

T.C.
İstanbul Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Avrupa Birliği Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

**AVRUPA BİRLİĞİ REKABET POLİTİKASI
IŞIĞINDA
TÜRKİYE'DE ÖZELLEŞTİRMELERİN
REKABET DENETİMİ**

DENİZ ULAŞ GÖÇEN
2501070017

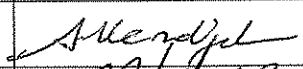
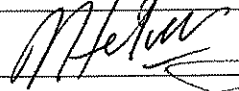
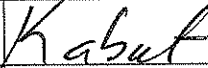
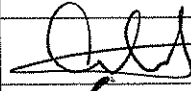

Tez Danışmanı
Prof. Dr. ABUZER KENDİGELEN

İstanbul – 2010

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

TEZ ONAYI

Enstitümüz AVRUPA BİRLİĞİ Anabilim Dalında 2501070017 numaralı DENİZ ULAŞ GÖÇEN'İN hazırladığı "AVRUPA BİRLİĞİ REKABET POLİTİKASI IŞIĞINDA, TÜRKİYE'DE ÖZELLEŞTİRMELERİN REKABET DENETİMİ" konulu YÜKSEK LİSANS / DOKTORA TEZİ ile ilgili TEZ SAVUNMA SINAVI, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 15. Maddesi uyarınca 14/12/2010 SALI günü saat.14.30'da yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABUL** ne* OYBİRLİĞİ / ~~OYÇOKLUĞUYLA~~ karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	KANAATI(*)	İMZA
PROF.DR.ABUZER KENDİGELEN	Kabul	
PROF.DR.MEHMET HELVACI	Kabul	
PROF.DR.BAHADIR ERDEM	Kabul	
YRD.DOÇ.DR.KEREM CEM SANLI	Kabul	
YRD.DOÇ.DR.ALİ PASLI	Kabul	

ÖZ

“Avrupa Birliği Rekabet Politikası Işığında Türkiye’de Özelleştirmelerin Rekabet Denetimi” başlıklı yüksek lisans tezinde Deniz Ulaş Göçen, Türkiye’nin 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi (Gümrük Birliği) Kararı gereğince kabul ettiği 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ile ikincil mevzuatın, gerek özelleştirme yoluyla devralmalar gerekse özelleştirme sonrasındaki rekabet ihlalleri açısından uygulama alanını -çok sayıda Rekabet Kurulu ve Danıştay kararını tartışarak- incelemekte ve Avrupa Birliği rekabet politikası ışığında (çeşitli üye ülkelerin geçmiş deneyimlerini de dikkate alarak) Türkiye’deki piyasalarda özelleştirmeler yoluyla rekabetin tesis edilmesi ve korunması amacına ulaşılabilmesi için çeşitli öneriler getirmektedir.

ABSTRACT

In his master thesis entitled “Competition Review of Privatizations in Turkey under the Light of European Union Competition Policy”, Deniz Ulaş Göçen analyzes the implementation of the Law on Protection of Competition no. 4054 and its secondary legislation, which Turkey adopted as per the Association Council (Customs Union) Decision no. 1/95, on the acquisitions via privatizations as well as the restriction of competition upon privatizations while discussing several decisions of Turkish Competition Board and High Administrative Court and puts forth some proposals for achieving the purpose of establishing and protecting competition in Turkish markets through privatization under the light of European Union competition policy (also by taking into account the past experiences of several member countries).

ÖNSÖZ

Avrupa Birliği ve çeşitli üye ülkelerin geçmiş deneyimlerinin ortaya koyduğu üzere; özelleştirilen piyasalarda rekabetin tesis edilmesi ve korunmasını hedefleyen bir rekabet politikası, işleyen bir serbest piyasa ekonomisinin oluşturulması açısından büyük bir önem taşımaktadır. Bu bağlamda rekabet politikasının başlıca aracı olan rekabet kurallarının, gerek özelleştirme yoluyla devralmalar gerekse özelleştirme sonrasındaki rekabet ihlalleri açısından etkin bir şekilde uygulanması, bu amaca ulaşılmasında esaslı bir fonksiyona sahiptir.

Türkiye’de özelleştirme uygulamalarındaki esas yetkili organ olan Özelleştirme Yüksek Kurulu’nun yürütmeye bağlı bir idari organ olması nedeniyle özelleştirme sürecinde rekabet olgusunun göz ardı edilerek özelleştirme yöntem ve usullerinin seçiminde siyasi/mali etken ve kararların rol oynayabilmesi ve özellikle doğal tekel niteliğindeki çeşitli piyasalarda özelleştirme sonrasındaki rekabet ortamına ilişkin piyasaya özgü düzenlemelerin çoğu kez özelleştirmeyle eş zamanlı olarak yapılmaması, Türkiye’de rekabet kurallarının önemini ve Rekabet Kurulu’nun fonksiyonunu artırmaktadır.

Türkiye’de Rekabet Kurulu’nun üstlendiği bu görevin hukuki dayanağının güçlendirilmesi ise Rekabet Kurulu’nun keyfi karar vermesini engelleyeceği gibi, Türkiye’deki yoğunlaşmış piyasaların özelleştirmeler yoluyla rekabete açılmasında üstlendiği rolü daha meşru bir zemine kavuşturacaktır. Bu bağlamda Avrupa Birliği ve üye ülkelerin geçmiş deneyimleri ile Avrupa Birliği rekabet hukukunda son dönemde yaşanan gelişmelerin, Türkiye’deki özelleştirmelerin rekabet denetiminin etkinliğini artırmak açısından gözden geçirilerek gerekli yasal değişikliklerin yapılması önem taşımaktadır. Bu doğrultuda tez, Türkiye’deki özelleştirmelerin rekabet denetimini, Avrupa Birliği rekabet politikası ışığında, özelleştirme süreci ve özelleştirme sonrası uygulamalar olmak üzere iki aşamada incelemektedir.

Tez konusunun seçiminden tezin son halinin verilmesine kadar her aşamada görüşleriyle beni yönlendiren ve yoğun programına rağmen tezimi titizlikle inceleyen danışman hocam Prof. Dr. Abuzer Kendigelen'e teşekkür etmeyi bir borç bilirim.

İstanbul Üniversitesi İşletme Fakültesi'nde verdiği hukuk dersleri ile rekabet hukukuna ilgi duymamı ve gerek akademik anlamda gerekse avukat olarak beni eğiterek rekabet hukukuna farklı açılardan bakmamı sağlayan Av. Sinan Naipoğlu'na bana kattığı bu kazanımlardan dolayı minnettarım.

Tezin redaksiyonunda yardımını esirgemeyen yakın dostum Metin Karakuş'a ve tezin uzun süren yazım sürecinde çeşitli sohbetlerimizde ortaya koyduğu düşünsel katkılardan ve yoğun çalışma temposuna kısa esler koyup devam edebilmemi sağlayan "Tamirane molaları"ndan dolayı yakın dostum Oktay Yüksel'e candan teşekkürlerimi sunuyorum.

Nihayet bütün bir hayatım boyunca beni yalnız bırakmayan ve hedeflediğim yolda ilerlerken yolumu aydınlatarak doğruyu bulmamda ve gerek öğrenim gerekse iş hayatında karşılaştığım sıkıntıları göğüslememde en büyük desteği gösteren sevgili annem ve ablama teşekkür etmek için kelimeler yetersiz olsa da, düşünce ve hislerimi en iyi onların anlayacağını bilmenin rahatlığıyla anneciğime ve ablacığıma teşekkür ediyorum.

İÇİNDEKİLER

ÖZ/ABSTRACT.....	i
ÖNSÖZ.....	ii
İÇİNDEKİLER	iv
KISALTMALAR	viii
GİRİŞ	1
1. ÖZELLEŞTİRME POLİTİKASININ KAPSAMI	5
1.1. Kavramsal Değerlendirme	5
1.1.1. Özelleştirme Kavramı	5
1.1.2. Regülasyon ve Serbestleşme Kavramları ile Karşılaştırma.....	6
1.2. Özelleştirmenin Sebepleri, Amaçları ve Faydaları	7
1.2.1. Özelleştirmenin Sebepleri.....	7
1.2.2. Özelleştirmenin Amaçları	8
1.2.3. Özelleştirmenin Faydaları.....	10
1.3. Özelleştirme Politikasının Rekabet Politikası ile İlişkisi.....	11
2. AVRUPA BİRLİĞİ VE ÜYE ÜLKELERDE ÖZELLEŞTİRMELERİN	
REKABET DENETİMİNE İLİŞKİN MEVZUAT VE UYGULAMA	13
2.1. Avrupa Birliği	13
2.1.1. Genel Değerlendirme	13
2.1.2. Avrupa Birliği'nde Özelleştirme Yoluyla Devralmalara İlişkin	
Temel İlkeler.....	15
2.1.3. Örnek Komisyon Kararları	18
2.2. Batı Avrupa Ülkeleri.....	20
2.2.1. Genel Değerlendirme	20
2.2.2. İngiltere	21
2.2.3. İtalya	22
2.2.4. Fransa.....	24

2.3. Orta ve Doğu Avrupa Ülkeleri.....	25
2.3.1. Genel Değerlendirme.....	25
2.3.2. Polonya	26
2.3.3. Macaristan.....	27
2.3.4. Çek Cumhuriyeti.....	28
2.3.5. Slovak Cumhuriyeti	31
2.3.6. Doğu Almanya.....	32
3. TÜRKİYE’DE ÖZELLEŞTİRMELERE İLİŞKİN MEVZUATIN GELİŞİMİ	34
3.1. Anayasal Çerçeve.....	34
3.2. Kanunlar ve Kanun Hükmünde Kararnameler	38
3.2.1. 1982–1994 Dönemi.....	38
3.2.2. 1994 Sonrasındaki Dönem.....	41
3.2.2.1. Genel Kanunlar	41
3.2.2.1.1. 4046 Sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun.....	41
3.2.2.1.2. 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun	47
3.2.2.2. Çeşitli Sektörel (Özel) Kanunlar.....	49
3.2.2.2.1. 406 Sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu.....	49
3.2.2.2.2. 4603 sayılı T.C. Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası A.Ş. ve Türkiye Emlak Bankası A.Ş. Hakkında Kanun	52
3.2.2.2.3. 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu	54
3.2.2.2.4. 4646 sayılı Doğal Gaz Kanunu.....	57
3.2.2.2.5. 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu.....	59
3.2.2.2.6. 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu	60
3.2.2.2.7. Özelleştirmelere İlişkin Sektörel (Özel) Hükümler Hakkında Genel Değerlendirme	61

4. TÜRKİYE’DE ÖZELLEŞTİRME SÜRECİNDEKİ REKABET DENETİMİ.....	62
4.1. 1998/4 sayılı Tebliğ Kapsamındaki Özelleştirmeler.....	62
4.1.1. Özelleştirmelerin Devralma Niteliği.....	62
4.1.1.1. Genel olarak.....	62
4.1.1.2. Özelleştirmelerde Kontrol Değişikliği.....	64
4.1.1.3. Özelleştirmelerde Karar Organlarının Etkilenmesi	67
4.1.1.4. Özelleştirmelerde Kontrol Değişikliği Çeşitleri	68
4.1.1.4.1. Hukuki/fili kontrol değişikliği	68
4.1.1.4.2. Tek/ortak kontrol değişikliği.....	69
4.1.1.4.3. “Hiç kontrol” durumunda kontrol değişikliği	69
4.1.1.4.4. Altın hisse uygulamasında kontrol değişikliği.....	70
4.1.1.4.5. Kısmi devirlerde kontrol değişikliği	72
4.1.2. Özelleştirmeyi Gerçekleştiren Kamu Kurumu/Kuruluşu.....	73
4.1.3. Özelleştirmelerin Gerçekleştiği İlgili Pazar.....	73
4.1.4. 1998/4 sayılı Tebliğ Kapsamı Dışında Tutulan Özelleştirmeler.....	74
4.2. Özelleştirmelerin Rekabet Yönünden Denetlenme Usulleri.....	76
4.2.1. Ön Bildirim ve Rekabet Kurulu Görüşü	76
4.2.1.1. Yasal Dayanağı	76
4.2.1.2. Ön Bildirime Tabi Olma Şartları	79
4.2.1.3. Ön Bildirim Usulü.....	86
4.2.1.4. Ön Bildirimde Bulunmamanın Sonuçları	88
4.2.2. İzin	90
4.2.2.1. İzne Tabi Olma Şartları.....	90
4.2.2.2. İzin Usulü.....	91
4.2.2.3. İzin Alma Şartları.....	92
4.2.2.3.1. “Hakim Durum Testi”nin Kapsamı	93
4.2.2.3.2. Rekabet Kurulu’nun “Hakim Durum Testi”ne İlişkin Uygulaması	94
4.2.2.3.3. “Hakim Durum Testi”nin Eksiklikleri	97
4.2.2.3.3.1. Dikey Bütünleşme Yönünden.....	97

4.2.2.3.3.2. Dikey/Yatay Ayrıştırma Yönünden	101
4.2.2.3.3.3. Genel Değerlendirme	106
4.2.2.3.4. “Rekabetin Önemli Ölçüde Engellenmesi Testi”ne İlişkin Mevzuat Değişikliği Çalışması	108
4.2.2.4. İzin Talebi Üzerine Verilen Kararlar	109
4.2.2.5. İzin Alınmamasının Sonuçları	120
5. TÜRKİYE’DE ÖZELLEŞTİRME SONRASINDAKİ REKABET DENETİMİ.....	121
5.1. 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Ex-post (Ardıl) Rekabet Denetimi	121
5.1.1. 4. Madde Bakımından	121
5.1.1.1. Genel Olarak	121
5.1.1.2. Örnek Rekabet Kurulu Kararları.....	122
5.1.2. 6. Madde Bakımından	124
5.1.2.1. Genel Olarak	124
5.1.2.2. Örnek Rekabet Kurulu Kararları.....	124
5.1.3. 7. Madde Bakımından	129
5.1.3.1. Genel Olarak	129
5.1.3.2. Örnek Rekabet Kurulu Kararı	130
5.2. Sektörel (Özel) Kanunlar Kapsamında Ex-post (Ardıl) Rekabet Denetimi.....	131
5.2.1. Telekomünikasyon Sektörü	132
5.2.1.1. Sektörel Rekabet ile İlgili Mevzuat Hükümleri	132
5.2.1.2. Örnek Rekabet Kurulu Kararları.....	136
5.2.2. Enerji Sektörü	139
5.2.2.1. Sektörel Rekabet ile İlgili Mevzuat Hükümleri	139
5.2.2.2. Örnek Rekabet Kurulu Kararı	142
5.2.3. Genel Değerlendirme	143
SONUÇ VE ÖNERİLER.....	145
KAYNAKÇA	149

KISALTMALAR

A.e.	: Aynı eser
a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
a.g.r.	: adı geçen rapor
a.g.t.	: adı geçen tebliğ
a.g.y.	: adı geçen yazı
A.k.	: Aynı karar
A.m.	: Aynı makale
A.r.	: Aynı rapor
A.t.	: Aynı tebliğ
Avrupa Birliği Antlaşması	: 1957 tarihli Roma Antlaşması
bkz.	: bakınız
bs.	: bası
Çev.	: Çeviren
dpn.	: dipnot
hk.	: hakkında
Komisyon	: Avrupa Birliği Komisyonu
md.	: madde
ÖİB	: Özelleştirme İdaresi Başkanlığı
Örn.	: Örneğin
ÖYK	: Özelleştirme Yüksek Kurulu
par.	: paragraf
Rekabet Kanunu	: 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
Rekabet Kanunu Değişiklik Tasarısı	: 31.07.2008 tarih ve 1/636 E. no ile TBMM Başkanlığı'na sunulan Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı
s.	: sayfa
t.y.	: tarih yok

vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
vs.	: vesaire
1997/1 sayılı Tebliğ	: 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ
1998/4 sayılı Tebliğ	: 1998/4 sayılı Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ
2002/2 sayılı Tebliğ	2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği
2010/4 sayılı Tebliğ	: 2010/4 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ
233 sayılı KHK	: 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname
2813 sayılı Kanun	: 2813 sayılı Telsiz Kanunu
2983 sayılı Kanun	: 2983 sayılı Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun
3291 sayılı Kanun	: 3291 sayılı "1211 Sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu, 3182 Sayılı Bankalar Kanunu, 2983 Sayılı Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun, 2985 Sayılı Toplu Konut Kanunu, 07.11.1985 Tarihli ve 3238 Sayılı Kanun, 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması ve 1177 Sayılı Tütün Tekeli Kanununun Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılması ve Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Özelleştirilmesi Hakkında Kanun"

- 3987 sayılı Kanun : 3987 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesi ile Özelleştirme Sonucunda Doğabilecek İstihdamla İlgili Sorunların Çözümlemesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararnameler Çıkarılması Amacıyla Yetki Verilmesine Dair Kanun
- 406 sayılı Kanun : 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu
- 4628 sayılı Kanun : 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu
- 4646 sayılı Kanun : 4646 sayılı Doğal Gaz Kanunu
- 5809 sayılı Kanun : 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu

