şekilde kötüye kullanmaları yasaklanmıştır.*
>
> *Bazı durumlarda teşebbüs, hâkim duruma yasaların sağladığı korumalar nedeniyle de gelebilir. Özellikle sınai ve ticari mülkiyet hakları böyle bir koruma sağlar. Bu hakların kullanımı hiç bir şekilde rekabeti ortadan kaldırma amacına hizmet etmemelidir. Ayrıca uygulamada en çok rastlanan kötüye kullanma halleri İkinci fıkrada örnek olarak sayılmıştır ve bunlar tahdidi değildir.*"[460]

ifadesiyle, hâkim durumun kötüye kullanılmasının engellenmesinin hukuksal dayanağına yer vermektedir.

---

[459] 4054 sayılı Kanunun Genel Gerekçesi, rekabet hakkının ve hâkim durumun kötüye kullanılmasının engellenmesinin hukuksal dayanağının kanunda yer alacağını belirtir: "*Rekabet hakkının kötüye kullanılması, bazen iktisadi rekabetin dürüstlük kurallarına aykırı olan aldatıcı davranış ve başka araçlarla kötüye kullanılması biçiminde olabileceği gibi; belirli bir mal veya hizmetler açısından, bunların sağlanması, üretimi, dağıtımı veya fiyatlarını etkilemek amacıyla rekabetin kısıtlanmasına yönelik anlaşma veya kararlarla ya da **pazardaki hâkim durumun kötüye kullanılması suretiyle de** söz konusu olabilir.*

Rekabetin dürüstlük kurallarına aykırı olarak veya aldatıcı davranışlarla bozulmasına genel olarak "haksız rekabet "denilmekte ve buna ilişkin hukuki düzenlemeler Türk Ticaret Kanunu ile Borçlar Kanununda yer almaktadır." (http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Sayfalar/Kanunun-Genel-Gerekcesi) (Erişim: 10.06.2016).

Doktrinde tekel durumdaki teşebbüslerin haklı bir sebep olmadıkça sözleşmeden kaçınamayacaklarına ilişkin örneklere yer verilirken; bundan kaçınan teşebbüslerin sözleşme yapma serbestisini kötüye kullanmaları sebebiyle haklarında aynen tazmin veya nakden tazmin yoluna gidilebilecektir. Güven, s.317.

[460] (http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Sayfalar/Madde-Gerekceleri) (Erişim: 10.06.2016).

Hâkim konumun kötüye kullanıldığının belirlenmesi, birçok değişkene bağlı bulunmaktadır ve bu kavrama, uluslararası içtihat kararlarıyla[461] ve ulusal yargı kararlarıyla da[462] açıklık kazandırılmıştır.

C. Şirket Birleşme ve Devralmaları Yoluyla Gerçekleşen İktisadi Yoğunlaşmaların Denetimi

1. Yoğunlaşma Kavramı ve Kapsamı

Rekabet hukukunun üzerinde durduğu ve yasakladığı üçüncü oluşum, şirket birleşme ve devralmaları yoluyla gerçekleşen yoğunlaşmalardır.

Yoğunlaşmanın bir rekabet politikası aracı olarak kontrol altına alınmasının amacı, ekonomik gücün rekabeti ortadan kaldıracak şekilde belli ellerde toplanmasını engellemektir. O nedenle Pazar ekonomilerinde şirket birleşme ve devralmalarına belli koşullar altında sınırlı olarak izin verilmektedir[463]. Bunların bir kısmı aynı zamnda "*şirket evlilikleri*" olarak ta isimlendirilmektedir.

AB hukuku kapsamında bir birleşmenin gerçekleşmesi için, "*daha önce bağımsız faaliyet gösteren bir ya da daha fazla teşebbüsün birleşmesi*" ve "*bir veya daha fazla teşebbüsün tamamının veya bir kısmının doğrudan veya dolaylı kontrolünü devralmak ve bu gelişmelerden sonra kontroldeki değişimin kalıcı olması*" gerekir. Bu genellikle bir

---

[461] *"(...)Kötüye kullanma kavramı, piyasadaki mevcudiyeti nedeniyle rekabet düzeyini zayıflatarak bir piyasanın yapısını etkileyebilecek ve ticari operatörlerin işlemleri çerçevesinde olağan ürün ve hizmet rekabetini şekillendiren yöntemlerden farklı yöntemlere başvurarak piyasadaki mevcut rekabet seviyesinin sürdürülmesini ya da geliştirilmesini engelleyeme etkisi olabilecek hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün davranışları ile ilişkili nesnel bir kavramdır."* Judgment of the Court of 13 February 1979. - Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities. - Dominant position. - Case 85/76, parag.91'den nakleden: **Rekabete İlişkin AB Müktesebat Rehberi**, Nisan 2012, Brüksel & İstanbul, s.12. (http://www.mess.org.tr/media/filer_public/2e/37/2e3769e1-cc58-4320-add7-1ee01d9d4e28/mess_rekabet_rehberi_nisan_2012.pdf) (Erişim: 10.06.2016). Bu doğrultuda AB mahkemeleri, hâkim durumun kötüye kullanılması yönündeki faaliyetleri, "*Sömürücü Kötüye Kullanma (Exploitative Abuse): Tüketicilere doğrudan zarar veren uygulamalar*" ve "*Dışlayıcı Kötüye Kullanma (Exclusionary abuse): Tüketicileri dolaylı olarak etkileyen uygulamalar*" iki grup altında sınıflandırmaktadır. İbid., s.13.

[462] Bu konuda çeşitli yargı kararları için bak. Güngördü / Koyuncu, s.179-197.

[463] Ateş, AB'ye Uyum Bağlamında Türk Rekabet Hukuku ve Politikasına Genel Bir Bakış, s.74.

firmanın diğerinin hisselerini satın alması anlamına gelir. Devletin ekonomik birleşmeleri kontrol altında tutmasının nedeni ise hâkim firmaların oluşmasını engellemektir [464].

Teşebbüslerin birleşme, devralma ya da ortak girişim yoluyla bir araya gelmeleri; araştırma ve geliştirme ya da üretim ve dağıtım maliyetlerini düşüren yeniden yapılanma adımlarının atılması gibi olumlu neticeler alınmasını sağlayabildiği gibi[465], rekabete aykırı hâkim durum yaratabilmekte ya da varolan bir hâkim durumu güçlendirebilmektedir. Birleşmeler, iç pazarın tamamında ya da önemli bölümünde rekabeti sınırlayacak şekilde hâkim durum yaratması ya da varolan hâkim durumu güçlendirmesi halinde yasaklanabilmektedir[466].

Hukukumuzda konu 4054 sayılı RKHK ile düzenlenmiştir. RKHK'nın 7. maddesi,

> "*Bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır.*"

hükmü ile şirket birleşme ve devralmalarını yasaklamıştır. AB rekabet hukuku mevzuatında genelde "*yoğunlaşma (concentration)*" kavramı kullanılırken, RKHK'da yoğunlaşma yerine "*birleşme ve devralma*" kelimeleri kullanılmıştır. Ancak doktrinde, bazı mevzuat taslaklarında ve çalışmalarda "*yoğunlaşma*" kavramına da yer verilmektedir[467]. Bu çalışmada da kanunla ilgili açıklamalarda "*birleşme ve devralma*", genel açıklama ve alıntılarda "*yoğunlaşma*" kavramları kullanılmıştır.

---

[464] Özgöker, s.45.

[465] Ulusal çapta gerçekleştirilen birleşmeler, yerli teşebbüslere dış piyasalarda daha iyi rekabet edebilme imkanı getirirken, uluslararası platformda gerçekleşenler, ülke ekonomisine, yabancı sermaye girişi, ihracat artışı gibi çeşitli faydalar sağlayabilmektedir. Sanlı, s.314.

[466] Zengin, s.28.

[467] Aslında birleşme ve devralmalar, yoğunlaşma şekillerinden yalnızca ikisidir. Örneğin ortak girişim yoluyla da merkezi yoğunlaşmalar meydana gelebilir. Güven, s.363-364.

RKHK'nın 7. maddesinin ikinci fıkrasında da aynı şekilde birleşme ve devralma kavramı kullanılmıştır:

> *"Hangi tür **birleşme ve devralmaların** hukukî geçerlilik kazanabilmesi için Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul, çıkaracağı tebliğlerle ilan eder."*

Rekabet Kurulu tarafından bu maddeye dayanılarak "*Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ (Tebliğ No: 2010/4)*"[468] çıkarılmış ve izin alınması gereken birleşme ve devralmaları saptamış bulunmaktadır. Bu şekilde Kanun, madde hükmü ile birleşme ve devralmaları, Tebliğ ise ilaveten "*ortak girişim*"leri (*joint-ventures*) kapsam içinde tutmuştur.

2. Denetim Kapsamındaki Yoğunlaşmalar

Denetime tabi olan yoğunlaşmalar, birleşme, devralma ve ortak girişimleri kapsamaktadır.

a. Birleşmeler

RKHK'nın 7. maddesi ve "*Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ (Tebliğ No: 2010/4)*", "*birleşme*"lere yer vermiş, ancak her iki mevzuatta da birleşmelere ilişkin bir tanımlama yapılmamıştır.

Rekabet hukuku açısından birleşme, bağımsız nitelikteki iki veya daha fazla teşebbüsün (*Tebliğ, m.5-(1)/a*), yeni veya mevcut bir teşebbüs bünyesinde iktisadi anlamda biraraya gelmesi, bir başka deyişle tek bir teşebbüsün iktisadi kontrolü veya hâkimiyeti altına girmesidir. İster Türk Ticaret Kanunu'nda gösterilen hukuki yollarla olsun, isterse de tüzel kişiler arasında olsun, bir işletmenin ekonomik gücünü diğer bir işletmenin ekonomik gücüyle birleştirerek yeni ve daha fazla bir ekonomik güç elde etmesi Rekabet Hukuku açısından birleşme sayılır[469]. Hukuksal şekil şartlarına uyulmamış olsa da ekonomik güçlerin "*hâkim durum yaratmak*" veya "*mevcut bir hâkim durumu*

---

[468] (http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fTebli%C4%9F%2f2010-4.pdf) (Erişim: 22.06.2016).

[469] Güven, s.378-379; Aslan, Rekabet Hukuku, s.534, 538; Sanlı, s.323, 324.

güçlendirmek" amacıyla fiilen biraraya gelmesi, Rekabet Kurulu tarafından değerlendirmeye alınması için yeterlidir.

Ekonomik güçlerin biraraya gelmesine rağmen "*hâkim durum yaratılamıyorsa*" ve ülkede veya ülkenin bir bölümünde rekabeti önemli şekilde etkilemeyen bir birleşme oluşuyorsa bu yasaklanan birleşmelerden sayılamayacaktır.

Rekabet Kurulu, Tebliğ'in 13. maddesine göre, birleşmeleri değerlendirirken özellikle; ilgili pazarın yapısını, ülke içinde veya dışında yerleşmiş olan teşebbüslerin fiili ve potansiyel rekabetini, teşebbüslerin pazardaki durumunu, ekonomik ve mali güçlerini, sağlayıcı ve müşteri bulabilme alternatiflerini, arz kaynaklarına ulaşabilme imkânını, pazarlara giriş engellerini, arz ve talep eğilimlerini, tüketicilerin menfaatlerini, tüketici yararına olan etkinliklerini ve diğer hususları göz önünde tutacaktır. Tek başına ya da birlikte hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumu daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuran birleşmelere izin verilmeyecektir.

b. Devralmalar

RKHK'nın 7. maddesi, "*…herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, (...) devralması hukuka aykırı ve yasaktır.*" hükmü ile ve 2010/4 No.lu Tebliğ'in 5. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi, "*Bir veya daha fazla teşebbüsün tamamının ya da bir kısmının doğrudan veya dolaylı kontrolünün, hisse ya da mal varlığının satın alınmasıyla, sözleşmeyle veya diğer bir yolla bir ya da daha fazla teşebbüs veya halihazırda en az bir teşebbüsü kontrol eden bir ya da daha fazla kişi tarafından devralınması, (...)*" hükmü ile devralmayı düzenlemiş bulunmaktadır.

Birleşme ve devralmalar birlikte kullanılan yoğunlaşma türlerindendir. Birleşmelerde olduğu gibi devralmalarda da ekonomik güçlerden birinin diğerini tamamını ya da bir kısmının kontrolünü "*hâkim durum yaratmak*" veya "*mevcut bir hâkim durumu güçlendirmek*" amacıyla elde etmesi, Rekabet Kurulu tarafından

değerlendirmeye alınması için yeterlidir. Ekonomik güçlerden birinin devralma yoluyla diğerini kontrol etmeye başlamasına rağmen "*hâkim durum yaratılamıyorsa*" ve ülkede veya ülkenin bir bölümünde rekabeti önemli şekilde etkilemeyen bir birleşme oluşuyorsa bu yasaklanan devralmalardan sayılamayacaktır.

Rekabet Kurulu, Tebliğ'in 13. maddesini, birleşmelerde olduğu gibi devralmalar için de gözönünde bulunduracaktır.

c. Ortak Girişimler

2010/4 No.lu Tebliğ'in 5. maddesinin 3. fıkrası, bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir ortak girişimin oluşturulmasını, 5. maddenin 1. fıkrasının (b) bendi kapsamında bir devralma işlemi olduğunu, bu tür işlemlerde, işlem taraflarının herbirinin devralan olarak kabul edileceğini ifade etmektedir. Bu çerçevede RKHK'da tanımına yer verilmemişse de, ortak girişimler (*joint-ventures*), birleşme ve devralmalar gibi denetime tabi yoğunlaşmalar arasında yer almaktadır.

Birleşme ve devralmalar gibi ortak girişimin de Rekabet Hukuku açısından tüzel kişiliğe sahip olup olmaması ve oluşumunda hukuksal şekil şartlarına uyup uymaması önem taşımamaktadır. Ancak ortak girişim mutlaka bir sözleşme temeline dayanmalıdır fakat bu sözleşme de bir şekil şartına bağlı değildir.

Bir ortak girişim sözleşmesinin birleşme ve devirlere ilişkin hükümler çerçevesinde değerlendirilebilmesi için bazı koşulların gözetilmesi de gerekmektedir. Bu koşullar çerçevesinde, "*ortak girişim iki veya daha fazla işletme tarafından ortaklaşa kontrol ediliyor olmalıdır.*", "*ortak girişim ana şirketlerden ayrı bir varlık olarak işlemesini sağlayacak yeterli iş gücüne ve maddi kaynaklara sahip olmalıdır.*", "*ortak girişim ana şirketler arasındaki rekabetin koordinasyonu sonucunu doğurmamalıdır.*"[470].

Bu noktada "*hâkim durum yaratmak*" veya "*mevcut bir hâkim durumu güçlendirmek*" amacıyla oluşan ortak girişimler, "*rekabetin önemli ölçüde azalmasına yol açıyorsa*" Rekabet Kurulu tarafından değerlendirmeye alınmak durumundadır.

[470] Aslan, Rekabet Hukuku, s.661.

Dolayısıyla Rekabet Kurumu, RKHK'nın 7. maddesi anlamında yoğunlaşmanın varlığını tespit ettikten sonra, öncelikle bu yoğunlaşmanın hâkim durum yaratmaya veya güçlendirmeye elverişli olup olmadığını inceleyecek; fakat değerlendirmede sadece bununla sınırlı kalmayıp, rekabetin önemli ölçüde azalıp azalmadığını da Tebliğ'de öngörülen kriterler vasıtasıyla ayrıca tespit edecektir[471].

[471] Sanlı, s.348.

III. REKABET HUKUKU UYGULAMALARINI DENETLEYEN DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KURUM OLARAK REKABET KURUMU

A. Rekabet Kurumu'nun Ortaya Çıkış Nedeni ile İdari Teşkilatlanma İçindeki Yeri ve Önemi

Düzenleyici ve denetleyici kurumların ilklerinden biri olan Rekabet Kurumu, düzenleyici ve denetleyici kurum kavramının ortaya çıkmasında önemli bir paya sahiptir. Teknoloji ve bilimin tahmin edilenden hızlı şekilde gelişmesiyle giderek çoğalan ve özel kişiler tarafından yürütülen faaliyet alanlarının düzenlenmesi ve denetlenmesi, açık bir ihtiyaç haline gelmiştir. Bu anlamda giderek karmaşıklaşan ve uzmanlık alanına dönüşen rekabet, finans, enerji ve bilişim gibi faaliyet alanlarında temel hak ve özgürlüklerin çiğnenemeyeceği ve siyasi iktidar baskısı olmaksızın düzenleme ve denetleme yapabilecek düzenleyici ve denetleyici kurumların[472] ortaya çıkması ise kaçınılmaz olmuştur[473].

Rekabet Kurumu'nun ortaya çıkış nedenini incelediğimizde, mal ve hizmet piyasalarında serbest piyasanın tesis edilmesi ve korunabilmesi amacı ile karşılaşmaktayız. Gerçekten de serbest rekabet düzeni devletin hiçbir denetim ve müdahalesinin olmadığı bir ekonomik düzen değildir. Devletin denetim ve müdahalesi rekabetçi ortamın sağlanmasına ve korunmasına yöneliktir ve bu müdahale ile de devlet

[472] Üzerlerinde siyasi bir baskının bulunmaması amacıyla ortaya çıkmış olan düzenleyici ve denetleyici kurumlar için doktrinde ayrıca, bağımsız idari otoriteler, bağımsız kurul veya kurumlar, regülasyon kurumları, özerk kurul veya kurumlar gibi isimlerde kullanılmaktadır. Bu terimler, idari organların klasik yapıdan farklılıklarını göstermek ve bağımsızlık niteliği ile yürüttükleri faaliyetin niteliğine öncelikle vurgu yapmaları bakımından ayrıştırılmaktadır. İçerik olarak incelendiğin zaman ise, kavramsal bir ayrımdan ziyade, terminolojik bir çeşitliliğin olduğunu söylemek daha uygun olmaktadır. Bkz. Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, s.130; Yaşar, İdare Hukuku, s.548; s.174; Tan, İdare Hukuku, s.193; Gözler, İdare Hukuku, C. 1, s.581; Atay, İdare Hukuku, s.374; M. Artuk Ardıçoğlu, "*Rekabet Kurumu'nun Yapısına İlişkin Yeni Bir Model Önerisi*", **Zabunoğlu'na Armağan**, Ankara Üniversitesi Yayınları, Yayın No: 316, Ankara, 2011, s.39; K. Eren Gönen, "*Bağımsız İdari Otorite Olarak Rekabet Kurumu*", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, Sayı: 1-2, Ankara, 2003, s.196; Zehra Odyakmaz, "*Rekabet Kurumu'nun Türk İdari Teşkilatı İçindeki Yeri ve Önemi*", **Kültür Bakanlığı İşbirliği ile Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı**, Ankara Barosu Başkanlığı, Ankara, 2002, s.81.

[473] Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, s.130.

anayasal bir hal olan girişim özgürlüğü ve fırsat eşitliğini güvence altına aldığı gibi, serbest rekabet düzeninin ekonomik birimler tarafından tahrip edilmesini engelleyerek, rekabet düzeninin hukuken korunmasını sağlamaktadır[474]. Bu şekliyle modern devlet bir kamu görevi ve hizmeti gerçekleştirmiş olmaktadır.

Türkiye'de de özellikle 80'li yıllarda başlayarak serbest piyasa ekonomisi modelinin uygulanması devlete çeşitli görev ve sorumluluklar yüklemeye başlamıştır[475]. 1982 Anayasası'nın "*Piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi*" başlıklı 167. maddesinin birinci fıkrası ile Devlet'e, "*para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri almak; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önlemek*" görevi verilmiştir. "*Tüketicilerin korunması*" başlıklı 172. madde de, "*Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder*" hükmü yer almaktadır. 167. maddeye paralel bu hükümle yine devlete tüketicilerin haklarını koruması yükümlülüğü verilerek, rekabetin sağlıklı şekilde devamı amaçlanmıştır[476].

Anayasal zorunluluk olarak sunulan ve mal veya hizmet piyasalarında rekabetin korunması adına uygun yasal ortamı sağlamanın yanı sıra, Avrupa Birliği'ne üyelik hedefine ulaşmak için piyasaların temel hak ve özgürlükler bağlamında regüle edilmesi ayrı bir etken olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira Avrupa Birliği'ne üyelik adına temel uluslararası belgelerin tümünde[477], Türkiye'nin AB normlarına uygun olacak bir rekabet mevzuatı oluşturması taahhüt edilmiştir[478]. Hem Anayasal zorunluluk nedeni hem de uluslararası belgelerdeki taahhütler piyasa ekonomisinin gerekleri ile birleştiği için

[474] Bkz. Yukarıda İkinci Bölüm, I / B, s.78.

[475] Gönen, s.199.

[476] Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, s.140.

[477] Bu kapsamda değerlendirilebilecek ilk belge, 12 Eylül 1963 tarihinde imzalanarak 1 Aralık 1964 tarihinde yürürlüğe giren Ankara Antlaşması'dır. İkinci belge ise, bu Antlaşma'nın 4. maddesinde belirtilen geçiş döneminin gerçekleşme şartlarını ve usullerini belirleyen ve Ortaklık Konseyi'nin 19 Kasım 1970 tarihli toplantısında kabul edilerek 1 Ocak 1973 tarihinde bütünüyle yürürlüğe giren Katma Protokol'dür. Belirtilen bu temel belgelerden sonuncusu, 1995 yılında imzalanan ve taraflar arasında gümrük birliğini tesisi eden 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararıdır. Bkz. Gönen, s.199.

[478] Sanlı, s.19-20.

Türkiye'nin serbest rekabet ortamının oluşturulmasını ve korunmasını sağlayacak yasal düzenlemeleri yapması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu gaye ile 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, 13 Aralık 1994 tarih ve 22140 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Rekabet Kurumu, kendisine da atfedildiği üzere, "*rekabet kanunlarını uygulamakla yükümlü olan rekabet otoriteleri; girişim özgürlüğünün teminat altına alınması, kaynak dağılımında etkinliğin sağlanması yoluyla toplumsal refahın arttırılmasını sağlamak üzere teşebbüslerin etkin rekabet koşullarını bozan eylem ve işlemlerinin önüne geçmek için gerekli önlemleri almak ve düzenlemeleri hayata geçirmekle yükümlü kılınmaktadır. Nitekim Anayasanın 167'nci maddesi devlete açıkça piyasalarda oluşacak fiili yahut anlaşma sonucu doğacak tekelleşmeyi ve kartelleşmeyi önleme görevi vermiştir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, Devlet 1982 Anayasası'nın kendisine verdiği bu görevi, 1994 yılında 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu kabul edilmesi ve 1997 yılında bu Kanunu uygulamakla yükümlü otorite olan Rekabet Kurumu'nun tesis edilmesiyle yerine getirmiştir*"[479].

Belirtilen amaç çerçevesinde, kamu tüzel kişisi olarak idari ve mali özerkliğe sahip Rekabet Kurumu kurulmuştur. Rekabet Kurumu'nun bir kamu kurumu olması niteliği ile de idari teşkilatlanmada hizmet bakımından yerinden yönetim içerisinde yer aldığını söylemek doğru olacaktır[480].

Piyasalarda ve denetime tabi tutulması gerektiği düşünülen faaliyet alanlarında, yasama ve yürütme erklerinin baskısı altında bulunmaması gereken düzenleyici ve denetleyici kurumların kurulmalarındaki asıl amacın, ilgili oldukları uzmanlık gerektiren alanlarda objektif ve tarafsız karar alabilmeleri olduğunu daha öncede belirtmiştik. Ancak Rekabet Kurumu bakımından "bağımsızlık" teriminin bir kez daha incelenmesinde fayda vardır. Özellikle Rekabet Kurumu'nun ayrı bir kamu tüzel kişiliğinin bulunmasının, Kurumun bağımsızlık niteliği için yeterli olup olmadığı tartışmalıdır.

---

[479] Rekabet Kurumu hakkında bilgi için bkz. (http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Sayfalar/Hakkimizda) (Erişim: 22.06.2016).

[480] Yıldırım, Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi, s. 205; Gözler, İdare Hukuku, C. 1, s.382.

Doktrinde yer alan bazı görüşlere göre, düzenleyici ve denetleyici kurumların bağımsızlığı çeşitli etkenler ile ortadan kalkmaktadır. Örneğin Akıncı[481] ve Odyakmaz'a[482] göre, Rekabet Kurumu'nun bağımsızlığını etkileyen üç unsur bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, Rekabet Kurumu'nun elinde bulunan malların devlet malı statüsünde olduğudur[483]. Bir diğer unsur, Rekabet Kurumu'nun diğer düzenleyici ve denetleyici kurum örneklerinde de olduğu gibi Sayıştay denetimine tabi olmasıdır[484]. Son unsur da, Rekabet Kurumu personeli ile ilgili suçlarda devlet personeli rejiminin uygulanmasıdır. Rekabet Kurumu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in[485] "*Kurum Varlığından ve İşlemlerinden Sorumluluk*" başlıklı 72. maddesine göre, görevleri ile ilgili olarak suç işleyen personelin ceza sorumluluğu bakımından kamu görevlisi sayılacağı, ayrıca bu kişilere karşı görevlerinden dolayı işlenen suçlar kamu görevlisine karşı işlenmiş sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Ayrıca yine Yönetmelik 71. madde kapsamında düzenlenen "*Sır Saklama Yükümlülüğü*" ile "*İlgili Kişi ve Kuruluşların Sorumluluğu*" başlıklı 69. madde de belirtilen yükümlülük ve sorumlulukların, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na benzer nitelikte yükümlülük ve sorumluluklar içermesi, personelin kamu görevlisi olarak görüldüğünün açık örnekleridir.

Öte yandan, kamu tüzel kişisi olan Rekabet Kurumu'nun faaliyetleri bakımından uygulanacak kamu hukuku rejiminin her ne kadar bağımsızlık bakımından olumsuz etken olduğu belirtilse de, bu etkenler kamu tüzel kişiliği rejimine tabi olmanın olağan sonuçlarıdır. İdari teşkilatlanma içerisinde yer alan her bir kamu tüzel kişisinin, Devlet tüzel kişiliğinden bağımsız olduğu açıktır. Bu doğrultuda Ulusoy'a göre, Rekabet Kurumu'nun karar organı olan Rekabet Kurulu'nun üyelerinin görev süreleri sona

---

[481] Akıncı, Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, s.10-11.

[482] Odyakmaz, Rekabet Kurumu'nun Türk İdari Teşkilatı İçindeki Yeri ve Önemi, s.97 vd.

[483] 4054 sayılı RKHK'nın "*Kurumun Para, Evrak ve Malları Üzerinde İşlenen Suçlar*" başlıklı 60. maddesine göre, "*Kurumun para, evrak ve her çeşit malları devlet malı hükmündedir*".

[484] 4054 sayılı RKHK'nın "*Denetim*" başlıklı 33. maddesine göre, "*Kurumun hesapları Sayıştay'ın denetimine tabidir*".

[485] 21.06.1997 tarih ve 23026 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Rekabet Kurumu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik.

ermeden, yargı kararı olmaksızın siyasi iktidarca görevden alınamamaları[486], kamu hizmetini yürüten bu kişilerin herhangi baskı olmadan görevlerini yerine getirmeleri için gerekli teminatı kendilerine vermektedir[487].

Rekabet Kurumu'nun bağımsızlığı ile ilgili olarak RKHK'nın "*Rekabet Kurumu*" başlıklı 20. maddesinde ise "*Kurum görevini yaparken bağımsızdır. Hiçbir organ, makam, merci ve kişi Kurumun nihaî kararını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremez*" hükmü yer almaktadır. Hükmün açıkça belirttiği üzere kanunkoyucunun, Rekabet Kurumu'nun faaliyetlerini yürütmesinde bağımsız olması gerektiği amacıyla hareket ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

B. Rekabet Kurumu'nun Düzenleme, Denetleme ve Yaptırım Uygulama Yetkileri

Düzenleyici ve denetleyici kurumların temelde, denetleme, düzenleme ve yaptırım uygulama şeklinde üç fonksiyonu bulunduğu ifade edilmişti ki, bunlar yetkileridir. Özellikle regülatif anlamda idari teşkilatlanma içerisinde önemli bir yer arz eden düzenleyici ve denetleyici kurumların en temel ve asli amacının düzenleme işlevinde faaliyette bulunma olduğu açıktır. Bu açıdan bir düzenleyici ve denetleyici kurum olan Rekabet Kurumu'nun bahsedilen üç fonksiyonu elinde bulundurup bulundurmadığını incelemek, kurumun regülatif özelliğinin ortaya konması bakımından yardımcı olacaktır. Bu nedenle öncelikle Rekabet Kurumu'nun kurulmasını sağlayan ve görev ile yetkilerini aldığı RKHK'da yer alan ilgili hükümleri incelenmesi gerekmektedir.

İlk olarak RKHK'nın amacına baktığımız zaman, karşımıza, kanunkoyucu tarafından açık bir şekilde, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabetin sağlıklı ve düzenli bir şekilde ilerleyebilmesi için gerekli olan düzenlemelerin yapılması için verilecek yetkilerin

---

[486] 4054 sayılı RKHK'nın "Görev Süreleri" başlıklı 24. maddesinin 2. fıkrasına göre; "*Kurul Başkan ve üyelerinin süreleri dolmadan herhangi bir nedenle görevlerine son verilemez. Ancak, Kurul kararı ile atanmaları için gerekli şartları kaybettikleri veya durumlarının bu Kanunun 25 inci maddesine aykırı düştüğü anlaşılan ya da Kanunla verilen görevle ilgili olarak suç işledikleri mahkeme kararı ile sabit olan Kurul Başkan ve üyelerinin görevleri sona erer.*"

[487] Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, s.133.

teminatı çıkmaktadır[488]. Diğer bir deyişle, kanun tarafından Rekabet Kurumu'na verilecek düzenleme yetkisinin, mal ve hizmet sunumları için rekabetin sağlanabilmesi anlamında kanuni idare ilkesine uygun bir şekilde tesis edildiği söylenebilmektedir. Bu kapsamda 2. madde inceleme altına alındığında, "… *rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemler bu Kanun kapsamına girer*." hükmü ile düzenleme yetkisinin sonucu olarak karşımıza çıkan ve faaliyet gösteren tüm teşebbüslerin denetlenmesi için gerekli yetkilerin kaynağı ortaya çıkmaktadır[489]. "*Tanımlar*" başlıklı 3. maddede Rekabet Kurumu'nun mal ve hizmet piyasalarında serbest rekabet ortamının tesisi ve korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin tüm işlemleri yapacak kurum olarak tanımlanması, kendisine verilen yetkiler açısından görevli makam olduğunun göstergesidir.

Düzenleme fonksiyonu bağlamında Rekabet Kurumu'na verilen yetkiler daha çok, Rekabet Kurumu'nun karar organı[490] olarak belirlenen Rekabet Kurulu tarafından kullanılmaktadır. Rekabet Kurulu'nun düzenleme yetkisine sahip olduğunu gösteren en somut örnek ise, RKHK'nın 27. maddesinde yer almaktadır. Rekabet Kurulu'nun görev ve yetkilerini belirten 27. maddenin 1. fıkrasının (f) bendi uyarınca "*Bu Kanunun uygulanması ile ilgili olarak tebliğler çıkarmak ve gerekli düzenlemeleri yapmak*" görev ve yetkisi ile kural koyma bağlamında düzenleme fonksiyonunu ortaya koymaktadır. Örneğin idari para cezalarının alt sınırının belirlenmesi için Rekabet Kurumu'nun çıkarmış olduğu, "*4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 16'ncı*

---

[488] 4054 sayılı RKHK'nun "Amaç" başlıklı 1. maddesinde, "*mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamak*" hükmü yer almaktadır.

[489] 4054 sayılı RKHK'nun "Kapsam" başlıklı 2. maddesinde, "*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 bu Kanun kapsamına girer*" hükmü yer almaktadır.

[490] 4054 sayılı RKHK'nun "Kurulun Teşekkülü" başlıklı 22. maddesi; "*Rekabet Kurulu, Kurumun karar organı olup biri Başkan biri İkinci Başkan olmak üzere toplam yedi üyeden oluşur*".

Maddesinin Birinci Fıkrasında Öngörülen İdari Para Cezası Alt Sınırının Artırılmasına İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 2017/1)" tebliğ bunlardan birisidir[491].

RKHK'nın "Muafiyet" başlığını taşıyan 5. maddesinin son fıkrasında, Kurul'un çeşitli konularda yapılan anlaşma türlerine bir grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayan ve bunların şartlarını gösteren tebliğler çıkarabileceğinin belirtilmesi de, düzenleyici ve denetleyici kurumların en temel fonksiyonu olan düzenleme yetkisine dair bir diğer örnektir. Yine bir diğer madde de ise kendisinin çıkaracağı tebliğler ile Kurul'a hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerliliğe kavuşabileceğini belirleme yetkisi tanınmıştır[492].

Esas olarak maddi anlamda rekabet kuralları çerçevesinde takdir yetkisini Kurul'a bırakıp rahat bir hareket alanı yaratan kanunkoyucu, RKHK'nın 27. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendi ile tanınan düzenleme yapma yetkisini, düzenleme mantığı çerçevesinde, işlevsel hale getirmiştir[493]. Fakat bu işlevsellik, RKHK'nın "Yönetmelikler" başlıklı 62. maddesi ile çelişkili bir durum sergilemektedir. RKHK'nın uygulanması bakımından çıkarılacak tebliğler ile gerekli düzenleyici işlemlerin tesis edilmesi konusunda Rekabet Kurulu'nun son derece geniş yetkilerle donatılmasına karşın 62. madde, düzenleme yetkisi ile ilgili olarak sınırlayıcı bir etki yaratırken, Rekabet Kurumu'nun bağımsız yapısını da zedelemektedir[494].

62. maddenin 1. fıkrası;

> "*Bu Kanunda belirtilenlerin dışında, Kurumun yetkilerini kullanışı, yönetim ve çalışma esasları, gelirlerinin tahsili, giderlerinin yapılması ve bu işlemlerin denetlenmesinde uygulanacak usul ve esaslar, aylık ücretlerde yapılacak değişikliklerin esasları, yabancı uzman çalıştırılmasına ilişkin esaslar, Kurumun satın alacağı menkul ve gayrimenkullerin alımına ve ihale usulüne ilişkin düzenlemeler ve Kurumun muhasebe sistemine ilişkin*

[491] R.G., T.11.12.2016. S.29914.

[492] 4054 sayılı RKHK'nun "Birleşme ve Devralmalar" başlıklı 7. maddesinin 2. fıkrasında, *"Hangi tür birleşme ve devralmaların hukukî geçerlilik kazanabilmesi için Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul, çıkaracağı tebliğlerle ilan eder*" hükmü yer almaktadır.

[493] Gönen, s.209.

[494] Öztürk, s.29.

hükümler Kurulca hazırlanacak ve Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulacak yönetmeliklerde düzenlenir."

hükmünü taşımaktadır.

Hükümden de anlaşılacağı üzere, RKHK'nın uygulanmasını sağlayacak ve Kurumun yönetimi bakımından önem arz eden konularda Bakanlar Kurulu kararı olmaksızın yönetmelik çıkarılamayacaktır. Kurumun Bakanlar Kurulu kararı olmaksızın yönetmelik çıkartamamasına dair bu hüküm, Anayasa'nın 124. maddesine ilişkin bir çelişki yaratmaktadır. Anayasa 124. madde[495] ile kendi görev ve yetki alanına giren konulara ilişkin olarak her bir kamu tüzel kişiliğine, yönetmelik çıkarılabilme yetkisinin verilmesinden dolayı, ortaya çıkan bu çelişkili durum, Kurum'un kamu tüzel kişiliğini kullanma gücünü zayıflatmaktadır. Bu bağlamda anayasal bir yönetmelik düzenleme yetkisi sağlanan Kurum'a RKHK ile Bakanlar Kurulu'ndan onay alınması yükümlülüğünün getirilmesi, idare hukukunun genel ilkeleri açısından da tartışmaya yol açmaktadır[496].

Kurumun yönetimine ilişkin olarak Bakanlar Kurulu kararı olmaksızın yönetmelik çıkarma yetkisinin 62. madde kapsamında Kurum'un elinde bulunmamasına karşın, Kurum'un rekabetin korunması bağlamında yapacağı düzenlemelerin Rekabet Kurulu eliyle yapılması, aslında düzenleme yetkisinin halen Kurum tarafından kullanıldığını göstermektedir[497]. Diğer bir deyişle, 62. maddenin, rekabetin korunması konusunda son derece geniş bir çerçevede Kurul tarafından kullanılan düzenleme yetkisine bir müdahale olarak değerlendirilemeyeceği de düşünülebilmektedir.

Düzenleme fonksiyonunun olağan sonucu olarak gözüken denetleme ve yaptırım uygulama fonksiyonları, sadece düzenleyici ve denetleyici kurumların değil, tüm kamu tüzel kişilerinin en temel fonksiyonlarındandır. Yukarıda da belirtildiği üzere, regülatif faaliyetlerin ikincil fonksiyonunu oluşturan denetleme fonksiyonu, ilgili kurum ve

[495] Anayasa'nın "Yönetmelikler" başlıklı 124. maddesinin 1. fıkrasında, "*Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler*" hükmü yer almaktadır.

[496] Gönen, s.209.

[497] Turgut Tan, "*Bağımsız İdari Otoriteler*", **Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları**, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2000, s.14-15.

kuruluşlara ait olan düzenlemelere bağlı olarak faaliyet gösteren teşebbüslerin hukuka ve ilgili düzenlemelere uygun bir şekilde hareket edip etmediklerinin kontrolü anlamına da gelmektedir. Düzenleyici ve denetleyici kurumlara tanınan düzenleme, denetleme ve yaptırım uygulama yetkilerinin hepsine sahip olan Rekabet Kurumu'nun bu yetkileri en çok Rekabet Kurulu organı ile kullandığı, RKHK'da belirgin bir şekilde gözükmektedir. Bu bağlamda Rekabet Kurulu'nun düzenleme yetkisinin yanı sıra denetleme yetkisinin kullanması bakımından da RKHK birçok örnek sunmaktadır.

Belirttiğimiz örneklerden ilki RKHK'nın 27. maddesinde kendisini göstermektedir. Kanunun 27. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde Kurul'un görev ve yetkileri arasında "*Kanun'da yasaklanan faaliyetler ve hukukî işlemler hakkında, başvuru üzerine veya re'sen inceleme, araştırma ve soruşturma yapmak ...*" sayılmıştır. Re'sen incelemenin yapılmasının kapsamında, RKHK Kurul'a verilen görevleri yerine getirirken, gerekli gördüğü her türlü bilgiyi tüm kamu kurum ve kuruluşlarından, teşebbüslerden ve teşebbüs birliklerinden isteyebilme yetkisini sağlamıştır[498]. Ayrıca RKHK Kurul'a gerekli bilgi ve evrakların isteme yetkisini vermesinin yanı sıra, teşebbüslere gidilerek yerinde inceleme yapabilmesi için gerekli yetkiyi vermiş bulunmaktadır[499].

---

[498] 4054 sayılı RKHK'nun "Bilgi İsteme" başlıklı 14. maddesi.

[499] 4054 sayılı RKHK'nun "Yerinde İnceleme" başlıklı 15. maddesi, "*Kurul, bu Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirirken gerekli gördüğü hallerde, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinde incelemelerde bulunabilir. Bu amaçla teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin:*

a)Defterlerini, her türlü evrak ve belgelerini inceleyebilir ve gerekirse suretlerini alabilir,

b)Belirli konularda yazılı veya sözlü açıklama isteyebilir,

c)Teşebbüslerin her türlü mal varlığına ilişkin mahallinde incelemeler yapabilir.

İnceleme, Kurul emrinde çalışan uzmanlar tarafından yapılır. Uzmanlar incelemeye giderken yanlarında incelemenin konusunu, amacını ve yanlış bilgi verilmesi halinde idari para cezası uygulanacağını gösteren bir yetki belgesi bulundururlar.

İlgililer, istenen bilgi, belge, defter ve sair vasıtaların suretlerini vermekle yükümlüdür. Yerinde incelemenin engellenmesi veya engellenme olasılığının bulunması durumunda sulh ceza hâkimi kararı ile yerinde inceleme yapılır." hükmünü içermektedir. Bu kapsamda RKHK Kurul'a ilgili teşebbüsler bakımından geniş bir inceleme yetkisini vermesinin yanı sıra, bu yetkinin kullanımı sırasında teşebbüsün işbirliğinde bulunmaması bakımından gerekli yaptırımların uygulanacağını belirtmektedir.

RKHK kapsamında Kurul'a verilmiş olan denetim yetkileri, kimi zaman re'sen kullanılabildiği gibi kimi zaman ise kendisine intikal eden başvurular üzerine kullanılabilmektedir. Örneğin rekabeti bozucu nitelikte bir faaliyet yürüttüğü iddia edilen bir veya birden çok teşebbüs hakkında Kurul'a yapılan başvurular üzerine Kurul'un ilgili teşebbüs veya teşebbüsler hakkında soruşturma açıp açmaması ile ilgili olarak önaraştırma yapma kararı, Kurum'un denetleme fonksiyonunu bir kez daha ortaya koymaktadır[500].

Kurum'un düzenleme ve denetleme yetkilerinin doğal sonucu olan ve denetlenen teşebbüslerin RKHK kapsamında hukuka aykırı faaliyetlerinin tespiti ile uygulanacak tedbir ve yaptırımlar, Kurum'un yaptırım uygulama yetkisinin bir göstergesidir. RKHK kapsamında korunmaya çalışılan ve maddi anlamda rekabet kuralları olarak nitelendirilen düzenlemeler ile birlikte yukarıda da belirtilen bilgi isteme ve yerinde inceleme gibi denetim yetkisi kullanılan emredici nitelikte olan hükümlerin ihlali, bazı yaptırımlara tabi tutulmuştur[501]. Bahsi geçen emredici hükümlere aykırı faaliyetler için belirlenen yaptırımların kimisi idare hukukuna ilişkinken diğer bir kısmı ise borçlar hukuku kapsamında değerlendirilir[502]. Borçlar hukuku kapsamında değerlendirilebilecek yaptırımlardan birisi geçersizlik yaptırımı[503] iken diğeri ise haksız fiilden kaynaklanan zararların sorumluluğu[504] olarak karşımıza çıkmaktadır. RKHK idare hukuku kapsamında

---

[500] 4054 sayılı RKHK'nun "Önaraştırma" başlıklı 40. maddesi, "*Kurul, resen veya kendisine intikal eden başvurular üzerine doğrudan soruşturma açılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için önaraştırma yapılmasına karar verir*" hükmü ile Kurul'un denetleme yetkisini kendisine yapılan başvurular üzerine de kullanabileceğini belirtmiştir.

[501] Gönen, s.211.

[502] İbid.

[503] Geçersizlik yaptırımının iade yükümlülüğünün ortaya çıkması bakımından 4054 sayılı RKHK, 11.01.2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na atıfta bulunmaktadır. RKHK'nın "*Bu Kanuna Aykırı Anlaşma ve Kararların Hukukî Niteliği*" başlıklı 56. maddeye göre;

"*Bu Kanunun 4 üncü maddesine aykırı olan her türlü anlaşma ile teşebbüs birlikleri kararı geçersizdir. Bu anlaşmalardan ve kararlardan doğan edimlerin ifası istenemez. Daha önce yerine getirilmiş edimlerin geçersizliği nedeniyle geri istenmesi halinde tarafların iade borcu Borçlar Kanunun 63 ve 64 üncü maddelerine tabidir.*

Borçlar Kanununun 65 inci maddesi hükmü bu Kanundan doğan ihtilaflara uygulanmaz."

[504] 4054 sayılı RKHK'nın "*Tazminat Hakkı*" başlıklı 57. maddesine göre; "*Her kim bu Kanuna aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa yahut belirli bir*

ise iki çeşit yaptırımı düzenlemiştir. Bunlar; "*teşebbüslerin belli bir şekilde davranmalarını gerektiren kararlar*" ile "*idari para cezaları*"dır[505].

Teşebbüslerin belli bir şekilde davranmasını gerektirecek kararların en somutu, rekabetin ihlal edildiği durumlarda Kurul'un vermiş olduğu kararlardır. RKHK'nın 9. maddesi Kurul'a, kendisine yapılacak ihbar, şikâyet ya da Bakanlığın talebi üzerine veya resen ihlal tespit ettiği durumlarda, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine RKHK kapsamında, rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir kararı bildirebilme yetkisini vermiştir[506]. Ayrıca 9. maddenin 4. fıkrasına göre, "*Kurul, nihaî karara kadar ciddî ve telafi olunamayacak zararların ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğu durumlarda, ihlalden önceki durumu koruyucu nitelikte ve nihaî kararın kapsamını aşmayacak şekilde geçici tedbirler alabilir*".

RKHK idari para cezaları bakımından ise iki ayrı düzenlemeye yer vermiştir. "İdarî Para Cezası" başlıklı 16. maddenin 1. fıkrasında, usule ilişkin ihlâllerin tespitinde uygulanacak yaptırımlar düzenlenirken, ikinci fıkrasında ise esasa ilişkin ihlâllerde uygulanacak olan yaptırımlar hükme altına alınmıştır. Nispi idari para cezalarını düzenleyen 17. maddede ise Kurul'un almış olduğu ve teşebbüsleri belirli bir şekilde davranmaya zorlayan kararlara uyulmaması ya da RKHK'nın belirli hükümlerinin ihlal edilmesi halinde uygulanacak yaptırımlar düzenlenmiştir.

Bu tip yaptırımlar, bir anlamda özel kolluk yetkisinin kullanılmasıdır. Zira özel idari kolluk rejiminin ihdas edilmesinin amacı, bu rejimin genel kolluk rejimine nazaran daha ağır müeyyideler uygulanmasına imkan vermesidir. Diğer bir ifadeyle özel idari

---

mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu kötüye kullanırsa, bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur. Zararın oluşması birden fazla kişinin davranışları sonucu ortaya çıkmış ise bunlar zarardan müteselsilen sorumludur".

[505] Sanlı, s.385.

[506] 4054 sayılı RKHK'nın "İhlale Son Verme" başlıklı 9. maddesine göre; "*Kurul, ihbar, şikâyet ya da Bakanlığın talebi üzerine veya resen bu Kanunun 4, 6 ve 7nci maddelerinin ihlal edildiğini tespit ederse ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine bu Kanunun Dördüncü kısmında belirtilen hükümler çerçevesinde, rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir kararı bildirir*".

kolluk tedbirlerinin ihlali, genel idari kolluk tedbirlerinin ihlaline göre daha ağır cezalandırılır[507]. Rekabet Kurulu'nun, teşebbüsleri, belirli bir şekilde davranmaya zorlayan kararlara uyulmaması halinde vereceği nispi idari para cezalarının, genel para cezaları çerçevesinde düşünülemeyeceği ve ağır nitelikte bulunması tabiidir.

