

T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ

LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KURUM OLARAK

REKABET KURUMUNUN DENETİM YETKİSİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Ayberk Emirşah Gemici

1700001082

Anabilim Dalı: Kamu Hukuku

Program: Kamu Hukuku

TEZ DANIŞMANI: Doç. Dr. Mustafa Aytaç Özelçi

Ocak 2024

T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ

LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KURUM OLARAK

REKABET KURUMUNUN DENETİM YETKİSİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Ayberk Emirşah Gemici

1700001082

Anabilim Dalı: Kamu Hukuku

Program: Kamu Hukuku

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Mustafa Aytaç ÖZELÇİ

Jüri Üyeleri: Prof. Dr. Ahmet YAYLA

Dr. Öğr. Üyesi Serkan SEYHAN

Ocak 2024

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR	viii
TÜRKÇE ÖZET	xi
YABANCI DİL ÖZET	xiii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KURUMLAR

I. DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KURUMLAR	3
A. Genel Olarak Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar	3
1. Kavram.....	6
2. Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Tarihçesi.....	10
B. Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Yapısal Özellikleri	12
1. Bağımsızlık Güvencelerine Sahip Olma.....	13
a. Organik Yönden Bağımsızlık.....	13
b. İşlevsel (Fonksiyonel) Yönden Bağımsızlık.....	16
2. Kurul Halinde Çalışma.....	17
3. Kamu Tüzel Kişiliğini Haiz Olma.....	19
4. Düzenleme, Denetleme ve Yaptırım Uygulama Yetkilerini Haiz Olma.....	20
C. Faaliyet Alanları	22
D. Görev ve Yetkileri	23
1. Düzenleme Yapma.....	23

2. Denetim Yapma.....	25
3. Yaptırım Uygulama.....	26
4. Uyuşmazlık Çözme.....	30
5. Görüş Bildirme.....	31
E. Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Olumlu ve Olumsuz Yönleri.....	32
1. Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Olumlu Yönleri.....	32
2. Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Olumsuz Yönleri.....	36
F. Türkiye’de Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar.....	39
1. Genel Olarak Türkiye’deki Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar.....	39
2. Türkiye’deki Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Tarihçesi.....	41
3. Türkiye’deki Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Özellikleri.....	43
a. Kamu Tüzel Kişiliğine Sahip Olmaları.....	43
b. Özerk Bütçeye Sahip Olmaları.....	44
c. Düzenleme, Denetleme ve Yaptırım Uygulama Yetkilerine Sahip Olmaları.....	45
d. İdari Kurum Olmaları.....	50
e. Karar Organlarının Belirli Güvencelere Tabi Olmaları.....	51
f. Bakanlıkla İlgili veya İlişkili Olmaları.....	51
4. Türkiye’deki Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Karar Organlarının Seçimi.....	53
5. Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Türk Devlet Teşkilatındaki Yeri.....	53
6. İdarenin Bütünlüğü İlkesine Aykırılık Sorunu.....	60
7. Türkiye’deki Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Denetimi.....	63

a. Türkiye'deki Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların İdari Denetimi.....	64
b. Türkiye'deki Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Mali Denetimi.....	66
c. Türkiye'deki Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Yargısal Denetimi.....	66
G. Mukayeseli Hukukta Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar.....	69
1. Amerika Birleşik Devletleri'nde Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar.....	69
2. İngiltere'de Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar.....	75
3. Fransa'da Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar.....	80
4. Almanya'da Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar.....	84

İKİNCİ BÖLÜM

DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KURUM OLARAK REKABET KURUMUNUN DENETİM YETKİSİ

II. DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KURUM OLARAK REKABET KURUMUNUN DENETİM YETKİSİ.....	88
A. Genel Olarak Rekabet Kurumu.....	88
1. Rekabet Kurumunun Kuruluş Amaçları.....	90
2. Rekabet Kurumunun Teşkilat Yapısı.....	93
a. Rekabet Kurulu.....	93
(1) Kurulun Oluşumu.....	94
(2) Kurul Başkan ve Üyelerinin Atanma Şartları ve Usulü.....	95
(3) Kurul Başkan ve Üyelerinin Atanma Şartlarını Kaybetmeleri.....	99

(4) Kurul Başkan ve Üyelerinin Tabi Oldukları Yasaklar.....	100
(5) Kurul Başkan ve Üyelerinin Görevleriyle İlgili Suç İşlemleri.....	101
b. Başkanlık.....	101
c. Hizmet Birimleri.....	102
B. Kurumun Görev ve Yetkileri.....	105
1. Düzenleme Yapma Görev ve Yetkisi.....	106
2. Denetim Yapma Görev ve Yetkisi.....	109
a. Önaraştırma ve Soruşturma Yapma Yetkisi.....	110
(1) Genel Olarak.....	110
(2) Önaraştırma Safhası.....	115
(3) Soruşturma Safhası.....	119
(4) Taahhüt Usulü.....	126
(5) Uzlaşma Usulü.....	131
b. Muafiyet Kararı Verme Yetkisi.....	134
(1) Genel Olarak.....	134
(2) Koşulları.....	137
(3) Bildirim Usulü.....	140
(4) Grup Muafiyeti.....	141
(5) Geri Alınması.....	142
c. Menfi Tespit Kararı Verme Yetkisi.....	144
(1) Genel Olarak.....	144
(2) Usulü.....	146
(3) Menfi Tespit Kararının Geri Alınması.....	147

d. İhlale Son Verme Yetkisi.....	150
(1) Genel Olarak.....	150
(2) Usulü.....	151
(3) Birleşme ve Devralmalarda İhlale Son Verme Yetkisi.....	155
e. Geçici Tedbir Kararı Verme Yetkisi.....	155
f. Birleşme ve Devralmalara İzin Verme Yetkisi.....	158
(1) Birleşme ve Devralmalar.....	158
(2) İzne Tabi Birleşme ve Devralmalar.....	159
(3) Bildirim ve İnceleme Usulü.....	162
(4) İzin Başvurusunun Değerlendirilmesi.....	164
(5) Birleşme ve Devralmanın Bildirilmemesi.....	171
(6) Özelleştirme Yoluyla Devralma.....	172
(7) İzinin Şart ve Taahhüde Bağlanması.....	175
g. Bilgi İsteme Yetkisi.....	178
(1) Genel Olarak.....	178
(2) Kapsamı.....	180
(3) Usulü.....	181
(4) Sınırları.....	182
(a) İdari işlemin unsurları yönünden.....	182
(b) Susma hakkı yönünden.....	188
(c) Özel hayata saygı hakkı yönünden.....	190
h. Yerinde İnceleme Yapma Yetkisi.....	196
(1) Genel Olarak.....	196

(2) Kapsamı.....	199
(3) Usulü.....	200
(4) Avukat-Müvekkil Gizliliği Kapsamındaki Bilgi ve Belgeler.....	202
(5) Ticari Sır İçeren Bilgi ve Belgeler.....	204
(6) Yerinde İncelemenin Engellenmesi veya Zorlaştırılması.....	205
3. Yaptırım Uygulama Görev ve Yetkisi.....	221
a. Genel Olarak.....	221
b. Usule İlişkin Yükümlülüklerle Aykırılık Sebebiyle Uygulanan Yaptırımlar.....	227
(1) Anlık Para Cezaları.....	227
(2) Günlük Para Cezaları.....	228
(3) Muhatabı.....	232
c. Esasa İlişkin Yükümlülüklerle Aykırılık Nedeniyle Uygulanan Yaptırımlar.....	236
(1) Belirlenmesi.....	238
(a) Temel cezanın belirlenmesi.....	239
(b) Cezayı ağırlaştırıcı sebepler.....	239
(c) Cezayı hafifletici sebepler.....	241
d. Gayri Safı Yıllık Gelirin Belirlenmesi.....	245
e. Zamanaşımı.....	247
f. İçtima.....	250
g. Ödeme Usulü.....	253
4. Görüş Bildirme Görev ve Yetkisi.....	254

5. Kurumun İşleyişine İlişkin Görev ve Yetkiler.....	255
6. Kurum ile Diğer Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Denetim Yetkisinin Çatışması Halinde Uygulanacak Hukuki Rejim.....	256
7. Kurumun Regülasyon Yetkisinin Coğrafi Sınırları.....	262
C. Kurulun Çalışma ve Karar Almasına İlişkin Esaslar.....	265
1. Genel Olarak.....	265
2. Sözlü Savunma Toplantısına İlişkin Esaslar.....	267
a. Genel Olarak.....	267
b. Toplantıya Katılma.....	267
c. Gizlilik Talepleri.....	268
d. Deliller ve Bildirilmesi.....	269
e. Toplantının İcrası.....	271
3. Nihai Kararın Alınmasına İlişkin Esaslar.....	271
D. Kurul Başkan ve Üyeleri ile Kurum Personelinin Yargılanma Usulü.....	272
E. Kurumun Devlet Teşkilatındaki Yeri	278
F. Kurumun Personel Rejimi.....	283
G. Kurumun Bütçesi, Gelirleri ve Malları.....	288
H. Kurul Kararlarının Yargısal Denetimi.....	290
SONUÇLAR.....	294
KAYNAKÇA.....	322

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AET	: Avrupa Ekonomik Topluluğu
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
APA	: Administrative Procedure Act
ART	: Autorité de régulation des télécommunications
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BDDK	: Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu
BfArM	: Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte
BİO	: Bağımsız İdari Otorite
BnetzA	: Bundesnetzagentur
BTK	: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu
CNIL	: Commission Nationale de l'informatique et des Libertés
DDK	: Devlet Denetleme Kurulu
DİB	: Diyanet İşleri Başkanlığı
DMK	: Devlet Memurları Kanunu
EHK	: Elektronik Haberleşme Kanunu
EPDK	: Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu
FSA	: Financial Services Authority
FTC	: Federal Trade Commission

ICC	: Interstate Commerce Commission
IMF	: International Monetary Fund
IRA	: Independent Regulatory Agencies
İDDGK	: İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
İDDK	: İdari Dava Daireleri Kurulu
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
KGK	: Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KİK	: Kamu İhale Kurumu
KVKK	: Kişisel Verileri Koruma Kurumu
MS	: Multiple Skleroz
NDK	: Nükleer Düzenleme Kurumu
NDPB	: Non-departmental Public Bodies
OBM	: Office of Management and Budget
OECD	: Organisation for Economic Co-operation and Development
OFGEM	: Office of Gas and Electricity Market
OFTEL	: Office of Telecommunications
ORR	: Office of Rail and Road
ÖTV	: Özel Tüketim Vergisi
Quangos	: Quasi-autonomous Non Governmental Bodies
PHK	: Posta Hizmetleri Kanunu
RegTp	: Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post

RK : Rekabet Kurumu

RKHK : Rekabetin Korunması Hakkında Kanun

RTÜK : Radyo ve Televizyon Üst Kurulu

SEDDK : Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu

SGK : Sosyal Güvenlik Kurumu

SPK : Sermaye Piyasası Kurulu

ŞK : Şeker Kurumu

TAPDK : Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu

TBK : Türk Borçlar Kanunu

TBMM : Türkiye Büyük Millet Meclisi

TCK : Türk Ceza Kanunu

TEB : Türk Eczacıları Birliği

TİHEK : Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu

TMK : Türk Medeni Kanunu

TOBB : Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği

TTK : Türk Ticaret Kanunu

UM : Uyuşmazlık Mahkemesi

VUK : Vergi Usul Kanunu

WB : World Bank

ÖZET

Yüksek Lisans Tezi

Düzenleyici ve Denetleyici Kurum Olarak Rekabet Kurumunun Denetim

Yetkisi

AYBERK EMİRŞAH GEMİCİ

OCAK 2024

Bu tezin konusu, piyasa ekonomisi politikasının yaygınlaşmasının ardından dünyanın birçok ülkesinde görülen ve bağımsız idari otoriteler olarak da adlandırılan düzenleyici ve denetleyici kurumların özellikleri ile bir düzenleyici ve denetleyici kurum olan Rekabet Kurumunun başta denetim yetkisi olmak üzere incelenmesidir. Tez ile güdülen amaç, düzenleyici ve denetleyici kurumların hukuki statüsünün, Anayasal konumunun, taşıdıkları müşterek özelliklerin ve yetkilerinin tespit edilmesi ile bir düzenleyici ve denetleyici kurum olan Rekabet Kurumunun yapısı ve yetkilerinin incelenerek öğretilerde ve uygulamada gündeme gelen bazı sorunlara çözüm üretmeye çabalamaktır.

Bu doğrultuda tezin ilk bölümünde düzenleyici ve denetleyici kurumlar kavram, gelişim çizgisi, yapısal özellikleri, faaliyet gösterdikleri alanlar ile görev ve yetkileri yönünden irdelenmiştir. Bölümde ayrıca bu kurumların Türkiye'deki tarihine, niteliklerine, görev ve yetkilerine, atanma usullerine, idari, mali ve yargısal denetimine de değinilmiştir. Bölümün son kısmında ise Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere, Fransa ve Almanya'daki düzenleyici ve denetleyici kurumların ortaya çıkış sebepleri ile tarihçesine yer verilmiş ve bu ülkelerde bulunan düzenleyici ve denetleyici kurumların taşıdıkları nitelikler izah etmeye çabalanmıştır.

Tezin ikinci bölümü ise oldukça geniş yetkilere sahip bir düzenleyici ve denetleyici kurum olan Rekabet Kurumunun yapısı, özellikleri, görevleri ve bilhassa denetim yetkisi olmak üzere yetkilerinin incelenmesine ilişkindir. Anılan bölümde Kurumun kuruluş amaçlarından, teşkilat yapısından, görev ve yetkilerinden, Kurumun çalışma ve karar alma esaslarından, Kurul Başkan ve üyeleri ile Kurum personelinin yargılanma usulünden, bütçesinden ve Kurul kararlarının yargısal denetiminden söz

edilmiştir. Bölümde uygulamada meydana gelen ve gelebilecek olan bazı sorunlar tespit edilmiş ve bu sorunların çözümü için öğretilerdeki eserlerden, yargı ve Kurul kararlarından faydalanılarak öneriler getirmeye gayret edilmiştir.

Anahtar Sözcükler: Düzenleyici ve Denetleyici Kurum, Bağımsız İdari Otorite, Rekabet, Rekabet Kurumu, Rekabet Kurulu.



ABSTRACT

Master's Thesis

Audit Power Of The Competition Authority As A Regulatory And Supervisory Institution

AYBERK EMİRŞAH GEMİCİ

JANUARY 2024

The subject of this thesis is to examine the characteristics of regulatory and supervisory institutions, also called independent administrative authorities, which are seen in many countries of the world after the spread of market economy policy, and the Turkish Competition Authority, which is a regulatory and supervisory institution, especially its audit power.

The aim of the thesis is to determine the legal status, constitutional position, common features and powers of the regulatory and supervisory institutions, and to examine the structure and powers of the Competition Authority, which is a regulatory and supervisory institution, to provide a basis for the discussions in the doctrine and to try to find solutions to some problems that come to the fore in practice.

Accordingly, in the first part of the thesis, regulatory and supervisory institutions are examined in terms of their concept, development line, structural features, areas in which they operate, and their duties and powers. The chapter also mentions the history of these institutions in Turkey, their qualifications, duties and powers, appointment procedures, administrative, financial and judicial audit. In the last part of the chapter, the reason for the emergence and history of the regulatory and supervisory agencies in the United States, England, France and Germany are given, and efforts are made to explain the characteristics of the regulatory and supervisory agencies in these countries.

The second part of the thesis is about examining the structure, features, duties and powers, especially the audit power, of the Turkish Competition Authority, which is a regulatory and supervisory institution with very broad powers. In this section, the

establishment purposes of the Institution, its organizational structure, duties and powers, the working and decision-making principles of the Institution, the trial procedure of the Chairman and members of the Board and the personnel of the Institution, its budget and the judicial review of the Board's decisions are mentioned. In the section, some problems that have occurred or may occur in practice have been identified and efforts have been made to make suggestions by making use of the works in the doctrine, the judiciary and the Board decisions to solve existing and potential problems.

Keywords: Regulatory and Supervisory Institution, Independent Administrative Authority, Competition, Competition Authority, Competition Board.



GİRİŞ

ABD’de yasama organının yürütme organına olan güvensizliğinin ve bir yetki savaşının ürünü olarak 19. yüzyılın sonundan itibaren ortaya çıkan düzenleyici ve denetleyici kurumlar piyasalara devletin müdahalesi olmaksızın, piyasa koşullarının piyasadaki arz talep dengesine göre belirlendiği piyasa ekonomisi anlayışının benimsenmesi ve yaygınlaşmasıyla dünyanın birçok ülkesinde gözlenmeye başlamışlardır. Bu kurumlar, Avrupa Birliği, Dünya Bankası ve Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü gibi muhtelif uluslararası örgütlerin tavsiye ve baskıları ile Dünyadaki gelişmelere uyum sağlamanın ve AB üyelik sürecinin bir gereği olarak 1990’lı yıllarda Türkiye’de de görülmüş ve akabinde yaygınlaşmışlardır.

Düzenleyici ve denetleyici kurumların meydana gelmesinde politikacılara olan güvensizlik ve yetki savaşı önemli birer unsur olmuşlarsa da bunların oluşumdaki yegâne unsurlar olduğu söylenemez. Zira piyasa ekonomisi anlayışının benimsenmesi ile devletlerin elektrik, su, doğal gaz, bankacılık ve medya gibi alanlarda işletici rolünü terk etmeleri ve bu alanları özel teşebbüslerin faaliyetine açmaları oyunu, oyuncularını ve oyunun kurallarını baştan aşağı değiştirmiştir. Ortaya çıkan bu yeni düzende sosyal yarar sağlama amacı güden devletlerin yerine şahsi çıkarlarını gerçekleştirmeyi amaçlayan özel teşebbüslerin yer alması, tüketicileri veya genel anlamda toplumu ve kamu düzenini korumak üzere bazı tedbirlerin alınmasını gerekli kılmıştır. Bunun yanı sıra zamanla meydana gelen teknolojik, ekonomik ve sosyolojik gelişmeler, daha evvel düzenlemeye tabi tutulmamış, anlaşılabilmesi ve uygulanabilmesi için belirli bir ihtisas gerektiren, örneğin nükleer enerji ve bilişim teknolojileri gibi yeni alanları ortaya çıkarmış; bu yeni alanlarda düzenlemeler yapılması da zorunluluk haline gelmiştir. Sayılan mecburiyetler, yürütme organının günlük siyasal kaygıları ile amaçlarından bir nebze de olsa uzak olan ve objektif oldukları kabul edilen düzenleyici ve denetleyici kurumların yaygınlaşmasına sebep olmuştur.

Düzenleyici ve denetleyici kurumların faaliyet alanları, bütün kamuoyunu doğrudan yahut dolaylı olarak ilgilendirmeleri, toplumun refahına, ekonomik gücüne, ekonomik

düzenine ve hatta ahlaki yapısına etki edebilecek nitelikte olduklarından, bunlara toplumsal yaşamın müdahaleye muhtaç; hassas alanları denilmektedir. İşte bu hassas alanlarda gözetilen sosyal faydanın sağlanması veya meydana gelebilecek ağır toplumsal zararların engellenmesi, ilgili alanları düzenleme, denetleme ve yaptırım uygulama yetkilerini haiz, güç sahiplerinden, günlük politikalardan ve siyasi çıkarlardan bir ölçüde bağımsız olan düzenleyici ve denetleyici kurumlar ile mümkün olmaktadır.

Düzenleyici ve denetleyici kurumların haiz oldukları yapıyı, organizasyonu, güvenceleri, görevleri ve yetkileri bünyesinde barındıran Rekabet Kurumu, bu yönüyle düzenleyici ve denetleyici kurumlar arasındadır. Kurum, Türkiye'deki diğer düzenleyici ve denetleyici kurumların aksine yalnızca bir veya birkaç sektöre değil, mal veya hizmet sağlanan her bir sektöre ilişkin düzenleme, denetleme ve yaptırım uygulama yetkisine sahip olmasıyla öne çıkmaktadır. Kurum, serbest piyasa düzeninde hâkim olan bireysel çıkarların yol açtığı ve ağır bir toplumsal zarara yol açabilecek kartelleşme, hâkim durumun kötüye kullanılması, rekabet düzenini bozmaya yönelik anlaşmalar, kararlar ve uyumlu eylemler gibi davranışların önlenmesini, rekabet düzeninin sağlıklı bir biçimde işlenmesini ve ekonomik kamu düzenini sağlamak amacıyla kurulmuştur. Kurum, bu amaçları gerçekleştirebilmek oldukça geniş olan düzenleme, denetleme ve yaptırım uygulama yetkileriyle donatılmıştır.

Çalışmanın ilk bölümünde düzenleyici ve denetleyici kurumların meydana gelme aşamaları, örnekleri ve müşterek özelliklerinin ardından, bu kurumların Türkiye'deki kuruluş ve gelişim süreci ile özelliklerinden söz edilmiş ve çeşitli ülkelerdeki düzenleyici ve denetleyici kurumların tarihi ile özellikleri kısaca açıklanmaya çabalanmıştır. İkinci bölümde ise bir düzenleyici ve denetleyici kurum olan Rekabet Kurumunun kuruluşu, gelişimi, yapısı, özellikleri, ağırlıklı olarak denetim görevi ve yetkisi olmak üzere görev ve yetkileri, personel rejimi, bütçesi ve denetimi detaylı biçimde aktarılmıştır. Her iki bölümde de doktrindeki tartışmalara değinilmiş, yeri geldikçe yargı ve Kurul kararlarına da yer verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KURUMLAR

I. DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KURUMLAR

A. Genel Olarak Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar

Düzenleyici ve denetleyici kurumlar, İkinci Dünya Savaşı'nın ardından, dünyada yaygın biçimde yer bulan ulus devletçilik akımından uzaklaşarak küreselleşme düşüncesinin kabulüyle devletçi ekonomi modelinin kademeli olarak terk edilmesi ve piyasa ekonomisi modelinin devletlerce benimsenmesi ile ortaya çıkmaya başlamışlardır¹. Ulus-devlet düşüncesinin yaygın olduğu esnada devlet tekelinde bulunan, başta telekomünikasyon, elektrik ve petrol piyasaları gibi kamusal değer taşıyan birçok alanda özelleştirme politikalarının uygulanmasıyla devletler, bu alanlardaki faaliyetlerini kademeli olarak kısıtlamışlardır. Devletler, ilk aşamada ekonomik faaliyetlerini tamamen terk etmemişler, bu alanlardaki faaliyetlere özel kişilerin de katılımına rıza göstermişlerdir. Devletler ile özel teşebbüslerin birlikte etkinlik gösterdikleri ve fakat devletlerin düzenleyici sıfatını da taşıdıkları piyasalarda bunların aynı zamanda düzenleyici olarak hareket etmesinin özel sektör ile devlet arasında adil bir ilişki kurulmasını ve bunların rekabet içinde serbestçe faaliyet göstermelerini imkânsız hale getirebileceği, keza devletlerin politik saiklerle bahse konu piyasalara haksız olarak müdahale etmesinin mümkün olabileceği gibi endişeler, bu alanlarda düzenleme ve denetleme yetkilerinin politikacıların elinden alınması ihtiyacını ve böylece bir düzenleme ve denetleme boşluğunu ortaya çıkarmıştır. Piyasalardaki bu düzenleme ve denetleme ihtiyacı ise politikacılardan ve diğer güç sahiplerinden bağımsız olarak hareket edebilecek ve ilgili bulunduğu piyasalarda

¹ Turgut Tan, "Bağımsız İdari Otoriteler veya Düzenleyici Kurullar", Amme İdaresi Dergisi, 35 (2), 2002, 11.

düzenleme ve denetleme yetkisini haiz objektif ve tarafsız organların varlığını kaçınılmaz hale getirmiştir².

Düzenleyici ve denetleyici kurumların ortaya çıkmasına yol açan bu nedenlerin yanı sıra, bireylerin haklarının devlete ve diğer güç sahiplerine karşı korunması³, sanayi devriminin ardından hızla yayılan yenilikler ve gelişmelerin, beraberinde birçok yeni ekonomik faaliyeti ve iş kolunu meydana getirmesiyle meydana gelen düzenleme ve bu alanlarda denetime yönelik uzmanlaşma ihtiyacı ile yeni teknolojiler ve mali araçların kötüye kullanılarak ekonomik düzeni ve bir takım temel hak ve özgürlükleri tehdit etmesinin önlenmesi iradesi de bu oluşumların kurulmasında önemli birer nedeni oluşturmaktadır⁴.

Düzenleyici ve denetleyici kurumların bir diğer varlık sebebi, ürün ve hizmet piyasalarında maliyet verimliliğinin sağlanmasıdır. Zira düzenleyici ve denetleyici kurumların regüle ettiği sektörlerdeki doğal gaz, elektrik ve ulaşım gibi mal ve hizmetlerin çoğu zaman tekelden yürütülmesinin daha az maliyetli olacağı, düşük maliyetin ise mal veya hizmetlerin tüketiciye ulaşmasını kolaylaştıracağı, devletin tekel olarak bu sektörlerden çekilmesiyle bunların maliyetinin artırılmış olacağı ifade edilmektedir. Mal ve hizmetlerde gerçekleşen maliyet artışının ise bunların tüketiciye eşit oranda dağıtılmasına engel oluşturabileceği, maliyet verimliliğini engelleyebileceği, sektörde faaliyet gösteren firmaların haksız karlar elde edebileceği ve tüketicilerin mal ve hizmetlere ödeyeceği bedelin artmasına yol açabileceği haklı olarak ifade edilmiştir⁵. Hal böyleyken, bu hassas alanlarda mal ve hizmetlerin fiyatlarının makul seviyede tutulabilmesi ve bütün tüketicilere eşit bir şekilde dağıtım olanağının sağlanması, bu piyasalarda düzenlemeler ve denetimler yapılmasıyla mümkün olabilecektir. Sayılan tüm bu nedenler, faaliyetlerin niteliği gereği teknik bilgi ve uzmanlık gerektiren çeşitli piyasalarda denetleme, düzenleme ve yaptırım uygulama yetkilerini haiz olup, bağımsızlığı ve tarafsızlığı çeşitli güvencelerle

² Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt 1 Genel Esaslar (2.Bs)*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2001, 337.

³ Helen Pauliat, "Karşılaştırmalı Hukukta Bağımsız İdari Otoriteler" (Çev. Mahmut Göçer), *Bağımsız İdari Otoriteler* (Ed. İbrahim Ö. Kaboğlu), İstanbul, Alkım Yayınları, 1998, 6.

⁴ Lütfi Duran, "Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler", *Amme İdaresi Dergisi*, 30 (1), 1997, 3; Tan, "Bağımsız İdari Otoriteler veya Düzenleyici Kurullar", 14.

⁵ İzak Atiyas, "Ne İçin ve Nasıl Regülasyon?", *Devletin Düzenleyici Rolü* (Ed. İzak Atiyas), İstanbul Tesev Yayınları, 2000, 22.

korunacak mekanizmaların oluşturulması zorunluluğunu doğurmuştur. Bu mecburi ihtiyacın giderimi ise düzenleyici ve denetleyici kurumların oluşturulmasıyla sağlanmaya çabalanmıştır.

Günümüzde birçok ülkede yaygın biçimde örgütlenmiş bulunan düzenleyici ve denetleyici kurumlar, nitelikleri bakımından çeşitlilik göstermektedir. Zira bu kurumların farklı amaçlara ulaşmaya ve piyasaları düzenlemeye yönelik olarak oluşturuldukları, keza bunların örgütleneceği her bir ülkenin sosyal ve ekonomik koşullarının çeşitlilik gösterdiği nazara alındığında bunlar hakkında tek bir örgütlenme modelinin, görev ve yetki tanımının veya çalışma usulünün öngörülmesinin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır⁶. Bununla birlikte, bu kurumlar bazı müşterek özellikleri de barındırmaktadırlar. Öncelikle, bunlar genel olarak daha evvel düzenleme konusu olmamış alanlarda faaliyet göstermek üzere kurulurlar ve bu alanlarda düzenleme ve denetleme yetkilerini haizdirler. Bu kurumlar devlet adına ve hesabına hareket ederler ve idari-icrai kararlar alabilirler⁷. Genellikle görevlerini ifa ederken hiyerarşik denetim ile vesayet denetimine tabi değillerdir⁸. Çoğu zaman kamu tüzel kişiliğini haizlerdir⁹. Bunun gibi, bu kurumların personelleri güç çevrelerinden gelebilecek baskılara karşı çeşitli bağımsızlık güvencelerine tabi tutulmuşlardır¹⁰. Bu kurumlar, özgülenmiş oldukları alanlarda çoğuz kez denetleme, düzenleme ve yaptırım uygulama yetkilerine sahiptirler¹¹. Yine bu kuruluşların ekseriyetle kurullar halinde görev yaptıkları

⁶ Pauliat 9; Gökhan Erdoğan, “Bağımsız İdari Otoriteler”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 7 (24), 2016: 565-598, 575.

⁷ Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Dersleri (16. Bs), Bursa, Ekin, 2015, 245-246; Celal Erkut, “Bağımsız İdari Makamlar Müessesesi Açısından Sermaye Piyasası Kurulu’nun Kısa Bir Değerlendirmesi”, Bağımsız İdari Otoriteler (Ed. İbrahim Ö. Kaboğlu), İstanbul, Alkım Yayınları, 1998, 129.

⁸ Müslüm Akıncı, Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, İstanbul, Beta, 1999, 119.

⁹ Duran 4; Seriy Sezen, Türk Kamu Yönetiminde Kurullar: Geleneksel Yapılanmadan Kopuş (1. Bs), Ankara, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, 2003, 27-28.

¹⁰ Celal Erkut, “Bağımsız İdari Makamlar Müessesesi Açısından Sermaye Piyasası Kurulu’nun Kısa Bir Değerlendirmesi”, 129-130; Gözler ve Kaplan, 246.

¹¹ Metin Günday, İdare Hukuku (10. Bs.), İmaj Yayınevi, Ankara, 2015, 568-569; Gözler ve Kaplan 249-250.

bilinmektedir. Nihayet, bu kurumların aldığı kararların birer idari işlem olduğu ve bunların kural olarak idari yargının denetimine tabi olduğu söylenebilir¹².

Kısaca ifade etmek gerekirse, düzenleyici kurumların, devletlerin çeşitli alanlardaki düzenleyici rolünü sınırlandırması ile meydana gelen düzenleme boşluğunun doldurulması, serbest piyasanın düzenli bir biçimde işleyişinin sağlanması, bireylerin hak ve özgürlüklerinin kamusal ve özel güç odaklarına karşı muhafaza edilmesi ve teknolojiadaki değişim ve gelişimin bazı alanlarda düzenleme yapılabilmesi için ihtisaslaşmayı gerektirmesi gibi sebeplerle kurulan, belirli bir ölçüde bağımsızlığa sahip ve görevlendirildikleri alanlara mahsus olmak üzere düzenleme, denetleme, yaptırım uygulama, görüş ve tavsiye bildirme gibi yetkileri haiz ve klasik idari örgütlenme içerisinde farklı güvencelere tabi bulunan oluşumlardır.

1. Kavram

Düzenleyici ve denetleyici kurumlar, buldukları ülkelere göre farklı biçimlerde adlandırılmaktadırlar. Anılan kurumlar, dünyada ilk kez görülmeye başlandığı Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) bağımsız düzenleyici birimler veya kurumlar biçiminde tercüme edilebilecek olan "independent regulatory agencies" (IRA) ismiyle anılmaktadırlar. İngiltere'de ise bu kurumlara, düzenleyici kurumlar olarak tercüme edilebilecek olan "regulatory bodies" veya hükümet dışı özerk örgüt olarak tercüme edilebilecek olan "quasi-autonomous non governmental organizations" (quangos) denilmektedir¹³. Ancak, "quangos" ifadesinin resmi bir tanımı içermediği, Birleşik Krallık kabinesinin yayınlarında bu kurumlardan bakanlık dışı kamu kurumları olarak tercüme edilebilecek olan "non-departmental public bodies –NDPB" ve kamu kurumu

¹² Jean François They, "Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi" (Çev. Mahmut Göçer), Bağımsız İdari Otoriteler (Ed. İbrahim Ö. Kaboğlu), İstanbul, Alkım Yayınları, 1998, 166.

¹³ Cengiz Ozan Örs, "Bağımsız İdari Otoritelerin Doğuşu, Gelişimi ve Türkiye Örneği", İzmir Barosu Dergisi, 80 (3), 2015: 13-68, 15; Gözler ve Kaplan 244; Nagehan Talat Arslan, "Yönetimin Yeni Yapı Taşları Bağımsız İdari Otoriteler: 'Yavru Leviathanlara Doğru'", Sosyal Siyaset Konferansları, 59 (2), 2010, 28.

anlamına gelen “public bodies” ifadeleriyle söz edildiği ifade edilmektedir¹⁴. İtalya’da bu kuruluşlara yine bağımsız idari makamlar olarak tercüme edilebilecek “autorità amministrativa indipendente” ismi verilmektedir. Fransa’da bunlar hakkında bağımsız idari makamlar veya bağımsız idari merciler olarak tercüme edilebilecek “les autorités administratives indépendantes” terimi kullanılmaktadır.

Bağımsız idari makam kavramının, ilk kez 1978 yılında Fransız yasa koyucusu tarafından Bilişim ve Özgürlükler Ulusal Komisyonu (Commission Nationale de l'informatique et des Libertés - CNIL) hakkında kullanıldığı ifade edilmektedir¹⁵. Bunun ardından Fransız Anayasa Konseyi’nin 1984 yılında vermiş olduğu bir kararda da bu terim kullanılmıştır.¹⁶ Fransa’da bu kavram 1970’li yıllardan bu yana kullanılmasına rağmen, yine de bu kuruluşlara verilecek isim ve bu kurumların niteliklerine göre sınıflandırılmaları hususunda müşterek bir hâkim görüş bulunmadığı öğretide ifade edilmiştir¹⁷.

Bahse konu kurumlar hakkında, yürütme organından belirli ölçüde bağımsız olmaları, idari nitelik taşımaları ve icrai karar alabiliyor olmaları sebepleriyle bağımsız idari otoriteler adı yaygın biçimde kullanılmaktadır¹⁸. Buna karşılık, bu kurumlar çoğunlukla tam anlamıyla bağımsızlığa sahip değildir¹⁹. Örneğin, ABD’de mevcut denetleyici ve düzenleyici kurumlardan olan Federal Ticaret Komisyonu’nun (Federal Trade Commission - FTC) üyeleri, yürütme organı olan Başkan tarafından görevlendirilmekteler, bu üyeler, haklı bir sebebin bulunması halinde yürütme organınca görevden alınabilmektedirler. Benzer şekilde, birçok ülkede bu kurumların karar organlarının atanması hususunda yetkili olan yürütme organı ve/veya

¹⁴ Oonagh Gay, “Quangos”, Key Issues for the New Parliament, 2010, Erişim Tarihi: 2 Haziran 2023: https://www.parliament.uk/globalassets/documents/commons/lib/research/key_issues/key-issues-quangos.pdf.

¹⁵ Ender Ethem Atay, “Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10 (1), 2006: 259-293, 262.

¹⁶ Turgut Tan, “Bağımsız İdari Otoriteler”, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2001, 60.

¹⁷ Jean Morange, “Fransa’da Bağımsız İdari Otoriteler” (Çev: Cevdet Atay), Bağımsız İdari Otoriteler (Ed. İbrahim Ö. Kaboğlu), Alkım Yayınları, İstanbul, 1998, 18; Duran 4.

¹⁸ Atay, “Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması” 270.

¹⁹ Akıncı, Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, 102.

parlamentodur²⁰. Fransa’da bu makamların birçoğunun devlet tüzel kişiliğinden bağımsız bir tüzel kişilikleri dahi bulunmamaktadır²¹. Yine birçok ülkede bunların bütçelerinin merkezi idarenin denetimi altında olduğu, bunların bütün karar ve eylemlerinin yargı denetimine tabi olduğu, böylece ne genel olarak idareden ne de yürütme erkinden bütünüyle bağımsız oldukları bilinmektedir. Ayrıca düzenleyici kurumlar kanun ile kurulduklarından, kanunları değiştirme yetkisine sahip olan parlamento, bu kurumları ilga etmeye, yetkilerini sınırlamaya veya ortadan kaldırmaya her zaman yetkilidir²². Bu hususların dışında, öğretilerde bağımsız idari otorite olarak da anılan bu kurumların idari niteliğiyle bağımsız niteliğinin bir arada bulunmasının “zorlama” bir çaba olduğu da haklı olarak öne sürülmüştür²³. Bu kurumlar veya mercilerin karar alma sürecinde bağımsız oldukları ve böylece fonksiyonel anlamda bağımsız oldukları ifade edilebilir. Ancak ABD ve İngiltere gibi birçok ülkede parlamentoların bu kurumların kararlarını veto etme yetkisi bulunduğu, yine birçok ülkede başkan ve üyelerin hükümet tarafından her an görevden alınabilecekleri, bunlar hakkında soruşturma yapılabileceği ve kurumların bütçelerinde kesinti yapılabileceği düşünüldüğünde gerçek bir bağımsızlığa sahip oldukları söylenemez.

Öğretilerde otorite kavramının emretme ve başkasını itaate zorlama yetkisi gibi anlamlar içerdiği, ancak yerine göre yetki, güç, iktidar gibi anlamlarda kullanıldığı, idare hukukunda ise yürütülebilir karar alma ve alınan kararı yerine getirme anlamlarına geldiği ifade edilmiş ve düzenleyici kurumların etkili ve yürütülebilir kararlar aldıkları, bunları başka bir makamın izni olmaksızın uygulayabilme yeteneğine sahip oldukları ve kendilerine tanınan görev ve yetkileri kendi başlarına kullanabildikleri gerekçeleriyle birer otorite oldukları ifade edilmiştir²⁴. Ancak diğer kamu kurum ve kuruluşlarının da çoğu zaman icrai kararlar aldıkları ve bunları uygulama yeteneğine sahip oldukları düşünüldüğünde, düzenleyici kurumların bu nitelikleri sebebiyle diğer

²⁰ Tarık İliman ve Recep Tekeli, “Türkiye ve ABD’de Rekabeti Düzenleyen ve Denetleyen Kuruluşlar”, Adnan Menderes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 5 (1), 2018: 378-395, 394; M. Zahid Sobacı, “Türk İdari Teşkilatındaki ‘Adalar’: Bağımsız İdari Otoriteler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 55 (2), 2006, 165.

²¹ Tan, “Bağımsız İdari Otoriteler” 61.

²² Akıncı, Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, 102.

²³ Erkut, Bağımsız İdari Otoriteler, 81.

²⁴ Akıncı, Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, 113.

kamu kurumlarından ayrılmalarını ve onlara farklı bir isimle seslenilmesini gerektirecek bir durum olmadığı anlaşılabilir. Ayrıca, bu kurumların kullandığı otoritenin, devlete ait olan güç ve yetkinin, yine devlet nam ve hesabına kullanılmasından ibaret olduğu nazara alındığında²⁵, bunlara “otorite” isminin verilmesinin yerinde olmadığı fikrindeyiz. Nitekim bir uyuşmazlık hakkında karar verildiğinde kararı veren hâkim ise de kullanılan yargı gücü millete ve devlete aittir. Hal böyleyken, hâkimin bizzat bir otorite olmadığı, yalnızca millet ve devlet otoritesini kullanan bir vekil olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Aynı husus, düzenleyici ve denetleyici kurumlar için de geçerlidir. Öte yandan, öğretilerde Türk Hukukuna Fransızca dilinden gelmiş olan “bağımsız idari otorite” (BİO) teriminin yanlış bir çeviriye dayanmakta olduğu, Fransızca olan “autorite” kelimesinin Türkçe dilindeki karşılığının “makam” veya “merci” olması gerektiği, bu kuruluşlar hakkında bağımsız idari otorite teriminin kullanılmasının doğru olmadığı ve bunun esasen “galat-ı meşhur” (yaygın hata) teşkil ettiği de ifade edilmiştir²⁶.

Türkiye’de herhangi bir yasal düzenlemede de bağımsız idari otorite kavramına yer verilmemiş olup, bu kuruluşlar muhtelif kanun ve yönetmeliklerde “düzenleyici ve denetleyici kurumlar” ve “üst kurullar” tabirleriyle anılmaktadırlar. Bununla birlikte, öğretilerde bu kuruluşları tarif etmek için “bağımsız idari makamlar”²⁷, “bağımsız idari kurumlar”²⁸, “düzenleyici ve denetleyici kamu kurumları”²⁹ ve “bağımsız idari otoriteler”³⁰ gibi birçok terim kullanılmaktadır. Keza yargı kararlarında da bu kuruluşların isimlendirilmesinde bir yeknesaklık bulunmadığı ifade edilebilir. Nitekim Danıştay 13. Daire, bir kararında Rekabet Kurumu (RK) hakkında “bağımsız idari otorite” kavramına yer verirken³¹, Danıştay 5. Dairenin kararlarında “bağımsız idari

²⁵ Akıncı, Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, 250.

²⁶ Özay, İ.H., Günışığında Yönetim, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004, 135.

²⁷ Erkut, “Bağımsız İdari Makamlar Müessesesi Açısından Sermaye Piyasası Kurulu’nun Kısa Bir Değerlendirmesi”, 129.

²⁸ Günay, İdare Hukuku, 568.

²⁹ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya. Türk İdare Hukuku (17. Bs), Ankara, Seçkin, 2023, 348; Gözler ve Kaplan 244.

³⁰ Gözübüyük ve Tan İdare Hukuku Cilt 1, 336; Duran 3-10; Azrak, A.Ü., “Dünyada ve Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler ve İdarenin Yeniden Yapılanması Bağlamında Bunlara İlişkin Bazı Sorunlar”, Bağımsız İdari Otoriteler, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını, 2001: 19-27.

³¹ Danıştay 13. D., 2014/39 E., 2020/3745 K. sayılı ilamı (danistay.gov.tr).

otorite olarak da isimlendirilen üst kurullar” ifadelerine yer verdiği görülmektedir³². Anayasa Mahkemesi (AYM) ve Uyuşmazlık Mahkemesi (UM) ise bu kurumlar hakkında “kamu kurumları” ibaresini zikretmektedirler³³.

Bu kurumlar, Üst Kademe Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’ne ek cetvellerde ve 5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu’nun çeşitli hükümlerinde³⁴ “düzenleyici ve denetleyici kurumlar” (regulatory and supervisory agencies) olarak adlandırılmıştır. Anılan sebeplerle, biz de düzenleyici ve denetleyici kurumlar isminin kullanılmasının daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Kanunlarda bu kurumlar için “üst kurullar” ibaresi de kullanılmakta ise de anılan kurumların ayırt edici ve esaslı işlevlerini “denetleme” ve “düzenleme” faaliyetleri oluşturduğundan, bunların en azından Türk idare hukukunda denetleyici ve düzenleyici kurumlar olarak adlandırılması, bunların kolayca sınıflandırılabilmesi bakımından daha yerinde olacaktır. Bu nedenle, bu tezde ilgili kurumlar, düzenleyici ve denetleyici kurumlar ve/veya yalnızca kısaltma amacıyla düzenleyici kurumlar olarak anılmıştır.

2. Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Tarihçesi

Düzenleyici ve denetleyici kurumlara ilk olarak birer Anglo-Sakson ülkesi olan ABD’de ve ardından İngiltere’de rastlanılmıştır³⁵. Bu kurumlar esas olarak, ABD’nin yasama organı olan Kongrenin kamusal hayatın bazı hassas alanlarında yürütme organı olan Başkana karşı güven duymaması sebebiyle ihdas edilmişlerdir³⁶. İşte bu

³² Danıştay 5. D., 2006/532 E., 2008/5466 K. sayılı ilamı (danistay.gov.tr).

³³ AYM, 23.03.2023 T., Başvuru Numarası: 2019/40991 ve 20.11.2003 T., 2002/32 E., 2003/100 K. sayılı ilamı (anayasa.gov.tr); Turgut Tan, “Bağımsız İdari Otorite Olarak Sermaye Piyasası Kurulu”, Prof. Dr. İsmail Türk’e Armağan (1. Bs), Ankara, Sermaye Piyasası Kurulu, 1996, 9-10.

³⁴ Bakınız: 5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu Geçici Madde 21; 7428 Sayılı 2021 Yılı Merkezi Yönetim Kesin Hesap Kanunu madde 1/C; 7259 Sayılı 2019 Yılı Merkezi Yönetim Kesin Hesap Kanunu madde 1/c.

³⁵ Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 1, 337.

³⁶ Ali Ulusoy “Bağımsız İdari Kurumlar”, Danıştay Dergisi, 29 (100), Ankara, Danıştay Matbaası, 1999, 3; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya 348.

güvensizlik, esasen yürütme organına ait olan bazı yetkilerin, üyelerin seçiminde Kongrenin yetkisinin bulunduğu ve yürütme organına doğrudan doğruya bağımlı olmayan bir kurula/komisyonu devredilmesine hizmet eden kurumların kurulmasına yol açmıştır³⁷. ABD’de bu niteliği taşıyan ilk kurum 1889 yılında kurulan Eyaletler arası Ticaret Komisyonu (Interstate Commerce Commission- ICC)’dur³⁸. Sözü geçen ülkede daha sonra muhtelif alanların regüle edilmesi ve denetlenmesi için yüzü aşkın düzenleyici ve denetleyici kurum ihdas edilmiştir. Bunlardan en önemlilerinin Federal Ticaret Komisyonu (Federal Trade Commission), Federal Enerji Komisyonu (The Federal Power Commission), Federal İletişimler Komisyonu (The Federal Communications Commission), Menkul Kıymetler ve Borsa Komisyonu (The Securities and Exchange Commission), Ulusal Çalışma İlişkileri Kurulu (The National Labor Relations Board) ve Sivil Havacılık Kurumu (The Civil Aeronautics Board) olduğu ifade edilmektedir³⁹.

Anılan kurumların tohumlarının ABD’de atılmasının ardından İngiltere’de de 1930’lu yıllarda bazı düzenleyici kurumlar görülmüştür. Ancak bu kurumlar, başlangıçta özellikle bir mesleki faaliyete yönelik olarak ruhsat ve izin verme ile pazardaki mal ve hizmetlerin fiyatlarının tespit edilmesine yönelik yetkilerle donatılmışlardır. Modern anlamdaki düzenleyici ve denetleyici kurumlar ise 1980’li yıllarda birçok endüstride özelleştirme politikalarının uygulanması ile ortaya çıkan hukuk boşluğunun giderilmesi, bu endüstrilerin düzenlenmesi ve denetlenmesi amacıyla meydana getirilmişlerdir⁴⁰. İlk olarak Anglo-Sakson ülkelerinde gerçekleşen bu gelişmeler, 1990 yılı ve sonrasında Kıta Avrupası ülkelerini de etkilemiş, özellikle Batı devletlerince özümşenen ekonomi ve sanayi reformları doğrultusunda Dünya Bankası (WB), Uluslararası Para Fonu (IMF), Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü (OECD) gibi kuruluşların geliştirmekte olan ülkelere yaptığı tavsiyeler ile Avrupa Birliği’nin (AB) üye ve aday ülkelere bu kurumların oluşturulmasını zorunlu tutan yasal düzenlemeleri hayata geçirmesiyle 1990 yılı ve sonrasında dünya genelinde

³⁷ Akıncı, Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, 101.

³⁸ Azrak, Bağımsız İdari Otoriteler, 19-20; Ali İhsan Karacan, “Özerk Kurumların Özerkliği”, Rekabet Dergisi 8, 3-59, 2001, .3.

³⁹ Karacan .3; Sezen 112.

⁴⁰ Azrak, Bağımsız İdari Otoriteler, 19.

yaygınlaşmıştır⁴¹. Bu kurumların yaygın hale gelmesinin en önemli sebeplerinden biri, 1992’de yaşanan ekonomik kriz sonrasında AB’nin, AB üyesi ve aday olan ülkelerin belirli bir miktarın altında kamu borcuna ve mali açığa sahip olmaları mecburiyetini öngörmüş bulunmasıdır⁴². Bu zorunluluk ise devletlerin sahip oldukları teşebbüsleri özelleştirmelerine ve özelleştirilen alanların denetlenmesi için düzenleyici kurumların oluşmasına yol açmıştır.

Bahsi geçen uluslararası örgüt ve kuruluşların telkin, tavsiye ve hatta dayatmalarının altında yatan amaçlar OECD’nin birçok raporunda ifade edilmiş olduğu üzere, “uluslararası ticaretin önündeki engellerin kaldırılması, ticaretin liberal hale getirilmesi ve liberalleşen ticaret ile ulusal politikalar arasında köprü kurulması, uluslararası rekabetin güçlendirilmesi, tek pazar oluşturma hedefi ve oluşturulan bu tek pazarda ekonomik ve hukuki istikrar, belirlilik ve şeffaflığın sağlanmasıdır”⁴³. Kısaca, düzenleyici ve denetleyici kurumların meydana getirilip yaygınlaştırılması ile piyasa ekonomisinin güçlendirilerek ülkeler arasındaki ticari sınırların kademeli olarak kaldırılması, devletlerin sahip oldukları ekonomik gücün azaltılması, yabancı yatırımların küresel düzeyde teşviki ve yaygınlaştırılması ile uluslararası ticaretin ulusal mevzuatların engelleriyle karşılaşmamaları amaçlanmaktadır. İşte sayılan amaçlarla meydana getirilen bu oluşumlar, günümüzde genel anlamda toplumun bütününe yaşamına etki eden sermaye piyasaları, telekomünikasyon, enerji, bankacılık ve insan hakları gibi kamusal hayatın düzenlenmeye muhtaç olan ve işin niteliği gereği zayıf bir konumda olan muhatapların korunmasının zaruri olduğu birçok alanda düzenleme, denetleme ve hatta bir nevi yargılama yapma yetkilerinin⁴⁴ bir veya birden çoğuyla donatılmışlardır. Bu kuruluşlar, başta ABD ve İngiltere olmak üzere, Almanya, Avusturya, Danimarka, Lüksemburg, gibi gelişmiş ülkelerin yanı sıra Şili,

⁴¹ Francesc Trillas, “Independent Regulators: Theory, Evidence and Reform Proposals”, SSRN, 21 Haziran 2010, IESE Business School Working Paper No. 860, s.1, Erişim Tarihi: 26 Haziran 2023, www.papers.ssrn.com; Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 1, 338; Tan, “Bağımsız İdari Otoriteler veya Düzenleyici Kurullar”, 12; Karacan 4.

⁴² OECD (2001), Regulatory Reform in Italy, OECD Publishing, s. 6-7 (Erişim Tarihi: 30 Haziran 2023), www.oecd.org.

⁴³ OECD (2001), Regulatory Reform in Italy, 6-7, OECD (2017), Creating a Culture of Independence: Practical Guidance Against Undue Influence, OECD Publishing, 2017, Erişim Tarihi: 30 Haziran 2023, www.oecd.org ; Erdoğan 588.

⁴⁴ Tan, “Bağımsız İdari Otoriteler veya Düzenleyici Kurullar” 31; Azrak, 20.

Kolombiya ve Kosta Rika gibi gelişmekte olan onlarca ÷lkede de oldukça yaygın seviyeye ulaşmışlardır.

B. Dñzenleyici ve Denetleyici Kurumların Yapısal Özellikleri

Dñzenleyici ve denetleyici kurumlar, yöneldikleri faaliyet alanları, buldukları ÷lkeler, bu ÷lkelerin yönetim sistemleri, toplumlarının sosyolojik ve kültürel yapıları ve bu kurumlarla gerçekleştirilmek istenen amaçların çeşitliliği gibi birçok nedenle farklı yapısal özellikler göstermekle birlikte, bunlar arasında bir takım özelliklerin özdeş yahut benzer oldukları da gör÷lmektedir. Bunlar, belirli ölçüde bağımsızlık güvencelerine sahip olmaları, kurul halinde çalışmaları, kamu tüzel kişiliğini haiz olmaları, farklı personel ve bütçe rejimine tabi olmaları, idari kurum olmaları, kararlarının yargı denetimine tabi olması, özgülendikleri alanlarda düzenleme, denetleme ve yaptırım uygulama yetkileriyle donatılmış olmaları olarak sıralanabilir⁴⁵.

1. Bağımsızlık Güvencelerine Sahip Olma

Dñzenleyici ve denetleyici kurumlar, hassas alanlarda faaliyet göstermekte olduklarından, bu kurumların hem kamusal güçler hem de düzenlemeye tabi sektörün aktörleri gibi çeşitli güç odaklarından baskı görebileceği ihtimali güçlü görünmektedir⁴⁶. Bu kuvvetli ihtimal ise bu kurumların her türlü baskıdan uzak olarak adil, tarafsız ve hukuka uygun biçimde karar vermelerine büyük ölçüde engel olabilecek ya da en azından mezkûr niteliklerine gölge düşürebilecektir. İşte bu sebepler, düzenleyici ve denetleyici kurumların politik ve ekonomik güç sahiplerine karşı belirli bir ölçüde bağımsızlıkla donatılmalarını gerektirmiřtir⁴⁷. Bu gereksinimin

⁴⁵ Gözler ve Kaplan 245-250; Tan, “Bağımsız İdari Otoriteler veya Dñzenleyici Kurullar”, 15-20; Ulusoy, “Bağımsız İdari Kurumlar”, 5-7; Gözübüyük ve Tan 338-339.

⁴⁶ OECD (2016), Being an Independent Regulator, The Governance of Regulators, OECD Publishing, Paris, 27, Erişim Tarihi: 2 Temmuz 2023, www.read.oecd-ilibrary.org; Akıncı, Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, 100.

⁴⁷ Duran 4.

giderilmesi yönünde tesis edilen bağımsızlık güvenceleri, organik ve fonksiyonel bağımsızlık güvenceleri olmak üzere iki sınıfta incelenmektedir.

a. Organik Yönden Bağımsızlık

Organik yönden bağımsızlık, her bir ülkede çeşitlilik göstermekle birlikte bahse konu kurumların karar organını oluşturan üyelerin seçim usulleri, bunların statüleri, görev süreleri veya görev güvenceleri ile sağlanmaktadır⁴⁸. Bu bağımsızlık, karar organlarının parlamentonun önerisi üzerine yürütme organı tarafından seçilmesi, seçimin siyaset dışı bir çevrenin (meslek kuruluşları, sivil toplum kuruluşları vs.) gösterdiği adaylar arasından yapılması⁴⁹, üyelerin mesleki ve teknik bilgi birikimine ağırlık verilerek belirli niteliklere sahip olan ve tarafsız oldukları kabul edilen akademisyenler veya hâkimler arasından seçilmesi⁵⁰ ve üye seçiminde parlamentoda temsil edilen partilerin belirli ölçüde temsil edilmesi gibi usullerle sağlanmaya çalışılsa da bunların tam bağımsızlığını sağlayacak ortak bir çözüm belirlemek mümkün olmamıştır⁵¹.

Bazı hallerde, bu kurumların karar organının atanmasının doğrudan yürütme organının tasarrufuna bırakıldığı, ancak bunların bağımsızlığının diğer bazı güvenceler öngörmek suretiyle sağlanmaya çabaladığı görülmektedir. Bu güvencelerden en yaygın olanları, bu üyelerin uzun bir süre için seçilmesi, görev süresi boyunca görevden alınmasının çeşitli zorluklara tabi tutulması, bunlara görevleriyle ilgili işlemiş oldukları suçlar sebebiyle dokunulmazlık tanınması⁵², kurul üyelerinin göreviyle bağdaşmayan işlerin üyeler göreve başlamadan evvel belirlenmesi, görev

⁴⁸ Tan, “Bağımsız İdari Otorite Olarak Sermaye Piyasası Kurulu”, 8; Oğuz Sancakdar, Lale Burcu Önüt, Eser Us Doğan, Mine Kasapoğlu Turhan ve Serkan Seyhan, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı (11. Bs), Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022, 289; Akıncı, Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, 104.

⁴⁹ Sobacı 165; İsmet Giritli, Pertev Bilgen, Tayfun Akgüner ve Kahraman Berk, İdare Hukuku, İstanbul, Der Yayınları, 2013, 585.

⁵⁰ Atay, “Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması”, 267; Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk, 585.

⁵¹ Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 1, 344; Tan, “Bağımsız İdari Otoriteler veya Düzenleyici Kurullar”, 24; Ulusoy, “Bağımsız İdari Kurumlar”, 5.

⁵² İspanya’da mevcut bir bağımsız idari kurum olan “Halkın Avukatı –Defensor del Pueblo” görevi sebebiyle tutuklanamaz, aramaya tabi tutulamaz ve yargılamaz. Halkın avukatı hakkında detaylı bilgi için bkz: Bağımsız İdari Otoriteler (Ed. İbrahim Ö. Kaboğlu), İstanbul, Alkım Yayınları, 1998, 69-80.

sürelerinin tamamlanmasının ardından yeniden göreve seçilememeleri⁵³ veya görev süreleri tamamlandıktan sonra eski görevlerine dönebilme hakkının tanınması ve görev süresi dolduktan sonra aynı alanda faaliyet gösteren kuruluşlarda görev almalarının yasaklanması gibi önlemlerdir⁵⁴.

Belirtmek gerekir ki, kurul üyelerinin doğrudan yürütme organınca atanması, her halde, bu kurulların görevlerini tarafsız ve bağımsız olarak yerine getirmediği ve getiremeyeceği anlamına gelmez. Nitekim Thatcher tarafından yapılan bir çalışmada, düzenleyici ve denetleyici kurumların üyelerinin “kamuoyunca açıkça bilinen parti üyelikleri, daha evvel genel veya yerel seçimlerde aday olup olmadıkları ve hükümette görev almış olup olmadıkları” kıstaslarıyla muhtelif kurumlar üzerinde yapılan incelemede, üyelerini politikacıların atadığı İngiltere, Fransa ve Almanya’da düzenleyici ve denetleyici kurumların üyelerinin politik bağlarının hayli zayıf olduğu kaydedilmiştir. Çalışmada özellikle Birleşik Krallık sınırlarında bu kurumların üyelerinin yakın zamanda siyasi olarak aktif olmadıkları ve hiçbir partiyle bağlantılı olmadıkları tespit edilmiştir⁵⁵.

Bununla birlikte, bu kurumların üyelerinin yürütme organınca atandığı hallerde yukarıda belirtmiş olduğumuz birçok tedbir öngörülmüş olsa dahi kamuoyunda kurulun tarafsız ve bağımsız hareket ettiğine dair inanç zedelenebilecek ve bu da kurumlara duyulan güvenin sarsılmasına yol açabilecektir⁵⁶. Zira öğretide yönetim ile siyaset arasındaki ilişkinin yoğunluğu arttıkça bağımsızlık niteliğinin zayıflayacağı da haklı olarak ifade edilmiştir⁵⁷. Kanaatimizce bu sakıncanın giderilmesi için kurul

⁵³ Örneğin, Fransa’da bir bağımsız idari otorite olan Mediateur, tek bir kez için görevlendirilir, görevi hiçbir surette kesintiye uğratılamaz. Görev süresi kanunlarca öngörülen 6 yıllık sürenin dolmasıyla sona erer. Mediateur’un bu tarihten önce görevden alınması, ancak Devlet Şurası İkinci Başkanı ve Sayıştay ile Yargıtay Birinci Başkanlarından oluşan bir kurulca görevini yapmaya engel bir halin varlığının tespit edilmesi ile mümkündür. Mediateur’un bağımsızlık güvenceleri ile ilgili detaylı bilgiye erişmek için: Thery, “Mediateur” (Çev. Cevdet Atay), Bağımsız İdari Otoriteler (Ed. İbrahim Ö. Kaboğlu), İstanbul, Alkım Yayınları, 1998, 40-46.

⁵⁴ Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 1, 346-347; Günday, İdare Hukuku, 569-570; Gözler ve Kaplan İdare Hukuku Cilt 1, 248.

⁵⁵ Mark Thatcher, “Regulation After Delegation: Independent Regulatory Agencies in Europe”, Journal of European Public Policy 9 (6), 2002: 954-972, 959.

⁵⁶ Tan “Bağımsız İdari Otorite Olarak Sermaye Piyasası Kurulu” 8.

⁵⁷ Akıncı, Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, 102.

üyelerinin ataması, meslek kuruluşları veya yüksek mahkemelerce önerilecek mesleki ve teknik bilgiye sahip, bir başka deyişle siyaset dışı “uzman” nitelikte kişiler arasından⁵⁸ seçilmek üzere yasama organı tarafından yapılmalıdır. Görev sürelerinin bitiminin ardından yeniden atanmak isteyen üyeler, kurumların tarafsız ve niteliklerine zarar verebileceğinden bir dönemden fazla seçilmeye müsaade edilmemeli, ancak bu kurumların uzmanlaşabilmeleri için kademeli olarak değişen, bir kereliğine fakat uzun bir dönem için seçilen üyelere oluşmalıdır⁵⁹. Bunun gibi, bu kurumların üyelerinin yalnızca görev sürelerinde değil, görev sürelerinin dolmasından itibaren belirli bir süre boyunca da çeşitli güvencelere tabi tutulmasının bağımsız karar verme yeteneğinin korunması için faydalı olacağı fikrindeyiz.

Nihayet bu kurumların ve üyelerinin güvencelerine ilişkin her ne önlem alınır alınsın, bunların bağımsızlık veya tarafsızlıklarının ancak hukuk devleti ilkesine sıkı sıkıya bağlı demokratik bir idare anlayışı ile tesis edilebileceği ifade edilmelidir. Nitekim totaliter yönetimlerin bu kurumların karar organlarını oluşturan üyelere birçok şekli güvenceye rağmen, yargı erkine müdahale etmek gibi çeşitli yollarla baskı yapabileceği ve kontrol edebileceği yadsınamaz bir gerçektir. Hal böyleyken, demokrasiye, temel hak ve özgürlüklere saygı duymayan bir yönetimin gölgesinde bu kurumların bağımsızlığından ve tarafsızlığından söz edilemeyeceği, bu güvencelerin de bağımsızlık niteliğinin de yalnızca kâğıt üstünde kalacağı belirtilmelidir.

b. İşlevsel (Fonksiyonel) Yönden Bağımsızlık

İdari bağımsızlığın ikinci yönünü teşkil eden işlevsel (fonksiyonel) bağımsızlık ise, bu kurumların işlem ve faaliyetlerinin merkezi idarenin denetimine tabi tutulmaması ve merkezi idarenin bu kurumların işlem ve kararlarına müdahale edememesi olarak ifade edilmektedir⁶⁰. Fonksiyonel bağımsızlık, çoğunlukla bu kurumlara kamu tüzel kişiliği tanımak suretiyle sağlanmaktadır. Nitekim bilindiği üzere, kamu tüzel kişiliklerinin devlet tüzel kişiliğinin veya diğer adıyla merkezi idarenin dışında bir hukuki varlık

⁵⁸ Duran 5.

⁵⁹ Akıncı, Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, 104.

⁶⁰ Günday, İdare Hukuku, 570; Ulusoy, “Bağımsız İdari Kurumlar”, 5; Sancakdar, Önut, Us Doğan, Kasapoğlu Turhan ve Seyhan 289.

(kişilik) olmaları, bunlar üzerinde merkezi idarenin hiyerarşik denetiminin bulunmadığı ve özellikle yasalarca öngörülmemiş olduğu takdirde bunların vesayet denetiminden de bağımsız oldukları anlamına gelmektedir⁶¹. Ayrıca bu kurumların işlevsel bakımdan bağımsızlığının sağlanması için çeşitli kanunlarda bu kurumlara ve karar organlarının üyelerine hiç kimsenin talimat, tavsiye ve emir veremeyeceği biçiminde kurallar da öngörülmektedir⁶². Bu kurumların bağımsızlığı için muhtelif güvenceler öngörülmüşse de bu güvencelerin kötüye kullanılması söz konusu olmayacaktır. Nitekim bu kurumların işlem ve eylemleri, ileride izah edileceği üzere yargı denetimine ve çoğu kez merkezi idarenin mali denetimine tabidir.

2. Kurul Halinde Çalışma

Kurul kelimesi esasen “bir işi yapmak, yönetmek veya bir kurum veya kuruluşu temsil etmek için görevlendirilmiş kişilerden oluşmuş topluluk, heyet, konsey, asamble” anlamını taşımaktadır. Bunun gibi, heyet, konsey, şura, meclis komite ve komisyon biçimindeki ifadeler de bir kurulu ifade etmek için kullanılmaktadır⁶³. İspanya’da bulunan Halkın Avukatı (Defensor del Pueblo) ve Fransa’da bulunan Arabulucu veya Ombudsman (Mediateur de la Republique) veya yeni ismiyle Hakların Savunucusu (Défenseur des Droits – Defender of Rights) kurumları gibi bazı örnekler bir yana bırakıldığında, düzenleyici ve denetleyici kurumların genel olarak bir kurul halinde çalıştıkları⁶⁴ ve bu kurulların yer yer komisyon veya komite olarak adlandırıldıkları gözlenmektedir. Adlandırma her ne şekilde yapılırsa yapılsın, bu kurullar, belirli bir konuda karar almak için görevli ve yetkili kılınmış olan belirli bir insan topluluğunu ifade etmektedir.

Kurul olarak çalışma usulünün faydaları olduğu gibi bazı zararları olduğu da öne sürülmüştür. Zira kurul olarak çalışma, çoğunlukla olduğu üzere üç ve daha fazla üyenin bir konuda belirli bir mutabakata varmak için öncelikle toplanmalarına,

⁶¹ Gözler ve Kaplan, 248; Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 1, 346; Akıncı, Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, 131; Sıddık Sami Onar, İdare Hukuku Birinci Cilt, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1944, 358.

⁶² Günday, İdare Hukuku, 570; Tan, “Bağımsız İdari Otorite Olarak Sermaye Piyasası Kurulu”, 8-10.

⁶³ Türk Dil Kurumu Güncel Sözlük, (Erişim Tarihi: 26.12.2023), www.sozluk.gov.tr.

⁶⁴ Atay, “Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması”, 266; Duran 6.

ardından uzunca tartışmalarına meydan verebilecek ve karar alımında belirli bir çoğunluğun aranmasını gerektirecektir. Özellikle, kurul üyelerinin sayısı arttıkça toplantı ve karar yeter sayısının karşılanması güçleşebilecek ve bu da karar alma sürecinde çeşitli gecikmelere yol açabilecektir. Bunun gibi, kurullar çoğunlukla sürekli ve düzenli kuruluşlar olmayıp, belirli günlerde toplanmaktadırlar. Bu hususlar ise kararların süratle alınmasına engel olabilecektir⁶⁵. Yine bu kurulların aldıkları hukuka aykırı kararlar ve yaptıkları işlemler bakımından sorumluluk tespiti yapmak mümkün olmayacaktır. Nihayet kurul kararlarının sıklıkla değişebileceği ve bunun da kararların istikrar ve öngörülebilirliğini, böylece hukuk güvenliği ile hukuki belirlilik ilkelerini zedeleyebileceği ifade edilmiştir⁶⁶.

Güç sahiplerinin bir topluluğu etkilemelerinin, tek bir karar vericiyi etkilemelerine nazaran çok daha zor olması ve böylece politik veya özel güç odaklarının baskılarından uzak bir karar verme ortamının oluşturulabilmesi ise kurul halinde çalışmanın faydalarındandır⁶⁷. Ayrıca kurullarda çeşitli sosyal, dini, siyasi ve etnik gruplardan oluşan birden çok kimse bulunduğu ve bunların görüşlerinin teatisi ile karar verildiğinden, kurul şeklinde çalışmanın demokrasinin ve adaletin tezahür etmesi olduğu ifade edilebilir⁶⁸. Bunun gibi, kurulların uzman kişilerden oluştuğu varsayımında bunların, politikacıların ve diğer çıkar sahiplerinin baskılarından etkilenmeden istikrarlı bir politika izleyebilecekleri de öne sürülmüştür⁶⁹. Buna karşılık, bu kurumların uzmanlaşmalarının, kurumun üyelerinin, çoğunlukla kurumun muhatapları olan şirket yöneticileri ve çalışanları ile aynı yerden gelen kimselerden oluşmalarına yol açacağına ve bu sakıncanın da düzenleyici kurumların şirketlerce ele geçirilebileceğine dair bir görüş de öne sürülmüştür⁷⁰. Kanaatimizce bu kurumların karar organlarının çok üyeli bir kuruldaki müteşekkil olması, anılan kurullar üzerindeki nüfuz ve baskı tehlikesini azaltarak kurulların daha adil bir şekilde karar vermelerine

⁶⁵ Sezen 27-28.

⁶⁶ Yılmaz Aydın, “Türk Kamu Yönetiminde Yeni Bir Model Olarak Üst Kurullar” (Doktora Tezi), Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007, 26-27; Çiğdem Sever, “Türkiye’de Düzenleyici Kurumların Yapısı, İşlevi ve Dönüşümü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 64 (1) 2015: 195-236, 204; Zeynep Çakmak, “Bağımsız İdari Otorite Olarak Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu” (Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011, 68-69; Sezen 27-28.

⁶⁷ Akıncı, Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, 104.

⁶⁸ Sever 204; Çakmak 68-69; Sezen 27-29.

⁶⁹ Aydın 28; Karacan 16.

⁷⁰ Trillas 10; Thatcher 956.

ve toplantılarda çeşitli fikirlerin çatışması sonucunda hakikatin ortaya çıkmasına, böylece daha doğru kararlar verilmesine imkân verecektir. Karar alma sürecinde gecikme yaşanması olasılığı ise bu kurumların kuruluş kanunlarında öngörülecek toplantılara katılma zorunluluğu ve kararların belirli bir sürede alınması yükümlülüğü gibi önlemlerle bertaraf edilebilecektir.

3. Kamu Tüzel Kişiliğini Haiz Olma

Düzenleyici ve denetleyici kurumların politikadan bağımsızlığı ve tarafsızlığı, ancak bunların hiyerarşik denetiminden varestede tutulması ya da bir başka deyişle idarenin bu kurumların aldıkları kararları tek başına önleme, durdurma, geri alma ve bu kurumların üyeleri hakkında disiplin soruşturması yürütmek suretiyle çeşitli müdahalelerde bulunma imkânına sahip olmaması halinde söz konusu olabilir. Düzenleyici ve denetleyici kurumların, hiyerarşik yapılanma içerisinde ve bir bakana bağlı olarak görevlerini tarafsız ve bağımsız biçimde ifa etmeleri imkânsız değilse de güçtür. Bu kurumlar ne yargısal ne de yasamaya ilişkin bir görev ifa ettiklerinden bunların yürütme erkinin dışında bir konumda düşünmek de olanaklı değildir. Bu halde, mezkûr kurumlar yürütme erkine tabi birer idare olduklarından, bunlara ayrı birer tüzel kişilik tanınmaması, bunların hiyerarşik denetime tabi ve politikacıların emri altında olacakları anlamına gelebilecek ve bu koşullarda kurumların bağımsızlık ve tarafsızlığından söz edilemeyecektir. Bunun gibi, bu kuruluşların devlet tüzel kişiliği dışında, özel hukuk tüzel kişileri olarak oluşturulması, bu kurumlara çeşitli yetkiler tanınmış olsa dahi, bunları büyük ölçüde kamu gücünden yoksun bırakacağından, her türlü baskı odağının açık hedefi haline getirebilecektir.

Bu sakıncaların yanı sıra Kıta Avrupası'nda yaygın biçimde görülen ve devletin yasama, yürütme ve yargı erkleri ile toprakları, milleti, bayrağı gibi egemenlik sembollerinin tek bir bütün olarak kabul edildiği, bir başka deyişle devletin tek kamusal otorite olarak benimsenmiş olduğu üniter devletlerde "idarenin bütünlüğü" ilkesi geçerli olmakta, bu ilke ise idari teşkilatın dışında olan bir idari örgütlenme modeline geçit vermemektedir. Ancak yukarıda açıklamış olduğumuz üzere, düzenleyici ve denetleyici kurumların merkezi idari teşkilatın içerisinde yer alması,

bunların bağımsız ve tarafsız biçimde hareket edip kararlar almasını büyük ölçüde güçleştirecektir. İşte üniter devlet modelini benimsemiş olan Kıta Avrupası ülkelerinde vücut bulan bu prensip sorunu, merkezi idarenin dışında bir örgütlenme modeli olan kamu tüzel kişiliğine sahip kamu kurumlarının kurulmasıyla aşılmıştır⁷¹. İşte bu nevi nedenlerle, ABD, İngiltere, Almanya ve Türkiye gibi birçok ülkede düzenleyici ve denetleyici kurumlar, kamu tüzel kişiliğini haiz “kamu kurumları” (public bodies, public institutions, public authorities, governmental entities) olarak yapılandırılmaktadırlar⁷².

4. Düzenleme, Denetleme ve Yaptırım Uygulama Yetkilerini Haiz Olma

Daha evvel de ifade etmiş olduğumuz üzere, düzenleyici ve denetleyici kurumların meydana getirilmesindeki amaçlardan biri de devletlerin, daha evvel tekel oldukları piyasalardaki düzenleyici ve işletici rollerini kademeli olarak terk ederek bu faaliyetlerde bir hakem olarak konumlanmış olmaları nedeniyle meydana gelen hukuk boşluğunun doldurulmasıdır⁷³. Özellikle teknolojik ve sosyolojik gelişmelerin meydana getirdiği rekabet, finans, sigortacılık gibi oldukça karmaşık olan ve daha önce düzenleme konusu yapılmamış alanlardaki hukuk boşluğu, daha evvel devletlerin tekelinde olan piyasalara nazaran çok daha fazla olmaktadır. İşte devletlerin düzenleme yapmamış oldukları bu yeni alanlarda veya devletlerin işletici sıfatından vazgeçmiş oldukları klasik iktisadi alanlarda doğmuş ve doğacak hukuk boşluğunun giderilmesi bir zaruriyet halini almıştır. Bu zorunluluk ise düzenleyici ve denetleyici kurumlara tahsis edilen düzenleme veya regülasyon (regulation, régulation) olarak anılan yetki ile karşılanmaya çabalanmaktadır.

⁷¹ Nagehan Talat Arslan ve Erkan Arslan, Yeni Kamu Yönetimi ve Üst Kurullar (1. Bs), Bursa, Alfa Aktüel, 2010, 120-121; uygulamada düzenleyici ve denetleyici kurumların çoğu zaman kamu tüzel kişiliğini haiz olarak yapılandıkları gözlenmekte ise de Fransa’da bu işlevi gören makamların çoğu kez kamu tüzel kişiliklerinin bulunmadığı ve bunların birer bakanlığa bağlı olarak görev yaptıkları da görülmektedir. Bu hususta çalışmamızın 80 vd. sayfalarına bakınız.

⁷² Fabrizio Gilardi, “The Formal Independence of Regulators: A Comparison of 17 Countries and 7 Sectors”, Swiss Political Science Review 11 (4), 2005: 139-167, 140; Arslan 109; Cenk Şahin, Amerikan Federal Hukukunda “Regülasyon” ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları (1.Bs), İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, 114.

⁷³ Ali Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, 18; Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk 583.

Regülasyon, Fransızca kökenli bir kelime olup genel olarak düzenleme ve ayarlama anlamını taşımaktadır⁷⁴. Bu sözcük hukuki anlamda ise yapılan kanunları, yönetmelikleri, yönergeleri ve diğer düzenlemeleri ifade eder. Düzenleyici ve denetleyici kurumlar özelinde regülasyon yetkisi, bu kurumların yetkilendirilmiş oldukları alanlarda uyulması gereken kuralları belirleme gücünü ifade etmektedir. Ancak, bu kurumların özgülendikleri alanda gerçek bir düzenleme gücüne sahip olabilmeleri, ancak düzenlemeye tabi olan kimselerin bu kurallara uyup uymadıklarını denetleyebilmeleri ve yapılan denetimlerde bunlara uyulmadığının saptanması halinde belirli bir yaptırım uygulayabilmeleri ile söz konusu olabilir. Nitekim ihlali halinde caydırıcı veya cezalandırıcı bir yaptırımın öngörülmemiş olduğu yahut ihlalin durdurulmasına ilişkin herhangi bir işlem veya eylem öngörülmemiş olan düzenlemeler çoğu zaman işlevlerini yerine getirmekte yetersiz kalacaklardır. Bu sebeple, regülasyon kavramının salt “düzenleme” yetkisini değil; denetleme, yönlendirme⁷⁵ ve bazı istisnalar bulunsa da çoğu zaman yaptırım uygulama yetkilerini de ihtiva ettiği söylenmektedir⁷⁶. Regülasyon kavramının bu yetkilerin tamamını kapsadığı söylenebileceği gibi, düzenleme, denetleme ve yaptırım uygulama yetkilerinin birbirinden ayrı ancak birbirlerini tamamlayıcı yetkiler olduğunun söylenmesine de bir engel yoktur.

Uygulamada düzenleyici kurumlar, düzenleme yetkilerini yönetmelikler, genelgeler, özelgeler, kararlar ve tebliğler çıkarmak yoluyla⁷⁷; denetim yetkilerini ise araştırma ve soruşturma yapmak, bilgi ve belge istemek, bilgiye başvurmak, yerinde inceleme yapmak, yaptırım uygulamak ve/veya yargı mercilerini harekete geçirmek gibi araçlarla kullanmaktadırlar⁷⁸. Yaptırım gücü konusunda ise çoğu zaman idari para cezası vermek, izin ve ruhsat iptali gibi sonuçlar söz konusu olmakla birlikte, bazı düzenleyici ve denetleyici kurumların böyle bir yaptırım gücüne sahip olmadıkları, yalnızca tavsiyelerde bulunarak bunlara uyulmaması halinde hükümet üzerinde baskı kurmak için medya gücünü kullandıkları veya yaptırım uygulanması için yargı

⁷⁴ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, www.sozluk.gov.tr (Erişim: 12 Temmuz 2023).

⁷⁵ Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, 25.

⁷⁶ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya 350.

⁷⁷ Akıncı, Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, 134.

⁷⁸ Ulusoy, “Bağımsız İdari Kurumlar”, 6.

mercilerini harekete geçirme gibi yetkilere sahip olduklarını belirtmek gerekir⁷⁹. Örneğin, Fransa’da bulunan Cumhuriyet Medyatörü (Mediateur de la Republique), istisnai durumlar haricinde önüne gelen uyuşmazlıklar hakkında hükümete tavsiye ve önerilerde bulunmakta, bu önerilerin karşılıksız kaldığı hallerde ise kamuoyuna hükümete karşı duruş alma çağrısı yapmaktaydı⁸⁰. Yaptırım uygulanması için yargı mercilerini harekete geçirme yetkisine ilişkin olarak ise 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun 49’uncu maddesi örnek gösterilebilir. Anılan hükümde, Kanun’un 47’nci maddesinde düzenlenmiş olan suçlar bakımından soruşturulma yapılması, Kurulun Cumhuriyet savcılığına yazılı olarak başvurması şartına tabi tutulmuştur. Aynı maddenin 3’üncü fıkrasında da Cumhuriyet savcılarının kovuşturma yapılmasına yer olmadığına ilişkin karar vermiş olması halinde, Kurulun bu kararlara karşı itiraz hakkının bulunduğu öngörülmüştür.

C. Faaliyet Alanları

Düzenleyici ve denetleyici kurumlar faaliyet alanları bakımından iki sınıfta incelenmektedirler. Bunlar, temel ve hak ve özgürlükleri korumaya ilişkin olanlar ve ekonomik alanda faaliyet gösterenlerdir⁸¹. Temel hak ve özgürlükleri korumaya yönelik düzenleyici ve denetleyici kurumlara, özel ve aile hayatına saygı hakkının korunması amacıyla faaliyet gösteren kişisel verileri koruma kurumları, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin idare tarafından ihlal edilip edilmediğine ilişkin denetimler yapan ombudsmanlık ve ABD’de bulunan Medeni Haklar Komisyonu (Commission on Civil Rights) gibi kuruluşlar örnek olarak gösterilebilir.

Ekonomik alanda faaliyet gösteren düzenleyici ve denetleyici kurumlar ise çeşitli alt alanlarda sektörel regülasyon kurumları olarak veya genel bir düzenleyici olarak

⁷⁹ Tan, “Bağımsız İdari Otorite Olarak Sermaye Piyasası Kurulu”, 13; Ulusoy, “Bağımsız İdari Kurumlar”, 6.

⁸⁰ They, “Mediateur”, (Çev: Cevdet Atay), 45; Cumhuriyet Medyatörü’nün regülasyon ve yaptırım uygulama yetkilerinden yoksun olması sebebiyle düzenleyici ve denetleyici kurum niteliğinde olmadığı da ifade edilmektedir: Bkz: Ulusoy, “Bağımsız İdari Otoriteler”, 24.

⁸¹ Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, 13; Tan, Bağımsız İdari Otoriteler, 59; Duran 24-25; Ayhan Sarısu, “Bağımsız İdari Otoriteler ve Eşgüdümlessiz Yönetim”, Danıştay Dergisi 138, 2015: 87-126, 91-92; Atay, “Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması”, 263-264; Emrah Uran, Türkiye’deki Düzenleyici Kurulların İdari Yaptırım Yetkisi (Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008, 40.

görülebilmektedirler⁸². Sektörel regülasyon kurumları, yalnızca belirli piyasalarda faaliyet gösteren özel ve tüzel kişilerin faaliyetlerini denetlerken, genel düzenleyici olarak ifade edilebilecek kurumlar bakımından faaliyet gösterilen piyasasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Sigortacılık, bankacılık, elektrik piyasaları, sermaye piyasaları, doğal gaz ve petrol piyasaları, telekomünikasyon, su dağıtımını gibi alanlarda düzenleme ve gözetleme faaliyetlerini sürdüren kurumlar, çeşitli alt alanlarda faaliyet gösteren sektörel kurumlara örnek teşkil ederken, rekabet kurumları da faaliyet gösterilen sektörlerden bağımsız olarak rekabet hukukuna ilişkin genel düzenleme ve denetleme yetkisine sahip olan kuruluşlardandır.

D. Görev ve Yetkileri

Düzenleyici ve denetleyici kurumların birbirinden farklı onlarca alanda faaliyet göstermeleri, bunların faaliyet gösterdikleri ülkelerin muhtelif ekonomik, sosyolojik ve siyasi alt yapıya sahip olmaları ve farklı ihtiyaçları karşılamak üzere meydana getirilmiş olmaları bunların birbirinden farklı yapılarla, karar alma organlarıyla, denetim mekanizmalarıyla, görev ve yetkilerle donatılmalarına yol açmıştır. Bu kurumlardan bazıları düzenleme ve denetleme yetkisine sahip olurken yaptırım uygulama yetkisine sahip değildir. Yine bazıları yalnızca bu yetkilere sahipken, bir diğer grup kuruluş, bunların özgülenmiş oldukları alanlardaki bazı ihtilafları çözmek ve ilgili oldukları konularda yasal düzenlemeler teklif etmek ve görüş bildirmek gibi muhtelif görev ve yetkilerle donatılmışlardır.

1. Düzenleme Yapma

Düzenleme, sözlükteki anlamıyla düzenlemek işi, tertip ve organizasyon demektir. Tertip ve organizasyon, belirli nitelikteki eşya veya durumları birleştirerek diğerlerinden ayırmak, işlemleri, davranışları, kişileri bazı kurallara tabi tutmak olarak da ifade edilebilir. Hukuki anlamda düzenleme, soyut, genel ve nesnel kurallar koyma anlamına gelmekte olup, yasama sözcüğü ile eş anlamlı olarak kullanılmaktadır⁸³.

⁸² Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, 12.

⁸³ Ayanoğlu 54.

Daha önce de ifade etmiş olduğumuz üzere, düzenleyici kurumlar, devletlerin tekel sıfatını terk etmiş bulunduğu yahut çeşitli gelişmeler sonucunda ortaya çıkan ve daha evvel herhangi bir düzenlemeye tabi tutulmamış olan alanlarda faaliyet göstermektedirler. Devletin muhtelif sektörlerdeki tekel konumundan çekilmesi ve piyasalara birçok farklı aktörün girmesiyle doğan yenilik ve teknolojik gelişmelere uyum sağlanması ihtiyacı, sektörde geçerli kuralların baştan aşağı değişmesini gerektirmiştir. Öte yandan, küresel gelişme ve değişmelerle ortaya çıkan yeni alanlarda çoğu zaman bir düzenleme dahi söz konusu olmamaktadır. O halde, meydana gelen bu hukuk boşluğunun giderilmesi; söz konusu yeni ve ihtisas gerektiren alanlarda hızlı bir biçimde düzenleme yapılması ve uygulamada meydana gelen aksaklıklara ivedilikle cevap verilmesi ile mümkün olacaktır. Bu alanların çoğu kez teknik bilgilerden ibaret olması, bu düzenlemeleri yapacak olan organ yahut kuruluşların ilgili alanlarda ihtisaslaşmalarını; anılan alanlarda meydana gelen güncel sorunlara en hızlı biçimde cevap verilmesi ihtiyacı ise karar alma sürecinin hızlandırılmasını gerektirmektedir⁸⁴.

Yasama organı olan parlamentonun bir ülkenin gündeminde bulunan hemen hemen bütün konulara ilişkin yasama faaliyetinde bulunması sebebiyle yoğun bir iş yüküne sahip olduğu ve yasama faaliyetinin birçok usul kuralına tabi olduğu, dolayısıyla günlük ihtiyaçlara ivedilikle cevap veremeyeceği hususu şüphesizdir⁸⁵. Bunun gibi, yasama organını oluşturan üyelerin çoğu kez siyasi parti üyesi oldukları düşünüldüğünde, bütün kamuoyunu etkileyen hassas alanlara ilişkin yasama faaliyetinin siyasi çıkarların etkisi altında kalacağı ve bu sebeple kamu yararını ilgilendiren konular bakımından objektif ve tarafsız düzenlemelerin yapılamayacağı söylenebilir. Aynı zamanda, parlamento üyelerinin her zaman ortaya çıkan yeni alanlarda teknik bilgiye sahip olmadıkları, dolayısıyla bu alanda yapacakları düzenlemelerin ihtiyaçları karşılamaya yeterli olmayacağı da söylenebilir⁸⁶.

⁸⁴ Şahin 9-10.

⁸⁵ Şahin 10; Gündüz Alp Aslan, “Türk Hukukunda Bağımsız İdari Otoritelerin Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi ve Yetki Unsurundaki Sakatlığın Düzenleyici İşleme Etkisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65 (3), 2016: 571-631, 609.

⁸⁶ Marshall J. Breger ve Gary J. Edles, “Established By Practice: The Theory and Operation of Independent Federal Agencies”, *Administrative Law Review*, 52 (4), American Bar Association, 2000: 1111-1294, 1123.

Bu düzenlemelerin yargı organı olan mahkemelerce yapılması ise öncelikle mahkemelerin kural ihdas etmekten ziyade kuralın ihlal edilmesi durumunda belirli bir tazminat yahut ceza vermek biçimindeki işlevi sebebiyle mümkün görünmemektedir⁸⁷. Keza mahkemelerin iş yükü de göz önüne alındığında bu organların kararlarını ivedilikle veremeyecekleri, maliyetlerinin de hayli yüksek olabileceği anlaşılabilir. Nihayet, mahkemelerin de düzenleme yapılması gerekli sektörler bakımından yeterli teknik bilgiye ve uzmanlığa sahip oldukları söylenemez. İşte anılan bu sebeplerle, teknik bilgi ile uzmanlık gerektiren ve kamuoyunu ilgilendiren bu hassas alanların düzenlenmesi, pek çok kez kurul şeklinde görev yapan idari kurumların yetki alanında bırakılmıştır. Düzenleyici kurumlar da tarafsız ve objektif olduğuna inanılan, belirli alanlarda teknik bilgi sahibi ve uzman kişilerden oluşan kurumlar olduğundan, hassas alanlara ilişkin düzenleme yetkisinin kendilerine tanınmış olması doğaldır.

Düzenleyici ve denetleyici kurumların düzenleme yetkisi, çoğu zaman bir meslek faaliyetine izin verilmesi veya bir faaliyetin gerçekleştirilebilmesi için gerekli şartları ve usulleri tespit etmek, lisans bedellerini tespit etmek (4628 Sayılı Kanun m.5/4-i), görev alanında uygulanacak tarifelere, sözleşme hükümlerine, teknik hususlara ilişkin genel kriterleri belirlemek (5809 Sayılı Kanun m.6/1-j), ürün veya hizmetlerin standartlarını belirlemek (5809 Sayılı Kanun m.6/1-n, m.6/1-u), fiyatları tespit etmek, bir sektörde faaliyet gösterenlerin uymak zorunda olduğu kuralları belirlemek, bazı belgelerin saklanması yahut ibraz edilmesine dair kurallar öngörmek gibi kapsamlı bir yetkidir. Bu geniş yetkiler, öğretide bu kurumların “oyunun kurallarını belirleme” yetkisi olarak da tanımlanmıştır⁸⁸.

2. Denetim Yapma

Düzenleyici kurumlar az evvel ifade edilmiş olduğu gibi, sorumlu oldukları alanlarda oldukça geniş bir yetkiye sahiptirler. Bu kurumlar, yetkilerini kullanarak sınırsız sayıda düzenleme yapabilir, kurallar koyabilir ve tarifeler yayımlayabilir. Ancak bu kuralların yalnızca var olması, bu kurallara riayet edilip edilmediği göstermeyecek, böylece yapılan düzenlemeler herhangi bir pratik fayda meydana getirmeyecektir. İşte

⁸⁷ Şahin 11.

⁸⁸ Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, 21.

denetim yetkisi, kurumların hem kendi düzenlemelerine hem de ilgili faaliyet alanları hakkında yapılmış diğer düzenlemelere ve oyunun kurallarına uyulup uyulmadığının tespit edilmesini sağlamaktadır⁸⁹.

Düzenleyici kurumların denetim yetkisi, piyasayı genel olarak gözetleme yetkisini içerdiği gibi, aktörlere yönelik birel bir gözetim yetkisini de ihtiva eder. Yani bu kurumlar, ilgili piyasalarda konulan kurallara uyulup uyulmadığının tespiti için genel bir denetim yaptıkları gibi, piyasalarda faaliyet gösteren aktörleri de denetlerler. Düzenleyici kurumların sahip oldukları denetim yetkileri çeşitli araçlarla kullanmakla birlikte, bu araçların en sık rastlananları araştırma ve soruşturma yapma, her türlü bilgi ve belgeyi isteme, kişilerin ve kurumların bilgilerine başvurma ve yerinde inceleme uygulamalarıdır⁹⁰. Gerçekten, bu kurumlar çoğu zaman, bütün defterleri, kayıtları, hesap dökümünü ve elektronik olanlar da dâhil olmak üzere bütün belgeleri inceleme, gerektiğinde bunlardan birer örnek alma, herkesin yazılı ve sözlü bilgisine başvurabilme yetkilerine sahip olup, genellikle bu kurumların kuruluş kanunlarında ilgililer hakkında kurumun denetim faaliyetlerini kolaylaştırma ve istenen bilgi ve belgeleri ibraz etme yükümlülüğü öngörülmüştür.

3. Yaptırım Uygulama

Düzenleyici kurumların özgülendikleri alanlarda yaptıkları düzenlemelerin temel hak ve özgürlüklerin, ülkenin ekonomik refahının, ticari ahlakın ve tüketicinin korunması gibi amaçlara hizmet etmeleri, düzenlemelere uyulup uyulmadığının denetlenmesinin yanı sıra uyulmadığının tespit edilmesi durumunda caydırıcı ve cezalandırıcı bir etkiye sahip olmalarını da şart koşmaktadır. Nitekim bir düzenlemenin ihlali halinde herhangi bir yaptırım öngörülmemesi, bu kurala riayetinin sağlanması hususunda yetersiz kalacaktır⁹¹. İşte bu kurumlara, genellikle bizzat kendi yaptıkları ve ilgili buldukları alanlarda yapılan diğer düzenlemelere itibar edilmesini, onlara uyulmasını sağlamak ve üstlenmiş buldukları görevleri etkili ve ivedi biçimde yerine getirebilmeleri için

⁸⁹ Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 1, 348.

⁹⁰ Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, 23; Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 1, 348-349.

⁹¹ Yücel Oğurlu, İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma, Ankara, Seçkin, 2021, 34.

zorlayıcı bir güç olan yaptırım uygulama yetkisi tanınmış bulunmaktadır⁹². Düzenleyici kurumların düzenleme ve denetleme yetkisinin tamamlayıcı parçası olan yaptırım uygulama yetkisi, öğretide ve müeyyide uygulama yetkisi olarak da anılmaktadır. Yaptırım kelimesi sözlükle esas itibariyle “yaptırmak” olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan hareketle, yaptırım ifadesinden kastın bir kimseyi veya şeyi bir harekete ya da bir şeyi yapmaya zorlamak olduğu anlaşılmaktadır. Öğretide yaptırım kelimesinin müeyyide ile aynı anlama gelmediği, bu kapsamda örneğin butlanın bir müeyyide olduğu ancak bu müeyyide ile kimsenin bir şey yapmaya zorlanmadığı öne sürülmüştür⁹³. Buna karşılık kanaatimizce butlan halinde konu bir kimseden ziyade yapılan hukuki işlem olduğundan, butlan ile butlanın uygulandığı hukuki işlem uygulanmamaya zorlanmaktadır. Bunun yanı sıra, sözlükte müeyyide kelimesinin Türkçe karşılığının yaptırım olarak tanınmış olması karşısında artık bu tartışmanın pratik bir faydası da bulunmamaktadır. Bu nedenle de bu işlemlerin isimlendirilmesinde müeyyide ve yaptırım kelimelerinden herhangi biri kullanılabilir.

Hukuki anlamda yaptırım veya müeyyide ise toplumsal düzenin ve güvenliğin tahsisi ve bu amaçla ihdas edilmiş normlara uygun davranışların sağlanması için uygulanan cezalardır⁹⁴. Yaptırımlar, adli ve idari yaptırımlar olmak üzere iki başlık altında incelenmektedir. Adli yaptırımlar, idari yaptırımlardan bunların idari mercilerce verilememesi veya bir başka deyişle adli yaptırımların ancak bir mahkemece verilebilmesi, adli yaptırımların idari değil adli bir işlem olan mahkeme kararları ile verilebilmesi ve bu yaptırımların kural olarak adli yargının denetimine tabi olmaları gibi yönlerle idari yaptırımlardan ayrılmaktadırlar. Ayrıca öğretide idari cezaların idari düzene aykırı davranışlar için uygulanmalarına karşın adli cezaların toplum düzeninin korunmasına ve sağlanmasına yönelik olduğu da ifade edilmiştir⁹⁵.

Toplumsal düzen ve idari düzen kavramları arasındaki belli belirsiz fark nazara alındığında, adli ve idari yaptırımların esas itibariyle benzer sebeplerden

⁹² Günday, İdare Hukuku, 233; Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 1, 612; Oğurlu 37; AYM, 23.10.1997 T., 1997/19 E., 1997/66 K. sayılı ilamı (anayasa.gov.tr).

⁹³ Uran 64.

⁹⁴ Vefa Kaya, Rekabet Kurumunun Yapısı ve Yetkilerinin ABD Rekabet Kuruluşu FTC ile Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi (Doktora Tezi), Sivas Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sivas, 2020, 64.

⁹⁵ Günday, İdare Hukuku, 233; Oğurlu, 37.

kaynaklandıkları ve benzer amaçlara hizmet etmek amacıyla ihdas edildikleri ifade edilebilir. Böylece, bir yaptırımın adli veya idari niteliğini, yaptırımın yöneldiği amaç ölçütüyle belirlemenin her zaman mümkün olmayacağı söylenmelidir. O halde, yaptırımın türünün belirlenmesinde bir başka ölçüt olan organik ölçütün kullanılmasının mümkün olduğu söylenebilir. Nitekim idari para cezaları kural olarak idari makamlar veya organlar tarafından, adli para cezaları ise adli makamlar tarafından verilirler⁹⁶. Bununla birlikte, bazı hallerde adli birer makam olan Cumhuriyet savcılığına ve mahkemelere idari yaptırım uygulama olanağı tanınmıştır. Örneğin, 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu'nun 23'üncü maddesinde Cumhuriyet savcısının kanunların açıkça izin verdiği hallerde idari yaptırım uygulayabileceği, aynı maddenin 2'nci fıkrasında yapılan bir soruşturma kapsamında bir kabahatin işlendiğini öğrenen Cumhuriyet savcısının idari yaptırım uygulayabileceği veya durumu ilgili idareye bildirebileceği düzenlenmiştir. Aynı Kanun'un 24'üncü maddesinde ise kovuşturmaya konu olan bir fiilin kabahat olduğunun öğrenilmesi halinde mahkemece idari yaptırım kararı verileceği öngörülmüştür. Bu durumlarda esasen karar adli merciler tarafından verileceğinden, yaptırımın adli ya da idari olduğunun belirlenmesinde organik ölçütün her zaman fayda sağlamayacağı görülmektedir. Bu halde, bu belirlemenin yapılmasında en kullanışlı olan aracın, yaptırımın ne tür bir işlemle yapıldığının belirlenmesi olduğu ifade edilmelidir. Buna göre, bir yaptırımın idari usuller uyarınca bir idari işlemle verilmesi halinde bu idari bir yaptırım, bir mahkeme kararı ile verilmesi halinde ise adli bir yaptırım söz konusudur⁹⁷. Nitekim yaptırım kararının adli merciler olan Cumhuriyet savcısı yahut mahkemeler tarafından verilmesi halinde dahi bu yargısal bir karar değil, bir idari karardır⁹⁸.

Düzenleyici ve denetleyici kurumların birer kamu kurumu ve dolayısıyla idare olmaları, bunlar tarafından uygulanacak yaptırımların idari usullerle ve idari işlemlerle verilmesi sonucunu doğurmakta, böylece bu kurumlarca uygulanan yaptırımlar adli değil, idari yaptırım çatısı altında kalmaktadırlar. Bu kurumların idari yaptırım

⁹⁶ Oğurlu 46.

⁹⁷ Gözler ve Kaplan 397; Günday, İdare Hukuku, 239; AYM, 23.10.1997 T., 1997/19 E., 1997/66 K. Sayılı İlamı (Nakleden: Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 1,622); Uran 67; Rıza Hakan Başsorgun, Rekabet Hukukunun Anayasal Dayanakları ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Yer Alan Cezai Hükümlerin Hukuki Niteliği (Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2006, 59; Oğurlu 46.

⁹⁸ Gözler ve Kaplan 397.

uygulama yetkileri sıklıkla rastlanıldığı üzere idari para cezası vermek, ruhsat veya faaliyet izinlerini iptal etmek, askıya almak, geçici olarak durdurmak gibi biçimlerde ortaya çıkmaktadırlar. Örneğin RK, muafiyet ve menfi tespit başvuruları ile birleşme ve devralmalar için izin başvurularında yanıltıcı bilgi ve belge verilmesi halinde teşebbüs ve teşebbüs birliklerine idari para cezası vermeye (4054 Sayılı Kanun m.16/1), Sermaye Piyasası Kurulu (SPK), sermaye piyasası kurumlarının mevzuata, standartlara, esas sözleşmeye ve fon iç tüzüğüne aykırı davranmaları ve belirlenen sürede bu aykırılığın giderilmemesi halinde, aykırılığı gidermeyen kurumların faaliyetlerini kısıtlamaya, durdurmaya ve yetkilerini kısmen veya tamamen iptal etmeye yetkilidir (6362 Sayılı Kanun m.96/1). Bunun gibi, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK), Kanun'un 8/1'inci maddesi uyarınca Kanun'da belirlenen yayın ilkelerine ilişkin fıkralarına ve 8/4'üncü maddeye aykırı yayın yapan kuruluşlara idari para cezası vermeye, ihlale konu yayının beş defaya kadar durdurulmasına ve isteğe bağlı yayın hizmetlerinde ihlale konu programın katalogdan çıkarılmasına karar verebilmektedir (6112 Sayılı Kanun m.32/1).

Düzenleyici kurumların bazen doğrudan yaptırım uygulama gücüne sahip olmadıkları da görülmektedir. Bu gibi durumlarda, anılan kurumlar yaptıkları denetim faaliyetinin sonucunda bir kural ihlalinin gerçekleştiğini tespit ettiklerinde yaptırım uygulanması için bir başka makama, çoğunlukla da yargı mercilerine başvurumaktadırlar⁹⁹. Örneğin 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47'nci maddesinde bazı sermaye piyasası suçları öngörülmüş, aynı kanunun 49'uncu maddesinde ise bu suçlar dolayısıyla soruşturmanın ancak Kurulun Cumhuriyet savcılığına başvuruda bulunmasıyla yapılabileceği düzenlenmiştir. Yine aynı kanunun 46'ncı maddesinde Kurulun belirli şartlarda ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir istemeye, dava açmaya veya takip yapmaya, yani bir başka makama başvurmaya yetkili olduğu hususları öngörülmüştür.

Doğrudan yaptırım uygulamaya yetkili olmayan kurumlar, belirli kurumları ya da kamuoyunu bilgilendirme amaçlı raporlar tanzim etmek, uzlaşma tekliflerinde bulunmak, hükümet ile kişiler arasında arabuluculuk faaliyeti yürütmek gibi yetkilere sahip olmaktadır. Bu türün en belirgin temsilcisinin Fransa'da bulunan bir bağımsız idari makam olan Cumhuriyet Medyatörü (La Médiateur de la République – Mediateur of the Republic) olduğu ifade edilmektedir. Anılan makam 29 Mart 2011 tarihinde Çocukların Savunucusu (Défenseur des Enfants – Child Advocacy), Ulusal Güvenlik

⁹⁹ Tan, “Bağımsız İdari Otorite Olarak Sermaye Piyasası Kurulu”, 13-14; Sezen 148.

Etiği Komisyonu, Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik için Yüksek Mercii (Haute autorité de lutte contre les Discriminations et pour l'égalité - the High Authority in the Fight against Discrimination and for Equality) ile birlikte Hakların Savunucusu (Défenseur des Droits – Defender of Rights) adlı makamın çatısı altında birleştirilmiştir. Bu makam, 2011 yılından bu yana kaynağını Anayasa'dan almakta olup, yetkileri seleflerinden birini teşkil eden Cumhuriyet Medyatörü'den çok farklı değildir. İlgili makam, kamu kuruluşlarının faaliyetlerini izler ve hak ihlali bulunup bulunmadığını denetler. Makam, yaptığı denetimin ardından bir hak ihlalini tespit ederse, kamu kuruluşu ile bireyleri anlaşmaya davet edebilir, sorunun çözümüyle ilgili tavsiyeler verebilir, şikâyet edilen memur veya çalışan hakkında soruşturma yürütülmesi için disiplin kurullarına başvurabilir ve hukuk reformları önerebilir¹⁰⁰. Makamın idari yaptırım uygulama gibi bir yetkisi bulunmamaktadır. Buna karşılık, Hakların Savunucusu ile hemen hemen aynı yetkilere sahip olan Cumhuriyet Medyatörü'nün yaptırım gücü olmamasına rağmen tavsiyelerini kamuoyu ile paylaşmak suretiyle halkı yönetime karşı tavır almaya zorlayabildiği ve bu usulün etkili bir yol olduğu ifade edilmiştir¹⁰¹. Böylece, bu kurumların maddi olarak bir yaptırım gücü olmasa da manevi (moral) bir yaptırım gücünün bulunduğu söylenmektedir. Öğretide Hakların Savunucusu veya Cumhuriyet Medyatörü gibi yalnızca manevi bir yaptırım yetkisine sahip olan makam ve kurumların bağımsız idari makamlardan sayılamayacağı da öne sürülmüştür. Keza öğretide bu kuruluşların bağımsız idari kurumlardan sayılmaları için etkili bir işlem yapma yetkisi olmasa da regülasyon işlevini yerine getirmeleri gerektiği ve yalnızca danışma kurulları niteliğindeki kuruluşların düzenleyici kurumlardan olarak kabul edilemeyeceği de ifade edilmiştir¹⁰². Bu görüşlerden hareketle, Hakların Savunucusu, bir regülasyon faaliyeti yürütmemesi sebebiyle bir düzenleyici kurum olarak kabul edilemezse de yaptırım uygulama gücünün bir düzenleyici kurum bakımından olmazsa olmaz şartlardan olmadığı söylenebilir. Nitekim bu kurumlar yaptırım uygulama yetkisiyle donatılmış olmasalar da yaptıkları denetimin neticesine göre ilgililere farklı kurumlar aracılığıyla yaptırım uygulayabileceklerdir.

¹⁰⁰ Equinet, Defender of Rights – France, Equinet - European Network of Equality Bodies, www.adsdatabase.ohchr.org, (Erişim tarihi: 17 Ağustos 2023),

¹⁰¹ They, “Mediateur”, (Çev: Cevdet Atay), 45.

¹⁰² Ulusoy, “Bağımsız İdari Otoriteler”, 24.

4. Uyuşmazlık Çözme

Sık rastlanılmamakla birlikte, bazı düzenleyici kurumlara ilgili buldukları alanlara ilişkin bazı uyuşmazlıkları çözme ve bazen de uzlaştırma yetkisinin verildiği görülmektedir¹⁰³. Bu yetki, uzmanlık gerektiren alanlarda ilk elden, daha az maliyetle, daha hızlı ve daha az şekle bağlı olarak bir çözüm bulma amacıyla düzenleyici kurumlara verilmiştir¹⁰⁴. Bu yetkiye örnek olarak 91 Sayılı Menkul Kıymetler Borsaları Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile SPK'ye tanınan yetki gösterilmektedir¹⁰⁵. İlgili Kanun Hükmünde Kararname'nin (KHK) 13'üncü maddesinde borsa üyeleri arasında borsa işlemleri sebebiyle ortaya çıkacak uyuşmazlıkların borsa yönetim kurullarınca çözümleneceği, borsa yönetim kurullarının kararlarına karşı SPK nezdinde itirazda bulunabileceği ve SPK tarafından verilecek kararın nihai karar teşkil edeceği hususları öngörülmüştür. Ancak bu uyuşmazlık çözüm yolu mecburi bir yol olmayıp, tarafların yargı yoluna başvurmaları her halde mümkündür. Keza SPK'nin verdiği karar hakkında idari yargı yerlerinde dava açılması da olanak dâhilindedir. Fransa'da telekomünikasyon alanında görev yapan bir düzenleyici makam olan Telekomünikasyon Düzenleme Makamı'nın (Autorité de régulation des télécommunications - ART) da uyuşmazlık çözme yetkisine sahip olduğu ve bu özelliğin onu diğer kurumlardan ayıran yegâne özelliği olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁶.

5. Görüş Bildirme

Düzenleyici ve denetleyici kurumlara çeşitli kanunlarla danışma işlevleri kapsamında görev alanlarıyla ilgili konularda bakanlıklara, kamu kuruluşlarına ve kamu

¹⁰³ Şahin 146.

¹⁰⁴ Özelçi, Posta Hizmetleri Sektöründe Uygulanan İdari Yaptırımların Bağlı Olduğu Hukuksal Düzen, 202; Şahin 146; Çakmak 127.

¹⁰⁵ Tan, "Bağımsız İdari Otorite Olarak Sermaye Piyasası Kurulu", 14; Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 1, 352.

¹⁰⁶ Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 1, 351; Çakmak 127.

¹⁰⁶ Şahin 146; Çakmak 127; Sezen 149.

görevlilerine görüş bildirme görevi yüklenmiş olabilir¹⁰⁷. Keza bu kurumlara çeşitli kanunlarla görev alanlarıyla ilgili kanun teklifinde bulunmak veya var olan bir kanun teklifi hakkında görüş bildirmek gibi görevler de yüklenmiş olabilir¹⁰⁸. Örneğin 6112 Sayılı Kanun'un 37/1-1 maddesinde RTÜK'e yayın hizmetleri hakkında hazırlanan mevzuat taslakları hakkında görüş bildirme görevi yüklenmiştir. Aynı şekilde, Sermaye Piyasası Kurulu Teşkilat, Görev ve Çalışma Esasları Yönetmeliği'nin 10/1-b maddesinde Kurula, sermaye piyasası ile ilgili mevzuatta yapılacak değişiklikler hakkında Maliye Bakanlığına öneride bulunmak görevi verilmiştir

Düzenleyici kurumların görüş bildirme yetkisinin üç farklı sınıfta incelendiği ifade edilmektedir. Bunlar, ihtiyari, zorunlu ve uygulanması zorunlu olan görüşlerdir¹⁰⁹. İlk sınıfa tabi olan görüşler, herhangi bir yasal yükümlülükten doğmayan ve alınması zorunlu olmayan görüşleri ifade etmektedir. Zorunlu görüşler, yasalar gereği bir kurumdan alınması zorunlu olan, örneğin bir idari makamın karar vermeden evvel bir başka makamdaki görüş alması gereken hallerde söz konusudur. Zorunlu görüşlere ilişkin bir örnek 6085 Sayılı Sayıştay Kanunu'nun 27/4'üncü maddesinde yer almaktadır. İlgili fıkraya göre, genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerince mali konularda yapılacak yönetmelikler ile yönetmelik niteliğindeki düzenleyici işlemler, Sayıştay'ın istişari görüşü alınarak yürürlüğe konulur. Uyulması zorunlu görüşler ise, bir işlemin yapılmasından evvel bir başka makamdaki görüş alınması ve bu görüşe uygun hareket edilmesi zorunluluğunu ifade eder. Kanunlarda çoğunlukla "uygun görüş alma" olarak ifade edilen bu sınıf görüşlere ise 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3/1-t ile ek 8'inci maddesinde rastlanılabilmektedir.

E. Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Olumlu ve Olumsuz Yönleri

Düzenleyici ve denetleyici kurumlar, oldukça önemli olan yetkileri ve görevleri sebebiyle birçok araştırmaya konu olmuş, bunlar hakkında; bağımsızlıkları, objektif olmaları, uzmanlığa sahip olmaları, kararlarının dışsal faktörlerden etkilenebilecekleri,

¹⁰⁷ Atay, "Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması", 288; Çakmak 124-125.

¹⁰⁸ Sezen 148.

¹⁰⁹ Akıncı, Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, 134.

demokratik ilkelere uygun olmadıkları ve idarenin bütünlüğü ilkesine aykırı oldukları gibi konularda olumlu ve olumsuz olmak üzere birçok görüş bildirilmiştir.

1. Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Olumlu Yönleri

Bu kurumlar hakkındaki olumlu görüşlere göz atıldığında, bunların öne çıkanı bu kurumların teknik bilgiyle donatılmış olmaları ve uzman kimselerden oluşmalarıdır. Gerçekten, bu kurumların karar organlarının uzunca süreler için görevlendirilen, çoğu kez kurumun görev yaptığı alanlarda belirli bir ihtisasa sahip olan kimselerden meydana gelmesi, bu kurulların geniş bir bilgi ve deneyime sahip olmalarını sağlamaktadır. Bu bilgi ve deneyim birikimi ise kurumların teknik alanlarda, düzenlenenlerin durumunu da değerlendirerek bilimsel yöntemlerle doğru, çabuk ve etkin kararlar alabilmelerine ve kararların yeknesak biçimde alınabilmesine sebep olmakta¹¹⁰; böylece kurumların yanlış ve hukuka aykırı kararlar vermek ve işlemler yapmak suretiyle hak ihlallerine ve haksız uygulamalara yol açmalarına engel olunmaktadır.

Bu kurumlar hakkındaki bir diğer olumlu görüş, bunların yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarını bünyesinde barındırmaları ve böylece ilgili buldukları faaliyetleri tek elden yürütmelerinin sağladığı bütünsel çalışma etkinliğidir¹¹¹. Nitekim bu fonksiyonların her birinin farklı organlarca yürütüldüğü hallerde kararların alınmasındaki ağır işleyen usuller, bitmek bilmeyen bürokrasi ve kırtasiyecilik, beraberinde kararların alınmasında çok uzun bir süreci de getirecek ve bu faaliyetlerin hızla ve etkili biçimde yürütülmesi olanaksız hale gelecektir. Bu olasılıkta ayrıca kurumların aldığı kararların birçok organın incelemesinden geçmesi ve meclisin toplanması gibi usuller söz konusu olacağından maliyetin de yükseleceği aşikârdır¹¹². Bunun gibi, düzenleyici kurumların her üç fonksiyona da sahip olması, bunlar ile diğer

¹¹⁰ Erdoğan 32; Tamer Çetin, “Regülasyon Sürecinin Yeni Aktörleri: Politik İktisat Perspektifinden Bağımsız Düzenleyici Kurumlar”, Rekabet Dergisi, 1 (29), Rekabet Kurumu, 2007: 3-27, 10.

¹¹¹ Erdoğan 585; Sobacı 175; Şahin Ardiyok, Doğan Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:9, Ankara, Rekabet Kurumu, 2002, 84; Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, 32.

¹¹² Çetin 11.

kurumlar arasındaki güç çekişmeleri ve çatışmaları da ortadan kaldırmakta ve sistemin süratle ilerlemesini sağlamaktadır¹¹³.

Düzenleyici kurumların idari ve mali bakımdan özerkliklerinin, esnek bir örgüt ve çalışma yapısını ortaya çıkardığı, bu esnekliğin de kurumların yaptığı düzenlemeler ve çalışma koşullarının dönemsel olarak geleneksel bürokrasiye nazaran çok daha kolay bir biçimde değiştirmesine olanak sağladığı ve böylece kararların uygulanmasında etkinliğini artıracığı öne sürülmüştür¹¹⁴.

Bu kurumlar, kararları birden çok kimseden oluşan kurullarca alındığından, bunların demokratikleşmeyi sağlayabileceği, yetkinin merkezileşmesini önleyebileceği, hiyerarşik düzen yerine uzlaşma kültürünü pekiştirebileceği ve kurulları oluşturan kimselerin bilgilerini ve deneyimlerini paylaşabilecekleri gibi yönleriyle de olumlu karşılanmıştır¹¹⁵. Ayrıca kurul olarak çalışmanın bir diğer faydası, tartışmalı olmakla birlikte, bu kurulların kararlarının rüşvet veya baskı ile etkilenmesinin, tek bir kimsenin etkilenmesinden çok daha zor olacağı varsayımına dayanmaktadır¹¹⁶.

Öğretide, kurulların üyelerinin aktif olarak siyasi rollerinin bulunmaması ve bu kimselerin politik çıkar ve kaygılarının bulunmamasının, bunların özgürce, herhangi bir tereddüt duymadan objektif kararlar verebilmelerini sağlayacağı da ifade edilmiştir¹¹⁷. Gerçekten, düzenleyici kurumların düzenledikleri alanlar genel olarak toplumun bütünü, özel olarak da büyük sermaye sahipleri ve diğer güç odaklarını ilgilendirdiğinden, bu alanların politikacıların iradesinden bağımsız tutulması, bunların objektif ve gerektiğinde güç sahipleri aleyhine de kararlar alabilmelerine ve böylece kamu yararını sağlamaya hizmet edebilir. Nitekim ilgili alanların politikacılar tarafından düzenlenmesi halinde siyasi rakipleri cezalandırmak, gelecek seçimlerde oy kazanmak, kamuoyunun desteğini ve sempatisini kazanmak gibi amaçlarla haksız ve hukuka aykırı işlemler yapılabilmesi mümkün olacaktır. Ancak, kanaatimizce dünyanın birçok yerinde bu kurulların politikacılar tarafından atanması, bu kurulların

¹¹³ Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, 32.

¹¹⁴ Uğur Emek ve Muhittin Acar, "Düzenleyici Reformlar ve Kurumlar", Çağdaş Kamu Yönetimi II (Ed. M. Acar, H. Özgür), 1.Bs, İstanbul, Nobel Yayın Dağıtım, 2004, 111.

¹¹⁵ Sezen 23-26.

¹¹⁶ Karacan 13.

¹¹⁷ Çetin 10; Karacan 13; Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, 31; Emek ve Acar 111.

siyasetten bağışık sayılmalarının önündeki büyük bir engeldir. Nitekim göreve atanan üyeler yeniden aynı göreve veya daha yüksek bir makama atanmak istediklerinde yahut sırf otorite ile karşı karşıya gelmemek için kendilerini atayan politikacıların iradesine karşı gelmeyebilirler. Bahsi geçen ihtimalin gerçekleşmesi halinde kurulları atayan politikacılar, bunları muhalifleri cezalandırmak veya örneğin, seçimler öncesinde pazardaki fiyat artışları sebebiyle teşebbüslere ceza uygulandığı durumlarda görülebileceği üzere kamuoyunun desteğini yahut sempatisini kazanmak için bir silah biçiminde kullanabilecek ve bu halde yapılan eylemin sorumlusunun izi de bulunamayacaktır.

Öte yandan, öğretilerde politikacıların da politik iktisat bilimi anlamında, her bir kurum gibi ekonomik bir yönlerinin bulunduğu, dolayısıyla politikacıların da birer ekonomik aktör oldukları ve bunların da her ekonomik aktör gibi çıkarlarını artırmaya ve rant kollamaya çalışacaklarının bilimsel bir gerçeklik olduğu ifade edilmiştir¹¹⁸. Böylece, hassas alanlarda düzenleme yetkisinin politikacıların elinden alınmasının olumlu bir gelişme olduğu kaydedilmiştir. Buna karşılık, düzenleyici kurumların ve bunların yönetim organını oluşturan kurul üyelerinin her birinin de politik iktisat bilimi bağlamında birer ekonomik aktör olduğu ve bunların da kendilerine çıkar sağlamaya çalışabileceği hususu göz ardı edilemez. Hal böyleyken, bir politikacının, politika dışında yer alan birine göre daha fazla çıkar sağlamaya çabalayacağını kabul edilmesi için yeterli bir sebebin bulunmadığı, dolayısıyla bunun olumlu bir gelişme olarak addedilemeyeceği fikrindeyiz.

Düzenleyici kurumlar günlük politik baskılardan, ihtiyaçlardan ve sosyal olaylardan etkilenmediklerinden dolayı alınan kararlar ve izlenen politikalar da günlük siyasi gereksinimler karşısında değişmeyecek ve bu da kurumların gerçekleştirdikleri ilgili faaliyetlerin yeknesak bir biçimde işlemelerini sağlayabilecektir¹¹⁹. Bu yeknesak uygulamalar ise kamuoyunda güven tesis edecek, böylece her geçen gün birbirinden farklı düzenlemelerin gelebileceği, her an herkesin çeşitli cezalara çarptırılacağı gibi kaygılar ortaya çıkmayacak, bir öngörülebilirlik, belirlilik ve güvenilirlik sağlayacaktır. Bu kurumların çoğunlukla ekonomik alanlarda faaliyet gösterdikleri de göze alındığında bu güvenilirlik, uzun vadede yerli ve yabancı yatırımları artırarak

¹¹⁸ Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, 31.

¹¹⁹ Çetin 10; Emek ve Acar 111.

ülkenin refahına katkıda bulunacak, böylece ekonomik bir kalkınma ortaya çıkabilecektir¹²⁰. Zaten daha evvel de ifade etmiş olduğumuz üzere, düzenleyici kurumların ortaya çıkmasının altında yatan başlıca amaçlardan biri yabancı yatırımların teşvik edilmesi ve ekonomik kalkınmanın sağlanmasıdır.

2. Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Olumsuz Yönleri

Düzenleyici kurumlar hakkında bazı olumsuz düşüncelerin bulunduğu da ifade edilmelidir. Bu düşüncelerin başlıcası, bu kurumların denetlenememeleri sebebiyle demokratik gereklere uygun olmadığı yönündedir. İlgili görüşe göre, demokratik sistemlerde ilke, seçmenlerin, seçilenlerin gözetim ve denetimi altında idare edilmeleridir. Buna karşılık, bu kurumlar yürütme erkinin içerisinde yer almalarıyla birlikte yürütme organınca organik veya işlevsel bir denetime tabi tutulamamakta ve bu da kurulların hesap vermeden hareket etmelerine yol açabilmektedir. Bu hesapsızlık ise ilgili kurumların siyasi meşruiyeti konusunda şüpheler doğurmaktadır. Nitekim bu kurumlar birer idare olmakla birlikte, bunların eylem ve işlemlerinden dolayı hükümetin meclis önünde sorumlulukları bulunmamakta olup, bu husus demokrasinin gereklerine uygun düşmemektedir¹²¹.

Düzenleyici kurumlar, çalışma usullerinin doğası sebebiyle sektör çalışanları ve temsilcileri ile sık sık bir araya geldiklerinden, kurul üyelerinin görev sürelerinin bitmesinin ardından sektördeki kurumlarda iş bulmak yahut güçlü olan piyasa oyuncularını karşısına almamak amacıyla sağlıklı biçimde çalışamayacakları ve verdikleri kararların ilgili firmalar lehine değişebileceği gerekçeleriyle de eleştirilmektedirler¹²². Yine kurumların üstlendikleri faaliyetin doğası olarak kurul üyeleri ile sektör çalışanları arasındaki yakın çalışma anlayışının bu kimseler arasında

¹²⁰ Emek ve Acar 111.

¹²¹ Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, 34; Erdoğan 586; Sobacı 175; Emek ve Acar 112-113; Ardıyok 85.

¹²² Erdoğan 586; Emek ve Acar 111.

kişisel ilişkiler kurulmasına yol açabileceği ve bu ilişkilerin düzenleyici kurumların kararlarında kişisel ilişki içerisinde oldukları çalışanların firmalarına müsamaha gösterilmesine sebep olabileceği de öne sürülmüştür¹²³.

Düzenleyici kurumlar, faaliyet alanlarındaki tek düzenleyici ve yetkili olduklarından, bunların karar alma süreçlerinde “çıkar gruplarının kuşatmasına” uğrayabilecekleri, kurul üyelerinin rüşvet yoluyla veya kamuoyunda eleştirilme tehdidi ile etkilenebilecekleri ve özel çıkar gruplarının bu kurulların atanmasını sağlayabilecekleri gerekçeleriyle de eleştirilmişlerdir¹²⁴. Gerçekten, bu kurumların faaliyet alanlarında güçler ayrılığı prensibinin söz konusu olmaması, bir başka deyişle bu kurumların düzenleme, denetim ve yaptırım uygulama faaliyetlerini kısmen de olsa bizzat yürütmeleri ve özgülendikleri alanlarda bir başka yetki sahibinin bulunmaması, bunların baskıya uğrama olasılığını artırmaktadır. Buna karşılık, sektördeki aktörlerin nüfuz alanları hesaba katıldığında, bu riski tamamiyle ortadan kaldırmanın mümkün olmadığı, mümkün olduğunda ise kurumlar arasındaki yoğun bürokrasinin bu kurumların amacına ve günlük sorunlara ivedilikle çözümler üretilmesine engel olacağı düşünülmektedir.