GİRİŞ

Genel olarak dünyada, özel olarak da Avrupa’da, 1929 ekonomik bunalımı ile dünya savaşları sonrasında ortaya çıkan ekonomik durgunluk ve bu savaşlarda yıkıma uğrayan ülkelerin yeniden inşasının gerektirdiği yüksek yatırım ihtiyacı, devletlerin ekonomik aktörler olarak piyasalara müdahale etmesi sonucunu doğurmuştur.¹ Aynı dönemde temelleri atılan Avrupa Birliği, Avrupa’nın yeniden yapılanmasını sağlamak üzere kamu mülkiyeti ve devletin ekonomiye müdahalesine dayanan bir kurumsal çerçeve ile kurulmuştur.² Nitekim Avrupa’da kamu sektörü, II. Dünya Savaşı’nın ardından 30 yıl boyunca ekonomide ağırlıklı bir rol üstlenmiştir.³

1970’li yıllarda ortaya çıkan ekonomik gelişmeler (Bretton Woods para sisteminin çöküşü, petrol fiyatlarındaki şok artışlar, bunun neticesinde yaşanan pazar daralması ve gelişmekte olan ülkelerin borç krizine girmesi), kamu girişimciliği ile kamu müdahaleciliğinin sorgulanmasına neden olarak, ekonomide serbestleşme ile tam serbest piyasa ekonomisine geçişi gündeme getirmiştir.⁴ Özelleştirmeler, sistemli bir ekonomik uygulama olarak ilk kez bu dönemde ortaya çıkmış, tam serbest piyasa ekonomisine geçişin ve böylece küreselleşme hedefleri doğrultusunda bütünleşen dünyada rekabet koşullarının eşitlenmesinin başlıca aracı olarak değerlendirilmiştir.⁵

Türkiye’de de özelleştirmeler, karma ekonomik sistem yerine serbest piyasa ekonomisinin resmen benimsendiği bu dönemde (1980’de alınan 24 Ocak Kararları

¹ Muhammet Akdiş, “Dünya’da Özelleştirme Uygulamaları ve Türkiye’de 5 Nisan Kararları Sonrasında Beklenen Gelişmeler”, (Çevrimiçi) <http://makdis.pamukkale.edu.tr/mak17.htm>, (Erişim tarihi: 10.09.2010); Mustafa Aysan, “Liberal Ekonomi ve Denetim”, **Radikal Gazetesi**, 24.07.2002, (Çevrimiçi) <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=44354&tarih=24/07/2002>, (Erişim tarihi: 11.09.2010)

² OECD, “European Commission – Peer Review of Competition Law and Policy”, 2005, (“OECD – EC Peer Review”), <http://www.oecd.org/dataoecd/7/41/35908641.pdf>, (Erişim tarihi: 10.09.2010), s. 9

³ Veysel Atasoy, **Türkiye’de Kamu İktisadi Teşebbüsleri ve Özelleştirme Sorunu**, Ankara, Nurol Matbaacılık San. ve Tic. A.Ş., Ağustos 1993, s. 181

⁴ Gülten Kazgan, **Yeni Ekonomik Düzen’de Türkiye’nin Yeri**, İstanbul, Altın Kitaplar Yayınevi, Ağustos 1994, s. 48; Nazım Geriş, **Türkiye’de Özelleştirme ve Türk Telekom Örneği**, Ankara, Roma Yayınları, Mart 2007, s. 14

⁵ Kazgan, a.g.e., s. 100; Ayrıca bkz. Aysan, a.g.y.

ile birlikte) gündeme gelmiş⁶, özelleştirmelere ilişkin hükümler içeren ilk kanunun 1984 yılında kabul edilmesiyle özelleştirme uygulamalarına başlanmıştır. Ancak özelleştirmelere ilişkin kanun ve kanun hükmünde kararnameler, çeşitli anayasal ilkeler dikkate alınmaksızın acelece hazırlanmış olduğundan Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin işaret ettiği ilkeler dikkate alınarak özelleştirmeler ile ilgili bir çerçeve yasanın kabul edilmesi ise 1994 yılını bulmuştur.

Bu 10 yıllık dönemde; özelleştirme kapsamında olan 165 kamu kuruluşunun 97'sinde özelleştirme uygulamaları (işletme hakkı devri, tesis ve işletme satışı, blok satış, halka arz ve borsada satış yoluyla) gerçekleştirilmiştir.⁷ Bunlar arasında, 16'sı çimento fabrikaları olmak üzere 24 kamu kuruluşunda, kamuya ait yüzde 50 veya üstünde hisse satılarak yönetim de özel kesime devredilmiş, 37 kamu kuruluşunda ise henüz satış işlemi gerçekleşmemiş olmakla birlikte kamuya ait yüzde 50 veya üstünde hisse satışına dair devir kararları alınmıştır.⁸ Başka bir deyişle bu dönemde yapılan özelleştirmelerin 24'ünde kamu sektöründen özel sektöre kontrol devri gerçekleşmiş iken, 37'sinde de kontrol devrinin gerçekleşmesi beklenmekteydi.

Bu 10 yıllık dönemdeki özelleştirmelerin diğer bir özelliği de, kartelleşme ve tekelleşmeyi önlemeye yönelik rekabet kurallarının yokluğunda gerçekleştirilmiş olmalarıdır. Nitekim 1982 Anayasası'nda kartelleşme ve tekelleşmenin önlenmesi devlete bir görev olarak yüklenmiş olmasına rağmen, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ("**Rekabet Kanunu**") ancak 07.12.1994 tarihinde kabul edilebilmiştir. Ancak söz konusu kanunun uygulayıcısı olan Rekabet Kurulu 27.02.1997 tarihinde atandığı, Rekabet Kurumu ise faaliyetlerine ancak 05.11.1997 tarihinde başlayabildiği için özelleştirme süreci üç yıl daha rekabet denetimi uygulanmaksızın devam etmiştir. Başka bir deyişle, 1984'ten 1997'ye kadar özelleştirilen teşebbüsler, gerek özelleştirme sırasında gerekse özelleştirme

⁶ Atasoy, a.g.e., s. 231

⁷ Metin Kilci, *Başlangıcından Bugüne Türkiye'de Özelleştirme Uygulamaları (1984-1994)*, Devlet Planlama Teşkilatı Yayınları, Temmuz 1994, (Çevrimiçi) <http://ekutup.dpt.gov.tr/kit/kilcim/ozelles.pdf>, (Erişim tarihi: 10.09.2010), s. 38

⁸ A.e., s. 43 ile s. 44'teki Tablo 16 ve s. 49-54'teki Ek Tablo 2

sonrasında kartelleşme ve tekelleşme yasaklarına tabi olmaksızın faaliyet göstermişlerdir.

Avrupa Birliği'nde ise durum daha farklıdır. Avrupa'da 1929 ekonomik bunalımı ve dünya savaşları sonrası devletin başlıca ekonomik aktör olarak ortaya çıktığı yeniden yapılanma döneminde Avrupa Birliği rekabet politikası, kontrollü bir yoğunlaşma (birleşme ve devralma) rejimini benimsemiştir. Zira Avrupa Birliği'nin kurucu antlaşması olan 1957 tarihli Roma Antlaşması'nda ("**Avrupa Birliği Antlaşması**") birleşme ve devralmaların kontrolüne ilişkin bir düzenleme yapılmayarak (Birleşme Tüzüğü'nün kabul edildiği 1989 yılına kadar) ulusal tekellerin oluşması teşvik edilmiştir.⁹

Bununla beraber Avrupa Birliği Antlaşması'nda, özellikle de ulusal tekellerin piyasa güçlerini kötüye kullanmalarını önlemek amacıyla¹⁰ kartelleşme ve tekelleşme yasaklarına yer verilmiş, kamu teşebbüsleri de aynı rekabet denetimine tabi kılındığı gibi, üye devletlerin bu rekabet kurallarına uymakla yükümlü olduğuna dair özel hüküm getirilmiştir. Nihayet Avrupa'nın yeniden yapılanmasını büyük ölçüde tamamlamasıyla 1989 yılında Birleşme Tüzüğü kabul edilerek, Avrupa ortak pazarında tekelleşme yaratan (hakim durum yaratmak veya mevcut bir hakim durumu güçlendirmek suretiyle rekabeti sınırlayan) birleşme ve devralmalar yasaklanmış ve böylece Avrupa Birliği rekabet politikasının üçüncü ayağı da oluşturulmuştur.

Avrupa Birliği'nde çeşitli vakaların ortaya koyduğu üzere; özelleştirilen piyasalarda rekabetin tesis edilmesi ve korunmasını hedefleyen bir rekabet politikası, işleyen bir serbest piyasa ekonomisinin oluşturulması açısından büyük bir önem taşımaktadır. Bu bağlamda; Türkiye'nin 1994'ten itibaren önemli ölçüde uyum sağladığı¹¹ Avrupa Birliği rekabet politikasındaki son gelişmeler ışığında; Türkiye'deki

⁹ OECD – EC Peer Review, s. 12

¹⁰ A.r., s. 9

¹¹ Avrupa Toplulukları Komisyonu, "2009 Yılı Türkiye İlerleme Raporu", (Çevrimiçi) http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/turkiye_ilerleme_rap_2009.pdf, (Erişim tarihi: 10.09.2010), s. 49

özelleştirme uygulamalarında (özellikle de kamu tekellerinin özel tekelere dönüşmesinden kaynaklanan risklerin önlenmesi veya azaltılması açısından) rekabet kurallarının fonksiyonu, bu tezin başlıca konusunu oluşturmaktadır.

Avrupa Birliği rekabet hukuku ve Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne üyelik süreci bağlamında Türkiye'deki özelleştirmeler ile ilgili şimdiye kadar yapılmış bazı çalışmalar¹² bulunmaktadır. Bu tezde ise farklı olarak, Türkiye'deki rekabet kurallarının özelleştirmelere ilişkin uygulama alanı; Avrupa Birliği rekabet mevzuatındaki güncel gelişmeler ve çeşitli üye ülkelerin geçmiş deneyimleri de dikkate alınarak, Rekabet Kurulu ve Danıştay kararları ile birlikte incelenmekte ve çeşitli somut öneriler sunulmaya çalışılmaktadır.

Tez aşağıda kısaca özetlendiği üzere beş ana bölümden oluşmaktadır:

Tezin ilk bölümünde; özelleştirme politikasının kavramsal ve teorik boyutunun yanı sıra rekabet politikasıyla olan ilişkisi değerlendirildikten sonra, ikinci bölümde Avrupa Birliği ve çeşitli üye ülkelerin özelleştirme deneyimi (mevzuat ve uygulama) rekabet politikası açısından özetlenmektedir. Takip eden bölümlerde Türkiye'deki özelleştirmelerin rekabet denetimi üç ayrı başlıkta ele alınmaktadır. Bu doğrultuda üçüncü bölümde, Türkiye'de özelleştirmelere ilişkin mevzuatın gelişim süreci aktarılmakta, üçüncü bölümde özelleştirme sürecindeki rekabet denetimi, dördüncü bölümde ise özelleştirme sonrasındaki rekabet denetimi incelenmektedir. Tezin esas odak noktası, Türkiye'de özelleştirme sürecindeki rekabet denetimi olmakla beraber; özelleştirme öncesi ve sonrasındaki uygulamaların özelleştirmelerin rekabet denetimindeki rolü ana hatlarıyla ortaya konularak, özelleştirmeler daha bütüncül bir yaklaşımla ele alınmıştır. Sonuç bölümünde Türkiye'deki özelleştirmelerin rekabet denetimine ilişkin genel bir değerlendirme yapılarak, çeşitli görüş ve önerilere yer verilmiştir.

¹² Örn. bkz. Murat Adil Salepçioğlu, "Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku Bağlamında Özelleştirmeler", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi (Yayımlanmamıştır), İstanbul, 1991; Aslı Özkan, "AB ile Bütünleşme Sürecinde Türkiye'de Özelleştirmenin Hukuki Çerçevesi", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi (Yayımlanmamıştır), İstanbul, 1999

1. ÖZELLEŞTİRME POLİTİKASININ KAPSAMI

1.1. Kavramsal Değerlendirme

1.1.1. Özelleştirme Kavramı

Özelleştirme, dar ve geniş anlamda olmak üzere iki şekilde tanımlanmaktadır. En dar tanımlamaya göre; özelleştirme, “*kamunun mülkiyetindeki işletmelerin özel sektöre devredilmesi işlemi*”dir.¹ Daha geniş bir tanımlamayla özelleştirme, “*kamuya ait mal varlığının, ya da para ile ölçülebilen kamu kaynaklarının özel mülkiyete aktarılması*”dır.² Özelleştirmenin, kamu kuruluşuna ait malvarlığının veya sermayesinin tamamen veya kısmen (kamu hisselerinin bir kısmının veya kamu kuruluşunun bağlı ortaklık, müessese, işletme veya fabrika gibi alt birimlerinin) özel sektöre devredilmesi yoluyla gerçekleştirilebileceği³ dikkate alındığında; özelleştirme “*kamu ekonomik kuruluşlarının mülkiyetinin kısmen veya tamamen özel kuruluşlara devri*” şeklinde de tanımlanabilir⁴. En geniş tanımlamayla özelleştirme, “*devleti hiçbir faaliyete karıştırmayacak şekilde aradan çıkarma, kamuya ait varlık ve değerleri özel şahıslara satma işlemi*”⁵, diğer bir ifadeyle “*ekonomik aktivitelerde kamu sektörünün payını azaltan her türlü süreç*”tir.⁶

Doktrinde, özelleştirme için mülkiyet devrinin şart olup olmadığı yönünde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre; yönetim ve faaliyet özelleştirmesi, kiralama ve kamu hizmetlerinin sözleşmeye bağlanması gibi uygulamalar, kamuya ait mülkiyet devri içermediği için özelleştirme tanımı içinde değerlendirilemez.⁷

¹ Atasoy, a.g.e., s. 182

² A.e., s. 182

³ A.e., s. 183

⁴ Geriş, a.g.e., s. 15

⁵ Atasoy, a.g.e., s. 182

⁶ Devlet Planlama Teşkilatı, “Dokuzuncu Kalkınma Planı: 2007-2013, Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu” (“DPT – 9. Kalkınma Planı Rekabet ÖİK Raporu”), Ankara, 2007, (Çevrimiçi) <http://ekutup.dpt.gov.tr/hukuk/rekabet/öik676.pdf>, (Erişim tarihi: 10.09.2010), s. 53

⁷ A.r., s. 183

Diğer bir görüşe göre ise; özelleştirme mülkiyet devri ile sınırlı olmayıp, kamu kuruluşlarının özel kesime kiralanması, kamu kesimi tarafından üretilen mal ve hizmetlerin finansmanının özel kesimce sağlanması, yönetimin özel kesime devri, mal ve hizmetlerin üretimindeki kamu tekellerinin kaldırılması ve kamunun piyasalara müdahalesinin bulunmamasını da kapsamaktadır.⁸

Devletin, mülkiyetine sahip olduğu teşebbüs ve varlıklara bağlı ekonomik faaliyetleri bizzat icra etmeyerek özel teşebbüslere çeşitli usullerle (işletme hakkı/yönetim devri, kiralama, vs.) yaptırmak suretiyle de ekonomik faaliyetlerden çekilebileceği dikkate alındığında; özelleştirme, kamu varlıklarının satışının yanı sıra kamu işlerinin özel sektöre gördürülmesini kapsayan işlemleri de ifade etmektedir.⁹ Nitekim ileriki bölümlerde açıklanacağı üzere; Türkiye’de özelleştirme uygulamaları, sadece kamu iktisadi teşebbüslerinin mülkiyetlerinin özel sektöre devredilmesini değil, işletme hakkı devri, kiralama gibi yöntemlerle de gerçekleştirilmekte; hatta ulusal güvenlik vs. sebeplerle çeşitli kamu kuruluşlarının (örneğin liman işletmelerinin) mülkiyetinin devlette kalması şartıyla özelleştirilebileceği düzenlenmektedir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında; bu tez kapsamında özelleştirme kavramı, devletin ekonomik faaliyetlerini azaltmak veya tamamen kaldırmak amacıyla, devletin sahip olduğu her türlü malvarlığının özel mülkiyete devredilmesini ve mülkiyeti devlette kalan kuruluşların ise ekonomik faaliyetlerinin özel sektöre gördürülmesini ifade edecek şekilde kullanılacaktır.

1.1.2. Regülasyon ve Serbestleşme Kavramları ile Karşılaştırma

Regülasyon ve serbestleşme, özelleştirme kavramı ile yakın bağlantısı bulunan kavramlar olması ve tezin ilerleyen kısımlarında bu kavramlara sıklıkla başvurulması nedeniyle burada kısaca tanımlanmasında fayda görülmektedir.