C. Rekabet Kurumu'nun Organları

Rekabet Kurumu, RKHK'nın 20. maddesi uyarınca, "*mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde teşekkülünün ve gelişmesinin temini ile bu Kanunun uygulanmasını gözetmek ve Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirmek üzere kamu tüzel kişiliğini haiz idarî ve malî özerkliğe sahip*" olarak kurulmuştur. Özerk yapıda kurulmuş olan Rekabet Kurumu'nun teşkilatı ise Kanun'un 21. maddesine göre, Rekabet Kurulu, Başkanlık ve Hizmet Birimleri'nden oluşmaktadır. Kanun, Rekabet Kurulu'nu 22 ilâ 28. maddeleri arasında, Başkanlık Divanı'nı 29 ilâ 31. maddeleri arasında ve Hizmet Birimleri'ni ise 32. maddesinde düzenlemiştir.

Başkanlık ve Rekabet Kurulu'nun yanı sıra Hizmet Birimleri'nin de ayrı olarak RKHK bakımından düzenleme altında alındığı gözükmektedir. Burada dikkat çeken bir husus ise Kurum içerisinde Başkanlık makamına bağlı olarak düzenlenen Hizmet Birimleri'nin Kanun'un 21. maddesinde ayrıca sayılmasıdır. RKHK'nın "Teşkilat" başlıklı 3. Kısmının 2. Bölümü'nde Başkanlığın altında düzenlenen Hizmet Birimleri'nin 21. madde kapsamında ayrıca yazılmasında bir gerekliliğinin bulunup bulunmaması ise tartışılabilir bir niteliktedir[508]. Ancak doktrinde de öne çıkan görüş, düzenleyici ve denetleyici kurumların genellikle, karar organı olan kurul, yürütme organı olan başkanlık ve yürütmeye yardımcı organ olan hizmet birimleri biçiminde örgütlendiği görüşüdür[509]. Bu nedenle hizmet birimlerinin yürütme organına bağlı fakat yardımcı fonksiyonunun önemi nedeniyle ayrıca belirtilmesi gereken organ olarak Kanun'da hüküm altına alınması yerindedir.

---

[507] Gözler, İdare Hukuku, C. 2, s.497.

[508] Zehreddin Aslan / Kahraman Berk, **Rekabet Kurumu'nun Oluşumu, Görev ve Yetkileri ile Yargısal Denetimi**, Alfa Yayınları, İstanbul, 2000, s.60.

[509] Gözübüyük, Yönetim Hukuku, s.186.

Her ne kadar Başkanlık, Kanun'da hiyerarşik üst olarak Kurum'un en üst amiri olarak düzenlense[510] de, hem Kanun'da yer alan düzenleme sırasına uygunluk hem de Kanun'un 22. maddesinde Kurum'un karar organı olarak açıkça Rekabet Kurulu'nun belirtilmesi nedeniyle, Rekabet Kurulu'nun öncelikli incelenmesi yerinde olacaktır.

1. Rekabet Kurulu

Rekabet Kurulu, Rekabet Kurumu'nun karar organı olarak teşekkülü, görev ve yetkileri ile çalışma esasları RKHK'nın '"Teşkilat" başlıklı 3. Kısmının 1. Bölümü'nde yer alan 22 ilâ 28. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Kamu görevini yerine getiren Kurul üyelerinin ücret ve diğer mali ve sosyal haklarının yanı sıra, Kurul toplantı usul ve esasları ile Kurul kararlarına ilişkin hükümler ise RKHK'nın başka bölümlerinde hüküm altına alınmıştır.

RKHK uyarınca rekabetin korunmasına ilişkin her türlü düzenleme yapma ve RKHK'ya aykırılık hallerinde kesin karar vermeye yetkili olan Rekabet Kurulunun, kimlerden oluşacağı, üyelerinin atanma şartları, nitelikleri, görev süreleri, yasakları, yeminleri, görevleri ve yetkileri ile Kurulun çalışma esaslarına dair ayrıntılı düzenlemeler RKHK'nın ilgili maddelerinde yer almaktadır[511]. Genellikle RKHK tarafından kendisine verilen görev ve yetkileri nedeniyle Kurul, Kurum'un önüne geçmektedir. Kurul'un asıl görevi olan rekabete uygun bir ortam hazırlayarak devamının sağlanması bakımından daha çok kendisinin muhatap olarak alınması da, bu düşüncelerin kaynağı olarak gösterilebilir[512].

Rekabet Kurulu'nun Rekabet Kurumu'na nazaran RKHK kapsamında esas tutulmasının bir başka göstergesi de, RKHK'nın Kurum'un başkanlık organını belirttiği 29. maddesinde, başkanlık divanının Rekabet Kurulu başkanı ile başkan yardımcıları

---

[510] 4054 sayılı RKHK'nın "Başkanlık" başlıklı 29. maddesinin 2. fıkrasına göre, "*Kurul Başkanı Kurumun en üst amiri olup, Kurumun genel yönetim ve temsilinden sorumludur*".

[511] 4054 sayılı RKHK'nın "Kurulun Teşekkülü" başlıklı 22. maddesi, "Atanma Şartları" başlıklı 23. maddesi, "Görev Süreleri" başlıklı 24. maddesi, "Yasaklar" başlıklı 25. maddesi, "Yemin" başlıklı 26. maddesi, "Kurulun Görev ve Yetkileri" başlıklı 27. maddesi, "Kurulun Çalışma Esasları" başlıklı 28. maddesi.

[512] Ardıçoğlu, s.45.

tarafından oluşturulduğunun hüküm altına almasıdır. Diğer bir deyişle RKHK'nın Kurum Başkanını Kurul'a başkanlık eden kişi olarak düzenlemesi ve Kurumun en üst amiri ve genel yönetim ve temsilinden Kurul başkanı olan kişiyi sorumlu tutması, RKHK'nın Kurulu öncelikli olarak tuttuğunun bir örneğidir[513]. Bununla birlikte, kamu tüzel kişiliğine sahip olan bu türdeki düzenleyici ve denetleyici kurumlarda bulunan idari birimleri adlandırmada kimi zaman sorunlara rastlansa ve henüz belirli bir birlik sağlanamasa da, RKHK kapsamında Kurum içinde karar organı olarak Kurul'un düzenlenmesi terimsel bakımdan yerinde bir tercih olmuştur[514].

Kurul'a üye atama yetkisi, RKHK'nın 22. maddesi uyarınca Bakanlar Kurulu'na verilmiştir. Bu hüküm uyarınca Bakanlar Kurulu, atanacak yedi üyeden üç üyeyi Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın, bir üyeyi Kalkınma Bakanlığı'nın, bir üyeyi Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinin her boş üyelik için kendi kurumları içinden veya dışından göstereceği ikişer aday arasından, birer üyeyi ise Yargıtay ve Danıştay'ın kendi kurumları içinden göstereceği ikişer aday arasından seçerek atar. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı kontenjanından gelecek üyelerden birisi, Kurum personeli arasından atanır. Özerk bir yapısı bulunan Rekabet Kurumu'nun karar organı olan Rekabet Kurulu üyelerinin Devlet Tüzel Kişisi tarafından atanması üzerinde durulması gereken bir husustur. Ayrıca bu tip bir kurula seçilecek üyelerden kimisinin ise ilgili piyasanın aktörü olabilecek kişileri barındıran Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği tarafından gösterilen adaylar içerisinden seçilmesi, tarafsız olması gereken kurulun bu niteliğine gölge düşürebilecek bir düzenleme olduğunu göstermektedir. Bu durum modern toplumlarda örneği bulunamayacak çeşitli sonuçlara yol açabilir[515].

---

[513] Ardıçoğlu, s.46.

[514] Kanunkoyucu, her ne kadar düzenleyici ve denetleyici kurumlar bakımından kurum terimini kullanıp, karar organlarını da kurul olarak belirlese de, bazı kamu tüzel kişilikleri için kurul terimini kullanarak teşkilat yapılarını kurmuştur. Örneğin Radyo ve Televizyon Üst Kurulu ile Sermaye Piyasası Kurulunda bu türde bir kurum – kurul farklılaştırılması yapılmamış, adı geçen idari birimler "Kurul" olarak düzenlenmişlerdir. Bu durum, kanunkoyucunun bu tür kavramlar bakımından pek hassas davranmadığı sonucunu ortaya koymaktadır. Bkz. Yasin, Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi, s.59.

[515] Aslan / Berk, s.74.

Kurul üyeleri arasından Başkan ve İkinci Başkanı seçme ve atama yetkisi ise RKHK'nın 22. maddesinin 3. fıkrası uyarınca Bakanlar Kurulu'na verilmiştir. Her ne kadar atamaya Bakanlar Kurulu yetkili olsa da, Kurul Başkanını görevden alma yetkisi bulunmamaktadır. Yetki ve şekilde paralellik ilkesinden farklı olarak Bakanlar Kurulu'nun atamış olduğu Kurul Başkanı'nın görevi, RKHK'da belirtilen şartların oluşması halinde, Rekabet Kurulu tarafından sona erdirilir[516].

RKHK'nın 27. maddesinde, Kurul'a atfedilmiş olan görev ve yetkiler belirtilmiştir. Ondört bentte sayılan hususlar bakımından Kurul'un ana görev ve yetkileri; RKHK'nın uygulanmasına ilişkin düzenleyici işlemleri tesis etmek, belirli türdeki anlaşmalar için muafiyet tanımak, menfi tespit belgesi vermek, RKHK kapsamında yapılan birleşme ve devralma işlemlerine izin vermek, rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve uyumlu eylemler ile hâkim durumun kötüye kullanımı durumlarında hizmet birimleri aracılığıyla denetleme yaparak rekabet düzeninin ihlal edildiğinin tespit edildiği durumlarda yaptırım uygulamaktır[517]. Kurul'un, RKHK tarafından Kurula tanınan bu görev ve yetkileri, Anayasa'nın 167. maddesi ile Devlet'e verilen, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alma ve piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önleme görev ve yetkileri paralelinde kullandığını görmekteyiz. Bu kapsamda kullanılan görev ve yetkilerin ise ekonomik kamu düzenini korumaya yönelik olan kolluk faaliyeti olarak değerlendirilmesi ise kaçınılmaz olacaktır[518]. Genel idari kolluk tarafından korunan geniş anlamdaki kamu düzeninden farklı olarak ekonomik kamu düzeninin korunmasını amaçlayan Kurulun, rekabetin korunması için çeşitli görev ve yetkiler ile donatılacağı açıktır[519]. Faaliyet yürüttüğü alan bakımından teknik ve özel

[516] Ardıçoğlu, s.46.

[517] 4054 sayılı RKHK'nın "Kurulun Görev ve Yetkileri" başlıklı 27. maddesi.

[518] Ardıçoğlu, s.46.

[519] Rekabet Kurulu'nun 4054 sayılı RKHK'nın "Kurulun Yetkileri" başlıklı İkinci Bölümü'nde yer alan "Bilgi İsteme" başlıklı 14. maddesi ile "Yerinde İnceleme" başlıklı 15. maddesi, bu görev ve yetkilere örnek teşkil etmektedir.

bir uzmanlaşma alanı olan rekabet faaliyeti böylece, kanunların çizdiği çerçevede, yetkili ve görevli kolluk makamı olan Rekabet Kurulu'nun denetimince yürütülmektedir[520].

Maddi anlamda rekabet kuralları olarak belirtilen ve doğrudan rekabetin korunmasına yönelik görev ve yetkilerin Kurul'a verilmesinin yanı sıra, Kurum'un teşkilat yapısına ve çalışma esaslarına ilişkin önemli konularda Kurul'un karar alması ve uygulamalarda bulunması, RKHK'nın Rekabet Kurulu'nu karar organı olarak belirlemesinde en önemli etkenlerdir. Kimi görüşe göre, Kurul'un ikincil mevzuatı oluşturma yetki ve görevleri, "*yasama benzeri görevler*"[521] olarak nitelendirilse dahi, idare hukuku bakımından değerlendirildiğinde bu yetki ve görevlerin tali nitelik taşıyan düzenleme yetkisi olduğunu belirtmekte fayda vardır[522].

2. Başkanlık

Rekabet Kurumu Başkanlık Divanı, Rekabet Kurulu Başkanı, Rekabet Kurumu İkinci Başkanı ve Rekabet Kurulu Başkan Yardımcılarından oluşan bir yürütme organıdır. RKHK'nın 29. maddesi ile hüküm altına alınan Başkanlık organında, Rekabet Kurulu Başkanı, Rekabet Kurumu'nun en üst amiri olmakla birlikte Kurumun genel yönetimi ve temsilinden sorumludur[523]. Rekabet Kurulu Başkanı'nın Kurum'un da başındaki kişi olarak atanmasının sebebinin, kanunkoyucunun Rekabet Kurulu ile Rekabet Kurumu teşkilatı içerisinde yer alan diğer birimler ile bağlantının kurulmasını sağlayarak, karar organı olan Kurul ile hizmet birimlerinin bir uyum ve ahenk içerisinde, belli bir düzen dâhilinde çalışmalarını amaçlamak olduğu söylenebilir[524]. Diğer bir deyişle, karar organı ile yürütme organı arasındaki bağın sağlanması ve koordineli bir çalışma ortamının yaratılması amacı ön planda tutulmuştur.

---

[520] Yıldırım / Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün / Tekinsoy, (*Bölüm: Kolluk Faaliyetleri, Yazar: Tekinsoy*), s.542-544.

[521] Aslan, Rekabet Hukuku, s.817-818.

[522] Asıl ve birincil nitelikte olan düzenlemelerin sadece kanunkoyucu tarafından yapılabilmesi nedeni ve idare hukuku ilkeleri göz önüne aldığında, bu yetki ve görevleri "*yasama benzeri görevler*" olarak nitelendirmemek daha uygun olacaktır. Gönen, s.216.

[523] Aslan, Rekabet Hukuku, s.821.

[524] Gönen, s.217.

RKHK'nın 31. maddesi uyarınca, kendisine yardımcı olmaları amacıyla Rekabet Kurulu Başkanı'na iki Kurul Başkan Yardımcısı görevlendirilebilir. Başkan Yardımcılarının yükümlülükleri, Başkan'ın vermiş olduğu görevleri yapmak, talimatlarını yerine getirmek, teşkilat kademeleri ve ilgili hizmet birimleri arasında uyum ve işbirliğini sağlamaktır. 31. madde de birimler arasında koordinasyonu sağlama anlamında Başkanlık organına verilmiş olan sorumluluk ve yetkileri gözlemleyebilmekteyiz.

Başkanlığın görev ve yetkileri, RKHK'nın 30. maddesinde belirtilmiştir. Görev ve yetkilerin genel çerçevesini çizen 30. madde özetle, Rekabet Kurulu ile Kurumun diğer birimleri arasında koordinasyonu sağlama görevinin yanı sıra, Kurum'un Gümrük ve Ticaret Bakanlığı ile ilişkilerini düzenlemek, Kurum'u diğer kamu tüzel kişileri ya da özel kuruluşlar karşısında temsil etmek, Kurul'un yetkisinde olan düzenleyici işlemleri yayınlatarak yürürlüğe girmesini sağlamak ve Kanun'da belirtilmiş olanlar hariç Kurum personelinin atama işlemlerini yapma yetkisini Başkanlık makamına vermiştir.

30. madde kapsamında Başkanlık makamı görev ve yetkileri içerisinde, Kurul'un yetkisine giren ve RKHK bakımından rekabet ihlali olup olmadığına dair verilen kararlar için Kurum'a yapılacak başvuruların değerlendirilmesi sayılmamıştır. Sadece Kurul'un kendisine verilen bu yetki ve görevlerin Başkanlık makamı tarafından paylaşılmayacağı da açıktır[525]. Danıştay'ın konuya ilişkin olarak verdiği kararda şu hususların üstünde durulmuştur;

> "*4054 sayılı Kanunun 40-55. maddeleri arasında Rekabet Kurulu'nun ihbar, şikâyet ya da doğrudan, rekabeti sınırlayıcı uygulamalar hakkında doğrudan soruşturma açılmasına veya soruşturma açmaya gerek olup olmadığını belirleyebilmek için ön araştırma yapmaya veya yapmamaya karar vereceği öngörülmüştür. Öte yandan başvurulara Kurul'un süresinde yanıt vermeyerek reddetmiş sayılması da olanaklı bulunmaktadır. Bu yollardan herhangi biriyle ortaya çıkan kararın, Rekabet Kurulu kararı olması zorunludur. Rekabet Kurumu Başkanlık makamının görevleri ise 4054 sayılı Kanunun 29-32. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Anılan maddelerde, 4054 sayılı Kanun kapsamına girip girmediğini belirlemeye ve bu konuda bir karar vermeye Başkanlık makamının yetkisi bulunmamaktadır. Bu itibarla; davacının 4054 sayılı Yasa'ya dayanarak yaptığı başvurunun Rekabet Kurulunca değerlendirilmesi gerekirken, böyle bir değerlendirme yapmaya yetkili olmayan Rekabet Kurumu Başkanlığınca*

[525] Usta, s.79.

davacının başvurusunun değerlendirilerek kabul edilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır"[526].

Danıştay'ın da belirtmiş olduğu üzere, başvuru üzerine Kurul'un almakla yetkili olduğu kararlar bakımından sessiz kalması, idare hukuku bakımından zımni red olarak değerlendirilmesi gerekirken; tamamen yetkisiz bir makam olan Başkanlığın bu konu hakkında karar alması durumunda hem kanuni idare ilkesine hem de zımni red kavramına aykırı bir işlem tesisi söz konusudur. Bu nedenle Başkanlık makamına sınırlı sayıda (*numerus clausus*) belirtilen görev ve yetkilerin aşılmaması hususu üzerinde özenle durulmuştur.

Genel esaslar dışında ayrıca Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılmış olan 21.06.1997 tarih ve 23026 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan *Rekabet Kurumu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik* ile Başkanlık görev ve yetkileri düzenlenmiştir. Rekabet Kurumu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 37. maddesi, RKHK'nın 30. maddesine nazaran daha ayrıntılı düzenlemeler içermektedir. İlgili Yönetmeliğin 37. maddesinin Başkanlığa vermiş olduğu ilk görev, "*Kurumun karar organı olan Rekabet Kurulu ile hizmet birimlerinin uyumlu, verimli, disiplinli ve düzenli bir biçimde çalışmasının en üst düzeyde organizasyonu ve koordinasyonunu sağlamak, Kurum hizmet birimleri arasında çıkabilecek görev ve yetki sorunlarını çözmek*"tir. Yönetmelik ile Kurumun içerisindeki koordinasyonu sağlama anlamında Başkana verilen bu yetkinin üzerinde bir kez daha durulması, Başkanlığın Kurum üzerindeki etkisini net bir şekilde ortaya koymaktadır.

Başkanlığın koordineli çalışması kapsamında kendisine yardımcı olduğu birimlerin de ayrıca belirtilmesi gerekmektedir. Bu nedenle hizmet birimlerinin görev, yetki ve sorumluluklarının da göz ardı edilmeden incelenmesi gerekmektedir.

3. Hizmet Birimleri

4054 sayılı RKHK'nın 32. maddesi, Başkanlığa bağlı olan ve hizmet daire başkanlıkları olarak teşkilatlanmış hizmet birimlerini hüküm altına almıştır[527]. Bu daire

[526] Dan. İDDGK, E.2001/480, K.2001/637, T.28.09.2001.

başkanlıkları ise, ana hizmet birimleri ve yardımcı hizmet birimleri olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Belirtilen bu üç hizmet biriminin alt ayrımları, Kanun'da yer almamıştır. Rekabet Kurumu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 38. maddesinde, ana hizmet birimleri doğrudan yer alırken, yardımcı hizmet birimleri Kurum'un içerisinde danışma birimleri ve idari hizmet birimleri olarak düzenlenmiştir. Ayrıca 38. maddenin 2. fıkrası Kurum teşkilat içerisinde hangi hizmet biriminin Başkan'a, geriye kalan hangi hizmet birimlerinin ise Başkan Yardımcılarına bağlı olacağına dair verilecek kararın yine Başkan'a ait olduğunu belirtmektedir.

Yönetmeliğin hizmet birimlerinin teşkilatına ilişkin olan 39. maddeye göre, Daire Başkanlıklarının grup başkanlıkları, müdürlükler ve bunların bünyesindeki servislerden oluştuğu hüküm altına alınmıştır. Bu hükme göre birimler sırasıyla;

- Hukuk Müşavirliği, Basın Danışmanlığı ve Başkan Danışmanları, danışma birimleri,
- I, II, III, IV ve V (Araştırma Dairesi) numaralı Daire Başkanlıkları, ana hizmet birimleri,
- Bilgi İşlem, İstatistik ve Enformasyon Dairesi Başkanlığı, İnsan Kaynakları Dairesi Başkanlığı, İdari ve Mali İşler Dairesi Başkanlığı, İstanbul Bölge Temsilciliği, Savunma Uzmanlığı, Kurul Özel Büro Müdürlüğü ve Başkanlık Özel Kalem Müdürlüğü, idari hizmet birimleri olarak düzenlenmiştir.

Hizmet birimlerinin kurulması ve kadro statülerinin oluşturulması adına düzenleme yapma yetkisi, RKHK'nın 34. maddesinin 2. fıkrası hükmü ile Kurul'a verilmiştir. Kurumun teşkilat yapısı açısından önem arz eden bu hüküm ile Rekabet Kurumu'nun klasik anlamdaki kamu kurumlarından ne kadar farklı bir özelliğe sahip olduğu ortaya çıkmaktadır. Anayasa 123. madde kapsamında kurumların kanun veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulması, diğer bir deyişle kanuni idare ilkesi, kamu tüzel kişilerine kendi statülerini değiştirme anlamında yetkinin verilmemesi

[527] Daire başkanlıklarının teşkilat şeması için bkz. (http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Sayfalar/Organizasyon-Semasi) (Erişim: 22.06.2016).

gerektiğini belirtmektedir[528]. Bu duruma karşılık, RKHK kapsamında ana hizmet birimlerine doğrudan yer verilmemesi önemli bir eksikliktir. Ayrıca ana hizmet birimlerinin kurulma yetkisinin Kurul'a verilmesi, kanuni idare ilkesi anlamında bir karışıklığa yol açmaktadır. Bu durumda, kamu tüzel kişilerinin kurulmaları dışında görev, yetki ve işleyişleri ile ilgili yöntem ve konularında kanunla düzenlenmesi gerekmekte iken, RKHK'nın bu durumu öngörmeyerek düzenlenmiş olduğu ortaya çıkmaktadır[529].

Ana hizmet birimleri olarak belirlenen I, II, III, IV ve V. Dairelerin görev ve yetkileri hakkında düzenlemelere, Yönetmeliğin sırasıyla 43, 44, 45, 46 ve 47 nci maddelerinde yer verilmiştir. Özellikle Kanunda belirtilen rekabet düzenine aykırı hal ve davranışlar ile ilgili faaliyet yürüten bu dairelerin bir kısmı ise sadece araştırma görevini üstlenmiştir. Daireler sırasıyla; I. Daire, RKHK 4. madde de düzenlenen "rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar" incelemesi konusunda; II. Daire, RKHK 5 ve 8. madde de düzenlenen "muafiyet ve menfi tespit" taleplerinin incelenmesi konusunda; III. Daire, RKHK 6. madde de düzenlenen "hâkim durumun kötüye kullanılması" hallerinin incelenmesi konusunda; IV. Daire, RKHK 7. madde de düzenlenen "birleşme ve devralmalar" konusunda görevlidir. Yönetmelik kapsamında RKHK'da belirtilen bu teşkilat görev yapısına rağmen sayılan 4 Daire, sektörel anlamda her türlü rekabet ihlali bakımından inceleme yapmaktadır[530].

RKHK'da özetle açıklanan ana hizmet daireleri görev ve yetkilerinin Yönetmelik kapsamında alanlara göre dağılımı hakkında 43 ila 47. maddelerde hükümler bulunmaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere RKHK'da belirtilen hususlardan biri olan hâkim durumun kötüye kullanılmasının tespiti de, ana hizmet birimlerinden olan III. Dairenin görev alanına girmektedir[531]. Yönetmeliğin 45. maddesine göre;

"*III. Daire Başkanlığı'nın görevleri şunlardır:*

[528] Günday, İdare Hukuku, s.574.

[529] Ardıçoğlu, s.48.

[530] İbid., s.49.

[531] 21.06.1997 tarih ve 23026 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Rekabet Kurumu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin "III. Daire Başkanlığı Görevleri" başlıklı 45. maddesi.

A) Kanun'un 6ncı maddesinde belirtilen kötüye kullanma halleri ile bunların dışındaki kötüye kullanma hallerini araştırıp tespit etmek,

B) İhbar, şikâyet ya da Bakanlığın talebi üzerine veya re'sen Kanun'un 6ncı maddesinin ihlal edildiğinin tesbiti halinde, bu Yönetmeliğin 43 üncü maddesinin A/(a), (b) ve (c) fıkralarında belirtilen işlemleri yapmak,

C) Hâkim durumun kötüye kullanılması durumunun tespiti halinde gerekli işlemleri yapmak,

D) Kanunda belirtilen idari para cezalarını gerektiren fiillerin tesbiti halinde, gereği yapılmak üzere Kurul'a öneride bulunmak,

E) Kanunda bildirilen diğer işleri ve Başkanlık tarafından verilen görevleri yapmaktır".

Madde metninden de anlaşıldığı üzere, hâkim durumun kötüye kullanılması kapsamında gerekli araştırmayı yapıp, ilgili teşebbüsler hakkında verilecek karar bakımından Kurul'a öneride bulunma yetkisinin III. Daire'ye verilmiş olduğunu görmekteyiz. Ayrıca RKHK kapsamında Kurul tarafından ilgili teşebbüslere verilecek olan idari para cezaları açısından da Kurul'a öneri verme sorumluluğu yine III. Daire'ye yüklenmiştir.

RKHK ve Yönetmelik kapsamından, hizmet ana birimleri olan dairelerin her ne kadar Başkanlık Divanı'na bağlı olduğu anlaşılsa da, fonksiyonları bakımından Kurul'a karşı raportörlük yükümlülüğünün bulunduğu açıktır. Kurul'un dairelerde çalışan rekabet uzmanlarının göreve gelmeleri bakımından kadro ilan etme yetkisinin bulunması, bu bağımlılığı doğurmaktadır. Kurul ayrıca aldığı kararların büyük bir kısmında bu dairelerin raporları doğrultusunda hareket etmekte olup, bu davranış ta dairelerin kurul açısından önemini artırmaktadır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KAMU TEŞEBBÜSLERİNDE HÂKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI

I. HÂKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI

4054 sayılı RKHK'da temelde yasaklanan haller, "*Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar*"ın yasaklandığı 4. madde, "*Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması*"nın yasaklandığı 6. madde ve "*Birleşme veya Devralma*"ların yasaklandığı 7. madde de yer almaktadır. 4. ve 7. maddelerde ifade edilen haller bu çalışmanın kapsamı dışında olup önceden temel bilgi verildiğinden[532], bu kısımda sadece tezin konusunu oluşturan hâkim durumun kötüye kullanılması üzerinde durulmuştur.

6. maddenin ilk fıkrasında, "*Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır.*" hükmü vazedilirken, diğer fıkralarında ise kötüye kullanma halleri şu şekilde sayılmıştır:

> "*Kötüye kullanma halleri özellikle şunlardır:*
>
> *a) Ticarî faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler,*
>
> *b) Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayırımcılık yapılması,*
>
> *c) Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi,*
>
> *d) Belirli bir piyasadaki hâkimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticarî avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler,*

[532] Bkz. Yukarıda: İkinci Bölüm, II / A, B, C.

e) Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması."

Kanunun örneklendirdiği hâkim durumun kötüye kullanılmasının tanımını Rekabet Kurumu Kılavuzunda görmekteyiz. Kılavuz'a göre, "*Kötüye kullanma, hâkim durumdaki teşebbüslerin sahip oldukları pazar gücünün avantajından faydalanarak doğrudan ya da dolaylı olarak tüketici refahını azaltması muhtemel davranışlarda bulunmaları olarak tanımlanabilir.*"[533]

RKHK'dan hareketle, sözkonusu Kılavuz, hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinin genel olarak, "*dışlayıcı*", "*sömürücü*" ve "*ayrımcı*" nitelikteki kötüye kullanmalar şeklinde üçlü bir tasnif çerçevesinde ele alındığını ifade etmektedir. Ancak Kılavuz'a göre, "*4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinde kötüye kullanma türlerine yönelik olarak bu şekilde bir ayrıma gidilmemiştir. Ayrıca, uygulamada bu davranışların incelenen her bir olay bakımından birbirinden tamamen ayrılması mümkün olamamaktadır. Bir başka deyişle, Kurul'un incelediği bir davranış Kanun'un 6. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan hallerden birden fazlasına örnek teşkil edebilmekte ya da aynı anda birden fazla kötüye kullanma kategorisinin özelliklerini gösterebilmektedir.*"[534] Gerçekten de, RKHK'nin 6. maddesinde sayılan kötüye kullanma halleri sadece örnektir; yani daha başka kötüye kullanma halleri de 6. madde kapsamında yasaklanabilecektir. Bu husus 6. maddenin ikinci fıkrasının "*Kötüye kullanma halleri özellikle aşağıdaki şekillerde ortaya çıkabilir.*" şeklindeki ilk cümlesinden açıkça anlaşılmaktadır[535].

Öte yandan, Kanun'un 6. maddesi kapsamında incelenen bir davranışın ihlal teşkil edebilmesi için davranışı gerçekleştiren teşebbüsün hâkim durumda olmasının yanı sıra, söz konusu davranışın kötüye kullanma niteliği taşıması gerekmektedir[536]. Cümlenin

---

[533] **Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz**, parag., 22, s.5.

[534] **Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz**, parag., 5, s.1.

[535] Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s.179.

[536] **Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz**, parag., 22, s.5. Kanunla yasaklanan "*hâkim durumun kötüye*

tersinden hareketle denilebilir ki, kötüye kullanma sadece hâkim durumdaki işletmeler için sözkonusudur, hâkim durumda olmayan bir firmanın kötüye kullanma fiillerini işlemesi sözkonusu olamaz[537].

kullanılması" hali, esasen tarafların halidir. Dolayısıyla burada da amaç yasaklanmış olmaktadır. Bu sonuç madde hükmündeki "*kötüye kullanma*" ibaresinden çıkmaktadır. Gerçekten, madde hükmünde bir hâkim durum bulunması değil, hâkim durumun kötüye kullanılması yasaklanmış olmaktadır. Nitekim madde gerekçesinde de hâkim durumun değil, hâkim durumun kötüye kullanılmasının, dolayısıyla amacın yasaklandığı açıklanmıştır. Kötüye kullanma ibaresi bir kasıt içermektedir. Dolayısıyla kötüye kullanma amacını içermeyen bir "*kötüye kullanma*" hali söz konusu olamayacaktır. İsmet Sayhan, "*Rekabet Hukukunda Rekabet Düzeninin Korunmasına Yönelik Düzenleme Bakımından Hukuka Aykırılık*", **Rekabet Dergisi,** S.17, Ankara, s.22-23 (http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FRekabet%2BDergisi%2Fdergi17.pdf) (Erişim: 03.07.2016).

[537] Aslan, Rekabet Hukuku, s.465.

II. HÂKİM DURUMUN KAMU TEŞEBBÜSLERİ TARAFINDAN KÖTÜYE KULLANILMASI

A. Kamu Teşebbüslerinin Hâkim Durumu Kötüye Kullanmaları Yoluyla Rekabeti Bozucu Davranışları

Kamuya ait işletmelerin rekabet kurallarından muafiyetlerine ilişkin herhangi bir düzenleme 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da yer almamaktadır. Özellikle kanunun "Kapsam" başlıklı 2. maddesine baktığımızda "*Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüs*" tanımı ile herhangi bir ayrım yapılmaksızın hem kamu hem de özel teşebbüslerin aynı kapsamda tutulduğu gözükmektedir. Ayrıca 2. maddenin gerekçesine bakıldığında da, rekabet kurallarının kamu iktisadi teşebbüslerine de uygulanacağı açık bir şekilde ifade edildiği dikkatlerden kaçmayacaktır. Maddenin gerekçesinde "*Rekabetin sağladığı yararların bir bütün olarak ekonominin tüm alanlarında 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 veya kamu düzeninin korunması amaçları ön plana çıkıyorsa da, genel menfaate hizmet etmekle görevlendirilmiş teşebbüslerin bu göreve yerine getirmelerinin rekabet kurallarıyla çatışmaması gerekir*" ifadesi yer almaktadır[538]. Metinden de anlaşılacağı üzere, kamu teşebbüslerinin de özel teşebbüsler gibi rekabet kurallarının muhatabı olduğu açıklanmış ve herhangi bir istisna kendilerine tanımamıştır.

Aslan'a göre, bir işletme ister kamuya ait olup özel hukuk kurallarına göre faaliyet gösteren bir niteliği olsun, isterse genel ekonomik menfaat için hizmet etmekle görevlendirilmiş olsun rekabet kurallarına uymak zorundadır[539]. Aslan, özellikle özel hukuk kurallarına göre faaliyette bulunan kamu işletmeleri hakkında uygulanacak olan rekabet kuralları bakımından muafiyet uygulanamayacak olmasını şu şekilde açıklamıştır; "*Özellikle Türkiye'de kamuya ait işletmelerin çokluğu göz önüne alınırsa bunların*

[538] 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un madde gerekçeleri (http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Sayfalar/Madde-Gerekceleri) (Erişim: 03.07.2016).

[539] Aslan, Rekabet Hukuku, s.50-51.

rekabet kurallarının dışına çıkarılması ekonominin yarısında tekelleşme ve kartelleşmeye göz yummak anlamına gelir"[540]. Ayrıca RKHK'nın "Muafiyet" başlığı taşıyan 5. maddesinde belirtilen unsurlar arasında kamu teşebbüslerinin açıkça düzenleme altına alınmaması da, kendileri hakkında muafiyet uygulanmayacak olduğunun göstergesi olmaktadır[541].

RKHK'nın amacını belirten 1. madde[542] ile rekabet kuralları birlikte incelendiğinde, rekabetin sağlanması adına kamu teşebbüslerinin de rekabet kurallarına tabi olması gereği ortaya çıkmaktadır. Nitekim piyasada rekabetin bozulmasına neden olacak kamu teşebbüsü faaliyetleri, istikrarsız bir rekabet ortamının oluşması ile sonuçlanacaktır. Bu durum ise uzun vade de istikrarlı bir rekabet politikasının oluşmasına engel olacaktır[543].

RKHK'nın dayanağını oluşturan 1982 Anayasası'nın 167. maddesinin birinci fıkrasına göre "*Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler*". Anayasa'nın 167. maddesinin devlete yüklediği temel görevler arasında yer alan, "*Devletin piyasada fiili veya anlaşma sonucu ortaya çıkan tekelleri önleme görevinin*" hem özel ve hem de kamu kesimi için söz konusu olduğu açık bir şekilde ortaya konmuştur[544]. Maddenin gerekçesinde de kamu ve özel teşebbüsler bakımından devletin uygulamakla yükümlü olduğu görevler belirtilmektedir[545].

---

[540] İbid., s.50.

[541] KİT'lerin rekabet kurallarına tabi olması ile ilgili olarak bkz. Bülent Çamlıca, "*Kamu İktisadi Teşekkülleri Rekabet Kanunu Uygulamasından muaf mıdır?*", **Rekabet Bülteni**, ESC Yayınları, S:1, İstanbul, 1999, s.2.

[542] 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun 1. maddeye göre; "*Bu Kanunun amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır*".

[543] Gamze Aşçıoğlu Öz, **Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması,** Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2000, s.150.

[544] İbid., s.149.

[545] 1982 Anayasası'nın 167. maddesinin gerekçesinde devletin yükümlülükleri şu şekilde belirtilmektedir:

Yukarıda da belirtildiği üzere kamu teşebbüsleri bakımından RKHK, kamu işletmeleri ile genel ekonomik menfaate hizmet eden kamu teşebbüsleri arasında da bir ayrım yapmamıştır. Kanunun 3. maddesinde, teşebbüsün tanımı yapılırken; "*Piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler*" ifadesi kullanılmıştır. Hükümden de anlaşılacağı üzere, ne kamu teşebbüsleri arasında bir ayrım ne de genel olarak teşebbüslerin özel ya da kamu teşebbüsü niteliği hakkında bir ayrım yapılmıştır. Fakat genel ekonomik menfaate hizmet eden kamu teşebbüslerinin haklarında uygulanacak rekabet kuralları bakımından, özel hukuk kurallarına göre faaliyet gösteren kamu işletmelerine nazaran farklılıklar oluşacağı da kuşkusuzdur.

RKHK'nın sadece özel teşebbüslere uygulanabilecek şekilde hazırlandığına dair görüşlerin varlığı, Kanunun kamu teşebbüslerine uygulanabilirliği hakkında kuşkunun doğmasına neden olmaktadır[546]. Bu nedenle de, devlet veya belediye gibi bizzat teşebbüs niteliği bulunmayan kamu tüzel kişilerine uygulanamayacağı belirtilmekte ve bu durumun rekabet hukukunun genel amacına ve devletin, kişiler için koyduğu kanunlara uygun hareket etmesi ilkesine aykırı olduğu savunulmaktadır[547]. Devletin istikrarlı bir rekabet politikası sağlaması adına ise bu durumun oluşturacağı sorunlar tespit edilmeli ve piyasada eşitliğin sağlanması adına kamu teşebbüslerine de rekabet kurallarının uygulanabileceği bir şekilde düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.

"*Bu madde Devlete üç görevi yüklemektedir.*

Birincisi, özel teşebbüsün rekabet koşulları içinde yararlı yönde gelişmesine yardımcı olacaktır. Rekabet koşullarını sağlamanın tabii sonucu ise buna bağlı olan diğer iki görevidir.

İkincisi, Devletin piyasada fiili ve anlaşma sonucu tekelleri önlemesidir. Bu görev hem özel hem de kamu kesimi için öngörülmektedir. Tekeller ve tekel benzeri gruplaşmaları hem tüketim ve hem de hizmetler sektöründe önlemek, konzernler hâkimiyetini dağıtmak sağlıklı bir toplum ve sağlıklı bir demokrasi için vazgeçilmez şartlardır. Tekelciliğin her türlüsünden fertleri ve toplumu korumak, toplumun huzur ve refahı ile de ilgilidir.

Üçüncüsü, tekel teşkil etmemekle beraber, tekel oluşturmayan üretim ve hizmet kuruluşlarının fiyat anlaşmaları, üretim hataları, coğrafi bölge paylaşma ve benzeri suretlerde gerçekleştirecekleri karteller de yasaklanmıştır."(https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_anayasasi.pdf).

[546] Ateş Akıncı, "*Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Üzerine Eleştirisel Bir Bakış*", **Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Etkisi**, Yayına Hazırlayan: Nurkut İnan, TES-AR Yayınları, No:20, Ankara, 1996, s.51 – 68.

[547] Aşçıoğlu Öz, s.150.

Yukarıda da ifade edildiği üzere devlet, çeşitli faaliyetleri kendi bünyesinde bulundurma amacına sahiptir. Evleviyetle ortak ve genel ihtiyaçları karşılamak üzere üretilen araçlar ile stratejik alanlarda devlet doğrudan kendisini müteşebbis olarak değerlendirip hareket eder[548].

Son yıllarda 4054 sayılı kanunun 2. maddesinde tanımlanan teşebbüs kavramı çerçevesinde, kamu ya da özel teşebbüsler açısından "*piyasada ekonomik faaliyet gösterilmesi*"ni yeterli gören Rekabet Kurulu, geniş bir yorum yaparak kararlar almış bulunmaktadır. Kamu teşebbüsleri açısından Kurul'un TRT ile ilgili bir kararı buna örnektir. TFF ile TRT arasında imzalanan sözleşme sonrasında, Türkiye İkinci Futbol Ligi'nin maçlarının yayınlarında TRT'nin tekel hale gelmesi ve bu gücünden faydalanarak diğer yayıncı kuruluşların maç ile ilgili röportaj yayınlarını bile engellemesi fiilinin, rekabeti bozucu faaliyet olduğu iddia edilmiş ve dosya önincelemeye tabi tutulması amacıyla Kurul'un önüne gelmiştir. Kurul hâkim durumun kötüye kullanıldığına dair bir emare bulunmadığını belirttiği kararında; TRT'yi, müsabakaların tümünü banda alarak canlı ve banttan yayınlanması amacıyla diğer yayın kuruluşlarına ***bedeli karşılığında verecek bir teşebbüs*** olarak nitelemeyi,

> "*TFF ile TRT arasında imzalanan sözleşmede, bir yıl süre ile İkinci Lig maçlarının TRT tarafından yayınlanacağı ve haber amaçlı görüntü satış koşullarının TRT tarafından belirleneceği yer almaktadır. Sözleşmenin yukarıda yer verilen ilgili hükümlerinin 4054 sayılı Kanun anlamında rekabeti kısıtlayıcı bir yönü bulunmamaktadır.*"[549]

ifadeleriyle yeterli görmüştür.

Bir diğer örnek ise, Rekabet Kurulu'nun PTT'nin tekel dışı posta ve kargo faaliyetleri hakkında verdiği kararda kendini göstermektedir. Rekabet Kurulu, "*PTT, 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine tabi bir kamu iktisadi kuruluşu olup, ana statüsü 22.2.2000 tarih ve 23972 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.* ***Özel hukuk hükümlerine tabi olan*** *ve tekel olarak verilen görevleri yanında tekel dışı olarak verilen görevleri de bulunan* ***PTT,*** *ana statüsündeki*

[548] Topçuoğlu, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, s.118.

[549] RK'nın 18.07.2002 tarih ve 02-44/525-218 sayılı kararı, R.G., T.25.09.2003, S.25240.

örgütlenme biçimine ve ***faaliyetlerine göre 4054 sayılı Kanun kapsamında bir teşebbüs niteliğindedir***" demektedir[550].

RKHK'nın 6. maddesi kapsamında düzenlenen hâkim durumun kötüye kullanılması, kamu iktisadi teşebbüslerinin rekabeti bozan davranışlarının çoğunluğunu oluşturmaktadır[551]. Bunun nedeni, yasal veya fiili olarak piyasada bir kısım kamu iktisadi teşebbüsünün hâkim durumda faaliyet göstermesidir. Diğer bir deyişle, kamu iktisadi teşebbüsleri, faaliyet gösterdikleri piyasaya hâkim konumda bulunmalarını, kimi zaman yasal düzenlemelere, kimi zaman ise piyasa koşulları gereği tek başlarına olmalarına borçludurlar. Bunların başında TCDD işletmesi Genel Müdürlüğü gelmektedir. Bu işletme Ana Statüsünün 4. maddesine göre "*... tüzel kişiliğe sahip, faaliyetlerinde özerk ve sorumluluğu sermayesiyle sınırlı bir iktisadi devlet teşekkülüdür.*"[552] Aynı çerçevede, mahalli kapsamda İSKİ ve ASKİ tekel niteliktedir.

Avrupa Topluluğu Anlaşması'nın 82. maddesi, gerek yasal gerek fiili tekel olarak faaliyet gösteren teşebbüslerin hâkim durumda bulunduklarını belirtmektedir[553]. Bu hükümden de yola çıkarak, Devlet'in doğrudan ya da KİT'leri ile gerekli gördüğü piyasalarda etkinliğini artırma çabası, piyasalarda ağırlıklarını hissettirmeye ve sonuç olarak hâkim duruma gelmelerine neden olmaktadır. Zira Devlet'in çoğunlukla yasal tekel olarak elinde tuttuğu faaliyetler için hâkim pozisyonda bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Piyasada hâkim durumda bulunan kamu iktisadi teşebbüslerinin kimi zaman piyasada tekel olarak bulunduğunu belirtmiştik. Bu nedenle piyasalardaki tekel niteliği kavramının açıklığa kavuşması, iktisadi teşebbüslerin piyasalardaki önemini vurgulamak ve yerini netleştirme açısından önem taşımaktadır. Tekel haklar, diğer ismi ile "*münhasır haklar*", bir kamu teşebbüsünün veya bir özel teşebbüsün herhangi bir faaliyet alanında tekel olarak, devlet tarafından görevlendirilmesi ya da yetkilendirilmesi anlamına

[550] RK'nın, 30.01.2003 tarih ve 03-7/74-29 sayılı kararı, R.G., T. 23.10.2003, S.25268.

[551] Cem Çağatay Orak, **Kamu Hizmetleri ve Kamu Teşebbüslerine Rekabet Kurallarının Uygulanması**, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2011, s.299.

[552] R.G., T.04.06.2016, S.29732.

[553] Orak, s.299.

gelmektedir[554]. Diğer bir deyişle, bir teşebbüsün devlet tarafından belirlenmiş bir piyasada monopol olarak faaliyette bulunması devletin ilgili teşebbüse verdiği tekel haklardan kaynaklanmaktadır.

Tekel hakların değerlendirilmesi konusunda önem arz eden bir husus da, tekel haklar ile özel haklar (*spesifik hakların*) kavramlarının birbirinden ayrılmasıdır. Özel haklar olarak tanımlayabileceğimiz kategoride, belli bir faaliyetin yürütülmesi için bazı kamu veya özel teşebbüslerin Devlet tarafından kimi ayrıcalıklar ile yetkilendirilmesi söz konusudur. Özel hakları tekel haklardan ayıran en temel özellik ise tanınan ayrıcalıklı özel haklarına rağmen ilgili teşebbüs ya da işletmelerin, bulundukları piyasalar içerisinde tekel olarak bulunmamalarıdır. Bu durum ise belirtilen bu hak türlerini kesin bir çizgi ile ayırmaktadır.

Piyasalarında tekel haklara sahip olmak kamu iktisadi teşebbüslerine, ilgili piyasada rekabeti engelleyecek kimi durumlara yol açmaktadır. Örneğin kamu iktisadi teşebbüslerinin belirlemekle yükümlü oldukları fiyat ve tarifeler ile ilgili olarak 233 sayılı KHK'nin 35. maddesi, "*Teşebbüs, müessese ve bağlı ortaklıklar, işletmelerinde üretilen mal ve hizmet fiyatlarını tespitte serbesttirler. Üretilen mal ve hizmetlerin fiyatları, gerektiğinde Bakanlar Kurulunca tespit edilebilir*" demektedir. Hükümden de anlaşılacağı üzere, her ne kadar teşebbüslere ürettikleri mal ve hizmetler için fiyat belirleme yetkisi verilmiş olsa da, Bakanlar Kurulu gerekli gördüğü durumlarda doğrudan fiyat tespiti yapabilme yetkisine sahiptir. Bu durum ise KİT'lerin bağımsız karar verebilme yetisini doğrudan etkilemektedir.