Düzenleyici kurumların idari teşkilat içerisinde yer almalarına rağmen, bunların ne hiyerarşik denetime ne de vesayet denetimine tabi olduklarından bahisle bu kurumların idarenin bütünlüğü ilkesine aykırılık teşkil edebileceği¹²⁵, aynı şekilde bu kurumların yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarını kısmen de olsa kendi bünyelerinde toplamalarının kuvvetler ayrılığı prensibine aykırı olacağı ifade edilmiştir¹²⁶. Ancak, çalışmamızın ilerleyen kısımlarında detaylı biçimde izah edileceği üzere, hiyerarşik denetim ile vesayet denetimi idarenin bütünlüğü ilkesinin sağlanmasının tek yolu olmayıp, bunlar olmaksızın da yargı denetimi ve mali denetim ile bu ilkenin gerçekleşmesi mümkündür. Keza bu kurumlar üzerinde vesayet denetimi öngörülmesini engelleyen bir durum bulunmayıp, yasama organları her an bir vesayet denetimi öngörebilir. Düzenleyici kurumların yasama olarak değerlendirilebilecek

¹²³ Emek ve Acar 111.

¹²⁴ Emek ve Acar 110-111.

¹²⁵ Emek ve Acar 110-111; Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, 34; Esra Zülfiye Balaban, Bağımsız İdari Otorite Olarak Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, İstanbul, 2022, 40-43.

¹²⁶ Selçuk Soybay, “Bağımsız İdari Otoriteler Eliyle İdarenin Denetimi”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 13, 1995: 43-55 www.dergipark.org.tr, 54.

olan işlevi yasama organınca çıkarılan yasalara dayandığından, yargı fonksiyonu olarak değerlendirilebilecek yargısal usulleri sonucunda verilecek kararlar da yargı denetimine tabi olduklarından, bunların güçler ayrılığı prensibine de aykırı olmadığı kanaatindeyiz.

Düzenleyici kurumların karar organları olan kurul üyelerinin pek çok ülkede doğrudan siyasal iktidar tarafından, bir kısmında iktidarcı atanan üyelerin parlamentonun onayı ile ve bir diğer kısmında ise parlamento tarafından önerilen adayların yine iktidar tarafından atanması söz konusu olduğundan, yani bunların atanmasında yürütme organının büyük bir payı olduğundan bahisle bu kurumların tarafsız hareket etmedikleri de tartışılan hususlar arasındadır. Bu hususta, ABD nazarında başkanın atadığı ve kongrenin onayı ile görevlendirilen kurul başkanlarının kendilerine verilen yetkileri Başkanın uygun bulması durumunda kullandıkları, Başkanın iradesinin aksine hareket etmedikleri ve bu kişilerin yürütme organının çalışanı gibi davrandıkları ifade edilmiştir¹²⁷.

Düzenleyici kurumlara getirilen bir diğer eleştiri, bu kurumların özerk bir bütçeye sahip olmaları ve bu kurumlarca verilen idari para cezalarının, kendi bütçelerinin önemli bir bölümünü oluşturması olmaktadır¹²⁸. Gerçekten, bu kurumların özel bir bütçeye sahip olmaları ve gelirlerinin verdikleri para cezalarından oluşması, bunların, bir hukuka aykırılığın giderilmesi yahut cezalandırılması amacıyla değil, gelir elde etmek amacıyla cezalar verdiğini düşündürebilecek veya bu yetkinin keyfi olarak kullanımının önünü açacak, bu düşünce ise kurumların tarafsızlığını ve güvenilirliğini sarsabilecektir. Ancak hukukumuzda idari para cezalarının bütçe oluşturması şeklindeki uygulama terk edilerek bu sakıncanın giderilmiş olduğu söylenebilir.

Düzenleyici kurumlara getirilen son eleştirinin ise, bu kurumların uluslararası sermaye sahipleri tarafından yerel hükümetleri bastırmak, yetkilerini elinden almak ve idareyi etkisiz hale getirmek amacıyla kullanılabilmesi ve böylece uluslararası sermaye sahiplerinin ulusal ekonomilerin önemli bir bölümünü kontrol etme hedefine kolayca

¹²⁷ Erdoğan 586-587; Alan B. Morrison, “How Independent are Independent Regulatory Agencies?” , Duke Law Journal, 252, 1998, 252, (Erişim Tarihi: 09 Ağustos 2023) www.scholarship.law.duke.edu 253-254 (Erişim tarihi: 10 Aralık 2023).

¹²⁸ Balaban 43.

ulaşmalarına hizmet edebileceklerine iliřkindir¹²⁹. Düzenleyici ve denetleyici kurumların gelişim çizgisi irdelendiğinde, WB, IMF, AB ve OECD gibi birçok uluslararası örgütün yerel h k metlere bu kurumları kurma çağrısı yaptıkları, yine aynı örgütlerin devletlerden mal üretimine ilişkin faaliyetlerini durdurmalarını talep ettikleri ve hatta bu yönde baskı kurdukları d ş n ld ğinde, düzenlenen sektörlerin devlet tekeline oligarşi tekeline doğru yönlendirildiği anlaşılabilir.

Ülkemiz bakımından ise özellikle kanunlarımızın büyük çoğunlukla yabancı ülkelere ait kanunların çevirisinden ibaret oldukları, keza kişisel verilerin korunması, sermaye piyasaları ve rekabet hukuku hususundaki regülasyonların büyük bir kısmının AB regülasyonlarının iktibası suretinde oldukları bilinmektedir. Bu olgu ise, Türkiye’de yapılan hukuki düzenlemelerin kendi coğrafı, sosyolojik, psikolojik, ticari ve hukuki Şart ve gerekliliklere dayanmaktan ziyade AB’nin ve diğer uluslararası örgütlerin koşul ve ihtiyaçlarına dayandıkları anlamına gelmektedir. Bilindiği üzere, bir ülkenin egemenlik nişanlarından birisi de yasama gücüdür. Yasama gücü, ancak toplumun haline, ihtiyaçlarına ve yaşadığı sorunların çözülmesine yönelik oldukça kamu yararına hizmet edebilir. Yasama gücünün, yasamaya tabi toplumun tebaası olduğu devlet tarafından değil de uluslararası örgütler tarafından kullanılması ise kamu yararına hizmet etmeyeceği gibi, devletin egemenliğini kademeli biçimde kaybetmesine de yol açabilecektir. Devletlerin yasama gücünden yoksun bırakılmaları, bunun gibi mal üretiminden de geri tutulmaları, hem yasama gücünün ve hem de büyük bir ekonomik gücün, herhangi bir sosyal ve kamu yararı amacı gütmeyen, salt kar etme amacıyla hareket eden serbest piyasa aktörlerinin eline geçmesine yol açacaktır. Bu büyük gücün, devletlerin aksine hiçbir sosyal sorumluluğu bulunmayan piyasa aktörlerinin eline geçmesinin ise kamu yararına hizmet etmeyeceği ifade edilebilir. Dolayısıyla, bu kurumlar var olacaklarsa da, uluslararası örgütlerin ekonomik ve siyasi tehditleri ve baskıları ile değil, yerel toplumun durum ve ihtiyaçlarına göre var olmalarının ve bunlar doğrultusunda düzenlemeler yapmalarının faydalı olacağı, aksi halde düzenleyici kurumlarla uluslararası örgütlerin güdümünde ve onların çıkarlarına uygun olarak oldukça geniş bir ticari alan yaratılmış olacağı kanaatindeyiz.

¹²⁹ Sobacı 177.

F. Türkiye’de Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar

1. Genel Olarak Türkiye’deki Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar

İkinci Dünya Savaşı’nın ardından serbest ticaretin artırılmasını, ekonominin hükümetlerden bağımsızlaştırılmasını ve hükümet harcamalarının minimize edilmesini ifade eden neoliberalizm düşüncesinin yaygınlaşmasıyla ortaya çıkan yeni kamu yönetimi anlayışı, devletlerin ekonominin içinde bizzat mal veya hizmet üreten konumundan çıkarak, mal ve hizmet üreticilerini ve piyasaları denetleyen bir role bürünmesine yol açmıştır. Bu yeni anlayış, Türkiye’de de karşılığını bulmuş ve klasik idari yapılardan bazı yönler bakımından farklı bir yapıda olan düzenleyici ve denetleyici kurumları meydana getirmiştir. Bu kurumların Türkiye’deki varlığı 1994 yılından itibaren görsel iletişim ve medya alanına mahsus olmak üzere görülmeye başlanmış ve zamanla bankacılık, sigortacılık, sermaye piyasaları, rekabet hukuku, enerji piyasaları ve kamu denetçiliği gibi çeşitli alanlara yayılmıştır. 10.10.2003 tarihli 5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu’na ek (III) Sayılı Cetvel’e göre günümüz (2023) itibariyle Türkiye’de RTÜK, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK), SPK, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK), Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK), Kamu İhale Kurumu (KİK), RK, Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu (KGK), KVKK, Nükleer Düzenleme Kurumu (NDK) ve Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu (SEDDK) olmak üzere on bir tane düzenleyici ve denetleyici kurum bulunmaktadır.

Türkiye’deki düzenleyici ve denetleyici kurumlar yapıları ve nitelikleri itibariyle incelendiklerinde, bunların ekonomik ve insan haklarına ilişkin alanlarda faaliyet gösteren, idari ve mali özerkliğe sahip, kamu tüzel kişiliğini haiz, karar organları çeşitli güvencelere tabi tutulmuş, kendi görev alanlarına ilişkin düzenleme, denetleme ve yaptırım uygulama yetkilerini barındıran ve yürütme organından bir ölçüde bağımsız kurumlar oldukları ifade edilebilir¹³⁰.

¹³⁰ Ancak Türkiye’deki bazı kamu kurumlarının bu niteliklerin çoğunu haiz olmalarına rağmen düzenleyici ve denetleyici kurumlar arasında değerlendirilmediklerine de rastlanılmaktadır. Örneğin, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu’nun (TİHEK) görev ve yetkilerinin öngörülmesi bulunduğu Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu’nda denetleyici ve düzenleyici kurumlarla bir takım özdeş nitelikler öngörülmesiyle birlikte kurum, düzenleyici kurumlar arasında gösterilmemiştir. Kurum, mali ve idari özerkliğe sahip, özel bütçeli ve kamu tüzel kişiliğine sahip bir kurumdur (6701 Sayılı Kanun m.8). Kurul, insan hakları ve ayrımcılık ihlallerini resen incelemek, araştırmak ve karara bağlamakla görevlidir (m.9/1-f, 9/1-g) Kurumun karar organını teşkil eden Kurul, görev ve yetkilerini kendi sorumluluğu altında, bağımsız olarak yerine getirir ve Kurula hiçbir organ, makam, merci veya

2. Türkiye’deki Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Tarihçesi

Türkiye’de düzenleyici ve denetleyici kurumların ilk örneklerinin 21 Aralık 1959 tarihinde kurulan Sigorta Murakabe (Denetim) Kurulu¹³¹ ile Sahil ve Hudutlar Sağlık Genel Müdürlüğü olduğu öne sürülmüştür¹³². Sigorta Murakabe Kurulu, 7397 Sayılı Sigorta Şirketlerinin Murakabesi Hakkında Kanun’un 30’uncu maddesinde düzenlenmiştir. Kanun’un adı, 11.06.1987 tarih ve 3379 Sayılı Kanun’un birinci maddesiyle Sigorta Murakabe Kanunu olarak değiştirilmiştir. Mezkûr kanunun 30’uncu maddesi ve onu takip eden hükümlerde Kurulun sigortacılık alanında her türlü araştırma, denetleme, inceleme, araştırma ve soruşturma yürütmek ve sonuçlandırmakla yetkili olduğu öngörülmüş ise de Kurulun ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olduğuna, bir yaptırım uygulama yetkisine sahip olduğuna veya bağımsızlık güvencelerine, görevli bulunduğu alanda tek otorite olduğuna ve hatta düzenleme yetkisine sahip olduğuna ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Aksine, Kanun’un bütününden tüm bu konularda Hazine Müsteşarlığı’nın yetkili ve görevli olduğu, Sigorta Murakabe Kurulu’nun yalnızca denetim yapmak ve denetim sonuçlarını müsteşarlığa bildirmek yetkilerini haiz olduğu anlaşılmaktadır (mülga m.31). Bunun gibi, Kanun’un yürürlükten kaldırılan 31’inci maddesinde denetleme

kişi talimat veremez (m.10/19). Başkan, İkinci Başkan ve üyelerin görev süresi dolmadan herhangi bir nedenle görevlerine son verilemez (m.10/8). Görev alanıyla ilgili düzenlemeler yapılmasına yönelik kararlar almak da Kurulun görevleri arasında sayılmıştır (m.11). Görüldüğü üzere, bu kurum da idari ve mali özerkliğe sahip olup, yönetim organı çeşitli güvencelere tabi tutulmuştur. Yine Kurum kendi görev alanıyla ilgili düzenlemeler yapma ve ihlal durumunda yaptırım uygulama yetkilerine sahiptir. Bütün bu güvenceler Kurumun düzenleyici ve denetleyici kurum olarak değerlendirilmesini mümkün kılmakta ise de Cumhurbaşkanının bu teşkilatın yönetimiyle ilgili yetkilere sahip olması (m.8/1), üyelerin üyeliğine son verilmesinin Cumhurbaşkanı veya görevlendireceği bakanın onayına tabi tutulması (m.10/8-f), Başkan ve üyeler için soruşturma yapılmasının Cumhurbaşkanı veya görevlendireceği bakanın iznine tabi olması, hizmet birimleri ve büroların çalışma esaslarına ilişkin yönetmeliklerin kurulun teklifi üzerine Cumhurbaşkanınca çıkarılması gibi yetkiler, kurumun birçok hususta yürütme organına bağlı olduğunu göstermektedir. Bu özellik ise Kurumun düzenleyici ve denetleyici kurumlar arasında gösterilmesine engel teşkil etmektedir. Bu halde, Türkiye’de düzenleyici ve denetleyici kurumları diğer kamu kurumlarından ayırt eden özelliğin, kurul üyelerine belirli güvencelerin tanınmış olması, idari ve mali özerkliğin büyük ölçüde sağlanmış olması veya kurumun düzenleme, gözetim ve yaptırım uygulama yetkilerine sahip olmasından ziyade yürütme organından belirli ölçüde bağımsız olmak olduğu söylenebilir.

¹³¹ Duran 4; Kalabalık 395.

¹³² Azrak, Bağımsız İdari Otoriteler, 22; Duran 4.

aidatı olarak tahsil edilen tutarların genel bütçeye kaydedileceği, harcanmayan tutarın ertesi yıl bütçesine devren özel gelir ve ödenek kaydetmeye Maliye Bakanının yetkili olduğu öngörülmüştür. Keza 21.08.2009 tarihli ve 27326 Sayılı Hazine Müsteşarlığı Sigorta Denetleme Kurulu Yönetmeliği'nin 6'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasında Kurulun kamu tüzel kişiliğinin bulunmadığı ve doğrudan Başbakanlık Hazine Müsteşarlığına bağlı olduğu düzenlenmiştir.

Sahil ve Hudutlar Sağlık Genel Müdürlüğü ise 24.04.1930 tarih ve 1593 Sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 5'inci maddesinde düzenlenmiştir. İlgili maddede Müdürlüğün Sıhhat ve İctimai Muavenet Vekâletine (Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı) bağlı olarak görev yapacağı, 6'ncı maddede ise Müdürlüğün illerde bulunan temsilcisi olan müdürlerin Bakanlığın en büyük memuru oldukları düzenlenmiştir. Her iki kuruluş da kendi görev alanlarıyla ilgili denetim yetkisine sahip olmakla birlikte, bunların Başbakanlık ile Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlıklarına hiyerarşik olarak bağlı olduğu ilgili kanun ve yönetmelik hükümlerinden açıkça anlaşılmaktadır.

Türkiye'de kurulmuş olan ilk düzenleyici ve denetleyici kurumun 30.07.1981 tarihli ve 17416 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ile temeli atılmış olan SPK olduğu da öne sürülmüştür¹³³. Kurulun kuruluş kanununun 15.12.1999 tarihli 4487 Sayılı Kanun'la değiştirilmesinden evvel anılan kanunun 17. maddesinde SPK'nin tüzel kişiliği haiz olduğu (m.17/1) ve yetkilerini kendi sorumluluğu altında bağımsız bir biçimde kullanacağı (m.17/2) hususları, 21'inci maddesinde ise denetim ve gözetim yetkileri düzenlenmişti. Buna karşılık, mezkûr kanunda Kurulun yıllık hesapları ile bütün işlemleri Maliye Bakanlığının denetimine tabi kılınmış, Bakanlığın Kurul hakkında gerekli gördüğü tedbirleri alacağı hüküm altına alınmış (m.17/3) ve Kurulun bağımsız olarak karar verme olanağı geniş ölçüde kısıtlanmıştı. Kurulun bağımsız niteliğini kâğıt üstünde bırakan bir diğer düzenlemeyi ise ilgili Kanun'un 19'uncu maddesinin 3'üncü fıkrası teşkil etmekteydi. İlgili hükme göre, atanmaları için gerekli şartları kaybettikleri, atanma şartlarını kaybettikleri veya Kanun'la verilen görevlerin yerine getirilmesinde kusur ve ihmalleri sabit olduğu hallerde Kurulun Başkan ve üyeleri Bakanlar Kurulunca görevden alınabilmekteydi (m.19/3). Bu ise, Kurulun merkezi idareden ayrı, tarafsız ve bağımsız olarak görev

¹³³ Arslan ve Arslan 109.

yapabilmesine ve dolayısıyla bunun düzenleyici ve denetleyici kurumlardan veya bir başka söylemle düzenleyici ve denetleyici kurumlar arasında sayılmasına olanak tanımamaktaydı¹³⁴. Aynı açıklamanın 2813 Sayılı Kanun'la kurulan Haberleşme Yüksek Kurulu ve Telsiz Genel Müdürlüğü için de geçerli olduğunu, böylece bunların da düzenleyici kurumlar arasında sayılamayacağını belirtmek gerekir.

Türkiye'de düzenleyici ve denetleyici kurumların yapısal özelliklerini taşıyan ilk kurumun 20.04.1994 tarihli ve 21911 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 3984 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun ile kurulan RTÜK olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim anılan mülga kanunda Kurulun radyo ve televizyon faaliyetlerini düzenlemek için kurulmuş özerk ve tarafsız bir tüzel kişi olduğu (m.5) üyelerinin görevden alınamayacakları düzenlenmiş (m.10/4) ve Kurula regülasyon yetkileri tanınmıştır (m.8). Bundan sonra kurulan düzenleyici ve denetleyici kurumlar ise 13.12.1994 tarihli ve 221140 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ile kurulan RK ve 23.06.1999 tarihli ve 23734 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4389 Sayılı Bankalar Kanunu ile kurulan BDDK olmuştur. Ardından Sermaye Piyasası Kanunu'nda 15.12.1999 tarih ve 4487 Sayılı Kanun'la değişiklik yapılmış ve Kurula belirli ölçüde özerklik tanınmıştır. Böylece, SPK de düzenleyici ve denetleyici kurumlar arasında yer almıştır. Daha sonra sırasıyla BTK (2000), EPDK (2001), Şeker Kurumu¹³⁵ (ŞK – 2001), TAPDK¹³⁶ (2002), KİK (2002), KGK (2011), KVKK (2017), NDK (2018) ve nihayet SEDDK (2019) kurulmuştur.

3. Türkiye'deki Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Özellikleri

Türkiye'deki düzenleyici kurumlar, yetki ve görevleri, teşkilat yapıları ve çalışma usulleri gibi konularda birçok farklılık taşısa da bunlar bazı ortak özelliklere de sahiplerdir. Nitekim bu kurumlar incelendiğinde, bunların her birinin kamu tüzel

¹³⁴ Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, 57; Ulusoy, “Bağımsız İdari Kurumlar”, 9: Yazar, bu çalışmada yasal değişiklik yapılmadan evvelki durumuyla Sermaye Piyasası Kurulu'nu bağımsız idari kurum benzeri olarak nitelendirmiştir.

¹³⁵ Şeker Kurumu 20.11.2017 tarihli ve 696 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin geçici 9. maddesi ile kapatılmış ve Şeker Dairesi Başkanlığı adıyla Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığına bağlanmıştır.

¹³⁶ Tütün ve Alkol Piyasaları Düzenleme Kurumu, 24.12.2017 tarihli KHK'nin 81'inci maddesi ile kapatılmış ve Tütün ve Alkol Dairesi Başkanlığı adıyla Tarım ve Orman Bakanlığına bağlanmıştır.

kişiliğine sahip oldukları, kendilerine özel bütçe tahsis edildiği, düzenleme, denetleme ve yaptırım uygulama yetkilerine sahip oldukları, bunların birer idari kurum oldukları, karar organlarının belirli güvencelere sahip oldukları, bakanlıklarla ilgili veya ilişkili oldukları görülmektedir.

a. Kamu Tüzel Kişiliğine Sahip Olmaları

Türkiye’de bulunan düzenleyici ve denetleyici kurumlar kamu tüzel kişiliğini haiz olan, devlet nam ve hesabına görev yapan kamu kurumlarıdır. Kamu tüzel kişiliğine sahip olmanın bir sonucu olarak bu kurumlar, Anayasa’nın 123/3’üncü hükmü uyarınca ya yasama organınca çıkarılacak bir kanunla ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulabilirler¹³⁷. Kamu tüzel kişiliğine sahip bulunmanın diğer bazı sonuçları ise bu kurumlara karşı mahkemeler nezdinde husumet yöneltilebilmesi, bu kurumların devlet hazinesinden ayrı ve özel bir bütçeye sahip olmaları, gelirlerinin kamu malından sayılması ve personellerinin ceza hukuku bağlamında kamu görevlisi niteliğini taşımalarıdır¹³⁸. Ayrıca bu kurumlar, devlet tüzel kişiliğinden ayrı bir kişiliğe sahip olduklarından, merkezi idarenin bunlar üzerinde hiyerarşik denetimde bulunma yetkisi, bir başka deyişle, bunlara emir ve tavsiye verme, işlemlerini geri alma, engelleme ve yavaşlatma gibi yetkileri bulunmamaktadır¹³⁹.

b. Özerk Bütçeye Sahip Olmaları

Türkiye’deki düzenleyici ve denetleyici kurumlar kendilerine özgü bütçeye sahiplerdir. Bu kurumların bütçeleri “düzenleyici ve denetleyici kurum bütçesi” adıyla ve yıllık olarak Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu ile düzenlenmektedir¹⁴⁰. Anılan kurumlar, özel bütçeye sahip olduklarından hukuka aykırı ve haksız nitelikteki eylem ve işlemlerinden dolayı meydana getirdikleri zararlardan kendi bütçeleri ile

¹³⁷ Gözler ve Kaplan, 93; Günday, İdare Hukuku, 77; Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 1, 161; Özay 121; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya 239.

¹³⁸ Gözler ve Kaplan 104-105; Günday, İdare Hukuku, 79; Gözübüyük ve Tan 164; Özay 123; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya 244.

¹³⁹ Ulusoy, “Bağımsız İdari Kurumlar” 12.

¹⁴⁰ Gözler ve Kaplan, 250.

sorumludurlar. Düzenleyici ve denetleyici kurumlar, üçer aylık devirlerle oluşan bütçe fazlalarını genel bütçeye aktarmakla yükümlüdürler (5018 Sayılı Kanun m.78/2).

Bu kurumların özerk bir bütçeye sahip olmalarının, bunlara devlet içinde devlet niteliği kazandıracağı veya idari para cezası uygulama yetkisine sahip olan bu kurumların hükmettiği para cezalarının bütçenin finansmanına yönelik olabileceği şüphesini doğuracağı gibi sebeplerle eleştirilmekte¹⁴¹ ise de bu kurumlar, merkezi idarenin mali denetimine (Sayıştay) tabi olduklarından¹⁴² ve işlem ile eylemleri bakımından da yargı denetimine tabi olduklarından bu kaygıların isabetli olmadıkları kanaatindeyiz. Kanaatimizce, bu kurumlara özerk bütçe tanınması, işlem ve eylemlerinde daha titiz bir biçimde hukuka bağlı hareket etmelerini sağlayabilecektir. Nitekim bu kurumların işlem ve eylemlerinden devlet tüzel kişiliğinin sorumlu olduğu hallerde, kurum ve personeli bakımından herhangi bir zarar yahut zarar tehlikesi de meydana gelmeyeceğinden, hukuka aykırı ve keyfi işlemlerin sona erdirilmesi bakımından caydırıcı bir etken de bulunmayacaktır.

c. Düzenleme, Denetleme ve Yaptırım Uygulama Yetkilerine Sahip Olmaları

Düzenleyici ve denetleyici kurumlar gerek idari birer kurum olmaları, gerekse kuruluş kanunlarında kendilerine yetki tanınmış olması sebebiyle düzenleme yapma yetkisine sahip olmaktadır¹⁴³. İdarenin sahip olduğu bu düzenleme yetkisi, genel anlamıyla idari teşkilat içerisinde bulunan bir kuruluş yahut makamın bireylerin hukuki durumu üzerinde etkili biçimde sürekli, genel ve soyut kurallar ihdas etmesi olarak tanımlanabilir¹⁴⁴. Demokratik hukuk devletleri bakımından güçler ayrılığı ilkesinin kabulüyle düzenleme yetkisinin kural olarak yasama erkinin yetkisinin kapsamında kaldığı, idarenin herhangi bir kural koyma yetkisini haiz olmadığı ifade edilebilir. Kural koyma yetkisi asli olarak yasama organına ait olmakla birlikte, idarenin de

¹⁴¹ Sezen 19.

¹⁴² Özay 124.

¹⁴³ Gözler ve Kaplan 249-250; Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 1, 348; Atay, “Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması”, 282-283; Aydın 26; Ayanoğlu 53-54.

¹⁴⁴ Özay 426; K. Burak Öztürk, “İdarenin Düzenleme Yetkisi” (Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, 2006, 11; Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk 217; Gündüz Alp Aslan 601.

Anayasa veya kanunların kendisine düzenleme yapma görevini yüklediği yahut düzenlemeler yapmasına müsaade ettiği durumlarda bu yetkiyi Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kanunlara uygun olmak ve onların uygulanmasını sağlamak kaydıyla ikincil bir yetki olarak kullanması mümkündür¹⁴⁵.

İdarenin bu düzenleme yetkisinin iki dayanağı bulunmaktadır. Bunlar, Anayasanın idareyi belirli bir konuyu düzenlemeye yetkili kılması ve kanunların idareye düzenleme yetkisi tanımış olması halleridir¹⁴⁶. İlk sınıfa örnek olarak Anayasanın 106/son madde hükmünde düzenlenen, bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği ilişkin kural gösterilebilir. Aynı şekilde, Anayasanın 104'üncü maddesinde Cumhurbaşkanının yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabileceğine ve Cumhurbaşkanının kanunların uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak kaydıyla yönetmelikler çıkarabileceğine yönelik kurallar, İdarenin düzenleme yetkisini Anayasadan aldığı hallere örnektir. İkinci sınıfa örnek olarak ise, çalışmamızın da konusunu oluşturan düzenleyici ve denetleyici kurumların kuruluş kanunlarında kendilerine verilmiş olan düzenleme yetkisi gösterilebilir. 6112 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un 37/1-m maddesinde RTÜK'e verilen, görev alanıyla ilgili ikincil düzenlemeler yapma yetkisi, 5411 Sayılı Kanun'un 88/1-a maddesinde BDDK'ye verilen düzenleme yetkisi ve RKHK'nin 27/1-f hükmünde Rekabet Kuruluna verilen düzenleme yetkisi, idarenin düzenleme yetkisinin kanunlardan kaynaklandığı hallere ilişkin örneklerdendir.

Öğretide idarenin düzenleme yetkisinin bir başka dayanağının da bulunduğu savunulmaktadır. Bu görüşe göre idare, yürütme fonksiyonunun ve işin doğası gereği düzenleme yetkisine sahiptir. Bu yetki idarenin takdir yetkisinin bir görünümünden ibarettir ve yasama organının her türlü konuyu düzenleme olanağının bulunmaması, kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin sağlanması ihtiyacının bulunması gibi sebeplerle idare, düzenleme yetkisine doğal olarak (otonom) sahiptir¹⁴⁷. Danıştay'ın da

¹⁴⁵ Gözler ve Kaplan 422; Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 1, 103-105; Özelçi, Elektronik Haberleşme Hizmetlerinin Görülüş Usulleri, 62; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya 389-390; Özyay 426.

¹⁴⁶ Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 1, 103-105; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya 389; Özyay 426.

¹⁴⁷ Gözler ve Kaplan 422-423; Turan Güneş, "Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1965, 88.

iştirak ettiği bu görüşe göre, kamu yararının gerektirdiği hallerde idarenin, herhangi bir kanuna dayanmaksızın genel düzenleme yapma yetkisine sahip olduğu kabul edilmelidir¹⁴⁸.

Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre, Anayasanın 7'nci maddesinde yer bulan yasama yetkisinin Türk Milleti adına TBMM'ce kullanılacağına ve bu yetkinin devredilemeyeceğine ilişkin hükmü, idarenin kanunsuz hareket edemeyeceğine ilişkin kanuni idare ilkesi, Anayasanın 123'üncü maddesinde yer alan idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğuna ve kanunla düzenleneceğine ilişkin hüküm idarenin asli bir yürütme yetkisine sahip olmadığını ispat etmeye elverişlidir¹⁴⁹. İdarenin düzenleme yetkisinin asli veya diğer adlarıyla özerk ve muhtar bir yetki olmadığı Anayasanın sayılan hükümlerinin yanında diğer Anayasa hükümlerinden de anlaşılmaktadır. Cumhurbaşkanının yürütme yetkisine ilişkin kararnameler çıkarabileceği, ancak bunların temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle siyasal haklar ve ödevlere ilişkin olamayacağını, Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konularda kararname çıkarılamayacağını, kanunda açıkça düzenlenen konularda kararname çıkarılamayacağını, kararname ile kanunların çatışması halinde kanunların uygulanacağını ve TBMM'nin aynı konuda kanun çıkarması halinde kararnamenin hükümsüz hale geleceğini öngören 104'üncü maddenin 17'nci fıkrası asli düzenleme yetkisinin TBMM'ye ait olduğuna, idarenin düzenleme yetkisinin ise ancak kanunların izin verdiği, kanunlar ile düzenlenmemiş olan, Anayasa'da kanunlarla düzenleneceği öngörülmemiş olan konularda var olduğunu işaret etmektedir. Anayasa'nın 124'üncü maddesinde yönetmeliklerin ancak kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla çıkarılabileceğine ilişkin hüküm de idarenin eşyanın doğasından kaynaklanan asli bir düzenleme yetkisine sahip olmadığını göstermektedir.

TBMM'nin her konuda düzenleme yapamayacak olması, kamu güvenliği ve esenliği gibi muğlâk sebeplere dayanılarak yürütmenin genel bir yasama yetkisinin bulunduğunu kabul etmek yasama fonksiyonunun yürütme organınca gasp edilmesi

¹⁴⁸ Danıştay DDK, 28.04.1972 T., 1968/709 E., 1972/364 K. sayılı ilamı; Danıştay DDK, 05.05.1972 T., 1970/453 E., 1972/385 K. sayılı ilamı (nakleden: Gözler ve Kaplan).

¹⁴⁹ Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 1, 105; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya 390; Özay 426; Günay, İdare Hukuku 226-227; Özelçi, Elektronik Haberleşme Hizmetlerinin Görülüş Usulleri, 62; Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk 223; Akıncı, Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, 112.

sonucunu doğurur. Nitekim hangi düzenleyici işlemlerin yürütme fonksiyonuna tabi olduğu, hangi işlemlerin kamu güvenliği ve esenliği için kaçınılmaz olduğu gibi konuların belirlenmesine dayanak olan kavramların belirsizliği bunlara herhangi bir ölçüt tanımayı imkânsız hale getirmektedir. Öte yandan, seçimlerle toplumu yasama organında temsil etmeleri için oylanan yasama organı üyelerine ait olan yetkilerin, toplumu yasama organınca tanzim edilen kanunlara uygun surette idare etmesi için seçilen idare organınca kullanılmasının demokratik gereklere uygun olduğu da söylenemez. Anmış olduğumuz bu nedenlerle, asli ya da birincil nitelikteki düzenleme yetkisinin idarece kullanılması Anayasanın 7'nci maddesinde öngörülen yasama yetkisinin devredilmezliği kuralına aykırı bir durumu gündeme getirecektir.

Anayasa veya kanunlarca idareye tanınmış olan düzenleme yetkisinin Anayasa'ya uygun olarak kullanılması için bazı koşulların birlikte var olması gereklidir. Öncelikle, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri istisna olmak üzere idarenin düzenleme yetkisinin ikincil ve bağımlı niteliği (secundum legem) gereği idarenin düzenleme yaptığı hususun daha evvel kanunla düzenlenmiş olması gerekir¹⁵⁰. Ayrıca bu kanunla idarece düzenlenecek konuya ilişkin temel ilkelerin belirlenmiş olması, çerçevenin çizilmiş olması ve belirsizliğin ortadan kaldırılmış olması gerekir¹⁵¹. Bu husus AYM'nin çeşitli kararlarında da vurgulanmıştır¹⁵². Mahkemeye göre, “yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi uyarınca, yürütme organına genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilemez. Yürütme organının yasayla yetkili kılınmış olması, yasayla düzenleme yapıldığı anlamına gelmeyeceğinden, yürütmeye devredilen yetkinin Anayasa'ya uygun olabilmesi için yasada temel esasların belirlenmesi, sınırların çizilmesi gerekir. Uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konuların düzenlenmesi ise yürütme organına bırakılabilir”¹⁵³.

Anayasa ve kanunların yürütme organına ve genel olarak idareye böyle bir yetki tanıdığı hallerde düzenleme yetkisi; kararnameler, yönetmelikler, tebliğler, genelgeler,

¹⁵⁰ Anayasa'nın Cumhurbaşkanının görev ve yetkilerini düzenlemiş olduğu 104'üncü maddesinin 17'nci fıkrasında yer alan düzenleme uyarınca Cumhurbaşkanı, temel hak ve ödevler ile siyasi hak ve ödevlere ilişkin olmayan, kanunlarla düzenlenmemiş ve düzenlenmesi de zorunlu olmayan konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilecektir.

¹⁵¹ Ayanoglu 65.

¹⁵² AYM, 09.10.1986 T., 1986/18 E., 1986/24 K. sayılı ilamı (anayasa.gov.tr).

¹⁵³ AYM, 14.03.2005 T., 2003/70 E. 2005/14 K. sayılı ilamı (anayasa.gov.tr).

yönergeler ve kararlar gibi çeşitli isimler altında koyulan kurallar ile kullanılmaktadır¹⁵⁴. Bununla birlikte, idarenin kendisine yasalarla tanınan düzenleme yetkisini, ancak yasalarca tanınan araçlarla kullanabileceğinin ifade edilmesi gerekir. Bu husus, öğretide kanunlar çerçevesinde ve onlara uygun olarak kullanılacak düzenleme yetkisinin, aynı zamanda kanunun belirlediği işlem tipinde vücut bulması gerektiği biçiminde, haklı olarak izah edilmiştir¹⁵⁵. Bir diğer deyişle, idareye düzenleme yetkisi tanınan kanunla, idarenin yönetmelik çıkarabileceği düzenlenmişse yönetmelik, tebliğ çıkarabileceği düzenlenmişse tebliğ çıkarılmalı; düzenlemeler, kanunda öngörülmeyen yönerge ve genelge gibi işlemlerle yapılmamalıdır. Ancak, bu kurumların soyut ve genel nitelikli kararları hangi ad altında yayınlanırsa yayınlansın yönetmeliklerin rejimine tabidir¹⁵⁶.

Türkiye'deki düzenleyici kurumlar, dünyadaki örneklerinde de olduğu gibi özgülenmiş oldukları alanlardaki mevzuat hükümlerinden doğan yetkilerine dayanarak ilgili mevzuata ve yaptıkları düzenlemelere uyulup uyulmadığını denetleme yetki ve görevine sahiptirler¹⁵⁷. Düzenleyici kurumların denetleme yetkisi, bu yönüyle haklı olarak “düzenleme yetkisinin bir devamı” olarak da nitelendirilmiştir¹⁵⁸. Bu yetki, hem piyasanın genel gözetimini hem de piyasadaki aktörlerin bireysel olarak denetlenmesini ihtiva eder. Bu kurumlar, denetim yetkilerini elektronik olanlar da dâhil olmak üzere her türlü bilgi ve belge ile bilgi sistemlerini incelemek, gerektiğinde bunların örneklerini almak, işlem ve hesapları denetlemek, ilgililerden yazılı ve sözlü bilgi almak ve gerektiğinde yerinde inceleme araçlarıyla yürüttükleri inceleme ve araştırmalarla kullanılmaktadırlar¹⁵⁹. Öğretide düzenleyici kurumların denetim yetkisinin, piyasada faaliyet gösteren oyuncuların sürekli olarak idarenin gözetimi

¹⁵⁴ Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 1, 348.

¹⁵⁵ Gündüz Alp Aslan 610.

¹⁵⁶ Gözler ve Kaplan 250.

¹⁵⁷ Arslan ve Arslan 141-142; Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 1, 348-349; Günday, İdare Hukuku, 570; Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, 23; Ezgi Gizem Yollu, “Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler ve Rekabet Kurumu Örneği (Yüksek Lisans Tezi), Adıyaman Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017, 18.

¹⁵⁸ Arslan ve Arslan 141.

¹⁵⁹ Karacan 25-26; Emel Badur ve Burcu Ertem, “Rekabet Kurulu’nun Denetim Yetkisini Kullanma Araçları – Geçici Tedbir, Bilgi İsteme ve Yerinde İnceleme Kararları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi (90), 2010: 102-122, 103; Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 1, 348-349; Yollu 18; Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, 23.

altında buldukları algısıyla kurallara uygun davranmalarını sağlayacağı ve denetim yetkisi kapsamında yapılan incelemenin ardından elde edilen delillerin hukuki düzenlemelere aykırı davranış ve işlemlerin gerçekleştiğini ispat etmekte kolaylık sağlayacağı hususları haklı olarak ifade edilmiştir¹⁶⁰.

Bu kurumların özgülendikleri alanlarda mevcut olan veya kendilerince çıkarılan kuralların ihlal edilmiş olduğunu tespit etmesinin üzerine, bu kurallara itibar edilmesini sağlamak amacıyla yaptırım uygulama yetkilerine de sahip oldukları görülmektedir. Anılan yetki, çoğunlukla idari para cezalarından oluşmakta, ancak düzenleyici kurumun ilgili bulunduğu faaliyet alanına göre farklı idari yaptırımlar da söz konusu olabilmektedir. Bu idari cezalara yaygın durdurma, faaliyet izninin iptali veya askıda bırakılması gibi örnekler verilebilir. Aynı şekilde, bu kurumların bazı hallerde yaptırım uygulanması için başka makamları ve bilhassa yargı makamlarını harekete geçirmeye yetkili olabildikleri de görülmektedir.

d. İdari Kurum Olmaları

Düzenleyici kurumlar yasama, yürütme ve yargı erklerinin bir takım özelliklerini taşımakta ve bu sebeple bu kurumların yarı-yargısal (quasi-judicial) bir fonksiyon görmekte olduğu ifade edilmekte ise de bu yetkiler bu kurumların idari kurum niteliğinin önüne geçmemektedir. Nitekim bu kurumlar bütün yetkilerini yasama organından almaktadırlar. Bunun gibi, yarı yargısal bir faaliyet yürütseler dahi bunların karar organları hâkim statüsünde olmadıklarından, bu kurumlar birer mahkeme olmadıklarından ve verilen kararlar da adli nitelikte olmadığından bu kurumlar yargı organı olarak da kabul edilemezler. O halde, bu kurumları idare içerisinde değerlendirmekten başka bir imkân bulunmamaktadır.

Bu kurumlar, idari kurumlar olduklarından idari-icrai kararlar almak ve genel ve birel işlemler yapmak, bir başka deyişle kamu gücünü kullanmak hak ve yetkisine sahiptirler¹⁶¹. Yine aynı sebeple, Anayasa'nın idarenin bütün eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olduğuna ilişkin 125'nci maddesi uyarınca bu kurumların bütün

¹⁶⁰ Arslan ve Arslan 142.

¹⁶¹ Gözler ve Kaplan 104; Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 1, 164.

eylem ve işlemleri yargı denetimine tabidir. Bu kurumların işlem ve eylemlerinin yargısal denetimi, aksi yasalarla öngörülmedikçe idari yargı mercilerinde yapılır¹⁶².

e. Karar Organlarının Belirli Güvencelere Tabi Olmaları

Düzenleyici ve denetleyici kurumların karar organlarını oluşturan üyeler daha evvel de ifade edilmiş olduğu gibi çeşitli görev güvencelerinden faydalanmaktadırlar¹⁶³. Bunlardan en önemlisi, hiç şüphesiz üyelerin görev süresi dolmadıkça, kuruluş kanunlarında öngörülen yasaklar ihlal edilmedikçe ve haklarında görevle ilgili suçlardan kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü olmadıkça görevden alınamamalarıdır (4628 Sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun m. 6/5, 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m.120/2, 4054 Sayılı Rekabet Kanunu m.24/2). Keza bu kurumların kuruluş kanunlarında yönetim organlarına, kendi personelini atama, hizmet sınıfı, kadro, unvan ve derecelerini değiştirilmesi ve kadroların kullanımına ilişkin usul ve esasları belirleme gibi bazı yetkiler ve dolayısıyla belirli ölçüde özerklik tanınmıştır¹⁶⁴. Bu kurumların karar organlarına tanınan güvencelerin nedeni, kendi faaliyet alanlarında siyasi otoriteden veya dar anlamda yürütme erkinden bir ölçüde bağımsız olarak hareket edebilmelerine, ilgili buldukları alanlarda herhangi bir politik baskı altında kalmaksızın düzenleme, denetleme ve yaptırım uygulama faaliyetlerini gerçekleştirmelerine olanak tanımaktır.

f. Bakanlıkla İlgili veya İlişkili Olmaları

¹⁶² Gözler ve Kaplan 105; Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, 51-52.

¹⁶³ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya 349.

¹⁶⁴ Günday, Bağımsız İdari Otoriteler, 74.

Türkiye’deki düzenleyici kurumların her biri, idarenin bütünlüğü ilkesinin sağlanması¹⁶⁵ ve bu kurumlar üzerinde bir denetim kurulması maksadıyla kuruluş kanunları veya bazı yönetmelik hükümleriyle birer bakanlıkla ilişkilendirilmiştir¹⁶⁶. Örneğin SPK, Sermaye Piyasası Kurulu Teşkilat, Görev ve Çalışma Esasları Yönetmeliği’nin 10’uncu maddesiyle Maliye Bakanlığı ile (Hazine ve Maliye Bakanlığı), RK, 4054 Sayılı Kanun’un 20/2’nci maddesiyle Ticaret Bakanlığı ile, NDK, 7381 Sayılı Kanun’un 2/1-a ve 22/2’nci maddeleriyle Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile ilişkilendirilmiştir.

Öğretide “ilişkili kuruluş ve ilişkili bakanlık” ifadelerinin idare hukukuna yabancı bir kavram olduğu, 3046 Sayılı Kanun’da bağlı ve ilgili kuruluş tanımlarının yapılmasına rağmen ilişkili kuruluşun tanımına yer verilmemiş olduğu, dolayısıyla “ilişkili” kavramının ne ifade ettiğinin anlaşılamadığı ifade edilmiştir¹⁶⁷. Talat Aslan, ilişkili kavramının herhangi bir denetim ve bağımlılık yaratmadığını, bu kavramın yalnızca görev alanları ile ilgili bakanlık anlamında kullanıldığını ve siyasi bir ilişkilendirmenin bu kurumlara kısmi de olsa bir meşruiyet kazandıracağını ifade etmiştir¹⁶⁸. Aksi yönde, bu ilişkinin bakanlıklara kurumların işlemlerini idari yargı önüne götürme¹⁶⁹ ve yargılama sonuçlanıncaya kadar işlemi durdurma yetkisi verdiği anlamına gelebileceği de öne sürülmüştür¹⁷⁰.

“İlişkili bakanlık” ibaresi ilk kez 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da (RKHK) kullanılmış, ardından muhtelif kanunlarda görülmeye başlanmıştır. Sezen, esasen RKHK’nin gerekçesinde ilişkili ifadesinden ziyade, ilgili ifadesinin kullanılmış olduğunu, ancak bu ifadenin yasa metninde ilişkili olarak değiştirilmiş olduğunu ifade etmiştir. Yazar, bu ifadenin idarenin bütünlüğü ilkesi ile düzenleyici ve denetleyici kurumların işlevsel bağımsızlığını sağlamak için bürokratlarca bulunmuş pragmatik bir çözüm olduğunu¹⁷¹, bununla birlikte, bu kavramsal farklılığın maddi bir

¹⁶⁵ Arslan 42.

¹⁶⁶ Ulusoy, “Bağımsız İdari Kurumlar”, 15.

¹⁶⁷ Duran 6.

¹⁶⁸ Arslan 42.

¹⁶⁹ Atay, “Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması”, 282.

¹⁷⁰ Ulusoy, “Bağımsız İdari Kurumlar”, 15.

¹⁷¹ Aynı yönde: Tan, “Bağımsız İdari Otoriteler”, 17.

değeri bulunmadığını, nitekim Danıştay'ın da bu kavramları eş anlamlı kabul ettiğini olarak ifade etmiştir¹⁷². Biz de ilişkili bakanlıkların bu kurumların üzerinde hiyerarşik veya vesayet denetimi olanaklarının bulunmadığı, bakanlıkların kurumların işlemleri üzerinde kaldırma ve değiştirme yetkilerinin olmadığı, bu ifadenin, idarenin bütünlüğünün sağlanmasına hizmet eden pratik bir çaba olduğu kanaatindeyiz. Nitekim vesayet yetkisinin idarenin hangi işlemleri üzerinde ve hangi yollarla kullanılacağına kanunlarla açık bir biçimde düzenlenmesi gereği karşısında, bu kurumlar üzerinde herhangi bir vesayet denetiminin kurulmadığı açıktır¹⁷³. Ancak, bu ilişkilendirmeler ile daha sonra kanun ile herhangi bir vesayet denetiminin öngörülmesi halinde, bu denetimi kullanacak organların belirlenmiş olduğu ifade edilebilir.

4. Türkiye'deki Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Karar Organlarının Seçimi

Türkiye'deki düzenleyici ve denetleyici kurumların karar organlarının seçimi hakkında farklı usuller bulunmaktadır. Söz gelimi, BTK'nin (2813 Sayılı Kanun m.8), RK'nin (4054 Sayılı Kanun m.22), SPK'nin (6362 Sayılı Kanun m.119/2) ve EPDK'nin (4628 Sayılı Kanun m.5/1) başkan ve kurul üyeleri Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır. Farklı bir usul öngören 6112 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un 35/2'nci maddesinde ise RTÜK üyelerinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde (TBMM) mevcut olan siyasi parti gruplarının üye sayısı oranında belirlenecek üye sayısının ikişer katı olmak üzere aday gösterileceği ve üyelerin, bu adaylar arasından her bir siyasi parti grubuna düşen üye sayısı esas alınmak üzere TBMM Genel Kurulunca seçileceği öngörülmüştür. KVKK'nin dokuz üyesinden dört üyesinin Cumhurbaşkanı tarafından, diğer beş üyesinin ise TBMM tarafından seçileceği düzenlenmiştir (6698 Sayılı Kanun m.21/2). Bu halde, Türkiye'deki düzenleyici ve denetleyici kurumların yönetim organları çoğunlukla yürütme organı tarafından seçilmekle birlikte, bunların seçimlerinde bazı farklı usullerin de uygulandığı ifade edilebilir.

¹⁷² Sezen 161-162.

¹⁷³ Vesayet denetimi hakkındaki tartışmalar için çalışmamızın 60 vd. sayfalarına bakınız.

5. Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Türk Devlet Teşkilatındaki Yeri

Düzenleyici ve denetleyici kurumların Türk idare teşkilatında bir zemini bulunup bulunmadığı, bir başka deyişle bu kurumların meydana getirilmesinde anayasal bir temel yahut bir mani bulunup bulunmadığı hususu öğretilerdeki en tartışmalı konulardan biridir. Bu konuda birtakım yazar, Anayasa'nın 123'üncü maddesinde öngörülen idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün teşkil ettiği kuralına işaret ederek, idarenin kuruluş ve görevlerinin ancak merkezden ve yerinden yönetim esaslarına dayanabileceği ilkesine atıf yapmışlar ve bu kurumların anayasal bir temeli bulunmadığını ifade etmişlerdir¹⁷⁴. Bu görüşü savunan yazarlar, merkez ve taşra idari teşkilatı dışında bulunan bütün kamu kurumlarının, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarının ve bütün diğer örgütlerin yerinden yönetim esasına dayalı olduğunu, yerinden yönetim kuruluşlarının ise merkezi yönetimin vesayet denetimine tabi olduklarını ve bu sebeple Türk idare hukukunda bağımsız idari kurumlar olarak adlandırdıkları düzenleyici kurumların kurulmasının mümkün olmadığını ifade etmektedirler¹⁷⁵. Erkut'a göre, Anayasa'nın muhtelif maddelerinde RTÜK, Diyanet İşleri Başkanlığı (DİB), Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu ve üniversiteler, idarenin örgütlenme esaslarına uygun düşmemesi nedeniyle Anayasa'da öngörülmüş ve sınırlayıcı olarak sayılmış (numerus clausus) kurumlar olup, bunların dışında bir idari örgütlenme modeli yaratılması mümkün değildir¹⁷⁶.

Duran da bu fikre iştirak etmekle birlikte, Anayasa'nın devlete yüklediği çeşitli ödevler ve yetkilerin geniş anlamlarından faydalanılarak TBMM'nin, klasik idari teşkilatlanmanın dışında olan kimi düzenleyici kurumları ihdas etme yetkisine sahip olduğu kanaatindedir¹⁷⁷. Atay, bu kurumların mal veya hizmet üretmedikleri ve üzerlerinde vesayet yetkisi kullanılmadığından bahisle bunların hizmet yönünden

¹⁷⁴ Erkut, Bağımsız İdari Otoriteler, 81-82; Erkut, "Bağımsız İdari Makamlar Müessesesi Açısından Sermaye Piyasası Kurulu'nun Kısa Bir Değerlendirmesi", 130; Duran 28-29; Atay, "Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması", 273; Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk 587.

¹⁷⁵ Erkut, Bağımsız İdari Otoriteler, 81-82; Erkut, "Bağımsız İdari Makamlar Müessesesi Açısından Sermaye Piyasası Kurulu'nun Kısa Bir Değerlendirmesi", 130; Günday, Bağımsız İdari Otoriteler, 76; Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk 587.

¹⁷⁶ Erkut, Bağımsız İdari Otoriteler, 82.

¹⁷⁷ Duran 30.

yerinden yönetim kuruluşlarından sayılamayacaklarını ve düzenleyici ve denetleyici kurumların anayasal bir dayanağının bulunmadığını ifade etmiştir¹⁷⁸.

Günday, Anayasa’da tahdidi olarak olarak sayılmış olmaları ve kuruluş amaçlarındaki farklılık nedeniyle bu kurumların mahalli idarelerden olarak kabulünün olanaksız olduğunu, bu kurumların mal veya hizmet üretmedikleri¹⁷⁹, bunlar üzerinde merkezi idarenin vesayet denetiminin bulunmadığı, bunların kendilerine has bütçeleri olduğu, hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarının organlarının yürütme organınca görevden alınabilmesine rağmen, bu kurumların organlarının görevden alınmadığı gibi sebeplerle hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları kategorisinde değerlendirilemeyeceğini savunmuştur¹⁸⁰. Yazar, bu engellere rağmen hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarının zaten Anayasa’da öngörülmemiş olduğu, bu nedenle de yerinden yönetim kuruluşlarının iki başlık altında sınırlandırılmamış olduğunu, dolayısıyla bu kurumların yerinden yönetim kuruluşları arasında üçüncü bir başlık altında değerlendirilmesi gerektiğine işaret etmiş, böyle bir çözümün Anayasa’ya da aykırılık teşkil etmeyeceğini ifade etmiştir¹⁸¹.

Ulusoy ise düzenleyici ve denetleyici kurumların işlevlerinin hizmet yerinden yönetim kuruluşlarına nazaran geniş olduğu, bunların kararları üzerinde merkezi idarenin doğrudan müdahale etme yetkisinin bulunmadığı ve bunların organik bağımsızlık seviyesi bakımından hizmet yerinden yönetim kuruluşlarından farklılık gösterdiğini ifade etmiş ve farklı gerekçelerle olmak üzere, bunların yerinden yönetim kuruluşları arasında üçüncü bir kategoriye oluşturduklarını savunmuştur¹⁸². Ayrıca bu kuruluşların ne devlet teşkilatında ne de yerinden yönetim teşkilatı içinde yer almadığı, nitekim bunların teknik veya mahalli bir kamu hizmeti ifa etmedikleri ve bu sebeple bu kuruluşların kendine özgü (sui generis) idareler olduğu da iddia edilmiştir¹⁸³.

¹⁷⁸ Atay, “Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması”, 273; Aynı yönde: Akıncı, Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, 252.

¹⁷⁹ Çakmak 135.

¹⁸⁰ Günday, Bağımsız İdari Otoriteler, 76; Aynı Yönde: Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk 583.

¹⁸¹ Günday, Bağımsız İdari Otoriteler, 76-77; Günday, İdare Hukuku, 575.

¹⁸² Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, 91-93; Aynı Görüşte: Çakmak 135.

¹⁸³ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya 349.

Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre, bu kurumların hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarından sayılmaması için bir neden bulunmamaktadır¹⁸⁴. Nitekim Anayasamızın 123. maddesinin ikinci fıkrasında idarenin ancak merkezden yönetim ve yerinden yönetim esasına göre teşkilatlanabileceği açıkça öngörülmüş olup, bu hükmün hilafına bir başka türden idarenin yürütme organı tarafından da yasama organı tarafından da öngörülmesi mümkün değildir¹⁸⁵. RTÜK, DİB ve Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu gibi bazı kamu kurumları Anayasa’da ismen sayılmış olmakla birlikte, bunların sınırlayıcı olarak sayıldığına ilişkin herhangi bir ibare Anayasa metninde bulunmamaktadır. Aksine, bu kurumların sınırlayıcı olarak sayılmamış olduğu, kamu kurumlarının kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulabileceğini öngören 123. maddenin ikinci fıkrasından kolaylıkla anlaşılmaktadır¹⁸⁶.

Düzenleyici ve denetleyici kurumlar, birçok kamu kurumunun aksine doğrudan mal veya hizmet üretmemekte ve bu yönünden ağırlıklı olarak idari kolluk faaliyeti görmektelerse de doğrudan bir mal veya hizmet sağlamak, kamu kurumu olmanın zorunlu bir şartı değildir. Nitekim kamu hizmeti, ortak ve süreklilik arz eden bir kamusal gereksinimin karşılanmasına yönelik, idarece üstlenilen yahut idarenin denetim ve gözetimi altında yürütülen, genel menfaatin gerektirdiği her türlü faaliyet olarak tanımlanabileceğinden, gösterilen etkinliğin kolluk faaliyeti niteliği taşıması yahut idarenin doğrudan mal veya hizmet sağlamaması bu faaliyetin kamu hizmeti niteliği taşımadığı anlamına gelmez¹⁸⁷. İdare, ister doğrudan kamu hizmetini sunsun, ister kolluk hizmeti görsün ve isterse de kamu yararına özel girişimleri teşvik etsin, görülen faaliyet sürekli ve kamusal ihtiyaçların giderilmesine yönelik oldukça ve bunlar yasama organınca kamu hizmeti olarak kabul edildikçe bunların kamu hizmeti olarak sayılmasına bir engel yoktur¹⁸⁸.

Bunun gibi, toplumsal yaşamın gelişmesiyle birlikte yeni kamusal ihtiyaçlar meydana geleceğinden, bu ihtiyaçların karşılanma usullerinin de yeniliğe ve değişime uğraması

¹⁸⁴ Gözler ve Kaplan 247; Kalabalık 397; Şahin 117; Sezen 141; Sever 219-220.

¹⁸⁵ Sezen 141.

¹⁸⁶ Tan, “Bağımsız İdari Otorite Olarak Sermaye Piyasası Kurulu”, 5; Özay 128.

¹⁸⁷ Onar 169; Özay 223; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya 588; Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk 1193.

¹⁸⁸ Özay 223-224; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya 588; Çakmak 19; Sever 219-220; Gözler ve Kaplan 526.

işin tabiatından olup, kamu hizmetinin değişkenliği ve uyarlanması ilkelerinin de bu amaçla benimsenmiş olduğu bilinmektedir¹⁸⁹. Günümüz itibarıyla, elektrik, su, doğal gaz, bankacılık ve bunlar gibi çeşitli alanlarda devletlerin tek işletici rolünü terk ettiği bilinen bir olgudur. Bu olgunun bir neticesi olarak tekelin terk edildiği piyasalarda düzenleme yapılması “kamu yararı” bakımından bir zorunluluk halini almıştır. Bu zorunluluğun giderilmesi, bir başka deyişle bu alanlarda regülasyon faaliyetinin yapılması doğrudan kamusal ekonomik yarar ile tüketicinin korunmasına ve düzenlemeye tabi alanlardaki hizmetlerin eşitlik ilkesi esasına uygun olarak yapılmasına, dolayısıyla kamu yararına hizmet etmektedir. Anılan toplumsal ihtiyacın karşılanması ise düzenleyici ve denetleyici kurumların oluşturulmasında bulunmuş olup, bu çözüm kamu hizmetinin değişkenliği ve uyarlanması ilkesinin doğal bir sonucudur.

Ayrıca, üzerinde genel bir uzlaşma olduğu üzere, kamu yararına yönelik ve kamu makamlarınca üstlenilen bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığının belirlenmesinde herhangi bir kesin ölçüt mevcut değildir ve bu hususta, yani bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığının belirlenmesinde idarenin ve yasama organının takdir yetkisi bulunmaktadır¹⁹⁰. Yine bir hizmet, niteliği gereği kamu hizmeti olarak değerlendirilemese dahi, bu hizmet anayasalarla idare tarafından üstlenilebilmekte ve böylece kamu hizmeti olarak öngörülebilmektedir. Bu nevi kamu hizmetlerine “anayasal kamu hizmetleri” ismi de verilmektedir¹⁹¹. Anayasa’nın 56/2. maddesinde çevre ve insan sağlığını korumak, 57’nci maddesinde konut ihtiyacını karşılamak, 60’ıncı maddesinde sosyal güvenlik hakkını sağlamak gibi birçok faaliyet devlet tarafından üstlenilerek kamu hizmetinden sayılmıştır. Anayasa’nın 166’ncı maddesinde devletin; ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmanın, sanayinin ve tarımın ülke çapında dengeli ve hızlı bir biçimde gelişmesinin, ülke kaynaklarının verimli kullanımının planlamanın ve bu amaçla gereken teşkilatın kurulmasının devletin görevlerinden olduğu düzenlenmiştir. Takip eden 167’nci maddede ise para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı işleyişinin temini için gerekli tedbirleri almak, tekelleşme ve kartelleşmeyi önlemek ve dış ticaretin düzenlenmesini sağlamak

¹⁸⁹ Onar 162-163.

¹⁹⁰ Onar, 165-166; Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 1, 545; Gözler ve Kaplan 530, Günday, İdare Hukuku, 331.

¹⁹¹ Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 1, 551.

devletin görevlerinden sayılmıştır. İlgili hükümler nazara alındığında, düzenleyici ve denetleyici kurumların üstlenmiş olduğu faaliyetlerin bizzat Anayasa'dan kaynaklandığı ve bu kurumların birer anayasal kamu hizmeti ifa ettikleri anlaşılmaktadır. Ayrıca bu kurumların kuruluş kanunlarında da kendilerine özgülenmiş oldukları alanlarda regülasyon yetkisi tanınmış olup, yasa koyucunun bu kurumların gördükleri faaliyetleri kamu hizmeti kapsamında değerlendirmiş olduğu kanaatindeyiz. Kaldı ki, bahsi geçen kurumların meydana getirmiş oldukları faaliyet kamu hizmet olarak değerlendirilmese dahi bir kurumun hizmet yönünden yerinden yönetim kurumlarından sayılması için kamu hizmeti ifa etmesi gerekmez¹⁹².

Düzenleyici ve denetleyici kurumlar üzerinde merkezi idarenin vesayet yetkisinin bulunmaması sebebiyle bunların hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarından sayılamayacağı yönündeki düşünceye de iştirak etmek mümkün olmamıştır. Nitekim bilindiği üzere merkezi idarenin vesayet yetkisi Anayasa'nın 127'nci maddesinin 5'inci fıkrasında düzenlenmiş olup, hükümde merkezi idarenin ancak kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde yerel yönetimler üzerinde bu yetkiye sahip olabileceği öngörülmüştür. İlgili hükümden anlaşılacağı üzere, idari vesayet yetkisi genel bir kural değil, kanunlarla öngörülmesi gereken istisnai bir yetkidir¹⁹³. Bir başka deyişle, merkezi idarenin mahalli idareler üzerinde idari vesayet yetkisine sahip olmaması genel kural, bu yetkiye sahip olması ise istisnadır¹⁹⁴. Bu husus, yüksek mahkemelerin çeşitli kararlarında da vurgulanmakta, idari vesayet yetkisinin Anayasa ve kanunlarla belirtilen hallerde ve yine bu kaynaklarda düzenlenen yöntemlere uygun olarak kullanılabilir ve takdire bağlı olmayan bir yetki olduğu ve bu yetkinin kullanılabilmesi için mahalli idarenin hangi işlem ve kararlarının idari vesayete tabi olduğunun ve bu yetkinin nasıl kullanılacağına yasalar ile açıkça belirlenmiş olması gerektiği ifade edilmektedir¹⁹⁵.

¹⁹² Gözler ve Kaplan 231: Eserde, birer kamu kurumu olan iktisadi devlet teşekküllerinin kamu yararı amacıyla kamu hizmeti görmedikleri, kar elde etme amacıyla iktisadi ve ticari faaliyetler yürüttükleri ifade edilmiştir.

¹⁹³ Onar 370.

¹⁹⁴ Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 1, 934; Gözler ve Kaplan 806-807; Günday, İdare Hukuku, 86; Gündüz Alp Aslan 600.

¹⁹⁵ Danıştay İDDK, 22.12.2009 T., 2009/7 E., 2009/14 K.; Danıştay 1. D., 22.03.1995 T., 194/167 E., 1995/53 K.; AYM, 26.09.1991 T., 1990/38 E., 1998/32 K., AYM, 24.09.2008 T., 2005/90 E., 2008/146 K. sayılı ilamları (Legal Bank).

Bunun yanı sıra, Anayasamızda yerel yönetimler dışında kalan kamu kurumları için, bir diğer adıyla hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları için vesayet denetimi de öngörölmüş değildir. Yerel yönetimlerin hizmet yerinden yönetim kuruluşlarına nazaran çok daha özerk olduğundan bahisle bunlar üzerinde de merkezi idarenin tabii bir vesayet yetkisi olduğu¹⁹⁶ kabul edilse dahi Anayasa'nın açık hükmünden ve yerleşik içtihatlardan da anlaşılmakta olduğu üzere kamu kurumlarının merkezi idarenin vesayet denetimine tabi olmaması genel kural olup, birtakım kurumlar üzerinde bu yetkinin kullanılmasına karşın düzenleyici ve denetleyici kurumlar üzerinde bu yetkinin söz konusu olmaması, bunların diğer hizmet yerinden yönetim kuruluşlarıyla aynı grupta değerlendirilmesine engel teşkil etmemektedir¹⁹⁷. Nitekim kanun koyucunun, merkezi idarenin yerinden yönetim kuruluşları üzerindeki denetimin türünü, usulünü ve yoğunluğunu belirlemek konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır¹⁹⁸. Kaldı ki, düzenleyici ve denetleyici kurumlar üzerinde vesayet denetiminin kurulmasını yasaklayan bir kural da mevcut olmayıp kanunlar ile bu kurumlar bakımından vesayet denetiminin tesisi her zaman mümkündür¹⁹⁹.

Düzenleyici ve denetleyici kurumlar, üzerinde merkezi idarenin müdahale etme imkânının kısıtlı bulunması, yetkilerinin diğer kamu kurumlarından daha geniş olması ve kendi bütçelerine sahip olmaları gibi bazı özellikler açısından diğer kamu kurumlarından ayrılmaktadır. Buna karşılık, hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları Anayasa veya kanunlarca tanımlanmamış olduklarından, bunlar hakkında verilecek tanımlar ile genel nitelikler sabit bir doğruya değil, günbegün değişen uygulamaya göre şekillenecektir. Bunların nitelikleri ve yetkileri hususunda ayrıca bir çerçeve kanun bulunmadığından, kamu kurumlarını kurma yetkisini haiz olan Cumhurbaşkanlığı ve TBMM'nin, bu kurumlara bazı muafiyetler tanınması, farklı teşkilat yapıları öngörmesi ve bunlara farklı yetkiler vermesi mümkündür. Bunların üçüncü bir kategori altında değerlendirilmesinin uygulama bakımından olumsuz bir etkisi bulunmayacaksa da böyle bir sınıflandırmanın gerekliliği hususunda tereddüt

¹⁹⁶ Günday, İdare Hukuku, 85.

¹⁹⁷ Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, 94-95.

¹⁹⁸ Şahin 117.

¹⁹⁹ Gözler ve Kaplan 247; Ulusoy, "Anayasa Mahkemesine Üst Kurulların Özerkliği ve Anayasal Konumu", Rekabet Forumu, 28, Rekabet Derneği, 11, (Erişim Tarihi: 28.07.2023), www.rekabetderneği.org; Akıncı, Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, 131.

bulunmaktadır. Kanaatimizce, düzenleyici ve denetleyici kurumlar da hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarının sahip olması gereken bütün niteliklere sahip olup, bu sınıf içinde değerlendirilmesinin bir mahzuru yoktur.

AYM de düzenleyici ve denetleyici bir kurum olan ve daha sonra ilga edilerek Tarım ve Orman Bakanlığına bağlanan TAPDK hakkında vermiş olduğu bir kararda, Kurumu, “idari ve mali özerkliğe sahip, kamu hizmeti görmek üzere Anayasa’nın 123’üncü maddesine göre kurulmuş, denetim ve düzenleme görevi de üstlenebilen tüzel kişiliği haiz bir kamu kurumu” olarak tanımlamıştır.²⁰⁰ Keza Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi de bir düzenleyici ve denetleyici kurum olan SPK’yi kamu kurumu, yani bir hizmet yerinden yönetim kuruluşu olarak kabul etmektedirler²⁰¹

6. İdarenin Bütünlüğü İlkesine Aykırılık Sorunu

Öğretide, idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün teşkil ettiği hususunun öngörüldüğü Anayasa’nın 123/1’inci maddesine atıf yapılarak düzenleyici ve denetleyici kurumların merkezi idarenin denetimine tabi olmamalarının idarenin bütünlüğü ilkesine aykırılık teşkil edip etmediği tartışılmıştır. Bu hususta baskın görüş, bu kuruluşların vesayet denetimine tabi tutulmamasının idarenin bütünlüğü ilkesine aykırılık teşkil etmediği yönündedir. Bilindiği üzere, merkezi idare ile yerinden yönetim kuruluşları arasındaki bütünlük, çoğu zaman vesayet denetimi ile sağlanmaktadır. Buna karşılık, vesayet denetimi, idari bütünlüğün sağlanmasının tek yolu değildir²⁰². Nitekim öğretide de haklı olarak ifade edildiği gibi, idarenin bütünlüğü ilkesi Anayasa’da düzenlenmiş olmasına rağmen, bunun kapsamı ve yoğunluğu konusunda herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Bu sebeple, yerinden yönetim kuruluşları ile merkezi idare arasında en küçük de olsa bir bağın kurulması idarenin bütünlüğü ilkesinin gerçekleştirilmesi için yeterli olacaktır²⁰³.

²⁰⁰ AYM, 20.11.2003 T., 2002/32 E., 2003/100 K. sayılı ilamı (anayasa.gov.tr).

²⁰¹ Tan, Bağımsız İdari Otoriteler, 14; Uyuşmazlık Mahkemesi, 27.11.1989 T., 1989/24 E., 1989/30 K. sayılı ilamı (Lexpera.com); Danıştay 1. D., 25.11.1996 T., 1995/6027 E., 1996/7741 K. sayılı ilamı (nakleden: Sever 198).

²⁰² Günday, Bağımsız İdari Otoriteler, 77.

²⁰³ Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, 97.

Bu kuruluşlar bakımından vesayet denetimi öngörülmemişse de, bunların bütçeleri Sayıştay denetimine tabi tutulmuştur. Yine bu kurumlar, kuruluş kanunlarıyla muhtelif bakanlıklarla “ilişkili” kılınmışlardır. İlişkili kuruluş ifadesinin bağlı kuruluşlar gibi bakanlığın hiyerarşik denetimine tabi kuruluşlar anlamında olmadığı, bu yeni terimin idarenin bütünlüğünün sağlanması için başvuru yeni bir yöntem olduğu ifade edilmektedir. Bu ifadeden anlaşılması gereken noktanın, bakanlıkların ilişkili oldukları kuruluşların işlem ve eylemlerini yargı yoluna taşıma hak ve yetkisine sahip olduğu ifade edilmiştir²⁰⁴. Yine bu kuruluşların, Anayasa'nın 130'uncu ve 135'inci maddeleri uyarınca merkezi idarenin genel gözetimi ve denetimi ile idari ve mali gözetimi altında oldukları değerlendirilmiştir²⁰⁵. Bunun gibi, bu kurumların karar organlarının atamasının çoğu kez merkezi idarece yapılması ve bu kurumların vereceği kararların yargı denetimine tabi olduğu, dolayısıyla, düzenleyici ve denetleyici kurumların vesayet denetimine tabi olmasa dahi idarenin bütünlüğü ilkesine aykırılık teşkil etmediği, bizce de haklı olarak ifade edilmiştir²⁰⁶.

Burada ayrıca 643 Sayılı KHK ile getirilen düzenlemeye değinmek gerekir. 643 sayılı 3046 Sayılı Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin 2'nci maddesi ile 3046 Sayılı Kanun'a 19/A maddesi eklenerek düzenleyici ve denetleyici kurumlar da dâhil olmak üzere bakanlık bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlarının Başbakanın teklifi ve Cumhurbaşkanının onayı ile bakanlıklarla ilgilendirilebileceği hükmü getirilmiştir. Maddeyle ayrıca bu kuruluşların özel kanunlarında bağlı, ilgili veya ilişkili olduğu bakanlığa ya da bakana verilen yetki ve görevlerin ilgili bakan ya da bakanlıkça kullanılacağı ve yerine getirileceği öngörülmüştür. Daha sonra ilgili madde 703 Sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 41'inci maddesiyle değiştirilerek bu kurumların Cumhurbaşkanınca, Cumhurbaşkanlığı veya bakanlıklarla ilişkilendirilebileceği, bu kuruluşların özel kanunlarında ilgili bakan veya bakanlığa verilen yetki ve görevlerin ilgilendirilen bakan veya bakanlıkça kullanılacağı veya yerine getirileceği ve nihayet bakanın, bağlı,

²⁰⁴ Günday, Bağımsız İdari Otoriteler, 77; Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, 97.

²⁰⁵ Erkut, Bağımsız İdari Otoriteler, 84.

²⁰⁶ Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, 97-98.

ilgili ve ilişkili kuruluşların her türlü faaliyet ve işlemlerini denetlemeye yetkili olduğu şeklini almıştır.

Düzenleyici ve denetleyici kurumlar ayrı birer tüzel kişiliğe sahip olduklarından ve bunlar üzerinde hiyerarşik denetim yapılması mümkün olmadığından anılan Kanun'da sözü geçen denetim yetkisinin vesayet denetiminden ibaret olduğu kolayca anlaşılmaktadır. Vesayet denetimi, merkezi idarenin yerinden yönetim kuruluşları ve bunların işlemleri üzerindeki denetim yetkisini ifade eder. Bu yetki, merkezi idare tarafından Anayasa'nın 123. maddesinde öngörülen idarenin bütünlüğünün, kamu görevlerinde birliğin ve kamu yararının korunması ile yerel ihtiyaçların gereğince karşılanması amaçlarıyla kullanılır. Vesayet yetkisi hem hukukilik hem de yerindelik denetimini kapsamakta olup, çoğu zaman yerinden yönetim kuruluşlarının yaptığı işlemlerin izin veya onay işlemine tabi olması, merkezi idarenin yerinden yönetim kuruluşlarının işlemlerini kaldırabilmesi, uygulamasını geciktirebilmesi, durdurabilmesi ve çok istisnai durumlarda da yerine geçerek karar verebilmesi gibi suretlerde görünmektedir²⁰⁷. Bu yetki, yerinden yönetim kuruluşlarının kendi organlarının yönetilmesi ilkesine ve demokratik gerekliliklere aykırı olduğundan hiyerarşik denetim yetkisinin aksine istisnai ve sınırlı bir yetkidir. Bu sebeptendir ki, Anayasa'nın 127/5'inci maddesinde idari vesayet yetkisinin ancak yukarıda anılan amaçlarla ve kanunla belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde kurulabileceği düzenlenmiştir. İlgili hükmün lafzından da anlaşıldığı üzere, bu yetkinin genel bir yetki olarak düzenlenmesi, örneğin bir bakanlığın bir kuruluşun bütün işlemleri bakımından denetim yetkisine sahip olduğunun yasa ile düzenlenmesi hukuka aykırı olacaktır. Nitekim vesayet denetiminin yalnızca genel olarak öngörülmesi yeterli olmayıp, merkezi idarenin yerinden yönetim kuruluşunun hangi işlemleri bakımından bu yetkiye sahip olduğu²⁰⁸, keza bu yetkinin hangi usullerle ve hangi şekilde kullanılacağı hususlarının da kanunla tespit edilmesi²⁰⁹ gerekmektedir.

²⁰⁷ Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 1, 934; Özay 172; Gözler ve Kaplan 116; Günday, İdare Hukuku, 84-88; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya 223.

²⁰⁸ Danıştay 3. D., 17.07.1979 T., 1979/354 E., 1979/409 K. sayılı ilamı (nakleden: Kasım Ocak, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile İdari Vesayet Yetkisi Düzenlemesinin Bir Örneği Olarak Cumhurbaşkanlığı Ofisleri", Anayasa Yargısı 36 (1), 185).

²⁰⁹ Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 1, 934; Özay 172; Gözler ve Kaplan 116; Günday, İdare Hukuku, 84-88; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya 223; AYM, 03.11.2011 T., 2011/11 E., 2011/151 K. sayılı ilamı (anayasa.gov.tr).

Yapılan bu açıklamalar ışığında 3046 Sayılı Kanun'un 19/A maddesi irdelendiğinde, bakanın, ilgili kuruluşların hangi işlemleri üzerinde denetim yetkisine sahip olduğu, bu yetkiyi hangi usullerle kullanabileceği, örneğin bu kurumların işlemlerinin onay veya izne mi tabi olduğu gibi hususlarda herhangi bir düzenleme yapılmadığı görülmektedir. Bu hususun ise yerinden yönetim kuruluşlarının özerkliği ilkesi ile Anayasa'nın 123'üncü ile 127'nci maddelerine aykırılık taşımakta olduğu düşünülmektedir²¹⁰. Bunun gibi, açık Anayasa hükmü uyarınca vesayet denetiminin kanun hükmünde kararname ile değil, yalnızca kanunlarla ihdas edilebilecekleri de göz önünde bulundurulmalıdır²¹¹. Bu doğrultuda, ilgili hüküm Anayasa'nın 127/5'inci maddesine aykırı olduğundan, düzenleyici ve denetleyici kurumlar üzerinde vesayet yetkisinin bulunmadığı, ilgili bakanlığın bu kurumlar üzerinde özel kanunlarda öngörülmedikçe herhangi bir vesayet yetkisine sahip olmadığı kanaatindeyiz. Bununla birlikte, bilindiği kadarıyla, mevcut yasa hükmü iptal davasına konu olmadığından, herhangi bir bakanlığın, ilişkili bulunduğu bir yerinden yönetim kuruluşunun işlemini anılan KHK hükmüne dayanarak denetime tabi tutması, örneğin kaldırması halinde ilgili hükmün nasıl yorumlanacağı merak konusudur.

7. Türkiye'deki Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Denetimi

Düzenleyici ve denetleyici kurumlar kamu gücü imtiyazlarından yararlanan kamu tüzel kişileri olduğundan, bunların merkezi idareden tamamen bağımsız olması düşünülemez. Bilhassa gücün ve devletin tekliğini ve bütünlüğünü benimsemiş bulunan üniter devlet yapılanmalarında devlet tüzel kişiliğinin dışında, bundan tamamen bağımsız bir tüzel kişiliğin barınması mümkün görünmemektedir. Anayasamızın Türkiye Devleti'nin ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütün olduğuna ilişkin 3'üncü maddesi, ilgili maddenin değiştirilemez nitelikte olduğuna ilişkin 4'üncü maddesi ve idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün teşkil ettiğine ilişkin 123'üncü maddesi göz önüne alındığında, Türkiye Cumhuriyeti'nin de üniter devlet esasını benimsemiş bir devlet olduğu, dolayısıyla ülkemizde kamu kurumlarının

²¹⁰ Gözler ve Kaplan 249; Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, 72-73; Gündüz Alp Aslan 598; Danıştay 3. D., 17.07.1979 T., 1979/354 E., 1979/409 K. sayılı ilamı (nakleden: Ocak 185).

²¹¹ Sever 228-229.

idareden tam olarak bağımsız olmasının söz konusu olamayacağı anlaşılmaktadır²¹². İşte birer kamu kurumu olan düzenleyici ve denetleyici kurumlar da üniter devlet esasını ve idarenin bütünlüğü ilkesini gerçekleştirmek üzere idari, mali ve yargısal yönlerden çeşitli denetimlere tabi kılınmışlardır.

a. Türkiye'deki Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların İdari Denetimi

Bilindiği üzere, düzenleyici ve denetleyici kurumlar devlet tüzel kişiliğinin dışında bir tüzel kişiliğe sahip olduklarından, bunlar hiyerarşik denetime tabi tutulamazlar. Bununla birlikte, bu kurumlar üzerinde kanunla usul ve şartları açıkça öngörülme suretiyle vesayet denetiminin tesis edilebilmesi mümkün ise de 2023 yılı itibarıyla bu yönde bir düzenleme yapılmış değildir. 3046 Sayılı Kanun'un 19/A maddesinde düzenleyici ve denetleyici kurumların bütün işlem ve faaliyetlerinin ilişkili oldukları bakanlarca denetlenebileceğine ilişkin hükmün, denetim yetkisinin kapsamını, usul ve esaslarını belirtmediği ve bir kanun hükmünde kararname ile getirilmiş olduğu gerekçeleriyle hukuka aykırı olduğuna ve bu düzenlemeye dayanılarak vesayet denetimi yapılamayacağına ilişkin görüşümüzü burada yineliyoruz.

Bu halde, düzenleyici ve denetleyici kurumlar üzerinde hem hiyerarşik hem de vesayet denetiminin söz konusu olmadığı söylenebilir. Bununla birlikte, bu kurumlar Devlet Denetleme Kurulu'nun (DDK) idari denetimine tabidir. Nitekim Anayasa'nın 108'inci maddesinde DDK'nin Cumhurbaşkanının isteği üzerine idarenin hukuka uygun, düzenli ve verimli şekilde işleyişinin ve geliştirilmesinin sağlanması amacıyla bütün kamu kurum ve kuruluşlarda, sermayesinin yarısından fazlasına bu kuruluşların katıldığı bütün kuruluşlarda, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında, her düzeydeki işçi ve işveren meslek kuruluşlarında ve kamuya yararlı dernekler ve vakıflarda her türlü idari soruşturma, inceleme, araştırma ve denetleme yapabileceği hüküm altına alınmıştır. Denetleyici ve düzenleyici kurumlar da kamu kurumlarından olduklarından ve bu kurumlara ilişkin herhangi bir istisna öngörülmemiş olduğundan bu kurumların da DDK'nin denetimine tabi olduğu görülmektedir.

DDK, 15.07.2018 tarihli ve 30479 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5 Sayılı Devlet Denetleme Kurulu Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi

²¹² Karacan 11.

uyarınca Cumhurbaşkanının istemi üzerine yapacağı denetim kapsamında düzenleyici ve denetleyici kurumların bütün görevlileri doğrudan yazışmaya, elektronik veya fiziki her türlü belgeyi, taşınır ve taşınmaz malları incelemeye, mahiyeti el verdiği ölçüde bunları belirlediği yere getirtmeye, bilgi almak için görevlileri çağırma ve temsilci istemeye (5/1-a) ve gizli olsun ya da olmasın her türlü belgeyi bütün gerçek ve tüzel kişilerden istemeye (5/1-c) yetkilidir. Kurulun inceleme organları olan denetim ve soruşturma grupları, soruşturmanın ardından bir rapor hazırlar ve bunu Kurul Başkanına sunar (11/5). Başkan, ilgili raporu Kurulda görüşülmeden evvel Cumhurbaşkanına ve mevzuatta belirlenen yetkili mercilere gönderir (11/6). Raporun Cumhurbaşkanınca onaylanmasından sonra rapor ilgili kuruluşlara dağıtılır ve cevabı varsa yönetim kurulları, yoksa yetkili organları aracılığıyla ilgili bakanlığa verir. Bakanlık, varsa kendi görüşlerini içeren cevaplarını Kurula gönderir (19). Kurul yapmış olduğu inceleme sonucunda dosyayı hıfza kaldırmaya (20/1-a), genel hükümler uyarınca ilgililer hakkında suç duyurusunda bulunmaya (20/1-b), ilgili Cumhurbaşkanlığı kararnamesi uyarınca ivedi durum raporu tanzim edildiği hallerde Cumhurbaşkanının talimatı doğrultusunda ilgililer hakkında soruşturma açmaya (20/1-c) yetkilidir.

Mezkur Anayasal hüküm ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesine bakıldığında, denetimin konu ile sınırlanmamış olduğu ve DDK'nin düzenleyici ve denetleyici kurumların hem regülasyon yetkileri, hem iç işleyişleri hem de harcama ve gelirleri yönünden denetleyebileceği anlaşılmaktadır²¹³. Ulusoy, DDK'nin yalnızca Cumhurbaşkanının isteği ile harekete geçebileceği, Cumhurbaşkanının da tarafsız olduğu ve siyasi bir kimliğinin bulunmadığı gerekçesiyle bu kurumların siyasi etkiden arındırılması ilkesinin zarar görmediğini ifade etmiştir²¹⁴. Buna karşın, 09.07.2018 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti'nin yönetim sisteminin değişmesiyle Cumhurbaşkanı, aynı anda bir siyasi partinin de başkanı olabilmekle siyasi bir kimliğe bürünmüştür. Her ne kadar Anayasa'nın 103. maddesinde Cumhurbaşkanının görevini tarafsızlıkla yerine getirmek için tüm gücüyle çalışacağına dair ant içeceği öngörülmüşse de bu tarafsızlığı siyasi parti genel başkanlığı ile bağdaştırmak güç görünmektedir. Hal böyle olmakla birlikte, DDK tarafından yapılan soruşturmanın sonucunda Kurul, somut ve

²¹³ Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, 74.

²¹⁴ Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, 74.

bağlayıcı kararlar alma veya yaptırım uygulama gibi yetkilere sahip olmadığından, düzenleyici kurumların siyasi etkiden arındırılması ilkesinin zarar gördüğü söylenemez. Yine aynı sebeple, yani DDK'nin somut bir yaptırım uygulama veya bağlayıcı kararlar alma yetkisi bulunmadığından, DDK tarafından yapılan denetimin gerçek manada bir idari denetim olduğundan söz etmek gerçekçi görünmemektedir²¹⁵.

b. Türkiye'deki Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Mali Denetimi

Düzenleyici ve denetleyici kurumların kamu tüzel kişisi olmaları sebebiyle mallarının da kamu malı sayılması, dolayısıyla da bunların mali bakımdan da devlet tarafından denetime tutulması tabiidir. Bu kurumların mali yönden denetimi, Anayasa'nın 160'uncü maddesi uyarınca TBMM adına Sayıştay tarafından yapılır²¹⁶. Aynı şekilde, 5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun ikinci maddesinin üçüncü fıkrasında düzenleyici ve denetleyici kurumların Kanun'un 68'inci maddesi de sayılmak üzere belirli maddelerine tabi olduğu düzenlenmiştir. İlgili maddede Sayıştay Başkanlığı'nın dış denetim görevi düzenlenmiş olup, Başkanlık, yaptığı mali incelemenin ardından hazırlamış olduğu raporu TBMM'ye sunacaktır. Bunun gibi, 6085 Sayılı Sayıştay Kanunu'nun 4/1-a maddesinde de Sayıştayın kamu idarelerini denetleyeceği hüküm altına alınmıştır. Sayılan hükümlerin yanı sıra birçok düzenleyici ve denetleyici kurumun özel kanunlarında da bunların Sayıştay denetimine tabi oldukları öngörülmüştür²¹⁷. EPDK ve SPK gibi bazı kurumların kuruluş kanunlarında Sayıştay denetimine tabi olduklarına ilişkin bir hükme yer verilmemekte ise de Sayıştayın 6085 Sayılı Kanun uyarınca bu kurumlar üzerinde de denetim yaparak raporlar düzenlediği bilinmektedir²¹⁸.

²¹⁵ Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, 74.

²¹⁶ Gözler ve Kaplan 250; Günay, İdare Hukuku, 576.

²¹⁷ Örneğin 6112 Sayılı Kanun'un 34/5. maddesinde RTÜK'ün, 4054 Sayılı Kanun'un 33. maddesinde RK'nin, 4734 Sayılı Kanun'un 53/Son maddesinde KİK'nun gelir ve harcamalarına ilişkin işlemleri Sayıştay Başkanlığının denetimine tabi tutulmuştur.

²¹⁸ Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu Sayıştay Denetim Raporu (2020), <https://www.sayistay.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 1 Ağustos 2023) ; Sermaye Piyasası Kurulu Sayıştay Denetim Raporu (2021), <https://www.sayistay.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 1 Ağustos 2023).

c. Türkiye'deki Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Yargısal Denetimi

Denetleyici ve düzenleyici kurumların hiyerarşik denetime tabi olmamaları, yine bunlar hakkında belirli bir ölçüde bağımsızlık sağlamak amacıyla vesayet denetimi de öngörülmemiş olması bunların hukuka aykırı ve keyfi kararlar alabilme ihtimalini güçlendirmektedir. Bu kurumların aynı zamanda toplumun ve bireylerin hak ve özgürlüklerine müdahale niteliğinde kararlar alabilmeleri ve çeşitli kamu gücü yetkilerini haiz olmaları gibi hususlar, bunlar üzerinde herhangi bir denetimin bulunmaması durumunda bireyleri idarenin işlemlerine karşı savunmasız bırakacaktır. İşte bu risklerin ortadan kaldırılması için anılan kurumların işlem ve faaliyetlerinin bağımsız ve tarafsız mahkemelerce yapılacak olan yargısal denetime tabi tutulması gerekmektedir.

Düzenleyici ve denetleyici kurumların işlemleri üzerinde yapılacak yargısal denetim usulleri ve görevli mahkemeler ülkeden ülkeye çeşitlilik göstermektedir. ABD'de bulunan bu kurumların meydana getirdikleri işlemlerin denetimi çoğu kez ilk derece mahkemesinin incelemesine bırakılmaksızın, muhtelif yasalar doğrultusunda doğrudan istinaf mahkemeleri (court of appeals) tarafından yapılmaktadır. Bunun sebebinin ABD'de yürürlükte olan İdari Usul Yasası (Administrative Procedure Act – APA) gereğince düzenleyici ve denetleyici kurumlarda zaten yargılama benzeri bir süreç işletilerek bilgi, delil ve savunmaların yer aldığı bir dosya hazırlanması, bir başka deyişle duruşma benzeri bir toplantının kurumlar nezdinde yapılması ve bu sebeple de ilk derece mahkemesi nezdinde yeni bir duruşma yapılmasına gerek görülmemesi olduğu ifade edilmiştir²¹⁹.

Fransa'da temel hak ve hürriyetler alanında faaliyet gösteren Radyo-Televizyon Üst Konseyi, Borsa Konseyi ve Özgürlükler ve Bilişim Ulusal Konseyi gibi kuruluşların işlem ve eylemleri tamamıyla idari yargının yetki alanında bırakılırken, ekonomik yönü ağır basan kuruluşların büyük bir bölümünün adli yargının (Paris İstinaf Mahkemesi), bir kısmının ise idari yargının görev alanında bırakıldığı ifade edilmiştir²²⁰. Ayrıca Fransa'da özellikle teknik konularda faaliyet gösteren düzenleyici ve denetleyici kurumların işlem ve eylemlerinin ancak açık bir değerlendirme

²¹⁹ Şahin 164.

²²⁰ Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, 48; Gözler ve Kaplan 247.

hatasının mevcudiyeti halinde mahkemelerce esas yönünden incelendiği, aksi halde basit bir şekli incelemenin söz konusu olduğu söylenmektedir²²¹.

Ülkemizde ise bu kurumlar, diğerlerinden farksız olan herhangi bir kamu kurumu olarak değerlendirilmektedirler²²². Bilindiği üzere, Anayasa'nın "yargı yolu" başlıklı 125'inci maddesinde idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu, aynı maddenin son fıkrasında ise idarenin kendi eylem ve işlemlerinden dolayı sorumlu olduğu öngörülmüştür. Düzenleyici ve denetleyici kurumlar da birer idare ve kamu kurumu olduklarından, bunların her türlü eylem ve işlemleri yargı denetimine tabidir ve bu kurumlar hukuka aykırı olarak verdikleri zararları karşılamakla yükümlüdürler.

Bu kurumların kamu kurumu niteliğinin bir gereği olarak meydana getirdikleri işlemler idari işlem niteliğindedir. İdari işlemlerin yargı denetimi ise kural olarak idari yargı mercilerinde yapılmakla birlikte, bu kurumların özel kanunlarında, belirli veya bütün işlemlerinin denetimi hususunda adli yargı yerleri veya özel bir mahkeme de yetkili ve görevli kılınabilir²²³. Nitekim 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'a 5728 Sayılı Kanun'un 474'üncü maddesiyle eklenen hüküm ile Rekabet Kurulunun nihai kararlarına, tedbir kararlarına ve idari para cezalarına karşı açılacak iptal davalarının Danıştay nezdinde karara bağlanacağı hükmü eklenmiş, ancak daha sonra 05.07.2012 tarihli ve 28344 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6352 Sayılı Kanun'un 63'üncü maddesiyle bu davalar idare mahkemelerinin görev alanında bırakılmıştır²²⁴. Benzer şekilde, Kabahatler Kanunu'nun 27'nci maddesinde, idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararlarına karşı sulh ceza mahkemesine başvurulacağı öngörülmüştür. İlgili hüküm uyarınca, düzenleyici ve denetleyici kurumların özel kanunlarında bunlar tarafından verilecek idari para cezaları ile mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin yaptırımların idari yargı denetimine tabi olduğuna ilişkin bir kuralın bulunmadığı hallerde, bunlara karşı yargı yolu sulh ceza mahkemesi olacaktır. Kanunlarda ayrıca

²²¹ Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, 48; Ulusoy, "Regülasyon Kurumlar Hakkında Genel Bir Değerlendirme", 49; Arslan ve Arslan 212-213.

²²² Arslan ve Arslan 212-213; Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk 592.

²²³ Gözler ve Kaplan 246; Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk 592; Tan, "Bağımsız İdari Otoriteler veya Düzenleyici Kurullar", 23.

²²⁴ Gözler ve Kaplan 246-247.

öngörülmemiş olduğu hallerde yetkili idare mahkemesi, genel kural gereğince dava konusu işlemi yahut idari sözleşmeyi yapan idarenin bulunduğu yer idare mahkemesidir (2577 Sayılı Kanun, m.32/1).

Bu kurumlar birer idari kurum ve işlemleri de birer idari işlem olduğundan, bunların işlem ve eylemlerinin denetimi bakımından aksi öngörülmedikçe olağan idari yargı usulleri uygulanacaktır. Bu halde, bu kurumların işlemlerine karşı yetki, şekil, sebep, konu ve amaç yönlerinden biriyle hukuka aykırılık iddiası ile iptal davası açılacağı gibi, şartlarının var olması halinde kurumlara karşı tam yargı davası yöneltmek de mümkündür. Türkiye'deki mahkemeler, Fransa'da olduğunun aksine bu kurumların işlemleri üzerindeki incelemesini konunun teknik bilgi gerektirmesi gerekçesiyle esas yönünden incelemekten kaçınmamakta, hem usul hem de esas bakımından detaylı bir inceleme yapmaktadırlar. Kanaatimizce, bu kurumların yaptıkları işlemlerin ağır idari cezalar içermesi ve bu işlemlerle bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesi tehlikesinin bulunması, bunların yoğun bir denetime tabi tutulmasını gerektirmekte olup, Türkiye'deki mahkemelerin konuya yaklaşımı, temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından olumlu görünmektedir.

G. Mukayeseli Hukukta Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar

Daha evvel de ifade etmiş olduğumuz üzere, düzenleyici ve denetleyici kurumlar her bir ülkenin devlet yapısı ile teknolojik ve sosyolojik ihtiyaçları uyarınca farklı özelliklerle, farklı sayılarda oluşturulmakta ve farklı isimler almaktadırlar. Çalışmanın bu bölümünde düzenleyici ve denetleyici kurumların menşe ülkesini teşkil eden ABD ve bu kurumların yaygınlaşmasına aracı olan İngiltere'deki düzenleyici kurumların tarihçesi ve özelliklerine geniş ölçüde yer verilmiştir. Ardından, Türk idare hukukuna esin kaynağı olan Fransa'daki kurumlara değinilmiş ve bir başka örnek teşkil etmesi için Federal Almanya Cumhuriyeti'ndeki durum irdelenmiştir.

1. Amerika Birleşik Devletleri'nde Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar

Amerika Birleşik Devletleri'nde ortaya çıkan ilk düzenleyici ve denetleyici kurum olan Eyaletlerarası Ticaret Komisyonu (ICC), Birleşik Devletler'in ekonomik, sosyal

ve siyasi kalkınmasında oldukça önemli bir yer tutan demiryollarında doğal bir tekel oluşması ve bu tekelin rekabeti engelleyerek tüketicilere zarar vermesi sebebiyle bu alanın düzenlenmesi ihtiyacını karşılamak amacıyla oluşturulmuştur²²⁵. Bu komisyonun oluşturulmasından evvel mahkeme içtihatları ile demiryolu şirketlerinin makul ve eşitlik ilkesine uygun bir fiyat belirlemesi zorunlu kılınmışsa da mahkeme yolunun çoğu kez masraflı, yavaş ve sonuçlarının belirsiz olması mahkemelerin bu alanı düzenlemeye elverişli olmadığını göstermiştir²²⁶. Keza Anglo-Sakson geleneğinden gelen diğer ülkelerde olduğu gibi ABD’de de benimsenen ve çoğunlukla içtihat hukukuna dayanan Common Law sisteminin önleyici işlevden ziyade tazmin edici fonksiyona sahip olması, bir başka deyişle kurallara uyulmasını sağlamaktan ziyade kural ihlali durumunda tazminat ödemeye zorlamak biçimindeki işleyişi sürekli değişen ve yeniliklere ihtiyaç duyan alanlardaki regülasyonun mahkemelerce yapılmasına engel teşkil etmiştir²²⁷. Ayrıca bu mahkemeler ancak bir ihlal durumunda harekete geçebileceklerinden, bunların henüz gerçekleşmemiş olaylar bakımından ileriye dönük biçimde kural koyma olanakları da bulunmamaktadır²²⁸.

Düzenleme faaliyetlerinin neden hükümet veya parlamento tarafından değil de bağımsız bir kurum tarafından yapılması gerektiği, düzenleyici ve denetleyici kurumların fikir sahibi olduğu söylenen Charles Francis Adams tarafından izah edilmiştir. Ona göre, doğal tekel teşkil eden alanlarda yapılacak düzenleme faaliyetinin hükümet tarafından yapılması bunların yenilikçi ve etkili biçimde yürütülmesini engelleyecektir. Ayrıca politikacıların pazar hakkında gerekli olan bilgiden yoksun olmaları ve seçmenleri yatıştırmak için politik kararlar almaları sebebiyle parlamento veya hükümet, düzenleme yapmakta yetersiz kalacaktır²²⁹. Buna karşılık, sektörel ekonomi hakkında bilgi sahibi olan uzmanlar, piyasalardaki düzenlemeleri işlevli kılacaktır. Yazar, anılan sebeplerle, demiryolları

²²⁵ Breger ve Edles 1115 – 1119.

²²⁶ Şahin 11.

²²⁷ Şahin 10-15.

²²⁸ Şahin 10-15.

²²⁹ Breger ve Edles 1123.

etkinliklerini araştıran, soruşturan ve rapor tanzim eden ancak cebri icra kabiliyeti bulunmayan bir uzmanlar kurulunun kurulmasını teklif etmiřtir²³⁰.

Yazarın fikirleri, başlarda Federal düzeyde değilse de eyalet düzeyinde kabul gormuş ve 1869 yılında Massachusetts Demiryolu Komiserleri Kurulu (The Massachusetts Board of Railroad Commissioners) kurulmuş, ardından 1871 yılında oldukça sınırlı olmakla birlikte ilk cebri icra kabiliyetine sahip olan Illinois Demiryolu ve Depo Komisyonu (The Illinois Railroad and Warehouse Commission) kurulmuştur. 1886 yılına gelindiğinde eyaletler nezdinde demiryolları dzenlemeleri ve bu dzenlemelerin bir kurulca yapılması şeklindeki uygulama yaygınlaşmıştır. Eyalet düzeyinde görev yapan bu kurullar, demiryolları sınırlarının biręok eyaletten geçmesi ve bir eyaletin eyalet dışında dzenleme yapma yetkisi bulunmaması sebebiyle genel bir demiryolu faaliyeti dzenlemesi yapmakta karşılaştıkları coğrafi ve anayasal engellerden dolayı yetersiz kalmıřlardır²³¹. Ayrıca 1886 yılında Yüksek Mahkeme'nin (Supreme Court) Wabash davasında eyalet nezdinde görev yapan dzenleyici ve denetleyici kurulların eyaletler arası demiryolları ücretlerini belirlemeye yetkili olmadığına ilişkin olarak vermiş olduğu karar, bahse konu dzenlemelerin federal düzeyde yapılmasını şart kořmuřtur²³².

Bu zorunluluk doğrultusunda 1868 ile 1886 yılları arasında Kongre'ye demiryolları ile ilgili 150 kanun teklifi yapılmışsa da bir uzlaşıya varılamamıştır. Sürecin sonunda ICC, 1887 yılında kurulmuşsa da bu esnada ilgili Komisyon'un bağımsızlığından söz edilememekteydi. Nitekim Komisyon doğrudan İçişleri Bakanlığına (Secretary of the Interior) bağlıydı ve Kurumun personel alımı, ödeyeceği maaşlar ve bütęesi Bakanlığın onayına tabiydi. Bunun gibi, Bakanlık, Komisyona gerekli kaynakları sağlamakla yükümlüydü ve Komisyon da Bakanlığa Kongreye iletmesi üzere rapor vermekle yükümlüydü²³³. Komisyonun kurulmasından iki yıl sonra çıkarılan bir dzenleme ile İçişleri Bakanlığının Komisyon üzerindeki gücü sona erdirilmiş ve Komisyon, Bakanlıktan bağımsız bir varlığa sahip olmuştur. ABD'de oluşturulan ilk dzenleyici ve denetleyici kurumun kuruluş adımlarına bakıldığında, bu kurumun bazı

²³⁰ Breger ve Edles 1123.

²³¹ Breger ve Edles 1123.

²³² Breger ve Edles 1125-1126.

²³³ Breger ve Edles 1129.

zorunluluklar nedeniyle, pratik bir sorunu çözmek için meydana getirildiği anlaşılmakta olup, bu kurumların faydacı amaçlarla ortaya çıktığı hususu öğretilerde haklı olarak ifade edilmiştir.

İşte bu kurumlar, pratik bir fayda sağlamaları için tasarlandıklarından bunların devlet teşkilatındaki yerini belirlemek kolay olmamış, bunların yasama, yürütme ve yargı erklerinden hangisine tabi olduğu tartışma konusu olmuş ve bunlara hükümetin başsız bir dördüncü bölümü, gelişigüzel sorumsuz kurumlar, koordinasyonsuz güçler²³⁴ ve hükümetin dördüncü erki/bölümü isimlerini verenler olmuştur²³⁵. Bunların bağımsız nitelikleri tartışma konusu olmuş ve hatta bunların bakanlıklar bünyesinde teşkilatlanmasına yönelik öneriler ortaya atılmışsa da ABD'deki düzenleyici ve denetleyici kurumlar; iletişim, finans, ticaret, sigorta, enerji, gıda güvenliği gibi birçok alanda ICC'nin yapısı esas alınmak suretiyle çoğalmıştır.

ABD'de bulunan düzenleyici kurumlar, ilgili buldukları alanların farklılıkları sebebiyle birebir aynı yetkilerle donatılmamışlar, teşkilat ve personel bakımından da farklı düzenlemelere tabi tutulmuşlardır. Ancak kurumların bazı müşterek özellikleri de bulunmaktadır. Bunların en önemli ortak nitelikleri bu kurumları başkan ve üyelerinin yürütme organınca herhangi bir haklı sebep olmaksızın, kolaylıkla görevden alınmamalarıdır²³⁶. Bu kurumlar, çoğu zaman birden çok üyeli organlar olup, komisyon veya kurul olarak görev yapmaktadırlar²³⁷. Kurulu oluşturan üyeler iki parti esasına göre dengeli biçimde atanmaktadırlar²³⁸. Ayrıca bu kurumlar, kural koyma ve bireysel kararlar verme gücüne sahip olup, düzenlemekle görevli oldukları alanlara mahsus olmak üzere yasama, yürütme ve yargı erkini bir ölçüde bünyelerinde barındırmaktadırlar²³⁹.

²³⁴ Breger ve Edles 1113.

²³⁵ Karacan 23; Emek ve Acar 102; Balaban 45.

²³⁶ Morrison 252.

²³⁷ Balaban 46.

²³⁸ Paul R. Verkuil, "The Purposes and Limits of Independent Agencies", Faculty Publications, 1988 (1029), 259. <https://scholarship.law.wm.edu> (Erişim Tarihi: 9 Ağustos 2023).

²³⁹ Morrison 252; Ariel Bendor ve Sharon Yadin, "Regulation and Separation of Powers", Southern California Interdisciplinary Law Journal, 28: 357, 2019, 362, <https://gould.usc.edu> (Erişim Tarihi: 09 Ağustos 2023); Balaban 46; Emek ve Acar 101, Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, 6.

Federal düzeydeki denetleyici ve düzenleyici kurumlar Kongre tarafından birer kanunla kurulmakta olup, bu kurumların başkanları çoğu kez Kongrenin öneri ve icazeti ile Başkan tarafından iki partili dağılım usulüne uymak kaydıyla ve çoğunlukla bir başkanın doğal görev süresi olan dört yıldan daha uzun bir süre için atanmaktadır²⁴⁰. Bunlar kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip olan kuruluşlardır²⁴¹. Bu kurumlar, her ne kadar ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olsalar da birçok yönden Kongrenin denetimine tabidirler. Kongre, düzenleyici ve denetleyici kurumları denetlemek için toplantılar düzenler, raporlar hazırlar, araştırma ve soruşturma yapar ve bu kurumların düzenleme yetkilerini kısıtlayan yahut farklı kurallara bağlayan yasalar çıkarabilir. Kongre, teşkilatın başkanını onaylama veya veto etme hakkına sahiptir. Aynı şekilde Kongrenin kurumun faaliyetlerini durdurma ve kısıtlama yetkileri de bulunmaktadır. Bunlar gibi, Kongrenin bu kurumlar üzerinde mali denetimi ve yasal yetkileri de geniştir. Nihayet 1996 tarihli Kongre Denetim (Teftiş) Kanunu (Congressional Review Act) düzenleyici ve denetleyici kurumlara Kongrenin bozma yetkisine sahip olduğu nihai kararları Kongreye sunma ödevi yüklemektedir ve yine bu Kanun uyarınca Kongre, çoğunluğu sağlamak ve Başkanın onayını almak kaydıyla bu kurumların eylemlerini engelleme hakkına sahip bulunmaktadır²⁴². Bununla birlikte, Kongrenin bu kurumların düzenleyici işlevleri yönünden yaptığı denetimini oldukça kısıtlı tuttuğu ifade edilmiştir²⁴³. Ayrıca bu kurumların işlemleri yargı denetimine de tabidir²⁴⁴.

Daha evvel de ifade edilmiş olduğu üzere ABD’de bulunan düzenleyici ve denetleyici kurumlar, kendi görev alanlarıyla ilgili yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarını ifa etmektedirler. Bunlar, görev alanlarıyla ilgili tarifeleri, sektöre giriş bedellerini, sektörde uyulacak kuralları belirlemeye yetkilidir ve yaptıkları düzenlemeler federal yasa hükmündedir. Bu düzenlemeler, İdari Usul Yasasında genel-bağlayıcı ve özel-istişari nitelik taşıyabilirler. Ancak bu kurumların yapacakları düzenlemeler

²⁴⁰ Bendor ve Yadin 380; Emek ve Acar 101; Breger ve Edles 1114; Akıncı, Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, 125.

²⁴¹ Balaban 46.

²⁴² Bendor ve Yadin 380; Akıncı, Bağımsız İdari Otoriteler, 125.

²⁴³ Bendor ve Yadin 380.

²⁴⁴ Emek ve Acar 101.

bakımından, teklifin Federal Resmi Gazete’de yayınlanması, bütün ilgililerin katılacağı bir toplantının düzenlenmesi ve müzakere edilmesi mecburiyetleri gibi ağır usuller öngörülmüştür²⁴⁵. Gerçekten, bu kurumların yaptıkları birçok düzenleme bakımından, düzenleme tekliflerinin ve bu tekliflerin sebep ve amaçlarının yürürlük tarihinden en az 30 gün evvel kamuoyuna duyurulması ve ilgililerin düzenleme ile ilgili görüşlerini sunmak üzere katılabilecekleri, yazılı belgeler sunabilecekleri ve sözlü sunum yapabilecekleri en az bir toplantının düzenlenmesi gerekir²⁴⁶.

Düzenleyici ve denetleyici kurumların yargısal fonksiyonu ise yürütmekte oldukları soruşturmaların usullerinde görülmektedir. Bu kurumların yargısal faaliyetleri, ilk olarak Amerikan Federal Anayasası’nda öngörülmüş bulunan “due process” (yasal süreç) ilkesiyle öngörülmüştür. Bu ilke, idarenin yaşam, mülkiyet ve kişi özgürlüğü haklarına müdahale eden işlemlerinin muhatabı olan kimselere yarı-yargısal bir usulün uygulanmasını öngörmektedir²⁴⁷. Bu yarı yargısal usul, idari işlemin muhatabı olan kimseye kendini savunma ve iddialar aleyhine delil öne sürme haklarını tanımakta, bir nevi adil yargılanma hakkının bir güvencesini sağlamaktadır. Daha sonra, due process korumasının yeterli olmadığı düşünülerek, 1946 yılında Federal İdari Usul Yasası kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. Bu yasayla, ABD’de bulunan düzenleyici ve denetleyici kurumlar, yürüttükleri soruşturmalarda iddia ve savunma usulünün işletilmesiyle bir ölçüde yargılama yetkisine, bu kurumların muhatapları ise müdahale edilen hakkın yaşam, mülkiyet ve kişi özgürlüğü hakları olup olmamasının önemi olmaksızın yapılan her türlü müdahale bakımından adil yargılanma hakkına kavuşmuşlardır²⁴⁸. Sonrasında düzenleyici ve denetleyici kurumların kuruluş kanunları ve diğer özel kanunlarla bu güvencelere yenileri de eklenmiştir²⁴⁹. İzah edilen süreç, yargısal süreçle oldukça benzer olsa da bu kurumlar birer idare olduklarından ve kurul üyeleri de hâkim statüsünde olmadığından, bu sürecin sonunda kurum tarafından

²⁴⁵ Emek ve Acar 102.

²⁴⁶ Michael Asimow, “Delegated Legislation: United States and United Kingdom”, Oxford Journal of Legal Studies, 3 (2), 1983: 253-276, 255.

²⁴⁷ Şahin 119-120.

²⁴⁸ Azrak, Bağımsız İdari Otoriteler, 20.

²⁴⁹ Şahin 119.

verilen kararlar yargısal değil, idari nitelik taşırlar²⁵⁰. Bu kurumlar, denetleyici işlevlerinin tamamlayıcı bir unsuru olarak belirlenmiş olan, kurallara aykırı davranışların gerçekleştiren kişilere karşı idari yaptırım uygulama yetkisiyle de donatılmışlardır.

Düzenleyici ve denetleyici kurumların ne kadar bağımsız olduğu ABD'deki kurumlar açısından da sorgulanmaktadır. Öğretide Morrison, bu kurumların başkanlarının yürütme organınca her yıl yeniden atanabileceğini ve bu kurumların bütçelerinin yürütme organına bağlı olan Bütçe ve Yönetim Ofisinin (Office of Management and Budget - OMB) denetimine tabi olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca yazar, özellikle Reagan hükümetinin, kendi destekçilerini bütün kurumlara yerleştirmiş olduğunu, dolayısıyla Başkanın kurum temsilcilerini görevden alma yetkisinin ağır şartlara tabi tutulmasının herhangi bir önemi olmaksızın, Başkan tarafından atanan görevlilerin, özellikle yeniden atanmak istemeleri halinde Başkanın iradesinin aksine hiçbir eylemde bulunmayacaklarını ifade etmiştir²⁵¹.

Bu kurumların yetkilerinin genişliği yahut bağımsızlıkları hususundaki tartışmalar bir yana, ABD'de federal düzeyde görev yapan onlarca düzenleyici ve denetleyici kurum bulunmaktadır. Bunların yanı sıra her bir eyalet nezdinde onlarca düzenleyici ve denetleyici kurum bulunduğu nazara alındığında, dünyada sayıca en fazla düzenleyici ve denetleyici kurumun ABD'de yer aldığı ifade edilebilir. Nitekim örneğin, yalnızca Kaliforniya Eyaleti'nde "Alkollü İçecek Kontrolü İtiraz Kurulu (Alcoholic Beverage Control Appeals Board)", "Davranışsal Bilimler Kurulu (Board of Behavioral Sciences)", "Merkez Vadisi Taşkın Koruma Kurulu (Central Valley Flood Protection Board)" gibi bilimsel, kültürel ve kalite standartları gibi çeşitli alanlarda faaliyet gösteren onlarca düzenleyici kurul bulunmaktadır²⁵².

2. İngiltere'de Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar

²⁵⁰ Azrak, Bağımsız İdari Otoriteler, 20.

²⁵¹ Morrison 253-254.

²⁵² California Eyaleti'ndeki diğer düzenleyici ve denetleyici kurumların listesi için bkz: <https://www.ca.gov>.

ABD’de olduğu gibi, İngiltere’de de mahsus bir alanı düzenleme ihtiyacı, ilk olarak demiryollarındaki karmaşanın sonlandırılması amacıyla doğmuştur. İngiltere’de sanayi devrimi sonrası ticaret hacminin kayda değer ölçüde artması, öncelikle yük ve ardından yolcu taşımacılığını büyük ölçüde yaygın hale getirmiştir. Anılan dönemde tren yolları, devlet mülkiyeti altında değil de toprak sahiplerinin (landowners) özel mülkiyetinde olduklarından ve bu yolların işletilmesi de devlet tarafından değil, toprak sahipleri tarafından yapıldığından, demir yollarında doğal tekel oluşması işten bile değildi. Nitekim demir yolu taşımacılığının doğası gereği geniş coğrafi alanlara ihtiyaç göstermesi, bunların birçok farklı toprak sahibinin mülkünden geçmesini zorunlu kılmaktaydı. Bu keyfiyet ise demir yollarını işleten toprak sahiplerinin, kendi topraklarını piyasadaki diğer işleticilerle paylaşmamasına, dolayısıyla da rekabetin büyük ölçüde kısıtlanmasına yol açıyor ve tekel oluşturuyordu. Anılan sektörün doğal tekel niteliği taşıdığı, 1872 ile 1907 yılları arasında, İngiltere’deki toplam demir yolu uzunluğu 17921,6548 kilometreden 25583,7416 kilometreye ulaştığında, toplam uzunluğun %85’ine sahip olan 16 şirketin, yerini yolların %88’ine sahip olan 13 şirkete bırakmasından anlaşılmaktaydı²⁵³. Sektörün durumuna ilişkin olarak bu yolları kullanmak mecburiyetinde olan nakliyecilerin endüstride tekel uygulamaları bulunduğuna ilişkin şikâyetleri üzerine Avam Kamarası – Parlamento (House of Commons), 1839 yılında sektördeki şikâyetlerin doğru olup olmadığını araştırılması amacıyla bir komiteyi görevlendirmiştir. Komite araştırmaları sonucunda, piyasadaki rekabet koşullarının toplumu korumakta yetersiz olduğunu ve sektörde faaliyet gösteren şirketlerin tabi oldukları bazı yasaların kolaylıkla aşılabildiğini tespit ederek bir demiryolu düzenlemesi yapılmasını önermiştir. Bu öneri doğrultusunda 1840 yılında Tren yolu Düzenleme Kanunu (Railway Regulation Act) yasalaşmış²⁵⁴ ve anılan yasa ile tren yollarını gözetleme yetkisi Ticaret Kuruluna (Board of Trade) verilmiştir. Buna karşılık, Kurulun yetkileri sınırlı olduğundan, sorunların ortadan kaldırılması için yeterli etkiye sahip olmadığı anlaşılmıştır. Bu sebeple, sorunun çözümü için yeniden bir inceleme yapan Komite, 1844 yılında devletin 20 yıllık bir geçiş süreci içerisinde demiryollarını kamulaştırmasını tavsiye etmiştir. Komite tarafından yapılan incelemenin ardından Kurulun yetkileri önemli ölçüde azaltılmış,

²⁵³ J.S. Foreman-Peck, “Natural Monopoly and Railway Policy in the Nineteenth Century”, Oxford Economic Papers, 39 (4,): 699-718, 1987, 105.

²⁵⁴ Breger ve Edles 1120.

bu boşluk ise yine Kurula bağlı olan Demiryolu Birimi ile giderilmeye çabalanmış ancak bu çabalar da elverişsiz kalmıştır²⁵⁵. Parlamento ile hükümet arasındaki güç savaşının yoğunlaştığı 1846 yılında liberal grubun mecliste güç kazanmasıyla parlamento, ilk kez hükümetten bağımsız olan Demiryolları Komisyonu – Komisyonerleri’ni (Commissioners of Railways) kuran bir yasaı onaylamıştır. Buna karşılık, bu komisyonun da etkili ve yeterli olmadığı ortaya çıkmış ve sorunun çözümünde aşama kaydedilmemiştir. Daha sonra Komisyon başkanının görevden ayrılması ve yerine Ticaret Kurulu Başkanının atanması Komisyonun bağımsızlık iddialarını da ortadan kaldırmıştır. Mezkûr sebeple parlamento, 1851 yılında demiryollarını düzenleme yetkisini yeniden Ticaret Kuruluna devretmiştir²⁵⁶.

Birçok kurul ve komisyonun görevlendirilmesine rağmen sorunların çözümü konusunda ileri gidemeyen İngiltere Parlamentosu, 1872 yılında hükümetin son 40 yıl içerisinde yapmış olduğu demiryolu düzenlemeleri konusunda detaylı bir araştırma yapmak üzere ortak bir komite kurmuştur (a Joint Committee on Railways). Ortak Komite, yaptığı araştırma sonucunda yapısal sorunun çözüme kavuşmadığı, sektörde doğal bir tekel oluştuğu ve bu sektörde kanuni düzenlemelerin şart olduğu kanaatine varmıştır. Komite, bu sorunun çözümüne yönelik tren yolları ve kanallar hakkındaki yasaları uygulama gücüne, halkın şikâyetleriyle ilgilenme yetkisine sahip ve bu konularla ilgili parlamentoya yasa önerisi verebilecek, demiryollarını Kraliyet adına gözetleyecek bir makam oluşturulmasını önermiştir²⁵⁷.

Bu önerinin sonucu olarak, öncelikle yeni bir Demiryolu Komisyonu kurulmuş, ardından 1888 yılında Demiryolu Komisyonunun adı Demiryolu ve Geçit Kanunu ile Demiryolu ve Geçit Komisyonu (Railway and Canal Commission) olarak değiştirilmiş, Komisyon kalıcı hale getirilmiş, bazı belgelerin Komisyona sunulması zorunlu hale getirilmiş ve Komisyona fiyat ve tarife belirleme yetkisi verilmiştir.²⁵⁸ 1889 yılında yürürlüğe giren Demiryolları Düzenleme Kanunu (Regulation of Railways Act) ile sektöre ilişkin çeşitli güvenlik düzenlemelerinin yanı sıra fiyatlar ve tarifeler üzerindeki devlet denetimi artırılmış, ayrıca çalışma saatlerinde sınırlama

²⁵⁵ Foremen-Peck 104.

²⁵⁶ Breger ve Edles 1121.

²⁵⁷ Breger ve Edles 1121.

²⁵⁸ Breger ve Edles 1122; John T. Glynn, “The Development of British Railway Accounting: 1800-1911”, The Accounting Historians Journal, 11 (1): 103-118, 1984, 118.

yapılarak sektörel maliyetler artırılmış ve böylece devletin sektör üzerindeki düzenleyici ve denetleyici fonksiyonu genişlemiştir²⁵⁹. Böylece, yaklaşık 50 yıl süren sancılı bir deneme sürecinin ardından İngiltere’de ilk düzenleyici ve denetleyici kurum olarak nitelendirilebilecek Demiryolu ve Geçit Komisyonu’nun 1888 yılında oluşturulmuş olduğu ifade edilebilir.

İngiltere’deki ilk düzenleyici ve denetleyici kurumun 1888 yılında oluşturulmasına rağmen, bunların yaygın hale gelmesi, özellikle elektrik, su ve doğal gaz gibi sektörlerin özelleştirilmesinin ardından 1980’li yıllardan itibaren mümkün olmuştur²⁶⁰. Başlarda bir meslek faaliyetine izin vermek ya da vermemek, Malların Fiyatı Yasası (Price of Goods Act) uyarınca bazı malların fiyatlarının belirlenmesi ve danışma işlevlerini gören düzenleyici ve denetleyici kurumlar²⁶¹, daha sonra kamu hizmetlerinin görülmesi, bazı alanlarda uyumsuzluk çözme, hizmet kalite standartlarını belirleme ve gözetleme ile genel sektörel denetleme ve düzenleme gibi fonksiyonlara da sahip olmuşlardır²⁶².

Yarı özerk hükümet dışı örgütler olarak da adlandırılan bu kurumların yapıları, çalışma usulleri, görev ve yetkileri bakımından tek bir sınıfta irdelenmesi mümkün olmayıp, her biri çeşitli farklılıklar barındırmaktadır²⁶³. Ancak, bunlar yasa ile kurulurlar, devlet tüzel kişiliğinden ayrı bir tüzel kişiliğe sahiptirler ve hükümetten geniş ölçüde bağımsız hareket etmektedirler²⁶⁴. Bu kurumların personel sayısı, işe alımları ve sorumluluklarının tayini bakımından serbestîye sahip oldukları ifade edilmektedir²⁶⁵. Anılan kurumlar, hem hükümete hem de Parlamento’ya bilgi verme amacıyla rapor sunmaktadırlar. İngiltere’de bulunan her iki meclis de bu kurumların kararlarını 40 gün içinde veto etme yetkisine sahiptir²⁶⁶. Ayrıca İngiltere’deki

²⁵⁹ Foremen-Peck 105.

²⁶⁰TÜSİAD, “Bağımsız Düzenleyici Kurumlar ve Türkiye Uygulaması”, İstanbul, Lebib Yalkın Yayınları, 2002, 95; Çakmak 38; Balaban 10.

²⁶¹ Azrak, Bağımsız İdari Otoriteler, 19.

²⁶² TÜSİAD 95, Balaban 10.

²⁶³ Azrak, Bağımsız İdari Otoriteler, 20-21; Balaban 9; TÜSİAD 95.

²⁶⁴ Balaban 49.

²⁶⁵ Akıncı, Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, 128.

²⁶⁶ Asimow 262, Balaban 52.

düzenleyici kurumlar da bakanlıklarla ilişkili kılınmışlardır. Hatta birçok kurumun başkanı ilişkili bakan tarafından atanabilmekte, görevden alınabilmekte, bu kurumlar ilgili bakana karşı tam sorumlu olabilmekte ve bakan, başkanın aynı zamanda başka bir kamu görevinde bulunup bulunamayacağına karar verebilmektedir²⁶⁷. Ayrıca bunlar mali özerkliğe de sahiplerdir²⁶⁸. Nihayet, İngiliz düzenleyici kurumlarını diğerlerinden ve özellikle ABD kurumlarından ayıran en önemli özelliğin, düzenleme yetkisi ve sorumluluğunun bir kurula değil, bir kişiye, bir yöneticiye (Directors-General) verilmesi olduğu²⁶⁹; ancak bu anlayışın 21'inci yüzyılda terk edilmiş olduğu, kişilerin yerini kurullara bıraktığı da ifade edilmektedir²⁷⁰.

İngiltere'de düzenlemeler yapılmadan evvel danışma usulüne başvurulması hususunda köklü bir uygulama bulunmakta ise de ABD'de görüldüğünün aksine yasalar, bir düzenleme yapılmadan önce kamuya duyuru yapılmasını veya bu düzenlemelerin tartışmaya açılmasını şart koşmamaktadır. Ancak bazı yasalarda kural koyulmadan evvel danışma yapılması usulü öngörülmüştür²⁷¹. Önceleri, 1893 sayılı Kuralları Yayınlama Yasası'na (The Rules Publication Act) göre, düzenlemelerin yapılmadan evvel yayınlanması mecbur koşulmuş iken, 1946 yılında yapılan yasal değişiklik ile düzenlemelerin yapılmasından sonra yayınlanması esası benimsenmiştir²⁷². O Halde, İngiltere'de bulunan düzenleyici kurumların kural olarak düzenleme yapmadan önce bunları yayınlama yahut danışma veya tartışmaya açma gibi mecburiyetlerinin bulunmadığı görülmektedir.

Düzenleyici devlet anlayışının kurulmasında ve yaygınlaşmasında ABD ile birlikte öncül olan İngiltere'deki düzenleyici kurumlar, faaliyet alanlarına göre yürütme birimleri (executive bodies), danışma komiteleri (advisory committees), hakem heyetleri (tribunals) ve bağımsız izleme kurumu (independent monitoring board –

²⁶⁷ TÜSİAD 97.

²⁶⁸ TÜSİAD 97.

²⁶⁹ Çakmak 38; Balaban 52.

²⁷⁰ Balaban 52.

²⁷¹ Asimow 261.

²⁷² Asimow 261.