⁸ Geriş, a.g.e., s. 15

⁹ DPT – 9. Kalkınma Planı Rekabet ÖİK Raporu, s. 53

Regülasyon kavramı, doktrinde “belli bir faaliyete ilişkin olarak oyunun kurallarının belirlenmesi (düzenleme) ve bu kurallara riayetın sağlanması (denetim)” olarak tanımlanmaktadır.¹⁰ Piyasaların kendi iç dinamikleri ile gideremediği çeşitli aksaklıkların (ölçek eksikliği veya teknolojik kısıtlara bağlı olarak monopol veya oligopol bir pazar yapısının, özellikle de doğal tekellerin) bulunduğu durumlarda, ekonomik etkinliğin ve verimliliğin sağlanabilmesi amacıyla piyasaya devlet tarafından müdahale edilmesinin rasyonel hale geldiđi¹¹ dikkate alındığında; regülasyon, “toplumsal değerı ve/veya sonuçları olan hedeflerin gerçekleştirilmesi için serbest pazarın işleyişini değiştirme amacı ile kurulmuş olan özel statülü bir kamu kurumununun iktisadi aktörler üzerinde uyguladığı hükümet denetimi”ni ifade etmektedir.¹²

Serbestleşme (liberalleşme) ise, “piyasalara yasal giriş engellerinin azaltılması veya kaldırılması ya da faaliyetlerine izin verilecek firma sayısının saptanması ile ilgili konuları içerir.”¹³

Yukarıdaki tanımlar ışığında, ileriki bölümlerde üzerinde genişçe durulacağı üzere; ekonomik serbestleşmenin yaratılabilmesi için özelleştirme ve regülasyon uygulamalarının somut duruma göre eş zamanlı veya birbirini takip ederek gerçekleştirilmesi gerekebilmektedir. Başka bir deyişle, özelleştirme ve regülasyon, piyasaların serbestleştirilebilmesinin başlıca iki aracını teşkil etmektedir.

1.2. Özelleştirmenin Sebepleri, Amaçları ve Faydaları

1.2.1. Özelleştirmenin Sebepleri

Özelleştirmenin sebepleri, ekonomik, siyasal ve ideolojik olmak üzere üç grupta toplanmaktadır. Siyasal gerekçe, siyasal bağımsızlığın özel mülkiyete dayalı olduğu

¹⁰ Şahin Ardıyok, *Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli*, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını, Şubat 2002, s. 3

¹¹ A.e., s. 11

¹² A.e., s. 7

¹³ A.e., s. 22

devletlerde özel mülkiyetin esas olduğu noktasından hareket ederek, kamu mülkiyetindeki kuruluşların siyasi baskı altında piyasa dinamikleri dışında hareket etme riskinin özelleştirmeler yoluyla ortadan kaldırılabileceği düşüncesine dayanır. İdeolojik gerekçeyi; özel mülkiyet sistemine dayalı devletlerde, devletin ekonomiye müdahalesi azaldıkça bireylerin özgürlüklerinin arttığı düşüncesi oluşturmaktadır. Özelleştirmenin ekonomik gerekçeleri ise çok çeşitli olmakla beraber, temelinde teşebbüslerin etkin ve verimli olabilmeleri için devlet müdahalesi olmaksızın piyasa disiplinine göre hareket etmeleri gerektiği düşüncesi yatmaktadır.¹⁴

1.2.2. Özelleştirmenin Amaçları

Özelleştirmenin amaçları da ekonomik, mali, sosyal ve siyasal olmak üzere dört grupta toplanarak aşağıdaki şekilde özetlenebilir:¹⁵

a) Ekonomik amaçlar

- Devletin ekonomik alandaki ağırlığını ve ekonomiye müdahalesini azaltmak
- İşleyen bir serbest piyasa ekonomisi oluşturmak ve serbest piyasa ekonomisini güçlendirmek
- Ekonomide/üretimde etkinlik ve verimliliği artırmak (kaynakların etkin ve verimli kullanımı)
- Sermaye piyasasını geliştirmek
- Kamu tekellerini kırarak rekabete imkan vermek (serbestleşme)
- Yabancı sermayeyi çekmek suretiyle modern teknoloji ve yönetim tekniklerinin transferini sağlamak

¹⁴ A.e., s. 43

¹⁵ Atasoy, a.g.e., s. 184-185; İzak Atiyas, Burak Oder, **Türkiye’de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi**, Ankara, Tepav Yayını, t.y., (Çevrimiçi) http://www.tepav.org.tr/tur/admin/dosyabul/upload/ozellestirme_hukuk_ekonomi.pdf, (Erişim tarihi: 10.09.2010), s. 1-2; Geriş, a.g.e., s. 9-13; Süleyman Yaşar, Genişletilmiş 2. bs., İstanbul, **Özelleştirme**, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., Mart 2005, s. 6; Şükrü Yıldız, “Türkiye’de Özelleştirme Uygulamaları ve Özelleştirmeye Hakim İlkelerden Birisi Olarak Rekabetin Korunması”, **AÜEHFD**, Cilt: V., Sayı: 1-4, 2001, (Çevrimiçi) http://hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/makale/2001_V_26.pdf, (Erişim tarihi: 10.09.2010), s. 558-559

b) Mali amaçlar

- Bütçe üzerindeki kamu finansman yükünü azaltmak
- Devlete gelir sağlamak
- Kamu sektörünün dış finansman (borçlanma) ihtiyacını azaltmak

c) Sosyal amaçlar

- Hisse senedi sahipliğini yaygınlaştırarak sermayeyi tabana yaymak
- İşçilerin sermayedar yapılmasını sağlamak
- Gelir dağılımını iyileştirmek
- Devletin asli görevlerine (adalet, güvenlik, sağlık ve eğitim v.s.) odaklanmasını sağlamak (kamu sektörünün sınırlarını iyi tanımlayarak, sorunların çözümünü kolaylaştırmak)

d) Siyasal amaçlar

- Liberalizme uygun ortam yaratmak
- Demokratikleşme sürecine katkı sağlamak
- Kamu kurum ve kuruluşları üzerindeki siyasi baskıları azaltmak
- Politik avantaj sağlamak

Özelleştirme İdaresi Başkanlığı (“ÖİB”) tarafından hazırlanan “Türkiye’de Özelleştirme” başlıklı raporda, Türkiye’deki özelleştirme programının amaçları şu şekilde açıklanmıştır:

“Özelleştirme ile devletin ekonomideki sınavi ve ticari aktivitesinin en aza indirilmesi hedeflenirken, rekabete dayalı piyasa ekonomisinin oluşturulması, devlet bütçesi üzerindeki KİT finansman yükünün azaltılması, sermaye piyasasının geliştirilmesi ve atıl tasarrufların ekonomiye kazandırılması, bu yolla elde edilecek kaynakların altyapı yatırımlarına kanalize edilebilmesi mümkün olacaktır.

Özelleştirmenin temel amacı nihai olarak, devletin ekonomide işletmecilik alanından tümüyle çekilmesini sağlamaktır. Öte yandan borsa ve sermaye piyasalarını geliştirmeden Türkiye’de sağlıklı bir ekonomik gelişmeden bahsetmek mümkün değildir. Şirketlerin yalnızca bankacılık sektörüne bağlı olmadan hisse senedi, tahvil veya bono ihracı yoluyla kaynak temin edebilmeleri ve bu kaynak maliyeti ile enflasyon arasında sağlıklı bir ilişkinin

olabilmesi için, sermaye piyasalarının geliştirilmesi gerekir. Sermaye piyasasının gelişimi ise, tasarrufların daha büyük bir kısmının mali piyasalara yönlendirilmesi ve bu suretle oluşan fonların sermaye piyasasına akışına imkan verecek bir ekonomik yapının oluşturulması ile mümkündür.

Bu açıdan değerlendirildiğinde özelleştirme uygulamaları ile, bir yandan mali piyasalara ve dolayısıyla sermaye piyasalarına yönelmeyen yerli ve yabancı tasarrufları bu piyasalara yönlendirerek yeni kaynaklar yaratılması, diğer yandan da kamu kesiminin fonlar üzerindeki talebi nedeniyle sıkışan mali piyasa üzerindeki olumsuz baskının engellenmesi hedeflenmektedir.”¹⁶

ÖİB'nin bu raporunda, özelleştirmeler yoluyla rekabete dayalı bir piyasa ekonomisi oluşturulması amacına yer verilmişse de, ileride üzerinde durulacağı üzere yürürlükteki mevzuatımızda bu amaç açıkça zikredilmemektedir.¹⁷

1.2.3. Özelleştirmenin Faydaları

Doktrinde özelleştirmenin ikisi asli, ikisi tali olmak üzere temelde dört yararından bahsedilmektedir. Özelleştirmenin asli yararları, kaynak dağılımında ve üretimde etkinliğin sağlanmasıdır. Böylece, devletin ekonomiye müdahalesi ortadan kaldırılarak veya azaltılarak (piyasada rekabetin tesis edilerek korunması ve/veya piyasanın regüle edilmesi ile birlikte) tüketiciye daha fazla mal ve hizmetin daha kaliteli ve daha ucuza sunulması sağlanmış olur. Özelleştirmenin tali yararları ise, geniş bir hisse senedi malikinin yaratılması ve kamu kesimi borçlanma gereğinin azaltılması olarak sayılmaktadır.¹⁸

Özelleştirmenin bu yararlarının yanı sıra, bazı özel yararları da bulunmaktadır. Özelleştirme neticesinde, “kamunun yaptığı örtülü sübvansiyonların net bir biçimde belirlenmesi” mümkün olmaktadır. Özelleştirmenin bir başka özel yararı da, özelleştirme neticesinde mülkiyetin özel sektöre geçmesi, “girişim ekonomisinin yaratılmasını kolaylaştırmaktadır”. Özelleştirme neticesinde; sorumluluk, kamuya mal edilmek yerine yetki devri yapılan yöneticilere ait olmakta ve şirket

¹⁶ ÖİB, “Türkiye’de Özelleştirme-1”, (Çevrimiçi) <http://www.oib.gov.tr/yayinlar/yayinlar.htm>, (Erişim tarihi: 10.09.2010), s. 1

¹⁷ Bkz. Bölüm 2.2.2.1.1

¹⁸ Yaşar, a.g.e., s. 49-51

menfaatlerine aykırı davranan yöneticilerin hissedarlara hesap vermesi sağlanmaktadır.¹⁹

1.3. Özelleştirme Politikasının Rekabet Politikası ile İlişkisi

Özelleştirme politikasının çerçevesini, özelleştirme uygulamalarında gözetilen amaçların belirlediği söylenebilir. Gelişmekte olan ülkelerde özelleştirmelerin mali amaçlarının (kamu bütçe açığının kapatılması, bütçe üzerindeki yüklerin azaltılması, devlete gelir sağlanması vs.) daha ağır bastığı gözlenmekteyken²⁰, gelişmiş ülkelerde (örneğin Avrupa Birliği'ne üye ülkelerde) özelleştirmeler genellikle serbestleşme politikalarının bir parçası olarak değerlendirilmektedir.²¹ Her iki durumda özelleştirme politikası, rekabet politikasıyla yakından ilişkilidir.

Rekabet politikası geniş anlamda, "*piyasalarda rekabet şartlarının hüküm sürmesine veya etkin ve rekabetçi firmaların yaratılması ve büyümesine imkan hazırlayan kamu politikası araçlarını*", dar anlamda ise "*rekabet kanunlarında yer alan rekabet kurallarının uygulanması*"nı ifade etmektedir.²²

Bu bağlamda rekabet politikası, ekonomide etkinliği artırmak amacı yönünden özelleştirme politikasıyla örtüşmektedir. Bununla beraber özelleştirme politikası, geniş anlamda rekabet politikasının bir aracı olarak değerlendirilebilir.²³ Diğer yandan özelleştirmeler yoluyla rekabetçi piyasaların yaratılabilmesinin başlıca araçlarından birisini ise dar anlamda rekabet politikası, yani özelleştirmelerin

¹⁹ Ardıyok, a.g.e., s. 46-47

²⁰ Cihan Aktaş, **Gelişmekte Olan Ülkelerde Rekabet Politikası: Bir Çerçeve Çalışması**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını, Temmuz 2003, s. 42

²¹ Atiyas-Oder, a.g.e., s. 1; Sunita Kikeri, Aishetu Fatima Kolo, "Privatization: Trends and Recent Developments", **World Bank Policy Research Working Paper 3765**, Kasım 2005, (Çevrimiçi) http://www-wds.worldbank.org/servlet/WDSContentServer/WDSP/IB/2005/11/08/000016406_20051108153425/Rendered/PDF/wps3765.pdf, (Erişim tarihi: 19.09.2010), s. 3; David Parker, Colin Kirkpatrick, "Privatisation in Developing Countries: A Review of the Evidence and the Policy Lessons", **The Journal of Development Studies**, Vol. 41, No. 4, Mayıs 2005, s. 529

²² Aktaş, a.g.e., s. 26

²³ Gamze Öz, "Özelleştirme Sürecinde Rekabet Kurumu'nun Yeri", **Rekabet Politikası ve Özelleştirme Sempozyumu**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını, Kasım 1999, s. 47

rekabet denetimini teşkil etmektedir.²⁴ Zira “*Özelleştirme politikalarının uygulanması, rekabete ilişkin düzenlemelerin hiç olmadığı veya etkin olarak uygulanmadığı bir ortamda olumsuz sonuçlar ortaya çıkarabilecek niteliktedir.*”²⁵ Dolayısıyla özelleştirme ile rekabet politikaları amaçsal yönden örtüştüğü gibi, amaç-araç ilişkisi çerçevesinde de birbirini tamamlamaktadır.

Bununla beraber, özelleştirme politikasında ekonomi-dışı amaçların (özellikle de mali amaçların) gözetilmesi, rekabet politikası ile çelişen sonuçlar doğurabilmektedir. İlgili piyasanın rekabete açılması için bölünerek özelleştirilmesi beklenen bir kamu tekelinin, devlete daha yüksek gelir sağlayabilmek kaygısıyla bir bütün olarak özelleştirilmesi ve sonuçta özel tekele dönüşmesi bunun en tipik örneğidir.

Diğer yandan özelleştirme politikalarının, her ülkenin kendine has piyasa yapısı ve ekonomik özellikleri dikkate alınarak somut duruma göre oluşturulması gerektiği ifade edilmektedir.²⁶ Bu durum esasen rekabet politikası için de geçerlidir.²⁷ Nitekim Avrupa Birliği’nin kurulduğu dönemde Avrupa’nın yeniden yapılanmasını desteklemek amacıyla üye ülkeler bazında ulusal tekeller teşvik edilirken, 1980’lere gelindiğinde serbestleşme sürecine geçilmiştir. Avrupa’da 1957–1989 arasındaki döneme ait yoğunlaşma rejiminin temel özelliği, ilgili pazarda teşebbüsler arası rekabete aykırı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar ile hakim durumun kötüye kullanılması yasaklanarak yoğunlaşma sonrasındaki rekabetin korunmasına odaklanmasıdır. 1989 sonrasındaki dönemde ise serbestleşmeye paralel olarak yoğunlaşmalar da rekabet denetimine tabi hale gelmiştir.

²⁴ A.t., s. 49

²⁵ A.t., s. 48

²⁶ Parker-Kirkpatrick, a.g.m., s. 526

²⁷ Örn. küçük piyasa ekonomilerinin kendilerine özgü bir rekabet politikası oluşturması gereği hk. Michal S. Gal, *Competition Policy For Small Market Economies*, Cambridge, Massachusetts, and London, England, Harvard University Press, 2003, s. 4-8; Türkiye’nin küçük piyasa ekonomisi olarak tanımlanarak kendisine özgü bir rekabet politikası uygulaması gereği hk. Sinan Naipoğlu, Deniz Ulaş Göçen, “Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Kapsamının Belirlenmesinde Pazar Payının Önemi”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-VI*, Kayseri, Rekabet Kurumu Yayını, Nisan 2008, s. 189-191

2. AVRUPA BİRLİĞİ VE ÜYE ÜLKELERDE ÖZELLEŞTİRMELERİN REKABET DENETİMİNE İLİŞKİN MEVZUAT VE UYGULAMA

Türkiye'nin 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi (Gümrük Birliği) Kararı'nın gereği olarak kabul ettiği Rekabet Kanunu, Avrupa Birliği'nin mehz rekabet mevzuatı dikkate alınarak hazırlanmıştır. Bu bağlamda Rekabet Kanunu'nun özelleştirmeler açısından uygulanmasına ışık tutması açısından; Avrupa Birliği ve çeşitli üye ülkelerde rekabet politikasının özelleştirmelere etkileri üzerinde genel hatlarıyla durulmasında fayda bulunduğu düşüncesindeyiz. Bu amaçla bu bölümde öncelikle Avrupa Birliği çapındaki, ardından Batı, Orta ve Doğu Avrupa ülkelerindeki özelleştirmelerin rekabet denetimi, çeşitli vakalar ile örneklendirilerek özetlenecektir.