KİT'lerin bağımsız karar alabilme yeteneklerini etkileyen ve Bakanlar Kurulu'nca gerçekleştirilen fiyatlandırma politikası, piyasaya uygulanan bir iç müdahale yolu olarak örneklendirilebilmektedir. Ancak piyasaya dışsal bir müdahale yani kamu müdahalesi ile de çeşitli kamu iktisadi teşebbüsleri tekel hale gelebilirler[555]. Kamu iktisadi teşebbüslerinin piyasada tekel hale gelmesi, gerek piyasa içi yollarla, gerekse piyasa dışı yollarla ortaya çıkabilmektedir.

---

[554] Ulusoy, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.125.

[555] Orak, Kamu Hizmetleri ve Kamu Teşebbüslerine Rekabet Kurallarının Uygulanması, s.299.

Tekel şeklinde ortaya çıkan teşebbüslerin başında TCDD gelmektedir. 08.06.1984 tarih ve 233 sayılı KHK ile Kamu İktisadi Kuruluşuna dönüşen ve TCDD Taşımacılık AŞ, TÜLOMSAŞ, TÜDEMSAŞ ve TÜVASAŞ olmak üzere dört adet bağlı ortaklığı bulunan TCDD, 24.4.2013 tarihinde kabul edilen 6461 sayılı Kanun ile yeniden İktisadi Devlet Teşekkülüne dönüştürülmüştür[556]. Belirtilen bağlı ortaklıklardan TÜLOMSAŞ, TÜDEMSAŞ ve TÜVASAŞ, TCDD bünyesinde bulunan çeken ve çekilen araçların üretimlerinden ve ağır bakımlarından sorumludurlar[557].

Avrupa Konseyi'nin 91/440 sayılı direktifi ile üye devletlere, demiryolu faaliyetlerini devletten ayırarak onlara bir pazar yönelimi verme, tren işletme şirketleri için rekabetçi bir rejim kurma, tren operasyonları için altyapı bölümlemesi yapma ve bir tren işletme şirketinin bu piyasada lisans alabilmesi için gerekli hukuki altyapıyı hazırlama görevi verilmiştir[558]. Bu doğrultuda özellikle Avrupa Birliği üyesi ülkelerde olduğu gibi ülkemizde de etkin bir demiryolu sektörünün oluşabilmesi adına çeşitli aktörlerin piyasaya girebilmeleri teşvik olunmaktadır. Bu anlamda rekabetin sağlanabilmesi, yetkili servis olmanın önündeki engellerin kaldırılmasını gerektirdiği kadar, talepte bulunan çeşitli servislerin de sisteme dâhil olmasını gerektirmektedir[559].

TCDD, halen Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının ilgili bir kuruluşu olarak faaliyetini sürdürmektedir[560]. Bu nedenle dört adet bağlı ortaklığına ve üç adet iştirakine rağmen kısıtlı bir üretim, bakım ve onarım hizmetine sahip olan TCDD'nin alternatif kaynaklara ihtiyacı bulunmaktadır. Aynı şekilde demiryolu hizmetinin sürekli olarak gelişebilmesi, hizmet kalitesinin artabilmesi ve idarenin üzerindeki sorumluluğun azaltılabilmesi için demiryolu piyasasının oluşturulması ve kurulan piyasanın regüle edilerek denetime tabi tutulabilmesi için TCDD'nin yetkilerinin yeniden düzenlenerek artırılması gerekliliği karşımıza çıkmaktadır.

---

[556] (http://www.tcdd.gov.tr/tarihce+m76) (Erişim: 03.07.2016).

[557] (http://www.tcdd.gov.tr/bagli-ortakliklar+m140) (Erişim: 03.07.2016).

[558] Law Society of Ireland, **Regulatory Law, Professional Practice Guides**, Cavendish Publishing, London, 2004, s.341.

[559] Orak, Kamu Hizmetleri ve Kamu Teşebbüslerine Rekabet Kurallarının Uygulanması, s.333.

[560] (http://www.tcdd.gov.tr/tarihce+m76) (Erişim: 03.07.2016).

Rekabet Kurumu tarafından hazırlanan 20.08.2014 tarihli Rekabet Değerlendirmesi Rehberi"nde de rekabetçi bir piyasa ekonomisinin oluşmasına ilişkin çeşitli değerlendirmeler bulunmaktadır[561]. Giriş bölümünde belirtildiği üzere;

> "*Ülkemizce tercih edilen piyasa ekonomisi sisteminden beklenen faydalara ulaşılması için rekabetçi yapı son derece önemlidir. Bu kapsamda rekabetçi bir piyasa tesis etmenin bir yolu, teşebbüslerin rekabeti bozucu davranışlarını engellemek ve yoğunlaşmaları kontrol etmek olarak açıklanabilen rekabet hukuku kurallarının uygulanmasıdır. Ancak, rekabetin kısıtlanması yalnızca teşebbüs davranışları ile sınırlı değildir. Kamu kurumları da yaptıkları çeşitli düzenleme ve işlemlerle piyasalarda rekabetin kısıtlanmasına neden olabilmektedir.*"

Piyasadaki rekabetin kısıtlanmasının engellenmesine ilişkin olarak Rekabet Kurumu tarafından verilen 27.09.2006 tarihli görüş bu doğrultuda bir örnektir[562]. "*Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı*" taslağının incelenmesi için verilmiş olan bu görüşte, münhasırlık yetkisinin sadece tek bir teşebbüse değil belirli teşebbüslere verilmesine vurgu yapılmıştır. Tasarıda, herhangi bir istisna öngörülmeksizin ilaçların, ilaç benzeri ürünlerin, destekleyici ürünlerin vs. münhasıran eczanelerde satılacağını düzenleyen hükmün, esasen eczanelerde münhasıran satılmasında zorunluluk bulunmayan ürünlere tüketicinin, daha düşük fiyatla ve daha çok noktada ulaşmasını engeller nitelikte olduğu ve değiştirilmesi gerektiği ifade edilmiştir[563]. Dolayısıyla, sadece yasal tekellere imkân veren hükümlerin değil belirli bir gruba münhasırlık tanıyan hükümlerin de rekabetçi açıdan incelenmesi gerektiği vurgulanmıştır. Kurum bu durumun ancak geçerli bir kamu politikası gayesiyle, istisnai hal ve durumlarda benimsenmesi gerektiği ifade etmiştir.

---

[561] R.K'nun 20.08.2014 kabul tarih 14-29/609 sayılı kararı ile hazırlanan **Rekabet Değerlendirmesi Rehberi**, s.2 (http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Kilavuz-Listesi) (Erişim: 12.09.2016).

[562](http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2fDocuments%2fKurum%2bG%25c3%25b6r%25c3%25bc%25c5%259f%25c3%25bc%2fgorus25.pdf) (Erişim: 12.09.2016).

[563] "*Beşeri ilaçlar gibi bazı ürünlerin münhasıran eczanelerde satılması kamu sağlığı bakımından bir zorunluluktur. Ancak, uzmanlık bilgisi gerektirmeyen bitkisel ürünler ile beslenme ürünlerinin yalnızca eczanelerde satılabilmesi tüketicinin veya müşterinin o ürüne daha düşük fiyatla ve daha çok noktada ulaşmasını engelleyecektir.*" Bkz. Rekabet Değerlendirmesi Rehberi, s.6.

B. Kamu Teşebbüslerince Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Uygulamaları

Devlet'in her dönemde ekonomi üzerinde ne denli etkin olduğunu görmekteyiz. Kimi zaman piyasalarda aktif rol oynayan Devlet kimi zaman ise pasif rolde kalmayı tercih ederek düzenleme fonksiyonunu kullanmaktadır.

İdarenin düzenleyici fonksiyonu sonucu piyasalarda devletin doğrudan veya dolaylı müdahalesini görebiliriz. Uygulamada devletin müdahalesi, ithalat ve ihracat rejimi, kur politikası, vergi politikası, özelleştirme politikası, devlet yardımları, kamu alımlarına ilişkin kurallar biçiminde gerçekleşebilmektedir. Bu politikalarının asli amacı rekabeti bozmaya yönelik olmasa da, uygulanmaları sonucunda pazarda rekabetin bozulması sözkonusu olabilir[564].

İdarenin aktif rolü bakımından teşebbüsleri aracılığı ile doğrudan ekonomiye müdahil olması, kamu yararı amacı güdülmesine rağmen çeşitli açılardan mağduriyetlere yol açabilmekte ve özel teşebbüsler bakımından olumsuz etkilere neden olabilmektedir. Özellikle hâkim olunan piyasalar üzerindeki etkilerinin kamu yararı ve şahsi menfaatlerin korunması bakımından ince bir dengede tutulması gerekirken, kimi dönemlerde bu dengenin bozulabildiği de gözükmektedir. Bu nedenle hâkim konumunda olan Devlet'in bu dengeyi koruması anlamında, kendini denetleyebilecek mekanizmaları geliştirmesi zorunluluğu bulunmaktadır.

Aslında rekabet, genel ekonomik düzen ve dolayısıyla toplum için ne kadar yararlıysa, rekabetin sınırlanmasını gerçekleştiren teşebbüslerin varlığı da o kadar yararlıdır.

Teşebbüsler başka teşebbüslerle yaptıkları işbirliği ve hatta kurumsal birlikteliklerle, araştırma geliştirme harcamaları gibi teknik ve piyasalara giriş kolaylıkları, yeni yatırım alanları, dikey bütünlük sağlamak gibi ekonomik yararlar ve dolayısıyla rekabet avantajları elde ederler. Ayrıca uluslararası rekabet gücünün

[564] Gamze Aşçıoğlu Öz, "*Kamu teşebbüsleri ve Rekabet Hukuku*", **Kültür Bakanlığı İşbirliği ile Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı**, Ankara Barosu Başkanlığı, Ankara, 2002, s.299.

artırılması ve çeşitli vergi avantajlarının sağlanması da mümkün olabilmektedir[565]. Ancak rekabet hukuku açısından, ekonomik gerçeklerin yanı sıra sosyal ve ahlaki değerlerin etkili olduğu, hatta bunların ekonomik gerçeklerden daha etkili bulunduğu da görülmektedir[566]. Bu bağlamda pazara müdahale, aynı zamanda devletin serbest rekabet ortamını kurmaya çalıştığı bir kamu hizmeti ve bu ortamı korumak için üstlendiği bir iktisadi kolluk faaliyetidir.

Rekabet hukukunun amacı, verimli kaynak dağılımını sağlamaya yönelik olarak etkili bir serbest rekabet düzeninin kurulması ve ayakta tutulmasıdır. Bu nedenle rekabet sınırlamalarını yasaklar ve nihai olarak sadece serbest rekabetin korunması amacını güder. Ancak serbest rekabet düzeni devletin hiçbir denetim ve müdahalesinin olmadığı bir ekonomik düzen değildir. Devletin denetim ve müdahalesi rekabetçi ortamın sağlanmasına ve korunmasına yöneliktir. Böylece anayasal bir hak olan girişim özgürlüğü ve fırsat eşitliği güvence altına alınır. Bu çabaları ile devlet aynı zamanda tüketicilerin tekelci teşebbüslere karşı korunmasını ikinci planda ve hakkaniyet gereği sağlamaktadır [567]. Piyasaların kendi haline bırakılması durumunda, serbest rekabet düzeninin ekonomik birimler tarafından tahrip edilmesi karşısında, rekabet düzeninin hukuken korunması mecburiyeti ortaya çıkmıştır[568]. Böylelikle bir yandan bireyin temel hak ve özgürlüklerinin, diğer yandan toplumsal çıkarların korunması bakımından, devletin, rekabet ortamında sertleşen menfaat savaşına müdahalesi kaçınılmaz olmaktadır[569].

Bu doğrultuda genellikle KİT'ler eliyle yürütülen ve iktisadi nitelikte olan faaliyetlerin, kamu hizmeti değer ve ölçütlerinin yanı sıra rekabet hukuku kural ve esaslarına göre de değerlendirilmesi, serbest piyasalar açısından da öneme sahiptir. Dolayısıyla karma bir hukuk sistemi olarak karşımıza çıkan rekabet hukuku kapsamında kamu hukuku ilkeleri, rekabetin korunması anlamında tek başına yeterli olmamaktadır. Çeşitli özel hukuk ilke ve esaslarının da bu tip iktisadi faaliyetlerin yürütülmesinde etkili

[565] Sanlı, s.46.

[566] Akıncı, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s.6.

[567] Erdem, s.143.

[568] Sanlı, s.7.

[569] Güran, s.129.

olması, kaçınılmaz bir sonuçtur. Bu nedenle Devlet'in özellikle hâkim durumda olduğu çeşitli piyasa veya iktisadi faaliyetlerde ise sadece idare hukuku ilkelerinin uygulanması yeterli olmayıp, kamu gücü yetkileri ile donanmış olan bu yapı hakkında ilgili rekabet hukuku kurallarının da kimi zaman uygulanması gerekmektedir. Rekabet hukuku kurallarına tabi olan ve kamu gücü yetkileriyle donanmış bu gibi teşebbüsler, hâkim durumlarını kötüye kullanma hal ve davranışlarına da sahip olabilmektedirler. Bu hal ve davranışları aşağıda belirtilen şekilde çeşitlendirmek mümkündür.

1. Zorunlu Unsur Olan Mal veya Hizmetin Verilmesinden Kaçınma

Bir teşebbüsünün hâkim bulunduğu piyasada, mal veya hizmet vermekten kaçınması veya reddetmesi, ayrımcı ve dışlayıcı bir uygulama ortaya koyması, kötüye kullanma türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Diğer bir deyişle zorunlu unsurun verilmesinin gerekliliği hali genel olarak, piyasada doğal veya yasal tekel olan teşebbüsün sağladığı hizmet veya malın başka teşebbüs veya kurumlardan sağlanmasının mümkün olmadığı hallerde, hâkim teşebbüsün söz konusu hizmet veya malı sağlamakla yükümlü olduğunu belirten düşüncedir[570]. Özellikle serbest piyasa şartlarının oluşmadığı, rekabete uygun olmayan pazarlarda teşebbüs, mal veya hizmet vermekten imtina edemez. Mefhumu muhalifinden oligopol pazarlarda mal ve hizmeti sağlayabilecek birden fazla alternatif bulunabileceği için zorunlu unsurdan bahsedilemez.

Zorunlu unsurun verilmemesi davranışı, hâkim durumda bulunulan piyasadaki hâkimiyet pozisyonunun kötüye kullanılmasının özel bir şeklini oluşturmaktadır. Amerikan rekabet hukuku kökenli olan bu kural zorunlu unsura sahip olan teşebbüslere, sade vatandaşlar gibi zorunlu unsurdan yararlanmak için başka çaresi olmayan diğer teşebbüslere de makul bir fiyat karşılığında zorunlu unsurun sağlanması yükümlülüğü getirmektedir[571]. Kuraldan açıkça, hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün zorunlu unsur olarak ürettiği mal veya hizmeti, talep eden rakip teşebbüs ya da müşterilere, haklı neden olmaksızın satmaktan kaçınamayacağını belirtmektedir.

---

[570] Aslan, Rekabet Hukuku, s.498.

[571] Orak, Kamu Hizmetleri ve Kamu Teşebbüslerine Rekabet Kurallarının Uygulanması, s.304, dn.1331; Seda Ulaş Kısa, **Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Rekabet Karşıtı Eylem ve İşlemlerle Kötüye Kullanılması**, Ankara, 2004, s.83.

Türk Rekabet Hukukumuz, **zorunlu unsur** kavramı açısından değerlendirildiğinde, 4054 sayılı Kanun'da bu hususta açık bir hükme rastlamamaktayız. Ancak RKHK'nın "*Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması*" başlığını taşıyan 6. maddesine[572] göre maddede sayılan eylemler, "*zorunlu unsur*" sayılabilecek mal veya hizmet faaliyetlerine ulaşımı engelleyecek nitelikte ise bu eylemler, hâkim durumun kötüye kullanılması halleri olarak değerlendirilmek için yeterli sayılacaktır.

Doktrinde esaslı / vazgeçilmez unsur kuralı olarak da adlandırılan zorunlu unsurun verilmesinden kaçınma yasağı, mal veya hizmeti üreten teşebbüsler bakımından sadece bireylere karşı değil aynı zamanda rakip olarak bulunabilecek teşebbüs veya işletmelere karşı da yükümlülük getirmektedir[573]. Açıkça belirtmek gerekirse, zorunlu unsur olan bir mal veya hizmeti üreten teşebbüs, müşteri, rakip işletme veya hangi sıfat altında belirtilirse belirtirsin tüm yararlanacaklara zorunlu unsuru sunmaktan kaçınamayacaktır.

Hâkim durumun kötüye kullanılmasının özel nitelikli şekillerinden biri olan zorunlu unsurun verilmemesi hali, piyasaya hâkim olan teşebbüse bir nevi sözleşme yapma zorunluluğu yüklemektedir[574]. Aslında bu durum, idare hukukundan sıklıkla karşımıza çıkan kamu hizmeti ilkeleri ile benzerlik göstermektedir. Hâkim durumda bulunan teşebbüsün sunmakla yükümlü olduğu mal ve hizmeti, taraf gözetmeden talepte bulunan herkes ve her teşebbüs için eşit şekilde (talep edilen miktara uyarlanarak) sağlaması, kamu hizmetinin tarafsızlık ve eşitlik ilkeleri ile benzerlik taşımaktadır. Diğer

---

[572] "*Kötüye kullanma halleri özellikle şunlardır:*

> *a) Ticarî faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler,*
>
> *b) Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayırımcılık yapılması,*
>
> *(...)*
>
> *d) Belirli bir piyasadaki hâkimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticarî avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler.*"

[573] Aşçıoğlu Öz, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, s.134.

[574] Aslan, Rekabet Hukuku, s.498-499.

bir ifade ile belirtmek gerekirse, idarenin hizmetin gerekleri ve kamu ihtiyaçları dışında hiçbir etkeni göz önünde bulundurmadan ve herhangi kullanıcı adayını daha üstün görmeden kamu hizmeti faaliyetini yerine getirmesi gibi, hâkim pozisyonda olan teşebbüsün de piyasada kendinden talep edilen zorunlu hizmet veya malı karşılaması zorunludur.

Zorunlu unsurun karşılanması açısından kamu teşebbüsleri değerlendirildiğinde, hizmetin devamlılığının sağlanabilmesi için eşitlik ve tarafsızlık prensipleri vaz geçilemez hale gelmektedir. Daha öncede belirttiğimiz üzere idare, bir hizmeti kurmuş ve tekel olarak bu hizmeti yerine getiriyor ise koşulları yerine getiren ve aynı hukuki statü içerisinde yer alan herkese eşit şekilde bu hizmeti sunması gerekmektedir. Bu durum göz önünde bulundurulduğunda, hizmet veya malı almayı talep eden kimselerin değerlendirebilecekleri başka ihtimaller veya başvurabilecekleri başka kuruluşlar bulunmamaktadır[575]. Özellikle tekel olarak hizmet veya malı sağlayacak olan idare, belirli koşulları taşıyan herkes ile anlaşma sağlayarak hizmet veya malı sunmaya mükelleftir.

Hizmeti veya malı zorunlu unsur olarak sunması gereken kamu teşebbüsü için *sözleşme yapma zorunluluğu*[576] kavramı bu durumda önem kazanmaktadır[577]. Sözleşme yapma zorunluluğu kamu teşebbüslerine, idare hukukunun temel ilkelerinden biri olan kanuni idare ilkesinin bir sonucu olarak ancak kanun ya da kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak getirilebilmektedir. Kamu teşebbüslerinin hâkim durumda oldukları piyasalarda sözleşme yapma zorunluluğunun çeşitli kanunlarda örnekleri bulunmaktadır.

Sözleşme yapma zorunluluğu bakımından bir örnek olarak ÇAYKUR'un faaliyet konuları karşımıza çıkmaktadır. Üreticilerden, işletmeye uygun nitelikteki çay yapraklarını satın almak, işlemek ve değerlendirmek için teknolojik faaliyette bulunmak, ürettiği veya ithal ettiği kuru çayların iç ve dış pazar isteklerine uygun olarak harmanlanmasını, paketlenmesini ve pazarlanmasını sağlamak, ÇAYKUR'un faaliyet

[575] Yayla, İdare Hukuku, s.77.

[576] Doktrinde "*mal vermeyi red etme*" ile "*sözleşme yapma zorunluluğu*" birbirinin yerine kullanılan kavramlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Bkz. Öztunalı, s.87.

[577] Orak, Kamu Hizmetleri ve Kamu Teşebbüslerine Rekabet Kurallarının Uygulanması, s.304.

konularını oluşturmaktadır. Bu nedenle 233 Sayılı KHK'dan alınan yetkiye dayanılarak 30.12.2010 tarih ve 27801 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "*Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğü Satınalma ve İhale Yönetmeliği*"nin "*Satınalma*" başlıklı 6. maddesi kapsamında ÇAYKUR'un, talepte bulunan her başvurucu ile çay satın alınmasına ilişkin sözleşme yapılması zorunluluğu bulunmaktadır.

Kamu teşebbüslerinin sözleşme yapma zorunluluğu dolaylı yollardan yargı kararlarına da konu olmaktadır. Danıştay'ın su dağıtımı kamu hizmetini yerine getirmek ile mükellef olan idarenin yapmış olduğu işlem hakkında verdiği bir kararında, alacağını tahsil etmek amacıyla borçlunun su dağıtım abonelik sözleşmesi yapma talebini red işlemi, hukuka aykırı bulunmuştur[578].

Danıştay'ın vermiş olduğu başka bir karar ile ilgili somut olayda, Ankara Büyükşehir Belediyesi EGO Genel Müdürlüğü tarafından çıkarılmış olan "Ankara Belediyesi EGO Otobüsleri ile Seyahat Edecek Öğrenciler İçin İndirimli Paso Yönetmeliği"nin 4. maddesinin 2. fıkrası iptal edilmiştir. Madde "*Öğrenci pasosu(nun), 28 yaşından büyük öğrencilere*" verilmeyeceğini öngörmektedir. Danıştay, Ankara İkinci İdare Mahkemesi'nin vermiş olduğu iptal kararını, eşitlik ilkesine aykırı bir biçimde yapılmış olan bu uygulamanın eşit statüler arasında fark oluşturacağı ve bu farklılık nedeniyle bir kısım öğrencinin paso uygulamasından mahrum kalacağı gerekçesiyle onamıştır[579].

Özel Hukuk alanında önemli bir kavram olan sözleşme serbestisine aykırı bir durum olarak gözüken sözleşme yapma zorunluluğu hali, Rekabet Hukuku ilkeleri ile de

---

[578] Dan. 8.D., E. 1994/4313, K. 1995/1314, T.20.4.1995, Danıştay Dergisi, S.91, s.881. Eski malikin borçlu olarak devrettiği gayrimenkule su dağıtım abonmanlığı sözleşmesi yapmak isteyen kiracıya red cevabı veren idare hakkında verilen kararda, "… *davalı idareye su dağıtımı görevinin yasalarla verilmiş olup, tekel durumunda olduğu idarenin bu hizmetini belirli koşulları taşıyan herkese vermek zorunda bulunduğu, bu kamu hizmetinden yararlanma hakkının herkese ait olduğu, idarenin borçludan borcu yasal yolları kullanarak tahsil etmek yerine mal sahibinin kamu hizmetinden yararlanmasını engellemek suretiyle alacağını tahsil etmek istemesinin hukuka aykırı olduğu …*" belirtilmiştir.

[579] Gözler, İdare Hukuku, C. 2, s.318, dn.332, Dan. 8.D., E. 1989/1379, K. 1990/1339, T.19.11.1990, dn.332, Danıştay 8. Dairesi, Ankara İkinci İdare Mahkemesi'nin kararını "*aynı öğrenim kurumunda öğrenimini sürdüren ve çalışmayan öğrenciler arasında yaş dolayısıyla ayrım yapılması sonucunu doğurduğundan eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle*" onamıştır.

hukuka uygunluk kazanmaktadır. Bunun nedeni, tekel konumunda aktörlerin bulunduğu piyasalarda serbest rekabet ilkesinin genellikle işlemesinin imkânsız hale gelmesidir[580]. Zira tekel biçiminde aktörlerin bulunduğu piyasalar, özel hukuk kuralları ile yönetilemeyecek olduğu gerekçesi ile regüle edilmekte ve daha öncede belirttiğimiz üzere çeşitli düzenleyici ve denetleyici kurumlar ile denetime tabi tutulmaktadır[581].

Ağırlıklı olarak tekel konumundaki teşebbüslerin kanunlar dolayısıyla bir imtiyazdan kaynaklanarak ya da fiilen hâkim durumda bulunmaları, zorunlu unsuru vermekten kaçınmalarını sağlamaz[582]. Ayrıca bu durumda bulunmaları, kamu yahut özel teşebbüslerin sözleşme yapmalarını zorlayacak bir pozisyon oluşturacaktır. Aslında Anayasamızın 48. maddesi ile teşebbüslerin serbestçe karar alarak sözleşme yapma ve çalışma özgürlüğü bulunmaktadır[583]. Dolayısıyla ekonomik veya sosyal anlamda buhranlı dönemlerde devlet, ihtiyaçların sağlanması için özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alabilecek ve bu alanda gerekli düzenlemeleri yapabilecektir.

Hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün zorunlu unsuru vermemesi, kötüye kullanma uygulamalarından birisidir. Bu doktrin, unsuru sağlamakla zorunlu bulunan teşebbüsün içinde varolduğu ve birbiriyle bağlantılı olarak dikey bütünleşmiş piyasalarda söz konusu olmaktadır[584]. Doktrin ayrıca zorunlu unsurun sağlanmasında alternatif bir

---

[580] Aslan, Rekabet Hukuku, s.499.

[581] Bkz. Yukarıda. s.74 vd.

[582] Orak, Kamu Hizmetleri ve Kamu Teşebbüslerine Rekabet Kurallarının Uygulanması, s.304.

[583] 1982 Anayasası 48. maddesi, "*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbiri alır.*"

[584] "*Dikey entegrasyon, aynı sektörde fakat farklı alt sektörlerde müşterisi olan firmaların birleşme şeklidir. Geriye doğru dikey entegrasyon, ileriye doğru dikey entegrasyon ve dengeli dikey entegrasyon olmak üzere üç çeşidi vardır.*

Girdi kaynaklarına yönelik olarak gerçekleştirilen birleşme geriye doğru entegrasyon adını alır.

İşletmeyi ürettiği malı kullananlara doğru bir adım daha yaklaştıran genişleme ileriye doğru entegrasyon adını alır. Daha çok satış ve dağıtım kanallarının kontrolünü amaçlar.

Dengeli entegrasyon çeşidinde ise firmalar hem girdi kaynaklarına yönelik olarak hem de pazarlama kısmı ile birleşir. Bu çeşit birleşmeler diğerleriyle kıyaslandığında daha azdır.

seçeneğin hukuki, teknik veya ekonomik olarak bulunmaması nedeniyle alt piyasalardaki rakip teşebbüslerin kullanımına da açılma zorunluğu getirmektedir[585]. Bu bakımdan özellikle enerji, ulaşım ve telekomünikasyon gibi güncel anlamda elzem olarak kabul edilebilecek sektörlerde zorunlu unsur kavramının kullanılması kaçınılmaz olmuştur[586]. Telekomünikasyon sektöründen bir örnek vermemiz gerekirse, idare ve işletmecilik teşebbüsleri hâkim durumda bulunmaları sonucu, ana ağ şebekelerine de sahip olmuşlardı. Ancak 1998 yılında Avrupa Topluluğu Komisyonu tarafından hazırlanıp yayımlanan "*Rekabet Kurallarının Telekomünikasyon Sektöründeki Erişim Anlaşmalarına Uygulanması Hakkındaki Not*"u ile zorunlu unsur niteliğindeki altyapıya erişim taleplerinin karşılanmasında açıklanamaz, zamansız ya da haklı görülemez gecikmelerin olması durumunun, hâkim durumu kötüye kullanılması uygulaması olabileceği belirtilmiştir[587].

Bir uygulamanın, zorunlu unsurun verilmemesi kapsamında değerlendirilebilmesi için ise çeşitli şartların meydana gelmesi gerekmektedir. Bunun için ise öncelikle hangi hizmet veya malların zorunlu unsur olarak değerlendirileceğinin tespit edilmesi gerekir. Zorunlu unsurun tespiti açısından;

1- Bir teşebbüsün alternatifi bulunmayan bir mal veya hizmeti ile ilgili pazarda hâkim konumunda olması,

---

Dikey entegrasyon sistemine örnek olarak araba üreten bir firmanın tekerlek üreten bir firmayla birleşmesi örnek verilebilir. Aynı zamanda bir hava yolu şirketinin bir seyahat şirketiyle veya sigorta şirketiyle birleşmesi de dikey entegrasyona örnektir." (http://www.endustri40.com/yatay-ve-dikey-entegrasyon-nedir/) (Erişim: 12.09.2016).

"*Yatay bütünleşme ise aynı alanda faaliyet gösteren birimlerin, ekonomik ve hukuki olarak birleşmelerini ifade eder. Bu tür bütünleşmede küçük işletmeler satın alma maliyetlerinin, yönetim ve satış giderlerinin düşürülmesiyle önemli kazanımlar sağlayarak, büyük girişimlerin sahip olduğu avantajlara kavuşabilmektedirler.*" Cahit Aydemir / Murat Pıçak, "*Ekonomik Gelişme Sürecinde Tarım-Sanayi İlişkilerinin Sektörler Arası Bütünleşmeye Etkileri*", **Dicle Üniversitesi Ziya Gökalp Eğitim Fakültesi Dergisi,** S.10, 2008, s.135. Karteller yatay birleşmelerdir. Aslan, Rekabet Hukuku, s.247.

[585] Aslan, Rekabet Hukuku, s.500. Üretim zincirinin farklı düzeylerinde bulunan işletmeler arasında yapılan rekabeti sınırlayıcı anlaşmalara dikey sınırlayıcı anlaşmalar denildiği için, daha alt düzeydeki elemanların bulunduğu piyasa alt piyasadır. Bkz. İbid., s.248.

[586] Aslan, Rekabet Hukuku, s.500.

[587] Kısa, s.85.

2- İlgili mal veya hizmetin başka bir teşebbüs tarafından üretilmesinin uygun şartlar altında imkânsız olması gerekmektedir.

Zorunlu unsurun tespitinden sonra zorunlu unsur üzerinden hâkim durumu kötüye kullanma halinin tespiti gerekmektedir. Hâkim durumun kötüye kullanım halinin tespiti için ise;

1- Hâkim durumda bulunan teşebbüsün zorunlu unsura ulaşımı red etmesi ya da kullanılmasını engelleyecek bir eylemin olması,
2- Objektif nitelikte gerekçeler olmaksızın haksız bir neden ile ilgili zorunlu unsura ulaşılmasının engellenmesi gerekmektedir[588].

Kamu hizmetinin yürütülmesi açısından zorunlu unsur doktrinini incelerken kamu hizmeti olarak belirtilebilecek faaliyet alanlarına bakmamız gerekmektedir. Örneğin elektrik piyasasından bir örnek sunmak konuya ışık tutmamızı sağlayacaktır. Bu nedenle öncelikle 2001 yılında yürürlüğe giren 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 1. maddesi kapsamında Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi (TEAŞ)'den oluşturulan ve elektrik iletim kamu hizmetini sunma yükümlülüğü bulunan Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi (TEİAŞ)'nin[589] incelenmesi gerekmektedir.

TEİAŞ, Kanun'un 2. maddesi ile ülkemizde elektrik iletim hizmeti için görevlendirilmiştir. TEİAŞ iletim hatlarını kuracak tek teşebbüstür. Bu durum ise TEİAŞ'ı doğal olarak bir tekele dönüştürmektedir. Ancak Kanun'un 1. maddesinin 3. fıkrasının 42. bendi ile özel kurulacak iletim hatlarına da olanak tanınmaktadır[590]. Ayrıca elektrik üretimi faaliyetinde bulunan diğer teşebbüsler ile TEİAŞ'ın iletim kontrol anlaşması yapması gerekmektedir. Bu yolla da TEİAŞ, lisans sahibi olan üreticilerin kendi müşterilerine veya tüketicilerine elektrik sunması için iletim hizmeti vermektedir.

---

[588] Aslan, Rekabet Hukuku, s.501.

[589] 4628 Sayılı Elektrik Piyasası Kanun'un 1. maddesinin 3. fıkrasının 48. bendi, s.4.

[590] 4628 Sayılı Elektrik Piyasası Kanun'un 1. maddesinin 3. fıkrasının 42. bendi ile "*Kontrol anlaşması: Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi veya dağıtım şirketi ile özel direkt hattın mülkiyet sahibi ve/veya işletmecisi olan özel hukuk hükümlerine tabi tüzel kişi arasında, iletim ve dağıtım sistemlerinin kararlılığının ve işletme bütünlüğünün korunması amacıyla özel hukuk hükümlerine göre yapılan ikili anlaşmalar*" yapılabilmektedir.

Eğer TEİAŞ rekabeti kısıtlayıcı amaçlar ile üreticinin müşterilerine taahhütte bulunduğu elektrik sunma hizmetini engelleyecek şekilde iletmeyi red ediyor ya da üretici elektriğin iletiminde TEİAŞ'dan daha uygun maliyetlerle elektriği taşıyabileceğini düşünüyor ise üretici teşebbüse özel iletim hakkı tesis edilebilmektedir. Böylece üretici teşebbüs, TEİAŞ'ın müşterisi olmaktan tamamen veya kısmen çıkma hakkına sahiptir. Bu durum ise TEİAŞ'ı sanki rekabet varmışçasına hareket etmesi için iletim sistemini etkin kullandırmaya yöneltecektir[591]. Diğer bir deyişle, belirtilen zorunluluk, hizmette kaliteyi ve sürekliliği artırma anlamında TEİAŞ'a sorumluluk yükleyecektir[592].

Konuya ilişkin olarak Rekabet Kurulu önüne gelmiş olan dosyaların da incelenmesi, zorunlu unsur kavramının anlaşılması bakımından faydalı olacaktır. Rekabet Kurulu, 02.12.2013 tarih ve 13-67/928-390 sayılı "*Edirne Otogarını işleten V.M. Turizm Seyahat ve Nakliyat Tic. Ltd. Şti.'nin yazıhane kiralamayı reddetmek suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal edip etmediğinin tespiti*"ne ilişkin kararında, zorunlu unsur kavramını "… *otogarların zorunluluğunu açık biçimde ortaya koymaktadır…*" ifadeleriyle kullanmıştır. Kararda, otogar hizmetinin zorunlu olarak sunulması için kira sözleşmesinin yapılması hususu belirtilmiş ve gereken şartlar ortaya konulmuştur[593]. Karara göre,

> "*(…) Karayolları Taşıma Kanunu'nun terminallere ilişkin 32. maddesi tarifeli yolcu taşımalarında kalkış ve varışların bir terminalden yapılmasını esas kılmakta, terminal ve ara duraklar dışında yolcu indirilip bindirilemeyeceğini hükme bağlamaktadır. Kanun'un aynı maddesinin ilerleyen fıkralarında tarifeli yolcu taşımacılığı yetki belgesi sahiplerine taşıma hattı verilebilmesi için; kendilerinin veya acentelerinin, seferlerin başladığı kalkış ve bittiği varış noktalarındaki en az bir yolcu terminaline bağımsız olarak veya birlikte sahip olmaları ya da bu terminalin kullanma hakkını haiz olmaları zorunlu hale getirilmekte; ara durakların seyahatin başladığı ilk kalkış ve son varış yeri olarak kullanılamayacağı düzenlenmektedir.*
>
> *Karayolu Taşıma Kanunu'nun bahse konu hükümleri karayolu ile yolcu taşımacılığı bakımından otogarların zorunluluğunu açık biçimde ortaya koymaktadır. Taşımacılık firmalarının, faaliyetlerini yürütebilmek için belediyelerin ve/veya özel işletmelerin kontrolünde bulunan otogarlarda, faaliyet belgelerinde kalkış ve varış yeri olarak*

[591] Orak, Kamu Hizmetleri ve Kamu Teşebbüslerine Rekabet Kurallarının Uygulanması, s.313.

[592] Somut olay bakımından değerlendirilen 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanun, daha sonrasında 14.03.2013 tarihinde kabul edilen ve 30.03.2013 tarih ve 2860 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır.

[593] RK'nın 02.12.2013 tarih ve 13-67/928-390 sayılı kararı.

gösterebilecekleri bir terminal kullanım hakkına (yazıhanelere) sahip olmaları veya bu hakka sahip olan bir acente ile çalışmaları elzemdir."

Konuya ilişkin bir diğer Rekabet Kurulu kararında ise Eskihisar – Topçular feribot hattında taşımacılık yapmak isteyen tacir kişinin talebinin red edilmesine ilişkindir[594]. Türkiye Denizcilik İşletmeleri (TDİ)'nin tek başına yürütmekte olduğu feribot hattındaki tesislerden yararlanmak isteyen tacir hakkında verilen red kararı sonucunda tacir kişi, TDİ'nin rekabeti engellediği ve RKHK'un 6.maddesinin (a), (b) ve (d) bentlerini ihlal ederek hâkim durumu kötüye kullandığı gerekçesiyle Rekabet Kurulu'na başvuruda bulunmuştur.

Kurul, RKHK'un 6.maddesinin ihlal edildiğinin tespiti açısından öncelikle bir KİT olan TDİ'nin elinde bulunan iskelelerin zorunlu unsur olup olmadığını araştırmıştır. Kurul daha sonra ise, TDİ'nin iddia edildiği üzere bu talebi geri çevirmek için makul gerekçelerinin olmaması koşulunun zorunlu unsur doktrini ile birlikte araştırmış, fakat TDİ'nin hâkim konumda bulunduğuna atıf yapmasına rağmen[595], kullanmak için talep edilen iskelelerin zorunlu unsur olmadığına karar vermiştir.

Verdiği kararda Kurul, yeni iskele kurmadaki en büyük zorluğun maliyetten öte, sürecin ve prosedürün uzunluğu olması üzerinde durmaktadır. Bu prosedür nedeniyle iskele inşa etmek, pratikte sonuç veren bir hak olduğunu göstermektedir. Bunun dışında, ülkemizde bulunan liman ve iskelelerin yarısına yakınının özel teşebbüsler elinde bulunması bakımından, iskele ve liman kurmanın sadece kamusal kaynaklarla yapılan yatırımlar olmadığı da ortadadır. Bu nedenle liman ve iskele yapımının zorunlu unsur olacak kadar hukuki ve ekonomik anlamda imkânsız olmaması, teşebbüsleri caydıracak nitelik taşımamaktadır. Son olarak ise "*unsurun benzerinin kurulmasının sadece giriş yapmak isteyen teşebbüs için değil, aynı zamanda, diğer teşebbüsler için de zor olması*

[594] RK'nın 09.01.2003 tarih ve 03-03/25-7 sayılı kararı.

[595] "*... TDİ, ilgili pazarda faaliyet gösteren tek şirkettir, diğer bir deyişle tekel konumundadır. Buna ek olarak pazara girmek isteyen bir teşebbüs, iskele inşa etmek ve feribot satın almak gibi maliyetlere katlanmak zorunda olduğu gibi, iskele inşa etmek için gerekli izinler de yaklaşık 3 yıllık bir sürede alınabilmektedir. Bu nedenle ilgili pazarda potansiyel rekabet de hali hazırda TDİ üzerinde herhangi bir rekabetçi baskı yaratmamaktadır. Sonuç olarak TDİ'nin İzmit Körfezi'nin kuzeyi ve güneyi arasında feribotla yolcu taşımacılığı olarak tespit edilen ilgili pazarda hâkim durumda bulunduğu anlaşılmıştır. ...*", Bkz. RK'nın 09.01.2003 tarih ve 03-03/25-7 sayılı kararı.

gerektiği...” kriterinin, başvurucuya göre makul olmasa bile, çoğu müteşebbis bakımından mümkün olabilecek bir yatırım ile pazara girilebilmesi nedeniyle kötüye kullanma hali ortaya çıkmamıştır[596].

2. Mal veya Hizmeti Vermeyi Kesme

Hâkim durumda bulunan teşebbüslerin piyasa içerisinde, zorunlu unsur olan mal veya hizmeti sağlama yükümlülüklerinin bulunduğu ve zorunlu unsuru vermekten kaçınamayacakları, vermeyi red edemeyecekleri, ayrımcı ve dışlayıcı uygulamalar ile hâkim durumlarını kötüye kullanamayacakları bir önceki başlıkta belirtmişti. Diğer bir deyişle, hali hazırda sözleşme yapmadıkları fakat zorunlu unsurun kendilerine temini için başvuran herkes ile sözleşme yapma zorunluluklarının olduğu, hâkim durumda olan tüm teşebbüsler için geçerlidir. Ancak sözleşme ile zorunlu unsurun kendilerine verileceği taahhüt edilmiş olan kimseler bakımından ilgili teşebbüslerin sözleşmeden dönerek mal veya hizmeti vermeyi kesme hakları bulunup bulunmadığı ayrı bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Daha öncede belirtildiği üzere, özel hukuk bakımından teşebbüslerin istedikleri kişiler ile sözleşme yapma serbestileri bulunmaktadır. Bununla birlikte sözleşme serbestisi ilkelerinin bazı istisnaları da bulunmaktadır. Bu istisnalardan biri de, mal veya hizmet verilmesinin objektif bir gerekçe olmaksızın kesilmesinin engellenmesidir. Mal veya hizmetin verilmesinin kesilmesi eylemi de rekabet hukuku açısından hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada her mal veya hizmeti isteyen ile sözleşme yapılmasının dışında, eskiden beri kendisine bu edimler sağlanan müşteriye, herhangi objektif bir gerekçe olmaksızın mal veya hizmetin sağlanmasının kesilmesi söz konusudur. Böyle bir halde, eğer hâkim durumda bulunan teşebbüsün haklı sebepleri yok ise bu teşebbüsün mal veya hizmetten yararlanacak kişiyi iş dışına atma amacının olup olmadığına bakılacaktır[597]. Eğer bu uygulamanın amacı, mal veya hizmetten yararlanacak kişiyi zor durumda bırakarak onu iş dışına atmak ise

[596] Orak, Kamu Hizmetleri ve Kamu Teşebbüslerine Rekabet Kurallarının Uygulanması, s.311.

[597] Aslan, Rekabet Hukuku, s.476.

yapılmış olan mevcut uygulama hâkim durumu kötüye kullanma olarak değerlendirilecektir.

ATAD'nın bakış açısından düzenli ve istikrarlı devam eden mal veya hizmet sunma ilişkisinin objektif nedenler olmaksızın red edilmesi uygun bulunmamıştır. ATAD, "*müşterinin talebi her zamankinden farklı değilse hâkim durumdaki işletme, uzun süreden beri düzenli olarak ticari faaliyetini sürdüren müşterisine mal vermeyi reddedemez*" olduğunu belirtmiştir[598]. Burada önemli olan husus, mal veya hizmet vermeyi kesmenin hâkim durumu kötüye kullanma hali sayılabilmesi için öncelikle talepte bulunan kimselere belirli bir süredir mal veya hizmetin sağlanıyor olması gerekmektedir. Ayrıca bu talebin her zamankinden farklı nitelikte bulunmaması ve son olarak da, mal veya hizmetin verilmesinin kesilmesinde haklı bir nedenin bulunmaması gerekmektedir. Kısacası objektif yani haklı bir neden olmaksızın ilk defa mal veya hizmet talebinde bulunan kişileri reddetmek, hâkim durumu kötüye kullanma hallerinden mal vermeyi kesme haline değil, yukarıda da belirttiğimiz üzere zorunlu unsurun verilmemesine girmektedir.

Herhangi bir kimsenin ne zamandan başlayarak eski ve sürekli bir müşteri olarak kabul edileceği konusunda bir kesinlik yoktur. Bu nedenle ilgili faaliyet alanının niteliği ve hâkim teşebbüs ile talepte bulunan müşteri arasındaki ilişkinin özelliklerine bakılması gerekmektedir[599]. Rekabet Kurulu tarafından Petrol Ofisi A.Ş.'nin parafinin hammaddesi olan light wax maddesi pazarındaki hâkim durumu kötüye kullandığı iddiası üzerine verilen kararda, "*Mal vermeyi kesmenin kötüye kullanma olması için uzun süreden beri mal vermekte olan şirketin malının haklı sebep olmaksızın kesilmesi gerekir. Bir yıllık sözleşme ile mal alan firma düzenli müşteri sayılmaz ayrıca müşterinin temin sözleşmesindeki şartlara uymaması haklı gerekçe sayılır*" ifadesi yer almaktadır[600]. Buradan da anlaşılacağı üzere Kurul'un konu ile ilgili eğiliminin, sürekli müşteri sıfatının kazanılabilmesi açısından her bir piyasa içindeki mal veya hizmet sunum prosedürünün ayrıca incelenerek somut olay üzerinden değerlendirilmesi gerektiği yönündedir.

---

[598] İbid., s.476.

[599] İbid., s.477.

[600] RK'nın 20.11.2001 tarih ve 01-56/554-130 sayılı kararı.