Boards of Visitors) olmak üzere dört kategoride sınıflandırılmaktadırlar²⁷³. Bunlardan ilk grubun, hükümet adına faaliyet gösteren kurumları teşkil ettiği, ikincisinin bakanlar ve diğer kamu görevlilerine uzmanlık alanlarına mahsus olarak danışma hizmeti verdikleri, üçüncü sınıfın teknik ve hukuki bilgi gerektiren konularda üst kurul veya itiraz merci olarak değerlendirilebilecek kurumlardan oldukları ve son grubun ise cezaevlerini ve işleyişlerini gözetleyen kurumlardan oldukları ifade edilmiştir²⁷⁴.

Günümüz itibarıyla İngiltere’de de dünyadaki diğer örneklerinde görüldüğü üzere finans piyasaları, elektrik ve gaz gibi enerji piyasaları, iletişim ve demiryolları gibi çeşitli alanlarda düzenleyici kurumlar olduğu görülmektedir. Bunlardan bazıları, Finansal Hizmetler Otoritesi (Financial Services Authority – FSA), Telekomünikasyon Ofisi (Office of Telecommunications – OFTEL), Gaz ve Elektrik Piyasaları Ofisi (Office of the Gas and Electricity Markets – OFGEM), Demiryolu ve Yol Ofisidir (Office of Rail and Road – ORR). Nihayet belirtmek gerekir ki, İngiltere’nin, devletlerin mal ve hizmet üretiminden geri durarak bu endüstrilerde yalnızca düzenlemeler yapmak olarak ifade edilebilecek düzenleyici devlet anlayışını en çok benimseyen ülkelerden biri olması, düzenleyici ve denetleyici kurumların etki alanının önümüzdeki günlerde de genişleyeceğinin bir işareti olarak kabul edilebilir.

3. Fransa’da Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar

Daha evvel de ifade etmiş olduğumuz üzere, Fransa’daki düzenleyici ve denetleyici kurumlardan bahsedilirken bağımsız idari makamlar/merciler anlamına gelen “les autorités administratives indépendantes” ibareleri kullanılmaktadır. Fransa’da bu makamlara 1960’lı yıllardan itibaren rastlanmaya başlanılmışsa da bu ülkede bazı idari kurumlara ve makamlara belirli bir ölçüde bağımsızlık tanınması gelenek dışı bir uygulama değildir. Nitekim 1960 öncesi dönemde de yarışma veya sınav jürileri, vergi veya bölgesel birleştirme komisyonları ve Danıştay gibi bazı kurumlar Fransız sisteminde idareye tabi ancak belli ölçüde de idareden bağımsız olarak faaliyet

²⁷³ Balaban 49-50.

²⁷⁴ Balaban 50.

göstermekteydi²⁷⁵. Bununla birlikte, bir alana mahsus düzenleme ve denetim yapma, denetim sonucunda bazı yaptırımlar uygulama veya yaptırım uygulanması için bir makamı harekete geçirme gibi yetkilere sahip olan ve belirli bir dokunulmazlık güvencesine sahip olan Medyatör (Mediateur), Borsa İşlemleri Komisyonu (Commision des operations de Bourse) ve Bilişim ve Özgürlükler Komisyonu (CNIL: La Commision Nationale de l'Informatique et des Libertés) gibi kurumlar ve makamlar 1970'li yıllardan itibaren görülmeye ve yaygınlaşmaya başlamıştır²⁷⁶. Bu yaygınlaşmanın sebebinin, bunların faaliyet gösterdikleri teknik bilgi gerektiren alanlarda hem bakanlıklarca yapılan idari denetimin ve hem de yargısal denetimin yetersiz görülmesi olduğu, dolayısıyla bu kurum ve makamların ortaya çıkmasında yargısal ve teknik nedenlerin ağır bastığı ifade edilmiştir²⁷⁷.

Fransız öğretilerinde düzenleyici kurumların açık bir tanımı yapılmamakla birlikte, bunların daha evvel devlet tarafından düzenleme konusu yapılmamış alanlarda faaliyet göstermeleri gerektiği, bunların devlet adına ve onun hesabına hareket etmeleri gerektiği, kendi alanlarına ilişkin münhasır düzenleme yetkisine sahip olmaları gerektiği ve genel idari esaslar dışında özgün yetkiler kullanması gerektiği ifade edilmektedir²⁷⁸. Bununla birlikte, bu kurumlar ve makamlar hakkında yapılan tanımların belirsizliği, hangi kurumların düzenleyici ve denetleyici kurumlar arasında sayılacağı konusunda muhtelif tartışmalara yol açmış ve örneğin bazı yazarlar yaptırım uygulama gücü olmayan kurumları bu kurumlar arasında saymamışlardır. İşte bu sebeple Fransa'da hangi kurumların düzenleyici ve denetleyici kurum yahut Fransa'daki adıyla bağımsız idari makamlar olduğu konusu halen tartışmalı olup, bunların sayısı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bununla birlikte, bazı makamları ihdas eden kanunlarda kurumun niteliği açıkça belirlenmekte olup, aksi durumlarda Fransız Anayasa Konseyi ve Devlet Şurası kurumların niteliğini tanımlamayılabilmektedir²⁷⁹.

²⁷⁵ Ender Ethem Atay, "Fransız İdare Hukukunda Bağımsız İdari Otoriteler (BİO'lar): Rekabet Konseyi", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları: 51-106, 2000, 51.

²⁷⁶ Michel Bernard, "Bilişim ve Özgürlükler Ulusal Komisyonu (Çev. Mahmut Göçer), Bağımsız İdari Otoriteler (Ed. İbrahim Ö. Kaboğlu), İstanbul, Alkım Yayınları, 1998, 89; Azrak, Bağımsız İdari Otoriteler, 21; Gözler ve Kaplan 245.

²⁷⁷ Azrak, Bağımsız İdari Otoriteler, 21.

²⁷⁸ Erkut, Bağımsız İdari Otoriteler, 83-84.

²⁷⁹ Morange 18-19.

Fransa’da bulunan bağımsız idari makamlar denetim, danışma, izin verme, yaptırım uygulama gibi çeşitli fonksiyon ve yetkilerle donatılmışlardır. Her bir makama tanınan yetki diğerleriyle farklılık göstermekte olup, bunların tek bir tipe indirgenmesi güçtür. Anılan makamlardan bazıları sayılan yetkilerin tamamıyla donatılmışken, bir kısmına, örneğin yalnızca denetim yapmak yetkisi tanınmıştır²⁸⁰. Fransa’daki bağımsız idari makamları diğerlerinden ayıran temel fark, bunların tipik olarak kamu tüzel kişiliğini haiz olmamalarıdır. Bu makamlar, Başbakanlığa yahut bir başka bakanlığa bağlanmakta olup, devlet tüzel kişiliği çatısı altında görev yapmaktadırlar²⁸¹. Bununla birlikte, bu makamlar hiyerarşik bir ilişkiye tabi olmadıkları gibi, bazı istisnalar olsa dahi, kural olarak vesayet denetimine de tabi değildirler²⁸². Bu makamların bağımsızlığı, hiyerarşik ilişkiye tabi olmamalarının yanında başkan ve üyelerin yasal nedenler söz konusu olmadıkça üyelerinin görev süresi dolmadan görevden alınamaması gibi belirli güvencelerden faydalanmalarına da dayanmakta olup, görevlerinde bağımsız hareket ettikleri ve geniş bir özerklikten yararlandıkları ifade edilmektedir²⁸³. Bu makamların, sahip oldukları bağımsızlık nedeniyle devlet teşkilatı içerisinde bakanlıklara paralel bir konumda buldukları da ifade edilmiştir²⁸⁴.

Bu makamların devlet tüzel kişiliğinden ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olmamalarının çeşitli sonuçları vardır. Öncelikle bu makamların işlem ve eylemleri sırasında sebep olduğu zararlardan doğan sorumluluk devlete aittir ve bu makamların işlem ve eylemleri sebebiyle açılacak dava devlet tüzel kişiliğine (bağlı oldukları bakanlığa) yöneltilmektedir²⁸⁵. Ayrıca bu makamlar bağlı oldukları bakanlıkların mali, teknik ve insan kaynaklarını kullanmak suretiyle görev almaktadırlar²⁸⁶. Keza bunlar ayrı bir

²⁸⁰ Morange 18; Atay, “Fransız İdare Hukukunda Bağımsız İdari Otoriteler (BİO’lar): Rekabet Konseyi, 61.

²⁸¹ Morange 18; Duran 26; Azrak, Bağımsız İdari Otoriteler, 21.

²⁸² They, “Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi” (Çev. Mahmut Göçer), 163; TÜSİAD 120; Atay, “Fransız İdare Hukukunda Bağımsız İdari Otoriteler (BİO’lar): Rekabet Konseyi, 61; Akıncı, Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, 125.

²⁸³ Morange 18-19; Gözler ve Kaplan 247; They, “Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi” (Çev. Mahmut Göçer), 163.

²⁸⁴ Duran 26.

²⁸⁵ Gözler ve Kaplan 246.

²⁸⁶ Gözler ve Kaplan 249.

bütçeye de sahip olmayıp, bütçeleri genel bütçe içerisinde ayrı bir bütçe olarak tahsis edilmekte, görevlerinden elde edilen gelirler ise devlet hazinesine teslim edilmektedir²⁸⁷. Bunlar, her yıl bütçelerine ilişkin bilgileri kamuoyu ile paylaşmakla yükümlüdürler. İlgili makamların bütçeleri kural olarak Maliye Bakanlığının mali denetimine tabi ise de çoğu kez, yasalarla mali yönden Sayıştay denetimine tabi kılınmaktadır²⁸⁸.

Fransa'daki bağımsız idari makamlar arasında Mediateur örneğinde görüldüğü gibi tek kişiden oluşanlar da var olmakla birlikte, bunlar çoğunlukla kurul veya komisyon biçiminde yapılmaktadır²⁸⁹. Bu makamların bazı işlemleri, ilgili bakanlıkların veya çeşitli kuruluşların onayını almak biçimindeki idari vesayet denetimine tabi kılınmıştır. Üyeleri çoğunlukla hükümet tarafından atanmakla birlikte, seçim usulleri ve seçilecek üyelerde aranan nitelikler bakımından genel bir kural mevcut olmayıp, üyelerinden bazılarının atanmasında yürütme organının veya parlamentonun takdirine bağlı seçim usulleri gibi farklı usuller uygulanmaktadır²⁹⁰.

Daha evvel bu makamların düzenleme alanlarının teknik bilgi gerektirmesi sebebiyle yargı denetiminin dışında tutulmaları yahut yalnızca usuli bir denetime tabi tutulmaları gerektiğine yönelik bir takım fikirler ortaya çıkmışsa da bu fikirler benimsenmemiştir. Nitekim Fransız Danıştay'ının yerleşik içtihadı, bu makamların aldıkları karar ve yaptıkları işlemlerin de bütün diğer idari kurumlar ve makamların işlemlerinde olduğu gibi idari yargının denetimi altına olduğu yönünde olmuştur²⁹¹. Ayrıca Danıştay, 1981 yılında vermiş olduğu "Retail" kararında, yapılacak denetimin genel ilkesini de belirlemiştir. İlgili karar uyarınca, bir bağımsız idari makam olan Medyatör'ün bütün işlem ve eylemlerinin idari yargı denetimine tabi olduğu ve diğer bağımsız idari makamların da aynı kurala tabi oldukları öngörülmüştür²⁹². Bu makamların işlem ve eylemlerinin yargısal denetiminde yalnızca usuli bir denetim usulü de izlenmemekte,

²⁸⁷ Duran 26.

²⁸⁸ TÜSİAD 120.

²⁸⁹ Atay, "Fransız İdare Hukukunda Bağımsız İdari Otoriteler (BİO'lar): Rekabet Konseyi, 68.

²⁹⁰ Atay, "Fransız İdare Hukukunda Bağımsız İdari Otoriteler (BİO'lar): Rekabet Konseyi, 68; Morange 20.

²⁹¹ Therey, "Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi" (Çev. Mahmut Göçer), 163.

²⁹² Therey, "Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi" (Çev. Mahmut Göçer), 164; Soybay 55.

bunların işlem ve eylemlerinde kurallara uygunluk, olayların doğruluğu, hukuki hatalar ve takdirî hatalar da dâhil olmak üzere detaylı bir inceleme yapılmaktadır²⁹³. Anılan makamların işlem ve eylemleri kural olarak idari yargının denetimine tabidir. Ancak bazı makamların işlem ve eylemlerinden doğan davaların adli yargı denetimine tabi tutulması olanaklıdır. Örneğin, Rekabet Komisyonu ve Borsa İşlemleri Komisyonunun işlem ve eylemlerinden doğan davalar daha evvel idari yargı denetimine tabi iken, yapılan bir düzenleme ile adli yargının; Paris İstinaf Mahkemesi'nin denetimine tabi tutulmuştur. Sigorta Denetim Komisyonu ise işlem ve eylemleri idari yargı denetimine tabi makamlara bir örnektir²⁹⁴.

Fransa'da bağımsız idari makamların yanı sıra devlet tüzel kişiliğine tabi olmayan, bir başka deyişle kamu tüzel kişiliğine sahip olan kurumlar da bulunmakta olup, bunlara bağımsız kamu kurumları (autorités publiques independantes) ismi verilmektedir. Ancak Fransa'da kabul gören genel ilke gereği bağımsız idari makamlar ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olmadıklarından, bağımsız kamu kurumları, bağımsız idari makamlar arasında değerlendirilmemektedir. Bağımsız kamu kurumlarının ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olduğu, bunların kuruluş yasalarında belirtilmekte olup, bu kurumlara örnek olarak Mali Piyasalar Makamı (Autorité des Marchés Financiers) ve Yüksek Sağlık Makamı (Haute Autorité de Santé) gösterilmektedir.

4. Almanya'da Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar

Almanya Federal Cumhuriyeti'nde düzenleyici ve denetleyici kurumlar, Alman İmparatorluğu'nun kurulmasının ardından 1875 yılı itibariyle görülmeye başlanmıştır. Bu kurumların Alman İmparatorluğu'ndaki ilk örneğini idari bir organ olarak düzenlenmiş Sayıştay'ın (Bundesrechnungshof, Audit Court) teşkil ettiği ifade edilmektedir²⁹⁵. Günümüz Federal Almanya Cumhuriyeti'nde de Anayasa'da üyelerinin bağımsızlığı öngörölmüş olan tek bağımsız idari kurum Sayıştay'dır

²⁹³ Morange 22; Duran 27; Thery, "Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi" (Çev. Mahmut Göçer), 168; Aksi yönde: Ulusoy, "Regülasyon Kurumları Hakkında Genel Bir Değerlendirme", 149.

²⁹⁴ Thery, "Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi" (Çev. Mahmut Göçer), 165-167.

²⁹⁵ Anne Van Aaken, "Independent Administrative Authorities in Germany", Independent Administrative Authorities (Ed. Roberto Caranta, Mads Adenas), British Institute of International and Comparative Law, London, 2005: 65-91, 65.

(Grundgesetz m. 114(2))²⁹⁶. Bunun dışında, Alman Anayasası'nın 88. maddesinde Federal Cumhuriyet'in senet ve para ihracı yapacak bir federal banka (merkez bankası) kuracağı öngörülmüştür. Ancak üyelerin statüsü kanunla düzenlemeye bırakılmış, Anayasa'da buna ilişkin bir hüküm yer almamıştır. Alman Anayasası'nın çeşitli hükümlerinde bağımsız idari kurumların adı geçmekte ise de bunların bağımsızlıklarına ilişkin herhangi bir tanım verilmiş değildir. Uygulamada da bu kurumların bağımsızlık düzeyleri, örgütlenmeleri ve bütçeleri hususunda çeşitlilik mevcuttur. Almanya'da kimi federal ve kimi federe devletlerde bulunmak üzere çeşitli düzenleyici ve denetleyici kurum bulunmakta ise de bunların çok azı merkezi idareden bağımsızdır²⁹⁷. Bunlar genel olarak, bir bakanlığın ayrı bir bölümünü teşkil etmekte olup, bakandan talimat alırlar ve faaliyetlerinden dolayı bakana karşı sorumlulardır²⁹⁸. Keza bu kurumların başkanları kurumun bağlı bulunduğu bakan tarafından atanır. Yalnızca, Alman Merkez Bankası ve Sayıştay, hükümetten tam olarak bağımsız kurumlar olarak öne çıkmaktadırlar. Bunlar dışında, kısmen özerk olan rekabet otoritesi Federal Kartel Ofisi (Bundeskartellamt), telekomünikasyon ve posta sektöründe düzenleyici olan (Elektrik, Gaz, Telekomünikasyon, Posta ve Demiryolları için Federal Ağ Ajansı (Bundesnetzagentur – BnetzA) ve Federal İlaç ve Tıbbi Cihazlar Enstitüsü (Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte, The Federal Institute for Drugs and Medical Devices, BfArM) gibi düzenleyici ve denetleyici kurumlar da bulunmaktadır.

Almanya'da mevcut olup hükümetten tamamen bağımsız olan kurumlardan biri olan Sayıştayın Başkan, Başkan Yardımcısı ve denetim birimlerinin başkanlarından oluşmak üzere 27 üyesine yargıç bağımsızlığı tanınmıştır²⁹⁹. Bu kurumun sözü geçen üyelerine ne yasama ne de yürütme organının herhangi bir talimat verme yetkisi bulunmaktadır. Kurumun Başkan ve Başkan Yardımcısı, tıpkı Anayasa Mahkemesi yargıçları gibi 12 yıl boyunca görev yapmak üzere atanmaktadırlar. Üyeler,

²⁹⁶ Alman Anayasasınının 114/2. maddesinin ilk cümlesinde şu hükme yer verilmiştir: Üyeleri yargı bağımsızlığına sahip olan Federal Sayıştay hesapları denetler ve kamu mallarının federal devlet (merkezi yönetim) tarafından doğru ve verimli kullanılıp kullanılmadığını denetler. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html.

²⁹⁷ Van Aaken 65; TÜSİAD 109-114.

²⁹⁸ Van Aaken 68.

²⁹⁹ Van Aaken 71-72.

görevlerinin sona ermesinin ardından emekli olurlar ve yeniden göreve seçilmeleri mümkün değildir. Kurumun Başkanı ve Başkan Yardımcısı, hükümetin önerisi üzerine parlamento tarafından oyçokluğu ile seçilir. Kurumun diğer personeli başkanın önerisi üzerine Cumhurbaşkanı tarafından atanır. Yürütme organının bu kurumların işlemlerini denetleme, onları ortadan kaldırma yahut bir başka şekilde engel olma imkânı bulunmamakta olup, bunların diğer kurumların aksine bağımsızlığa sahip olduğu ifade edilebilir. Bununla birlikte Sayıştay, mahsus bulunduğu alanda bir regülasyon işlevini yerine getirmediğinden, bu kurumun düzenleyici ve denetleyici kurumlar arasında gösterilmesi güçtür³⁰⁰.

Bunun dışında, bir ölçüde bağımsız olduğu kabul edilen ve düzenleme yetkisine de sahip olan Federal Kartel Ofisi (Bundeskartellamt) dahi Federal Ekonomi Bakanlığına bağlıdır. Bu kurumun kararlarını verirken tamamıyla bağımsız hareket etmekte olduğu söylenmekte³⁰¹ ise de bu bağımsızlık yalnızca fiili olguyu ifade etmektedir. Bu olgu, Kurumun görev alanıyla ilgili düzenlemeleri çoğunlukla kendi başına yapmasından ve Bakanlığın bu kurumun kararları için özel talimatlar vermemesinden kaynaklanmaktadır. Buna karşılık, kurumun görev alanıyla ilgili olmakla birlikte politik öneme sahip konularda Bakanlığın karar verebilmesi mümkündür³⁰². Ayrıca Bakanlık şirket birleşme ve devralmalarına, kamu yararını gerekçe göstererek izin vermeye yahut vermemeye yetkilidir. Bunun gibi, Bakanlık bazı istisnai durumlarda kurum kararını veto etme hak ve yetkisine de sahiptir. Keza Bakanlığın, daha evvel kamu yararına olduğu gerekçesiyle Federal Kartel Ofisinin bir kararını veto etmiş olduğu ifade edilmiştir³⁰³. Nihayet bu kurumların başkan ve üyelerinin görevden alınması ve görev süresi gibi hususlar da herhangi bir güvenceye tabi tutulmamıştır. Almanya’da bağımsız düzenleyici kurumlar arasında anılan, eski adı Telekomünikasyon ve Posta Düzenleyici Otoritesi (RegTp) olan BnetzA bakımından da anılan açıklamalar geçerli olup, bu kurumların bağımsızlıklarının herhangi bir güvenceye tabi olmadığı, sırf uygulamadan geldiği anlaşılmaktadır³⁰⁴.

³⁰⁰ Ulusoy, “Bağımsız İdari Otoriteler”, 24.

³⁰¹ TÜSİAD 110.

³⁰² Van Aaken 80.

³⁰³ Van Aaken 81.

³⁰⁴ TÜSİAD 112.

Sonuç olarak, Almanya’da yer alan düzenleyici ve denetleyici kurumların Avrupa’daki en az bağımsızlığa sahip olan kurumlardan olduğu ifade edilebilir³⁰⁵. Genel olarak tüm dünyada görüldüğü üzere, Almanya’da da bu kurumların çoğunlukla ekonomik gerekçelerle kurulduğu gözlenmektedir. Ancak, temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ve gençler için tehlikeli olabileceği değerlendirilen yayınların yasaklanmasına yönelik sosyal düzenleyici kurumlar da (Bundeszentrale für Kinder- und Jugendmedienschutz – Medyada Çocukları ve Gençleri Koruma Federal Ajansı) bulunmaktadır.



³⁰⁵ Gilardi 140.

İKİNCİ BÖLÜM

DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KURUM OLARAK REKABET KURUMUNUN DENETİM YETKİSİ

II. DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KURUM OLARAK REKABET KURUMUNUN DENETİM YETKİSİ

A. Genel Olarak Rekabet Kurumu

RK, 19'uncu yüzyılın ardından ekonomiye müdahale eden devlet anlayışından devletin veya bir başka gücün piyasalara ve fiyatlara müdahale etmediği yahut müdahalesini sınırlı tuttuğu serbest piyasa ekonomisinin kabulü ve yaygınlaşmasıyla, bu ekonomik modelin yol açabileceği sakıncaların önlenmesi amacıyla kurulmuştur. Kurumun yasal temelini teşkil eden RKHK, 07.12.1994 tarihinde kabul edilmiş ve ilgili Kanun 13.12.1994 tarih ve 22140 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Kurum, Kanun'un yayımının tarihinden üç yıl sonra, 05.11.1997 tarihinde faaliyetlerine başlamıştır.

Kurumun faaliyetlerinin amacı, serbest piyasalarda rekabetin yol açtığı sakıncaların giderilmesi ve rekabeti sınırlayıcı durumları engellenmesidir (RKHK m.4). Kurum, mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içerisinde teşekkülü ve gelişimi ile RKHK'nin uygulanmasını sağlamak ve kendisine Kanun'la verilen görevleri yerine getirmek üzere kurulmuştur. Kurum, kamu tüzel kişiliğini haiz olup, idari ve mali özerkliğe sahip bir biçimde teşkil edilmiştir (RKHK m.20). Kurum kamu tüzel kişiliğini haiz olduğundan, Anayasa'nın 124'üncü maddesi uyarınca kendi görev

alanını ilgilendiren kanunlar ile Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak için yönetmelik çıkarma yetkisine sahiptir. Ayrıca Kurum, RKHK'nin 27/1-f hükmüne istinaden de Kanun'un uygulanmasına ilişkin tebliğler çıkarmaya ve gerekli düzenlemeleri yapmaya yetkili ve görevlidir. Kurum, rekabetin korunması için tedbirler almaya, denetim yapmaya (RKHK m.2) ve yaptığı denetim sonucunda ihlal tespit etmesi halinde idari yaptırım uygulama yetkisine de sahiptir (RKHK m.16). Kurumun idari ve mali olarak özerk olduğu ve görevini yaparken hiçbir organ, makam, merci ve kişinin kurumun nihai kararını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremeyeceği Kanun'da öngörülmüştür (RKHK m.20/3). Kurum, bu nitelikleriyle düzenleyici ve denetleyici kurumlarda rastlanan bütün tipik özelliklere sahip olmaktadır³⁰⁶. RK'nin düzenleyici ve denetleyici bir kurum olmasının en tabii sonucu, Kurumun merkezi idarinin hiyerarşik denetimine tabi olmamasıdır. Kurum üzerinde 2023 yılı itibarıyla merkezi idarenin herhangi bir vesayet denetimi söz konusu değilse de usulü, makamı ve vesayete tabi olan işlemlerin bir kanunla açıkça belirlenmesi halinde üzerinde vesayet denetimi kurulmasına bir mani yoktur³⁰⁷. Kurum, Ticaret Bakanlığı ile ilişkilendirilmiştir. Bu ilişkinin bir vesayet denetimini ifade etmediği ve idarenin bütünlüğü ilkesinin sağlanmasında bir araç olarak başvurulduğu, öğretide ağırlıklı olarak kabul edilmektedir³⁰⁸.

Öğretide RK'nin dayanağını 1982 Anayasası'nın 167'nci maddesinden aldığı da ifade edilmiştir³⁰⁹. İlgili maddede devletin para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alacağı ve piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önlemekle yükümlü olduğu öngörülmüştür. Hal böyleyken bu Anayasa hükmünün RK'nin anayasal dayanağı olduğu ifade edilemez. Zira madde metninde devletin piyasaların sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirler almak ve tekelleşme ile kartelleşmeyi önlemek biçiminde tanımlanmış bir görevi üstlenmesi söz konusu olup, bu görevin nasıl yerine getirileceğine ilişkin bir hüküm getirilmiş değildir. Bu halde, ilgili maddenin RK'nin kendisinin bir dayanağı değil, yürütmekte olduğu faaliyetlerin

³⁰⁶ Kaya 32.

³⁰⁷ Gözler ve Kaplan 248-249.

³⁰⁸ Kaya 34-35.

³⁰⁹ Ebru Öztürk, Türk İdare Sisteminde Rekabet Kurumunun Yeri ve Diğer Bağımsız İdari Otoritelerle Karşılaştırılması, Ankara, Rekabet Kurumu, 2003, 22; Kaya 32.

dayanağı olduğu ve devletin anılan görevi RK veya bir başka kurumu tesis etmeksizin de örneğin bir bakanlığın yetkisi ve sorumluluğu altında da yerine getirebileceği ifade edilmelidir³¹⁰.

Kısaca RK'nin, piyasaların serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içerisinde sürdürülmesine yönelik tedbirler almak, düzenlemeler yapmak, piyasa oyuncularını denetlemek ve gerektiğinde idari yaptırımlar uygulamak gibi geniş yetkilere sahip olarak ekonomik kamu düzenini tesis etmek amacıyla ekonomik kolluk yetkisi kullanan³¹¹, kamu tüzel kişiliği ile idari ve mali özerkliğe sahip düzenleyici ve denetleyici bir idari kurum olduğu söylenebilir.

1. Rekabet Kurumunun Kuruluş Amaçları

Ülkemizdeki geçerliliği özellikle 1980'li yıllardan sonra artan ve ekonominin merkezi bir makamın kararlarına değil, piyasa koşullarına göre şekillenmesine dayalı olan serbest piyasa ekonomisinin en temel iki prensibini devletlerin ekonomik faaliyetlerini azaltarak yerlerini bireylere bırakması ve rekabet düzeninin tesisi oluşturmaktadır. Nitekim rakipler arasında gerçekleşen rekabetin, piyasa aktörlerini yenilikler yapmaya, faaliyetlerinde teknolojik gelişmeleri kullanmaya, kaynakları daha etkin biçimde kullanarak daha fazla miktarda ve daha az maliyetle mal ve hizmet üretmeye ve bunları sunmaya teşvik edeceği düşünülmektedir. Zira bir mal veya hizmet üreten birden çok teşebbüsün varlığı, bunların kendi mal veya hizmetlerini daha büyük kazanç ile satabilmek için maliyetlerini kısımlarını, kar oranlarının düşürmelerini, yeni ve kaliteli mal ile hizmetler üretmelerini ve bunların sürümünü artırmalarını sağlayabilecektir. Herhangi bir mal veya hizmetin daha ucuza, daha çok sürümle ve daha hızlı üretilmesi ise bunların coğrafi bakımdan yaygınlığını artıracak ve fiyatlarını

³¹⁰ Duran 9-10; Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, 140.

³¹¹ Ebru Öztürk 21.

azaltacak; böylece ilgili mal veya hizmet toplum bakımından kolaylıkla erişebilir olacak, bu da toplumsal refahın gelişmesine katkı sağlayacaktır³¹².

Oysa bir mal veya hizmet bakımından piyasada rekabetin olmadığı, bir başka deyişle tek bir sağlayıcının olduğu hallerde tek sağlayıcı, ürün veya hizmet maliyetlerini düşürmeye gerek görmeyecek, bunun gibi ortada bir mecburiyet de bulunmadığından ürün ve hizmetlerde yenilemeye gitmesi gerekmeyecektir. Nitekim piyasada bir başka mal veya hizmet bulunmadığından tüketicilerin bu mal veya hizmetten yararlanmaktan başka bir seçeneği bulunmayacaktır. Bu halde, rekabetin tüketiciler bakımından mecburiyetleri ortadan kaldırdığı, onlara faydalanacakları ürün ve hizmetler bakımından bir seçme hakkını tanıdığı ve uygun fiyatlı, kaliteli ve yeni mal ile hizmetleri edinebilme imkânı sunduğu anlaşılmaktadır. Rekabet düzeni ile mal ve hizmet sağlayıcıları bakımından ise piyasaya yeni, uygun fiyatlı ve kaliteli mal ve hizmet sunma zorunluluğu getirildiği söylenebilir. Diğer yandan, rekabet ederek piyasada yer edinme arzusu, piyasadaki aktörlerin yeni buluşlar yapmalarına ve teknolojik gelişmelere yol açacak; böylece ekonomik refahın gelişmesi sağlanabilecektir³¹³.

Rekabetçi ortamın sayılan bu faydalarının yanında bazı sakıncalarının da bulunduğu görülmektedir. Zira başlangıçta toplumsal ve ekonomik refahın gelişmesine hizmet eden rekabetçi ortam, daha sonraları piyasadaki bazı oyuncuların kazanç elde etme isteklerinin artmasıyla, pazar paylarını ve kazanç oranlarını artırma amacıyla diğer piyasa aktörlerini ekarte etme çabası içine girmelerine sebep olmaktadır. Bu çabanın ise diğer piyasa oyuncularını çeşitli haksız yollarla, kısmen veya tamamen pazarın dışında bırakılmalarına ve güçlü olan piyasa aktörlerinin pazarda hâkim bir konum elde etmelerine yol açtığı bilinmektedir. Bu aktörlerin hakim konuma gelmesi, bir süre sonra ürün ve hizmetlerin fiyat ve kalitelerinde teklife yol açabilmektedir. Böylece rekabet koşullarının hüküm sürdüğü piyasalar, bir süre sonra bazı aktörlerin diğerlerine nazaran çok daha büyük pay sahibi olmasıyla rekabetçi koşullarını kaybedebilmektedir. İşte bu sebeple, devlet müdahalesinden yoksun olan serbest

³¹² İsmail Yılmaz Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri (7. Bs), Bursa, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2020; Kaya 7-8.

³¹³ 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Genel Gereği (rekabet.gov.tr).

piyasa mekanizmasının bir süre sonra “düelloya” dönüştüğü ifade edilmiştir³¹⁴. Bir başka anlatımla, devlet müdahalesine tabi olmayan serbest piyasanın aktörleri, kazançları ile güçlerini artırmak ve piyasadaki diğer aktörleri oyunun dışına atmak için haklı veya haksız her türlü yöntemle başvurabilmekte, böylece serbest piyasanın acımasız yüzü ortaya çıkmaktadır³¹⁵.

Rekabet düzeninin bulunmadığı serbest piyasa ekonomisinde çeşitli araçlarla hâkim bir konum elde eden teşebbüs veya teşebbüs birliği, hakim olduğu sektörlerde faaliyet gösteren diğer teşebbüsleri oyun dışı bırakmakta ve yeni potansiyel rakiplerin de piyasaya girişine engel olmaktadır. Piyasadaki zayıf aktörlerin karşılaştığı bu direnç, girişim özgürlüğü ve fırsat eşitliği gibi demokratik ilkelerin ihlaline yol açmaktadır³¹⁶. Bu hakların ihlali ise demokratik ve insan haklarına saygılı hukuk devletleri tarafından kabul edilebilir olmadığı gibi teşebbüsler arasındaki rekabetin azalması toplumun çıkarları ile genel ekonomik refaha da zarar verecektir. İşte serbest piyasanın kendi işleyişinden doğabilecek olan sayılan sakıncalar, “sosyal piyasa ekonomisi” kavramının meydana çıkmasına ve böylece devletlerin kamu yararı gerekçesiyle serbest piyasaya müdahale edebilmesine kapı aralamıştır³¹⁷.

Sosyal devlet, girişim özgürlüğünü, fırsat eşitliğini, tüketici haklarını, ticari ahlaki korumak ve genel olarak ekonomiyi etkin hale getirmek için rekabet yasalarını kullanmaktadır. RK de sayılan amaçlarla meydana getirilmiş kuralların uygulanmasından, böylece kamu yararının ve ekonomik kamu düzeninin sağlanmasından sorumlu olan bir kuruluştur. Böylece RK'nin ve rekabet yasalarının meydana getirilmesindeki amaçların genel olarak temel hak ve özgürlüklerin, tüketicilerin ve ekonomik düzenin korunması, özel olarak da piyasalardaki serbest rekabet koşullarını bozan eylem, karar ve anlaşmalar ile uyumlu eylemlerin ve hakim durumun kötüye kullanılmasının engellenmesi ve piyasaların sağlıklı ve serbest bir

³¹⁴ Müslüm Akıncı, “Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu”, Rekabet Dergisi, Ocak - Şubat – Mart, 5, 2001: 2-16, 2; Akıncı, Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, 217.

³¹⁵ Akıncı, Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, 115.

³¹⁶ Akıncı, “Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu”, 3; Akıncı, Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, 218.

³¹⁷ Akıncı, “Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu”, 3.

rekabet ortamı içinde işleminin ve gelişmesinin sağlanması olduğu ifade edilebilir³¹⁸.

Kurumun kurulmasındaki bu teorik amaçlar dışında, bazı pratik nedenlerin de etkili olduğu ifade edilmelidir. Nitekim daha evvel de kısaca söz edildiği üzere, rekabetin korunmasına yönelik faaliyetler Anayasa'nın 167'nci maddesi ile devlete yüklenmiş ödevlerdir. Bunun gibi, Türkiye'nin 1963 yılında Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) ile imzalamış olduğu ortaklık anlaşmasıyla başlayan ilişki ve daha sonra Türkiye'nin AB tarafından aday olarak kabul edilmesiyle birlikte Türkiye, üyelik şartlarını yerine getirmek ve AB regülasyonları ile uyum içerisinde hareket etmeye çabalamıştır. Türkiye, AB'ye üyelik süreci çerçevesinde başta 12 Eylül 1963 tarihinde imzalanan Ankara Anlaşması ve bu anlaşmanın dördüncü maddesinde belirlenen uyum sürecinin şart ve usullerini tespit eden 19 Kasım 1970 tarihinde Ortaklık Konseyi toplantısında kabul edilen katma protokol gibi birçok uluslararası belgede AB standartlarına uyum sağlayacağını ve AB kurallarına uygun bir rekabet hukuku mevzuatı oluşturacağını taahhüt ettiğinden, Kurumun meydana gelmesinin bu sürecin zorunlu bir sonucu olduğu da haklı olarak ifade edilmiştir³¹⁹. Bu halde, RK'nin kurulmasındaki pratik amaçların AB'ye üyelik sürecinin getirdiği zorunluluklar ve Anayasa'nın 167'nci maddesinin Devlete yüklediği ödev olduğu söylenebilir.

2. Rekabet Kurumunun Teşkilat Yapısı

RK'nin teşkilatı, RKHK'nin 21'inci maddesinde düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre RK, Rekabet Kurulu, Başkanlık ve hizmet birimlerinden müteşekkil olup, bunların yetkileri, görevleri ve çalışma usulleri RKHK'de detaylıca düzenlenmiştir. Ayrıca Kurumun teşkilat yapısına ilişkin olarak Kanun'da hüküm bulunmayan hususlarda, 21.06.1997 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Rekabet Kurumu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik hükümleri, Kanunlar ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle çelişmedikleri ölçüde uygulanabilecektir.

³¹⁸ Kaya 10-11; Akıncı, Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, 221.

³¹⁹ K. Eren Gönen, "Bağımsız İdari Otorite Olarak Rekabet Kurumu", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 7, 2003: 0-0.

a. Rekabet Kurulu

Kurumun faaliyet konusuna ilişkin düzenleme, denetim ve yaptırım uygulama fonksiyonlarını gerçekleştirmeye yönelik işlemlerini tesis eden, Kurum içindeki en geniş yetki ve görev alanına sahip olan organı Kuruldur. Kurulun oluşması, Kurul üyelerinin atanma şartları, Kurul üyelerinin görevlerinin sona erme sebepleri, görevi sona eren üyelerin yerine üye atanması, Kurul üyelerinin uymakla yükümlü olduğu yasaklar ve bunlara aykırı davranış halinde verilecek cezalar, üyelerin göreve başlarken edebilecekleri yemin, Kurulun görev ve yetkileri ve çalışma esasları 4054 Sayılı Kanun'un 22 ile 28'inci maddeleri arasında düzenlenmiştir.

(1) Kurulun Oluşumu

Kurumun karar organını olan Kurul, en az dört yıllık yükseköğrenim görmüş ve 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun (DMK) 48/A fıkrasının 1, 4, 5, 6 ve 7'nci maddelerinde öngörülen şartları taşıyan toplam 7 üyeden oluşur (RKHK m.23). Göreve atanacak üyeler, bu koşulları taşımanın yanı sıra 3 Sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde aranan şartları da taşımak zorundadır. Kanunda ve mezkûr Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde öngörülen nitelikleri taşıyan adaylar arasından, bunlardan biri Başkan, bir diğeri İkinci Başkan olmak üzere her bir üye Cumhurbaşkanınca, Cumhurbaşkanı kararıyla atanır (RKHK m.22).

RKHK'de Kurul Başkan ve üyelerinin görev süresine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla birlikte, 3 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 7'nci maddesinde, düzenleyici ve denetleyici kurumların başkan ve üyelerinin görev sürelerinin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine ekli (III) sayılı cetvelde gösterileceği öngörülmüştür. Bu cetvele göre, RK'nin de dâhil olduğu düzenleyici kurumların başkan ve üyeleri dörder yıl görev yapmak üzere atanırlar. 703 Sayılı KHK ile yapılan değişiklikten önce RKHK'nin 24'üncü maddesinde, Kurul üyeliğine seçilenlerin üçte birinin iki yılda bir yenileceği öngörülmüştü. Daha sonra bu kural kaldırılmışsa da Kurula atanan ilk üyeler bu hüküm uyarınca atandığından, Kurul üyeleri halen kademeli olarak değişmekte, böylece kurumsal hafıza sağlanarak içtihatlar oluşturulmakta ve böylece belirlilik ilkesi de güçlendirilmiş olmaktadır.

Kurul Başkan ve üyelerinin görevden alınması bazı şartlara tabi tutularak kendilerine görevlerini serbestçe yapabilmeleri için bazı güvenceler tanınmıştır. Bu güvencelerin en önemlisi, kurumun organik ve fonksiyonel bağımsızlığı ile objektif karar alma imkânının sağlanmasının en büyük teminatı şüphesiz Kurul Başkan ve üyelerinin görev süresi dolmaksızın herhangi bir sebeple görevden alınamayacağına ilişkin hükümdür (RKHK m.24/2). 3 Sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 4'üncü maddesinde, Kararnameye ek (I) sayılı cetvelde yer alanların görev süresinin atandıkları dönemdeki Cumhurbaşkanının görev süresinden uzun süremeyeceği, Cumhurbaşkanının görevi sona erdiğinde bunların da görevlerinin sona ereceği, görev süresi dolmaların yeniden atanabilecekleri ve nihayet bunların görev süreleri dolmadan da Cumhurbaşkanınca görevden alınabileceği hususları düzenlenmiştir. Ancak ilgili Kararname'nin 7'nci maddesinde 4'üncü madde hükümlerinin Kararnameye ekli (III) sayılı cetvelde sayılanlar bakımından uygulanmayacağı öngörülmüştür. Düzenleyici ve denetleyici kurumlar da anılan (III) sayılı cetvelde sayılmış olduklarından, bu kurumlara atanacakların görev sürelerinin Cumhurbaşkanı'nın görev süresinden uzun olamayacağı, Cumhurbaşkanı'nın görev süresi bittiğinde bunların da görevlerinin sona ereceği, görev süreleri bittiğinde bunların yeniden atanabilecekleri ve görev süreleri dolmadan Cumhurbaşkanınca görevden alınabileceklerine ilişkin kurallar RK ve diğer düzenleyici kurumlar bakımından uygulanmayacaktır.

Kurul üyeleri, kural olarak görevden alınamamakla birlikte, bunların atanmak için gerekli olan şartları kaybettiklerinin veya Kanun'un 25'inci maddesinde öngörülen yasak davranışlarda buldukları hallerin gerçekleştiğinin Kurul kararı ile tespit edilmesi durumunda görevleri sona erecektir (m.24/2). Kurul üyelerinin atanması için gerekli olan şartlar ile yasak davranışlar aşağıda incelenecektir.

(2) Kurul Başkan ve Üyelerinin Atanma Şartları ve Usulü

Kurul Başkan ve üyelerinin atanmaları için haiz olmaları gereken şartlar ve nitelikler RKHK'nin 23'üncü maddesi ile 3 Sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 3'üncü maddesinde düzenlenmiştir.

Buna göre, Kurul üyeleri en az dört yıllık yüksek öğrenim görmüş olmalıdır. Bunun gibi, Kurul üyelerinin 657 Sayılı DMK'nin 48'inci maddesinin A fıkrasının 1, 4, 5, 6 ve 7'nci bentlerinde sayılan şartları da taşımaları gerekmektedir (RKHK m.23). İlgili bentlere göre, Kurul üyeleri Türk Vatandaşı olmak zorundadır (m.48/A-1). Bunlar, kamu haklarından mahrum bulunmamalıdır (m.48/A-4). Üyeler, kasten işlenen bir suç sebebiyle bir yıl veya bir yıldan daha fazla süreyle hapis cezasına çarptırılmamış olmalı, affa uğramış olsa dahi Devletin güvenliğine karşı, Anayasal düzene ve düzenin işleyişine karşı suçlar ile zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından dolayı mahkûm olmamalıdır (m.48/A-5). Üyelerin askerlikle ilişkisi bulunmamalıdır (m.48/A-6). Üyelerin DMK'nin 53'üncü maddesinde düzenlenen engelli çalıştırma yükümlülüğü saklı kalmak kaydıyla görevini devamlı surette yerine getirmesine engel olabilecek akıl hastalıkları bulunmamalıdır (m.48/A-7).

3 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 3/1'inci maddesinde ise yalnızca Rekabet Kurulu üyelerinin değil, üyeleri Cumhurbaşkanınca atanan bütün denetleyici ve düzenleyici kurumların karar organlarının taşımaları gereken genel atama şartları düzenlenmiştir. Buna göre, bu kurumlara atanacakların DMK'nin 48'inci maddesinde yer alan genel şartları taşımaları gerekir (m.3/1-a). Bu hükümlerle birlikte, Rekabet Kurulu'na atanmak için gerekli olan şartlara üç şartın daha eklenmiş olduğu görülmektedir. Böylece, RK'nin de dâhil olduğu düzenleyici ve denetleyici kurumların başkan ve üyelerinin atanmalarında RKHK'de zorunlu tutulmayan memuriyete girişte yaş şartı ile öğrenim unsuru da zorunlu tutulmuştur. DMK'de düzenlenen yaş şartı, memuriyete giriş için genel olarak 18 yaşının tamamlanmış olması, bir meslek veya sanat okulunu bitirenler bakımından en az 15 yaşını doldurmuş olmak veya 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) uyarınca kazai rüşt kararı almak biçimindeki mecburiyetlerdir (DMK m.40). Öğrenim gerekliliği ise memur olmak için genel olarak ortaokulu bitirme, ortaokul mezunlarının yetersizliği halinde ise ilkökul mezunlarının da memur olarak atanabileceklerine ilişkin hükmü ifade etmektedir. Ancak hükümlerde, belli görevlere atanabilmek ve bu görevlerde belirli derecelere yükselebilmek için daha yüksek eğitim dereceleri ve belirli fakülte, okul veya öğrenim dallarını veya çeşitli mesleki programları bitirmiş olmak veya yabancı dil bilmek gibi şartların da getirilebileceği öngörülmüştür.

Anılan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi hükmünde öngörülen ve RKHK'den farklılık gösteren bir diğer şart ise mesleki tecrübe şartıdır. Anılan hükme göre, düzenleyici ve denetleyici kurumların başkan ve üyeleri kamuda ve/veya sosyal güvenlik kurumlarına tabi olmak kaydıyla uluslararası kuruluşlar ile özel sektörde veya serbest olarak en az beş yıl çalışmış olmalıdırlar (m.3/1-c). RKHK'nin 23'üncü maddesi ile 3 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 3'üncü maddesinde sayılan bu şartları taşıyan adayların atanmaları Cumhurbaşkanlığı kararıyla gerçekleşir. Ancak Kurulun göreve başlaması için Cumhurbaşkanlığı kararı yeterli değildir. Nitekim RKHK'nin 26'ncı maddesinde Kurul Başkan ve üyelerinin yemin etmeden göreve başlayamayacakları hususu düzenlenmiştir. Başkan ve İkinci Başkan da dâhil olmak üzere Kurul üyeleri, atanmalarının ardından Yargıtay Birinci Başkanlık Divanının önünde görevleri süresince Kurulun işlerini tam bir dikkat ve dürüstlük ile yürüteceklerine, kanunlara aykırı hareket etmeyeceklerine ve ettirmeyeceklerine dair yemin ederler (RKHK m.26/1). Üyelerin yemin etmesiyle Kurul görevine başlar (m.26/2).

Türkiye'de parlamenter yönetim rejiminden Cumhurbaşkanlığı rejimine yönelme nedeniyle bu sisteme uyum sağlanması amacıyla tesis edilen 703 Sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 167'nci maddesinin kabulünden evvel Kurulun teşekkülünü düzenleyen RKHK'nin 22'nci maddesinde karma bir atama sistemi öngörülmüştü. Buna göre, Bakanlar Kurulu, Rekabet Kurulunu oluşturan yedi üyenin üçünü Gümrük ve Ticaret Bakanlığının, birini Kalkınma Bakanlığının, birini Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinin (TOBB) kendi içinden veya dışından göstereceği iki aday arasından ve birer üyeyi de Yargıtay ve Danıştayın kendi kurumları içinden göstereceği ikişer aday arasından atamaktaydı. Gümrük ve Ticaret Bakanlığının kontenjanından gelecek üyelere birinin Kurum personeli olması da aranmaktaydı. Muhtelif kurumların adaylarından oluşan bu Kurul üyeleri arasından Başkan ve İkinci Başkan ise Bakanlar Kurulu tarafından atanmaktaydı (661 Sayılı Avrupa Birliği Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname m.54).

Değişiklikten evvel bahse konu olan atama sisteminde atama Bakanlar Kurulu tarafından yapılmakta ise de bu atamaların çeşitli kurumların gösterdiği adaylar

arasından yapılması zorunluluğu, keza bu kurumlar arasında piyasa oyuncularının da temsilini sağlayan TOBB'un da bulunması, ayrıca aday gösteren kurumlar arasında Danıştay ve Yargıtay gibi hukuk bilincini içselleştirmiş olan köklü kurumların da bulunması, kanaatimizce Kurulun tarafsızlığını sağlamak bakımından daha faydalı görünmekteydi. Bunun gibi, Kurul üyelerinin çeşitli kurumların gösterecekleri adaylar arasından seçilmiş olmaları, Kurulun farklı düşünce yapı ve yöntemlerini, farklı politik görüşleri ve farklı yaklaşımları benimsemesi sebebiyle temsilde çeşitlilik nedeniyle demokrasiye hizmet etme noktasında da fayda sağlayabilecekti. Ayrıca, Kurulda Yargıtay ve Danıştay gibi yüksek mahkemelerin de temsil edilmesi, Kurulun politik hale gelmemesi ve hukuka bağlılık bakımından da bir güvence teşkil edebilecekti. Buna karşılık, yasa değişikliğinin ardından bütün adayları belirleme ve atama yetkisi Cumhurbaşkanına verilmiştir. Kurulun tüm üyelerinin atanmasının siyasi bir figür olan Cumhurbaşkanının tasarrufunda bırakılması, Kurulun politikadan bağımsızlığı ile tarafsız niteliğini tehlikeye atmaktadır³²⁰.

Öğretide Kurul üyeleri her ne şekilde atanmış olurlarsa olsunlar, tarafsızlık ve bağımsızlık açısından önemli olanın atamanın biçimi değil, üyelerin görevden alınıp alınmamaları olduğu ifade edilmişse³²¹ de siyasi bir figür olan Cumhurbaşkanının üst düzey yöneticilerin atanmasında da siyasi bir saikle hareket edebileceği, bu sebeple kendisinin mensup olduğu siyasi görüşe sahip kimseleri atayabileceği, kurulları siyasi bir silaha dönüştürebileceği ve daha da önemlisi, kurulların sahip oldukları belirli konulardaki yasama yetkisini TBMM'den gasp edebileceği gibi endişeler ciddiyetini korumaktadır. Nitekim öğretide haklı olarak ifade edilmiş olduğu üzere, politikaya ve politikacılara duyulan güvensizliğin bir sosyolojik gerçeklik teşkil etmesi, politikacıların da ekonomik birer aktör olmaları nedeniyle her ekonomik aktörde görüldüğü üzere çıkarlarını maksimize ve çıkar kollamaya çalıştıkları bilimsel bir gerçekliktir³²². O halde, politik bir aktör olan Cumhurbaşkanının da siyasi ve ekonomik çıkarlarını kollaması işin tabiatında var olan bir tehlikedir. Bunun gibi, bizzat ekonomik birer aktör olan Kurul üyelerinin de çıkarlarını kollamak üzere hareket edecekleri kuvvetle muhtemeldir. Nitekim bu üyelerin yeniden seçilmelerinin

³²⁰ Çakmak 169; Kaya 41-42.

³²¹ İsmail Yılmaz Aslan 339.

³²² Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, 31.

önünde engel bulunmadığından, yeniden Kurul üyesi yahut başkanı olabilmek ve hatta çeşitli kamu kurumlarındaki bir başka pozisyona atanabilmek için yürütme organından bağımsız hareket etmek istemeyebilecekleri de göz önüne alınması gereken bir husustur.

Kaya, kurulların bağımsızlık ve tarafsızlıklarının temini için kurul üyelerinin, meşruiyeti ve otoritesi herkesçe kabul edilen ve Cumhurbaşkanına nazaran tarafsız ve bağımsız seçim yapacağına inanılan parlamento tarafından yapılmasını, hatta parlamentoda temsil edilen her bir siyasi partinin temsilci sayısı ile oranlı olan bir kontenjan tanınmasını önermektedir³²³. Bu önerinin kurulların bağımsızlığının sağlanması bakımından her bir üyenin Cumhurbaşkanınca atanmasına nazaran çok daha yararlı olacağı düşünülmekle birlikte, adayların kimler tarafından gösterileceği de büyük önem taşımaktadır. Kurulların bağımsızlık ve tarafsızlıklarına ilişkin endişelerin ortadan kaldırılması yahut en azından azaltılması için Kurul üyelerinin aday gösterilmesinde TBMM'nin, piyasa oyuncularının ve yüksek mahkemelerin de bir payının olması gerektiği; karma bir aday belirleme ve atama usulünün belirlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

(3) Kurul Başkan ve Üyelerinin Atanma Şartlarını Kaybetmeleri

Kurul Başkan ve üyeleri, Kurul üyesi olabilmek için gerekli olan nitelikler ve şartlardan herhangi birini kaybettiklerinde, Kurulun vereceği bir kararla bu keyfiyetin tespit edilmesinin ardından ilgili Başkan ve üyelerin görevleri sona erecektir (RKHK m.24/2). Başkan ve üyelerden birinin görevinin görev süresi dolmadan evvel sona ermesi halinde, sonlanma tarihinden itibaren bir ay içinde yeni atama yapılacak, atanacak bu kişi, görevi sona eren Başkan veya üyenin görev süresini tamamlayacaktır (m.24/1). Görevleri herhangi bir sebeple sona eren Kurul üyelerinin yerine yapılacak atamaların usulü 3 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 2'nci maddesinde düzenlenmiştir. İlgili hükme göre, herhangi bir sebeple görevi sona eren Kurul üyelerinin yerine ilgili Cumhurbaşkanı yardımcısı veya ilgili bakan tarafından görevlendirme yapılabilir. RK, RKHK'nin 20/2'nci maddesiyle Ticaret Bakanlığı ile ilişkilendirildiğinden, üyelerden birinin görev süresinin sona ermesiyle atama, Ticaret

³²³ Kaya 41-42.

Bakanı tarafından yapılabileceklerdir. Ancak bu atamalarda görev süresi dört yıl değil, görev süresi sona eren üyenin kalan görev süresidir (RKHK m.24/1). Ayrıca, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi uyarınca Bakan tarafından yapılan bu görevlendirmenin aynı gün Cumhurbaşkanlığına bildirilmesi gerekmektedir (3 Sayılı CK m.2/3).

Kanun'da Kurul üyelerinin atanma şartlarını kaybedip kaybetmediğine ilişkin yapılacak değerlendirmenin yine Kurul tarafından yapılacağı öngörülmüştür. Nitekim Kurul üyelerinin görevden alınmasına ilişkin şartların var olup olmadığının bir başka kurum yahut makam tarafından tespit edilebilmesi halinde Kurulun objektif ve tarafsız kararlar alma kabiliyetine ilişkin şüpheler doğuracaktır. Oysa zaten tarafsız ve objektif olduğuna inanılan Kurulun, bir üyesi hakkında tespit yapması Kurulun bağımsızlığına gölge düşürmeyecektir. Kanun koyucu bu usulle üyelerin görevine son verilmesi hususunda dışarıdan bir müdahalede bulunulmaması ve Kurulun objektif ve tarafsız karar alabilme kabiliyetinin muhafaza edilebilmesi bakımından bir güvence sağlamıştır.

(4) Kurul Başkan ve Üyelerinin Tabi Oldukları Yasaklar

Kanun'da Kurul üyelerinin tabi oldukları yasaklar ve bu yasakların istisnaları yedi fıkra halinde öngörülmüştür. Buna göre, Kurul başkan ve üyeleri özel bir kanuna dayanmadıkça özel veya resmi bir başka görev alamazlar, ticaretle iştigal edemezler ve ortaklıklarda pay edinemezler (m.25/1). Bunlar, göreve başlamadan evvel sahip oldukları, hazine tarafından çıkarılan borçlanma senetleri (devlet tahvili, hazine bonusu, hazine likidite senetleri) dışındaki bütün menkul mallarını üçüncü dereceye kadar kan hısımları ve ikinci dereceye kadar sıhrî (kanuni) hısımları dışındaki kimselere satmak veya devretmek suretiyle elden çıkarmak zorundadırlar. Bu mecburiyete aykırı davranış sergileyen üyeler, üyelikten çekilmiş sayılırlar (m.25/2). Ancak bu yasaklar sosyal yardım ve eğitim işlerine yönelmiş dernek ve vakıflar ile kar amacı gütmeyen kooperatiflerde yürütülen faaliyetleri kapsamamaktadır (m.25/3). Kurul üyeleri ve personeli, Kurum ile ilgili gizli bilgileri ve Kurumun kanuni vazifelerinin yerine getirilmesi esnasında öğrendikleri teşebbüs ve teşebbüs birliklerine ait ticari sırları açıklayamazlar ve bu bilgileri kendilerinin veya

başkalarının menfaatine olarak kullanamazlar. Kurul üyeleri ile Kurum personelinin anılan yükümlülüğü, görevden ayrılmalarından sonra da devam eder (m.25/4).

Kanun'da öngörülen bir diğer yükümlülük ise Kurul üyelerinin görev sürelerinin sona ermesinin ardından belirlenmiş bazı alanlarda çalışamayacaklarına ilişkindir. Kurul üyeleri, görev sürelerinin tamamlanmasının ardından iki yıl geçmedikçe görevden ayrıldıkları tarihten iki yıl öncesine kadar Kurulun yapmış olduğu soruşturmaların konusu olan sektörlerde faaliyet gösteren tüzel kişilerde görev alamazlar ve bu sektörlerde faaliyet gösteren gerçek veya tüzel kişileri Kurum nezdinde temsil edemezler (m.25/5). Maddenin ek 7'nci fıkrasının, 2531 Sayılı Kamu Görevlerinden Ayrılanların Yapamayacakları İşler Hakkında Kanun'un 4'üncü maddesine yaptığı atıf uyarınca Kurul üyeleri, bu yükümlülüğü aykırı hareket ettikleri takdirde altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar (2531 Sayılı Kanun m.4).

(5) Kurul Başkan ve Üyelerinin Görevleriyle İlgili Suç İşlemleri

Kurul Başkan ve üyelerinin görevlerinden alınamayacağına ilişkin hükmün bir diğer istisnası ise üyelerden birinin görevle ilgili bir suç işlediğinin mahkeme kararı ile sabit olması durumudur (RKHK m.24/2). Kanun'da yer alan "görevle ilgili suç" ibaresinden kasıt "görevleri nedeniyle işledikleri ve yine görevleri nedeniyle kendilerine karşı işlenen" suçlardır. Bu suçlara örnek olarak 5237 Sayılı TCK'nin 247'nci maddesinde düzenlenen zimmet suçu, 250'nci maddesinde düzenlenen irtikâp suçu, 251'inci maddesinde düzenlenen denetim görevinin ihmali suçu, 252'nci maddesinde düzenlenen rüşvet suçu 255'inci maddesinde düzenlenen nüfuz ticareti suçu ve 257'nci maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu gibi Kurul üyelerinin görevleri sebebiyle sahip oldukları nüfuz ve yetkilerini kötüye kullanmak suretiyle işleyecekleri suçlar verilebilir. Kurul Başkan ve üyelerinin görevleriyle ilgili olarak suç işlemiş olduklarının mahkeme kararı ile sabit olması, yani bu karara karşı başvurulabilecek olağan yargı yollarının tüketilmiş olması halinde Kurul Başkan ve üyelerinin görevleri kendiliğinden sona erecektir (RKHK m.24/2)

b. Başkanlık

Kurumun üç organından birini teşkil eden Başkanlık, Kurumun genel yönetiminden ve temsilinden sorumlu olan organdır. Başkanlık makamına verilen bu sorumluluk,

Kurumun çalışmalarının düzenlenmesi, denetlenmesi, değerlendirilmesi ve kamuya duyurulması gibi görev ve yetkileri kapsamaktadır. Bir başka deyişle, Başkanlık, Kurum faaliyetlerinden işlemeden, birimler arasındaki koordinasyonu sağlamaktan, Kurumu gerçek ve tüzel kişiler ile kurumlara karşı temsil etmekten sorumlu olup, Kurumun idari yöneticiliğini üstlenmiştir.

Kurumun karar organı olan Kurulun Başkanı, aynı zamanda Kurumun da Başkanı ve en üst idari amiridir. Başkanlık makamı Başkanın yanında İkinci Başkan ile Başkan Yardımcılarından oluşmaktadır. Kurul Başkan ve İkinci Başkanı doğrudan Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır (m.22). Başkan Yardımcıları ise Başkana görevinde yardımcı olmak üzere ve sayısı üçü geçmemek koşuluyla görevlendirilebilirler. Başkan Yardımcılarının görevlendirmeleri Başkan tarafından değil, Başkanın önerisi üzerine Kurul tarafından yapılmaktadır (m.27/1-e). Görevlendirilen Başkan yardımcıları, Başkanın kendilerine verdiği görevleri ve talimatları yerine getirirler, teşkilat kademeleri ve ilgili hizmet birimleri arasında uyum sağlarlar (m.31).

Kurumun karar organını Kurul teşkil etmekle birlikte, bu kararların uygulanmasını sağlayan organ Başkanlıktır. Başkanlık, Kurumun birimleri arasında koordinasyon sağlamak, Kurul toplantılarını düzenlemek, toplantılara Başkanlık etmek, Kurumun bütçesinin uygulanmasını sağlamak ve bazı personel istisna olmak kaydıyla Kurum personelini atamak gibi görev ve yetkilere sahiptir. Bunlar, genel olarak RKHK'nin 30'uncu maddesinde düzenlenmiş olmakla birlikte, örneğin 34'üncü maddede olduğu gibi farklı maddelerde de Başkanlığa çeşitli görev ve yetkiler verilmiştir.

c. Hizmet Birimleri

Kanun'un Kuruma vermiş olduğu görevlerin yerine getirilmesinde saha faaliyetlerine ilişkin çalışmaların yürütülmesi, teknik ve idari bazı ihtiyaçların karşılanması için Kurul ve Başkanlık dışında bazı birimlere de ihtiyaç duyulmaktadır³²⁴. Bu ihtiyaçların karşılanması için ihdas edilen ve Kurumun organlarından üçüncüsünü oluşturan hizmet birimleri ise RKHK'nin 32'nci maddesinde öngörülmüştür. Buna göre, Kurumun hizmet birimleri Daire Başkanlıkları biçiminde teşkilatlanmış ana hizmet

³²⁴ Kaya 47.

birimleri, danışma birimleri ve yardımcı birimlerden oluşmaktadır (m.32). Kanun'da hizmet birimlerine ilişkin başkaca herhangi bir bilgi verilmemiştir. Bununla birlikte, Kanun'un 62'nci maddesinde Kanun'da belirtilenlerin dışında Kurumun yetkilerini kullanışı, yönetim ve çalışma esasları ile birtakım usul ve esasların Kurulca hazırlanacak ve Cumhurbaşkanınca yürürlüğe konulacak yönetmeliklerde düzenleneceği öngörülmüştür. İlgili maddede 703 Sayılı KHK ile yapılan değişikliğin öncesinde bu yönetmelikleri yürürlüğe koyma yetkisi Bakanlar Kuruluna tanınmış ve Bakanlar Kurulu da 23.05.1997 tarihinde "Rekabet Kurumu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in yürürlüğe konulmasına karar vermiştir. İlgili Yönetmelik, 21.06.1997 tarihli ve 23026 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmış ve aynı gün yürürlüğe girmiştir.

Anılan yönetmeliğin 38 ile 50'nci maddeleri arasında Kurumun hizmet birimleri oldukça detaylı bir biçimde düzenlenmiştir. Yönetmelik'in 39'uncu maddesinde hizmet birimleri sıralanmıştır. Buna göre, Kurumun danışma birimleri Hukuk Müşavirliği, Basın Danışmanlığı ve Başkan danışmanlarından oluşmaktadır. Ana hizmet birimleri ise beş birimden ibaret olup, bunlar; Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar Dairesi Başkanlığı (I. Daire), Muafiyet ve Menfi Tespit Dairesi Başkanlığı (II. Daire), Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Başkanlığı (III. Daire), Birleşme ve Devralmalar Dairesi Başkanlığı (IV. Daire) ve Araştırmalar Dairesi Başkanlığı'dır (V. Daire). Aynı yönetmelik hükmünün devamında ise idari hizmet birimleri öngörülmüştür. Yönetmelikle, bu birimlere idari hizmet birimleri ismi verilmişse de RKHK'nin 32'nci maddesinde hizmet birimlerinin ana hizmet birimleri, danışma birimleri ve yardımcı hizmet birimlerinden oluşacağını öngörülmesinin karşısında, bunların Kanun anlamında yardımcı hizmet birimleri olduğunun belirtilmesinde fayda vardır. Yardımcı hizmet birimlerini ise 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 oluşturmaktadır. Yönetmelik'te sayılan bu hizmet birimlerinin yanı sıra ileride doğabilecek ihtiyaçların karşılanması için hizmet birimlerinin birleştirilmesinin, daha fazla hizmet birimine dönüştürülmesinin veya yeni hizmet birimleri kurulmasının Kurul kararıyla mümkün olacağı da ilgili yönetmelik hükmünde öngörülmüştür. Ancak yapılan araştırmada, Kurulun buna ilişkin herhangi bir kararına erişmek mümkün olmamıştır.

Günümüz itibariyle RK tarafından yayınlanan organizasyon şemasına³²⁵ göre Kurumun Hukuk Müşavirliği, Danışmanlık Birimi ve Basın ve Halkla İlişkiler Müşavirliği olmak üzere üç danışma biriminin olduğu görülmektedir. Ana hizmet birimleri ise altı denetim ve uygulama dairesi başkanlıklarının yanında Ekonomik Analiz ve Araştırma Dairesi, Dış İlişkiler ve Rekabet Savunuculuğu Dairesi, Kararlar Dairesi, Kartel ve Yerinde İnceleme Destek Birimi, Bilişim Teknolojileri Dairesi ve Strateji Geliştirme Dairesi başkanlıklarından oluşmaktadır³²⁶. Organizasyon şemasında bulunan yardımcı hizmet birimleri ise Başkan Özel Kalem Müdürlüğü, Başkan Mesleki Bürosu, İç Denetim Birimi, Yönetim Hizmetleri Dairesi, İnsan Kaynakları Dairesi ve İstanbul Bölge Temsilciliği olarak belirtilmiştir.

Kurumun danışma birimleri olan Hukuk Müşavirliği, Danışmanlık Birimi ve Basın ve Halkla İlişkiler Müşavirliği doğrudan Başkana bağlı olarak görev yapmaktadır. Kurumun yardımcı hizmet birimlerinden Başkan Özel Kalem Müdürlüğü, Başkan Mesleki Bürosu ve İç Denetim Birimi de doğrudan Başkana bağlıdır. Kurumun diğer ana hizmet birimleri ile yardımcı hizmet birimleri ise üç Başkan Yardımcısına bağlı olarak görev yapmaktadırlar.

Kurum tarafından yayınlanan organizasyon şeması incelendiğinde, Kurumun ana hizmet birimlerine yedi birim daha eklemiş olduğu görülmektedir. Keza aynı şemaya göre, Yönetmelik'te öngörülen bazı yardımcı birimler kaldırılmış ve yenileri ihdas edilmiştir. Şema incelendiğinde, denetim ve uygulama dairesi başkanlıklarının her birinin mevzuata uygun biçimde ilk inceleme, ön araştırma, soruşturma, ön inceleme, nihai inceleme, muafiyet incelemesi yapmak, bu incelemelerin sonucu olarak bir rapor veya bilgi notu hazırlamak ve mevzuatta belirlenen çeşitli konularda görüş bildirmek gibi görevleri olduğu görülmektedir. Kurumun diğer kuruluşlarla, uluslararası organizasyonlarla, topluluklarla ve medyayla ilişkilerini yürütmek, çeşitli kuruluşlarla işbirliği yapmak, kurumun faaliyet alanıyla ilgili sempozyumlar ve kongreler gibi etkinlikler düzenlemek, kısaca Kurumun dış ilişkilerini düzenlemek ise Dış İlişkiler ve Rekabet Savunuculuğu Dairesi Başkanlığının görevidir. Piyasa araştırmaları yapmak, yapılacak piyasa araştırmalarında genel çerçeveyi belirlemek, Kurumun faaliyet alanıyla ilgili araştırmalar yürütmek, araştırma ve analizlerle ilgili öneriler geliştirmek

³²⁵ Rekabet Kurumu Organizasyon Şeması, www.rekabet.gov.tr (Erişim tarihi: 1 Ocak 2023).

³²⁶ Gönenç Gürkaynak, Rekabet Hukuku, Ankara, Seçkin, 2022, 64.

ise Ekonomik Analiz ve Araştırma Dairesi Başkanlığının görevlerindedir. Veri güvenliğini sağlamak, veri tabanı hazırlamak, donanım ve yazılım sağlamak gibi Kurumun bilişim teknolojilerine uyumunu sağlamak görevleri Bilişim Teknolojileri Dairesinin, Kurumun stratejisini belirlemek, Kurum faaliyetlerinde verimliliği sağlayacak politikalar belirlemek, risk politikalarını oluşturmak, Kurum harcamalarının Kurum politikalarına uygunluğunu denetlemek gibi Kurum politikasına ilişkin görevler ise Strateji Geliştirme Başkanlığının sorumluluğundadır. Kararlar Dairesi Başkanlığı, Başkanın uygun gördüğü konulara ilişkin toplantı gündemi hazırlamak, gündeme ilişkin rapor ve ekleri ile görüşlerini toplantıdan önce Kurula sunmak, genel olarak toplantılara ilişkin işlemleri yapmak, tutanakları hazırlamak, kayıtları tutmak, karar taslaklarını hazırlamak gibi Kurul toplantılarına ve kararlarına ilişkin araştırma faaliyetleri ile yazı işleri görevlerini ifa etmektedir. Kartel ve Yerinde İnceleme Birimi ise kartel uygulamalarına karşı mücadele etmek, bu hususta uluslararası gelişmeleri takip etmek ve önerilerde bulunmak, yerinde incelemelerin etkin bir biçimde işlemesi için öneriler geliştirmek ve gerektiğinde yerinde incelemelere katılmak ve pişmanlık başvurularını değerlendirmek gibi kartel oluşumlarına karşı mücadeleye ilişkin görevleri ifa etmekle görevlendirilmiştir³²⁷.

Görüldüğü üzere, hizmet birimleri, Kurumun ve Kurulun kararlarına dayanak olan verileri toplamak, araştırma ve soruşturmalar yapmak, bunlara ilişkin görüşlerini bildirmek gibi görevleri ifa etmektedirler. Bunlar, Kurulun doğru kararlar vermesi için gerekli bilgileri Kurul üyelerine sunmakta, gündemlerin belirlenmesinde, Kurumun politikalarının geliştirilmesinde Kuruma ve Kurula yardımcı olmaktadır. Böylece, Kurumun teşkilatının organlarından birini oluşturan hizmet birimlerinin, Kuruma ve Kurula verilen fiili görevlerin ifa edilmelerini sağlamakta oldukları, böylece “Kurumun elleri” işlevini gördükleri ifade edilebilir.

B. Kurumun Görev ve Yetkileri

RKHK'nin çeşitli hükümlerinde Kuruma birçok görev yüklenmiş ve yetki tanınmıştır. Bu görev ve yetkiler, esas itibarıyla serbest rekabeti engelleyen, bozan veya kısıtlayan anlaşmalar, kararlar ve davranışlar ile piyasaya hâkim olan teşebbüslerin hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemeye ve piyasadaki serbest rekabet

³²⁷ www.rekabet.gov.tr.

ortamının korunmasını sağlamaya yöneliktir (RKHK m.1). Bununla birlikte, Kurumun teşkilatın işleyişine ilişkin bazı yetki ve görevleri de bulunmaktadır. Bu görev ve yetkilerden rekabetin işleyişini sağlamaya veya bir başka deyişle esasa ve regülasyona ilişkin olanlar Kurumun karar organı olan Kurula verilmiş, teşkilatın işleyişine ilişkin yetki ve görevler ise Kurul ile Başkanlık organları arasında paylaştırılmıştır. Çalışmamızda öncelikle Kurula yüklenen regülasyon ve esasa ilişkin görevler, ardından ise teşkilatın işleyişine ilişkin görevlere yer verilecektir.

1. Düzenleme Yapma

Kural koyma yetkisi olarak da isimlendirilebilecek olan düzenleme yetkisi, daha evvel de ifade edilmiş olduğu üzere aslen yasama organınca kullanılır ve bu yetkinin herhangi bir kuruluşa devredilmesi Anayasa'nın 7'nci maddesi uyarınca mümkün değildir. Bununla birlikte, Anayasa'nın 124'üncü hükmü, Cumhurbaşkanının, bakanlıkların ve kamu tüzel kişilerinin kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak kaydıyla yönetmelik çıkarabileceklerini düzenleyerek idareye de belirli şartlar altında düzenleme yapma yetkisini tanımıştır. Kamu tüzel kişisi olması sebebiyle Anayasa'dan kaynaklanan bu yetkinin yanında Rekabet Kurulu, rekabetin korunmasına ilişkin konularda kanundan doğan genel bir düzenleme yapma yetkisini de haizdir³²⁸.

Kurulun bu genel yetkisi RKHK'nin 27/1-f maddesinden kaynaklanmaktadır. Anılan hükümde RKHK'nin uygulanmasını sağlamak üzere tebliğler çıkarmak ve düzenlemeler yapmak görev ve yetkisi Kurula verilmiştir. Kurul, anılan maddeye dayanarak yapacağı düzenlemelerde, Anayasa'ya, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ve kanunlara uygun olmak ile Kanun'un amaç, ilke ve sınırlarını aşmamak dışında herhangi bir kısıtlamaya tabi değildir³²⁹. Kurulun sınırları oldukça geniş olan bu yetkisi, Kurulun oyunun kurallarını belirleme, piyasa oyuncularını belirli davranışları

³²⁸ Kaya 72; Yollu 250.

³²⁹ İsmail Yılmaz Aslan 342; Gündüz Alp Aslan 609.

yapmaya sevk etme ve belirli davranışları yapmaktan alıkoyma olarak da ifade edilen regülasyon yetkisinin görünümünden biridir³³⁰.

RKHK, Kurulun kendi alanıyla ilgili genel düzenleme yetkisinin yanı sıra, Kurula özel bazı hususlarda da düzenlemeler yapma yetkisi tanınmış, ancak genel düzenleme yetkisinin aksine bu yetkiyi çeşitli sınırlara tabi tutmuştur³³¹. Bunlardan biri Kanun'un, Kurula belirli şartların gerçekleşmesi halinde belirli konulardaki anlaşma türlerine bir grup olarak muafiyet tanınmasına ve bunun şartlarını gösteren tebliğler çıkarabilmesine ilişkin 5/4'üncü maddesidir. Kanun'un anılan hükmünde Kurula bazı şartların varlığı halinde teşebbüsler arasında belirli konularda yapılan anlaşmalara bir grup olarak muafiyet tanıma ve bu muafiyetin şartlarını belirleme yetkisini verilmiştir. Ancak Kurul, bu yetkisini ancak Kanun'un 5/1'inci maddesinde öngörülen şartların her birinin mevcut olması halinde kullanabilir.

Çalışmamızın önceki kısımlarında da ifade etmiş olduğumuz üzere, idarenin düzenleyici yetkisi asli bir yetki değil, türevsel bir yetkidir³³². Bu sebeple bir idare olan Kurum, düzenleme yetkisini Kanun'un belirlediği genel çerçeveye ve esaslara uygun olarak, Kanun'un uygulanmasına yönelik ve Kanun'un düzenleme yapılmasını öngördüğü biçimde kullanılmalıdır³³³. Bu bağlamda, RKHK'nin 27/1-f maddesinde Kurulun, Kanun'un uygulanması için gerekli tebliğleri çıkarabileceği ve düzenlemeler yapabileceği öngörüldüğünden, Kurulun, Kanun'un uygulanmasına ilişkin düzenlemelerini genelge, yönerge, yönetmelik veya tebliğler şeklinde yapması mümkündür. Bununla birlikte, Kurulun Kanun'un 5/4'üncü maddesi ve 7/2'nci maddesi uyarınca çıkaracağı düzenlemeler bakımından yalnızca tebliğler çıkarabileceği öngörüldüğünden, bu konulardaki düzenlemeler ancak tebliğlerle yapılabilir.

³³⁰ Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, 21.

³³¹ İsmail Yılmaz Aslan 342.

³³² Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 1, 104; Özelçi, Elektronik Haberleşme Hizmetlerinin Görülüş Usulleri, 62; Özay 426; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya 390; AYM, 01.02.1990 T., 1988/64 E., 1990/2 K. sayılı ilamı (anayasa.gov.tr).

³³³ Özelçi, Elektronik Haberleşme Hizmetlerinin Görülüş Usulleri, 62; Gündüz Alp Aslan 610; Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 1, 105.

Kurul, kendisine tanınan düzenleme yetkisini kullanarak, belirli davranışları, anlaşmaları ve kararları rekabeti sınırlayıcı, engelleyici veya bozucu olarak nitelendirebilir, birleşme ve devralmalar bakımından çeşitli şartlar getirebilir, bazılarını izin kapsamına alabilir, bazılarını ise izin kapsamından çıkarabilir. Kurul, düzenleme yapma yetkisine dayanarak “Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik”, “Uzlaşma Yönetmeliği” ve “Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Daire Yönetmelik (Pişmanlık Yönetmeliği) gibi yönetmelikler çıkararak Kanun’un çeşitli maddelerinin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemiş bulunmaktadır. Ayrıca Kurul, bazı davranış, eylem ve anlaşmaları rekabet ihlali kapsamında çıkararak, örneğin “2016/5 sayılı Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği” ve “2017/3 Sayılı Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği” gibi birçok tebliği de yayınlamıştır.

Önemle belirtmek gerekir ki Kurul, ceza hukukunun temel ilkelerinden suç ve cezaların yasallığı ilkesi uyarınca kendisine tanınan düzenleme yetkisine dayanarak suç, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerini yönetmelik, tebliğ veya bir başka suretle ihdas edemez³³⁴. Nitekim Anayasanın “Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar” başlıklı 38’inci maddesinin ilk fıkrasında kimsenin, işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiil sebebiyle cezalandırılmayacağı, üçüncü fıkrasında ise ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin ancak kanunla konulabileceği düzenlenmiştir. Bunun gibi, 5237 Sayılı TCK’nin 2’nci maddesinde suçta ve cezada kanunilik ilkesi öngörülmüştür. Buna göre, Kanun’un açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Hükümde ayrıca Kanun’da öngörülen ceza ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamayacağı düzenlenmiştir. Hükümün ikinci fıkrasında ise idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamayacağı açık ve kesin bir biçimde belirlenmiştir. Ayrıca Anayasanın 13’üncü hükmü uyarınca Kurulun temel hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı nitelikte herhangi bir düzenleme yapması da mümkün değildir³³⁵.

³³⁴ Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk 224-225; Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 1, 106; Akıncı, Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, 141.

³³⁵ Gözler ve Kaplan 425.

Nihayet Kurul, düzenleyici işlemleriyle mali yükümlülükler getiremez³³⁶. Nitekim Anayasanın 73/3'üncü maddesinde vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin ancak kanunla getirilebileceği, değiştirilebileceği ve kaldırılabilceği hususu düzenlenmiştir. Bu halde, vergi, resim ve harç gibi mali yükümlülükleri ihdas etmek, değiştirmek veya kaldırmak yetkisinin yasama organının tasarrufunda bırakıldığı ve idarenin düzenleyici işlemleriyle mali yükümlülük öngöremeyeceği şüphesizdir.

2. Denetim Yapma Görev ve Yetkisi

Rekabet Kurulu da tıpkı diğer düzenleyici kurumlar gibi faaliyet alanlarına ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ve kanunlarla ihdas edilen hükümlerle, kendi düzenleme yetkisine dayanarak yapmış olduğu düzenlemelere uygun davranılıp davranılmadığını incelemek için denetim yetkisini kullanmaktadır³³⁷. Kurul, denetim yetkisini esas itibariyle RKHK'nin 4'üncü, 6'ncı ve 7'nci maddelerinde düzenlenen ve yasaklanan davranışların piyasa aktörlerince gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini veya diğer bir söylemle, yasaklara uygun davranış sergileyip sergilemediklerini tespit etmek amacıyla kullanır.

RKHK'de yasaklanan bu davranışlar, genel olarak ürün veya hizmetlerin fiyatlarının, maliyetlerinin, karlarının, bunları meydana getiren hammadde fiyatlarının ve satış koşullarının tespit edilmesi (m.4/2-a), piyasaların veya piyasa kaynak ve unsurlarının teşebbüsler arasında paylaşılması (m.4/2-b), bunların arz veya talep miktarının piyasa dışında belirlenmesi ve kontrol edilmesi (m.4/2-c), piyasaya yeni aktörlerin girişinin engellenmesi veya zorlaştırılması, piyasadaki diğer aktörlerin dışlanması (m.4/2-d), onlara karşı ayrımcılık yapılması (m.4/2-e), haksız şartlar öngörülmesi (m.4/2-f) ve bu suretle serbest piyasa düzeninin bozulmasına ilişkin anlaşmalar, uyumlu eylemler ve kararlar alınması, hâkim durumun kötüye kullanılması (m.6) ile piyasada hâkim

³³⁶ Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk 225; Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 1, 107-109.

³³⁷ Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 1, 348-349; Günday, İdare Hukuku, 570; Arslan ve Arslan 141; Yollu 18.

durumda bulunan bir veya birden fazla teşebbüsün serbest rekabeti önemli ölçüde kısıtlayabilecek ölçüdeki birleşme ve devralmalar meydana getirmesidir (m.7). Ancak, rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar ile hâkim durumun kötüye kullanılması, yukarıda belirtilen anlaşma, eylem ve kararlar ile sınırlı olmayıp, bunlar Kanun'da örnekseyici olarak sayılmışlardır. Kurul, teşebbüslerin meydana getirdikleri ve yukarıda örnekseyici olarak sayılan rekabet düzenini bozucu, kısıtlayıcı veya engelleyici nitelikteki veya bir başka deyişle rekabet hukuku düzenlemelerine aykırı olan anlaşma, eylem ve kararları tespit etmek için denetim yetkisini kullanmaktadır.

Kurulun denetim yetkisini haiz olduğu RKHK'nin birçok hükmünden anlaşılmaktadır. Öncelikle, Kanun'un "Kurulun Görev ve Yetkileri" başlığını taşıyan 27'nci maddesinin 1'inci fıkrasının a bendinde Kurula, Kanun'da yasaklanan faaliyetler ve hukuki işlemler hakkında inceleme, araştırma ve soruşturma yapmak görev ve yetkisi verilmiştir. Aynı maddenin c fıkrasında Kurulun vermiş olduğu muafiyet kararları ile menfi tespit belgelerinin ilgili olduğu piyasaları sürekli takip etme yetkisi öngörülmüştür. Kurula anılan hükümde verilen bu görev ve yetki, Kanun'un 14'üncü ve 15'inci maddelerinde de pekiştirilmiş ve bu maddelerle Kurulun denetim yetkisini hangi araçlarla kullanacağı düzenlenmiştir. İlgili hükümler doğrultusunda Kurul, denetim yetkisini gerekli gördüğü her türlü bilgi ve belgeyi istemek, gerçek ve tüzel kişilerin bilgisine başvurmak, gerekli gördüğünde yerinde incelemeler yapmak, belirli işlemlerin gerçekleşmesine izin vermek veya vermemek suretiyle kullanmaktadır³³⁸. Ayrıca Kurul, denetim yetkisini yasaklanan faaliyetler ve hukuki işlemler hakkında yapacağı inceleme, araştırma ve soruşturma yürüterek de kullanır. Bunun gibi, Kurulun geçici tedbir kararları da denetim yetkisinin araçlarındandır³³⁹. Öğretide tüm bu yetkiler, Kurulun gözetim ve denetim yetkileri olarak adlandırılmıştır³⁴⁰.

a. Öneri ve Soruşturma Yapma Yetkisi

(1) Genel Olarak

³³⁸ Yollu 18; Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 1, 348-349; Badur ve Ertem 103; Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, 23; Günay, İdare Hukuku, 570; Arslan ve Arslan 141-142.

³³⁹ Badur ve Ertem 103.

³⁴⁰ Arslan ve Arslan 141-142.

Kurul, Kanun'un 27/1-a maddesi uyarınca Kanun'da yasaklanan ve rekabet ihlali teşkil eden faaliyetler ile hukuki işlemler hakkında şikâyet üzerine veya kendiliğinden inceleme, araştırma ve soruşturma yapma görev ve yetkisine sahiptir. Kanun'un 40'inci maddesinde Kurulun re'sen veya kendisine yapılan başvurular üzerine doğrudan soruşturma açılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olmadığının tespit edilmesi için önaraştırma yapılmasına karar vereceği hususu öngörülmüştür (m.40/1).

Kurul, faaliyetler yahut işlemlerin rekabet ihlali oluşturup oluşturmayacağına ilişkin olarak yaptığı incelemeleri başvuru üzerine veya herhangi bir başvuru olmaksızın re'sen³⁴¹ değerlendirmektedir. Kurula yapılacak başvurular hakkında usul, 2012/2 sayılı Rekabet İhlallerine İlişkin Başvuru Usulüne Dair Tebliğ'de düzenlenmiştir. Sözü geçen tebliğde Kuruma yapılacak başvuruların ihbar, şikâyet ya da Bakanlık talebiyle yapılabileceği öngörülmüştür. Başvurular, gerçek kişiler tarafından yapılabileceği gibi, kurum, kuruluş ve dernekler gibi tüzel kişiler tarafından da yapılabilmektedir (m.4/1). Kuruma yapılacak başvuruların yazılı olarak yapılması esastır. Yazılı başvurular, başvuru sahibince posta yoluyla Kuruma gönderilebileceği gibi şahsen de teslim edilebilir. Ayrıca başvuruların e-devlet üzerinden³⁴², faks, e-posta, telefon aracılığıyla veya şifahi olarak isimle birlikte, isimsiz³⁴³ veya gizlilik talebiyle³⁴⁴ yapılması mümkündür. Şifahi olan başvurular Kurum personeline tutanağa bağlanarak ihbar olarak kabul edilebilir (m.5/2).

Tebliğ'in 5/2'nci hükmünde başvuru üzerine ilgili daire başkanlığının yapacağı inceleme neticesinde işlem yapılmayacak bazı haller düzenlenmiştir. İlgili hükümde işlem yapılmayacağı belirtilen ilk hal, gerçek kişilerce yapılan başvurularda başvuranın adı soyadı, vatandaşlık numarası, adresi, imzası ve varsa elektronik tebligat adreslerinin başvuruda yer almamasıdır (m.5/2-a). Hükmün ikinci bendinde tüzel kişilerce yapılan başvurular düzenlenmiştir. Buna göre, bunlar tarafından yapılan başvurularda başvuranın ticaret unvanı veya işletme adı, adresi, elektronik tebligat adresi, Merkezi Sicil Kayıt Sistemi (MERSİS) numarası, imza sirküleri ve bu sirkülere göre tüzel kişiliği temsil ve ilzama yetkili olanların imzası yer almalıdır (m.5/2-b).

³⁴¹ Rekabet Kurulu, 15.04.2021 T., 21-22/267-117 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

³⁴² Rekabet Kurulu, 03.03.2022 T., 22-11/170-69 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

³⁴³ Rekabet Kurulu, 17.08.2011 T., 11-45/1087-380 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

³⁴⁴ Rekabet İhlallerine İlişkin Başvuru Usulüne Dair Tebliğ m. 2/7.

Temsilciler aracılığıyla yapılacak başvurularda ise temsilcinin yetkili olduğunu gösteren, örneğin vekâletnamenin aslı veya usulüne uygun bir şekilde aslına uygunluğu onanmış örneği, temsilcinin ve temsil olunanın adresi, temsilcinin imzası ve varsa elektronik tebligat adresinin bulunması gerekir (m.5/2-c). İlgili hükümde yer alan bilgi ve belgelerin başvuruda yer almaması halinde bunlar hakkında kural olarak herhangi bir işlem yapılmamaktadır. Bununla birlikte Tebliğ’de, başvuruda anılan unsurların bulunmaması durumunda dahi başvuruda bulunan iddiaların ciddi bulunması halinde re’sen inceleme başlatılabileceği hususu düzenlenmiştir (m.5/3).

Tebliğ’de ele alınan bir diğer önemli husus gerekli nitelikleri taşıması gereken başvurular hakkında dahi işlem yapılmamasına ilişkindir. İlgili hükme göre Kurul, yukarıda saymış olduğumuz bilgi ve belgeleri taşımakla birlikte ihlale ilişkin yalnızca soyut beyan içeren, ihlalin gerçekleşme şekline, yerine ve zamanına, incelenmesi istenen teşebbüs ve teşebbüs birliklerine ilişkin somut bilgi ve belge içermeyen ve iddiaların ciddi ve yeterli olarak ortaya konulmadığı değerlendirilen başvurular hakkında işlem yapmayacaktır (m.5/4). Ayrıca Kuruma yapılacak başvurular 3071 Sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun’a tabi olduklarından, Türk vatandaşları ile Türkiye’de ikamet eden gerçek kişiler tarafından yapılacak başvurularda, başvuru sahibinin adı ve soyadı, imzası ve iş ya da ikametgâh adresinin bulunması gerekir (m.4). Anılan Kanun’un 6’ncı maddesi gereği belli bir konuyu ihtiva etmeyen, yargı mercilerinin görev alanına giren konulara ilişkin olan ve 4’üncü maddede sayılan şartları içermeyen dilekçeler incelenmeyecektir (m.6). Bu unsurları taşımayan dilekçelerin incelenmesi emredici bir hükümle yasaklanmış olduğundan, Kurumun ilgili eksikliklere sahip olan dilekçeleri incelememesi ve herhangi bir karar almaması gerekir. Kanun’un 7’nci maddesinde bu başvurulara 30 gün içerisinde gerekçeli olarak cevap verileceği düzenlenmiş olduğundan, bu süre içinde cevap verilmemesi halinde başvuru zımnen reddedilmiş sayılmalıdır (RKHK m.42/2). Bu sonuç, Rekabet İhlallerine İlişkin Başvuru Usulüne Dair Tebliğ’in 7’nci maddesinde de açıkça öngörülmüştür. Tebliğ’de ele alınan bu hususların uygulamada da aynı şekilde vücut bulduğu görülmektedir. Örneğin Kurul, Adıyaman ilinde faaliyet gösteren akaryakıt ve oto gaz LPG satış istasyonlarının fiyat tespiti yaparak rekabet kurallarını ihlal etmiş olduklarına ilişkin bir başvuru hakkında yaptığı değerlendirmede, ilgili piyasada başvuru tarihi itibarıyla 17 farklı fiyat bulunduğunu tespit etmiş ve bu sebeple başvuruda ileri sürülen iddiaların yeterli dayanaktan ve

ciddiyetten yoksun olduğuna; dolayısıyla da başvuru kapsamında herhangi bir işlem yapılmasına gerek olmadığına karar vermiştir³⁴⁵.

Bu noktada Kurulun, işlem yapılmasına gerek olmadığına biçiminde karar alma yetkisinin bulunup bulunmadığına değinmek gerekir. Bilindiği üzere, Kurulun görev ve yetkileri ile bunların kullanma usulü geniş ölçüde RKHK'de düzenlenmiştir. Kurulun önaraştırma ve soruşturma yapma konusundaki görev ve yetkileri ile bu yetkilerin kullanılma usulü ise Kanun'un 40 ila 55'inci maddeleri arasında düzenlenmiştir. Kanun'un 40'inci maddesinde Kurulun re'sen veya başvuru üzerine doğrudan soruşturma açılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olup olmadığını belirlemek üzere önaraştırma yapılmasına karar vereceği öngörülmüştür. Takip eden 41'inci maddede ise Kurulun, önaraştırma raporunu teslim almasından 10 gün içinde karar vermek üzere toplanacağı ve soruşturma açılmasına ya da açılmamasına karar vereceği kuralına yer verilmiştir. Konuyla ilgili son olarak, Kanun'un 42'inci maddesinde Kurulun başvuruları açıkça veya zımnen reddedebileceği düzenlenmiştir. İlgili kanuni düzenlemelerden anlaşılacağı üzere Kurul, re'sen veya başvuru üzerine yaptığı incelemelerde ya doğrudan soruşturma açılmasına ya soruşturmaya gerek olup olmadığının tespiti için önaraştırma yapılmasına karar verecek ya da başvuruyu açıkça veya zımnen reddedecektir. Öte yandan, Danıştay, önaraştırma yapılmaksızın başvurunun reddini mümkün görmemektedir. Danıştay, bir kararında Kurulun başvuru üzerine ya doğrudan soruşturma açabileceğini ya da soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespit edilmesi için önaraştırma açılmasına karar verebileceğini belirterek, bir şikâyetin rekabet ihlali olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin tespit edilmesi için önaraştırma yapılmasının zorunlu olduğu, ancak bu aşamanın sonrasında şikâyetin reddedilebileceğine hükmetmiştir³⁴⁶. Bu halde, Kurulun başvuruda öne sürülen iddiaları ciddi ve yeterli görmemesi halinde verebileceği kararın ret kararından ibaret olduğu, işlem yapılmasına gerek olmadığına ilişkin bir karar vermesinin doğru olmadığı kanaatindeyiz.

³⁴⁵ Rekabet Kurulu, 17.08.2011 T., 11-45/1087-380 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

³⁴⁶ Danıştay 13. D., 29.03.2010 T., 2008/4987 E., 2010/2581 K. sayılı ilamı (Legalbank).

Kurul, incelemeyi ister re'sen, isterse başvuru üzerine yapsın, iddiaların doğruluğunu kendiliğinden araştırmakla yükümlüdür³⁴⁷. Bununla birlikte, Kurulun şikâyet üzerine inceleme başlattığı hallerde ne meslek personeli ne de Kurul, şikâyette yer alan iddialar ve delillerle bağlıdır. Kurul ve Kurum personeli, yapacakları incelemelerde başvuru konusu dışındaki konuları da araştırabilir, başvuruya ilgisi bulunmayan tespitler yapabilir, farklı delilleri inceleyebilir ve farklı önerilerde bulunabilir³⁴⁸. Kurul, yapacağı incelemede deliller bakımından da sınırlı olmayıp, incelemeyi her türlü bilgi ve belgeye dayanarak başlatabilir. Örneğin Kurul, daha önce yürütmüş olduğu incelemeler dolayısıyla edinmiş olduğu delillere dayanarak bir başka inceleme yapabilir³⁴⁹. Bunun gibi, Kurul, yapacağı incelemeyi herkese açık kaynaklardan edindiği, örneğin mal ve hizmetlerin satış fiyatlarına³⁵⁰, haber ve makalelere dayandırabileceği gibi, toplumsal gündemde bulunan konulara dayanarak da inceleme başlatabilir³⁵¹. Öğretide Gürkaynak, toplumsal gündemlerin Kurulun incelemesine esas olduğu olaylara örnek olarak, Covid-19 salgını döneminde temizlik malzemeleri ve gıda satışı ile tedariğiyle ilgilenen süpermarket zincirleri ve sağlayıcıları hakkında fiyatlama davranışlarını araştırmak ve Kanun'un 4'üncü maddesinde belirlenen ihlallerin gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmek için re'sen açtığı soruşturmayı göstermiştir³⁵².

Rekabet Kurumu Yıllık Raporu'na göre Kurul, 2020 yılında önaraştırma ve soruşturma yapılmasına ilişkin 65 karar vermiş olup bu kararlardan 36'sı önaraştırma yapılmasına, 29'u ise soruşturma yapılmasına yöneliktir³⁵³. Kurumun 2021 Yıllık

³⁴⁷ İsmail Yılmaz Aslan 349; Metin Uğur Aytakin, Türk Rekabet Otoritesi ile Avrupa Birliği Rekabet Otoritesinin Ekonomik Kolluk Yetkisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2010, 84.

³⁴⁸ Gürkaynak 475.

³⁴⁹ Gürkaynak 472-473; Elif Nurdan Şarbak, "AB ve Türk Rekabet Hukukunda Bilgi İsteme Yetkisi ve Buna İlişkin Yapıtlar", Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 219, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını, 2022, 34.

³⁵⁰ Rekabet Kurulu, 09.03.2023 T., 23-13/214-70 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

³⁵¹ Gürkaynak 473: Gürkaynak, eserinde Rekabet Kurulu'nun Türkiye Bankalar Birliği kararında bir gazete makalesine dayanarak tasarruf mevduatlarının ve ipotek kredilerinin faiz oranlarının belirlenip belirlenmediğini incelemiş olduğunu, ayrıca bir başka gazete haberi olan "Mermer Kesiciler Zam Yaptı" haberine dayanılarak sektörde önaraştırma başlattığını (05-11/114-44) aktarmıştır.

³⁵² Gürkaynak 475: Kurulun 07.05.2020 tarih ve 20-23/298-M sayılı kararı.

³⁵³ Rekabet Kurumu Yıllık Rapor 2020, www.rekabet.gov.tr (Erişim tarihi: 28.12.2023)

Raporu'na göre Kurul, 2021 yılında 74 karar vermiş olup, bunların 29'u önaraştırma, 44'ü soruşturma açılmasına ve 1 tanesi de ilk inceleme yapılmasına ilişkindir. Bu sayı, 2022 yılında 24'ü önaraştırma ve 54'ü soruşturma açılmasına ilişkin karar olmak üzere 78'e çıkmıştır. Verilerden anlaşıldığı üzere, Kurulun önaraştırma yapılmasına ilişkin kararlarında azalma meydana gelmesine rağmen önaraştırma ve soruşturma yapılmasına ilişkin kararların bir bütün olarak her geçen yıl arttığı gözlenmektedir. Kurum tarafından periyodik olarak yayınlanan istatistiklere göre Kurul, 2020 yılında 26, 2021 yılında 40, 2022 yılında 29 soruşturmayı sonuçlandırmıştır. 2023 yılının ilk 6 ayında ise bu sayı 18 olarak belirlenmiştir³⁵⁴.

(2) Önaraştırma Safhası

Kurulun önaraştırma yapılmasına karar vermiş olması halinde önaraştırma Kurum personeli tarafından yapılır. Önaraştırma yapılmasına ilişkin karar, Kurulun nihai kararları arasında bulunmadığından, Kanun'un 51/3'üncü maddesi uyarınca en az üçte biri toplanan Kurul üyelerinin salt çoğunluğunca verilebilir. Bu halde, Kurulun toplam yedi üyesi bulunduğundan, bu üyelerin üçünün toplantıya katılmaları ve bunların da ikisinin önaraştırma yapılması yönünde karar vermesi halinde önaraştırma yapılabilecektir. Önaraştırma safhası, Kurulun doğrudan soruşturma açmak için yeterli delile sahip olmadığı durumlarda, inceleme konusu hakkında daha fazla bilgi edinebilmek amacıyla yürütülen bir prosedürdür³⁵⁵. Önaraştırmanın hangi personel tarafından yapılacağı Kurul Başkanı tarafından belirlenir. Kurul Başkanı, önaraştırmayı yapmak üzere bir veya birden çok meslek personeli uzmanı raportör olarak görevlendirir (m.40/2).

Raportör olarak tayin edilen meslek personeli uzmanlar, kendilerine tevdi edilen konu hakkında araştırmalar yapar, bilgi ve delil toplarlar (m.40/3) Ancak Kanun'da Kurul Başkanı tarafından önaraştırma yapmakla görevlendirilen raportörlerin hangi araçlarla

³⁵⁴ Rekabet Kurumu Karar İstatistikleri, www.rekabet.gov.tr (Erişim tarihi: 28.12.2023)

³⁵⁵ İsmail Yılmaz Aslan 350.

bilgi ve delil toplayacağı hususunda herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Gerçekten, RKHK'nin 44'üncü maddesinde delillerin toplanma usulü öngörülmüş olup, bu hükümde Kurul adına hareket eden ve Kurulca belirlenip görevlendirilen heyetin ancak "soruşturma safhasında" bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerini kullanabileceği öngörülmüştür. Buna karşılık, ilgili hükümde görevlendirilen raportörlerin önaraştırma aşamasında bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerini kullanabileceğine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla birlikte, raportörlerin önaraştırma esnasında yerinde inceleme yetkisini kullanabilecekleri, Kanun'un 15'inci maddesinden anlaşılmaktadır. Nitekim ilgili hükümde Kurulun, RKHK'nin kendisine verdiği görevleri yerine getirirken teşebbüs ve teşebbüs birliklerinde inceleme yapabileceği ve bu incelemenin Kurul personeline Kuruldan bir yetki belgesi almak suretiyle yapılacağı düzenlenmiştir. Bilgi isteme yetkisinin düzenlenmiş olduğu 14'üncü maddede ise bu yetkinin Kurulca kullanılacağı düzenlenmiştir. Kanun'da yerinde inceleme yetkisinin aksine, Kurulun bilgi isteme yetkisinin meslek personeline yetki belgesi almak suretiyle kullanılacağına ilişkin herhangi bir hüküm de bulunmamaktadır. Her ne kadar, Rekabet Kurumu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in 59'uncü maddesinde önaraştırma yapmakla görevlendirilen raportörlerin, yapılacak önaraştırma ile sınırlı olmak üzere Kurul adına Kanun'un 14'üncü ve 15'inci maddelerinde öngörülen bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerini kullanabilecekleri düzenlenmişse de bu hükmün bilgi isteme yetkisi bakımından uygulanamaz olduğu kanaatindeyiz. Nitekim aşağıda açıklanacağı üzere, Kurula tanınan bu yetkiler temel hak ve özgürlükler bakımından ciddi bir müdahale oluşturmaktadır ve bu önemine binaen, yalnızca Anayasa'da belirtilen hususlarla sınırlı olmak üzere Kanun'la düzenlenebilirler. Keza idare hukukunda yetki devrinin genel değil de istisnai bir durum olarak kabul edilmesi ve bunun ancak Kanun'un açıkça izin verdiği hallerde yapılabileceği düşünüldüğünde, önaraştırma evresinde görevlendirilen raportörlerin yönetmelikten aldıkları yetkiyle bilgi isteme yetkisini kullanmaları mümkün değildir. Buna karşılık, uygulamada önaraştırma evresinde görevlendirilen raportörlerin bilgi isteme yetkisine başvurdukları görülmektedir. Bunun gibi, Kurulun, önaraştırma evresinde raportörlerce bilgi isteme yetkisi kapsamında muhataplara yöneltilen taleplere yanlış veya yanıltıcı cevaplar verilmesi halinde idari para cezası uygulandığı görülmektedir. Örneğin Kurul, bir kararında, bir önaraştırma kapsamında Kurum personeline istenen bilgi talebine

yanlış veya yanıltıcı cevap verilmesi sebebiyle muhatap hakkında RKHK m.16/1-c uyarınca idari para cezası uygulanmasına karar vermiştir³⁵⁶.

Danıştay 13'üncü Daire, Çimentaş ve Çimbeton kararlarında, bilgi isteme yetkisinin yalnızca soruşturma evresinde değil, Kurulun Kanun'un kendisine verdiği görevleri yaptığı her an kullanılabilceği, bu hususun Kanun'un 14'üncü ve 15'inci maddelerinden anlaşıldığını, Kurulun bu yetkilerini Başkanlığa devretmiş olduğunu gerekçe göstererek önaraştırma safhasında muhataba yöneltilen bilgi talebine yanlış veya yanıltıcı cevap verilmesi sebebiyle verilen idari para cezalarını hukuka aykırı bulmamıştır³⁵⁷. Danıştayın ilgili kararlarının, bu yetkilerin her an kullanılabilceği tespiti bakımından isabetli olduğu, ancak bu yetkinin Başkanlık tarafından da kullanılabilceğine yönelik tespit bakımından isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Nitekim Anayasa'nın 6'ncı maddesine göre egemenlik, kayıtsız ve şartsız Türk Milletine ait olup, bu egemenlik Türk Milleti tarafından, Anayasa'nın koyduğu esaslara göre yetkili organlar eliyle kullanılır. Aynı maddenin 3'üncü fıkrasında hiç kimsenin veya organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisini kullanamayacağı hususu yer almaktadır. Nihayet, Anayasa'nın 123'üncü maddesinde idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği öngörülmüştür. Tüm bu hükümlerden anlaşılmaktadır ki: idare, kaynağını Anayasa'dan almayan bir yetkiyi kullanamaz, devlet yetkileri ancak yetkili organlarca kullanılır ve idarenin görevleri kanunlarla düzenlenir. Yetki, bir idari işlemin en önemli unsurlarındandır. İdare hukukunda yetkili olmak bir istisna olup, yetkisizlik asıldır³⁵⁸. Bir başka deyişle, özel hukuk bakımından yasaklanmayan her davranış serbestken, idare hukuku bakımından emredilmeyen her türlü davranış yasaktır. İdare hukuku bakımından görev ve yetki hangi organa yahut makama tanınmışsa onlar tarafından ve kanunların öngörmüş olduğu koşullarda kullanılabilirler³⁵⁹. Bu sebeptendir ki idare hukukunda kanunlarca bir işlemi yapmaya yetkili kılınmış olan kişiler ve organlar, bu yetkilerini kural olarak bir başka kişiye veya organa devredemezler. Bu kuralın istisnası ise kanunların buna

³⁵⁶ Rekabet Kurulu, 21.07.2022 T., 22-33/527-213 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

³⁵⁷ Danıştay 13. D. 14.03.2006 T., 2005/1014 E., 2006/1401 K. sayılı ilamı; Danıştay 13.D. 14.03.2006 T., 2005/134 E., 2006/1402 K. sayılı ilamı (rekabet.gov.tr).

³⁵⁸ Onar 53.

³⁵⁹ Özay 161; Günday, İdare Hukuku, 136; Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 1, 380.

açıkça cevaz verdiği, yani bir yetkinin devredilebileceğinin kanunlarca öngörüldüğü ve kanunların yetki devrini yasaklamadığı hallerdir³⁶⁰. İdare hukukunun bir statü hukuku olduğu, bu hukukta ancak statülerle belirlenen hukuki durumlara dayanarak tanınan yetkilerin kullanılabilmesi, yetki unsurunun bir kamu düzeni meselesi olduğu, yetkinin ancak kanunlarca belirlenen kimselerce kullanılabilmesi gibi hususlar Danıştayın da birçok kararında ifade edilmiştir³⁶¹. Danıştay'ın bu yerleşik içtihadına rağmen, önaraştırma aşamasında bilgi isteme yetkisinin Başkanlık tarafından kullanılmasını hukuka uygun olarak nitelendirilmesi anlaşılabilir bir durumdur. Zira Kanun'da yerinde inceleme yetkisinin devredilebileceğine ilişkin bir hüküm bulunmakta ise de bilgi isteme yetkisinin devredilebileceğine ilişkin hiçbir hüküm bulunmamaktadır. Bu şartlarda, yasa koyucunun yetki devrine yalnızca yerinde inceleme yetkisi bakımından müsaade ettiği açık olup, Kurul, bilgi isteme yetkisini Başkanlığa da meslek personeline de devredemez. Açıklanan tüm bu gerekçelerle, önaraştırma safhasında görevli raportörlerin yerinde inceleme yetkisine sahip oldukları, buna karşılık bilgi isteme yetkisini kullanamayacakları, kullansalar dahi raportörlere verilecek yanlış veya yanıltıcı cevaplar nedeniyle idari para cezası uygulanamayacağı düşünülmektedir. Bir yasa hükmünün idarenin faaliyetini zorlaştırması, ona kılıf bulunma çabasıdan ziyade yasaların değişikliği yoluyla giderilmesi gereken bir engeldir ve Kurul, Kanun'un 27/1-g maddesi uyarınca rekabet hukuku ile ilgili mevzuatta yapılması gereken değişiklikler konusunda doğrudan veya talep üzerine görüş bildirmeye yetkilidir.

Uygulamada önaraştırma ile görevlendirilen raportörler, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinde yerinde incelemeler yapmaktalar, önaraştırmanın taraflarından, diğer teşebbüslerden, kamu kurum ve kuruluşlarından bilgi ve belge talep etmektedirler³⁶². Bunların yanında raportörlerin ticaret sicil gazetesi gibi açık kaynaklar üzerinde araştırma yaptıkları ve kurum yetkilileriyle görüşmeler gerçekleştirdikleri de

³⁶⁰ Onar 54; Özay 162; Günday, İdare Hukuku, 140; Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 1, 386; Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk 1268-1269.

³⁶¹ Danıştay, 5. D., 13.12.1989 T., 1989/2735 E., 1989/2206 K. sayılı ilamı; Danıştay 12.D., 08.03.1977 T., 1977/2328 E., 1978/1993 K. sayılı ilamı; Danıştay 6.D., 08.03.1977 T., 1976/5366 E., 1977/1112 K. sayılı ilamı (nakleden: Gözübüyük/Tan, İdare Hukuku Cilt 1, 380); Danıştay 2.D., 20.10.2004 T., 2004/1374 E., 2004/930 K. sayılı ilamı (Nakleden: Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk 1269).

³⁶² Rekabet Kurulu, 21.07.2022 T., 22-33/526-212 sayılı kararı; Rekabet Kurulu, 10.11.2022 T., 22-51/753-312 sayılı kararı; Rekabet Kurulu, 15.09.2022 T., 22-42/606-254 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

görülmektedir³⁶³. Raportörler, önaraştırma neticesinde elde ettikleri bilgi ve belgeler ile her türlü delilleri, görüşleriyle birlikte 30 gün içerisinde Kurula yazılı olarak bildirirler. Önaraştırma raporu adını alan raportörlerce hazırlanmış bu belgenin Kurula teslim edilmesinin ardından Kurul, rekabet ihlali ihtimalini ciddi görürse soruşturma açılmasına, aksi halde soruşturma açılmamasına karar verir (RKHK m.41/1). Kurulun açık ve ağır rekabet ihlali saptanması halinde soruşturma açılıp açılmaması yönünde takdir yetkisi bulunmasa da teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin piyasadaki rekabeti önemli ölçüde kısıtlamayan anlaşma, uyumlu eylem ve kararlarını soruşturma konusu yapmayabilir (m. 41/2).

Anılan Kanun hükmünde hangi anlaşma, uyumlu eylem ve kararların soruşturma konusu yapılmayacağına ilişkin usul ve esasların tebliğle düzenleneceği öngörülmüş ve bu doğrultuda Kurul, 16.03.2021 tarihli ve 31425 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Rekabeti Kayda Değer Ölçüde Kısıtlamayan Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Karar ve Eylemlerine İlişkin 2021/3 numaralı Tebliğ’i çıkarmıştır. Tebliğ’in 5’inci maddesinde genel esaslar belirlenmiştir. Buna göre, açık ve ağır ihlaller hariç olmak üzere, rakip teşebbüsler arasında yapılan anlaşmalar bakımından anlaşmanın taraflarının ilgili pazarlardaki paylarının yüzde 10’u, rakip olmayan teşebbüsler bakımından ise yüzde 15’i ve diğer hallerde yüzde 10’u aşmadığı hallerde piyasadaki rekabet önemli ölçüde kısıtlanmaz. Teşebbüs birliği anlaşmalarında, birlik üyelerinin pazar paylarının ilgili pazarların yüzde 10’unu aşmadığı ve açık ve ağır bir ihlalin olmadığı durumlarda piyasadaki rekabet önemli ölçüde kısıtlanmaz. Benzer nitelikteki dikey anlaşmaların, oluşturdukları paralel ağların ilgili pazarların yüzde 50’sinden fazlasını kapsadığı hallerde, bu pazar payı eşikleri rakipler veya rakip olmayan teşebbüsler arasında yapılan anlaşmalar ve kararlar bakımından yüzde 5 olarak uygulanır. Tebliğ hükmünde yer alan dikey anlaşmadan kastedilen, üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren teşebbüsler arasında belirli bir mal veya hizmet alımı, satımı veya yeniden satımı amacıyla yapılan anlaşmalardır³⁶⁴. Bu bakımdan, örneğin tedarikçi ile perakendeci arasındaki veya hammadde tedarikçisi ile mal üreticisi arasındaki alım, satım ve yeniden satım anlaşmaları dikey anlaşma kapsamındadır.

³⁶³ Rekabet Kurulu, 25.03.2021 T., 21-17/208-86 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

³⁶⁴ Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği m.2.

Nihayet anlaşmanın tarafları ile teşebbüs birliklerinin etkilenen pazarlardaki paylarının, anlaşmanın yapıldığı veya kararın alındığı dönemde birbirini takip eden iki yıl boyunca bahsi geçen eşikleri iki yüzdellik puandan fazla aşmadığı hallerde ilgili anlaşma veya karar rekabeti önemli ölçüde sınırlamaz. Tebliğ'in 7'nci maddesinde ise rekabeti önemli ölçüde sınırlamayan anlaşma ve kararların soruşturma konusu yapılmayabileceği düzenlenerek, bu hususta Kurula takdir yetkisi tanınmıştır. Ancak Kurulun, ilgili anlaşma, uyumlu eylem veya kararın Tebliğ'in kapsamında olmadığına kanaat getirmesi halinde taraflar hakkında soruşturma açılır.

(3) Soruşturma Safhası

Kurulun önaraştırma sonrasında veya doğrudan soruşturma açılmasına karar verdiği hallerde açılan soruşturmanın yürütülmesi için meslek personeli arasından raportörler görevlendirilir. Soruşturma 6 aylık sürede tamamlanır. Ancak, gerekli görüldüğü takdirde bu süre 6 ay daha uzatılabilir (RKHK m.43/1). Soruşturmanın başlamasına ilişkin kararın verildiği tarihten itibaren 15 gün içinde taraflara soruşturmaya başlandığı bildirilir. Soruşturmanın tarafları, bu bildirim tarihinden itibaren 30 gün içinde ilk yazılı savunmalarını Kurula gönderirler. Ancak ilk yazılı savunmaya ilişkin 30 günlük sürenin başlaması için bildirimde iddiaların türü ve niteliği hakkında yeterli bilginin bulunması gerekir (m.43/2). Sürenin başlamasına ilişkin bu şart, savunma hakkının ve adil yargılanma hakkının bir uzantısı olan silahların eşitliği ilkesinin meydana getirdiği bir zorunluluktur.

Soruşturma aşamasında deliller, meslek personeli uzmanlardan oluşan raportör heyetince toplanır. Heyet, bu safhada bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerini kullanabilir. İhtiyaç duyduğu belgeleri soruşturmanın tarafları ile ilgili diğer yerlerden isteyebilir. Soruşturma aşamasında rekabet kurallarını ihlal ettiği iddia olunan herkes, soruşturma sonucunda verilecek kararı etkileyebilecek her türlü bilgi ve delili süre sınırı olmaksızın Kurula verebilir (m.44/1). Soruşturmanın tarafları, sözlü savunma hakkını kullanma taleplerini sunana kadar Kurum bünyesinde kendileri ile ilgili düzenlenmiş bulunan her türlü belge ve mümkünse delilin bir örneğinin kendilerine verilmesini isteyebilirler (m.44/2).

Kanun'da soruşturma taraflarının Kurum bünyesindeki her türlü belge ve delili talep edebilecekleri kurala bağlanmışsa da 2010/3 sayılı Dosyaya Giriş Hakkının Düzenlenmesine ve Ticari Sırların Korunmasına İlişkin Tebliğ'de istenebilecek bilgi ve belgeler bakımından sınırlamalar öngörülmüştür. İlgili tebliğde soruşturmanın taraflarının, bunların yöneticilerinin, çalışanlarının, şikâyetçinin ve üçüncü kişilerin soruşturma dosyasında mevcut delillere ulaşmasını sağlayan dosyaya giriş hakkı, kullanılma usulü ve kapsamı düzenlenmiştir. Dosyaya giriş hakkı kapsamındaki bilgi ve belgeler Tebliğ'in 6'ncı maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre taraflar, bu hak kapsamında kurum içi yazışmalar ve diğer teşebbüs, teşebbüs birliği ve kişilere ilişkin ticari sır ile diğer gizli bilgi içerenler hariç olmak üzere, Kurum bünyesinde kendileri ile ilgili düzenlenmiş her türlü bilgi ve belgeye erişebilirler. Kurum içi yazışma kavramı, Tebliğ'in 7'nci maddesinde tanımlanmıştır. Bu tanıma göre, Kurulun aldığı nihai kararları bakımından hazırlayıcı işlem niteliğinde olan birimler arası yazışmalar, kurum içi yazışmalardır. Hükmün 2'nci fıkrasında, Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik'in 6'ncı maddesinin 3'üncü fıkrası çerçevesinde elde edilen bilgi ve belgeler ile Kurumun diğer kamu kurumları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları veya özel sektör gerçek veya tüzel kişileri gibi bilgisine başvuruyla yapıldığı yazışmaların iç yazışma olarak kabul edileceği, dolayısıyla dosyaya giriş hakkı kapsamında bu bilgi ve belgelere erişilemeyeceği düzenlenmiştir.

Tebliğ'in 8/4'üncü maddesi uyarınca dosyaya giriş hakkı, Tebliğ'e ek Dosyaya Giriş Talep Formu'nun doğru ve eksiksiz olarak doldurulması ile kullanılır. Talep, soruşturma heyeti tarafından değerlendirilir ve kabulü halinde dosyaya giriş yöntemi, zamanı ve ilgili diğer hususlar talep sahibine bildirilir (m.9/1). Talebin reddine ilişkin kararlar soruşturma heyetince değil, Kurulca verilir (m. 9/2). Bu hak kapsamında istenen bilgi ve belgelerin nüshalarının veya elektronik kopyalarının taraflara verilmesi mümkündür (m.10/1). Ayrıca Aktif İşbirliği Yönetmeliği kapsamında elde edilen veriler ile aklayıcı ya da suçlayıcı delil niteliği bulunan diğer kurum içi yazışmaların Kurum merkezinde incelenebileceği düzenlenmiştir (m.10/2).

Bahsi geçen Yönetmelik'te düzenlenen dosyaya giriş hakkının kullanılmasına ilişkin birçok sakınca bulunduğu ifade edilebilir. Bunlardan başlıcasının Anayasa'nın 36'ncı maddesinde ve AİHS'nin 6'ncı maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına ve bu haktan doğan silahların eşitliği ilkesine aykırılık sorunu olduğu söylenebilir.

Anayasa'nın 36'ncı maddesine göre, herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Bunun gibi, AİHS'nin 6'ncı maddesi uyarınca herkes, davasının medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Aynı maddenin 2'nci fıkrasına göre bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu sabit olana kadar masum sayılır. Maddenin son fıkrasında bir suç ile itham edilen herkesin kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilme hakkına, (m.6/3-a), savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkına (m.6/3-b), savunma hakkına (m.6/3-c), iddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını isteme hakkına (m.6/3-d) ve mahkemede konuşulan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde tercümandan yararlanma hakkına sahip olduğu hüküm altına alınmıştır.

AİHS'nin adil yargılanma hakkını düzenlediği 6'ncı maddesinden bu hakkın ancak özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklar ve suç ithamına ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanabileceği anlaşılmakta ise de AİHM, bir uyuşmazlığın özel hukuka yahut suç isnadına ilişkin olup olmadığını takdir etme yetkisine sahip olup, ulusal hukuk nitelendirmelerine, yani bir idari veya hukuki sürecin ulusal düzenlemelerce cezai olarak nitelendirilip nitelendirilmemesine bağlı değildir. Mahkeme, bir sürecin ceza isnadı olup olmadığını değerlendirmede öncelikle ulusal nitelendirmeye bakmakta, süreç ulusal hukukta ceza isnadı olarak nitelendirilmişse bu nitelendirmeyi kabul etmektedir. Aksi halde Mahkeme, suçun niteliğini, yani caydırma yahut cezalandırma amacına yönelik olup olmadığını ve muhtemel cezayı, yani cezanın niteliğini ve ağırlığını göz önünde bulundurarak suç isnadının var olup olmadığını tespit etmektedir³⁶⁵. Mahkeme, bu özerk değerlendirme yetkisini kullanarak, birçok kararında mali bir ceza olarak ek vergi yüklenmesi, askeri disiplin suçları, para cezası, izinsiz inşa edilen binanın yıkılması gibi idari yaptırımları da suç isnadı olarak değerlendirmiş ve adil yargılanma hakkı kapsamında görmüştür³⁶⁶. Bu kapsamda

³⁶⁵ Tezcan, Erdem, Sancakdar ve Önok 282.

³⁶⁶ Tezcan, Erdem, Sancakdar ve Önok 282.

AİHM, örneğin Funke/Fransa, Öztürk/Almanya ve Grande Stevens ve Diğerleri/İtalya kararlarında idari para cezaları bakımından da adil yargılanma hakkının geçerli olduğunu vurgulamıştır³⁶⁷. AİHM'nin ilgili kararlarından anlaşıldığı üzere, adil yargılanma hakkının Kurumun önaraştırma ve soruşturma işlemleri bakımından uygulanmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bu halde, adil yargılanma güvencelerinden olan savunma hakkı, suçlamadan en kısa sürede, anladığı bir dilde ve detaylı olarak haberdar olma hakkı ve silahların eşitliği ilkesinin Kurumun soruşturmaları bakımından da geçerli olduğu ifade edilmelidir.

Dosyaya Giriş Hakkının Düzenlenmesine ve Ticari Sırların Korunmasına İlişkin Tebliğ'in 7'nci maddesine göz atıldığında ise soruşturmanın tarafları hakkında Kurum nezdinde tutulan birçok bilgi ve belgenin "kurum içi yazışma, ticari sır ve diğer gizli bilgiler" arasında değerlendirilmesi ya da bunların Aktif İşbirliği Yönetmeliği kapsamında elde edilmesi halinde taraflarca elde edilmesinin mümkün olmadığı görülmektedir. İlgili maddeye göre, önaraştırma raporu, başvuru konusu kartelin etkilediği ürünler, kartelin coğrafi kapsamı, süresi, taraf olan teşebbüslerin ve varsa yardım edenlerin isimleri, ticaret unvanları, pişmanlık başvurusu, telefon kayıtları³⁶⁸, teşebbüslerin iç kuruluş yapısı, organizasyonu, mali, iktisadi, kredi ve nakit durumu, araştırma ve geliştirme çalışmaları gibi ticari sır olduğu değerlendirilen birçok bilgi ve belge ile Kurumun yazışmaları soruşturmanın tarafı olan teşebbüslere verilmeyecektir³⁶⁹. Bu halde, soruşturmanın tarafı olan teşebbüslerin soruşturma raporu dışında hangi delillere ulaşarak savunma haklarını kullanabilecekleri bir muammadır.

Bu hususta dosyaya giriş talebinin kısmen reddine ilişkin Kurul kararının ve ilgili Tebliğ'in 7'nci ve 9'uncu maddesinin iptali istemi ile incelenen bir Danıştay kararından söz etmek gerekir³⁷⁰. Yargılamaya konu olayda davacı, Kurumun

³⁶⁷ AİHM, Grande Stevens ve Diğerleri/İtalya, Başvuru Numarası: 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 ve 18698/10, 04.03.2014; Grande Stevens ve Diğerleri/İtalya, Başvuru Numarası. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 ve 18698/10, 04.03.2014; Öztürk/Almanya, Başvuru Numarası: 8544/79, 21.02.1984 (nakleden: Kağıtçıoğlu).

³⁶⁸ Rekabet Kurulu, 20.04.2016 T., 16-14/219-M sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

³⁶⁹ Ankara 8. İdare Mahkemesi, 15.03.2021 T., 2020/1097 E., 2021/589 K. sayılı ilanı (rekabet.gov.tr).