2.1. Avrupa Birliği

2.1.1. Genel Değerlendirme

Avrupa Birliği Antlaşması veya ikincil mevzuatında, devletin veya daha genel bir ifadeyle kamunun ekonomik faaliyette bulunmasını yasaklayan veya kamu teşebbüslerinin özelleştirilmesine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.²⁸ Aksine Avrupa Birliği kurumları, 1929 ekonomik bunalımı ve dünya savaşları sonrasında Avrupa'nın yeniden yapılandığı 1950'li yılların başlarında, mülkiyet edinmek ve ticaret ile fiyatları kontrol altında tutmak yoluyla devlet müdahalesine dayanan bir çerçeve ile oluşturulmuştur. Bu bağlamda Avrupa'da rekabet politikası, piyasaların genişleyerek entegre olması (tek ve ortak bir pazarın oluşturulması) ile ekonomik gelişmenin desteklenmesine dayanmakla beraber, 1929 yılı ekonomik bunalımı ve dünya savaşları sonrasında devletin başlıca ekonomik aktör olarak ortaya çıktığı yeniden yapılanma döneminde esasen ulusal tekellerin piyasa güçlerini kötüye kullanmalarını önlemenin bir aracı olarak görülmüştür.²⁹ Nitekim Avrupa Birliği

²⁸ Yavuz Ege, "Dünyadaki Uygulamalar Işığında Rekabet Politikası ve Özelleştirme", *Hazine Dergisi*, Ankara, Sayı: 13, Ocak 2000, s. 54

²⁹ OECD – EC Peer Review, s. 9

Antlaşması'nda³⁰ (kamu veya özel teşebbüs ayrımı yapılmaksızın) teşebbüsler arası rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar ile hakim durumun kötüye kullanılması yasaklanmakla beraber, birleşme ve devralmalara ilişkin kontrol mekanizmasına bilinçli şekilde yer verilmeyerek³¹, Avrupa ortak pazarında rekabet edebilecek ulusal tekellerin ortaya çıkmasına izin verildiği söylenebilir.

Avrupa Birliği Antlaşması'nın devletin ekonomideki yerini teslim ederken kamu teşebbüslerini de aynı rejime tabi kılması ve üye devletlerin de bu rekabet kurallarına uymakla yükümlü olduğuna dair özel hüküm³² getirmesi, Avrupa ekonomisinin kamu veya özel teşebbüsler eliyle ancak teşebbüsler arası rekabet sınırlandırılmaksızın yeniden yapılandırılmasını sağlama politikasının bir görünümü olarak değerlendirilebilir. Avrupa'nın yeniden yapılanmasını büyük ölçüde tamamlamasıyla birlikte Avrupa Birliği tarafından 1989 yılında 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü³³ kabul edilerek, ortak pazarda tekelleşme yaratmak (hakim durum yaratmak veya mevcut bir hakim durumu güçlendirmek) suretiyle rekabeti sınırlayan yoğunlaşmalar (*concentrations*; dolayısıyla özelleştirmeler) yasaklanmış ve böylece Avrupa Birliği rekabet politikasının üçüncü ayağı da oluşturulmuştur. Bu tüzük, 2004 yılında yerini 139/2004 sayılı yeni Birleşme Tüzüğü'ne bırakmıştır.³⁴

1980'lerde Avrupa'da (özelleştirmelere paralel olarak) doğal tekellerde reform yapılması da gündeme gelerek, birleşme ve devralma kontrolünün yanı sıra ekonomik serbestleşme süreci de başlamıştır. Bu süreçte Avrupa Birliği'nde, kamunun hakim olduğu (özellikle doğal tekel niteliğindeki) piyasaların rekabete açılması ve piyasalarda rekabetin artırılmasına (serbestleşmeye) yönelik çeşitli

³⁰ Avrupa Birliği Antlaşması'nın ilk halinde md. 85 ve 86, sonraki halinde md. 81 ve 82., yeni halinde ise md. 101 ve 102 (Avrupa Birliği Antlaşması'nın madde numaraları son olarak, 13.12.2007 tarihinde imzalanan Lizbon Antlaşması ile değiştirilmiştir)

³¹ A.r., s. 12

³² Avrupa Birliği Antlaşması'nın ilk halinde md. 90., sonraki halinde md. 86., yeni halinde ise md. 106. madde (Avrupa Birliği Antlaşması'nın madde numaraları son olarak, 13.12.2007 tarihinde imzalanan Lizbon Antlaşması ile değiştirilmiştir). Bu hüküm hk. detaylı bilgi için bkz. İmre Selçuk, **AT Antlaşması'nın 86. Maddesi Çerçevesinde Münhasır Haklar ve Özel Haklar: Türk Rekabet Hukukuna Etkileri**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını, Şubat 2003

³³ Kabul tarihi: 21.12.1989, yürürlük tarihi: 21.09.1990

³⁴ Kabul tarihi: 20.01.2004, yürürlük tarihi: 01.05.2004

düzenlemeler yapılmış ve yapılmaya devam edilmektedir. Savaş sonrası Avrupası'nda ortaya çıkan ulusal tekellerin sınırlandırılmasının ve ortadan kaldırılmasının bir aracı olarak görülen özelleştirmeler³⁵ de, serbestleşme sürecinin bir parçası olarak gerek düzenleyici kurallar gerekse rekabet kuralları kapsamında denetime tabi tutulmaktadır. Bu bağlamda aşağıda özelleştirmelerin Avrupa Birliği'nde tabi olduğu rekabet denetimine ilişkin temel ilkeler özetlenecektir.

2.1.2. Avrupa Birliği'nde Özelleştirme Yoluyla Devralmalara İlişkin Temel İlkeler

Avrupa Birliği'nde özelleştirmeler, Birleşme Tüzüğü'nde açıkça düzenlenmemekle beraber, aşağıda açıklanacak temel ilkeler doğrultusunda Birleşme Tüzüğü kapsamında değerlendirilmektedir.

Eski/yeni Birleşme Tüzüğü'nün 3. maddesine göre; bir veya birkaç teşebbüs başka bir teşebbüsün kontrolünü elde ettiği takdirde yoğunlaşmanın (*concentration*) ortaya çıkmış sayılacağı düzenlenmiştir. Bu hükümde, devralınan teşebbüsün kamu veya özel olması hususunda bir ayrıma yer verilmediği dikkate alındığında, kamu teşebbüslerinin kontrolleri el değiştirecek şekilde özel teşebbüslerce devralınması da (yani özelleştirilmesi) bir yoğunlaşma sayılmaktadır. Bu bağlamda; Avrupa Birliği'nde özelleştirmeler, Birleşme Tüzüğü'ndeki koşullar çerçevesinde rekabet denetimine tabidir.

Avrupa Birliği'ndeki yoğunlaşma işlemlerinin (dolayısıyla özelleştirmelerin) Birleşme Tüzüğü kapsamında Avrupa Birliği Komisyonu ("**Komisyon**") tarafından *ex-ante* (ön) rekabet denetimine tabi tutulabilmesi için eski/yeni Birleşme Tüzüğü'nün 1. maddesinde öngörülen ciro eşiklerinden birinin aşılması gerekli ve yeterlidir. Bu eşiği aşmayan özelleştirmeler ise, üye ülkelerin ulusal rekabet hukuku kapsamında ulusal rekabet otoritelerince denetlenmektedir.

³⁵ Dünyada özelleştirme olgusunun, 1929 dünya ekonomik krizinin çözümü olarak kamu iktisadi teşebbüslerinin, 1970'li yıllarda yaşanan ekonomik krizin nedenini oluşturmasına bağlı olarak ortaya çıktığı hk. bkz. Yıldız, a.g.m., s. 558

Yeni Birleşme Tüzüğü'nün 4/5. maddesinde, 1. maddedeki eşikleri aşmayan bir yoğunlaşma işleminin en az üç üye ülkenin ulusal rekabet hukuku kapsamına girmesi halinde ulusal rekabet otoriteleri yerine Komisyon tarafından incelenmesinin ilgili kişi veya teşebbüslerce talep edilmesi imkanı getirilmiştir. Bu durumda Komisyon'un gerekçeli bildirimini tebliğ almalarından itibaren 15 iş günü içinde ilgili ulusal rekabet otoritelerinden herhangi biri tarafından itiraz edilmediği takdirde, söz konusu yoğunlaşma işlemi münhasıran Komisyon tarafından incelenmektedir.

Yeni Birleşme Tüzüğü'nün 22. maddesinde ise (maddenin eski tüzükteki haline kıyasla daha geniş bir düzenleme ile); bir veya birkaç üye ülkenin, Birleşme Tüzüğü'nün 1. maddesindeki eşikleri aşmayan bir yoğunlaşma işleminin üye ülkeler arasındaki ticareti etkilediği ve bu üye ülkelerde rekabeti önemli ölçüde etkileme riskini taşıdığı gerekçesiyle Komisyon tarafından incelenmesini talep etme imkanı düzenlenmiştir. Yeni Birleşme Tüzüğü'nün 12. giriş maddesinde belirtildiği üzere; bu düzenlemelerde, aynı yoğunlaşma işleminin üç veya daha fazla ülkede bildirilmesine bağlı olarak teşebbüslerin daha fazla emek ve maliyet sarf etmesinin ve hukuki belirsizliğin artmasının önlenmesi amacı gözetilmiştir. Ayrıca üye ülkelerde geçerli olan yoğunlaşma denetiminin Birleşme Tüzüğü ile yeterince uyumlu olmamasından kaynaklanabilecek sorunların da bu düzenlemeler ile aşılabileceği belirtilmektedir.³⁶

Birleşme Tüzüğü kapsamındaki bir yoğunlaşma işleminin (dolayısıyla özelleştirmenin) Avrupa Birliği ortak pazarıyla bağdaşmaz kabul edilerek yasaklanması için uygulanacak test açısından, eski ve yeni Birleşme Tüzüğü farklılık arz etmektedir. Eski Birleşme Tüzüğü md. 2/2'ye göre; hakim durum yaratan veya mevcut bir hakim durumu güçlendiren ve bunun sonucunda etkin rekabeti önemli ölçüde engelleyen yoğunlaşmaların ortak pazarla bağdaşmayacağı düzenlenmiştir. Bu hükümde iki aşamalı bir test benimsenerek, ilk olarak

³⁶ John P. Parisi, "A Simple Guide to the EC Merger Regulation: Updated to 1 January 2009", (Çevrimiçi), <http://www.ftc.gov/bc/international/docs/ECMergerRegSimpleGuide.pdf> (Erişim Tarihi: 10.09.2010), s. 5

yoğunlaşmanın hakim durum yaratması veya mevcut bir hakim durumu güçlendirmesi (ön) koşulu getirilmiş, ikinci olarak rekabetin önemli ölçüde engellenmesi koşulu öngörülmüştür. Bu test, hakim durum analizine dayanması nedeniyle “*hakim durum testi*” olarak anılmaktadır.

Yeni Birleşme Tüzüğü md. 2/3’te ise yoğunlaşmaların yasaklanmasının esas ve tek koşulu, etkin rekabetin önemli ölçüde engellenmesi olarak düzenlenirken; hakim durum yaratılması veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesi etkin rekabetin önemli ölçüde engellenmesi sonucunu doğurabilecek özellikli bir hal olarak düzenlenmiştir. Böylece bir yandan “*hakim durum testi*”ne ilişkin geçmiş uygulamalardan elde edilen birikim korunurken, hakim durum yaratmayan veya mevcut bir hakim durumu güçlendirmeyen, ancak rekabeti önemli ölçüde kısıtlayan yoğunlaşmaların da engellenmesinin önü açılmıştır.³⁷ Bu doğrultuda yeni Birleşme Tüzüğü’nün benimsediği test, “*rekabetin önemli ölçüde engellenmesi testi*”³⁸ olarak anılmaktadır.

Eski/yeni Birleşme Tüzüğü’nün 6/2. maddesinin 2. bendinde, Komisyon’un ilgili yoğunlaşmanın ortak pazarla bağdaşır hale gelmesi amacıyla ilgili teşebbüslerin verecekleri taahhütlere uymalarını sağlamak üzere şart ve yükümlülükler getirebileceği, başka bir deyişle şartlı izin verebileceği düzenlenmiştir. Bu noktada, Komisyon’un ilgili teşebbüsler açısından getireceği şart ve yükümlülüklerin, ilgili teşebbüslerin taahhütlerine uymalarını sağlamaya yönelik olduğuna dikkat çekilmelidir.

³⁷ Remzi Özge Arıttürk, *Birleşmelerin Kontrolünde Kullanılan Esasa İlişkin Test AB Deneyimi ve Türkiye İçin Çıkarımlar*, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını, Mayıs 2009, s. 41; Elina Fagerlund, “Collective Dominance under EC Merger Regulation No 139/2004” (Yayınlanmamıştır), 2005, (Çevrimiçi) [http://web2.jur.lu.se/internet/english/essay/masterth.nsf/0/DF327D8C5BFBF990C125701300648D73/\\$File/exam.pdf?OpenElement](http://web2.jur.lu.se/internet/english/essay/masterth.nsf/0/DF327D8C5BFBF990C125701300648D73/$File/exam.pdf?OpenElement), (Erişim tarihi: 10.09.2010), s. 35-37

³⁸ Avrupa Birliği’nde uygulanan “*rekabetin önemli ölçüde engellenmesi testi*” (SIEC test: significant impediment to effective competition test) ile A.B.D., Kanada, İngiltere, İrlanda, Avustralya, Yeni Zelanda, Güney Afrika ve Japonya’da uygulanan “*rekabetin önemli ölçüde azaltılması testi*” (SLC test: substantial lessening of competition test) arasındaki farklar hk. bkz. Orçun Şenyücel, “An Assessment of the Immediate and Possible Longterm Effects of the New Substantive Test”, Ankara, Ankara Law Review, Vol. 2, No. 2, 2005, (Çevrimiçi) <http://auhf.ankara.edu.tr/journals/alr-archive/ALR-2005-02-02/alr-2005-02-02-senyucel.pdf>, (Erişim tarihi: 10.09.2010), s. 172-175 ve Arıttürk, a.g.e., s. 10-12

2.1.3. Örnek Komisyon Kararları

Yukarıda kısaca açıkladığımız Avrupa Birliği rekabet politikası çerçevesinde, Komisyon'un özelleştirmelere ilişkin verdiği çeşitli kararlar aşağıda özetlenmiştir. Bunlardan Minol Özelleştirmesi kararı eski Birleşme Tüzüğü döneminde, diğer iki karar ise yeni Birleşme Tüzüğü döneminde verilmiştir.

- Minol Özelleştirmesi

1992 yılında Komisyon, Doğu Almanya'daki kamu varlıklarını özelleştirmek, yeniden yapılandırmak ve yönetmekle görevli Treuhandanstalt'ın elindeki Minol şirketinin Elf grubu tarafından özelleştirme yoluyla devralınması işlemine ilişkin yaptığı inceleme neticesinde; Elf'in petrol ürünleri rafine pazarı ile petrol ürünleri dağıtım pazarındaki payının özelleştirme sonrasında cüzi oranlarda artması nedeniyle hakim durum yaratılması veya güçlendirilmesinin söz konusu olmadığı sonucuna vararak işleme izin vermiştir.³⁹

Elf'in Treuhandanstalt ile yaptığı Yönetim Sözleşmesi'yle inşaatı beklenen yeni rafinerileri yönetme hakkını ele geçirmesi neticesinde bu rafinerilerin ürünlerini en uygun şartlarla tedarik ederek haksız bir rekabet avantajı kazanacağı yönündeki iddiayı değerlendiren Komisyon, Treuhandanstalt'ın düzenleyici fonksiyonunu dikkate alarak bu iddiayı benimsememiştir. Zira Elf, Treuhandanstalt ile yaptığı Yönetim Sözleşmesi'nde, tüm rafineriler için en uygun fiyatları vereceğini ve iştirakleri ile emsal değerinde ve ticari açıdan makul şartlar altında işlem yapacağını taahhüt ederken, Treuhandanstalt da Komisyon'a gönderdiği bir mektup ile Elf'in bu taahhütlerini iç ve dış (bağımsız) denetim usulleriyle denetleyeceğini belirtmiştir.⁴⁰

³⁹ Avrupa Birliği Komisyonu'nun 04.09.1992 tarih ve IV/M.235 sayılı Elf Aquitaine-Thyssen/Minol Kararı, (Çevrimiçi) http://ec.europa.eu/competition/index_en.html, (Erişim tarihi: 12.09.2010), s. 3-4 ve 7

⁴⁰ A.k., s. 5

Komisyona ayrıca, pazardaki olası gelişmelere bağılı olarak Elf'in rakiplerinin Doğu Almanya'da birkaç yıl boyunca Minol'ün depolarını kullanmaları gerekebileceğini dikkate alarak, Elf'in Minol'e ait depo tesislerini 2 yıl boyunca (rakip teşebbüs, kontrolü dışındaki sebeplerle alternatif depo kaynakları oluşturamadığı takdirde uzatılmak şartıyla) rakiplerine kullandırması yönünde bağılayıcı teklifler göndermesini talep etmiştir.⁴¹ Komisyona söz konusu özelleştirmeye izin vermesinde bu şartın yerine getirilmesi de dikkate alınmıştır.