Kamu iktisadi teşebbüsleri bakımından mal veya hizmet vermeyi kesme halini incelediğimizde, BOTAŞ Boru Hatları İle Petrol Taşıma A.Ş.'nin (Botaş), elektrik üretimi ve satışı alanında faaliyet gösteren BİS Enerji Elektrik Üretim A.Ş.'nin (Bis Enerji) üretim yapabilmek için ihtiyacı olan doğalgazı haksız bir şekilde keserek teşebbüsün faaliyetlerini zorlaştırmak ve ayrımcılığa sebep olmak suretiyle hâkim durumunu kötüye kullandığı iddiası üzerine Rekabet Kurulu'nun verdiği karar önemlidir[601]. Kurul'un, şikayete konu olan sözleşmeye aykırı bir şekilde gazın kesilmesi iddiası üzerine verdiği kararın gerekçesinde;

> "*Eylemin gerçekleştiği dönemde piyasada tek toptan satıcı konumunda olan Botaş'ın "şehir içi doğalgaz dağıtım şirketleri" ve "serbest tüketiciler" olmak üzere esas olarak iki müşteri portföyü bulunmaktaydı. Botaş, serbest tüketicilerle "kesintili" veya "kesintisiz" gaz satış sözleşmeleri yapmaktadır. Kesintisiz gaz satış sözleşmelerinde satış fiyatı daha yüksek olup, müşterinin gazı mücbir sebepler dışında kesilememektedir. Kesintili gaz satış sözleşmelerinde ise Botaş gerektiğinde müşteriye gaz tedarikini kesebilme hakkına sahiptir.*
>
> *Botaş ile BOSB arasında 14.06.2002 tarihinde "Doğal Gaz Satış Sözleşmesi (Kesintili/Kesintisiz)" isimli bir sözleşme akdedilmiştir. Bu sözleşmenin "Gaz Arzının Kesilmesi" başlıklı 15. maddesinde, " İşbu Sözleşmeye göre BURSA OSB "Elektrik üretimi amaçlı gaz kullanımı için" kesintili müşteri olarak doğalgaz kullanacak olup, her sözleşme yılı için BOTAŞ ihtiyaç duyması halinde BURSA OSB'nin "Elektrik üretimi amaçlı gaz kullanımı için" gaz arzını kesebilecektir…" ibaresi yer almaktadır.*
>
> *Bis Enerji vekili başvurusunda, sözleşmedeki gaz kesme halinin "şartların oluşması halinde" mümkün olabileceğini ileri sürerek, gazın kesildiği dönemde sistemde gazın kesilmesini gerekli kılacak bir durumun olmadığını, Botaş'ın bunu müşterilerini düşük fiyatlı kesintili tarifeden yüksek fiyatlı kesintisiz tarifeye geçirmek için tehdit unsuru olarak kullandığını belirtmektedir. Botaş'ın gazın tedarikini hangi hallerde kesebileceği ile ilgili konu taraflar arasında imzalanan sözleşme hükümleri ve bunların yorumlanma ve uygulanmasında ortaya çıkan bir ihtilaf olup, bu konunun mahkemelerde görülmesi esastır. Gazın Botaş tarafından sözleşmeye aykırı şekilde kesildiği iddiası, yukarıda yer verildiği gibi, Bis Enerji tarafından Ankara Asliye İkinci Ticaret Mahkemesi'nde dava konusu yapılmış olup, Mahkeme Botaş'ın yaptığı gaz kesintisinin sözleşmeye ve iyi niyet kurallarına aykırı bir yönünün bulunmadığına karar vermiştir.*
>
> *Öte yandan, 4646 sayılı Kanun'un 4/e maddesinde "Serbest tüketicilere toptan gaz satışı yapan tüzel kişiler, bu Kanunun yürürlüğe girmesini müteakip müşterilerine mevsimlik, günlük ve saatlik esneklik limitleri dâhilinde gaz girişini sağlamak mecburiyetindedir." şeklinde düzenleme getirilmiştir. Bu hüküm gereğince Botaş'ın haksız yere gaz kesintisi yaptığı iddiasında bulunan Bis Enerji'nin bu konudaki şikâyetlerini 4646 sayılı Kanun'un uygulayıcısı olan EPDK'ya iletmesi gerekir. Yukarıda yer verildiği gibi, Bis Enerji'nin*

[601] RK'nın 14.10.2010 tarih ve 10-65/1372-510 sayılı kararı.

EPDK'ya sadece gazın kesilmesi sonucu elektrik üretimiyle ilgili yükümlülüklerini yerine getirememesi nedeniyle, bu yükümlülüklerin askıya alınması için başvuruda bulunmuş; EPDK'nın bu başvuruya cevabi yazısında Botaş'ın gaz kesme fiilinin sözleşme hükümlerine dayandığı, bu durumun elektrik piyasasındaki faaliyetler bakımından mücbir sebep olarak kabul edilemeyeceği, dolayısıyla elektrik piyasasına ilişkin yükümlülüklerinin askıya alınmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir.

Bu açıklamalar çerçevesinde, Botaş tarafından Bis Enerji'ye gaz tedarikinin kesilmesi ile ilgili konunun taraflar arasındaki sözleşme hükümleri ile EPDK'nın yetki ve sorumluluğundaki alanlara ilişkin olduğu, mahkeme kararı çerçevesinde Botaş'ın gazı kesmesinin sözleşmeye aykırı olarak değerlendirilmemesi nedeniyle Hitit Seramik'in gazının kesilmemesinin de rekabet kuralları karşısında ayrımcılık olarak değerlendirilemeyeceği, dolayısıyla Kurumumuzca bu konuda yapılacak bir işlemin olmadığı kanaatine varılmış(...)"

olduğunu belirtmiş ve dosyanın soruşturulmasına gerek olmadığına karar vermiştir. Kurul, elektrik üretimi amaçlı gaz sağlama faaliyetinin EPDK'nın denetim yetkisine ait bir konu olduğunu belirtip karar verme işleminden ve daha sonra da BOTAŞ'ın hâkim olduğu doğalgaz piyasası bakımından sözleşme yapmış olduğu işletmelere gaz vermeyi kesme işlemini değerlendirmekten kaçınmıştır. Aslında sözleşme hükümlerini inceleme yetkisinin mahkemelerde olduğunu savunan Rekabet Kurulu'nun, iktisadi bir kamu hizmeti niteliği bulunan doğal gaz sunma hizmetinin sürekliliğinin sağlanması bakımından bir değerlendirme yapmış olması yerinde olacaktır. Zira gaz tedarik sözleşmesi uyarınca kesintisiz hizmet sunmak zorunda bulunan BOTAŞ bu hizmetin sürekliliğini sağlamamıştır. Kurul bu sürekliliğin varolup olmadığını hâkim durumun kötüye kullanılıp kullanılmadığı açısından incelemek zorundadır. Ancak Kurul, sadece sözleşme hükümlerinin gerçekleşip gerçekleşmediği açısından olaya bakmış ve sözleşme hükümlerinin incelenmesini adli yargı mercilerine bırakmıştır. Kararın gerekçesinde, "*Botaş'ın gazın tedarikini hangi hallerde kesebileceği ile ilgili konu taraflar arasında imzalanan sözleşme hükümleri ve bunların yorumlanma ve uygulanmasında ortaya çıkan bir ihtilaf olup, bu konunun mahkemelerde görülmesi esastır. Gazın Botaş tarafından sözleşmeye aykırı şekilde kesildiği iddiası, yukarıda yer verildiği gibi, Bis Enerji tarafından Ankara Asliye İkinci Ticaret Mahkemesi'nde dava konusu yapılmış olup, Mahkeme Botaş'ın yaptığı gaz kesintisinin sözleşmeye ve iyi niyet kurallarına aykırı bir yönünün bulunmadığına karar vermiştir.*" ifadeleri ile belirttiği üzere olayı rekabet hukuku çerçevesinde incelememiştir. Kurulun, hizmeti yürütmekle sorumlu olan BOTAŞ'ın sözleşme yaptığı işletmelere gaz vermeyi kesmesinde ne türden bir kamu

yararının olduğunu da belirlemesi, hâkim durumda bulunan BOTAŞ'ın bu durumunu kötüye kullanıp kullanmadığı belirlemek açısından gerekliliktir.

3. Fiyat Uygulamaları Üzerinden Kötüye Kullanma

4054 sayılı RKHK'nın 6. maddesinde kötüye kullanma olarak açıkça sayılmamış olan yıkıcı fiyat uygulamaları, rakip teşebbüsleri pazar dışında bırakma, pazara girişlerinin önüne geçme amacını taşıyacağından ya da bu etkiyi doğuracağından, hâkim durumda olan teşebbüs tarafından uygulandığı takdirde kötüye kullanma sayılabilecektir. Diğer bir deyişle yıkıcı fiyat uygulamaları, teşebbüslerin, fiili ya da olası rakiplerini fiyat politikaları ile caydırmak ve / veya onların pazara girişlerine engel olmak için uyguladıkları etkili bir yoldur[602].

Rekabet Kurumu'nun Terimler Sözlüğü, yıkıcı fiyatlamayı, "... *teşebbüsün, mevcut veya potansiyel rakiplerini Pazar dışına çıkarabilmek ve özellikle disipline etmek gibi amaçlarla, belirli bir dönemde (kısa dönemde) maliyetinin altında satış fiyatı belirleyerek zarar etmeyi kabul ettiği rekabet karşıtı bir fiyatlama stratejisi*" olarak tanımlamıştır[603]. Tanımda ayrıca yıkıcı fiyat uygulamasında bulunan teşebbüsün amacının, pazardaki konumunu koruyarak devam ettirme veya daha fazla pazar gücü istemesi olduğu ve bu nedenle rasyonel / kârlı bir politika izlemesi gerektiği belirtilmektedir[604].

AB Kurucu Antlaşması'nın 82. maddesinin (a) bendi ile hâkim durumu kötüye kullanma hali olarak düzenlenen yıkıcı fiyat uygulaması, RKHK'da doğrudan yer almamaktadır[605]. Ancak RKHK'nın 6. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendinde yasaklanan,

---

[602] Alper Fevzi Kara, **Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Aracı Olarak Yıkıcı Fiyat Uygulamaları**, Uzmanlık Tezleri Serisi, Rekabet Kurumu Yayını, Yay. No: 100, Ankara, 2003, s. 3. (http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FUzmanl%25c4%25b1k%2BTezi%2Ftez18.pdf) (Erişim: 03.10.2016).

[603] Rekabet Terimleri Sözlüğü, "yıkıcı fiyatlama" tanımı. Bkz. (http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Rekabet-Terimi/pYikici-fiyatlama-tesebbuumlsuumln-mevcut-veya-potansiyel-rakiplerini-pazar-disina-ccedilikarabilmek-ve-oumlzellikle-disipline-etmek-gibi-amaccedillarla-belirli-bir-doumlnemde-kisa-doumlnemde-maliyetinin-altinda-satis-fiyati) (Erişim: 03.10.2016).

[604] İbid.

[605] Aslan, Rekabet Hukuku, s.506.

rakip veya olası rakiplere ait faaliyetlerin zorlaştırılması ve pazara girişlerin önüne geçilmesi yıkıcı fiyat uygulamalarıyla da yapılabileceğinden, yıkıcı fiyat uygulamalarını, RKHK'nın 6. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendi ile değerlendirmek mümkündür. Nitekim AT rekabet hukukunda da Komisyon, yıkıcı fiyat uygulaması iddiasının bulunduğu somut olaylarda, rakip teşebbüsleri pazarın dışına itecek nitelikte veya onların faaliyetlerini zorlaştıracak eylem iddialarını bununla birlikte değerlendirmiştir[606].

Yıkıcı fiyat, piyasa üzerindeki olumsuz etkilere neden olan ve bu nedenle rekabet hukuku kuralları çerçevesinde müdahale edilen fiyat politikası olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak her fiyat politikasının bir yıkıcı fiyat uygulaması olup olmadığı önem arz eden bir sorundur. Diğer bir deyişle, hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün uygulamış olduğu fiyat politikasının yıkıcı olup olmadığı nasıl tespit edilecektir? Burada önemli olan rekabetçi fiyat politikası ile yıkıcı fiyat politikasının ayırt edilmesi gerekliliğidir[607].

Yıkıcı fiyat politikası kriterlerinin ortaya konması, bu ayrım bakımından bizlere yardımcı olacaktır. Bu kriterler ise *iktisadi üstünlük*, *olağandışı düşük fiyat*, *niyet* ve *hasat*tır[608]. İktisadi üstünlük, teşebbüsün eyleme kalkışması için rakiplerine nazaran bir üstünlüğünün veya avantajının mevcut olması anlamına gelmektedir. Bununla birlikte genellikle maliyetlerin altında tutulan fiyatlar, Rekabet Hukuku açısından olağan dışı düşük fiyat uygulaması olarak kabul edilmektedir. Ayrıca teşebbüs niyeti, düşük fiyat uygulamasının pazar koşullarından mı yoksa yıkıcı fiyat uygulama amacından mı kaynaklandığının tespiti açısından bilgi vermektedir. Bunun için ilgili pazar yapısının tahlili gerekmektedir. Dolayısıyla fiyatın yıkıcı olup olmadığına karar verirken uygulanacak ölçüt ve maliyetin hesaplanması yöntemi önem kazanmaktadır[609]. Son olarak hasat ile yıkıcı fiyat uygulaması sonucunda rakip işletme veya teşebbüsleri pazardan uzaklaştırma amacına ulaşmış olan teşebbüs, bu dönem içerisinde uğradığı zararı telafi

[606] Aşçıoğlu Öz, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, s.167.

[607] Orak, Kamu Hizmetleri ve Kamu Teşebbüslerine Rekabet Kurallarının Uygulanması, s.314.

[608] Kara, s.3 – 5.

[609] Aşçıoğlu Öz, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.167.

edebilmek için ilgili mal veya hizmetin fiyatını normal değerinin de üstüne çıkarabilmektedir[610]. Bu uygulama ile zararını telafi eden teşebbüs hem kârını yükseltebilecek hem de mevcut veya olası rakiplerinin önüne geçerek onları piyasa dışına itebilecektir.

Kamu teşebbüslerinin faaliyet alanları incelendiği zaman, fiyat uygulamaları önemle değerlendirilmesi gereken bir konudur. Bu kapsamda öncelikli olarak ilgili pazar açısından fiyat uygulamasının aşırı olup olmadığının tespiti, maddi olayın özellikleri bakımından önem arz etmektedir. Mesela yasal olarak tekel konumundaki teşebbüslerin maliyetleri yüksek olduğunda, kâr elde edemeyecek olsalar bile rekabet baskısından uzak olarak yüksek maliyet sorununu çözmeden aşırı fiyattan mal sattıkları görülmektedir[611]. Bu durumda tespit edilmesi gereken şey, hâkim durumda bulunan teşebbüsün fiyatlarının, ilgili pazara girecek olan olası rakiplere engel nitelik taşıyıp taşımadığıdır. Keza Danıştay'ın kömür ithalatı ve satışı hakkına sahip olan teşebbüsler hakkında yapılan uygulamalarda, aşırı fiyat uygulaması bulunup bulunmadığının tespitine ilişkin vermiş olduğu bir kararında; önemli olanın, verilen hizmetin gerekleri ve piyasa şartları göz önüne alındığında hâkim durumda bulunan teşebbüs tarafından talep edilen fiyatın, piyasanın rekabete açık olması halinde belirlenecek fiyat ile karşılaştırılması sonucu açık bir aşırılık bulunup bulunmadığının belirlenmesi olduğu ifade edilmiştir[612]. Yani piyasasında hâkim konumda olan teşebbüsün fiyat analizinde dikkat etmesi gereken

---

[610] İbid., s.167.

[611] Orak, Kamu Hizmetleri ve Kamu Teşebbüslerine Rekabet Kurallarının Uygulanması, s.316.

[612] "*...'nun mutlak tekel olması ve incelemeye konu olan ürünün kömür gibi bir temel madde olması, dolayısıyla sosyal refahı ve tüketici yararını doğrudan ilgilendirmesi, pazara giriş yasağı nedeniyle yeni girişleri teşvik etmemesi, piyasanın kendi kendini düzeltme ve rekabet ortamının sağlanması olanağının bulunmaması, ...'nun satış fiyatlarının diğer pazarlarda oluşan fiyatlara oranla % 50 - 60 oranında yüksek olması, bunun kabul edilebilir ölçütler ele alınarak yapılan incelemeyle yüksek maliyetlerden kaynaklandığının saptanması, yüksek maliyetlerin ise tekel hakkı verilmesinden doğan ortam içerisinde şirket çıkarlarının gözetilmemesi, şirketin verimsiz yönetilmesi, kömür ticareti dışında zararla sonuçlanan faaliyetlerde bulunulması nedeniyle ortaya çıkması, ortaya çıkan durumun tekelci teşebbüse haksız kaynak aktarımına ve tüketicinin sömürülmesine yol açması, dolayısıyla rekabet düzenlemelerinin asli amacıyla bağdaşmaması karşısında, dava konusu işlemle fiyat uygulamasının hâkim durumun kötüye kullanılması sayılarak rekabet kurallarıyla müdahale edilmesinde hukuka aykırılık görülmemektedir.*" Bkz. Dan. 10.D., E. 2001/4817, K. 2003/4770, T.05.12.2003.

durum, eğer rekabete tabi bir piyasada ise belirleyeceği fiyat ile hali hazırdaki fiyat arasında makul olmayacak bir aşırılığın olup olmamasıdır.

Doktrinde de önemle açıklama gereği duyulan aşırı fiyatlandırmanın tespiti ile ilgili olarak kullanılması gereken ölçütün açıkça "*eğer piyasa rekabete açık olsa idi, fiyat nasıl olacak ise hali hazırda talep edilen fiyatın, bu fiyatla karşılaştırılması suretiyle fahiş olup olmadığının tespit edilebilir*" olması gerektiğidir[613].

Konuya ilişkin olarak Rekabet Kurulu'nun yaklaşımı açısından öncelikli olarak ASKİ ile ilgili verdiği kararlara bakmamız gerekmektedir. ASKİ'nin hâkim durumu, fiyat maliyetini aşırı derecede yüksekte tutması yolluyla kötüye kullanılması savı ile Rekabet Kurulu'nun karşısında gelen dosyada, Rekabet Kurulu öncelikli olarak ASKİ'nin RKHK kapsamında bir teşebbüs olup olmadığını tartışmış ve RKHK kapsamında olduğu tespitinde bulunmuştur[614]:

> *"... 4054 sayılı Kanun'da kamu teşebbüsünün tanımı yapılmamış ve kapsamı belirlenmemiştir. Kamu teşebbüsleri devletten ayrı bağımsız bir yasal kişiliğe sahip olabilecekleri gibi merkezi, bölgesel veya yerel idare içerisinde de yer alabilirler. Merkezi veya yerel kamu idarelerinin kendilerinin ekonomik faaliyette bulunmaları durumunda teşebbüs kabul edilip edilmeyecekleri hususunda, kamu otoritelerinin kamu yetkisini kullanarak yapmış olduğu işlemleri ayrık tutarak, ayrı bir tüzel kişilik olmasa dahi sürdürülen ekonomik faaliyetler bakımından kamu idarelerinin teşebbüs olarak kabul edilmesi gerekir.*
>
> *Bu açıklamalardan sonra ASKİ'nin faaliyetlerinin ekonomik faaliyet niteliği taşıyıp taşımadığı ve sonuç olarak ASKİ'nin teşebbüs sayılıp sayılmayacağının değerlendirmesine geçilecek olursa, yukarıda açıklandığı ve Yargıtay içtihadında da belirtilmiş olduğu gibi iktisadi nitelik taşıdığı şüphe taşımayan su dağıtımı ve kanalizasyon hizmetlerini yürütmekle görevli olan ASKİ'nin teşebbüs olarak kabul edilmesi gerekmektedir.*
>
> *Teşebbüs tanımında yer alan diğer kriter ise bağımsız karar vermedir. Bağımsız karar verme, teşebbüsün aldığı kararların kendi dışında bir organın onayına tabi olmamasıdır. Bu anlamda doğru bir tespit için hukuki değil, ekonomik bağımsızlık esas alınmalıdır. Ekonomik bağımsızlık konusunda fikir vermesi açısından şu tanım verilebilir: "Bir işletmenin ekonomik bakımdan bağımsız sayılabilmesi için, o işletmenin yönetim ve muhasabe özerkliğine sahip olması, üretim finansman ve sürüm politikasının kendi*

[613] Aşçıoğlu Öz, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, s.170; Aslan, Rekabet Hukuku, s.509.

[614] RK'nın 13.3.2001 tarih ve 01-12/114-29 sayılı kararı.

ekonomik amaç ve çıkarları doğrultusunda kendi bünyesi içerisinde belirlenmesi, bu yoldaki ekonomik planlama ve karar yetkilerinin kendi bünyesi içerisinde kalması, kısaca başka bir işletmenin ekonomik egemenliği altında bulunmaması gerekmektedir."

Bağımsız karar verme kriteri açısından bakıldığında, ASKİ'nin yukarıdaki tanıma uygun olarak belediyeden ayrı bütçeye, ayrı gelir kaynaklarına sahip olduğu görülmektedir. ASKİ'nin kararları belediye başkanının onayı gereken iki istisnai hal haricinde- Belediye Başkanı aynı zamanda ASKİ Yönetim Kurulu Başkanıdır- kendisi dışında herhangi bir organın onayına da tabi değildir. Yönetim açısından da belediyeden ayrı bir yönetime sahiptir. Burada irdelenmesi gereken husus Ankara Büyükşehir Belediye Meclisi'nin aynı zamanda ASKİ'nin Genel Kurulu'nu teşkil etmesi ve bu durumun ASKİ'nin bağımsızlığına halel getirip getirmeyeceğidir. ASKİ'nin tabi olduğu 2560 sayılı Kanun'un öngördüğü esaslardan biri de belediye meclisinin ASKİ ile ilgili konuları görüşmek üzere, meclis toplantılarından ayrı olarak toplanması ve bu toplantıda sadece ASKİ'nin faaliyet alanına giren işlerin görüşülmesidir. Bu durumun Kanun tarafından özerk bütçe ile birlikte bağımsızlığı sağlamak için getirilmiş unsurlardan biri olduğu kabul edilmektedir.

Ayrıca, bu noktada yukarıda değinilmiş olan teşebbüs tanımına dönecek olursak, merkezi veya yerel idare bünyesinde yer alan ayrı bir tüzel kişiliği olmayan birimlerin dahi teşebbüs niteliği taşıdığının kabul edildiği düşünüldüğünde, müstakil bütçeye, belediyeden ayrı gelir kaynaklarına ve ayrı bir yönetime sahip olan ASKİ'nin bağımsız olduğu ve bu çerçevede teşebbüs olarak kabul edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır…"

Daha sonra Kurul, sınırları kesin olarak belirtilmiş bir coğrafyada yasal bir tekel olarak faaliyet gösteren ve bir belediye kuruluşu olan ASKİ'nin su ve atıksu tarifesinde aşırı fiyat uyguladığı şikâyetini inceleme altına almıştır. Şikâyette ayrıca ASKİ'nin altı yıldır zarar ettiği, bu zararın nedeninin ise aslında Hazine tarafından ödenen dış borçların ASKİ tarafından ödeniyormuş gibi gösterilmesi olduğu; bu durumun sonucu olarak su ve atıksu tarifeleri belirlenirken dış borçların da hesaba katılması neticesinde tarifelerin yüksek oranda belirlendiği ifade edilmiştir.

Kurul, ASKİ'nin aşırı fiyatlama yoluyla hâkim durumu kötüye kullanıp kullanmadığını incelemiş olup aşırı fiyat uygulamasının bulunmadığına karar vermiş ve şikâyeti red etmiştir. Kurul kararında, ASKİ'nin maliyetleri ile satış fiyatını karşılaştırmış ve arada makul bir farklılık bulunup bulunmadığının incelemesini yapmıştır. Sağlanan ürünün ekonomik değeri ile fiyat arasında makul olmayan bir farklılık bulamayan Kurul ayrıca örnek olarak ASKİ ile aynı hukuki statüye sahip olan diğer büyükşehir

belediyelerine bağlı olarak faaliyet gösteren kuruluşların tarifeleri ile karşılaştırma yapmıştır[615].

Kurul kararında, şikayette Hazine'nin ASKİ'nin dış borçlarını ödediğine dair iddiaya ilişkin olarak;

> "*Bu noktada şikayet dilekçesinde de yer almakta olan bir hususa da değinmek gerekmektedir. ASKİ'nin kullanmış olduğu yabancı krediler Hazine garantisi ile alınmaktadır. Şikayet dilekçesinde bu kredilerin aslında hazine tarafından ödendiği, oysa ASKİ'nin bilançosunda bunları sanki kendisi ödüyormuş gibi gösterdiği ifade edilmektedir. Bu durumda maliyetlerin olduğundan fazla gösterilmesi söz konusu olacaktır. Ancak ASKİ'nin halen uygulamış olduğu fiyat tarifeleri, borçlarını kendisi ödemiyor olsa dahi maliyetlerini karşılamaya yetmemektedir.*"

ifadesine yer vermiştir. Kurul, ASKİ'nin dış borçlarını ödeyip ödemediğini belirtmemekle beraber, ödemiyor olma ihtimalinde bile uyguladığı fiyat tarifelerinin maliyetlerini karşılamaya yetmediğini belirtmiştir.

ASKİ hakkında verilmiş olan bir başka kararda ise, ASKİ'nin aylık 10 metreküp sınırını aşan su tüketimini su alanındaki tekel gücünü kullanarak daha yüksek fiyatla faturalandırdığı bu sebeple de su tüketiminin geçmiş dönemlere göre daha kısıtlı olmamasına rağmen abonelere yüksek fiyatlar uygulandığı ve mevcut durumunda evlerde su tüketiminin artmamış olması nedeniyle söz konusu fiyatlandırmanın aylık en az 30 metreküp ile sınırlandırılması gerektiği şikâyeti incelenmiştir[616]. Kararda aşırı fiyat uygulamasına ilişkin olarak ASKİ'nin su maliyetini etkileyen tüm faktörler, 2000-2004 yılları arasında incelenmiş ve ASKİ'nin bu dönem içerisinde kâr oranının sadece iki yılda pozitif olduğu, diğer yıllar için negatif olduğu belirtilmiştir. Ayrıca Kurul bir önceki

---

[615] *"Temmuz 2000 döneminde konutlar için ASKİ'nin tarifesi aşağıdaki gibidir;*

0-10 m3 255.966 TL (su+atıksu toplamı)
10-30 m3 655.908 TL (")
Artı 30 m3 963.390 TL (")

Aynı dönemde İSKİ'nin tarifesi ise şöyledir:

0-10 m3 165.000 TL su + 165.000 TL atıksu
10-100 m3 272.000 TL su + 272.000 TL atıksu
Artı 100 m3 800.000 TL su + 800.000 TL atıksu

ASKİ ve İSKİ'nin fiyat tarifelerinin karşılaştırılması neticesinde de ASKİ'nin aşırı fiyat uyguladığını söylemek mümkün değildir."

[616] RK'nın 26.5.2005 tarih ve 05-36/484-115 sayılı kararı.

kararda da olduğu gibi diğer büyükşehir belediyelerince uygulanan fiyat tarifelerini de karşılaştırmaya alarak aralarında önemli bir farkın bulunmadığını belirtmiştir. Bu gerekçeler ile Kurul, mevcut fiyat uygulamasını RKHK'nın 6. maddesi kapsamında hâkim durumu kötüye kullanma olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiş ve şikâyeti red etmiştir.

Kurul'un ASKİ hakkında vermiş olduğu bu kararın "*Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme*" kısmında;

> "*… 2560 sayılı "İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş Ve Görevleri Hakkında Kanun"un (5.6.1986 tarih ve 3305 sayılı Kanun ile İSKİ kuruluş kanununun diğer büyükşehir belediyelerine de uygulanacağı hükmü getirilmiştir) 6. maddesinde, su satışı ile kullanılmış suların boşaltılmasına ilişkin tarifeleri inceleyerek karara bağlama görevi, bu birimlerin genel kurullarına verilmiştir. Dolayısıyla su fiyatları büyükşehir belediyesi olan illerde, su ve 70 kanalizasyon hizmetini yürütme amacıyla kurulmuş olan birimlerin (bu dosya bakımından ASKİ) genel kurullarınca, büyükşehir belediyesi bulunmayan diğer yerlerde ise 1580 sayılı "Belediye Kanunu"nun 70. maddesi uyarınca belediye meclisince tespit edilmektedir. Su fiyatlarının belirlenme yöntemi hakkında 3009 sayılı Kanun'la değişik 2560 sayılı Kanun'un 23. maddesinde su satışı, atık suların uzaklaştırılması ve septik çukurların boşaltılması hizmetleri için ayrı ayrı tarifeler yapılması öngörülmüş, tarifeler yapılırken de yönetim ve işletme giderleri ile amortismanları doğrudan gider yazılan yenileme, ıslah ve tevsi masrafları ile %20'dan aşağı olmayacak bir oranda kâr payının esas alınması hükme bağlanmış…*"

olduğu belirtilmiştir. Diğer bir ifade ile kanalizasyon hizmetinin yürütülmesinden sorumlu olması nedeniyle yerel yönetim idareleri tarafından kurulan bu birimlerin, hizmetin sürekliliği ilkesi kapsamında faaliyet yürütebilmeleri için belirlenmiş bir kâr payı elde etmeleri kaçınılmaz olacaktır. Hizmetin sürekliliğinin sağlanması için yapılacak olan işletme ve yenileme giderlerinin karşılanması, hizmetten faydalananlara da getirilen bir yükümlülük olmaktadır. Bu durum, yürütülen kamu hizmetleri bakımından meccanilik ilkesini ortadan kaldırıyor olarak gözükse de, diğer bir ilke olan süreklilik ilkesi gereği faaliyetin devam ettirilebilmesi adına gereklidir[617].

Rekabet Kurulu'nun bu kararlarında, Kurul'un belediyelere bağlı olarak kurulmuş ve faaliyet gösteren kamu tüzel kişilerini de RKHK kapsamında değerlendirdiği eğilimini görmekteyiz. Bu durum serbestleşme modellerinden biri olan belediye-özel teşebbüs

[617] Yayla, "*Sosyal Devletten İktisadi Devlete (veya Kamu Hizmetinin Sonu) Anayasa Mahkemesinin 18.2.1985 Gün ve 1985/4 Sayılı Kararı*".

ortak girişimlerinin de Rekabet Kurulu tarafından teşebbüs olarak nitelendirebileceği anlamına da gelmektedir[618]. Ayrıca Rekabet Kurulu'nun ilgili piyasalarda faaliyet gösteren diğer kamu kurumlarını RKHK kapsamında değerlendirerek karar verebilmesi, piyasalar bakımından rekabeti artırabilecek olumlu bir uygulama olmaktadır.

Rekabet Kurulu'nun ASKİ hakkında verdiği kararlarda Kurul, ASKİ'nin her ne kadar coğrafi bakımdan tekel olduğunu belirtirse de değerlendirme ve karşılaştırma yapmak için benzer şekilde tekel olan İstanbul ve İzmir Büyükşehir Belediyelerinden faydalanmıştır. Dolayısıyla aşırı fiyat uygulamasının tespitinde benzeri pazarlarda hâkim durumda bulunan teşebbüs ve işletmelerin bilgileri önem taşımaktadır. Ancak Kurul, HAVAŞ'ın şehir merkezleri ile havaalanları arasında yolcu taşıma ücretlerinin fahiş tutularak hâkim durumu kötüye kullandığı iddiası ile karşısına gelen şikâyette farklı bir yol izlemiştir[619]. Yapılan başvuruyu "*... maliyeti kâr hesaplarından aşırı fiyat uygulandığına dair somut bulgulara ulaşılamadığı, şehir ile ilçeler arasındaki diğer toplu taşıma hizmeti ve ücretlerinin bu hizmet için emsal teşkil etmeyeceği ...*" gerekçesi ile red eden Kurul, soruşturma açılmasına gerek görmemiştir[620].

Rekabet Kurulu'nun, Türk Telekom hakkında "*Türk Telekomünikasyon A.S.'nin internet erişim hizmetlerinin sunulması için gereken altyapıları içeren pazarlardaki hâkim durumunu bu pazarlar ve internet erişim hizmetleri pazarlarında kötüye kullandığı iddialarını*" incelemeye alarak soruşturma açılmasına dair verdiği karar da ayrıca dikkat çekicidir[621]. Açılan soruşturmada Türk Telekom'un kimi alanlarda hâkim durumunu kötüye kullandığı tespit edilmiştir. Türk Telekom'un Türkiye'deki internet alt yapısını hazırlamış olmasının yanı sıra, TTNET adı ile internet servis sağlayıcılığı pazarındaki faaliyeti ile hâkim durumunun bulunduğu görülmektedir. Kurul, Türk Telekom'un internet alt yapısına hâkim olması hakkında "*Bu pazardaki hâkim durumunu kurumsal kullanıcılara TTNet adı altında sunduğu geniş bant internet erişim hizmetleri karşılığında alınan ücretleri düşük belirlerken, bu hizmetin sunulması için gereken altyapıları toptan*

[618] Orak, Kamu Hizmetleri ve Kamu Teşebbüslerine Rekabet Kurallarının Uygulanması, s.317.

[619] Aslan, Rekabet Hukuku, s.509.

[620] İbid., s.509.

[621] RK'nın 2.10.2002 tarih ve 02–60/755–305 sayılı kararı.

ve perakende ayrımına gitmeden, rakiplerinin ilgili pazarda rekabet edebilmelerini zorlaştıracak şekilde, yüksek belirlemek suretiyle kötüye kullanarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiğine ve bu nedenle hakkında cezai işlem uygulanmasına" karar vermiştir. Bu durumda ilk incelenmesi gereken husus, internet servis sağlayıcılığı piyasası için zorunlu unsur niteliğine sahip olan bu pazarda, Türk Telekom'un rakiplerinin ilgili pazarda rekabet edebilmelerini zorlaştıracak şekilde yüksek belirlemek suretiyle yıkıcı fiyat politikası uyguladığının tespitidir[622]. Ayrıca bu soruşturmada Kurul, Türk Telekom'un "*TTNet adı altında yerel kullanıcılara sunulan dar bant internet erişim hizmetleri karşılığında alınan ücretleri maliyetin altında belirleyerek, rakiplerin piyasadaki faaliyetlerini güçleştirmek suretiyle kötüye kullanarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiğine ve bu nedenle hakkında cezai işlem uygulanmasına*" karar vermiştir. Sonuç olarak Türk Telekom'un yıkıcı fiyat uygulaması ile hâkim durumun kötüye kullanıldığını tespit eden Kurul, sunulan hizmetin maliyetinin altında belirlenmesi ile rakiplerin saf dışı bırakıldığını kararında vurgulamıştır.

Rekabet Kurulu yıkıcı fiyat uygulamalarına ilişkin başka bir kararında ise hâkim durumun kötüye kullanmadığını tespit etmiştir. Karara konu olayda, Paşabahçe Cam San. Tic. A.Ş.'nin (Paşabahçe) bazı ürünlerinin maliyetin altında (yıkıcı fiyat ile) satıldığı ve bu yolla S.M. San. ve Tic. A.Ş.'nin pazar dışı bırakılmak istendiği iddia edilmiştir. Paşabahçe ve S.M.'nin hammaddelerini, Paşabahçe'ye ait olan Anadolu Cam A.Ş.'den sağladıklarını belirten Kurul;

> "*Özetle belirtmek gerekirse, yukarıdaki değerlendirmeler ışığında, 2006 yılı içerisinde;*
>
> *-Paşabahçe'nin Topkapı serisinde yer alan (...) ürünün (....)'unda %(...) ile %(...) arasında değişen oranlarda kar elde etmekte, (...) üründe %(...) ile %(...) arasında değişen oranlarda zarar etmektedir;*
>
> *-S.M.'nin Paşabahçe'yi yıkıcı fiyatla suçladığı 3 ürün grubunda (yağlıksirkelik, gravürlü sürahi 2 lt. ve gravürlü sürahi 1.5 lt.) toplamda kar etmekte, söz konusu ürün gruplarının altında yer alan (...) ürünün ise (...)'ünde %(...) ile %(...) arasında değişen oranlarda kar ettiği, sadece (...) üründe %(...)'lik bir zarar söz konusu olmaktadır;*

[622] Zafer Büyükçoban, **Rekabet Ve Hâkim Durumdaki Kamu Teşebbüsleri Türk Telekom Örneği**, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Isparta, 2006 s.161.

-Aksiyon zamanlarında ((……..) ve (……..)) uygulanan indirimli fiyatlara rağmen Paşabahçe Topkapı serisi ürünler genelinde %(…) seviyesindeki karlılığını korumaktadır;

-Dolayısıyla, mevcut durumda Topkapı serisi ürünler ve söz konusu ürünlerin rakip ürünleri arasında bir rekabet yaşanmakta, mevcut fiyatlandırma da bu rekabetin bir sonucu olarak ortaya çıkmakta, ancak Paşabahçe'nin yıkıcı fiyat uyguladığından bahsetmek mümkün olmamaktadır" [623]

gerekçesiyle cam ev eşya pazarında Paşabahçe tarafından uygulanan fiyatlandırmanın yıkıcı fiyat olarak değerlendirilemeyeceğine ve bu nedenle 4054 sayılı Kanun kapsamında soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar vermiştir.

Rekabet Kurulu'nun vermiş olduğu bu karara karşı açılan iptal davası Danıştay'ın önüne gelmiştir. Danıştay, Paşabahçe'nin RKHK'da yer almadığı halde fiyat ve ürün kalitesi gibi tüketiciye yansıyan hususlarda hissedilir bir etkinin ortaya çıkması gerekçesiyle rekabeti kısıtlayıcı etkisi olan faaliyetinin yıkıcı fiyat uygulaması olmadığına karar vermiştir[624]:

"*… Cam ev eşyalarının fiyatlandırılmasında Şişecam Grubu'nun önemli artışlar yaptığı yönünde bir bilgi bulunamaması, aksine, cam ev eşyaları pazarındaki fiyatlandırmanın incelendiği 2006-1-87 sayılı dosyada, bizzat S.M. tarafından Paşabahçe'*nin *yıkıcı sayılabilecek seviyelerde düşük fiyat uyguladığı iddiasının ortaya konulması ve bu iddia üzerine yapılan inceleme sonucunda, Kurul'un 20.07.2006 tarihinde almış olduğu 06-53/693-199 kararda da, cam ev eşyaları pazarında "yıkıcı fiyatlandırma" sayılması mümkün olmayan, ancak "rekabetçi" olarak nitelenebilecek bir fiyat seviyesinin mevcut olduğunun tespit edilmesi, bu olayda hâkim durumun kötüye kullanıldığı gerçeğini değiştirmeyeceği gibi, Rekabet Kurulu'nun dava konusu işleminde; söz konusu arzın kısıtlanması eyleminin Kanun'un 6. maddesi kapsamında bir ihlal teşkil ettiği sonucuna ulaşılamamakla birlikte, soruşturmanın muhatabı olan teşebbüsün hâkim durumda olması nedeniyle bu tür eylemlerinin "ihlale dönüşme" riski taşıdığı ve bu hususun bildirilmesinin yerinde olduğu sonucuna ulaşıldığı gerekçesiyle, hâkim durumda olan adı geçen teşebbüsün rekabeti kısıtlayıcı karar ve uygulamalardan kaçınması yönünde Başkanlık tarafından görüş yazısı gönderilmesine "karar verilmesi de bu eylemlerin gerçekte hâkim durumun kötüye kullanılması niteliğinde olduğunun Kurulca da kabulü anlamına geldiği ve bu haliyle esasen ihlalin varlığı saptanmış olduğundan, 2002 yılından itibaren tedarik seviyesindeki ciddi azalmaların ortaya çıkmaya başladığı dikkate alındığında," Kanun'un 6. maddesinin "a" ve "d" bentlerinin ihlal edildiği anlaşıldığından, anılan Kanun'un 16.maddesinin 2. fıkrası uyarınca para cezası verilmesi gerekirken, mal vermeyi reddetme kapsamında olan süregelen arz ilişkisinin kesilmesi durumunun, hâkim durumun kötüye kullanılması olarak sayılması için taşıması gereken*

[623] RK kararı 20.7.2006 tarih ve 06-53/693-199 sayılı kararı.

[624] Dan. 13. D., E. 2007/13574, K. 2011/486, T. 7.2.2011.

unsurlardan 4. kriter olan rekabeti kısıtlayıcı etkisi olması şartının gerçekleşmediği gerekçesiyle tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır".

Danıştay, bu kararında, hâkim konumda bulunan bu teşebbüsün zaman içerisinde fiyat ve ürün kalitesinde değişikliğe giderek sistematik olarak mal vermeyi kesmesinde RKHK 6. madde kapsamında hâkim durumu kötüye kullanma hali mevcut olmasına rağmen bu durumun yıkıcı fiyat politikası olarak değerlendirilmemesi gerektiğini belirtmiştir.

Danıştay'ın hâkim durumda bulunan başka bir kamu iktisadi kuruluşu için verdiği kararda, doğrudan ücret tarifesinin yerinde olup olmadığı inceleme altına alınmıştır[625]. Danıştay, THY'nin iç hat ücret tarifesinin iptali için davada, THY'nin yürütmekle görevli ve yetkili olduğu havacılık kamu hizmetinin gerekleri nedeniyle verimlilik ilkesini göz önünde bulundurmuş ve

"*233 sayılı KHK'nin 2.maddesi (c) bedinde, kamu iktisadi kuruluşlarının kendilerine verilen görev ve kamu hizmetlerini ekonomik ve sosyal gereklere uygun olarak verimlilik ilkesi doğrultusunda yürütmeleri öngörülmüş, aynı kararnamenin 35.maddesi 1.fıkrasında da, teşebbüs, müessese ve bağlı ortaklıkların işletmelerinde üretilen mal ve hizmet fiyatlarının tespitinde serbest oldukları hükme bağlanmıştır.*

Davalı idarenin 233 sayılı KHK'nin öngördüğü biçimde üstlendiği kamu hizmetini ekonomik ve sosyal gereklere uygun olarak verimlilik ilkesi doğrultusunda yürütebilme amacını gerçekleştirebilecek şekilde fiyat tespiti yapması gereklidir. Bu durumda idare, iç hat bilet ücretleri saptanırken ücretlere girdi olan faktörler dikkate alındığından yapılan fiyat tespitinin yerinde olduğu anlaşılmaktadır." [626]

gerekçesi ile açılan davanın reddine karar vermiştir. Karardan da anlaşılacağı üzere, özelleştirme yapılmasından önceki dönemde THY'nin iç hat ücret tarifesine ilişkin uygulamanın yıkıcı bir fiyat uygulaması olmadığı tespitinde bulunulmuştur. Danıştay davanın reddi kararını verirken her ne kadar mevzuat hükümleri ile bağlı kalmaya çalışsa da ilgili ekonomik ve sosyal gerekleri de incelemiş bulunmaktadır. Danıştay'ın verimlilik ilkesini gözönünde bulundurması sırasında, gayet isabetli şekilde kamu hizmeti bakımından ekonomik ve sosyal gerekleri irdelemesi de kaçınılmazdır.

[625] Tan, Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, s.187.

[626] Dan. 10.D., E. 1989/96, K. 1989/2636, T.26.12.1989.

Sonuç olarak Türkiye gibi rekabet sisteminin yavaş oluştuğu ülkelerde, rekabeti kurmak anlamında kanunların ve ilgili düzenleyici ve denetleyici kurumların daha aktif olması gerekmektedir. Bu durum Rekabet Kurulu'nun fiyat denetim kuruluna dönüşerek sistematik fiyat kontrolü yapması anlamına gelmeyip, yasal veya doğal tekel olan teşebbüs ve işletmelerin ellerinde bulunan bu durumdan istifade ederek yıkıcı fiyat uygulamaları yapmalarının önüne geçilmesi anlamına gelmektedir[627]. Bu nedenle hâkim durumda bulunan kamu teşebbüslerinin fiyat politikalarının yıkıcı veya rekabeti engelleyecek şekilde düzenlenmemesi önem taşımaktadır.

4. İndirim Sistemleri

Teşebbüslerin, mal ve hizmetlerinin satışını arttırmak ve teşvik etmek amacıyla kendilerinden mal ve hizmet talebinde bulunan diğer işletme veya teşebbüslere ya da tüketicilere uyguladıkları bir takım satış stratejileri bulunmaktadır. Bu satış stratejileri, net ve açık olarak, çok uzun bir süreyi kapsamayacak şekilde, herkesi aynı somut kriterler kapsamında tutarak, alıcıyı gereğinden daha çok almaya özendirmeden uygulanması gerekmektedir[628]. Alıcılar için hazırlanıp uygulanan bu satış stratejileri genellikle promosyonlu satış olarak değerlendirilmektedir ve bu uygulamalar, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun[629] kapsamında düzenlenmiştir.

Uygulamada sıklıkça çeşitli türlerde[630] karşımıza çıkan bir satış stratejisi olan indirim sistemleri, ne Roma Antlaşması'nın 86. maddesinde ne de RKHK'ın 6. maddesinde açık bir şekilde hüküm altına alınmıştır[631]. Aslında herhangi bir indirim sistemi doğrudan RKHK'ya aykırı olmayıp, indirim sisteminin örneğin ayrımcılık, rakiplerin pazar dışına itilmesi gibi bazı özellik arz eden durumlarında, kanuna

---

[627] Aşçıoğlu Öz, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, s.175.

[628] Aslan, Rekabet Hukuku, s.489.

[629] R.G., T.08.03.1995, S.2222.

[630] Teşebbüslerin kendilerinden mal veya hizmet alan örneğin bayilere, toptancılara veya perakendecilere yönelik olarak uyguladıkları çeşitli fiyat indirimleri söz konusudur. Bunları hedef indirimler, sadakat (bağlılık) indirimleri ve miktar indirimleri olmak üzere üç ana başlık altında incelemek mümkündür. Bu indirim türleri için bkz. Aslan, Rekabet Hukuku, s.489-490.

[631] Büyükçoban, s.84.

aykırılıktan bahsedebiliriz. Zira piyasadaki her bir indirim sistemi uygulamasının rekabet üzerindeki etkilerinin tespiti yapılmaksızın hukuka aykırı olduğunu söyleyemeyiz[632]. Bu nedenle her indirim sistemi açısından, amacının rekabet üzerindeki etkileri incelenerek hâkim durum açısından kötüye kullanma uygulaması olup olmadığı değerlendirilmesi yapılmadır.

Her ne kadar açık hüküm bulunmadığı belirtilse de indirim sistemleri, Türk rekabet hukuku bağlamında RKHK'nın *rekabeti bozucu anlaşmaları yasaklayan* 4. maddesi ile *hâkim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan* 6. maddesi kapsamında değerlendirme altına alınmaktadır. İndirim sistemleri hakkında her ne kadar 4. madde kapsamındaki dikey anlaşmalar[633] açısından değerlendirmeler yapılsa da, bu sistemlerin rekabet karşıtı sonuçlara neden olması için her şeyden önce indirim uygulamasında bulunan teşebbüsün, ilgili olduğu piyasaya hâkim durumda bulunması gerekmektedir[634]. Bu nedenden ötürü indirim sistemlerinin değerlendirmesinde, indirim uygulamasında bulunan teşebbüsün hâkim olduğu pazar gücüne odaklanan 6. madde daha uygun bir araç olarak kabul edilmektedir[635].

Piyasalarında hâkim durumda bulunan teşebbüsler fiyatlarını uygularken yalnızca aşırı yüksek veya aşırı düşük olmasından değil aynı zamanda rekabeti bozan sonuçlara yol açıcı alıcılar için yapılan indirimlerden de kaçınmak zorundadırlar[636]. Bu yolla yapılacak indirimler kimi zaman potansiyel satıcıların pazara girmesini engellerken kimi zaman ise farklı alıcılar arasında rekabetin bozulmasına neden olmaktadır.