³⁷⁰ Danıştay 13. D., 13.10.2020 T., 2017/1843 E., 2020/2548 K. sayılı ilanı (rekabet.gov.tr).

görevlerini yerine getirirken dosya özelinde elde ettiği belge ve bilgileri taraflara sunmasının açıklık ve saydamlık ilkelerinin gereği olduğu, bilgi paylaşımında kuralın, soruşturmanın başlangıcından sözlü savunma talebine kadar her türlü bilgi ve belgenin hakkında soruşturma açılan taraflarca istenilebilmesi ve bunların birer örneğinin taraflara verilmesi olduğu, ticari sırların korunmasına ilişkin kuralların savunmaya ilişkin olmadığı, Kanun'da düzenlenen gizliliğin ise yalnızca ticari sırlara ilişkin olduğu, kurum içi yazışmalar bakımından herhangi bir gizlilik hükmünün öngörülmediği, Kurumun istenen bilgi ve belgeleri ticari sırlardan arındırarak vermesi gerektiği, ticari sır kavramının geniş yorumlanmasıyla savunma hakkının kısıtlandığı ve Kurumun düzenleyici işlemle kendisine verilen yetkisini aştığı iddiasıyla Tebliğ'in 7'nci maddesinin iptalini talep etmiştir. Danıştay yapmış olduğu incelemede, önaraştırma raporu ve kurumun yazışmaları gibi kurum içi yazışmaların soruşturmanın taraflarına isnat edilen fiiller ile ilgisinin bulunmadığı, soruşturma açılmasına karar verildiği takdirde teşebbüsle ilgili tüm bilgi ve belgelerin ilgiliye gönderileceği ve tarafların bilgilendirilmediği konuların karara dayanak yapılamayacağı hususlarının Kanun'da açıkça düzenlenmiş olduğu ve böylece savunma hakkının güvence altına alınmış olduğu, Kanun'un genel sistematığında ticari sırların korunmasının esas olduğu, pişmanlık yönetmeliği kapsamında elde edilen verilerin ifşa edilmesinin ise pişmanlık kurumuyla bağdaşmayacağı gerekçesiyle ilgili düzenlemeyi hukuka aykırı bulmamıştır. Karar, İDDK tarafından da hukuka uygun bulunarak onanmıştır³⁷¹.

Kanaatimizce, Kanun'un hakkında soruşturmaya başlandığı bildirilen tarafların sözlü savunma taleplerine kadar Kurum bünyesinde kendileriyle ilgili düzenlenmiş her türlü evrakın ve mümkünse elde edilmiş olan her türlü delilin bir nüshasının kendisine verilmesini isteyebileceğine ilişkin 44/2'nci maddesi nazara alındığında bu kararın hukuka uygun olduğunun söylenmesi olanaksızdır. Nitekim ilgili hükümde ne ticari sırlara ne de kurum içi yazışmalara herhangi bir istisna tanınmıştır. Özellikle hükümde yer alan "kendileriyle ilgili düzenlenmiş her türlü evrak" ibaresinin önaraştırma raporunu da kapsadığı açıktır. İlgili hükümde yer alan mümkünse ifadesi ise yalnızca delillerin nüshaları bakımından geçerli olup, bunun mümkün olmaması halinde dahi önaraştırma raporunun nüshasının verilmesi mümkün olmayan delillerden ayrıştırılarak soruşturmanın taraflarına verilmesi gerekir. Danıştay, kararında ticari sırların korunmasını kanunun esaslarından biri olarak saymışsa da kanunda ticari

³⁷¹ Danıştay İDDK, 23.05.2022 T., 2021/1324 E., 2022/1863 K. sayılı ilamı (Lexpera).

sırlara ilişkin iki hüküm bulunmakta olup, bu hükümlerin savunma hakkından feragat sonucunu doğurmayacağı açıktır. Zira Kanun'un 25/4'üncü maddesinde yer alan hüküm, Kurul üyeleri ile Kurum personelinin Kurumla ilgili bilgiler ile görevleri sebebiyle öğrendikleri ticari sırları ifşa edemeyecekleri ve başkalarının menfaatine kullanamayacaklarına ilişkindir. Ticari sırlara ilişkin ikinci hükmün ise sözlü savunma toplantılarının ticari sırların korunması gerekçesiyle gizli yapılmasına dair olduğu görülmektedir. Bu hükümlerin kaleme alınış biçimlerinden anlaşıldığı üzere, hükümlerle ticari sırların soruşturmanın tarafı olmayan üçüncü kişilere karşı korunması amaçlanmıştır, savunma hakkının kısıtlanması değil. Bu sebeplerle, ilgili Tebliğ hükümlerinin Kanun'a aykırı olduğu ve böylece fonksiyon gaspı teşkil ettiği kanaatindeyiz.

Anılan davada iptali talep edilen bir diğer hüküm olan Tebliğ'in 9'uncu maddesinde ise dosyaya giriş taleplerinin soruşturma heyetince değerlendirileceği düzenlenmiştir. Davacı, soruşturma heyetinin Kurumun karar organı olmadığını, mesleki konulara ilişkin kararların Kurulca verilmesi gerektiğini, Kurulun görev ve yetkisini Daire Başkanlığına devretmesinin hukuka aykırı olduğunu, bu kararın Kurul yerine soruşturma heyetince alınmasının farklı uygulamalar doğuracağını öne sürerek ilgili hükmün iptal edilmesini talep etmiştir. Buna karşılık Danıştay, davacının bu hükmün uygulamada sorunlar yaşandığını iddia ettiğini ancak uygulamada yaşanan sorunların iptali istenen hükümle ilgili olmadığını belirtmiş, soruşturma heyetinin dosyaya vakıf olması sebebiyle dosyaya giriş talebinin soruşturma heyetince değerlendirilmesinde ve uygun bulunmaması halinde talebin Kurulca karara bağlanmasında savunma hakkı kısıtlanmış olmayacağından herhangi bir hukuka aykırılık bulunmadığına karar vermiştir. Daha evvel detaylı biçimde izah etmiş olduğumuz üzere yetki, idari işlemin en mühim unsurlarından olup, devri kanunlarca öngörülmedikçe yahut buna müsaade edilmedikçe yetki devri yapılması mümkün değildir³⁷². RKHK incelendiğinde, Kurul yerine karar alma konusunda soruşturma heyetine yetki devri yapılacağı düzenlenmemiş, buna cevaz da verilmemiştir. Bu sebeple, Kurula ait olan karar alma yetkisinin soruşturma heyetince kullanılamayacağı, Tebliğ'in 9'uncu maddesi kapsamında soruşturma heyetince alınan kararların hukuka uygun olmadığı ve savunma hakkının ihlal edilmemiş olmasının da bunu hukuka uygun hale getirmeyeceği kanaatindeyiz.

³⁷² Özey 161; Günday, İdare Hukuku, 136; Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 1, 380.

Raportörler, soruşturma konusu ile ilgili delilleri toplamalarının ve araştırmalarının ardından bir soruşturma raporu hazırlarlar ve bu rapor, Kurul üyeleri ile soruşturmanın tarafı teşebbüslere tebliğ edilir (m.44). Soruşturmanın taraflarına ayrıca, raporda yer alan iddialara karşı yazılı savunmalarını 30 gün içinde Kurula bildirmeleri ihtar edilir. Raporu tanzim eden raportörler, tarafların savunmalarına karşı 15 gün içinde ek yazılı görüş bildirirler. Taraflar, bu yazılı görüşlere karşı cevaplarını 30 gün içinde verebilirler. Haklı gerekçelerin varlığı halinde bu cevap süresi bir defaya mahsus olarak 30 gün daha uzatılabilir. Belirlenen süreler içinde verilmeyen savunmalar dikkate alınmaz (m.45). Bu aşamaların tamamlanmasının ardından soruşturma safhası sona erer (m.46/2). Bu olağan usulün yanında, Kanun'un 43'üncü maddesinde önaraştırma ve soruşturma evrelerinin sona ermesine yol açan iki usul olan taahhüt ve uzlaşma usulleri düzenlenmiş bulunmaktadır.

(4) Taahhüt Usulü

Taahhüt usulü, bir anlaşma, karar veya uyumlu eylemin rekabet kurallarına aykırı yahut hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilebileceği hallerde söz konusu olmaktadır. Bu hallerde ilgili teşebbüsler ve teşebbüs birlikleri, ihlalin veya ihlal riskinin giderilmesine yönelik olarak Kurula taahhüt sunabilirler. Sunulan taahhütlerin rekabet ihlallerini giderebileceği kanaatine ulaşan Kurul, bu taahhütleri, bunları sunan teşebbüs ve teşebbüs birlikleri bakımından bağlayıcı hale getirerek soruşturma açılmamasına veya soruşturma açılmışsa soruşturmanın sonlandırılmasına karar verebilir. Kanun'da taahhüt başvuruları hakkındaki usul ve esasların Kurulca çıkarılacak tebliğ ile belirleneceği öngörülmüştür.

Bu doğrultuda Kurul, 2021/2 sayılı Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasına Yönelik Önaraştırmalarda ve Soruşturmalarda Sunulacak Taahhütlere İlişkin Tebliğ'i yayınlamıştır. Adı geçen tebliğ uyarınca bir önaraştırmanın ya da soruşturmanın tarafları taahhüt sunma talebinde bulunabilirler. Soruşturma evresinde taahhüt sunmak isteyen teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin soruşturma bildirimini yaptığı tarihten itibaren 3 ay içinde

Kuruma yazılı olarak başvurmaları gerekmektedir. Tebliğ gereğince bu süreden sonra yapılan taahhüt sunma başvuruları dikkate alınmayacaktır. Tarafların süresi içinde yazılı taahhüt başvurusu yapmaları ile taahhüt sürecinin başlayacaktır (m.5). Sürecin başlamasının ardından Kurul, toplanarak taahhüde konu anlaşma, karar veya uygulamanın taahhüt şartlarını taşıyıp taşımadığı ve gerekli gördüğü diğer hususları değerlendirerek ya talebin kabulü ile taahhüt görüşmelerinin başlatılmasına ya da talebin reddi ile taahhüt sürecinin sonlandırmasına karar verecektir. Taahhüt görüşmeleri esnasında taahhüde konu olan anlaşma, karar ve uygulamalar ile meydana gelebilecek rekabet sorunlarının yeterli açıklıkta ortaya koyulması gerektiğinden, meydana gelebilecek rekabet sakıncalarının henüz tespit edilememiş ve belirlenmeleri için daha detaylı araştırmaya ihtiyaç olması halinde Kurul, taahhüt sunma talebinin kabulüne veya reddine ilişkin kararını herhangi bir süreyle bağlı olmaksızın erteleyebilecektir (m.6/2).

Talebin kabulü ile taahhüt görüşmelerinin başlatılması halinde Kurul, taahhüt sunacak olan taraflara başka teşebbüs, teşebbüs birliği ve kişilere dair ticari sırlar ve gizli bilgiler hariç olmak üzere inceleme konusu rekabet sorunlarını açıklayacak ve buna ilişkin bilgi ve belgeleri taraflara sunacaktır (m.6/3). Görüşmelerin yazılı yahut sözlü olarak yapılması mümkün olup, sözlü görüşme halinde görüşme, katılanlarca bir tutanağa bağlanır. Görüşmelerin yapılmasının ardından taraflar taahhüt sunmaya karar verdiklerinde, kendilerine görüşmeler esnasında Kurulca verilen süre içinde bir taahhüt metni sunmaları gerekir. Taahhüt usulünde amaç, rekabet ihlali doğurabilecek bir anlaşma, karar veya uygulamayı meydana getiren bir teşebbüs veya teşebbüs birliğinin meydana gelebilecek olan tehlikeyi kendi iradesiyle bertaraf etmesi olduğundan, metinde, taahhüt görüşmeleri esnasında ortaya konulan rekabet sorunlarını gidermeye yönelik tedbirlerin yer alması gerekmektedir.

Tebliğ'in 8'inci maddesinde taahhüt metninin içermesi gereken hususlar sıralanmıştır. Bu hüküm uyarınca taahhüt metninde sunulan taahhüdün açıkça belirlenmesi ve alternatif taahhütler sunulmaması gerekir (m.8/1). Hükümde yer almamakla birlikte, taahhüdün açıkça bildirilmesi koşulu öngörüldüğünden şarta bağlı bir taahhüdün de metinde yer almaması gerekir. Metinde, taahhüt ile giderilmek istenen rekabet sorunu, taahhütler, bunların yerine getirilme süreleri, sürelerin uzayabileceği haller, taahhüdün piyasaya etkisi, rekabet sorununu nasıl ortadan kaldıracacağı, taahhüde uyumun nasıl gözleneceği ve Kurulca gerekli görülen diğer hususlar yer almalıdır. Eğer taahhüdün

yerine getirilebilmesi için üçüncü kişilerle anlaşma sağlanması gerekiyorsa, anlaşma sağlanabileceğine ilişkin belgeler de metne eklenir. Bu bilgi ve belgeleri haiz olan taahhüt, ilgili taahhüdün rekabet sorunlarını giderebileceğine ve taahhüdü yerine getireceklerine ilişkin beyanları ile birlikte tarafların yetkili temsilcileri tarafından imzalanır. Taahhüt; fiyat tespiti, bölge veya müşteri paylaşımı ya da arz miktarının kısıtlanması gibi açık ve ağır rekabet ihlalinin varlığı halinde kabul edilmez (RKHK m.43/3).

Teşebbüslerce Kurula sunulacak taahhüt metinlerinde davranışsal ve yapısal taahhütlerin ayrı ayrı veya bir arada yer alması mümkündür (2021/2 sayılı Tebliğ m.9/1). Davranışsal taahhütler, pazar yapısında herhangi bir değişime yol açmadan ilgili tarafın davranışlarını düzenlemeye yönelik olan tedbirleri ifade etmektedir³⁷³. Bunlar, belirli bir uygulamanın, sözleşmenin, sözleşme hükmünün ya da kararın sona erdirilmesi veya değiştirilmesi veya yeni bir uygulama, sözleşme ya da kararın uygulamaya konulması şeklinde ortaya çıkabilir. Örneğin, bir sağlayıcı ile nihai satıcı arasında akdedilen sözleşmede bulunan ve nihai satıcının, sağlayıcıdan temin ettiği ürünleri bazı kişilere satamayacağına ilişkin sözleşme hükmünün pasif satış yasağı ve rekabet ihlali olarak değerlendirilebileceği belirlenen bir olayda teşebbüs, yeniden satıcılarla mevcut olan ve gelecekte akdedilecek sözleşmelerde ilgili hükümlerin sözleşmeden çıkarılacağını ve sözleşme konusu ürünlerin bütün çevrimiçi mecralarda satışının yapılabileceğine ilişkin bir hükmü sözleşmeye ekleyeceğini taahhüt etmiştir³⁷⁴. Sözleşme hükümlerinin yeniden satışları kısıtlayabileceği değerlendirilen bir başka incelemede ilgili teşebbüs, bayileri ile imzalayacağı bütün sözleşmeleri revize edeceğini, rekabet kuralları bakımından sakınca teşkil eden hükümleri sözleşmeden çıkaracağını, fiziki satışlar ile internet satışları arasında farklı iskontolar yapılmasına ilişkin uygulama ile Kurulca sakıncalı olduğu bildirilen diğer uygulamaları sonlandıracağını taahhüt etmiştir³⁷⁵.

Yapısal taahhütler ise pazar yapısında değişikliğe yol açan ve ilgili tarafa belirli faaliyetlerini veya ortaklık paylarını ya da mal varlıklarını devretme gibi

³⁷³ 2021/2 sayılı Tebliğ, m.4/1-b.

³⁷⁴ Rekabet Kurulu, 02.03.2023 T., 23-12/186-62 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

³⁷⁵ Rekabet Kurulu, 23.02.2023 T., 23-10/175-43 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

yükümlülükler getiren taahhütlerdir³⁷⁶. Yapısal taahhütlerin söz konusu olduğu bir karara Türkiye Sigorta Reasürans ve Emeklilik Şirketleri Birliği (TSB) ve OSEM Sertifikasyon A.Ş. hakkında yürütülen bir soruşturmada rastlamak mümkündür³⁷⁷. TSB, 5684 Sayılı Sigortacılık Kanunu uyarınca sigorta şirketlerinin üyeliğinde oluşmuş kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşudur. OSEM ise TSB'nin iştiraki niteliğinde olup, yönetim yapısı içerisinde sigorta şirketlerinin yöneticilerini barındırmaktadır. OSEM, sigortalanmış araçların hasar görmesi halinde ikame edilecek yedek parça değişimleri sırasında yedek parçaların eşdeğer olup olmadığı hususunda sertifikasyon (Eşdeğer Parça Sertifikasyonu) faaliyeti yürütmektedir. Yürütülen soruşturma kapsamında sertifikasyon faaliyetinin sigorta şirketlerinin en büyük gider kalemlerinden olduğu ve yedek parçaların en büyük alıcısının sigorta şirketleri olduğu tespit edilmiştir. Soruşturmada sigorta şirketlerinin parçaların eşdeğer olup olmaması sebebiyle sorumlu olmaları ve eşdeğer parça kullanımına bağlı maliyet düşüşlerinin sigorta şirketlerini OSEM çatısı altında eşdeğer parça sertifikasyon faaliyetine teşvik ettiği de tespit edilmiştir. Yapılan soruşturma neticesinde OSEM'in sertifikasyon alanında rakipleri ile eşit koşullarda rekabet etmek istemediği ve olası rakiplerini pazar dışına itmeyi amaçladığı görülmüştür. Ayrıca kararda OSEM'in eşdeğer parça sertifikasyonunu faaliyetinin en büyük müşterilerini oluşturan sigorta şirketlerinin yöneticilerinden teşkil olmasının eşdeğer parça sertifikasyonu pazarını domine etmeye yönelik yazışmalarla birlikte değerlendirildiğinde sigortacıların kullanacakları parçalarda OSEM tarafından verilen sertifikaların aranmasının fiilen zorunlu hale gelebileceği belirtilmiştir. Nihayet OSEM'in TSB'nin kontrolünde olması nedeniyle sigorta şirketlerinin eşdeğer parça alımında OSEM sertifikasını diğer sertifikalara tercih edebileceği ve bu durumun eşdeğer parça piyasasında rekabeti etkileyebileceği değerlendirilmiştir. Yapılan soruşturma kapsamında TSB, OSEM A.Ş.'deki kontrol hakkı sağlayan hisselerinin veya bütün hisselerinin elden çıkarılmasını, bunların rekabet sorunlarına yol açmayacak yeni bir alıcıya devredilmesini ve devir sonrasında TSB'nin OSEM üzerinde ortak veya tek kontrol hakkının bulunmamasını sağlayacağını taahhüt etmiş, bu yapısal taahhüt Kurulca uygun görülmüştür.

³⁷⁶ 2021/2 Sayılı Tebliğ m.4/1-ğ.

³⁷⁷ Rekabet Kurulu, 07.01.2023 T., 21-01/8-6 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

Teşebbüslerce sunulan davranışsal ve yapısal taahhütlerin kabul edilebilmesi için hangi niteliklere sahip olması gerektiği 2021/2 sayılı Tebliğ'in 9'uncu maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, taahhütlerin Kurulca taahhüt görüşmeleri esnasında tespit edilen rekabet sorunları ile orantılı olmaları, sorunları gidermeye elverişli olmaları, kısa sürede yerine getirilebilir olmaları ve etkili şekilde uygulanabilir olmaları gerekmektedir (m.9/2). Ayrıca teşebbüsler, yalnızca kendi eylemleri ile ilgili taahhütlerde bulunabilirler. Üçüncü kişilerin davranışlarıyla ilgili taahhüt verilemez (m.9/3).

Kurul, soruşturmanın tarafı olan teşebbüslerce verilen taahhütlerin yukarıda anılan şartları taşıyıp taşımadığını ve rekabet sorunlarını giderip giderebileceklerini değerlendirir ve taahhüdün şartları taşıdığı ve rekabet sorunlarını giderebilecek nitelikte olduğu kanaatine varırsa taahhüdü ilgili taraf bakımından bağlayıcı hale getirerek soruşturma açılmamasına veya açılmış soruşturmanın sonlandırılmasına ya da üçüncü kişilerden görüş alınmasına karar verir (2021/2 sayılı Tebliğ m.10/2). Kurul, üçüncü kişilerin görüşlerini aldıktan sonra taahhüdü yeniden gözden geçirir. Kurulun taahhüdü uygun bulması halinde taahhüt, ilgili taraf bakımından bağlayıcı hale getirilir ve soruşturma açılmamasına veya soruşturmaya son verilmesine karar verir. Aksi halde, bir defaya mahsus olmak üzere tarafların Kurulun değerlendirmeleri uyarınca ve belirlediği süre içerisinde taahhütte değişiklik yapabileceğine ya da sürecin sonlandırılmasına karar verir (m.10/3). Burada Kurula bir takdir yetkisi tanınmış olup, değişiklik yapılması için bir süre verilmesi zorunlu değildir. Kurulca taahhütte değişiklik yapılmasına karar verildiği halde değişiklik yapılan taahhüt yeniden değerlendirmeye alınır ve duruma göre soruşturma açılmamasına veya açılmış olan soruşturmanın sonlandırılmasına ya da taahhüt sürecinin sonlandırılmasına karar verilir (m.12). Taahhüt sürecinin sonlandırılmasından sonra kural olarak süresi içerisinde yeniden taahhüt başvuru yapılabilirse de Kurulun taahhüde konu anlaşma, karar veya uygulamanın açık ve ağır ihlal niteliği taşıdığı ve diğer hususları değerlendirerek taahhüt sunma talebini reddetmiş olduğu, taahhüdü veya değişiklik yapılan taahhüdü uygun bulmaması sebebiyle sürecin sonlandırılmasına karar verdiği hallerde tekrar taahhüt başvurusu yapılamaz (2021/2 sayılı Tebliğ m.13/2).

Kurula sunulan taahhüdün rekabet sorunlarını çözmek için elverişli ve yeterli olduğu kabul edilerek taraflar için bağlayıcı hale getirilmesinin ardından bu taahhütlere uygun davranılıp davranılmadığının denetlenmesi gerekmektedir. Bu husus da 2021/2 sayılı

Tebliğ'in 15'inci maddesinde öngörülmüştür. Buna göre Kurul, tarafların taahhüde uyumlarının izlenmesi için taraflarca raporlar sunulması, denetim için üçüncü kişilerin görevlendirilmesi, meslek birlikleri veya kamu kurum ve kuruluşlarıyla işbirliği yapılması gibi yollara başvurabilecektir (m. 15/1). Kurul, bu yollara başvursa dahi re'sen inceleme yetkisine dayanarak taahhütlerin yerine getirilip getirilmediğini denetleyebilecektir (m.15/2). İlgili maddenin 3'üncü fıkrasında ise tarafların bütün taahhütlerini yerine getirdiğinde bu durumu Kurula belgeleyecekleri, Kurulun ise bu durumu saptayan bir karar alacağı düzenlenmiştir (m. 15/3). Kurul tarafından yapılan taahhüt incelemelerinde de ilgili düzenlemelere paralel olarak soruşturmanın taraflarının taahhütlerini yerine getirdiklerine ilişkin sözleşmeleri, kararları, feshe ilişkin belgeleri ve diğer bilgi ve belgeleri Kurula tevsik etmeleri gerektiğine karar verilmektedir³⁷⁸.

Önaraştırma veya soruşturmanın taraflarınca Kurula sunulmuş olan taahhütler Kurulca kabul edilmiş olsa dahi taahhüdün kabul edilmesine esas olan şartlarda değişiklik meydana gelmesi, taahhüdün taraflarca yerine getirilmemesi veya taahhüdün kabul edilmesine ilişkin kararın taraflarca sunulan eksik, yanlış ya da yanıltıcı bilgiye dayanılarak verilmesi hallerinde taahhüdün kabulüne ilişkin karar geri alınabilir (m.44/4). Bu halde Kurul, taraflar hakkında yeniden önaraştırma veya soruşturma yapmaya başlayabilir.

Taahhüt, Kanun'un ve Kurumun genel amacı olan, rekabet ihlallerini ortadan kaldırması, araştırma ve inceleme maliyetlerini düşürmesi, zaman tasarrufu sağlaması ve cezalandırmadan evvel önleme işlevi görmesi sebebiyle faydalı bir usul olarak öne çıkmaktadır. Kurum verileri incelendiğinde 2021 yılında verilen 74 rekabet ihlali kararından 5'i, 2022 yılında verilen 78 rekabet ihlali kararından 7'si, 2023 yılının ilk 6 ayında ise 56 rekabet ihlali kararından 8'inin taahhüt ile sonuçlanmış olduğu görülmektedir³⁷⁹.

(5) Uzlaşma Usulü

³⁷⁸ Rekabet Kurulu, 07.01.2021 T., 21-01/8-6 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

³⁷⁹ www.rekabet.gov.tr.

Uzlaşma usulü, taahhüt usulünün aksine yalnızca soruşturma aşamasında başvurulabilecek bir usuldür. Uzlaşma usulü, soruşturmanın tarafı olan teşebbüslerin, rekabet ihlalinin varlığını ve kapsamını kabul etmeleri sebebiyle haklarında uygulanacak idari para cezasında indirim yapılarak soruşturmanın sonlandırılmasını ifade etmektedir. Uzlaşmanın Kurum bakımından sağladığı yarar, soruşturmanın ivedilikle ve daha az maliyetle sonuçlandırılması ve böylece usul ekonomisi ilkesinin sağlanması; taraflar için ise gerçekleştirmiş oldukları rekabet ihlali nedeniyle verilecek idari para cezalarında yapılacak indirimlerdir. Nitekim Kanun'un 43'üncü maddesinin 7'nci fıkrasında uzlaşma halinde teşebbüs ve teşebbüs birliklerine verilecek idari para cezasında yüzde 25'e kadar indirim yapılabileceği ve yapılacak bu indirimin Kabahatler Kanunu'nun 17'nci maddesinde düzenlenen sebeplerle indirim yapılmasına mani olmayacağı düzenlenmiştir. Ayrıca Kurumca yayınlanan Yönetmelik'te uzlaşma sonucu yapılacak indirim bakımından alt sınır da öngörülmüş olup, uzlaşmanın taraflarına uygulanacak para cezalarında yüzde on ile yüzde yirmi beş oranları arasında indirim yapılacaktır³⁸⁰.

Uzlaşma usulüne en geç soruşturma raporunun tebliğine kadar başvurulabilir ve yine bu ana kadar uzlaşma sağlanabilir (RKHK m.43/5). Uzlaşma usulü, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasına Yönelik Soruşturmalarda Uygulanabilecek Uzlaşma Usulüne İlişkin Yönetmelik'te detaylı biçimde düzenlenmiştir. Buna göre Taraflar, bu usule başvurmak istediklerinde taleplerini Kurula yazılı olarak bildirmelilerdir. Kurul, başvuru üzerine uzlaşma usulünün başlatılmasındaki usuli faydaları, ihlalin varlığına ve kapsamına ilişkin görüş farklılıklarını, soruşturma taraflarının sayısını, soruşturma taraflarından önemli bir kısmının uzlaşmaya başvurup başvurmadığını, ihlalin kapsamını, delillerin niteliğini, taraflar ile ihlalin varlığına ve kapsamına ilişkin ortak bir kanaate ulaşıp ulaşılamayacağını göz önüne alarak talebi kabul veya reddedebilir. Ayrıca Kurul, varsa soruşturmanın diğer taraflarının da uzlaşma görüşmelerine davet edilmesine karar verebilir (m.5/1). Kurul, ihlalin varlığı ve kapsamına ilişkin yeterli bilgi ve belgeye sahip olmaması halinde bu kararı erteleyebilir (m.5/2). Uzlaşma sürecinin tarafların talebi üzerine değil de Kurulca re'sen başlatılması halinde taraflar, uzlaşma görüşmelerine davet edilirler. Taraflar, ilgili davetiyenin tebliğ edilmesinden

³⁸⁰ Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasına Yönelik Soruşturmalarda Uygulanabilecek Uzlaşma Usulüne İlişkin Yönetmelik m.4/4.

itibaren 15 gün içinde bu uzlaşma görüşmelerine katılmak isteyip istemediklerini Kuruma yazılı olarak bildirirler. Sürenin geçmesinden sonra yapılan bildirimler dikkate alınmazlar (m.5/3).

Kurulun tarafların başvurusunu kabul etmesi veya tarafların Kurulun davetini kabul etmeleri halinde uzlaşma görüşmeleri en kısa sürede başlar (m.6/1). Birden fazla tarafla uzlaşma görüşmesi yürütülmesi halinde bu görüşmeler ayrı ayrı yapılır (m.6/3). Görüşmelerde, soruşturma güvenliğini tehdit etmemek koşuluyla taraflara haklarında öne sürülen iddialar, isnat edilen ihlalin niteliği ve kapsamı, tarafın bilgilendirilmesi amacıyla ticari sır ve gizli bilgilerden arındırılmış deliller, uzlaşma sonucunda uygulanabilecek indirim oranı ile idari para cezası aralığı hakkında bilgi verilir (m.6/5).

Uzlaşma görüşmelerinde taraflar, bilgilendirildikleri konular hakkında görüşlerini bildirirler ve görüşmeler katılanlarca tutanak altına alınır (6/4). Taraflar, uzlaşma görüşmeleri kapsamında edindiği bilgi ve belgeler ile uzlaşma görüşmelerinin içeriğini, soruşturmanın diğer tarafları hakkında verilecek nihai karara kadar gizli tutmak zorundadırlar (m.12/1). Uzlaşma süreci tamamlanmış olan tarafların bu yükümlülüklerini uzlaşma nihai kararından sonra ihlal etmeleri halinde uzlaşma nihai kararı geri alınarak ilgili teşebbüsler hakkında yeni bir soruşturma başlatılabilir (m.12/2). Ayrıca bu halde, gizlilik yükümlülüğünün ihlali verilecek idari para cezasını artırıcı bir neden olarak kabul edilecektir (m.12/3).

Görüşmelerin ardından Kurul, isnat edilen ihlalin niteliğini, kapsamını, Ceza Yönetmeliği'ne göre hesaplanan azami idari para cezası oranını, uzlaşma neticesinde uygulanacak indirim oranını, varsa Aktif İşbirliği Yönetmeliği kapsamında uygulanacak indirim oranını, verilecek azami idari para cezası oranını ve miktarını, uzlaşma metninin Kuruma gönderilmesi için verilecek ve en çok 15 gün olacak kesin süreyi, metnin bu süre içinde gönderilmemesi halinde Kurulun kararda yer alan hususlarla bağlı olmayacağını içeren ara kararını verir (m.7)³⁸¹. Bu kararda yer alan hususlar taraflarca tartışma konusu yapılamaz (m.7/4).

Taraflar, Kurulca kendilerine tanınan süre içinde ihlalin varlığı, kapsamı, kendilerine uygulanacak azami para cezası, ceza miktar ve oranı, iddialar konusunda yeterli bilgi

³⁸¹ Rekabet Kurulu, 09.03.2023 T., 23-13/223-72 sayılı kararı; Rekabet Kurulu, 23.02.2023 T., 23-10/154-48 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

edindikleri, kendi görüşlerini açıklamak için yeterli imkâna sahip buldukları ve idari para cezası ile uzlaşma metninde yer alan hususların dava konusu yapılmayacağı hususlarını kabul beyanlarını içeren uzlaşma metnini Kurula sunarlar (m.8/1). İlgili metnin uzlaşma taraflarını temsil yetkisine haiz olanlarca imza edilmesi gerekir. Ancak görevli meslek personeline sözlü beyanda bulunulması halinde bu husus yazılı hale getirildikten sonra uzlaşma tarafını temsil yetkisini haiz olan kişilere teyit ettirilecektir (m.8/2). Her iki halde de usulüne uygun biçimde Kurula sunulan uzlaşma metninin geri alınması mümkün değildir (m.8/4). Taraflarca sunulan uzlaşma metninde gerekli unsurlardan herhangi birinin bulunmaması halinde taraflara bir sefere mahsus olmak üzere eksiklikleri tamamlamak üzere süre 7 günlük süre verilir. Bu süre içinde eksikliklerin tamamlanmaması halinde uzlaşma sürecinin sona erdirileceği ve olağan soruşturma usulünün takip edileceği taraflara bildirilir (m.8/3). Taraflarca uzlaşma metninin süresi içinde Kurula sunulmaması, eksikliklerin kendilerine tanınan süre içerisinde giderilmemesi, tarafların uzlaşma sürecinden çekilmesi veya Kurulun uzlaşma talebini reddetmesi hallerinde yeniden uzlaşma talebinde bulunulması mümkün değildir (m.11/3). Uzlaşma metninin usulü uyarınca Kurula sunulmasının ardından Kurul, ihlal tespiti ve indirim uygulanmış idari para cezasınının yer aldığı bir nihai karar vererek soruşturmayı, uzlaşan taraf yönünden sonlandırır (m.9).

Tebliğ'in 4/6'ncı maddesinde Kurulun uzlaşma sonucunda vereceği nihai karara kadar uzlaşma görüşmelerini sonlandırabileceği üç farklı durum düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, Kurulun uzlaşma süreciyle amaçlanan usuli faydaların sağlanmayacağına veya soruşturma taraflarıyla ihlalin varlığına ve kapsamına ilişkin ortak bir kanaate varmanın mümkün olmamasıdır. İkinci durum, delillerin karartılma ihtimalinin olduğu hallerde ilişkindir. Son hal ise tarafların uzlaşma görüşmelerinin içeriği ile bu görüşmelerde elde edilen bilgi ve belgelerin soruşturma süreci tamamlanmadan ifşa edilmesi halidir. Kurul, bu üç halde de uzlaşma prosedürünü sona erdirmek konusunda takdir yetkisine sahiptir.

İzah edilmiş olduğu üzere uzlaşma usulüyle Kurul, araştırma, delil elde etme ve karar alma süreçlerinde harcayacağı zaman ve maliyeti düşürmekte ve rekabet ihlallerini ortaya çıkarmakta, buna karşılık uzlaşmanın tarafları karşılaştacağı ağır idari para cezalarında yapılacak indirimlerden yararlanmaktadır. Uzlaşma, Kurul kararlarının sonuçlarına göre sınıflandırılmasında önemli bir yer kaplamaktadır. Rekabet Kurumunca yayımlanan verilere göre 2022 yılında verilen 78 rekabet ihlali kararının

34'ü, 2023 yılının ilk 6 ayında verilen 56 rekabet ihlali kararının 35'i uzlaşma ile sonuçlandırılmıştır³⁸². Yönetmelik'in 2021 yılından itibaren yürürlükte olması ve daha yalnızca iki yıl geçmiş olmasına rağmen 2023 yılında verilen ihlal kararlarının yarısından fazlasının uzlaşma neticesinde verilmiş olmasından prosedürün kendisinden beklenen faydaları gerçekleştirdiğini söylemek mümkündür.

b. Muafiyet Kararı Verme Yetkisi

(1) Genel Olarak

Bilindiği üzere, RKHK'nin 4'üncü maddesinde rekabeti engellemeye, bozmaya veya kısıtlamaya yönelik olan, bu etkileri doğuran ya da doğurabilecek nitelikte olan anlaşmalar, uyumlu eylemler ve kararlar yasaklanmış olup, kural olarak bunların varlığı, 4'üncü maddenin ihlali sonucunu doğuracaktır. Bununla birlikte, Kanun'un 5'inci maddesinde Kurula, esasen rekabet ihlali teşkil eden bazı anlaşma, uyumlu eylem ve kararları yaptırım uygulanmaktan muaf tutma yetkisi verilmiştir. Kurul, bu yetkisini re'sen kullanabileceği gibi teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin başvurusu üzerine de kullanabilmektedir.

Kurula verilen bu yetki, esasen rekabete aykırı olan anlaşma, uyumlu eylem ve kararların bazı hallerde tüketiciye, ekonomiye ve rekabet ortamına yarar sağlayabileceği, daha adil olabileceği ve dolayısıyla bunların yasak haller kapsamında değerlendirilmemeleri gerektiği düşüncesine dayanmaktadır³⁸³. Örneğin Kurul, bir kararında bir teşebbüse tek satıcılık veya dağıtıcılık gibi yetkiler verilmesine ilişkin olan münhasırlık sözleşmelerinin, özellikle taraflardan birinin pazar gücüne sahip olduğu hallerde pazarı kapama riskinin bulunduğunu, buna karşılık bu sözleşmelerin örneğin, bir ürünün satışının desteklenmesini kolaylaştırabilme, bir bölge veya müşteri grubuna yalnızca kendisinin satış yapabileceğini bilen dağıtıcının yatırım yapmasını teşvik etme, dağıtıcının daha yoğun pazarlama yapmasına olanak verme gibi sonuçlar doğurabildiğini ve böylece dağıtımda rasyonelleşmenin sağlanabileceğini belirterek bu sözleşmelerin olumlu etkilerinin de olabileceğini tespit etmiştir³⁸⁴. Bu düşünceye

³⁸² www.rekabet.gov.tr.

³⁸³ İsmail Yılmaz Aslan 121; Aytekin 88.

³⁸⁴ Rekabet Kurulu, 15.12.2022 T., 22-55/853-352 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

dayanan muafiyet kararı verme yetkisinin kullanılmasıyla, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin meydana getirdikleri hukuka aykırı anlaşma, uyumlu eylem veya kararlar cezalandırılmamakta, bunlar bakımından bir çeşit hukuka uygunluk nedeni yaratılmaktadır.

Öte yandan, Kurulun muafiyet kararı vermesi için ortada Kanun'un 4'üncü maddesi anlamında bir rekabet ihlali olduğunun kanıtlanmış olması gerekmektedir. Nitekim muafiyet, 4'üncü maddeden istisna tutulmayı ifade etmektedir; onun ihlal edilmemiş olduğunu değil. Dolayısıyla, Kurulun bir muafiyet değerlendirmesini yaparken, öncelikle muafiyet istemine konu olan anlaşma, uyumlu eylem ve kararların Kanun'un 4'üncü maddesine aykırı olup olmadığı yönünden bir değerlendirme yapması gerekmektedir. Çünkü Kanun'un 4'üncü maddesine aykırı olmayan bir anlaşma, eylem veya karara muafiyet tanınması mümkün değildir. İlgili bir kararda Kurul, karayolunda seyreden taşıtların periyodik muayene hizmetlerinin görülmesinde kanuni imtiyaz sahibi olan TÜVTÜRK adlı teşebbüsün, bu hizmetin alt işleticiler tarafından sağlanmasına yönelik alt işletim sözleşmesini muafiyet kapsamında incelemiştir³⁸⁵. Kurul, ilgili piyasanın hukuki olarak rekabete açık olmadığını tespit etmiş, ardından sözleşmeyi muafiyet şartlarını taşıyıp taşımadığı açısından değerlendirmiştir. Nihayet Kurul, sözleşmenin bazı hükümlerinin ilgili pazardaki ekonomik gücün rekabete açık olan pazarlara aktarılması ve bu pazarlardaki rekabetin olumsuz etkilenmemesi açısından, inceleme konusu sözleşmeye alt işleticinin hizmet sunarken kullanacağı, belirlenen nitelikteki araç ve gereci tercih edeceği sağlayıcıdan edinmesinin engellenmemesi ve muayene istasyonu ve ortaklarının otomotiv ürünleri bakım, onarım ve yedek parça ile aksesuar satışı alanlarında faaliyet göstermemelerinin sağlanması kaydıyla bireysel muafiyet tanımıştır. İlgili kararın temyiz edilmesi üzerine Danıştay, muafiyet başvurularının yalnızca rekabete açık olan pazarlar bakımından değerlendirilebileceğini ve mevzuattan dolayı rekabetin bulunmadığı piyasalardaki bir anlaşmanın Kanun'un 4'üncü maddesi bağlamında değerlendirilmesinin söz konusu olmayacağını kaydetmiştir³⁸⁶. Ayrıca kararda, Kurul tarafından incelenen sözleşmede alt işleticinin ortaklarının niteliği bakımından hiçbir belirleme yapılmadığı ve dolayısıyla sözleşmede Kanun'un 4'üncü maddesine

³⁸⁵ Rekabet Kurulu, 13.03.2008 T., 08-24/247-81 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

³⁸⁶ Danıştay 13. D., 14.11.2011 T., 2008/7958 E., 2011/4918 K. sayılı ilamı (rekabet.gov.tr).

aykırılık tespit edilmeden muafiyet değerlendirmesi yapılamayacağı ifade edilmiştir. Danıştay, bu gerekçeler ile Kurul kararının iptaline karar vermiştir.

Kurulun kendisine bildirilmemiş olan anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar hakkında vereceği muafiyet kararı geriye etkilidir³⁸⁷. Yani Kurulca verilen muafiyet; anlaşma, eylem veya kararın yapıldığı tarihten itibaren etkili olur ve muafiyet kararı verilmesinden önceki süreçte bunların 4'üncü maddeye aykırı olduklarından bahisle yaptırım uygulanamaz. Muafiyet kararı belirli süreli olabileceği gibi, süresiz de olabilir. Ayrıca, muafiyet kararı verilmesi için Kurulca belirli şart ve yükümlülükler öngörülmesi mümkündür (m.5/3). Öngörülecek olan bu şartlar, Kanun'un 4'üncü maddesine aykırı bulunan anlaşmalardan bazı maddelerin çıkarılması, anlaşmalara bazı hükümlerin ilavesi veya uygulamanın değiştirilmesine ilişkin hususlardan oluşabilmektedir³⁸⁸. Şarta bağlı olan muafiyetler, Kanun'un 5/3'üncü maddesi uyarınca Kurulun kararını verdiği tarihten itibaren değil, teşebbüslerin belirlenen şartları karşıladığı tarihten itibaren geçerli olacaktır.

(2) Koşulları

Kurul, bu yetkisini ancak belirli koşulların varlığı halinde kullanabilir. Bu koşullar Kanun'un 5/1'inci maddesinde sayılmıştır. Buna göre Kurul, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin anlaşma, uyumlu eylem ve kararları hakkında malların üretimi veya dağıtımını ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme veya iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması (m.5/1-a), tüketicinin bundan yarar sağlaması (m.5/1-b), ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması (m.5/1-c), rekabetin ilk iki koşuldaki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlandırılmaması (m.5/1-d) halinde muafiyet kararı verebilir. Önemle belirtmek gerekir ki, muafiyetin tanınması bu koşulların her birinin birlikte gerçekleşmesine

³⁸⁷ İsmail Yılmaz Aslan 123; Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Kararlarının İsteğe Bağlı Bildirimine İlişkin Kılavuz.

³⁸⁸ Rekabet Kurulu, 14.11.2019 T., 2019-4-003 sayılı kararı; Rekabet Kurulu, 25.11.2021 T., 21-57/789-389 sayılı kararı; Rekabet Kurulu, 23.11.2022 T., 22-52/779-321 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

bağlı olup, koşullardan yalnız birinin veya birkaçının varlığı muafiyet için yeterli değildir³⁸⁹.

Bu şartlara değinmek gerekirse, malların üretilmesi veya dağıtım ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme veya iyileşmeler ya da ekonomik veya teknik gelişmelerin sağlanması, örneğin üretimi artıracak veya üretim veya dağıtım maliyetlerini kısacak bir teknolojik buluş hakkında bilgi paylaşımı yapılması, hammaddelerin etkin kullanılmasına ilişkin bir karar alınması, uyumlu eylemlerle ürün ve hizmet fiyatlarının düşürülmesi ve kalitelerinin artırılması gibi hallerde söz konusu olabilir. Bununla birlikte, hükümde yer alan gelişme, iyileşme, teknik ve ekonomik gelişme kavramları soyut ve sübjektif olduklarından, belirli anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar hakkında bu şartın gerçekleşmiş olduğunun tespiti her zaman kolay olmayacaktır. Bu hususun tespitinde elbette muafiyet kararı da vermeye yetkili olan Kurulun takdir yetkisi söz konusudur. Örneğin, MS hastalıklarının tedavisinde kullanılan bir ilacın Türkiye’de ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nde yalnızca bir teşebbüs tarafından satış ve pazarlanmasına ilişkin akdedilen bir münhasırlık sözleşmesini inceleyen Kurul, bu sözleşmenin akdedilmesiyle birlikte, daha evvel Sosyal Güvenlik Kurumunca (SGK) ve Türk Eczacıları Birliğince (TEB) ithal edilen ilacın artık ithalata gerek kalmadan temin edilebileceği, bu sebeple masrafların azalacağı, böylece ilaçların temininin sosyal güvenlik sistemindeki yükü hafifleteceği ve cari açığın kapanmasına katkı sağlayacağı gerekçeleriyle sözleşmenin ekonomik gelişme şartını sağladığına karar vermiştir³⁹⁰.

Tüketiciye yarar sağlama koşulu ise mal ve hizmet fiyatlarında azalma, nitelik ve kalitede artış, coğrafi dağıtım imkânlarının genişlemesi, yeni mal veya hizmetlerin sunulması, ürün çeşitlerinin ve servis imkânlarının artması gibi çeşitli biçimlerde ortaya çıkabilir³⁹¹. Rekabet Kurulu, önceki paragrafta anmış olduğumuz kararında, MS tedavisinde kullanılan ilacın Türkiye’de ruhsatlandırılarak satılmasının, ithalata nazaran daha az maliyetli olacağı, ilaç temin süresinin kısılacağı, ilacın insan sağlığı açısından taşıdığı önem de göz önüne alındığında ürünlerin daha kolay bulunabilir

³⁸⁹ İsmail Yılmaz Aslan 122; Aytekin 89; Kaya 50; Ahmet Eğerci, Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:12, Ankara, Rekabet Kurumu, 2005, 197.

³⁹⁰ Rekabet Kurulu, 15.12.2022 T., 22-55/853-352 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

³⁹¹ Rekabet Kurulu, 15.12.2022 T., 22-55/853-352 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

olacağı ve ürüne olan talebin düzenli olarak karşılanabileceği sebepleriyle tüketici yararı koşulunun sağlandığına karar vermiştir. Kurul, bir web sitesi üzerinden kozmetik ürünü satışı yapılmasına yönelik olan iş modelinin muafiyet değerlendirmesini yapmış olduğu bir başka kararında ürün çeşitliliğinin artması, tüketicilerin kullanıcı yorumlarını ve değerlendirmelerini görebilmesi, indirim ve kampanyalardan haberdar olabilmelerine yönelik fırsatların bulunması ve hangi şehirde olursa olsun tüketicilerin satın aldıkları ürünü iade etme imkânına sahip bulunması gibi halleri tüketici yararı şartı kapsamında değerlendirmiştir³⁹². Kurul, bir diğer kararında 4'üncü madde kapsamındaki yasak anlaşma, uyumlu eylem ve kararların tüketiciye yarar sağlama koşulunu sağlayabilmeleri için en azından tüketiciler üzerindeki net etkisinin nötr olmasının, yani tüketicinin durumunu olumsuz etkilememesi gerektiğinin genel prensip olduğunu belirterek, tüketici faydalarının oldukça dolaylı olmasına rağmen bu koşulun karşılanmış olduğuna karar vermiştir³⁹³. Bu halde, anlaşma, uyumlu eylem veya kararların tüketiciye olumlu etki sağladığının kesin olarak tespit edilemediği hallerde bu şartın karşılanabilmesi için en azından tüketiciye olumsuz bir etki yansımayaçağının tespit edilmesi gerekmektedir. Burada tüketici kavramı, bir ürün veya hizmeti tüketmek üzere alan nihai tüketiciyle sınırlı olarak ele alınmamalı, tedarik zincirindeki bütün tüketiciler, örneğin malları yeniden satmak amacıyla satın alan perakende ve bayiler de bu kavram içerisinde değerlendirilmelidir³⁹⁴.

Muafiyetin üçüncü şartını teşkil eden rekabetin ilgili pazarın önemli bir bölümünde ortadan kalkmaması, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin anlaşma, uyumlu eylem ve kararları neticesinde bunların faaliyet gösterdikleri ya da faaliyetlerinden etkilenen piyasalarda rekabetin önemli ölçüde azalmamasını ifade eder. Bu şartın var olup olmadığının tespitinde pazara yeni teşebbüslerin girişinde herhangi bir engel olup olmadığı, dikey anlaşmalar ile giriş engeli yaratılıp yaratılmadığı, pazarın yapısı, teşebbüslerin pazar payları ve tüketici tercihlerinin ne ölçüde kısıtlandığı gibi ölçütler nazara alınmaktadır³⁹⁵. Bu kapsamda Kurul, gıda takviyesi pazarında faaliyet gösteren

³⁹² Rekabet Kurulu, 16.09.2021 T., 21-43/638-317 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

³⁹³ Rekabet Kurulu, 23.11.2022 T., 22-52/779-321 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

³⁹⁴ İsmail Yılmaz Aslan 124; Gürkaynak 114; Rekabet Kurulu, 23.11.2022 T., 22-52/779-321 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

³⁹⁵ Gürkaynak 116; Rekabet Kurulu, 09.09.2021 T., 21-42/611-298 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

bir teşebbüsün akdedeceği bayilik sözleşmelerinin muafiyetten yararlandırılması istemiyle önüne gelen bir dosyada, sözleşme ile herhangi bir depoya veya eczaneye ürünlerin satılması ve saklanması için münhasırlık verilmediğine, yeniden satıcıların sayısında herhangi bir kısıtlama yapılmadığına, pazara giriş engellerinin yaratılmadığına ve teşebbüsün pazar payının yüksek olmadığına işaret ederek rekabetin önemli ölçüde azalmaması şartının karşılandığına karar vermiştir³⁹⁶.

Zorunluluk şartı ise, anlaşma, uyumlu eylem veya kararlar ile ulaşılmak istenen yararın başka türlü elde edilme imkânının bulunmamasıdır. Kurul, madde kapsamında yaptığı değerlendirmelerde anlaşma, uyumlu eylem veya kararlar ile meydana gelen rekabet sınırlamalarının gerekliliğini ve zorunluluğunu değerlendirmektedir³⁹⁷. Bu doğrultuda teşebbüsler, faaliyetleriyle amaçladıkları ekonomik yararları gerçekleştirirken rekabeti en az sınırlayıcı yöntemi tercih etmekle yükümlüdür ve amaçlanan fayda ile rekabet kısıtlaması arasında makul bir dengenin kurulması gerekmektedir³⁹⁸.

(3) Bildirim Usulü

Muafiyet tanınması hususundaki usul, 02.07.2005 tarihli ve 5388 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun'un 1'inci maddesiyle yapılan değişiklikten evvel teşebbüsler ve teşebbüs birlikleri tarafından yapılacak anlaşmaların, uyumlu eylemlerin ve kararların bir ay içinde Kurula bildirilmesinin zorunlu olmasıydı. Bildirim üzerine Kurul, bildirilen anlaşma, eylem ve kararlar hakkında muafiyet kararı verebilmekteydi. Anlaşmaların, eylemlerin ve kararların belirlenen süre içerisinde Kurula bildirmemesi halinde teşebbüs ve teşebbüs birlikleri hakkında idari para cezası verileceği hususu düzenlenmişti. Bunun gibi, Kanun'un yürürlükten kaldırılan 10/1'inci maddesinin ikinci cümlesinde bildirilmemiş anlaşmalara muafiyet uygulanmayacağı ve zamanında yapılmamış bildirimlere muafiyet verilmesi halinde muafiyetin bildirim tarihinden itibaren geçerli olacağı, böylece bildirim tarihine dek meydana gelen yasak faaliyetler sebebiyle ceza uygulanabileceği hususları düzenlenmişti. Ancak 5388 Sayılı Kanun ile muafiyet konusunda yöntemsel bir değişiklik yapılmış ve muafiyet alabilmek için gereken

³⁹⁶ Rekabet Kurulu, 09.09.2021 T., 21-42/611-298 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

³⁹⁷ Gürkaynak 118.

³⁹⁸ Rekabet Kurulu, 16.09.2021 T., 21-43/638-317 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

bildirim şartı ortadan kaldırılmıştır. Gerçekten, Kanun'un 5'inci maddesinin 1'inci fıkrasına bakıldığında maddede sayılan şartları taşıyan anlaşma, uyumlu eylem ve kararların bildirilmesi ve bunlar bakımından izin alınması şartları ortadan kaldırılmış, bunlar başkaca bir işleme gerek kalmaksızın muafiyet kapsamında değerlendirilmişlerdir. Böylece, muafiyet için bildirimde bulunmayan ve Kuruldan izin istemeyen teşebbüs ve teşebbüs birliklerine bu sebepten ötürü yaptırım uygulanma olanağı da kalmamıştır. Teşebbüsler, muafiyet şartlarını taşıyan anlaşma, eylem ve kararlarını Kuruma bildirmekle yükümlü değilseler de olası bir incelemede, bunların muafiyet kapsamında olduklarına ilişkin ispat yükü, anlaşma, eylem veya kararı gerçekleştiren taraflar üzerindedir³⁹⁹.

Muafiyet için öngörülen şartların soyut kavramlardan oluşması, bazı hallerde teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin meydana getirdikleri anlaşma, uyumlu eylem veya kararların muafiyet şartlarını taşıyıp taşımadıkları hususunda şüpheler meydana getirebilir. Elbette ki bu şartların mevcut olmaması teşebbüsler bakımından ağır idari para cezalarını gerektirebileceğinden, teşebbüs ve teşebbüs birlikleri için bu şüpheleri ortadan kaldırmaya elverişli bir yol da gösterilmiştir. Meydana getirdikleri anlaşma, uyumlu eylem veya kararların muafiyet şartlarını taşıyıp taşımadığı hususunda şüphe duyan teşebbüs ve teşebbüs birlikleri, Kanun'un 5'inci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca, anlaşma, eylem ve kararlarının muafiyet şartlarını taşıyıp taşımadığının tespit edilmesi için Kurula başvurma hakkına sahiptir (m.5/2).

Kurula Yapılacak bildirim; Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Kararlarının İsteğe Bağlı Bildirimine İlişkin Kılavuz'un ekinde bulunan Muafiyet Bildirim Formu'nun eksiksiz olarak doldurulması ile yapılır. Bu forma, imza sirküleri veya vekâletnameler eklenir. Yabancı dilde hazırlanmış belgelerin yeminli tercüman tarafından hazırlanmış Türkçe tercümelerinin de başvuruya eklenmesi gerekmektedir. Tercüme yeminli tercüman tarafından yapılmamışsa yetkililer veya temsilcilerin tercümeyi onaylaması gerekir. Bildirim formu ve ekindeki bilgilerin elektronik ortamda hazırlanması ve elden ya da posta yolu ile Kurum merkezine iletilmesi gerekir. Formda eksiklik bulunması halinde bunun sonradan tamamlanması mümkündür⁴⁰⁰. Formun eksiksiz biçimde Kurum merkezine iletilmesinin üzerine konu

³⁹⁹ Gürkaynak 112.

⁴⁰⁰ Rekabet Kurulu, 01.12.2022 T., 22-53/805-331 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

ile ilgili muafiyet-menfi tespit raporu tanzim edilmekte ve başvuru Kurulca değerlendirilmektedir. Ayrıca Kurul, muafiyet kararını re'sen yapacağı inceleme üzerine de verebilecektir.

(4) Grup Muafiyeti

Bundan evvelki kısımda incelemiş olduğumuz muafiyet türü bireysel muafiyet başlığı altında ele alınmakla birlikte, muafiyet uygulamasının tek türü değildir. Nitekim Kanun'un 5'inci maddesinin 4'üncü fıkrasında Kurulun, maddenin 1'inci fıkrasında öngörülen, yani bireysel muafiyet için gerekli olan şartları taşımak kaydıyla belirli konulardaki anlaşma türlerine grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayan ve bunların şartlarını tespit eden tebliğler çıkarabileceği düzenlenmiştir (m.5/4). Kurul, ilgili Kanun hükmüne istinaden 14.07.2002 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ni, 23.01.2008 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 2008/2 Sayılı Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ni, 11.02.2008 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 2008/3 Sayılı Sigorta Sektörüne İlişkin Grup Muafiyet Tebliği'ni, 26.07.2013 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 2013/3 Sayılı Uzmanlaşma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ni, 16.03.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 2016/5 Sayılı Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ni ve nihayet 24.02.2017 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 2017/3 sayılı Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ni çıkarmıştır. Sayılan grup muafiyeti tebliğleri incelendiğinde, çoğunlukla muafiyet değerlendirmesine konu olan teşebbüslerin sundukları mal veya hizmetlerin piyasa hacminin belirli bir oranından fazlası olmaması (%30-40), tarafların bazı şartları kabul etmesi, taraflar arasında tebliğlerde tespit edilmiş tipte sözleşmelerin akdedilmiş olması gibi şartlarla karşılaşılmaktadır. Teşebbüslerin grup muafiyeti tebliğlerinde öngörülen şartları taşıyan anlaşma, uyumlu eylem ve kararları Kurula bildirmeleri zorunlu değildir, Bunlar, haklarında herhangi bir inceleme yapılmaksızın grup muafiyeti kapsamında kabul edilmektedirler⁴⁰¹. Buna karşılık, muafiyet için gereken şartları taşımayan anlaşmalar, uyumlu eylemler ve kararlar, Kurul bunlar hakkında

⁴⁰¹ İsmail Yılmaz Aslan 130.

karar verinceye dek askıda geçersiz olarak kabul edilmektedir⁴⁰². Kurulun bu anlaşma, eylem ve kararlar hakkında muafiyet verilmemesine karar verdiği hallerde bunlar meydana getirildikleri tarihten itibaren 4'üncü maddeye aykırı olarak değerlendirilir ve para cezaları da bu tarihten itibaren uygulanabilir.

(5) Geri Alınması

Kurul tarafından tanınan muafiyet ister bireysel, ister grup muafiyeti olsun, bunların belirli şartların mevcudiyeti halinde her zaman geri alınması mümkündür. Zira Kanun'un 13'üncü maddesinde muafiyet kararlarının geri alınabileceği öngörülmüştür. Buna göre, muafiyet kararının alınmasına esas olan herhangi bir olayda değişiklik olması, karara bağlanan şart ve yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya kararın söz konusu anlaşma hakkında yanlış veya eksik bilgiye dayanarak verilmiş olması hallerinde muafiyet kararı geri alınabilecektir (m.13/1). Kanun'da, verilen muafiyetin geri alınmasında Kurumun hangi organının yetkili olduğuna ilişkin bir hüküm yer almamakla birlikte, idare hukuku öğretisinde kabul edilen yetkide ve usulde paralellik (koşutluk) ilkesi uyarınca kanunlarda aksi öngörülmedikçe tersine işlemlerde, yani bir işlemin geri alınması, kaldırılması ya da değiştirilmesinde yetki, o idari işlemi tesis etmeye yetkili olan makamındır⁴⁰³. Yine bu ilke gereğince, muafiyet kararı hangi usul ile verilmişse aynı usulle geri alınması gerekir. Bundan hareketle, muafiyet kararı vermeye yetkili olan Kurulun, bu kararı geriye almaya da yetkili olduğu ifade edilmelidir. Danıştay da muhtelif kararlarında aynı fikri benimsemiştir. Örneğin Mahkeme, müşterek kararname ile İl Kültür Müdürlüğü'ne atanan davacının Kültür Bakanlığı'nın işlemiyle görev yerinin değiştirilmesi biçimindeki işlemi, yetkide ve usulde paralellik ilkesi gereğince müşterek kararname ile göreve atanan kimsenin

⁴⁰² İsmail Yılmaz Aslan 175.

⁴⁰³ Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk 1272; Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 2 İdari Yargılama Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 1999, 446-458; Gözler ve Kaplan 308-349; Günay, İdare Hukuku, 148-149. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya 415; Danıştay 6. D., 30.06.2010 T., 2008/7976 E., 2010/6946 K. sayılı ilamı (Lexpera).

ancak müşterek kararnameyle görevden alınabileceğinden bahisle hukuka aykırı bulmuş ve iptal etmiştir⁴⁰⁴.

Kurulun geri alma kararının hangi tarihten itibaren yürürlüğe gireceği, bir başka deyişle sonuç doğuracağına ilişkin düzenleme Kanun'un 13'üncü maddesinde yer almaktadır. İlgili düzenlemeye göre, muafiyet kararının alınmasına esas teşkil eden olayda değişiklik olması sebebiyle muafiyetin geri alındığı hallerde geri alma kararı, değişikliğin meydana geldiği tarihten itibaren geçerlidir. Muafiyet kararının Kurulca öngörülen şart ve yükümlülüklerin yerine getirilmemesi ya da kararın söz konusu anlaşma hakkında yanlış ya da eksik bilgiye dayanılarak verilmiş olması hallerinde geri alma kararı, muafiyet kararının verildiği tarihten itibaren geçerli olacaktır. Bununla birlikte, Kanun'un 13'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında, muafiyetin anlaşma hakkındaki yanlış veya eksik bilgiye dayanmasında, bu bilgilerin ilgili teşebbüsün kastı veya hilesiyle gerçekleşmesi halinde muafiyet kararının hiç alınmamış sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Böylece bu hallerde verilecek idari para cezaları ihlalin ilk gerçekleştiği tarih esas alınarak verilecektir.

c. Menfi Tespit Kararı Verme Yetkisi

(1) Genel Olarak

Kurulun menfi tespit kararı verme yetkisi, RKHK'nin 8'inci maddesinde düzenlenmiştir. Menfi tespit kararı, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin yaptıkları bir anlaşmanın, kararın, eylemin veya birleşme ve devralma işlemlerinin rekabeti sınırlayıcı veya hâkim durumun kötüye kullanılması niteliğinde olmadığını tespit etmesine ilişkin bir yetkidir. Muafiyet kararının aksine, menfi tespit kararlarında yapılan anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar muhtelif nedenlerle hukuka uygun sayılmamakta, bunların doğrudan Kanun'un 4'üncü, 6'ncı ve 7'nci maddelerine uygun

⁴⁰⁴ Danıştay 5. D., 06.11.1996 T., 1996/1997 E., 1996/3334 K. sayılı ilamı (Lexpera); aynı yönde: Danıştay 8. D., 13.10.1997 T., 1996/5256 E., 1997/2729 K. sayılı ilamı (Aktaran: Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 2, 459-462).

oldukları tespit edilmektedir⁴⁰⁵. Bir başka deyişle, menfi tespit kararlarında hukuka aykırı davranışın mazur görülmesi söz konusu değildir. Bu kararlar, bir anlaşma, uyumlu eylem veya kararın Kanun'a uygun olduğu tespit edilmektedir⁴⁰⁶. Bununla birlikte, menfi tespit kararı ile karara konu olan anlaşmanın geçerliliği bakımından bir tespit yapılmaz; yalnızca anlaşmanın Kanun'un 4, 6 ve 7'nci maddelerine uygun olduğu tespit edilmiş olur.

Bu kapsamda Kurul, yedek parça ile bakım ve onarım piyasalarında pazar araştırması yapılmak üzere yedek parça temini ile de iştigal eden bir teşebbüsün, bir pazar araştırması şirketi ile akdetmiş olduğu danışmanlık sözleşmesi hakkında yapmış olduğu bir değerlendirmede, inceleme konusu araştırma ile yedek parça piyasasındaki fiyatların öğrenilmesinin kamuya açık güncel liste fiyatları içermesi ve bu bilgilerin bilgi değişimi şüphesi içermemesi için bir araştırma şirketi marifetiyle elde edilmesinin rekabetçi endişelere yol açmayacağını, ayrıca sözleşmenin Kanun'un 6'ncı ve 7'nci maddelerine de aykırı olmadığını tespit etmiş ve sözleşme hakkında menfi tespit belgesi vermiştir⁴⁰⁷.

Menfi tespit kararı ile ilgili teşebbüs ve teşebbüs birliklerine sağlanan fayda, öncelikle hukuki belirlilik sağlamaktır. Gerçekten bir anlaşma, karar veya uyumlu eylem bakımından menfi tespit kararı elde edilmesi halinde, yapılan bu uygulamaya karşı Kurulca bir yaptırım uygulanamayacak, böylece ilgililer başvuru konusu uygulamayı güven içerisinde yürütebileceklerdir⁴⁰⁸. Öğretide menfi tespit kararının bir diğer faydasının özel hukuk ilişkileri bakımından söz konusu olduğu, bir anlaşmanın hukuka uygun olduğunun tespiti halinde anlaşmanın daha sonra geçersizlik yaptırımı ile karşılaşmayacağı ve tarafların güven içerisinde sözleşmelerini ifa edebilme imkânına sahip olacakları haklı olarak ifade edilmiştir. Nitekim Kanun'un 56'ncı maddesinde

⁴⁰⁵ Aksi Yönde: Kaya 52-53: Yazar, eserinde menfi tespit kararının teşebbüslerin anlaşma, uyumlu eylem ve kararlarının hukukten geçerli olup olmadığına ilişkin olmadığını, bu kararların yalnızca inceleme konusu uyuşmazlıkların yaptırım konusu olup olmadığını belirlenmesinden ibaret olduğunu öne sürmüştür. Buna karşılık Kanun'un 8'inci maddesi Kurulun, inceleme konusu anlaşma, uyumlu eylem, karar ile birleşme ve devralmanın Kanun'un 4, 6 ve 7'nci maddelerine aykırı olmadığını gösteren bir menfi tespit verebileceğini düzenlemiştir. Kurulun, 8'inci madde uyarınca vereceği kararlar aracılığıyla ilgili anlaşma, karar veya eylemin hukuka aykırı olmadığını ve dolayısıyla bunların hukuka uygun olduğunu tevsik etmesinin karşısında bu görüşe katılmak mümkün olmamıştır.

⁴⁰⁶ Eğerci 194-195; Yollu 85-86; Aytekin 88.

⁴⁰⁷ Rekabet Kurulu, 21.07.2022 T., 22-33/525-211 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

⁴⁰⁸ Aytekin 88; Kaya 53.

rekabeti kısıtlayıcı olan her anlaşma ve teşebbüs birliği kararının geçersiz olduğu, ayrıca bunlardan doğan edimlerin ifasının istenemeyeceği düzenlendiğinden, taraflar arasındaki anlaşmanın geçersizliği, anlaşma kapsamında yer alan edimlerin ifasının talep edilememesi sonucunu doğuracak, böylece teşebbüs ve teşebbüs birlikleri açısından zararlar meydana gelebilecektir. Menfi tespit kararı ise bu karar geri alınana dek bu riski ortadan kaldıracaktır.

Kanun'un 13/1-b hükmü uyarınca menfi tespit kararlarının da muafiyet kararları gibi şartlara ve yükümlülüklerle bağlanabileceği anlaşılmaktadır. Uygulamada da zaman zaman menfi tespit kararının şart ve yükümlülüklerle tabi tutulduğu görülebilmektedir. Örneğin Kurul, iki teşebbüsün ortak bir teşebbüs kurmasına ilişkin iştirak sözleşmesi hakkında menfi tespit kararı verilmesi yönündeki talebi değerlendirdiği bir kararında, sözleşmede düzenlenen gizlilik yükümlülüğünün tarafların şirket üzerinde ortak kontrole sahip oldukları süre ile sınırlandırılması şartıyla anlaşmaya menfi tespit belgesi verilebileceğine karar vermiştir⁴⁰⁹. Kurulun menfi tespit kararını belirli şartlara ve yükümlülüklerle bağlamış olması halinde, muafiyet kararında olduğunun aksine karar, askıda geçersiz değil, askıda geçerli vaziyettedir. Nitekim Kanun'un menfi tespit kararının düzenlendiği 8'inci maddesinde muafiyet kararının düzenlendiği 5'inci maddesinin aksine kararın geçerliliği şart ve yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlanmamıştır. Bu halde, menfi tespit kararının, kararda öngörülen şartlar ve yükümlülükler yerine getirilmemiş olsa dahi geçerli olduğu anlaşılmaktadır. Ancak bu koşul ve yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde Kurul, Kanun'un 27/1-c hükmü uyarınca menfi tespit kararı verilen piyasaları takip edeceğinden, gerekli koşulları ve yükümlülükleri yerine getirmeyen anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar bakımından verdiği menfi tespit kararlarını geri alabilecektir. Kurulun bu yetkisi, Kanun'un 13/1-b hükmünden kaynaklanmaktadır.

(2) Usulü

Kanun'un 8'inci maddesinde menfi tespit kararının ilgili teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin başvurusu üzerine verilebileceği hususu düzenlenmiştir. Kurulun görev ve

⁴⁰⁹ Rekabet Kurulu, 29.06.2016 T., 16-22/389-181 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

yetkilerini düzenlemiş olduğu Kanun'un 27'nci maddesinde de menfi tespit yetkisine ilişkin bazı düzenlemeler yer almaktadır. Anılan maddenin 1'inci fıkrasının b bendinde Kurul, ilgililerin menfi tespit taleplerini değerlendirerek uygun anlaşmalara menfi tespit belgesi vermeye yetkili kılınmıştır. Fıkranın c bendinde ise verilen menfi tespit belgelerinin ilgili buldukları piyasaları sürekli takip ederek, piyasalarda veya tarafların durumunda değişiklikler tespit etmesi halinde ilgililerin başvurularını yeniden değerlendirmek Kurula bir görev ve yetki olarak verilmiştir.

RKHK'nin menfi tespit kararı verme yetkisinin düzenlenmiş olduğu hükümlerine bakıldığında, bu kararın ilgili teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin başvurusu üzerine verilebileceğinin açıkça düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Bu halde, Kurulun bu yetkisini re'sen; yani herhangi bir başvuru ya da talep bulunmaksızın kendiliğinden kullanmasının mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Taraflarca yapılacak başvurularda usul, tıpkı muafiyet başvurularında uygulanan usul gibidir. Tarafların Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Kararlarının İsteğe Bağlı Bildirimine İlişkin Kılavuz'un ekinde bulunan menfi tespit bildirim formunu eksiksiz olarak doldurarak formu ekleri ve temsile ilişkin belgeler ile birlikte elektronik ortamda ve ayrıca elden ya da posta yolu ile Kurum merkezine göndermeleri gerekir. Bunun üzerine bir menfi tespit raporu düzenlenir ve talep Kurulca karara baęlanır⁴¹⁰.

(3) Menfi Tespit Kararının Geri Alınması

RKHK'nin muafiyet ve menfi tespit kararlarının geri alınmasını düzenleyen 13'üncü maddesinde menfi tespit kararının geri alınmasının da muafiyet kararının geri alınmasında aranan şartların varlığı halinde mümkün olduğu düzenlenmiştir. Bu şartlar, menfi tespit kararı verilmesine esas olan herhangi bir olayda değişiklik olması, karara bağlanan şart veya yükümlülüklerin yerine getirilmemesi ve kararın yanlış veya eksik bilgiye dayanarak verilmesi halleridir. Kurul, şartların gerçekleşmesinin üzerine vermiş olduğu menfi tespit belgesini geri alabilirse de Kanun'un emredici hükmü uyarınca, menfi tespiti ilişkin anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar bakımından geri alma tarihinden önceki süre için cezai yaptırım uygulanmasına karar veremez (m.8/2).

⁴¹⁰ Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Kararlarının İsteğe Bağlı Bildirimine İlişkin Kılavuz.

Bu emredici hükmün yanında, Kanun'un 13/2'nci ve 13/3'üncü maddelerinde geri alma kararının hangi tarihten geçerli olacağı düzenlenmiş ve bu düzenleme uyarınca muafiyet ve menfi tespit kararlarının geri alındığı bazı hallerde geriye yönelik yaptırım uygulanabileceği hüküm altına alınmıştır. Burada kanaatimizce bir çelişki söz konusudur. Nitekim Kurulun vermiş olduğu bir menfi tespit kararını geri alması halinde 8'inci madde esas alındığında uygulanacak idari yaptırımlar ancak geri alma kararının verildiği tarihten itibaren uygulanabilecek, 13'üncü madde esas alındığında ise yaptırımlar ya anlaşma, uyumlu eylem ve kararların uygulandığı tarihten ya kararın verilmesine esas olan olaylarda değişiklik olduğu tarihten ya da kararın verildiği tarihten itibaren uygulanabilecektir. Bu çatışmanın nasıl çözülebileceğine ilişkin farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, Kurulun menfi tespit kararını geri almasında 13'üncü madde hükümleri uygulanacak, böylece karar, kararın alınmasına esas teşkil eden olayda değişiklik olması sebebiyle geri alındığında değişiklik tarihinden, şartların ve yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya kararın eksik veya yanlış bilgiye dayanarak verilmiş olduğundan dolayı geri alınması halinde ise kararın verildiği tarihten itibaren itibaren sonuç doğuracaktır⁴¹¹. Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre ise Kanun'un 8'inci maddesinde Kurulun menfi tespit kararını geri almadan evvelki süreç için cezai yaptırım uygulayamayacağı açıkça öngörülmüş olduğundan, geri alma kararı hangi sebebe dayanırsa dayansın, kararın geri alındığı tarihten önceki süreç için idari yaptırım uygulanamaz. Buna karşılık, Kanun'un 13'üncü maddesinin 4'üncü fıkrasında menfi tespit kararının anlaşma hakkında eksik veya yanlış bilgiye dayanması halinin teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin kast ve hilesine dayanması durumunda yokluk yaptırımıyla karşılaşacağı, bir başka deyişle hiç var olmamış sayılacağı düzenlenmiş olduğundan, bu hallerde anlaşma, uyumlu eylem veya kararların uygulandığı tarihten itibaren müeyyide uygulanabilecektir⁴¹².

Muafiyet kararının geri alınmasında olduğu gibi menfi tespit kararının geri alınmasında da herhangi bir usuli düzenleme yer almamakla birlikte, idare hukukunun yerleşmiş ilkelerinden yetki ve usulde paralellik ilkesine dayanılarak menfi tespit kararı vermeye yetkili olan makamın, bunu geri almaya da yetkili olduğu; keza bunu

⁴¹¹ Eğerci 194.

⁴¹² İsmail Yılmaz Aslan 378-379; Eğerci 193.

aynı usuli işlemlerle yapabileceği söylenebilir⁴¹³. Kurulun kararı verme usulünün anlaşılması için kararın Kurulun nihai kararlarından mı yoksa diğer kararlarından mı olduğunun belirlenmesi gerekir. Öğretide menfi tespit kararının nihai karar olarak değerlendirilmesi gerektiğine⁴¹⁴ ve kararın hakkında menfi tespit verilen kişiler bakımından bir ara karar, menfaati zedelenenler için ise kesin ve yürütülebilir bir işlem, yani nihai bir karar olduğuna⁴¹⁵ ilişkin görüşler mevcuttur. Kanaatimizce, verilen menfi tespit kararları geri alınmaya kadar ilgili anlaşma, eylem ve kararın hukuka uygun olduğunu tespit ederek, başkaca bir işleme gerek bulunmaksızın bir hukuki koruma sağladığından ve böylece ilgilinin hukuksal durumuna doğrudan etki ettiğinden icrai ve kesin niteliktedir. Zira Danıştay da bir idari işlemin kesin ve yürütülmesi zorunlu sayılabilmesinin, işlemin hukuk düzeninde varlık kazanabilmesi için gerekli prosedürün son aşamasını geçirmiş bulunmasına, başka bir idari makamın onayına ihtiyaç göstermeksizin hukuk düzeninde değişiklikler meydana getirebilmesine, başka bir anlatımla idare edilenlerin hukukunu şu veya bu yönde etkileyebilmesine bağlı olduğuna karar vermiştir⁴¹⁶. Bu halde, menfi tespit kararının bir nihai karar olduğu ifade edilebilir.

Kurulun nihai kararlarını alma usulü ise RKHK'nin 51'inci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre Kurul, menfi tespit kararını ve menfi tespit kararını geri alma kararını Başkan ya da İkinci Başkan dâhil en az 5 üyenin toplanması ve en az dört üyenin aynı yönde oy kullanması ile verecektir. Uygulamada da menfi tespit kararlarının en az beş üyenin toplanması ile verildiği dolayısıyla Kurulun da menfi tespit kararlarını nihai karar olarak değerlendirdiği gözlenmektedir⁴¹⁷. Bu halde, yetki ve usulde paralellik ilkesi uyarınca menfi tespit belgesinin geri alınmasına ilişkin kararın da Kurulca ve aynı çoğunlukla verilmesi gerekir.

⁴¹³ Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk 1272; Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 2, 446-458; Gözler ve Kaplan 308-349; Günday, İdare Hukuku, 148-149. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya 415; Danıştay 6. D., 30.06.2010 T., 2008/7976 E., 2010/6946 K. sayılı ilamı (Lexpera).

⁴¹⁴ İsmail Yılmaz Aslan 379.

⁴¹⁵ Eğerci 195.

⁴¹⁶ Danıştay 3. D., 17.10.1991 T., 1989/4221 E., 1991/2649 K. sayılı ilamı (Nakleden: Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 2, 328).

⁴¹⁷ Rekabet Kurulu, 29.06.2016 T., 16-22/389-181 sayılı kararı; Rekabet Kurulu, 10.10.2017 T., 17-31/522-226 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

Buna karşılık Danıştay, ön inceleme yapılarak verilen menfi tespit kararının ancak aynı usulle, yani ön inceleme yapılarak geri alınabileceğine ilişkin iddiaları, RKHK’de geri alma usulüne ilişkin bir hükmün yer almadığı, menfi tespit belgesinin ortak girişim işleminin bildirilmesi üzerine Kurulca yapılan ön inceleme sonucunda ulaşılan tespitlere dayanılarak geri alındığı ve Kanun’un 27/1-c hükmü uyarınca Kurulun menfi tespit belgeleri ile ilgili piyasaları re’sen takip etme yetkisi bulunduğu gerekçesiyle yerinde görmemiştir. Kanaatimizce karar, hukuka uygundur. Nitekim RKHK’nin 8’inci maddesinde menfi tespit belgesinin Kurulca elinde bulunan bilgiler çerçevesinde verileceği düzenlenmiş, böylece önaraştırma veya soruşturma yapılması bu yetkinin kullanılması bakımından zorunlu kılınmamıştır. Kurul, kanuni bir zorunluluk olmaksızın bu menfi tespit kararını vermeden evvel önaraştırma yapmışsa da bu tür hallerde, zorunlu olmayan bu usulün tekrar edilmesi gerekmez⁴¹⁸. Keza yeniden önaraştırma yapılmaması bir usuli sakatlık olarak kabul edilse dahi yerleşik Danıştay uygulamaları uyarınca sonucu etkilemeyen sakatlıklar iptal sebebi olarak kabul edilmemektedir. İlgili kararda Kurul, daha evvel yapmış olduğu önaraştırma raporunda yer alan bilgilere dayanarak menfi tespit belgesini geri almış olduğundan ve yeni bir önaraştırma yapılması halinde dahi ilgili teşebbüsün savunma hakkı veya herhangi bir müdahalesi söz konusu olmayacağından yeniden önaraştırma yapılmasının sonuca etki etmeyeceği söylenebilir. Bu halde, menfi tespit belgesinin geri alınmasına ilişkin kararlarda yetkide ve usulde koşutluk ilkesinin kararın Kurul’ca ve yeterli nisapta alınacak bir başka nihai kararla verilmesi halinde uygulanmış olacağı söylenebilir.

d. İhlale Son Verme Yetkisi

(1) Genel Olarak

Kanun’un 9’uncu maddesiyle Kurula, herhangi bir şekilde RKHK’nin 4’üncü, 6’ncı veya 7’nci maddelerinin ihlal edilmiş olduğunun ve bu ihlallerin muafiyet kapsamında da değerlendirilemeyeceğinin tespit etmesi halinde, ilgili teşebbüs ve teşebbüs birliklerine uymaları gereken tedbirleri bildirme yetkisi verilmiştir. Kurulun bir eylem, uygulama veya kararın Kanun’un ilgili maddelerine aykırı olup olmadığını tespit edebilmesi için bir soruşturma yapması gerektiğinden bu yetkinin bu soruşturma

⁴¹⁸ Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 2, 458.

safhasının ardından kullanılabilmesi ifade edilebilir. Kurulun yürütülen soruşturma neticesinde bir anlaşma, uyumlu eylem, kararın veya birleşme ve devralma işleminin hukuka aykırı olduğunu ya da hâkim durumun kötüye kullanıldığını tespit etmesi halinde ilgili teşebbüs ve teşebbüs birliklerine bildireceği bu tedbirler belirli davranışları yapmaktan kaçınmak gibi menfi nitelikte olabilecekleri gibi, bir şeyi yapmak gibi müspet bir yükümlülüğü de içerebilirler⁴¹⁹.

Bu tedbirler, Kanun'un ilgili maddesinde iki başlık altında değerlendirilmiştir. Buna göre, rekabetin tesisi için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışlara ilişkin tedbirler, davranışsal tedbirler olarak; teşebbüs ve teşebbüs birliklerini esaslı bir işlem yapmaya mecbur eden, örneğin belirli faaliyetlerini, ortaklık paylarını ya da mal varlıklarını devretmeleri gibi tedbirler ise yapısal tedbirler olarak adlandırılmaktadır.

Kurulun ilgili teşebbüslere bildireceği bu tedbirler, çoğunlukla teşebbüsleri bir şeyi yapmaya yahut yapmamaya mecbur edeceklerinden temel hak ve özgürlüklerle de bir ilişki içerisindedirler. Özellikle, bir mal varlığının yahut ortaklık payının devri gibi yapısal tedbirlerin Anayasa'nın 35'inci maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkına müdahale oluşturacağı açıktır. Bunun gibi, bazı davranışsal tedbirlerin de mülkiyet hakkına ve Anayasa'nın 48'inci maddesinde düzenlenen çalışma ve sözleşme özgürlüğüne müdahale edebileceği ifade edilebilir. Bilindiği üzere, Anayasa'nın 13'üncü maddesinde temel hak ve hürriyetlere müdahale rejimi genel hatlarıyla çizilmiş bulunmakta olup, bu müdahaleler ölçülülük ilkesine aykırı olamazlar. Anayasa'nın ilgili hükmünde öngörülen ölçülülük ilkesinin bir yansıması da RKHK'nin 9'uncu maddesinde öngörülmüştür. Buna göre, Kurulun ilgililere bildireceği tedbirler ihlalle orantılı ve ihlalin etkili bir biçimde sonlandırılması için gerekli olmalıdır. Orantılılık ilkesinden anlaşılması gereken nokta, kararda yer verilecek davranışsal ve yapısal tedbirlerin, ihlalin önemi ve boyutuyla makul bir oran ve denge içerisinde olması, bir başka deyişle hafif bir ihlal için ağır davranışsal ve yapısal tedbire karar verilmemesidir⁴²⁰. Gereklik ise bildirilen tedbirin ulaşılmak istenen amacın gerçekleştirilebilmesi için zorunlu olmasını, yani bu tedbir olmaksızın

⁴¹⁹ Eğerci 191; İsmail Yılmaz Aslan 381.

⁴²⁰ AYM, 25.07.2023 T., Mehmet Ergün Kararı, B. No: 2019/34180, P.33; AYM, 20.06.2023 T., Mehmet Balaban, B. No: 2020/7697, P.25-28; AYM, 05.05.2016 T., 2016/16 E., 2016/37 K. sayılı ilamları (anayasa.gov.tr).

amaca ulaşmanın mümkün olmamasını ifade etmektedir⁴²¹. Bu halde, Kurulun vereceği ihlali sonlandırma kararında öngörülecek tedbirlerin, meydana gelen ihlalin boyutu ve önemiyle makul bir denge içerisinde olması ve bunların ihlalin ortadan kaldırılması için zorunlu olması gerektiği ifade edilebilir. Kanun'un ilgili maddesinde yer verilmemişse de ihlale son verme kararında bildirilen tedbirlerin temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıdığı durumlarda ayrıca verilen tedbirlerin elverişlilik unsurunu da içermesi gerekir. Elverişlilik, bir tedbirin, tedbir ile amaçlanan hususu gerçekleştirmekte etkili olmasını ifade eder. Bu ilke gereğince Kurulun bildirdiği tedbirlerin rekabet ihlalinin gidermek bakımından elverişli olması gerekmektedir. Zaten uygulanacak tedbirin elverişlilik unsurunu taşıması yönündeki gereklilik ilgili Kanun hükmünden de anlaşılmaktadır. Zira madde hükmünde, Kurulun madde kapsamındaki tedbirleri rekabetin tesisi için bildireceği belirtilerek idari işlemin amaç unsuru özellikle düzenlenmiştir. Bu halde, rekabetin tesisi amacına hizmet etmeyen davranışsal ve yapısal tedbirler hem ölçülülük ilkesi hem de idari işlemin amaç unsuru yönünden hukuka aykırılık oluşturacaktır.

(2) Usulü

Kanun'un ilgili maddesinde ihlale son verme yetkisinin kullanımı çeşitli usullere tabi tutulmuştur. Buna göre Kurul, ihlale son verme kararı vermeden evvel ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine ihlale ne şekilde son vereceklerine ilişkin bir görüş yazısını bildirmelidir (m.9/3). Bu emredici hüküm uyarınca, Kurulun ilgili teşebbüs ve teşebbüs birliklerine görüş yazısını bildirmeden, bunlar hakkında ihlale son verme kararı vermesi halinde bu karar usul yönünden sakat olacaktır. Ancak Kurul, görüş bildirmenin her olay bakımından gerekli olmadığı, bildirilen görüşün herhangi bir yaptırım gücüne sahip olmadığı ve görüşe uygun hareket etmenin uygulanacak yaptırım bakımından hafifletici, aksine hareket etmenin ise ağırlaştırıcı sebep olacağını kabul etmektedir⁴²². Örneğin Kurul, Kapadokya bölgesinde faaliyet gösteren balon işletmecilerinin aralarında kartel oluşturmak suretiyle bilgi paylaşımı, fiyat tespiti ve

⁴²¹ AYM, 25.07.2023 T., Mehmet Ergün Kararı, B. No: 2019/34180, P.33; AYM, 20.06.2023 T., Mehmet Balaban, B. No: 2020/7697, P.25-28; AYM, 05.05.2016 T., 2016/16 E., 2016/37 K. sayılı ilamları (anayasa.gov.tr).

⁴²² İsmail Yılmaz Aslan 297.

müşteri paylaşımı yapmak suretiyle Kanun'u ihlal ettikleri iddiasıyla yaptığı bir soruşturmada, tarafların ihlale son verme yetkisinin kullanılmasından ve para cezası uygulanmasından evvel görüş bildirilmesi gerektiği iddialarını kabul etmemiştir. Kurula göre görüş bildirme kararları, Kurulun RKHK'nin ihlal edilmiş olabileceği şüphesi taşıdığı kimi dosyalarda tercihen verilmekle birlikte, bu kararlar soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının değerlendirildiği önaraştırma süreçlerinin sonunda, usul ekonomisi kaygıları güdülerek bazı koşulların varlığı halinde alınan kararlardır. Dolayısıyla rekabet ihlalinin tespit edilmesinin ardından Kanun'un 9/3'üncü hükmü uyarınca görüş bildirerek dosyanın kapatılması da hukuken doğru bir uygulama değildir⁴²³.

Kanaatimizce, ilgili karara konu olayda ihlale son verme yetkisi ne taraflar ne de Kurulca anlaşılabilir. Öncelikle, ihlale son verme yetkisi kapsamında öngörülecek davranışsal tedbirler, ihlal sonucunda verilecek idari para cezalarına bir alternatif teşkil etmemektedir. Nitekim bu yetkinin düzenlenmiş olduğu 9'uncu maddede Kurulun, Kanun'un 4'üncü, 6'ncı ve/veya 7'nci maddelerinin ihlal edilmiş olduğunu tespit etmesi halinde davranışsal ve yapısal tedbirleri bildireceğinden söz edilmiştir. Kanun'un anılan maddelerinin ihlali halinde idari para cezası uygulanacağı ise Kanun'un 16/3'üncü maddesinde öngörülmüştür. Bu halde, Kanun'un ilgili maddelerinin ihlali halinde idari para cezası verilmesi bir zorunluluk olup, idari yaptırım uygulanmadan evvel görüş bildirme zorunluluğu söz konusu değildir. Bu yetkiyle, meydana gelen rekabet ihlalleri için yaptırım uygulanmasından sonra ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yönelik tedbirler alınmasının amaçlandığı söylenebilir.

Söz edilmesi gereken ikinci husus, Kanun'un 9/1'inci maddesi uyarınca ihlale son verme yetkisinin kullanılabilmesi için Kanun'un 4, 6 ve/veya 7'nci maddelerinin ihlal edildiğinin Kurulca tespit edilmiş olması gereğidir. İhlal tespiti ise Kurulun nihai kararı ile söz konusu olmaktadır. Bu halde, Kurul kararında yer alan, ihlale son vermenin önaraştırma aşamasında verilecek bir karar olduğuna ilişkin görüşün isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Ayrıca ihlale son verme yetkisine ilişkin bir karar almadan evvel taraflara yazılı görüş bildirileceği yönündeki Kanun'un 9/3'üncü hükmü göz

⁴²³ Rekabet Kurulu, 25.03.2021 T., 21-17/208-86 sayılı kararı; Kurul bu görüşü kapsamında birçok kararında taraflara görüş bildirmiştir: Rekabet Kurulu, 17.02.2022 T., 22-09/130-50 sayılı kararı; Rekabet Kurulu, 09.08.2017 T., 17-26/12-184 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

önüne alındığında, bu kararın ihlale ilişkin nihai karar ile birlikte de verilemeyeceği anlaşılmaktadır. Nitekim Kurul, rekabet ihlali tespitini nihai kararı ile yapacağından, bu aşamadan önce ihlalin ne şekilde giderileceğine ilişkin bir görüş bildirmesinin mümkün olmadığı, nitekim henüz ortada kesin bir ihlalin de bulunmadığı, bu aşamadan önce görüş bildirileceğinin kabulü halinde ise bunun sözlü savunma toplantılarını işlevsiz kılarak savunma hakkını kısıtlayacağı ifade edilebilir. İhlale son verme yetkisinin rekabet ihlaline ilişkin nihai karardan önce ve nihai kararla birlikte kullanılmasının anılan gerekçelerle hukuka aykırı olması ise bu yetkinin yalnızca rekabet ihlaline ilişkin kararın sonrasında yeni bir nihai karar vermek suretiyle kullanılabileceğini düşündürmektedir.

İhlale son verme yetkisinin düzenlenmiş olduğu Kanun hükmünden anlaşılan, Kurulun bu yetkiyi kullanırken iki defa nihai karar vereceğidir. Nitekim madde metninde, Kurulun alınması gereken davranışsal ve yapısal tedbirleri nihai kararında bildireceği öngörülmüş, maddenin son cümlesinde ise davranışsal tedbirlerin sonuç vermediğinin nihai kararla tespit edilmesinden söz edilmiştir. Bu halde Kurul, öncelikle ihlalin tespiti ile uygulanacak yaptırımları ihtiva eden nihai kararı, ardından davranışsal ve yapısal tedbirleri içeren bir nihai kararı ve son olarak karardaki davranışsal tedbirlerin sonuç vermediği hallerde, ilgili teşebbüs ve teşebbüs birliklerine yapısal tedbirlere uymaları için en az altı ay süre verdiği bir başka nihai kararı verecektir. Bu durumun ise Kurulun aynı rekabet ihlali için 3 ayrı toplantı yaparak zaman kaybına ve masraflara katlanmasına yol açacağı ve bu uygulamanın usul ekonomisi ilkesine uygun olmayacağı açıktır. Meydana çıkabilecek bu sorunların giderilmesi için ise Kanun'un 9/3'üncü maddesinde öngörülen yazılı görüş bildirme şartının kaldırılmasının yeterli olacağı kanaatindeyiz.

Bu hususta bir diğer mesele, Kurulun ihlale son verme kararından önce ilgili teşebbüs ve teşebbüs birliklerine bildireceği rekabet ihlalinin nasıl giderileceğine ilişkin görüşlerine teşebbüs ve teşebbüs birliklerince uyulması halinde ne yapılacağıdır. Öğretide bu durumda, rekabet ihlalinin idari para cezasını gerektirmediği hallerde rekabet ihlali giderilmiş olduğundan dolayı soruşturmanın düşmesi, aksi hallerde soruşturmaya devam edilerek bir karar verilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁴²⁴.

⁴²⁴ İsmail Yılmaz Aslan 382.

Kanaatimizce, ihlale son verme kararı zaten bir ihlalin meydana çıkmasının ardından verilebileceğinden, ihlal sebebiyle idari para cezası da verilmiş olacak ve bu cezanın ihlale son verme kararıyla bir ilgisi olmayacaktır. Kurulun rekabet ihlalinin nasıl giderileceğine ilişkin görüşüne uygun davranışın sonucu ise rekabet ihlali nedeniyle verilen idari para cezalarının uygulanmaması değil, taraflar hakkında nihai karar ile getirilen yükümlülükler uymaması sebebiyle Kanun'un 17/1-a hükmü uyarınca para cezası uygulanmaması ve taraflar hakkında yeni bir soruşturma başlatılmamasıdır.

Kanun'da ihlale son verme kararlarının nihai kararlar olduğu belirtilmiş olduğundan, bu kararların RKHK'nin 51/1 ve 51/2 hükümleri uyarınca alınması gerekir. Bunun gibi, RKHK'nin 44/3'üncü maddesi uyarınca Kurul, ilgili teşebbüs ve teşebbüs birliklerine kendilerini savunma hakkı vermemiş olduğu bir konuyu ihlale son verme kararına dayanak yapamayacaktır⁴²⁵. Son olarak, bu kararın da Kurulun diğer kararlarında olduğu gibi kararı veren üyelerin ve raportörlerin isim ve soy isimlerini, tarafların ad ve unvanları ile ikametgâh adresleri ve ayırıcı niteliklerini, tarafların iddialarının özetlerini, inceleme ve tartışılan ekonomik ve hukuki konuların özetini, raportörün görüşünü, ileri sürülen bütün delillerin ve savunmaların değerlendirmesini, kararın gerekçesini ve hukuki dayanağını⁴²⁶ ihtiva etmesi gerekir (m.52). Kararın, anılan ve taşınması zorunlu olan unsurları ihtiva etmemesi ve kurallara aykırı olarak alınmış olması halinde idari işlemin şekil unsuru bakımından hukuka aykırılık söz konusu olacaktır.

(3) Birleşme ve Devralmalarda İhlale Son Verme Yetkisi

Kurulun ihlale son verme kararı vermesine ilişkin bu genel yetkisinin yanı sıra Kurula birleşme ve devralmaların yasaklanması konusunda özel bir yetki de verilmiş ve bu özel yetkinin kullanılmasındaki usul, genel kuraldan farklılaşmıştır. Kanun'un birleşme ve devralmanın kurula bildirilmemesi başlıklı 11'inci maddesinin 2'nci bendinde Kurulun, birleşme ve devralmanın bir hâkim durum yaratarak veya mevcut

⁴²⁵ İsmail Yılmaz Aslan 382.

⁴²⁶ İsmail Yılmaz Aslan 382.

bir hâkim durumu güçlendirerek rekabeti önemli ölçüde azaltan bir sonuç ya da bir teşebbüs veya kişinin bir başka teşebbüsün varlıklarını edinerek rekabeti kısıtlaması sonucunu doğurduğuna karar vermesi halinde para cezasının yanında birleşme veya devralma işleminin sona erdirilmesine, hukuka aykırı olarak gerçekleşen bütün fiili durumların ortadan kaldırılmasına, şartları ve süresi Kurul tarafından belirlenecek şekilde ele geçirilen her türlü payın veya mal varlığının eğer mümkünse eski maliklerine iadesine, bu mümkün olmadığı takdirde üçüncü kişilere temlikine ve devrine; bunların eski malik veya üçüncü kişilere temlik edilmesine kadar geçen süre içinde devralanların devralınan teşebbüslerin yönetimine hiçbir şekilde katılmayacağına ve gerekli gördüğü diğer tedbirlerin alınmasına karar vereceği öngörülmüştür. Kurulun, birleşme ve devralmalar bakımından vereceği ihlale son verme kararlarında öncelikle davranışsal tedbirler öngörmesi ve bunların yetersiz olduğunun anlaşılması halinde yapısal tedbirlerin uygulanması için taraflara süre vermesi gerekmez. Ayrıca Kurulun, bu kararı vermeden evvel ilgililere ihlalin nasıl giderileceğine ilişkin görüş bildirmesi de şart değildir. Ancak bu yetkinin kullanımı, birleşme veya devralmanın Kurula bilgi verilmeden ve Kuruldan izin alınmadan uygulamaya konulduğu hallerde söz konusu olacaktır. Kurula bildirilmiş olan birleşme ve devralmalar hakkında ihlale son verme kararı RKHK'nin 9'uncu maddesine göre verilebilir⁴²⁷.

e. Geçici Tedbir Kararı Verme Yetkisi

Kanun'un 9/4 ve 10'uncu maddelerinde Kurulun geçici tedbir kararı verme yetkisi düzenlenmiştir. Öncelikle, Kurulun bu yetkisini kullanması için Kanun'un 4, 6 ve 7'nci maddelerinin ihlal edilmiş olduğuna dair kuvvetli delil veya emarelerin bulunması gerektiği ifade edilmelidir⁴²⁸. Kurul, bu yetkisini ancak nihai karar verilinceye dek ciddi ve telafi imkânı bulunmayan zararların ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğu hallerde kullanabilecektir. Kanun'un aradığı bu zarar rizikosunu yalnızca

⁴²⁷ İsmail Yılmaz Aslan 381.

⁴²⁸ Rekabet Kurulu, 29.09.2022 T., 2022-1-027 sayılı kararı (rekabet.gov.tr); Danıştay 10. D., 29.06.2004 T., 2001/2561 E., 2004/5848 K. sayılı ilamı; Danıştay 10. D., 2001/4818 E., 2003/4533 K. sayılı ilamı (Lexpera); Eğerci 77.

diğer teşebbüsler bakımından doğan riski değil, tüketiciler veya rekabet düzeni bakımından doğan riskleri de içerir⁴²⁹.

Kanun'da ciddi ve telafisi imkânsız zararlar ibaresi için bir tanım yapılmış değildir. Kurul, her bir somut olayda ortaya çıkması muhtemel olan zararların ciddi ve telafisi imkânsız olup olmadığını münferit olarak değerlendirmektedir. Örneğin Kurul, Facebook'un Türkiye'de tüketicilere WhatsApp uygulamasının kullanılabilmesi için verilerinin Facebook'a ait başka hizmetlerde kullanılmasına rıza vermelerini zorunlu tuttuğu hizmet koşulları hakkında verdiği bir kararda, tüketicilerin WhatsApp uygulamasında daha özel veya ticari sır içerebilecek bilgiler paylaşabilecekleri, WhatsApp verilerinin Facebook'a ait diğer şirket ürün ve verilerine bağlanmasının ise Facebook'un tüketici pazar hizmetlerindeki hakim gücünü internet reklamcılığı alanındaki rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştıracak şekilde kullanmasına ve aşırı veri toplanması ile verinin başka hizmetler için kullanılmasının tüketicinin sömürülmesine yol açacağından bahisle hizmet koşullarını telafisi imkânsız zarar kapsamında değerlendirmiştir⁴³⁰. Kurul, futbol müsabakalarının geniş özet görüntüleri ile haber amaçlı görüntüleri gibi yayın haklarına sahip olan bir teşebbüsün alt yayın haklarını diğer yayıncılara ayrımcılık yaparak sunduğu iddiasını incelediği bir kararında, bu alt yayın haklarını elde eden yayıncıların izlenme oranını artıracakları, buna karşılık bunları elde edemeyen yayıncıların izlenme oranlarında düşüşler olacağı, yayıncılığın asli gelirini teşkil eden reklamların izlenme oranlarına göre verildiği, böylece ayrımcılık neticesinde alt yayın hakkını elde edemeyen kuruluşlar bakımından rekabetin önemli ölçüde bozulacağı gerekçesiyle uygulamanın rekabeti olumsuz yönde etkileyebileceği gerekçeleriyle ciddi ve telafi olunamayacak bir zararın ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğuna karar vermiştir⁴³¹. Ciddi ve giderilemeyecek bir zararın ortaya çıkma ihtimali, tedbirin alınmasında bir mecburiyet bulunmasını ifade etmekte olup, eğer muhtemel zararların tedbir alınmaksızın da def edilmesi mümkün ise tedbir kararı alınması gerekli değildir⁴³².

⁴²⁹ İsmail Yılmaz Aslan 376.

⁴³⁰ Rekabet Kurulu, 11.01.2021 T., 21-02/25-10 sayılı kararı.

⁴³¹ Rekabet Kurulu, 29.09.2022 T., 2022-1-027 sayılı kararı.

⁴³² Danıştay, 10. D., 29.06.2004 T., 2001/2561 E., 2004/5848 K. sayılı ilamı (Lexpera).

Kurulun verdiği geçici tedbir kararı, önceki durumu koruyucu nitelikte olmalı, önceki durumu olumlu ya da olumsuz yönde değiştirmemelidir. Yani Kurul, vereceği tedbirle teşebbüs veya teşebbüs birliklerini tedbire konu olan uygulamanın meydana gelmesinden evvelki durumdan daha olumsuz veya daha olumlu bir konuma itmemelidir⁴³³. Bu sebeple, tedbir kararı ile rekabet ihlalinden evvel mevcut olmayan bir hak ihdas edilmemelidir. Ayrıca tedbir kararının nihai kararın kapsamını aşmaması, yani nihai kararlar getirilebilecek yükümlülüklerden fazla yükümlülük taşımaması gerekir⁴³⁴. Bu konuda bir Danıştay kararına değinmek yerinde olacaktır. Yargılama konusu olayda RK, bir fuar alanı işletmecisinin kira bedelini artırması nedeniyle fuar alanı kiralayan teşebbüsün, alanı yeniden kiralamasının dolaylı yoldan engellendiği, teşebbüsün alanı kiralayamaması sebebiyle ticari başarısının düşeceği ve teşebbüsün fuardan elde ettiği cironun diğer faaliyetlerinden elde ettiği gelirin yarısından fazla olduğu gerekçeleriyle belirli tarihlerde gerçekleşecek olan fuar sürecine yönelik olarak 1 ve 2 numaralı holler için diğer salonların 2007 yılı kiralamasında dikkate alınan ekonomik ölçütlerin dikkate alınmasına ilişkin tedbir kararı vermiştir. Danıştay bu tedbir kararını, kararlar kiralamanın hangi koşullarda yapılacağı belirlenmek suretiyle dönüşü olmayan inşai bir durum yaratıldığı ve nihai karar aşamasında ihlalin olmadığına karar verildiği takdirde şikâyet edilen yönünden güç durumların doğacağı gibi sebeplerle tedbiri, verilecek olan nihai kararın kapsamını aşar nitelikte bulmuş ve kararı iptal etmiřtir⁴³⁵.

f. Birleşme ve Devralmalara İzin Verme Yetkisi

(1) Birleşme ve Devralmalar

⁴³³ Kaya 56; İsmail Yılmaz Aslan 377; Eğerci 180.

⁴³⁴ Danıştay 10. D., 29.06.2004 T., 2001/2561 E., 2004/5848 K. sayılı ilamı; Danıştay 13. D., 16.01.2009 T., 2006/5600 E., 2009/568 K. sayılı ilamı (Lexpera); Eğerci 181-182.

⁴³⁵ Danıştay 13. D., 16.01.2009 T., 2006/5600 E., 2009/568 K. sayılı ilamı (Lexpera).

Rekabet hukuku doktrinde “yoğunlaşma” kavramı ile de ifade edilen birleşme ve devralmalar, birden çok şirketin birleşerek bir başka teşebbüsü meydana getirmeleri yahut bir teşebbüsün bir veya daha fazla teşebbüsü, onların hisselerini ve mal varlıklarını devralması ya da yönetim hakkını elde etmesi gibi yöntemlerle gerçekleşebilmektedir. Bu işlemle, teşebbüsler çoğu zaman bir piyasadaki etkinliklerini artırmayı ya da faaliyet göstermedikleri bir piyasada faaliyet göstermeyi amaçlamaktadırlar⁴³⁶. Nitekim bir başka teşebbüsü devralan veya birleşerek bir ortak teşebbüs oluşturan teşebbüsler, diğer teşebbüsün pazar payını, marka değerini, fabrika, mağaza, iş araçları ve fikri mülkiyet hakları gibi taşınmaz ile taşınır mallarını ve personel kapasitesini edinme gibi olanaklara sahip olarak güçlerini ve pazardaki hâkimiyetlerini artırabilmektedirler.

Birleşme ve devralmalara ilişkin kararlar, RK'nin kararları arasında en önemli yeri tutmaktadır. Nitekim RK tarafından yayınlanan verilere göre⁴³⁷ Kurul, 2020 yılında 355 karar vermiş ve bunların 220'sini birleşme ve devralma konulu kararlar oluşturmuştur. Sonraki yıllarda bu sayı artmaya devam etmiş, 2021 yılında verilen 460 karardan 302'si, 2022 yılında verilen 386 karardan 238'i birleşme ve devralmalara ilişkin olmuştur. Kurulun yayınladığı rapora göre, 2023 yılında toplam 217 birleşme ve devralma işlemi incelenmiştir⁴³⁸.

Hukukumuzda birleşme ve devralma işlemine ilişkin olarak bu işlemlerin tarafları olan şirketlerin niteliklerine göre farklı kanunlarda birçok hüküm öngörülmüştür. Örneğin 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 136 ila 158'inci maddeleri arasında şirketlerin birleşmesi düzenlenmiştir. TTK'nin 136'ncı maddesinde şirketlerin birleşme usulleri öngörülmüştür. Buna göre birleşme, bir şirketin diğerini devralması veya teknik terimle devralma şeklinde birleşme ya da şirketlerin yeni bir şirket içinde bir araya gelmesi yoluyla gerçekleşebilir. Birleşme konusunun düzenlendiği bir başka kanun ise 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'dur (TBK). TBK'nin 203'üncü maddesinde işletmelerin birleşmesi düzenlenmiştir. Buna göre, işletmeler karşılıklı

⁴³⁶ Ayşegül Kula, Rekabet Kurumunun Birleşme ve Devralmalar Üzerindeki Kolluk Yetkisi (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019, 48; İsmail Yılmaz Aslan 229.

⁴³⁷ Rekabet Kurumu Karar İstatistikleri, www.rekabet.gov.tr (Erişim: 08.01.2024).

⁴³⁸ Rekabet Kurumu Birleşme ve Devralma Görünüm Raporu 2023, www.rekabet.gov.tr (Erişim: 08.01.2024).

olarak aktif ve pasiflerinin devralınması ya da birinin diğerine katılması yoluyla birleşebilirler. Bunun gibi, kooperatiflerin devralınmasına ilişkin hükümler de 1163 Sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 84 ve 85'inci maddelerinde düzenlenmiştir. Aynı şekilde 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu'nun 19'uncu, 4046 Sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un 20'nci maddesinde birleşme ve devralmaya ilişkin hükümler bulunmaktadır⁴³⁹.

(2) İzne Tabi Birleşme ve Devralmalar

Birleşme ve devralma işlemleriyle ilgili çeşitli kanunlarda muhtelif hükümler bulunmakla birlikte, bunların her biri rekabet hukukunu ilgilendiren anlamda birer birleşme ve devralma değildir. Nitekim birleşme ve devralma işlemlerinin her halde rekabet düzenine zarar verdiği ifade edilemez. Bu işlemlerle çoğu zaman piyasadaki bir rakip ortadan kaldırılmış olduğundan rekabetin zarar görebileceği söylenebilirse de birleşme ve devralma ile meydana gelen teşebbüslerin, pazar payı çok daha büyük olan rakiplerle rekabet etme imkânı bulabilecekleri, üretim ve dağıtım kapasitelerini artıracabilecekleri, teknolojik gelişmeler sağlayabilecekleri ve araştırma ile geliştirme faaliyetlerine daha çok bütçe ayırabilecekleri düşünüldüğünde, bunlarla rekabetin tesis edilmesine katkı sağlanabileceği de ifade edilmektedir⁴⁴⁰. İşte bu sebeple, her türlü birleşme ve devralma yasaklanmamış ve bunların tamamı Kurulun iznine tabi tutulmamıştır. Hangi tür birleşme ve devralmaların yasak olduğu RKHK'nin 7'nci maddesinde düzenlenmiştir. İlgili hükmün 2'nci fıkrasında ise hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmeleri için bildirilerek izin alınması gerektiğinin tebliğlerle ilan edileceği düzenlenmiştir.

Rekabet Kurulu, bu doğrultuda 2010/4 Sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'i, ardından 16.04.2013 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 2013/2 Sayılı Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ'i, 04.03.2022 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 2022/2 Sayılı Rekabet

⁴³⁹ Kula 45-46.

⁴⁴⁰ İsmail Yılmaz Aslan 229; Eğerci 60.

Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'de (Tebliğ No: 2010/4) Değişiklik Yapılması Hakkında Tebliğ'i çıkarmıştır. İlgili tebliğlerde hangi tür birleşme ve devralmaların Kanun kapsamında birleşme ve devralma olarak kabul edileceği, hangilerinin bu kapsamda kabul edilmeyeceği ve hangi birleşme ve devralma işlemlerinin izne tabi olduğu hususları düzenlenmiştir. Buna göre, bir birleşme veya devralma işleminin izne tabi olması için işlemin iki ya da daha fazla teşebbüsün birleşmesi veya bir veya daha fazla teşebbüsün kontrolünün tamamen ya da kısmen, doğrudan veya dolaylı olarak bir veya daha çok teşebbüs ya da bir veya daha çok teşebbüsü kontrol eden kişi veya kişilerce devralınması ve bunların kontrolde, yani birleşen veya devralınan teşebbüsün yönetiminde kalıcı değişiklikler meydana getirmesi gerekir (2010/4 Sayılı Tebliğ m.5). Aynı maddenin 2'nci fıkrasında kontrol şartının mutlaka bir anlaşmayla sağlanmasının zorunlu olmadığı, aynı sonucu doğuracak diğer koşulların da kontrolde kalıcı değişiklik şartını meydana getirebileceği öngörülmüştür.

Tebliğ kapsamında, örneğin teşebbüsün mal varlığı üzerindeki bir intifa hakkı, teşebbüsün organlarının oluşmasında ya da kararlarının alınmasında etki sağlayan haklar, anlaşmalar ve sözleşmeler kontrol değişikliği için yeterli görülmüştür. Maddede herhangi bir hakka dayanmasa dahi fiili bir kontrol durumunun oluşmasının da kontrol değişikliği kıstasını karşılayacağı öngörülmüştür (m.5/2). Bu kapsamda Kurul, Danıştay incelemesine de konu olan bir kararında, PR Net isimli teşebbüsün Ajans Press adlı teşebbüsün bulunduğu binaya taşındığını, Ajans Press'in PR Net'in bütün işlemlerine müdahil olduğunu, Ajans Press'in sahibinin PR Net'in personeline toplantı yapılacağını bildirdiğini, müşteri paylaşımı listelerinin hazırlandığını ve üretim kaynaklarının paylaşıldığını tespit etmiş ve bu hususlardan hareketle Ajans Press'in PR Net isimli teşebbüsü fiilen devralmış olduğuna karar vermiş ve ilgili teşebbüse devralmayı Kurul izni olmadan gerçekleştirmiş olması sebebiyle idari para cezası uygulamıştır⁴⁴¹. İlgili Kurul kararı hakkında yapılan incelemede Danıştay, kararın bu yönüyle hukuka aykırı olmadığına karar vermiş ve bu karar Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca da onaylanmıştır⁴⁴². Bu düzenlemelerden ve içtihatlardan

⁴⁴¹ Rekabet Kurulu, 21.10.2010 T., 10-66/1402-523 sayılı kararı.

⁴⁴² Danıştay 13. D., 29.12.2017 T., 2011/961 E., 2017/4523 K. sayılı ilamı; Danıştay İDDK, 27.11.2019 T., 2018/1616 E., 2019/5941 K. sayılı ilamı (rekabet.gov.tr): Danıştay, ilgili Kurul kararını, işlemin bir fiili devralma niteliği taşıması ve uygulanan idari para cezası bakımından hukuka uygun bulmakla birlikte, Ajans Press ile İnterpress adlı teşebbüslerin sahipleri arasında akrabalık bağı bulunması ve iki

hareketle, kontrolün hangi araçlarla ve ne surette değiştiğinden ziyade teşebbüsün yönetiminde belirleyici etki uygulama imkânı ve gücünü sağlamanın veya başka bir söylemle bir teşebbüsün diğer teşebbüsü kendi karar ve menfaatleri doğrultusunda yönlendirebilme olanağının bulunmasının kontrol niteliğinde olduğu ifade edilmelidir⁴⁴³. Maddenin 3'üncü fıkrasında ise bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini yerine getirecek yeni bir teşebbüsün kurulması durumunun da birleşme ve devralma olarak değerlendirileceği ifade edilmiştir. Bu kapsamda, iki teşebbüsün ortak girişimiyle bir başka teşebbüsün kurulması da birleşme ve devralma işlemi olarak değerlendirilmektedir⁴⁴⁴. Bu şartları taşıyan birleşme ve devralmaların izne tabi olması, ayrıca bunların Türkiye ve Dünya ciroları bakımından Kurulca tespit edilen miktarı aşmalarını gerektirir (m.7).

Tebliğ'in 7'nci maddesinde birleşme ve devralma işlemlerinin izne tabi olmaları için gereken şartlar tespit edilmiştir. Buna göre, birleşme veya devralma işlemlerinde işlemin taraflarının Türkiye cirolarının toplam 750 milyon TL'yi ve işlem taraflarından her birinin Türkiye cirolarının 250 milyon TL'yi aştığı hallerde, bu işlemlerin geçerlilik kazanabilmeleri için Kuruldan izin alınması zorunludur (m.7/1-a). Bunun gibi, devralma işlemlerinde devre konu olan mal varlığı veya faaliyetin, birleşme işlemlerinde ise taraflardan en az birinin Türkiye cirosunun 250 milyon TL'yi ve diğer işlem taraflarından en az birinin dünya cirosunun 3 milyar TL'yi aştığı durumlarda da işlemlerin geçerliliği Kuruldan izin alınmasına bağlıdır (m.7/1-b). Öte yandan, Tebliğ'in 7'nci maddesinin 2'nci fıkrasında Türkiye coğrafi pazarında faaliyet gösteren veya araştırma ve geliştirme faaliyeti olan ya da Türkiye'deki kullanıcılara hizmet sunan teknoloji teşebbüslerinin devralınmasına ilişkin işlemlerde 250 milyon TL tutarındaki eşiğin uygulanmayacağı düzenlenmiştir (m.7/2). Bu halde, ilgili teşebbüslerin devralınması durumunda taraflardan en az birinin dünya cirosunun 3 milyar TL'yi aşması halinde ayrıca Türkiye cirosunun 250 milyon TL'yi aşmadığına bakılmadan, bu işlemler izne tabi olacaklardır. Buna karşılık, birleşme işlemleri bakımından bir istisna öngörülmediğinden, teknoloji teşebbüslerinin

teşebbüsün işbirliği içerisinde bulunmaları sebepleriyle bu teşebbüslerin tek bir teşebbüs olarak değerlendirilmeleri ve verilen cezadan her iki teşebbüsün müteselsilen sorumlu tutulmasını hukuka aykırı bularak kararı İnterpress yönünden iptal etmiştir.

⁴⁴³ Kula 48.

⁴⁴⁴ Danıştay 13. D., 09.05.2018 T., 2012/2094 E., 2018/1670 K. sayılı ilamı (rekabet.gov.tr).

birleşmesi bakımından izne tabi olmalarında 250 milyon TL olarak belirlenen eşikleri aşmaları gerekir.

2010/4 sayılı Tebliğ'in 6'ncı maddesinde ise birleşme ve devralma sayılmayacak haller öngörülmüştür. İlgili madde kapsamında herhangi bir kontrol değişikliğine yol açmayan grup içi ve diğer işlemler, menkul kıymet ticareti ile iştigal eden teşebbüslerin yeniden satış amacıyla aldıkları hisseleri, bunlardan doğan oy haklarının menkul kıymetleri çıkaran teşebbüslerin rekabet politikalarını etkileyecek biçimde kullanmamaları şartıyla geçici olarak ellerinde bulundurmaları hali, kontrolün tasfiye, infisah, ödeme güçlüğü, ödemelerin tatil edilmesi, konkordato ve özelleştirme gibi amaçlarla bir kamu kurum veya kuruluşu tarafından elde edilmesi ve nihayet teşebbüsün miras yoluyla edinilmesi birleşme ve devralma sayılmayacak, böylece bu işlemler bakımından Kuruldan izin alınması gerekmeyecektir.

(3) Bildirim ve İnceleme Usulü

Bu şartları taşıyan bir birleşme veya devralma işleminin taraflarının, bu işlemi, gerçekleştirilmeden makul bir süre evvel Kurula bildirmeleri gerekir (2010/4 Sayılı Tebliğ m.10/5). İşlemin gerçekleştirilmesinden maksat, birleşme ve devralmanın sonuçlarını meydana getirmesi; yani kalıcı kontrol değişikliğinin sağlanmış olmasıdır. Bu noktada, birleşme ve devralma neticesinde ortaya çıkan teşebbüsün faal olması da gerekmez. Tarafların, birleşme ve devralma işlemlerini kontrolde değişiklik meydana getirilmeden evvel Kurula bildirmeleri ve izin almaları gerekmektedir. Bildirim, kontrol değişikliğinin gerçekleşmesinin ardından makul bir süre geçtikten sonra dahi yapılmış olsa, bu durum idari para cezasını gerektirecektir. Bu konuda Danıştay kararına konu olan bir konuda, kule vinç ve inşaat asansörü satış ve kiralanması, malzeme satış ve sistemlerinin kurulması, asfalt makineleri satışı, bunlara ait yedek parça satışı gibi konularda faaliyet gösteren bir teşebbüs ile enerji santrallerinin yapımı için mühendislik, tedarik ve inşaat hizmetleri veren bir teşebbüsün ortak girişimiyle Türkiye, Türki Cumhuriyetler ve Balkanlar'da güneş enerjisi sistemleri ve santralleri tasarımı, tedariki ve kurulumuna yönelik hizmetler verme amacıyla kurulan bir başka teşebbüse ilişkin bildirim 12.01.2012 tarihinde yapıldığı, buna karşılık şirketin 19.10.2011 tarihinde kurulduğu tespit edilmiş ve teşebbüsün kurulması ile bildirim

arasındaki kısa süreye rağmen taraflar hakkında idari para cezasına hükmedilmiştir⁴⁴⁵. İlgili Kurul kararına karşı açılan davada davacı, ilgili teşebbüsün Kuruma başvurana kadar herhangi bir ticari faaliyetinin bulunmadığını öne sürmüştü de bu husus Danıştay tarafından dikkate alınmamış ve davanın reddine karar verilmiştir⁴⁴⁶.

Kurula yapılacak bildirim, işlemin taraflarınca birlikte, herhangi biri tarafından ya da bunların temsilcileri aracılığıyla yapılabilir. Bildirimin taraflardan birince yapıldığı hallerde bildirim yapan taraf, bunu diğer tarafa bildirmek zorundadır (m.10/1). Bildirimin, tarafların yetkili temsilcileri tarafından yapılmaması, yani temsile yetkisi olmayan kimselerce yapılması halinde bildirim yok hükmündedir ve bu halde bildirimde bulunulmamış sayılır.⁴⁴⁷ Bildirim, Kurulca hazırlanan ve tebliğin ekinde yer alan bildirim formu ile yapılmaktadır. Bildirim, istenen tüm bilgi ve belgeleri eksiksiz olarak içermelidir. Ancak bu eksikliklerin daha sonra giderilmesi de mümkün olmaktadır⁴⁴⁸. Yine bildirim tarihinden Kurulun karar vereceği tarihe kadar meydana gelen değişiklikler Kurula bildirilmelidir. Yapılan bildirimlere ilgili belgeler eklenir ve bildirim Kurul kayıtlarına girdiği tarihte yapılmış sayılır (RKHK m.12).

Taraflarca yapılan bildirim sonrasında raportörlerce bir ön inceleme raporu tanzim edilir ve Kurul, bildirim tarihinden itibaren 15 gün içinde bir ön inceleme yaparak ya birleşme veya devralma işlemine izin verir ya da bunu nihai incelemeye almaya karar verir. Kurul, nihai inceleme yapmaya karar verdiği takdirde taraflara ön itirazını içeren bir yazı gönderir. Bu yazıda birleşme veya devralma işleminin nihai karar verilinceye kadar askıda olduğu ve uygulanamayacağı hususları ile Kurulun gerekli görmesi halinde bazı tedbirler yer alır. Kurulun bu yazıyı bütün ilgililere usulünce tebliğ etmesi gerekir. Kurulun nihai inceleme yapılmasına karar vermesi durumunda Kanun'un 40 ve 59'uncu maddelerinde düzenlenen inceleme ve araştırma usulleri uygulanır (RKHK m.10). Bu doğrultuda Kurulun nihai inceleme kararı ile Kurulca hazırlanan yazının birleşme ve devralma işleminin taraflarına tebliğinden itibaren 30 gün içinde taraflardan yazılı savunma sunmaları istenir. Bu savunmanın üzerine raportörler ek görüş bildirirler. Bu ek görüş taraflara tebliğ edilir ve taraflar ikinci yazılı

⁴⁴⁵ Rekabet Kurulu, 23.02.2012 T., 12-08/224-55 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

⁴⁴⁶ Danıştay 13. D., 09.05.2018 T., 2012/2094 E., 2018/1670 K. sayılı ilamı (rekabet.gov.tr).

⁴⁴⁷ AYTEKİN 93.

⁴⁴⁸ Rekabet Kurulu, 17.11.2011 T., 11-57/1473-539 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

savunmalarını sunarlar. Ardından Kurulca re'sen veya tarafların talebi halinde sözlü savunma aşamasına geçilir ve işleme izin verilir verilmeyeceği hakkında karar verilir⁴⁴⁹. Kurul, bu kapsamda yapacağı inceleme ve araştırmalarda gerekli gördüğü hallerde yerinde inceleme ve bilgi isteme yetkilerini kullanabilir (2010/4 Sayılı Tebliğ m.15). Kurul, nihai inceleme sonucunda, kararını bildirim tarihinden itibaren 30 gün içerisinde vermelidir. Kurulun bu süre içerisinde bildirim cevabı vermediği ya da herhangi bir işlem yapmadığı takdirde birleşme ve devralma işlemleri geçerlilik kazanırlar ve yürürlüğe girerler (RKHK m.10/2).