- Slovenske Elektrarne Özelleştirmesi

2005 yılında Komisyona; İtalya, Romanya ve Bulgaristan'da elektrik üretimi, iletimi, dağıtım ve tedariki ile doğal gaz alım satımında faaliyet gösteren ve hisselerinin %58.2'si halka açık, %41.8'i ise İtalya Devleti'ne ait olan Enel'in, Slovakya'daki ana elektrik üreticisi ve tedarikçisi olan ve hisselerinin tamamı Slovak Ulusal Mülkiyet Fonu'na ait olan Slovenske Elektrarne'yi özelleştirme yoluyla devralma işlemine ilişkin yaptığı inceleme neticesinde, Enel'in Slovakya'da veya Orta Avrupa'da herhangi bir faaliyetinin bulunmaması ve dolayısıyla Enel ile Slovenske Elektrarne'nin faaliyetlerinde herhangi bir kesişme olmaması nedeniyle, söz konusu işlemin ortak pazarla bağıdaştığı sonucuna ulaşarak Enel'in Slovenske Elektrarne'yi devralmasına izin vermiştir.⁴²

- Avusturya Havayolları Özelleştirmesi

2009 yılında Komisyona, Lufthansa'nın Avusturya Havayolları'nın %85'lik hissesini özelleştirme yolu ile devralmasına ilişkin işleme, özelleştirme neticesinde etkin rekabetin önemli ölçüde engellenmesi neticesini doğurabilecek (hatta tekelleşme yaratacak) pazarlarda/hatlarda, Lufthansa'nın 3. teşebbüslerin pazara girmelerine, mevcut rakiplerin ise büyümelerine imkan sağlamak amacıyla özellikle bekleme

⁴¹ A.k., s. 6

⁴² Avrupa Birliği Komisyona'nın 26.04.2005 tarih ve COMP/M.3665 sayılı Enel/Slovenske Elektrarne Kararı, (Çevrimiçi) http://ec.europa.eu/competition/index_en.html, (Erişim tarihi: 12.09.2010), s. 1, 5-6

sürelerinden kaynaklanan sorunların giderilmesine yönelik verdiği taahhütlere uyması koşuluyla izin vermiştir.⁴³

Bu işlemin Türkiye'deki bazı hatları da ilgilendirmesi nedeniyle Rekabet Kurumu'na yapılan başvuru üzerine Rekabet Kurulu, işlem sonucunda Lufthansa'nun ilgili pazarlardaki pazar payının artmadığını veya ihmal edilebilir düzeyde arttığını dikkate alarak işleme oybirliği ile izin vermiştir.⁴⁴

2.2. Batı Avrupa Ülkeleri

2.2.1. Genel Değerlendirme

Dünyada 1970'lerin sonu ve 1980'lerde ortaya çıkan özelleştirme dalgası, öncelikle İngiltere olmak üzere Batı Avrupa ülkelerinden başlayarak dünyaya yayılmıştır. Batı Avrupa ülkelerinden Fransa, Almanya, İtalya, Belçika, Hollanda ve Lüksemburg Avrupa Birliği'nin kurucu üyesiyken, İngiltere 1973'teki ilk genişlemede (İrlanda ve Danimarka ile birlikte) üyeliğe kabul edilmiştir. Dolayısıyla Batı Avrupa'da 1980'lerden itibaren gerçekleşen özelleştirmeler, üye ülkelerin kendine has bazı uygulamalarına rağmen genel olarak Avrupa Birliği rekabet politikasının etkisi altında gerçekleştirilmiştir. Birleşme ve devralmalar (dolayısıyla özelleştirmeler) açısından bu etki, Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin iç hukukunda doğrudan uygulanabilir nitelikte olan 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü'nün 1989 yılında kabul edilmesiyle daha da somut hale dönüşmüştür. Dolayısıyla Batı Avrupa ülkelerindeki özelleştirmelerin rekabet denetimi, Birleşme Tüzüğü'nün kabul edilmesinden önceki ve sonraki özelleştirme uygulamaları arasındaki farklar göz önünde bulundurularak değerlendirilmelidir. Bu açıdan karşılaştırma yapma imkanı sunan İngiltere, İtalya ve Fransa özelleştirme uygulamaları aşağıda kısaca özetlenmektedir.

⁴³ Avrupa Birliği Komisyonu'nun 28.08.2009 tarih ve COMP/M.5440 sayılı Lufthansa/Austrian Airlines Kararı, (Çevrimiçi) http://ec.europa.eu/competition/index_en.html, (Erişim tarihi: 12.09.2010), özellikle bkz. s. 27-28, 30-31, 38-39, 70-75, 85-86

⁴⁴ Rekabet Kurulu'nun 13.04.2009 tarih ve 09-14/320-84 sayılı Avusturya Havayolları Kararı, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 10.09.2010), s. 5-8

2.2.2. İngiltere

Özelleştirme politikasının 1979 yılında benimsendiği İngiltere’de özelleştirmeler, kamu kuruluşlarının başarısız performansı nedeniyle gündeme gelmiş, rekabetin mevcut olmadığı piyasalarda rekabetin oluşturulmasının, rekabetin mevcut olduğu piyasalarda ise rekabet koşullarının yerleşmesi ile verimliliğin artırılmasının bir aracı olarak değerlendirilmiştir.⁴⁵ İngiltere’de özelleştirme politikasının benimsenmesini takiben; 1980’de kabul edilen rekabet kanunu (1948, 1956 ve 1973 yıllarında kabul edilen kanunlardan farklı olarak) rekabet politikasını ilk kez hükümet programının merkezi unsuru haline getirmiştir.⁴⁶

Bu gelişmelere paralel olarak; özelleştirme işlemlerinde kamu tekellerinin özel tekelere dönüşmesinin nasıl önlenebileceğine ilişkin geniş tartışmalar yaşanmış, bu bağlamda kamu tekellerinin bulunduğu piyasaların rekabete açılması ve tekel fiyatlarının devlet kontrolü altında tutulması amacıyla özellikle telekomünikasyon, gaz sanayi ve hava meydanları hizmetleri gibi doğal tekel niteliğindeki kamu kuruluşlarının özelleştirilmesinde regülasyon tedbirlerinin alınması gerektiğine dikkat çekilmiştir.⁴⁷ Bu doğrultuda İngiltere’de sektörel kanunlar çerçevesinde çeşitli düzenleyici kurumlar⁴⁸ oluşturulmuş ve bu kurumlar, diğer yetkilerinin yanı sıra rekabet otoritesi ile birlikte rekabet kanununu sektörel bazda uygulamakla yetkilendirilmiştir.⁴⁹

Buna rağmen, İngiltere’de çeşitli özelleştirme uygulamalarında, serbest rekabet için gerekli koşullar oluşturulamamıştır. Örneğin British Telecom özelleştirmesinde⁵⁰,

⁴⁵ Cevat Karataş, Ziya Öniş, **Dünyada Özelleştirme ve Türkiye**, İstanbul, TÜSES, Temmuz 1994, s. 8-9

⁴⁶ OECD, “United Kingdom – The Role of Competition Policy in Regulatory Reform”, 2002, (“**OECD – UK Competition Policy**”), (Çevrimiçi) <http://www.oecd.org/dataoecd/2/61/27068497.pdf>, (Erişim tarihi: 12.09.2010), s. 10

⁴⁷ Karataş-Öniş, **a.g.e.**, s. 13

⁴⁸ Bu düzenleyici kurumlar ve görevleri hk. bkz. Yaşar, **a.g.e.**, s. 92-93

⁴⁹ OECD – UK Competition Policy, s. 39

⁵⁰ British Telecom özelleştirilmeden önce posta hizmetleri bu şirketten ayrılmış, sadece telekomünikasyon hizmetleri özelleştirilmiştir. Bu ayrışma, sektörün rekabete açılması açısından başarılı bulunmaktadır. Bkz. Atasoy, **a.g.e.**, s. 198

British Telecom'un mevcut kapasitesinin rakip bir teşebbüse kiralık olarak kullanılması teklifinin hükümet tarafından reddedilmesi neticesinde telekomünikasyon sektöründe rekabet tesis edilememiştir. İkinci bir örnek British Gas özelleştirmesidir: British Gas, bölgesel olarak bölünmek yerine bir bütün olarak özelleştirilmiş, böylece gaz piyasasında fiili bir giriş engeli yaratılarak tekel gücü artırılmıştır. British Airways özelleştirmesinde ise, sektörel düzenleyici otorite tarafından hava hatlarının rekabetin tesis edilmesine imkan sağlayacak şekilde yeniden tahsis edilmesi yönünde görüş bildirilmişse de, bu görüş British Airways'in daha önce elinde tuttuğu hatlardan yoksun bırakılması halinde daha az çekici olabileceği endişesiyle hükümet tarafından reddedilmiştir.⁵¹

İngiltere'nin geçmişteki özelleştirme uygulamalarındaki bu olumsuz vakalar, sonraki bazı özelleştirme uygulamaları açısından yol gösterici olmuştur. Örneğin su tedariki sektöründeki tüm esaslı (30 milyon Pound üzeri) birleşme ve devralmaların özel kurallara tabi kılınarak, rekabet otoritesi denetiminin zorunlu hale getirilmesi geçmişteki özelleştirme sonrası deneyimlerin bir sonucudur. Nitekim İngiltere rekabet otoritesi, yabancı kamu teşebbüslerinin yeni özelleştirilmiş İngiliz su şirketlerini devralmak istemesi üzerine yaptığı incelemede, bu devralmaların pek çoğunu kamu menfaatine aykırı bulmuştur.⁵²

2.2.3. İtalya

Yakın tarihli bir araştırma yazısında; pek çok kaynakta göz ardı edilmekle beraber dünyadaki ilk büyük ölçekli özelleştirmelerin İtalya'da faşizmin hakim olduğu 1922–1925 yılları arasında gerçekleştirildiği, ancak bu dönemdeki özelleştirme politikasının, (dönemin faşist politikalarının sonucu olarak) piyasaların serbestleşerek rekabete açılmasını ve daha rekabetçi olmasını sağlama amacını taşımadığı, aksine devletin özelleştirmelerin ardından piyasaya rakiplerin girmesini yasaklayan düzenlemeler yoluyla özel tekellerin yaratılmasını teşvik ettiği, böylece

⁵¹ Karataş-Öniş, a.g.e., s. 18-20

⁵² OECD – UK Competition Policy, s. 44

piyasalar üzerindeki devlet kontrolünün ve etkisinin artarak devam ettiği ifade edilmektedir.⁵³ II. Dünya Savaşı sonrasında İtalya’da gözlemlenen devletleştirme politikasının, ekonomik kalkınma ve dengeli gelişmeyi sağlamanın bir aracı olduğu ve yüksek yatırım gerektiren sektörleri desteklemek amacını taşıdığı belirtilirken; II. Dünya Savaşı öncesinde oluşturulan özel sektör piyasalarının başarısızlığının, devletleştirme politikasının ortaya çıkmasında dolaylı da olsa etkisinin olduğu reddedilmemektedir.⁵⁴ Bu açıdan II. Dünya Savaşı sonrasındaki devletleştirme politikasının, faşist döneme ait iktisadi uygulamaların bir tasfiyesi olduğu da söylenebilir.

İtalya’da 1970’li yıllardaki özelleştirmeler, finansal dengesizlikler gösteren firmaların elden çıkarılması şeklinde gerçekleştirilirken, 1980’li yıllardaki özelleştirmeler finansal yapılandırmanın bir aracı olarak gerçekleştirilmiştir.⁵⁵ Bu özelleştirmelere rağmen, 1990’ların başına gelindiğinde İtalya’daki kamu işletme sektörü, başlıca OECD ülkelerinden daha yaygındı.⁵⁶

Avrupa Birliği’nde 1989 yılında 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü’nün kabul edilmesinin ardından İtalya, ilk kapsamlı rekabet kanununu 1990 yılında kabul ederek iç hukukunu Avrupa rekabet mevzuatına uygun hale getirmiştir.⁵⁷ Böylece İtalya’daki geniş kamu işletme sektörü, bu tarihten itibaren rekabet denetimi altında özelleştirilmiştir.

Örneğin 2000 yılında İtalyan Rekabet Otoritesi, İtalya’daki paralı yollardaki perakende ve yiyecek-içecek tesislerinin pek çoğunu işleten Autogrill’in, bu paralı yolları işleten ve bu yollardaki tesisleri sözleşmeli olarak 3. kişilere işlettiren

⁵³ Germa Bel, “The First Privatization: Selling SOEs and Privatizing Public Monopolies in Fascist Italy (1922-1925)”, (Çevrimiçi) <http://www.ehs.org.uk/ehs/conference2010/Assets/BelFullPaper.pdf>, (Erişim tarihi: 12.09.2010), s. 3-4 ve 16

⁵⁴ Karataş-Öniş, a.g.e., s. 30

⁵⁵ A.e., s. 32-33

⁵⁶ Andrea Goldstein, “Privatization in Italy 1993-2002: Goals, Institutions, Outcomes, and Outstanding Issues”, http://www.ifo.de/pls/guestci/download/CESifo%20Working%20Papers%202003/CESifo%20Working%20Papers%20April%202003/cesifo_wp912.pdf, (Erişim tarihi: 12.09.2010), s. 3

⁵⁷ OECD, “Italy – The Role of Competition Policy in Regulatory Reform”, 2000, (Çevrimiçi) <http://www.oecd.org/dataoecd/12/41/34427226.pdf>, (Erişim tarihi: 12.09.2010), s. 6

Autostrade'yi özelleştirme yoluyla devralma işlemini incelemiştir. İtalyan Rekabet Otoritesi, dikey bütünleşme yaratacak olan bu özelleştirmeye (i) Autostrade'nin, yiyecek-içecek tedariki (catering) hizmetlerini, bağımsız bir tarafın denetimi altında, şeffaf ve rekabetçi ihale usulleriyle alt lisans vermek suretiyle sağlaması ve (ii) Autogrill'in, otoyollardaki hizmet noktalarını sayıca arttırmamayı taahhüt etmesi şartlarıyla izin vermiştir.⁵⁸

2.2.4. Fransa

Fransa'da birleşme ve devralmalara ilişkin kontrol mekanizması, 1977 tarihli kanun ile oluşturulmuş, 1986 ve 2001 yıllarındaki iki önemli reform ile geliştirilmiştir.⁵⁹ Dolayısıyla Fransa'da uzun süren bir devletleştirilenin ardından 1986 yılında özelleştirmeler başladığında⁶⁰ halihazırda bir birleşme ve devralma kontrol mekanizması bulunmaktaydı. Bundan birkaç yıl sonra Avrupa Birliği'nde 1989 tarihli Birleşme Tüzüğü'nün kabul edilmesinin ardından Fransa'daki özelleştirmeler, gerek ulusal ölçekte gerekse Avrupa Birliği ölçeğinde (İtalya'da olduğu gibi) rekabet denetimi altında gerçekleşmiştir.

Devletin ekonomiye müdahalesinin geçmişte ekonomi politikasının önemli bir unsurunu oluşturduğu Fransa'da, 1980'lerden bu yana gerçekleştirilen iki özelleştirme programına rağmen, devletin ekonomiye doğrudan katılımı yüksektir.⁶¹ Gerçekten de 2003 yılı itibarıyla; büyük alt yapı şirketleri olan EDF, GDF, La Poste, SNCF, RATP ile savunma ürünleri üreticisi GIAT ve uçak motoru üreticisi SNECMA ile Air France, France Telecom, Renault ve Thales gibi şirketler de dahil

⁵⁸ A.r., s. 17

⁵⁹ DGCCRF, Lignes Directrices Relatives au Controle des Concentrations, Procedure et Analyse (İngilizce versiyonu), Preamble, (Çevrimiçi) http://www.dgccrf.bercy.gouv.fr/concurrence/concentrations/lignesdirectrices_2007_anglais.pdf, (Erişim tarihi: 12.09.2010); Karataş-Öniş, a.g.e., s. 23

⁶⁰ Michel Berne, Gerard Pogorel, "Privatisation Experiences in France", CESifo DICE Report 1/2005, (Çevrimiçi) <http://www.ifo.de/pls/guestci/download/CESifo%20DICE%20Report%202005/CESifo%20DICE%20Report%201/2005/dicereport105-forum5.pdf>, (Erişim tarihi: 12.09.2010), s. 33

⁶¹ OECD, "France – The Role of Competition Policy in Regulatory Reform", 2003, (Çevrimiçi) <http://www.oecd.org/dataoecd/52/60/31415943.pdf>, (Erişim tarihi: 12.09.2010), s. 3

olmak üzere⁶² toplam 1.447 şirket hala devletin elinde veya kontrolündeydi.⁶³ Avrupa Birliği'nde 2004 yılında kabul edilen yeni Birleşme Tüzüğü'nü izleyen Fransa'da⁶⁴, bu değişikliğin ardından özelleştirme işlemleri de, “*rekabetin önemli ölçüde engellenmesi testi*”ne tabi hale gelmiştir.