---

[632] Aşçıoğlu Öz, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, s.175.

[633] Dikey anlaşmalar, hammadde temin anlaşmalarından başlayarak bir ürünün tüketiciye ulaşmasına kadar geçen süreçte yer alan teşebbüsler arasındaki anlaşmalardır. Bunlar hammadde ve yarı mamul temin anlaşmaları, bazı fason anlaşmaları, toptan ve perakende dağıtım anlaşmaları gibi anlaşmalardır. Dikey anlaşmaların rekabeti sınırlayıcı özellikleri yanında dağıtımı ve satış sonrası hizmetleri rasyonelleştirmesi, tüketiciye ilgili ürünü daha kolay bulabilme olanağı sağlaması gibi olumlu yönleri de bulunmaktadır. Aslan, Rekabet Hukuku, s.248.

[634] Orak, Kamu Hizmetleri ve Kamu Teşebbüslerine Rekabet Kurallarının Uygulanması, s.339.

[635] Aslan, Rekabet Hukuku, s.489-490; Orak, Kamu Hizmetleri ve Kamu Teşebbüslerine Rekabet Kurallarının Uygulanması, s.339; Gül Anık, "*AT Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S: 65, Ankara, 2006, s.191; Büyükçoban, s.84.

[636] Anık, s.191.

Bir indirim sistemi uygulamasının hâkim durumu kötüye kullanma hali sayılabilmesi için iki koşulun sağlanması gerekmektedir. İlk olarak hâkim durumda bulunan teşebbüsün mevcut indirim uygulamalarının alıcıların hâkim durumdaki teşebbüse bağlı kalmaları ve pazara girmeye çalışan yeni teşebbüsler için ise bir engel teşkil etmesi gerekir. Dolayısıyla hâkim konumda bulunan bu teşebbüsün indirimlerinin, mal veya hizmet üretimindeki teknik gelişmelerin önüne geçmesi gerekmektedir[637]. Diğer önemli koşul ise, bu uygulamaların eşit olmayan düzensiz bir şekilde yapılması sonucu tüketicilerin zarara uğraması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, bu indirimlerin eşit olarak yapılmaması aynı mal veya hizmet alan alıcılara farklı fiyatların uygulanması sonucunu doğurur. Bu denli belirsiz ve arık indirimler uygulamak, alıcıların daha yüksek bir indirim imkânını kaçırmamak için pazarda hâkim durumda olan satıcıdan başka satıcıdan ürün almalarını engellemektedir[638]. Ancak fiyatların ve indirimlerin şeffaf olduğu pazarlarda, alıcılar kendi menfaatlerine uygun olarak hareket edebilirler.

Türk rekabet hukukumuzda, kamu teşebbüslerinin indirim sistemleri ile ilgili uygulamaları hakkında Rekabet Kurulu'nun vermiş olduğu çeşitli kararlar bulunmaktadır. Örneğin TÜRK TELEKOM A.Ş.'ye ait bir GSM şirketi olarak kurulan Aycell Haberleşme ve Pazarlama A.Ş.'nin RKHK'ya aykırı olarak düşük fiyatlandırma yapması ve buna bağlı olarak hukuka uygun olmayan rekabet kırıcı bir indirim sisteminin uygulaması gerekçesi ile önüne gelen dosyada Rekabet Kurulu, "*teşebbüsün piyasaya yeni giriş yapması, pazar payı, uygulamanın pazara etkileri, uygulamanın amacı*" bulunmadığını ifade etmiştir. Kurul,

> "*Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin telekomünikasyon pazarında sahip olduğu hâkim durumunu, ekonomik bütünlük içerisinde olduğu Aycell Haberleşme ve Pazarlama Hizmetleri A.Ş.'nin faaliyette bulunduğu GSM hizmetleri pazarında yıkıcı fiyat uygulamak suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesini ihlal ettikleri iddiasına yönelik olarak, şikayet konusu kurumsal tarifeleri rekabet hukukunda yıkıcı fiyat olarak bilinen kavramın kriterleri olan iktisadi üstünlük, olağan dışı düşük fiyat, amaç ve getiri açısından değerlendirilmiş ve Aycell Haberleşme ve Pazarlama Hizmetleri A.Ş.'nin piyasaya yeni giriş yapmaya çalışan bir teşebbüs olması, pazar payı, şikayet konusu uygulamanın pazara etkileri, uygulamanın amacı gibi unsurlar dikkate alınarak, Turkcell*

[637] Orak, Kamu Hizmetleri ve Kamu Teşebbüslerine Rekabet Kurallarının Uygulanması, s.339.

[638] Anık, s.192.

İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin iddialarının bugünkü koşullar çerçevesinde, konuyla ilgili soruşturma açılmasına yeterli bulunmadığına, ..." [639]

gerekçesi ile soruşturmanın açılmasına yer olmadığına karar vermiştir.

Rekabet Kurulu'nun başka bir kararında ise TÜRK TELEKOM A.Ş.'nin arama kartı alımına yönelik askeri birliklerin kantinlerince düzenlenen ihalelerde Türk Telekom tarafından TT Kart için sunulan satış fiyatının, hizmetin sunumu için katlanılması gereken maliyetin altında olduğu gerekçesi ile Türk Telekom'un davranışının fiyat sıkıştırmasına yol açarak 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini kapsamında hâkim durumun miktar indirimi şeklinde kötüye kullanıldığına dair yapılan şikâyet incelenmiştir[640]. Bu inceleme sonucunda TÜRK TELEKOM A.Ş. tarafından yapılan indirimlerin diğer rakip firmaları piyasa dışına indirmeye yönelik olmadığı tespiti ile 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi uyarınca idari para cezası verilmesine yer olmadığına dair karar verilmiştir.

5. Girişleri Engellemek ve Rakipleri Zor Durumda Bırakma

Teşebbüsler açısından fiyatlar ve mal veya hizmetin verilmemesi hususunda piyasaya giriş engellerinin koyulamayacağını daha önceki başlıklarda belirtmiştik. Bu sayılan davranışlar dışında da serbest piyasadaki hâkim durumun kötüye kullanılması bağlamında rekabeti engelleme uygulamaları da bulunmaktadır. Roma Antlaşması'nın 86. maddesinin (a) bendine göre; "*doğrudan veya dolaylı olarak haksız alış veya satış fiyatları veya başka adalete aykırı ticari şartlar koşulması*" hâkim durumun kötüye kullanma uygulaması olarak kabul edilmektedir. Belirtilen hükme paralel bağlamda

---

[639] RK'nın 14.8.2003 tarih ve 03-56/655-301 sayılı kararı.

[640] Rekabet Kurulu, "*Türk Telekom'un arama kartı alımına yönelik askeri birliklerin kantinlerince düzenlenen ihalelerde Türk Telekom tarafından TT Kart için sunulan satış fiyatının, hizmetin sunumu için katlanılması gereken maliyetin altında olduğudur. Daha önce belirtildiği üzere, Türk Telekom söz konusu ihalelere Javdes, Unitel ve Nettel adındaki bayileri aracılığıyla katılmakta ve söz konusu bayilerine soruşturma kapsamında "satış komisyonu" niteliğinde olduğu tespit edilen indirimler sunmaktadır. Bu bağlamda, Türk Telekom'un incelenen davranışının fiyat sıkıştırmasına yol açarak 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal edip etmediği incelenmiştir.*

... Bununla birlikte Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin söz konusu toptan pazardaki hâkim durumunu, perakende seviyedeki "arama kartları hizmetleri" pazarında fiyat sıkıştırması suretiyle kötüye kullanmadığına, dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal etmediğine ve bu nedenle adı geçen teşebbüse 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi uyarınca idari para cezası verilmesine yer olmadığına" karar vermiştir. Bkz. RK'nın 25.06.2014 tarih ve 14-22/456-201 sayılı kararı.

RKHK'da da benzer bir hüküm yer almaktadır. RKHK'nın 6. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendine göre, "*ticarî faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler*" hâkim durumun kötüye kullanılması olarak ifade edilmektedir.

RKHK'nın 6. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendinde belirtilen ve Roma Antlaşması'nın 86. maddesinin (a) bendine paralel bir şekilde düzenlenen bu husus, Adalet Divanı kararları çerçevesinde tartışılmış olan kötüye kullanma hallerinden biridir[641].

Hiç şüphesiz ki piyasadaki rakip teşebbüslerin, birbirlerinin faaliyetlerini çeşitli yollarla zorlaştırmaları veya faaliyet gösterdikleri pazara olası rakip olacak teşebbüs veya işletmelerin girmesini engellemeleri, rekabetin doğal sonucu olduğu düşünülebilir. Hatta piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin bütün piyasa davranışları, rakiplerinin piyasadaki faaliyetlerini zorlaştıracak nitelikte olabilir[642]. Fakat bu engelleme davranışları, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından hâkim durumu koruyarak piyasadaki rakipleri elemine etme amacına yönelik olarak birtakım eylemlere dönüştüğü takdirde, artık bunun hâkim durumun kötüye kullanılması olduğundan bahsedilebilecektir.

Pazara yeni girecek olan rakiplerini önlemek adına piyasada hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün çeşitli giriş engelleri yaratması, rekabeti bozucu eylem niteliği kazanmaktadır. Diğer bir deyişle, piyasada henüz var olmayan bir rakibin piyasaya girmesini engellemek amacıyla hâkim durumda bulunan teşebbüs tarafından yapılan uygulamaların hâkim durumu kötüye kullanma davranışları çatısı altında değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu uygulamalar bakımından önemli husus, mevcut pazarda henüz bir rakip işletme veya teşebbüsün bulunmaması durumunun hâkim durumda bulunan teşebbüsün uygulamaları ile pazarın bu teşebbüse bağımlı olmasıdır[643].

---

[641] Aşçıoğlu Öz, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.160-161.

[642] Aşçıoğlu Öz, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.160.

[643] Aslan, Rekabet Hukuku, s.468.

Genellikle bir piyasaya girmek, Anayasamızın 48. maddesinde korunan bir hak olup teşebbüslerin serbestçe karar alarak sözleşme yapma ve çalışma özgürlüğü ile yaptıkları faaliyetlerdir. Ancak kimi zaman bir piyasaya girme faaliyetinde bulunmak için ilgili idare tarafından verilecek olan bir münhasır hak, imtiyaz, işletme lisansı veya fikri hakka gerek duyulabilir[644]. Bunun yanı sıra, idare tarafından tarife, kota, faaliyet izni veya ruhsat adı altında çeşitli sınırlamalar konulabilmektedir[645]. Bu gibi sınırlama veya mecburiyetler çoğu zaman rekabeti sınırlayıcı olarak gözükse de, piyasa dengesinin sağlanması anlamında önem taşımaktadırlar.

Piyasada hâkim durumda bulunan teşebbüsçe, rakiplerin pazara girişinin doğrudan veya dolaylı olarak engellenmesinin açıkça rekabeti sınırlandırdığı kabul edilmektedir. Bununla beraber bazı durumlarda, rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasının her zaman kötüye kullanma sayılamayacağı aksine böyle bir tutumun rekabeti teşvik edici nitelikte olabileceği de belirtilmektedir[646].

Konuya ilişkin olarak Rekabet Kurulu'nun kararlarına bakmak, Kurul'un KİT'lerin pazara girişlerin engellenmesi ve rakipleri zor durumda bırakma faaliyetleri bakımından yaptığı değerlendirmeler bakımından önem taşımaktadır. Örneğin Rekabet Kurulu'nun Enerjisa Enerji Üretim A.Ş. ile Toros Enerji Üretimi Otoprodüktör Grubu A.Ş'nin otoprodüktör santralinde üreteceği elektriğin nakli için gerekli sözleşmeyi ile ulusal iletim ve dağıtım hattına ulaşım için gerekli bağlantıyı yapmadığı, ayrıca tesislerinde üretilen elektriği taraflar arasındaki sözleşmeye aykırı bir biçimde satın

---

644 Orak, Kamu Hizmetleri ve Kamu Teşebbüslerine Rekabet Kurallarının Uygulanması, s.321.

645 Örneğin yurt çapında bir sivil havacılık işletmesinin havayolu piyasasına girebilmesi için 2920 Sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun "*İzin*" başlıklı 18. maddesine göre; "*Gerçek ve tüzelkişilerin ticari amaçla, ücret karşılığında hava araçlarıyla yolcu veya yük veya yolcu ve yük taşımaları ile ticari amaçla diğer faaliyetlerde bulunmaları için Ulaştırma Bakanlığından izin almaları ön şarttır*". Ayrıca işletmelerinin gereği olarak "*İşletme Ruhsatı*" başlıklı 19. maddeye göre; "*Hava araçlarıyla ticari amaçla, belirli hatlar üzerinde, ücret karşılığında yolcu veya yük veya yolcu ve yük taşıması yapacak olan gerçek veya tüzelkişilerin 18 inci maddede belirtilen izinden başka, Ulaştırma Bakanlığından işletme ruhsatı almaları şarttır*". Bu örnekte de yer aldığı gibi, mevzuat tarafından belirlenen birçok piyasada izin, ruhsat ya da lisans adı altında idare tarafından verilmesi gereken şartlar yer almaktadır.

646 Aslan, Rekabet Hukuku, s.468; Aşçıoğlu Öz, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.161.

almadığı bu nedenle bu şirketlerin enerji nakli yapmasını engellediğine ilişkin şikayetleri üzerine, Çukurova Elektrik Türk Anonim Şirketi hakkında verdiği idari para cezası kararına değinmek, konun anlaşılması açısından faydalı olacaktır[647].

3096 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun[648] yürürlüğe girmesinden sonra 9.3.1998 tarihinde Enerji ve Tabi Kaynaklar Bakanlığı ile ÇEAŞ arasında "*Adana, Mersin, Hatay, Osmaniye İlleri, Kahramanmaraş İlinin Üç Köyünde Elektrik Üretim, İletim, Dağıtım ve Ticareti Hizmetlerinin Yapılması İçin Görev Verilmesine İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi*" imzalanmış ve bu bölgeleri kapsayan 1 nolu görev bölgesi 2058 yılına kadar ÇEAŞ'a verilmiştir. İmtiyaz sözleşmesinin kapsamı, belirlenen bölge sınırları içerisinde ÇEAŞ'ın bölgede elektrik üretmesi, iletmesi, dağıtması ve ticaret yapması olarak belirlenmiştir.

Enerjisa ve Toros şirketleri ise yukarıda da belirttiğimiz gerekçeler ile zorunlu unsuru imtiyaz sözleşmesi kapsamında elinde bulunduran ÇEAŞ'ın hâkim durumu kötüye kullandığı iddiasında bulunmuşlardır. Rekabet Kurulu önüne gelen bu dosyada, elektrik enerjisinin naklinde kullanılan bölgedeki iletim ve dağıtım hatlarının elektrik üretimi açısından zorunlu olduğunu vurgulayarak, ÇEAŞ'ın zorunlu unsurun verilmemesi üzerinden aynı piyasada faaliyet gösteren diğer teşebbüslerin elektrik üretimi piyasasına girmesini engelleyen bir amacı bulunduğunu belirtmiştir. Diğer bir ifade ile Rekabet Kurulu, ÇEAŞ'ın rakibi olabilecek teşebbüslerin elektrik piyasasına girmesine engel olma niyeti ile piyasada tekelleşme amacına ulaşmaya çalıştığını tespit etmiştir.

Rekabet Kurulu bu kararında önemli bir hususun altını çizmiştir. Kurul, kararda belirtilen görev bölgesinde ÇEAŞ ile diğer otoprodüktör şirketlerin dikey bütünleşik bir yapıda bulunmalarına rağmen elektrik üretim piyasasında rakip durumda olduklarını belirtmiştir[649]. 3096 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ile ilgili eleştirilerin başında, Kanunun rekabeti sağlamaya yönelik hükümlere yer vermemesi gelmektedir[650].

[647] RK'nın 10.11.2003 tarih ve 03-72/874-373 sayılı kararı.

[648] 19.12.1984 tarih ve 18610 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 3096 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu.

[649] Orak, Kamu Hizmetleri ve Kamu Teşebbüslerine Rekabet Kurallarının Uygulanması, s.325.

[650] 3096 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu, 30.03.2013 tarih ve 28603 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle mülga olmuştur.

Sözkonusu Kanun'da *3996 sayılı Bazı Yatırım Ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun*[651]'da yer alan bir ihale düzenleme şartı bulunmamaktadır. Bu nedenle Elektrik Piyasası Kanunu'na göre gerçekleştirilen Yap-İşlet-Devret projelerinin herbiri, ilgili konuda faaliyette bulunmayı talep eden teşebbüs veya işletmelerin doğrudan idareye başvurmasıyla ihale yolu olmaksızın uygulanmıştır[652]. Bu açıdan doktrinde YİD uygulamasına ilişkin iki ayrı prosedür olan 3096 sayılı ve 3996 sayılı Kanunlar kıyaslanarak, 3996 sayılı Kanun ile ihale aşamasında piyasa için rekabetin bulunduğu, ancak 3096 sayılı Kanun'da ihale aşaması olmamasından dolayı bu hususun yer almadığı belirtilmiştir[653].

---

[651] 13.6.1994 tarih ve 21959 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 3996 sayılı Bazı Yatırım Ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun.

[652] YİD hakkında daha fazla bilgi için bkz. Tan, Kamu Hizmeti İmtiyazından "Yap-İşlet-Devret" Modeline, s.308.

[653] Orak, Kamu Hizmetleri ve Kamu Teşebbüslerine Rekabet Kurallarının Uygulanması, s.325; Sedat Çal, **Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü**, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB) Yayını, Ankara, 2008, s.58. Aksi yönde görüş için bkz. Mert Karamustafaoğlu, **Elektrik Üretimi Pazarındaki Mevcut Sözleşmelerin Pazarın Rekabetçi Yapısı Üzerindeki Etkileri**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2003, s.58.

Bu görüşlerin dışında 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle beraber YİD sözleşmeleri Kanunun kapsamına girmiş ve elektrik piyasasında YİD modeli kendisine yer bulmuştur. Örneğin Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinin (ü) bendinde mevcut sözleşmeler; "*20/2/2001 tarihli ve 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce, 4/12/1984 tarihli ve 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun, 8/6/1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun, 16/7/1997 tarihli ve 4283 sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun, 21/1/2000 tarihli ve 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun hükümleri ve ilgili yönetmeliklere göre imzalanan sözleşmeleri, imtiyaz sözleşmelerini ve uygulama sözleşmelerini*" tanımlamaktadır. Ayrıca "Yatırım bedellerinin güncellenmesi" başlıklı 28. madde de belirtilen; "*Mevcut sözleşmeleri çerçevesinde faaliyet gösteren ve DSİ katılım payları tarife yoluyla TETAŞ tarafından ödenen işletmedeki yap-işlet-devret modeli hidroelektrik santrallerin sözleşmelerinde ABD Doları cinsinden yer alan DSİ enerji katılım payları, sözleşmede yer aldığı miktarda ödeme tarihindeki Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası döviz kuru üzerinden her işletme yılının sonunda DSİ'ye ödenir*" hükmü ile "Yap-işlet-devret sözleşmesi" başlıklı geçici madde 2'ye göre; "*3096 sayılı Kanun hükümlerine göre Bakanlık ile yap-işletdevret sözleşmesi yapmış olan fakat işletmeye girmeden sözleşmelerini sonlandırmış veya sonlandıracak şirketlerin, bu Kanun kapsamında lisans alarak faaliyetlerini sürdürmelerini teminen, sözleşme kapsamında yap-işlet-devret tesislerinin kurulması için lehlerine irtifak hakkı tesis edilmiş olan Hazine taşınmazları, üzerindeki tesislerin*

Rekabet Kurulu'nun kararı incelendiğinde, Enerjisa ile Toros'un iddialarına karşı ÇEAŞ'ın verdiği savunmada birkaç husus önemle karşımıza çıkmaktadır. Öncelikle ÇEAŞ savunmasında, ilgili pazarın kamu hizmeti niteliği taşıması ve imtiyaz usulüne dayalı olarak çalışması nedeniyle bu pazarda ticaret yapmak isteyen bir şirketin ilgili mevzuata uygun statüsünün olup olmadığının rekabet hukuku bakımından da öncelikle değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Buna bağlı olarak, kamu hizmetinin kendisine getirdiği yatırım yapma ve birçok yere bedelsiz elektrik verme gibi yükümlülükler çerçevesinde hiçbir kamu hizmeti yatırımda bulunmayıp kamu yükümlüklerine tabi olmayan bir diğer otoprodüktör teşebbüs veya işletmelerin rakip olarak sayılamayacağı ve bu nedenle de şikayete konu faaliyetlerinin rekabeti önleyici bir nitelik taşımadığı belirtilmiştir. ÇEAŞ'ın ETKB ile imzalamış olduğu imtiyaz sözleşmesini inceleyen Kurul, imtiyaz sözleşmesinde ekonomik karşılığı öngörülmüş olmayan her hangi bir külfetin bulunmadığını ve RKHK'dan muaf tutularak kendisi hakkında rekabet kurallarının uygulanmaması gerektiğine dair bir hükmün yer almadığını belirtmiştir[654].

---

değeri dikkate alınmaksızın, rayiç bedeli üzerinden Maliye Bakanlığınca bu şirketlere doğrudan satılabilir" hükmü YİD'lerin elektrik piyasası kapsamındaki yerini bir kez daha belirtmektedir.

654 "*Her şeyden önce ÇEAŞ'ın borsada işlem gören bir özel sermaye şirketi olduğunu belirtmek yerinde olacaktır. Bu çerçevede, ÇEAŞ, söz konusu hizmetlerin ifası esnasında elde edeceği kâr ve karşılaşacağı zarardan bizatihi kendisi sorumludur ki, bu durum Yüksek Yargı organlarının kararlarında da açıkça teyit edilmiştir.*

İkinci olarak, ÇEAŞ'ın yükümlükleri ve haklarının çerçevesi İmtiyaz Sözleşmesi'nde belirlenmiştir. İmtiyaz Sözleşmesi hükümlerinde ÇEAŞ'a yüklenilen külfetlerin bir ekonomik karşılığı olduğu, dolayısıyla ÇEAŞ'a rekabet mevzuatının uygulamasından muaf tutulmasını sağlayacak nitelikte bir sorumluluğun yüklenmediği görülmektedir. Bu durum, aşağıda yer verildiği üzere, İmtiyaz Sözleşmesi'nin "Tarife" başlıklı 12. maddesinden açıkça anlaşılmaktadır:

"Elektrik enerjisi satış tarifeleri, yürürlükteki mevzuat hükümleri ve aşağıdaki hususlar göz önünde bulundurulmak suretiyle hazırlanarak, Şirket'in önerisi ve Bakanlığın onayıyla yürürlüğe girecektir. Tarifelerin tespitinde;

a) Yakıt ve malzeme masrafları: kullanılan her çeşit yakıt, yağ ve işletme malzemesinin tutarı, b) Su masrafları: Hidroelektrik santrallerde kullanılan su bedeli, c) Dışarıdan alınan enerji bedeli: Şirketin kendi üretimi olmayıp dışarıdan aldığı elektrik enerjisi için ödeyeceği meblağ, d) Personel masrafları: Her türlü işçi ve personele yapılan masraflarla yönetim ve denetim giderleri, e) Bakım ve onarım masrafları: Bina, makina ve tesisatla, nakil vasıtaları ve demirbaşların bakım ve onarımı için yapılan masraflar, f) Vergi, resim ve harçlar: Üretilen enerjinin taşıdığı vergi, resim ve harçlar, g) Kanuni ihtiyatlar, h) Fonlar, i) Teknik ve sermaye amortismanları, j) Yatırımlar için sağlanan kredilere ait faizler, ana para ile bunlara ilişkin kur farkları, k) Çeşitli masraflar: Görev konusu işlerle Bakanlık tarafından verilecek sokak aydınlatması ve benzeri görevlerin ifa, idame ve idaresi için lüzumlu her türlü masraflar, l) İşletme hakkı devir bedeli, m) Şirketin yeniden değerlendirilmiş,

İkinci husus ise ÇEAŞ'ın kamu hizmeti görmesi nedeniyle imtiyaz sözleşmesinin kendisine bir tekel hakkı verdiği savunmasının yerinde olmadığına ilişkindir. Kurul bu savunmaya ilişkin olarak, kamu hizmeti kavramının ve imtiyaz hakkının bir tekel hakkı içermediğini, bu nedenle de imtiyaz sahibinin tekel hakkı dolayısıyla rekabete karşı korunması gerektiği görüşünün doğru olmadığını belirtmiştir. Bu doğrultuda, rakip teşebbüslerin, ister otoprodüktör, ister üretim şirketi statüsünde olsun, pazara girişini engelleyen yasal bir düzenlemenin söz konusu olmadığı; bir başka deyişle, imtiyaz hakkının bir tekel hakkına işaret etmediği görüşüne dayanarak, Enerjisa ve Toros'un pazara girişlerinin kısıtlanamayacağı kanaatine varılmıştır[655]:

> "*İmtiyaz Sözleşmesi, ilk fıkrasından da açıkça anlaşılacağı üzere, Bakanlık ile ÇEAŞ arasında, bölgedeki elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti hizmetlerinin yapılması koşullarını belirlemek üzere düzenlenmiştir. İmtiyaz Sözleşmesi'nin "Sözleşmenin Konusu" başlığını taşıyan 2. maddesi aşağıdaki şekildedir: "Sözleşmenin konusu, Çukurova Elektrik Anonim Şirketince, Adana, Mersin, Hatay, Osmaniye İllerinin tamamı, Kahramanmaraş İlinin Merkez İlçesi Merkez Bucağı Küçükasır ve Yeşildere Köyleri ve Merkez İlçe Yeniköy Bucağına bağlı Kısıklı Köyünün sınırladığı görev Bölgesi içinde bulunan Seyhan I-II, Kadıncık I-II, Yüreğir ve Sır Hidroelektrik Santralleri ile yapımı devam etmekte olan Berke Hidroelektrik Santralinin İşletilmesi, aynı bölgedeki TEDAŞ*

ödenmiş sermayesine ve piyasa koşullarına göre makul oranda bir temettü göz önünde bulundurulacaktır."

Madde kapsamından, ÇEAŞ'ın, Bakanlığın yüklediği bedelsiz hizmetler de dahil olmak üzere, herhangi bir teşebbüs gibi her türlü maliyetini fiyatlara yansıtabildiği görülmektedir. Kamu hizmeti kavramı işin niteliğinin kamusal bir yarar içermesini ifade etmekte olup, bu hizmeti gören özel teşebbüs açısından, aksi görev sözleşmesinde belirtilmedikçe, bedeli olmayan bir yükümlülük getirmemektedir. Bu çerçevede, ÇEAŞ'ın rekabet mevzuatından muaf tutulmasını gerektiren türden bir sorumluluğuna rastlanmamıştır. 4054 sayılı Kanun'un 3. maddesinde de 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. Bu çerçevede ÇEAŞ, ekonomik faaliyet gösteren bir özel sermaye şirketi olarak 4054 sayılı Kanun bakımından bir teşebbüstür. 4054 sayılı Kanun'un kapsam maddesi olan 2. maddesinde de, "Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarda 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 hukuki işlem ve davranışlar, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemler bu Kanun kapsamına girer." denilerek, mal ve hizmet üreten her türlü teşebbüsün rekabete aykırı davranış ve işlemlerinin Kanun kapsamı dahilinde olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle, ÇEAŞ'ın İmtiyaz Sözleşmesi ile görevlendirilmiş bir şirket olması, 4054 sayılı Kanun'un uygulanmasına engel teşkil etmemektedir." Bkz. RK'nın 10.11.2003 tarih ve 03-72/874-373 sayılı kararı, s.80-81.

[655] RK'nın 10.11.2003 tarih ve 03-72/874-373 sayılı kararı, s.76.

uhdesinde bulunan dağıtım tesislerinin işletme haklarının Şirkete devri, yeni üretim ve dağıtım tesislerinin yapımı, görev bölgesi içerisinde enerji ticareti yapılması ve sözleşme süresinin sonunda söz konusu tesislerin Şirket tarafından Bakanlığa veya Bakanlığın göstereceği Kuruluşa devredilmesidir.

Söz konusu hükümlerden de anlaşılacağı üzere, ÇEAŞ yukarıda belirtilen santralleri işletme ve yeni üretim tesislerini yapma yetkisine sahiptir. Ancak ne bu maddede, ne de İmtiyaz Sözleşmesinin takip eden bölümlerinde üretimde bir tekel hakkı tanıyan ya da görev bölgesi içerisine başka bir üretim şirketinin girmesini ve faaliyet göstermesini engelleyen nitelikte bir hükme rastlanılmamıştır. Söz konusu iddianın aksine, İmtiyaz Sözleşmesinin diğer hükümleri ÇEAŞ'a üretim seviyesinde tanınmış bir tekel hakkının söz konusu olmadığını göstermektedir. Sözleşmenin 6. maddesinin (g) bendinde yer alan "Şirket, görev bölgesi içerisinde üretim tesisi kurma ve işletme izni verilen üretim şirketlerince üretilecek enerjiye gereksinim duyması halinde, bu enerjiyi Bakanlıkça onaylanan tarifeye göre satın alabilecektir." şeklindeki hükümden, 3096 sayılı Kanunda da yer aldığı gibi, birden fazla üretim şirketinin Bakanlık'tan izin alarak ÇEAŞ'ın görev bölgesinde faaliyet gösterebileceği anlaşılmaktadır."

Kararda Kurul, "*..Söz konusu iddianın aksine, İmtiyaz Sözleşmesinin diğer hükümleri ÇEAŞ'a üretim seviyesinde tanınmış bir tekel hakkının söz konusu olmadığını göstermektedir...*" ifadesiyle, imtiyaz sözleşmesi kapsamında ÇEAŞ'ın iddia edildiği gibi bir tekel hakkına sahip olmadığını tespit etmiştir. Gerçekten de imtiyaz, bir tekel değildir. Aksine imtiyaz ile tekelin farkı, imtiyazın rekabet edecek başka bir teşekkülün varlığını dışlamaması noktasında görülür[656]. İdare hukuku bağlamında konuyu irdelediğimizde, imtiyaz sözleşmesinin sahibinin en önemli haklarından bir tanesinin sözleşmenin mali dengesinin korunmasını talep etme hakkı olduğunu görmekteyiz. Sözleşmenin mali dengesinin korunması, diğer ismi ile "Fait du Prince" ilkesi, idari sözleşmenin koşullarının, idarenin sözleşme yapma yetkisi dışındaki başka bir yetkisine dayanarak aldığı karar veya yaptığı işlemleriyle ağırlaşmasının sonucunda özel hukuk teşebbüsünün zararının karşılanması için kullanılan ilkedir[657]. "Egemen olgusu" ilkesi olarak tanımlanan bu ilkeye göre, sözleşmeye taraf olan idarenin başka bir eylem ya da işlemi sonucunda sözleşmenin mali dengesinin bozulması gereklidir. Diğer bir ifade ile

[656] Çakır, s.385.

[657] İmtiyaz Sözleşmesi hakkında daha fazla bilgi için bkz. Yayla, İdare Hukuku, s.174; Yaşar, İdare Hukuku, s.182; Yıldırım / Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün / Tekinsoy, (*Bölüm: Kamu Hizmeti, Yazar: Yasin*), s.511; Tan, İdare Hukuku, s.434; Gözler, İdare Hukuku, C. 2, s.381; Atay, İdare Hukuku, s.597.

sözleşmeye taraf olmayan bir idare tarafından sözleşmenin mali dengesinin imtiyaz sahibi aleyhine bozulması durumunda bu ilke uygulanamaz[658].

İmtiyaz sözleşmesinden anlaşılacağı üzere idare, sözleşme ile belirlenen kamu hizmetinin daha iyi ve kapsamlı yürütülmesini, aynı zamanda farklı bir teşebbüsten de isteyebilir. Ancak bu durumda hali hazırda sözleşmenin tarafı olan imtiyaz sahibini korumak bakımından gerekli kolluk yetkilerini kullanmakla sorumlu olan idare, imtiyaz sahibinin bu sözleşme bağlamında mali dengesini bozacak işlem ve eylemlerden de kaçınmalıdır. Yani bir anlamda imtiyaz sahibinin haklarını da tamamen ortadan kaldırmamalıdır. Bu sebepten ötürü idarenin bir çeşit rekabete karşı koruma yükümlülüğü de bulunmaktadır. Yine bu uygulamaya paralel olarak 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un "Kamu Hizmetlerinin Gördürülmesinin Özelleştirilmesi" başlıklı 15. maddesinin 3. fıkrasında; "*Genel ve katma bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların sadece tekel niteliğindeki mal ve hizmet üretim faaliyetleri ile kamu iktisadi kuruluşlarının temel kuruluş amaçlarına uygun mal ve hizmet üretim faaliyetleri imtiyaz addolunur*" hükmüne yer verilmiştir[659].

Ticaret veya rekabet kavramları, klasik kamu hizmeti ilkeleri göz önünde bulundurulduğu zaman idare hukukuna hâkim olan kamu hizmeti faaliyetinde kendilerine yer bulamazlar. Öte yandan, kamu hizmetinden yararlananlardan, bu yararlanma karşılığında alınan bedelin bir fiyat olup olmadığı, içinde kâr bulunup bulunmadığı konusu da tartışmaya açık olan bir konudur[660]. Hatta uzun zaman devletin verdiği kamu hizmetlerinde kâr unsurunun da olmayacağı, devletin bu tür hizmetlerin sunulmasında kimi zaman masrafları için katılım payı alması gibi uygulamalara rastlansa da, kamu hizmeti için belirlenen bedellerin kâr unsurunu içeremeyeceği savunulmuştur[661]. Ancak imtiyaz sözleşmesinin ve buna bağlı olarak ilgili kamu hizmetinin devamı açısından kâr

---

[658] Yıldırım / Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün / Tekinsoy, (*Bölüm: Kamu Hizmeti, Yazar: Yasin*), s.514.

[659] 27.11.1994 tarih ve 22124 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun.

[660] Çal, Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü, s.20. Bkz. Yayla, *Sosyal Devletten İktisadi Devlete (veya Kamu Hizmetinin Sonu) Anayasa Mahkemesinin 18.2.1985 Gün ve 1985/4 Sayılı Kararı*, s.35-37.

[661] İbid., s.20.

amacı güden imtiyaz sahibinin korunması adına tekel hakkının tesis edilmesine olanak bulunmadığı da görülmektedir.

Rekabet Kurulu'nun girişleri engellemek veya rakipleri zor durumda bırakmak ile ilgili bir başka örneği ise, Türk Telekom hakkında ilgili pazarda hâkim durumu kötüye kullanma eylemi iddiası üzerine yapılan ön araştırmadır[662]. Kurulun karşısına gelen dosyada, Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin Jan İletişim Teknolojileri San. ve Tic. Ltd. Şti.'ye ücretli olarak kullandırdığı rehber veri tabanını, kendi internet sitesi üzerinden tüm internet kullanıcıları ile ücretsiz bir biçimde paylaşma faaliyetinin, aynı zamanda piyasada rakibi olan Jan iletişim Teknolojileri San. Ve Tic. Ltd. Şti.'yi zor duruma düşürmeye sebep olduğu iddia edilmiştir. 28.02.2001 tarihinde Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı ile Türk Telekomünikasyon A.Ş. arasında imzalanan Görev Sözleşmesine göre "online" ve ücretsiz olarak rehberlik hizmetinin sunumuna başlanmıştır. Ayrıca 16.06.2005 tarih ve 5369 sayılı Evrensel Hizmetin Sağlanması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesi ile birlikte rehberlik hizmeti evrensel hizmet olarak belirlenmiş ve Türk Telekomünikasyon A.Ş. ile Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu arasında imzalanan Telekomünikasyon Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi kapsamında evrensel hizmeti sağlamakla yükümlü kılınmıştır[663]. Hizmetin zorlukları ve elektronik ortamda rehberlik hizmeti sunmamanın evrensel hizmet yükümlülüğünün yerine getirilmemesi olarak algılanacağından ötürü BTK tarafından Türk Telekomünikasyon A.Ş.'ye hizmetin elektronik ortamda ve ücretsiz vermeye başlaması gerekliliği bildirilmiştir. Dolayısıyla, başvuru sahibi Jan İletişim'in henüz faaliyet göstermediği ve rehberlik hizmetlerine ilişkin düzenlemelerin BTK tarafından yapılmadığı dönemde dahi ücretsiz olarak sunulan elektronik ortamda rehberlik hizmetinin, herhangi bir teşebbüsün faaliyetini zorlaştırmak

[662] RK'nın 26.11.2014 tarih ve 14-46/831-373 sayılı kararı.

[663] "*5369 sayılı Evrensel Hizmet Kanunu'nun "Evrensel Hizmetin Kapsamı" başlıklı 5. maddesinin (c) bendinde "basılı ya da elektronik ortamda sunulacak telefon rehberlik hizmetleri"nin de sayıldığı ve Türk Telekomünikasyon A.Ş. ile BTK arasında imzalanmış olan Telekomünikasyon Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi'nin "Evrensel Hizmet" başlıklı 10. maddesinin (c) bendinde de benzer bir hükmüne yer verilmiştir."* Bkz. RK'nın 26.11.2014 tarih ve 14-46/831-373 sayılı kararı.

ya da herhangi bir teşebbüsü piyasa dışına çıkarmak gibi bir amacı olmadığı gerekçesiyle Kurul şikâyetin reddi ile soruşturma açılmamasına karar vermiştir.

Rekabet Kurulu'nun verdiği kararlardan da açıkça anlaşıldığı üzere, rekabetçi piyasanın korunabilmesi için kamu yararı taşıyan faaliyetlerin, diğer bir deyişle kamu hizmetlerinin, feda edilemeyecek nitelikte bir oranda piyasada var olması gerekmektedir. Özellikle RKHK'un düzenlemeleri bakımından piyasa ve ticari faaliyetlerin kamu hizmeti faaliyetlerine nazaran daha arka planda kalmaları söz konusudur[664]. Kamu hukuku ile rekabet hukukunun karşı karşıya geldiği bu tip durumlarda, ayrımın hakkaniyetli yapılabilmesi için özellikle Danıştay olmak üzere idari yargıya büyük bir sorumluluk yüklenmektedir. Danıştay'ın, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın 31.1.1995 tarih ve 22188 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan, dağıtım kuruluşlarının tüketicilere uygulayacakları satış fiyatlarının alt ve üst sınırının tespitine ilişkin, 1995/1 sayılı "*Doğal Gaz Satış Fiyatı Tespit Kararı Tebliği*"ni incelediği kararı önemli bir örnektir.

Kararında, dağıtım kuruluşlarının, şehirlerde konut, resmi daire, ticarethane tüketicilerine doğalgaz satışı tavan fiyatını Boru Hatları ile Petrol Taşıma A.Ş'ın dağıtım kuruluşuna satış fiyatının üzerinden oranlarken, herhangi bir araştırma ve incelemeye dayanmadığını saptayan Danıştay, yetkinin kamu yararı ve hizmetlerine uygun kullanılmaması nedenleriyle ve

> "*Aktarılan gelişmeler bir arada değerlendirildiğinde, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının, dağıtım kuruluşlarının doğalgaz satış tavan ve taban fiyatlarını tespit ederken; kendi ifadesiyle, dağıtım kuruluşlarının maliyetleri, yatırım ihtiyaçları, alternatif yakıt maliyetleri, BOTAŞ`ın ithalat şartlarına göre her üç ayda bir dolar bazında belirlediği satış fiyatının kur değişimleri ve işletme şartları nedeniyle yüklediği ek maliyetleri, sonuçta 3194 sayılı Yasada belirtildiği gibi piyasa ihtiyaçlarını araştırmadığı ve fiyat sınırlamasını bu verilerin değerlendirilmesine dayalı olarak öngörmediği sonucuna ulaşılmaktadır.*
>
> *Bu durumda, dağıtım kuruluşlarının şehirlerde konut, resmi daire, ticarethane tüketicilerine doğalgaz satışı tavan fiyatını BOTAŞ`ın dağıtım kuruluşuna satış fiyatının; 1995/1 sayılı Tebliğle % 30 fazlası, 1997/1 sayılı Tebliğle % 70 fazlası, 1997/2 sayılı Tebliğle % 45 fazlası olarak belirleyen, bu belirlemelerini herhangi bir araştırma, inceleme ve hesaplamaya dayandırmayan Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı`nın; 3194*

[664] Burak Öztürk, **Kamu Hizmeti imtiyaz Sözleşmeleri**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2000, s.80.

sayılı Yasayla verilen yetkisini piyasa ihtiyaçlarını dikkate alarak, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun kullanmadığı anlaşılmaktadır."

gerekçesiyle tebliği iptal etmiştir[665]. Karadan sonra Rekabet Kurumu Hukuk Müşavirliği'nin Başbakanlık Kanunlar Kararlar genel Müdürlüğü'ne göndermiş olduğu 09.03.2004 tarih ve B.50.REK.0.03.00.00 – 149 sayılı görüşte şu ifadelere yer verilmiştir[666];

"*Henüz iletim piyasasına yeni şirketler giriş yapmadıkları için mevcut durumda BOTAŞ iletim piyasasına hâkim durumdadır. BOTAŞ'ın söz konusu hâkimiyetini kötüye kullanmasını önlemek için diğer faaliyetleri ile ayrıştırma yapılması önem arz etmektedir. Ayrıca araştırmanın en basit şekli olan muhasebe araştırmasının 2004 yılı sonuna kadar tamamlanması Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'nun tarifeleri belirlemesi sırasında çapraz sübvansiyona izin vermemesi açısından önem arz etmektedir.*"[667]

Kurulun tavsiye mahiyetindeki görüşüne göre, hâkim durumda olan BOTAŞ'ın bu durumunu kötüye kullanmasının önüne geçebilmek için diğer faaliyetleri ile ayrıştırma yapılmasının belirtilmesi her ne kadar öneme sahip olsa da, piyasanın oluşması durumunda iletim, üretim gibi faaliyetlerin kesin çizgiler ile bir birinden ayrılması gerekmektedir. Kurul ilerideki çalışmaların bu kapsamda yürütülmesi lüzumunu da ayrıca tavsiye etmektedir.

6. Ayrımcılık

Eşit statülerde bulunan kimselere birbirinden farklı tutum ve davranışlar sergilenmesi, kaçınılmaz olarak rekabeti önleyici bir hareket olarak düşünülmektedir. Eşit hak, yükümlülük ve edimlere sahip olan alıcılara karşı farklı şartlar ileri sürmek ve doğrudan ya da dolaylı bir biçimde ayrımcılık yapmak, en temel hâkim durumu kötüye kullanma hali olarak karşımıza çıkmaktadır[668].

---

[665] Dan. 10.D., E. 1995/5447, K. 1998/1162 T.16.3.1998.

[666] (http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/gorusler/gorus46.doc) (Erişim: 03.10.2016).

[667] 31.12.2011 tarih ve 28159 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 28.12.2011 tarih ve 3617 sayılı Kurul Kararı ile "BOTAŞ İletim Şebekesi İşleyiş Düzenlemelerine İlişkin Esaslar" ile Avrasya Gaz İletim Şebekesi kurulmuş olup, piyasa oluşturulmuştur.

[668] Usta, s.134.

RKHK'nun 6. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendine göre, "*eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayırımcılık yapılması*" yasaklanmıştır. AB Kurucu Antlaşması'nın 82. maddesinin (c) bendinde yer alan "*işlemlerin taraflarına eş edimler için eşit olmayan koşullar uygulayarak, onları rekabette dezavantajlı duruma sokma*" faaliyeti ile paralellik taşıyan RKHK'nun bu hükmü, eşit koşullarda bulunan muhataplar açısından ayrım uygulanmasını engelleme gayesi taşımaktadır.

RKHK'nun 6. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendinde belirtilmiş olan "*eşit durumdaki alıcılar*" ifadesi bizlere, hükmün vurgulamayı amaçladığı asıl noktayı sunmaktadır. Buna göre birbirlerinin yerine ikame edilebilen alıcıların eşit durumda olması gerekmektedir[669]. Eğer bahsi geçen alıcılar eşit durumda değil iseler, haklarında yapılan farklı uygulamalar ayrımcılık olarak değerlendirilemeyecektir[670]. Dolayısıyla farklılık arz eden faaliyetlerin ayrımcı bir uygulama olduğunu iddia edebilmek için en azından potansiyel olarak rakip kişilere uygulanması gerekmektedir. Aksi halde bir işletmenin farklı pazarlarda, rekabet koşullarının ön gördüğü ölçüde ayrı ayrı belirlediği bedel politikaları nedeniyle ortaya çıkan durum ayrımcılık olarak nitelendirilebilecek ve bu nedenle işletmelerin farklı pazarlara uyum sağlamasının önüne geçilmiş olacaktır[671].

Ayrımcı uygulamalar kapsamında RKHK'yı incelediğimiz zaman benzer bir düzenleme "*Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar*" başlığını taşıyan 4. maddenin 2. fıkrasının (e) bendinde yer almaktadır. Kanunun 6. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendinde benzer nitelik taşıyan 4. maddenin 2. fıkrasının (e) bendinde

---

669 İbrahim Gül, **Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hâkim Durumunu Kötüye Kullanması**, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2000, s.46.

670 "*Örneğin toptan dağıtıcı olan alıcı ile perakende alıcı birbirini ikame edemez. Diğer bir deyişle toptan alıcı ile perakende alıcı karşılıklı olarak yer değiştirmeleri durumunda bir uygunsuzluk ortaya çıkar. Bu uygunsuzluk perakende alıcının toptan alıcının hâkim durumda bulunan teşebbüsle olan ilişkilerinin yürütebilmesinin mümkün olmamasıdır. Bunun yanında toptan alıcı ile perakende alıcının pazardaki işlevleri de farklıdır. Toptan alıcı ile perakende alıcının eşit durumda bulunmaması nedeniyle hâkim durumda bulunan teşebbüsün toptan alıcı ile perakende alıcıya farklı davranması bir ayrımcılık oluşturmaz. Bir malı üreticiden direk alan alıcı ile komisyoncu sıfatıyla alan alıcı eşit durumda değildir. Gerçekten komisyoncu pazardaki işlevi gereği urunu diğer alıcıdan daha uygun şartlarda alması durumunda komisyonculuk işlevini yerine getirebilir.*" Bkz. İbid., s.47.