Burada söz edilmesi gereken bir diğer husus ise izne tabi olan devralmaların menkul kıymetler piyasalarında hisse satın almak suretiyle devralınmasıdır. Kontrolde kalıcı değişiklik meydana getiren devralma işlemlerin hangi yolla yapılmış olduğu önem taşımaksızın, bunlar hakkında Kuruldan izin alma yükümlülüğünün bulunduğu açıktır. Buna karşılık, bu işlemler yapılmadan evvel Kuruldan izin alınması, hisseleri alma olanağı her an ortadan kalkabileceğinden dolayı olanaklı görünmemektedir. Bu halde, bu işlemler, ne zaman Kurula bildirilecektir? Bu hususta görülen bir davada Danıştay, borsa işlemleri açısından önceden izin alınarak birleşme ve devralmaların gerçekleştirilmesi olanağının bulunmadığını tespit etmiş ve bu hallerde işlemin, gerçekleşmesinden itibaren makul bir süre içinde Kurula bildirilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Mahkeme, anılan kararda davacının, 30.11.2005 tarihinde ilgili teşebbüsün yüzde 30 hissesini satın almış olduğunu, bu tarihte ilgili teşebbüsün yönetiminde yer alan diğer teşebbüsün ortaklık payının yüzde 25 düzeyinde olduğunu, davacının 30.11.2005 tarihinden itibaren ilgili teşebbüsün yönetimini ele geçirmek amacıyla şirket hisselerini satın almaya başladığını ve bu tarihten itibaren Kurula başvurması gerektiğini kaydetmiş ve davacının ilgili teşebbüsteki hisse oranını yüzde 43,47'ye çıkarması ve 27.04.2006 tarihinde yapılan genel kurul toplantısında yönetim kuruluna seçilmesinin üzerine 04.05.2006 tarihinde yapılan izin başvurusunun makul süre içinde yapılmadığına ve Kanun'un 16/1-c hükmü uyarınca verilen cezanın hukuka aykırı olmadığına karar vermiştir⁴⁵⁰.

(4) İzin Başvurusunun Değerlendirilmesi

⁴⁴⁹ Rekabet Kurulu, 17.11.2011 T., 11-57/1473-539 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

⁴⁵⁰ Danıştay 13. D., 29.01.2008 T., 2006/4192 E. 2008/1666 K. sayılı ilamı (Legalbank).

Kanun'un 7/1'inci maddesine göre birleşme ve devralmalar, hâkim durum yaratarak ya da mevcut olan bir hâkim durumu güçlendirerek ülkenin bütünü veya bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabeti önemli ölçüde azaltacaksa bu işlemler hukuka aykırı ve yasaklardır (m.7). Ancak, aynı maddeye göre devralma işleminin miras yoluyla gerçekleşmesi hali bu yasak kapsamındaki devralma işlemlerinin dışında bırakılmıştır. Kanun'un bahsi geçen hükmü irdelendiğinde, yasak olan birleşme ve devralmaların iki unsura sahip olması gerektiği anlaşılmaktadır. Bunlardan birincisi, bir hakim durum yaratılması veya mevcut bir hâkim durumun güçlendirilmesi; diğeri ise bu hakim durumla rekabetin önemli ölçüde azaltılmasıdır. Burada hakim durum kavramının açıklanması gerekir. Hakim durum kavramı, Kanun'un 3'üncü maddesinde tanımlanmıştır. Bu tanıma göre hakim durum, belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakiplerinden ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünü ifade eder. Bu doğrultuda, hakim durum belirlerken ilgili pazardaki teşebbüslerin sayısı, pazar payları, ekonomik gücü, bu gücün devamlılığı, teşebbüslerin piyasa aktörlerinden bağımsız davranabilme gücü, teşebbüslerin bir mal veya hizmet piyasasında üretimden dağıtıma kadar bütün aşamalarda var olup olmadıkları, yani dikey bütünlüğü haiz olup olmadıkları, teknolojik üstünlüğe sahip olup olmadıkları, pazara giriş ve pazarda büyüme engellerinin bulunup bulunmadığı ve alıcıların pazarlık gücü gibi unsurları göz önünde bulundurmaktadır⁴⁵¹. Ancak hakim durumun tespitinde bu unsurlar tek tek değil, bir arada gözden geçirilecek, böylece kümülatif bir değerlendirme yapılacaktır. Bu tanıma somutlaştırmak için bir hastalığın tedavisine yönelik olarak fiyat, erişebilirlik ve tedavi edici etkisi göz önünde bulundurulduğunda en iyi etkilere sahip olan ilacın ruhsat sahibi olan teşebbüsün; sahip olduğu teknoloji sayesinde en kaliteli ürünü en uygun fiyata üreten bir teşebbüsün veya yeni bir buluşun patent sahibi olan firmanın durumu örnek gösterilebilir⁴⁵². Bu üç halde de ilgili teşebbüsler, pazardaki arz, üretim ve satış gibi konularda diğer teşebbüslerden çok daha avantajlı bir konumda bulduklarından piyasadaki malların özelliklerini, arz miktarını, satış bedellerini, dağıtım miktarını kontrol etme gücüne sahip olacaklar, böylece rekabet, rakipler aleyhine zarar

⁴⁵¹ İsmail Yılmaz Aslan 178-190; Rekabet Kurulu, 11-57/1473-539 sayılı kararı; Rekabet Kurulu, 17.08.2011 T., 11-45/1043-356 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

⁴⁵² Rekabet Kurulu, 12.06.2001 T., 01-27/260-74 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

görecektir. Nitekim bu ürün ve hizmetleri gerek aynı teknolojiye sahip olmadıklarından, gerekse patent hakkına sahip olmadıklarından dolayı üretemeyecekler ve bunlara sahip olan teşebbüsle rekabet etme olanakları bulunmayacaktır. Verilen örnekte rakip teşebbüsler aleyhine ortaya çıkan bu olumsuzluk ise patent veya teknoloji sahibi olan teşebbüsün hâkim konumda olmasına, yani fiyatların, üretim ve dağıtım miktarı hususlarında en büyük söze sahip teşebbüs olmasına yol açacaktır. Birleşme ve devralmalar bakımından hâkim durum yaratılması ise örneğin ilaç üreten büyük bir teşebbüsün büyük bir ecza deposu ile birleşmesi veya onu devralması halinde bu oluşan bu yeni teşebbüsün diğer ecza depolarına nazaran çok daha avantajlı konumda olması sebebiyle söz konusu olabilir.

Hangi birleşme ve devralmaların hâkim durum yarattığının tespiti hususunda takdir yetkisi Kurula aittir⁴⁵³. Kurul, birleşme ve devralmaların değerlendirilmesinde işlemin taraflarının aynı ürün pazarında faaliyet gösterip göstermemelerine göre farklı ilkeleri dikkate almakta olup, bu ilkelere Kurulca yayınlanan Yatay Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz (Yatay Kılavuz) ile Yatay Olmayan Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz'da (Dikey-Konglomera Kılavuz) rastlamak mümkündür. Yatay kılavuz, yatay birleşmelerin söz konusu olduğu, yani işlemin aynı pazarda faaliyet gösteren rakip teşebbüsler arasında gerçekleştiği hallerde uygulanacak ilkeleri içermektedir. Birleşme ve devralmaların rakip teşebbüsler arasında gerçekleşeceği hallerde yapılacak incelemelerde öncelikle işlemlerle etkilenebilecek olan coğrafi pazar ile ürün ve hizmet pazarı tespit edilmekte, ardından işlemin rekabet üzerindeki etkileri tespit edilmektedir⁴⁵⁴. Bu etkiler tespit edilirken Kurul, işlemin tarafı olan teşebbüslerin mevcut pazar payları ve gerçekleşmesi muhtemel olan bazı değişiklikler söz konusu ise bunları da dikkate alarak farklı pazar payları ile yoğunlaşma seviyelerini göz önünde bulundurmaktadır. Pazar paylarına ilişkin tespit yapılırken işlemin taraflarından herhangi birinin pazar payının çok yüksek (örneğin %50) olması veya birleşme ve devralma neticesinde birleşen teşebbüslerin pazar paylarının %50'yi aşması halleri, hakim durumun varlığına işaret edebilmekle birlikte⁴⁵⁵ piyasadaki diğer oyuncuların rekabet edebilme

⁴⁵³ Kula 71-72.

⁴⁵⁴ Yatay Kılavuz, www.rekabet.gov.tr (Erişim tarihi: 08.12.2023).

⁴⁵⁵ Rekabet Kurulu, 18.11.2009 T., 09-56/1325-331 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

güçlerine bağlı olarak hakim durum yaratılmamış da olabilir. Örneğin Kurul, bir kararında medya takibi, analizi ve araştırması pazarında 2008 ve 2009 yıllarında sırasıyla %38,46 ve %42,81 pazar payına sahip olan bir teşebbüsün, aynı yıllarda sırasıyla %25,51 ve %22,87 pazar payına sahip olan bir başka teşebbüsü devralma işlemine, devralma sonucu oluşan pazar payı 2008 yılı için %63,97 ve 2009 yılı için %65,68 olmasına rağmen izin vermiştir. Kararda, ilgili pazardaki rekabetin devralma işleminin tarafları dışındaki bir teşebbüsün baskılarıyla oluştuğu, ilgili teşebbüsün fiyatlama davranışları ile sahip olduğu donanım itibarıyla rekabet edebilme açısından güçlü bir rakip olduğu ve oyunbozan karakterine sahip olduğu, ilgili pazarın gelişmekte olduğu ve ilgili pazara girişte engel bulunmadığı gibi sebeplerle, devralma sonucunda Kanun'un 7'nci maddesi anlamında hakim durum yaratılmasının veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesinin söz konusu olmadığına karar vermiştir. Danıştay da yapmış olduğu incelemede, işlem ile Kanun'un 7'nci maddesi anlamında bir hakim durum yaratılmadığını veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmiş olmadığını kabul etmiştir⁴⁵⁶. Öte yandan, birleşme veya devralmanın taraflarının pazar payları %50'nin altında olsa dahi pazardaki diğer teşebbüslerin sayısı, gücü, kapasite kısıtı altında olup olmadıkları ve birleşme taraflarının yakın rakip olup olmadıkları gibi unsurlar göz önünde bulundurularak hâkim durum yaratıldığı kabul edilebilir.

Kurul, takdir yetkisi kapsamında bir birleşme veya devralmanın hâkim durum yarattığını tespit etse dahi bu işlem hukuka aykırı olmayabilir⁴⁵⁷. Nitekim Kanun'un 7'nci maddesi uyarınca birleşme veya devralmalar ile yaratılan bu hâkim durum sebebiyle ülkenin tamamında veya bir kısmında ve herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki etkin rekabetin de azaltılmış olması gerektiğini öngörmüştür. Hâkim durumun çoğu kez rekabeti önemli ölçüde azalttığı ifade edilebilirse de bunun her durumda geçerli olduğu söylenemez. Nitekim pazara girişte örneğin lisans alma zorunluluğu veya yüksek maliyet gibi engellerin bulunmaması, piyasadaki ürün ve hizmet pazarında çeşitliliğin olması gibi hallerde hâkim durumun rekabete önemli ölçüde zarar vereceğinin kesin bir biçimde söylenmesi mümkün değildir⁴⁵⁸. Bu halde

⁴⁵⁶ Danıştay 13. D., 29.12.2017 T., 2011/961 E., 2017/4523 K. sayılı ilamı; Danıştay İDDK, 27.11.2019 T., 2018/1616 E., 2019/5941 K. sayılı ilamı (rekabet.gov.tr).

⁴⁵⁷ İsmail Yılmaz Aslan 234: Yazar, birleşme veya devralmanın hakim durum yarattığı hallerde rekabetin per se (kendiliğinden) önemli ölçüde sınırlandığını savunmaktadır.

⁴⁵⁸ Rekabet Kurulu, 17.11.2011 T., 11-57/1473-539 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

Kurul, her bir somut olayda birleşme ve devralma ile yaratılan hâkim durumun rekabet düzenine önemli ölçüde zarar verip vermediğini belirleyecektir. Kurul, bu belirlemeyi yaparken sınırlayıcı olmamak üzere pazarın yapısını, yurt içinde veya dışında yerleşmiş teşebbüslerin fiili ve potansiyel rekabetini, teşebbüslerin pazardaki durumunu, ekonomik ve mali güçlerini, sağlayıcı ve müşteri bulma alternatiflerini, arz kaynaklarına ulaşabilme imkânlarını, pazarlara giriş engellerini, arz ve talep eğilimlerini, tüketicilerin yararlarını ve tüketicilerin yararına olan faaliyetleri göz önünde bulundurur (2010/4 Sayılı Tebliğ m.13).

Birleşme veya devralmanın herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki etkin rekabeti önemli ölçüde kısıtlayıp kısıtlamadığının tespitinde yoğunlaşma seviyeleri; CR4, CR5 ve Herfindahl Hirschman Endeksi (HHI) adı verilen çeşitli ölçütler kullanılarak belirlenmektedir⁴⁵⁹. HHI ölçütünde pazardaki teşebbüslerin pazar paylarının kareleri alınarak bunların toplanması söz konusudur. Bu sayı, HHI ölçütünün birleşmeden sonraki değeri ile karşılaştırılmakta, böylece değişim hesaplanmış olmaktadır. Çıkan HHI değerinin 1.000 değerinin altında kalması halinde rekabetçi sorunların düşük olacağı, birleşme neticesinde HHI değeri 1000 ila 2000 arasında olan ve değişimi 250'nin altında kalan⁴⁶⁰ ya da HHI endeksinde 2000 değerinin üstünde olan ancak değişimin 150'nin altında kalması halinde de rekabetçi kaygıların düşük olduğu ifade edilmektedir. Bununla birlikte, bu işlemler bakımından belirli istisnalar öngörülmüş olup, endeks ve fark bu sayıların altında tespit edilmiş olsa dahi işlemin taraflarından birinin pazara yeni giriş yapmış olması, işlem taraflarından bazılarının pazara yansımamış biçimde yenilikçi bir teşebbüs olması, piyasa aktörleri arasında çapraz ortaklık olması, taraflardan birinin düşük pazar payına sahip olmasına rağmen rekabeti engelleyici işbirliklerini engelleyecek biçimde rekabetçi özelliğe sahip olması, pazardaki oyuncular arasında geçmişte veya halen rekabeti kısıtlayıcı işbirliklerinin olması ve işlemin taraflarından birinin işlem öncesinde %50 veya daha fazla Pazar payına sahip olması hallerinde rekabetçi kaygılar oluşabilecektir. HHI endeksinin 2000 değerinin üstünde bulunması halinde ise rekabetçi kaygıların olduğu kabul edilebilmektedir⁴⁶¹. Kurul, yapacağı incelemelerde ayrıca alıcının piyasadaki

⁴⁵⁹ Rekabet Kurulu, 17.11.2011 T., 11-57/1473-539 sayılı kararı; Rekabet Kurulu, 13.08.2020 T., 20-37/523-231 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

⁴⁶⁰ Rekabet Kurulu, 28.04.2023 T., 23-19/354-121 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

⁴⁶¹ Rekabet Kurulu, 13.08.2020 T., 20-37/523-231 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

ekonomik parametreleri belirleme gücünü, piyasadaki giriş engellerini ve işleme sağlanacak muhtemel etkinlik kazanımlarını da dikkate almaktadır⁴⁶².

Yatay olmayan birleşme ve devralmalar bakımından yapılacak değerlendirme uygulanacak ilkeler ise Dikey Kılavuz'da açıklanmıştır. Yatay olmayan birleşme ve devralmalar, farklı ürün pazarlarında faaliyet gösteren teşebbüslerin birleşme ve devralmalarını ifade etmektedir. Bunlar dikey ve çok pazarlı (konglomera) birleşmeler olma üzere ikiye ayrılmaktadır. Dikey birleşmeler ve devralmalar, tedarik zincirinin farklı kademelerinde faaliyet gösteren teşebbüsler arasında gerçekleştirilen işlemleri, yani bir üretici ile dağıtıcı, üretici ile perakendeci, dağıtıcı ile perakendeci gibi teşebbüsler arasında gerçekleşen işlemleri ifade etmektedir. Çok pazarlı birleşme ve devralmalar ise işlemin tarafı olan teşebbüsler arasında yatay veya dikey bir ilişkinin olmadığı ve bunların faaliyetleri veya ürünlerinin birbirlerini tamamlayıcı nitelikte olduğu hallerde söz konusu olmaktadır. Yatay olmayan birleşmelerde rekabeti önemli ölçüde azaltabilecek etkiler tek taraflı ve koordinasyon doğurucu etkiler olarak sınıflandırılmaktadır⁴⁶³. Tek taraflı etkiler, birleşme ve devralmanın pazar kapatmasına, yani pazardaki mevcut ve muhtemel rakiplerin tedarik kaynaklarına ya da pazara erişiminin güçleştirilmesi ya da engellenmesi suretiyle rekabet edebilme imkânlarının kısıtlanması halinde söz konusu olmaktadır. Örneğin Kurul, Devlet Hava Meydanları İşletmesi tarafından yapılan bir ihale sonucunda bir teşebbüsün Antalya Havalimanı bünyesinde yeni imtiyaz döneminde sahip olacağı akaryakıt ikmal ve depolama tesislerinin inşası ile işletilmesi haklarının Petrol Ofisi'nin ortak kontrolünün bulunduğu Potas Akdeniz Akaryakıt Dağıtım Anonim Şirketi'ne (Potas) devrine izin verilmesi talebini değerlendirdiği kararında, devralma ile Potas'ın jet yakıtı depolama ve ikmal yanında jet yakıtı satışı faaliyetine de başlayacağı, bu pazarlar arasında dikey bir ilişkinin bulunduğu, ikmal edilecek ve depolanacak jet yakıtının jet yakıtı satış pazarının girdisini oluşturduğu, akaryakıt satışı pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerin Potas tarafından işletilen akaryakıt depolarını kullanmaları sebebiyle girdiyi temin etmek için tek seçeneklerinin Potas olduğu ve akaryakıt satış pazarında faaliyet gösteren Petrol Ofisi'nin Potas üzerinde kontrolünün

⁴⁶² Rekabet Kurulu, 08.2020 T., 20-37/523-231 sayılı kararı; Rekabet Kurulu, 13.08.2020 T., 20-37/523-231 sayılı kararı; Rekabet Kurulu, 17.11.2011 T., 11-57/1473-539 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

⁴⁶³ Dikey Kılavuz, www.rekabet.gov.tr (Erişim 28.12.2023).

bulunduğu gerekçesiyle işlem sonucunda girdi kısıtlaması riski olabileceğini değerlendirmiştir⁴⁶⁴. Koordinasyon doğurucu etkiler ise birleşmeden evvel uyumlu davranış göstermeyen teşebbüslerin birleşmeden sonra koordinasyon yoluyla fiyatları artırmaları yahut birleşmeden evvel pazarda koordinasyon içinde hareket eden teşebbüslerin birleşmeden sonra bu koordinasyonu artırmaları veya kolaylaştırmalarını ifade etmektedir.

Yatay olmayan işlemlerin hakim durum yaratıp yaratmadığının ve bunların rekabet üzerindeki etkilerinin değerlendirilmesinde de pazar payı ve yoğunlaşma seviyesi önem taşımaktadır. Benzer olarak, birleşme ve devralma ile etkilenecek pazarlardaki mevcut ve potansiyel rekabet düzeyi, giriş engelleri, arz ve talep eğilimleri ile teşebbüslerin sağlayıcı ve müşteri bulabilme alternatifleri, arz kaynaklarına erişebilme imkânı gibi hususlar da işlemlerin rekabet üzerindeki etkilerinin belirlenmesinde kullanılan ölçütlerdir. Dikey Kılavuz'da da yoğunlaşma seviyesinin tespit edilmesi için HHI endeksinin kullanılacağı ifade edilmiştir. Ancak burada birden çok pazar bulunduğundan her bir pazarın HHI değeri ayrı ayrı alınacaktır. Alınan bu değerlerin %25'in altında olması halinde rekabetin önemli ölçüde azalmamış olduğu değerlendirilebilecektir. Ancak bu durumun da bazı istisnaları bulunmaktadır. Bunlar, işlemin taraflarından birinin yakın gelecekte önemli düzeyde büyüme göstereceğinin beklenmesi, pazardaki teşebbüsler arasında önemli ölçüde çapraz hissedarlık ve yönetim ilişkilerinin bulunması, taraflardan birinin piyasadaki koordine edilmiş davranışları bozma potansiyeli taşıması, geçmiş ya da devam eden bir koordinasyona ilişkin emarelerin ya da koordinasyonu kolaylaştırıcı uygulamaların varlığı olarak sıralanmıştır. Kurul, birleşme ve devralmalarda anılan bu ölçütleri göz önünde bulundurarak inceleme yapacak, incelemenin sonucunda ya bu işleme izin verecek ya da izin vermeyecektir.

Son olarak, 2010/4 sayılı Tebliğ'in 13/3'üncü maddesinden de söz etmek gerekir. İlgili madde uyarınca Kurul, teşebbüsler arasında rekabeti sınırlayıcı etkisi veya amacı olan ve bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir ortak girişimin oluşturulduğu hallerde Kanun'un 7'nci maddesi kapsamında yaptığı değerlendirmeye ilaveten 4 ve 5'inci maddeleri bakımından da herhangi bir ihlalin söz konusu olup olmadığını değerlendirecektir. Bu hükümlerle, ortak girişim oluşturulması

⁴⁶⁴ Rekabet Kurulu, 12.05.2023 T., 23-22/426-142 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

suretiyle uyumlu eylemler ile teşebbüsler arası koordinasyon oluşması riski önlenmeye çabalanmıştır⁴⁶⁵.

(5) Birleşme ve Devralmanın Bildirilmemesi

Taraflar, Kanun'un 7'nci maddesi ile yasaklanan ve bildirilmesi zorunlu olan birleşme ve devralma işlemlerini bildirmediğinde Kurul, işlemde herhangi bir suretle haberdar olduğu zaman anlaşmayı re'sen incelemeye alır. Bu inceleme sonucunda Kurul, işlemin bildirilmesi zorunlu olduğunu değerlendirir ancak 7'nci madde anlamında yasak olmadığını kabul ederse anlaşmaya izin verir fakat birleşme halinde taraflara, devralma halinde ise devralan tarafa bildirimde bulunmadıklarından dolayı idari para cezası uygulanır (2010/4 Sayılı Tebliğ m.10/7). Bu halde Kanun'un 7/2'nci maddesinde yer alan hangi birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanması için Kuruldan izin alınması gerektiğini Kurulun belirleyeceğine ilişkin hüküm uyarınca yoğunlaşma işlemi Kurulun izin verdiği tarihte geçerlilik kazanacaktır. Kanaatimizce, izne tabi ve fakat 7'nci madde kapsamında yasak olmayan yoğunlaşmalar başından beri hukuka uygun olduklarından, işlemin geçerlilik tarihinin belirlenmesinde izin tarihi değil, işlemin yapıldığı tarih esas alınmalıdır⁴⁶⁶.

Kurul, yapacağı incelemede işlemin hem bildirilmesi zorunlu hem de yasak kapsamında olduğunu değerlendirirse devralma halinde devralana, birleşme halinde ise taraflara idari para cezası vermenin yanında işlemin sona erdirilmesine, hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmiş fiili durumun ortadan kaldırılmasına, şartları ve süresi Kurul tarafından belirlenecek şekilde ele geçirilen her türlü payın veya mal varlığının eğer mümkünse eski maliklerine iadesine, bu mümkün olmadığı takdirde üçüncü kişilere temlikine ve devrine; bunların eski malik veya üçüncü kişilere temlik edilmesine kadar geçen süre içinde devralan kişilerin devralınan teşebbüslerin yönetimine hiçbir şekilde katılamayacağına ve gerekli gördüğü diğer tedbirlerin alınmasına karar verir (RKHK m.11).

⁴⁶⁵ Rekabet Kurulu, 23.03.2023 T., 23-15/260-89 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

⁴⁶⁶ Aytekin 94; Nazlı Aksoy ve Şahin Yavuz, "Birleşme ve Devralma İşlemlerinde Rekabet Kurulunun Denetim Yetkisinin Hukuki Niteliği ve Sınırları", Rekabet Dergisi, 10 (2) 2009: 7-27, 12.

(6) Özelleştirme Yoluyla Devralma

Kanun'da özelleştirmeler bakımından herhangi bir hüküm öngörülmemekle birlikte, RKHK'nin kamu kurum ve kuruluşları açısından da bağlayıcı olması sebebiyle Kanun'un kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılan satış ve ihaleler sonucunda meydana gelen devralma işlemlerinde uygulama alanı bulacağı açıktır. Bu sebeple Kurul, 2013/2 sayılı Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ'i yayınlamıştır. Tebliğ'in 2'nci maddesinde bir teşebbüsün ortaklık payları ya da diğer hak ve araçlarının tamamen veya kısmen özelleştirme yoluyla devri ile teşebbüs üzerindeki kontrolün değiştiği ya da karar organlarının etkilendiği hallerde ya da teşebbüsün mal veya hizmet üretimine yönelik birimlerinin özelleştirme ile devri halinde Tebliğ'de yer alan hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir. İlgili hüküm uyarınca devralma işleminin Tebliğ'e tabi olması için kontrolde değişiklik yaratması, karar organlarının işlemde etkilenmesi veya teşebbüsün mal veya hizmet üretimine yönelik birimlerinin devredilmesi gerekmektedir.

Maddede yer alan kontrol değişikliği şartı bir birleşme ve devralmanın var olduğunu göstermekle birlikte, karar organlarının etkilendiği her halde kontrolde değişiklik söz konusu olmayabilecektir. Nitekim öğretilerde karar organlarının etkilenmesi şartını dar anlamda karar belirleme yeteneği olarak algılamak gerektiği, dolayısıyla en azından ortak kontrol yaratılmadığı sürece bir birleşme ve devralmanın söz konusu olmadığı haklı olarak ifade edilmiştir⁴⁶⁷. Zaten Tebliğ'in 2/2-ğ maddesi ile teşebbüsün kontrolünde değişikliğe yol açmayan hisselerin devri, Tebliğ kapsamı dışında bırakılmış olduğundan, kontrol değişikliğine yol açmayan devralma işlemlerinin Tebliğ kapsamında olmadığı açıktır. Bu doğrultuda Kurul, TMSF kontrolündeki bir teşebbüsün özelleştirme sonrasında TMSF tarafından kontrol edilen bir başka teşebbüse devredilmesi işleminin, kontrolde bir değişiklik meydana getirmemesi sebebiyle Tebliğ'in 2/2-ğ hükmü uyarınca RKHK kapsamında bulunmadığına karar vermiştir⁴⁶⁸.

⁴⁶⁷ İsmail Yılmaz Aslan 262.

⁴⁶⁸ Rekabet Kurulu, 22-57/903-372 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

Bazı hallerde, işlemin sayılan sonuçları doğurmasına rağmen Tebliğ'e tabi olmayacağı düzenlenmiştir. Bunlar, mahalli idareler dâhil kamu kurum veya kuruluşları ile kamu tüzel kişiliğine sahip eğitim kurumlarına yapılan devirlerin, mal veya hizmet üretimine yönelik olmayan gayrimenkullerin devrinin, yurt dışı sermaye piyasalarında satışların, halka arz işlemlerinin, sermaye piyasalarına ilişkin mevzuattaki hükümler saklı kalmak kaydı ile süresi 3 yılı aşmayan gecikmeli halka arzı içeren blok satışların, çalışanlara devirlerin, borsada normal ve/veya teşebbüsün kontrolünde değişikliğe yol açmayan özel emir ile satışların, menkul kıymetler yatırım fonları ve/veya menkul kıymetler yatırım ortaklıklarına satışların ve teşebbüsün kontrolünde değişikliğe yol açmayan hisselerin devrinin söz konusu olduğu hallerdir.

Tebliğ'in 3'üncü ve 4'üncü maddelerinde özelleştirme yoluyla devralma işlemlerine mahsus olarak ön bildirim usulü ve şartları düzenlenmiştir. Buna göre, özelleştirme yoluyla devralınacak teşebbüs ya da mal veya hizmet üretimine yönelik birimin cirosunun 250 milyon TL'yi geçtiği hallerde işlem ön bildirim usulüne tabi olacaktır. Ancak bu cironun hesaplanmasına, özelleştirilecek teşebbüs veya birimin mevzuat hükümlerince kamu kurum ve kuruluşlarına yaptığı satışlar dâhil edilmeyecektir. Yapılan hesaplama neticesinde cirosunun bu eşiği aştığı tespit edilen teşebbüs veya birimlerin ihale edileceği hallerde ihaleyi açan kamu kurum veya kuruluşlarının ihale şartnamesini açıklamadan evvel RK'nin görüşüne başvurması zorunludur. RK, vereceği görüşte devralma ile meydana gelebilecek rekabetçi sorunlar ile RKHK'nin 7'nci maddesi kapsamında meydana gelebilecek sakıncalar hakkında değerlendirmeler yapacaktır. Tebliğ'de RK tarafından ihale edecek kamu kurum veya kuruluşuna verilecek görüşün ihale şartnamesine esas olacağı düzenlenmiştir. Hal böyle iken kamu kurum ve kuruluşlarının, ihale şartnamelerinde RK'nin verdiği görüşün aksine şartlar öngöremeyeceği anlaşılmaktadır. Ön bildirim usulüne tabi olan devralma işlemleri söz konusu olduğunda Özelleştirme İdaresi Başkanlığı, ihale şartnamesini açıklamadan evvel RK'ye işlem hakkında görüş almak üzere ön bildirimde bulunur ve işlem konusu teşebbüs veya birimin iletişim bilgilerini, faaliyet alanını ve buna ilişkin bilgi ve belgeleri bildirimine ekler. Rekabet Kurulu, bildirim kurum kayıtlarına girmesinden itibaren 40 gün içerisinde konu hakkında görüşlerini Özelleştirme İdaresi Başkanlığına bildirir. Tebliğ'in 4/3'üncü hükmü uyarınca Kurul, oluşturulacak mesleki daire görüşünün yanı sıra bu görüşe cevaben Özelleştirme İdaresi Başkanlığından alınacak görüşü de dikkate alarak görüşünü oluşturacaktır. Bununla birlikte Kurul,

yapılan işlemin 2013/2 sayılı Tebliğ kapsamında ön bildirim tabi olmadığı kanaatine varırsa bu prosedürü işletmeksizin de işlemin ön bildirim tabi olmadığına karar verebilir (m.4/5). Uygulamada usul, çoğunlukla şöyle gerçekleşmektedir: özelleştirmeyi yapacak olan kamu kurum veya kuruluşu, işlemi RK'ye bildirmekte, ardından RK, mesleki daire görüşünü ilgili kamu kurum veya kuruluşuna göndermektedir. İlgili kamu kurum veya kuruluşu, mesleki daire görüşünün tebliğ edilmesinin ardından bir görüş bildirmekte ve Kurul, bu görüşü de dikkate alarak özelleştirmeye ilişkin görüşünü bir karar vererek oluşturmakta ve ilgili kurum veya kuruluşa göndermektedir. Kurul tarafından bildirilecek bu görüşlerde, bildirim konu işlemin 2013/2 sayılı Tebliğ kapsamında bir işlem olup olmadığı, işleme ilişkin herhangi bir koşul veya yükümlülük getirilmesinin gerekli olup olmadığı, alıcı adayları belirlendikten sonra yapılacak değerlendirme sonucunda devirle ilgili koşul ve yükümlülükler getirilebileceği ve işleme izin verilmeyebileceği gibi hallerin şartnamede belirtilmesi gerektiği hususları yer almaktadır⁴⁶⁹.

Ancak özelleştirmeler ihale yoluyla yapıldığından ve bu sebeple çoğu kez kimlerin ihaleye katılıp pey süreceği belirli olmadığından ön bildirim prosedürü ile ortaya çıkabilecek rekabet sakıncalarının giderilemeyeceği ifade edilebilir. Bu sakıncaların giderilmesi için ise Tebliğ'in 6/2'nci maddesinde, Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca ihale için teklif veren tüm teşebbüs ve teşebbüs birlikleri ile ilgili bilgi ve belgeleri ihalenin sonuçlanması beklenmeksizin RK'ye iletileceği ve 6/1'inci maddesinde ön bildirim usulüne tabi olan devralma işlemlerinin geçerlilik kazanmaları için Kuruldan izin alınması gerektiği düzenlenmiştir. Bu yükümlülük, ön bildirimde de söz konusu olduğu gibi ihaleyi yapan idare üzerindedir. İdare, ihalenin yapılmasının ardından ve nihai devir kararının verilmesinden önce işlemi RK'ye bildirmekte ve RK işleme izin verip vermeyeceğini değerlendirmektedir. Kurul, yaptığı değerlendirmelerde öncelikle işlemin ön bildirim tabi olup olmadığını, ardından ilgili coğrafi pazar ile ürün pazarını tespit etmektedir. Ardından işlemin taraflarına, pazar paylarına ve bunların kontrol yapısına ilişkin değerlendirme yapmaktadır. Nihayet Kurul, elindeki verileri değerlendirerek özelleştirme işlemi ile hakim durum yaratılması veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesi suretiyle rekabetin önemli ölçüde kısıtlanıp

⁴⁶⁹ Rekabet Kurulu, 10.10.2022 T., 22-46/674-285 sayılı kararı; Rekabet Kurulu, 21.07.2022 T., 22-33/538-217 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

kısıtlanmayacağını değerlendirerek işleme izin verilmesine yahut verilmemesine karar verecektir⁴⁷⁰.

(7) İzin Şart ve Taahhüde Bağlanması

Kurulun birleşme ve devralmalara vereceği izinleri şart ve yükümlülüklerle bağlayıp bağlayamayacağı tartışma konusudur. Bu tartışmanın nedeni, Kanun'da düzenlenmemiş olmasına rağmen 2010/4 Sayılı Tebliğ'in 13/4 ve 14/2'nci maddelerinde birleşme ve devralmalara verilecek izinde şart ve yükümlülükler öngörülebileceğinin düzenlenmiş olmasıdır. Öğretideki bir görüşe göre, menfi tespit kararı verilmesi izne tabi olmayan ve tehlikesiz oldukları kabul edilen birleşmeler ve devralmalar için söz konusu olduğunda bunlar hakkında verilecek izin şartına bağlanması mümkün iken daha tehlikeli olan izne tabi birleşme ve devralmaların şartına bağlanamayacağını kabulü güçtür⁴⁷¹. Aynı görüşe göre, Kanun'un 52'nci maddesinde taraflara görevler yüklenebileceği öngörüldüğünden ve 27'nci maddesinde Kurula genel düzenleme yetkisi tanındığından Kurul, bu izinleri de şart ve yükümlülüklerle bağlayabilir.

Kanaatimizce bu yorumla Kurulun hukuka aykırı olarak kullandığı yetkiye bir dayanak aramak amaçlanmıştır. Nitekim Kanun'un muafiyet ve menfi tespit yetkilerini düzenlemiş olduğu 5'inci ve 13'üncü maddelerinde açıkça Kurulun şart ve yükümlülük getirebileceğinden bahsedilmişken birleşme ve devralmanın düzenlendiği 7'nci maddesinde bu yetkiye yer verilmemiştir. Keza bu yetkinin izne tabi olmayan birleşme ve devralmalar bakımından var olmasına karşılık izne tabi olanlar bakımından söz konusu olmaması, ikinci türden işlemlerin rekabet ortamına çok daha ağır zarar verebilecekleri ve bunların telafisinin çok daha güç olacağı gerekçesiyle açıklanabilir. Zaten bu durumda esasen bir izin değil, menfi tespit kararının şartına bağlanması söz konusudur. Bunun gibi, Kurulun genel düzenleyici yetkisi RKHK'nin uygulanması ile sınırlı olup, Kanun'da düzenlenmemiş bir yetkinin ihdası söz konusu

⁴⁷⁰ Rekabet Kurulu, 22.05.2018 T., 18-15/291-144 sayılı kararı; Rekabet Kurulu, 11.11.2021 T., 22-55/761-380 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

⁴⁷¹ İsmail Yılmaz Aslan 255-256.

olamaz⁴⁷². Hal böyleyken Kurulun yasama organı yerine geçerek kendisine Kanun'la verilmemiş bir yetki tanıdığı, böylece görev gaspında bulunduğu söylenebilir⁴⁷³. Buna karşılık, uygulamada Kurulun bazı varlıkların elden çıkarılması ve hisselerin devri gibi şartlara bağlı izin verdiği⁴⁷⁴ ve yargının bu duruma zımni olarak müsaade ettiği de ifade edilmiştir⁴⁷⁵. Gerçekten Danıştay, bir birleşme ve devralma işlemine “batan firma” savunmasını göz önünde bulundurarak şartlı biçimde izin veren Kurul kararında yer alan şartları iptal etmiş, ancak bu kararında davacının Kurulun şartlı izin vermeye yetkili olmadığına ilişkin iddiasına rağmen Kurulun şartlı izin verme yetkisinin bulunup bulunmadığını incelememiştir. Danıştay, kararında Kurulun kanuni dayanağı olmayan, ticari hayatta önceden belirlenemeyecek iki yıl sonrası için varsayım dayalı durumlardan hareketle Kurulun görev ve yetkisinin tartışmalı olduğu konuları da içeren koşullar belirlemiş olduğundan bahisle Kurul kararında öngörülen şartları iptal etmiş, ancak gerekçede Kurulun şartlı izin verme yetkisinin bulunmadığına ilişkin bir saptama yapılmamıştır⁴⁷⁶.

Tekrar belirtmek gerekir ki, Kanun'un 11/1-b maddesinde Kurulun bir birleşme ve devralmanın izne tabi ve yasak olduğuna karar vermesi halinde yapılacak işlemler sınırlı biçimde sayılmış olup, bunların şart ve yükümlülüklerle tabi tutulması olanaksızdır. Aksinin kabulü halinde, Kurulun şartlar için öngördüğü uzun süreler içerisinde, birleşen veya devralan teşebbüsün büyük bir hâkim durum elde ederek haksız menfaat sağlaması ve rekabetin büyük ölçüde zarar görmesi kuvvetle muhtemeldir. Aynı şekilde, birleşmesine veya devralmasına şartlı olarak izin verilen teşebbüslerin bu şartları yerine getirmemeleri halinde bunların taşınır ve taşınmaz mal varlıklarının iadesinde ağır zorluklarla karşılaşılacak ve piyasalara telafisi mümkün olmayan zararlar verilebilecektir. Ayrıca bu halde yoğunlaşma anlaşması başından beri geçersiz olacağından, personelin kıdem tazminatı ve hakları gibi özel hukuk

⁴⁷² Kula 81.

⁴⁷³ Kula 81.

⁴⁷⁴ Rekabet Kurulu, 17.08.2011 T., 11-45/1043-356 sayılı kararı; Rekabet Kurulu, 17.08.2011 T., 11-45/1043-356 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

⁴⁷⁵ Kaya 58; Kula 79; Danıştay 13. D., 24.11.2009 T., 2007/4544 E., 2009/10288 K. sayılı ilamı (Legalbank).

⁴⁷⁶ Danıştay 13. D., 15.03.2010 T., 2008/13171 E., 2010/2225 K. sayılı kararı (Lexpera).

konularında da karmaşa yaşanabilecektir. Bu gerekçelerle, Kanun'un emredici hükmü uyarınca izin şartı bağlanmasının mümkün olmaması gerektiği kanaatindeyiz.

Birleşme ve devralma işlemleri hakkında verilecek kararların şart ve yükümlülüklerle bağlanmasının hukuka uygun olmadığına ilişkin görüşümüzü belirttik. Peki, bu kararların taahhütlere bağlanması mümkün olacak mıdır? Bu soruyu doğuran sebep ise Kanun'un 10'uncu maddesinde birleşme ve devralma işlemlerinin izin vermek ya da vermemek üzere nihai incelemeye alınması halinde genel önaraştırma ve soruşturma usullerinin uygulanacağına ilişkin hükmüdür. Ayrıca 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 14'üncü maddesinde tarafların ön inceleme ve nihai inceleme sırasında taahhüt sunabilecekleri düzenlenmiştir. Daha evvel de ifade etmiş olduğumuz gibi taahhüt, yürütülmekte olan bir önaraştırma veya soruşturma kapsamında Kanun'un 4'üncü ve 6'ncı maddelerinden doğan rekabet sorunlarını gidermek amacıyla sunulabilir (RKHK m.43/3). Oysa birleşme ve devralma işlemlerine ilişkin yasak Kanun'un 7'nci maddesinde düzenlenmiştir. Birleşme ve devralma işleminin rekabeti sınırlayıcı anlaşma olarak değerlendirilebileceği söylenebilirse de Kanun'da bu işlemlerin farklı hükümler altında düzenlenmiş olmaları karşısında bu işlemlerin bir arada düşünülemeyeceği fikrindeyiz. Birleşme ve devralmalar ile hâkim durumun kötüye kullanılmasının da söz konusu olduğu ifade edilemez. Nitekim bu anlaşmalarla bir hâkim durum yaratılmakla birlikte bu durumun kötüye kullanım amacını taşıdığı, örneğin piyasadaki rakipleri dışlama, ayrımcılık yapma, rakip faaliyetlerini engelleme gibi amaçlar taşıdığı her halde söylenemeyecektir. Öte yandan, taahhüt sunulması halinde Kurulca verilecek karar, soruşturma açılmamasına ya da açılan soruşturmanın sona erdirilmesine ilişkin olup, bu kararlar birleşme ve devralma izinlerine ilişkin kararlarla nitelik itibarıyla uyumlu değildir. Ayrıca Kurul, rekabet kuralları açısından sakıncalı gördüğü birleşme ve devralmalara izin vermedikçe bunlar geçerli hale gelmeyeceklerinden bir rekabet sorunun meydana gelmesi de söz konusu olmayacak, dolayısıyla taahhüt müessesesi ile güdülen amaç gerçekleşmiş olmayacaktır. Bununla birlikte, Kurul önüne gelen birleşme ve devralma incelemelerinde 2010/4 sayılı Tebliğ'in 14'üncü maddesi uyarınca taraflarca sunulan

taahhütleri kabul ederek işlemlere izin vermekte, taahhütlerin yerine getirilmemesi halinde ise verilen iznin geçersiz sayılacağına karar vermektedir⁴⁷⁷.

g. Bilgi İsteme Yetkisi

(1) Genel Olarak

Bilgi isteme yetkisi, Kurula RKHK'nin 14'üncü maddesiyle tanınmıştır. İlgili maddede Kurulun, RKHK'nin kendisine vermiş olduğu görevleri yerine getirirken gerekli gördüğü her türlü bilgiyi, tüm kamu kurum ve kuruluşları ile teşebbüs ve teşebbüs birliklerinden isteyebileceği hususu düzenlenmiştir. Kurulun bu yetkisi kapsamında muhataplardan talep edebileceği bilgiler hakkında sınırlayıcı bir sayım yapılması mümkün değilse de, örneğin, bilançoya, kar-zarar miktarına, pazar payına, yatırım planlarına, üretim hacmine, üretim tekniklerine, sözleşmelere, fiyat tarifelerine ve çalışanlara ilişkin bilgiler ile malvarlığı ve ortaklıkların ana yapısı hakkında bilgiler Kurulca talep edilebilecektir⁴⁷⁸.

RKHK'nin 44'üncü maddesinde Kurul adına hareket eden ve Kurul tarafından belirlenip görevlendirilen ve raportörlerden oluşan bir heyetin, soruşturma aşamasında bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerini kullanabileceği öngörülmüştür. İlgili hükümden, Kurulun anılan yetkileri yalnızca soruşturma evresinde kullanabileceği anlaşılabilirse de bilgi isteme yetkisinin düzenlendiği 14'üncü maddede Kurulun bu yetkiyi Kanun'da kendisine verilen görevleri yerine getirirken kullanabileceği düzenlenmiştir. Bu halde, Kurulun bu yetkisini yalnızca önaraştırma yahut soruşturma safhalarına hasretmek mümkün olmayıp, bu yetkilerin her an kullanılabilmesi ifade edilmelidir⁴⁷⁹. Bu doğrultuda Kurul, bilgi isteme yetkisini önaraştırmalarında, soruşturmalarında, izin, muafiyet ve menfi tespit incelemelerinde de kullanabilecektir. Bununla birlikte, RKHK'nin 44/3'üncü maddesinde Kurulun tarafları bilgilendirmediği ve savunma hakkı vermediği konuları kararına dayanak

⁴⁷⁷ Rekabet Kurulu, 17.11.2011 T., 11-57/1473-539 sayılı kararı; Rekabet Kurulu, 17.08.2011 T., 11-45/1043-356 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

⁴⁷⁸ Rekabet Kurulu, 21.07.2022 T., 22-33/527-213 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

⁴⁷⁹ Danıştay 13. D. 14.03.2006 T., 2005/1014 E., 2006/1401 K. sayılı ilamı; Danıştay 13. D. 14.03.2006 T., 2005/134 E., 2006/1402 K. sayılı ilamı (Lexpera); Kaya 61.

yapamayacağı hususu düzenlenmiştir. Kanun'un 46'ncı maddesi uyarınca savunma hakkı, savunma dilekçesinde yahut sözlü savunma toplantısında kullanılabilir olduğundan, Kurulun bilgi isteme yetkisini bu safhalardan evvel kullanması gerekir⁴⁸⁰. Bu gereklilik, Kurulun yetkilerini kullanmakta bir süre ile kısıtlı olmasından değil, bu sürelerden sonra elde edilen bilgilerin soruşturma neticesinde verilecek karara dayanak olamayacağına ilişkin düzenlemeden kaynaklanmaktadır. Ancak Kurulun, tarafların savunmasından sonra da bilgi isteme yetkisini kullanmasında ve elde ettiği bilgiler nedeniyle yeni bir inceleme başlatmasında bir mani yoktur.

Kurul, bilgi isteme yetkisini her zaman kullanabilirse de bu yetkinin Kurulca görevlendirilen ve Kurul adına hareket eden raportörlerce kullanılabilmesi yalnızca soruşturma aşamasında mümkündür⁴⁸¹. Nitekim RKHK'nin bilgi isteme yetkisinin düzenlenmiş bulunduğu 14'üncü maddesinde, yerinde inceleme yetkisinin düzenlendiği 15'inci maddesinin hilafına, bu yetkinin Kurum personeline yerine getirilebileceğine ilişkin bir yetki devri öngörülmemiştir. Kanun'un 44'üncü maddesinde ise bu yetkinin ancak soruşturma aşamasında raportörlerden oluşan bir heyet tarafından kullanılabilirliği düzenlenmiş olduğundan, bu yetkinin önaraştırma aşamasında Kurum personeline kullanılması mümkün değildir. Buna karşılık, 21.06.1997 tarihli ve 23026 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Rekabet Kurumu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in 59'uncu hükmünde bilgi isteme yetkisinin önaraştırma aşamasında da raportörlerce kullanılabilirliğinin düzenlenmiş olduğu, uygulamada da raportörlerin önaraştırma aşamasında bilgi isteme yetkisini kullandıkları ve bu evrede raportörler tarafından istenilen bilgilere yanlış, yanıltıcı ya da eksik cevap verilmesi halinde muhataplar hakkında idari para cezası verildiği görülmektedir⁴⁸². Benzer şekilde, zaman zaman bilgi isteme yetkisinin Başkanlık tarafından dahi kullanıldığı gözlenmektedir⁴⁸³. Çalışmamızın ön araştırma ve soruşturma yapma yetkisi başlıklı kısmında bu husus detaylı biçimde izah edilmiş olduğundan, burada kısaca bu işlemin yetki devri niteliğinde olduğunu, yetki devrinin

⁴⁸⁰ Hüseyin Coşgun, "ABD, AB ve Türk Rekabet Otoritelerinin Bilgi Edinme Yetkileri ve Bilgi Kaynağı Olarak Fonksiyonları", Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 107, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını, 2009, 60.

⁴⁸¹ Coşgun 59; Badur ve Ertem 113.

⁴⁸² Rekabet Kurulu, 21.07.2022 T., 22-33/527-213 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

⁴⁸³ Rekabet Kurulu, 21.07.2022 T., 22-33/527-213 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

ancak kanunla belirtilen istisnai durumlarda söz konusu olacağını, RKHK'nin 14'üncü maddesinde ise bilgi isteme yetkisinin devrine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmadığını ve dolayısıyla bu uygulamalarda hukuka uyarlık bulunmadığını⁴⁸⁴ belirtmekle yetiniyoruz.

(2) Kapsamı

Burada, Kanun'un 14'üncü maddesinde düzenlenen bilgi isteme yetkisinin belge isteme yetkisini içerip içermediğinin tartışılması gerekmektedir. Kanun'un bilgi isteme yetkisini öngörmüş olduğu 14'üncü maddesinde, yerinde inceleme yetkisinin düzenlenmiş olduğu 15'inci maddenin aksine belge, defter ve sair vasıtalara dair bir ibare bulunmamaktadır. Sözlükte bilgi: insan aklının erebileceği olgu, gerçek ve ilkelerin bütünü; bili, malumat ve öğrenme, araştırma veya gözlem yolu ile elde edilen gerçek; haber, malumat, vukuf olarak tanımlanmıştır⁴⁸⁵. Belge ise, bir gerçekliğe tanıklık eden yazı, fotoğraf, resim, film ve benzeri; vesika ve doküman anlamına gelmektedir. 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 199'üncü maddesine göre uyuşmazlık konusu vasıtaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları belgedir. Bu tanımlardan anlaşılacağı üzere bilgi sözcüğü hakikati tanımlarken, belge sözcüğü hakikati taşıyan, onu ispat etmeye elverişli olan nesnelere ifade etmektedir. Bu tanımlar nazara alındığında 14'üncü maddede düzenlenen bilgi isteme yetkisinin belge istemeyi de kapsamadığı söylenebilir.

Bununla birlikte, RKHK'nin 44'üncü maddesinde Kurul adına hareket eden raportör heyetinin soruşturma aşamasında lüzum gördüğü evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgiyi isteyebileceği ifade edilmiştir. Bu hükümlerle, Kurulun ve raportör heyetinin soruşturma aşamasında belge de talep edebileceği anlaşılmaktadır. Buna karşılık, ilgili hükümlerde önaraştırma aşamasına ilişkin bir düzenleme yer almadığından, Kurul'un veya raportörlerin önaraştırma aşamasında bilgi isteme yetkisine dayanarak ilgililerden belge talep edemeyeceği söylenmelidir. Kurul ve raportörler, ancak taraflar hakkında soruşturma açılmasının ardından bilginin yanında belge talebinde de bulunabileceklerdir. Ancak uygulamada görüşümüzün aksine Kurul ve raportörlerin

⁴⁸⁴ Coşgun 58; Badur ve Ertem 113.

⁴⁸⁵ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, www.sozluk.gov.tr (Erişim tarihi: 12.11.2023).

önaraştırma safhasında da taraflardan, üçüncü teşebbüslerden, kamu kurum ve kuruluşlarından bilginin yanında belgeler talep ettiği görülmektedir.

(3) Usulü

Kurulun bilgi isteme yetkisini kullanması için herhangi bir şekil şartı öngörülmemişse de bu yetki, çoğu kez bilgi istenen muhataplara bilgi isteme yetkisinin kullanıldığına dair idari kararın iletilmesiyle kullanılmaktadır. Kurulun bu yetkisini bazı hallerde, muhataplarla gerçekleşen toplantılarda sözlü olarak, bilgi isteme tutanağıyla⁴⁸⁶ veya e-posta ve telefon gibi iletişim araçlarıyla da kullandığı görülmektedir⁴⁸⁷. Kurulun muhataplara ilettiği bilgi talebinde istenen bilgilerin neler olduğunun, talebe cevap verilmemesi, eksik cevap verilmesi ve yanlış cevap verilmesi hallerinde uygulanacak yaptırımların ve cevap verilmesi gereken sürenin yer alması gerekir⁴⁸⁸. Kanun'da bilgi talebine cevap verilmesine ilişkin bir süre öngörülmemiş ve bu hususun tespiti de Kurulun kararına bırakılmıştır. Ancak Kurulun olağan ticari hayatın akış ve gerekliliğine uygun olarak makul bir süre belirlemesi gerektiğinin kabul edilmesi gerekir⁴⁸⁹. Süre; istenen bilgilerin miktarı, niteliği ve bilgiye erişimin zorluğu da göz önüne alınarak belirlenmelidir. Nitekim ilgili bilgilerin Kurula verilmesi için gerekli olandan çok daha az süre verilmesi halinde muhataplar bakımından kast veya taksir düzeyinde bir kusurluluk meydana gelmeyeceğinden ve cezalandırma için en azından taksir düzeyinde bir kusur gerekli olduğundan, muhataplara verilecek idari para cezası hukuka uygun olmayacaktır. Keza idari para cezaları mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiğinden, bunlar Anayasa'nın 13'üncü maddesi uyarınca ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. AYM, ölçülülük ilkesini, "sınırlama için kullanılan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye uygun olmasını ifade eden elverişlilik, müdahalenin sınırlama amacına ulaşmak bakımından zorunlu olmasını işaret eden zorunluluk ve araçla amacın orantısız bir ölçü içinde bulunmaması ile sınırlama ile ölçüsüz bir yükümlülük getirilmemesini ifade eden oranlılık unsurlarını içermektedir" ifadeleriyle

⁴⁸⁶ Rekabet Kurulu, 30.03.2023 T., 23-16/281-97 sayılı kararı; Rekabet Kurulu, 15.12.2022 T., 22-55/850-350 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

⁴⁸⁷ Şarbak 33.

⁴⁸⁸ İsmail Yılmaz Aslan 360; Badur ve Ertem 111.

⁴⁸⁹ Şarbak 37.

açıklamıştır⁴⁹⁰. Mahkemenin bu kararı ışığında, muhataplara bilgi talebine yanıt vermeleri için ticaret hayatının olağan akışına aykırı bir biçimde oldukça kısa bir süre tanınması bilgilerin edinilmesi için zorunlu olmadığı gibi, verilecek idari para cezası düşünüldüğünde bunun orantılı olduğu da kabul edilemeyecektir. Kurulun, bilgilerin sağlanması için muhataplara yeterli süre tanıdığı ve hatta iyi niyetli muhatapların süre uzatım taleplerini kabul ettiği⁴⁹¹ hususları da düşünüldüğünde uygulamada da bu fikrin hâkim olduğu anlaşılmaktadır.

Kanun'da ve yönetmeliklerde bilgi talebinin muhataplarının istenen bilgileri verme usulü hakkında da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple, talebin muhatapları, Kuruma mektup, elektronik posta, telefon gibi iletişim araçlarıyla bilgi talebine yanıt verebileceği gibi, bilgileri sözlü olarak da verebileceklerdir. Kurulun bilgi taleplerini ve muhatapların cevaplarını nasıl yönelteceklerine ilişkin bir düzenleme bulunmamakta ise de bunların ispat kolaylığı nedeniyle yazılı olarak yapılması gerekir. Kanun'un 14'üncü maddesi uyarınca bilgi isteme talebi, teşebbüsler ve teşebbüs birlikleri ile kamu kurum ve kuruluşlarının yetkilileri tarafından yerine getirilmelidir. Bununla birlikte, teşebbüslerin bilgi isteme talebine verecekleri yanıtı avukatları veya vekilleri aracılığıyla da vermesi mümkündür⁴⁹².

(4) Sınırları

(a) İdari işlemin unsurları yönünden

Kanun'da Kurulun bilgi isteme yetkisini kullanırken hangi sınırlara tabi olduğu da belirtilmiş değildir. Kanun'un bu yetkinin düzenlendiği 14'üncü maddesinde Kurulun bilgi isteme yetkisini "Kanun'un kendisine verdiği görevleri yerine getirirken" ve "gerekli gördüğü" takdirde kullanacağı düzenlenmiştir. İlgili hükümde, "Kanun'un kendisine verdiği görevleri yerine getirirken" ifadesi bulunmakta ise de bu ifade ile Kurulun rekabetin korunmasına ve sağlıklı bir biçimde işleyişine yönelik, yani maddi hukuk kurallarından doğan görevleri anlaşılmalıdır. Nitekim Kanun'un 27'nci

⁴⁹⁰ AYM, 04.07.2013 T., 2012/100 E., 2013/84 K. sayılı ilamı (anayasa.gov.tr).

⁴⁹¹ Şarbak 37.

⁴⁹² Aytekin 87.

maddesinin e bendinde başkan yardımcıları ve baş hukuk müşavirini Başkanın teklifi üzerine atamak, f bendinde Kanun'un uygulanmasına ilişkin düzenlemeler yapmak, g bendinde rekabet hukuku ile ilgili mevzuatta yapılması gereken değişiklikler konusunda doğrudan veya Bakanlığın talebi üzerine görüş bildirmek de Kurula verilen görevlerdendir. Kurulun birleşme ve devralmalara izin vermek, önaraştırma ve soruşturma yürütmek gibi denetim yetkisine ilişkin yetkilerinin dışında kalan hususlar bakımından bilgi isteme yetkisini kullanması idari işlemin amaç unsurunda sakatlık meydana getirebilecektir⁴⁹³. Nitekim idari işlemin içermesi gereken amaç unsuru, idari işlemin, o idari işlemin dayanağı olan kanunda belirtilen özel amacı yahut kamu yararı amacını gerçekleştirmeye yönelik olmasını zorunlu kılmaktadır⁴⁹⁴. RKHK'nin genel amacı mal veya hizmet piyasalarında serbest rekabet düzeninin tesis edilmesi olduğundan, Kurulun bilgi isteme yetkisini ancak bu amaçla kullanması uygun olacaktır. Bu nedenle, öğretide bilgi isteme yetkisinin "amaçla sınırlılık" biçiminde tarif edilen ilkeye uygun olarak kullanılması gerektiği belirtilmektedir⁴⁹⁵.

Bilgi isteme yetkisinin kullanılmasında gereklilik unsuru ise Kurula bu araca başvurma konusunda bir takdir yetkisi tanınmış olduğunun göstergesidir. Ancak, idare hukukundaki bütün yetkilerde olduğu üzere, bu yetkinin de bazı sınırları bulunduğu kabulü gerekir. Bu hususta özellikle idari işlemin neden veya sebep unsuru olarak adlandırılan ögesi önem kazanmaktadır. İdari işlemin neden unsuru, idari işlemin dayandığı sebebi, yani o işlemin yapılmasına neden olayı veya işlemin, bir başka deyişle idari işlemin yapılmasındaki gerekçeyi ifade eder⁴⁹⁶. Genel olarak, bütün idari işlemlerin bir nedene dayanması gerekir. Bu neden, idari işlemin yapılmasından evvel tahsis edilmiş bir nesnel hukuk kuralı, bir hukuksal işlem veya bir olay olabilir⁴⁹⁷. İdari işlemlerin sebep ögesi, hukuki metinlerde açık ve kesin bir biçimde öngörülebilir, soyut ve genel bir sebep belirlenebilir ve bazı hallerde herhangi bir sebep belirlenmemiş olabilir. Bazı durumlarda ise bilgi isteme yetkisi açısından da söz konusu olduğu gibi, idari işlemin sebebi açıkça belirtilmeksizin bunların bir sebebe

⁴⁹³ Badur ve Ertem 111.

⁴⁹⁴ Onar 59.

⁴⁹⁵ Coşgun 59; Kaya 61.

⁴⁹⁶ Onar 53; Özay 455; Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 2, 472.

⁴⁹⁷ Özay 455; Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 2, 472.

dayanması gerektiği öngörülmektedir. Bu durumlar çoğu kez “gerektiğinde” ve “lüzumlu görülmesi halinde” gibi ibarelerin varlığı halinde söz konusu olurlar. Bu ifadeler, idari işlemin yapılmasında idareye bir takdir yetkisi tanındığına işaret etmekte ise de idare, bu takdir yetkisini hukuka uygun olarak kullanmalıdır⁴⁹⁸.

İdarenin takdir yetkisini hukuka uygun olarak kullanıp kullanmadığı hususunda hukuki denetim yapılabilmesi ise ancak idari işlemin içermesi gereken zorunlu unsurların idari işlemde yer almasıyla mümkündür. Bu bağlamda, idarenin bilgi isteme yetkisini neden kullandığını, bir başka söylemle, kararının gerekçesini muhataplara bildirmesi gerekmektedir. Aksi halde, ilgili karar bakımından yargı denetimi yapılması olanaksız olacaktır. Her ne kadar, bilgi isteme kararı nihai bir karar değilse ve bu bakımdan icrai bir etkiye sahip olmasa da muhatapların bilgi talebine eksik, yanıltıcı veya yanlış cevap vermelerine idari para cezası yaptırımını bağlanmış olduğundan ve bu anlamda bilgi isteme kararı, idari para cezasına ilişkin kararın dayanağını oluşturacağından bilgi isteme kararında bilginin neden gerekli olduğu hususu da izah edilmelidir⁴⁹⁹. Bunun gibi, RKHK'nin 52'nci maddesinde kararların ihtiva etmesi gereken hususlar düzenlenmiş olup, gerekçe ve kararın hukuki dayanağı, bunların arasında sayılmıştır. Bilgi isteme de esasen Kurulun kararlarından olduğundan, bu kararlarda gerekçeye yer verilmesi aynı zamanda bir kanuni zorunluluktur (m.52/1-h). Kurulun bilgi isteme yetkisini kullanırken bunun gerekçesini muhataplara bildirmesi gerektiğine ilişkin dayanağının RKHK'nin 9'uncu, 10'uncu, 42'nci ve 44'üncü maddelerinde Kurulun bildirim yükümlülüğüne yer verilmesi ve bu bağlamda Kurulun bildirim ilkesine tabi olması olduğu da ifade edilmektedir. Kurul, bu doğrultuda bilgi isteme yetkisini kullanırken, bilgiyi neden istediğini, bir başka deyişle istenen bilginin niçin gerekli olduğunu muhataplara bildirmelidir⁵⁰⁰.

Aynı şekilde, idari işlemlerin ancak ihdas edilmelerindeki amaçlarını gerçekleştirmek amacıyla kullanılabilecekleri düşünüldüğünde, Kurulca muhataplardan talep edilecek bilgilerin inceleme konusu ve amacıyla sınırlı olması ve istenilen belgelerle inceleme konusu arasında bir ilginin veya bir nedensellik bağlantısının kurulması gerektiği de

⁴⁹⁸ Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 2, 472.

⁴⁹⁹ Şarbak 34-35.

⁵⁰⁰ Badur ve Ertem 111.

ifade edilmelidir⁵⁰¹. Bununla birlikte, kurulan bu nedensellik bağının bilgi isteme kararının muhataplarına tüm ayrıntılarıyla açıklanması, soruşturmanın selameti açısından sakınca doğuracaktır. Bu sakıncayı önlemek ve muhatapların savunma haklarını etkin bir biçimde kullanabilmelerini sağlamak için yapılan incelemenin tarafları, hangi eylem, işlem veya anlaşmadan kaynaklandığı gibi hususlardan ziyade konu hakkında genel bir açıklamanın yapılması faydalı olacaktır⁵⁰². Görüşümüzün aksine, Danıştay, Kurul tarafından istenen bilgilerin soruşturma ile ilgisinin bulunmasının gerekmediği, Kurulun talep ettiği bilgileri vermeyen ve sadece konuya ilişkin genel açıklamalarda bulunan muhatapların davranışlarının hukuka uygun olmadığı fikrindedir⁵⁰³. Biz yukarıda belirtmiş olduğumuz gerekçeyle, Kurulca incelemeyle herhangi bir ilgisi bulunmayan bir bilginin istenmesinin idari işlemin amaç unsuruyla bağdaşmadığı, dolayısıyla hukuka uygun olmadığı kanaatindeyiz.

Kurul, bilgi isteme yetkisini kullanırken önaraştırma aşamasında muhataplar bakımından sınırlanmıştır. Zira bilgi isteme yetkisinin düzenlendiği 14'üncü maddede Kurulun, bilgi isteme yetkisini tüm kamu kurum ve kuruluşlarına, teşebbüslere ve teşebbüs birliklerine karşı kullanabileceği öngörülmüştür. İlgili hükümde Kurulun bilgi talebini yöneltebileceği muhataplar sınırlayıcı olarak sayılmıştır. Bununla birlikte, RKHK'nin 44'üncü maddesinde yer alan düzenleme gereği Kurul, soruşturma aşamasında bilgi isteme yetkisini kullanırken muhataplar bakımından sınırlı değildir. Nitekim anılan hükümde Kurul adına hareket eden raportör heyetinin soruşturma aşamasında gerekli gördüğü evrak ile bilgilerin kendisine verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebileceği düzenlenmiştir.

Kanun'da Kurulun önaraştırma evresinde bilgi isteyebileceği gerçek ve tüzel kişiler sınırlayıcı olarak sayılmış ise de muhtelif düzenleyici işlemlerle Kurulun bilgi isteme yetkisinin alanının genişletilmeye çabaladığı görülmektedir⁵⁰⁴. Örneğin Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında 2010/4 Sayılı Tebliğ'in "Bilgi İsteme ve Yerinde İnceleme" başlıklı 15'inci maddesinde, Kurulun

⁵⁰¹ Şarbak 34; Coşgun 59.

⁵⁰² Şarbak 35.

⁵⁰³ Danıştay 13. D. 10.10.2005 T., 2005/1727 E., 2005/4935 K. sayılı ilamı (nakleden: İsmail Yılmaz Aslan 360).

⁵⁰⁴ Badur ve Ertem 116.

birleşme ve devralmayı değerlendirirken birleşme ve devralmanın tarafları dışında, bu işlemle ilgili diğer kişilerden ve tarafların rakipleri, müşterileri, rakipleri veya sağlayıcıları gibi üçüncü kişilerden bilgi isteyebileceği hususu önaraştırma ve soruşturma aşamalarına ilişkin herhangi bir ayırım yapılmaksızın düzenlenmiştir. Bunun gibi, 2010/4 Sayılı Tebliğ'in selefi olan ve bu Tebliğ ile yürürlükten kaldırılan 1997/1 sayılı Tebliğ'de de aynı hüküm bulunmaktaydı. Kurulun yetkisinin düzenleyici işlemler ile genişletilme çabasına bir diğer örnek ise 21.06.1997 tarihli ve 23026 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Rekabet Kurumu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in 59'uncu maddesi örneğinde vücut bulmaktadır. İlgili hükümde, Kurulca önaraştırma safhasını yürütmek üzere görevlendirilen meslek personelinin yapacakları önaraştırmayla ilgili olmak şartıyla bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerini kullanabilecekleri ve verilen süre içinde gerekli görülen evrakın gönderilmesi ve her türlü bilginin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilecekleri düzenlenmiştir.

Belirtilen bu düzenlemelerle Kanun'un kapsamı aşılmış ve Kurulun yetkisi hukuka aykırı biçimde genişletilmiştir⁵⁰⁵. Nitekim Kanun'un 14'üncü maddesinde önaraştırma safhasında Kurulun yalnızca kamu kurum ve kuruluşlarından, teşebbüslerden ve teşebbüs birliklerinden bilgi isteyebileceği düzenlenmişken Kurulca hazırlanan yönetmelik ve tebliğlerde "ilgili diğer kişiler", "müşterileri" ve "diğer yerlerden" bilgi istenebileceği düzenlenmiş, böylece örneğin teşebbüslerin istihdam ettiği personeller ve teşebbüsün müşterileri gibi gerçek kişilerden de bilgi talep edilmesi mümkün hale getirilmeye çabalanmıştır. Bu noktada yeniden Anayasa'nın 123'üncü hükmüne değinmekte yarar vardır. İlgili Anayasa hükmünde idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği öngörülmüştür. İdarenin kuruluş ve görevlerini düzenleyecek olan kanunların yapılması ise Anayasa'nın 7'nci maddesi uyarınca TBMM'nin görevidir. Bu halde, bir idarenin görev alanının tahsisi de onun değiştirilip kaldırılması da TBMM'nin görevlerinden olup, idarenin görev tahsisi, değiştirmesi yahut kaldırması mümkün değildir. İdarenin kendi görev alanına, yani yürütme faaliyetine ilişkin olmayan konularda karar alması ise görev (fonksiyon) gaspı olarak adlandırılır ve idarece yapılan bu işlem yetki yönünden hukuka aykırıdır⁵⁰⁶. Öte

⁵⁰⁵ Badur ve Ertem 116.

⁵⁰⁶ Onar, 63; Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 2, 431-432; Gözler ve Kaplan 321-322.

yandan, Kurulun önaraştırma safhasında kamu kurum ve kuruluşları, teşebbüs ve teşebbüs birlikleri dışında kalan kişilerden bilgi talep etmesi idari işlemi konu yönünden de hukuka aykırı hale getirecektir. Nitekim belirli bir durumda olanlara uygulanmak üzere çıkarılmış hükümlerin bu durum dışındaki kişilere uygulanması işlemi konu yönünden hukuka aykırı hale getirir⁵⁰⁷.

Kişi yönünden söz konusu olan bu sınırlamaların yanında Kurul teşebbüs, teşebbüs birlikleri ve bunların üyelerinin avukatlarından da müvekkilleri ile ilgili bilgi talep edemez. Öğretide, Kanun'da mesleki ayrıcalıklara ilişkin istisnalara yer verilmediği gerekçesiyle avukatlardan da bilgi istenebileceği ifade edilmiştir⁵⁰⁸. Mesleki ayrıcalıktan kastın bazı meslek mensuplarına yüklenen sır saklama yükümlülüğü olduğu düşünüldüğünde bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira öncelikle sır saklama yükümlülüğü mesleki ayrıcalıklardan olmayıp kanuni yükümlülüklerdendir. Bu yükümlülükler bir başka yasa ile ortadan kaldırılmadıkça varlıklarını sürdürürler. Yasa koyucu, bu yükümlülüklerin geçerliliğini ortadan kaldırmak istediğinde, bunu çoğunlukla yükümlülüğün yüklendiği kanunlarda yükümlülüğün istisnalarını açıkça belirterek yapmaktadır. Örneğin, 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu'nun "Sırların Saklanması" başlıklı 73'üncü maddesinde "diğer kanunun emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla", "bu maddede belirtilen sır saklama yükümlülüğünden istisna tutulan haller dışında" gibi ifadelerle yer verilerek yükümlülüğün istisnaları açıkça öngörülmüştür. Buna karşılık, 1116 Sayılı Avukatlık Kanunu'nun 36'ncı maddesinde avukatların kendilerine tevdi edilen işler ile Türkiye Barolar Birliği'ndeki, barolardaki veya bizzat kendi görevleri sebebiyle öğrendikleri hususları açığa vurmaları yasaklanmış; bu esnada öğrendiği hususlar hakkında tanıklık edebilmeleri iş sahibinin muvafakatini alma şartına bağlanmış ve bu halde dahi avukatın tanıklıktan çekinebileceği düzenlenmiştir. Avukatlık Kanunu'nun ilgili maddesinde herhangi bir istisna yer almadığından, Kurul, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin avukatlarından bilgi talep edemez, etse dahi müvekkili hakkında yanlış, yanıltıcı veya eksik cevap veren ya da hiç cevap vermeyen avukata idari para cezası veremez⁵⁰⁹.

⁵⁰⁷ Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 2, 495.

⁵⁰⁸ Şarbak 38.

⁵⁰⁹ Badur ve Ertem 117.

(b) Susma hakkı yönünden

Bilgi isteme yetkisi kullanılırken değinilmesi gereken bir başka hususu ise susma hakkı teşkil etmektedir. Susma hakkı, Nemo tenetur se ipsum accusare, yani kişinin kendini suçlayıcı beyanda bulunmaya ve bu yönde delil göstermeye zorlanamaması ilkesinden doğan bir hak olup⁵¹⁰, evrensel bir hak niteliğini almıştır. Susma hakkı, pozitif hukukumuz bakımından Anayasa'nın "Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar" başlıklı 38'inci maddesinin 5'inci fıkrasında düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre, "hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz" (Anayasa m.38/5). Bunun gibi, 5271 Sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 147/1-e maddesinde de şüpheli veya sanığın ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde yüklenen suç hakkında açıklama yapmamasının kanuni hakkı olduğunun söyleneceği öngörülmüştür.

İlgili ilke, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) açıkça yer almamakla birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), içtihatlarında, susma hakkını AİHS'nin 6'ncı maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının temel bir unsuru olarak değerlendirmektedir⁵¹¹. Bilgi isteme yetkisine yeniden bakıldığında, bilgi talebine eksik, yanlış, yanıltıcı cevap veren, süresinde veya hiç cevap vermeyen teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzel kişiler ile teşebbüs birlikleri veya bunların üyelerine Kanun'un 16/1-c ve 17/1-c hükümleri uyarınca idari para cezası verilebileceği görülmektedir. Yukarıda belirtmiş olduğumuz AİHM kararlarından da anlaşılacağı üzere, Kurulun teşebbüslere, teşebbüs birliklerine veya bu birliklerin üyelerine kendi aleyhlerine delil olabilecek bilgi ve belgeleri vermemeleri halinde idari para cezası uygulaması pekâlâ susma hakkının ihlali olarak değerlendirilebilir⁵¹². Bununla birlikte, AYM'nin bu görüşte olmadığını ifade etmek gerekir. Nitekim 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nun (VUK) vergi kaçakçılığı suçlarının düzenlendiği 359'uncu maddesinin a fıkrasının 2'nci bendinde yer alan defter, kayıt veya belgeleri gizlemek kısmının iptali istemiyle AYM'nin önüne gelen davada Mahkeme, vergi idaresince mükelleflerden

⁵¹⁰ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar ve R. Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı (7. Bs), Ankara, 2018, 272; Mutlu Kağıtçıoğlu, "Kurgudan Gerçekliğe Uzanan Bir Tartışma Alanı: Susma Hakkının İdare Hukukunda Yeri Var mıdır?", TBB Dergisi 134, 2018: 115-152, 116.

⁵¹¹ Kağıtçıoğlu 117; Serhat Sinan Kocaoğlu, "Susma Hakkı", Ankara Barosu Dergisi, 2011/1: 29-58, 40; AİHM, Murray/Birleşik Krallık, Başvuru Numarası: 18731/91, 08.02.1996, Funke/Fransa, 10828/84, 25.02.1993 tarihli kararlar (nakleden: Tezcan, Erdem, Sancakdar ve Önok 272).

⁵¹² Badur ve Ertem 118; Kağıtçıoğlu 128; Eğerci 167-168.

talep edilen bilgi ve belgelerin suç delili olarak değil, beyanlarının doğruluğunu ispat eden birer belge olduğu gerekçesiyle ilgili hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığına hükmetmiştir. Mahkeme, kararın gerekçesinde, Kanun'da yer alan defter ve belgeleri ibraz etme yükümlülüğünün kamu düzenine ilişkin olduğunu, bu belgelerin kamusal yönünün ağır bastığını, defter veya belgelere ilişkin kayıt tutma mecburiyetinin “özü bakımından cezai olmayan”, düzenleyici bir amaçtan ileri geldiğini ifade etmiş ve bu belgelerin niteliği gereği, kişinin kendisini suçlayıcı bir beyanda bulunmaya veya bu doğrultuda delil göstermeye zorlandığı şeklinde yorumlanamayacağına hükmetmiştir⁵¹³.

Kanaatimizce Anayasa'nın 38/5'inci maddesinde öngörülen susma hakkı bakımından beyanın kamu düzenine ilişkin olması veya beyanların kamusal niteliğinin ağır basması haline ilişkin herhangi bir istisnaya yer verilmemiş olması karşısında AYM kararının isabetli olduğu söylenemez. Zira Anayasa'nın 13'üncü maddesinde temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması rejimi öngörülmüştür ve buna hükme göre temel haklar ve hürriyetler, özlere dokunulmaksızın, yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Keza bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamazlar (Anayasa m.13). Bu hüküm uyarınca temel hak ve özgürlüklere hangi sebeplerle müdahale edilebileceği yine Anayasa'nın muhtelif maddelerinde öngörülmüştür. Örneğin, Anayasa'nın yaşama, kişi dokunulmazlığı ve maddi ve manevi varlığını geliştirme haklarını düzenleyen 13'üncü maddesinde kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı hususu düzenlenmiş, bu hakka müdahale sebepleri de aynı maddede izah edilmiştir. Bunun gibi, meşru savunma, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, ayaklanma veya isyanın bastırılması gibi hallerde meydana gelen müdahaleler, yaşama hakkına getirilecek sınırlamanın sebepleri olarak sayılmıştır. Yine Anayasa'nın 18'inci maddesinde zorla çalıştırma yasağının istisnaları, 19'uncü maddede ise kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının istisnaları, yani müdahale sebepleri öngörülmüştür. Buna karşılık, Anayasa'da susma hakkı bakımından herhangi bir istisna öngörülmüş değildir. Mahkeme, kararında her ne

⁵¹³ AYM, 24.03.2022 T., 2019/80 E., 2022/31 K. sayılı ilamı (anayasa.gov.tr).

kadar idareye ibraz edilmeyen bilgi ve belgeleri suç delili değil, mükellefin beyanının doğruluğunu ispat eden belgeler olarak nitelendirmişse de bu belgelerin idareye ibrazı halinde suç ikrar edilmiş olacağından ve bunların idareye ibraz edilmemesi halinde hapis cezası ve idari yaptırım uygulanacağından AİHM içtihatları uyarınca bunların suç delili niteliğinde oldukları açıktır. Aynı durum, Kurulun teşebbüs ve teşebbüs birliklerinden isteyecekleri bilgiler bakımından da geçerli olup, bilgi talebine yanıt verilmemesi yahut yanlış, eksik ya da yanıltıcı cevap verilmesi halinde uygulanacak idari para cezasının AİHM içtihatları uyarınca susma hakkının ihlali sonucunu doğuracağı kanaatindeyiz⁵¹⁴.

(c) Özel hayata saygı hakkı yönünden

Bilgi isteme yetkisi hakkında tartışılması gereken bir diğer husus ise Kurulun bu yetkisi kapsamında bilgi ve belge talebinde bulunmasının özel hayata saygı duyulması hakkı ve haberleşme hürriyetine bir aykırılık oluşturup oluşturmayacağıdır. Bilindiği üzere, özel hayatın gizliliği Anayasa'nın 20'nci maddesinde ve Türkiye Cumhuriyeti'nin de akit devletlerinden olduğu AİHS'nin 8'inci maddesinde düzenlenmiştir. Anayasa'nın 20'nci maddesinde herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı belirtilmiştir (m.20/1). Hükmün ikinci fıkrasında bu hakka müdahalenin sebepleri düzenlenmiştir. Buna göre, ancak milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak bu hakka müdahale edilebilir. Aynı fıkroda, bu sebeplere dayanarak yapılacak müdahalenin usulüne uygun olarak verilmiş hâkim kararı veya aynı sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunca yetkili kılınmış merciinin yazılı emri olmadıkça kişinin üstünün özel kâğıtlarının ve eşyasının aranmayacağı ve bunlara el konulamayacağı düzenlenmiştir (m.20/2). Keza gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamında yetkili merciin yazılı emrinin hâkim onayına sunulması gerektiği de ilgili maddede öngörülmüştür (m.20/2). AİHS'nin 8'inci maddesinde ise herkesin özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı

⁵¹⁴ AİHM, Funke/Fransa kararı; AİHM, Başvuru Numarası: 19187/91, Saunders/Birleşik Krallık kararı, 17.12.1996 (nakleden: Tezcan, Erdem, Sancakdar ve Önok) ; Aynı yönde: Badur ve Ertem 118.

gösterilmesi hakkına sahip olduğu hususu düzenlenmiş, ikinci fıkrasında da bu hakka müdahale için gereken şartlar izah edilmiştir. Buna göre, bu hakkın kullanılmasına yapılacak bir kamu müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörölmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir. Haberleşme hürriyeti ise Anayasa'nın 22'nci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir ve haberleşmenin gizliliği esastır. Haberleşme hürriyetine müdahale de özel hayatın gizliliğinde olduğu gibi aynı sebeplere dayanılarak ve hâkim kararıyla yahut gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili merciinin yazılı emriyle ve bu emir hâkim onayına sunulurak gerçekleştirilebilir.

AİHM ve AYM içtihatları nazara alındığında, bireylerin mesleki faaliyetlerinin de özel hayat kapsamında değerlendirildiği anlaşılmaktadır⁵¹⁵. Keza haberleşme hürriyeti bakımından herhangi bir sınır çizilmemiş olup, haberleşme hürriyetinin iş yerinde yapılan haberleşmeleri de kapsadığı bilinmektedir. Örneğin, AİHM, çeşitli kararlarında iş yerinden yapılan aramaları özel hayat ve haberleşme çerçevesinde değerlendirdiğini hatırlatmış ve elektronik postalar ve internet kullanımının takibinin de benzer şekilde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Günümüzde çalışma saatlerinin uzunluğu, iş yerinde geçirilen süreler, iş yerlerinin barındırdığı insan sayısı bakımından da en çok sosyalleşebilecek ortamlardan olması, kişilerin iş arkadaşlarıyla özel ilişkiler kurması, kişilerin çalışma ortamlarında bulunurken de başka kimselerle özel hayata ilişkin konular hakkında konuşabilecekleri gibi hususlar bir arada değerlendirildiğinde AİHM'nin bu içtihadına hak verilecektir. Zira Mahkeme de, bireylerin büyük çoğunluğunun dış dünya ile ilişkilerinin geliştirme olanağını en çok mesleki faaliyetleri kapsamında elde ettiği hususu tekrarlanmıştır⁵¹⁶.

⁵¹⁵ AİHM, 25.06.1997 T., Başvuru Numarası: 20605/92; Halford/Birleşik Krallık kararı, AİHM, 16.02.2000 T., Başvuru Numarası: 27798/95, Amann/İsviçre kararı; AYM, 10.12.2015 T., Başvuru Numarası: 2013/7666, Bülent Polat Başvurusu kararı (nakleden: Tezcan, Erdem, Sancakdar ve Önok 380, 503).

⁵¹⁶ AİHM, Özpinar/Türkiye kararı, 19.10.2010 T., Başvuru Numarası: 20999/04; AİHM, Niemietz/Almanya kararı, 16.12.1992 T., Başvuru Numarası: 13710/88 (Aktaran: Tezcan, Erdem, Sancakdar ve Önok 380-381).

Bu konuda Rekabet Kurulu'nun 26.08.2021 tarihli Goldman Sachs kararına değinmek gerekir. İlgili kararda Kurul, muhataptan teşebbüsün yurt dışındaki kolunda çalışan borsa simsarları arasındaki yazışmaları talep etmiş ve bu yazışmaların sunulmadığı gerekçesiyle muhataba idari yaptırım uygulamıştır⁵¹⁷. Az evvel değinmiş olduğumuz AİHM ve AYM içtihatları nazara alındığında, teşebbüslerin çalışanları arasındaki yazışmaların da pekâlâ özel hayat ve haberleşme hürriyeti kapsamında değerlendirilebileceği açıktır. Nitekim özel hayat, mesleki hayattaki faaliyetleri de kapsamaktadır ve her türlü yazılı ve sözlü gönderi, telefon konuşmaları ve internet üzerinden yapılan yazışmalar da haberleşme kavramının içinde değerlendirilmelidir⁵¹⁸. Hal böyleyken, Kurulun bilgi isteme yetkisi ile şirket personeli arasındaki yazışmaları, konuşmaları, elektronik posta iletilerini ve benzeri iletişimlerini talep etmesi, bu talebin yerine getirilmemesi halinde ise idari yaptırımı hükmolunması özel hayata saygı duyulmasını isteme ve haberleşme hürriyeti haklarına müdahale oluşturabilecektir. Müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için gereken şartlar ise AİHS'nin 8'inci ve Anayasa'nın 20 ve 22'nci maddelerinde düzenlenmiştir. Kurul tarafından talep edilen belgelerin, kamu düzenini sağlamak ve kanunla düzenlenmek şartlarını taşıdığı açık olmakla birlikte, hâkim kararı yahut onayı kıstaslarını karşılamadığı görülmektedir. Nitekim Kurulun bu müdahaleyi gecikmesinde sakınca bulunması halinde yazılı emriyle yapabileceği kabul edilse dahi bu kararın hâkim onayına sunulmaması, müdahalenin hukuka aykırılığı sonucunu doğurabilecektir. Bu sorunun çözülmesi ise bilgi isteme yetkisinin de hâkim kararıyla veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde hâkim onayına sunulmak üzere yetkili merciin emriyle yapılmasıyla mümkün olacaktır. Bir hakka ancak hâkim kararı yahut yetkili merciin yazılı emrinin hâkim onayına sunulmasıyla mümkün olan müdahalenin, bu koşullar olmadan yapılması AYM'nin bir kararında ihlal olarak değerlendirilmiş olup, bu karar ilgisi nedeniyle yerinde inceleme kısmında incelenecektir.

Bu kısımda, bilgi isteme yetkisinin kullanılmasıyla kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına müdahale edilip edilmediğinin de tartışılması gerekir. Bu hak, Anayasa'nın 20/3'üncü maddesinde düzenlenmiştir. İlgili Anayasa hükmüne göre herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir.

⁵¹⁷ Rekabet Kurulu, 26.08.2021 T., 21-40/576-280 sayılı Goldman Sachs kararı (rekabet.gov.tr).

⁵¹⁸ Tezcan, Erdem, Sancakdar ve Önok 503.

Hükümde, bu hakkın, kişilerin kendileriyle ilgili veriler hakkında bilgilendirilme, verilere erişme, bunların düzeltilmesini ve silinmesini isteme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsadığı öngörülmüştür. Aynı hükme göre bu veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin çerçeve düzenlemeyi 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu oluşturmaktadır. İlgili Kanun'da kişisel veri, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişilere ilişkin her türlü veri olarak tanımlanmıştır (m.3/1-d). Bu kapsamda, kimliği belirli ya da belirlenebilir olan gerçek kişilere ait ad, soy isim, doğum tarihi gibi sadece kimliğini ortaya koyan bilgiler değil; telefon numarası, taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, parmak izi, hobiler, e-posta adresleri gibi verilerin de kişisel veriler arasında olduğu değerlendirilmektedir⁵¹⁹. Öte yandan Kanun, bazı verilere ayrıca önem tanımış ve bunları özel nitelikli kişisel veriler kapsamında farklı güvencelere tabi tutmuştur. Bu veriler; kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf veya sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileridir (6692 Sayılı Kanun m.6/1).

Anılan Kanun'un 4'üncü ve 5'inci maddelerinde özel nitelikli olmayan kişisel verilerin işlenmesinde, yani veriler üzerinde herhangi bir işlemin gerçekleştirilmesinde uyulması gereken ilkeler ve şartlar öngörülmüştür. Buna göre, kişisel verilerin işlenmesi kanunlara, hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olmalı, veriler belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenmeli, işlendikleri amaç ile bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olmalı ve kanunda öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilmelilerdir (m.4). Kanun'un 5'inci maddesinde kişisel verilerin kural olarak veri sahiplerinin rızasıyla işlenebileceği düzenlenmiş, ancak ilgili maddede bazı istisnalar da belirlenmiştir. Buna göre, kişisel verilerin işlenmesi kanunda açıkça öngörülmüş olduğu, fiili imkansızlık sebebiyle rızasını açıklayamayacak olan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin ya da bir başkasının hayatı ile beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olduğu, bir sözleşmenin kurulması veya yerine getirilmesiyle doğrudan ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel

⁵¹⁹ Bahri Öztürk, Elif Altınok Çalışkan ve Serkan Seyhan, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Teorik ve Pratik Çalışma Kitabı, Ankara, Seçkin, 2022, 16.

verilerin işlenmesinin gerekli olduğu, veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olduğu, verilerin ilgili kişilerce alenileştirilmiş olduğu, bir hakkın tesisi, kullanılması ya da korunması için veri işlemenin zorunlu olduğu ve kişisel verisi işlenen kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla veri sorumlusunun şahsi menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olduğu hallerde kişisel veriler rıza olmaksızın işlenebilir (m.5). Özel nitelikli verilerin işleme şartları ise Kanun'un 6'ncı maddesinde düzenleme alanı bulmuştur. İlgili hüküm ile özel nitelikli verilerin kişilerin rızası olmaksızın işlenmesi yasaklanmıştır (m.6/2). Ancak hükmün 3'üncü fıkrasında sağlık ve cinsel hayata ilişkin verilerin kanunlarda öngörülen hallerde ilgili kişinin rızası olmadan işlenebileceği, sağlık ve cinsel hayata ilişkin verilerin ise yalnızca kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlarca işlenebileceğine ilişkin istisnalar öngörülmüştür (m.6/3). Ayrıca özel nitelikli verilerin işlenmesinde KVKK tarafından belirlenen yeterli önlemlerin de alınması gerekmektedir (m.6/4).

Bu genel bilgileri aktardıktan sonra, bilgi isteme yetkisinin kullanılması ile kişisel veriler arasındaki köprünün kurulması gerekir. Bilindiği üzere Kurul, yürüttüğü önaraştırma ve soruşturmalarda delil elde etme amacıyla teşebbüslerden bilgi talebinde bulunmaktadır. Esasen bilgi talepleri teşebbüs ve teşebbüs birliklerine yöneldiğinden, tüzel kişiliği haiz olan teşebbüsler bakımından kişisel verilerin söz konusu olmadığı⁵²⁰, dolayısıyla da kişisel verilerin korunması hakkına müdahale edilmediği söylenebilir. Buna karşılık, elektronik haberleşme sektöründe kişisel bilgilerin işlenmesi ve gizliliğin korunması hakkındaki 12.07.2002 tarihli ve 2002/58/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi'nde elektronik haberleşme sektörüne ilişkin olarak tüzel kişilerin de veri sahibi olarak kabul edileceği ve bazı ülkelerin kanunlarında tüzel kişilerin de yer alması göz önünde bulundurularak tüzel kişilerin de kişisel verileri koruma hakkından istifade etmesi gerektiği ifade edilmektedir⁵²¹. Bu görüş bir yana, tüzel kişilere ilişkin veriler ile gerçek kişilere ulaşılmasının mümkün olduğu hallerde tüzel kişilere ait verilerin de Anayasa'nın 20'nci maddesinde yer alan korumadan

⁵²⁰ Öztürk, Çalışkan ve Seyhan 18; KVKK, 19.11.2018 T., 2018/131 sayılı kararı (kvkk.gov.tr).

⁵²¹ AYM, 09.11.2022 T., 2020/67 E., 2022/139 K. sayılı ilamı; AYM, 04.12.2014 T., 2013/84 E., 2014/183 K. sayılı ilamı (anayasa.gov.tr).

yararlanması gerektiği de ifade edilmektedir⁵²². Ayrıca teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin gerçek kişi olmaları halinde de bunlara ait kişisel veriler, kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı kapsamındadırlar. Bunun gibi, Kurulun bilgi isteme yetkisi kapsamında teşebbüslerin personelleri arasında gerçekleşen kişisel yazışmalar ile teşebbüsler arasında imzalanan sözleşmeler gibi kişisel verileri içeren belgeleri de isteyebilmektedir. Hal böyleyken, Kurulun bilgi isteme yetkisi ile kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına müdahale ettiği söylenebilir.

Öyleyse bu müdahalenin Anayasa'da öngörülen şartlara uygun olup olmadığının incelenmesi lazımdır. Benzer bir inceleme, AYM tarafından yerinde inceleme yetkisi kapsamında elde edilen belgeler bakımından yapılmıştır⁵²³. İlgili incelemede AYM, kuralda Kurula tanınan yetkinin konusunun, kapsamının ve sınırları ile kullanılacak hallerin belirli olduğu, böylece kuralın belirli ve öngörülebilir olduğu ve kanunilik şartını taşıdığına hükmetmiştir. Mahkeme, kararında Kuralın Anayasa'nın 48/2'nci ve 167'nci maddelerinde devlete yüklenen ödevler kapsamında delil elde etme amacı ile ihdas edilmiş olduğunu ve bu yönüyle meşru bir amacına yönelmiş olduğunu tespit etmiştir. Kararda ayrıca kuralın rekabet ortamının korunması suretiyle piyasaların sağlıklı bir biçimde işleyişini sağlamak için rekabet ihlallerinin tespit edilmesi amacıyla getirilen sınırlamanın zorunlu bir toplumsal ihtiyaçtan kaynaklandığı ve ölçülü bir müdahale olduğu ifade edilmiştir. Nihayet, kararda RK tarafından işlenecek verilerin 6698 Sayılı Kanun'da yer alan güvenceleri taşıdığı, itiraz edilen kuralın özel nitelikli kişisel verilerden ziyade defter, belge ve verilere erişmeyi mümkün kıldığı gibi sebeplerle kuralı Anayasa'ya aykırı görmemiştir.

Kararda, Kurulca elde edilen belgelerin 6698 Sayılı Kanun'un koruması altında olduğu ve böylece yeterli korumanın bulunduğu, Kurulun elde ettiği verilerin teşebbüslere ait ve rekabet ihlalini belgeleyen deliller olması nedeniyle özel nitelikli kişisel verilerin söz konusu olmayacağı ifade edilmişse de kurulca teşebbüslerin çalışanları arasındaki yazışmaları dahi talep etmesi ve bazı teşebbüslerin gerçek kişiler olması istenen belgelerin özel nitelikli kişisel verileri içermeye ihtimalini doğurmaktadır. İlgili AYM kararının karşı oy gerekçesinde de belirtilmiş olduğu üzere RKHK'de özel nitelikli verilerin korunmasına ilişkin herhangi bir tedbire yer verilmemiştir ve böylece

⁵²² Öztürk, Çalışkan ve Seyhan 18.

⁵²³ AYM, 09.11.2022 T., 2020/67 E., 2022/139 K. sayılı ilamı (anayasa.gov.tr).

kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sınırlama getiren hüküm, keyfiliğe yol vermeyecek biçimde belirli ve öngörülebilir olmadığından kanunilik şartını taşımamaktadır. İlgili sorunun giderilmesi ve müdahalenin Anayasa'ya uygunluğunun sağlanması için RK tarafından işlenecek veriler hakkında işleme şartları, süreleri, saklanma usulü ve veri sorumlusu gibi konulara ilişkin kuralların açık, belirli ve öngörülebilir bir biçimde kanuna eklenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Öte yandan, daha evvel de ifade etmiş olduğumuz üzere, bilgi isteme yetkisi belge istemeyi de kapsamadığından, Kurulun bu yetki kapsamında belge talebinde bulunmaması da özel hayata saygı hakkı kapsamındaki sakıncaları önleyecektir.

h. Yerinde İnceleme Yapma Yetkisi

(1) Genel Olarak

Kurul, Kanun'un 15'inci maddesi uyarınca yerinde inceleme yapma yetkisine sahiptir. İlgili maddede, Kurulun Kanun'un kendisine vermiş olduğu görevleri yerine getirirken gerekli gördüğü hallerde teşebbüs ve teşebbüs birliklerinde inceleme yapabileceği, bu kapsamda bunların defterlerini, fiziki ve elektronik ortam ile bilişim sistemlerinde tutulan her türlü verilerini ve belgelerini inceleyebileceği ve bunların kopyalarını ve fiziki örneklerini alabileceği (m.15/1-a), belirli konularda yazılı ve sözlü açıklamalar isteyebileceği (m.15/1-b) ve teşebbüslerin her türlü mal varlığına ilişkin mahallinde inceleme yapabileceği (m.15/1-c) hususları düzenlenmiştir.

Yerinde inceleme yetkisi, delil elde etmekte Kurulca en sık başvurulmuş ve şüphesiz en önemli yetkidir. Rekabet Kurumunca yıllık olarak yayınlanan faaliyet raporları incelendiğinde Kurulun 2020 yılında 502 kez yerinde inceleme görevlendirmesi yaptığı, bu sayının 2021 yılında 653 ve 2022 yılında 831 olduğu, böylece yerinde inceleme yetkisinin kullanımında 2020 yılından 2022 yılına kadar yüzde 65 oranında artış görüldüğü anlaşılmaktadır⁵²⁴. Aynı rapora göre, 2020 yılında tamamlanan soruşturma sayısı 26 iken bu sayı 2021'de 44, 2022 yılında ise 54'e ulaşmıştır. Raporda yerinde inceleme yetkisinin kullanımında görülen artışın sebebi insan kaynağı kapasitesinin artışı olarak gösterilmiştir. Verilerden anlaşıldığı üzere, yerinde inceleme yetkisinin kullanımı ile soruşturmaların tamamlanma sayısı doğru orantılı

⁵²⁴ Rekabet Kurumu 2022 Yıllık Rapor, www.rekabet.gov.tr (Erişim: 28.12.2023).

olarak artış göstermektedir. Söylenbilir ki, yerinde inceleme yetkisi, soruşturmaların tamamlanması için yeri doldurulamaz bir etkiye sahiptir.

Kurulun denetim yetkisine ilişkin görevlerini yerine getirirken kullanabileceği bu yetki, Kurul uzmanlarınca teşebbüs ve teşebbüs birliklerinde yapılacak fiziki bir arama işlemi niteliğindedir. Kurulun görevlendirmiş olduğu uzmanlar, bir nevi kolluk görevlileri gibi teşebbüsler ile teşebbüs birliklerinin işyerlerine, bu yerlerin eklentilerine ve kamuya açık olmayan bölümlerine de girme yetkisine sahip olmaktadır. Bu kapsamda uzmanlar Kurul adına teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin fabrikalarına⁵²⁵, depolarına, şirketlerine⁵²⁶ ve şubelerine girebilirler. Ayrıca uzmanlar, Kanun'un 15/1-c hükmü uyarınca teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin diğer mal varlıkları üzerinde de incelemeler yapabilirler. Ancak bu yetki, ilk aşamada uzmanlara teşebbüs ve teşebbüs birliklerine güç kullanarak girmelerine müsaade etmemektedir. Nitekim Kanun'un 15'inci maddesinde Kurula ve Kurum personeline zor kullanma yetkisi verilmiş değildir. Bununla birlikte, yerinde incelemenin engellenmesi veya zorlaştırılması, idari yaptırım gerektiren bir kabahat olarak düzenlenmiştir.

Bu yetki esasen Kurula ait olmakla birlikte, maddenin 2'nci fıkrasında incelemenin Kurul emrinde çalışacak uzmanlar tarafından yapılacağı düzenlenmiştir. Kanun'un bu emredici hükmü karşısında, Kurulun yerinde inceleme yetkisinin sahibi olduğu, ancak bu yetkinin Kurulca değil, Kurum personeline kullanılabileceği anlaşılmakta; böylece Kurul, yetkiye sahip olmakla birlikte yetkiyi bizzat kullanamamaktadır. Kanun'un 44'üncü maddesinde Kurul adına hareket eden ve Kurul tarafından belirlenip görevlendirilen raportörlerden oluşan bir heyetin soruşturma aşamasında bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerini kullanabileceği hususu ayrıca düzenlenmiştir. Anılan maddeden raportörlerin yalnızca soruşturma aşamasında yerinde inceleme yetkisini kullanabilecekleri anlaşılmakta ise de 15'inci maddede Kurulun bu yetkiyi Kanun'un kendine verdiği görevleri yerine getirirken kullanabileceği hususu düzenlenmiştir ve önaraştırma yapmak da Kurulun görevleri arasındadır. Kanun'un 15'inci maddesinde yerinde inceleme yetkisi bakımından raportörlere bir yetki devri de öngörülmüş

⁵²⁵ Rekabet Kurulu, 15.12.2022 T., 22-55/854-353 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

⁵²⁶ Rekabet Kurulu, 30.03.2023 T., 23-16/274-94 sayılı kararı; Rekabet Kurulu, 23.03.2023 T., 23-15/255-85 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

olduğundan bu yetkinin önaraştırma aşamasında da raportörlerce kullanılması gerekir ki uygulamada da durum bu şekildedir⁵²⁷.

Kanun'un 15/2'nci maddesi uyarınca raportörler, Kurul adına yerinde inceleme yetkisini kullanırlarken, kendilerine Kurulca verilen yetki belgesini hazır bulundurmalarıdır. Aynı maddeye göre bu yetki belgesinde incelemenin konusu, amacı ve yanlış bilgi verilmesi halinde idari para cezası uygulanacağı hususlarının yer alması gerekmektedir. Anılan Kanun hükmünde, yetki belgesinde yanlış bilgi verilmesi halinde idari para cezası uygulanacağı hususuna yer verilmekle birlikte, yanıltıcı veya eksik cevap verilmesi ya da hiç cevap verilmemesi hallerinde uygulanacak yaptırıma yer verilmemiştir. Benzer şekilde, istenen belgelerin verilmemesi halinde uygulanacak yaptırım ile yerinde incelemenin zorlaştırılması veya engellenmesi halinde uygulanacak yaptırım uygulanacağı hususlarına yer verilmediği görülmektedir. Kanaatimizce bu durum mantıklı bir sebebe dayanmamaktadır ve yetki belgesinde bu hususlara da yer verilmesi gerekir⁵²⁸. Nitekim Kanun'un 44/3'üncü maddesinde Kurulun tarafları bilgilendirmediği ve savunma hakkı vermediği konuları kararlarına dayanak yapamayacağı öngörülmüştür. Bu halde, yerinde inceleme sırasında muhataplarca yanıltıcı veya eksik cevap verilmesi ya da hiç cevap verilmemesi halinde idari yaptırım uygulanacağı hususu bildirilmeden Kanun'un 16/1-c veya 17/1-c hükümleri uyarınca idari yaptırım uygulanması Kanun'un 44/3'üncü maddesine aykırı olacaktır. Esasen Kanun'un 44/3'üncü maddesinde kararlar bakımından herhangi bir ayırım yapılmadığından, muhataplara yetki belgesinde yahut herhangi bir yolla yapılacak bir başka bildirimde istenen bilgi, belge, defter ve sair vasıtaların suretlerini verme ve yerinde incelemeye müsaade etmek yükümlülüklerinin ve bu yükümlülükler uymaması durumunda idari para cezası verileceği hususunun da yer alması gerekir. Aksi halde, bu eylemler hakkında verilecek idari yaptırımlar Kanun'a aykırı olacaklardır. Bununla birlikte, ilgili eksikliğin yerinde inceleme sırasında bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerinin kapsamı ile bu yetkilerini kullanmalarının zorlaştırılması yahut engellenmesi halinde uygulanacak idari

⁵²⁷ Rekabet Kurulu, 23.03.2023 T., 23-15/255-85 sayılı kararı; Rekabet Kurulu, 15.12.2022 T., 22-55/854-353 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

⁵²⁸ Badur ve Ertem 118-119.

yaptırımlar hakkında teşebbüslere şifahi olarak yapılan açıklamalarla giderildiği ifade edilebilir⁵²⁹.

(2) Kapsamı

Uzmanlar yerinde inceleme esnasında teşebbüs ve teşebbüs birliklerinden her türlü bilgi ve belgeyi talep edebilirler ve bunları inceleyebilirler. Bu belge ve bilgiler Kanun'da örnekseyici olarak sayılmışsa da, yalnızca sayılan bilgi ve belgelerle sınırlı değildir. Kanun'da örnek olarak sayılan bilgi ve belgeler; defterler, fiziki ve elektronik ortam ile bilişim sistemlerinde tutulan her türlü veri ve belgelerdir. Ayrıca Kurum tarafından hazırlanan Yerinde İncelemelerde Dijital Verilerin İncelenmesine İlişkin Kılavuz'da da bazı bilgi ve belgeler sayılmıştır⁵³⁰. İlgili kılavuza göre, görevli meslek personeli yerinde inceleme sırasında teşebbüse ait olan sunucu, bilgisayar, taşınabilir cihaz gibi bilişim sistemleri ile CD, DVD, USB, harici depolama cihazları, yedekleme kayıtları ile bulut servisleri gibi depolama araçlarında inceleme yapabilecektir. İstenebilecek bilgi ve belgeler hakkında verilen tanımda herhangi bir sınırlama yer almamakla birlikte, bilgi isteme yetkisi konusunda da belirtmiş olduğumuz üzere, istenen bilgilerin soruşturma ile ilgili olması gerekir. Danıştay, Kurulun her türlü bilgi ve belgeyi isteyebileceği, buna ilişkin herhangi bir sınırlama, dolayısıyla soruşturmaya ilgili olma şartının da bulunmadığı kanaatinde ise de⁵³¹ Kurulun ilgisiz ve soruşturma amacıyla örtüşmeyen bilgi talepleri idarinin işlemin amaç unsuruna aykırılık teşkil edeceği fikrindeyiz.

Kanun'un 15'inci maddesinden anlaşılacağı üzere yerinde inceleme yetkisi, bilgi isteme yetkisini de ihtiva etmektedir. Nitekim ilgili maddenin 1'inci fıkrasının b bendinde Kurulun belirli konularda yazılı ve sözlü bilgiler isteyebileceği öngörülmüştür. İlgili bentte Kurulun yazılı ve sözlü belgeleri kimlerden isteyebileceği belirtilmemekle birlikte, maddenin 3'üncü fıkrasında ilgililerin istenen bilgi, belge, defter ve sair vasıtaların suretlerini verme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Buna göre, ilgililer istenen bilgi, belge, defter ve sair vasıtaların suretlerini vermekle

⁵²⁹ Rekabet Kurulu, 30.03.2023 T., 23-16/274-94 sayılı kararı; Rekabet Kurulu, 26.01.2023 T., 23-06/74-23 sayılı kararı; Rekabet Kurulu, 22.12.2022 T., 22-56/878-363 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

⁵³⁰ Yerinde İncelemelerde Dijital Verilerin İncelenmesine İlişkin Kılavuz, www.rekabet.gov.tr.

⁵³¹ Danıştay 13. D. 10.10.2005 T., 2005/1727 E., 2005/4935 K. sayılı ilamı (rekabet.gov.tr).

yükümlülerdir (m.15/3). Kanun'da ilgililer bakımından bu yükümlülük öngörülmele birlikte, ilgililer ifadesinin bir tanımı yapılmış değildir. Sözlük anlamınca “ilgili” sözcüğü, ilgilenmiş bulunan, ilgisi bulunan, alakalı, alakadar, müntesip ve bir şeyle ilişkisi olan, müteallik anlamına gelmektedir. İlgi ise, iki şey arasında bulunan herhangi bir bağıllık şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tanımlardan yola çıkılarak ilgili ifadesinin bir şeyle herhangi bir bağıllığı bulunan bir kimse olduğu ifade edilebilir. Bu halde, yalnızca bir iş ilişkisi, hizmet ilişkisi, akrabalık yahut vekâlet ilişkisi bir kimseyi Kanun anlamında ilgili kategorisine sokacak mıdır? Yani bir teşebbüs veya teşebbüs birliğinin güvenlik personeli, bahçe hizmetleri personeli, temizlik görevlisi ya da yalnızca teşebbüs veya teşebbüs birliğine ait bir taşıtı ya da taşınmazı satmak için vekil edilmiş bir kimse Kurulun istediği bilgi ve belgeleri vermekle yükümlü olacak mıdır? Kanaatimizce, personelin ya da vekilin istenen bilgi ve belgelerin nerede olduğunu bilemeyeceği, bilse dahi bunların bulunduğu yerlere girme yetkisinin olmayabileceği, keza bunların yerinde inceleme kararının muhatapları da olmadığı nazara alındığında bu kimseler istenen bilgi ve belgeleri vermekle yükümlü değildirler. Zaten uygulamada da öncelikle kimlerin yetki sahibi olduğu, teşebbüslerden istenen organizasyon şemaları ile tespit edilmekte, ardından yerinde inceleme yapılmaktadır⁵³². Kaldı ki, uygulamada aksi yapılsa da ileride yaptırım uygulama yetkisinin izah edileceği kısımda açıklanacağı üzere bu kimselerin anılan yükümlülüğe tabi olduklarının varsayılması halinde dahi bunlar hakkında idari yaptırım uygulamaya imkân yoktur.

(3) Usulü

Uygulamada önaraştırma yahut soruşturma aşamalarında Kurum adına hareket eden uzmanlar yerinde inceleme kararına konu olan teşebbüslerin adreslerine gitmektedirler. Uzmanların, adreslere gittiklerinde Kurulca tanzim edilen yetki belgeleri ile kimlik kartlarını teşebbüslere ibraz ettikleri, ardından teşebbüs sahipleri ve yetkililerine yerinde inceleme ve bilgi isteme yetkileri, bu yetkilerin kullanılmasının zorlaştırılması ya da engellenmesi halinde uygulanacak cezalar, ticari sırlar hakkında gizlilik talep edilmesinin düzenlenmiş olduğu 2010/3 sayılı Dosyaya

⁵³² Rekabet Kurulu, 08.12.2022 T., 22-54/835-345 sayılı kararı; Rekabet Kurulu, 02.03.2023 T., 23-12/180-56 sayılı kararı; Rekabet Kurulu, 22.12.2022 T., 22-56/878-363 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

Giriş Hakkının Düzenlenmesine ve Ticari Sırların Korunmasına İlişkin Tebliğ'in 13'üncü maddesi, Kurul kararıyla kabul edilen Yerinde İncelemelerde Dijital Verilerin İncelenmesine İlişkin Kılavuz ile Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik hakkında bilgilendirme yaptıkları görülmektedir⁵³³. Teşebbüs sahibi veya yöneticilerinin teşebbüste bulunmaması halinde uzmanlar teşebbüs sahiplerine telefon ederek teşebbüse gelmelerini istemekteler, teşebbüs sahibi veya yetkilisinin gelemeyeceğini ifade etmesinin üzerine bilgisayar ve telefon gibi cihazlarının uzaktan da incelenebileceğini aktarmaktadırlar. Bu talebin de teşebbüs sahibi veya yetkilisi tarafından yerine getirilmemesi halinde yerinde incelemenin engellendiği veya zorlaştırıldığı kabul edilmektedir⁵³⁴.

İnceleme yapılacak cihazların erişilebilir olması halinde uzmanlar, yerinde inceleme işleminin başlamış olduğu, bu andan itibaren yerinde inceleme tamamlanana dek herhangi bir bilgi veya belgenin silinmemesi gerektiği, aksi durumun verinin niteliği önemli olmaksızın yerinde incelemenin engellenmesi veya zorlaştırılması olarak değerlendirilebileceği konularında teşebbüs yetkililerini uymaktadırlar⁵³⁵. Bu uyarının ardından teşebbüslerden organizasyon şeması talep edilmekte ve gelen şemaya göre kimlerin cihazlarında, bilgi ve belgelerinde inceleme yapılacağı uzmanlarca tespit edilmektedir⁵³⁶. İnceleme yapılacak cihazların şahsi kullanıma mahsus olup olmadığı, hızlı gözden geçirme yöntemiyle kontrol edilmekte, tümüyle şahsi kullanıma özgü olduğu belirlenen cihazlar incelemeye konu edilmemektedir. Uzmanlar, şahsi kullanıma mahsus olmayan bilgisayar, tablet, mobil cihaz ve bellekleri üzerinde inceleme yapabilmektedirler. Bu kapsamda elde edilen bilgi ve belgeler incelenmekte, aygıtlarda bulunan uygulamalar, elektronik postalar ve yazışmalar gerektiğinde adli bilişim programları yardımıyla kontrol edilmekte, cihazların log kayıtları irdelenerek herhangi bir verinin silip silinmediği, silinmişse hangi tarih ve saatte silinmiş olduğu tespit edilmektedir. Herhangi bir verinin silinmesi durumunda, eğer veriler yedeklenmişse bunların kurtarılması için çabalanmaktadır⁵³⁷.

⁵³³ Rekabet Kurulu, 13.04.2023 T., 23-18/325-110 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

⁵³⁴ Rekabet Kurulu, 23.03.2023 T., 23-15/255-85 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

⁵³⁵ Rekabet Kurulu, 02.03.2023 T., 23-12/180-56 sayılı kararı; Rekabet Kurulu, 08.12.2022 T., 22-54/835-345 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

⁵³⁶ Rekabet Kurulu, 15.12.2022 T., 22-55/854-353 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

⁵³⁷ Rekabet Kurulu, 18.05.2023 T., 23-23/436-149 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

Kurtarılmaları halinde verilerin kopyaları meslek personeline alınmaktadır. Elde edilen verilerden delil niteliği taşıdığı değerlendirilenler, diğer verilerden ayrıştırılarak kopyalanmakta ve bir kopyası da teşebbüse verilmektedir. Delil niteliği taşımayan veriler ise kalıcı olarak silinirler. Sonrasında meslek personeline yerinde incelemenin engellenip engellenmediği, zorlaştırılıp zorlaştırılmadığı, hangi bilgi ve belgelerin elde edildiği gibi hususlar yerinde inceleme tutanağına bağlanır. Bu tutanak meslek personeli ve teşebbüs yetkilisine, teşebbüs yetkilisinin imzadan imtina edildiği hallerde ise iki meslek personeline imzalanarak yerinde inceleme sonlandırılmaktadır.

(4) Avukat-Müvekkil Gizliliği Kapsamındaki Bilgi ve Belgeler

Yerinde inceleme esnasında teşebbüslerin her türlü bilgi ve belgesi, yazışmaları ve elektronik postalarının incelenebileceği açıktır. Ancak, bunların her biri delil olarak kullanılamaz. Bu istisnayı avukat-müvekkil gizliliği kapsamındaki yazışmalar oluşturmaktadır. Bu istisna, Yerinde İncelemelerde Dijital Verilerin İncelenmesine İlişkin Kılavuzun 12'nci maddesinde öngörülmüştür⁵³⁸. Buna göre, yerinde inceleme kapsamında kopyalanan veriler, avukat-müvekkil gizliliği ilkesi kapsamında korumadan yararlanacaktır. Ancak kılavuzda bu korumadan yararlanılması için bazı şartlar da öngörülmüştür. Buna göre, avukat-müvekkil gizliliği korumasından yararlanılması için teşebbüs ile avukat arasında işveren-işçi ilişkisinin bulunmaması ve yazışmaların savunma hakkının kullanılmasına ilişkin olması gerekir. İlgili kuralda savunma hakkının kullanımıyla doğrudan ilgisi bulunmayan, özellikle de bir rekabet ihlaline yardım etmek veya devam eden ya da ileride işlenecek bir ihlali gizlemek gibi konularda yapılan yazışmaların, korumadan yararlanamayacağı düzenlenmiştir.

Uygulamada bu güvenceden yararlanmak için yerinde inceleme esnasında elde edilen verilerin avukat-müvekkil gizliliği korumasına tabi olduğundan bahisle bu verilerin ilgili teşebbüse iade edilmesinin Kurumdan talep edilmesi gerekmektedir. Kurul, talep üzerine yaptığı incelemede öncelikle avukat ile teşebbüs arasında bir işçi-işveren ilişkisinin bulunup bulunmadığını tespit etmekte, eğer böyle bir ilişkinin bulunduğu

⁵³⁸ Yerinde İncelemelerde Dijital Verilerin İncelenmesine İlişkin Kılavuz, www.rekabet.gov.tr (Erişim tarihi: 26.12.2023).

belirlenirse belgeleri iade etmemektedir⁵³⁹. Kurul, bu belirlemenin ardından yazışmaların savunma ile doğrudan ilgisi bulunup bulunmadığını tespit etmekte ve doğrudan savunma ile ilgili olması halinde yazışmaları gizlilik kapsamında değerlendirerek teşebbüse iade etmektedir. Aksi halde ise teşebbüsün bu talebi reddedilmektedir⁵⁴⁰. İlgili bir Danıştay kararına konu olayda Kurum personeli, yerinde inceleme esnasında ilgili teşebbüsün baş hukuk müşavirinin elektronik posta hesabına uzaktan erişim sağlayarak çeşitli belgeler elde etmiştir. İlgili teşebbüs, elde edilen ve teşebbüse bağımsız bir avukatlık ortaklığı tarafından gönderilmiş olan belgelerden biri hakkında avukat-müvekkil gizliliğine ilişkin korumadan yararlanma talebinde bulunmuştur. Kurul, yaptığı incelemede elde edilen belgenin savunma hakkıyla doğrudan ilgisi olmadığı gerekçesiyle talebi reddetmiştir⁵⁴¹. Teşebbüsün işlemin iptali istemiyle açtığı davada ilk derece mahkemesi, inceleme konusu belgenin bağımsız avukatlar tarafından hazırlanmış olduğu, belgenin içeriğinin hangi davranışların rekabet ihlali olabileceğine, mevzuata uyumun sağlanmasına ve rekabet ihlallerinin önlenmesine ilişkin önerilerin sunulması olduğu, bu hususların Kurul kararında yer alan “bir bağımsız avukatın teşebbüse belli bir anlaşmanın 4054 sayılı Kanunu ihlal edip etmediğine ilişkin bildirdiği görüş korumadan yararlanır” açıklaması ile birlikte değerlendirildiğinde avukat-müvekkil gizliliğine imtiyazına ilişkin iki şartın da sağlanmış olduğu gerekçesiyle ilgili Kurul kararını iptal etmiştir⁵⁴². İlgili kararın istinaf edilmesi üzerine yapılan incelemede Bölge İdare Mahkemesi, elde edilen belgenin RKHK’ye aykırı nitelikte ifadeler ve değerlendirmeler içerebileceği, davacı teşebbüs hakkında belgenin düzenlenmiş olduğu tarihte herhangi bir soruşturma ya da soruşturma sonucunda tesis edilmiş bir idari işlem olmadığı gerekçesiyle belgenin doğrudan savunma hakkıyla ilgili olmadığına ve Kurul kararının hukuka uygun olduğuna hükmetmiştir⁵⁴³. Bölge İdare Mahkemesinin kararı, Danıştay tarafından da onanmıştır⁵⁴⁴.

⁵³⁹ Rekabet Kurulu, 10.11.2022 T., 22-51/756-314 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

⁵⁴⁰ Rekabet Kurulu, 06.12.2006 T., 16-42/686-314 sayılı kararı; Rekabet Kurulu, 17.01.2019 T., 19-04/36-14 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

⁵⁴¹ Rekabet Kurulu, 06.12.2006 T., 16-42/686-314 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

⁵⁴² Ankara 15. İdare Mahkemesi, 16.11.2017 T., 2017/412 E., 2017/3045 K. sayılı ilanı (rekabet.gov.tr).

⁵⁴³ Ankara Bölge İdare Mahkemesi 8. İdari Dava Dairesi, 10.10.2018 T., 2018/658 E., 2018/1236 K. sayılı ilanı (rekabet.gov.tr).

Kurul, belgelerin avukat-müvekkil gizliliği kapsamında olup olmadığını değerlendirirken öncelikle avukatın bordrolu bir çalışan olup olmadığını, sonrasında ise belgelerin önaraştırma ve soruşturma evresinden önce mi sonra mı düzenlenmiş olduğunu dikkate almaktadır⁵⁴⁵. Öğretide Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un hükümlülerin resmi makamlar veya savunması için avukatına gönderilen yazışmaların denetlenilmesinin yasaklanmış olduğu 68'inci maddesi haberleşme hürriyeti bakımından değerlendirilirken avukata gönderilen yazıların savunma ile ilgili olması koşulunun keyfi uygulamalara kapı aralayacağı ve savunma ile ilgili olma koşulunun oluşup oluşmadığının belirlenmesi de bir denetim gerektireceğinden, getirilen bu yasağın uygulamada bir anlam taşımayacağı haklı ifade edilmiştir⁵⁴⁶. Bu görüş doğrultusunda, Kurum tarafından, belgelerin avukat-müvekkil gizliliğine tabi olup olmadığı konusunda yapılan değerlendirmelerin de haberleşme hürriyeti ile savunma hakkının korunması bakımından yeterli bir güvence getirmediği ve keyfi uygulamalara sebebiyet verebileceği ifade edilmelidir. Ayrıca, teşebbüsü temsile ve savunmaya yetkili olan avukatın, bordrolu çalışan olması halinde gizlilik güvencesinden yararlanılamamasının kabul edilemez olduğu kanaatindeyiz.

(5) Ticari Sır İçeren Bilgi ve Belgeler

Yerinde inceleme sırasında elde edilen belgeler hakkında söz edilmesi gereken bir diğer mesele bu belgelerin ticari sır içermesi halinde söz konusu olabilecek gizlilik talepleridir. Ticari sır sebebiyle gizlilik talebi 2010/3 sayılı Dosyaya Giriş Hakkının Düzenlenmesine ve Ticari Sırların Korunmasına İlişkin Tebliğ'de öngörülmüştür. Tebliğ'de ticari sır, teşebbüslerin faaliyet alanları ile ilgili olan ve gizli tutma iradesine sahip oldukları, yalnızca belirli ve kısıtlı bir kesim tarafından bilinen ve elde edilebilen, başta rakipleri olmak üzere üçüncü kişilere ve kamuya açıklanması halinde ilgili teşebbüsün ciddi zarar görme ihtimali bulunan her türlü bilgi ve belge olarak tanımlanmıştır (m.12/1) Bu bağlamda teşebbüslerin iç kuruluş yapısına ve organizasyonuna, mali, iktisadi, kredi ve nakit durumuna, araştırma ve geliştirme

⁵⁴⁴ Danıştay 13. D., 05.07.2022 T., 2019/865 E., 2022/3005 K. sayılı ilamı (rekabet.gov.tr).

⁵⁴⁵ Aynı yönde: Rekabet Kurulu, 30.03.2023 T., 23-16/274-94 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

⁵⁴⁶ Tezcan, Erdem, Sancakdar ve Önok 509.

çalışmalarına, faaliyet stratejisine ilişkin bilgi ve belgeler gibi birçok bilgi ve belge ticari sır olarak değerlendirilebilir (m.12/2). Ancak açıklanması halinde ilgili teşebbüs ve rakiplerinin zarara uğrama ihtimali olsa dahi rekabet ihlali niteliğindeki anlaşma, eylem, karar ve uzlaşmalara ilişkin bilgi ve belgeler ticari sır sayılmazlar (m.12/3).

Tebliğ'in 13'üncü maddesinde bilgi ve belgelerin gizliliğinin belirlenmesinde sorumluluğun teşebbüsler üzerinde olduğu, gizlilik taleplerinde hangi bilgi ve belgelerin ticari sır içerdiğinin ve bunların neden ticari sır niteliği taşıdığına bildirilmesi gerektiği, teşebbüslerin talepte ayrıca ilgili bilgi ve belgelerin ticari sır taşımayan hallerini Kuruma bildirmeleri gerektiği düzenlenmiştir. Ancak Kurum, bu yönde herhangi bir talep olmasa dahi re'sen gizlilik değerlendirmesi yapabilir (m.14/1). Bu halde Kurul, ilgili teşebbüslerden ticari sır değerlendirmesi yapmasını isteyebilir. Bu değerlendirmeyi yapmayan teşebbüslerin sonrasında ticari sır iddiasında bulunmaları olanaksızdır (14/3). İlgili belgelerin tamamının ticari sır niteliği taşıdığına ilişkin beyanlar kabul edilmez (m.13/5).

Yürütülen inceleme sırasında elde edilen bilgi ve belgelerin ticari sır içerdikleri Kurulca tespit edilirse Kurul, bu belge ve bilgileri ihlalin ispatlanmasında bir zaruret teşkil etmedikçe açıklamayacaktır (m.15/1). Ancak bu hallerde ilgili bilgiler, niteliklerine göre yaklaşık değerler veya değer aralıkları verilmesi gibi yöntemlerle açıklanabilirler (m.15/3). İhlalin ispatı için zorunlu olması halinde Kurul, ticari sır içeren bilgi ve belgeleri kamu menfaati ile özel menfaat dengesini gözeterek ve ölçülülük ilkesine uygun biçimde açıklayabilecektir (m.15/2). Bilgilerin açıklanması ifadesinden anlaşılması gereken bu bilgilerin soruşturmanın diğer taraflarına açıklanması, Kurul kararlarında bunlara yer verilmesi ve üçüncü kişilerle paylaşılmasıdır. Bu halde, elde edilen bilgi ve belgelerin ticari sır niteliğinde oldukları ve bunları açıklamanın ihlalin ispatı bakımından zorunlu olmadığı hallerde bilgi ve belgelerin herhangi bir kimseyle paylaşılması söz konusu olmayacaktır.