2.3. Orta ve Doğu Avrupa Ülkeleri

2.3.1. Genel Değerlendirme

1989–1990 yıllarında komünizmin çöküp Sovyetler Birliği'nin dağılmasıyla birlikte Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinde merkezi planlı ekonomiden serbest piyasa ekonomisine geçilmiştir. Bu siyasi ve ekonomik dönüşüm sürecinde özelleştirmeler, Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinde ekonomik ve sosyal yapının en temel ve belirleyici aktörü olan devletin merkezi gücünün azaltılmasının başlıca aracı olmuştur.⁶⁵

Orta ve Doğu Avrupa ülkelerindeki özelleştirmelerde; yeniden özelleştirme (mülklerin eski sahiplerine iadesi), küçük veya ön özelleştirme (devlet işletmelerinin parçalanıp özelleştirilmesi) ve yeni özel girişimler kurulması, halka bedava hisse senedi dağıtılması, işçilerin mülkiyet sahibi (hissedar) yapılması, “*aktif*” özelleştirme (devlet kurumlarının kararname yoluyla “*yukarıdan aşağıya*” gerçekleştirdiği özelleştirme) ve “*spontan*” özelleştirme (işletme yönetici ve müdürlerinin işletmeleri devralması) gibi çeşitli özelleştirme modelleri uygulanmıştır.⁶⁶ Aktif ve spontan özelleştirme haricindeki özelleştirme modelleri,

⁶² A.r., s. 33; Berne-Pogorel, a.g.m., Tablo 2, s. 36

⁶³ Berne-Pogorel, a.g.m., s. 33

⁶⁴ DGCCRF, Lignes Directrices Relatives au Controle des Concentrations, Procedure et Analyse (İngilizce versiyonu), md. 3; Arıtürk, a.g.e., s. 12

⁶⁵ Tarık Demirkan, “1995 Başlarında Doğu Avrupa’da Özelleştirme”, *Doğu Avrupa’da Özelleştirme: Alternatifler, Çıkarlar, Yasalar*’ın içinde, Ervin Apathy ve diğerleri, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, Nisan 1995, s. 7

⁶⁶ Bu yöntemler hakkında detaylı bilgi için bkz. Kalman Mizsei, “Orta ve Doğu Avrupa’da Özel Sektörün Yeniden Doğuşu”, *Doğu Avrupa’da Özelleştirme: Alternatifler, Çıkarlar, Yasalar*’ın içinde, Ervin Apathy ve diğerleri, Çev: Tarık Demirkan, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, Nisan 1995, s. 23 vd.

sermayenin tabana yayılmasını teşvik etmek suretiyle sermayenin belli bir özel kesimin elinde toplanması ve böylece devlet tekellerinin özel tekelere dönüşmesi riskini azaltmaktaydı.

Bazı Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinde, rekabetin korunmasına dair kanunlar, özelleştirme süreci ile eş zamanlı olarak kabul edildiğinden özelleştirmeler belli ölçüde rekabet denetimine tabi olabilmıştır. Nitekim bu doğrultuda ilk adımı atan ülkeler, özelleştirmelerin başladığı 1990 ve 1991 yıllarında rekabetin korunmasına dair kanunların kabul edilerek yürürlüğe girdiği Polonya, Macaristan ve Çekoslovakya olmuştur.⁶⁷ Doğu Almanya, Batı Almanya ile birleşmesinin ardından, Polonya, Macaristan, Çek Cumhuriyeti ve Slovak Cumhuriyeti ise 01.05.2004 tarihinde Avrupa Birliği'ne tam üye olduklarında Avrupa Birliği rekabet mevzuatına (yoğunlaşma rejimine) tabi hale gelmiştir.

Bu bağlamda aşağıda Orta ve Doğu Avrupa'daki özelleştirmelerin rekabet denetimi ile ilgili olarak; Polonya, Macaristan, Çek Cumhuriyeti, Slovak Cumhuriyeti ve Doğu Almanya'nın deneyimleri özetlenecektir.

2.3.2. Polonya

Polonya'da rekabet kanununu uygulamak üzere 1990 yılında kurulan Anti Tekel Ofisi, özelleştirmelerin rekabet denetiminde aktif bir rol üstlenmiştir. Nitekim Anti Tekel Ofisi, 1991–1995 döneminde özelleştirme uygulamalarına ilişkin olarak 1.500 tane görüş vermiştir. Anti Tekel Ofisi'nin görüşleri bağlayıcı olmamakla beraber, hakim durumunu sıklıkla kötüye kullanan firmaların bölünmesi kararını verme hususunda bağımsız yetkisi bulunması nedeniyle, Anti Tekel Ofisi'nin özelleştirmelere ilişkin itirazlarının –aksi örnekleri olmakla birlikte– genellikle dikkate alındığı ifade edilmektedir.⁶⁸

⁶⁷ Russell Pittman, "Competition Law in Central and Eastern Europe: Five Years Later", (Çevrimiçi) <http://cplaw.cupl.edu.cn/upload/05070108596191.pdf>, (Erişim tarihi: 12.09.2010), s. 2

⁶⁸ OECD, "Regulatory Reform in Poland From Transition to New Regulatory Challenges" ("OECD – Poland Regulatory Reform"), (Çevrimiçi) <http://www.oecd.org/dataoecd/50/62/1940078.pdf>, (Erişim tarihi: 12.09.2010), s. 11

1996 yılında (tüketicinin korunması görevini de üstlenmesiyle birlikte) Rekabet ve Tüketicinin Korunması Ofisi adını alan kurumun⁶⁹ özelleştirme sürecine katılımı, 2002 yılına gelindiğinde (özelleştirme işleminin “yoğunlaşma” olarak değerlendirilerek birleşme ve devralma denetimine tabi olmasına kadar) gayri resmi ve kamuya kapalı olarak gerçekleşmekte; petrol, votka, çelik ve kömür gibi piyasalar özelleştirilmeyi beklemekteydi.⁷⁰ Bununla birlikte 10 yıllık süre zarfında Polonya’da 4.000 kamu kuruluşu özelleştirilerek, gayrisafi milli hasılanın %60’ının özel sektör tarafından üretilmesi sağlanmıştır.⁷¹

Rekabet ve Tüketicinin Korunması Ofisi tarafından 1998’de hazırlanan Tekellerin Ortadan Kaldırılması ve Rekabetin Güçlendirilmesi başlıklı hükümet programında, devlet tekellerinin ortadan kaldırılmasına rağmen rekabetin yeterli seviyede olmadığı sektörler (kömür, tren, otobüs, şeker v.s.) tespit edilmiş; elektrik enerjisi, gaz, telekomünikasyon, raylı ulaşım, posta hizmetleri ve petrol gibi teknolojik ve düzenleyici değişiklikler vasıtasıyla rekabetçi hale dönüşebilecek tekelleşmiş sektörlerle yönelik eylem planları oluşturulmuştur.⁷²

2.3.3. Macaristan

1991’de faaliyetine başlayan Macaristan Rekabet Ofisi, 1997’ye kadar özelleştirme idaresi toplantılarına “*daimi davetli*” olarak katılarak, özelleştirme uygulamalarında (veto yetkisinden yoksun olarak) sadece istişari bir rol üstlenmiştir. 1997 itibarıyla tüm özelleştirme işlemleri, Macar Rekabet Kanunu’nun yoğunlaşmalara ilişkin kuralları kapsamına alınmıştır.

Özelleştirmelerin sonuçları kimi vakalarda tezat sonuçlar vermiştir. Örneğin şeker rafinajı ve yol inşaatı sektörleri, özelleştirme sonrasında çok yoğunlaşmış iken; bölgesel gruplaşmaların (ileride daha etkin ve rekabetçi şekilde bir araya

⁶⁹ A.r., s. 9

⁷⁰ A.r., s. 11

⁷¹ Yüksel Yalova, *Türkiye-Avrupa İlişkileri Işığında Özelleştirme*, Ankara, Nobel Yayın Dağıtım, Ocak 2005, s. 195

⁷² OECD – Poland Regulatory Reform, s. 12

gelebilecekleri düşüncesiyle) tekil satış noktalarına dönüştürülmesi çok parçalı bir sektörün oluşmasına yol açmıştır. Özelleştirme, devletin süt fiyatlarını desteklemesi neticesinde aşırı üretimin ortaya çıktığı süt işleme sektöründe olduğu gibi bazı sektörlerdeki aşırı kapasiteyi ortadan kaldıramamış, bitkisel yağ ile tel/kablo sektörlerinde özelleştirilen teşebbüsler pazar güçlerini muhafaza etmiştir. Özelleştirme öncesi bölünmenin/parçalanmanın gerçekleştirildiği tütün ve dondurulmuş gıda sektörlerinde ise pazar gücünden doğan sorunların oluşması engellenebilmiştir. 10 yıllık özelleştirme sürecinde bazı devlet işletmeleri, faaliyet göstermeye devam ettikleri özel sektörlerin bazılarında rekabeti bozabilecek pazar gücünü korurken, bazı sektörlerde piyasa şartlarına özel teşebbüslerden daha iyi adapte olabilmıştır.⁷³

Dolayısıyla, özelleştirmenin açık rekabet koşullarında gerçekleşmesini öngören Macaristan Birinci Özelleştirme Planı'nda benimsenen “*özelleştirmelerin iyi bir hazırlık dönemi geçirilerek yapılması*” hedefinin sürdürülebilir olmayabileceği endişesinin⁷⁴ bir ölçüde gerçeği yansıttığı savunulabilir. Buna rağmen; İngiltere modeli çerçevesinde devlet işletmelerinin tek tek özelleştirilmesi yöntemini benimseyen Macaristan'ın, Orta ve Doğu Avrupa ülkeleri içinde özelleştirme konusunda en başarılı ülke olarak kabul edildiği ifade edilmektedir.⁷⁵

2.3.4. Çek Cumhuriyeti

Çek Cumhuriyeti'nde 1991 yılında faaliyete geçen İktisadi Rekabetin Korunması Ofisi'nin 1992 yılında İktisadi Rekabet Bakanlığı'na dönüştürülmesiyle, özelleştirme sürecine doğrudan müdahale edebilme imkanı sağlanmıştır.⁷⁶ Bakanlığın amacı, tekel ve hakim durumdaki teşebbüslerin ortadan kaldırılması veya

⁷³ OECD, “Hungary – The Role of Competition Policy in Regulatory Reform”, 1999, (Çevrimiçi) <http://www.oecd.org/dataoecd/3/45/2497293.pdf>, (Erişim tarihi: 12.09.2010), s. 8

⁷⁴ Istvan Csillag, “Macaristan”, *Doğu Avrupa'da Özelleştirme: Alternatifler, Çıkarlar, Yasalar*'ın içinde, Ervin Apathy ve diğerleri, Çev: Tarık Demirkan, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, Nisan 1995, s. 109

⁷⁵ Yalova, a.g.e., s. 192

⁷⁶ OECD, “Czech Republic – The Role of Competition Policy in Regulatory Reform”, 2001, (Çevrimiçi) <http://www.oecd.org/dataoecd/3/23/2497276.pdf>, (Erişim tarihi: 12.09.2010), s. 7

piyasa güçlerinin azaltılması ve yenilerinin ortaya çıkmasının engellenmesi yoluyla, rekabetçiliği artırmak ve rekabet ortamının gelişimini sağlamaktır.⁷⁷

1996 yılında idari yapılanmanın yeniden organize edilerek özelleştirme bakanlığının kapatılmasına paralel olarak, İktisadi Rekabet Bakanlığı da tekrar ofis haline dönüşmüştür.⁷⁸ İktisadi Rekabetin Korunması Ofisi, 2001 yılı itibariyle Özelleştirme Komisyonu'na kamuya kapalı görüşler sunmak suretiyle özelleştirme sürecine doğrudan katılmaktaydı. Bunun yanı sıra, Çek Rekabet Kanunu'nda özelleştirme sürecinde devlet tekellerinin özel tekelere dönüştürülemeyeceği ve devlet mülklerinin, hakim durum yaratacak şekilde özel veya devlet teşebbüslerine devredilemeyeceği yönünde hükümler bulunmaktaydı. Nitekim Ofis, otobüs firmalarının özelleştirilmesinde (dikey bütünleşik yapıdan kaynaklanabilecek rekabet ihlallerini engelleyebilmek için) otobüs terminallerinin devlet elinde bırakılmasını savunmuş, hammadde tedarikini kapatarak kimya sektörüne girişi engelleyebileceği düşüncesiyle kimya sektöründeki bir holding şirketin bünyesine boru hattı dahil etmesine karşı çıkmıştır.⁷⁹

OECD'nin 2001 yılı raporunda; Çek Cumhuriyeti'ndeki özelleştirme sürecinin bazı potansiyel rekabet sorunları ortaya çıkardığı, bu bağlamda bankalar ile özelleştirme yatırım fonları arasındaki sermaye bağlantılarının ürün piyasasındaki rekabeti etkileyebilecek şekilde danışıklılık veya uyumlu eylemler ortaya çıkarabileceği ifade edilmiştir. Bu bağlamda; 1998 yılına kadar iki bankanın yatırım fonlarının bir ihraççının %40 hissesini birlikte kontrol etmesinin (hukuki kontrol teşkil etmese de) yönetimde fiilen “etki” sahibi olunması için yeterli olmasına rağmen, bu tür işlemlerin İktisadi Rekabetin Korunması Ofisi'ne bildirilmesinin gerekmediğine dikkat çekilmiştir.⁸⁰

OECD'nin 2008 yılı raporunda ise, Çek Cumhuriyeti'nde network hizmetleri sektöründeki özelleştirmeler hariç pek çok özelleştirme işleminde, diğer

⁷⁷ A.r., s. 8

⁷⁸ A.r., s. 7-8

⁷⁹ A.r., s. 8

⁸⁰ A.r., s. 9

piyasalardaki yatırımcılar tarafından malvarlığı devralmaları yoluyla piyasaya yeni girişler sağlandığı ve özelleştirme sonrasında esaslı rekabet sorunları ile karşılaşmadığı belirtilmiş, Societe General – Komerční Banka devralması buna örnek gösterilmiştir. Bununla birlikte; raporda bu tespitin bir istisnası olarak ağır sanayi sektöründe gerçekleşen bir özelleştirmeden bahsedilmiştir: Çek Cumhuriyeti'ndeki bir çelik firmasına ait üretim birimlerinin, biri entegre olma özelliğini koruyan iki ayrı parçaya bölünerek özelleştirilmesi sonrasında, entegre olmayan işletme sahipleri fiyat sıkıştırmasından şikayetçi olurken, entegre işletme, uyguladığı fiyat politikası ile ilgili olarak Ofis'e menfi tespit başvurusu yapmıştır.⁸¹

OECD'nin 2008 yılı raporunda; İktisadi Rekabetin Korunması Ofisi'nin, elektrik ve doğal gaz sektörlerinin yeniden yapılandırılması ve özelleştirilmesi ile ilgili verdiği kararlar da aktarılmaktadır. Rapora göre; Ofis, elektrik sektörünün yeniden yapılandırılması sırasında, dağıtım zincirinin tek elde toplanması yoluyla yeni bir tekel yaratılmasına karşı çıkmakla birlikte, bölgesel elektrik dağıtım şirketlerinin pek çoğunun devlet kontrolündeki bir teşebbüse (CEZ) devredilmesine şartlı olarak izin vermiştir. Ofis, devralan teşebbüse, tekel iletim şebekesindeki payının kısmen bölünmesi, üç enerji şirketine sahip olduğu payları kısmen satması, üçüncü bir teşebbüsten devraldığı beş dağıtım firmasının birini elden çıkarması koşullarını getirmiş; bunlardan sonuncu koşulu daha sonra geri alarak, bunun yerine toptan piyasada rakip distribütörlere enerji temin etmek üzere elektrik terminalleri yapma yükümlülüğünü öngörmüştür.⁸²

İktisadi Rekabetin Korunması Ofisi, doğal gaz sektöründe dikey bütünleşik bir ulusal tekel yaratan özelleştirmeye (RWE Gas AG-Transgas) de yine şartlı olarak izin vermiştir. Söz konusu devralmada Ofis, devralan teşebbüse, ülkenin tek gaz üreticisi olan ve gaz alanları depolama amacıyla kullanılabilen işletmeyi devralmaması ve 5 yıl boyunca elektrik enerjisi ve ısıtma sektörlerinde herhangi bir yatırım veya devralma yapmaması koşullarını getirmiştir. İktisadi Rekabetin

⁸¹ OECD, "Czech Republic – The Role of Competition Policy in Regulatory Reform", 2008, (Çevrimiçi) <http://www.oecd.org/dataoecd/44/28/41165822.pdf>, (Erişim tarihi: 12.09.2010), s. 25

⁸² A.r., 24 ve 43

Korunması Ofisi, Enerji Regülasyon Ofisi'nin piyasadaki fiyatları düzenleyeceğini, bunun pazar gücünün sömürülmesini engellerken, daha geniş ölçüğe kavuşan işletmenin sabit fiyata dayalı uzun süreli sözleşmeler çerçevesinde daha iyi hizmet ve ürünler sunacağı hususlarını dikkate almıştır.⁸³