671 Aslan, Rekabet Hukuku, s.482.

belirtildiği üzere, "*münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması*" yasaklanmıştır. Eşit statülerde bulunan kimselere ayrımcı davranışların her iki madde kapsamında ayrı olarak düzenlenmesi aralarında bulunan önemli bir farktan kaynaklanmaktadır. Kanunun 4. maddenin 2. fıkrasının (e) bendindeki ayrımcılıktan söz edilebilmesi için, ayrımcılığa neden olan anlaşma ve eyleme taraf olan en az iki teşebbüs ve ayrımcılığa maruz kalan en az bir teşebbüs bulunmalıdır[672]. Diğer bir deyişle en az üç tarafın varlığı, Kanun ile yasaklanan rekabeti sınırlayıcı anlaşmanın oluşabilmesi için gereklidir. Ancak hâkim durumu kötüye kullanan teşebbüslerin ayrımcı nitelikteki tek taraflı eylemlerini incelerken, Kanun'un 6. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendini göz önünde bulundurmamız gerekir.

Hâkim durumda bulunan teşebbüslerin piyasada yapmış oldukları ayrımcılık, doğrudan ya da dolaylı ayrımcılık olarak karşımıza çıkabilmektedir[673]. Doğrudan ayrımcılık yolu ile hâkim durumu kötüye kullanan teşebbüsler, ağırlıklı olarak fiyatlar üzerinden bu faaliyetlerini gerçekleştirmektedirler. Fiyat ayrımı yapan hâkim durumdaki teşebbüs, eşit durumda bulunan alıcılara farklı fiyat uygulamalarında bulunarak alıcılar arasında bir eşitsizlik yani farklılık yaratmaktadır[674]. Ortaya çıkan ayrımcılığın tespiti, hâkim durumdaki teşebbüsün faaliyetlerinin hukuka uygunluğunun denetimi açısından önem taşımaktadır. Bu nedenle fiyat bakımında yapılan ayrımcılık unsurlarının ortaya konulması gerekmektedir[675]. Birinci unsur, yapılan ayrımcı işlemlerin muhatap teşebbüslerin konumları üzerindeki etkileri ve aralarında kıyaslama ile karşılaştırma yapılmasıdır. Diğer unsur ise uygulanan fiyata etki edebilecek olası diğer piyasa faktörlerinin değerlendirilmesidir.

Danıştay da, doğrudan fiyat ayrımcılığı unsurları ile ilgili olarak benzeri tanımlamalarda bulunmuştur. Türkiye 1. Profesyonel Futbol Ligi Karşılaşmaları

---

[672] Aşçıoğlu Öz, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, s.161.

[673] Gül, s.64.

[674] Orak, Kamu Hizmetleri ve Kamu Teşebbüslerine Rekabet Kurallarının Uygulanması, s.334.

[675] Gül, s.77.

Görüntüleri Pazarında tek sağlayıcı durumda olan davacı şirketin, bu hâkim durumunu kötüye kullanarak "üç dakikalık haber amaçlı görüntü kasetlerinin" temini konusunda eşit konumda olan yayın kuruluşlarına farklı fiyat uygulandığından bahisle 4054 sayılı RKHK'nun 16. maddesinin 2. fıkrası uyarınca idari para cezası uygulanmasına ilişkin Rekabet Kurulu'nun;

> "*Cine 5 tarafından uygulanan fiyatlandırma sisteminde yukarıda yer verilen kriterlerin dikkate alınmadığı ve reklam gelirine dayalı fiyatlandırmanın objektif olmaktan uzak olduğu,*
>
> *bu eylemin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un "Hakim Durumun Kötüye Kullanılması" başlıklı 6 ncı maddesinin;*
>
> *"Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır" şeklindeki genel hükmünü ihlal eder nitelikte olduğu ve özellikle de;*
>
> *"Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapması" hükmünü içeren (b) bendine uygunluk gösterdiği,*
>
> *bu nedenlerden dolayı, Cine 5'in 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16 ncı maddesinin ikinci fıkrası uyarınca cezalandırılması gerektiği…*"

gerekçesiyle verdiği kararın[676] iptali istemiyle açılan davada Danıştay, kamu yararına hareket edilmesinden kaynaklanan bu tutumun ayrımcı bir davranış olmadığını belirterek, Rekabet Kurulu'nun vermiş olduğu kararı,

> "*4054 sayılı Kanunun 6ncı maddesi hâkim durumu değil, onun kötüye kullanılmasını yasaklamıştır. Ancak kötüye kullanma tanımlanmamış, sadece bazı kötüye kullanma durumları örnekleme yoluyla sayılmıştır. Aslında hizmetin durumu, hitap ettiği kitle, bu kitle için taşıdığı önem dikkate alındığında tek sağlayıcının diğer televizyon kanallarıyla yaptığı sözleşmeler arasında oluşan fiyat farklılığının, futbol gibi Türkiye'de birbirinden farklı ve yoğun bir kitleye hitap eden bir sporun toplumun her kesimine, dolayısıyla, kanallar itibariyle izleyicilere ulaştırılması amacıyla farklı gelirlere sahip kanallar arasında farklı fiyatların uygulanmasıyla, hitap edilen tüm kesimlere müsabakaların ulaştırılması amaçlanarak, bir anlamda, toplumun yararına hareket edilmesinden kaynaklandığı sonucuna ulaşılmıştır. Bu bağlamda, fiyatlandırmanın objektiflikten uzak olarak belirlenmesinden ve ayrımcılık yapılmasından söz edilemeyeceğinden, olayda 4054 sayılı Yasanın 6/b maddesine aykırı bir durum söz konusu değildir.*" [677]

---

[676] RK'nın 10.11.1999 tarih ve 99-46/500-316 sayılı kararı.

[677] Dan. 10. D. E. 2001/355, K. 2003/4245, T.4.11.2003.

gerekçesiyle iptal etmiştir[678].

Danıştay kararından anlaşılacağı üzere, rekabet hukuku kapsamında ayrımcılık yasağının unsurlarını belirlerken kamu hizmeti sunan teşebbüsler söz konusu olduğu zaman kamu yararı kavramının da incelenmesi gerekmektedir. Sunulan bir hizmet veya malın bedelleri arasında ayrımcılık yapılıp yapılmadığının incelenmesinde, piyasada sunulan hizmet veya malın kullanım amacı ve işlevinin yanı sıra kamu yararı niteliği de incelenmelidir[679]. Dolayısıyla hizmet veya maldan faydalanan alıcılar üzerinde kamu yararı ölçtü bağlamında bir inceleme yapmak, piyasada hâkim durumda bulunan teşebbüsün tutumunun kötüye kullanma kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin belirlenmesinde yardımcı olacaktır.

Ayrımcılık bakımından yapılan incelemelerden birisi de telekomünikasyon piyasasında ortaya çıkmaktadır. Telekomünikasyon sektöründe yapılan ayrımcılık faaliyetleri, özellikle tarifeler, şebekeler arası irtibat ve sinyalleşme protokolleri gibi özel ve teknik bilgi arz eden konular başta olmak üzere, hâkim durumda bulunan teşebbüsün son kullanıcıya hizmet sunması durumunda, alt yapısını kullanan rakip teşebbüslerine karşı kendi kullandığı olanakları kullandırmaması biçiminde gözükmektedir[680]. Rakip teşebbüslere daha düşük ara bağlantı kapasitesi tahsisi ya da kalitesiz hat sağlanması ayrımcılık uygulamasına örnek teşkil etmektedir[681].

---

[678] Danıştay'ın iptal kararı üzerine, Rekabet Kurulu "*Dosya konusu soruşturmaya ilişkin Rekabet Kurulunun 11.10.1999 tarih, 99-46/500-316 sayı ile alınan kararının Danıştay 10. Dairesinin esastan yapmış olduğu inceleme neticesinde iptal edildiği, bu karar hakkında Kurumumuzca yapılan temyiz üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca anılan Dairenin esasa ilişkin gerekçesi değerlendirilmeksizin usul yönünden yapılan değerlendirme ve gerekçe ile temyiz talebinin reddinin yanında anılan Dairenin iptal kararının onanmasına karar verildiği, bu nedenle 11.10.1999 tarih, 99-46/500-316 sayılı Rekabet Kurulu kararının iptaline dair kararın kesinleştiği anlaşıldığından anılan Kurul kararı hakkında karar verilmesine yer olmadığına OYÇOKLUĞU ile karar verilmiştir.*" Bkz. RK'nın 01.11.2007 tarih ve 07-83/1009-393 sayılı kararı.

[679] Orak, Kamu Hizmetleri ve Kamu Teşebbüslerine Rekabet Kurallarının Uygulanması, s.335.

[680] Arif Ogün Sarı, **Rekabet Kuralları Işığında Erişim Arabağlantı Anlaşmaları ve Sanal Mobil Ağ Operatörlüğü**, Uzmanlık Tezleri Serisi, Rekabet Kurumu Yayını, Yay. No:141, Ankara, 2004, s.11.

[681] İbid., s.11.

Telekomünikasyon alanında, zaman içerisinde çeşitli pazarların birbirine ikame olabilecek düzeye gelmesi durumu gözlemlenebilir. Sabit telefon pazarı ile mobil telefon pazarını buna örnek gösterebiliriz. Zira mobil telefon operatörlerine, sabit telefon operatörlerine nazaran daha fazla ara bağlantı ücreti uygulaması, bu iki pazarın birbiri yerine ikame edilebilirliğini engellemektedir. Bu nedenle bu iki pazar arasındaki rekabet, kaçınılmaz olarak olumsuz yönde etkilenecektir[682].

Havacılık alanını incelediğimizde de ayrımcı tutum ve davranış iddiaları çeşitli şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Örneğin Rekabet Kurulu'na Ankara Ticaret Odası tarafından Türk Hava Yolları'nın Anadolujet markası hakkında hâkim durumun ayrımcılık ile kötüye kullanıldığı iddiasında bulunulmuştur[683]. Somut olayda THY'nin Anadolujet ile uçulan havaalanlarına olan seferlerini kaldırması dolayısıyla, eşit durumda olan müşteriler arasında sunulan hizmet bakımından eşitsizlik yaratıldığı belirtilmiştir. THY'nin Ankara merkezli yurt içi hatlarda Anadolujet markası ile yolcu taşımacılığı hizmeti sunmasının; tüketicilerin tercih seçeneklerini kısıtladığı, tüketicileri daha düşük bir hizmet kalitesiyle uçuş yapmaya zorladığı, yanıltıcı tanıtım yoluyla tüketicileri yanılttığı ve tüketiciler arasında ayrımcılığa yol açtığı iddiasında bulunan ATO dilekçesinde, "*THY ucuz taşımacılık sloganı ile yola çıkmış ancak Anadolujet markasıyla sunduğu hizmetin kalitesini düşürmüştür. THY yolcuları alternatifsizlik nedeniyle düşük standarda mahkûm edilmiştir.*" ifadesine yer vermiştir.

Kurul, ATO tarafından yapılan şikâyet üzerine verdiği kararda özetle, THY tarafından yapılan tanıtımların aksine Anadolujet'in fiyatlarının düşük olmadığı ve indirimli biletlerin az sayıda olduğunu, bu biletlerin turizm acentelerince veya büyük şirketlerce önceden kapatıldığı, bu nedenle bireysel müşteriler için düşük fiyatlı bilet bulma imkânının ortadan kalktığı yönündeki iddiaların ayrımcılık yoluyla hâkim durumun kötüye kullanılması kapsamında olmadığını belirtmiştir. Bunun yanı sıra, THY'nin Ankara merkezli yurtiçi hatlardaki seferlerine son vermek suretiyle tüketicilerin tercih seçeneklerini kısıtladığı ve tüketicileri daha düşük kaliteli bir hizmet sunan Anadolujet ile seyahat etmeye zorladığı, ayrıca bu uygulamalar yoluyla Ankara merkezli yurtiçi hatlarda

[682] Büyükçoban, s.156.

[683] RK'nın 24.07.2008 tarih ve 08-47/668-262 sayılı kararı.

seyahat eden tüketiciler aleyhine ayrımcılık yapmak suretiyle hâkim durumunu kötüye kullandığı iddiasının ise 4054 sayılı Kanun kapsamında ihlal niteliğinde olmadığına karar verilerek şikâyet oybirliği ile red edilmiştir. Kurul, vermiş olduğu kararın değerlendirmesinde;

> "*Şikâyet dilekçelerinde Anadolujet uygulamasıyla bağlantılı olarak ileri sürülen bir diğer iddia ise, THY'nin bu uygulama yoluyla Ankara ve İstanbul yolcuları arasında ayrımcılığa yol açtığı ve dolayısıyla hâkim durumunu kötüye kullandığı iddiasıdır. 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi'nin ikinci fıkrasının (b) bendinde, "eşit durumdaki alıcılara aynı, eşit hak ve yükümlülükler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapılması" kötüye kullanma halleri arasında sayılmıştır. Buna göre, THY'nin Anadolujet uygulamasının 4054 sayılı Kanun'un mezkûr maddesi kapsamında bir "ayrımcılık" olarak değerlendirilebilmesi için, öncelikle THY'nin ilgili pazar(lar)da hâkim durumda bulunması ve alıcılara "aynı, eşit hak ve yükümlülükler için farklı şartları ileri sürmüş olması gerekmektedir. Öncelikle, İstanbul merkezli yurtiçi hatlarda uçuş yapan yolcular ile Ankara merkezli yurt içi hatlarda uçuş yapan müşteriler eşit durumda kabul edilseler bile, sunulan hizmetteki farklılık "aynı, eşit hak ve yükümlülüğe" ilişkin değildir. Zira daha az hizmet sunulan Ankara merkezli yolculardan daha düşük fiyat talep edilmekteyken, daha fazla hizmet sunulan İstanbul merkezli müşterilerden daha yüksek bir fiyat talep edilmektedir. Ayrıca, THY tarafından ayrımcılık yapıldığı iddia edilen taraflar, alt pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüsler değil nihai tüketici olan bireysel müşterilerdir. Dolayısıyla THY'nin Anadolujet uygulaması ile eşit durumdaki kişilere farklı uygulamalar yapılmış olsa bile bu uygulama ile alıcılar arasındaki rekabetin bozulması söz konusu değildir. Bu yönüyle ayrımcı bir uygulamadan söz etmek mümkün değildir. Anılan hususlar ışığında, THY'nin Anadolujet uygulaması ile Ankara merkezli yurt içi uçuş yapan müşterilerine İstanbul merkezli uçuş yapan müşterilere kıyasla daha düşük kalitede bir hizmet sunmasının, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında ihlal teşkil etmediği (...)*"

kanaatine varmıştır.

Kurul'un bölgesel anlamda ayrımcılık yapmadığını belirttiği bir başka teşebbüs ise Eti Holding'dir. Kurul verdiği kararda, yurtdışından gelen ham bor talebini karşılayan Eti Holding A.Ş.'nin yurtiçi talebi karşılamada yetersiz kalmasını ayrımcılık yasağı olarak değerlendirmemiştir[684]:

> "*Öncelikle yurt dışı piyasalarla yurt içi piyasalardaki rekabet koşullarının birbirinden farklı olduğu ifade edilmelidir. Hangi durumda alıcıların eşit sayılacağı konusunda, şu şekilde bir kıstas getirilebilir. Birbirini ikame edebilen alıcılar eşit durumda kabul edilmelidir. Alıcıların birbirini ikame edebilmesi, alıcıların hâkim durumda bulunan*

[684] RK'nın 21.12.2000 tarih ve 00-50/533-295 sayılı kararı.

teşebbüsle ilişkilerinde karşılıklı olarak yer değiştirmeleri durumunda bir uygunsuzluğun ortaya çıkmaması anlamına gelmektedir. Alıcıların birbirini ikame edebilirliği hâkim durumda bulunan teşebbüs gözüyle değil, alıcılar gözüyle değerlendirilmelidir. Aksi bir düşünce yanlış sonuçlara götürebilir.

Buna göre, yurt dışındaki alıcılarla yurt içindeki alıcıların birbirinin yerine kolaylıkla geçemeyeceği görülmektedir. Buna göre, yurt dışındaki alıcılarla yurt içindeki alıcılar aynı ve eşit durumda olmadıklarından, 4054 sayılı Kanun'un 6 ncı maddesinin (b) bendi anlamında bir ayrımcılık söz konusu olmayıp, bu nedenle hâkim durumun kötüye kullanılma fiili gerçekleşmemiştir."

Kurul tarafından birbirinin yerine ikame edilemeyecek alıcılar oldukları belirtilen yurtiçi ve yurtdışı teşebbüslerin, pazarda eşit statüde bulunmadıkları gerekçesi ile farklı politikalara tabi tutulabilecekleri kararda vurgulanmıştır. Ancak bu iki ayrı teşebbüsün neden ayrı tutulması gerektiği kararda açıklanmamış olup, yurtdışında bulunan teşebbüsün ön planda tutulması gerekliliği yeterince gerekçelendirilmemiştir. Bu durum hâkim durumda bulunan teşebbüse, ilgili pazarda geniş bir hareket alanı sağlamakta ve keyfi uygulamaların önünü açacak nitelikte bir yol sağlamaktadır. Böylesine bir uygulama, ayrımcılık yasağı bakımından kabul edilemez bir nitelik taşımaktadır[685].

Danıştay, Eti Holding hakkında verilen Kurul kararına paralel olarak yurtiçindeki ve yurtdışındaki teşebbüslerin eşit nitelikte bulunmadığını belirtip verilen kararı hukuka uygun bulmuştur[686]. Fakat mevcut durumda Eti Holding'in hem dış hem de iç piyasada hâkim pozisyonda olması ve yurtiçi ile yurtdışı teşebbüslerin birbirine rakip durumda bulunmaları nedeniyle eşit statüde olmaları Danıştay tarafından da göz ardı edilmiştir.

---

[685] Usta, s.136.

[686] "*Davacının, yurt içindeki alıcılara konsantre kolemanit satılmayarak ayrımcılık yapıldığı iddiasına gelince;*

Hakim durumda bulunan bir teşebbüsün ayrımcılık yapmasının ancak eşit durumdaki alıcılar bakımından söz konusu olup, yurtiçi ve yurtdışı alıcıların konumlarının farklı olması karşısında ayrımcılıktan söz edilemez.

Bu durumda, 2840 sayılı Kanunun verdiği yasal tekel hakkına sahip bulunan Etibank'ın hâkim durumunu kötüye kullandığından bahisle yapılan şikayet başvurusu üzerine ön inceleme yaptırılarak söz konusu iddiaların, yasal tekel hakkının kullanımından kaynaklandığı ve 4054 sayılı Kanunun kapsamı dışında kaldığından bahisle, Eti Holding A.Ş. hakkında soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı yolunda tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır." Bkz. Danıştay 10.D., E.2001/4591, K.2003/5460, T.31.12.2003.

Rekabet Kurulu, kamu teşebbüsleri hakkında vermiş olduğu kararlarının yanı sıra kamu kurumları bakımından da benzer bir yol takip etmiştir. Örneğin Kurul, Maliye Bakanlığı ile Türk Eczacıları Birliği arasında imzalanan protokol gereği eczanelerin özel ve resmi kurumlara uygulamış oldukları farklı fiyatlandırma politikalarını, ayrımcılık niteliği taşıyan bir faaliyet olarak kabul etmemiştir[687]. Özel kurumlar ile resmi kurumlar arasında bir ayrım yapılması ve buna bağlı olarak indirim ve fiyat politikası uygulanması, objektif kriterler ışığında belirlenmelidir. Kurul'un kararında bu bakımdan bir yorum yapılmamakla beraber Türk Eczacılar Birliği ile Maliye Bakanlığı arasındaki protokolün kamu yararı gerekçesinin de yeterince irdelenmemesi, ortaya konulan indirim politikasının ayrımcı bir davranış olarak değerlendirilmesine yol açabilmektedir.

C. Kamu Teşebbüslerinin Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Uygulamalarında Rekabet Kurulu'nun Yaklaşımı

Kurul'un uygulamaları ve verdiği kararlar incelendiği zaman, Kurul'un kamu iktisadi teşebbüsleri ile kendisine özel veya tekel yetkiler verilmiş olan işletmeler hakkında re'sen vermiş olduğu öninceleme veya soruşturma kararları önem arz etmektedir. Rekabet kurallarını ihlal ettiklerine ilişkin kamu iktisadi teşebbüsleri hakkında yapılan incelemelerde dikkat çeken bu önemli husus ise kararların büyük bir oran ile şikâyet üzerine verilmiş olmasıdır[688].

Hâkim durumu kötüye kullandığı iddiası ile kamu teşebbüsleri ve kendisine tekel hak ve yetkiler tanınan teşebbüsler hakkında yapılan şikâyet ve başvurular hakkında Kurul, öninceleme veya soruşturma açılmasına kimi zaman karar verirken, çoğu zamanda soruşturmaya gerek olmadığı kararını vermektedir.

---

[687] "*Eczanelerin resmi ve özel kurum ve kuruluşlara satışlarında ortak bir oranda iskonto uygulamasının, 6643 sayılı "Türk Eczacıları Birliği Kanunu"nda Türk Eczacıları Birliği (TEB) Merkez Heyeti'nin görevleri arasında sayılan bir husus doğrultusunda TEB ile Maliye Bakanlığı arasında düzenlenen protokolden kaynaklandığı, bu nedenle şikayet konusuna ilişkin önaraştırma yapılmasına veya soruşturma açılmasına gerek olmadığına OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.*" Bkz. RK'nın 24.02.2000 tarih ve 00-8/72-34 sayılı kararı.

[688] Aşçıoğlu Öz, "*Kamu teşebbüsleri ve Rekabet Hukuku*", s.306.

Öte yandan Kurul'un, rekabet kurallarına aykırı davranışlarını tespit ettiği kamu tüzel kişiliğine sahip olan kurumlar hakkında soruşturma açtığını ve hatta kimi kurumları çeşitli uygulamalara tabi tuttuğunu örnek kararlarıyla görmekteyiz. Kurul'un BELKO hakkında vermiş olduğu karar da bunlardan biridir[689]. BELKO Ankara Kömür ve Asfalt İşletmeleri Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.'nin Ankara ısınma amaçlı kömür pazarındaki hâkim durumunu aşırı fiyat uygulayarak 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında kötüye kullanıp kullanmadığının incelemesinde Kurul, BELKO'ya 1998 mali yılı sonunda net kömür satışlarından oluşan yıllık gayri safi geliri üzerinden takdir edilen, 41.023.000.000.- (Kırkbirmilyaryirmiüçmilyon) TL. idari para cezası vermiştir. Para cezasının yanı sıra Kurul, 4054 sayılı Kanun'un 27. maddesinin (g) bendi çerçevesinde, Ankara Valiliği'ne, Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı'na, İçişleri Bakanlığı'na, Çevre Bakanlığı'na, Sağlık Bakanlığı'na ve Ekonomiden Sorumlu Devlet Bakanlığı'na, ilgili pazardaki rekabet ortamının nasıl tesis edileceğine ilişkin Rekabet Kurulu'nun görüş ve önerilerinin bildirilmesine karar vermiştir. Karardan da anlaşılacağı üzere, idari para cezasının yanı sıra Kurulca, ilgili Devlet Tüzel Kişiliği ile yerel yönetim olan Ankara Büyükşehir Belediyesi'ne, rekabet ortamının nasıl tespit edileceğine dair görüş bildiriminde bulunulmuştur. Kararın gerekçe kısmında BELKO'nun hukuki statüsünün değerlendirilmesi sırasında; "*Belko'nun ticari bir işletme olmakla birlikte belediye sermayeli olması şirketi, maliyet minimizasyonu ve kâr maksimizasyonu gibi normal ticari davranışların ötesinde bazı uygulamalara*" da tabi tutulacağı belirtilmiş olup, yine de RKHK bakımından değerlendirmenin yapılacağı görüşü de vurgulanmıştır.

Rekabet Kurulu, RKHK'nın 20. maddesi kapsamında kuruluş amacına uygun olarak geniş bir takdir yetkisi kullanma ve hareket edebilme yetisine sahipliği bulunmaktadır. Bu kapsamda Kurul'un BOTAŞ hakkında verdiği karar ilgi çekicidir. BOTAŞ aleyhine yıkıcı fiyat uygulaması iddiası ile gelen şikâyet üzerine Rekabet Kurulu, soruşturma açılmasına yer olmadığına dair karar vermiş, ancak BOTAŞ'ın fiyat ve maliyet uygulamalarının Rekabet Kurumu 1. Dairesi tarafından izlenmesine karar vermiştir. Rekabet Kurulu 14.08.2008 tarih ve 08-50/750-305 sayılı sözkonusu

[689] RK'nın 06.04.2001 tarihli ve 01-17/150-39 sayılı kararı.

kararında[690] hâkim durumda bulunan BOTAŞ'ın 2008 yılının ilk yarısındaki bazı aylarda maliyetinin altında doğalgaz satışı gerçekleştirdiğini tespit etmekle birlikte bu aşamada soruşturma açılmasına gerek olmadığına, ancak pazarın yapısı ve 1.7.2008 tarihi itibarıyla Maliyet Bazlı Fiyatlandırma Mekanizmasının uygulamaya konulmuş olması hususları dikkate alındığında, 2008 yılı sonuna kadar BOTAŞ'ın fiyat ve maliyetlerinin izlenmesine, 08-50/750-305 sayıyla karar vermiştir.

Kurul kararında soruşturma açmama gerekçesi olarak özetle şu hususlara yer verilmiştir:

> "- *Etkin bir teşebbüsün bu etkinliğinden dolayı cezalandırılması sonucuna yönelebilecek kararlar bakımından hassas davranmak gerektiğinden, ilgili pazarda yalnızca yılın ilk yarısına bakarak ve iki ila dört ay arasında ortalama maliyetlerin altında bir satış fiyatının tespit edilmiş olmasının, BOTAŞ'ın yıkıcı fiyatlama yaptığına dair bir emare olmakla birlikte, bu yönde kesin bir kanıt olarak kabul edilememesi,*
>
> *- Doğal gaz piyasasında yılın ikinci yarısındaki muhtemel gelişmelerin BOTAŞ'ın maliyet ve fiyat yapısı üzerindeki olası etkileri. Bu gelişmelerin önde gelenleri; birkaç ülke ile tahkim sürecinde olunmasının fiyat konusunda ileriki dönemlerde-hatta bazı kontratlarda geriye dönük olarak- muhtemelen artış yaratması, 1.7.2008 tarihi itibarıyla uygulamaya konulan Maliyet Bazlı Fiyatlandırma Mekanizmasının etkileri, doğal gaz toptan satış piyasasına muhtemel yeni girişlerdir.*"

Kurul'un kamu tüzel kişileri bakımından tayin ettiği önaraştırma sonucu soruşturma açılmasının reddi kararları bakımından verilebilecek bir diğer örnek ise Türkiye Bankalar Birliği hakkında verdiği önaraştırma kararıdır[691]. Kurul'a TBB'nin bankacılık hizmetlerinin fiyatlandırılmasına dair alınan kararın hâkim durum kötüye kullanılması anlamında rekabeti sınırlayıcı bir davranış olduğu iddiası[692] ile başvurulması üzerine yapılan önaraştırma incelemesinde;

---

[690] Bkz. **Rekabet Kurumu Araştırma Bülteni**, Ankara, Kasım 2008, s.4.

[691] RK'nın 01.08.2002 tarihli ve 02-46/563-229 sayılı kararı.

[692] Kararın başvuru gerekçesinde; "*2002 yılının ilk iş gününde, Finansbank A.Ş.'nin Bursa Gima şubesince, Turspor Turizm, Spor ve Gıda İşletmeleri A.Ş. (Turspor)'nin vadesiz mevduat hesaplarından 21.000.000 TL. tutarında meblağın mudiye haber verilmeksizin çekildiği, banka nezdinde yapılan araştırma sonucunda, işlemin dayanağının Türkiye Bankalar Birliği Yönetim Kurulu tarafından 26.12.2001 tarihinde alınan bir karar olduğunun öğrenildiği, bu durumun rekabet sınırlamasına yol açtığı*" belirtilmiştir. Bkz. RK'nın 01.08.2002 tarihli ve 02-46/563-229 sayılı kararı.

"*Yukarıda aktarılan inceleme ve tespitler sonucunda şikayet konusuna ilişkin olarak TBB Yönetim Kurulu tarafından alınmış bir tavsiye kararı bulunduğu, ancak bu kararın birlik üyelerini bağlayıcı nitelikteki bir mesleki tanzim kararı olmadığı belirlenmiştir. Kararın içeriğinin incelenmesi sonucunda ise, bankaların vadesiz hesapların açılması ve izlenmesi nedeniyle oluşan maliyetlerini müşterilerine yansıtmalarının amaçlandığı, yapılan çalışmalar sonucu sektör ortalamasını gösterir bir rakamın önerildiği, ancak önerilen rakamın asgari olduğunun belirtildiği saptanmıştır. Öte yandan, TBB tarafından yürütülen çalışmanın mali sektörde yaşanan büyük krizler sonrasında gündeme geldiği, bu çerçevede bankaların sundukları hizmetlerin maliyetlerini fiyatlaması gereğinin ortaya çıktığı, ancak her bankanın kendi pazar politikaları uyarınca gerçekleştirdikleri uygulamalardaki farklılıkların şikayetlere sebebiyet vermesi sonucu konunun TBB tarafından bankalar arasında haksız rekabet oluştuğu şeklinde değerlendirildiği ve sorunun çözümünün diğer meslek odalarında bulunan fiyat belirleme yetkisinin bulunmasına benzer şekilde kendilerinin de fiyat belirlemesi ile çözümleneceğini düşündükleri, fakat bu konuda kanuni bir yetkilerinin bulunmaması ve Rekabet Kurumu'ndan alınan olumsuz görüş sonucunda Bankalar Kanunu'nda değişik yapılması esnasında bu yetkiyi edinmek için girişimde bulundukları, ancak yetkinin Kanun değişikliği sırasında da kendilerine tanınmaması sonucu belirtilen çalışmanın gerçekleştirilerek bankalara yönelik tavsiye niteliğinde bir karar aldıkları anlaşılmaktadır…*

TBB Yönetim Kurulu tarafından alınan karar rekabet hukuku kapsamında bir teşebbüs birliği kararıdır. Ancak kararın rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmadığı anlaşılmıştır. Esasen tavsiye niteliğindeki karar sonrasında, karar için çalışma grubunda görevlendirilen bankaların dahi eski uygulamalarını genelde değiştirmedikleri saptanmaktadır. Öte yandan, TBB, üyeleri olan bankaları bağlayıcı mahiyetteki kararlarını mesleki tanzim kararı şeklinde almaktadır. Rapor tarihi itibariyle TBB'nin bankalara yönelik olarak yürürlükte olan mesleki tanzim kararı niteliğindeki tebliğlerin incelenmesinde, bu yönde herhangi bir düzenleme bulunmadığı görülmektedir…

TBB kararının rekabeti sınırlayıcı amaç ve etkisinin bulunmamasına karşın, içeriğinde bulunan yıllık asgari bir tutar belirlenmesi hususunun da ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Buna göre, TBB'nin kuruluş amacı ve kanuni yetkileri uyarınca bankalara bilgi sunumu, haksız rekabeti önleme görevi verildiği görülmektedir. Ancak alınan karar içerisinde bankalara asgari tutar belirtilmesinin 4054 sayılı Kanun çerçevesinde uygun olmadığı, tavsiye mahiyetinde dahi olsa bankalara bu şekilde bir bildirimde bulunulamayacağı hususunda TBB'nin bilgilendirilmesinin uygun olacağı değerlendirilmektedir."

gerekçesi ile başvurunun önaraştırma safhasında red edilmesine karar verilmiştir. Kurul'un kamu kurumu niteliği bulunan TBB hakkında soruşturma açmasına gerek görmemesine rağmen, rekabeti ihlal ettiği gerekçesi ile uyarıda bulunması ilgi çekicidir. Kararın sonuç kısmında yer alan;

"Türkiye Bankalar Birliği'nin bankacılık hizmetlerinden alınacak ücretler konusunda tavsiye mahiyetinde dahi olsa bankalara bildirimde bulunması 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun karşısında sakınca arz ettiğinden;

***a)** Türkiye Bankalar Birliği'nce daha önce bankalara bildirilen, mevduat sahiplerinden alınacak hesap işletim ücretleri hakkındaki Türkiye Bankalar Birliği Yönetim Kurulu kararı uyarınca işlem yapılmaması ve her bankanın bankacılık hizmet bedellerini serbest piyasa koşullarında kendilerinin serbestçe tayin edebilecekleri hususunda bir yazı ile bankaların bilgilendirilmesine;*

***b)** Belirtilen bildirimin tüm bankalara 30 gün içinde gönderilmesine ve bildirimde bulunulduğunun 45 gün içerisinde Rekabet Kurumu'na belgelendirilmesine;*"

ifadelerinin, uyarı niteliğinde olduğunu belirtebiliriz.

Kurulun HAVAŞ hakkında rekabet kurallarından herhangi birisinin ihlal edilip edilmediğine ilişkin olarak sadece önaraştırma sonucu verdiği kararda[693];

"*Önaraştırma Raporu'nda yer alan bilgi/belgelerin değerlendirilmesi ve yapılan görüşmeler sonucunda;*

i) Uçak ile seyahat eden veya edecek yolcuların havaalanları ile şehir merkezleri arasında karşılıklı ulaşımlarının sağlandığı toplu taşıma hizmetleri pazarında faaliyet gösteren HAVAŞ'ın esasen bu görevi yürütmekle yükümlü olan DHMİ'nin taşeronu olarak sözleşme ile hizmetlerini yürüttüğü; bu sözleşmenin Havaalanları Yer Hizmetleri Yönetmeliği (SHY-22)'nin "Özel Yetkiler" başlıklı 11/c maddesinde yer alan "Şehirler ile havaalanı arasındaki düzenli yolcu taşıma işletmeciliği taleplere göre DHMİ tarafından düzenlenir" hükmüne dayanılarak yapıldığı, söz konusu yönetmeliğin yürütülmesinden DHMİ ile Ulaştırma Bakanlığı'nın sorumlu oldukları;

ii) *Raporda yer alan verilerden ve maliyet-kar hesaplamalarından aşırı fiyat uygulandığına dair somut bulgulara ulaşılamadığı, şehir ile ilçeler arasındaki diğer toplu yolcu taşıma hizmeti ve ücretlerinin bu hizmet için emsal teşkil etmeyeceği, bu itibarla aşırı fiyat uygulamak suretiyle hakim durumun kötüye kullanıldığı sonucuna ulaşılamayacağı*"

gerekçesi ile soruşturma açılmasına gerek olmadığı ve hakim durumun kötüye kullanılmadığı kanaatine varılmıştır.

[693] RK'nın 03.03.1999 tarihli ve 99-12/89-31 sayılı kararı.

III. KAMU TEŞEBBÜSLERİNİN HÂKİM DURUMU KÖTÜYE KULLANMALARINA KARŞI BAŞVURULABİLECEK HUKUKSAL MEKANİZMALAR

A. İdari Mekanizmalar

Kamu hizmetlerinin görülmesi sırasında kimi zaman, idare ile bireyler arasında çeşitli uyuşmazlıkların ortaya çıkması kaçınılmazdır. Bu kapsamda hak arama hürriyetinin önemi ortaya çıkmaktadır. Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında hak arama hürriyetinin düzenlenmesi, kişilerin haklarının ihlali üzerine meşru vasıtalar ile yargı mercileri önünde haklarını aramayı sağlamaktadır. Ancak kimi uyuşmazlıkların ortaya çıkması durumunda ise, yargısal yollar tek çözüm yolu olmayabilmektedir. Yargılama sürecinin uzun süreli ve ekonomik olarak masraflı bir süreç olması, yargılamanın öncesinde yer alabilecek ve idari makamlara yapılacak dilek ve şikâyet başvuru hakkının doğmasında etken olmaktadır[694]. Anayasa'nın "Dilekçe hakkı" başlıklı 74. maddesi ile "*Vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir*" hükmü düzenlenmiş ve bu hüküm sayesinde yargısal başvuru haricinde ayrı başvuru hakkı Anayasal düzlemde tanınmıştır[695]. Bu sayede, yargısal yol dışında idareye yapılacak başvuru (idari başvuru) ile söz konusu uyuşmazlıklar çözüme kavuşturulabilmektedir. Kamusal başvuru[696] türlerinden biri olan idari başvuru, bir kamusal başvuru türü olmakla birlikte konusunu,

---

[694] Yasin Sezer / Hüseyin Bilgin, "*Danıştay Kararlarında İdari Başvurular*", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.54, S.4, Ankara, 2008, s.337.

[695] Anayasal düzlemde tanınan etkin başvuru hakkının bir diğer örneği ise, AİHS'nin 13. maddesi kapsamında hüküm altına alınmıştır. AİHS'nin "Etkili Başvuru Hakkı" başlıklı 13. maddesi ile düzenlenen, "*Bu sözleşmede tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili resmi görev yapan kimseler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış da olsa, ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabilme hakkına sahiptir.*" hükmü sayesinde, idarenin yapmış olduğu işlem ve eylemler kapsamında idareye yapılacak olan başvuru hakkının bir kez daha tanınmış olduğunu görmekteyiz.

[696] Lütfi Duran, "*İdari Müracaatlar ve Bunların Karşısında İdarenin Sükutu Meselesi*", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.XII, S.1, İstanbul, 1945, s.32.

kişilerin şikâyet, itiraz, istek ile devletin yürütme organı içerisinde yer alan idareye yapılan başvurular oluşturmaktadır[697].

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanun'un "İdari Makamların Sükûtu" başlıklı 10. maddesi, idari yargıya konu edilebilecek bir işlem veya eylemin idare tarafından yapılabilmesi için başvuru hakkını düzenlemektedir. İlgililerin yapacağı bu başvuru karşılığında idareye, maddenin 2. fıkrasında gereğince 60 günlük cevap verme süresi verilmiş ancak bu süre içerisinde cevap vermeyen idarenin, talebi red etmiş sayılacağı belirtilmiştir.

İdarenin yapmış olduğu bir işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yerine yenisinin yapılması için idareye yapılabilecek olan idari başvuru ise İYUK'un "Üst Makamlara Başvurma" başlıklı 11. maddesi kapsamında değerlendirilmiştir. 11. maddeye göre yapılacak olan bu başvurunun ilgililer tarafından idari dava açılmadan önce ve işlemi yapan makamın üstüne, eğer üst makamı bulunmuyor ise makamın kendisine yapılabilir. Bu başvuru, ilgili idare aleyhine açılacak idari davanın dava açma süresi içerisinde yapılabilir ve başvuru ile idari dava açma süresi durdurulabilir. Önemli bir husus, başvurucunun idareyi, işlemi kaldırmaya ve/veya yeni bir işlem yapmaya yöneltebilmesi için hukuki veya fiili bir yararının olduğunu ikna etme zorunluluğudur[698]. Diğer bir deyişle, kişinin menfaatinin idarenin yaptığı işlem ile doğrudan ilgili olması ve bu nedenle işlemin kaldırılması veya değiştirilmesinde yararının olması gereklidir.

İYUK 10 ve 11. maddeler kapsamında, idari başvuru yolunun kullanılmasının ihtiyari yani isteğe bağlı olduğu açıktır. Bununla beraber belirli bir şekillin belirtilmediğini de hükümlerden anlayabilmekteyiz. Bir diğer husus ise, idari başvuru yolu ile hem hukukilik hem de yerindelik denetimi açısından inceleme yapma talebinde bulunulabilirken, idari yargı başvurularında ise sadece hukukilik denetimi yapılmaktadır.

İtiraz yolu olarak düzenlenmiş olan İYUK 11. madde, idarenin tüm işlemlerine ilişkin genel bir hüküm niteliğindedir. Buna karşılık, rekabet hukuku kuralları

---

[697] Ramazan Yıldırım, **İdari Başvurular**, 2. Bası, Mimoza Yayınları, Konya, 2006, s.3.

[698] Ender Ethem Atay, "*İptal Davasının Nitelikleri ve İptal Kararlarının Uygulanması*", **Danıştay Başkanlığı Sempozyumu**, Ankara, 10 Mayıs 2007, s.15

kapsamında özel bir düzenlemenin yer alıp almadığının incelenmesi gerekmektedir. Özellikle kamu teşebbüslerinin kendi işlemleri ile rekabet kurallarını ihlal etmeleri durumunda hangi hukuksal mekanizmanın kullanılması gerektiği önem arz etmektedir[699]. Bu bakımdan İYUK karşısında özel bir kanun niteliğine sahip olan RKHK'nın, kamu teşebbüsü ve özel teşebbüs ayrımı yapmaksızın, rekabet hukuku kurallarına aykırı olan davranışlarla ilgili düzenleme, denetleme ve yaptırım uygulama yetkilerini Rekabet Kurumu'na vermesi, kamu teşebbüslerinin rekabet hukuku kurallarına aykırı davranışlar ile ilgili şikâyet veya başvuruların sadece Rekabet Kurumu'na yapılması sonucunu doğurmaktadır. Hiç kuşkusuz konuya ilişkin başvuruların, RKHK çerçevesinde Rekabet Kurumu'na yapılması asli mekanizma olarak karşımıza çıkmaktadır[700].

Hâkim konumda bulunan bir kamu teşebbüsünün eylem ve işlemleriyle hâkim durumu kötüye kullanmalarının da özel teşebbüsler gibi, RKHK kapsamında Rekabet Kurulu tarafından incelenmesi gerekmektedir. Kurul, RKHK'nın 27. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendine göre; "*Bu Kanunda yasaklanan faaliyetler ve hukukî işlemler hakkında, başvuru üzerine veya resen inceleme, araştırma ve soruşturma yapmak; bu Kanunda düzenlenen hükümlerin ihlal edildiğinin tespit edilmesi üzerine, bu ihlallere son verilmesi için gerekli tedbirleri alıp bundan sorumlu olanlara idarî para cezaları uygulamak*" ile yükümlüdür. Bu hüküm ile birlikte, ister kamu isterse özel teşebbüs olsun, her tüzel kişilik bakımından Kurul'un RKHK'nın 6. maddesi kapsamında hâkim durumun kötüye kullanılması iddiasını inceleme ve somut olay üzerine ilgili tüzel kişilik hakkında karar verme yetkisi bulunmaktadır.

Kurul, RKHK'nın 40. maddesi kapsamında re'sen ya da kendisine yapılan başvurular üzerine, soruşturma yapmaya veya soruşturma açılmasına ihtiyaç olup olmadığına dair önaraştırma yapılmasına karar verebilmektedir. Diğer bir deyişle, şikâyet ya da ihbar olmaksızın Kurul'un re'sen araştırma ve soruşturma yapma yetkisi bulunmaktadır. Bu yetkinin Kanun'un amacını açıklayan 1. maddesinde yer alan "*mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye*

[699] Orak, Kamu Hizmetleri ve Kamu Teşebbüslerine Rekabet Kurallarının Uygulanması, s.353.

[700] Ulusoy, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s.138.

kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamak" hükmü ile de uyumlu olduğu açıktır.

Hâkim durumun kötüye kullanılması ile birlikte RKHK'da belirtilen diğer rekabeti bozucu hal ve davranışlara uygulanacak olan idari yaptırımlar gözlemlendiğinde, iki tür şeklinde düzenlenmiş idari yaptırım karşımıza çıkmaktadır[701]. Birlikte de uygulanabilmeleri mümkün olan bu idari yaptırımlar, teşebbüslerin belli bir şekilde davranmalarını gerektiren kararlar ile idari nitelikteki para cezalarıdır[702]. Öncelikle teşebbüslerin belirli bir şekilde davranma zorunluluğuna dair kararlar incelendiğinde, Kurul'un bozulan rekabet düzeninin yeniden sağlanması ya da rekabetin bozulmasından önceki durumun korunmasını sağlamak amacının varlığı söz konusudur. Belirtilen davranış yükümlülüğü büyük bir çoğunlukla RKHK'nın 13. maddesinde ifade edildiği gibi "*muafiyet ve menfi tespit kararlarının geri alınması*" şeklinde gerçekleşebilir[703]. RKHK ayrıca Kurul'a bu türde kararların uygulanmasını sağlama adına, ilgili teşebbüs hakkında "para cezası" uygulama yetkisi vermektedir. Para cezaları da 16. maddede "*idari para cezası*", 17. maddede[704] ise duruma göre takdir edilen "*nispi para cezası*" şeklinde belirlenmiştir.

---

[701] Ahmet Eğerci, **Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi**, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tezi, Seri No: 12, Ankara, 2005, s.210.

[702] Danıştay, bu iki yaptırıma karşı ayrı ayrı dava açılması halinde, "*aynı maddi veya hukuki sebepten doğduğu anlaşılan davalar arasında bağlantı*" bulunduğu gerekçesiyle davaların birleştirilmesine karar vermektedir. Bkz. Danıştay 10. D., E.2000/4437, K.2002/70, T.18.1.2002'den aktaran Eğerci, s.210, dn.669.

[703] Eğerci, s.210. Kanunkoyucu RKHK'da, Kurul tarafından alınmış bu tür kararlara aykırı davranılması veya kararların gereklerinin uygulanmaması durumuna karşı kararın zorla uygulanmasını sağlayacak bir adli ve inzibati düzenlemeye yer vermemiştir. Topçuoğlu, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, s.112.

[704] 4054 sayılı RKHK'nın "Nispi İdarî Para Cezası" başlıklı 17. maddesine göre;

> "*Kurul, teşebbüs ve teşebbüs birliklerine, 16 ncı maddenin birinci fıkrasında belirtilen cezalar saklı kalmak kaydıyla,*
>
> *a) Nihai karar veya geçici tedbir kararı ile getirilen yükümlülüklere ya da verilen taahhütlere uyulmaması,*
>
> *b) Yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması,*
>
> *c) Kanunun 14 ve 15 inci maddelerinin uygulanmasında, istenen bilgi veya belgenin belirlenen süre içinde verilmemesi,*

Öte yandan, Rekabet Kurumu haricinde kimi düzenleyici ve denetleyici kurumların para cezası dışında idari yaptırım uygulama yetkileri de bulunmaktadır. Buna karşın Rekabet Kurumu'na farklı idari yaptırımlar uygulama çeşitliliği verilmemiştir. Örneğin 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un 32. maddesinin 5. fıkrası; "*8 inci maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerindeki ilkelere aykırı yayın yapılmasını müteakip verilecek yaptırım kararının tebliğinden itibaren bir yıl içinde aynı ihlalin tekrarı halinde, medya hizmet sağlayıcı kuruluşun yayınının on güne kadar durdurulmasına; ikinci tekrarı halinde ise, yayın lisansının iptaline karar verilir*" hükmünü içermektedir[705]. Hükümden de anlaşılacağı üzere Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'na idari para cezası dışında uygulaması için tanınan farklı türlerde idari yaptırımların bulunduğu anlaşılmaktadır. Ancak benzer bir yaptırım, kanunkoyucu tarafından Rekabet Kurulu'na tanınmamaktadır ve bu açıdan para cezası dışında bir yaptırım uygulama olanağı yoktur.