(6) Yerinde İncelemenin Engellenmesi veya Zorlaştırılması

Yukarıda yerinde inceleme prosedürü izah edilmeye çabalanmıştır. Ancak bilindiği üzere, teşebbüsler ve teşebbüs birlikleri yerinde inceleme yetkisinin kullanılmasına her zaman kolaylıkla müsaade etmemekte, bu yetkinin uygulanmasını zorlaştırmakta

yahut engelleyebilmektedirler. Yerinde incelemenin zorlaştırılması veya engellenmesi, örneğin kapıların kilitlenmesi, anahtarların veya şifrelerin verilmemesi, uzmanların teşebbüslere alınmaması, defter, belge ile e-posta ve yazışmaların verilmemesi⁵⁴⁷, saklanması, kaçırılması, tahrif edilmesi, yok edilmesi⁵⁴⁸, bilgisayar ve tablet gibi elektronik vasıtaların şifrelerinin verilmemesi ve teşebbüs yetkililerinin davete rağmen teşebbüse gelmemesi⁵⁴⁹ gibi birçok surette meydana gelebilir. Nitekim bu yetki yalnızca teşebbüs ve teşebbüs birliklerine girmeyi değil, gerekli görülen belge ve bilgilerin incelenmesini, gerektiğinde kopyalarının alınmasını ve ilgililere sorular sorulmasını da kapsamaktadır. Bu durumda, bu sayılan yetkilerden herhangi birinin engellenmesi yahut zorlaştırılması halinde yerinde incelemenin zorlaştırıldığı veya engellendiği kabul edilmelidir. Nitekim madde gerekçesinde de ilgili tarafların istenilen bilgileri vermedikleri, sözlü ya da yazılı açıklamadan kaçındıkları, menkul veya gayrimenkul malları üzerinde inceleme yapılmasına izin vermedikleri zaman idari para cezasına çarptırılacakları, böylece bu hallerin de yerinde incelemenin engellendiği veya zorlaştırıldığı hallerden olarak kabul edileceği belirtilmiştir⁵⁵⁰. İşte bu gibi davranışlarla teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin Kurul adına hareket eden rekabet uzmanlarını engelledikleri ya da engelleme ihtimallerinin bulunduğu hallerde Kurul, Kanun'un 15/2'nci maddesi uyarınca sulh ceza hâkimliğinden karar almak suretiyle yerinde incelemeyi yapar.

Kanun'un ilgili maddesinde yerinde incelemenin engellenmesi veya engellenme ihtimalinden söz edilmişse de yerinde incelemenin zorlaştırılması ve bu sebeple soruşturma için gerekli bilgi ve belgelerin elde edilememesi halinde de bu yetkinin mahkeme kararı ile kullanılabilmesi kabul edilmelidir. Kurulun gerektiğinde cebir de kullanarak yerinde inceleme yetkisini kullanabilmesi için sulh ceza hâkiminden karar alınmasına olanak tanıyan ilgili fıkra, Kanun'a 15.08.2003 tarihli ve 25200 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe giren 4971 Sayılı Bazı Kanunlarda ve Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri

⁵⁴⁷ Rekabet Kurulu, 23.03.2023 T., 23-15/256-86 sayılı kararı; Rekabet Kurulu, 16.03.2023 T., 23-14/245-81 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

⁵⁴⁸ Rekabet Kurulu, 11.05.2023 T., 23-41/405-137 sayılı kararı; Rekabet Kurulu, 28.04.2023 T., 23-19/369-128 sayılı kararı; Rekabet Kurulu, 18.05.2023 T., 23-23/436-149 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

⁵⁴⁹ Rekabet Kurulu, 08.09.2022 T., 22-41/560-224 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

⁵⁵⁰ 4054 Sayılı Kanun 15'inci madde gerekçesi, www.rekabet.gov.tr (Erişim Tarihi: 12.10.2023).

Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 25/1-a maddesi ile eklenmiştir. İlgili fıkranın ihdas edilmesindeki muhtemel amacın Anayasa'nın 20 ve 21'inci maddelerine uyum sağlanması olduğu haklı olarak ifade edilmiştir⁵⁵¹. Bu düzenleme, aynı zamanda AİHM içtihatları uyarınca AİHS'nin 8'inci maddesinin uygulanmasında uyum sağlamayı da amaçlamaktadır.

Bilindiği üzere, Anayasa'nın 20'nci ve 21'inci maddelerinde, temel hak ve hürriyetlerden olan özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı düzenlenmiştir. Özel hayatın gizliliği konusunun düzenlenmiş olduğu 20'nci maddede herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, konut dokunulmazlığı konusunun düzenlendiği 21'inci maddede ise kimsenin konutuna dokunulamayacağı kuralları öngörülmüştür. Bunun gibi, AİHS'nin 8'inci maddesinde de özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı haklarına yer verilmiştir. Bu noktada, RKHK'nin 15'inci maddesi kapsamında teşebbüs ve teşebbüs birliklerinde yapılacak yerinde incelemelerin konut dokunulmazlığı kapsamına girip girmediği, bu işlemle elde edilen bilgi ve belgelerin ise özel hayatın gizliliği kapsamında olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Güncel Türkçe sözlüğe göre konut, “insanların içinde yaşadıkları ev, apartman ve benzeri yer; mesken, ikametgâh” anlamlarına gelmektedir⁵⁵². Sözlük tanımına bakıldığında, konut ifadesinin iş yerlerini kapsamadığı düşünülebilir. Buna karşılık, özellikle AİHM'nin kararlarında konut kavramının geniş yorumlanarak iş yerlerinin de bazı hallerde konut olarak kabul edildiği gözlenmektedir. Örneğin Mahkeme, Niemietz/Almanya kararında, kişilerin özel yaşamı ile mesleki hayatlarının ayırt edilemeyecek biçimde iç içe geçtiğini belirterek bir avukatın bürosunda yapılan aramayı konut dokunulmazlığına müdahale olarak değerlendirmiştir⁵⁵³. Kararda özellikle serbest meslek icra eden kimselerin iş yerlerinin konut kavramı altında değerlendirilebileceği ifade edilmiştir. Mahkeme, bir başka kararında AİHS bağlamında konut kavramının özel bir kişi tarafından işletilen bir şirketin kayıtlı ofisini, bir tüzel kişinin kayıtlı ofisini, şubelerini ve diğer iş binalarını da kapsayacak

⁵⁵¹ Badur ve Ertem 119.

⁵⁵² Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, www.sozluk.gov.tr (Erişim tarihi: 25.12.2023).

⁵⁵³ AİHM, Niemietz/Almanya kararı, 16.12.1992 T.,Başvuru Numarası: 13710/88 (nakleden: Tezcan, Erdem, Sancakdar ve Önok 407).

şekilde geniş yorumlanması gerektiğini vurgulamıştır⁵⁵⁴. Mahkeme, anılan kararlarında iş yerlerine yapılacak müdahalelerin, konut dokunulmazlığının yanı sıra özel hayatın gizliliğine de müdahale teşkil edebileceklerine hükmetmiştir.

Bu noktada iş yerlerinin özel hayatın gizliliği ve konut kavramı içerisinde olup olmadığının değerlendirilmesi bakımından oldukça yeni sayılabilecek bir AYM kararının da anılması kanaatimizce isabetli olacaktır⁵⁵⁵. İlgili karara konu olan olay, Bakanlar Kurulunun 2009 yılında binek otomobil ve hafif ticari araçlarda Özel Tüketim Vergisi (ÖTV) oranlarında indirim yapılmasını öngören kararı vermesinin ardından otomobil üreticilerinin, birlikte hareket ederek otomobil arzını kısıtladıkları ve fiyat artışına gittiklerine yönelik şikâyetler sebebiyle Rekabet Kurulu'na yapılan incelemeye ilişkindir. Rekabet Kurulu, ilgili inceleme kapsamında önaraştırma yapılmasına karar vermiş, önaraştırmanın neticesinde fiyat artışlarının piyasa koşullarından doğmuş olduğu, teşebbüslerin stoklarında ÖTV indirimi yapılmasının ardından azalma görüldüğü, bu sebeple fiyat artışında ÖTV indirimi ve talep artışının etkili olduğu ve dolayısıyla teşebbüsler arasında uyumlu eylem tespit edilemediği gerekçesiyle soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar vermiştir.

Daha sonra Kurul, Otomotiv Distribütörleri Derneği ve Otomotiv Sanayi Derneği üyesi teşebbüslerin, katıldıkları dernek toplantılarında geleceğe ilişkin fiyat, üretim ve satış konularında bilgi ve tahmin paylaşımları yapıp yapmadıklarını ve böylece RKHK'nin 4'üncü maddesini ihlal edip etmediklerini tespit etmek amacıyla önaraştırma yapılmasına karar vermiştir. Yapılan önaraştırma kapsamında rekabet uzmanları birçok teşebbüste yerinde incelemeler yaparak elektronik postalar elde etmişler ve elde ettikleri bilgiler kapsamında 16 teşebbüs hakkında soruşturma açılması gerektiği yönündeki kanaatlerini Kurula bildirmişlerdir. Uzmanlar hazırladıkları raporda, teşebbüslerin mevcut pazar payları, fiyatları, stokları, hedefleri ve satış stratejilerine dair aralarında bilgi paylaşımı yaptıklarını, satış miktarları ile pazar tahminlerinin paylaşılmasında rekabeti kısıtlayıcı bir etki bulunmasa da stok, hedef ve satış stratejilerinin paylaşımının rekabeti bozucu etki doğurabileceğini ifade etmişlerdir. Ayrıca yapılan önaraştırma kapsamında dört rakip teşebbüsün Euro para

⁵⁵⁴ AİHM, Buck/Almanya kararı, 28.07.2005 T., Başvuru Numarası: 41604/98; aynı yönde: AİHM, Chappell/Birleşik Krallık kararı, 30.03.1989 T., Başvuru Numarası: 10461/83 (echr.coe.int).

⁵⁵⁵ AYM, Ford Otomotiv Sanayi Anonim Şirketi Başvurusu, 25.03.2023 T., Başvuru Numarası: 2019/40991 (anayasa.gov.tr).

birimindeki artış nedeniyle 2006 yılında toplantı yaptıkları, toplantıya ilişkin tutanakta bu artışın fiyatlara yansıtılması, ancak yansıtılmadan evvel kurun dengeye ulaşmasının beklenmesi gerektiği yönünde ifadelerin yer aldığı, toplantının ardından toplantıya katılan dört katılımcının fiyat artışına gittikleri, ardından 2008 yılında teşebbüslerin iki toplantı daha yaptıkları, bu toplantıların ardından kur artışı yaşanmasına rağmen teşebbüslerin önce fiyat indirimine ve yeni yılda fiyat artışına gitmeleri gerekçesiyle uyumlu eylem içerisinde olabilecekleri hususları tespit edilmiştir. Netice olarak teşebbüsler hakkında soruşturma yapılmış ve 19 teşebbüse rekabeti bozmaya yönelik uyumlu eylem veya anlaşma yapmak suretiyle RKHK'nin 4'üncü maddesini ihlal ettiklerinden bahisle Kanun'un 16'ncı maddesi uyarınca idari para cezası uygulanmasına karar verilmiştir.

Hakkında idari para cezası uygulanan teşebbüslerden biri, bu idari yaptırım kararına karşı idari yargıya başvurmuş ve hakkında uygulanan idari para cezası ile Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in iptalini talep etmiştir. Teşebbüs, uygulanan idari para cezası ile yönetmeliğin pek çok yönden hukuka aykırı olduğunu öne sürmüştür ve Kanun'un 15'inci maddesinde düzenlenen yerinde inceleme yetkisinin Anayasa'nın 20'nci ve 21'inci maddelerine aykırı olduğunu, nitekim kişilerin ticari ve mesleki faaliyetleri kapsamındaki kâğıt ve eşyalarının yanında iş yerlerinin de özel hayata saygı hakkının korunması altında bulunduğunu, dolayısıyla Anayasa'da öngörülen özel güvencelerin bu yetki yönünden de geçerli olması gerektiğini öne sürmüştür. Ancak Mahkeme, yapılan işlemi ve yönetmeliği hukuka uygun bularak davayı reddetmiş, yapılan temyiz başvurusu üzerine Danıştay İDDK, verilen kararın hukuka uygun olduğu gerekçesiyle daire kararını onamıştır. Yargılama sürecinin ardından teşebbüs, AYM'ye bireysel başvuruda bulunmuştur.

AYM, yerinde inceleme yetkisinin kullanılmasıyla konut dokunulmazlığının ihlal edilmiş olduğuna yönelik iddiayı açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilmezliğe ilişkin başka bir neden de bulunmadığından esas yönünden incelemeye almıştır. Mahkeme esas yönünden yaptığı incelemede konut kavramını özel hayatın ve aile yaşamının geliştiği, maddi olarak belirlenmiş yer olarak tanımlamış ve konut kavramının iş yerlerini de kapsadığını, bir kişinin mesleki faaliyet bürosunun, özel bir kişinin işlettiği bir şirketin kayıtlı merkezinin, tüzel kişilerin kayıtlı merkezlerinin,

şubelerinin ve diğer iş yerlerinin konut dokunulmazlığı kapsamında değerlendirilebileceğini AİHM içtihatlarına paralel olarak belirtmiştir. Mahkeme, kararında özellikle teşebbüslerin yönetim işlerinin yürütüldüğü kısımlar ile çalışma odaları gibi herkesin serbestçe giremeyeceği alanların konut kapsamında değerlendirileceğini ifade etmiştir. AYM, Kurulun yerinde inceleme yetkisini bir arama faaliyeti olarak kabul etmiş ve yerinde incelemeye kolaylık sağlamanın bir yükümlülük olduğunu, ihlali halinde ise teşebbüs hakkında idari para cezasına hükmedileceğini hatırlatarak, yapılan işlemin konut dokunulmazlığına bir müdahale teşkil ettiğini tespit etmiştir. Mahkeme, müdahalenin hak ihlali olup olmadığını tespit ederken, Anayasa'nın 21'inci maddesinde yer alan usulünce verilmiş bir hâkim kararı olmadıkça kimsenin konutuna girilemeyeceği, konutunda arama yapılamayacağı, buradaki eşyalara el konulamayacağı, gecikmesinde sakınca olan hallerde bu işlemlerin yetkili merciinin yazılı emriyle yapılabileceği ancak daha sonra bu emrin hâkim onayına sunulması gerektiği hususlarına ilişkin kuralları hatırlatmıştır. Mahkeme, RKHK'nin yerinde inceleme yetkisini düzenlediği 15'inci maddesinde bu yetkinin hâkim onayına bağlı tutulmadığını, hâkim kararı lüzumunun yalnızca incelemenin engellenmesi veya engellenme olasılığının bulunması hallerinde söz konusu olduğunu, oysa Anayasa'nın 21/1'inci maddesindeki özel güvencenin kamu görevlilerinin kişilerin konutlarına rızaları dışında girmek istedikleri her durumu kapsadığını, dolayısıyla düzenlemenin konut dokunulmazlığı güvencesine aykırılık teşkil ettiğini tespit etmiştir. AYM ayrıca, inceleme konusu hükümde yerinde inceleme yetkisinin yalnızca gecikmesinde sakınca bulunan hallere özgü kılınmadığı, Kurulun bu yetkisini gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamında kullandığı farz edilse dahi yerinde inceleme kararının hâkim onayına sunulmasının öngörülmediğini ifade etmiş ve bu sebeple başvurunun konut dokunulmazlığı hakkının ihlal edilmiş olduğuna oy çokluğu ile hükmetmiştir.

AYM'nin, anılan kararında iş yeri ve eklentilerini konut olarak kabul etmesinin, hem AİHM'nin hem de AYM'nin yerleşik içtihatlarına uygun olduğu görülmektedir⁵⁵⁶. Nitekim AYM, Günay Dağ ve Diğerleri başvurusunda da AİHM'nin içtihatlarına atıf yaparak avukatlık bürosunu konut olarak kabul etmiş ve konut kavramının geniş

⁵⁵⁶ AİHM, Niemietz/Almanya kararı, 16.12.1992 T., Başvuru Numarası: 13710/88; AİHM, Buck/Almanya kararı, 28.07.2005 T., Başvuru Numarası: 41604/98; AİHM, Chappell/Birleşik Krallık kararı, 30.03.1989 T., Başvuru Numarası: 10461/83; AYM, Günay Dağ ve Diğerleri kararı, 17.12.2015 T., Başvuru No: 2013/1631 (echr.coe.int).

yorumlanması gerektiğine işaret ederek, iş yerleri ve bunların eklentilerinin de konut kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir⁵⁵⁷. Keza Mahkeme, bir başka kararında, elde edilen delillerin askeriye içerisindeki yatakhanelerde yahut kişisel dolaplarda yapılan aramanın bir sonucu olmadığı gerekçesiyle başvuruyu özel hayata saygı hakkı kapsamında kabul edilemez bulmuştur⁵⁵⁸. Tersine (a contratio) bir yorumla, askeriye içinde dahi olsa kişilerin hususi olarak kendilerine tahsis edilmiş olduğunu düşündükleri ve gizlilik konusunda makul bir beklentilerinin olduğu yerlerde yapılan aramaların özel hayata saygı hakkına müdahale teşkil edeceği anlaşılabilir. AİHM'nin görüşü de bu yöndedir. Nitekim AİHM'nin Peev/Bulgaristan kararında bir kamu idaresine ait olan bir binada çalışan memurun çalıştığı alanın kişisel mülkiyet kapsamında muamele görmesini bekleyebileceği, bu çerçevede en azından çalışma masası ve şahsi eşyalarını tuttuğu dolapların aranması işleminin özel hayata müdahale teşkil edeceğine hükümlenmiştir⁵⁵⁹. Bu halde, yerinde inceleme kapsamında yapılacak inceleme konut dokunulmazlığına aykırı olduğu gibi, teşebbüslerin personellerinin eşyaları, örneğin bilgisayarlarının, e-posta kayıtlarının incelenmesi bu kimselerin özel hayatına da müdahale doğuracaktır⁵⁶⁰. Böylesi ağır müdahalelerin ise hukuka uygunluk denetimini yapacak bir hâkim kararına dayanılarak yapılması hem hukuk devletinin hem de Anayasa'nın bir gereğidir.

Konuyu ilgilendiren bir başka önemli karar da Danıştay 13. Daire tarafından RKHK'nin yerinde inceleme yetkisinin düzenlenmiş olduğu 15'inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "gerekli gördüğü hallerde" kısmı ile 3'üncü fıkrasının ikinci cümlesini Anayasa'nın 2'nci, 13'üncü ve 21'inci maddelerine aykırı görerek, AYM'den ilgili kısımların iptali istemiyle AYM Başkanlığına gönderilmesine ilişkindir⁵⁶¹. Karara konu olayda davacı ve dava dışı teşebbüsler hakkında yapılan önaraştırma kapsamında davacının iş yerinde Kurum uzmanları tarafından yerinde inceleme yapılmıştır. Yerinde incelemenin yapıldığı esnada davacı teşebbüsün Ulusal

⁵⁵⁷ AYM, Günay Dağ ve Diğerleri kararı, 17.12.2015 T., Başvuru Numarası: 2013/1631 (anayasa.gov.tr).

⁵⁵⁸ AYM, Mehmet Taşdemir kararı, 18.05.2016 T., Başvuru Numarası: 2013/3436 (anayasa.gov.tr).

⁵⁵⁹ AİHM, Peev/Bulgaristan kararı, 26.07.2007 T., Başvuru Numarası: 64209/01 (echr.coe.int).

⁵⁶⁰ Bu hususta detaylı bilgi için bakınız: Civan Başar ve Hazar Başar, "Rekabet Kurumunun, İnceleme Yetkisi Kapsamında İletişime ve Özel Hayatın Gizliliğine Müdahalesi: 4054 Sayılı Kanunun 15'inci Maddesi Yeterli mi?", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15, 2020: 1427-1460.

⁵⁶¹ Danıştay 13. D., 19.09.2023 T., 2023/2464 E. sayılı ara kararı.

Zincir Müşteri Müdürü'nün, mobil cihazındaki bazı yazışmaları sildiği görülmüş ve bu sebeple ilgili teşebbüse Kanun'un 16/1-d hükmü uyarınca 27.920.236,37 TL idari para cezası uygulanmıştır. Uygulanan idari işlemin iptali istemiyle mahkemeye başvurulmuş olup ilk derece mahkemesince yapılan incelemede karar hukuka uygun bulunarak davanın reddine karar verilmiştir. Bu karara karşı istinaf yoluna başvurulmuş, ancak bölge idare mahkemesi de istinaf istemini reddetmiştir. Kararın temyiz edilmesi üzerine Danıştay 13. Dairesi, yaptığı incelemede, Kanun'un 15'inci maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan "gerekli gördüğü hallerde" kısmının ve aynı maddenin 3'üncü fıkrasının ikinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olup olmadığını değerlendirmiştir.

Mahkeme, yaptığı incelemede iptali istenen kanun hükümlerini Anayasa'nın insan haklarına saygı ve hukuk devleti ilkesinin de bulunduğu 2'nci maddesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin 13'üncü maddesi ve konut dokunulmazlığı ilkesinin öngörüldüğü 21'inci maddesi bağlamında değerlendirmeye tabi tutmuştur. Mahkeme, kararında iptali istenen kanun hükümlerini konut dokunulmazlığı bakımından değerlendirirken yerinde incelemenin bir arama ve elkoyma niteliğinde olduğunu ve bu işlemle konut dokunulmazlığına müdahale edildiğini tespit etmiştir. Mahkeme, kararında AYM'nin hemen yukarıda yer verilen ve hâkim kararı yahut onayı olmaksızın yapılan yerinde incelemenin konut dokunulmazlığı ilkesine ve böylece Anayasa'ya aykırı olacağını tespit edilmiş olduğu kararın gerekçesine yer vererek, yerinde incelemenin hâkim kararı olmaksızın yapılması, bu yetkinin gecikmesinde sakınca bulunan hallere mahsus olmaması ve Kurulun bu yetkiyi gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamında kullandığı kabul edilse dahi kararın 24 saat içinde hâkim onayına sunulması yönünde bir zorunluluğun bulunmaması sebepleriyle iptali istenen hükümleri Anayasa'nın 2'nci, 13'üncü ve 21'inci maddelerine aykırı görerek iptali istemiyle AYM'ye başvurulmasına karar vermiştir.

Anılan her iki karardan anlaşılacağı üzere AYM ve Danıştay, yerinde inceleme yetkisini "arama ve elkoyma" işlemi olarak değerlendirmektedir. Mahkemeler aynı zamanda AİHM kararlarına paralel olarak konut kavramını da geniş yorumlamakta ve iş yerlerinin de konut kavramı kapsamında olduğu ve yerinde incelemenin de tıpkı konutta yapılan arama ve el koyma işlemlerinde olduğu gibi Anayasa'nın 21'inci maddesinde yer alan güvenceleri sağlaması gerektiği kanaatindedirler. Anayasa'nın ilgili maddesindeki güvenceler şöyle sıralanabilir: öncelikle konut dokunulmazlığına

yapılacak müdahale milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak yapılabilir. Bu müdahale, usulüne uygun olarak verilmiş bir mahkeme kararına yahut gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış olan merciinin yazılı emrine dayanılarak yapılmalıdır. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunlarla yetkili kılınmış olan makamın kararı 24 saat içinde görevli hâkimin onayına sunulmalı ve hâkim, kararını 48 saat içinde açıklamalıdır. Aksi halde yapılan işlem ve bu işlem sırasında elde edilen deliller hukuka aykırı hale gelecek, işlem sırasında elde edilen delillerin herhangi bir soruşturma veya kovuşturma kapsamında kullanılması mümkün olmayacak ve el konulan eşyalar da iade edilecektir.

Bu güvenceler yerinde inceleme bakımından değerlendirildiğinde, ilgili işlemin ekonomik kamu düzenini sağlamaya yönelik olduğu, dolayısıyla konut dokunulmazlığının sınırlanma sebeplerinden birini karşıladığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, yerinde inceleme yetkisinin kullanılması hâkim kararının varlığına tabi tutulmamış, ayrıca Kurulun bu yetkisi yalnızca gecikmesinde sakınca bulunan hallere özgü kılınmamıştır. Bu yetkinin kullanılması bakımından hâkim onayı da zorunlu kılınmamış, ancak yerinde incelemenin engellenmesi veya engellenme olasılığının bulunması hallerinde hâkim kararı alınacağı öngörülmüştür. Buna karşılık, Anayasa hükmünde konut dokunulmazlığına kamu makamlarınca bireylerin rızasının bulunduğu hallerde müdahale edilebileceğine ilişkin bir kural yer almamaktadır. Konut dokunulmazlığına rıza ile müdahale edilebileceği kabul edilse dahi rıza göstermeme halinde yaptırım uygulanacağından bu rızanın geçerli bir rıza olmadığı da açıktır. Hal böyleyken, yerinde inceleme yetkisinin şu haliyle Anayasa'nın 21'inci maddesine uygun olduğu söylenemeyecektir. Kanaatimizce, yüksek mahkemelerin anılan kararları isabetli olup, kamu görevlilerince bireylerin haklarına yapılacak müdahalelerin olağan hale gelmesi ve bu müdahalelerin hukuk denetiminden geçmeksizin yapılması insan haklarına saygılı, demokratik bir hukuk devletinde kabul edilemez bir durumdur. Bu sorun ise yerinde inceleme yetkisinin ya hâkim kararı ile kullanılabileceğine ilişkin bir hükmün ya da Kurulun gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yerinde inceleme kararı verebileceğine ve bu kararın da 24 saat içinde hâkim onayına sunulacağına ilişkin bir hükmün getirilmesiyle mümkün olacaktır. İlgili kuralın hem AYM hem de Danıştay tarafından konut dokunulmazlığı hakkına aykırılık teşkil ettiğine ilişkin kararları göz önüne alındığında, bu müdahalelerin her birinin

hukuka aykırı olabileceği düşünülerek böyle bir kanuni değişikliğin yapılması için AYM kararını beklenmesinin de herhangi bir yararının olmadığı kanaatindeyiz.

Öte yandan, yukarıda söz edilen somut norm denetimi sonucunda AYM'nin, Kanun'un yerinde inceleme yetkisinin düzenlenmiş olduğu 15'inci maddesini iptal edeceği sonucuna varılabilir. Bu sonuca varılmasına yol açan sebepler ise AYM'nin yerinde inceleme yetkisine ilişkin kanun hükmü bakımından vermiş olduğu iki farklı karar arasındaki değişimdir. İlgili kararlardan ilki, AYM'nin 2022 yılında karara bağlamış olduğu ve RKHK'nin diğer bazı maddelerin yanında 15'inci maddesinde yer alan "bunların kopyalarını ve fiziki örneklerini alabilir" cümlesi hakkında görülen iptal davasıdır. İlgili davada davacılar, iptali istenen kural ile hiçbir sınırı olmaksızın teşebbüslerin her türlü belgesinin kopyalanması ile örneklerinin alınmasının mümkün kılındığını, yerinde inceleme sırasında teşebbüs temsilcisinin hazır bulunmasına ilişkin herhangi bir kuralın yer almadığını, teşebbüslerin ticari sır ve müşteri çevresine ilişkin verilere erişim yetkisi sağlayan kuralın verilerin elde edilmesi ve işlenmesi konusunda herhangi bir güvence içermediğini, bu durumun hukuki belirlilik ilkesi ile orantılılık ilkeleriyle bağdaşmadığını iddia ederek iptali istenen kuralın Anayasa'nın 2, 13, 20, 35 ve 90'ıncı maddelerine aykırı olduğunu öne sürmüşlerdir. AYM, ilgili kuralı Anayasa'nın 20'nci maddesinde yer alan özel ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı kapsamında değerlendirmiştir. Mahkeme, bu kararında tüzel kişilerin de kişisel verileri korunmasını isteme hakkının bulunduğunu ve iptali istenen hükmün bu hakka müdahale niteliği taşıdığını tespit etmiş, ancak söz konusu kuralın kanuni olduğunu, meşru bir amaç taşıdığını, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmaz bir yönünün bulunmadığını ve ölçülü bir tedbir olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, kararda Kurul üyeleri ile Kurum personelinin Kanun'un uygulanması sırasında öğrendikleri ticari sırları kanun gereği görevden ayrılmış olsalar dahi ifşa edemeyecekleri ve bunları kullanamayacakları, KVKK'de öngörülen güvencelerin RK tarafından elde edilecek verileri de kapsadığı, yerinde inceleme ile teşebbüslerin rekabete aykırı davranışlarının tespiti amacıyla defter, belge, kayıt gibi verilerinin elde edileceği ve bu sebeple özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinin söz konusu olmadığı gerekçeleriyle iptali istenen kuralı Anayasa'nın 13'üncü ve 20'nci maddelerine uygun bulmuş ve iptal isteminin reddine oyçokluğu ile karar vermiştir.

İlgili kararda Mahkemenin genel kanaati, hükmün Anayasa'ya uygun olduğu şeklinde ise de karara muhalif kalan Başkan ve bazı üyelerin karşı oy gerekçeleri kayda

değerdir. Karşı oy gerekçelerine göz atıldığında, karara muhalif kalan iki üyenin, iptali istenen kuralın Anayasa'nın 20 ve 21'inci maddelerine aykırı olduğu kanaatini paylaştığı, iki üyenin kuralın Anayasa'nın 20'nci maddesine aykırı olduğu kanaatinde olduğu ve bir üyenin ise Anayasa'nın 21'inci maddesine aykırı olduğu görüşünde olduğu görülmektedir. Gerekçeler incelendiğinde, muhalif üyelerin Anayasa'nın 20'nci maddesinde herkesin özel ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu ve aynı maddenin 3'üncü fıkrasında herkesin kişisel verilerinin korunmasını isteme hakkına sahip olduğu hususlarının düzenlenmiş olduğu, yerinde inceleme sırasında elde edilen belgeler ve verilerin kişisel veriler içerdiği ve dolayısıyla kuralın özel hayata saygı duyulmasını isteme hakkına bir müdahale teşkil ettiği, ancak ilgili kuralda elde edilen verilerin nasıl ve ne kadar süreyle kaydedileceğine, bunların silinip silinmeyeceklerine, fiziki örneklerin iade edilip edilmeyeceklerine ve benzeri güvencelere ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği, Kişisel Verileri Koruma Kanunu'nun Kurumu bağlayacağı öne sürülse dahi işlenmesi yalnızca kanunla düzenlenmiş olması halinde mümkün olan özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi hakkında RKHK'de herhangi bir düzenlemenin yer almadığı, kuralın belirli ve öngörülebilir olmadığı ve böylece kanunilik şartını taşımadığı gibi sebeplerle iptali istenen kuralın Anayasa'nın 20'nci maddesine aykırı olduğu kanaatinde oldukları görülmektedir. Kuralın Anayasa'nın 21'inci maddesine aykırı olduğu yönündeki karşı oy gerekçeleri ise iş yerlerinin de konut dokunulmazlığı kapsamında olduğu, bu sebeple Anayasa'nın 21'inci maddesi uyarınca bu hakka yapılacak müdahalelerin hâkim kararı ile yahut gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili merciin yazılı emri ve hâkimin onayı ile mümkün olmasının gerektiği, iptali istenen kuralın ise bu şartları ihtiva etmediği ve dolayısıyla kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu yönündedir.

AYM'nin 2022 yılında vermiş olduğu bu kararın üzerinden henüz bir yıl geçmesine rağmen yukarıda anılan Ford Otomotiv tarafından yapılan bireysel başvuruya ilişkin değerlendirmede yerinde inceleme ile konut dokunulmazlığı hakkına müdahale edilmiş olduğuna, müdahalenin Anayasa'da öngörülen şartları taşımadığına ve dolayısıyla başvuru konut dokunulmazlığı hakkının ihlal edilmiş olduğuna yalnızca iki üyenin karşı oyu ile karar vermiş olması AYM'nin görüşünün yerinde incelemenin konut dokunulmazlığı hakkına aykırı olduğu yönünde değişmiş olduğunu göstermektedir. Anılan sebeple, RKHK'nin somut norm denetimi yolu ile AYM'nin

önüne gelmiş olan 15'inci maddesinin iptal edileceği kuvvetle muhtemel görünmektedir.

Yukarıda izah edilmiş olduğu üzere, AYM ve Danıştay, RKHK'nin yerinde incelemeye ilişkin 15'inci maddesini Anayasa'ya aykırı görmektedir. Peki, bu halde, Anayasa'ya aykırı olduğu yüksek mahkemelerce tevsik olunan bu kural, yani yerinde inceleme yetkisi uygulanmaya devam mı edecektir? Diğer yandan AYM'nin ilgili kuralı iptal etmesi halinde iptal kararından evvel gerçekleşen olaylar hakkında yürütülen davalar iptal kararı uyarınca mı sonuçlandırılacak yoksa yerinde incelemenin yapıldığı tarih itibariyle iptal edilen bir kural olmadığından bahisle iptal edilen hükmü mü uygulayacaklardır? Bir diğer mesele ise AYM'nin verdiği iptal kararının Anayasa'nın 153/3'üncü maddesi uyarınca yürürlüğe girişinin ertelenmesi halinde kararın verilmesinden yürürlüğe gireceği süreye kadar iptal edildiği bilinen kuralın uygulanıp uygulanmayacağına ilişkindir. Bu sorunların çözüme kavuşturulması için öncelikle AYM'nin iptal kararlarının etkisinden söz edilmesi gerekmektedir. Anayasa'nın 153'üncü maddesine göre, bir kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya TBMM İçtüzüğü veya bunların belirli hükümleri AYM tarafından iptal edildiğinde, ilgili kurallar iptal kararının Resmi Gazete'de yayınlanması ile yürürlükten kalkar. Bir başka deyişle, AYM'nin iptal kararı Resmi Gazete'de yayınlandığında, iptal edilen kuralların uygulanması olanağı kalmamaktadır. Bununla birlikte, Anayasa'da AYM'nin gerekli gördüğü hallerde iptal kararlarının yürürlüğünü 1 yıla kadar geciktirebileceği de hüküm altına alınmıştır (m.153/3). Bu kural ile AYM'nin iptal kararı neticesinde ortaya çıkacak hukuk boşluğunun engellenmesi ve kurallarla korunan kamu düzeninin muhafaza edilmesi amaçlanmakta olup, hüküm ile yasama organına ortaya çıkacak boşluğu dolduracak yeni bir düzenleme yapması için süre tanınmış olmaktadır. Öte yandan, Anayasa'da iptal kararlarının geri yürümeyeceği, yani iptal kararından evvel meydana gelen olaylar hakkında iptal edilen kanun hükmünün uygulanacağı da kurala bağlanmıştır. Bu kuralın ihdas olmasındaki sebep ise hukuk devleti ve kanunilik ilkelerinden doğan belirlilik ve öngörülebilirlik kıstaslarının sağlanması ile vatandaşların hukuk kurallarına olan güven duygusunu korumaktır⁵⁶².

⁵⁶² Erol Cansel, "Anayasa Mahkemesinin Verdiği İptal Kararından Doğan Kimi Sorunlar", Anayasa Yargısı Dergisi, 9 (1992): 87-104, 93.

Bu bilgiler ışığında, AYM kararı ile iptal edilen hükümlerin ancak iptal kararının yürürlüğe girmesiyle yürürlükten kalkacağı ifade edilmelidir. Ancak iptal kararının yürürlüğünün ertelendiği hallerde, Anayasa'ya aykırı olduğu tescil edilmiş olan hukuk kurallarının iptal kararı yürürlüğe girene kadar uygulanması söz konusu olacağından, iptal edildiği bilinen yasa hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışma konusu olmuş ve bu hususta bir içtihat birliğine varılmamıştır. Bu konuda Danıştay'ın yerleşik görüşü; iptal kararlarının geriye yürümemesi kuralı ile kazanılmış hakların korunmasının amaçlandığı, AYM tarafından Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edildiği bilinen bir hükmün uygulanmasının hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu ve bu sebeple bunların uygulanmasına imkân olmadığı yönündedir⁵⁶³. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin de bu hususta Danıştay ile aynı kanaati paylaştığı ifade edilebilir⁵⁶⁴. Buna karşılık, AYM ve Yargıtay, birçok kararında iptal hükmü yürürlüğe girmediği sürece ortada iptal edilmiş bir kanun hükmünün bulunmadığına ve yürürlükte olan bir kanun hükmünün ise AYM'ce iptal edildiği bilirse dahi görmezden gelinmesinin söz konusu olamayacağına hükmetmişlerdir⁵⁶⁵.

Hakkaniyetin gerekleri ile hukuk devleti ilkesi bakımından Danıştay içtihatlarına paralel olarak AYM tarafından iptal edildiği bilinen bir kuralın, iptal kararı yürürlüğe girmemiş olsa dahi uygulanmaması uygun görünmekte ise de Anayasa koyucunun iradesinin aksi yönde olması sebebiyle biz de AYM ve Yargıtay'ın görüşünü paylaşıyoruz. Nitekim öğretide Anayasa'ya aykırı olan kuralların baştan itibaren geçerlilik kazanmayacağı, iptal kararının kurucu değil, bildirici nitelikte olduğu, normlar hiyerarşisinde kuralların çatışmasının mümkün olmadığı ve bunun meydana geldiği hallerde üst basamakta olan normun, yani somut olay bakımından Anayasa'nın uygulanması gerektiğine ilişkin görüşler bulunmakta ise de Anayasamızda kanunların Anayasa'ya aykırılığı halinde, bunların kendiliğinden yokluk veya hükümsüzlük

⁵⁶³ Danıştay İDDK, 04.02.2010 T., 2006/4499 E., 2010/125 K. sayılı ilamı (nakleden: Adnan Küçük, "Anayasa Mahkemesi Tarafından Verilen İptal Kararlarının Erken Açıklanmasına ve Yürürlüğün Ertelenmesine Bağlı Olarak Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 3 (2013): 311-357, 331); A. Ülkü Azrak, "Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği" Anayasa Yargısı Dergisi, 1 (1984): 151-168, 163.

⁵⁶⁴ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 23.03.1992 T., 1992/9 E., 1992/12 K. sayılı ilamı (nakleden: Küçük 323).

⁵⁶⁵ AYM, 04.06.2015 T., Sedef Ural Kararı, Başvuru Numarası: 2013/5876; AYM, 16.07.2014 T., Veli Küçük Kararı, Başvuru numarası: 2013/6099 (anayasa.gov.tr); Yargıtay 12. C.D., 13.06.2013 T., 2013/1049 E., 2013/16111 K. sayılı ilamı; Yargıtay 13. C.D., 11.06.2012 T., 2012/2085 E., 2012/13705 K. sayılı ilamı (nakleden: Küçük 332-333).

yaptırımı ile karşılaşacaklarına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Aksine, AYM'nin kuralların Anayasa'ya aykırı olduğunu tespit etmesi halinde bu tespiti içeren kararın yayınlanması ile kuralların yürürlükten kalkacakları, böylece iptal kararlarının kurucu niteliği haiz oldukları öngörülmüştür⁵⁶⁶. Her ne kadar normlar hiyerarşisi uyarınca Anayasa'ya aykırı bir hükmün uygulanamayacağı ifade edilebilirse de bizzat Anayasa'nın iptal kararlarının ertelenebileceği ve geriye yürümeyeceğine ilişkin kurallar öngörmüş olması, iptal kararı yürürlüğe girmeyen kuralların uygulanmamasını Anayasa'ya aykırı kılacaktır. Bu sebeple, Anayasa'nın iptal kararları bakımından hukuk devleti, Anayasa'nın üstünlüğü ve hakkaniyet ilkelerinden ziyade, kamu düzeni ve istikrarın korunması ilkelerini tercih ettiği görülmektedir. Hal böyleyken, iptal kararı yürürlüğe girmediği sürece ortada iptal edilmiş bir hüküm olmadığından, ilgili hükmün iptal edilmiş olduğu kamuoyunun malumu olsa dahi bu kuralların uygulanması gerekir.

Bu tespitler doğrultusunda, yerinde inceleme yetkisinin Anayasa'ya aykırı olduğu tespit edilmiş olsa dahi, henüz iptal edilmiş bir hüküm söz konusu olmadığından, ilgili kuralın uygulandığı uyuşmazlıklarda yürürlüğünü koruyan hükmün uygulanması gerekmektedir⁵⁶⁷. Öğretide iptal kararlarının yürürlüğünün ertelenmesine ilişkin hükümle güdülen amacın somut bir olayda iptal kararının göz önüne alınmaması ve haksız sonuçların yaratılması olmadığı, kanun boşluğu doğmasının engellenmesi olduğu ifade edilmiştir⁵⁶⁸. Bu görüşten, yürürlüğün ertelenmesi ile kanun boşluğunun giderilmesinin amaçlanmakta olduğu, ancak iptal edilen kanunların uygulanmaması gerektiği anlaşılmaktadır. Buna karşılık, iptal edildiği bilinen bir kanun hükmünün uygulanmaması halinde başka bir hükmü uygulamak olanağı da bulunmadığından yeniden hukuk boşluğu ortaya çıkacak, böylece ilgili Anayasa hükmünün amacına ulaşılamayacaktır. Bu sebeple, bu görüşe katılmak mümkün olmamıştır. Dolayısıyla, AYM'nin yerinde inceleme yetkisini Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmesi, fakat bu

⁵⁶⁶ Cansel 92.

⁵⁶⁷ Küçük 322.

⁵⁶⁸ Azrak, "Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği", 165.

kararın yürürlüğünün ertelenmesi halinde karar yürürlüğe girinceye de iptal edilen hükmün uygulanmamasının bir yolu yoktur⁵⁶⁹.

Yukarıda yerinde inceleme yetkisinin AYM kararı ile iptal edilmesi ve bu kararın yürürlüğünün ertelenmesi söz konusu olduğunda iptal edildiği bilinen kuralların uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmıştır. Ancak güncel durumda AYM, ilgili kuralı iptal etmemiş, yalnızca önüne gelen bir bireysel başvuruda yerinde inceleme yetkisinin kullanılmasyla başvurucunun konut dokunulmazlığı hakkının ihlal edilmiş olduğuna hükmetmiştir. İlgili kuralın iptali istemi ile görülen dava ise derdest vaziyettedir. Bu halde, AYM'nin önüne gelen bireysel başvuruda vermiş olduğu ihlal kararının mahkemeler ve idare tarafından göz önüne alınması mümkün müdür? Bir başka deyişle, mahkemeler ve idare yerinde inceleme yetkisine ilişkin kanun hükmünü uygulayabilecekler midir?

Bu durumda daha evvel de ifade etmiş olduğumuz üzere, AYM tarafından verilmiş ve yayınlanmış bir iptal kararı olmadığından yerinde inceleme yetkisine ilişkin hükmün ortadan kalkması da söz konusu değildir. Hal böyleyken, kural olarak mahkemelerin ilgili hükmü uygulamaları gerekmektedir. Bununla birlikte, görülmekte olan davalarda, AYM tarafından iptal edileceği düşünülen hükümlerin uygulanmamasının bir yolu Anayasa'nın 152'nci maddesinde bulunmaktadır. İlgili hükme göre, bir davaya bakmakta olan mahkeme, somut olayda uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatine varırsa, AYM'nin bu konudaki kararına kadar davayı geri bırakır (m.152/1). Mahkemenin uygulanacak kuralı Anayasa'ya aykırı görmemesi halinde bu iddia temyiz mercii tarafından esas hükümlerle birlikte karara bağlanır (m.152/2). Olayda uygulanacak kuralın ilk derece mahkemeleri veya temyiz mahkemesince Anayasa'ya aykırı görülmesi halinde AYM, işin kendisine gelmesinden itibaren 5 ay içinde kararını verir ve açıklar (m.152/3). Bu süre içinde karar verilmezse, mahkeme yürürlükteki kanunu uygular. Ancak AYM kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye dek verilirse, mahkeme bu karara uymak zorundadır. İlgili Anayasa hükümleri uyarınca, yerinde

⁵⁶⁹ Öğretide Azrak, dava mahkemesinin AYM tarafından iptal edilmiş bir kanunu uygulamak durumunda olması halinde ilgili kanun aleyhine itiraz yoluyla AYM'ye başvurması gerektiğini, bu durumda AYM'nin iptale ilişkin kesin hüküm bulunduğu gerekçesiyle itirazın reddedileceğini ve böylece verilen hükmün bildirici bir karar olarak dava mahkemesini bağlayacağını öne sürmüştür (Azrak, "Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği", 163). Kanaatimizce bu durumda AYM tarafından verilecek karar işin esasına ilişkin olmadığından, yürürlüğü ertelenerek iptal edilen kanunun uygulanmamasına ilişkin bağlayıcı bir karar değildir.

inceleme yetkisinin Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatinde olan mahkemelerin somut norm denetimi yolu ile AYM'ye başvuru yapmaları, böylece kararlarını 5 ay boyunca erteleyebilmeleri mümkündür. AYM'nin anılan süre içerisinde karar vermemesi durumunda dahi iptal kararı, mahkemede görülen kararın kesinleşmesinden evvel yayınlanması halinde uygulanacaktır.

Öte yandan Kurumun, mahkemelerin aksine, Anayasa'ya aykırı olduğu değerlendirilen kuralı derhal uygulamasını gerektiren bir durumu yoktur. Nitekim Kurumun yerinde inceleme yetkisini kullanma gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu durumda Kurumun, konut dokunulmazlığını ihlal ettiği AYM tarafından tespit edilen bu yetkiyi AYM'nin iptal talebi hakkında vereceği karara kadar kullanmaması, bu yetkiyi RKHK'nin 15/3'üncü maddesi uyarınca sulh ceza hâkimi kararı almak suretiyle kullanması hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesi açısından faydalı olacaktır. Böylece mahkemelerce yapılacak birbirinden farklı değerlendirmeler sonucunda meydana gelebilecek belirsizlik ve öngörülmezlik de ortadan kalkabilecektir. İdarenin AYM kararını gözetmeyerek yerinde inceleme yetkisini hâkim kararı olmadan kullanmayı sürdürmesi halinde ise yerinde inceleme yetkisine maruz kalanların AYM'ye bireysel başvuruda bulunması mümkün olacak, bu başvuruda konut dokunulmazlığı hakkının ihlal edildiği ve delillerin hukuka aykırı yöntemlerle elde edildiğinin iddia edilmesi halinde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilecek ve ayrıca kararın hakkaniyete uygun bir yargılama yapmak üzere ilk derece mahkemesine gönderilmesi mümkün olacaktır.

Kanaatimizce, yerinde inceleme yetkisi halen incelenmekte ve henüz iptal edilmemiş olduğundan, bunun iptal edileceğinin varsayılarak iptal istemine konu olan kuralların uygulanmaması Anayasa'nın ilgili hükümleri gereği mümkün değildir. Bununla birlikte, anılan kuralın uygulandığı yargılamalarda, mahkemelerin karar vermeden evvel Anayasa'nın 152'nci maddesi uyarınca somut norm denetimi yoluna başvurarak AYM'nin bu husustaki kararını beklemeleri hakkaniyetin ve hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. RK'nin ise AYM'nin yerinde inceleme yetkisinin konut dokunulmazlığı hakkını ihlal ettiğine ilişkin kararını göz önünde bulundurarak yerinde inceleme yetkisini sulh ceza hâkiminin kararı ile birlikte kullanması uygun görünmektedir. Aksi hal, yeni bireysel başvurulara ve yeni ihlal kararlarına kapı aralayacaktır. Bunun ise hukuk devleti ilkesine ve hakkaniyete aykırı bir durum yarattığı açıktır.

3. Yaptırım Uygulama Görev ve Yetkisi

a. Genel Olarak

Kurum, rekabet düzeninin ya da daha geniş anlamda ekonomik kamu düzeninin sağlıklı biçimde işleyişini tesis etme ve sürdürme görevini etkili ve ivedi olarak yerine getirebilmek için yaptırım uygulama yetkisi ile donatılmıştır. Kurumun bu yetkisi, kamu düzeninin bozulmasını önlemeye yönelik bir kolluk yetkisidir⁵⁷⁰. Kurum bu yetkiyle rekabet kurallarına aykırı hareket eden ve böylece rekabet düzeninin sağlıklı biçimde işleyişini bozan teşebbüs ve teşebbüs birliklerine idari yaptırımlar uygulamakta, böylece düzenin yeniden tesisini sağlamaktadır.

Kurumun sahip olduğu idari yaptırım uygulama yetkisi elbette ki sınırsız değildir. Nitekim AYM de bir kararında idareye yaptırım uygulama yetkisinin Anayasa'nın 38/8'inci maddesinde dolaylı olarak tanınmış olduğunu, yasama organının toplumun ihtiyaçlarına göre bir suç ve yaptırımını kaldırmak, değiştirmek ya da yenisini öngörmek yetkisini haiz olduğunu, ancak bu yetkinin ceza hukukunun genel ilkelerine uygun olmak kaydıyla kullanılabilmesine hükmederek⁵⁷¹, bu yetkinin belirli sınırlar içinde kullanılabilmesini doğrulamıştır. Ceza hukukunun genel ilkelerine göz atıldığında kanunilik, ne bis in idem, cezaların geriye yürümezliği, cezaların şahsiliği ve kusur ilkeleri öne çıkmaktadır. Bu doğrultuda Kurul, kanunların suç saymadığı bir fiilden dolayı hiç kimseye yaptırım uygulayamaz, kanunda yazan cezadan başka ya da az veya fazla ceza uygulayamaz. Kurul, bir teşebbüs hakkında aynı fiil nedeniyle birden çok soruşturma yapamaz, birden çok kez ceza uygulayamaz⁵⁷². Yine ceza

⁵⁷⁰ Özelçi, Elektronik Haberleşme Hizmetlerinin Görülüş Usulleri, 67.

⁵⁷¹ AYM, 23.10.1997 T., 1997/19 E., 1997/66 K. sayılı ilamı (anayasa.gov.tr).

⁵⁷² Kurulun aynı eylem sebebiyle birden çok idari para cezası uygulamaması ne bis in idem veya non bis in idem olarak adlandırılan ve bir kimsenin bir fiil sebebiyle birden çok kez yargılanamayacağı ve cezalandırılmayacağına ilişkin ilkenin bir gereğidir. Kurul, bu ilkeye uygun olarak bir fiili birden çok kez cezalandıramayacağı gibi, hakkında nihai karar verilen teşebbüsleri ve teşebbüs birliklerini aynı fiil sebebiyle yeniden soruşturmamalıdır. Kurulun bir fiille birden rekabet ihlalinin gerçekleşmiş olduğunu tespit etmesi halinde de ilgililere birden çok ceza vermemesi gerekir. Ancak bu halde, Kabahatler Kanunu'nun içtima kurallarını düzenlediği 15'inci maddesine göre bu kabahatlerden en ağır idari para cezasını gerektiren hüküm uyarınca idari para cezası verilmelidir (m.15/1). Bu hususta bir Danıştay

hukukunun genel prensipleri çerçevesinde, idari yaptırımlar ancak kanunla ihdas edildikleri tarihten sonra uygulanabilecek olup, buna suç ve cezaların geriye yürümezliği ilkesi adı verilmekte ve bu ilkenin idari yaptırımlar açısından da uygulanması gerektiği kabul edilmektedir⁵⁷³. Daha evvel yerinde inceleme kısmında detaylı biçimde izah etmiş olduğumuz üzere, Kurulun bir teşebbüs veya şahsın eylemleri sebebiyle bir başka teşebbüs veya şahsı cezalandırması mümkün değildir. Keza idari para cezaları bakımından uygulanması gereken bir diğer temel ilkeyi kusur ilkesi oluşturmaktadır⁵⁷⁴. Bilindiği üzere Türk ceza hukuku sisteminde kusursuz sorumluluk ilkesi benimsenmemiş, bir kimsenin bir eylemden veya sonuçtan sorumlu tutulabilmesi ve cezalandırılabilmesi için kusurlu olması gerektiği kabul edilmiştir. Kusur ise kast ve taksir olmak üzere iki kategoride değerlendirilmektedir. TCK'nin 21'inci maddesinde kast, suçun unsurlarının bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi olarak tanımlanmış ve suçun oluşmasının kural olarak kasta bağlı olduğu öngörülmüştür. Kanun'un 22'nci maddesinde ise taksir, dikkat ve özen

kararına değinmek gerektiği kanaatindeyiz. Karar konu olayda Kurul, alkollü içecekler piyasasında faaliyet gösteren Mey İçki Sanayi ve Ticaret A.Ş. hakkında votka ve cin pazarında hakim durumunu kötüye kullanarak rakip teşebbüsleri pazar dışına ittiğini, böylece teşebbüsün Kanun'un 6'ncı maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir. Ancak Kurul, kararında teşebbüsün ihlal niteliğindeki davranışlarının daha evvel rakı pazarına ilişkin yapılan soruşturma kapsamında da ihlal olarak değerlendirildiği ve idari para cezasına karar verildiğini gerekçe göstererek teşebbüs hakkında yeni bir idari para cezasına hükmedilmesine yer olmadığına karar vermiştir. Karara karşı açılan iptal davası üzerine ilk derece mahkemesi, iki farklı pazara ilişkin olsa da teşebbüsün eylemlerinin aynı döneme ilişkin olduğu, bu eylemler bakımından bir bütünlüğün bulunduğu, teşebbüs hakkında iki ayrı soruşturma olsa da tek bir fiil olduğu, aksinin kabulü halinde mükerrer cezalandırmaya sebep olunacağı gerekçeleriyle Kurul kararını hukuka uygun bulmuş ve davayı reddetmiştir⁵⁷². Anılan karar istinaf edilmiş olup istinaf mahkemesi, votka ve cin pazarının rakı pazarından ayrılmış olduğu, bu sebeple iki farklı ihlalin söz konusu olduğu ve yaptırım uygulanabileceğinden bahisle istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına hükmetmiştir⁵⁷². İstinaf mahkemesi kararının temyizi istemiyle yapılan yargılamada Danıştay, ilk derece mahkemesinin kararına koşut olarak teşebbüsün votka ve cin pazarı ile rakı pazarında ihlal olduğu değerlendirilen davranışlarıyla aynı olduğu, aynı dönemde gerçekleştiği ve teşebbüsün genel stratejisinin parçası olarak bütünlük arz ettiği gerekçesiyle Kurul kararının hukuka uygun, istinaf mahkemesi kararını ise hukuka aykırı bulmuştur⁵⁷².

⁵⁷³ Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 1, 625; Özelçi, Posta Hizmetleri Sektöründe Uygulanan İdari Yaptırımların Bağlı Olduğu Hukuksal Düzen, 185-186, Akıncı, Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, 141; Oğurlu 61.

⁵⁷⁴ Başsorgun 59-60.

yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın kanunda belirlenen neticesinin öngörülmeyle gerçekleştirilmesi olarak tanımlanmış ve ancak kanunlarda açıkça belirtilen hallerde taksirle işlenen fiillerin cezalandırılacağı kurala bağlanmıştır. Aynı kural 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu'nda da öngörülmüştür. İlgili Kanun'un 9'uncu maddesinde kabahatlerin, kanunlarda aksi belirtilmedikçe hem kasten hem de taksirle işlenebileceği belirtilmiştir. Bu halde, bir kimsenin işlemiş olduğu kabahat sebebiyle cezalandırılabilmesi için gereken ilk koşul, ihlali gerçekleştirilmede en az taksir düzeyinde bir kusurunun bulunmasıdır. Öğretide Kurulun, rekabet ihlalinin meydana getirenlerin sübjektif durumuyla ilgilenmediği, bu sebeple kusurun varlığının idari yaptırım uygulanması için gerekli olmadığı da ifade edilmiştir⁵⁷⁵. Ancak, AYM'nin idari yaptırımların ceza hukukunun genel ilkelerine uygun olmak üzere düzenlenebileceğine ilişkin içtihadı ile Kabahatler Kanunu'nun 9'uncu maddesi nazara alındığında bu görüşe katılmak mümkün değildir⁵⁷⁶.

Burada ayrıca, idari yaptırım ceza verilmesi için ilgili kabahatin işlenmiş olduğunun somut bilgi ve belgelerle ispat edilmesi şartından da bahsetmek gerekmektedir. Bilindiği üzere, ceza hukukunda masumiyet karinesi, suçluluğu ispat edilinceye kadar herkesin suçsuz olduğu varsayımını ifade etmektedir. İdari cezalar bakımından da ceza hukukunun genel ilkelerine riayet edilmesi gerektiğine ilişkin yargı içtihatları göz önüne alındığında, kabahatler hakkında uygulanacak yaptırımlar bakımından da bunların somut delillerle ispat edilmesinin gerektiği anlaşılmaktadır. Nitekim bu husus bir Danıştay İDDK kararında da izah edilmiştir. Yargılamaya konu olayda, yapılan bir soruşturma kapsamında raportörler yerinde inceleme yapmak için bir teşebbüsün iş yerine gitmiş, burada teşebbüsün mali müşaviri ve mali işler müdürüne yerinde inceleme hakkında bilgi vermişler, ardından genel müdür ile görüşerek yerinde incelemeye başlayacaklarını bildirmişlerdir. Mali müşavir ve mali işler müdürü, raportörlere genel müdürün toplantıda olduğunu, ancak toplantının sona ermesinin ardından kendisiyle görüşebileceklerini söylemiştir. Raportörler bu esnada genel müdürün odasına gitmişler ve ardından genel müdür gelmiştir. Raportörler, genel müdüre de yerinde inceleme hakkında bilgiler vermişler ve işleme başlamak

⁵⁷⁵ Eğerci 212.

⁵⁷⁶ AYM, 23.10.1997 T., 1997/19 E., 1997/66 K. sayılı ilamı (anayasa.gov.tr); Kabahatler Kanunu m.9: Kabahatler, kanunda açıkça hüküm bulunmayan hallerde, hem kasten hem de taksirle işlenebilir.

istediklerini bildirmişlerdir. Telefonunun çalmasını üzerine genel müdür odadan çıkmış, bu esnada raportörler genel müdürün bilgisayarının uzaktan kontrol edildiğini ve ihalelere ilişkin bir klasörün dışarı aktarıldığını fark etmişler ve bilgisayarın bağlantısını kesmişlerdir. Daha sonra durum genel müdüre sorulduğunda, genel müdür işlem hakkında bilgisi olmadığını söylemiş ve yaptığı telefon görüşmesinin üzerine bilgi işlem için hizmet aldıkları şirketin çalışanı tarafından bilgisayara müdahale edildiğini, müdahale kapsamında bilgisayar dışına bilgi çıkarılmadığını, işlemin her sabah yapılan virüs temizleme işlemi olduğunu ve talep halinde ilgili ihale dosyasının ticari verilerden arındırılarak derhal görevlilere verilebileceğini ifade etmiştir. İlgili olayı incelemiş olduğu kararında Kurul, bilgisayara yapılan müdahalenin delil karartma sonucuna yol açtığı ve bu eylemin teşebbüs yetkililerinin yerinde incelemeyi engellemesi veya zorlaştırılması olarak değerlendirilmesi gerektiğinden bahisle teşebbüs hakkında idari para cezası tesis etmiştir⁵⁷⁷. Bunun üzerine ilgili teşebbüs sulh hukuk mahkemezi nezdinde bilgisayar üzerinde inceleme yaptırmış ve bilirkişi raporunda bilgisayardan herhangi bir verinin silinmemiş olduğu tespit edilmiştir. Yapılan incelemede Danıştay 13. Daire, bilirkişi raporunda inceleme yapılan bilgisayarın marka ve model gibi bilgilerinin yer almadığı, dolayısıyla raportörlerce incelenen bilgisayar ile bilirkişi tarafından incelenen bilgisayarın aynı olduğunun kabulü ile hareket edildiği, olay tarihi ile inceleme tarihi arasında yaklaşık 4 ay süre olması sebebiyle dosyanın silinmiş olduğunu doğrulama konusunda net karar vermenin mümkün olmadığı, Microsof Outlook uygulaması incelendiğinde ihaleler isimli bir klasörün bulunduğu ve büyük ihtimalle silindiği iddia edilen dosyaların bu olması gerektiği şeklindeki ifadeleri dikkate alarak, raporun varsayım ve ihtimallere dayalı olarak hazırlanmış olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Davacının temyiz istemi üzerine yapılan yargılamada Danıştay İDDK, idari yaptırımların somut bilgi ve belgelerle ortaya konulmaksızın uygulanamayacağını, şüpheden yola çıkarak yaptırıma konu olan eylem tüm unsurlarıyla ortaya konulmadan ceza tesis edilemeyeceğini, dava konusu yaptırımın yerinde inceleme tutanağında yer alan ifadeler sebebiyle uygulanmış olduğunu belirtmiş ve davacının yerinde incelemeyi zorlaştırmış veya engellemiş olduğunun her türlü şüpheden uzak, somut bilgi ve belgelerle ispat edilmemiş olduğunu, işlemin raportörlerin çıkarımları ve varsayımlarına dayanılarak tesis edildiği gerekçesiyle ilgili daire kararını

⁵⁷⁷ Rekabet Kurulu, 04.05..2011 T., 11-28/539-M sayılı kararı (Lexpera).

bozmuştur⁵⁷⁸. Bozma üzerine yapmış olduğu incelemede Danıştay 13. Daire, dava konusu işlemin iptal edilmesine karar vermiştir⁵⁷⁹. İlgili İDDK kararından anlaşılacağı üzere, Kurulun yaptırım uygulayabilmesi için rekabet ihlalini her türlü şüpheden uzak, somut ve kesin bilgi ve belgeler ile ispat etmesi gerekmekte olup, bu hususta salt Kurum uzmanları tarafından tanzim edilen tutanaklar ve beyanlar idari yaptırıma esas olamazlar.

Öte yandan, idari yaptırımlar temel hak ve özgürlüklere müdahale teşkil ettiklerinden, bunların Anayasa’da belirtilen sebeplere uygun olmaları gerekir⁵⁸⁰. Temel hak ve özgürlüklere müdahale rejimi Anayasa’nın 13’üncü maddesinde düzenlenmiştir. İlgili hükme göre temel hak ve hürriyetler özlerine dokunulmaksızın sadece Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamazlar. İdari para cezalarının uygulanması mülkiyet hakkına bir müdahale niteliği taşıdığından, bunun Anayasanın 35’inci maddesi ile AIHS’ye Ek 1 Numaralı Protokol’ün 1’inci maddesinde öngörülen sebepler bağlamında değerlendirilmesi gerekir. Anayasa’nın 35’inci maddesinde herkesin mülkiyet ve miras hakkına sahip olduğu ve bu hakların ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabileceği öngörülmüştür. Ek Protokol’ün ilgili maddesinde ise herkesin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu ve bu hakka ancak kamu yararı sebebiyle ve kanuni koşullar ile uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak müdahale edilebileceği belirtilmiştir. Hükmün ikinci fıkrasında ise bu kuralların, devletlerin mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek ve vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulamak konusunda sahip oldukları hakka hanel getirmeyeceği öngörülmüştür. Kurumun sahip olduğu yaptırım uygulama yetkisi doğrudan Kanun’dan doğduğundan ve kamu düzeninin korunması amacına hizmet ettiğinden temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması bakımından Anayasal nedenlerin var olduğu ifade edilmelidir. Ancak Kanun uyarınca verilecek cezaların ölçülülük ilkesine uygun olması gerekir. Ölçülülük

⁵⁷⁸ Danıştay İDDK, 13.11.2019 T., 2018/1612 E. 2019/5564 K. sayılı ilamı (Lexpera).

⁵⁷⁹ Danıştay 13. D., 16.03.2022 T., 2020/3250 E., 2022/1018 K. sayılı ilamı (danistay.gov.tr).

⁵⁸⁰ Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 1, 625; AYTEKİN 97; EĞERCİ 212; AKINCI, Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, 141.

ilkesinden kasıt, uygulanacak olan yaptırımın, ihlalin meydana getirdiği zarar ve ihlalin ağırlığı ile makul bir ilişki içerisinde olması, yani ağır ihlaller için ağır cezalar, hafif ihlaller için hafif cezalar verilmesidir.

Anayasamızda doğrudan öngörülmemiş olmakla birlikte, idari yaptırım uygulanmadan evvel ilgilinin savunmasının alınmasının da bir mecburiyet olduğu kabul edilmektedir⁵⁸¹. AYM ve Danıştay da çeşitli kararlarında bu mecburiyeti doğrulamışlardır⁵⁸². Anılan mahkemelerin içtihatları ile paralel olarak, özellikle düzenleyici kurumların kuruluş kanunlarında savunma hakkına açıkça yer verildiği görülmektedir. Örneğin 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu'nun 149'uncu maddesinde ve 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 105/1'inci maddesinde savunma hakkı öngörülmüştür. Savunma hakkı, RKHK'nin birçok maddesinde de öngörülmüştür. Kanun'un 43/2 ve 45/2'nci maddelerinde tarafların yazılı savunma hakkı, 44/2, 46, 47, 48 ve 49'uncu maddelerinde sözlü savunma hakkının kullanılmasına ilişkin usul ve esaslar belirtilmiştir. Ayrıca Kanun'un 44/3'üncü maddesinde Kurulun taraflara savunma hakkı vermediği konuları kararına dayanak yapamayacağı ve 52/1-g hükmünde Kurulun nihai kararlarında tarafların savunmalarına yer verileceği öngörülmüştür. Savunma, Kurulun vereceği idari para cezalarından evvel taraflara sunulması gereken zorunlu bir hakkı teşkil etmekte olup, taraflara savunma hakkı verilmeksizin ceza tesisi, işlemin iptalini gerektirecektir⁵⁸³.

Kurumun yaptırım uygulama yetkisi RKHK'nin 16'ncı ve 17'nci maddelerinde düzenlenmiştir. Kanun'da düzenlenen yaptırımlar tür yönünden incelendiğinde, yalnızca idari para cezalarına rastlanılmaktadır. Kanun'da 5728 Sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten evvel ihlal durumunda maktu ve nispi para cezaları belirlenmişken, yeni düzenlemede yalnızca nispi (oransal) para cezalarına yer verilmiştir. Kanun'da öngörülen bu para cezaları nitelik açısından ise ani ve süreli veya günlük para cezaları olarak adlandırılan cezalar olarak değerlendirilebilmektedir. Ani para cezaları, hukuka aykırı olan eylem için bir kez verilen ve uygulanan klasik anlamdaki idari para cezalarıdır. Süreli veya günlük para cezaları ise teşebbüsleri kurul

⁵⁸¹ Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 1, 628.

⁵⁸² AYM, 14.7.1998 T., 1997/41, E., 1998/47 K. sayılı ilamı (anayasa.gov.tr); Danıştay 5.D, 06.06.1991 T., 1990/4297 E., 1991/1099 K. sayılı ilamı; Danıştay 13. D. 07.05.2007 T., 2006/891, E. 2007/2812 K. sayılı ilamı (Legalbank).

⁵⁸³ İsmail Yılmaz Aslan 382.

kararlarına yahut kanun hükümlerine uymaya zorlamak amacıyla yükümlülükler uygun davranılmadığı her bir gün için uygulanan ve böylece yükümlülük yerine getirilmedikçe ağırlaşan yaptırımlardır⁵⁸⁴. Kanun'da düzenlenen idari para cezaları, ihlal edilen maddenin hukuki niteliğine göre de sınıflandırılabilir. Nitekim Kanun'daki bazı cezalar davranış yükümlülüklerine (usul) aykırılık sebebiyle düzenlenmişken, diğerleri esasa ilişkin hükümlere aykırılık sebebiyle öngörülmüşlerdir.

b. Usule İlişkin Yükümlülükler Aykırılık Sebebiyle Uygulanan Yaptırımlar

(1) Anlık Para Cezaları

Kurulun klasik anlamda idari para cezası verme yetkisi Kanun'un 16'ncı maddesinde düzenlenmiştir. İlgili maddenin 1'inci fıkrasında düzenlenen cezalar, Kanun'un 4, 6 ve 7'nci maddelerine aykırı davranışlar sebebiyle değil, davranışsal yükümlülüklerin ihlal edilmesi sebebiyle verilmektedir. Bu sebeple bunlar, usule ilişkin eksikliklerden kaynaklanan anlık para cezaları olarak da adlandırılmaktadırlar⁵⁸⁵. Maddenin ilk fıkrasında muafiyet, menfi tespit ve izin başvurularında yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgi ya da belge verilmesi, izne tabi birleşmeler ve devralmaların Kurula bildirilmeden uygulamaya konulması, bilgi isteme ve yerinde inceleme hallerinde istenen bilgi ve belgelerin eksik, yanıltıcı ya da yanlış şekilde verilmesi, bunların süresinde veya hiç verilmemesi ve yerinde incelemenin zorlaştırılması halinde teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzel kişiler ile teşebbüs birlikleri ve bunların üyelerine verilecek cezalar düzenlenmiştir. Buna göre, ilk üç halin gerçekleşmesi halinde ilgili teşebbüsler, teşebbüs birlikleri ve bunların üyelerinin karar tarihinden önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun mümkün olmaması halinde karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurulca saptanacak yıllık gayri safi gelirlerinin (ciro) binde biri oranında idari para cezası verilecektir.

Yerinde incelemenin engellenmesi veya zorlaştırılması halinde ise aynı şekilde belirlenen cironun binde beşi oranında ceza verilecektir. Bahsi geçen hükümde ayrıca verilecek cezaların on bin Türk Lirasından az olamayacağı ve izne tabi olan birleşme ve devralmaların Kurula bildirilmemesi sebebiyle verilecek cezaların birleşmeler

⁵⁸⁴ Eğerci 211; İsmail Yılmaz Aslan 295.

⁵⁸⁵ Kaya 64.

bakımından her iki teşebbüse, devralmalar bakımından ise yalnız devralana uygulanacağı hüküm altına alınmıştır (RKHK m.16/1). Kanun'un anılan maddesinde 16/1'inci madde uyarınca verilecek cezaların 10.000 TL'den az olamayacağı öngörülmüşse de Kurul, Hazine ve Maliye Bakanlığının 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'un mükerrer 298'inci maddesinin B fıkrasına göre belirlediği değerlendirme oranı uyarınca, 01.01.2024 tarihinde yürürlüğe giren 2024/1 Sayılı Tebliğ ile verilecek cezaların alt sınırını 01.01.2024 ile 31.12.2024 tarihleri arasında 167.473 TL olarak belirlemiştir.

(2) Günlük Para Cezaları

Kanun'un 17'nci maddesinde teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin Kanun'da yer alan davranış yükümlülüklerine uymamaları sebebiyle verilecek cezalar öngörülmüştür. Ancak bunların, davranış yükümlülüğüne uymayan teşebbüs ve teşebbüs birliklerini cezalandırmaktan ziyade, bunları kanuni yükümlülüklerine uygun davranmaya zorlamak amacıyla ihdas edildikleri anlaşılmaktadır⁵⁸⁶. Nitekim bunlar tek bir ihlal için değil, ihlalin devam ettiği her gün için uygulanmakta, böylece medeni hukuktaki nafaka ödemeye zorlamak için uygulanan tazyik hapsine benzer bir durum ortaya çıkmaktadır. Bu cezaların düzenlenmiş olduğu 17'nci maddenin başlığı "nispi idari para cezası" olarak adlandırılmışsa da 16'ncı maddede düzenlenen idari para cezalarının da nispi olması karşısında ilgili başlığın yerinde olduğu söylenemez. Bu sebeple nispi idari para cezaları yerine süreli, zorlayıcı veya günlük para cezası gibi isimlerin verilmesi yerinde olarak önerilmiştir⁵⁸⁷.

Günlük para cezalarının düzenlenmiş olduğu 17'nci maddeye göre Kurul, teşebbüs ve teşebbüs birliklerine nihai veya geçici tedbir kararı ile getirilen yükümlülüklerine veya taahhütlere uyulmaması, yerinde incelemenin engellenmesi veya zorlaştırılması ile yerinde inceleme ve bilgi isteme yetkisi kapsamında istenen bilgi ve belgelerin ibraz edilmemesi hallerinde her gün için ayrı ayrı ceza verecektir. Verilecek ceza, ihlali gerçekleştiren teşebbüsler, teşebbüs birlikleri veya bunların üyelerinin karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan cirolarının, bunu hesaplamak mümkün olmazsa karar

⁵⁸⁶ Eğerci 295-296.

⁵⁸⁷ İsmail Yılmaz Aslan 295.

tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan cirolarının onbinde beşi oranında olacaktır (RKHK m.17/1).

Anılan Kanun hükmü uyarınca verilecek cezaların zaman itibariyle uygulanmasına yönelik bir düzenleme, hükmün 2'nci fıkrasında yer almaktadır. Buna göre, nihai veya geçici tedbir kararıyla getirilen yükümlülükler uyulmaması ve Kurulun istediği bilgi ve belgelerin verilmemesi hallerinde idari para cezası, kararda verilen sürenin dolmasından itibaren uygulanabilecektir. Kurulca getirilen yükümlülükler ile taahhütlere uyulması için yükümlülük getiren kararda herhangi bir sürenin belirlenmemiş olduğu hallerde süre, kararın ilgiliye tebliğ edildiği günü takip eden günden itibaren başlayacaktır. Bu durumda, taahhüt ve yükümlülüklerin yer aldığı kararın ilgiliye tebliğ edildiği günü takip eden günden itibaren idari para cezası da uygulanabilecektir. Yerinde incelemenin engellenmesi veya zorlaştırılması halinde ise idari para cezası, yerinde incelemenin engellendiği yahut zorlaştırıldığı günü takip eden günden itibaren verilebilir (m.17/2).

Günlük olarak uygulanan para cezaları ile ilgili olarak belirtilmesi gereken bir diğer husus, ilgililere bu cezaların uygulanmasının Kanun'un 16/1'inci maddesinde düzenlenen diğer cezaların da uygulanmasına engel olmadığıdır (RKHK m.17/1). Yani Kurul, muafiyet, menfi tespit ve izin başvurularında yanlış ya da yanıltıcı bilgi verilmesi, izne tabi birleşme ve devralmaların izin alınmaksızın gerçekleştirilmesi, bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerinin kullanılması durumunda eksik, yanlış ya da yanıltıcı bilgi veya belge verilmesi ya da belirlenen sürede veya hiç verilmemesi ve yerinde incelemenin engellenmesi veya zorlaştırılması hallerinde ayrıca 17/1'inci maddede öngörülen cezaları da verebilmektedir. Bu noktada, ceza hukukunun temel ilkeleri arasında kabul edilen “ne bis in idem” veya “non bis in idem” olarak adlandırılan ilkeye de değinmek gerekir. Bu ilke, kabaca bir kimsenin bir fiil sebebiyle birden çok kez yargılanamayacağı ve cezalandırılmayacağı biçimindeki kuralı ifade etmektedir⁵⁸⁸. Bu prensip, Anayasa ve kanunlarımızda doğrudan öngörülmüş değilse de Anayasamızın 36'ncı maddesinde ve AİHS'nin 6'ncı maddesinde öngörülmüş olan adil yargılanma hakkının bir uzantısı olarak değerlendirilmektedir. Ayrıca bu kural, Türkiye'nin de çekincesiz olarak imzalayıp onaylamış olduğu AİHS'ye ek 7 Numaralı Protokol'ün 4'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Anılan hükmün ilk fıkrasında hiç

⁵⁸⁸ Oğurlu 79.

kimsenin bir devletin ceza yargılaması usulüne ve kanunlara uygun olarak kesin bir hükümle mahkûm edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı aynı devletin yargısal yetkisi altındaki yargılama usulleri çerçevesinde yeniden yargılanamayacağı ve mahkûm edilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Hükümün lafzından bu hükümün salt ceza yargılamalarına mahsus olduğu anlaşılabilirse de daha evvel de ifade edilmiş olduğu üzere AİHM, bir olayda ceza yargılaması usulü uygulanıp uygulanmadığını yalnızca iç hukuktaki nitelendirmeye göre değil, ayrıca suçun niteliğine ve cezanın ağırlığına göre belirlemektedir⁵⁸⁹. Bu doğrultuda Mahkeme, birçok kararında disiplin cezalarını⁵⁹⁰ ve idari yaptırımları⁵⁹¹ da ceza olarak nitelendirmiştir. Dolayısıyla Rekabet Kurulu tarafından uygulanan idari para cezalarında da bu ilkenin uygulanmasına engel yoktur.

AİHM, ne bis in idem ilkesine ilişkin itirazlarda ceza verilmesine sebep olan fiilin tek bir fiil olup olmadığını değerlendirirken, suçların kurucu unsurlarının birbirinden farklı olup olmadığı ve cezaların amaçları arasındaki fark gibi unsurları değerlendirmektedir. Örneğin AİHM, yapmış olduğu bir incelemede vergi beyannamelerini zamanında vermediği için idari para cezası uygulanan ve hakkında vergi kaçakçılığı suçu sebebiyle ceza davası açılan başvurucunun “ne bis in idem” ilkesine aykırılık iddiasını, her iki suçun unsurlarının farklı olduğu ve bunların farklı amaçlara hizmet ettikleri gerekçesiyle kabul edilemez bulmuştur⁵⁹². AYM’nin de bu hususta yaptığı değerlendirmelerde AİHM’nin görüşünü benimsemiş olduğu görülmektedir⁵⁹³. Verilen bilgiler ışığında değerlendirilmesi gereken konu, Kurulun herhangi bir teşebbüs, teşebbüs birliği veya birliğin üyelerine yerinde incelemeyi engelledikleri ya da zorlaştırdıkları gerekçesiyle hem Kanun’un 16/1-d hem de 17/1-b

⁵⁸⁹ AİHM, 08.06.1976 T., Engel ve Diğerleri/Hollanda kararı, Başvuru Numarası: 5370/72 ; AİHM, 21.02.1984 T., Öztürk/Almanya kararı, Başvuru Numarası: 8544/79; AİHM, 10.06.1996 T., Benham/Birleşik Krallık kararı, Başvuru Numarası: 19380/92; AİHM, 28.06.1984 T., Campbell ve Fell/Birleşik Krallık kararı, Başvuru Numarası: 7819/77 (echr.coe.int).

⁵⁹⁰ AİHM, 08.06.1976 T., Engel ve Diğerleri/Hollanda kararı, Başvuru Numarası: 5370/72; AİHM, 09.10.2003 T., Ezeh ve Connors/Birleşik Krallık kararı, Başvuru Numarası: 39665/98 ve 40086/98 (echr.coe.int).

⁵⁹¹ AİHM, 25.07.1987 T., Luts/Almanya kararı, Başvuru Numarası: 9912/82; AİHM, 04.03.2008 T., Hüseyin Turan/Türkiye kararı, Başvuru Numarası: 11529/02 (echr.coe.int).

⁵⁹² AİHM, 14.09.1999 T. Ponsetti ve Chesnel/Fransa kararı, Başvuru Numarası: 36855/97 ve 41731/98 (echr.coe.int).

⁵⁹³ AYM, 27.03.2019 T. Ünal Gökpinar kararı, Başvuru Numarası: 2018/9115 (anayasa.gov.tr); Oğurlu 80.

maddeleri uyarınca ceza vermesinin ne bis in idem ilkesine aykırılık teşkil edip etmeyeceğidir. AİHM ve AYM'nin bu husustaki içtihatlarında belirlenen kıstaslar konuya uygulandığında, Kanun'un 16/1-d ve 17/1-b maddelerinde düzenlenen fiilin unsurlarının birebir aynı olduğu gözlenmektedir. Bununla birlikte, 16'ncı maddede düzenlenen kabahatin cezalandırma amacı taşıdığı, buna karşılık 17'nci maddede öngörülen kabahatin yerinde incelemeyi sağlamak için bir zorlama amacı taşıdığı, böylece bunların farklı amaçlarla ihdas edilmiş oldukları ifade edilebilir. Bunun gibi, 16'ncı maddede düzenlenen suçun yerinde incelemeye engel olunan veya zorlaştırılan ilk tarihteki fiil, 17'nci maddedeki suçun ise engelleme ve zorlaştırmanın devam ettiği tarihlerdeki fiiller için uygulandığı, böylece cezalandırılan fiillerin aynı olmadığı da ifade edilebilir. Özellikle AİHM'nin vergi idaresince kendisinden talep edilmesine rağmen belgeleri ibraz etmeyen başvuru hakkında dört kez disiplin cezası uygulanmasının ne bis in idem kuralına aykırılık teşkil edip etmediğini incelediği kararında, Mahkemenin ilk cezanın başvuranın bilgi vermeyi reddettiği için, sonraki cezaların ise bu hukuka aykırılığı devam ettirdiği için verilmiş olması, ayrıca cezaların farklı tarihlerde verilmiş olması ve böylece cezaya konu davranışların zaman ve içerik bakımından farklı olması gerekçesiyle bu kuralın ihlal edilmediği sonucuna vardığı düşünüldüğünde, Kurulun 16 ve 17'nci maddeler uyarınca vereceği cezaların da ne bis in idem kuralına aykırılık oluşturmayacağı ifade edilebilir⁵⁹⁴. Ancak, yerinde incelemenin ilk kez engellendiği veya zorlaştırdığı tarih esas alınarak iki idari para cezasına karar verilmesinin bu prensibe aykırı olacağı söylenebilir. Bu halde Kurulun, ilk ihlal için Kanun'un 16'ncı maddesine göre, daha sonraki ihlaller için ise 17'nci maddesine göre ceza uygulaması bu ilkenin uygulanması açısından daha sıhhatli olacaktır.

Son olarak, bilindiği üzere yerinde incelemenin engellenmesi ya da engellenme olasılığının bulunması halinde bu yetki, Kanun'un 15/3'üncü maddesi uyarınca mahkeme kararı ile birlikte cebri olarak kullanılabilir, yani Kurul tarafından görevlendirilen uzmanlar gerektiğinde kolluk görevlileri eşliğinde teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin mal varlığı üzerinde inceleme yapılabilirler. Yerinde inceleme yetkisinin mahkeme kararı ile birlikte gerçekleştirilmesi durumu, Kanun'un 16/2'nci

⁵⁹⁴ AİHM, 03.08.2003 T., J.B./İsviçre Kararı, Başvuru Numarası: 31827/96 (echr.coe.int).

maddesi uyarınca 16 ve 17'nci maddelerde yerinde incelemenin engellenmesi veya zorlaştırılması sebebiyle öngörülen idari para cezalarının uygulanmasını engellemez.

(3) Muhatabı

Yerinde incelemenin engellenmesi veya zorlaştırılması sebebiyle uygulanacak yaptırımlar bakımından tartışılması gereken bir konu, bu yaptırımların kimlere karşı uygulanacağıdır. Bilindiği üzere, Kanun'un 15'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında ilgililer yerinde inceleme esnasında istenen bilgi, belge ve sair vasıtaların örneklerini vermekle yükümlü kılınmışlardır. Daha önce de değinilmiş olduğu üzere ilgili kelimesi sözlükte "ilgilenmiş olan, ilgisi bulunan, alakadar, müntesip" olarak tanımlanmıştır. Sözü geçen sözlük tanımı göz önüne alındığında teşebbüsler ile herhangi bir şekilde ilgisi olan bütün bireylerin bu yükümlülüğe tabi olduğu anlaşılabilir, örneğin, teşebbüste bulunup herhangi bir sözleşmeye dayanan veya dayanmayan güvenlik görevlisi, aşçı gibi personelin de istenen bilgi ve belgeleri vermekle yükümlü olduğu düşünülebilir. Bununla birlikte, teşebbüste bulunan herkesin istenen bilgi ve belgeleri temin ve teslim etmek için yetkiye ve bilgiye sahip olamayacağı düşünüldüğünde yetki ve bilgiye sahip olmayan personelin bu yükümlülüğe tabi olmaması gerektiği ifade edilmelidir. Zira ceza sorumluluğunda kusurun varlığı esas olduğundan, istenen bilgi ve belgeleri ve nerede olduklarını bilmeyen ve bilmesi kendilerinden beklenmeyecek olan teşebbüs veya teşebbüs birliği personeli hakkında ceza verilmesi de mümkün olmayacaktır⁵⁹⁵. Öte yandan Kanun, Kurula yalnızca Kanun'un 4, 6 ve 7'nci maddelerinin ihlali halinde teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin yöneticilerine ve çalışanlarına yaptırım uygulama yetkisi vermiş olup, bu yetki yerinde incelemenin engellenmesi veya zorlaştırılması sebebiyle kullanılamayacak ve dolayısıyla ilgililer hakkında yaptırım uygulanamayacaktır.

Yerinde inceleme esnasında ilgililerin eksik, yanlış ya da yanıltıcı bilgi ve belge vermeleri, bilgi ve belgeleri belirlenen süre içerisinde ya da hiç vermemeleri halinde bu kimselere yaptırım uygulanamayacağına göre, bu yaptırımların teşebbüslere, teşebbüs birliklerine ya da birliğin üyelerine uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmalıdır. Nitekim Kanun'da 14'üncü ve 15'inci madde kapsamında istenen bilgi

⁵⁹⁵ Danıştay, 13. D. 19.09.2022 T., 2022/2087 E., 2022/3198 K. sayılı ilamı (Lexpera).

ve belgelere yanlış, yanıltıcı veya eksik cevap vermek, belirlenen süre içerisinde veya hiç cevap vermemek biçimindeki eylemler kabahat olarak sayılmış, bu kabahatlerin işlenmesi durumunda teşebbüsler, teşebbüs birlikleri ve bunların üyeleri hakkında idari para cezaları öngörülmüştür. Kanaatimizce, personelin, ilgili teşebbüs ile teşebbüs birliğinin üzerinde kontrolünün olmadığı eylemleri sebebiyle teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin sorumlu tutulması güçtür. Nitekim Anayasa'nın 38/7'nci maddesinde ceza sorumluluğunun şahsi olduğu açıkça belirtilmiş ve cezalar arasında idari veya adli niteliklerine göre bir ayırım yapılmamıştır. Bu halde, ilgili Anayasa hükmünde yer alan ilkenin idari para cezaları hakkında da uygulanacağı ifade edilmelidir⁵⁹⁶.

Her ne kadar Kabahatler Kanunu'nun 8'inci maddesinde tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen kişinin bu görevi kapsamında işlemiş olduğu kabahatten dolayı tüzel kişi hakkında da idari yaptırım uygulanabileceği hususunun düzenlendiği söylenebilir de bu hükmün cezaların şahsiliği ilkesini düzenleyen Anayasa hükmüne aykırı olduğu açıktır⁵⁹⁷. Öğretide cezaların şahsiliği ilkesinin idare hukuku alanında mutlak surette uygulanmadığı, nitekim 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu'nun 8'inci maddesinde organ veya temsilcinin yahut bunlardan olmamakla beraber, bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen kişilerin bu göreve göre işledikleri kabahatlerden dolayı tüzel kişilere yaptırım uygulanabileceğine ilişkin bir kuralın öngörülmüş olduğu ifade edilmektedir⁵⁹⁸. Kabahatler Kanunu'nun bahsi geçen

⁵⁹⁶ AYM, 15.03.2012 T., 2011/105 E., 2012/38 K. sayılı ilamı; AYM, 11.09.2014 T., 2014/52 E., 2014/139 K. sayılı ilamı (anayasa.gov.tr); Danıştay 6. D. 28.06.2022 T., 2022/1293 E., 2022/7523 K. sayılı ilamı (Lexpera).

⁵⁹⁷ AYM, 24.03.2022 T., 2019/116 E., 2022/34 K. sayılı ilamı: AYM, belediyeden izin veya ruhsat almaksızın belediye sınırlarında ticari amaçlı yolcu taşıyan kişiye, araç sahibine, bağlı olduğu durak, işyeri ve işletmelerin sorumlularına idari para cezası verilmesine ilişkin 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun ek 2'nci maddesinin üçüncü fıkrasının iptali istemiyle önüne gelen bir davada kurala aykırı davranan araç sürücüsünün kendi kusurlu fiili ile kabahat işlediği, bu kişilerin araçta yasal izin ve ruhsatların bulunup bulunmadığını bilebilecekleri ve kontrol edebilecekleri gerekçesiyle cezaların şahsiliği ilkesine bir aykırılık görmemiştir. Buna karşılık Mahkeme, ilgili maddenin araç sahibi bakımından da sorumluluk öngörmüş olduğunu, ancak araç sahibi olan kişinin kusurlu hareket edip etmediğinin değerlendirilmediği, araç sahibinin araç sürücüsünün belgesiz olarak ticari amaçlı yolcu taşımacılığı yapmasına izin verip vermediği değerlendirilmeden idari yaptırım uygulandığını, bu durumun ise işlemediği bir fiilden dolayı araç sahibine yaptırım uygulanmasına neden olabileceğini ifade etmiş, bu durumun ise cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olduğuna hükmetmiştir (anayasa.gov.tr).

⁵⁹⁸ Uran 85; Oğurlu 56.

hükmünde ayrıca temsilci sıfatıyla hareket eden kimsenin temsilci sıfatıyla bağlantılı olarak işlemiş olduğu kabahatten dolayı temsil edilen gerçek kişiye de yaptırım uygulanabileceği, gerçek kişiye ait bir işte çalışan kişinin bu faaliyeti dolayısıyla işlemiş olduğu kabahatten dolayı iş sahibi kişi hakkında da idari yaptırım uygulanabileceği ve hatta tüzel kişinin organı veya temsilcisi ile gerçek kişi iş sahibinin temsilcisi sıfatı geçersiz bir hukuki işleme dayansa dahi temsil edilen kimselere idari yaptırım uygulanabileceği düzenlenmiştir.

Burada Danıştay'ın Kabahatler Kanunu'nun 8'inci maddesine değinmiş olduğu bir karardan söz edilmesi gerekir. İlgili kararda Danıştay⁵⁹⁹, Kanun'un 8'inci maddesi ile aynı sorumluluk esasının belirlenmiş olduğu 6362 Sayılı Kanun'un 103/2'nci maddesi hakkında bu kuralların kusuru bulunan, yani kabahat işlemiş organ veya temsilcinin davranışından dolayı tüzel kişiliğin sorumluluğu hususunu düzenlediğini, tüzel kişinin kabahati nedeniyle kusuru bulunmayan organ veya temsilcinin objektif sorumluluk esasına göre cezalandırılmasına imkân vermediğini, zaten bu yöndeki bir kuralın ya da mevcut bir kurala bu yönde getirilen bir yorumun kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesini de kapsayan cezaların şahsiliği ilkesi ile bağdaşmayacağından Anayasa'ya aykırı olacağını belirtmiştir. Aynı kararda, bu sorumluluk esasını uyarınca organ, temsilcilik ilişkisi veya hizmet ilişkisi çerçevesinde bir özel hukuk tüzel kişisi adına hareket eden kişinin idari yaptırım gerektiren bir fiil işlemesi durumunda, öncelikle fiili işleyen gerçek kişinin kendisi hakkında ve ayrıca adına hareket ettiği tüzel kişi hakkında ceza uygulanması gerekir ifadelerine yer vermiştir.

Danıştay'ın ilgili karardan anlaşıldığı üzere, Kabahatler Kanunu'nun 8'inci maddesi sebebiyle tüzel kişiler bakımından doğacak sorumluluk, ancak tüzel kişinin organı veya temsilcilik veya hizmet ilişkisi sebebiyle tüzel kişi adına hareket eden bir kimsenin kusuru ile kabahat işlemesi halinde söz konusu olabilecektir. Bu halde, kabahatin ne anlama geldiğinden söz edilmelidir. Kabahat, kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlıktır (Kabahatler Kanunu m.2). Bununla birlikte, RKHK'nin idari yaptırımları öngörmüş olduğu 16'ncı ve 17'nci maddelerinde teşebbüs niteliği taşımayan bireyler açısından herhangi bir yaptırım öngörülmüş değildir. Bu halde, Kabahatler Kanunu bakımından, teşebbüslerin, teşebbüs birliklerinin ve bunların üyelerinin personelinin yerinde incelemenin yapılmasına

⁵⁹⁹ Danıştay, 13. D. 19.09.2022 T., 2022/2087 E., 2022/3198 K. sayılı ilamı (Lexpera).

yardımcı olmaması, yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgi vermesi ya da hiç bilgi vermemesi kabahat teşkil etmez. Bu kabahat, ancak teşebbüsler, teşebbüs birlikleri ve bunların üyeleri hakkında söz konusudur. Hal böyleyken, muhataplar teşebbüslerde çalışan personele, yerinde inceleme sırasında istenen bilgi ve belgeleri eksik, yanlış ya da yanıltıcı olarak vermesi veya hiç vermemesi halinde bir idari yaptırım uygulanamayacağından bunların bir kabahat işlemesi de söz konusu olmayacaktır ve bu sebeple de bu kimselerin eylemleri nedeniyle muhatap teşebbüslerin sorumlu tutulması olanaksızdır. Bu görüş, Kurulun hareket alanının ve yetkilerinin oldukça daraltılabileceği gerekçesiyle eleştirilebilir. Buna karşılık, gerekli kanuni düzenlemelerle, örneğin, kanunlarla teşebbüslere bir temsilci belirtme ve yerinde inceleme sırasında yetkili bir temsilci bulundurma yükümlülüğü getirilmesi ve bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinin yerinde incelemenin engellenmesi olarak kabul edileceğine ilişkin bir hüküm eklenmesi halinde Kurulun yetkisi kısıtlanmamış olacaktır. Böyle bir düzenleme yapılması halinde, yerinde inceleme aşamasının ardından kişilerin ilgili veya yetkili olmadığı yönündeki itirazların ve tartışmaların da önüne geçilebileceği kanaatindeyiz.

Kanun'da teşebbüs ve teşebbüs birliklerine yerinde inceleme esnasında yetkili temsilci bulundurma yükümlülüğü öngörülmemişse de daha evvel de ifade etmiş olduğumuz üzere uygulamada rekabet uzmanları, yerinde inceleme yapmak için teşebbüs ve teşebbüs birliklerine geldiklerinde teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin sahiplerini ya da yetkililerini teşebbüslerden organizasyon şeması talep ederek tespit etmekte, bunları duruma göre teşebbüse davet etmekte ve bilgi ve belgelere uzaktan erişim talep etmektedirler. Teşebbüs sahibi veya yetkilisinin bu talepleri yerine getirmemesi halinde ise yerinde incelemenin zorlaştırıldığı veya engellenmiş olduğu kabul edilmekte, böylece yetkili olmayan personelin eylemleri sebebiyle teşebbüs ve teşebbüs birliklerine yaptırım uygulanması engellenmektedir.

c. Esasa İlişkin Yükümlülükler Aykırılık Nedeniyle Uygulanan Yaptırımlar

Kanun'un 16'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasında Kanun'un esasa ilişkin yükümlülüklerinin ihlal edilmesi halinde verilecek cezalar düzenlenmiş olup, bunlara esasa ilişkin cezalar adı verilebilir⁶⁰⁰. İlgili maddeye göre, rekabeti sınırlayıcı anlaşma, eylem ve kararları gerçekleştiren, hakim durumunu kötüye kullanan ve izne tabi olan birleşme ve devralmaları Kurula bildirmeyen teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzel kişiler ile teşebbüs birlikleri veya bunların üyelerine nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunu hesaplamanın mümkün olmadığı hallerde karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak yıllık cirolarının yüzde onuna kadar idari para cezası verilecektir (m.16/3). İlgili maddenin üçüncü fıkrasında teşebbüslere, teşebbüs birliklerine veya bunların üyelerine esasa ilişkin yaptırımların uygulanması halinde, ihlalin gerçekleşmesinde etkisi saptanan teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticilerine ya da çalışanlarına teşebbüs veya teşebbüs birliğine uygulanan cezanın yüzde beşine kadar ceza uygulanacağı öngörülmüştür (m.16/4).

Kurulun esasa ilişkin yasaklar sebebiyle vereceği cezalar rekabet ihlaline, hâkim durumun kötüye kullanılmasına ve hukuka aykırı olan birleşme ve devralma işlemlerinin varlığına dayandığından, bunlar hakkında ancak soruşturma yürütülmesinin ardından nihai karar ile ya da tarafların uzlaşma kapsamında ihlalin varlığını ve kapsamını kabul etmeleri ile birlikte idari para cezası verilebilir⁶⁰¹. Nitekim rekabet ihlalinin olup olmadığının tespiti bir nihai karar olduğundan, yaptırım da içeren bu karar Kanun'un 48/2'nci hükmü uyarınca ancak soruşturma safhasının bitiminden sonra 30 gün içinde verilebilecektir. Aksi hal, tarafların savunmalarının alınmaması sonucunu da doğuracağından hukuka aykırı olacaktır. Zira Danıştay da Kurulca uygulanan idari para cezasını, soruşturma yapılmadan, yalnızca önaraştırma aşamasında elde edilen kanaatler uyarınca ve ilgili teşebbüse savunma hakkı kullandırılmadan verilmiş olması sebebiyle hukuka aykırı bulmuş ve davacı teşebbüsün imzalamış olduğu sözleşmelerin rekabet ihlaline neden olan bir anlaşmayı

⁶⁰⁰ Kaya 64.

⁶⁰¹ Eğerci 220; Danıştay 10. D. 25.09.2002 T., 2001/2814 E., 2002/3262 K., sayılı ilamı; Danıştay 10. D. 13.11.2002 T., 2000/60900 E., 2002/4347 K. sayılı ilamı (nakleden: Eğerci 220).

oluşturduğunun ancak Kanun'da öngörülen idari usul kurallarının uygulanması sonucunda verilecek nihai kararlar mümkün olacağına hükmetmiştir⁶⁰².

Öğretide, rekabet ihlali saptandığı her durumda Kurulca idari para cezası verilmediği, nitekim potansiyel olarak rekabeti sınırlayıcı olan ancak rekabeti sınırlayıcı fiili etkileri doğurmamış bir anlaşmaya para cezası verilmesi gerekmediği, bu sebeple Kurulun ihlal halinde idari para cezası vermek zorunda olmadığı da öne sürülmüştür⁶⁰³. Buna karşılık, Kanun'un 16'ncı ve 17'nci maddelerinde para cezasının verilebileceğinin değil verileceğinin düzenlenmiş olması, bu hususta idareye bir takdir yetkisi tanınmış olmadığını göstermektedir. Kurulun ihlalin gerçekleşmesi halinde Kanun'da öngörülen para cezasını vermekten başka olanağı yoktur. Kurul, vereceği cezalarda yalnızca Kanun'un 16/6 ve 16/7'nci hükümleri uyarınca işbirliğinin mevcut olması halinde indirim yapabilir veya ceza vermeyebilir. Kanun'un 16 ve 17'nci maddelerinin emredici lafzı, 4'üncü maddede yer alan ihlalin gerçekleşmesi için bir zararın doğmasının gerekmediği, aksine "rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacı taşıyan veya bu etkiyi doğurabilecek", 6'ncı maddede yer alan "rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler" ve 7'nci maddedeki "rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucu doğuracak" şeklindeki ibareler Kanun'un zarardan ziyade tehlikeyi önlemek amacıyla kaleme alınmış olduğunu göstermektedir. Nitekim Danıştay da bir kararında Kanun'un 4'üncü maddesinde yasaklanan anlaşmaların sadece amacının rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama olması halinde bahse konu anlaşmaların hukuka aykırı olması için yeterli olduğunu ve bu anlaşmalar sonucunda bir zararlı bir sonucun doğmasının şart olmadığını vurgulamıştır⁶⁰⁴.

RKHK'nin hükümleri ile ilgili Danıştay kararı bir arada değerlendirildiğinde, Kurulun zarar doğursun ya da doğurmasın, fiili etkilerini gösterebilir ya da göstermesin Kanun'un 16 ve 17'nci maddelerini uygulamakla yükümlü olduğu açık olup, bu hususta bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Bununla birlikte Kurul, yaptığı soruşturmanın neticesinde bazen rekabeti sınırlayıcı eylem veya işlemin fiili etkilerinin görülmediğinden bahisle ceza uygulamamış, bazen fiili etkileri görülmeyen eylem ve

⁶⁰² Danıştay 10. D. 09.03.2004 T., 2001/2815 E., 2004/2387 K. sayılı ilamı; Danıştay 13. D., 19.04.2005 T., 2005/161 E., 2005/2120 K. sayılı ilamı (Lexpera); Akıncı, Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, 237.

⁶⁰³ İsmail Yılmaz Aslan 289; Eğerci 220.

⁶⁰⁴ Danıştay 13. D., 25.02.2016 T., 2011/2188 E., 2016/472 K. sayılı ilamı (rekabet.gov.tr).

işlemler hakkında ceza uygulamış, hatta uygulanması mümkün olmayan bir fiyat tespiti hakkında, böyle bir hükmün rekabeti sınırlama ihtimalinin var olması sebebiyle para cezası uygulamıştır⁶⁰⁵. Biz yukarıda belirtmiş olduğumuz gerekçelerle, Kurulun, Kanun'un 16 ve 17'nci maddelerini uygulayıp uygulamamak bakımından hiçbir takdir yetkisine sahip olmadığı, koşulların oluşması halinde bu cezaları uygulamakla yükümlü olduğu ve aynı konuda birbirinden farklı kararlar vermesinin hukuki belirlilik ilkesine aykırı olduğu kanaatindeyiz.

(1) Belirlenmesi

Esasa ilişkin yükümlülüklerin ihlali nedeniyle uygulanacak para cezaları bakımından üst sınır Kanun'da belirlenmiştir. Kanun'da teşebbüs, teşebbüs birlikleri ile bu birliklerin üyeleri hakkında uygulanacak cezalar bakımından öngörülen üst sınır, bunların karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanmasının mümkün olmadığı hallerde nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurulca saptanacak yıllık gayri safi gelirlerinin, yani herhangi bir gider kalemi hesaba katılmaksızın edindikleri bütün gelirin yüzde 10'udur. Esasa ilişkin cezaların teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticilerine veya çalışanlarına uygulanması halinde ise üst sınır, teşebbüs veya teşebbüs birliğine verilen cezanın yüzde 5'i olarak belirlenmiştir. Görüldüğü üzere, Kanun'da esasa ilişkin yükümlülüklerin ihlali için öncelikle ilgili teşebbüs, teşebbüs birliği veya birlik üyelerinin karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan cirosunun veya bunun mümkün olmaması halinde ise karar tarihine en yakın cirosunun belirlenmesi gerekmektedir. Bunun gibi, Kanun'da esasa ilişkin cezalar hakkında bir alt sınır da belirlenmemiş olduğundan cezaların hangi esaslar uyarınca belirleneceği, artırılacağı ve azaltılacağı hususlarının tespit edilmesi hukuki belirlilik ilkesi açısından önem arz etmektedir. Önemine binaen tüm bu hususlar Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'te (Ceza Yönetmeliği) düzenlenmiştir.

⁶⁰⁵ Rekabet Kurulu, 07.03.2019 T, 19-11/129-56 sayılı kararı; Rekabet Kurulu, 09.07.2003 T., 03-49/556-241 sayılı kararı; Rekabet Kurulu, 18.02.2003 T., 03-10/114-52 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

(a) Temel cezanın belirlenmesi

Temel cezanın belirlenmesine ilişkin esaslar Ceza Yönetmeliği'nin 5'inci maddesinde düzenlenmiştir. İlgili hükme göre temel para cezasının hesaplanmasında teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin nihai karar tarihinden bir önceki mali yıl sonunda oluşan, bunun mümkün olmaması halinde ise karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan cirolarının; karteller için yüzde 2'si ile yüzde 4'ü oranında, diğer ihlaller için ise binde 5'i ile yüzde 3'ü arasında bir oran esas alınır. Esas alınacak bu oranlar, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlal ile gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi unsurlar dikkate alınarak tespit edilecektir. Bu esaslara göre belirlenen miktar, ihlalin 1 yıl ile 5 yıl arasında sürmesi halinde yarısı oranında, 5 yıldan uzun sürmesi halinde ise bir katı oranında artırılacak, böylece temel ceza belirlenmiş olacaktır. İhlalin süresinin tespitinde Kurul, elde ettiği delillerin, örneğin yazışmaların tarihlerini esas almaktadır⁶⁰⁶. Böylece temel ceza belirlenmiş olmaktadır.

(b) Cezayı ağırlaştırıcı sebepler

Kanun'da esasa ilişkin cezalar bakımından kesin bir meblağdan ziyade üst sınır belirlenmiş olduğundan, Kurul, bu maddelere göre uygulayacağı para cezasının miktarını belirlemede üst sınırı aşmamak kaydıyla takdir yetkisine sahiptir. Bununla birlikte Kurul, para cezasının miktarını belirlerken çeşitli şartları göz önünde bulundurmak zorundadır. Nitekim Kanun'un 16/5'inci maddesinde Kurulun esasa ilişkin yaptırımlar uygularken Kabahatler Kanunu'nun 17/2'nci fıkrası bağlamında ihlalin tekrarı, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlalin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması ve gerçekleşen veya potansiyel zararın ağırlığı gibi hususları dikkate alacağı hususu öngörülmüştür⁶⁰⁷. Ayrıca RKHK'de açıkça belirtilmemiş olmasına karşın, Kabahatler Kanunu'nun 17/2'nci maddesine yapılan atıf karşılığında ve bu kanunun idari yaptırım uygulanması öngörülen eylemlerin, yani kabahatlerin çerçeve kanunu olması dolayısıyla teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin ihlali

⁶⁰⁶ Rekabet Kurulu, 25.04.2022 T., 22-19/310-135 sayılı kararı; Rekabet Kurulu, 05.01.2023 T., 23-01/12-7 sayılı kararı; Rekabet Kurulu, 12.01.2023 T., 23-03/29-12 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

⁶⁰⁷ Eğerci 212.

gerçekleştirmedeki kusurlarının da dikkate alınması gerekir⁶⁰⁸. Cezanın belirlenmesine esas olacak bu ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenler Ceza Yönetmeliği'nde detaya ve açıklığa kavuşturulmuştur.

Ceza Yönetmeliği'nin 6'ncı maddesinde ihlalin tekrarı, soruşturma kararının tebliğinden sonra ihlale son verilip verilmemesi, verilen taahhütlere uyulmaması, incelemeye yardımcı olunmaması ve diğer teşebbüslerin de ihlale zorlanması halleri ağırlaştırıcı haller olarak sıralanmıştır. Bu hallerin ağırlaştırıcı sebep olarak kabul edilmesinin nedeni ise rekabet ihlalinin gerçekleşmesindeki kastın yoğunluğu ve meydana getirdiği zararın büyüklüğüdür. Yönetmelik'te yalnızca ağırlaştırıcı sebeplere yer verilmekle kalınmamış, ayrıca bu sebeplerin varlığı halinde uygulanacak ceza artırımı oranları da öngörülmüştür. Buna göre, ihlalin tekrarı halinde her bir tekrar için, soruşturma kararının tebliğinden sonra karteğe devam edilmesi halinde belirlenen temel para cezası yarısından bir katına kadar artırılabilecektir. Ayrıca temel para cezası, verilen taahhütlere uyulmaması halinde yarısından bir katına kadar, incelemeye yardımcı olunmaması halinde yarısına kadar, diğer teşebbüslerin ihlale zorlanması halinde ise dörtte bir kadar artırılabilir.

Kanun'da cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren bir sebep olarak düzenlenen tekrarı, bir teşebbüsün bir ihlal sebebiyle cezalandırılmasının ardından aynı ihlal sebebiyle yeniden cezalandırılması hali olarak açıklanabilir⁶⁰⁹. Ancak tekrarı sebebiyle cezanın ağırlaştırılmasının ne zaman mümkün olacağı, bir başka deyişle tekrarı ne zaman gerçekleşmiş sayılacağı hususu belirli değildir. Tekrarı sebebiyle cezanın ağırlaştırılması için önceki yaptırım kararının mahkeme yolları tüketilerek kesinleşmesi mi gerekecektir yoksa idari kesinlik yeterli kabul edilecek midir? Kurul kararları incelendiğinde bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanması için kanun yollarının tüketilmesinin gerekmediği anlaşılmaktadır. Zira Kurul, yürüttüğü bir soruşturmada ilgili teşebbüsün daha evvel verilen yaptırım kararının kesinleşmediği ve dolayısıyla tekrarı sebebiyle cezanın artırılamayacağına ilişkin iddialarını RKHK'nin 55'inci maddesi uyarınca Kurul kararlarının uygulanması için kesinleşmesinin gerekmediği ve tekrarı hükümlerinin uygulanması bakımından yargısal kesinlik aranmadığı

⁶⁰⁸ İsmail Yılmaz Aslan 290.

⁶⁰⁹ Gürkaynak 525.

gerekçesiyle reddetmiştir⁶¹⁰. Danıştay'ın da aynı görüşü paylaştığı anlaşılmaktadır⁶¹¹. Soruşturma kararının tebliğinden sonra karteğe devam edilmesi biçimindeki ağırlaştırıcı sebebe kararlarda sık rastlanmasa da Kurul, bir kararında bu hususu dikkate alarak ağırlaştırıcı unsur olarak değerlendirmiş ve teşebbüse uygulanan idari para cezasını ağırlaştırmıştır⁶¹².

(c) Cezayı hafifletici sebepler

Kanun'un 16'ncı maddesinin 6'ncı ve 7'nci fıkralarıyla Kurula, verilecek bazı para cezalarında indirim yapma veya ceza vermeme ile bunlara ilişkin şartları belirleme yetkisi tanınmıştır. Bu yetki doğrultusunda Kurul, esasa ilişkin yükümlülüklerin ihlali dolayısıyla teşebbüslere, teşebbüs birliklerine, bunların yöneticilerine veya çalışanlarına vereceği cezalarda, bunların rekabet ihlallerinin ortaya çıkarılması için işbirliği yaptığı hallerde işbirliğinin niteliği, etkili olup olmadığı ve zamanlaması gibi hususları dikkate alarak ve gerekçesini açıkça göstererek cezalarda indirim yapabileceği gibi hiç ceza da vermeyebilir (m.16/6). Aktif işbirliğinin şartları, aktif işbirliği yapılması halinde yapılacak ceza indirimi veya hiç ceza verilmemesine ilişkin usul ve esaslar ise Pişmanlık Yönetmeliği adı da verilen Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yönetmelik'te düzenlenmiştir. Ayrıca Ceza Yönetmeliği'nde de bazı hafifletici unsurlar öngörülmüştür.

Ceza Yönetmeliği'nin 7'nci maddesinde yasal yükümlülüklerin yerine getirilmesi dışında incelemeye yardımcı olunması, ihlalde diğer teşebbüslerin veya kamu otoritelerinin zorlamasının bulunması, zarar görenlere tazminat ödenmesi, diğer ihlallere son verilmesi, ihlal konusu faaliyetin yıllık ciro içindeki payının oldukça düşük olması, kartellerin ve diğer rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların ortaya çıkarılmasında Kurum ile işbirliği yapılması hallerinde uygulanacak ceza indirimleri düzenlenmiştir. Bu durumlardan ilki, teşebbüslerin yapılan soruşturma kapsamında Kurulun yetkilerini kullanmaları için kolaylık göstermeleri, örneğin yerinde incelemeye mukavemet göstermemeleri halinde söz konusu olmayıp, ilgili halden

⁶¹⁰ Rekabet Kurulu, 12.11.2020 T., 20-49/675-295 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

⁶¹¹ Danıştay 13. D., 12.09.2011 T., 2011/2383 E., 2011/3671 K. sayılı ilamı (Lexpera).

⁶¹² Rekabet Kurulu, 03.11.2009 T., 09-51/1245-314 (Nakleden: Gürkaynak 527-528).

maksat Kurulun kolaylıkla erişemeyeceği bilgi ve belgelerin teşebbüslerce sunulması veya rekabet ihlallerinin ortaya çıkarılması için işbirliği yapılması gibi hallerdir⁶¹³.

İkinci durumda ise teşebbüslerin veya kamu kuruluşlarının ihlali gerçekleştiren teşebbüsleri belirli bir davranışta bulunmaya zorlamaları, böylece iradelerinin sakatlanması ve kusurluluğun azalması sebebiyle indirim yapılmaktadır. Bu hale örnek olarak, teşebbüslerin katıldıkları bir süt ihalesinde bir bakanlığın talebi üzerine fiyatları tespit ettikleri ve toplam miktarın paylaşıldığı gerekçesiyle rekabet ihlali kararı veren ancak bu durumu hafifletici neden olarak kabul eden Kurul kararı gösterilebilir⁶¹⁴. İlgili yönetmelik hükmünde yer verilen diğer ihlallere son verme biçimindeki hafifletici sebebe de Kurul kararlarında rastlamak mümkündür. Örneğin Kurul, yapmış olduğu bir incelemede⁶¹⁵ Zeytinburnu liman işletmesi olan teşebbüsün bir başka teşebbüsün limanda barınma, ofis ve otopark hizmeti alma taleplerini reddettiği, ayrımcı fiyat uygulaması yaptığı, bu uygulamalarla şikâyetçi teşebbüsün piyasadaki faaliyetlerini zorlaştırdığı ve böylece hâkim durumunu kötüye kullandığı gerekçesiyle liman işletmecisi teşebbüsün RKHK'yi ihlal etmiş olduğuna karar vermiştir. İlgili kararda liman işletmecisi teşebbüsün diğer teşebbüslerin barınma sorununu ortadan kaldırmak için idareye başvuru yapması neticesinde 22 ile sınırlandırılmış olan bot sayısı 25 tekneye çıkarılmış ve bir başka iskelenin de acente botları için barınma/bağlama yeri olarak kullanılabileceği anlaşılmıştır. Liman işletmecisi teşebbüs, idarenin ilgili kararından sonra talep sahiplerine durumu ihtarname göndermek suretiyle bildirmiştir. Kurul, ilgili kararında liman işletmesi teşebbüsün anılan eylemleri ile soruşturma konusu barınma sorununa çözüm üretme bakımından aktif bir gayet içerisine girdiğini tespit etmiş ve bu girişimlerin hafifletici unsur olarak dikkate alınmasına karar vermiştir.

Cezanın tayininde dikkate alınacak bir diğer hafifletici unsur, ihlal konusu faaliyetin yıllık ciro içindeki payının oldukça düşük olmasıdır. Bu unsurla, rekabet ihlali sonucunda büyük kar etmemiş yahut zarar meydana getirmemiş olan teşebbüslerin bütün gelirleri ele alınarak ölçsüz bir cezanın verilmemesinin amaçlandığı

⁶¹³ Rekabet Kurulu, 05.01.2023 T., 23-01/12-7 sayılı kararı; Rekabet Kurulu, 20.08.2014 T., 14-29/613-266 sayılı kararı; Rekabet Kurulu, 11.08.2014 T., 14-27/556-239 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

⁶¹⁴ Rekabet Kurulu, 19.01.2004 T., 04-05/54-15 sayılı kararı; Aynı yönde: Rekabet Kurulu, 11.04.2019 T., 19-15/214-94 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

⁶¹⁵ Rekabet Kurulu, 24.06.2021 T., 21-32/420-212 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

anlaşılmaktadır. Kurul kararlarında bu hafifletici unsura da sık rastlanmaktadır. Örneğin Kurul, maya üreticilerinin aralarında anlaşarak yaş mayalar bakımından fiyat tespiti yapmış oldukları iddiasını değerlendirmiş olduğu bir kararında soruşturmanın taraflarının gelirlerinin önemli bir kısmının ihracat gelirlerinden oluştuğu gerekçesiyle cezada 2/5 indirim uygulamıştır⁶¹⁶.

Nihayet Yönetmelik'in 8'inci maddesinde Kanun'un 16/4'üncü maddesi uyarınca teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin yönetici ve çalışanlara verilecek cezaların temel miktarı ile cezasızlık ve cezada indirim yapılmasını gerektiren sebepler düzenlenmiştir. İlgili hükme göre, kartelde belirleyici etkisi saptanan yönetici ve çalışanların her birine ayrı ayrı olmak üzere ve aktif işbirliği yapıp yapılmadığı gibi hususlar dikkate alınarak teşebbüse verilen cezanın yüzde üçü ile beşi arasında bir ceza verilir. Kartellerin ortaya çıkarılması için Kurum'la işbirliği yapan yönetici ve çalışanlara Aktif İşbirliği Yönetmeliği çerçevesinde para cezası verilmez ya da cezası indirilir. Kartel dışındaki rekabet ihlallerinde belirleyici etkisi saptanan yönetici ve çalışanlara ise teşebbüse veya teşebbüs birliğine verilen cezanın yüzde beşine kadar ceza verilebilir. Ancak rekabet ihlalinin ortaya çıkarılması için Kurum ile işbirliği yapan kimselere işbirliğinin niteliği, etkinliği ve zamanı dikkate alınarak ceza verilmeyebilir veya cezada indirim yapılabilir.

Pişmanlık Yönetmeliği'nin 4'üncü maddesinde, Yönetmelik'in 6/1'inci maddesinde öngörülen kartelle ilişkili belgeleri önaraştırma aşamasından evvel sunan teşebbüs, teşebbüs birlikleri ve bunların yönetici ve çalışanlarına 6'ncı maddede yer alan koşulları sağlamaları halinde ceza verilmeyeceği öngörülmüştür. Yönetmelik'in 6'ncı maddesinde yer alan şartlar; kartelle ilgili bilgi ve belgelerin ortadan kaldırılmaması, Kurul tarafından belirlenen görevli birim aksini talep etmedikçe başvuru konusu kartelden ayrılınması, başvurunun soruşturma raporunun tebliğ edilmesine kadar gizli tutulması ve nihai kararın verilmesine kadar aktif işbirliğinin sürdürülmesidir.

Yönetmelik'in 4'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında ise Kanun'un 4'üncü maddesinin ihlal edilmiş olduğuna ilişkin delil olmadığı halde, önaraştırma aşamasının başlamasından soruşturma raporunun tebliğine kadar rakiplerinden bağımsız biçimde Yönetmelik'in 6'ncı maddesinde belirlenen bilgi ve belgeleri sunan ve koşulları yerine getiren ilk teşebbüse ceza verilmeyeceği düzenlenmiştir. Aynı maddenin son fıkrası

⁶¹⁶ Rekabet Kurulu, 22.10.2014 T., 14-42/783-346 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

uyarınca, bu teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin yönetici ve çalışanlarına da ceza verilmeyecektir. Bu doğrultuda maya üreticilerin aralarında anlaşarak yaş maya fiyatlarını tespit ettiklerine ilişkin olarak yürütülen önaraştırmada taraflardan biri olan teşebbüsün pişmanlık başvurusu Kurulca kabul edilmiş ve ilgili teşebbüse kartele ilişkin yazışmaları Kurula sunarak rekabet ihlalinin ortaya çıkarılmasına yardımcı olması sebebiyle idari para cezası uygulanmamıştır⁶¹⁷. Kurul, Gaziantep ilinde faaliyet gösteren oto ekspertiz firmalarının fiyat tespitinde buldukları iddiasıyla gerçekleştirdiği bir incelemede teşebbüslerden birinin ihlalin taraflarına, niteliğine ve zamanına ilişkin bilgi ve belgeleri sunması karşılığında pişmanlık başvurusunu kabul etmiş ve cezada yüzde 50 oranında indirim uygulamıştır⁶¹⁸.

Yönetmelik'in 7'nci maddesinde ise başvuruda bulunan ilk yönetici veya çalışana ceza verilmemesine ilişkin bir düzenleme mevcuttur. Buna göre, Kurul önaraştırmaya başlamadan evvel, kartelin taraflarından bağımsız olarak Yönetmeliğin 9'uncu maddesinde belirlenen bilgi ve belgeleri Kurula sunan ve koşulları yerine getiren ilk yönetici ve çalışana ceza verilmeyecektir. Aynı maddenin 2'nci fıkrasına göre ise Kanun'un 4'üncü maddesinde yer alan ihlalin gerçekleştiğine ilişkin delil bulunmazken önaraştırma aşamasından soruşturma raporunun tebliğine kadar, kartelin taraflarından bağımsız biçimde Yönetmelik'in 9'uncu maddesinde yer alan bilgi ve belgeleri sunan ve koşulları sağlayan ilk yönetici veya çalışana ceza verilmeyecektir. Yönetmelik'in anılan fıkraları uyarınca bu sebeplerden birinin varlığı, diğer fıkralara dayanılarak başvuru yapılmasını engelleyici niteliktedir. Yani pişmanlık yönetmeliğinden yararlanan teşebbüsler, teşebbüs birlikleri, bunların yöneticileri veya çalışanları Yönetmelik'in 4/1, 4/2, 7/1 ve 7/2'nci hükümlerinden yalnızca birinden yararlanabilecek, bunlardan herhangi birine dayanılarak yapılmış bir başvurunun bulunması halinde diğer maddeler sebebiyle ceza verilmemesi yoluna gidilmeyecektir.

Ceza indirimine ilişkin koşullar Yönetmelik'in 5'inci ve 8'inci maddelerinde öngörülmüş, bunların uygulanmasına ilişkin koşullar ise 6 ve 9'uncu maddelerinde düzenlenmiştir. Yönetmelik'in 5'inci maddesinde önaraştırma aşamasından soruşturma raporu tebliğ edilinceye dek rakiplerinden bağımsız biçimde istenen bilgileri sunan ve koşulları sağlayan, ancak ceza verilmemesine ilişkin düzenlemeden

⁶¹⁷ Rekabet Kurulu, 22.10.2014 T., 14-42/783-346 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

⁶¹⁸ Aynı yönde: Rekabet Kurulu, 09.07.2020 T., 20-33/439-196 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

yararlanamayan teşebbüslere verilecek para cezaları, sonraki fıkralarda belirlenen oranlar uyarınca indirilecektir. Kartelin ortaya çıkarılmasında işbirliği yapılması sebebiyle yöneticilere ve çalışanlara sağlanacak ceza indirimi ise Yönetmelik'in 8'inci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, önaraştırmadan soruşturma raporu tebliğ edilinceye kadar, karteğe taraf olanlardan bağımsız olarak 9'uncu maddede istenen bilgi ve belgeler ile koşulları sağlayan yöneticilere, ceza verilmemesine ilişkin 7'nci madde hükmünden yararlanamadıkları hallerde ceza indirimi yapılacaktır. Yapılacak indirim oranları, maddenin devam eden fıkralarında gösterilmiştir. Anılan yönetmeliklerle Kurulca verilecek cezaların, bunlarda yapılacak indirimlerin ve ceza verilmemesine ilişkin yetkinin sınırları açıkça belirlenmiş olmakta, böylece Kurulca verilecek idari para cezaları yönünden şeffaflık ve hukuki belirlilik bir ölçüde sağlanmış olmaktadır⁶¹⁹. Aynı zamanda Kurulun yönetmeliklerde belirtilen prensipler uyarınca para cezası vermesi, aynı eylemler hakkında farklı cezalar verilmesini önleyerek Kuruma güvenilirlik sağlayacak, böylece bir uygulama birliği de tesis edilmiş olacaktır. Bu yönetmeliklerin bir diğer faydası ise Kurulun idari para cezalarına ilişkin kararlarının yargı denetimine daha açık hale getirilmiş olmasıdır. Nitekim yargı organları, yönetmelik hükümlerini inceleyerek yapılan işlemlerin hukuka uygun olup olmadığını kolaylıkla tespit edebilecektir.

d. Gayri Safi Yıllık Gelirin Belirlenmesi

Cezalara esas olacak yıllık gayri safi gelir, Ceza Yönetmeliği'nin 3/1-f maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre, yıllık gayri safi gelir, tek düzen hesap planındaki (resmi cetvel) net satışları veya bunun hesaplanmasının mümkün olmadığı hallerde, Kurul tarafından saptanacak olan net satışlara en yakın geliri ifade etmektedir. Ayrıca ilgili yönetmelik hükmünde teşebbüslerin hangi sebeple olursa olsun esas faaliyet gelirlerini net satış hesabında dikkate alınmayan hesap kalemleri altında muhasebeleştirilmiş olduklarının tespiti halinde bu bedellerin de yıllık gayri safi gelir hesaplamasında dikkate alacağı düzenlenmiştir. Bu halde, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin hangi kalem altında kaydettiklerinin önemi olmaksızın, net satıştan elde edilen bütün gelirlerin yıllık gayri safi gelir hesabında göz önüne alınacağı anlaşılmaktadır. Kanun

⁶¹⁹ AYTEKİN 98.

ve Ceza Yönetmeliği hükümlerinden anlaşıldığı kadarıyla ihracat yoluyla elde edilen gelirlerin gayri safi gelir hesabından ayırık tutulmasını gerektiren herhangi bir sebep bulunmamaktadır. Nitekim Danıştay da muhtelif kararlarında RKHK kapsamında uygulanacak cezalarda yurt içi satış cirolarının esas alınması gerektiğine ilişkin itirazları, Kanun'da böyle bir ayırım bulunmadığından bahisle reddetmiştir⁶²⁰. Buna karşılık, Kurulun bazı kararlarında ihracat gelirlerini ciro dışında tuttuğu, ciroyu ihlalden etkilenen pazardan elde edilen ciroyla sınırlı tuttuğu yahut yalnızca ilgili coğrafi pazar ile belirlediğine rastlanılmaktadır⁶²¹. Kurul, gayri safi gelirlerin belirlenmesinde toplam ciro veya ilgili ürün pazarını esas almak hususunda takdir yetkisi bulunduğunu kabul etmektedir⁶²².