2.3.5. Slovak Cumhuriyeti

Çekoslovakya'nın 1993 yılında Çek Cumhuriyeti ve Slovak Cumhuriyeti olarak ikiye bölünmesinin ardından, Çekoslovakya mevzuatı her iki devlet çatısı altında uygulanmak üzere birbiriyle özdeş iki ayrı mevzuata dönüşmüştür.⁸⁴ Ancak 1993'teki bu bölünmenin ardından Slovak Cumhuriyeti'nde özelleştirme uygulamaları, Çek Cumhuriyeti'nden farklı yönde seyretmiştir. 1993–1998 dönemi, özelleştirme sürecindeki şeffaflık eksikliğinden yararlanılarak devlet işletmelerinin hükümetteki parti yandaşlarına peşkeş çekilmesi nedeniyle, Slovak ekonomisini uzun yıllar sıkıntıya sokan pek çok özelleştirme skandalı ile anılmaktadır.⁸⁵ Nitekim Çekoslovakya'nın bölünmesinden önce Çek ve Slovak Cumhuriyetleri'nin her birinde kamu mülklerinin %30'u özelleştirilmiş iken, 1994 sonu itibarıyla Çek Cumhuriyeti'nde bu oran %80'e çıkmış, Slovak Cumhuriyeti'nde ise %37'de kalmıştır.⁸⁶

Slovak Cumhuriyeti'nde kamu tekellerinin özelleştirilmesine ilişkin ilk yasal düzenleme olan stratejik şirketlerin özelleştirilmesine ilişkin kanun 1995 yılında kabul edilmiştir. Bu kanun devlet işletmelerini, özelleştirilemeyecek kamu tekelleri (gaz üretimi, elektrik üretimi, dağıtım ve iletimi, eczacılık, posta ve telekomünikasyon, silah ve genel mühendislik, tarım, orman ve su yönetimi, raylı ulaşım ve petrol nakliyesi sektörlerindeki şirketler) ve devlet kontrolünün muhafaza edileceği stratejik şirketler olmak üzere iki gruba ayırmaktaydı. 1998 sonunda

⁸³ A.r., s. 24-25 ve 44

⁸⁴ Pittman, a.g.m., s. 2

⁸⁵ Martin Chren, "Privatization in the Slovak Republic", (Çevrimiçi) <http://www.wdi.umich.edu/files/Publications/PolicyBriefs/2006/PB30.pdf>, (Erişim tarihi: 12.09.2010), s. 7. Çek Cumhuriyeti'nin 1993-1998 dönemine ait özelleştirme süreci hk. özet bilgi için bkz. a.m., s. 8

⁸⁶ Rudolf Autner, "The National Property Fund and Privatization in Slovakia", (Çevrimiçi) <http://www.jeffersoninst.org/Documents/SlovakiaPrivatization.pdf>, (Erişim tarihi: 12.09.2010), s. 21

herhangi bir kamu tekeli özelleştirilmemiş olmakla birlikte, 45 stratejik şirketin 35'i özelleştirilmişti.⁸⁷

1998'deki hükümet değişikliğinin ardından 1999 yılında, stratejik şirketlerin özelleştirilmesine ilişkin kanunda bazı değişiklikler yapılarak kamu tekeli niteliğini taşıyan şirketler yeniden belirlenmiştir. Bu kapsamdaki şirketlerden Slovak Telekom'un %51 hissesi, sabit hatlar piyasasındaki tekel konumu 01.01.2003 tarihinde sona ermek üzere, Alman Deutsche Telekom'a satılmış, ancak belirtilen tarihe kadar piyasada etkin rekabet koşulları sağlanamadığından Slovak Telekom'un hakim durumu devam etmiştir.

Telekomünikasyon sektöründeki bu özelleştirmeyi, enerji sektöründe faaliyet gösteren şirketlerden Transpetrol'ün %49 oranındaki hissesinin Rus şirketi Yukos'a, Slovensky Plynarensky Priemysel'in %49 oranındaki hissesinin ise Alman Ruhrgas, Fransız Gas de France ve Rus Gazprom'dan oluşan üçlü konsorsiyuma satılması izlemiştir. Raylı taşıma sektöründeki kamu tekeli ise, 2002 yılında raylı şebeke işleticisi ve raylı taşıma şirketi olmak üzere ikiye bölünmüş, ardından raylı taşıma şirketi de kendi içinde yolcu taşıma ve kargo taşıma şirketi olarak ikiye bölünerek, kargo taşıma şirketinin 2005 yılında özelleştirme süreci başlatılmıştır.⁸⁸

2.3.6. Doğu Almanya

Doğu Almanya'da, diğer Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinden farklı olarak, devlet işletmeleri 1990 yılında Treuhandanstalt adıyla kurulan, özelleştirmeden sorumlu tek bir holding şirket çatısı altında toplanmıştı.⁸⁹ Batı Almanya'daki sermaye

⁸⁷ Chren, a.g.m., s. 10

⁸⁸ A.m., s. 12

⁸⁹ Lauren Bloomstein, "Privatization in Former East Germany", (Çevrimiçi) <http://www.lehigh.edu/~incntr/publications/perspectives/v14/bloomstein.pdf>, (Erişim tarihi: 12.09.2010), s. 3. Treuhandanstalt dahil olmadan gerçekleştirilen özelleştirmeler hk. bkz. Uwe Siegmund, "Was Privatization in Eastern Germany a Special Case? Some Lessons from the Treuhand", (Çevrimiçi) <http://wdi.umich.edu/files/publications/workingpapers/wp85.pdf>, (Erişim tarihi: 12.09.2010), s. 21-23

birikimi dikkate alınarak doğrudan (toplu) satış yönteminin⁹⁰ tercih edildiği Doğu Almanya'da⁹¹, 1994 sonu itibariyle devlet işletmelerinin tamamına yakını özelleştirilmiş ve böylece Treuhandanstalt işlevini tamamlamıştı.⁹²

Devlet mülkiyetinde bırakılan işletmeler ise ya doğal tekel niteliğini taşımakta (örneğin raylı ulaşım, telekomünikasyon, elektrik üretimi ve dağıtımı, su tedariki işletmeleri) ya da kamu malı/hizmeti üretimi (örneğin belediye, adalet, emniyet ve sosyal güvenlik hizmetleri) ile iştigal etmekte olup,⁹³ Avrupa Birliği rekabet denetimi kapsamında özelleştirilmektedir.

⁹⁰ Doğrudan (toplu) satış yönteminde, potansiyel alıcılar teklifleri ile birlikte özelleştirilecek firmaya ilişkin girişim planları sunmakta ve teklifleri sadece satış bedeline değil, bu girişim planlarına dayanarak kabul veya reddedilmektedir. Bkz. Harald Hau, "Privatization under Political Interference: Evidence from Eastern Germany", (Çevrimiçi) <http://www.haraldhau.com/co51c.pdf>, (Erişim tarihi: 12.09.2010), s. 3

⁹¹ Hans Werner Sinn, "Privatisation in East Germany", (Çevrimiçi) <http://www.nber.org/papers/w3998.pdf>, (Erişim tarihi: 12.09.2010), s. 7

⁹² Demirkan, a.g.y., s. 9

⁹³ Siegmund, a.g.m., s. 6

3. TÜRKİYE’DE ÖZELLEŞTİRMELERE İLİŞKİN MEVZUATIN GELİŞİMİ

3.1. Anayasal Çerçeve

Türkiye’de özelleştirmelerin anayasal dayanağını, Anayasa md. 47 oluşturmaktadır. Bu maddeye göre;

“Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kaldığı hallerde devletleştirilebilir.

Devletleştirme gerçek karşılığı üzerinden yapılır. Gerçek karşılığın hesaplanma tarzı ve usulleri kanunla düzenlenir.

Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir.

Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir.”

Anayasa’nın 47. maddesine 13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun ile eklenen son iki fıkra, özelleştirmeleri açıkça düzenlemektedir. Ancak Anayasa md. 47, bu son iki fıkra eklenmeden önce de Anayasa Mahkemesi’nin içtihatları doğrultusunda özelleştirmelerin dayanağını oluşturmaktaydı. Nitekim halen yürürlükte olan 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun (“Özelleştirme Kanunu”) Anayasa md. 47’nin son iki fıkrasının kabulünden yaklaşık 5 yıl önce 27.11.1994 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu bağlamda Anayasa md. 47’ye eklenen son iki fıkra (özellikle anılan maddenin 3. fıkrası) ile, Anayasa Mahkemesi içtihatlarının Anayasa’ya yansıtıldığı savunulabilir.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa md. 47'nin son iki fıkrası kabul edilmeden önce verdiği çeşitli kararlarda¹, özelleştirme konusunun Anayasa'da özel olarak düzenlenmemiş olmasının özelleştirmenin yasaklandığı anlamına gelmediği ve Anayasa'da doğrudan özelleştirmeye ilişkin kurallar bulunmamasının yasa koyucunun –Anayasa'nın genel ilkelerine aykırı olmamak koşuluyla– bu konuda düzenleme yapmasını engellemediği görüşüne yer verdikten sonra; özelleştirmeyi devletleştirmenin tersi bir işlem olarak değerlendirmek suretiyle özelleştirmelerin temel ilkelerini ortaya koymuştur. Anayasa Mahkemesi'ne göre;

- Devletleştirmede olduğu gibi özelleştirmede de esas ve yöntemlere ilişkin bir düzenlemenin yasayla yapılması zorunludur. Ancak özelleştirmenin genel çerçevesini düzenleyen böyle bir yasanın varlığı, özelleştirilecek her KİT için yasama organınca gerektiğinde özel bir yasa çıkarılmasını engellemez. Yasama organı özelleştirilecek kimi KİT'ler için anayasal ilkelere uygun olmak koşuluyla çerçeve yasaya ayrık biçimde özelleştirme kurallarında değişiklik yapma yetkisine sahip bulunmaktadır.
- Özelleştirme, devletleştirmenin tersi bir işlem olduğuna göre KİT'lerin satışında en az kaybı, en yararlı düzeyi sağlayacak biçimde rayiç değer aranarak gerçek değere en yakın olanın bulunması gerekir.
- Uygulanacak özelleştirme (satış, kiralama, işletme hakkı devri gibi) yöntemlerine uygun ilkeler ayrı ayrı belirtilmelidir. Örneğin satış yönteminde uygulanacak esaslar, kamu varlığının değerini belirleme biçimi, ihale yöntemleri gibi ilkelerin açıkça yazılması gelişigüzel uygulamaları ve kötüye kullanmaları en aza indirecek sağlıklı, hukuksal düzenlemelerdir.
- Kalkınmayı hızlandırmak için dış borçlanma, yabancı sermaye, yabancı ortaklıklardan yararlanmak gerekse de, özelleştirme yoluyla giderek yabancıların nüfuzuna yol açılması, ülke bağımsızlığı yönünden kabul edilemez. Ülke çıkarları, bağımsızlığı ve güvenliği doğrultusunda özelleştirmenin yabancılaştırmaya dönüşmemesinin temini ve özelleştirme uygulamalarında karşılıklılık ilkesinin gözetilmesi gerekmektedir.

¹ Anayasa Mahkemesi'nin 21.10.1993 tarih ve 1993/33 E.-1993/40-2 K. sayılı, 07.07.1994 tarih ve 1994/49 E.-1994/45-2 K. sayılı, 09.12.1994 tarih ve 1994/43 E.-1994/42-2 K. sayılı kararları, (Çevrimiçi) www.anayasa.gov.tr, (Erişim tarihi: 10.09.2010)

- Piyasa ekonomisinin etkinliği, tam rekabet koşullarının varlığına bağlıdır. Tekelleşme ya da kartelleşmeye olanak veren ortamlarda piyasa ekonomisi etkinliğini yitirir. Bu nedenle özelleştirmeye ilişkin yasal düzenlemelerde, tekelleşmeyi ve kartelleşmeyi önlemeye, tüketicileri korumaya yönelik kuralların bulunması zorunludur.
- Doğal servet ve kaynakları yerinde kullanarak ya da onlardan yerinde yararlanarak kamu hizmeti üreten KİT'lerin özelleştirilmesinde Anayasa'nın 168. maddesinde öngörölen ilkelerin göz önünde bulundurulması zorunludur. 168. maddeye göre işletme hakkı Devlet'e ait olan doğal servetler ve kaynakların işletme hakkı gerçek veya tüzel kişilere ancak süreli olarak devredilebilir. Doğal servet ve kaynaklardan yararlanarak kamu hizmeti üreten KİT ya da buna bağlı kuruluşlar ile diğer kamu tüzel kişilerin varlıklarının özelleştirilmesinde bunların yararlandıkları doğal servet ve kaynakların mülkiyetinin gerçek ve tüzel kişilere devri olanaksızdır.

Anayasa Mahkemesi'nin de işaret ettiği üzere; özelleştirmelerin piyasadaki rekabet ortamına etkisinin özelleştirmelere ilişkin yapılan düzenlemelerde ayrıca gözetilmesi gerekmektedir. Zira Rekabet Kanunu'nun da dayanağını oluşturan Anayasa md. 167/1'e göre; *“Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.”*

Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa md. 167'yi özelleştirmelere uygulamak suretiyle ortaya koyduğu görüşü² bu hususta oldukça açıklayıcı niteliktedir:

“Özelleştirilecek kuruluş tekel konumunda ise, kamu tekelinin yerini özel tekelin alması kaçınılmazdır. Kamu tekelinde, mal ya da hizmet üretimine Devlet'in doğrudan karışması olanağı varken özel tekel durumunda, bu olanak söz konusu olmayacak, mal ve hizmet fiyatları kamu tekelinde olduğundan daha yüksekte belirleneceği gibi kalite de olumsuz etkilenecektir.

² Anayasa Mahkemesi'nin 07.07.1994 tarih ve 1994/49 E.-1994/45-2 K. sayılı, 09.12.1994 tarih ve 1994/43 E.-1994/42-2 K. sayılı kararları, (Çevrimiçi) www.anayasa.gov.tr, (Erişim tarihi: 10.09.2010)

Elektrik, su, telekomünikasyon gibi temel kamu hizmeti üreten ve doğal tekel niteliği taşıyan ve stratejik yönden önemli olan kamu iktisadi teşebbüslerinin özelleştirilmesi önlem alınmadığında özel tekelleşme olanağı sağlanması, başka bir anlatımla kamu görevlerinin özel sektöre devri anlamına gelir. Bu durumda gerçek ve tüzel kişilerin uyacağı koşullar ile devletçe yapılacak gözetim ve denetimin ilke ve yöntemleriyle uygulanacak yaptırımların gösterilmesi zorunludur.

Bu nedenle, Özelleştirme Yasası'nda mal ya da hizmet üretiminin belirli sermaye gruplarının elinde toplanmasını, tekelleşmeyi ve kartelleşmeyi önleyecek önlemlerin alınması gerekir.”

Anayasa Mahkemesi'nin bu görüşünde; özelleştirmeler açısından rekabet kurallarının kimi hallerde (özellikle doğal tekel niteliğindeki kamu teşebbüslerinin özelleştirilmesi sırasında) yeterli olmayabileceği ve özelleştirmenin gerçekleştiği (özellikle doğal tekel niteliğindeki) piyasaların regüle edilmesinin gerekebileceğine işaret etmesi oldukça çarpıcıdır. Gerçekten de özelleştirme uygulamalarındaki en çetrefil konuların başında özelleştirmeler yoluyla gerçekleşebilecek tekelleşmenin önüne nasıl geçilebileceği tartışması gelmektedir. Zira kamu teşebbüslerinin pek çoğu doğal tekel niteliğinde sayıldığından; bu teşebbüslerin bir bütün olarak özelleştirilmesi, kamu tekellerinin özel tekellere dönüşmesine neden olmakta, başka bir deyişle “tekel” konumları aynen korunmaktadır. Oysa ki, Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda alıntılanan gerekçesinde de belirtildiği üzere, özel tekeller gerekli önlemler önceden alınmadığı takdirde kamu tekellerine kıyasla piyasadaki çeşitli aktörler (tedarikçiler v.s.) ve tüketiciler üzerinde olumsuz sonuçlara yol açabilmektedir. Doktrinde bu olumsuz sonuçlar şu şekilde belirtilmektedir: Rekabet kurallarının yokluğunda kamu tekellerinin özel tekellere dönüşmesi kaliteyi düşürüp hizmetlerin aksamasına neden olacak, gelir dağılımındaki dengesizlik artarak ekonomik güç belirli ellerde toplanacak, özel kesimin tekelci karları artacak ve bu da siyasal erkin belirli ellerde toplanmasına neden olacaktır.³ Nitekim Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi de, 1990 yılında aldığı 1990/953 sayılı kararı ile; kamu tekellerinin özel tekellere dönüşmemesi gerektiğine dikkat çekmiştir.⁴

³ Bkz. Öz, a.g.t., s. 48

⁴ Turgut Tan, “Özelleştirme Sürecinde Rekabet Kurumu'nun Yeri”, **Rekabet Politikası ve Özelleştirme Sempozyumu**, Ankara, Rekabet Kurumu, Kasım 1999, s. 27

Özelleştirme neticesinde ortaya çıkabilecek olumsuz sonuçların mümkün olduğunca önlenmesi için, piyasada tekel konumundaki kamu teşebbüslerinin sahip olduğu pazar gücü, piyasanın rekabete açılması yoluyla zayıflatılmalı veya regülasyona tabi tutularak denetlenmelidir. Her iki durum da, rekabet kurallarının yanı sıra çeşitli ek piyasa mekanizma ve düzenlemelerini gerektirmekle beraber, bu mekanizma ve düzenlemelerin rekabet kuralları ile birlikte eşgüdümlü olarak uygulanmasının da ayrı bir önemi bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin kamu tekellerinin özel sektöre devredilerek özel tekeller oluşması halinde “*gerçek ve tüzel kişilerin uyacağı koşullar ile devletçe yapılacak gözetim ve denetimin ilke ve yöntemleriyle uygulanacak yaptırımların gösterilmesi*”ni şart koşmasının, bu eşgüdüm ihtiyacına da işaret ettiği düşüncesindeyiz. Bu konu, ileride daha detaylı olarak tartışılacaktır.