Kuruluş amacı mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içerisinde devamının sağlanması olan Rekabet Kurumu'nun bu amacını Rekabet Kurulu eliyle gerçekleştirdiği görülmektedir[706]. Kurumun karar organı olan Kurul, rekabetin tesisi için gereken her türlü emri RKHK'nın 9. maddesi[707] kapsamında verebilmektedir. 9.

---

durumunda her gün için, ilgili teşebbüsler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerinin karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan, bunun hesaplanması mümkün olmazsa karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin onbinde beşi oranında idarî para cezası verir.

Birinci fıkranın (a) ve (c) bentlerine göre idarî para cezaları, bu bentlerde belirtilen kararlardaki yükümlülüklere uyulması için belirlenen sürenin dolmasından itibaren verilebilir. (a) bendindeki fiile ilişkin idarî para cezası, yükümlülük getirilen kararda herhangi bir süre belirlenmemiş ise, bu kararın tebliğini takip eden günden itibaren verilebilir. (b) bendindeki fiillere ilişkin idarî para cezası ise, fiilin gerçekleştiği günü takip eden günden itibaren verilebilir."

[705] 6112 sayı ve 15.02.2011 tarihli Radyo Ve Televizyonların Kuruluş Ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un "İdari yaptırımlar" başlıklı 32. maddesinin 5. fıkrası.

[706] Aslan, Rekabet Hukuku, s.800.

[707] 4054 sayılı RKHK'nın "İhlale Son Verme" başlıklı 9. maddesine göre;

"*Kurul, ihbar, şikâyet ya da Bakanlığın talebi üzerine veya resen bu Kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerinin ihlal edildiğini tespit ederse ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine bu Kanunun Dördüncü kısmında belirtilen hükümler çerçevesinde, rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir kararı bildirir.*

maddenin 1. fıkrasına göre, RKHK'yı ihlal eden bir davranışın Kurul tarafından tespit edilip durumla ilgili nihai kararını açıklamasından sonra ihlalin sona erdirilmesi ile ilgili görüşün belirtilmesi gerekmektedir. Rekabet ihlalinin Kurul'a ilgili raportör tarafından raporlanması[708], Kurul tarafından ilgili teşebbüse verilecek idari yaptırım kararının alınmasına gerekçe oluşturan bir hazırlık işlemi türüdür. Herhangi bir işlemin yapılmasından önce karar merciine sunulan rapor, asıl işlem olan idari yaptırım kararı olmaksızın tek başına idari yargı bağlamında dava konusu edilemez[709].

RKHK'nın 9. maddesinin 3. fıkrasında ise Kurul'un ilgili teşebbüslere maddi olayın soruşturulması sonunda ortaya çıkan ihlale konu olan faaliyetlerini, ne şekilde sona erdirecekleri hakkında görüş bildirebileceği belirtilmiştir[710]. Maddi olayın soruşturulması sonunda idari yaptırımının uygulanmasına gerek görülmemiş ise sadece ihlale son verilmesine ilişkin görüşün bildirilmesi yeterli olacaktır. İdari yaptırımın uygulamasını gerektirecek durum var ise görüş bildirmenin yeterli olmayacağı, kanun gereği yaptırımın uygulanmasının zorunluluğu açıktır.

Meşru bir menfaati olan gerçek ve tüzel kişiler şikâyette bulunabilir.

Kurul, birinci fıkraya göre bir karar almadan önce ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine ihlale ne şekilde son vereceklerine ilişkin görüşlerini yazılı olarak bildirir.

Kurul, nihaî karara kadar ciddî ve telafi olunamayacak zararların ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğu durumlarda, ihlalden önceki durumu koruyucu nitelikte ve nihaî kararın kapsamını aşmayacak şekilde geçici tedbirler alabilir."

[708] 4054 sayılı RKHK'nın "Önaraştırma" başlıklı 40. maddesine göre;

"*Kurul, resen veya kendisine intikal eden başvurular üzerine doğrudan soruşturma açılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için önaraştırma yapılmasına karar verir.*

Önaraştırma yapılmasına karar verildiği takdirde Kurul Başkanı, meslek personeli uzmanlardan bir ya da birkaçını raportör olarak görevlendirir.

Önaraştırma yapmakla görevlendirilen raportör 30 gün içinde elde ettiği bilgileri, her türlü delilleri ve konu hakkındaki görüşlerini Kurula yazılı olarak bildirir."

[709] Yıldırım / Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün / Tekinsoy, (*Bölüm: İdari İşlemler, Yazar: Yıldırım*), s.406-407.

[710] Kimi yazar bu yetkinin bir uzlaşma ve sulh modeli olarak düşünüldüğünü belirtmektedir. Gönenç Gürkaynak, "*AB Rekabet Hukuku Uygulamasında Komisyon ve Teşebbüsler Arasında Uzlaşma ve Sulh*", **Rekabet Dergisi**, S.17, Ankara, 2004, s.72; Emel Badur / Burcu Ertem, "*Rekabeti Sınırlayıcı Uygulamalara İlişkin İnceleme ve Araştırma Usulü*", **Rekabet Dergisi**, S.33, Ankara, 2008, s.53.

Bu bağlamda Rekabet Kurulu, bir karar almadan önce ilgili işletmelere ihlale ne şekilde son vereceklerini bildirmelidir. Eğer işletmeler Rekabet Kurulu'nun görüşlerini kabul ederek davranışlarını o yönde değiştirirse ihlal ortadan kalkacağı için soruşturmanın düşmesi gerekir. RKHK'nın 9. maddesinin 3. fıkrasında Rekabet Kurulu'nun ihlallerin ne şekilde son erdirileceğine dair görüşlerini işletmelere yazılı olarak bildireceği belirtilmektedir. Ancak işletmeler bu bildirime uyarlarsa ne olacağı açıkça düzenlenmemiştir[711].

Bu düzenleme eksikliği çerçevesinde Rekabet Kurulu'nun vermiş olduğu bir karar ilgi çekicidir. Karara göre[712],

> "*ÇAY-KUR'un yetkili bayileri ile yeni şartlar ve teminatlarla yetkili bayilik sözleşmesi imzalanmasına rağmen, Tekel Genel Müdürlüğü (TEKEL)'ne bayilerinden daha ucuz fiyata çay sattığı ve buna ilaveten TEKEL'in bu çayları nakliye masraflarını kendisi ödeyerek bayilerine ulaştırdığı ve bu suretle ÇAY-KUR bayilerinin TEKEL bayileri karşısında rekabet etme şanslarının ortadan kalktığı…"*

buna benzer başvurularla Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğü'nün bayilik sistemi ile 4054 sayılı RKHK'u ihlal ettiği iddiasında bulunulmuştur. Yapılan inceleme ve değerlendirme sonucu;

> *"… Dosya mevcudu bilgi ve belgeler ile konuya ilişkin Önaraştırma Raporu'ndan; ÇAY-KUR'un sermayesinin 1997 tarihinde Yüksek Planlama Kurulu kararı ile 65 Trilyon TL.'ye yükseltildiği, 1997 yılı itibarıyla 48.948.260.496.740TL. ciro elde ettiği ve anılan teşebbüsün, 1998 yılında üretilen toplam yaş çay miktarının %70'ini satın aldığı görülmektedir. Buna paralel olarak, son üç yılda Türkiye'deki kuru çay üretiminin yaklaşık %70'ini ÇAY-KUR'un gerçekleştirdiği ve ülke genelinde yaygın bir dağıtım ağına sahip olan ÇAY-KUR'un Türkiye'deki iç satışlarının, çay tüketiminin %70'e yakınını karşıladığı (ÇAY-KUR'un 1997 yılı iç satışları 103.000 ton, Türkiye'nin yıllık tüketimi 140-150.000 ton civarındadır.) anlaşılmaktadır. Yukarıda yer verilen bilgiler değerlendirildiğinde, ÇAY-KUR'un 4054 sayılı Kanun çerçevesinde ilgili pazarda hâkim durumda olduğu görülmektedir. Bu durumda, ÇAY-KUR'un bayilik sistemine ilişkin sözleşmeler vasıtasıyla kâr oranını ve perakendeciye satış fiyatlarını belirleyerek çay dağıtım pazarında 4054 sayılı Kanun'un "**Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması**" başlıklı 6 ncı maddesinin, "Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da*

[711] Aslan, Rekabet Hukuku, s.925.

[712] RK'nın 22.06.1999 tarih ve 99-31/277-167 sayılı kararı.

satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi" şeklindeki (c) bendinde yasaklanan ***kötüye kullanma halini gerçekleştirdiği*** *anlaşılmaktadır."*

tespitine ulaşılmıştır. Bu tespiti yapan Kurul, Hâkim konumda bulunan Çaykur işletmesinin rekabeti sınırlayıcı bazı uygulamalarının ilgili mevzuatın geniş yorumlanmasından kaynaklandığının gerekçe gösterilmesiyle soruşturma açılmasının gerek olmadığı ve ihlallerin giderilmesi için ilgili bakanlığa yazı yazılmasına karar vermiştir[713]. Bu doğrultuda verilen Kurul kararında 9. maddeye göre hareket edilmemiştir. RKHK'nın 9. maddesine göre hareket edilmesi için yazının bakanlık yerine işletmenin kendisine gönderilmesi gerekirken, kararın bakanlığa gönderilerek işletmenin ihlale son vermesini beklememek, yapılan idari soruşturmanın sonuçlandırılması için yeterli olmamaktadır. Bu nedenle Kurul'un mevzuata uygun hareket etmemiş olduğu açık bir şekilde gözükmektedir.

RKHK'nın 9. maddesinin 4. fıkrasında yer alan "*Kurul, nihaî karara kadar ciddî ve telafi olunamayacak zararların ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğu durumlarda, ihlalden önceki durumu koruyucu nitelikte ve nihaî kararın kapsamını aşmayacak şekilde geçici tedbirler alabilir*" hükmü bakımından geçici tedbir kavramının karakterinin ortaya konması gerekmektedir. Kimi yazarlara göre özel hukuktaki ihtiyati tedbir kararının idare hukukundaki görünüş şekli olarak düşünülen geçici tedbir, hukuksal sonuçları bakımından etki doğuran bir işlemdir[714]. Erkut'a göre idare hukukunda idari prosedür içinde alınan kararların kamu yararını koruma amacı güttüğü gibi, özel hukuktaki ihtiyati

---

[713] Çay İşletmeleri genel Müdürlüğü'nün bayilik sistemi ile 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'u ihlal ettiği iddialarının değerlendirilmesine ilişkin Rekabet Kurulu kararına göre; *"... Ancak, 4054 sayılı Kanun'un "İhlale Son Verme" başlıklı 9'uncu maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca; söz konusu sözleşmeler ile protokolün 4054 sayılı Kanun ile öngörülen rekabet kuralları ile çelişen hükümlerinin düzeltilmesini teminen, ilgili taraflara konunun tebliğinden itibaren 60 gün süre içinde sözkonusu anlaşma ve sözleşmelerin ilgili mevzuat hükümlerine uygun hale getirilmesi gerektiğinin; aksi takdirde Kanun'un 56'ıncı maddesi uyarınca sözleşmelerin geçersiz olacağı, Kurulumuzca öngörülen düzeltmeler yapılmadan uygulamaya devam edilmesi halinde haklarında soruşturma açılacağı ve aynı Kanun'un "Süreli Para Cezaları" başlıklı 17'nci maddesinin (a) bendinin tatbik edileceği hususlarının; ÇAY-KUR ve TEKEL Genel Müdürlüklerinin bağlı bulunduğu Devlet Bakanlığı'na bilgi verilmesi gerektiğine ...*" Bkz. RK'nın 22.06.1999 tarih ve 99-31/277-167 sayılı kararı.

[714] Hilmi Bolatoğlu, **Rekabet Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi**, Rekabet Kurulu Uzmanlık Tezleri, No: 59, Ankara, 2004, s.44.

tedbir kararları da özel nitelikteki yararları koruma amacı güder ve bu nedenle iki farklı hukuk dalındaki bu uygulamalar prosedürel tedbir işlemleri olarak adlandırılır[715].

Kurulun vermiş olduğu tedbir kararının, nihai karar niteliğinde olmadığının RKHK'dan da anlaşılacağıyla birlikte nihai kararın alınmasına kadar verilebileceği de belirtilmektedir. Ayrıca tedbir kararının, nihai kararın verilmiş ancak tebliğ edilmemiş olmasına rağmen alınamayacağı da açıktır[716]. Bunun nedeni ise, bu tür (geçici tedbir) kararlarının, asıl olan idari karar alma sürecinin tamamlanması halinde işlevlerini yitirecek nitelikte olmalarıdır[717].

İktisadi kolluk faaliyeti yürütme görevi ve sorumluluğuna sahip olan Rekabet Kurumu'nun inceleme sonrası, ihlal halinde verebileceği idari para cezaları; nispi idari para cezaları[718] ve 16. madde de düzenlenmiş olan idari para cezalarıdır[719]. Ayrıca 16.

---

[715] Erkut, s.127, dn.101. "*Bunlar her şeyden önce, mutlaka idari prosedürün içinde yer alan ya da bu prosedürün tamamlanmasını sağlamak amacı ile gerçekleştirilen işlemlerdir. İlgilileri üzerinde doğrudan ve üstelik kısıtlayıcı, sınırlayıcı hukuksal sonuçlar doğurma gücüne sahip bulunması, bunların basit birer hazırlık işlemi olarak nitelendirilmelerine olanak vermektedir.*" İbid., s.127.

[716] Orak, Kamu Hizmetleri ve Kamu Teşebbüslerine Rekabet Kurallarının Uygulanması, s.356.

[717] Erkut, s.128.

[718] 4054 sayılı RKHK'nın "Nispi İdari Para Cezası" başlıklı 17. maddesi.

[719] 4054 sayılı RKHK'nın "İdari Para Cezası" başlıklı 16. maddesine göre;

"*Kurul, teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzel kişiler ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerine;*

a) Muafiyet ve menfi tespit başvuruları ile birleşme ve devralmalar için izin başvurularında yanlış ya da yanıltıcı bilgi veya belge verilmesi,

b) İzne tabi birleşme ve devralmaların Kurul izni olmaksızın gerçekleştirilmesi,

c) Kanunun 14 ve 15 inci maddelerinin uygulanmasında eksik, yanlış ya da yanıltıcı bilgi veya belge verilmesi ya da bilgi veya belgenin belirlenen süre içinde ya da hiç verilmemesi,

d) Yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması, hallerinden (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilenler için teşebbüsler ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin binde biri oranında, (d) bendinde belirtilenler için ise aynı şekilde saptanacak olan gayri safi gelirlerinin binde beşi oranında idarî para cezası verir. Ancak bu esasa göre belirlenecek ceza onbin Türk Lirasından az olamaz. Bu fıkranın (b) bendine göre idarî para cezası birleşme işlemlerinde tarafların herbirine, devralma işlemlerinde ise sadece devralana verilir.

maddenin 4. fıkrası ile aynı doğrultuda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem Ve Kararlar İle Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmeliğin 4. maddesinin 3. fıkrasında "*Teşebbüs veya teşebbüs birliklerine, Kanunun 16'ncı maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen para cezalarının verilmesi halinde, ihlalde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticilerine ve çalışanlarına verilecek para cezası, teşebbüs veya teşebbüs birliğine verilen cezanın yüzde beşini aşamaz*" hükmü yer almaktadır[720].

Bu genel bilgilerin yanı sıra önem arz eden bir diğer konu ise, kamu teşebbüslerinin hâkim durumu kötüye kullanmaları nedeniyle kendileri hakkında idari vesayet denetime tabi oldukları makamlara başvurulabilme sorunsalıdır. Özellikle KİT'ler bakımından "ilgili bakanlık" kavramı vesayet makamı olarak kullanılmaktadır. Örneğin

---

Yerinde incelemenin mahkeme kararı ile gerçekleştirilmesi, yerinde incelemenin engellenmesi ve zorlaştırılmasına ilişkin olarak bu Kanunda öngörülen idarî para cezasının uygulanmasını engellemez.

Bu Kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir.

Teşebbüs veya teşebbüs birliklerine üçüncü fıkrada belirtilen idarî para cezaları verilmesi halinde, ihlalde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticilerine ya da çalışanlarına teşebbüs veya teşebbüs birliğine verilen cezanın yüzde beşine kadar idarî para cezası verilir.

Kurul, üçüncü fıkraya göre idarî para cezasına karar verirken, 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 17 nci maddesinin ikinci fıkrası bağlamında, ihlalin tekerrürü, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlalin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususları dikkate alır.

Kanuna aykırılığın ortaya çıkarılması amacıyla Kurumla aktif işbirliği yapan teşebbüs ya da teşebbüs birlikleri veya bunların yöneticileri ve çalışanlarına, işbirliğinin niteliği, etkinliği ve zamanlaması dikkate alınarak ve gerekçesi açık bir şekilde gösterilmek suretiyle üçüncü ve dördüncü fıkralarda belirtilen cezalar verilmeyebilir veya bu fıkralara göre verilecek cezalarda indirim yapılabilir.

Bu maddeye göre verilecek idarî para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususlar, işbirliği halinde para cezasından bağışıklık veya indirim şartları, işbirliğine ilişkin usul ve esaslar Kurulca çıkarılacak yönetmeliklerle belirlenir."

[720] Bkz. 15.02.2009 tarih ve 27142 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem Ve Kararlar İle Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik.

233 sayılı KHK'nın "İlgili Bakanlığın gözetimi ve denetimi" başlıklı 40. maddesi ilgili bakanlığı, "*teşebbüs, müessese ve bağlı ortaklık faaliyetlerinin kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerine uygun olarak yürütülmesini gözetmekle görevli*" makam olarak belirtmiştir. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise "*Birinci fıkrada belirtilen amaçla ilgili bakanlık, gerekli hallerde teşebbüslerin hesaplarını ve işlemlerini teftiş ve tahkike tabi tutmaya ve bunların iktisadi ve mali durumlarını tespit ettirmeye yetkilidir. Bu yetki, kuruluşların görev ve yetkilerini daraltmayacak, normal faaliyetlerini aksatmayacak şekilde kullanılır*" hükmü yer almaktadır. Verilen bu yetki ile KHK, kamu teşebbüslerinin yapacakları faaliyetler kapsamında vesayet makamı olan bakanlığa bağımlılığı azaltarak "ilgili olma" kavramını ön plana çıkarmıştır[721]. Dolayısıyla ilgili bakanlığın vesayet makamı olarak kamu teşebbüsünün iradesini kısıtlayacak veya kamu teşebbüsünün iradesini ortadan kaldıracak bir işlem ve eylemden kaçınması amacıyla düzenlemenin yapıldığı da söylenebilmektedir.

233 sayılı KHK'nın 40. maddesi ile kamu teşebbüslerinin hâkim durumu kötüye kullanmalarına ilişkin faaliyetleri, ilgili bakanlıklarınca herhangi bir özel menfaat aranmaksızın yargıya taşınabileceği kabul edilmektedir. Ulusoy'a göre idari vesayet ilişkisi, hâkim durumu kötüye kullanan kamu teşebbüslerinin faaliyetleri için idari yargıya başvurabilme yetkisini ilgili bakanlığa vermesinin doğal kaynağı olduğu kaçınılmaz bir gerçektir[722].

B. Yargısal Mekanizmalar

Hâkim durumda olan kamu iktisadi teşebbüslerinin rekabet, engelleyici davranışlarının Rekabet Kurulu tarafından, özel hukuk tüzel kişilerinden hiçbir fark veya ayrıma tutulmayacakları RKHK'un 2. maddesinin gerekçesinde;[723]

> *"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*

[721] Baklacıoğlu, s.185.

[722] Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, s.142.

[723] (http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Sayfalar/Madde-Gerekceleri) (Erişim: 18.10.2016).

görevlendirilmiş teşebbüslerin bu görevlerini yerine getirmelerinin rekabet kurallarıyla çatışmaması gerekir."

şeklinde ifade edilmiştir. Özellikle RKHK'nın "Rekabetin Sınırlanmasının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları" başlıklı 5. Kısmında yer alan "Bu Kanuna Aykırı Anlaşma ve Kararların Hukukî Niteliği" başlıklı 56. maddesi ve "Tazminat Hakkı" başlıklı 57. maddesi bakımından KİT'ler ile özel hukuk tüzel kişileri arasında hiçbir fark bulunmamaktadır. Özel hukuk alanındaki sorumlulukları bakımından hiçbir fark ve ayrıma tutulmadan rekabeti ihlal etmeleri durumunda, rakip özel kişiler tarafından özel hukuk yargılamasına tabi tutulan KİT'ler hakkında açılacak davalar için adliye mahkemeleri görevli ve yetkili olmaktadır[724].

Çalışmanın amacı ve sınırlamaları bakımından, özel hukuk sorumlulukları dışında kalan ve asıl değerlendirme amacına ait inceleme adına KİT'ler hakkında verilen Rekabet Kurulu kararlarına sadık kalarak, Rekabet Kurulu kararlarına itiraz ve yine aynı doğrultuda bu kararlara karşı açık olan idari yargılama yolunu incelemek faydalı olacaktır.

Her kamu kurum ve kuruluşunda olduğu gibi Rekabet Kurumu'nun yapacağı işlem ve eylemlerin yargı denetimine tabi olacağı açıktır. Günday'a göre, Rekabet Kurumu'nun faaliyetinin idari kolluk niteliğine sahip olması bakımından, Rekabet Kurulu'nun asıl olan işlevini yerine getirmesi sırasında yapmış olduğu işlemler ile almış olduğu kararlar; bireylerin ve toplulukların temel hak ve özgürlükleri ile son derece sıkı şekilde ilişkidedir. Bu kararların Anayasa'nın 48. maddesince güvence altına alınmış olan "çalışma hakkı" ve "sözleşme özgürlüğü" veya "özel teşebbüsler kurma özgürlüğü" ile yakından ilişkili olması, ayrıca bu hak ve özgürlükleri gerektiğinde sınırlayıp kısıtlamaktadır[725]. Dolayısıyla, Kurul'un vermiş olduğu kararların etkin bir yargısal denetime tabi tutulması zorunludur.

---

[724] Orak, Kamu Hizmetleri ve Kamu Teşebbüslerine Rekabet Kurallarının Uygulanması, s.368.

[725] Metin Günday, "*Rekabet Kurulu'nun İdari Para Cezalarına İlişkin Kararlarının Yargısal Denetimi Ve Karşılaşılan Sorunlar*", **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu V**, Tebliğ, s.1'den aktaran Oğuzkan Güzel, **Bağımsız İdari Otoritelerde İdari Usul Ve Yargısal Denetimi**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2007, s.213.

Rekabet Kurulu kararlarına karşı başvurulacak yargı mercii, 4054 sayılı RKHK'nın 55. maddesinin 1. fıkrasında özel olarak düzenlenmiş bulunmakta idi[726]. Söz konusu hüküm, "*Kurulun nihai kararlarına, tedbir kararlarına ve idarî para cezalarına ilişkin kararlarına karşı iptal davalarının ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülür.*" şeklinde kanunkoyucu tarafından düzenlenmişti.

5 Temmuz 2012 tarih ve 28344 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun'un 63. maddesi ile 4054 sayılı Kanunun 55. maddesinin 1. fıkrası, "*İdari yaptırım kararlarına karşı yetkili idare mahkemesinde dava açılabilir. Kurul kararlarına karşı açılan her türlü dava öncelikli işlerden sayılır.*" şeklinde değiştirildi ve değişiklik yürürlüğe girdi. Değişiklikten dolayı, maddenin yürürlüğe girdiği tarihinden başlayarak artık Rekabet Kurulu kararlarına karşı ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da değil, yetkili Ankara idare mahkemelerinde dava açılması gerekmektedir[727].

---

[726] RKHK'nın "Kurul Kararlarına Karşı Yargı Yolu" başlıklı 55. maddesinin gerekçesine göre;

> "*Kurulun nihai kararları yargı denetimi altındadır. Kurul kararlarına idari niteliği ağır bastığından Kanunda yargı yolu olarak Danıştay öngörülmüştür. Kurul kararları esas itibariyle ekonomik niteliği ağır basan kararlar olduğu için, bünyesinde Hukuk Fakültesi mezunları dışında üye de bulundurabilen Danıştay'ın Kurul kararlarını daha iyi değerlendirebilecek bir teşkilat yapısına sahip olması, Danıştay'ın yargı yolu olarak seçilmesinin bir diğer nedeni olarak sayılabilir.*" Bkz. Tuncay Songör, **4971 ve 5234 Sayılı Kanunlarla Değiştirilmiş Şekliyle 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun**, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2005, s.248.

[727] Bkz. (http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Guncel/Rekabet-Kurulu-Kararlarina-Karsi-Basvurulacak-Yargi-Merci-Degisti) (Erişim: 09.11.2016).

> "*Rekabet Kurulu kararlarına karşı başvurulacak yargı merci, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 55 inci maddesinin birinci fıkrasında özel olarak düzenlenmiş bulunmaktaydı. Söz konusu hüküm, "Kurulun nihai kararlarına, tedbir kararlarına ve idarî para cezalarına ilişkin kararlarına karşı iptal davalarının ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülür" şeklindeydi.*
>
> *5 Temmuz 2012 tarih ve 28344 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanunun 63 üncü maddesi ile 4054 sayılı Kanunun 55 inci maddesinin birinci fıkrası, "İdari yaptırım kararlarına karşı yetkili idare mahkemesinde dava açılabilir. Kurul kararlarına karşı açılan her türlü dava öncelikli işlerden sayılır" şeklinde değiştirildi ve değişiklik yürürlüğe girdi. Değişiklik nedeniyle, bu tarihten itibaren Rekabet Kurulu kararlarına karşı ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da değil, yetkili idare mahkemelerinde dava açılması gerekiyor.*

Yetkili mahkemenin belirlenmesinde, idari davalarda genel yetkiyi düzenleyen 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 32. maddesinden bahsedilmesi gerekmektedir. Adı geçen hükme göre, "*Göreve ilişkin hükümler saklı kalmak şartıyla bu Kanunda veya özel kanunlarda yetkili idare mahkemesinin gösterilmemiş olması halinde, yetkili idare mahkemesi, dava konusu olan idari işlemi veya idari sözleşmeyi yapan idari merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemesidir*". Bu hüküm uyarınca değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren başkentte bulunan Rekabet Kurumu dolayısıyla, Rekabet Kurulu kararlarına karşı ilk derece mahkemesi olarak Ankara İdare Mahkemeleri'nde dava açılması gerekmiştir.

Ayrıca "Tam yargı davalarında yetki"ye ilişkin olan 36. maddeye göre; "*İdari sözleşmelerden doğanlar dışında kalan tam yargı davalarında yetkili mahkeme, ... Zararı doğuran idari uyuşmazlığı çözümlemeye yetkili,... idari mahkemesidir*." hükmü de, iptal davasında olduğu gibi Rekabet Kurumu'nun yine aynı kapsamda vereceği zararlara karşı açılacak olan tam yargı davalarında Ankara İdare Mahkemesini yetkili kılmaktadır. Değişiklik, yalnızca ilk derece mahkemesi bakımından söz konusu olup, temyiz merci bakımından herhangi bir değişiklik getirmemiştir. Bir başka deyişle, yetkili idare mahkemelerinin verdikleri kararın temyizi için yine Danıştay'a başvurulacaktır[728]. Ancak İYUK'un 45. maddesinde yapılan değişiklikle itiraz kanun yolu kaldırılarak yerine istinaf

---

Yetkili mahkemenin belirlenmesinde, idari davalarda genel yetkiyi düzenleyen 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunun 32. maddesi geçerli olacak. Bu hükme göre, "Göreve ilişkin hükümler saklı kalmak şartıyla bu Kanunda veya özel kanunlarda yetkili idare mahkemesinin gösterilmemiş olması halinde, yetkili idare mahkemesi, dava konusu olan idari işlemi veya idari sözleşmeyi yapan idari merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemesidir". Bu hüküm uyarınca değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren Rekabet Kurulu kararlarına karşı ilk derece mahkemesi olarak Ankara İdare Mahkemelerinde dava açılması gerekecek.

Değişiklik, yalnızca ilk derece mahkemesi bakımından söz konusu olup temyiz merci bakımından herhangi bir değişiklik bulunmuyor. Bir başka deyişle, yetkili idare mahkemelerinin verdikleri kararın temyizi için yine Danıştay'a başvurulacak.

Kamuoyuna saygıyla duyurulur."

[728] İbid.

kanun yolu da getirilmiştir. Bu durumda temyiz yolundan önce istinaf yolunun kullanılması da gerekmektedir[729].

Kurul'un KİT'ler hakkında hâkim durumu kötüye kullanmaları iddiaları üzerine vermiş olduğu kararlar bakımından incelenmesi gereken idari yargılama türleri ise idari yargı düzeninin iki temel dava türü olan iptal davası ve tam yargı davası karşımızı çıkmaktadır. Özellikle RKHK'nın 55. maddesi ile Kurul kararlarına idari bakımdan itiraz yolunun kapalı olması, kararlar hakkında başvurulacak yegane yol olan idari yargılamanın önemini artırmaktadır.

1. İptal Davası

RKHK'nın 55. maddesi kapsamında Rekabet Kurulu'nun her türlü idari yaptırım kararlarına karşı idari yargı yoluna başvurulabileceği daha önceki bölümlerde de belirtilmiştir. İdari yargılamaya konu edilebilecek bu tür idari işlemlerin iptali özellikle önem taşımaktadır. Adli yargı ile idari yargı arasındaki en önemli ayrım unsuru olan iptal davası ise idari yaptırımların iptalinin talebi kapsamında karşımıza çıkmaktadır. Adli yargıda, iptal davasına eş değer nitelikte dava tipinin olmaması ve ayrıca kamu hukuku ilke ve esaslarının uygulama alanına daha uygun olan iptal davaları idari yargılamanın en önemli dava tipini oluşturmaktadır[730].

Her idari işlemde olduğu gibi, iptali talep edilen işlem ile ilgili olarak yürütmeyi durdurma kararı alınmasına ilişkin hükme de 55. madde çatısı altında yer verilmiştir. RKHK'nın 55. maddesinin 2. fıkrasında "*Kurul kararlarına karşı yargı yoluna başvurulması kararların uygulanmasını ve idarî para cezalarının takip ve tahsilini durdurmaz*" hükmü yer almaktadır. Bu hüküm ile de idari işlemlerin yargı kararı olmaksızın yürütmesinin durdurulamayacağı bir kez daha belirtilmiştir.

---

[729] 2577 sayılı İdari Yargılama Kanunu'nun 45. Maddesini değiştiren 18.6.2014 tarih ve 6545 sayılı kanunun 19. maddesi.

[730] Lütfi Duran, "*İdari İptal Davası Olağan ve Genel Bir Başvuru Yoludur*", **TODAİE İnsan Hakları Yıllığı**, C.19-20, Ankara, 1997, s.188.

İktisadi kamu hizmetlerinin devletin ekonomik hayata müdahalesi olarak gözükmesi doğaldır. Açıkçası toplumun ekonomik ihtiyaçlarının karşılanması adına özel hukuk kuralları yeterli kalmamaktadır. Bununla beraber kamu hukuku kural ve esaslarının da özel hukuk kuralları ile birlikte karma bir hukuki rejim oluşturması, rekabet hukukunun özünü oluşturmaktadır. Bu bakımdan ekonomik kamu düzenini sağlamakla görevli olan Rekabet Kurumu'nun özel idari kolluğun bir türü olan ekonomik kolluk yetkisini kullanması, bu karma hukuk sisteminin farkını ortaya koymaktadır[731]. İşte bu nedenden dolayı kamu düzeninin korunması bakımından Rekabet Kurulu'nun her bir kararında ayrı ayrı kamu yararı amacının incelenmesi, idari yargı organının her bir maddi olayı özel olarak incelemesi zorunluluğunu doğurmaktadır.

Adli yargı makamlarının, idari yargı makamlarının kullandığı kamu hukuku mevzuatını yorumlama tekniğini kullanamaması ve idari yargının aldığı kararlar bakımından daha teknik bir analizin gerekmesi, idari işlemler hakkında karar almalarını zorlaştırmaktadır[732]. Özellikle idarenin ayrılığı ilkesi gereği, idari yargı ve adli yargının birbirinden ayrı konular bakımından yetkili olması sonucunu doğurmaktadır[733]. Dolayısıyla adli yargı makamları bir kamu kurumunu belirli bir doğrultuda idari işlem yapmaya zorlayamaz. Dahası adli yargının vereceği karar ile işlemin yapılmasına zorlama karşısında idare ve kamu kurumları hareketsiz kalacaklardır[734]. Bu doğrultuda Anayasa'nın 138. maddesinde yer alan "*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme*

---

[731] Tan, Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, s.386.

[732] Orak, Kamu Hizmetleri ve Kamu Teşebbüslerine Rekabet Kurallarının Uygulanması, s.369-370.

[733] "*Bir varsayım olarak, idare hukuku esaslarına göre idari eylem veya işlem sayılan konulara karşı adli yargı yerlerinde bir yasa ile dava açılabileceğinin ve yargı denetiminin bu yolla sağlanabileceğinin kabul edilmesi, Anayasa ilkelerine ters düşen şekli bir denetimden öteye gitmeyen bir görüş olur ... Adli yargının amacı, taraflar arasındaki uyuşmazlığın hak ve menfaat kurallarına göre çözülerek haksızlığın giderilmesi ve varsa zararın tazmin ettirilmesi olduğu halde, idari yargı denetiminin ana ereği, idarenin, idare hukuku alanı ve kanun çerçevesi içinde kalmasını sağlamaktır. Başka bir deyimle, idari yargı denetiminin amacı, idarenin kanunların verdiği yetkileri aşması ve kötüye kullanması ya da hukuka ve mevzuata aykırı işlem veya eylem tesis etmesi hallerinde, bu eylem ve işlemleri ... iptal etmek suretiyle idareyi hukuk alanı içinde kalmaya zorlamaktır.*" AYM, 25.5.1976, E.1976/1, K.1976/28, RG. T.16.8.1976, S.15679; Metin Günday, "*İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları*", **Anayasa Yargısı**, S.14, Yayın no: 36, Ankara, 1997, s.349-350.

[734] Lütfi Duran, "*Yargıtay'ın Kamu Hukukuna Değin Son Kararları Üzerine Mülahazalar (III)*", **Amme İdaresi Dergisi**, C.18, S.4, İstanbul, 1985, s.76-77; Orak, Kamu Hizmetleri ve Kamu Teşebbüslerine Rekabet Kurallarının Uygulanması, s.370, dn.1507.

kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez" hükmü yerine, Anayasa'nın 125. maddesinde yer alan "*... idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini ortadan kaldıracak biçimde yargı kararının verilemeyeceği*" hükmü uygulama alanı bulacaktır[735].

Danıştay kararları incelendiğinde, kamu kurum ve kuruluşlarında uygulanan işlem ve eylemlerin kamu hukuku ilkeleri ile çözümleneceği defalarca vurgulanmaktadır. Örneğin Danıştay bir kararında, kontörlü telefonlar için ankesörlü telefonlardan farklı ücret belirlenmesinin hukuka aykırı olmadığını belirterek askeri birliklerde bulunan kontörlü telefonlar için daha az ücret belirlenmesinin eşitlik ilkesine aykırı olmadığını vurgulamıştır[736].

Danıştay'ın diğer bir kararında ise evine ücretsiz telefon bağlanması gerekirken, kendisinden tesis gideri ve abone ücreti alınması tazmine ilişkin açılan davada ileri

---

[735] Duran, "*Yargıtay'ın Kamu Hukukuna Değin Son Kararları Üzerine Mülahazalar (III)*", s.77; Orak, Kamu Hizmetleri ve Kamu Teşebbüslerine Rekabet Kurallarının Uygulanması, s.370, dp.1508.

[736] "*Aktarılan düzenlemelere göre, davalı idare yaptığı iş ve yürüttüğü hizmetlerin karşılığı olarak alınacak ücretleri karlılık ve verimlilik ilkeleri doğrultusunda belirlemekte serbesttir. Ancak idarenin konuya ilişkin her türlü işleminin kamu yararı ve hizmet gerekleri de dikkate alınarak hukuka uygunluğunun denetleneceği açıktır.*

Davalı idarenin hukuki statüsüne ve aktarılan düzenlemelere göre, kontörlü gişe telefonları önünde oluşan izdihamın önlenmesi, kullanıcıların kartlı ve jetonlu telefonlara yönlendirilmesi amacıyla kontörlü gişe telefonlarından farklı ücret alınmasına ilişkin düzenleme yapılmasında kamu yararına, hizmet gereklerine ve hukuka aykırılık görülmemiştir.

Davacı askeri birliklerdeki kontörlü telefonların kontör ücretinin 2.500.- lira olarak belirlenmesinin eşitlik ilkesine aykırı olduğunu iddia etmişse de; Anayasa Mahkemesi'nin çok sayıdaki kararında da yorumlandığı üzere, yasa önünde eşitlik, ancak niteliklerde benzerlik ve yasaların getirdiği kurallara uyarlık oranında söz konusu olabilir. Kimi vatandaşların başka bir kurala bağlı tutulmaları haklı bir nedene dayanmakta ise böyle bir durumda yasa önünde eşitlik ilkesine ters düşüldüğünden söz edilemez. Başka bir deyişle eşitlik, her yönüyle aynı hukuki durumda bulunanlar arasında söz konusu olabilir.

Bu nedenle Anayasa'da her Türkün hakkı ve ödevi olduğu belirtilen askerlik hizmetini ifa edenlerin yararlandığı askeri birliklerdeki kontör ücretlerinin farklı belirlenmesinin eşitlik ilkesine aykırılığından da söz edilemez.

Davacının, yönetim kurulu üyelerinin 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede öngörülen koşulları taşıyıp taşımadığının incelenmesi gerektiği yolundaki iddiaları da işlemi sakatlayacak nitelikte görülmemiştir." Bkz. Danıştay 10. Dairesi Kararı, E. 1996/993, K. 1999/3627, T.23.06.1999.

sürülen def'ini, kamu hizmeti kriterlerine dayandırılmadan, idari işleme dayanılarak ücretin alındığını belirten idarenin gerekçesi yerinde görülmemiş ve davanın esası inceleme altına alınmıştır[737].

Danıştay, iktisadi kamu hizmetleri ile ilgili olarak sadece kamu hizmeti ilke ve kriterlerine dayanarak kendisini görevli gördüğü durumlarda verdiği kararlarda ise KİT'lerin işlem ve eylemleri ile ilgili uyuşmazlıkların esasını incelemiş ve kamu hizmeti niteliklerine vurgu yapmıştır[738]. Bu tür kararlarında Danıştay, KİT'lere ilişkin olan mevzuatın uygulanması, kamu hizmetinin özüne ilişkin genel işlemler ile hizmetin gereği olan faaliyetlerin amaçlarına uygun olup olmadığı hususunda idari yargıyı görevli saymıştır. Örneğin zorunlu unsurun konu edildiği bir kararında Danıştay, kamu teşebbüslerinin bazı durumlarda sözleşme yapma yükümlülüğünden bahsetmiş ve bu kapsamda ilgili kamu teşebbüsünün sözleşme yapma veya yapmama iradesinin idari nitelik taşıdığını belirterek, uyuşmazlığın idari yargının denetimine tabi bir konuda olduğunu açık bir şekilde vurgulamıştır[739].

Rekabet Kurulu'nun re'sen açtığı ya da başvuru ile başlattığı soruşturmaların, halihazırda rekabetin bozulduğu iddiası ile idari yargıya taşınması sorunsalı bakımından Danıştay'ın görüşü ilgi çekicidir. Konuya ilişkin olarak incelenmesi gereken uyuşmazlıklardan biri TFF ile Cine 5 arasındaki sözleşmedir. Türkiye Futbol Federasyonu ile Cine 5 arasında imzalanan sözleşme ile sözleşmenin sonuçlarının RKHK'ya aykırı olup olmadığının belirlenmesi için Rekabet Kurulunca soruşturma açılmasının üzerine, Kurul'un verdiği tedbir kararına karşı Danıştay'da iptal davası açılmıştır. Rekabet Kurulu'nun tedbir kararının yürütülmesini durduran Danıştay, yasama ve yürütme

---

[737] Dan. 12.D., E.1968/1158, K.1968/2206, T.27.11.1968 (Birsen Çırakman, "*Kamu Hizmeti*", **Amme İdaresi Dergisi**, C.9, S.4, İstanbul, 1976, s.92).

[738] Orak, Kamu Hizmetleri ve Kamu Teşebbüslerine Rekabet Kurallarının Uygulanması, s.372.

[739] Davacının atık su kullandığı gerekçesiyle bu konuda abonman sözleşmesi yapmaya davet edilmesi idari bir işlem olup, uyuşmazlığın çözümü idari yargının görevi olduğuna dair verilen kararda; "*Abone sözleşmesinin uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların görüm ve çözümü adli yargı yerinin görev alanına girmekte ise de, davacı şirketin atık su kullandığı gerekçesiyle bu konuda abonman sözleşmesi yapmaya davet edilmesine ilişkin işlem idari nitelikte olup, bu uyuşmazlığın görüm ve çözümünün idari yargının görevinde olduğu açıktır.*" Bkz. Dan. 8.D., E.1994/4339, K.1995/2783, T.2.10.1995.

organlarının yargı kararlarına uymak zorunluluklarının bulunduğunu belirterek yargı kararlarının değiştirilmeden derhal yerine getirilmesi belirtmiştir. Özellikle kararında Anayasa'nın 138. maddesini vurgulayan Danıştay, yargı kararının ivedilikle uygulanması için idareye yüklenmiş olan sorumluluğu belirtmiştir[740]. İdari Dava Daireleri Genel Kurulu ise, 10. Daire'nin vermiş olduğu bu kararı kısmen onaylamakla birlikte, sözleşmeye dayanan protokolün iptali için açılan bu davada, Rekabet Kurulu'nun devam dava ile ilgili olan işlem hakkında RKHK'ya aykırı hükümler taşıdığı yolundaki tespitlere dayanarak yargı kararı ile hukuka uygun bulunmuş olan sözleşmeyi etkisiz kılacak şekilde tedbir kararı alma konusunda yetkisinin bulunmadığını belirtmiştir. Fakat İDDGK, 10. Daire'nin aksine, Rekabet Kurulu'nun, yargı yerince hukuka uygun bulunan sözleşmenin uygulanması aşamasındaki faaliyetlerin hâkim durumu kötüye kullanılması kapsamında olup olmadığının saptanması bakımından yetkili olduğunu açıklamıştır[741].

Danıştay'ın olaya bakış açısı ile ilgili olarak Tan, Fransız hukukundaki durum ile benzerliğin bulunduğunu belirterek, Fransız hukukunda rekabeti bozucu sonuç yaratan kamusal işlemin denetlenmesinin idari yargı alana girdiğini, buna karşın kamusal işlemden ayrılabilecek uygulamalar ile davranışların rekabet hukuku açısından değerlendirilmesi gerektiği durumlarda ise rekabet otoritesinin yetkili olduğunu açıklamaktadır[742]. Tan ayrıca bu hususla ilgili olarak, imtiyaz sözleşmelerinin denetimini örnek göstermekte ve genelde bir teşebbüs lehine hâkim durumun yaratılmasına neden olan imtiyaz sözleşmesinde yer alan hükümlerin, hâkim durumu kötüye kullanma sonucu yaratacak nitelikte olması durumunda, idari yargı mekanizmasının bu hükümlerin hukuka aykırılığına karar verebileceğini ifade etmektedir. Bunun yanı sıra hâkim durumun kötüye

---

[740] "*Dolayısıyla, dava konusu olayda olduğu gibi, Yasanın koruduğu rekabetin bozulmasına ya da sınırlamasına neden olduğu ileri sürülen hukuki işlem ya da davranışın, yargılama faaliyetinin konusu olması, yargı yerince bu işlem ya da davranışın idarece ayrıca bir inceleme yapılmasına ve tedbir kararı verilmesine olanak yoktur. Çünkü bu halde, davalı idarenin işlem tesis etmesi için gereken şartların oluştuğunu kabul etmek ve tesis edilen işlemle yargı kararının uygulama olanağını, niteliğini, varlığını ortadan kaldırarak, yeni hukuki durumlar meydana getirmek yukarıda değinilen Anayasa kuralına ve onun dayanağı ilkeye uygun değildir.*" Bkz. Dan. 10.D., E.1999/5735, T.13.01.1999'dan aktaran Aslan, Rekabet Hukuku, 2001, s.415.

[741] Dan. İDDGK'nun 22.03.1999 tarihli ve YD İtiraz no: 1999/113 S. Kararı aktaran: Aslan, Rekabet Hukuku, 2001, s.416.

[742] Turgut Tan, "*Rekabetin Korunmasında Rekabet Kurulu ile Yargı Organlarının Rolü (İşlevsel İşbirliği Üzerine Bazı Gözlemler)*, **Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan**, C.II, İstanbul, 2004, s.46.

kullanılmasının doğrudan sözleşmeden değil de teşebbüsün uygulamasından kaynakladığının tespitinin rekabet otoritesi tarafından yapılıp karara bağlanması gerektiğini de belirtmektedir[743]. Bu tespitin nasıl yapılması gerektiği hususunda mevzuatımızda belirgin bir kural olmamakla birlikte 4054 sayılı RKHK'nın 32. maddesi uyarınca Rekabet Kurumu bünyesinde ve Başkanlığa bağlı hizmet birimleri[744] tarafından yapılabilmesi mümkündür. Her ne kadar hizmet birimlerinin görev alanlarını belirleyen 21.06.1997 tarih ve 23026 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Rekabet Kurumu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte böyle bir tespit görevi yer almamaktaysa da, bazı daire başkanlıklarının araştırma görevleri çerçevesinde bu görevi yerine getirebilmeleri sağlanabilir.

İptal davalarının idari işlemlerden doğan menfaatleri zedelenen kişilerce açılmasının olası sonuçlarından birinin, idarece tesis edilen işlemlerin tesis edildikleri tarihten itibaren tüm sonuçlarının ortadan kaldırılması niteliğinde bir dava türü olduğu bilinmektedir. Esas itibariyle bu amaca ulaşmak isteyen davacının, konuya ilişkin olarak tüm taleplerini doğrudan yargıca sunması sonucunda; iptal davasından beklenen yargısal koruma kapsamında mütalaa edilmek üzere ilgili tüm işlem ve eylemlerin yanı sıra mevzuat ile birlikte hukuki olguların da incelenmesi, idari yargıcın görevi ve sorumluluğu içerisindedir[745]. Kimi yazarlara göre, rekabet ihlaline ilişkin taleplerin idari yargı yerlerince karşılanması, kapsamlı bir hukuki korumayı sağlayacaktır[746]. Bu görüşe katılmak yanlış olmayacağı gibi, idari teşkilat içerisinde farklı kollar altında yer alan tüzel kişiler, makam ya da organların birbirlerini denetlemelerine nazaran bağımsız yargı organlarınca denetime tabi tutulmalarının daha etkili olacağını da eklemek yerinde olacaktır.