Kurulun bu uygulamalarının aynı fiiller için farklı sorumluluk esasları belirlenmesine yol açtığı, böylece eşitlik ilkesinin zarar gördüğü ifade edilebilir. Aynı zamanda, Kurulun bu uygulamalarının hukuki belirlilik ilkesini zedeleyeceği, zira bir rekabet ihlali gerçekleştiren teşebbüs veya teşebbüs birliğinin eylemleri karşılığında verilecek cezayı öngörmesinin beklenemeyeceği söylenebilir⁶²³. Öte yandan, bu uygulamaların Anayasa'nın 38'inci maddesinde öngörülen yasallık veya kanunilik ilkesine aykırı olduğu da ifade edilmelidir⁶²⁴. Bu ilke kısaca, suçların ve cezaların ancak kanunlarla ihdas edilebileceğini ifade eden kural olarak tanımlanabilir. Bu ilke ayrıca suç teşkil eden eylemlerin ve bunların gerçekleşmesi halinde verilecek cezaların hiçbir şüpheye mahal vermeyecek biçimde kanunlarla öngörülmesini de gerektirmektedir⁶²⁵. Kanunilik ilkesi, Kabahatler Kanunu'nun 4'üncü maddesinde de yer almaktadır. Buna göre, hangi fiillerin kabahat oluşturduğu kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi;

⁶²⁰ Danıştay 13. D., 09.05.2012 T., 2008/8485 E., 2012/968 K. sayılı ilamı; Danıştay 10. D., 28.11.2002 T., 2000/6064 E., 2002/4541 K. sayılı ilamı; Danıştay 13. D., 02.04.2013 T., 2009/2586 E., 2013/898 K. sayılı ilamı (Lexpera).

⁶²¹ Rekabet Kurulu, 05.01.2023 T., 23-01/12-7 sayılı kararı; Rekabet Kurulu, 30.10.2003 T., 03-70/844-366 sayılı kararı; Rekabet Kurulu, 04.07.2007 T., 07-56/672-209; Rekabet Kurumu, 01.10.2012 T., 12-47/1413-474 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

⁶²² Rekabet Kurulu, 12.11.2020 T., 20-49/675-295 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

⁶²³ Gürkaynak 522.

⁶²⁴ Günday, İdare Hukuku, 233-234; Özelçi, Posta Hizmetleri Sektöründe Uygulanan İdari Yaptırımların Bağlı Olduğu Hukuksal Düzen, 185; Uran 80-84; Başsorgun 59; Oğurlu 58; AYM, 19.04.1988 T., 1987/16 E., 1988/8 K., sayılı ilamı; AYM, 04.04.1991 T., 1990/12 E., 1991/7 K. sayılı ilamı (anayasa.gov.tr).

⁶²⁵ Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 1, 622.

kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlemiş olduğu çerçeve hükmün içeriğinin idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle belirlenmesi mümkündür. Maddenin 2'nci fıkrasında kabahat karşılığı olan yaptırımın türünün, süresinin ve miktarının idari işlemlerle belirlenemeyeceği de hüküm altına alınmıştır. Böylece Kurulun Kanun'da kabahat olarak belirlenmemiş olan fiiller bakımından idari yaptırım uygulamasının olanaksız olduğu, keza kanunda yazılandan farklı veya belirlenenden eksik ya da fazla ceza veremeyeceği ifade edilmelidir. Buna karşılık Kurul, karşılaştığı her bir olayda ciro kavramını farklı yorumlayarak Kanun'da yazılı cezadan farklı cezalar uygulamaktadır. Bu uygulamalar ise yasallık ilkesi ile bağdaşmaz.

Öte yandan, grup şirketlerin varlığı halinde, ana teşebbüsün mü yoksa yavru teşebbüsün mü gayri safi gelirlerinin cezanın belirlenmesinde esas alınması gerektiği de bir başka önemli hususu teşkil etmektedir. Bu hususta bir ekonomik birlik içinde yer alan teşebbüslerin toplam cirolarının hesaplanması gerektiği ifade edilmelidir. Ancak yavru teşebbüsün ekonomik ve yönetsel olarak tam bir bağımsızlığa sahip olduğu, böylece ihlali ana teşebbüsten bağımsız olarak gerçekleştirmiş olduğunun ispat edildiği hallerde cezanın belirlenmesinde yalnızca ihlali gerçekleştiren yavru teşebbüsün cirosunun esas alınması gerekir⁶²⁶. Durum, uygulamada da bu şekildedir⁶²⁷.

e. Zamanaşımı

Yukarıda açıklanmış üzere Kurul, yaptığı incelemeler sonucunda bir rekabet ihlali tespit ettiğinde idari para cezasına karar verebilecektir. Ancak hukuk güvenliği ve hukuki belirlilik ilkeleri bakımından bu yetkinin süre bakımından kısıtlanması gerektiği kabul edilmektedir⁶²⁸. Bu amaç doğrultusunda RKHK'nin 19'uncu maddesinde zamanaşımı kuralları öngörülmüştü. İlgili hükmün 23.01.2008 tarihli 5728 Sayılı Kanun'un 578'inci maddesiyle kaldırılmasından evvel, Kurulun para cezası verme yetkisi teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin başvurusu veya bildirimle, bilgi verme ya da yerinde inceleme yapılmasıyla ilgili hükümlerin ihlali halinde 3 yıl

⁶²⁶ İsmail Yılmaz Aslan 292.

⁶²⁷ Rekabet Kurulu, 18.08.2004 T., 04-55/751-188 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

⁶²⁸ Rekabet Kurulu, 26.08.2021 T., 21-40/595-290 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

ve diğ er hallerde ise 5 yıl olarak belirlenmişti. Aynı düzenlemede, sürenin ihlalin gerçekleştiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağı, sürekli veya tekrarlanan ihlaller bakımından ise ihlalin sona erdiği veya en son tekrar ettiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağı, Kurulun ihlalle ilgili inceleme ve araştırma ile ilgili yapacağı herhangi bir işlemin taraflardan birine tebliği veya karar aleyhine yargı yoluna başvurulmuş olması halinde zamanaşımı süresinin kesileceği öngörülmüştü. Bu hükmün kaldırılması sonucunda artık Kurul tarafından verilecek cezalar da çerçeve kanun olan Kabahatler Kanunu'nda belirlenen zamanaşımı süresine tabi olacaklardır.

Zamanaşımı süreleri Kabahatler Kanunu'nun 20'nci maddesinde düzenlenmiş, ilgili maddede ihlal nedeniyle uygulanacak para cezalarının meblağı, dayanağı ve türü esas alınarak farklı zamanaşımı süreleri belirlenmiştir. Hükmün 2'nci fıkrasında zamanaşımının 100.000 TL'den fazla idari para cezası gerektiren kabahatlerde 5 yıl, 50.000 TL ve fazlası idari para cezası gerektiren kabahatlerde 4 yıl ve 50.000 TL'den az idari para cezası gerektiren kabahatlerde 3 yıl olarak uygulanacağı öngörülmüştür. İlgili fıkraya ek cümlede 1111 Sayılı Askerlik Kanunu ve 2839 Sayılı Milletvekili Seçim Kanunu gibi bazı kanunlar özel olarak sayılmış ve bu kanunlar sebebiyle uygulanacak idari para cezalarının, fiilin işlendiği tarihi takip eden takvim yılının son günü bitimine kadar verilerek tebliğ edilmesi gerektiği öngörülmüştür. Hükmün 3'üncü fıkrasıyla ise nispi idari para cezasını gerektiren kabahatlerde zamanaşımı süresi 8 yıl olarak kabul edilmiştir. Kurul tarafından uygulanacak idari para cezalarının tamamı nispi nitelik taşıdığından, bunlar hakkında uygulanacak zamanaşımı süresi de 8 yıllık süre olup, bu sürenin dolmasının ardından rekabet ihlali gerçekleştirenlere idari para cezası verilemez (m.20/1).

Kurulca verilecek para cezalarının tabi olduğu 8 yıllık zamanaşımı süresinin ne zamandan itibaren işlemeye başlayacağı Kabahatler Kanunu'nda düzenlenmiştir. Buna göre, bu süre kabahate ilişkin tanımdaki fiilin işlenmesi ya da neticenin gerçekleşmesiyle başlayacaktır (m.20/4). Uygulamada fiilin işlendiği tarih, teşebbüsün ihlali gerçekleştirdiğine ilişkin elde edilen son delilin tarihi esas alınarak belirlenmektedir. Bu kapsamda yapılan bir incelemede Kurul, dosya kapsamında elde edilen ve rekabet ihlaline dayanak olabileceği değerlendirilen yazışmalardan sonuncusunun 25.04.2011 tarihinde elde edilmesi ve bu tarihten sonra ihlalin gerçekleştiğine ilişkin herhangi bir delil elde edilememiş olması nedeniyle zamanaşımının da bu tarihten itibaren işlemeye başlayacağını, teşebbüsler hakkındaki

soruşturma kararının ise 20.02.2020 tarihinde alındığını değerlendirerek rekabet ihlalinin zamanaşımına uğradığı sonucuna ulaşmıştır⁶²⁹. Kurul bir başka kararında, soruşturma kapsamında ilgili teşebbüsün rekabet ihlali gerçekleştirmiş olduğuna ilişkin tek yazışmanın 09.07.2009 tarihini taşıdığını, buna karşılık bu teşebbüs hakkında 29.03.2018 tarihinde soruşturma açılmasına karar verildiğini tespit etmiş, böylece rekabet ihlalinin zamanaşımına uğradığına ve dolayısıyla ilgili teşebbüs hakkında idari para cezası uygulanmasına yer olmadığına karar vermiştir⁶³⁰.

Burada değinilmesi gereken bir diğer mesele zamanaşımı süresi dolmadan evvel tesis edilmiş bir idari para cezasına karşı kanun yollarına başvurulması halinde zamanaşımının kesilip kesilmeyeceğidir. Zamanaşımı süresinin hesabında idari yaptırım kararının verilmesinden sonra mahkemede geçen süreler de göz önünde bulundurulacak mıdır? Zamanaşımı, idari para cezası kararının verilmesine ilişkin olduğundan, bu kararın zamanaşımı süresi içerisinde verilmesi ve yargı yollarından geçerek kesinleşmesi halinde bir sorun meydana gelmeyecektir. Ancak ilgili kararın mahkemelerce yeniden işlem tesis edilmek üzere iptal edilmesi halinde taraflara yeniden idari para cezası uygulanabilecek midir? Bu sorunun yanıtı Kabahatler Kanunu'nda yer almamaktadır. Bununla birlikte, Kurul kararları göz önüne alındığında bu soruya olumsuz yanıt vermek gerektiği anlaşılmaktadır. Zira Kurul, muhtelif kararlarında Kurul kararlarına karşı mahkemeye başvuru halinde zamanaşımının işlemeye başlamayacağına ilişkin Danıştay içtihadından söz etmektedir⁶³¹. Danıştay'ın anılan içtihadında, zamanaşımı süresi geçirilmeden verilmiş bir idari yaptırımın idari yargı yerlerince yeniden işlem tesisini gerektirecek biçimde iptali üzerine herhangi bir zamanaşımı süresi işletilmeyecektir ifadeleri yer almaktadır⁶³².

⁶²⁹ Rekabet Kurulu, 08.04.2021 T., 21-20/247-104 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

⁶³⁰ Rekabet Kurulu, 16.01.2020 T., 20-04/47-25 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

⁶³¹ Danıştay 13. D., 25.03.2009 T., 2008/13175 E., 2011/4830 K. sayılı ilamı (Lexpera).

⁶³² Rekabet Kurulu, 19.12.2013 T., 13-71/988-414 sayılı kararı; Rekabet Kurulu, 23.01.2020 T., 20-06/62-34 sayılı kararı; Rekabet Kurulu, 26.08.2021 T., 21-40/595-290 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

f. İçtima

Ceza hukukunda, ne kadar fiil varsa o kadar suçun gerçekleşmiş olacağını ifade eden gerçek içtima, genel kuralı teşkil etmektedir⁶³³. Bununla birlikte, ceza kanunlarında bu genel kurala bazı istisnalar da getirilmiştir. Bu istisnalar bileşik suç, zincirleme suç ve fikri içtima olarak üç sınıfta incelenmektedirler. Bileşik suç, bir suçun bir başka suçun unsurunu veya nitelikli halini oluşturması halinde söz konusu olup, bileşik suçun işlenmiş olması halinde ayrıca bu suçun bir unsurunu veya nitelikli halini oluşturan suç sebebiyle ceza verilmez (TCK m.42). Örneğin TCK'nin 148'inci maddesinde düzenlenen yağma suçunun unsurlarından biri de tehdit olduğundan, yağma suçunun işlenmiş olması sebebiyle ayrıca tehdit suçundan da ceza verilmeyecektir.

İstisnalardan ikincisini teşkil eden zincirleme suç, aynı suç işleme iradesi altında aynı suçun birden çok kez işlenmesini ifade etmektedir⁶³⁴. Bu içtima türünün mevzubahis olması için aynı suçun, aynı kişiye karşı aynı suç işleme kastıyla (manevi bağ) farklı zamanlarda birden çok kez işlenmesi gerekir. Örneğin, bir kimsenin bir başka kimseyi birden çok kez, aynı suç işleme kastı kapsamında dolandırması durumunda zincirleme suç söz konusu olur. Bu hallerde, faile her bir suç için ayrı ayrı ceza verilmektense, bir ceza verilmekte, ancak verilecek ceza artırılmaktadır (TCK m.43/1)⁶³⁵.

Fikri içtima ise iki alt başlıkta değerlendirilmektedir. Bunlardan ilki olan aynı neviden fikri içtima, bir suçun, tek bir fiille birden çok kişiye karşı işlenmiş olmasını anlatmaktadır⁶³⁶. Örneğin, bir kimsenin patlamaya sebebiyet vermesi ile birden çok kimsenin malına zarar vermesi, bir mektupla birden çok kişiyi tehdit etmesi gibi hallerde aynı neviden fikri içtima vardır. Bu durumda da zincirleme suç bakımından olduğu gibi tek bir ceza verilir ancak verilecek ceza artırılır (TCK m.43/2).

Nihayet, farklı neviden fikri içtima, bir fiil ile birden çok suçun oluşturulmasına sebep olunmasını ifade etmektedir⁶³⁷. Örneğin failin bir kimseyi yaralama kastıyla kafasına taş atması ve atılan taşın sekerek civarda bulunan bir araca zarar vermesi halinde tek

⁶³³ İzzet Özgenç. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (19. Bs.), Ankara, Seçkin, 2023, 670; Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (16. Bs.), Ankara, Seçkin, 2023, .

⁶³⁴ Özgenç 678; Koca ve Üzülmöz 530-542.

⁶³⁵ Özgenç 686.

⁶³⁶ Özgenç 702; Koca ve Üzülmöz 544.

⁶³⁷ Özgenç 712; Koca ve Üzülmöz 543.

bir fiille kasten yaralama ve mala zarar verme suçları meydana geldiğinden, burada farklı neviden fikri içtima söz konusudur. Bu halde, fail hakkında iki suç sebebiyle iki ayrı ceza verilmemekte, bu suçlardan en ağır olanı sebebiyle ceza verilmektedir (TCK m.44).

İdari para cezalarının içtimasına, yani cezaların toplanmasına ilişkin esaslar ise Kabahatler Kanunu'nun 15'inci maddesinde düzenleme alanı bulmuştur. İlgili hükmün ilk fıkrasında, bir fiil ile birden çok kabahat işlenmesi halinde bu kabahatler karşılığında yalnızca idari para cezasının öngörölmüş olması halinde en ağır olan idari para cezasının verileceği öngörölmüştür. İlgili hükümlerle, TCK'nin 44'üncü maddesinde öngörülen fikri içtima müessesinin aynen kabul edildiği ifade edilebilir. Her ne kadar, Kabahatler Kanunu'nun 15/1'inci maddesinde TCK'nin aksine "birden fazla farklı suçun oluşması" ibareleri yer almamakta ise de "en ağır idari para cezası verilir" şeklindeki ifadeden iki farklı kabahatin oluşması gerektiği, dolayısıyla bu hüküm ile farklı neviden fikri içtimanın öngörölmüş olduğu anlaşılmaktadır⁶³⁸.

Maddenin 2'nci fıkrasında, aynı kabahatin birden fazla işlenmesi halinde her bir kabahatle ilgili olarak ayrı ayrı idari para cezası verileceği ve kesintisiz işlenebilen kabahatlerde, idari yaptırım uygulanıncaya kadar fiilin tek sayılacağı düzenlenmiştir. İlgili kuralla TCK'de benimsenen zincirleme suçla ilişkin esas terk edilmiş, her bir kabahat için ayrı ayrı ceza uygulanacağına ilişkin gerçek içtima kuralları esas alınmıştır. Ancak ilgili fıkrada, kesintisiz fiille işlenebilen kabahatler bakımından meydana gelen fiillerin idari yaptırım uygulananıncaya kadar tek bir fiil olarak kabul edileceği de ifade edilmiştir. Kesintisiz fiille işlenebilen kabahatlerden maksat, aynı suç işleme kastı altında olmakla birlikte tek bir hareketle ihlal edilip neticelenmeyen, süregelen kabahatlerdir. Örneğin 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 352/2-1 hükmünde Kanun'a göre tutulması mecburi olan defterlerden herhangi birinin tutulmamış olması kabahat olarak öngörölmüştür. Bu kabahatin tek bir fiille değil, kesintisiz olarak işlenebileceği söylenebilir.

Kurul kararlarında da kesintisiz fiille işlenebilen kabahatleri oluşturan fiillerin tek bir fiil olarak kabul edilmesine rastlanılmaktadır. Bu hususun tartışıldığı bir kararında Kurul, ihlalin, devam eden tek ihlal olarak kabul edilebilmesi için bir çerçeve anlaşma veya ortak hedef olması, farklı zamanlarda ortaya çıkan anlaşma veya eylemlerin

⁶³⁸ Özgenç 741.

birbirini tamamlayıcı nitelikte olmaları, meydana gelen anlaşma veya uyumlu eylemlerin bu anlaşma kapsamında yürütülmesi ve bu davranışların bir bütünlük oluşturması ve nihayet teşebbüslerin bu fiillere katılmaları gerektiğini ifade etmiştir⁶³⁹. Kurul, bu kapsamda yapmış olduğu incelemede, Nevşehir ilinde faaliyet gösteren sürücü kurslarının aralarında anlaşma yaparak kurs ile direksiyon eğitimlerinin ücretlerini tespit ettikleri ve gelir paylaşımı amacına yönelik bir havuz oluşturduklarını tespit etmiş, 2006 ve 2007 yılları arasında gerçekleşen ilk anlaşma ile 2011 yılında başlayan diğer anlaşmanın aynı taraflar arasında yapılmış olması ve anlaşma konularının büyük ölçüde benzer olması sebebiyle anlaşmanın devam eden tek bir ihlal olduğuna karar vermiştir⁶⁴⁰. Kararda, bu nedenle 2006 yılından 2011 yılına kadar devam eden her bir eylem için ayrı ayrı idari para cezası verilmemiş, fiil tek bir ihlal kabul edilerek tek bir ceza verilmiştir.

Bu hususta tartışılması gereken bir başka meseleyi Kanun'un bir hükmünün birden fazla fiil ile ihlal edilmesi durumunda nasıl ceza verileceğidir. Öğretide teşebbüslerin önce fiyat tespiti, ardından bölge tespiti ve daha sonra arz miktarını kısıtlama anlaşmaları yapması halinde Kanun'un 4'üncü maddesinin birden çok kez ihlal edilmiş olacağı, bu halde fiilin ardındaki iradenin yalnızca fiyat tespiti olması halinde tek bir ceza verilmesinin yeterli olacağı, ancak farklı yönlerden ihlal iradesi de gerçekleştiğinde bunlar bakımından ayrıca ceza verilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁶⁴¹. Kanaatimizce Kanun'un 4'üncü maddesinde düzenlenen yasak bir bütün olup, ilgili maddede sayılan ve sayılmamakla birlikte rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan, bu etkiyi doğuran veya doğurabilecek olan davranışlar seçimlik niteliktedir. Bu davranışların yöneldiği nihai amacın tespitinde, fiyat tespiti veya bölge paylaşımı gibi özel bir amaçtan ziyade rekabeti engelleme, bozma, ya da kısıtlama amacının dikkate alınması gerekir. Nitekim ceza hukukunda da bir kimsenin bir başkasını öldürmesinde birçok araca başvurusu, kasten öldürme kastını ve neticesini ortadan kaldırmamakta, bu sebeple tek bi cezaya hükmolunmaktadır. Anılan sebeplerle, Kanun'un bir hükmünün birden çok fiille işlenmesi halinde fiiller aynı suç iradesi kapsamında gerçekleştirilmişse tek bir ceza, farklı iradeler ile gerçekleştirilmişse ayrı cezalar uygulanmalıdır.

⁶³⁹ Rekabet Kurulu, 16.12.2013 T., 13-70/952-403 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

⁶⁴⁰ Rekabet Kurulu, 13.06.2013 T., 13-36/482-212 sayılı kararı (nakleden: Gürkaynak 518).

⁶⁴¹ İsmail Yılmaz Aslan 299.

Buna karşılık, birden çok fiile Kanun'un birden çok hükmünün ihlal edilmesi durumunda, gerçek içtima kuralı uyarınca ihlal sayısı kadar cezanın uygulanması gerekir. Örneğin, Danıştay incelemesine konu olan bir kararında Kurul, yerinde inceleme yapılmasını engelleyen ve yerinde inceleme sırasında teşebbüse teslim edilen bilgi isteme tutanağında istenilen bilgileri süresi içinde vermeyen teşebbüse iki ayrı ceza uygulamış⁶⁴² ve karar Danıştay tarafından da hukuka uygun bulunmuştur⁶⁴³. Burada öncelikle fiiller arasında belirli bir süre bulunduğundan, Kanun'un farklı hükümleri ihlal edilmiş olduğundan ve bu kabahatler kesintisiz biçimde işlenemeyeceğinden, bir başka deyişle anlık fiillerle işlenebileceklerinden iki ayrı kabahatin oluştuğu kabul edilmeli ve buna göre iki ayrı cezaya hükmolunmalıdır.

g. Ödeme Usulü

Kurulun, bir teşebbüsün rekabet kurallarını ihlal ettiğine ve idari para cezası verilmesine ilişkin nihai karar tesis etmesinin ardından bir idari yaptırım kararının ilgili teşebbüse tebliğ edilmesi gerekir. Kabahatler Kanunu'nun 25'inci maddesi gereğince bu kararlar, yaptırım uygulanan kimsenin kimlik ve adresini, yaptırımı sebep olan kabahat fiili, işlendiği yer ve zamanı, fiilin ispatına elverişli bütün delilleri, karar tarihini ve kararı veren kamu görevlilerinin kimliklerini içerir. Öte yandan, bu idari para cezaları Kabahatler Kanunu'nun 17/3'üncü hükmü uyarınca Genel Bütçeye gelir olarak kaydedileceklerinden, bunların tahsili bakımından 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uygulanır. Ayrıca bunların tahsili hakkında Maliye Bakanlığınca 437 Seri Numaralı Tahsilat Genel Tebliği yayınlanmıştır. İlgili Tebliğ'de idari yaptırım kararlarının yukarıda sayılan unsurların yanı sıra idari para cezasının ödeme süresine, yerine, kanun yollarına, mercii ve başvuru süresine, indirimli ödeme hakkına, taksitlendirme talep etme hakkına ve ödeme yapılmaması halinde uygulanacak müeyyidelere ilişkin bilgilere de yer verilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu unsurları ihtiva eden idari yaptırım kararlarının

⁶⁴² Rekabet Kurulu, 13.02.2019 T., 19-07/86-36 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

⁶⁴³ Danıştay 13. D., 22.06.2021 T., 2021/2313 E., 2021/2385 K. sayılı ilamı (danistay.gov.tr): Kararın karşı oyunda her iki hükümlerle korunmak istenen hukuki yararın Kurul incelemelerinin sağlıklı ve güvenilir biçimde yürütülmesi olduğu, olayda bilgi talebine cevap vermeme ile yerinde incelemenin engellenmesi iradesinin iç içe geçmiş olduğu, bu sebeple bunların tek bir fiil olarak değerlendirilmesi gerektiği ve bu sebeple yalnızca yerinde incelemenin engellenmesi nedeniyle ceza verilmesi gerektiği şeklinde bir görüş de yer almaktadır.

İlgililere 7201 Sayılı Tebligat Kanunu uyarınca tebliğ edilmeleri gerekir. RKHK’de daha evvel para cezalarının, Kurul kararının ilgililere tebliğ edildiği tarihten itibaren 3 ay içinde ödeneceği düzenlenmişse de bu hüküm yürürlükten kaldırılmıştır. Bununla birlikte, Kabahatler Kanunu’nda idari para cezalarının ödeme süresi hakkında bir düzenleme mevcuttur. İlgili düzenlemeye göre kanunlarında ödeme süresi düzenlenmemiş olan idari para cezalarının, tebliğden itibaren 1 ay içinde ödenmesi gerekir.

Kabahatler Kanunu’nda ilgililere ödeme indirimi ve taksit gibi bazı olanaklar da tanınmıştır. Kanun’un 17’nci maddesinin 3’üncü fıkrası uyarınca yaptırım uygulanan kişinin ekonomik durumunun müsait olmaması durumunda idari para cezasının ilk taksidinin peşin olarak ödenmesi koşuluyla dört eşit taksitte ödenmesine karar verilebileceği düzenlenmiştir. İdari para cezasının taksitle ödenmesine karar verildiği hallerde taksitlerin zamanında ve tam olarak ödenmemesi halinde ise kalan kısmın tamamı tahsil edilecektir. Aynı maddenin 6’ncı fıkrasında ise erken ödeme indirimi öngörülmüştür. Buna göre, idari para cezasının 1 ay içinde ödenmesi halinde cezadan yüzde 25 oranında indirim yapılacaktır. Ayrıca ilgili hükümde erken ödemenin kanun yollarına başvurma hakkına hanel getirmeyeceği de açıkça hüküm altına alınmıştır.

4. Görüş Bildirme Görev ve Yetkisi

Bilindiği üzere, düzenleyici ve denetleyici kurumlar kendi alanlarında uzman olan kurul üyeleri ve personelden oluşmakta, ayrıca bunlar uzun bir süre boyunca kendi alanlarına ilişkin çalışmalar içerisinde bulduklarından tecrübe sahibi de olmaktadır⁶⁴⁴. Bu deneyime ve bilgi birikimine sahip olan Kurumların kendilerini ilgilendiren alanlarda görüş bildirmeleri ise olağan ve yerinde bir uygulama olarak kabul edilmelidir. İşte bu sebeple, 4054 Sayılı Kanun’da RK’ye görüş bildirmeye ilişkin iki görev ve yetki tanınmıştır. Bu görevlerden biri, Kanun’un Kurulun görev ve yetkilerini düzenlemiş olduğu 27’nci maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre Kurul, rekabet hukuku ile ilgili mevzuatta yapılması gereken değişiklikler hakkında doğrudan veya Ticaret Bakanlığı’nın talebi üzerine görüş bildirme yetkisine ve görevine sahiptir (m.27/1-g). Bu yöndeki bir diğer yetki ve görev ise Kanun’un 30/1-f hükmünde

⁶⁴⁴ Arslan ve Arslan 146.

Başkanlığa verilmiştir. Buna göre Başkanlık, rekabet politikası ile ilgili alınacak olan kararlar ve ilgili mevzuat hakkında görüş bildirmeye görevli ve yetkilidir. Bu doğrultuda Kurul, Diyanet İşleri Başkanlığına hac ücretlerinin Diyanet İşleri Başkanlığı hesabına yatırılması uygulaması ile seyahat acenteleri tarafından Başkanlığa sunulan teminat mektuplarının değiştirilememesinin rekabet üzerindeki olumsuz etkilerine dair görüş bildirilmesine karar vermiştir⁶⁴⁵. Kurul bir başka kararında Edirne Otogarının maliki olan Edirne Belediyesine, Otogar İşletmeciliğinin Kiraya Verilmesine İlişkin İhale İdari Şartnamesinin otogardaki yazıhane mülkiyetine ilişkin yüzde 20'lik eşğin dolaylı yollarla aşılarak Edirne ilinde şehirlerarası yolcu taşımacılığı faaliyetinde rekabetin bozulmasına yol açtığından bahisle gerekli tedbirleri alması için görüş bildirilmesine karar vermiştir⁶⁴⁶.

5. Kurumun İşleyişine İlişkin Görev ve Yetkiler

Kurumun önceki bölümlerde detaylı olarak anlatılan piyasanın rekabet düzenine uygun olarak işlemesine ve rekabetin gelişmesine yönelik yetkilerinin etkin biçimde kullanılabilmesi için bir organizasyona, malvarlığına, bütçe planlamasına ve insan kaynağına ihtiyacı bulunmaktadır. Kurum, bu organizasyonun sağlıklı bir biçimde işlemesi için Kurum içinde bazı politikalar ve kurallar belirlemeli ve bunlara uyulmasını sağlamalıdır. Bu sebeple, Kurumun farklı organlarına idari işleyişin tesis edilmesine ilişkin yetkiler de tanınmıştır.

Kurumun işleyişine ilişkin bu yetkiler Kurul ve Başkanlık arasında paylaştırılmıştır. Bu yetkiler başkan yardımcıları ile baş hukuk müşavirini Başkanın teklifi üzerine atamak (RKHK m.27/1-e), Kurumun personel politikasını belirlemek, uygulanmasını izlemek, atama işlemlerini yapmak, Kurumun yıllık bütçesini, hesaplarını ve çalışma programlarını yapmak, gerektiğinde bütçeler arasında aktarma yapmaya karar vermek onaylamak (m.27/1-i), mal varlığı edinmek (m.27/1-l) ve Kurumun üçüncü kişilerle olan hakları ve borçları hakkındaki işlemlere karar vermektir (27/1-m).

⁶⁴⁵ Rekabet Kurulu, 26.04.2021 T., 21-23/274-120 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

⁶⁴⁶ Rekabet Kurulu, 02.12.2013 T., 13-67/928-320 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

Kanun'la Başkanlığa verilen bu türden yetkiler ise Kurul ile hizmet birimlerinin uyumlu ve düzenli olarak çalışmasını sağlamak için organizasyon ve koordinasyonu sağlamak, hizmet birimleri arasında çıkacak yetki sorunlarını çözüme bağlamak (m.30/1-a), toplantıların gündemini, tarihini ve saatini belirlemek, toplantıları yönetmek (m.30/1-b), hizmet birimlerinden gelen önerileri Kurula sunmak (m.30/1-d), Kurumun yıllık bütçesi, gelir gider kesin hesabı ile yıllık çalışma raporlarını hazırlamak ve Kurula sunmak, Kurum bütçesinin uygulanmasını, gelirlerin toplanmasını, giderlerinin yapılmasını sağlamak (m.30/1-e), Kurumun Ticaret Bakanlığı ve diğer kuruluşlarla olan ilişkisini yürütmek (m.30/1-g), Kurumu temsil etmek (m.30/1-h), Kurulun nihai kararları ile yönetmeliklerin yayınlanmasını sağlamak (m.30/1-ı), Başkan adına imzaya yetkili personeli belirlemek (m.30/1-j) ve baş hukuk müşaviri hariç Kurum personelini atamaktır (m.30/1-k). Kanun'da başkan yardımcılara da Başkan tarafından verilen görevleri yapmak, talimatları yerine getirmek, Kurumun birimleri arasında koordinasyon, uyum ve işbirliği sağlamak görevi verilmiş olup, bunlar da Kurumun işleyişine ilişkin yetkilere aittir.

Kanun'da düzenlenen bu yetkilerin yanında Kurum, Kurum içindeki düzeni, faaliyetlerin sağlıklı biçimde yürütülmesini sağlamak için disiplin kurallarına da gereksinim duymakta ve bu kuralların uygulanmasını sağlamak zorundadır. Kurum personeli hakkında yapılacak disiplin soruşturmalarında yetkili amirlerin kimler olduğu 07.01.2022 tarihli ve 31712 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Rekabet Kurumu Disiplin Amirleri Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir. İlgili Yönetmelik, Kurumda 657 Sayılı DMK uyarınca görev yapan memurlar hakkında uygulanacak olup, bu memurların disiplin amirleri, unvanlarına göre Yönetmelik'e ek 1 sayılı cetvelde sayılmıştır.

6. Kurum ile Diğer Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Denetim Yetkisinin Çatışması

RK, esasen rekabet kurallarını belirleme, uygulama ve bunlara aykırılık saptanması halinde yaptırım uygulama yetkilerini kullanmaya yetkili birincil, genel yetkili organdır. Nitekim RKHK'nin 27'nci maddesinde Kurula Kanun'da yasaklanan eylemler ile ilgili araştırma ve soruşturma yapmak, ihlallerin sona erdirilmesi için tedbirler almak ve idari yaptırımlar uygulamak, muafiyet ve menfi tespit belgesi

vermek ve Kanun'un uygulanmasına dair düzenlemeler yapmak görev ve yetkileri verilmiştir. Rekabet kurallarının uygulanmasında birincil yetki Kurula verilmişse de bazı kanunlarda diğer bazı kamu kurum ve kuruluşları da özgülenmiş oldukları alanda rekabet hususunda düzenleme ve denetim yapmakla yükümlü kılınmışlardır. Örneğin 5015 Sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun 10'uncu maddesinin 14'üncü fıkrası ile petrol piyasasında faaliyetleri ve rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran veya doğurabilecek nitelikteki anlaşma veya eylemlerin piyasa düzenini bozucu etkiler oluşturması halinde, gerekli işlemlerin başlatılmasıyla birlikte, her seferinde iki ayı aşmamak üzere, faaliyetlerin her aşamasında, bölgesel veya ulusal düzeyde uygulanmak için tavan ve/veya taban fiyatı tespitine ve gerekli tedbirlerin alınmasına EPDK yetkili kılınmıştır. Bunun gibi, 5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun (EHK) 7'nci maddesinde BTK'nin, RKHK'nin hükümleri saklı kalmak kaydıyla, elektronik haberleşme sektöründe rekabete aykırı davranış ve uygulamaları re'sen veya şikâyet üzerine incelemeye, soruşturmaya ve rekabetin tesisine yönelik tedbirler almaya ve görev alanına giren konularda bilgi ve belge teminini talep etmeye yetkili olduğu düzenlenmiştir. Kanun'un 6/a maddesinde BTK'ye elektronik haberleşme sektöründe rekabetin tesisi ve korunmasına ilişkin düzenleme yetkisinin de verilmiş olduğu görülmektedir. Aynı Kanun'un 13/1-c hükmünde, Kurumun, işletmecinin ilgili pazarda etkin piyasa gücüne sahip olduğunun belirlenmesi halinde fiyat sıkıştırması, yıkıcı fiyatlama gibi rekabeti engelleyici tarifelerin önlenmesi için gerekli düzenlemeleri yapacağı ve bunların uygulanmalarını denetleyeceği hususları öngörülmüştür. Ayrıca BTK'ye 6475 Sayılı Posta Hizmetleri Kanunu (PHK) ile de rekabet kurallarına ilişkin düzenleme ve denetleme yetkisi verilmiş olduğu görülmektedir.

İlgili hükümler bir arada değerlendirildiklerinde yetkiler arasında bir çatışma olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim RK ile EPDK'nin elektrik piyasasına ilişkin olarak rekabeti önleyici tedbirler alması, kurumların rekabet düzeninin tesis edilmesi için farklı düzenlemeler yapması yahut elektronik haberleşme sektöründe bulunan teşebbüslere rekabet kurallarına aykırı hareket ettikleri gerekçesiyle RK ve BTK'nin aynı anda soruşturma açması ve yaptırımlar uygulaması mümkün görünmektedir. Keza bu kararların birbirleriyle çelişmesi de olasılık dâhilindedir. Bu durumda, her iki kurumun da yetkisi olmadığını öne sürerek soruşturma yürütmemesi ve böylece bir rekabet ihlalinin cezasız kalması, her iki kurumun da soruşturma yürüterek birbirinden

farklı kararlar vermesi veya her iki kurumun da aynı eylem sebebiyle farklı yaptırımlar uygulaması söz konusu olabilecektir. Bu hususta örnek olarak öğretilen paylaşılan bir Danıştay kararına da yer vermek gerekir⁶⁴⁷. İlgili karara konu olan olayda haberleşme sektöründe faaliyet gösteren ve bu sektörde hakim durumda olan bir teşebbüsün, rakibi olan bir başka teşebbüsün müşterilerini ayartmak için düşük fiyatlı tarifeler sunmak ve ücretsiz telefon vermek suretiyle hakim durumunu kötüye kullandığı iddiasıyla RK tarafından yapılan önaraştırmada RK, ilgili teşebbüslere BTK tarafından bahse konu eylemini sona erdirmesi gerektiğinin ve aksi halde hakkında idari yaptırım uygulanabileceğinin bildirilmesi sebebiyle RKHK çerçevesinde işlem tesis edilemeyeceği gerekçesiyle şikayetin reddine karar vermiştir. Danıştay, ilgili kararında BTK'nin haberleşme sektörüne ilişkin rekabet ihlalleri hakkında düzenleme ve denetleme yetkisine sahip bulunduğunu, ancak rekabet ihlalleri bakımından genel yetkili olan RK'nin de bu yetkiye sahip olduğunu, bu sebeple, haberleşme sektöründeki teşebbüslerin RKHK kapsamı dışında tutulmasının rekabet ihlalinin cezasız kalması sonucunu doğuracağını belirtmiştir. Mahkeme, bir rekabet ihlalinin tespit edilmesi ve buna ilişkin delillerin elde edilmesi halinde RK'nin soruşturma zamanaşımı süresinde soruşturma açmasına ve ihlali kesin olarak tespit etmesi halinde yaptırım uygulamasına mani bir halin olmadığına, bu durumda RK'nin şikayet konusu iddiaları değerlendirerek BTK'nin görüşünü ve varsa uygulanmış idari yaptırımları göz önüne alarak hareket etmesi gerektiğine hükmetmiş ve RK'nin ilgili kararını hukuka aykırı bulmuştur. Bu karar nazara alındığında Danıştay'ın her iki kurumun da ilgili sektörde düzenleme ve denetleme yetkisinin bulunduğu, ancak genel yetkili olan RK'nin, konunun BTK'nin görev alanında kaldığından bahisle işlem yapmaktan kaçınmayacağı kanaatinde olduğu görülmektedir⁶⁴⁸.

Haberleşme sektörüne ilişkin rekabet ihlallerinde her iki kurumun da yetkili olduğunu tespit eden Danıştay kararı ile PHK'nin, RKHK hükümlerinin saklı olduğunun öngörülmüş olduğu 17/1-c ve 18/1'inci hükümleri, yine EHK'nin 7/1'inci maddesi ilgili kurumlar arasında bir yetki çatışması bulunduğunu göstermektedir. Bu ise hem hukuki belirlilik ilkesini ortadan kaldıracabilecek hem de ne bis in idem veya non bis in

⁶⁴⁷ Danıştay 13. D., 06.02.2015 T., 2010/457 E., 2015/427 K. sayılı ilamı (nakleden: Özelçi, Posta Hizmetleri Sektöründe Uygulanan İdari Yaptırımların Bağlı Olduğu Hukuksal Düzen, 203-205).

⁶⁴⁸ Aynı yönde: Danıştay 13. D., 05.10.2017 T., 2014/2458 E., 2017/2511 K. sayılı ilamı (rekabet.gov.tr).

idem ilkesine aykırı bir sonuç doğurabilecektir. Oysa denetim ve yaptırım uygulama yetkileri doğrudan temel hak ve özgürlüklere bir müdahale teşkil ettiklerinden, bunların uygulanması bakımından ortaya çıkacak belirsizliğin giderilmesi hukuki güvenliğin sağlanması açısından elzemdir⁶⁴⁹.

Anılan sorunlar için birkaç çözüm önerisi sunulabilir. Bunlardan ilki, RK'nin genel yetkisinin kabul edilerek rekabet kurallarına ilişkin düzenleme ve denetleme yetkisinin bu kurum tarafından kullanılacağına kabulüdür. İkinci çözüm, diğer kurumlara kuruluş kanunlarında verilen düzenleme ve denetim yetkisinin özel yetki olduğu kabul edilerek, bu kurumların görev alanlarında yapılacak düzenleme ve denetlemelerde RK'nin yetkili kabul edilmemesidir. Bir diğer çözüm ise düzenleme ve denetim yetkisinin kullanılması bakımından Kurumlar arasında işbirliği yapılmasıdır ki kanunların ve kurumların tercih ettiği çözümün de bu olduğu anlaşılmaktadır. Özellikle EHK ve PHK'de, RK ile yetkilerin ayırımına ve kurumlar arası işbirliğine ilişkin muhtelif düzenlemelerin yer aldığı görülmektedir. Örneğin EHK'nin 7/2'nci maddesinde RK'nin haberleşme sektöründe yapacağı incelemelerde ve bu sektöre ilişkin olarak vereceği kararlarda BTK'nin görüşünü ve yaptığı düzenlemeleri dikkate alacağı öngörülmüştür. Benzer bir düzenleme de PHK'nin 18/2'nci maddesinde yer almaktadır. İlgili hükme göre Rekabet Kurulu, posta sektörüne ilişkin olarak yapacağı inceleme ve araştırmalar ile vereceği kararlarda BTK'nin görüşlerini ve yapmış olduğu düzenlemeleri dikkate alacaktır. Kanun'un 4/1-m maddesinde de BTK'nin, posta sektörüne ilişkin rekabet ihlallerine ilişkin konularda RK'den görüş almaya yetkili olduğu düzenlenmiştir. Anılan hükümlerden RK ile BTK arasında bir işbirliği yapılacağı anlaşılmakta ise de bu işbirliğinin usul ve yöntemleri bakımından bir tespit yapılmış değildir. Aynı şekilde, bu hükümlerle görüş alma mecburiyeti öngörülmüşse de bu görüşlerin bağlayıcı olmadığı anlaşılmaktadır. Böylece RK, elektronik haberleşme ve posta sektörüne ilişkin bir düzenleme yapmadan evvel BTK'den görüş almak zorunda olsa da görüşe uygun hareket etmek gibi bir zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu durumda kurumlar arasındaki yetki çatışmasının sona erdiği de söylenemez. EPDK'ye rekabet kurallarına ilişkin denetim yetkisi veren 5018 Sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nda ise görüş alma zorunluluğu dahi getirilmiş değildir.

Anılan yasalarda yetki ayırımının tam ve kesin biçimde yapılmasını sağlayabilecek herhangi bir hüküm yer almadığından, sorunun Kurumlar arasında işbirliği

⁶⁴⁹ Özelci, Elektronik Haberleşme Hizmetlerinin Görülüş Usulleri, 84.

protokolleri yapılarak çözümlenmeye çabaladığı ifade edilebilir. Bu doğrultuda 22.01.2015 tarihinde RK ile BTK arasında, 28.01.2015 tarihinde ise RK ile EPDK arasında işbirliği hakkında protokol imzalanmıştır⁶⁵⁰. İlgili protokollerde amaç; kurumlar arasında karşılıklı işbirliği, bilgi ve görüş paylaşımı ile koordinasyon sağlanması olarak belirlenmiştir. Protokollerde, haberleşme ile enerji piyasalarındaki rekabet ihlallerine ilişkin olarak RK ile ayrı protokol yapılan kurumların elde ettikleri bilgilerin, şikâyet, ihbar veya başvuruların, belgelerin ve kararların diğer kurumun görev alanını ilgilendirdiği hallerde bunlarla paylaşımı yapılacağı/yapılabileceği hususları düzenlenmiştir. RK ile BTK arasında yapılan protokolden farklı olarak, EPDK ile yapılan protokolde, protokolün uygulanması için bir koordinasyon komitesi kurulacağı düzenlenmiş, kurumlar arasındaki yetki çatışmasının da bu komite aracılığıyla çözüleceği hüküm altına alınmıştır. Hal böyleyken, RK ile BTK arasında yapılan protokolün çıkacak yetki ihtilaflarının çözümü için yeterli olmadığı ve hukuki belirliliği sağlamaktan uzak olduğu, ancak RK ile EPDK arasında yapılan protokolün yetki uyuşmazlığını engellemek bakımından faydalı olabileceği görülmektedir.

Son tahlilde, RK'nın sektörel bir kısıtlamaya tabi olmaksızın rekabet kuralları hakkında düzenleme ve denetleme yetkisine sahip olması, diğer kurumların ise kendi alanlarında bu yetkiyi haiz olmalarının bu kurumların yetkileri arasında ihtilaf doğurabileceği, açık kanun hükümleri gereği RK'nin diğer kurumların görev alanındaki konularda düzenleme yapmadan evvel bu kurumların görüşlerine başvurması gerektiği, ancak bu görüşlerle bağlı olmadığı, RK'nin diğer kurumların yetki alanına ilişkin olması halinde dahi rekabet ihlallerine ilişkin araştırma ve soruşturma yapabileceği, fakat yapacağı araştırma ve soruşturmalarda diğer kurumların görüş ve düzenlemelerini göz önüne alması gerektiği, kurumlar arasında meydana gelen yetki uyuşmazlıklarının ise yine kurumlar arasında akdedilen protokoller uyarınca çözümleneceği söylenebilir. Kurumlar arasındaki yetki çatışmasının çözülmesi için çeşitli kanun hükümleri öngörülmüş ve protokoller imzalanmışsa da bunların da sorunun çözümünde yetersiz kalacağı düşünülmektedir.

Öğretide Özelçi, eserinin BTK ile KVKK arasındaki yetki ihtilafını incelediği kısmında BTK'nin kişisel verilerin korunmasına ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilmemesi sebebiyle vereceği idari para cezalarını değerlendirirken, Kişisel Verileri Koruma Kanunu'nun PHK'den sonra yürürlüğe girdiğini, kişisel verilerin

⁶⁵⁰ www.rekabet.gov.tr.

korunması bakımından çerçeve kanun niteliğinde olduğunu ve KVKK'nin genel düzenleme ve denetleme yetkisine sahip idare olarak kabul edildiğini gerekçe göstererek, BTK'nin Kişisel Verileri Koruma Kanunu kapsamındaki konularda yaptırım uygulama yetkisinin kabul edilmemesini ve bu kanunla ilgili olarak başlatılan bir incelemede kanuna aykırılık tespit edilmesi halinde durumun KVKK'ye bildirilmesi gerektiğini savunmuştur⁶⁵¹. Yapılan bu tespitin RK bakımından da aynen uygulanabileceği fikrindeyiz.

Kanaatimizce, enerji ve haberleşme piyasalarının diğer piyasalara nazaran farklı, teknik ve karmaşık kuralları bulunmakta ise de bu alanlardaki rekabet düzenlemeleri ile denetimlerinin RK tarafından yapılması gerekir. Nitekim yapılacak düzenlemeler ve denetimler enerji ve haberleşme piyasalarını etkileyici mahiyette ise de bunlar esasen rekabet hukukuna ilişkin işlemler olup, RK'nin bu alanda uzman ve teknik bilgiye sahip kurum olması işlemlerin doğruluğu ve belirliliği açısından faydalı olacaktır. Keza rekabet kuralları bakımından çerçeve kanun da RKHK olduğundan, bu hususta yapılacak düzenleme ve denetleme yetkisinin RK'ye ait olduğu kabul edilmelidir. Bu bağlamda BTK ile EPDK, ilgili buldukları piyasalarda meydana gelen rekabet ihlallerini RK'ye bildirmekle yükümlü olmalıdırlar. Buna karşılık, yapılacak düzenleme ve denetimlerde ilgili piyasaların karışık ve teknik özellikleri ve kuralları da göz ardı edilemez. Bu sebeple, RK tarafından haberleşme ve enerji piyasalarında yapılacak düzenleme ve denetimlerde yukarıda anmış olduğumuz kanun hükümlerinde de öngörülmüş olduğu üzere, EPDK ile BTK'nin görüşlerinin alınması ve ilgili kurumların alanlarına özgü teknik bilgi ve tespitler içeren görüşlerine uygun hareket edilmesi şarttır⁶⁵². Bu kurumlar arasındaki yetki çatışmasını önlemenin bir başka yolu ise tıpkı RK ile EPDK arasında düzenlenen protokoldeki koordinasyon komitesi yahut adli ve idari yargı yerleri arasındaki görev uyuşmazlıklarını çözmeye yetkili Uyuşmazlık Mahkemesi gibi bir kurum veya organın kurulması yönünde bir yasal düzenleme olabilir. Böyle bir Kurum veya organ yalnızca RK ile diğer kurumlar arasındaki ihtilafı çözümlenmeye yardımcı olmakla kalmayacak, örneğin RTÜK ve

⁶⁵¹ Özelçi, Posta Hizmetleri Sektöründe Uygulanan İdari Yaptırımların Bağlı Olduğu Hukuksal Düzen, 205-209.

⁶⁵² Uygulamada düzenleyici ve denetleyici kurumların görüş alışverişinde buldukları gözlenmektedir: Rekabet Kurulu, 30.09.2021 T., 21-46/667-332 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

BTK arasında olduğu gibi, bütün düzenleyici ve denetleyici kurumlar arasındaki yetki ve görev uyusmazlığının çözülmesine katkı sađlayabilecektir⁶⁵³.

7. Kurumun Regülasyon Yetkisinin Coğrafi Sınırları

Kural olarak, devletlerin uluslararası sözleşmeler ile belirlenmiş olan ülke sınırları içerisinde münhasır bir egemenliğe sahip oldukları ve bu sınırlar içerisinde egemenlikten doğan yasama, yürütme ve yargı erklerini kullanmakta tek yetkili oldukları kabul edilmektedir⁶⁵⁴. Ancak bu kuralın çeşitli uluslararası andlaşmalar ve teamüller uyarınca genişletilmesi veya daraltılması da söz konusu olabilmektedir. Devletlerin egemenlik yetkisini kısıtladıkları hallere örnek olarak yabancı devletlerin diplomatik ajanlarının dokunulmazlıkları veya yabancı devlet askerlerinin bir ülkenin izni ile barış zamanında belirli bir süreliğine izin veren ülkede bulunması verilebilir. Egemenliğin genişletilmesinin örneklerinden bazıları ise TCK'nin 11'inci maddesinde de vücut bulan ve bir Türk vatandaşının yabancı ülkede suç işlemiş ve Türkiye'de bulunması durumunda Türkiye Cumhuriyeti tarafından cezalandırılabilceğini ifade eden şahsilik ilkesi ve yine TCK'nin 12'nci maddesinde düzenlenen, bir yabancının Türkiye'nin, bir Türk vatandaşının veya Türk kanunlarına göre kurulmuş bir tüzel kişinin zararına suç işlemesi halinde Türkiye'nin cezalandırma yetkisinin bulunduğunu öngören kurallardır.

Genel kural olan mülkiyet prensibi uyarınca bir kamu kurumu olan ve devlet egemenliği kullanan RK'nin Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde denetim yetkisini kullanabileceği aşıkr olup, bu husus RKHK'nin 2'nci maddesinde de düzenlenmiştir. Gerçekten Kanun'un 2'nci maddesine göre RKHK, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren teşebbüslerin aralarında yaptığı rekabet ihlali niteliğindeki her türlü hukuki işlem ve davranışlar, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemler hakkında uygulanacaktır. İlgili hükümde Kanun'un uygulanmasında mülkiyet

⁶⁵³ BTK ile RTÜK ve RK arasındaki yetki uyusmazlığına ilişkin detaylı bilgi için: zeli, Elektronik Haberleşme Hizmetlerinin Görülüş Usulleri, 79-84.

⁶⁵⁴ Hüseyin Pazarcı, Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi, 2015, Ankara, 155; Agah Kürşat Karauz ve Halil Alperen Işık, "Rekabet Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması", Yıldıırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 2016: 283-298.

prensibinden söz edilmişse de Kanun'un yer bakımından uygulanması açısından geçerli tek prensip mülklik olmayıp, egemenlik yetkisinin genişletilmiş olduğu görülmektedir⁶⁵⁵. Nitekim Kanun'un aynı maddesinde "Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren" ibaresinin yanında "ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün" ifadeleri de yer almakta olup, anılan kural etki doktrini olarak adlandırılmaktadır. Etki doktrini veya teorisi, RK tarafından, rekabet yasalarının yerli teşebbüslerin yanı sıra, o ülkede doğrudan varlığı olmasa bile, eylem ve işlemleri rekabet koşullarını etkiliyorsa bu eylem ve işlemleri gerçekleştiren yabancı teşebbüslere de uygulanmasına imkân tanıyan hukuki ilke olarak tanımlanmıştır⁶⁵⁶.

Öğretide etki öğretisinin ilk olarak ABD'de görülen ALCOA davası olarak bilinen United States v. Aluminum Co. of Am. Davası olduğu ifade edilmiştir⁶⁵⁷. İlgili davada, ALCOA isimli ABD merkezli şirketin, Kanada'da bulunan yavru ortaklığı tarafından İsviçre'de dünya genelinde alüminyum üretim ve arzını sınırlamak amacıyla kurulmuş olan kartel sebebiyle ALCOA'nın sorumlu tutulamayacağına ilişkin ilk derece mahkemesi kararı, kartelin ABD'yi etkilemeye yönelik olduğu ve etkinin de meydana gelmiş olduğundan bahisle Temyiz Mahkemesince bozulmuş ve Yüksek Mahkeme, ABD rekabet hukuku kurallarının uygulanması gerektiğine hükmetmiştir⁶⁵⁸. Bu ilkenin AB'deki ilk görünümünün, ismi zikredilmemekle birlikte Grosfillex davasında meydana geldiği, ilkenin isminin de açıkça zikredildiği ilk davanın ise Dyestuffs kararı olduğu ifade edilmektedir⁶⁵⁹. Anılan davada Birleşik Krallık merkezli bir şirket olan ICI'nın AB içerisindeki yavru ortaklıkları aracılığıyla uyumlu eylemlerde bulunarak boya maddelerinin fiyatlarını yükselttiği ve böylece tekelleşmeye neden olduğu gerekçesiyle ICI'ya ve AB'deki yavru ortaklıklarına yaptırım uygulanmıştır.

⁶⁵⁵ Karauz ve Işık 286.

⁶⁵⁶ www.rekabet.gov.tr

⁶⁵⁷ Bahar Üstündağ, "Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulanmasından Doğan Bağlama Kuralı: Piyasa Üzerine Doğrudan Etki (MÖHUK m.38)", Hacettepe HFD, 12(1) 2022: 329-379, 339.

⁶⁵⁸ Karauz ve Işık 293; Üstündağ 341.

⁶⁵⁹ Üstündağ 345.

RKHK'nin 2'nci maddesinde öngörülen etki prensibi, Kurul kararlarına da yansımakta, Kurul, doğrudan Türkiye'deki mal ve hizmet piyasalarında faaliyet göstermemekle birlikte, faaliyetleri Türkiye piyasalarını etkileyen teşebbüsler hakkında denetim yetkisini kullanmaktadır. Örneğin Kurul, E.I.Du Pont de Nemours adlı teşebbüsün Tongkook Synthetic Fibres Co. Ltd.'nin elastin alanındaki mal varlığını devralması işlemine izin verilmesi talebini incelediği bir kararında devralma işleminin taraflarının Türkiye'de üretim merkezine sahip olmamalarına rağmen ihracat yoluyla Türkiye pazarını etkiledikleri gerekçesiyle işlemin RKHK kapsamında olduğuna karar vermiş ve bu doğrultuda ilgili devralma işlemine RKHK'nin 7'nci maddesi uyarınca izin vermiştir⁶⁶⁰. Keza Kurul, bir başka kararında, Türkiye'de yerleşik olmayan PTT Chemical Public Company Limited adlı teşebbüsün, Türkiye'de yerleşik olmayan bir başka teşebbüs olan NatureWorks LLC'nin %50 hissedarlığını ve ortak kontrolünü ortaklık hakkı veren hisse devri suretiyle devralması işlemini, işlemin Türkiye'deki plastik reçine pazarını etkilediği gerekçesiyle RKHK kapsamında görmüş ve işleme izin vermiştir⁶⁶¹.

RK'ye göre, etki teorisinin uygulanması için yurt dışında yerleşik olan teşebbüsün işlem ve faaliyetlerinin Türkiye'de bir etkisinin olması yeterlidir⁶⁶². Ülke içinde satış veya hizmet sunma gibi bir faaliyeti bulunmayan teşebbüslerin ülkenin pazarını nasıl etkileyeceği sorgulanabilir. Bu bağlamda öğretide Türkiye'deki bir piyasa bakımından önemli bir hammadde veya bir malın tek sağlayıcısı konumunda olan ve Türkiye'de faaliyet göstermeyen bir teşebbüsün ürün veya hammadde sağlamayı reddetmesi yahut bunların temini için ağır şartlar öngörmesi hali örnek verilmiştir⁶⁶³. İlgili örnekte mal veya hammadde arzı ciddi anlamda kısıtlanmış olduğundan, ilgili pazarın etkileneceği açıktır. Etki teorisinin uygulanması bakımından bir diğer örnek ise Türkiye'de yerleşik olmayan bir teşebbüsün yavru iştiraklerinin veya distribütörlerinin Türkiye'de faaliyet göstermesi veya bunlar olmasa dahi bu teşebbüsün mal ve hizmetlerinin Türkiye'deki teşebbüsler tarafından alınması halleridir⁶⁶⁴. Kurul, bu örneklerin söz konusu olduğu

⁶⁶⁰ Rekabet Kurulu, 28.01.1999 T., 99-3/24-6 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

⁶⁶¹ Rekabet Kurulu, 21.12.2011 T., 11-62/1640-577 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

⁶⁶² www.rekabet.gov.tr.

⁶⁶³ Kemal Erol, Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulanması, Rekabet Kurumu Lisans Üstü Tez Serisi No: 1, Ankara, 162.

⁶⁶⁴ Karauz ve Işık 289.

veya Türkiye’de yerleşik olmayan bir teşebbüsün Türkiye pazarını doğrudan yahut dolaylı biçimde etkilediği her halde etki prensibi uyarınca denetim yetkisini kullanabilecek, bu kapsamda ilgili teşebbüsler hakkında araştırma ve soruşturma açabilecek, muafiyet ve izin verebilecek, ihlal halinde yaptırım uygulayabilecek ve yukarıda detaylı biçimde izah edilmiş olan diğer yetkilerini kullanabilecektir.

C. Kurulun Çalışma ve Karar Almasına İlişkin Esaslar

1. Genel Olarak

Kurulun çalışma esasları RKHK’nin 28’inci maddesinde üç fıkra halinde düzenlenmiştir. Buna göre Kurul, Başkan tarafından yönetilir ve temsil edilir. Ancak Başkanın çeşitli sebeplerle bulunmadığı hallerde Kurulu İkinci Başkan temsil edecektir (RKHK m.28/1). Kurul toplantıları da Başkan veya yokluğunda İkinci Başkan tarafından yönetilir. Başkan veya İkinci Başkan, toplantıda karara bağlanacak olan gündemleri toplantıdan önce belirler ve üyelere bildirir (m.28/2). Maddede belirlenen son esas ise Kurul üyelerinin kendileri ve üçüncü dereceye kadar kan hısımları ile ikinci dereceye kadar sıhrî hısımlarıyla ilgili olaylarda müzakere ve oylamalara katılamayacağına ilişkindir (m.28/3). Kurulun tarafsızlığını temin etmek amacıyla Kurul üyeleri bakımından getirilen bu kural HMK’nin 34’üncü maddesinde düzenlenen yasaklılık sebepleri ile benzerlik göstermektedir. Anılan hükme göre hâkim, kendisine ait veya doğrudan ya da dolaylı olarak ilgili olduğu davalara, aralarındaki bağ kalkmış olsa dahi eşinin davalarına, kendisinin veya eşinin altsoy veya üstsoyunun taraf olduğu davalara, kendisiyle evlatlık bağı olanların davalarına, üçüncü derece de dâhil olmak üzere kan hısımlığı veya evlilik birliği ortadan kalkmış olsa dahi kayın hısımlığı bulunanların davalarına, nişanlısının davalarına, iki taraftan birinin vekili, vasisi, kayyımı ya da yasal danışmanı sıfatıyla hareket ettiği davalara bakamaz. Bu davalarda hâkim, bu hususta bir talep olmasa dahi çekilmek zorundadır (HMK m.34). Kurul üyeleri için öngörülen yasaklılık sebeplerinin hâkimlere nazaran daha kısıtlı tutulduğu anlaşılmaktadır. Kanaatimizce, tarafsızlık bakımından bir kademelendirme yapılamayacağından, yani ya tarafsız ya da taraf olunabileceğinden, hakimlere farklı, Kurul üyelerine farklı yasaklılık sebepleri öngörmenin anlamlı bir yanı yoktur. Hâkimler için tarafsızlık niteliğini şüpheye düşürecek olan evlatlık, nişanlılık ve boşanmış olsalar dahi evlilik ilişkisinin, Kurul üyeleri bakımından da aynı

sonucu doğuracağı söylenebilir. Özellikle uyguladığı usulün yargı usullerine benzerliği ve yaptığı soruşturma sonucunda oldukça ağır cezalara karar verilebildiği gözlenen Kurulun üyeleri bakımından HMK’de öngörülen yasaklılık sebeplerinin öngörülmemiş olması bir eksiklik olarak değerlendirilebilir.

Kurul, toplantılarında Başkan veya yokluğunda İkinci Başkan tarafından belirlenen gündeme ilişkin kararlar alacaktır. Kararların alınması için gereken nisap, RKHK’nin 51’inci maddesinde düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre Kurulun dosyadan el çekmesine sebep olacak olan nihai kararlar alacağı toplantılara başkan veya ikinci başkan da dâhil olmak üzere en az beş üyenin katılması gerekir. Bu toplantılarda karar alınması için katılan Başkan ve üyelerden en az dördünün aynı yönde oy kullanmaları gerekir (RKHK m.51/1). İlk toplantıda karar alınması için gereken çoğunluğun sağlanamaması halinde Başkan, ikinci toplantıya bütün üyelerin katılmasını sağlar. Ancak bu mümkün olmazsa, katılan üyelerin salt çoğunluğu ile karar alınır. Bu halde de toplantıya Başkan ya da İkinci başkan dâhil en az beş üyenin katılması gerekir (m.51/2). İlgili hükümde yer alan “bu mümkün olmazsa” ibaresini yasal mazeretin bulunmasına ilişkin haller olarak algılamak gerekir. Yani bu ikinci toplantıya yasal olarak mazeretli ve izinli olmayan bütün Kurul üyelerinin katılması zorunludur. Nitekim Danıştay 13. Daire de vermiş olduğu bir kararda, Kurul üyelerinden birinin mazeret belgesi bulunmamasına rağmen ikinci toplantıya katılmaması ve Kurulun böylece karar almasını hukuka aykırı görmüş ve kararın davacıya yönelik kısımlarının iptaline karar vermiştir.⁶⁶⁵

İkinci toplantıda oyların eşit olması halinde başkanın bulunduğu tarafın oyu üstün sayılır (m.51/2). Kurulun, dosyadan el çekmesine yol açmayan diğer kararlar ile özellikle tedbir ve tavsiye niteliğindeki kararlar ve işlemler için toplam üye sayısının en az üçte biri ile toplanması gerekir. Bu kararlar, toplanan üyelerin salt çoğunluğu ile alınırlar (m.51/3).

⁶⁶⁵ Danıştay 13. D., 15.03.2010 T., 2007/5204 E., 2010/2224 K. sayılı ilamı (Lexpera).

2. Sözlü Savunma Toplantısına İlişkin Esaslar

a. Genel Olarak

Daha evvel de ifade etmiş olduğumuz üzere, Kurulca görevlendirilen raportörlerden oluşan heyet tarafından yürütülen soruşturmanın ardından heyetçe hazırlanan soruşturma raporunun Kurul üyeleri ile soruşturmanın taraflarına tebliğ edilmesinden sonra savunma, ek görüş ve taraflarca verilecek cevapların tamamlanması veya Kanun'da bu işlemler için öngörülen sürenin ardından soruşturma sona erecektir. Soruşturmanın sona ermesinin ardından ise sözlü savunma toplantısı yapılabilecektir. Sözlü savunma toplantısına ilişkin usul ve esaslar Kanun'un 46 ila 48'inci maddeleri ile 2010/2 sayılı Rekabet Kurulu Nezdinde Yapılan Sözlü Savunma Toplantıları Hakkında Tebliğ'de düzenlenmiştir. Sözlü savunma toplantısının yapılması kanuni bir zorunluluk olmamakla birlikte, soruşturmanın taraflarınca yazılı savunma yahut cevaplarında talep edilmesi halinde veya Kurulca re'sen sözlü savunma toplantısı yapılmasına karar verilir (RKHK m.46/1). Sözlü savunma toplantısının yapılacağı hallerde Kurul, toplantının tarihini, yerini, saatini ve toplantıya katılmak isteyen şikâyetçiler ile üçüncü kişiler için başvuru süresini tespit ederek bu tespite ilişkin kararı Kurumun internet sitesinde yayımlar (2010/2 sayılı Tebliğ m.4/2). Kurul, zorunluluk halinde toplantıyı erteleyebilir. Bu halde durum, ilgililere bildirilir (m.19)

b. Toplantıya Katılma

Şikâyetçiler ve üçüncü kişiler, Kurulca belirlenen başvuru süresi içinde Kurula yazılı olarak başvurmaları halinde toplantıya katılabilirler. Ancak üçüncü kişilerin toplantıya katılmaları için toplantının konusu ile menfaat ilişkilerinin bulunduğunu ispat etmeleri ve buna ilişkin bilgi ve belgeleri başvurularına eklemeleri gerekmektedir. Başvurular Kurulca değerlendirilir ve sonucu toplantıdan önce ilgililere bildirilir (Tebliğ m.6/1). Kurul, kendiliğinden veya soruşturma heyetinin talebi üzerine ilgili gördüğü ve bilgisine ihtiyaç duyduğu diğer kişileri toplantıya davet edebilir (m.6/2). Soruşturmanın Bakanlığın talebi üzerine başlatılmış olması halinde Kurul, toplantıya katılım sağlaması için Bakanlığa da bildirim yapar (m.6/3). Bu toplantıya ilişkin davetiye, toplantı gününden en az 30 gün önce taraflara gönderilir ve toplantı, soruşturma evresinin sona ermesinden itibaren 30 ile 60 gün arasında yapılır.

Taraflar, şikâyetçiler ve üçüncü kişiler toplantıya bizzat katılabilecekleri gibi vekilleri aracılığıyla da katılabilirler (Tebliğ m.7/1). Toplantıda tarafları temsil edecek kimselerin avukat olması zorunlu olmayıp, örneğin bir teşebbüsün genel müdürü, yönetim kurulu üyeleri yahut muhasibinin de teşebbüsleri temsil etme yetkisi bulunmaktadır. Ancak teşebbüsleri sözlü savunma toplantısında temsil edecek kimselerin yetki belgeleri ile birlikte en geç toplantıdan 7 gün önce Kuruma bildirilmesi gerekir. Bu süre içinde bildirim yapılmamış olsa dahi Kurul, temsilcilerin dinlenilmesine izin verebilir. Sözlü savunma toplantısında bulunacak temsilciler, toplantı yerinin fiziki imkanlarının yetersizliği veya sürenin daha etkin kullanımı gibi gerekçelerle kısıtlanabilirler (m.7/2). Tüzel kişiliğe sahip olmayan teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin ortakları, toplantıya ayrı ayrı katılabilecekleri gibi ortak bir temsilci vasıtasıyla da katılabilirler (m.7/3).

c. Gizlilik Talepleri

Sözlü savunma toplantısı kural olarak kamuya açık olarak yapılır. Ancak genel ahlakın veya ticari sırların korunması sebepleriyle Kurul, toplantının gizli olarak yapılmasına karar verebilir (RKHK m.47/1). Bu karar, tarafların yazılı başvurusu üzerine ya da Kurulca resen alınabilir (Tebliğ m.9/2). Tarafların kısmen veya tamamen gizlilik talep etmeleri halinde bu taleplerini en geç sözlü savunma toplantısından 7 gün evvel Kuruma yazılı olarak bildirmeleri gerekir. Bu süre içerisinde başvuru yapılmaması halinde gizlilik talebi kabul edilmeyecektir (m.9/3). Gizlilik talebinde tarafların sunacağı delillerle birlikte savunmalarının temel unsurlarını içeren bir taslağı Kurula sunmaları gerekir. Bu dökümanlardan gizli bilgiler içerenler, “gizlidir” veya “ticari sır içermektedir” yazılarak işaretlenerek Kurula verilir. Aynı zamanda bu dökümanların gizli bilgilerden arındırılmış bir nüshasının da Kurula teslim edilmesi gerekmektedir (m.9/4).

Gizlilik talep eden taraf, sunduğu dökümanlarda yer alan bilgilerin neden ticari sır olarak kabul edilmesi gerektiğini, bu bilgilerin açıklanmasının kendisine vereceği zararı ve bu bilgilerin korunması için sunumun hangi kısımlarının gizli yapılması gerektiğini açıklamakla yükümlüdür (m.9/5). Kurul, ilgili talebi sözlü savunma toplantısı yapılmadan evvel kısmen veya tamamen kabul ya da reddedebilir. Karara ilişkin gerekçeye ise nihai kararda yer verilir (m.9/6). Kurulun talebi tamamen kabul

etmesi halinde sözlü savunma toplantısında ilgili taraf, soruşturma heyeti ve dosya ile ilgili görevi bulunan Kurum personeli dışındakiler katılamazlar. Talebin kısmen kabul edilmesi durumunda ise gizli görülecek oturumlarda aynı kural uygulanacaktır (m.10).

d. Deliller ve Bildirilmesi

Taraflar, sözlü savunma toplantısından en az 7 gün evvel, hangi delillere başvuracaklarını Kurula bildirmekle yükümlüdür. Bu süre içinde Kurula bildirilmeyen delillere sözlü savunma toplantısında başvurma olanağı yoktur (RKHK m.47/4). Sözlü savunma toplantısında yapılacak sunuma ilişkin metin ya da slayt gibi dokümanların da en geç toplantıdan 7 gün evvel Kurula bildirilmesi gerekir. Aksi halde bu dokümanlar kayda alınmak ve Kurul üyeleri ile soruşturma heyetine dağıtılmak üzere sunumu yapacak tarafça çoğaltılarak toplantıdan evvel görevlilere teslim edilmelidir (Tebliğ m.11/3). Bu kurallar, şikâyetçi ve toplantıya katılacak üçüncü kişiler bakımından da geçerlidir (m.11/4). Bu kuralın zaman zaman elde edilmesi güç olan, ancak sürenin sonunda elde edilmesi mümkün olan ve belirlenen süre zarfında elde edilmemesinde tarafların kusuru bulunmadığı hallerde hak ihlali meydana getirebileceği düşünüldüğünde, taraflara istisnai hallerde 7 günlük sürenin dolmasına rağmen delil gösterebilme imkânı tanınmasının hakkaniyete uygun olabileceği kanaatindeyiz. Bu hususta HMK'nin 145'inci hükmünün örnek alınması mümkündür. İlgili maddede tarafların yasal sürenin ardından delil gösteremeyeceği, ancak bir delilin gösterilmesinin yargılamayı geciktirme amacı taşımadığı veya süresinde gösterilememesinde ilgili tarafın kusurunun bulunmadığı hallerde mahkemenin, o delilin gösterilmesine izin verebileceği kuralı düzenlenmiştir. Özellikle sözlü savunma toplantılarının 5 ayrı günde tamamlanabileceği dikkate alındığında, tarafların kusuruna dayanmaksızın yasal sürenin sona ermesinin ardından elde ettikleri ve Kurula sunacakları delillerin Kurul üyelerince incelenme imkânı bulunabilecek, böylece karar alma süreci de geciktirilmiş olmayacaktır. Bu hallerde, soruşturmanın tarafları, rekabet ihlali gerçekleştirmemiş olduklarını ispat edecek vasıtalara ulaşmış olduklarından, Kurula kabul etmek yönünde getirilecek bir takdir yetkisi, yargıya başvurulmasını, böylece sürecin uzamasını önleyebilecektir.

Tarafların yasal süre içerisinde Kurula sunabileceği deliller bakımından HMK’de düzenlenen delillere atıf yapılmıştır (RKHK m.47/5). HMK’de düzenlenen deliller ikrar, yazılı ve basılı metin, senet, çizim, kroki, fotoğraf, film gibi belgeler, elektronik veriler, resmi ve adi senetler, ilamlar, ticari defterler, yemin, tanık, bilirkişi incelemesi, keşif ve uzman görüşüdür. Ancak sayılan bu delillerden yemin, ancak mahkeme huzurunda yapılabileceğinden, sözlü savunma toplantısında bu delile başvurulması mümkün değildir. Bunun gibi, HMK’nin 266’ncı maddesi uyarınca bilirkişi incelemesi deliline ancak çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde başvurulabileceğinden, zaten bir uzmanlık kurumu olan RK’ye karşı bu delile başvurulmasının faydasız olacağı ve süreci uzatmakla kalacağı ifade edilebilir. Bunun yerine tarafların uzman görüşüne başvurabilmeleri mümkündür.

Tarafların sözlü savunma toplantısında başvurabilecekleri bu delillerden tanık ve uzman görüşü, Tebliğ’de özel olarak düzenlenmiş ve bu delillere başvurulmasında usuller öngörülmüştür. Buna göre, tanık gösteren taraf, tanık dinletmek istediği konuyu ve tanık listesini, tanıkların konu ile ilgisini de izah ederek en geç sözlü savunma toplantısından 7 gün evvel Kurula bildirecektir. Süresi içinde ve usulüne uygun olarak bildirilmeyen tanıklar sözlü savunma toplantısında dinlenmeyecektir. Ayrıca Kurul, bildirilen tanıkları toplantıya davet etmekle yükümlü olmayıp, bu sorumluluk tanık dinletmek isteyen taraflara aittir (Tebliğ m.12/2). Kurul, tanıklardan bir kısmının tanıklığı ile bir konunun aydınlatılmış olduğu kanaatine varırsa listedeki bütün tanıkları dinlemek zorunda değildir (m.12/3). Bu halde Kurul, tanıkların dinlenilmemesine karar verebilir. Kural olarak tanıklar, toplantıda ayrı ayrı dinlenirler. Ancak Kurulun tanıklar arasında yüzleştirme yapması da mümkündür (m.12/4). Uzman görüşü ise Tebliğ’in 13’üncü maddesinde düzenlenmiştir. İlgili düzenleme uyarınca taraflar, dosya konusu olayla ilgili olarak konunun uzmanlarından bilimsel görüş alabileceklerdir. Görüşüne başvurulmuş uzman, talep üzerine ya da Kurulca re’sen sözlü savunma toplantısında dinlenilebilir. Uzman görüşüne başvuracak olan taraf, uzmanın görüşü ile birlikte varsa bunun dayandığı sayısal analizleri ve her türlü veriyi de toplantıdan 7 gün evvel Kurula sunar.

e. Toplantının İcrası

Sözlü savunma toplantısı Kurulca belirlenen tarihte, genel kuralda olduğu gibi Kurul Başkanı tarafından, Kurul Başkanının toplantıya katılmadığı hallerde ise İkinci Başkan tarafından yönetilir. Toplantıda Kurul Başkanı veya İkinci Başkanın yanı sıra en az dört kurul üyesinin de bulunması gerekir (RKHK m.47/2). Bu halde, sözlü savunma toplantılarında Başkan veya İkinci Başkan da dâhil olmak üzere en az 5 üyenin bulunması Kanuni bir zorunluluktur.

Toplantılar yoklama yapılarak başlar. Yapılan yoklama neticesinde taraflardan hiçbirinin toplantıya iştirak etmediği anlaşılırsa Başkan, toplantıya son verir. Aksi halde, yani tarafların huzurda bulunmaları durumunda toplantı soruşturma heyetine söz verilmesiyle başlar. Soruşturma heyeti, iddiaları ve dosya içeriğini özet olarak ifade eder. Ardından önce şikâyetçilere, sonra üçüncü kişilere ve Bakanlığa, son olarak ise taraflara söz hakkı verilir. Kurul, toplantıda tarafları, şikâyetçileri ve üçüncü kişileri ayrı ayrı ya da birlikte dinleyebilir ve bunlara, tanıklara veya uzman kişilere beyanlarını açıklaması için sorular yöneltebilir. Toplantıda son söz taraflara aittir.

Toplantıların düzenli bir şekilde işlemlerini engelleyen davranışlarda bulunulması halinde Başkan veya yokluğunda İkinci Başkan ilgili kişileri uyarabileceği gibi bunları toplantı salonu dışına da çıkarabilir (m.16/2). Toplantılar, en çok 5 oturumda sonuçlandırılır. Aynı gün içinde yapılan toplantılar, bir oturum sayılır (RKHK m.47/3).

3. Nihai Kararın Alınmasına İlişkin Esaslar

Sözlü savunma toplantısı yapılmışsa nihai karar, toplantının yapıldığı gün, bunun mümkün olmaması halinde toplantının yapıldığı günden itibaren 15 gün içinde gerekçesi ile birlikte verilir (m.48/1). Sözlü savunma toplantısı yapılmadığı takdirde Kurul, soruşturma aşamasının sona ermesinden itibaren 30 gün içinde nihai kararını verir (m.48/2). Nihayet, sözlü savunma toplantısı için gün verilmesine rağmen soruşturmanın tarafları toplantıya katılmazlarsa Kurul, toplantı gününden itibaren bir hafta içinde dosya üzerinde inceleme yaparak nihai kararını verir.

Kurul, kararlarını gizli görüşme sonucunda verir ve alenen tefhim eder. Kurul üyeleri çekimsiz oy kullanamaz, olumlu yahut olumsuz bir oy kullanmaları gerekir. Karar görüşmelerine sözlü savunma toplantısında hazır bulunanların katılmaları zorunludur. Ancak mazeretli olanlar, bu kuraldan istisna durumdadırlar. Görüşmeyi, genel usul uyarınca Başkan veya Başkanın katılmadığı hallerde İkinci Başkan yönetir ve karar verilecek konuları belirler. Konular serbestçe tartışılır ve oylama yapılır. Yapılan oylamada Başkan üyelerin oylarını toplar, en son kendisi oy kullanır.

Nihai kararlar, genel usulde olduğu üzere, Kanun'un 51'inci maddesinde öngörülen toplantı ve karar nisapları uyarınca alınır. Ayrıca bu kararların, kararı veren üyelerin bilgilerini, raportörlerin bilgilerini, tarafların ad ve unvanları ile ikametgah adresi ve ayırıcı niteliklerini, tarafların iddialarının özetlerini, incelenen ve tartışılan konuların özetini, raportörün görüşünü, deliller ve savunmalar ile bunların değerlendirilmesini, kararın gerekçesini ve hukuki dayanağını, sonucunu ve varsa karşı oy yazılarını içermelidir (m.52). Kurulun vereceği nihai kararlar, Başkan veya görevlendireceği bir Kurul üyesi tarafından yazılır. Verilecek kararların toplantıya katılan bütün üyelere imza edilmesi gerekir. Karara muhalif kalan üyeler, ayrı ayrı veya birlikte karşı oy yazısı yazabilirler. Kararların aslı Kurul arşivinde saklanır. Kararın birer nüshası, imza karşılığında taraflara verilir. Bir diğer nüsha ise yayımlanmak üzere RK Yayın İşlerine gönderilir (m.53). Bu kararlar, tarafların ticari sırlarını ifşa etmemek kaydıyla Kurumun İnternet sitesinde yayımlanır (m.53/2).

D. Kurul Başkan ve Üyeleri ile Kurum Personelinin Yargılanma Usulü

Kurul Başkan ve üyeleri ve Kurum personelleri işledikleri ve kendilerine karşı işlenecek görevle ilgili suçlar bakımından kamu görevlisi sayılırlar (RKHK m.60). Kamu görevlisi ibaresi, TCK'nin 6/1-c maddesinde tanımlanmıştır. Bu tanıma göre, kamusal faaliyetin yürütülmesine herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişiler kamu görevlisidir. Tanımda yer alan kamusal faaliyetin anlamına madde gerekçesinde yer verilmiştir. Buna göre, Anayasa ve kanunlarla belirlenmiş olan usullere uygun olarak verilmiş bir siyasal kararla bir hizmetin kamu adına

yürütülmesi hali, kamusal hizmettir⁶⁶⁶. Ancak, Kanun’da belirlenen “kamusal faaliyet görmek” biçimindeki kıstas oldukça geniş bir kategorinin kamu görevlisi sayılmasına yol açacağından, maddede ve madde gerekçesinde diğer bazı ölçütler de belirlenmiştir. Maddede öngörülen ölçütler, kamusal bir faaliyetin icrasına katılmak, bu faaliyete seçim, atama veya herhangi bir suretle katılmak ve faaliyete katılmanın sürekli, süreli veya geçici olmasıdır. Gerekçede ise kişinin idare ile özel hukuk ilişkisi içerisinde olmaması biçiminde bir ölçüt, kanun yapma tekniğine aykırı olarak belirlenmiştir⁶⁶⁷. Bu halde, usulüne uygun siyasal bir kararla bir kamu hizmeti olarak belirlenmiş bir faaliyete sürekli, süreli veya geçici olarak herhangi bir surette katılan kişi, idare ile arasında bir özel hukuk sözleşmesi bulunmadıkça kamu görevlisi sayılacaktır⁶⁶⁸. TCK’de yer alan kamu görevlisi tanımı oldukça geniş biçimde tespit edildiğinden Rekabet Kurulu Başkan, üye ve personelinin kamu görevlilerinden sayılacağı bu hükümden anlaşılmaktadır.

Kamu görevlisi sayılmanın ceza hukuku bağlamında çeşitli sonuçları bulunmaktadır. Öncelikle, bazı istisnaları olmakla birlikte, Anayasanın 129/6’ncı hükmü uyarınca kamu görevlilerinin görevleriyle ilgili olarak işledikleri iddia edilen suçlardan dolayı haklarında kovuşturma açılması kanunlarda belirtilen idari mercilerin izninin alınmasına bağlıdır⁶⁶⁹. Bunun gibi, 657 Sayılı DMK’nin 24’üncü maddesinde de devlet memurlarının görevleri ile ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı yapılacak soruşturma ve kovuşturma ile haklarında dava açılmasının özel hükümlere tabi olduğu öngörülmüş, böylece, memurlar bakımından farklı bir yargılama usulüne işaret edilmiştir. Memurların ve diğer kamu görevlilerinin görevleri ile ilgili suçlar nedeniyle yargılanmasına ilişkin olağan usul, 4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun’da düzenlenmiştir. Bu Kanun’un 2’nci maddesinde Kanun’un, Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli

⁶⁶⁶ Burcu Dönmez Demren “Ceza Muhakemesi Uygulamasında Görev Suçu”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 19 (3), 2017: 2727-2748, 2729; Gözler ve Kaplan 2733.

⁶⁶⁷ Dönmez Demren 2729; Gözler ve Kaplan 2732-2733.

⁶⁶⁸ Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 1, 829.

⁶⁶⁹ Taner Ayanoglu, “Kamu Personelinin Hukuki Rejimi”, Günışığında Yönetim (Ed. İl Han Özyay), İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004, 1016; Dönmez Demren 2668; Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 1, 831.

görevleri ifa eden memurların yanı sıra diğer kamu görevlilerinin görev sebebiyle işledikleri suçlar bakımından da uygulanacağı öngörülmüştür. Bununla birlikte, anılan maddenin 2'nci fıkrasında görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi olanlara ilişkin düzenlemeler ile suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen usullerin saklı olduğu hüküm altına alınmıştır. RKHK'nin 60'ıncı maddesinde Kurul Başkan ve üyeleri ile personelinin görevleri ile ilgili işlemiş oldukları suçlar hakkındaki soruşturma ve kovuşturma usulü bakımından farklı bir usul öngörülmüş olup, bu husus RK Başkan üyelerinin görevleri ve sıfatları sebebiyle özel usullere tabi olduklarına işaret etmektedir.

RKHK'nin “Kurumun Para, Evrak ve Malları Üzerinde İşlenen Suçlar” başlıklı 60'ıncı maddesinde Kurul Başkan ve üyeleri ile kurum personelinin cezai ve hukuki sorumluluğuna ilişkin olarak 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu'nun 104'üncü maddesinin uygulanacağı öngörülmüştür. İlgili hükümde BDDK üyeleri ile Kurum personelinin cezai ve hukuki sorumluluğu düzenlenmiştir. Mezkûr hükme göre, Kurul Başkan ve üyelerinin görevleriyle ilgili olarak işlediği iddia edilen suçların soruşturulması için ilişkili bakanın izninin alınması gerekir. Aynı hükümde, Kurum personelinin görevleriyle ilgili olarak işlemiş oldukları iddia edilen suçlar bakımından verilecek soruşturma izninin Kurum Başkanının iznine tabi olduğu öngörülmüştür. Böylece Rekabet Kurulunun Başkan ve üyelerinin görevleriyle ilgili olarak işledikleri iddia olunan suçlarla ilgili cezai soruşturma yapılabilmesi, Ticaret Bakanının izninin, Kurum personeli hakkındaki soruşturmalar ise Kurum Başkanının izninin alınması ile mümkün olacaktır⁶⁷⁰.

Ayrıca 5411 Sayılı Kanun'un 104/2'nci maddesinde Kurul başkan ve üyeleri hakkında görevleri sebebiyle işlendiği iddia olunan suçlar hakkında soruşturma izni verilebilmesi için Başkan ve üyelerin işlendiği iddia edilen suç ile kendilerine veya bir başkasına çıkar sağlamak veya Kuruma ya da üçüncü kişilere zarar vermek kastıyla hareket ederek, bu işlemler sonucunda kendilerine veya üçüncü kişilere kar sağlamış olduklarına ilişkin ciddi emarelerin olması gerektiği düzenlenmiştir. Bu düzenleme, Kurul Başkan ve üyelerinin işlediği suçlar hakkında soruşturma izni verilmesini oldukça sıkı koşullara ve unsurlara tabi tutmuştur. Bu kişiler bakımından soruşturma izni verilebilmesi, öncelikle bunların görevleri kapsamında işlemiş oldukları suçlarda “kendilerine veya bir başkasına çıkar sağlamak veya Kuruma ya da üçüncü kişilere

⁶⁷⁰ Atay, “Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması, 277.

zarar verme kastıyla hareket etmek” biçiminde özel bir kastın varlığına ilişkin ciddi emarelerin bulunmasına bağlı tutulmuştur. Ayrıca, bu kimselerin işledikleri suçlar sebebiyle kendilerine veya üçüncü kişilere yarar sağlamış olması yönünde ciddi emarelerin bulunması da şarttır. Kanunun lafzı göz önüne alındığında, her ne kadar Kurul başkan ve üyeleri ile Kurum personelinin görevle ilgili işlemiş oldukları bütün suçlar bakımından soruşturma izni verilebilmesi için kendilerine veya üçüncü kişilere yarar sağlamak unsurunun gerçekleşmesi gerektiği anlaşılmakta ise de kanaatimizce, bu hükmü RKHK'nin 60'ıncı maddesinin başlığı altında değerlendirmek gerekir. Nitekim hükmün başlıktan bağımsız olarak değerlendirilmesi halinde, örneğin TCK'nin 120'nci maddesinde düzenlenen haksız arama, 135'inci maddesinde düzenlenen kişisel verilerin kaydedilmesi, 136'ncı maddede düzenlenen verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme ve 205'inci maddesinde düzenlenen resmi belgeyi bozmak, yok etmek veya gizlemek gibi suçları göreviyle ilgili olmakla birlikte herhangi bir menfaat gütmeyen Kurul Başkan ve üyeleri ile Kurum personelinin cezasızlığı sonucu meydana gelecektir. Kanun koyucunun, bu kimselerin işleyecekleri bütün suçlar bakımından böyle bir bağımsızlık tanınmasında kanaatimizce mantıklı bir gerekçe de bulunmamaktadır. Hal böyleyken, 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu'nun 104/2 hükmünün RKHK'nin 60'ıncı madde başlığı olan “Kurumun Para, Evrak ve Malları Üzerinde İşlenen Suçlar” ibareleri ile birlikte değerlendirilmesi uygun olacaktır. Bu değerlendirme ise Kurul Başkan ve üyeleri ile kurum personellerinin üçüncü kişilere işlemiş oldukları suçlar için soruşturma izni verilmesinde kişinin yarar sağladığı yönünde ciddi emarelerin bulunmasına gerek olmadığı, ancak Kurumun para, evrak ve malları üzerinde işlenen suçlar bakımından soruşturma izni verilmesinde bu emarelerin bulunmasının gerekli olduğu sonucunu doğuracaktır. Kurul Başkan ve üyeleri ile Kurum personelinin görevleri sebebiyle işlemiş oldukları, ancak Kurumun para, evrak ve malları üzerinde işlenmemiş suçlar bakımından yapılacak soruşturulmaların ve kovuşturulmaların ise 4483 Sayılı Kanun uyarınca yapılacağı kabul edilmelidir⁶⁷¹. Nitekim RKHK'nin 60'ıncı maddesinde Kurul Başkan ve üyeleri ile Kurum personelinin görevleri nedeniyle işledikleri ve kendilerine karşı görevleri sebebiyle işlenen suçlar bakımından kamu görevlisi sayılacakları, 34/2'nci maddesinde ise Kurum personelinin ücret ve mali haklar hariç

⁶⁷¹ İsmail Yılmaz Aslan 346; Ayanoğlu, “Kamu Personelinin Hukuki Rejimi”, Günışığında Yönetim, 1016.

657 Sayılı Kanun'a tabi olacakları öngörülmüştür. 657 Sayılı Kanun'un 4/1-A maddesinde mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenlerin ve bu tanım dışındaki kurumlarda genel politika tespiti, araştırma, planlama, programlama, yönetim ve denetim gibi işlerde görevli olanların da memur sayılacağı düzenlenmiştir. Daha evvel de ifade edilmiş olduğu gibi, aynı Kanun'un 24'üncü maddesinde devlet memurlarının soruşturma veya kovuşturmaya tabi tutulmalarının özel hükümlere tabi olduğu öngörülmüştür. Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri ile ilgili olarak işlemiş oldukları iddia edilen suçlar hakkında yürütülecek soruşturma ve kovuşturmalarda ise 4483 Sayılı Kanun hükümleri uygulanacaktır. Nitekim Kanun'un 2'nci maddesinde de Kanun'un memurların ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işlemiş oldukları suçlar hakkında uygulanacağı açıkça ifade edilmiştir.

Belirtmek gerekir ki, bazı hallerde memurların ve diğer kamu görevlilerinin soruşturulması veya kovuşturulması 4483 Sayılı Kanun'un kapsamı dışında bırakılmış, bu özel usul bakımından bazı istisnalar öngörülmüştür. Öncelikle, memurlar ve kamu görevlilerinin, görevleriyle ilgili olmayan suçları herkes gibi işlemeleri, yani suçun işlenmesinde memur veya kamu görevlisinin görevinin öneminin bulunmadığı hallerde bunlara ilişkin yürütülecek soruşturma ve kovuşturmalar 4483 Sayılı Kanun'a göre değil, genel hükümlere göre adli makamlarca yapılır. Bu husustaki bir diğer istisna 3628 Sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nda öngörülmüştür⁶⁷². İlgili Kanun'da genel olarak memur ve diğer kamu görevlilerinin mal bildirimde bulunma yükümlülüğü düzenlenmiş olup, Kanun'da bulunan ceza hükümleri de mal bildiriminin gerçeğe aykırı olarak yapılması, haksız mal edinme, mal kaçırma veya gizleme gibi suçlardan ibarettir. İlgili Kanun'un 17'nci maddesinde Kanun'da yazılı suçlar, 4389 Sayılı Bankalar Kanunu'nda yazılı suçlar ile irtikâp, rüşvet, basit ve nitelikli zimmet, görev sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmi ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma, devlet sırlarının açıklanması veya açıklanmasına sebebiyet verme suçlarından veya bu suçlara iştiraktan dolayı sanık olanlar hakkında bu Kanun'un uygulanmayacağı hususu düzenlenmiştir.

⁶⁷² Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 1, 830.

5411 Sayılı Bankacılık Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle 4389 Sayılı Bankalar Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır ve Kanun'un 169'uncu maddesi uyarınca 4389 Sayılı Kanun'a yapılan atıflar 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu'na yapılmış sayılacaktır. Bankacılık Kanunu'nda yer alan suçlar ise Kanun'un 150 ile 160'ıncı maddeleri arasında düzenlenmiştir. Anılan suçları işlediği iddiasıyla soruşturma yapılması bir makamın iznine tabi olmayıp, durum, Cumhuriyet Savcısı doğrudan soruşturmaya başlayacak, ancak durumu memur veya kamu görevlisini atamaya yetkili olan amirine veya Kanun'un 8'inci maddesinde sayılan makamlara bildirecektir. Bunlar gibi, memur ve kamu personeli hakkında 5816 Sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun, 298 Sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun ve 1402 Sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nda düzenlenen suçlar bakımından da 4483 Sayılı Kanun uygulanmaz⁶⁷³.

Ceza hukuku bakımından kamu personeli sayılmanın bir diğer sonucu, bunların işledikleri ve bunlara karşı işlenen kamu personeline özgü suçlardan, yani yalnızca kanunlarda belirlenmiş niteliklere sahip kişiler tarafından ya da onlara karşı işlenen suçlardan dolayı sorumluluk gerektirmesidir. Bu suçlara örnek olarak, 5237 Sayılı TCK'nin 86/3-c maddesinde düzenlenen kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle işlenen kasten yaralama suçu, aynı maddenin d bendinde düzenlenen kamu görevlisinin sahip olduğu nüfuzu kötüye kullanılmak suretiyle işlenen kasten yaralama suçu, 94'üncü maddesinde düzenlenen işkence suçu ve aynı maddenin 2-b bendinde düzenlenen avukata veya diğer kamu görevlisine karşı işlenen işkence suçu gösterilebilir. Kamu personeline karşı işlenen veya onların işledikleri suçlar bakımından çoğu zaman daha ağır cezalar öngörülmüştür. Bu sebeple, kamu personeli olmanın ceza hukuku bakımından "ağırlaştırıcı bir neden" olduğu da ifade edilmiştir⁶⁷⁴. Böylece Kurum Başkanı ve personeli ile Kurul üyelerine karşı işlenen ve onlar tarafından işlenen suçlar bakımından suçların adi hallerine nazaran çok daha ağır bir cezai sonuçlarla karşılaşmaktadır.

⁶⁷³ Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 1, 830-831.

⁶⁷⁴ Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 1, 830.

E. Kurumun Devlet Teşkilatındaki Yeri

Kurum'un idari yapılanmadaki yeri hakkında çeşitli görüşler bulunmaktadır. Örneğin, RK'nin idari bir kurum olmaktan ziyade yarı-yargısal ve yarı-idari nitelikli kendine özgü (sui-generis) bir yapıya sahip bir kurum olduğu öne sürülmüştür⁶⁷⁵. İlgili görüşe göre, kuruma verilen yetkilerin genişliği, bağımsızlığı için gösterilen çaba, kurumun araştırma usulleri ve olayı değerlendirme tarzı gibi sebepler, onu tipik bir idari kurumdan ayırmaktadır⁶⁷⁶. Gerçekten RK'nin birtakım faaliyet ve özellikleri yargısal benzeri bir nitelik taşımakta ise de günümüzde her bir erkin yalnızca fonksiyonu doğrultusunda işlemler yapması, hayatın, hukuki, teknik ve bilimsel karmaşası göz önüne alındığında kendilerinden beklenemez. Bu sebepten ötürü yasama organının bazı işlem ve faaliyetlerinde söz konusu olduğu gibi yargı organlarının bazı işlem ve faaliyetlerinin de idari nitelik taşıyabileceği bilinmektedir. Aynı şekilde idarenin düzenleme yapma yetkisi, idarenin yasama fonksiyonu niteliği gösteren faaliyetlerindedir. Anılan sebeple, öğretilerde de haklı olarak ifade edilmiş olduğu üzere, bir kurumun hangi erke tabi olduğunun belirlenmesinde faaliyetlerin türünün temel alındığı maddi ölçüt yetersiz kalmaktadır⁶⁷⁷. O halde, bir kuruluşun hangi erke tabi olduğunu organik ölçüte göre belirlemek pratik olarak daha faydalıdır. Nitekim bir kuruluşun hangi erke tabi olduğu, çoğunlukla anayasalar veya kuruluşu meydana getiren yasalarda yer alan açık hükümlerden anlaşılabilir. Anayasamızın 7'nci maddesinde yasama yetkisinin Türk Milleti adına TBMM'ye olduğu, 8'inci maddesinde yürütme yetkisi ve görevinin Cumhurbaşkanınca yerine getirileceği ve 9'uncu maddesinde yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılacağı düzenlenmiştir. RK'nin kuruluş kanunu ve bir nevi anayasası niteliğinde olan 4054 Sayılı Kanun hükümleri incelendiğinde de kurumun idari bir kurum olduğu, dolayısıyla yürütme erkine tabi olduğu kolaylıkla anlaşılmaktadır. Zira Kanun'un 20'nci maddesinde kurumun kamu tüzel kişiliğine sahip olduğu, 22'nci maddesinde Kurul üyelerinin Cumhurbaşkanınca atanacağı, 27/1-a maddesinde kurumun idari para cezası uygulamaya yetkili ve görevli olduğu, 55'inci maddesinde Kurulun idari yaptırım kararlarına karşı yetkili idare mahkemesinde dava

⁶⁷⁵ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya 349.

⁶⁷⁶ İsmail Yılmaz Aslan 2.

⁶⁷⁷ Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk 7-8; Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, 135-136.

açılacağı öngörülmüştür. Bunun gibi, organik ölçüt nazara alındığında bir kuruluşun birden çok erk içerisinde, yarı-yargısal yahut yarı-idari şeklinde değerlendirilmesi de mümkün değildir⁶⁷⁸. Bu halde, işlemlerinde bazı yargı ve yasama benzeri özellikler bulunsa dahi, bu özelliklerin kurumun idari niteliğini ortadan kaldırmayacağı ifade edilmelidir.

Daha evvel de ifade edilmiş olduğu üzere, öğretide düzenleyici ve denetleyici kurumların yürütme organı içindeki yeri hususunda da tartışmalar bulunmaktadır. Bu konudaki genel görüş, bu kurumların merkezi yönetim kuruluşlarından değil, yerinden yönetim kuruluşlarından olduğu yönündedir. Bilindiği üzere, yerinden yönetim kuruluşları iki kategori altında değerlendirilmekte olup, bunlar; mahalli idareler adı da verilen yer yönünden yerinden yönetim kuruluşları ile hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarıdır. Mahalli idareler, Anayasamızda sınırlayıcı (numerus clausus) olarak sayıldıklarından ve düzenleyici ve denetleyici kurumlara bu sayımda yer verilmemiş olduğundan bu kurumların mahalli idareler kapsamında değerlendirilemeyeceği açıktır. Buna karşılık, RK'nin de dâhil olduğu bu kurumların hizmet yerinden yönetim kuruluşları arasında mı değerlendirilmesi gerektiği, yoksa bunların yerinden yönetim kuruluşları arasında bir diğer kategoriye mi oluşturduğu tartışma konusu olmuştur. Bir görüşe göre, düzenleyici kurumlar kamu hizmeti görmediklerinden, bunlar üzerinde merkezi idarenin vesayet denetimi bulunmadığından ve karar organlarını oluşturan kurulların üyeleri görev süreleri dolmadan görevden alınamadıklarından dolayı hizmet yerinden yönetim kuruluşları arasında değerlendirilemez. Aynı görüşe göre, hizmet yerinden yönetim kuruluşları zaten Anayasa'da açıkça düzenlenmemiş olduklarından yerinden yönetim kuruluşları bakımından üçüncü bir kategorinin yaratılması ve düzenleyici kurumların bu kategori altında değerlendirilmeleri mümkündür⁶⁷⁹. Bir başka görüş ise, düzenleyici kurumların teknik konularda uzmanlaşmayı gerektiren konulardaki hizmetlerin görülmesi nedeniyle kurulmaları, kamu tüzel kişiliğine sahip olmaları ve belirli bir idari özerkliğe sahip olmaları sebebiyle hizmet yerinden yönetim kuruluşlarına benzer olduğunu kabul etmekle birlikte, bu kurumların sahip oldukları özerklik derecesi ve

⁶⁷⁸ Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, 135-136.

⁶⁷⁹ Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk 583; Atay, "Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması", 273; Günday, Bağımsız İdari Otoriteler, 76-77; Günday, İdare Hukuku, 575.

fonksiyonlarının niteliği bakımından hizmet yerinden yönetim kuruluşlarından ayırdığı gerekçesiyle aynı sonuca varmaktadır⁶⁸⁰.

Öğretide, düzenleyici kurumların teknik ve mahalli bir kamu hizmeti ifa etmedikleri, bu sebeple bunların merkezi idare yahut yerinden yönetim teşkilatı içerisinde yer almadıkları ve kendine özgü (sui generis) idareler olduğu da öne sürülmüştür⁶⁸¹. Derhal belirtmek gerekir ki, Anayasamızın 123'üncü maddesinde yer alan idarenin kuruluş ve görevleri ile bir bütün olduğu ve ikinci fıkrasında öngörülen idarenin kuruluş ve görevlerinin merkezden ve yerinden yönetim esaslarına dayanacağına ilişkin ilkeler, bu görüşe katılmaya engel teşkil etmektedir⁶⁸². Zira Anayasamız uyarınca idarenin kuruluşu ya merkezden yönetim ya da yerinden yönetim esaslarına dayanacak olup, bunların dışında üçüncü bir olanağın ne TBMM ne de bir diğer organca oluşturulması mümkündür.

O halde, RK'nin de içinde bulunduğu düzenleyici kurumların hizmet yerinden yönetimleri arasında mı, yoksa bir diğer başlık altında değerlendirilmesi gerektiğinin tartışılması lazımdır. Öncelikle, düzenleyici kurumlar da diğer kamu kurumları gibi kamu hizmeti görürler. Nitekim idarenin de temelini oluşturduğu kabul edilen "kamu hizmeti" kavramı, giderilmesinde kamu yararı bulunan, toplumsal bir ihtiyacı karşılamaya yönelik olan ve doğrudan doğruya bir kamu tüzel kişisi tarafından veya onun denetiminde görülen etkinlikler olarak tanımlanmaktadır⁶⁸³. Bir faaliyetin hangi koşullar altında kamu hizmeti olarak kabul edilebileceğinin belirlenmesinde muhtelif ölçütler kullanılmaktadır. Mutlakiyetçi veya objektivist görüş olarak da ifade edilen "Bordeau Öğretisine" göre, Devletin toplumun ortak ihtiyaçlarını karşılamak için giriştiği faaliyetler kamu hizmeti niteliğini taşır ve idare hukukunun konusunu teşkil eder. Kamu hizmetlerini belirlenmesindeki bir diğer ölçütü ise subjektif kamu hizmeti kavramı oluşturmaktadır. Buna göre, bir faaliyetin kamu hizmeti olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, onun maddi özelliklerine, örneğin toplumun ortak ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik olup olmamasına göre değil, iktidarca kamu hizmeti olarak kabul edilip edilmediğine bağlıdır. Günümüzde, kamu hizmetlerinin

⁶⁸⁰ Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, 91-93.

⁶⁸¹ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya 349.

⁶⁸² Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler 90.

⁶⁸³ Gözler ve Kaplan 528; Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk, 1193.

belirlenmesinde her iki görüş de önemini korumaktadır. Konumuza, yani RK gibi düzenleyici kurumların kamu hizmeti görüp görmediklerine dönüldüğünde, bunların çoğu kez temel hak ve özgürlüklerle ekonomik düzenin sağlanmasına hizmet eden, toplumun ortak ihtiyaçlarının karşılanmasına yönelik faaliyetler olduğu kabul edilmelidir. Her ne kadar bu kurumların faaliyetlerinin ekonomik kolluk niteliği taşıdığı ve amacının kamu düzenini tesis etmek olduğu öne sürülebilirse de Anayasamızın idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğuna ilişkin 123'üncü hükmü bu tartışmayı pozitif hukuk bakımından anlamsız kılmaktadır. Bunun gibi, Anayasamızın 47'nci maddesinde kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüslerin, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebileceğine ilişkin hükmü de devletin bir faaliyetin kamu hizmeti olup olmadığını belirleme yetkisine sahip olduğuna işaret etmekte ve dolayısıyla kamu hizmetlerinin tespitinde pozitif hukuk bakımından sübjektif kamu hizmeti ölçütünün geçerli olduğu anlaşılmaktadır. Bu hükümlerin yanı sıra Anayasa'nın 127'nci maddesinin 6'ncı fıkrasında mahalli idarelerin "belirli kamu hizmetlerinin görülmesi" amacıyla Cumhurbaşkanının iznini almak suretiyle kendi aralarında birlik kurmalarının, görevlerinin, yetkilerinin, maliye ve kolluk işleri ve merkezi idare ile karşılıklı bağ ve ilgilerinin kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm nazara alındığında, Anayasamızın "kolluk" hizmetini de bir kamu hizmeti olarak gördüğü anlaşılmaktadır.

Bu kurumların görev alanlarının kamu hizmetini ilgilendirmekle birlikte, bunların doğrudan hizmet sağlamadıkları, bir diğer deyişle "bunların kamu hizmetlerini yerine getirmediği" ve kamu hizmetlerinin kendisine belirli bir özerklik tanınmış olan kamu tüzel kişiliğini haiz kurumlar tarafından yerine getirildiği de ifade edilmiştir⁶⁸⁴. Buna karşılık, düzenleyici kurumların üstlendiği kamu görevinin elektrik, su yahut altyapı çalışmaları yapmak gibi bir görev olmadığı, bunlara verilen görevin doğrudan Anayasa'nın 167'nci maddesinden kaynaklandığı göz ardı edilmemelidir⁶⁸⁵. Anayasa'nın ilgili maddesinde para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenleyici işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri almak ve piyasalarda kartel ve tekelleşmeyi önlemek devlete bir ödev olarak yüklenmiş ve bir kamu hizmeti Anayasal hükümle tespit edilmiştir. Hal böyleyken, burada devletin

⁶⁸⁴ Giritli, Bilgen, Akgüner ve Berk 583.

⁶⁸⁵ Tan, "Bağımsız İdari Otoriteler veya Düzenleyici Kurullar" 35; Kaya 32.

üstlendiği görevin bilhassa bu sakıncaları önlemek olduğu, herhangi bir mal veya hizmet sağlamakla yükümlü kılınmadığı anlaşılmaktadır. Düzenleyici kurumlar da bu görevin yerine getirilmesinde kullanılan vasıtalarından ibarettir. Aksinin kabulü, esasen kamunun esenliğini ve asayişini sağlayan kolluk faaliyetlerinin de kamu hizmeti olarak kabul edilmemesini gerektirecektir. Oysa kolluk faaliyeti de kamu hizmetlerinin özel bir türünü teşkil etmektedir⁶⁸⁶. Fikrimizce, kamu yararına özgülünmüş ve yasalarca kamu hizmeti olarak görülen bir faaliyeti kamu hizmetlerinden olarak kabul etmek gerekir. Anılan bu sebeplerle, düzenleyici kurumlarca sunulan hizmet, kolluk niteliği taşısa yahut doğrudan bir mal veya hizmet sunumuna ilişkin olmasa da ilgili Anayasal hüküm karşısında bir kamu hizmetidir.

Nihayet düzenleyici kurumların, diğer kamu kurumlarına nazaran belirli ölçüde bağımsız olmaları ve üzerlerinde merkezi idarenin vesayet denetiminin bulunmaması sebebiyle hizmet yerinden yönetim kuruluşları arasında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışılmalıdır. Gerçekten, bu kurumların karar organlarını oluşturan üyeler merkezi idare tarafından kolaylıkla görevden alınamamakta ve bunlar üzerinde merkezi idarenin vesayet denetimi bulunmamaktadır. Buna karşılık, hizmet yerinden yönetim kuruluşları zaten Anayasa'da düzenlenmemiş olup, pozitif hukuk bakımından, bir kamu kurumunun hizmet yerinden yönetim kuruluşlarından sayılması için bunların merkezi idareye tamamıyla bağımlı, her an görevden alınabilir ve vesayet ilişkisi olması gibi şartlar söz konusu değildir⁶⁸⁷. Hatta yerinden yönetimin varlığının kabulü için aslolan ölçüt, kuruluşun merkezi idareye karşı bağımsızlığının bulunup bulunmadığı hususudur⁶⁸⁸. Ayrıca daha evvel de ifade etmiş olduğumuz üzere, bu kurumlar üzerinde merkezi idarenin vesayet denetiminin bulunmaması, bunların

⁶⁸⁶ Özyay 223; Gözler ve Kaplan 577; aksi yönde: Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 1, 537-538.

⁶⁸⁷ Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, 94-96: Ulusoy, adı geçen eserde düzenleyici kurumların üzerlerinde vesayet denetimi olmadığı gerekçesiyle hizmet yerinden yönetim kuruluşlarından sayılmayacağını ifade etmekle birlikte, aynı eserde vesayet denetiminin muhakkak görevden alma, işlemlerini kaldırabilme, izin veya onay şartı öngörme veya merkezi idarenin yerinden yönetim kuruluşunun yerine geçerek onun adına işlem yapma yetkilerini içermesini gerekmediğini ve farklı bir vesayet denetiminin öngörülebileceğini ifade etmiştir. Yazar aynı eserde, merkezi idarenin bu kurumların kararlarını yargıya taşımak suretiyle vesayet yetkisini kullanabildiğini öne sürmüştür. Bu görüşlerden hareketle, merkezi idarenin düzenleyici kurumlar üzerinde de vesayet yetkisi bulunmakta olduğu ve hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarından olarak değerlendirilmelerine hiçbir engel olmadığı söylenebilir.

⁶⁸⁸ İsmet Giritli, Amme İdaresi Teşkilatı ve Personeli, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1963, 20.

hizmet yerinden yönetim kuruluşlarından olarak değerlendirilmesine mani olmaz⁶⁸⁹. Nitekim yerinden yönetim kuruluşları için vesayet denetimi zorunlu bir şart değil, sınırları açıkça kanunla belirlenmesi gereken istisnai bir yetkidir. Birtakım yerinden yönetim kuruluşu üzerinde vesayet yetkisi öngörülmüş olması, bu denetimin bütün yerinden yönetim kuruluşları hakkında da uygulanmasını gerektirmez. Bu hususta takdir tamamıyla yasa koyucuya aittir⁶⁹⁰.

Tüm bu açıklamalar ışığında, RK'nin, Devletin Anayasa'nın 167'nci maddesinden kaynaklanan görevlerini yerine getiren; piyasaların korunması ve tekelleşme ile kartelleşmenin önlenmesine ilişkin düzenlemeler yapmak, denetim yapmak, yaptırımlar uygulamak ve genel olarak tedbirler almak şeklindeki kamu hizmetini yürüten bir hizmet yerinden yönetim kuruluşu olarak değerlendirilebileceği kanaatindeyiz.

F. Kurumun Personel Rejimi

RK, uzmanlık esasına göre görev yapan bir kamu kurumudur. Kanun'un 27'nci maddesiyle Kurumun personel politikalarını saptamak, uygulamasını izlemek ve personelin atama işlemlerini yapmak görev ve yetkileri Kurula verilmiştir. Ayrıca Kanun'un 30'uncu maddesine 24.10.2011 tarihli ve 661 Sayılı KHK'nin 56'ncı maddesiyle eklenen bent ile Kurum Başkanı da Başkan yardımcıları ile Baş Hukuk Müşaviri hariç olmak üzere Kurum personelini atamaya yetkili kılınmıştır. Kurumun yerine getirdiği asli ve sürekli hizmetleri gören personel Kanun'a ekli (I) sayılı cetvelde gösterilmiş olup, bunlar genel olarak Başkan yardımcıları, kurum başkanı, hukuk müşavirleri, basın ve halkla ilişkiler müşaviri, daire başkanları, rekabet uzmanları, rekabet uzman yardımcıları, özel kalem müdürü, araştırmacılar, hekimler, memurlar, sekreterler, güvenlik personelinden oluşmaktadır. İlgili cetvele göre, Kurumun asli ve sürekli görevlerini ifa eden 732 personeli bulunmaktadır.

⁶⁸⁹ Gözler ve Kaplan 247; Kalabalık 397; Şahin 117; Sezen 141; Sever 219-220; Gündüz Alp Aslan, 588; Günday, Rekabet Hukuku ve Yargı, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 1999, 61; Günday, daha sonra düzenleyici kurumların yerinden yönetim kuruluşları arasında üçüncü bir kategori altında değerlendirilmesi gerektiğini savunmuştur (Günday, İdare Hukuku, 575).

⁶⁹⁰Gündüz Alp Aslan 600.

Kanun'un 34'üncü maddesinde Kurumun emrinde yeteri kadar uzman meslek personeli ile kariyer dışı uzmanlık personeli çalıştırabileceği öngörülmüştür. Aynı maddenin 2'nci fıkrasında Kurum personelinin ücret ve mali haklar dışında 657 Sayılı DMK'ye tabi oldukları düzenlenmiştir.

Kurum personeli arasından rekabet başuzmanı, rekabet uzmanı ve rekabet uzman yardımcıları meslek personeli olarak adlandırılmaktadır (m.36/1). Kanun'da meslek personeli olabilmek için bazı şartlar öngörülmüştür. Meslek personeli arasındaki ilk kademe rekabet uzman yardımcılığıdır. Rekabet uzman yardımcılığına atanabilmek için adayların hukuk, iktisat, siyasal bilgiler, işletme, iktisadi ve idari bilimler fakültelerinden veya işletme mühendisliği ya da endüstri mühendisliği bölümlerinden en az dört yıllık yüksek öğrenim mezunu olmaları ya da bunlara denk olarak kabul edilen yurt dışındaki öğrenim kurumlarından mezun olmaları şarttır (m.35/1-a). Ayrıca adayların sayılan her bir bölüm için yapılacak sınavlarda başarılı olmaları gerekir (m.35/1-b). Bu şartları sağlayan adayların ayrıca İngilizce, Almanca ya da Fransızca dillerinden birinde yeterliliğini ispat etmeleri gerekmektedir (m.35/1-c). Kanun'da rekabet uzman yardımcılığına atanmak için öngörülen son şart ise yaşa ilişkindir. Buna göre adaylar, sınavın yapıldığı yılın ilk ayının ilk günü itibariyle 30 yaşını doldurmamış olmalıdırlar (m.35/1-d). Kanun'un 35/2'nci maddesinde rekabet uzman yardımcısı olabilmek için gereken diğer şartların Kurulca çıkarılacak sınav yönetmeliğinde belirleneceği öngörülmüştür. Kurul, sınav usul ve esaslarını, meslek personelinin eğitimini ve atanmalarını kapsayan Rekabet Kurumu Meslek Personeli Yönetmeliği'ni yayınlamıştır. Anılan Yönetmelik'in 7'nci maddesinde rekabet uzman yardımcılığı sınavına girebilmek için Kanun'da aranmayan şartlar da öngörülmüştür. İlgili maddeye göre, adayların sınava girebilmek için 657 DMK'nin 48'inci maddesinde öngörülen genel şartları taşımaları gerekir. Bu şart her ne kadar Kanun'da yer almamakta ise de Kanun'un kurum personelinin ücret ve mali haklar dışında 657 Sayılı Kanun'a tabi olduğuna ilişkin 34/2'nci hükmü uyarınca adayların zaten bu şartları taşımaları gerekmektedir. Yönetmelik'in ilgili maddesinde öngörülen bir diğer şart öğrenim yeterliliğine ilişkindir. İlgili maddede Kanun'un 35'inci maddesinin 1'inci fıkrasının a bendinde sayılan bölümlerin yanında çeşitli bölümlere de yer verilmiştir. Bunlar, en az dört yıllık lisans eğitimi veren bilgisayar mühendisliği, elektrik-elektronik mühendisliği, elektronik ve haberleşme mühendisliği, elektronik mühendisliği, matematik mühendisliği, adli bilişim mühendisliği, yazılım

mühendisliği, istatistik ve bilgisayar, matematik ve bilgisayar, yapay zekâ mühendisliği ya da yurt dışında bunlara denk sayılan bölümlerdir. Ayrıca yönetmelikte sınavın yapılacağı yılın ilk ayının ilk gününde 35 yaşını doldurmamış olmak da atanma şartları arasında sayılmıştır. Kanaatimizce Kurulca yönetmelikte belirlenen bu bölümlerden öğrenim gören adayların meslek personeli olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Nitekim Kanun'un 27'nci maddesinde Kurula Kurumun personel politikasını saptamak, uygulamasını izlemek ve personelin atama işlemlerini yapmak yetkileri verilmişse de atanma yeterliliğine ilişkin şartları belirlemek yetkisi verilmiş değildir. Bunun gibi, Kanun'da sınavın yapıldığı yılın ilk ayının ilk gününde 30 yaşında olmak şart olarak koşulmuşken Kurulca çıkarılan yönetmelikte bu şartın 35 olarak belirlenmesinin de hukuka uygun olduğu söylenemez. Kanun'un 35/2'nci maddesinde uzman yardımcılığına atanmak için gerekli olan diğer şartların Kurulca çıkarılacak sınav yönetmeliğinde belirleneceği öngörülmüşse de Kurulun, Kanun'un hükümlerini değiştirmek veya onun hilafına kurallar öngörmek yetkisi bulunmamakta, yalnızca Kanun'un uygulanmasına ilişkin yönetmelikler çıkarma yetkisi bulunmaktadır. Anılan gerekçeyle, ilgili Yönetmelik hükümlerinin hukuka uygun olmadığı, dolayısıyla Kanun'un 35/1-a hükmünde sayılan ve en az dört yıl lisans eğitimi veren bölümlerden mezun olmayan kimseler ile sınavın yapıldığı yılın ilk ayının ilk gününde 30 yaşını doldurmuş olan kimselerin rekabet uzman yardımcısı olarak atanamayacağı kanaatindeyiz.

Yönetmeliğin 7/1'inci maddesinin ç bendinde, adayların son başvuru tarihi itibarıyla geçerlilik süresi dolmamış olan Kamu Personeli Seçme Sınavı'ndan (KPSS) Başkanlıkça tespit edilecek taban puanını almış olmaları gerektiği öngörülmüştür. İlgili yönetmelik hükmü 657 Sayılı Kanun'un 50'nci maddesinde düzenlenen sınav şartının tekrarından ibarettir.

Yönetmelik hükmünde aranan son şart ise görevini devamlı olarak yapmaya engel olabilecek bir hastalığın bulunmamasıdır. Bilindiği üzere, Anayasa'nın 124'üncü maddesinde yönetmelikler konusu düzenlenmiş ve kamu tüzel kişilerinin kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunlar ile Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak için ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelikler çıkarabileceği öngörülmüştür. RKHK'nin 34/2'nci maddesinde ise Kurum personelinin ücret ve mali haklar dışında 657 Sayılı Kanun'a tabi olduğu öngörülmüştür. 657 Sayılı Kanun'da düzenlenen atanma şartları irdelendiğinde engelli personel çalıştırma yükümlülüğü

istisna olmak üzere görevini devamlı yapmasına engel olabilecek akıl hastalığı bulunmamak şartının yer aldığı görülmektedir. Buna karşılık Kurul, çıkarmış olduğu yönetmelikte Kanun'da öngörülen akıl hastalığı şartını genişleterek hastalık ifadesini kullanmış, böylece bedensel hastalıkların bulunmasını da sınava ve dolayısıyla mesleğe giriş engelleri arasında saymıştır. 657 Sayılı Kanun'un 48/a fıkrasının 7'nci bendinde yer alan "vücut veya vücut sakatlığı ile özür" ibarelerinin kaldırılmış olduğu nazara alındığında kanun koyucunun iradesinin vücut sakatlıklarının kamu hizmetlerine girişte bir engel olarak değerlendirilmemesi yönünde olduğu anlaşılmaktadır. Bu halde, Kurulca yapılan bu düzenlemenin de Kanun'a aykırı ve onu genişletici nitelikte olduğu, böylece Anayasa'nın 124'üncü maddesine aykırı olduğu ifade edilmelidir. Nitekim bir kimsenin salt bedensel özrü sebebiyle meslek personeli olabilmek için gereken sınava kabul edilmemesi Anayasa'nın 10'uncu maddesinde öngörülen kanun önünde eşitlik ilkesine de aykırı olacaktır. İlgili Anayasa hükmünün yanı sıra ülkemizin de 30.03.2007 tarihinde imzalamış olduğu ve 28.10.2009 tarihinde onayladığı Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme⁶⁹¹ hükümleri uyarınca taraf devletler, engelliliğe dayalı herhangi bir ayrımcılığa müsaade etmeksizin tüm engellilerin hak ve özgürlüklerinin eksiksiz olarak yaşama geçirilmesini sağlamak ve bunların hak ve özgürlüklerini güçlendirmekle yükümlüdürler (m.4/1). Bu doğrultuda taraf devletler, yürürlükte bulunan ve engelliler için ayrımcılık teşkil eden yasalar, düzenlemeler, gelenekler ve uygulamaları değiştirmek veya ortadan kaldırmak için gerekli olan tüm tedbirleri almayı ve her türlü fırsat eşitliğini sağlamayı taahhüt etmişlerdir. Bunun gibi, AİHS'nin 14'üncü maddesinde göre sözleşmede öngörülen hak ve özgürlüklerden yararlanmada hiçbir ayrımcılık gözetilemeyeceğine ilişkin ayrımcılık yasağı, aynı sözleşmenin 8'inci maddesinde düzenlenen özel ve aile hayatına saygı hakkı ile birlikte değerlendirildiğinde de ilgili Yönetmelik hükmü bakımından ihlalin söz konusu olabileceği söylenebilir. Zira AİHM, bir kararında görme engelli olması sebebiyle Devlet Konservatuarına kayıt yapmasına izin verilmeyen ve ayrımcılığa uğramış olduğunu öne süren başvurusunun başvurusunu, 1 numaralı Ek Protokolün 2'nci maddesinde düzenlenen eğitim hakkıyla birlikte değerlendirerek haklı bulmuş ve bu hakların ihlal edilmiş olduğuna hükmetmiştir⁶⁹². Özellikle hangi hastalıkların görevini yapmaya engel olacağı hususunda belirli

⁶⁹¹ Engellilerin Haklarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi m.4-5, (Erişim Tarihi: 30.10.2023).