---

[743] İbid., s.47.

[744] (http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Sayfalar/Organizasyon-Semasi) (Erişim: 09.11.2016).

[745] Celal Erkut, **Hukuka Uygunluk Bloğu: İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi**, İstanbul, 1996, s.334.

[746] Orak, Kamu Hizmetleri ve Kamu Teşebbüslerine Rekabet Kurallarının Uygulanması, s.380.

2. Tam Yargı Davası

İdari yargı kapsamında bir diğer dava tipi ise tam yargı davasıdır. "Tam kaza"[747] davası olarak da adlandırılan tam yargı davası, İYUK'un 2. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde, "*idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan ...*" dava olarak ifade edilmiştir. Madde metninde tam yargı davasının tanımlanmasından daha çok, tam yargı davasını kimlerin hangi nedenle açabileceği belirtilmektedir[748]. Doktrinde özel hukukta açılan edim davalarına benzetilen tam yargı davaları, uygulama bakımından idari işlem ve eylemlerden kaynaklanan maddi ve manevi zararların tazmin edilmesi bağlamında açılan tazminat davaları olarak görülmektedir[749]. Ayrıca idari işlem ve eylemlerin yanı sıra, idari sözleşmelerin de bu kapsamda değerlendirildiği, diğer bir deyişle idari sözleşmelerin yürütülmesi sonucu doğan hakların tazmini içinde yine tam yargı davası yoluna gidileceği belirtilmektedir. Geniş kapsamda değerlendirildiğinde çıkan sonuç, kamu hukuku kuralları çerçevesinde idarenin tazmin ile yükümlü hale geldiği her türlü sorumluluğun, bu kapsamda değerlendirilebileceği anlamına gelmektedir[750].

İdarenin tazmin yükümlülüğünden bahsedebilmemiz için tam yargı davasına konu edilebilecek sorumluluklarından da bahsedilmesi gerekmektedir. Özellikle medeni hukuk alanında gelişen sözleşmesel sorumluluk ile sözleşme dışı sorumluluk esası, bir bakıma idare hukukunda da benimsenmiştir[751]. Özellikle İYUK 2. madde de belirtildiği üzere idari işlemler, idari eylemler ve idari sözleşmelerden doğan tazmin yükümlülüğü karşımıza çıkmaktadır. Buradan da hareketle sözleşme dışı sorumluluk hali olarak belirtilen idari işlem ve eylemlerinin yanı sıra ikinci kategori olarak idari sözleşmelerden doğan sorumluluktan bahsedilebilmektedir.

---

[747] Tan, İdare Hukuku, s.942.

[748] Yıldırım / Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün / Tekinsoy, (*Bölüm: İdari Dava Türleri, Yazar: Yıldırım*), s.799.

[749] İbid., s.799.

[750] Tan, İdare Hukuku, s.942.

[751] İbid., s.945.

Özellikle serbest piyasa düzeni ile girişim özgürlüğü bakımından idarenin yapmış olduğu her türlü işlem, eylem ve sözleşmelerden doğacak sorumluluğunun bulunması, yatırımcılar ve piyasadan faydalanan herkes bakımından önem taşımaktadır. Daha da ötesi, idarenin hizmet kusuru ile verdiği zararlar bakımından sorumluluğunu, "liberal ve bireyci ekonominin gözde ilkesi" olarak değerlendiren yazarlarda bulunmaktadır[752].

RKHK bakımından inceleme yapıldığı zaman, rekabeti bozucu faaliyetler ile zarar görenlere karşı, zarar veren bu faaliyetleri gerçekleştiren teşebbüsler için tazmin yükümlülüğün getirildiği açıktır. RKHK'nın "Tazminat Hakkı" başlıklı 57. maddesine göre; "*Her kim bu Kanuna aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa yahut belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu kötüye kullanırsa, bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur. Zararın oluşması birden fazla kişinin davranışları sonucu ortaya çıkmış ise bunlar zarardan müteselsilen sorumludur*". Hükümden de anlaşıldığı üzere, hâkim durumu kötüye kullanan teşebbüslerin, hem piyasada bulunan olası ya da faal rakiplere karşı verdiği zararlardan hem de piyasadan mal ve hizmet alan kullanıcılara verdikleri zararlardan sorumlu olacağı açıktır.

Tam yargı davasının açılmasında, iptal davasındaki gibi menfaat kriterinin yeterli olmaması, RKHK'nın 57. maddesinde de kendini göstermektedir. Taraflar bakımından dava ehliyeti için maddi veya manevi zararın tespiti, tam yargı davasının olmazsa olmaz unsurları arasında yer almaktadır. Burada ihlal edilen hak, adli yargıda görülmekte olan davalarda ihlal edilmiş olan hak gibidir ve idari yargı yerleri karşısında hakkının ihlal edildiğini kanıtlayamayan kimsenin açtığı dava kabul edilmez[753]. Özellikle kamu hizmetlerinde bireylerin uğradığı "özel ve olağandışı zararların" tazmininin gerektiği

[752] Cüneyt Ozansoy, "*Tarihsel ve Kurumsal Açıdan İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu*", Yayınlanmamış Doktora Tezi AÜSBE, Ankara 1989, s.189'den aktaran: Orak, Kamu Hizmetleri ve Kamu Teşebbüslerine Rekabet Kurallarının Uygulanması, s.381.

[753] Tan, İdare Hukuku, s.953.

somut olaylarda, maddi veya manevi zararın tespitinin öncelikle incelenmesi gerekmektedir[754].

RKHK'ya bakıldığı zaman zararın tazminini konusunda da kanunkoyucunun bir açıklık getirme amacının bulunduğu gözükmektedir. "Zararın Tazmini" başlıklı 58. maddeye göre; "*Rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenler, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilir*". Tazmin edilecek zararın niteliğini sadece maddi olarak belirleyen RKHK, manevi zarar açısından bir hüküm belirtmemiştir. Ayrıca adı geçen maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesi[755] ile 2. fıkrasında[756] da, tazmine konu edilebilecek zararın sadece maddi zarar olarak hesaplanacağının belirtilmesi, konunun sadece maddi bakımdan incelenmesi gerektiğini bir kez daha vurgulamaktadır.

Önem arz eden bir diğer nokta ise kamu teşebbüsünün hâkim durumu kötüye kullanarak yapmış olduğu bir idari işlem veya eylem sonucu uğratılan zararın tazmini hususunda hangi yargı kolunun görevli olacağı sorunsalıdır. Özellikle kamu hizmeti faaliyetinin yürütülmesi sırasında oluşabilecek zararların idari yargılamaya konu edilebilmesi yadsınamaz bir husustur. Örneğin Uyuşmazlık mahkemesinin MÜHİMMATSAN hakkında verdiği kararı ele almak yerinde olacaktır.

Uyuşmazlık mahkemesi bu konudaki kararında[757], Makine ve Kimya Endüstrisi Kurumu'na bağlı ortaklık olarak kurulan MÜHİMMATSAN A.Ş. tarafından 233 sayılı KHK hükümlerine göre yürütülen hizmetin niteliğinden kaynaklanan zararın giderilmesine yönelik bulunan davanın;

---

[754] Danıştay 10. Dairesi Kararı, K. 1996/7121 (Ender Ethem Atay / Hasan Odabaşı / H. Tahsin Gökcan, **İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, Ankara, 2003, s.254); Yıldırım / Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün / Tekinsoy, (*Bölüm: İdari Dava Türleri, Yazar: Yıldırım*), s.800.

[755] RKHK'nın "Zararın Tazmini" başlıklı 58. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesine göre; "*Zararın belirlenmesinde, zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün kârlar, geçmiş yıllara ait bilançolar da dikkate alınarak hesaplanır*".

[756] RKHK'nın "Zararın Tazmini" başlıklı 58. maddesinin 2. fıkrasına göre; "*Ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hâkim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârların üç katı oranında tazminata hükmedebilir*".

[757] UYM Hukuk Bölümü Kararı, E. 1998/76, K. 1998/72, T.28.12.1998.

"*233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında KHK.'nin 2/5. maddesinde, "Bağlı ortaklık; sermayesinin yüzde ellisinden fazlası iktisadi devlet teşekkülüne veya kamu iktisadi kuruluşuna ait olan işletme veya işletmeler topluluğundan oluşan anonim şirketleridir." şeklinde tanımlanmış; aynı KHK'nin "Bağlı Ortaklıklar" başlıklı ÜÇÜNCÜ BÖLÜM'ünde yer alan 22. maddede kuruluşu, 24. maddede yönetim kurulu, genel müdürü ve atamalar, 25. maddede denetçilerin seçimi, 26. maddede yönetim kurulunun ibrası hususları düzenlenmiş ve 23. maddenin 2 numaralı bendinde, bağlı ortaklıkların, bu KHK.'de saklı tutulan hususlar dışında özel hukuk hükümlerine tabi olduğuna işaret edilmiştir.*

MÜHİMMATSAN A.Ş. Ana Sözleşmesinin 1. maddesinde "Aşağıda isim ve tabiyetleri yazılı kurucular tarafından, Türk Ticaret Kanununun ani kuruluş hükümlerine göre kurulan işbu Anonim Şirket, bu Ana Sözleşmede yazılı kayıt ve şartlara, 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye, Makina ve Kimya Endüstrisi Kurumu (Teşekkül) Ana Statüsü ve Türk Ticaret Kanunu hükümlerine tabidir." hükmüne yer verilmiş ve kurucuları olarak kamu kesiminden MKE Kurumunun yanısıra özel kesimden 4 şahıs belirtilmiş; 6. maddesinde, her biri 1,000 (Bin) TL. değerinde 2.750.000.000 adet hissenin %49 oranına isabet eden 1.347.500.000 adet hissenin nama ve %51 oranındaki 1.402.500.000 adet hissenin ise hamiline yazılı olduğu, hamiline yazılı hisselerin tamamı ile nama yazılı hisselerin 1.347.499.600 adedinin MKE Kurumuna, 400 adet nama yazılı hissenin ise, özel kesimi temsil eden diğer ortaklara ait bulunduğuna işaret edilmiş; kuruluş, yönetim kurulu, genel müdür, atamalar ve denetçilere ilişkin olarak 233 sayılı KHK. hükümlerine paralel düzenlemelere yer verilmiştir.

MKE Kurumunun Ana Statüsünün 4. maddesinde işaret edildiği üzere, kalkınma planları ve yıllık programlar çerçevesinde, imalat sanayii alanında, her çeşit silah, mühimmat, patlayıcı madde imalat kapasitelerini karlılık ve verimlilik esasları gözönüne alınarak, savunma ve sivil savunma ihtiyaçlarına göre planlamak ve ekonomik bir şekilde üretmek ve pazarlamak amacına uygun şekilde, hisselerinin tamamına yakınını elinde tutan kamu kesiminin yönetimi ve denetimi altında faaliyet gösteren MÜHİMMATSAN A.Ş.'nin, tüzel kişiliğe sahip bir kamu kurumu olduğu tartışmaya yer bırakmayacak şekilde açıktır.

233 sayılı KHK ile özerk bir tarzda ve ekonomik gereklere ve kurallara uygun olarak yönetilmeleri, verimlilik ve karlılık ilkeleri doğrultusunda kendi aralarında ve milli ekonomi ile uyum içinde çalışarak sermaye birikimine yardım etmeleri ve bu suretle daha fazla yatırım kaynağı yaratmaları amaçlanan teşebbüs ve bağlı ortaklıkların, bu amaçları gerçekleştirebilmeleri için iktisadi ve ticari faaliyetleri bakımından özel hukuk hükümlerine tabi kılınmış olmaları, onların "kamu hizmeti" yürütmelerine ve "kamu kurumu" niteliğini taşımalarına engel teşkil etmemektedir."

gerekçesi ile ve Anayasanın 125. maddenin son fıkrası uyarınca ve idare hukuku esaslarına göre idari yargı yerinde çözümlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Kararında özellikle özerk bir tarzda yönetilen, fakat kuruluşu, görevleri ve finansmanı yönlerinden 233 sayılı KHK.'de yer alan esaslar çerçevesinde merkezi idarenin vesayeti altında bulunan MÜHİMMATSAN A.Ş.'nin görev alanı itibariyle, hizmetin kuruluş ve işleyişi

tehlike ve risk taşıdığı, dolayısıyla kamu hizmeti gören bu kurumun verdiği zarar bakımından idari yargı kolunun görevli olduğu vurgulanmıştır[758].

Uyuşmazlık mahkemesinin bu kararının, hâkim durumu kötüye kullanan kamu teşebbüsleri bakımından da yorumlanabilmesi uygun olacaktır. Dolayısıyla kamu hizmeti gören kamu teşebbüslerinin hâkim durumu kötüye kullanmaları nedeniyle açılan tazminat davalarında, konusu ve sorumluluk alanı itibariyle idari işlem ve eylemlerin sonucu mevcut zararların oluşması bakımından idari yargının söz konusu olacağı kaçınılmaz bir gerçek olmaktadır.

[758] UYM Hukuk Bölümü Kararı, E. 1998/76, K. 1998/72, T.28.12.1998.

SONUÇ

Teknolojinin ilerlemesi ve toplumun ihtiyaçlarının çeşitlenerek artması, kamu hizmetlerinin sunulmasındaki unsurları her dönem değiştirmektedir. Daha da fazlası, Devlet'in bu ihtiyaçlara eskisi gibi hızlı ve yeterli olarak yanıt verememesi, kamu hizmetlerinin yapısını değiştirmektir. Özellikle kamu hizmetlerinin finansmanı sorunu, hizmetlerin adaptasyon sürecini güçleştirmekte ve hizmeti sunan idarenin gelişmelerin gerisinde kalması sonucunu doğurmaktadır. Bu sonuçta, Devlet faaliyetin türünü, monopol kamu hizmetinden çıkararak, serbest piyasa ekonomisine uygun olan bir kamu hizmet türüne dönüştürmektedir.

İktisadi kamu hizmeti anlayışının ve dolayısıyla rekabete açık bir serbest piyasa rejiminin gelişmesi, idare hukukunun klasik kamu hizmeti teorilerinin giderek değişebilirliğine ve bu alanda yeni bakış açılarının gerekliliğine neden olmaktadır. Daha çok özel hukuk alanında kullanılan ilke ve esasların, ihtiyaç duyulan hizmet açısından uygulanmasının artmasına neden olan bu durum, kaçınılmaz olarak idareye faaliyet alanının kapsamını değiştirme nedeni sunmaktadır. Diğer bir deyişle, klasik kamu hizmetinin teorileri ile modernleşen ve gelişen yeni kamu hizmeti teorilerinin çatışması, rekabete uygun faaliyet alanlarının doğmasına neden olmuştur.

Devlet her ne kadar faaliyetten çekilmeye çalıştığını gösterse de, ilgili teşebbüsleri ile piyasayı kontrol etme çabasından da uzaklaşamamaktadır. Özellikle hâkim durumda bulunduğu piyasalarda kamu teşebbüslerinin önemli bir etkinliğinin var olduğu yadsınamaz bir gerçektir. Son dönemde gördüğümüz gibi kamu teşebbüslerinin özelleştirme yoluyla özel teşebbüse dönüşmesi ve bağlı ortaklıklar ya da farklı yöntemler ile özel teşebbüsler ile birleşim yoluna gidilmesi gibi örneklerle Devletin hâkim durumun sona erdirilmesi çalışmaları söz konusudur. Bütün çabalarına rağmen, organik bağının kopmadığı bu teşebbüsler ile Devlet'in kontrol mekanizmasının sürdürülmesi, bahsedilen etkinin güncel kanıtı olmaktadır.

Rekabet hukukunun idare hukuku kural ve esasları ile çatışmaya başladığı bir alana dönüşen kamu hizmeti konusu özellikle "teşebbüs" kavramı üzerinden sorunlara neden olmuştur. Avrupa Birliği'nin etkisi ile Türk rekabet hukukunun evrilmesi sonucu,

kamu – özel teşebbüs ayrımının yapılmadan hâkim durumu kötüye kullanan her teşebbüse karşı aynı doğrultuda yaklaşılması ihtiyacı ortaya çıkmış ve dolayısıyla ilgili kurum olan Rekabet Kurumu'na büyük bir sorumluluk ve görev düşmüştür.

Genel olarak kamu teşebbüslerinin hâkim durumu kötüye kullanmasının önüne geçilmesi istenilmektedir. RKHK'nın uygulama alanı ile birlikte ayrıca Rekabet Kurulu'nun bu teşebbüsler üzerinde bağımsız karar alabilme yetkisinin belirlenmesinde, teşebbüs kavramının detaylı incelemesinin gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Çoğunlukla kamu gücünü kullanabilme yetkisi bulunan kamu teşebbüslerinin, hâkim durumlarını kötüye kullanmalarının önlenmesinin ve kamu menfaati ölçütü bakımından denetlenmelerinin yapılması gerektiğine şüphe yoktur. Ancak RKHK'nın günümüzdeki şekli ile bu denetlemenin yapılmasında hem kamu yararı ve toplum hem de özel teşebbüs uygulamaları açısından aksamalar yaşanmaktadır.

Rekabet Kurumu'nun vereceği kararların idari yargı mekanizmasının vereceği kararlar ile uyumlu olmasını sağlamak için, RKHK'nın yanı sıra karma ve kamu yararı ölçütüne uygun gösterilebilecek mevzuatın oluşturulması zorunlu bir ihtiyaç olarak karşımıza çıkmaktadır. Rekabetin sağlanması adına tek yetkili denetleme kurumu olan Rekabet Kurumu'nu, şu anda devletçi politikalara nazaran özel girişime karşı daha sıkı bir denetleme yapmaya zorlayan bu sistemin, bu haliyle sürdürülmesinin adaletli olacağı da kuşkuludur. Bu nedenle, kamu yararı karşısında çoğunlukla göz ardı edilen bireysel menfaat ve hakların korunması için de önemli bir kural olan hâkim durumun kötüye kullanılması yasağının etkin bir hale getirilebilmesi için bilinçli ve sistematik bir çalışma zorunlu hale gelmiştir. Bu çalışma çerçevesinde özellikle Rekabet Kurumu'nun güçlendirilmesi, hizmet birimlerinin görev alanlarının kamu yararı ile özel teşebbüs kurma hakkı arasındaki dengenin kurulması tespitini yapacak şekilde yeniden düzenlenmesi, var olan bu soruna çözüm olabilecek niteliktedir.

KAYNAKÇA

Akad, Mehmet / Dinçkol, Bihterin Vural / Bulut, Nihat, **Genel Kamu Hukuku**, 12. Bası, DER Yayınevi, İstanbul, 2016.

Akıllıoğlu, Tekin, "*Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler*", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, S:1-3, Y:9, İstanbul, 1998.

Akıncı, Ateş, **Rekabetin Yatay Kısıtlanması,** Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2001.

Akıncı, Ateş, "*Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Üzerine Eleştirisel Bir Bakış*", **Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Etkisi**, Yayına Hazırlayan: Nurkut İnan, TES-AR Yayınları, No:20, Ankara, 1996.

Akıncı, Ateş, "*Rekabet Hukukunun Felsefi, Ekonomik, Sosyal ve Siyasal Gelişimi*", **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı**, C: 2, Ankara, 2002.

Akıncı, Müslüm, **Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman**, Beta Yayınları, İstanbul, 1999.

Akkoyunlu, Pınar Feyzioğlu, **Kamu İktisadi Teşebbüsleri ve Özelleştirme**, Beta Basım A.Ş., İstanbul, Ekim 2011.

Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 6. Bası, Seçkin Yayıncılık A.Ş., Ankara, Ekim 2015.

Anık, Gül, "*AT Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S: 65, Ankara, 2006.

Ardıçoğlu, M. Artuk, "*Rekabet Kurumu'nun Yapısına İlişkin Yeni Bir Model Önerisi*", **Zabunoğlu'na Armağan**, Ankara Üniversitesi Yayınları, Yayın No: 316, Ankara, 2011.

Ardıyok, Şahin, "*Anayasal Açıdan Mikro İktisadi Müdahaleler*", **Legal Hukuk Dergisi**, Y: 3, S: 29, 2005.

Aslan, İ. Yılmaz, **Rekabet Hukuku,** 4. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2007.

Aslan, İ. Yılmaz, **Rekabet Hukuku Dersleri,** 5. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2015.

Aslan, Zehreddin / Berk, Kahraman, **Rekabet Kurumu'nun Oluşumu, Görev ve Yetkileri ile Yargısal Denetimi**, Alfa Yayınları, İstanbul, 2000.

Ataç, Fatma, "*Rekabet Hukuku ve Kamu İhalelerinde Rekabet*", Ed. F. Üçışık / Ç. Arslan / S. A. Hakkakul, **Kamu İhale Hukuku'na İlişkin Tebliğler ve Makaleler**, Bilge Yayınevi, Ankara, 2014.

Atasayan, M. Gözde, **Kamu Hizmetinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2012.

Atay, Ender Ethem, **İdare Hukuku**, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.

Atay, Ender Ethem, "*Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması*", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: X, S:1,2, Ankara, 2006.

Atay, Ender Ethem, "*Fransız İdare Hukukunda Bağımsız İdari Otoriteler (BİO'lar): Rekabet Konseyi*", **Perşembe Konferansları**, (http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FPer%25c5%259fembe%2BKonferans%25c4%25b1%2BYay%25c4%25b1n%2Fperskonfyyn71.pdf).

Atay, Ender Ethem, "*İptal Davasının Nitelikleri ve İptal Kararlarının Uygulanması*", **Danıştay Başkanlığı Sempozyumu**, Ankara, 10 Mayıs 2007.

Atay, Ender Ethem / Odabaşı, Hasan / Gökcan, H. Tahsin, **İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, Ankara, 2003.

Ateş, Mustafa, "*AB'ye Uyum Bağlamında Türk Rekabet Hukuku ve Politikasına Genel Bir Bakış*", **Ankara Barosu Fikri mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi,** S: 1, 2009. (http://www.ankarabarosu.org.tr/siteler/ankarabarosu/frmmakale/2009-1/3.pdf).

Ayaydın, Cem, **İdare Hukukuna Giriş**, C: II, Yenilik Yayınevi, İstanbul, 2008.

Aygün, Erdem, **Posta Hizmetlerinde Serbestleşme Süreci ve Rekabet Hukuku Uygulamaları**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 95, Ankara, 2008.

Azrak, Ali Ülkü, "*Dünya'da ve Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler ve İdarenin Yeniden Yapılanması Bağlamında Bunlara İlişkin Bazı Sorunlar*", **Rekabet Kurumu Konferansı**, Ankara, 5 Kasım 2001.

Badur, Emel, **Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar),** Rekabet Kurumu Yayını, No.6, Ankara 2001 (http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FAkademik%2B%25c3%2587al%25c4%25b1%25c5%259fmalar%2Ftez90.pdf).

Badur, Emel / Ertem, Burcu, "*Rekabeti Sınırlayıcı Uygulamalara İlişkin İnceleme ve Araştırma Usulü*", **Rekabet Dergisi**, S: 33, Ankara, 2008.

Baklacıoğlu, Sadık, Kamu İktisadi Teşebbüsleri, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını,** Ankara, 1976.

Berk, Ahmet, "*Yerel Hizmet Sunumu ve Belediye İktisadi Teşebbüsleri*", **Sayıştay Dergisi**, S: 49, Ankara, 2003.

Bolatoğlu, Hilmi, **Rekabet Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi**, Rekabet Kurulu Uzmanlık Tezleri, No: 59, Ankara, 2004.

Bozlağan, Recep, "*Belediye İktisadi Teşebbüslerinin Özelleştirilmesinde Temel Sorun*", **Mevzuat Dergisi**, Y: 7, S: 73, Başar Mevzuat Bankası Yayınları, Ocak 2004 (http://www.mevzuatdergisi.com/2004/01a/05.htm).

Bülbül, Erdoğan, **Kamu İştirakleri**, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2004.

Büyükçoban, Zafer, **Rekabet Ve Hâkim Durumdaki Kamu Teşebbüsleri Türk Telekom Örneği**, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Isparta, 2006.

Cohen, Emmeline W., **The Growth of the British Civil Service 1780 - 1939**, George Allen & Unwin Ltd, London, 1941.

Cotter, Anne Marie Mooney, **Regulatory Law,** Cavendish Publishing, London, 2004.

Çakır, Hüseyin Melih, **Sağlık Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişileri Tarafından Yürütülmesi,** XII Levha yayını, İstanbul, 2015.

Çakmak, Zeynep, **Bağımsız İdari Otorite Olarak Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu**, 1. Bası, Çakmak Yayınevi, Ankara, Mayıs 2011.

Çal, Sedat, **Türkiye'de Kamu Hizmeti ve İmtiyazın Dönüşüm Öyküsü**, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB) Yayını, Ankara, 2008.

Çal, Sedat, "*Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler*", **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan**, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2009.

Çamlıca, Bülent, "*Kamu İktisadi Teşekkülleri Rekabet Kanunu Uygulamasından muaf mıdır?*", **Rekabet Bülteni**, ESC Yayınları, S: 1, İstanbul, 1999.

Çetinkaya, Özhan, **Türkiye'de Kamu İşletmeciliği ve Özelleştirme**, 3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2012.

Çırakman, Birsen, "*Kamu Hizmeti*", **Amme İdaresi Dergisi**, C: 9, S: 4, İstanbul, 1976.

Derbil, Süheyp, "*Kamu Hizmeti Nedir?*", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 7 S: 3, Ankara, 1943.

Dilbirliği, Muhterem, "*Belediye Şirketleri*", **Çağdaş Yerel Yönetimler**, C: 4, S: 2, Mart 1995.

Dinçkol, Abdullah, **Hukuka Giriş (Hukukun Temel Kavramları)**, Gözden geçirilmiş 12. Baskı, DER Yayınları, İstanbul, Eylül 2016.

Domaniç, Hayri, (Önsöz): ***Ateş Akıncı, Rekabetin Yatay Kısıtlanması***, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2001.

Dönmez, Eftal, "*Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler*", **Ankara Barosu Dergisi**, S: 2, Ankara, 2003.

Duran, Lütfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, 1982.

Duran, Lütfi, "*İdari İptal Davası Olağan ve Genel Bir Başvuru Yoludur*", **TODAİE İnsan Hakları Yıllığı**, C: 19-20, Ankara, 1997.

Duran, Lütfi, "*İdari Müracaatlar ve Bunların Karşısında İdarenin Sükutu Meselesi*", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C: XII, S: 1, İstanbul, 1945.

Duran, Lütfi, "*Yargıtay'ın Kamu Hukukuna Değin Son Kararları Üzerine Mülahazalar (III)*", **Amme İdaresi Dergisi**, C: 18, S: 4, İstanbul, 1985.

Ege, Yavuz, "*Avrupa Birliği ve Türkiye'de Kamu Teşebbüsleri, Yasal Tekeller ve Rekabet*", **Rekabet Dergisi**, S: 9, Ankara, Mart 2002.

Eğerci, Ahmet, **Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi**, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tezi, Seri No: 12, Ankara, 2005.

Emek, Uğur, **Rekabetçi Piyasa Ekonomisi, Kavramlar, Kurallar, Kurumlar,** Nobel Yayınları, Ankara, 2009.

Erdem, H. Ercüment, "*Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet İlişkisi*", **Rekabet Hukuku İle İlgili Makaleler,** Beta Yayınları, İstanbul, 2007.

Ergün, Çağdaş Evrim, "*Türkiye ve Avrupa Birliği'nde Enerji Alanındaki Bağımsız İdari Otoriteler*", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Ankara, 2004.

Erkut, Celal, **Hukuka Uygunluk Bloğu: İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi**, İstanbul, 1996.

Erkut, Celal, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği (yayınlanmamış doktora tezi)**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1989.

Eroğlu, Hamza, **İdare Hukuku, Genel Esasları İdari Teşkilat ve İdarenin Denetlenmesi**, 5. Bası, Ankara, 1985.

Eryılmaz, Bilal, "*Belediye Hizmetlerinin Yürütülmesinde Alternatif Kurumsal Yöntemler*", **Türk İdare Dergisi**, Y: 61, S: 382, Mart 1989.

Giritli, İsmet / Bilgen, Pertev / Akgüner Tayfun / Berk, Kahraman, **İdare Hukuku**, DER Yayınları, İstanbul, Haziran 2012.

Goyder, Joanna / Albors – Llorens, Albertina, **Goyder's EC Competition Law**, Fifth Edition, Oxford University Press, Oxford, 2009.

Gözler, Kemal, **İdare Hukuku**, C: 1, Ekin Yayınevi, Bursa, 2009.

Gözler, Kemal, **İdare Hukuku**, C: 2, Ekin Yayınevi, Bursa, 2009.

Gözler, Kemal, "*6360 Sayılı Kanun Hakkında Eleştiriler: Yirmi Dokuz İlde İl Özel İdareleri ve Köylerin Kaldırılması ve İlçe Belediyelerinin Büyükşehir İlçe Belediyesi Hâline Dönüştürülmesi Anayasamıza Uygun mudur?*", **Legal Hukuk Dergisi**, C: 11, S: 122, Şubat 2013. (www.idare.gen.tr/6360-elestiriler.htm)

Gözübüyük, Abdullah Şeref, **Yönetim Hukuku (Güncelleştirilmiş 29. Bası)**, Turhan Kitabevi, Ankara, Ekim 2010.

Gözübüyük, Abdullah Şeref / Tan, Turgut, **İdare Hukuku, (Genel Esaslar)**, Cilt 1, Güncelleştirilmiş 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, Ağustos 2006.

Griffith, J. A. G. & Street, H., **Principles of Administrative Law**, Fifth Edition, Pitman Publishing, London, 1973.

Gül, İbrahim, **Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hâkim Durumunu Kötüye Kullanması**, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2000.

Gülan, Aydın, "*Kamu Hizmeti Kavramı*", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C: 56 S: 1-4, İstanbul, 1998.

Gümüş, Tarık, **Sosyal devlet Anlayışının Gelişimi ve Dönüşümü**, XII Levha yayını, İstanbul, 2010.

Günday, Metin, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, İmaj Kitabevi, Ankara, Ekim 2011.

Günday Metin, "*İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları*", **Anayasa Yargısı**, S: 14, Yayın no: 36, AYM, Ankara, 1997.

Gönen, K. Eren, "*Bağımsız İdari Otorite Olarak Rekabet Kurumu*", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 7, S: 1-2, Ankara, 2003.

Güngördü, Abdulgani / Koyuncu, Tuğçe, **İdari yargı Kararları Işığında Rekabet Kurulu Uygulamaları**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014.

Güran, Sait, "*ABD'de Ekonomik Hayatın Düzenlenmesi*", **İHİD., Vakur Versan'a Armağan Özel Sayısı**, Y:6, S: 1-3.

Gürkaynak, Gönenç, **Türk Rekabet Hukuku Uygulaması için 'Hukuk ve İktisat' Perspektifinden 'Amaç' Tartışması**, Rekabet Kurumu, Ankara, 2003.

Gürkaynak, Gönenç, "*AB Rekabet Hukuku Uygulamasında Komisyon ve Teşebbüsler Arasında Uzlaşma ve Sulh*", **Rekabet Dergisi**, S: 17, Ankara, 2004.

Gürkaynak, Gönenç / Yıldırım, Korhan / Özgökçen, Hakan / Aydın, A. Buğra, "*Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu eylemlerin İspatı Odaklı İspat Tartışmaları*", **Rekabet Dergisi – Competition Journal,** C/V.:12, S/N:4, Ekim/October 2011. (http://www.elig.com/docs/Concerted-Practices-Proof-Matters.pdf)

Güven, Pelin, **Rekabet Hukuku**, Genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin yayınları, Ankara, 2008.

Güzel, Oğuzkan, **Bağımsız İdari Otoritelerde İdari Usul Ve Yargısal Denetimi**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2007.

Hade, H. William & Forsyth, Chistopher, **Administrative Law**, 11. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2014.

Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz, Kabul Tarihi: 29.01.2014, Karar Sayısı: 14-05/97-RM. (http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fSayfalar%2fhâkimdurumu.pdf).

İnan, Nurkut, "*Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi*", **Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları**, Yayın no: 0039, Ankara, Ekim 1999.

Kamu Yönetimi Araştırması, Mali ve Ekonomik Kuruluşlar Araştırma Grubu Raporu, TODAİE yayını, Ankara, 1992.

Kara, Alper Fevzi, **Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Aracı Olarak Yıkıcı Fiyat Uygulamaları**, Uzmanlık Tezleri Serisi, Rekabet Kurumu Yayını, Yay. No: 100, Ankara, 2003. (http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FUzmanl%25c4%25b1k%2BTezi%2Ftez18.pdf).

Karagöl, Erdal Tanas / Koç, Yusuf Emre, **Dünyada ve Türkiye'de Varlık Fonu,** SETA Yayını, İstanbul, 2016.

Karahanoğulları, Onur, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.

Karamustafaoğlu, Mert, **Elektrik Üretimi Pazarındaki Mevcut Sözleşmelerin Pazarın Rekabetçi Yapısı Üzerindeki Etkileri**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2003.

Kılıçbay, Ahmet, **Türkiye'de Piyasa Ekonomisi**, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 3303, İstanbul, 1985.

Kısa, Seda Ulaş, **Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Rekabet Karşıtı Eylem ve İşlemlerle Kötüye Kullanılması**, Ankara, 2004.

Kocasakal, Hatice Özdemir, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, Galatasaray Üniversitesi Yayını, İstanbul, 2001.

Kumcu, Ercan, **Rekabet Üzerine Denemeler,** Rekabet kurumu Yayını, Ankara, Mart 2008.

Law Society of Ireland, **Regulatory Law, Professional Practice Guides**, Cavendish Publishing, London, 2004.

Nişancı, Murat, "*Müteşebbis – Piyasa Etkileşimi ve Ekonomik Dengesizliğin Çözümünde Müteşebbisin Rolü*", **AÜEHFD**, C: VIII, S: 1-2, 2004.

Odyakmaz, Zehra, "*Rekabet Kurumu'nun Türk İdari Teşkilatı İçindeki Yeri ve Önemi*", **Kültür Bakanlığı İşbirliği ile Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı**, Ankara Barosu Başkanlığı, Ankara, 2002.

Odyakmaz, Zehra / Kaymak, Ümit / Ercan, İsmail, **İdare Hukuku**, Güncellenmiş 16. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, Mayıs 2015.

Onar, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C: 2, İstanbul, 1966.

Orak, Cem Çağatay, **Kamu Hizmetleri ve Kamu Teşebbüslerine Rekabet Kurallarının Uygulanması**, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2011.

Orak, Cem Çağatay, **Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim**, Dayınlarlı Yayıncılık, Ankara, 2006.

Orak, Cem Çağatay, "*Kamu Hizmeti: Tabula Rasa Avrupa Birliği Sürecinde Nasıl Doldurulacak?*", **TBB Dergisi**, S: 68, Ankara, 2007.

Aşçıoğlu Öz, Gamze, **Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması,** Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2000.

Aşçıoğlu Öz, Gamze, "*Kamu teşebbüsleri ve Rekabet Hukuku*", **Kültür Bakanlığı İşbirliği ile Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı**, Ankara Barosu Başkanlığı, Ankara, 2002.

Özay, İl Han, **Günışığında Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul, Ekim 2004.

Özcan, Elvin Evrim, **İdare Hukuku Açısından Türkiye'de Elektrik Sektörünün Regülasyonu ve Avrupa Birliği, Rusya, Çin ve Güney Amerika Uygulamaları**, Ankara, 2010.

Özgöker, Uğur, **Avrupa Birliği Rekabet Hukuku ve Politikası**, Beta, İstanbul, 2008.

Öztunalı, Aydın, **Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması**, Seçkin Yayıncılık Ankara, Ağustos 2014.

Öztürk, Ebru, **Türk İdare Sisteminde Rekabet Kurumunun Yeri ve Diğer Bağımsız İdari Otoritelerle Karşılaştırılması**, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2003. (http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fUzmanl%25c4%25b1k%2bTezi%2ftez38.pdf).

Öztürk Burak, **Kamu Hizmeti imtiyaz Sözleşmeleri**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2000.

Pauliat, Héléne, (Çev. Mahmut Göçer), "*Les Autorites Administratives Independantes en Droit Compare (Karşılaştırmalı Hukukta Bağımsız İdari Otoriteler)*", **Les Autorites Administratives Independantes (Bağımsız İdari Otoriteler)**, İstanbul Fransız Kültür Enstitüsü Yayını, Alkım Yayınları, İstanbul, 1998.

Prosser, Tony, **Law and the Regulators**, Clarendon Press, Oxford, 1997.

Rekabet Değerlendirmesi Rehberi, Rekabet Kurumu, Ankara, 20.08.2014. (http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Kilavuz-Listesi)

Rekabet Kurumu Araştırma Bülteni, Ankara, Kasım 2008.

Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ. (Tebliğ No: 2010/4) (http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fTebli%C4%9F%2f2010-4.pdf)

Rekabet Terimleri Sözlüğü, Rekabet Kurumu, Beşinci Baskı, Ankara, Nisan 2014.

Rekabet Terimleri Sözlüğü. (http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fGenel+%C4%B0%C3%A7erik%2fsozluk%2fRekabet+Terimleri+S%C3%B6zl%C3%BC%C4%9F%C3%BC+5.Bask%C4%B1.pdf)

Rekabete İlişkin AB Müktesebat Rehberi, Brüksel & İstanbul, Nisan 2012. (http://www.mess.org.tr/media/filer_public/2e/37/2e3769e1-cc58-4320-add7-1ee01d9d4e28/mess_rekabet_rehberi_nisan_2012.pdf)

Robson, William A., **Nationalized Industry and Public Ownership**, George Allen & Unwin Ltd, London, 1960.

Sanlı, Kerem Cem, **Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği**, Yüksek Lisans Tezi, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2000. (http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FAkademik+%C3%87al%C4%B1%C5%9Fmalar%2FKCSanl%C4%B1.pdf)

Sarı, Arif Ogün, **Rekabet Kuralları Işığında Erişim Arabağlantı Anlaşmaları ve Sanal Mobil Ağ Operatörlüğü**, Uzmanlık Tezleri Serisi, Rekabet Kurumu Yayını, Yay. No: 141, Ankara, 2004.

Savaş, Vural, "*Anayasalarda Ekonomik Hak ve Özgürlükler: T.C. Anayasaları Örneği*", **Anayasa Yargısı**, S: 6, Ankara, 1989.

Sayhan, İsmet, "*Rekabet Hukukunda Rekabet Düzeninin Korunmasına Yönelik Düzenleme Bakımından Hukuka Aykırılık*", **Rekabet Dergisi**, S: 17, Ankara. (http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FRekabet%2BDergisi%2Fdergi17.pdf)

Schwartz, Bernard / Wade, H. W. R., **Legal Control of Government (Administrative Law in Britain and The United States)**, Clarendon Press, Oxford, 1972.

Sever, Çiğdem, "*Türkiye'de Düzenleyici Kurumların Yapısı, İşlevi ve Dönüşümü*", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S: 64 -1, Ankara, 2015.

Seyidoğlu, Halil, **Ekonomik Terimler Ansiklopedik Sözlük**, Güzem Can yayınları, Ankara, 1992.

Sezen, Seriye, "*Türk Kamu Yönetiminde Kurullar, Geleneksel Yapılanmadan Kopuş*", **TODAİE**, Yayın No: 316, Ankara, Mart 2003.

Sezer, Yasin / Bilgin, Hüseyin, "*Danıştay Kararlarında İdari Başvurular*", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 54, S: 4, Ankara, 2008.

Sobacı, Zahid, "*Türk İdari Teşkilatındaki "Adalar": Bağımsız İdari Otoriteler*", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S: 55 -2, Ankara, 2006.

Songör, Tuncay, **4971 ve 5234 Sayılı Kanunlarla Değiştirilmiş Şekliyle 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun**, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2005.

Soybay, Selçuk, **İdarenin Yargısal Olmayan Biçimlerde Denetimi**, (İÜSBE, yayınlanmamış doktora tezi), İstanbul, 1994.

Şahin, Cenk, **Amerikan Federal İdare Hukukunda "Regülasyon" ve Türk Hukukuna Yansımaları**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2010.

Şaylı, Yasemin, **Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem**, Ankara Üniversitesi SBE, Avrupa Toplulukları (Hukuk) Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2005. (http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/2324/3005.pdf)

Tan, Turgut, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, Turhan Kitabevi, Ankara, Şubat 2010.

Tan, Turgut, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş 2. Basım, Ankara, 2013.

Tan, Turgut, "*Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı*", **Anayasa Yargısı Dergisi**, C: 8, Ankara, 1991.

Tan, Turgut, "*Bağımsız İdari Otoriteler*", **Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları**, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2000.

Tan, Turgut, "*Bağımsız İdari Otoriteler*", **Rekabet Kurumu Paneli**, Ankara, 5 Kasım 2001.

Tan, Turgut, "*Bağımsız İdari Otorite Olarak Sermaye Piyasası Kurulu*", **Prof. Dr. İsmail Türk'e Armağan**, SPK Yayını, Ankara, 1996.

Tan, Turgut, "*Ekonomi, Regülasyon ve Bağımsız İdari Otoriteler*", **Danıştay Başkanlığı Sempozyumu**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No: 72, Ankara, 11 Mayıs 2005.

Tan, Turgut, "*Kamu Hizmeti İmtiyazından "Yap-İşlet-Devret" Modeline*", **AÜSBFD**, C: 47 S: 3-4, Haziran – Aralık, Ankara, 1992.

Tan, Turgut, "*Rekabet Hukukunun Uygulama Alanı Açısından Kamu Kuruluşlarının Faaliyeti (Türkiye, Fransa ve İtalya Örnekleri)*", **Rekabet Dergisi**, C: 1, S: 4, Ankara, 2000.

Tan, Turgut, "*Rekabetin Korunmasında Rekabet Kurulu ile Yargı Organlarının Rolü (İşlevsel İşbirliği Üzerine Bazı Gözlemler)*, **Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan**, C: II, İstanbul, 2004.

Topçuoğlu, Metin, **Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları**, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tezi, Seri No: 7, Ankara, 2001. (http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FAkademik%2B%25c3%2587al%25c4%25b1%25c5%259fmalar%2Ftez91.pdf)

Topçuoğlu, Metin, "*Rekabet Hukuku Uygulamasında Teşebbüs Birlikleri*", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** S: 50/4, Ankara, 2001. (http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/288/2625.pdf)

Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük. (http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.54cf674a528956.50124421)

Uğuz, Hülya Ekşi, "*Devlet-Piyasa İkileminde Evrensel Hizmet Anlayışı*", **Küreselleşme Karşısında Kamu Yönetimi ve Hizmeti, VII. Kamu Yönetimi Forumu (VII. KAYFOR) Bildiri Kitabı,** Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi, Kahramanmaraş, 2010.

Uluatam, Özhan, **Kamu Maliyesi**, İmaj Kitabevi, Ankara, Kasım 2001.

Ulusoy, Ali, **Bağımsız İdari Otoriteler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.

Ulusoy, Ali, **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, Ülke Kitapları, İstanbul, 2004.

Ulusoy, Ali, **Telekomünikasyon Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.

Ulusoy, Ali, "*Bağımsız İdari Kurumlar*", **Danıştay Dergisi**, Y: 29, S: 100, Ankara, 1999.

Ulusoy Ali, "*Türk İdare Sistemi İçerisinde Rekabet Kurumunun Yeri*", **Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları**, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 1999.

Ulusoy Ali, "*Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri*", **(İl Han Özay, Günışığında Yönetim)**, İstanbul, 2004.

Uran, Emrah, **Türkiye'deki Bağımsız İdari Otoritelerin İdari Yaptırım Yetkisi**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, Ağustos 2012.

Us, Eser, **Hukuki Boyutuyla Evrensel Kamu Hizmeti**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, Nisan 2012.

Usta, Murat, **Bağımsız İdari Otorite Sistemi İçinde Rekabet Kurulu ve Rekabet Uygulamaları**, Yetkin Basımevi, Ankara, 2007.

Uz, Abdullah, **Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesi ve Devri Bakımından Anayasal Sınırlar**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

Vakur Versan, **Kamu Yönetimi**, İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi, Nihat Sayar Yayın ve Yardım Vakfı Yayınları, 4. Bası, 1987.

Yasin, Melikşah, **Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi**, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., Ankara, 2006.

Yaşar, Hasan Nuri, **İdare Hukuku**, İkinci Basım, DER Yayınları, İstanbul, 2014.

Yaşar, Hasan Nuri, "*Kamu Hizmeti, Virtüel Kamu Hizmeti ve 1999 Anayasa Değişikliği*", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, C: 13 S: 1, İstanbul, 2000.

Yayla, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, Beta Basım, İstanbul, Eylül 2010.

Yayla, Yıldızhan, "*Sosyal Devletten İktisadi Devlete (veya Kamu Hizmetinin Sonu) Anayasa Mahkemesinin 18.2.1985 Gün ve 1985/4 Sayılı Kararı*", **Hukuk Araştırmaları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını**, C: 1, S: 1, Ocak-Nisan 1986.

Yeter, Enis, "*Belediyelerin İktisadi ve Ticari Teşebbüsleri*", **Türk İdare Dergisi**, Y: 65, S: 400, Eylül 1993.

Yıldırım, Ramazan, **İdari Başvurular**, 2. Bası, Mimoza Yayınları, Konya, 2006.

Yıldırım, Turan, **Türk İhracat Rejimi ve İlgili Mevzuat**, Kazancı yayını, İstanbul 1991.

Yıldırım, Turan, **Türkiye'nin İdari Teşkilatı**, Alkım Yayınevi, 4. Basım, İstanbul, Mart 2005.

Yıldırım, Turan, "*Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi*", **2000 yılında İdari Yargı Sempozyumu**, Danıştay Yayını, Ankara, 2000.

Yıldırım, Turan / Yasin, Melikşah / Kaman, Nur / Özdemir, H. Eyüp / Üstün, Gül / Tekinsoy, Özge Okay, **İdare Hukuku**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2013.

Zengin, Özlem, **Avrupa Birliği ve Türk Rekabet Hukuku Çerçevesinde Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması**, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008.