⁶⁹² AİHM, Çam/ Türkiye kararı, 23.02.2016 T., Başvuru Numarası: 51500/08 (anayasa.gov.tr).

ölçütlerin yer almamasının ayrımcılık yasağı ve fırsat eşitliğine aykırı sonuçlar doğurabileceği açık olduğundan ilgili hükmün hukuka aykırı olduğu ifade edilmelidir.

Kanun'un 36'ncı maddesinde rekabet uzman yardımcılarının rekabet uzmanlığına atanırken 657 Sayılı Kanun'un 36'ncı maddesinin "Ortak Hükümler" başlıklı bölümünün 11 numaralı bendine göre derece yükselmesinden yararlanacağı hususu düzenlenmişse de bunların atanma usulüne yer verilmemiş, bu hususlar Kurulca çıkarılan Meslek Personeli Yönetmeliği'nin 19'uncu maddesinde tespit edilmiştir. Buna göre, rekabet uzmanı olarak atanmak isteyen uzman yardımcılarının, bu sıfatla üç yıl fiilen görev yapmış olmaları, rekabet konusuyla ilgili hazırlamış oldukları uzmanlık tezlerinin kabul edilmiş olması, tezin kabulünden sonra girecekleri yeterlik sınavında başarılı olmaları ve yabancı dil yeterliliklerini belgelemeleri gerekir (Yönetmelik m.19). Bu şartları taşıyan rekabet uzman yardımcılarını rekabet uzmanı olarak atanırlar (m.28/1).

Rekabet uzmanlarından bu sıfatla en az 7 yıl görev yapan, yönetmeliğin 29'uncu maddesinde belirlenen dil yeterliliğini belgeleyen, uzmanlık döneminde performansı yöneticilerince başarılı olarak değerlendirilen, hazırladıkları başuzmanlık eseri kabul edilen ve eserini savunmada da başarılı olan uzmanlar, yönetmelikte sayılan dergilerden herhangi birinde makale yayınlamış olmaları şartıyla rekabet başuzmanı olarak atanabilirler (m.29).

Kurumun asli ve sürekli görevleri, anılan Kurum personeli tarafından görülmekle birlikte, geçici veya uzmanlık gerektiren bir hizmetin vekâlet veya eser sözleşmesiyle gördürülmesi de mümkündür (RKHK m.34/3). Ayrıca Kurum, Başkanlığın hazırladığı ve Kurulca onaylanarak yürürlüğe girecek olan yönetmelik esasları uyarınca yabancı uzmanlar da istihdam edebilecektir (m.34/4).

Kanun'un 34/2'nci maddesinde Kurum personelinin ücret ve mali haklar yönünden 657 Sayılı Kanun'a tabi olmadığı öngörülmüş, 37'nci maddesinde ise ücret ve diğer mali haklara ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Kurum personelinin devlet memurlarından farklı bir mali rejime tabi tutulması, Kurumun personeli ile düzenlemeye tabi olan piyasa aktörlerinin personelinin çoğu zaman aynı mesleki alt yapıya ve aynı mesleki tecrübeye sahip olan kimselerden oluşması sebebiyle oluşan

kamu-özel sektörde insan kaynağı rekabeti ile açıklanabilir⁶⁹³. Nitekim personelin Kurum'da görev almayı seçmesi için özel sektörden daha iyi veya en azından eşit ücret ve mali haklara sahip olması gerekecek, aksi halde bu personel şartları çok daha iyi konumda olan özel kuruluşlarda istihdam edilmeyi tercih edebilecektir. Ayrıca bu durumun, Kurum personelinin ekonomik baskı altında kalmaması için söz konusu olduğu da haklı olarak ifade edilmiştir⁶⁹⁴. Bu doğrultuda Kanun'un 37'nci maddesinde Kurul Başkan ve üyelerinin aylık ücretlerinin en yüksek devlet memurunun her türlü ödemeler dâhil ücretlerinin iki katını aşmamak üzere Cumhurbaşkanınca belirleneceği ve en yüksek memura ödenen gelirlerden gelir vergisine tabi olmayanların, bu kanuna göre de bu vergiye tabi tutulmayacağı öngörülmüştür (m.37/1). Maddenin 2'nci fıkrasında ise Kurum personelinin ücret ve diğer mali haklarının birinci fıkrada belirtilen ücretler ve bunlarda değişiklik yapılmasına ilişkin esaslar çerçevesinde Başkanlığın teklifi üzerine Kurulca belirleneceği öngörülmüştür (m.37/2).

G. Kurumun Bütçesi, Gelirleri ve Malları

5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu uygulamasında Kurum, merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareler arasındadır (5018 Sayılı Kanun m.3/1-c). Kurum, bir düzenleyici ve denetleyici kurum olarak bütçesini üç yıllık bütçeleme anlayışı, stratejik planları ve performans programları ile program yapısını esas alarak hazırlar (m.17/6) ve bunu Eylül ayı sonuna kadar doğrudan TBMM'ye ve bir örneğini de Cumhurbaşkanlığı'na gönderir (m.18/3). Kanun'un 78'inci maddesi uyarınca Kurumun 3 aylık dönemlerde gerçekleşen gelir fazlaları her üç ayda bir ayın 15'ine kadar genel bütçeye aktarılır. Kurumun bütçe teklifi, merkezi bütçe kanun teklifi ile birlikte TBMM'de görüşülür ve Kanun'da belirtilen diğer süreçlerin izlenmesinin ardından 42'nci madde uyarınca bütçe kanunu kesin hesap kanunuyla onaylanır. Kurumun bütçesi, merkezi yönetim bütçe kanunlarının içinde diğer düzenleyici ve denetleyici kurumların bütçesiyle birlikte diğer kamu kurumlardan ayrıca gösterilmektedir.

⁶⁹³ Çakmak 186.

⁶⁹⁴ Akıncı, "Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu", 8.

Kurumun gelirleri Kanun'un 39'uncu maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre Kurumun gelirleri, Ticaret Bakanlığının bütçesine konacak ödenekten, yeni kurulacak anonim ve limited şirketlerin sermayelerinden ve bu şirketlerce sermaye artırımı yapılması halinde artırılan miktarın on binde dördü nispetinde yapılacak ödemelerden, yayın gelirlerinden ve sair gelirlerden oluşmaktadır. 15.08.2003 tarihli ve 25200 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4971 Sayılı Kanun'un 25'inci maddesiyle yürürlükten kaldırılmadan evvel, Kurumun gelirlerinden birini de Kanun'un 16'ncı ve 17'nci maddeleri uyarınca verilen idari para cezalarının yüzde 25'i de oluşturmaktaydı. Bu hüküm, kamuoyunda Kurumun gelir sağlamak için idari para cezası uyguladığı şeklinde anlaşılabilirdiğinden kaldırılmasının isabetli olduğu kanaatindeyiz. Kanun'un 63/2'nci maddesinde Kurumun bağış ve yardımlar alabileceği de düzenlenmiş olduğundan, bunların da Kurumun gelirleri arasında sayılmasında bir engel yoktur. Kuruma ait olan bu gelirler T.C. Merkez Bankası veya bir başka devlet bankası nezdinde açılacak bir hesapta toplanacaktır.

Kanun'un 63'üncü maddesine Kurumun, 1050 Sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanunu, 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu ile 6245 Sayılı Harcırah Kanunu'na ve bunların ek ve değişikliklerine tabi olmadığı düzenlenmiştir (m.63/1). Her ne kadar 24.12.2003 tarihli ve 25326 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 81/1-b hükmünde Muhasebe-i Umumiye Kanunu'nun, 81/1-c hükmünde ise diğer kanunların Muhasebe-i Umumiye Kanunu, 6245 Sayılı Harcırah Kanunu ve 832 Sayılı Sayıştay Kanunu'na tabi olmadığına ilişkin istisna ve muafiyet getiren hükümlerinin yürürlükten kaldırıldığı öngörülmüşse de aynı Kanun'un 2'nci maddesinde düzenleyici ve denetleyici kurumlar, ilgili maddenin uygulamasından bağışık tutulmuşlardır. Bu sebeple, Kurum halen bu kanunlara tabi değildir. Ayrıca Kurumun gelirleri Kurumlar Vergisinden, Veraset ve İntikal Vergisinden, yapılacak her türlü işlemde elde edilecek faizler Banka ve Sigorta Muameleleri Vergisinden, Kurumun gelirleri ve bunlarla ilgili olarak yapılan bütün işlemler, taşınmaz mal alım ve satımında her türlü vergi, resim ve harçtan, Kurum'a alınacak taşıtlar Taşıt Alım Vergisinden ve Damga Vergisinden muaftır (m.63/2).

Kurumun taşınır ve taşınmaz malları, paraları ve evrakları devlet malı statüsündedir. Bu mallar kamu hizmetine tahsis olduklarından bunlar haczedilemez. Nitekim 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda (İİK) devlet malları ile özel kanunlarda haczi caiz olmadığı gösterilen malların haczedilemeyeceği öngörülmüştür (m.82/1). RKHK'nin

60'ıncı maddesinde Kurumun her çeşit mal varlığı kamu malı olarak kabul edilmiş olduğundan, bir başka deyişle Kurumun malları hakkında ticari veya kamu hizmetine yönelik olmaları bakımından ayırım yapılmamış olduğundan, Kurumun herhangi bir mal varlığının haczi mümkün değildir. Kurumun her türlü gelir ve giderleri ile hesapları Sayıştay Başkanlığının denetimine tabidir.

H. Kurul Kararlarının Yargısal Denetimi

Rekabet Kurulu da işlem ve eylemlerinde kamu gücünü kullanan bir idari kurum olduğundan, işlem ve eylemleri aynı diğer idareler gibi idari yargı denetiminin altındadır⁶⁹⁵. Kurulun kararlarına karşı yargı yolu, RKHK'nin 55'inci maddesinde gösterilmiştir. Sözü geçen maddede Kurulun yaptırım içeren kararlarına karşı yetkili idare mahkemesinde dava açılacağı ve bu davaların öncelikli işlerden sayılacağı düzenlenmiştir. Bu madde tek başına değerlendirildiğinde Kurulun yalnızca yaptırım içeren kararlarının yargı denetimine tabi olduğu biçiminde anlaşılabilir. Buna karşılık bu hüküm, RK tarafından verilecek olan idari para cezalarının, Kabahatler Kanunu'nun idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararlarına karşı sulh ceza mahkemesine başvurulabileceğine ilişkin 27'nci maddesinden muaf tutulması amacıyla ihdas edilmiştir. Kurul, kararlarını bir idare olan Kurum adına verdiği için, Anayasa'nın 125/1'inci maddesi uyarınca Kurulca tesis edilen her türlü işlem ve eylem yargı denetimine tabidir⁶⁹⁶. Bu kapsamda, Kurulun esasa, yani rekabetin tesis edilmesine ilişkin yetkilerini kullandığı işlem ve eylemler bakımından olduğu gibi, düzenleyici işlemleri⁶⁹⁷ ile idari işlerine ilişkin işlem ve eylemler de şartların varlığı halinde idari yargının denetimine tabi olacaktır.

RKHK'de Kurulun vermiş olduğu kararlara karşı yargısal başvuru yoluna yönelik ayrı bir düzenleme yapılmış değildir. Bu sebeple, Kurul kararlarına karşı açılacak davalarda izlenecek usul ve esasa ilişkin kurallar 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda (İYUK) belirlenenlerden ibarettir. İlgili Kanun'un 2'nci maddesinde idari davaların türleri sayılmıştır. Buna göre bu davalar, iptal davası, tam yargı davası ve idari

⁶⁹⁵ Çakmak 385.

⁶⁹⁶ İsmail Yılmaz Aslan 384; Akıncı, Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, 247.

⁶⁹⁷ Danıştay 13. D., 19.01.2002 T., 2022/54 E., 2022/132 K. sayılı ilamı (Legalbank).

sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara ilişkin davalardır. Kurul kararları birer idari sözleşme olmadıklarından, bunlara karşı iptal davası ve tam yargı davası açılabilir.

Bilindiği üzere, Kurul kararları RKHK sisteminde ara ve nihai kararlar olmak üzere iki sınıfa ayrılmıştır. Kurulun ara kararları, Kurulun önaraştırma veya soruşturmadan el çekmesini gerektirmeyen, nihai kararından evvel verdiği tedbir, yerinde inceleme ve bilgi isteme gibi kararlarıdır. Kural olarak, bunlara karşı iptal davası açılması mümkün olmayıp, bunlara karşı nihai karar ile birlikte dava açılabilir⁶⁹⁸. Bununla birlikte, ara kararlar ile muhatapların hukuki durumlarında bir değişiklik yaratan etkili bir işlem tesis edilmesi gibi hallerde bunlar hakkında dava açılması için nihai kararın beklenmesi gerekmez. Kurulun verdiği nihai kararlar olan muafiyet, menfi tespit, ihlale son verme, birleşme ve devralmalara izin verilmesi ve soruşturma talebinin reddi ve idari para cezası verilmesine ilişkin kararları iptal davasına konu edilebilir⁶⁹⁹. Bunun gibi, Kurulun muafiyet veya menfi tespit belgesi verilmemesine ilişkin kararları, birleşme ve devralmaya izin verilmemesine ve idari para cezası verilmemesine ilişkin kararları ile tedbir kararları da icrai ve etkili kararlardan olduklarından idari yargı denetimine tabi olacaklardır.

Menfi tespit kararının nihai bir karar olmasının bir diğer sonucu da bu kararların idari yargı denetimine tabi olmasıdır⁷⁰⁰. Gerçekten menfi tespit kararı verilmesiyle menfaatleri zedelenen, örneğin rekabete aykırı bir anlaşma bakımından menfi tespit kararı verildiğini düşünen ve o piyasada ya da o piyasadan etkilenen bir başka piyasada bulunan teşebbüsler, teşebbüs birlikleri ve bunların üyeleri menfi tespit kararının iptali için idari yargıya başvurabilecektir⁷⁰¹. Menfaatleri zedelenen üçüncü şahısların başvurabileceği bir diğer yol Kurum'a yapacakları şikâyet yolu olup, Kurul, şikâyeti haklı görmesi halinde menfi tespit kararını geri alabilecektir. Bu iki yoldan birini seçmek ilgilinin tasarrufunda olmakla birlikte, Kurulun kararını geri alması halinde idari yaptırımlar Kanun'un 8/2'nci maddesi uyarınca geri alma kararının verildiği tarihten itibaren, idari yargı yerlerince iptal edilmesi halinde ise menfi tespit kararının verildiği

⁶⁹⁸ Hilmi Bolatoğlu, Rekabet Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını, 2004, 1; İsmail Yılmaz Aslan 384.

⁶⁹⁹ Bolatoğlu 2.

⁷⁰⁰ Kaya 53.

⁷⁰¹ Eğerci 195-196.

tarihten itibaren uygulanabilecektir. Nitekim idare mahkemelerinin iptal kararları, iptale konu idari işlemlerin tesis edildiği tarihte kadar geriye yürürler⁷⁰². Bir başka deyişle iptal hükmünün ardından iptal edilen işlem tüm sonuçları ile birlikte başından bu yana ortadan kalkar. Burada iptal edilecek işlem menfi tespit kararı olduğundan, hukuka aykırılığın da menfi tespit kararının verildiği tarihten itibaren ortaya çıkacağı ve yine bu tarihten itibaren idari para cezasına karar verilebileceği anlaşılmaktadır.

Buna karşılık Kurulun önaraştırma yapılmasına ilişkin kararı, soruşturma yapılmasına ilişkin kararı, yerinde inceleme ve bilgi isteme yetkisine ilişkin kararları icrai birer karar olmayıp, nihai karara varılması için zorunlu prosedürler veya bir başka deyişle zincir işlemler olduklarından bunlar aleyhine iptal davası ancak nihai kararla birlikte açılabilir. Ancak Kurulun bir ihbar veya şikâyeti açıkça veya 60 günlük süresi içinde yanıtlamayı reddetmesi hallerinde doğrudan ya da dolaylı menfaati bulunan herkese yargı yoluna başvurma hakkı tanınmıştır (RKHK m.42/2). Nitekim Kurulun soruşturma açılmamasına ilişkin kararı ara karar değil, işten el çekmesine yol açtığından nihai karar niteliğindedir.

Kurul kararlarına karşı davalar, kararın süjesi olan teşebbüsler, teşebbüs birlikleri, bunların çalışanları veya yöneticileri olabileceği gibi, karar sebebiyle meşru menfaati etkilenen ve özellikle ihbar eden ve şikâyetçi ile bütün tüzel ve gerçek kişiler tarafından açılabilirler⁷⁰³. Açılacak davalarda husumet Kurula değil, Kurum'a yöneltilmelidir. Burada taraflar bakımından aranan meşru menfaatten kasıt, yalnız ekonomik bir menfaatin bulunması değil, karara konu olay ile ciddi ve makul bir ilginin bulunmasıdır⁷⁰⁴. Yani Kurul kararı ile ciddi ve makul bir ilişkisi bulunan ve durumu bundan etkilenen herkes Kurul kararlarına karşı iptal davası açabilecektir. Öğretide Kurul kararlarına karşı tüketiciler tarafından da yargı yoluna başvurulabileceğini kabul edilmesi gerektiği haklı olarak ifade edilmiştir⁷⁰⁵. Gerçekten, bir kartel veya rekabeti önemli ölçüde kısıtlayacak anlaşma yalnızca o sektörde faaliyet gösteren teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin değil, o piyasada sunulan mal veya hizmetten yararlanan

⁷⁰² Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 2, 556-557; Günday, İdare Hukuku, 169.

⁷⁰³ İsmail Yılmaz Aslan 385; Oğurlu 152.

⁷⁰⁴ Danıştay 10. D., 21.05.1990 T., 1990/1213 E., 1990/1115 K. sayılı ilamı; Danıştay İDDGK 02.10.1990 T., 1989/430 E., 1990/18 K. sayılı ilamı (Legalbank).

⁷⁰⁵ Bolatoğlu 13.

tüketicilerin menfaatlerini de olumsuz etkileyebilir ve böyle bir halde tüketicilere dava hakkı verilmemesi için bir sebep bulunmamaktadır.

Kurul kararlarında süreler, Kanun'un 54'üncü maddesi uyarınca gerekçeli kararın taraflara tebliğinden itibaren başlayacaktır. Öğretide Aslan, ilgili hükümden bahisle Kurulun kısa kararlarına karşı ilgililerce dava açılmayacağı, gerekçeli kararın tebliğinden itibaren açılabilirliği, bundan evvel açılan davaların hukuki yarar yokluğu nedeniyle reddedilmesi gerektiğini savunmuş ve Danıştay'ın bu husustaki içtihatlarının yerleşik hale geldiğini ifade etmiştir⁷⁰⁶. Buna karşılık, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu (İDDGK), incelediği bir davada gerekçeli kararın tebliğinden evvel kısa karara karşı yargı yoluna başvuran davacının davasını, gerekçeli karar tebliğ edilmemiş olduğundan ve dolayısıyla ortada kanuni unsurları ihtiva eden bir idari karar olmadığından ortada yürütülmesi gereken ve kesin bir işlem bulunmadığı gerekçesiyle verilen ret kararını bozmuştur⁷⁰⁷. İlgili kararda, Kanun'da öngörülen bütün unsurları taşıyan bir kararın ilgiliye tebliğ edilmemiş olması halinde dahi menfi tespit belgesi verilmemesinin hukuki sonuçları ilgilinin başvurusundan itibaren sonuç doğuracağından davanın açıldığı tarih itibarıyla kesin ve yürütülmesi gerekli bir işlemin var olduğu ifade edilmiştir. Kurulun kararlarının icrası için gerekçeli kararın tebliğ edilmesi bir mecburiyet olmadığından, bir başka deyişle gerekçeli karar ilgiliye tebliğ edilmeden de karar yürütülebileceğinden bu kararlara karşı yargı yoluna başvurmak için tebliği beklemek gerekmez. Aksinin kabul edildiği hallerde, Kurul kararının icrası ile menfaati ciddi ölçüde etkilenen ilgililerin yargı yoluna başvurmaları ve belki de yürütmenin durdurulması kararı alarak zarar görme ihtimalini ortadan kaldıracakları geciktirilecek, böylece uğradığı zararlar ağırlaşmış olacaktır. Bu sebeple, Kurulun kısa kararlarına karşı da yargı yoluna başvurulabileceği kabul edilmelidir.

İYUK'un 11'inci maddesi uyarınca Kurul kararında menfaati olan ilgililer, Kurula kararın tebliğinden itibaren 60 gün içinde başvurarak iptal davasına konu olacak kararın kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi ya da yeni bir işlem yapılmasını isteyebilirler⁷⁰⁸. Bu başvurunun yapılması halinde dava açma süresi durur. Kurul, talebe karşı 30 gün içerisinde yanıt vermediği takdirde talebi zımnen reddetmiş sayılır ve dava

⁷⁰⁶ İsmail Yılmaz Aslan 384.

⁷⁰⁷ Danıştay İDDK, 22.05.2003 T., 2002/1227 E., 2003/330 K. sayılı ilamı (Legalbank).

⁷⁰⁸ Rekabet Kurulu, 06.04.2023 T., 23-17/304-102 sayılı kararı; Rekabet Kurulu, 23.02.2023 T., 23-10/153-47 sayılı kararı; Rekabet Kurulu, 15.12.2022 T., 22-55/851-351 sayılı kararı (rekabet.gov.tr).

açma süresi işlemeye devam eder. İlgililer, taleplerinin reddi halinde kararı iptal davasına konu edebilirler. Ancak iptal davasının açılmış olması, kararın etkilerini doğurmasını engellemez. Kararın etkilerini doğurmasına mani olmak isteyen ilgililerin yürütmenin durdurulmasını talep etmesi ve bu talebin mahkemece kabul edilmesi gerekir (RKHK m.55/2). Aksi halde, Kurulca verilen idari para cezaları tahsil edilir ve kararlar uygulanır.

İlgililerce açılan davanın üzerine idari yargı mercileri Kurul kararlarını yetki, şekil, konu, sebep ve amaç öğeleri yönünden inceler ve hukuka uygun olup olmadıklarına karar verir. İdare mahkemeleri, yapacakları incelemede Kurul kararlarının gerekçesi olup olmadığı, Kurulun yetkisini aşıp aşmadığı, taraflara savunma hakkı tanıyıp tanımadığı, delillerin yeterli olup olmadığı ve idari para cezasına temel olan cironun doğru olup olmadığı gibi birçok hususu dikkate alarak detaylı bir hukuki inceleme yapılacak, duruma göre karar ya iptal edilecek ya da edilmeyecektir. Danıştay'ın Kurul kararları hakkında yaptığı incelemelerde, teşebbüslerin RKHK'de yasaklanan anlaşma, uyumlu eylem veya kararları gerçekleştirip gerçekleştirmedikleri, karar alma usullerine uyulup uyulmadığı ve para cezasının miktarı gibi konularda kapsamlı bir değerlendirme yapılmaktadır. Örneğin Danıştay, bir kararında, soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin nihai karar toplantısına katılarak oy kullanmasını hukuka aykırı bulmuş ve kararın davacıya ilişkin kısmını iptal etmiştir⁷⁰⁹. Danıştay, bir başka kararında, davacı teşebbüsün Kanun'un 4'üncü maddesini ihlal etmemiş olduğuna ilişkin iddiasını değerlendirmiş ve ilgili teşebbüsün 1993 yılında bir çerçeve sözleşme ve bu anlaşmanın uygulanmasına yönelik mutabakatlar çerçevesinde hareket ederek rekabeti kısıtlama yönünde anlaşma yapmış olduğu, belirli aralıklarla yapılan toplantılarda fiyat ve vade koşullarını belirlemiş olduğu, yonga levha ve satış koşullarını tespit ettiği gibi hususları tespit ederek Kanun'u ihlal etmiş olduğuna karar vermiştir⁷¹⁰. Kurul kararının mahkemece iptal edilmesi halinde karar, verildiği tarihten itibaren geçersiz olur, bütün sonuçları ortadan kalkar.

⁷⁰⁹ Danıştay 13. D., 06.05.2009 T., 2009/1945 E., 2009/4956 K. sayılı ilamı; Aynı yönde: Danıştay 13. D., 06.05.2009 T., 2009/1944 E., 2009/4957 K. sayılı ilamı (Legalbank).

⁷¹⁰ Danıştay 13. D., 28.10.2008 T., 2006/1775 E., 2008/7001 K. sayılı ilamı (Legalbank).

SONUÇLAR

Öğretide bağımsız idari otoriteler ismiyle de anılan düzenleyici ve denetleyici kurumlar, ilk olarak ABD’de yasama organının yürütme organına olan güvensizliği ve yürütme organının geniş yetkilerini sınırlandırma isteğiyle meydana gelmiş kurumlardır. Düzenleyici ve denetleyici kurumlar ilk olarak yürütme organına karşı olan güvensizliğin bir mahsulü olmuşlarsa da daha sonra gerçekleşen teknolojik gelişmelerin neticesinde meydana gelen yeni faaliyet alanlarının düzenlenmesi ve denetlenmesi için gereken ihtisas ile serbest piyasa ekonomisinin yol açtığı tehlikelerin dizginlenmesine yönelik ihtiyaç bu kurumların varlığını zorunlu hale getirmiştir. Böylece, başlangıçta ABD’de ortaya çıkan bu kurumlar, zamanla önce İngiltere’de, daha sonra Kıta Avrupası’nda görülmeye başlanmıştır. Düzenleyici ve denetleyici kurumların yaygınlaşmasında esas nedenin uluslararası örgütler ile AB’nin telkin, ısrar ve baskıları olduğu ifade edilebilir. Özellikle 1990 yılı ve sonrasında WB, IMF, OECD gibi kuruluşların geliştirmekte olan ülkelere verdikleri tavsiyeler ve AB’nin, üyelerine ve üye olmak isteyen devletlere belirli bir miktarın altında kamu borcuna ve mali açığa sahip olma şartını koşması, devlet teşebbüslerinin özelleştirilmesine ve bu kurumların yaygınlaşmasına yol açmıştır. Sözü geçen tavsiye, telkin ve baskıların bir neticesi olarak Türkiye Cumhuriyeti de dâhil olmak üzere birçok devlet, piyasalardaki işletici kurumlarını terk ederek, bu piyasalarda bir gözlemci olarak yer almışlardır.

Bu kurumlar, esasen yürütme organının görev alanı dâhilinde olan ve toplumsal faydanın sağlanması için önem taşıyan rekabet, bankacılık, iletişim, sigortacılık, enerji gibi piyasalar ile temel hak ve özgürlükler alanlarında çerçevesi yasalarca belirlenmiş olan konularda idari işlemlerle düzenlemeler yapmak, bu kurallara uygun hareket edilmesini sağlamak, bu kurallara riayet edilip edilmediğini denetlemek ve kurallara aykırı davranışlara karşı idari yaptırım uygulamak gibi konularda görevlendirilmişlerdir.

Düzenleyici ve denetleyici kurumlar, güç odaklarından baskı görmeleri ihtimaline binaen çoğu zaman kendilerine yüklenen görevleri tarafsız, adil ve özgür biçimde yerine getirebilmeleri için belirli bağımsızlık güvenceleriyle donatılmışlardır. Bu güvencelerden bazıları organik, bazıları ise işlevsel bağımsızlığın sağlanmasına ilişkindir. Organik bağımsızlığın sağlanmasına hizmet eden güvenceler, bu kurumların karar organları olan kurul üyelerinin seçim usulleri, görev süreleri ve statülerine ilişkin

olarak meydana gelmektedir. Bunlar, çoğu zaman üyelerin yasama organı, yürütme organı, yargı organı ve/veya çeşitli örgütlerin üye seçiminde söz sahibi olması, üyelerin görev sürelerinin uzun bir süre için belirlenmesi, görev süreleri dolmadan görevden alınamamaları ve bunların hâkim güvenceleriyle donatılmaları biçimindeki tedbirlerden oluşmaktadır. İşlevsel bağımsızlığın teminine ilişkin güvenceler ise bu kurumların karar alma süreçlerine bir başka organın, kurumun ya da makamın müdahale etme imkânının bulunmamasını ifade etmektedir. Bu güvenceler genel olarak düzenleyici ve denetleyici kurumların hiyerarşik denetim ile vesayet denetiminin dışında bırakılması ve hiçbir kurumun, organın, makamın veya merciinin bu kurumlara emir, tavsiye veya talimat veremeyeceği biçiminde yasalar öngörülmesi biçimindedir. Düzenleyici kurumların işlevsel ve organik bağımsızlıklarını sağlamak için çeşitli yasal güvenceler öngörülmüş olmasına rağmen, uygulamadaki birçok örneğinde, bu kurumların karar organını teşkil eden kurul üyelerinin aday gösterilmesinde ve seçilmesinde tamamen yürütme organının yetkili olması, bu üyelerin yeniden aday olabilmelerinin ve yeniden atanmak için atamaya yetkili olan yürütme organının istekleri doğrultusunda hareket edebilme ihtimalleri, ABD’de görüldüğü üzere yasama organının veya Almanya’da görüldüğü gibi yürütme organının bu kurulların kararlarını veto etme hakkına sahip olmaları, bu kurumların çoğu kez bütçe bakımından yürütme organına bağlı olmaları, mali yönden yürütme organının denetimine tabi olmaları ve görevleriyle yetki alanlarının her an yasama organınca kısıtlanabilmesi gibi sebeplerle bu kurumların karar alma aşamasında dahi tam bir bağımsızlık içinde hareket edebilecekleri söylenemez.

Öğretide ve uygulamada bu kurumlara bağımsız idari otoriteler, bağımsız idari kurumlar, düzenleyici ve denetleyici kurullar, düzenleyici ve denetleyici kurumlar, üst kurullar ve bağımsız düzenleyici kurumlar gibi çeşitli adlar verilmektedir. Buna karşılık, önceki paragrafta ifade etmiş olduğumuz gibi, bu kurumların çoğu zaman oldukça sınırlı bir bağımsızlığa sahip olması ve bunların asli işlev ve niteliklerinin bağımsız olmaktan ziyade düzenleme ve denetleme fonksiyonu olması sebebiyle bunların düzenleyici ve denetleyici kurumlar olarak adlandırılması gerektiğinden yanayız. Keza bu kurumların otoritesi, diğer kamu kurumlarının sahip olduğu otoriteden üstün olmadığından ve zaten devletin otoritesini kullandıklarından otorite ibaresinin, özellikle üniter yapıyı benimsemiş devletlerdeki kurumlar hakkında kullanılmasının sakıncalı olduğu yahut gerekli olmadığı kanaatindeyiz. Bu kurumlara

düzenleyici ve denetleyici kurumlar adı verilmesi, özellikle Türkiye bakımından mevzuatta yer alan hükümler ve yargı kararları dikkate alındığında daha uygun olacaktır.

Düzenleyici ve denetleyici kurumların Türkiye’de yaygınlaşması da OECD, WB, IMF ve AB gibi kurumların telkinleri sonucunda gerçekleşmiştir. Bu doğrultuda Türkiye’de düzenleyici ve denetleyici kurumların varlık koşulları olarak sayılabilecek olan, yürütme organından belirli ölçüde bağımsızlığa, düzenleme, denetleme ve yaptırım uygulama yetkilerine, belirli bir mali özerkliğe sahip olan RTÜK, 1994 yılında kurulmuş zamanla bankacılık, sigortacılık, sermaye piyasaları, rekabet hukuku, enerji piyasaları ve kamu denetçiliği gibi çeşitli alanlara yayılmıştır. Günümüz itibariyle Türkiye’de 11 adet düzenleyici ve denetleyici kurum bulunmaktadır.

Türkiye’de bulunan düzenleyici ve denetleyici kurumların müşterek özelliklerine bakıldığında, bunların her birinin kamu tüzel kişiliğini haiz olduğu, düzenleme, denetleme ve yaptırım uygulama yetkileriyle donatılmış olduğu, bir bakanlıkla ilişkilendirilmiş olduğu, karar organlarını teşkil eden kurul üyelerinin belirli bağımsızlık güvencelerinden faydalandığı ve özel bütçeye sahip olduğu gözlenmektedir. Bu özelliklerin yanı sıra bu kurumların bütün işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık olması, bunların bütçelerinin Sayıştay denetimine tabi olması ve bu kurumların hiyerarşik ya da vesayet denetimine tabi olmaması taşıdıkları diğer ortak niteliklerdir. Türkiye’deki düzenleyici kurumların üyelerinin aday gösterilmesi ve atanması konusunda ise çoğu zaman yürütme erkinin yetkili olduğu görülmekte ise de bu hususta bir bütünlük olmadığı, üyelerin aday gösterilmesi ve atanmasında farklı uygulamaların da olduğu gözlenmiştir.

Türkiye’deki düzenleyici kurumların Anayasal konumu ve devlet teşkilatındaki yeri öğretide uzun yıllarca tartışma konusu olmuştur. Bu kurumların ne hiyerarşik denetime ne de vesayet denetimine tabi olmaları, bunların kamu kurumları arasında gösterilemeyecekleri ve Anayasal bir temele sahip olmadıkları şeklinde yorumlara yol açmıştır. Ayrıca bu kurumların, vesayet denetimine tabi olmamaları ve mal veya hizmet de üretmemeleri sebebiyle hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları arasında da gösterilemeyecekleri öne sürülmüştür. Kanaatimizce, Anayasa’nın 123’üncü hükmü gereğince idarenin kuruluş ve görevleri yalnızca merkezden ve yerinden yönetim esaslarına dayanabileceğinden ve bu kurumlar kamu tüzel kişiliğine

sahip olduklarından veya bir başka deyişle merkezden yönetim esasına dayanmadıklarından, bunların yerinden yönetim kuruluşları arasında olduklarının kabulü zorunludur. Zira Anayasa, bir başka idari yapıya izin vermemektedir. Yerinden yönetim esaslarına göre kurulan idareler ise mahalli idareler ile hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları olmak üzere iki sınıfta incelenmektedir. Mahalli idareler, Anayasal bir temele sahiptirler ve Anayasa’da sınırlayıcı olarak sayılmışlardır. Hal böyleyken, düzenleyici ve denetleyici kurumların mahalli idareler arasında gösterilemeyeceği açıktır. Bu kurumların hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları arasında sayılabilmesine ise bunlar üzerinde vesayet denetiminin bulunmamasının, bunların mal veya hizmet üretmemelerinin ve kamu hizmeti görmemelerinin engel olduğu söylenmektedir. Ancak vesayet yetkisinin, Anayasa’nın 123/5’inci hükmü uyarınca kanuna dayanması ve sınırlarının kanunla çizilmesi gerektiği, böylece bu yetkinin doğal bir yetkiden ziyade istisnai nitelik taşıdığı anlaşılmaktadır. Bu sebeple, idari vesayet denetimi öngörülmemesi, kurumun hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları arasında değerlendirilmesine engel olmayacaktır. Düzenleyici ve denetleyici kurumların, diğer birçok kamu kurumunun aksine mal veya hizmet üretmemesini ise kamusal ihtiyaçların değişime uğraması nedeni ve kamu hizmetlerinin uyarlanması ilkesi ile açıklanması mümkündür. Bu kurumların kamu hizmeti görmediği yönündeki görüş ise devletin faaliyetlerinin kamu hizmetleri ve kolluk olmak üzere iki ayrı sınıfta incelenmesinden kaynaklanmaktadır. Ancak kanaatimizce, kolluk faaliyetlerinin sebebi ve nihai amacı olan kamu düzeninin sağlanması da kamu hizmetinin özel bir görünümünden ibarettir. Kaldı ki, hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarının müşterek özellikleri hususunda herhangi bir Anayasa hükmü veya yasal düzenleme de bulunmadığından, düzenleyici ve denetleyici kurumların hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları arasında sayılamayacağına ilişkin görüşün kesin ve doğru olduğu sonucuna varılamaz.

Türkiye’deki düzenleyici ve denetleyici kurumların görevlerinin, yetkilerinin, yapılarının, tabi oldukları güvencelerin ve uygulayacakları usullerin düzenlendiği herhangi bir yasa mevcut olmayıp, bunlar ilgili kurumların her birini meydana getiren yasalar ile belirlenmektedir. Her birinin faaliyet alanı, görevleri, yetkileri ve kurulma ihtiyaçlarında bulunan farklar düşünüldüğünde, bu kurumlar hakkında çerçeve düzenlemelerin yer alacağı bir düzenlemenin yapılması olanaksız görülebilir. Bununla birlikte, bu kurumların hiç değilse araştırma ve soruşturma usulleri, bağımsızlık

güvenceleri, atanma usulleri, bu kurumlar üzerindeki mali, yargısal ve idari denetiminin şekli, kurum personeli ile kurul üyelerinin yargılanması usullerinde birliğin sağlanması hem bu kurumların bağımsızlığını bir nebze daha temin edebilecek hem de uygulamada teklik ve böylece hukuki belirlilik ile güvenlik yaratabilecektir.

Tez kapsamında, Türkiye’de bulunan bir düzenleyici ve denetleyici kurum olan Rekabet Kurumu ve ağırlıklı olarak denetim yetkisi olmak üzere yetkileri incelenmiştir. Kurumun, devletlerin ürün ve hizmet fiyatları ile bunların arz ve talep miktarına müdahale etmediği, arz, talep ve fiyatların piyasa içinde ve piyasa koşullarına göre belirlendiği serbest piyasa ekonomisinin yol açabileceği tehlikeleri önlemek amacıyla kurulduğu söylenebilir. Serbest piyasa ekonomisi ve bu modelin yol açtığı doğal rekabet, rakipleri teknolojik gelişmeler yapmaya, daha uygun maliyetle daha çok, daha ucuz ve daha kaliteli mal ve hizmet sunmaya teşvik edebilmekte, böylece toplumsal bir yarar sağlanabilmektedir. Ancak bu rekabet düzenin, güç sahibi olma arzusu taşıyan piyasa aktörlerince kötüye kullanılması, örneğin bu aktörlerin pazarlardaki hakimiyetlerini güçlendirmek için yeni oyuncuların pazara girmesini engellemeleri, daha güçsüz konumda olan aktörleri piyasadan dışlamaları, elde ettikleri hakim durum sebebiyle fiyat tespiti yapmaları ve birlikte hareket ederek tüketicileri veya piyasadaki diğer oyuncuları ağır zararlara uğratmaları da mümkün olmaktadır. İşte Rekabet Kurumu, rekabet düzeninin sağladığı toplumsal faydayı, teşebbüslerin bireysel faydalarına karşı muhafaza etmeye çabalamakta, bu kapsamda kanunlar ile çerçevesi çizilmiş olan kuralların uygulanması için muhtelif düzenlemeler yapmakta, piyasalardaki teşebbüsler, teşebbüs birlikleri ve bunların üyelerinin uyumlu davranışlarını, anlaşmalarını, kararlarını ve hâkim durum meydana getirebilecek olan birleşme ve devralma işlemlerini izlemekte, denetlemekte ve yaptırımlar uygulamaktadır.

Kurumun teşkilatı Başkanlık, Kurul ve hizmet birimlerinden oluşmaktadır. Başkanlık, Kurumun genel yönetiminden ve temsilinden sorumlu olan ve kurumun koordineli bir biçimde çalışmasını sağlayan organıdır. Bu organ, aynı zamanda Kurulun da başkanı olan Başkan ve yardımcılarında oluşur. Kurul, Kurumun karar organı olup, Kurumun düzenleme, denetleme ve yaptırım uygulama işlevlerini yerine getirmektedir. Kurul, her biri Cumhurbaşkanınca atanan 7 üyeden oluşmaktadır. Kurumun diğer bir organı olan hizmet birimleri ise Daire Başkanlıkları şeklinde teşkilatlanmış ana hizmet birimleri, çalışma birimleri ve yardımcı birimlerden oluşmaktadır. Bu birimler,

meslek personeli uzman yardımcıları, uzman ve başuzmanlardan oluşmakta olup, Kurul adına önaraştırma ve soruşturma aşamalarında delil toplamak, önaraştırma ve raporlar tanzim etmek gibi görevleri ifa etmektedirler. Hizmet birimlerinin, sahadaki fiili gayret gerektiren görevleri yapmakta Kurula yardımcı oldukları ifade edilebilir. Kurumun bütün bu organlarının görev ve yetkileri 4054 Sayılı Kanun'da sayılmıştır.

RKHK'de Kurulun bağımsız kararlar alabilmesi için bazı güvenceler öngörülmüştür. Bu doğrultuda verilen güvencelerden biri, Kurumun idari ve mali özerkliğe sahip olmasıdır. Ayrıca Kanun'un 20'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında Kurumun görev yaparken bağımsız olduğu, hiçbir organ, makam, merci ve kişinin Kurumun nihai kararını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremeyeceği hususu düzenlenilerek Kurumun bağımsızlığı pekiştirilmeye çabalanmıştır. Kuruma bağımsızlık kazandırmak için verilen bir diğer güvence, Kurul üyelerinin görev süreleri dolmadıkça görevden alınmayacağına ilişkin kuraldır. Bunların yanı sıra Kanun'un 25'inci maddesinde düzenlenen yasaklar ile 60'ıncı maddede düzenlenen Kurul üyelerinin yargılanmasına ilişkin hükümler de Kurulun bağımsız ve tarafsız bir biçimde karar vermesinin önünü açan kurallardır. Anılan kurallar ile her ne kadar Kurulun bağımsız ve tarafsız biçimde karar vermesini sağlamak amaçlanmışsa da Kurulun 7 üyesinin tamamının yürütme organının başı sıfatını haiz Cumhurbaşkanınca atanması, Kurulun bağımsız olarak nitelendirilmesinin önünde bir engel olarak görünmektedir. Bunun gibi, Kurul üyelerinin yeniden seçilmesinin önünde bir engel olmaması, Kurul üyelerinin yeniden göreve atanmak için yürütme organının istekleri doğrultusunda hareket edebilecekleri olasılığını gündeme getirebilecektir. Kurumun bağımsız biçimde karar verme niteliğini zedeleyebilecek bu gibi risklerin giderilmesi için Almanya'da bulunan Sayıştay üyelerinde olduğu gibi, Kurul üyelerinin daha uzun bir dönem için ve yalnız bir defa seçilebilmesi, üyelerin görev sürelerinin dolmasının ardından doğrudan emekli olmaları, Kurul üyelerinin atanmasında TBMM'deki siyasi partilerin tamamının temsil edilmesi gibi çözümlerin uygulanabileceği düşünülmektedir. Kurumun bağımsızlığının önündeki bir diğer engelin de RKHK'nin 62'nci maddesi olduğu ifade edilebilir. İlgili hükme göre, Kanun'da belirtilen esasların dışında, Kurumun yetkilerini kullanışı, yönetim ve çalışma esasları, gelirlerinin tahsili, giderlerinin yapılması ve bu işlemlerin denetlenmesinde uygulanacak usul ve esaslar, aylık ücretlerde yapılacak değişikliklere ilişkin esaslar, yabancı uzman çalıştırılmasına ilişkin esaslar, Kurumun satın alacağı menkul ve gayrimenkul mallara ilişkin düzenlenmeler ve Kurumun muhasebe

sistemine ilişkin hükümler Kurulca hazırlanacak ve Cumhurbaşkanınca yürürlüğe konulacak yönetmeliklerle belirlenecektir. Bu hükümle, Kurumun organik bağımsızlığı hususunda bir vesayet denetiminin tesis edildiği ifade edilebilir.

Kurumun bağımsızlığını sağlamak için öngörülen güvencelerin yanında, Kurumun tarafsızlığını sağlamak için de çeşitli hükümler öngörülmüştür. Bunlardan biri, Kanun'un 25'inci maddesinde Kurul Başkan ve üyeleri için öngörülen ticaret ve çalışma yasağıdır. Diğer bir güvenceye ise Kanun'un 28'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında rastlanılmaktadır. İlgili hükümde, Kurul üyelerinin kendileriyle üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar sıhrî hısımlarıyla ilgili olaylarda müzakere ve oylamaya katılamayacağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin Kurulun tarafsızlığının sağlanması için gerekli ancak yeterli olmadığı kanaatindeyiz. Nitekim HMK'nin hâkimlerin yasaklılık sebeplerinin düzenlendiği 34'üncü maddesinde hakimin, kendisine ait olan veya doğrudan ya da dolayısıyla ilgili olduğu davalardan, aralarında evlilik bağı kalkmış olsa da eşinin davasından, kendisi ile arasında evlatlık bağı olanın davasından, üçüncü derece de dahil olmak üzere kan veya kendisini oluşturan evlilik bağı kalkmış olsa dahi kayın hısımlığı bulunanların davalarından, nişanlısının davasından, tarafların temsilcisi olarak hareket ettiği davadan çekilmek zorunda olduğu hüküm altına alınmıştır. Hâkimler için tarafsızlık sıfatını zedeleyici görülen işbu nedenlerin Kurul üyeleri bakımından aynı şekilde görülmemesinin makul bir açıklamasının olmadığı kanaatindeyiz. Hal böyleyken, hâkimlerin tarafsızlığına gölge düşüreceği düşünülen bu hallerin Kurul üyeleri hakkında da söz konusu olması gerektiği sonucuna varılmıştır.

Yetkilerine gelindiğinde Kurum, düzenleme yetkisini kamu kurumu olması sebebiyle Anayasa'nın 124'üncü hükmü uyarınca yönetmelikler çıkarmak suretiyle kullandığı gibi, 4054 Sayılı RKHK'nin çeşitli hükümleri uyarınca genelgeler de yayımlayarak da kullanabilmektedir. Ayrıca Kanun'da Kuruma genel bir düzenleme yetkisi tanınmış olduğundan, düzenlemelerin genelge, özelge veya yönerge gibi isimler altında yapılması da mümkündür. Ancak Kurum, Anayasa hükümleri gereği bu düzenlemelerle ceza veya ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri (m.38/3) ile vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler (m.73/3) öngöremez. Kuvvetler ayrılığı prensibini benimsemiş olan devletlerde düzenleme yetkisi, esasen yasama organına ait olduğundan Kurumun düzenleyici işlemleriyle kanunların sınırını aşmaması, kanunlarca genel çerçevesi belirlenmemiş olan konularda düzenlemeler yapmaması

gerekir. Ancak bazı hallerde yönetmelik ve tebliğ gibi idari işlemlerle Kurul'un yetkisinin genişletilmiş olduğu görülmektedir. Örneğin Kanun'un 14'üncü maddesinde bilgi isteme yetkisinin yalnızca Kurul tarafından kullanılabilmesi ve Kanun'un 44/1'inci maddesinde bu yetkinin yalnızca soruşturma aşamasında raportörlerce kullanılabilmesi düzenlenmiş olmasına rağmen, Rekabet Kurumu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in 59'uncu maddesinde bu yetkinin önaraştırma aşamasında da raportörlerce kullanılabilmesi öngörülmüştür. Uygulamada bu yetkinin Başkanlık tarafından kullanıldığı bir olaya da rastlanılmıştır. Ayrıca Kanun'un 14'üncü maddesinde Kurulun önaraştırma evresinde bilgi isteyebileceği kişilerin sınırlayıcı olarak sayılmış bulunmasına karşın, Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 15'inci maddesinde, Kurulun birleşme ve devralmayı değerlendirirken birleşme ve devralmanın tarafları dışında, bu işlemle ilgili diğer kişilerden ve tarafların rakipleri, müşterileri, rakipleri veya sağlayıcıları gibi üçüncü kişilerden bilgi isteyebileceği hususu önaraştırma ve soruşturma aşamalarına ilişkin herhangi bir ayırım yapılmaksızın düzenlenmiştir. Bir diğer mesele ise izne tabi birleşme ve devralmaların şarta bağlanmasına ilişkin tebliğ hükmüdür. Kanun'da muafiyet ve menfi tespit kararlarının şarta bağlanabileceği açıkça öngörülmüşken birleşme ve devralma işlemlerine verilecek izin bakımından böyle bir hüküm öngörülmüş değildir. Buna karşılık Kurul, iznin şarta bağlanabileceğine ilişkin bir tebliğ çıkarmış olup, uygulamada da bunları şarta bağlı tutmaktadır. Bunun gibi, Kanun'un 35'inci maddesinde rekabet uzmanlığına atanma şartları düzenlenmiştir. İlgili hükümde eğitim, yapılacak sınavda başarı, dil yeterliliği ve yaş şartı öngörülmüş, diğer şartların Kurulca çıkarılacak yönetmelikte belirleneceği düzenlenmiştir. Kurul, sınav yönetmeliğinde Kanun'un aradığı eğitim ve yaş şartlarını değiştirmiş, genişletmiş ve Kanun düzenlemesinin sınırlarını aşmıştır. İdarenin düzenleme yetkisinin asli değil, ikincil veya türevsel nitelik taşıması ve yasama yetkisinin aslen TBMM'ye ait olduğu düşünüldüğünde anılan düzenlemelerin fonksiyon gaspı nedeniyle hukuka aykırı olduğu kanaatine varılmıştır.

Kurum, piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüslerin, teşebbüs birliklerinin, bunların üyelerinin ve yöneticilerinin 4054 Sayılı Yasa'da öngörülen kurallara uygun hareket edip etmediklerini tespit etmek olarak ifade edilebilecek denetim yetkisini de karar organı olan Kurul aracılığıyla kullanmaktadır. Bu yetki, önaraştırma ve soruşturmalar yapma, muafiyet ve menfi tespit incelemeleri yapma, geçici tedbir, menfi tespit ve

ihlale son verme kararları verme, birleşme ve devralmalara izin verme ya da vermeme, bilgi isteme ve yerinde inceleme yapma yetkilerine başvurmak suretiyle kullanılmaktadır. Kurulun denetim yetkisini kullanması için mutlaka bir ihbar veya şikâyetin varlığı aranmaz. Kurul, piyasaları genel olarak gözetmekle yükümlü olduğundan, bu yetki re'sen de kullanılabilir. Kurul, şikâyet veya ihbar üzerine ya da re'sen öğrendiği rekabet ihlallerini araştırmak için önaraştırma yapar. Bu önaraştırmanın neticesinde soruşturma açılmasına yahut açılmamasına karar verir. Bu sürecin Kanun'da öngörülen usuller doğrultusunda tamamlanmasıyla Kurul, tarafların rekabet ihlali gerçekleştirdiği kanaatine varırsa Kanun'da öngörülen tedbirlere başvurabileceği gibi, taraflar hakkında idari para cezası yaptırımını uygulanmasına da karar verebilir.

Çalışma kapsamında Kurulun şikâyet üzerine yapılan incelemeler bakımından rekabet ihlaline ilişkin iddiaları ciddi bulunmaması halinde herhangi bir işlem yapılmasına gerek olmadığına karar verildiği tespit edilmiştir. Bununla birlikte, Kanun'un 40'inci maddesinde Kurulun re'sen veya üzerine doğrudan soruşturma açılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olup olmadığını belirlemek üzere önaraştırma yapılmasına karar vereceği; 41'inci maddesinde ise Kurulun, önaraştırma raporunu teslim almasının ardından 10 gün içinde karar vermek üzere toplanacağı ve soruşturma açılmasına ya da açılmamasına karar vereceği kuralına yer verilmiştir. Ayrıca Kanun'un 42'nci maddesinden de Kurulun başvuruları açıkça veya zımnen reddedebileceği anlaşılmaktadır. Bu halde, Kurulun rekabet ihlaline ilişkin iddiaları ciddi bulmaması halinde verebileceği kararın açıkça veya zımnen ret olması gerektiği değerlendirilmiştir. Hal böyleyken, Kurulun bu hususta vereceği herhangi bir işlem yapılmasına gerek olmadığına veya yer olmadığına gibi kararlar hem kanuna aykırı olacaklar hem de hukuki belirlilik ilkesini zedeleyebileceklerdir. Bu durumun ise kanuni idare ilkesine aykırılık doğuracağı düşünülmektedir.

Çalışmada ayrıca Kurulun önaraştırma yapılmasına karar verdiği hallerde bilgi isteme yetkisinin raportörlerce de kullanılabilmesine ilişkin bir hükmün yer almadığı görülmüştür. Kanun'un 40/3'üncü maddesinde raportör olarak görevlendirilen uzmanların önaraştırma aşamasında kendilerine tevdi edilen konu hakkında araştırma yapacakları, bilgi ve delil toplayacakları düzenlenmişse de bu araştırma kapsamında bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerini kullanıp kullanamayacakları ilgili maddede düzenlenmiş değildir. Bununla birlikte, Kanun'un 15'inci maddesinde

öngörülen yetki devri uyarınca yerinde inceleme yetkisinin önaraştırma aşamasında raportörler tarafından kullanılması mümkündür. Ancak Kanun'un bilgi isteme yetkisinin düzenlenmiş olduğu 14'üncü maddesinde yetki devrine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu halde, uzmanların önaraştırma evresinde yalnızca açık kaynak araştırması yapabilecekleri ve yerinde inceleme yetkisini kullanabilecekleri, buna karşılık bilgi isteme yetkisini kullanamayacakları düşünülmektedir. Ancak Danıştay, görüşümüzün aksine bilgi isteme yetkisinin yalnızca soruşturma evresinde değil; Kurulun Kanun'un kendisine verdiği görevleri yaptığı her an kullanılabilirliği ve bu yetkinin Başkanlığa devredilmesinde de bir mani olmadığı kanaatindedir. Kanaatimizce Kanun'da yerinde inceleme bakımından bir yetki devri öngörülmesi olmasına rağmen bilgi isteme yetkisi bakımından böyle bir yetkinin öngörülmemiş olması tesadüf değil, tercihtir. Ayrıca idare hukukunun bir statü hukuku olduğu ve bu hukukta ancak statülerle belirlenen hukuki durumlara dayanarak tanınabilecek yetkilerle kullanılacağı, yetki unsurunun bir kamu düzeni meselesi olduğu, yetkinin ancak kanunlarca belirlenen kimselerce kullanılabilirliği gibi hususlar Danıştay'ın da birçok kararında ifade edilmiştir. Danıştay'ın bu husustaki yerleşik içtihadına rağmen bilgi isteme yetkisinin Başkanlığa devrinde hukuka aykırılık görmemesi, kanaatimizce bir çelişki taşımaktadır. Bu sorunun giderilmesi için bilgi isteme yetkisi bakımından 14'üncü maddede bir yetki devri öngörülmesinin yahut Kanun'un 44'üncü maddesinde yer alan kurala önaraştırma aşamasının da dâhil edilmesinin etkin bir çözüm sunabileceği düşünülmektedir.

Çalışmamızda detaylı biçimde izah etmiş olduğumuz üzere, soruşturma evresinde taraflar, sözlü savunma hakkını kullanma taleplerine kadar Kurum bünyesinde kendileri ile ilgili düzenlenmiş her türlü evrakın ve mümkünse elde edilmiş olan her türlü delilin bir nüshasının kendilerine verilmesini isteyebilirler. Bununla birlikte bu hakkın kullanımı, 2010/3 sayılı Dosyaya Giriş Hakkının Düzenlenmesine ve Ticari Sırların Korunmasına İlişkin Tebliğ ile çeşitli usullere ve kısıtlamalara tabi tutulmuştur. İlgili Tebliğ kapsamında soruşturmanın tarafları hakkında elde edilen birçok delil ticari sır veya diğer gizli bilgileri içerdikleri, kurum içi yazışma niteliği taşıdıkları yahut Aktif İşbirliği Yönetmeliği kapsamında elde edilmiş oldukları gerekçesiyle paylaşılmamakta, taraflar bu belgeleri elde edememektedirler. Uygulamada önaraştırma raporu, karteğe ilişkin bilgiler, karteğe taraf olan teşebbüsler ile varsa yardım edenlerin isimleri, telefon kayıtları ve birçok belge taraflara bu

gerekçelerle verilmemektedir. Kanun'un hakkında soruşturmaya başlandığı bildirilen tarafların sözlü savunma taleplerine kadar Kurum bünyesinde kendileriyle ilgili düzenlenmiş her türlü evrakın ve mümkünse elde edilmiş olan her türlü delilin bir nüshasının kendisine verilmesini isteyebileceğine ilişkin 44/2'nci maddesi nazara alındığında bu tebliğ hükmü ile uygulamanın hukuka uygun olduğunun söylenmesi olanaksızdır. İlgili tebliğ hükmü yalnızca Kanun'a aykırı olmakla kalmayıp, Anayasa'ya ve AİHS'ye de aykırıdır. Zira Anayasa'nın 36'ncı maddesine göre, herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Bunun gibi, AİHS'nin 6'ncı maddesi uyarınca herkes, davasının medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esas konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Aynı maddenin 2'nci fıkrasına göre bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu sabit olana kadar masum sayılır. Maddenin son fıkrasında bir suç ile itham edilen herkesin kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilme hakkına, (m.6/3-a), savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkına (m.6/3-b), savunma hakkına (m.6/3-c) sahip olduğu hüküm altına alınmıştır. Oysa tebliğ kapsamında savunmaya esas olacak birçok önemli bilgi ve belge soruşturma taraflarından Kanun hilafına kaçırılmaktadır. Bu durumun ise adil yargılanma hakkından doğan savunma hakkına ve silahların eşitliği ilkesine aykırılık oluşturduğu sonucuna varılmıştır. Ancak Danıştay, önaraştırma raporu ve kurumun yazışmaları gibi kurum içi yazışmaların soruşturmanın taraflarına isnat edilen fiiller ile ilgisinin bulunmadığı, soruşturma açılmasına karar verildiği takdirde teşebbüsle ilgili tüm bilgi ve belgelerin ilgiliye gönderileceği ve tarafların bilgilendirilmediği konuların karara dayanak yapılamayacağı hususlarının Kanun'da açıkça düzenlenmiş olduğu ve böylece savunma hakkının güvence altına alınmış olduğu, Kanun'un genel sistematığında ticari sırların korunmasının esas olduğu, pişmanlık yönetmeliği kapsamında elde edilen verilerin ifşa edilmesinin ise pişmanlık kurumuyla bağdaşmayacağı gerekçesiyle ilgili düzenlemeyi hukuka aykırı bulmamıştır. Karar, İDDK tarafından da hukuka uygun bulunarak onanmıştır. İlgili kararda yapılan işlemin savunma hakkını zedelediği vurgulanmışsa da bu hususun hukuka aykırılığı ortadan kaldırmadığı fikrindeyiz.

Anılan Tebliğ kapsamındaki bir diğer sorun ise dosyaya giriş taleplerinin soruşturma heyetince değerlendirileceğine ilişkin kuraldır. Bilindiği üzere, yetki devri istisnai bir kurumdur ve kanunların emretmediği yahut müsaade etmediği hallerde yetki devri yapılamaz. Kanun'da Kurul yerine karar alma konusunda soruşturma heyetine yetki devri yapılacağı düzenlenmemiş, buna cevaz da verilmemiştir. Bu sebeple, Kurumun karar organı Kurula ait olan karar alma yetkisinin soruşturma heyetince kullanılamayacağı ve Tebliğ'in 9'uncu maddesi kapsamında soruşturma heyetince alınan kararların hukuka uygun olmadığı kanaatindeyiz.

Kurulun denetim yetkisini incelerken karşılaşılan çelişkilerden biri, menfi tespit kararının geri alınması halinde yaptırımın hangi tarihten itibaren uygulanabileceğine ilişkindir. Nitekim Kanun'un 8/2'nci maddesinde menfi tespitin geri alınması halinde menfi tespite ilişkin anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar bakımından geri alma tarihinden önceki süre için cezai yaptırım uygulanamayacağı, 13/2'nci ve 13/3'üncü maddelerinde ise geri alma kararının hangi tarihten geçerli olacağı düzenlenmiş ve bu düzenleme uyarınca muafiyet ve menfi tespit kararlarının geri alındığı bazı hallerde geriye yönelik yaptırım uygulanabileceği hüküm altına alınmıştır. Kurulun vermiş olduğu bir menfi tespit kararını geri alması halinde 8'inci madde esas alındığında uygulanacak idari yaptırımlar ancak geri alma kararının verildiği tarihten itibaren uygulanabilecek, 13'üncü madde esas alındığında ise yaptırımlar ya anlaşma, uyumlu eylem ve kararların uygulandığı tarihten ya kararın verilmesine esas olan olaylarda değişiklik olduğu tarihten ya da kararın verildiği tarihten itibaren uygulanabilecektir. Bu çatışmanın nasıl çözülebileceğine ilişkin farkı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, Kurulun menfi tespit kararını geri almasında 13'üncü madde hükümleri uygulanacak, böylece karar, kararın alınmasına esas teşkil eden olayda değişiklik olması sebebiyle geri alındığında değişiklik tarihinden, şartların ve yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya kararın eksik veya yanlış bilgiye dayanarak verilmiş olduğundan dolayı geri alınması halinde ise kararın verildiği tarihten itibaren itibaren sonuç doğuracaktır⁷¹¹. Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre ise Kanun'un 8'inci maddesinde Kurulun menfi tespit kararını geri almadan evvelki süreç için cezai yaptırım uygulayamayacağı açıkça öngörülmüş olduğundan, geri alma kararı hangi sebebe dayanırsa dayansın, kararın geri alındığı tarihten önceki süreç için idari

⁷¹¹ Eğerci 194.

yaptırım uygulanamaz. Buna karşılık, Kanun'un 13'üncü maddesinin 4'üncü fıkrasında menfi tespit kararının anlaşma hakkında eksik veya yanlış bilgiye dayanması halinin teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin kast ve hilesine dayanması halinde yokluk yaptırımıyla karşılaştığı, bir başka deyişle hiç var olmamış sayılacağı düzenlenmiş olduğundan, bu hallerde anlaşma, uyumlu eylem veya kararların uygulandığı tarihten itibaren müeyyide uygulanabilecektir⁷¹².

Kurulun ihlale son verme yetkisi incelenirken, bu yetkinin kullanılmasından evvel taraflara görüş yazısı bildirilmesinin Kanun'da zorunlu tutulduğu, ancak Kurul kararlarında görüş bildirmenin her olayda gerekli olmadığı ve bildirilen görüşün herhangi bir yaptırım gücüne sahip olmadığı görüşünde olduğu anlaşılmıştır. Kurula göre görüş bildirme, RKHK'nin ihlal edilmiş olabileceği şüphesi taşıdığı kimi dosyalarda tercihen verilmekle birlikte, bu kararlar soruşturma açılıp açılmasına gerek olmadığı değerlendirildiği önaraştırma süreçlerinin sonunda, usul ekonomisi kaygıları güdülerek bazı koşulların varlığı halinde alınan kararlardır. Ayrıca Kurul, kararlarında rekabet ihlalinin tespit edilmesinin ardından Kanun'un 9/3'üncü maddesi uyarınca görüş bildirilerek dosyanın kapatılmasının doğru bir uygulama olmadığını ifade etmektedir. Belirtmek gerekir ki, ihlale son verme yetkisi kapsamında öngörülecek davranışsal tedbirler, ihlal sonucunda verilecek idari para cezalarına alternatif değildirler. Nitekim bu yetkinin düzenlenmiş olduğu 9'uncu maddede Kurulun, Kanun'un 4'üncü, 6'ncı ve/veya 7'nci maddelerinin ihlal edilmiş olduğunu tespit etmesi halinde davranışsal ve yapısal tedbirleri bildireceğinden söz edilmiştir. Kanun'un anılan maddelerinin ihlali halinde idari para cezası uygulanacağı ise Kanun'un 16/3'üncü maddesinde öngörülmüştür. Bu halde, Kanun'un ilgili maddelerinin ihlali halinde idari para cezası verilmesi bir zorunluluk olup, idari yaptırım uygulanmadan evvel görüş bildirme zorunluluğu söz konusu değildir. Bu yetkiyle, meydana gelen rekabet ihlalleri için yaptırım uygulanmasından sonra ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yönelik tedbirler alınmasının amaçlandığı söylenebilir. Söz edilmesi gereken ikinci husus, Kanun'un 9/1'inci maddesi uyarınca ihlale son verme yetkisinin kullanılabilmesi için Kanun'un 4, 6 ve/veya 7'nci maddelerinin ihlal edildiğinin Kurulca tespit edilmiş olması gereğidir. İhlal tespiti ise Kurulun nihai kararı ile söz konusu olmaktadır. Bu halde Kurulun, ihlale son vermenin

⁷¹² İsmail Yılmaz Aslan 378-379; Eğerci 193.

önaraştırma aşamasında verilecek bir karar olduğuna ilişkin görüşünün isabetli olmadığı söylenmelidir. Ayrıca ihlale son verme yetkisine ilişkin bir karar almadan evvel taraflara yazılı görüş bildirileceği yönündeki Kanun'un 9/3'üncü hükmü göz önüne alındığında, bu kararın ihlale ilişkin nihai karar ile birlikte de verilemeyeceği anlaşılmaktadır. Nitekim Kurul, rekabet ihlalinin nihai kararı ile tespit edeceğinden, bu aşamadan önce ihlalin ne şekilde giderileceğine ilişkin bir görüş bildirmesinin mümkün olmadığı, nitekim henüz ortada kesin bir ihlalin de bulunmadığı, bu aşamadan önce görüş bildirileceğinin kabulü halinde ise bunun sözlü savunma toplantılarını işlevsiz kılarak savunma hakkını kısıtlayacağı açıktır. İhlale son verme yetkisinin rekabet ihlaline ilişkin nihai karardan önce ve nihai kararlarla birlikte kullanılmasının anılan gerekçelerle hukuka aykırı olması ise bu yetkinin yalnızca rekabet ihlaline ilişkin kararın sonrasında yeni bir nihai karar vermek suretiyle ve ihlalin etkilerinin giderilmesine yönelik tedbirler alınmasını sağlamak üzere kullanılabileceğini göstermektedir. Ancak uygulamada Kurulun taraflara yazılı görüş bildirmeksizin ihlale ilişkin nihai kararları ile birlikte ihlale son verme yetkisini de kullandığı ve davranışsal tedbirler öngördüğü gözlenmektedir. Bu durum hukuka aykırıdır.

Öte yandan, teşebbüslerin Kurulun ihlale son verme yetkisi kapsamında bildirdiği görüşlere uygun davranmasının sonuçlarının ne olacağı da öğretilmiştir. Öğretilen bu durumda, rekabet ihlalinin idari para cezasını gerektirmediği hallerde rekabet ihlali giderilmiş olduğundan dolayı soruşturmanın düşmesi, aksi hallerde soruşturmaya devam edilerek bir karar verilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Az önce ifade etmiş olduğumuz üzere, ihlale son verme kararı zaten bir ihlalin meydana çıkmasının ardından verilebileceğinden, ihlal sebebiyle idari para cezası da verilmiş olacak ve bu cezanın ihlale son verme kararıyla bir ilgisi olmayacaktır. Kurulun rekabet ihlalinin nasıl giderileceğine ilişkin görüşüne uygun davranışın sonucu ise taraflar hakkında nihai karar ile getirilen yükümlülükler uyulmaması sebebiyle Kanun'un 17/1-a hükmü uyarınca para cezası uygulanmaması veya yeni bir soruşturma açılmamasıdır.

Daha evvel de belirtmiş olduğumuz üzere, öğretilen Kurulun birleşme ve devralmalara izin verme yetkisini şart ve yükümlülüklerle bağlayabileceği öne sürülmüştür ve uygulamada da Kurulun izin başvurularını şartlı olarak kabul ettiği görülmektedir. Keza Danıştay'ın da muhtelif kararlarında şartlı izne ilişkin işlemler hakkında

değerlendirmeler yaparken Kurulun bu yetkiye sahip olup olmadığını incelemeyeceği ve böylece durumu zımnen kabul ettiği anlaşılmaktadır. Kanun'da ilgili yetkinin şarta bağlı olarak verilmesine müsaade edilmemişken 2010/4 sayılı Tebliğ'in 13/4 ve 14/2'nci maddeleriyle bu yetkinin şarta bağlı olarak verilebileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere dayanak olabilecek bir görüşe göre, 2010/4 sayılı Tebliğ'de belirlenen eşiklerin altında kalan ve tehlikesiz olduğu kabul edilen birleşmeler için verilecek menfi tespit kararlarında verilecek izin şarta bağlanması mümkün iken daha tehlikeli olan izne tabi birleşme ve devralmalar için bunların şarta bağlanamamasının kabulü güçtür⁷¹³. Bununla birlikte, Kanun'un muafiyet ve menfi tespit yetkilerini düzenlemiş olduğu 5'inci ve 13'üncü maddelerinde açıkça Kurulun şart ve yükümlülük getirebileceğinden bahsedilmişken birleşme ve devralmanın düzenlendiği 7'nci maddesinde bu yetkiye yer verilmemesi iznin şarta bağlanamayacağını göstermektedir. Keza şart öngörülmesinin izne tabi olmayan birleşme ve devralmalar bakımından var olmasına karşılık izne tabi olanlar bakımından söz konusu olmaması, ikinci işlemlerin rekabet ortamına çok daha ağır zarar verebileceği ve bunların telafisinin çok daha güç olacağı gerekçesiyle açıklanabilir. Bunun gibi, Kurulun genel düzenleyici yetkisi RKHK'nin uygulanması ile sınırlı olup, Kanun'da düzenlenmemiş bir yetkinin düzenleyici işlemlerle ihdası söz konusu olamaz⁷¹⁴. Hal böyleyken Kurulun yasama organı yerine geçerek kendisine Kanun'la verilmemiş bir yetkiyi tanımış olduğu böylece görev gaspında bulunduğu ve bu durumun hukuka aykırı olduğu kanaatine varılmıştır⁷¹⁵.

Birleşme ve devralmalara izin verilmesinde karşılaşılan bir diğer sorun ise bu kararların taahhütlere bağlanmasıdır. Konuya ilişkin olarak RKHK'nin 10'uncu maddesine değinmek gerekir. İlgili hükümde birleşme ve devralma işlemlerinin izin vermek ya da vermemek üzere nihai incelemeye alınması halinde genel önaraştırma ve soruşturma usullerinin uygulanacağı öngörülmüştür. Ayrıca Kurulca çıkarılan 2010/4 sayılı Tebliğ'in 14'üncü maddesinde tarafların ön inceleme ve nihai inceleme sırasında taahhüt sunabilecekleri düzenlenmiştir. Kurul da ilgili düzenleme uyarınca önüne gelen birleşme ve devralma incelemelerinde 2010/4 sayılı Tebliğ'in 14'üncü maddesi

⁷¹³ İsmail Yılmaz Aslan 255-256.

⁷¹⁴ Kula 81.

⁷¹⁵ Kula 81.

uyarınca taraflarca sunulan taahhütleri kabul ederek işlemlere izin vermekte, taahhütlerin yerine getirilmemesi halinde ise verilen iznin geçersiz sayılacağına karar vermektedir. Kanaatimizce taahhüt usulünün birleşme ve devralma izin prosedüründe işletilmesi mümkün değildir. Nitekim taahhüt, yürütülmekte olan bir önaraştırma veya soruşturma kapsamında Kanun'un 4'üncü ve 6'ncı maddelerinden doğan rekabet sorunlarını gidermek amacıyla sunulabilir (RKHK m.43/3). Oysa birleşme ve devralma işlemlerine ilişkin yasak Kanun'un 7'nci maddesinde düzenlenmiştir. Birleşme ve devralma işleminin rekabeti sınırlayıcı anlaşma olarak değerlendirilebileceği söylenebilirse de Kanun'da bu işlemlerin farklı hükümler altında düzenlenmiş olmaları karşısında bu işlemlerin bir olduğunun düşünülmemeyeceği fikrindeyiz. Öte yandan, taahhüt sunulması halinde Kurulca verilecek karar soruşturma açılmamasına ya da açılan soruşturmanın sona erdirilmesine ilişkin olup, bu kararlar birleşme ve devralma izinlerine ilişkin kararlarla nitelik itibarıyla de uyumlu değildir. Zira Kurul, birleşme ve devralma incelemelerinde işleme ya izin verecek ya da izin vermeyecektir. Bu noktada soruşturmanın açılmaması veya sonlandırılmasına ilişkin kararın işleme izin verildiği biçiminde yorumlanması güçtür. Ayrıca Kurul, rekabet kuralları açısından sakıncalı gördüğü birleşme ve devralmalara izin vermedikçe bunlar geçerli hale gelmeyeceklerinden ve derhal tedbirler uygulanacağından bir rekabet sorunun meydana gelmesi de söz konusu olmayacak, dolayısıyla taahhüt müessesesi ile güdülen amaç gerçekleşmiş olmayacaktır.

Bilgi isteme yetkisine gelindiğinde, öncelikle bu yetkinin belge istemeyi de kapsayıp kapsamadığı incelenmiştir. Sözlük tanımlarına göre bilgi hakikati ifade ederken belge hakikatin tevsik edildiği belgeyi ifade etmektedir. Özellikle Kanun'un 15'inci maddesinde belge kelimesine yer verilmişken 14'üncü maddede yalnızca bilgidен bahsedilmiş olması bu yetkinin belge isteme yetkisini içermediğini göstermektedir. Öte yandan, Kanun'un 44'üncü maddesinde soruşturma ile görevlendirilen raportörlerin her türlü bilgi ve belgeyi taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebileceği öngörülmüş olduğundan, soruşturma aşamasında belge de talep edilebilecektir. Bu halde, raportörlerin bilgi isteme yetkisini kullanmalarının ve bilginin yanında belge de talep etmelerinin önaraştırma aşamasında mümkün olmadığı ifade edilmelidir. Ancak uygulamada raportörler, önaraştırma evresinde de belge talebinde bulunmakta ve talebe eksik, yanlış ve yanıltıcı cevap verilmesi yahut

süresinde veya hiç cevap verilmemesi halinde ilgililere Kurulca yaptırım uygulanmaktadır. Bu durumun hukuka aykırı olduğu kanaatindeyiz.

Çalışma kapsamında Kurulun önaraştırma evresinde bilgi isteyebileceği kişiler bakımından sınırlı olduğu, bu doğrultuda bu evrede yalnızca kamu kurum ve kuruluşları ile teşebbüs ve teşebbüs birliklerinden bilgi isteyebileceği hususu açıklanmıştır. Ancak bu sınırın muhtelif düzenleyici işlemlerle genişletilmeye çabaladığı görülmektedir⁷¹⁶. Örneğin Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında 2010/4 Sayılı Tebliğ'in "Bilgi İsteme ve Yerinde İnceleme" başlıklı 15'inci maddesinde, Kurulun birleşme ve devralmayı değerlendirirken birleşme ve devralmanın tarafları dışında, bu işlemle ilgili diğer kişilerden ve tarafların rakipleri, müşterileri veya sağlayıcıları gibi üçüncü kişilerden bilgi isteyebileceği hususu önaraştırma ve soruşturma aşamalarına ilişkin herhangi bir ayırım yapılmaksızın düzenlenmiştir. Bunun gibi, 2010/4 Sayılı Tebliğ'in selefi olan ve bu Tebliğ ile yürürlükten kaldırılan 1997/1 sayılı Tebliğ'de de aynı hüküm bulunmaktaydı. Kurulun bilgi isteme yetkisinin düzenleyici işlemler ile genişletilme çabasına bir diğer örnek ise 21.06.1997 tarihli ve 23026 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Rekabet Kurumu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in 59'uncu maddesi örneğinde vücut bulmaktadır. İlgili hükümde, Kurulca önaraştırma safhasını yürütmek üzere görevlendirilen meslek personelinin yapacakları önaraştırmayla ilgili olmak şartıyla bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerini kullanabilecekleri ve verilen süre içinde gerekli görülen evrakın gönderilmesi ve her türlü bilginin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilecekleri düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerin de fonksiyon gaspı niteliğinde olduğu açık olup, şayet önaraştırma safhasında bilgi isteme yetkisinde kişi yönünden öngörülen sınırın genişletilmesi amaçlanıyorsa bir kanun değişikliği yapılmasının isabetli olacağı kanaatindeyiz. Öte yandan, Kurulun önaraştırma safhasında kamu kurum ve kuruluşları, teşebbüs ve teşebbüs birlikleri dışında kalan kişilerden bilgi talep etmesi idari işlemi konu yönünden de hukuka aykırı hale getirecektir. Nitekim belirli bir durumda olanlara uygulanmak üzere çıkarılmış hükümlerin bu durum dışındaki kişilere uygulanması işlemi konu yönünden hukuka aykırı hale getirir⁷¹⁷.

⁷¹⁶ Badur ve Ertem 116.

⁷¹⁷ Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku Cilt 2, 495.

Bilgi isteme yetkisinin kullanılmasındaki bir sorun ise Kanun'un 14'üncü maddesinde bu yetkinin devrine ilişkin bir hüküm bulunmamasına ve 44'üncü maddesinde bilgi isteme yetkisinin ancak soruşturma evresinde raportörlerce kullanılabilmesine ilişkin hükümlere rağmen, raportörlerin önaraştırma aşamasında bu yetkiye başvurusu halinde söz konusu olmaktadır. Bunun gibi, bilgi isteme yetkisinin düzenlendiği 14'üncü maddede, yerinde inceleme yetkisinin düzenlendiği 15'inci maddenin aksine belge isteme yetkisinin de yer almaması ve bilgi istemenin yanında belge talebinin 44'üncü madde uyarınca ancak soruşturma safhasında mümkün olmasına rağmen önaraştırma aşamasında belge talep edilmesi hukuka aykırı olacaktır. İlgili maddeler birlikte değerlendirildiğinde, Kurulun hem önaraştırma hem de soruşturma evrelerinde bilgi talep edebileceği, raportörlerin önaraştırma evresinde bilgi isteme yetkisine sahip olmadıkları, bilginin yanında belge de talep edilecekse bunun ancak soruşturma evresinde mümkün olacağı söylenmelidir. Anılan karışıklığın giderilmesi için bilgi isteme yetkisi bakımından bir yetki devri öngörülmesinin yahut Kanun'un 44'üncü maddesinde yer alan kurala önaraştırma aşamasının da dâhil edilmesinin etkin bir çözüm sunabileceği düşünülmektedir.

Kurum, yetkilerini kullanırken kamu gücü kullandığından, icrai kararlar aldığından ve bu esnada bireylerin temel hak ve özgürlüklerine müdahalelerde bulunabileceğinden bireylerin Kuruma karşı korunması yönünde bazı güvenceler getirilmesi bir mecburiyettir. Kanun'da Kurumun denetim yetkisini kullanırken uyması gereken esas ve usuller belirtilmiş, Kanun'da yer almayan bazı güvenceler ise yargı içtihatlarıyla tespit edilmiştir. Soruşturma safhasında tarafların bilgilendirilmesi ve taraflara savunma hakkı verilmesi esastır. Kurul, taraflara bildirmediği ve savunma hakkı vermediği konuları kararlarına dayanak yapamaz. Kanun'da tarafların savunma hakkını etkili biçimde kullanabilmeleri için soruşturma aşamasında, kurum bünyesinde bulunan ve kendileriyle ilgili olarak düzenlenmiş her türlü evrakı isteyebilecekleri düzenlenmiştir. Taraflar, soruşturma evresinde kararı etkileyebilecek her türlü bilgi ve delili Kurula sunma olanağına sahiptirler. Ayrıca Kanun'da, tarafları Kurul kararlarına karşı koruyabilecek yegâne başvuru yolu olan yargı denetiminin kolaylıkla yapılabilmesi için Kurul kararlarının gerekçeli olması zorunluluğu öngörülmüştür. Kurum idari nitelikte olup işlem ve kararları da idari işlem niteliğinde olduğundan, bunların İYUK'un 2/1-a hükmü uyarınca yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurlarını da taşımaları gerekir. Bir başka deyişle Kurumun işlemleri, yetkili makam

veya organ tarafından yapılmalı, Kanun'da öngörülen usuli kurallara uygun olarak alınmalı, Kanun'da öngörülen nedenlere dayanmalı, Kanun'da öngörülen işlem ibaret olmalı ve yapılan işlem Kanun'da öngörülen amacı yahut açıkça bir amaç öngörülmemişse kamu yararı amacını gerçekleştirmeye yönelik olmalıdır.

Kurumun bir mal varlığının devrine ilişkin yapısal tedbir uygulanmasına karar vermesi, bilgi isteme yetkisini kullanırken taraflara ve çalışanlarına ait e-posta ve mesajlaşma gibi kayıtlarını talep etmesi ve yerinde inceleme yetkisini kullandığı haller gibi birçok yetkinin kullanımında temel hak ve özgürlüklere bir müdahale söz konusu olacağından, bu yetkilerin kullanılmasında ayrıca temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimine de riayet edilmesi gerekmektedir. Bu rejimdeki temel çerçeve, temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın, Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirlenen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunlarla sınırlandırabileceği ve bu sınırlamaların Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmayacağıdır. Bu açıklamalar, özellikle bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerinin kullanılmasında önem arz etmektedir. Nitekim çalışmamızda belirtmiş olduğumuz üzere AYM, Kurulun yerinde inceleme yetkisinin itiraz konusu olduğu bir kararında, başvuru konut kavramı kapsamında değerlendirmiş ve konut dokunulmazlığı hakkına ancak Anayasa'nın 21'inci maddesi uyarınca ancak hâkim kararı ile müdahale edilebileceğine hükmetmiştir. Keza Danıştay da AYM'nin anılan kararı doğrultusunda somut başvuru yolu ile ilgili kuralın iptal edilmesi için AYM'ye başvuru yapmıştır.

Bu karar doğrultusunda, yerinde inceleme kapsamında teşebbüslerin iş yerlerinin ve eşyalarının aranması hallerinde teşebbüslerin konut dokunulmazlığı haklarının ihlal edilmiş olduğu ifade edilmelidir. Ayrıca hem yerinde inceleme yetkisi hem de bilgi yetkisinin kullanılmasında yalnızca teşebbüslerin konut dokunulmazlığı hakları değil, çalışanların da özel ve aile hayatına saygı hakkı ile haberleşmenin gizliliği hakkına müdahale edildiği ifade edilmelidir. Zira bu incelemelerde teşebbüslerin çalışanlarının eşyaları aranmakta, e-postaları ve yazışmaları gibi verilerine de erişilmektedir. Bu müdahalelerin ise Anayasa'nın 20'nci ve 21'inci maddeleri uyarınca hâkim kararı ya da onayı ile yapılması mümkündür. Oysa ne bilgi isteme yetkisi bakımından ne de yerinde inceleme yetkisi bakımından hâkim kararı yahut onayı aranmamaktadır. Bu sebeple, yerinde inceleme yetkisinin yanı sıra bilgi isteme yetkisinin de temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimine ve dolayısıyla Anayasa'ya aykırı olacağı

söylenbilir. Bu müdahalenin ise Anayasa'nın 20'nci ve 22'nci maddeleri uyarınca hâkim kararı ile yapılması uygun olacaktır. Bu bağlamda, anılan sorunların çözülmesi için bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerinin hâkim kararı ile kullanılabilmesine dair bir kanun değişikliğinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Öte yandan, AYM'nin bireysel başvuru üzerine vermiş olduğu kararı yerinde inceleme yetkisinin kullanılmasıyla konut dokunulmazlığı hakkının ihlal edildiği yönünde ise de bu karar bir iptal kararı değil, ihlal kararı olduğundan RKHK'nin yerinde incelemeye ilişkin 15'inci maddesi halen yürürlüktedir. İlgili Kural Danıştay'ın somut norm denetimi yoluyla iptal istemiyle AYM'nin değerlendirilmesinde ise de henüz kuralın iptali yönünde bir karar verilmemiştir. Çalışmada değerlendirmiş olduğumuz üzere, AYM ve Danıştay'ın belirtilen kararlarından yerinde inceleme yetkisinin Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatini paylaştıkları anlaşılmaktadır. Bu halde, devam eden yargılamalarda Anayasa'ya aykırı olduğu yüksek mahkemelerce tespit edilmiş bir hükmün, yürürlükten kalkmadığı için uygulanması mı yoksa Anayasa'ya aykırı olduğundan bahisle uygulanmaması mı gerekecektir? Anayasa'nın 153/3'üncü hükmü uyarınca AYM'nin iptal kararlarının Resmi Gazete'de yayınlanmadıkça geçerlilik kazanmayacağı, yani bir hukuk kuralının yürürlükten kalkmamış olacağına ilişkin hükmü göz önüne alınarak Anayasa ihlali olarak değerlendirilmiş olsa da hükmün uygulanması gerekmektedir. Bu durum, AYM'nin iptal kararının yürürlüğünü Anayasa'nın 153/3'üncü hükmü uyarınca ertelediği hallerde de söz konusudur. Ancak, Anayasa'nın 152'nci maddesinde yargılama esnasında uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna kanaat getiren mahkemelerin AYM'ye başvurabileceği ve AYM bu konuda karar verinceye kadar davayı geriye bırakacağı da düzenlenmiştir. Aynı maddenin 3'üncü fıkrasında AYM'nin 5 ay içinde karar vermemesi halinde var olan hükmün uygulanması gerektiği, ancak AYM'nin dava mahkemesinde görülen davanın kesinleşmesine kadar karar vermesi halinde bu kararın dava mahkemesini de bağlayacağı öngörülmüştür. Bu durumda, Anayasa'nın açık hükümleri gereği, ilgili kuralı uygulamak durumunda olan mahkemelerin başvurabileceği tek yol somut norm denetimi olarak görülmektedir. Mahkemelerin böylesi bir çözüme varması hakkaniyet ve hukuk devleti ilkelerinin bir gereğidir. Ancak Kurulun mahkemelerin aksine bu kanun hükmüne başvurmak gibi bir mecburiyeti bulunmadığından, bu süreç içerisinde yerinde inceleme yetkisini sulh ceza

hâkiminden karar almak suretiyle kullanması mümkündür ve bu çözüm daha sonra doğabilecek birçok sorunu da ortadan kaldıracaktır.

Kurumun yaptırım uygulama yetkisi Kanun'un 16'ncı ve 17'nci maddelerinde düzenlenmiştir. Her iki madde sebebiyle uygulanacak cezalar nispi (oransal) olup, yeni kanuni düzenlemede maktu para cezalarına yer verilmemiştir. Kanun'un ilgili maddelerine göre uygulanacak para cezaları klasik anlamdaki para cezasını ifade eden ani ve kurul kararlarına uygun davranılmasını sağlamak için ihlal süresi boyunca uygulanan günlük ya da süreli olarak adlandırılabilir para cezaları olmak üzere iki sınıfta incelenmektedir. Kanun'un 16'ncı maddesi idari para cezası başlığı, 17'nci maddesi ise nispi idari para cezası başlığı altında yer almaktadır. Ancak Kanun'da yapılan değişikliğin ardından maktu para cezalarına yer verilmemiş olduğundan, bu başlıkların ani ve günlük para cezaları olarak değiştirilmesinin cezaların niteliğine daha uygun olacağı söylenebilir. Her iki hüküm uyarınca uygulanacak yaptırımda bahse konu oran tarafların bir önceki mali yıl sonunda oluşan ve bunun hesaplanmasının mümkün olmaması halinde nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan gayri safi gelirleridir. Ancak Kanun'un 16'ncı maddesinin 4'üncü fıkrası uyarınca teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin yöneticilerine ya da çalışanlarına ceza verileceği hallerde oran, teşebbüs ve teşebbüs birliklerine uygulanan cezanın yüzde onudur.

Burada belirtilmesi gereken bir husus, Kurulun Kanun'un 4, 6 ve 7'nci maddelere aykırılığı yahut usuli yükümlülüklerin yerine getirilmediğini tespit etmesi halinde ceza uygulamak konusunda bir takdir yetkisine sahip olmadığıdır. Bilindiği gibi Kurul, esasa ilişkin yaptırımlar bakımından ilgili teşebbüslerin tespit edilen cirolarının yüzde 10'una kadar para cezası uygulayabilir. Kurulun cezanın miktarını belirlemekte üst sınıra riayet etmek koşuluyla takdir yetkisine sahip olduğu açıktır. Ancak Kanun'un özü ve lafzından anlaşılan, Kanun koyucunun rekabet ihlallerinin cezasız kalmamasını amaçladığıdır. Nitekim bu husus Kanun'un birçok maddesinden anlaşılmaktadır. Örneğin Kanun'un 7'nci maddesinde, Kurulun bildirilmesi zorunlu olan birleşme ve devralmaların bildirilmemesi halinde para cezası uygulayacağı, 16'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında usuli yükümlülüklere aykırılık durumunda teşebbüs ve teşebbüs birliklerine idari para cezası vereceği, 16/3'üncü maddesinde esasa ilişkin yükümlülüklerin ihlali sebebiyle para cezası vereceği düzenlenmiştir. Bu hükümler incelendiğinde, Kurulun ihlali tespit etmesinin ardından ceza vermemek gibi bir

yetkisinin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Buna karşılık Kurul, yaptığı soruşturmaların neticesinde bazen rekabeti sınırlayıcı eylem veya işlemin fiili etkilerinin görülmediğinden bahisle ceza uygulamamakta, bazen fiili etkileri görülmeyen eylem ve işlemler hakkında ceza uygulamakta, hatta uygulanması mümkün olmayan bir fiyat tespiti hakkında, böyle bir hükmün rekabeti sınırlama ihtimalinin var olması sebebiyle para cezası uygulamaktadır. Kurulun bu uygulaması, Kanun'un 4'üncü maddesinde yalnızca rekabeti engelleyen ve bozan değil, bunu amaçlayan, bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek olan anlaşma, uyumlu eylem ve kararların da yasaklanması sebebiyle hukuka aykırı olduğu gibi, az evvel açıklamış olduğumuz üzere, Kurulun ceza uygulamama yetkisi bulunmadığından da hukuka aykırıdır. Kurulun bu uygulamaları hukuk devleti ilkesinden doğan kanunilik ilkesinin şartlarını taşımamaktadır. Nitekim Kurul aynı anlaşma, eylem ve kararlar hakkında farklı kararlar vermekte, böylece öngörülebilirlik ve belirlilik ilkelerine aykırı hareket etmektedir. Bu aykırılık ise aynı durumda olanlara farklı muamelede bulunmasına yol açmaktadır. Böylece eşitlik ve tarafsızlık ilkeleri de zedelenmiş olmaktadır.

Yaptırım uygulanmasında söz konusu olan bir diğer sorun Kurulun önüne gelen bazı dosyalarda para cezasını hesaplarken teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin bütün gelirlerini hesaba katması, bazılarında ise yurt içi satışlardan elde edilen gelirleri hesap etmesidir. Esasen Kanun'da yurt içi ve yurt dışı gelir olarak herhangi bir ayırım yapılmış değildir. Özellikle Danıştay nezdinde para cezalarının belirlenmesinde bütün gelirlerin dikkate alınmasının ağır cezalara yol açtığı ve ölçsüz olduğu yönündeki iddiaları Kanun'da böyle bir ayırım yapılmadığı gerekçesiyle reddetmesine rağmen Kurulun bu hususta çelişkili kararlar vermesi aynı eylemler sebebiyle farklı cezalar uygulanmasına sebep olmaktadır. Bu durum da eşitlik ve hukuki güvenlik ilkelerine zarar vermektedir. Hal böyleyken Kurulun idari para cezalarına hangi cironun esas alınacağı hususunda bir uygulama birliğine varması gerektiği düşünülmektedir. Kanun'da hesaplanacak ciro bakımından ürün veya coğrafi pazara göre bir ayırım yer almadığına göre, varılması gereken uygulama birliği, teşebbüslerin bütün satışlarından elde ettiği gelirlerin hesap edilmesidir.

Kurul, yaptırım uygulama yetkisini kullanırken oldukça ağır mali sonuçları olan yaptırımlara hükmedebildiğinden ve bu yaptırımlar bireylerin mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiğinden, ayrıca bu cezalar idari nitelikte de olsa sonuçları itibariyle birer ceza olduklarından bu yetkinin de herhangi bir kısıtlama olmaksızın

kullanılabileceği düşünülemez. Uygulanacak olan yaptırımların birer ceza olmasının bir sonucu, bunların Anayasa'nın 38'inci maddesinde öngörülen kurallara uygun olmaları gereğidir. Bu sebeple, suç ve cezada kanunilik, cezaların geriye yürümeyeceği, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkelerinin, masumiyet karinesinin, kusur ilkesinin, susma hakkının, idari yaptırım ile kişi güvenliği hakkının kısıtlanamayacağına ilişkin ve hukuka aykırı delillerin delil olarak kabul edilmeyeceğine ilişkin kuralın Kurulun uygulayacağı idari yaptırımlar bakımından da geçerli olduğu ifade edilmelidir⁷¹⁸. Bununla birlikte AYM, muhtelif kararlarında idari kurumların, idari yaptırımın muhataplarından talep ettiği belge ve bilgileri vermemeleri sebebiyle uygulanan cezalar bakımından susma hakkına aykırılık görmemiştir. Mahkeme, istenen bilgi ve belgelerin suç delili niteliğinde olmadığı, bunların " tarafların beyanlarını doğrulamaya elverişli belgeler olduğu" gerekçesiyle susma hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Kanaatimizce, anılan karara yol açan yorum, işlemin hukuka uygun hale getirilmesi için zorlanmış ve bir kalıba sokulmaya çabalanmış bir yorumdur. Susma hakkı bakımından Anayasa'da herhangi bir istisna öngörülmemiş olduğundan, bu kuralın Kurulun uygulayacağı yaptırımlar bakımından da geçerli olacağı ve bilgi isteme talebine yanıt verilmemesi sebebiyle uygulanacak cezaların hukuka aykırı olacağı kanaatindeyiz.

Kurulun yaptırım uygulama yetkisini kullanırken tabi olduğu sınırlar, sayılanlardan ibaret değildir. Gerçekten RKHK'nin 16/5'inci maddesinde Kurulun teşebbüslere, teşebbüs birliklerine ve bunların üyelerine Kanun'un 4'üncü, 6'ncı ve 7'nci maddeleri uyarınca ceza verilirken 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu'nun 17'nci maddesinin 2'nci fıkrasının bağlamında ihlalin tekerrürü, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlalin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, taahhütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olunmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususları dikkate alacağı öngörülmüştür. Ayrıca cezanın belirlenmesinde Kabahatler Kanunu'nun 17'nci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumunun göz önünde bulundurulması gerekir. İlgili hükümler ile cezaların kişiselleştirilmesinin ve böylece ölçülülük ilkesinin de sağlandığı söylenebilir. Ayrıca Kanun'da kanunilik ve kusur ilkelerine yer verilmiş olup, Kurul, kanunda suç veya kabahat olarak

⁷¹⁸ Özelçi, Posta Hizmetleri Sektöründe Uygulanan İdari Yaptırımların Bağlı Olduğu Hukuki Düzen, 185.

sayılmayan bir fiil nedeniyle veya fiilin meydana gelmesinde kusuru olmayan kimseler hakkında idari yaptırım uygulayamayacaktır.

Çalışmamızda ayrıca RK ile EPDK ve BTK arasında bunların kuruluş kanunları sebebiyle yetki çatışması bulunduğu tespit edilmiştir. Uygulamada bu sorunun kurumlar arasında işbirliği ve protokoller yapılmak suretiyle çözümlendiği, diğer bir kurumun görev alanına girdiği düşünülen konularda bu kuruma da görüş bildirildiği veya kurumdan görüş alındığı gözlenmektedir. Kanaatimizce, hangi alanda olursa olsun rekabet düzenlemeleri ile denetimlerinin Rekabet Kurulu tarafından yapılması gerekir. Nitekim yapılacak düzenlemeler ve denetimler enerji ve haberleşme gibi piyasaları etkileyici mahiyette ise de bunlar rekabet hukukuna ilişkin işlemler olup, RK'nin bu alanda uzman ve teknik bilgiye sahip kurum olması rekabet politikası ile yapılan işlemlerin doğruluğu ve belirliliği açısından faydalı olacaktır. Keza rekabet kuralları bakımından çerçeve kanun da RKHK olduğundan, bu hususta yapılacak düzenleme ve denetleme yetkisinin RK'ye ait olduğu kabul edilmelidir. Bu bağlamda BTK ile EPDK, ilgili buldukları piyasalarda meydana gelen rekabet ihlallerini RK'ye bildirmekle yükümlü olmalıdırlar. Buna karşılık, yapılacak düzenleme ve denetimlerde ilgili piyasaların karışık ve teknik özellikleri ve kuralları da göz ardı edilemez. Bu sebeple, RK tarafından haberleşme ve enerji piyasalarında yapılacak düzenleme ve denetimlerde yukarıda anmış olduğumuz kanun hükümlerinde de öngörülmüş olduğu üzere, EPDK ile BTK'nin görüşlerinin alınması ve ilgili kurumların alanlarına özgü teknik bilgiler içeren görüşlerine uygun hareket edilmesi şarttır⁷¹⁹. Bu kurumlar arasındaki yetki çatışmasını önlemenin bir başka yolu ise tıpkı RK ile EPDK arasında düzenlenen protokoldeki koordinasyon komitesi yahut adli ve idari yargı yerleri arasındaki görev uyuşmazlıklarını çözmeye yetkili Uyuşmazlık Mahkemesi gibi bir kurum veya organın kurulması yönünde bir yasal düzenleme olabilir. Böyle bir Kurum veya organ yalnızca RK ile diğer kurumlar arasındaki ihtilafı çözümlenmeye yardımcı olmakla kalmayacak, örneğin RTÜK ve BTK arasında olduğu gibi, bütün düzenleyici ve denetleyici kurumlar arasındaki yetki çatışmasını giderebilecektir.

⁷¹⁹ Uygulamada düzenleyici ve denetleyici kurumların görüş alışverişinde buldukları gözlenmektedir: Rekabet Kurulu, 30.09.2021 T., 21-46/667-332 sayılı kararı.

Kurumun bağımsız karar verme niteliğini güçlendirebilmek için Kurum Başkanı, Kurul üyeleri ve Kurum personelinin yargılama usulünde birtakım farklılıklar öngörülmesi doğal karşılanabilirse de RKHK’de Kurul üyeleri ile Kurum personelinin yargılanması hakkında öngörülen usullerin bazı hallerde Kurum Başkanı, personeli ve Kurul üyelerinin görevlerini ilgilendiren bazı suçlar bakımından cezalandırılmaması sonucuna yol açabileceği tespit edilmiştir. Nitekim Kanun’un 60’ıncı maddesinde Kurum Başkanı, personeli ve Kurul üyelerinin cezai ve hukuki sorumlulukları bakımından 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu’nun 104’üncü maddesinin kıyasen uygulanacağı öngörülmüştür. Atıf yapılan hükme göz atıldığında, Kurum Başkanı ile Kurul üyelerinin yargılanabilmesi için özel bir kastın ve çeşitli unsurlarının varlığına gerek olduğu anlaşılmaktadır. İlgili hükmün ikinci fıkrasında, Kurul Başkan ve üyeleri ile Kurum personeli hakkında görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri iddia edilen suçlardan dolayı soruşturma izni verilmesi, bu kişilerin kendilerine veya üçüncü kişilere çıkar sağlamak veya Kuruma ya da üçüncü kişilere zarar vermek kastıyla hareket ederek bu işlemler sonucunda kendilerine veya üçüncü kişilere çıkar sağlamış oldukları hususunda açık ve yeterli emarenin olması gerektiği düzenlenmiştir. Bu halde, haksız arama, kişisel verilerin kaydedilmesi, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme, resmi belgeyi bozmak, yok etmek veya gizlemek gibi suçları, görevleriyle ilgili olarak fakat kendisi veya üçüncü kişi lehine bir menfaat elde etmeden işleyen Kurul Başkan ve üyeleri ile Kurum personelinin cezasızlığı sonucu doğabilecektir. Kanun koyucunun, bu kimselerin işleyecekleri bütün suçlar bakımından böyle bir bağışıklık tanınmasında kanaatimizce makul bir gerekçe de bulunmamaktadır. Bu sakıncanın giderilmesi için ise ilgili hükmün, RKHK’nin 60’ıncı maddesinin başlığı olan “Kurumun Para, Evrak ve Malları Üzerinde İşlenen Suçlar” ibareleri ile birlikte değerlendirilmesinin yahut ilgili hükümde bir değişiklik yapılmasının uygun olabileceği kanaatine varılmıştır.

RKHK’nin 55’inci maddesinde Kurulun idari yaptırım kararlarına karşı yetkili idare mahkemelerinde dava açılacağı hususu düzenlenmiştir. İlgili hüküm tek başına değerlendirildiğinde Kurulun yalnızca idari yaptırım içeren kararlarına karşı dava açılacağı anlaşılmakta ise de Anayasa’nın 125’inci hükmü uyarınca Kurumun bütün işlem ve eylemlerine karşı dava açılması mümkündür. Kurul kararlarına karşı açılacak davalar bakımından özel bir usul öngörülmemiş olduğundan, bu hususta 2577 Sayılı İYUK hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bahse konu kanun uyarınca Kurul

kararlarına karşı iptal davası ve tam yargı davası açılabilir. Kural olarak Kurulun ara kararlarına karşı doğrudan iptal davası açılmayacağı, bunlara karşı ancak nihai karar ile birlikte dava açılabileceği kabul edilmektedir. Bununla birlikte, ara kararlar ile muhatapların hukuki durumlarında bir değişiklik yaratan etkili bir işlem tesis edilmesi halinde dava açılması için nihai kararın beklenmesi gerekmez. Nihayet, Kurul kararı ile menfaati etkilenen herkesin Kurul kararlarına karşı dava açabileceği kabul edilmelidir. Bu sebeplerle, RKHK'nin 55'inci hükmünün Anayasa ile uyumlu hale getirilmesi için Kurulun bütün işlem ve eylemlerine karşı idare mahkemelerine başvuru yapılabileceğine ilişkin bir yasal değişiklik yapılmasının gerekli olduğu sonucuna varılmıştır.

Özet olarak, çalışmamızda Rekabet Kurumunun düzenleyici ve denetleyici kurumlar arasında olduğu, Kurumun oldukça geniş yetkilere sahip olduğu, bu yetkilerin birçoğunun kullanımında bireylerin temel hak ve özgürlükleri bakımından ciddi müdahalelerin söz konusu olduğu anlaşılmıştır. Bu yetkiler ile korunmak istenen rekabet düzeninin kurulmasının ve sürdürülmesinin ardında yatan kamusal menfaat ile temel haklar arasında hassas bir dengenin kurulması gerekmektedir. Özellikle yerinde inceleme ve bilgi isteme yetkilerinin özel ve aile hayatına saygı hakkına, konut dokunulmazlığına ve haberleşme özgürlüğüne müdahale oluşturduğu, dolayısıyla bu yetkilere Anayasa'da öngörülen şartlar ve usuller doğrultusunda hâkim kararı alınarak başvurulması gerektiği düşünülmektedir. Bunun gibi, bilgi isteme ve yerinde inceleme kapsamında teşebbüslerden, personelinden, bunlara ait bilgisayar ve cep telefonlarından elde edilecek bilgi ve belgelere sağlığa ve cinsel hayata dair özel nitelikli kişisel verilerin de dâhil olması mümkün olduğundan, Kanun'da bu verilerin işlenmemesi için nasıl önlemler alınacağını da öngörülmesi gerekmektedir. Nihayet RKHK hükümlerinin oldukça karışık bir görünüme sahip olduğu, bazı hükümlerinde belirli bir yetkiyi kapsamayan bilgi isteme yetkisinin, bir diğer hükümde bu yetkileri de kapsadığı, soruşturmanın sonucunda verilecek nihai kararların neler olacağı hususunun belirsiz bırakıldığı, rekabet ihlali dışındaki incelemelerinde Kurulun hangi usullere tabi olduğu gibi hususlar hakkında düzenlemenin bulunmadığı görülmektedir. Bu kanun boşlukları ise Kurulun düzenleyici işlemler ile yetkilerini genişletmesine ve değiştirmesine yol açmaktadır. Kanaatimizce Kurulun yetkilerini hukuka uygun ve etkili biçimde kullanabilmesi, muhatapların da Kurumun işlem ve eylemlerini

öngörebilmesi için Kanun'un yeniden, uyumlu, açık ve anlaşılır biçimde kaleme alınması gerekmektedir.



KAYNAKÇA

1. Akıncı, Müslüm. Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, İstanbul, Beta, 1999.
2. Akıncı, Müslüm. “Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu”, Rekabet Dergisi, Ocak - Şubat – Mart, 2001/5: 2-16.
3. Aksoy, Nazlı, Yavuz, Şahin. “Birleşme ve Devralma İşlemlerinde Rekabet Kurulunun Denetim Yetkisinin Hukuki Niteliği ve Sınırları”, Rekabet Dergisi, 10(2), 2009: 7-27.
4. Akyılmaz, Bahtiyar, Sezginer, Murat, Kaya, Cemil. Türk İdare Hukuku (17. Bs.), Ankara, Seçkin, Yayıncılık, 2023.
5. Ardıyok, Şahin. Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:9, Ankara, Rekabet Kurumu, 2002.
6. Arslan, Nagehan Talat. “Yönetimin Yeni Yapı Taşları Bağımsız İdari Otoriteler: ‘Yavru Leviathanlara Doğru’”, Sosyal Siyaset Konferansları, 59 (2), 2010: 25-49.
7. Arslan, Nagehan Talat, Arslan, Erkan. Yeni Kamu Yönetimi ve Üst Kurullar (1. Bs), Bursa, Alfa Aktüel Yayınları, 2010.
8. Asimow, Michael. “Delegated Legislation: United States and United Kingdom”, Oxford Journal of Legal Studies, 3 (2), 1983: 253-276.
9. Aslan, Gündüz Alp. “Türk Hukukunda Bağımsız İdari Otoritelerin Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi ve Yetki Unsurundaki Sakatlığın Düzenleyici İşleme Etkisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65 (3): 2016: 571-631.

10. Aslan, İsmail Yılmaz. Rekabet Hukuku Dersleri (7. Bs), Bursa, Ekin Basım Yayım Dağıtım, 2020.
11. Atay, Ender Ethem. “Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10 (1), 2006: 259-293.
12. Atay, Ender Ethem. “Fransız İdare Hukukunda Bağımsız İdari Otoriteler (BİO’lar): Rekabet Konseyi”, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları: 51-106, 2000: 51-94.
13. Atiyas, İzak. “Ne İçin ve Nasıl Regülasyon?”, Devletin Düzenleyici Rolü (Ed. İzak Atiyas), Tesev Yayınları, İstanbul, 2000.
14. Ayanoğlu, Taner. “Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Düzenleme Yetkisi ve TAPDK Örneği”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 65 (1), 2007: 39-84.
15. Ayanoğlu, Taner. “Kamu Personelinin Hukuki Rejimi”, Günışığında Yönetim (Ed. İl Han Özay), İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004: 980-1018.
16. Aydın, Yılmaz. “Türk Kamu Yönetiminde Yeni Bir Model Olarak Üst Kurullar”, Doktora Tezi, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sakarya, 2007.
17. Aytekin, Metin Uğur. “Türk Rekabet Otoritesi ile Avrupa Birliği Rekabet Otoritesinin Ekonomik Kolluk Yetkisi”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2010.
18. Azrak, A. Ülkü. “Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği”, Anayasa Yargısı Dergisi, 1 (1984): 151-168, 163.
19. Azrak, A. Ülkü. Bağımsız İdari Otoriteler, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını, 2001: 19-31.

20. Azrak, A.Ülkü. “Dünyada ve Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler ve İdarenin Yeniden Yapılanması Bağlamında Bunlara İlişkin Bazı Sorunlar”, Bağımsız İdari Otoriteler, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2001.
21. Badur, Emel, Ertem, Burcu. “Rekabet Kurulu’nun Denetim Yetkisini Kullanma Araçları – Geçici Tedbir, Bilgi İsteme ve Yerinde İnceleme Kararları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 90, 2010: 102-122.
22. Balaban, Esra Zülfiye. Bağımsız İdari Otorite Olarak Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, İstanbul, 2022.
23. Başar/Başar, “Rekabet Kurumunun, İnceleme Yetkisi Kapsamında İletişime ve Özel Hayatın Gizliliğine Müdahalesi: 4054 Sayılı Kanunun 15’inci Maddesi Yeterli mi?”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15, 2020: 1427-1460.
24. Başsorgun, Rıza Hakan. Rekabet Hukukunun Anayasal Dayanakları ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Yer Alan Cezai Hükümlerin Hukuki Niteliği (Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2006.
25. Bendor, Ariel, Yadin, Sharon. “Regulation and Seperation of Powers”, Southern California Interdisciplinary Law Journal, 28:357, 2019: 357-386.
26. Bernard, Michael. “Bilişim ve Özgürlükler Ulusal Komisyonu” (Çev. Mahmut Göçer), Bağımsız İdari Otoriteler (Ed. İbrahim Ö. Kaboğlu), İstanbul, Alkım Yayınları, 1998: 89-95.
27. Bolatoğlu, Hilmi. Rekabet Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını, 2004.
28. Breger, Marshall J, Edles, Gary J. “Established By Practice: The Theory and Operation of Independent Federal Agencies”, Administrative Law Review, 52 (4), American Bar Association, 2000: 1111-1294.

29. Cansel, Erol. “Anayasa Mahkemesinin Verdiği İptal Kararından Doğan Kimi Sorunlar”, Anayasa Yargısı Dergisi, 9 (1992): 87-104.
30. Coşgun, Hüseyin. “ABD, AB ve Türk Rekabet Otoritelerinin Bilgi Edinme Yetkileri ve Bilgi Kaynağı Olarak Fonksiyonları”, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 107, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2010.
31. Çakmak, Zeynep., “Bağımsız İdari Otorite Olarak Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu” (Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011.
32. Çetin, Tamer. “Regülasyon Sürecinin Yeni Aktörleri: Politik İktisat Perspektifinden Bağımsız Düzenleyici Kurumlar” Rekabet Dergisi, 1 (29), 2007: 3-27.
33. Dönmez Demren, Burcu. “Ceza Muhakemesi Uygulamasında Görev Suçu”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 19 (3), 2017: 2727-2748.
34. Duran, Lütfi, “Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler”, Amme İdaresi Dergisi, 30 (1), 1997: 1-10.
35. Eğerci, Ahmet. Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:12, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını, 2005.
36. Emek, Uğur, Acar, Muhittin. “Düzenleyici Reformlar ve Kurumlar”, Çağdaş Kamu Yönetimi II (Ed. M. Acar, H. Özgür), 1.Bs, İstanbul, Nobel Yayın Dağıtım, 2004.
37. Erdoğan, Gökhan., “Bağımsız İdari Otoriteler”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 7 (24), 2016: 565-598.

38. Erol, Kemal. Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulanması, Rekabet Kurumu Lisans Üstü Tez Serisi No: 1, Ankara.
39. Foremen-Peck, James S. “Natural Monopoly and Railway Policy in the Nineteenth Century”, Oxford Economic Papers, 39 (4), 1987: 699-718.
40. Gay, Oonagh. “Quangos”, Key Issues for the New Parliament, 2010.
41. Gilardi, Fabrizio. “The Formal Independence of Regulators: A Comparison of 17 Countries and 7 Sectors”, Swiss Political Science Review 11 (4), 2005: 139-167.
42. Giritli, İsmet., Amme İdaresi Teşkilatı ve Personeli, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1963.
43. Gönen, K. Eren "Bağımsız İdari Otorite Olarak Rekabet Kurumu" . Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 7 (2003): 0-0 <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd/issue/48133/608822>
44. Gözler, Kemal, Kaplan, Gürsel. İdare Hukuku Dersleri (16. Bs), Bursa, Ekin Yayınevi, 2015.
45. Gözübüyük, Şeref, Tan, Turgut. İdare Hukuku Cilt 1 Genel Esaslar (2.Bs), Ankara, Turhan Kitabevi, 2001.
46. Gözübüyük, Şeref, Tan, Turgut. İdare Hukuku Cilt 2 İdari Yargılama Hukuku (1. Bs), Ankara, Turhan Kitabevi, 1999.
47. Günday, Metin. İdare Hukuku (10. Bs.), Ankara, İmaj Yayınevi, 2015.
48. Günday, Metin. Rekabet Hukuku ve Yargı, Ankara, Rekabet Kurumu yayını, 1999.

49. Güneş, Turan. “Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri”, Ankara, AÜSBF Yayınları, 1965.
50. Gürkaynak, Gönenç. Rekabet Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022.
51. İliman, Tarık, Tekeli, Recep. “Türkiye ve ABD’de Rekabeti Düzenleyen ve Denetleyen Kuruluşlar”, Adnan Menderes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 5 (1), 2018: 378-395.
52. Karauz, Ağâh Kürşat, Işık, Halil Alperen. “Rekabet Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 2016: 283-298.
53. Kağıtçıoğlu, Mutlu. “Kurgudan Gerçekliğe Uzanan Bir Tartışma Alanı: Susma Hakkının İdare Hukukunda Yeri Var mıdır?”, TBB Dergisi (134), 2018: 115-152.
54. Kalabalık, Halil. İdare Hukuku Dersleri Cilt I (5. Bs), Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
55. Karacan, Ali İhsan, “Özerk Kurumların Özerkliği”, Rekabet Dergisi 8, 2001: 3-59.
56. Kaya, Vefa. Rekabet Kurumunun Yapısı ve Yetkilerinin ABD Rekabet Kuruluşu FTC ile Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi (Doktora Tezi), Sivas Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sivas, 2020.
57. Koca, Mahmut, Üzülmez, İlhan. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (16. Bs.), Ankara, Seçkin, 2023.
58. Kocaoğlu, Serhat Sinan. “Susma Hakkı”, Ankara Barosu Dergisi 1, 2011: 29-58.

59. Kula, Ayşegül. Rekabet Kurumunun Birleşme ve Devralmalar Üzerindeki Kolluk Yetkisi (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019.
60. Küçük, Adnan. “Anayasa Mahkemesi Tarafından Verilen İptal Kararlarının Erken Açıklanmasına ve Yürürlüğün Ertelenmesine Bağlı Olarak Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 3 (2013): 311-357
61. Morange, Jean. “Fransa’da Bağımsız İdari Otoriteler” (Çev: Cevdet Atay), Bağımsız İdari Otoriteler (Ed. İbrahim Ö. Kaboğlu), İstanbul, Alkım Yayınları, 1998.
62. Morrison, Alan B. “How Independent are Independent Regulatory Agencies?” , Duke Law Journal, 1998: 252-256.
63. OECD (2001), Regulatory Reform in Italy, Paris, OECD Publishing, 2001.
64. OECD (2016), Being an Independent Regulator, The Governance of Regulators, Paris, OECD Publishing, 2016.
65. OECD (2017), Creating a Culture of Independence: Practical Guidance Against Undue Influence, Paris, OECD Publishing, 2017.
66. Onar, Sıddık Sami. İdare Hukuku Birinci Cilt, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1944.
67. Oğurlu, Yücel. İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2001.
68. Örs, Cengiz Ozan. “Bağımsız İdari Otoritelerin Doğuşu, Gelişimi ve Türkiye Örneği”, İzmir Barosu Dergisi, 80 (3), 2015: 13-68.
69. Özay, İl Han. Günışığında Yönetim, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004.

70. Özelçi, Mustafa Aytaç. “Posta Hizmetleri Sektöründe Uygulanan İdari Yaptırımların Bağlı Olduğu Hukuksal Düzen”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 20(1): 175-248.
71. Özelçi, Mustafa Aytaç. Elektronik Haberleşme Hizmetlerinin Görülüş Usulleri, Ankara, Seçkin, 2019.
72. Özgenç, İzzet. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (19. Bs.), Ankara, Seçkin, 2023.
73. Öztürk, Bahri, Altınok Çalışkan, Elif, Seyhan, Serkan. Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Teorik ve Pratik Çalışma Kitabı, Ankara, Seçkin, 2022.
74. Öztürk, K. Burak. İdarenin Düzenleme Yetkisi (Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, 2006.
75. Ebru Öztürk, Türk İdare Sisteminde Rekabet Kurumunun Yeri ve Diğer Bağımsız İdari Otoritelerle Karşılaştırılması, Ankara, Rekabet Kurumu, 2003.
76. Pauliat, Helen. “Karşılaştırmalı Hukukta Bağımsız İdari Otoriteler” (Çev. Mahmut Göçer), Bağımsız İdari Otoriteler (Ed. İbrahim Ö. Kaboğlu), İstanbul, Alkım Yayınları, 1998.
77. Pazarcı, Hüseyin. Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi, 2015, Ankara.
78. Sancakdar, Oğuz, Önüt, Lale Burcu, Us Doğan, Eser, Kasapoğlu Turhan, Mine, Seyhan, Serkan. İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı (11. Bs), Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022.
79. Sarısu, Ayhan. “Bağımsız İdari Otoriteler ve Eşgüdümsüz Yönetim”, Danıştay Dergisi 138, 2015: 87-126

80. Sever, D Çiğdem. “Türkiye’de Düzenleyici Kurumların Yapısı, İşlevi ve Dönüşümü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 64 (1) 2015: 195-236.
81. Sezen, Seriye. Türk Kamu Yönetiminde Kurullar: Geleneksel Yapılanmadan Kopuş (1. Bs), Ankara, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, 2003.
82. Sobacı, M Zahid. “Türk İdari Teşkilatındaki ‘Adalar’: Bağımsız İdari Otoriteler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 55 (2), 2006: 157-180.
83. Soybay, Selçuk. “Bağımsız İdari Otoriteler Eliyle İdarenin Denetimi”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 13, 1995: 43-55.
84. Şahin, Cenk. Amerikan Federal Hukukunda “Regülasyon” ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları (1.Bs), İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010.
85. Şarbak, Elif Nurdan. AB ve Türk Rekabet Hukukunda Bilgi İsteme Yetkisi ve Buna İlişkin Yaptırımlar, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 219, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını, 2022.
86. Tan, Turgut. “Bağımsız İdari Otorite Olarak Sermaye Piyasası Kurulu”, Prof. Dr. İsmail Türk’e Armağan (1. Bs), Ankara, Sermaye Piyasası Kurulu Yayını, 1996: 1-15.
87. Tan, Turgut. “Bağımsız İdari Otoriteler veya Düzenleyici Kurullar”, Amme İdaresi Dergisi, 35 (2), 2002: 11-37.
88. Tan, Turgut. “Bağımsız İdari Otoriteler”, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını, 2001.
89. Tezcan, Durmuş, Erdem, Mustafa Ruhan, Sancakdar, Oğuz, Önok, Rıfat Murat. İnsan Hakları El Kitabı (7. Bs), Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.

90. Thatcher, Mark. "Regulation After Delegation: Independent Regulatory Agencies in Europe", *Journal of European Public Policy* 9 (6), 2002: 954-972.
91. They, Jean François. "Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi" (Çev. Mahmut Göçer), *Bağımsız İdari Otoriteler* (Ed. İbrahim Ö. Kaboğlu), İstanbul, Alkım Yayınları, 1998.
92. Trillas, Francesc. "Independent Regulators: Theory, Evidence and Reform Proposals", SSRN, IESE Business School Working Paper, 2010.
93. TÜSİAD, "Bağımsız Düzenleyici Kurumlar ve Türkiye Uygulaması", İstanbul, Lebib Yalkın Yayınları, 2002.
94. Ulusoy, Ali. "Anayasa Mahkemesine Üst Kurulların Özerkliği ve Anayasal Konumu", *Rekabet Forumu*, 28, 20 Kasım 2006.
95. Ulusoy, Ali. "Bağımsız İdari Kurumlar", *Danıştay Dergisi*, 29 (100), Ankara, Danıştay Matbaası, 1999.
96. Ulusoy, Ali. "Regülasyon Kurumları Hakkında Genel Bir Değerlendirme", *Günlük Yönetim* (Ed. İl Han Özyay), İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004: 139-150.
97. Ulusoy, Ali. *Bağımsız İdari Otoriteler*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2003.
98. Uran, Emrah. *Türkiye'deki Düzenleyici Kurulların İdari Yaptırım Yetkisi* (Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku) Anabilim Dalı, Ankara, 2008.
99. Üstündağ, Bahar. "Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulanmasından Doğan Bağlama Kuralı: Piyasa Üzerine Doğrudan Etki (MÖHUK m.38)", *Hacettepe HFD*, 12(1) 2022: 329-379.

100. Van Aaken, Anne. “Independent Administrative Authorities in Germany”, Independent Administrative Authorities (Ed. Roberto Caranta, Mads Adenas), British Institute of International and Comparative Law, London, 2005: 65-91.
101. Verkuil, Paul R. “The Purposes and Limits of Independent Agencies”, Duke Law Journal, 1988: 257-279.
102. Yollu, Ezgi Gizem. Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler ve Rekabet Kurumu Örneği (Yüksek Lisans Tezi), Adıyaman Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017.
103. Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu Sayıştay Denetim Raporu (2020), <https://www.sayistay.gov.tr/reports/download/NaQ5pqLgqB-enerji-piyasasi-duzenleme-kurumu> , (Erişim Tarihi: 1 Ağustos 2023) ;Sermaye Piyasası Kurulu Sayıştay Denetim Raporu (2021), <https://www.sayistay.gov.tr/reports/download/NrQ1998YyJ-sermaye-piyasasi-kurulu> , (Erişim Tarihi: 1 Ağustos 2023).
104. Equinet, Defender of Rights – France, Equinet - European Network of Equality Bodies, (Erişim Tarihi: 17.08.2023, [https://adsdatabase.ohchr.org/IssueLibrary/DEFENSEUR%20DES%20DROITS%20\(France\).pdf](https://adsdatabase.ohchr.org/IssueLibrary/DEFENSEUR%20DES%20DROITS%20(France).pdf))