Bu kısa değerlendirmenin ardından; yürürlükteki Anayasa'nın kabul edildiği 1982 yılından bu yana özelleştirme uygulamalarına ilişkin yapılan mevzuat çalışmaları, Anayasa Mahkemesi içtihatları doğrultusunda 1994 yılında kabul edilen Özelleştirme Kanunu dönüm noktası olarak alınarak “1982-1994 Dönemi” ve “1994 Sonrasındaki Dönem” olmak üzere iki bölüm halinde aşağıda kısaca açıklanmıştır.

3.2. Kanunlar ve Kanun Hükmünde Kararnameler

3.2.1. 1982–1994 Dönemi

Ülkemizde özelleştirme uygulamalarına ilişkin ilk yasal düzenleme olan 2983 sayılı Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun (“**2983 sayılı Kanun**”)⁵ 29.02.1984 tarihinde kabul edilerek 17.03.1984 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Halen yürürlükte olan 2983 sayılı Kanun, kamu iktisadi kuruluşları ve iktisadi devlet teşekkülleri dahil olmak üzere kamu kurum ve kuruluşlarına ait köprü, baraj, elektrik santrali, karayolu, demiryolu, telekomünikasyon sistemleri ile sivil kullanıma yönelik deniz ve hava limanları gibi her nevi altyapı tesisi için münferit olarak veya bir grup halinde, “Gelir Ortaklığı

⁵ 17.03.1984 tarih ve 18344 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

Senedi”, kamu iktisadi kuruluşları ve iktisadi devlet teşekkülleri için “Hisse Senedi” çıkarılması ve işletme hakkı verilmesine dair hükümleri kapsamaktadır. 2983 sayılı Kanun ile, gelir ortaklığı senedi ve hisse senedi çıkarılması ve işletme hakkı verilmesi usulleri çerçevesinde, kamu iktisadi teşebbüslerinin özelleştirilmesinin yolu açılmıştır.⁶

2983 sayılı Kanun’da yer verilen usullerin ne şekilde uygulanacağına dair hükümlerin yetersiz olması nedeniyle, 2983 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinden yaklaşık üç ay sonra 18.06.1984 tarihinde 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (“**233 sayılı KHK**”)⁷ yürürlüğe girmiştir. Nitekim 233 sayılı KHK’nin 1/2. maddesinde, iktisadi devlet teşekkülleri ile kamu iktisadi kuruluşlarında 2983 sayılı Kanun’un uygulanması ile ilgili işbirliği ve koordinasyon esaslarının düzenlenmesi 233 sayılı KHK’nin amaçlarından biri olarak sayılmıştır. 233 sayılı KHK md. 38’de, kamu iktisadi kuruluşları ile iktisadi devlet teşekküllerinin tasfiye, devir, satış ve işletme haklarının verilmesinden sorumlu olmak üzere Koordinasyon Kurulu; Koordinasyon Kurulu’nun bu konuda alacağı kararların 2983 sayılı Kanun esasları dairesinde yürütülmesinden sorumlu olmak üzere ise Kamu Ortaklığı Kurulu yetkilendirilmiştir. Ancak 233 sayılı KHK, 2983 sayılı Kanun’un uygulanması aşamasında karar alma ve yürütmeden sorumlu kurulları oluştursa da, bu kurulların uygulama alanını belirleyen hükümlerden yoksundur.

233 sayılı KHK’nin de ihtiyaca karşılık vermemesi üzerine, 28.05.1986 tarihinde 3291 sayılı “1211 Sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu, 3182 Sayılı Bankalar Kanunu, 2983 Sayılı Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun, 2985 Sayılı Toplu Konut Kanunu, 07.11.1985 Tarihli ve 3238 Sayılı Kanun, 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması ve 1177 Sayılı Tütün Tekeli Kanununun Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılması ve Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Özelleştirilmesi Hakkında Kanun” (“**3291 sayılı Kanun**”)⁸ kabul edilmiştir. 3291 sayılı Kanun, 2983 sayılı Kanun da

⁶ Atasoy, a.g.e., s. 223

⁷ 18.06.1984 tarih ve 18435 sayılı (1. mükerrer) Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

⁸ 03.06.1986 tarih ve 19126 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

dahil olmak üzere çeşitli kanunlarda değişiklik yaptığı gibi; “Özelleştirme Uygulamalarına İlişkin Hükümler” başlığı altında 13 ila 17. maddelerinde kamu iktisadi teşebbüslerinin özelleştirilmesine ilişkin ayrı bir bölümü de içermektedir. 3291 sayılı Kanun ile, kamu iktisadi teşebbüslerinin özelleştirme kapsamına alınmasında Bakanlar Kurulu’na; bunların müessese, bağlı ortaklık, işletme ve işletme birimleri ile iştiraklerindeki paylarının özelleştirme kapsamına alınmasında ise Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulu’na yetki verilmiştir. Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulu’nun 304 sayılı Kanun Hükmünde Kararname⁹ ile kaldırılması ile birlikte; bu kurulun yetkileri önce Yüksek Planlama Kurulu’na, ardından 414 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Kamu Ortaklığı İdaresi’ne, 3701 sayılı Devlet Planlama Teşkilatı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun¹⁰ ile yeniden Yüksek Planlama Kurulu’na ve son olarak 473 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile başa dönülerek Kamu Ortaklığı Kurulu’na geçmiştir.¹¹

Nihayet 1994 yılında çıkarılan 3987 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesi ile Özelleştirme Sonucunda Doğabilecek İstihdamla İlgili Sorunların Çözümlemesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararnameler Çıkarılması Amacıyla Yetki Verilmesine Dair Kanun’a (“3987 sayılı Kanun”)¹² dayanılarak çıkarılan 530, 531, 532, 533 ve 546 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameler¹³, özelleştirmelere ilişkin mevcut düzenlemelerde bazı değişiklikler yapmış ve ayrıca yeni hükümler de getirmiştir. Ancak 3987 sayılı Kanun ve ona dayanılarak çıkarılan söz konusu kanun hükmünde kararnamelerin Anayasa Mahkemesi’nce iptal edilmesi üzerine¹⁴; özelleştirmelerin hukuki alt yapısının belirlenmesi hususunda Anayasa Mahkemesi’nce ortaya konan ve önceki bölümde belirttiğimiz temel ilkeler doğrultusunda genel ve kapsamlı bir yasal düzenleme yapılması bir zorunluluk

⁹ 31.12.1987 tarih ve 19681 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

¹⁰ 22.03.1991 tarih ve 20822 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

¹¹ Detaylı bilgi için bkz. Atasoy, a.g.e., s. 223-225

¹² 05.05.1994 tarih ve 21931 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

¹³ 06.06.1994 tarih ve 21952 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmışlardır.

¹⁴ Anayasa Mahkemesi’nin 07.07.1994 tarih ve 1994/49 E.-1994/45-2 K. sayılı, 21.07.1994 tarih ve 1994/64 E.-1994/61-2 sayılı, 21.07.1994 tarih ve 1994/63 E.-1994/60-2 K. sayılı, 21.07.1994 tarih ve 1994/66 E.-1994/63-2 K. sayılı, 21.07.1994 tarih ve 1994/67 E.-1994/64-2 K. sayılı, 09.12.1994 tarih ve 1994/43 E.-1994/42-2 K. sayılı kararları, (Çevrimiçi) www.anayasa.gov.tr, (Erişim tarihi: 10.09.2010)

haline dönüşmüştür. Nitekim büyük ölçüde Anayasa Mahkemesi'nce ortaya konan ilkeler doğrultusunda bir çerçeve yasa olarak hazırlanan Özelleştirme Kanunu 24.11.1994 tarihinde kabul edilerek, 27.11.1994 tarihinde yürürlüğe girmiştir.¹⁵

Özelleştirmelere ilişkin olarak 1982–1994 döneminde yapılan hukuki düzenlemeler, rekabet hukuku yönünden değerlendirildiğinde; bu düzenlemelerde özelleştirmelerin rekabet ortamına etkilerinin göz ardı edildiği dikkati çekmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili verdiği kararlarda iptal gerekçelerinden birini de bu husus oluşturmuştur.¹⁶

3.2.2. 1994 Sonrasındaki Dönem

3.2.2.1. Genel Kanunlar

3.2.2.1.1. 4046 Sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun

Özelleştirme Kanunu 1. maddesinde, kanunun amacının, kanunda detaylı şekilde sayılan kamu kuruluşlarının ekonomide verimlilik artışı ve kamu giderlerinde azalma sağlamak için özelleştirilmelerine ilişkin esasları düzenlemek olduğu belirtildikten sonra, 2. maddesinde özelleştirme uygulamalarında geçerli ilkeler aşağıdaki şekilde sayılmıştır:

- Doğabilecek istihdam azalmaları ile ilgili olarak mevcut kanunlarda ve/veya toplu iş sözleşmelerinde öngörülen tazminatlara ek olarak “*İş Kaybı Tazminatı*”nın verilmesi,
- Kuruluşların özelliklerine ve içinde buldukları şartlara göre özelleştirme yöntemlerinin belirlenmesi,

¹⁵ Tan, “Özelleştirme Sürecinde Rekabet Kurumu'nun Yeri”, s. 26; 27.12.1994 tarih ve 22124 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

¹⁶ 1982-1994 döneminde kabul edilen özelleştirme mevzuatı hk. detaylı bilgi için bkz. Atiyas-Oder, a.g.e., s. 44-58; Kilci, a.g.e., s. 6-9; ÖİB, a.g.y., s. 1-3

- Özelleştirme uygulamalarından elde edilecek gelirlerin genel bütçe harcama ve yatırımlarında kullanılmaması,
- Oluşabilecek tekелci bir yapının olumsuz etkilerinin önlenmesi,
- Mülkiyetin yaygınlığının yanı sıra, yönetim sorumluluk ve yetkilerini üstlenebilecek ortak grubunun temini,
- Özelleştirme uygulamaları çerçevesinde kamu bankalarının da öncelikle özelleştirilecek kuruluşlar arasına alınarak süratle özelleştirilmesinin sağlanması,
- Stratejik konularda devletin sahip olacağı imtiyazlı hisse oluşturulması,
- Tabii kaynakların, belli bir süre için sadece işletme hakkının verilmesi suretiyle özelleştirilmesi,
- Özelleştirme işlemlerinin değer saptaması da dahil aleniyet içinde yürütülmesi,
- Özelleştirme uygulamalarında, milli güvenlik ve kamu yararının gerektirdiği durumlar hariç, kamu kurum ve kuruluşları ile mahalli idarelere devir yapılmaması

Dikkat edileceği üzere; Özelleştirme Kanunu'nun amaçları arasında, özelleştirme uygulamalarında rekabetin korunması veya özelleştirmeler yoluyla rekabetin tesis edilmesi öngörülmemiş; sadece "*oluşabilecek tekелci bir yapının olumsuz etkilerinin önlenmesi*"nden bahsedilmiştir. Diğer yandan kanun, özelleştirme uygulamaları neticesinde tekелci yapının oluşmasının önlenmesini değil, tekелci yapının olumsuz etkilerinin önlenmesini esas almaktadır. Türkiye'nin özellikle doğal tekellerin varlığına bağlı olarak yoğunlaşmış bir piyasa yapısına sahip olduğu dikkate alındığında, tekелci yapının özelleştirmeler yoluyla sona erdirilmesi veya azaltılmasının güç olduğu, bu nedenle tekелci yapının olumsuz etkilerinin önlenmesinin daha makul bir hedef olduğu kabul edilebilir. Bununla birlikte uluslararası piyasalarda rekabet edebilir ulusal dünya aktörlerinin yaratılabilmesi için ulusal tekellerin varlığının teşvik edildiği de düşünülebilir. Ancak tekелci yapının olumsuz etkilerinin özelleştirmeler yoluyla nasıl önenebileceği hususunda

Özelleştirme Kanunu'nda yeterli bir düzenleme yer almaması da bir eleştiri konusudur.

Özelleştirme Kanunu'nun amaçları arasında rekabetin korunması veya tesis edilmesi sayılmamış olmakla beraber, kanununun 16. maddesi “*özelleştirme uygulamaları sonucu rekabetin korunması*”nı düzenlemekteydi. Bu hükme göre;

“Bu Kanun hükümleri çerçevesinde yapılacak özelleştirme uygulamaları sonucu Türkiye Cumhuriyeti sınırları içindeki tekel teşkil edenler de dahil olmak üzere, mal ve hizmet piyasalarının işleyişine, ekonomik gereklere ve kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarların korunmasına ilişkin olarak;

- a) Mal ve hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynakları veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü,*
 - b) Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasalara yeni girecek olanların engellenmesi,*
 - c) Eşit hak ve yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması,*
 - d) Bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi,*
- Yasaktır.*

Teşebbüsler arası rekabeti doğrudan veya dolaylı bir şekilde engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile tekelleşmeye yol açacak veya rekabeti önemli ölçüde azaltacak veya bunu sağlayacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukukî işlem, faaliyet ve fiilleri hakkında kuvvetli emarelerin varlığı halinde Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından gerekli tedbirler alınır.

Bu maddenin uygulanması ile ilgili usul ve esaslar Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından hazırlanarak Bakanlar Kurulunca onaylanacak yönetmeliklerle belirlenir. Bu fıkranın (a), (b), (c), (d) bentlerinde belirtilen durumlara ilişkin muafiyetler, hukukî ve cezaî müeyyideler ilgili mevzuat hükümlerine tabidir.”

Özelleştirme Kanunu'nun 27.11.1994 tarihinde yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra, 13.12.1994 tarihinde Rekabet Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte; özelleştirme uygulamalarında rekabetin korunmasıyla ilgili olarak, hangi kanun hükümlerinin uygulanacağı hususunda ortaya çıkan duraksama nedeniyle,

Danıştay'dan istişari görüş istenmiştir.¹⁷ Danıştay 1. Dairesi, Özelleştirme Kanunu'nun 16. maddesinin sadece özelleştirme uygulamaları sonucu özelleşen kuruluşlar açısından rekabetin korunmasını düzenlemediği, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içindeki tekel teşkil edenler de dahil olmak üzere mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren tüm teşebbüsleri kapsamı içine aldığı; dolayısıyla Özelleştirme Kanunu'nun 16. maddesinin rekabetin korunması alanında genel hükümler içeren bir nitelik taşıdığını tespit ettikten sonra, "*rekabetin korunması alanını yeniden düzenleyen ve sonradan yürürlüğe giren bir genel Kanun olan 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun, daha önce aynı alanda düzenleme yapan 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine Dair Kanunun 16ncı maddesini örtülü olarak yürürlükten kaldırdığı ve bu nedenle özelleştirme uygulamaları sonucunda özelleştirilen kuruluşlarda da 4054 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması gerekeceği görüşü*"nü beyan etmiştir.¹⁸ Dolayısıyla Danıştay'ın istişari görüşü doğrultusunda Özelleştirme Kanunu'nun 16. maddesi yerine Rekabet Kanunu hükümleri uygulanmış, nihayet 5398 sayılı Kanun'un 21.07.1995 tarihinde yürürlüğe giren 11. maddesiyle, Özelleştirme Kanunu'nun 16. maddesi tamamen yürürlükten kaldırılmıştır.

Danıştay'ın söz konusu istişari görüşünün, gerek özelleştirme ve rekabet uygulamalarındaki yetki tartışmasını başlamadan sona erdirmesi nedeniyle gerekse Rekabet Kanunu hükümlerinin, Özelleştirme Kanunu'nun rekabetin korunmasına ilişkin hükümlerinden daha kapsamlı olması nedeniyle yerinde olduğu düşüncesindeyiz.¹⁹

Bu noktada, Özelleştirme Kanunu'nda sayılan amaç ve ilkeler doğrultusunda görev yapmak üzere kurulan Özelleştirme Yüksek Kurulu ("ÖYK") ve ÖİB hakkında da kısa bir değerlendirme yapmakta fayda görmekteyiz.

¹⁷ Tan, "Özelleştirme Sürecinde Rekabet Kurumu'nun Yeri", s. 28

¹⁸ Danıştay 1. Dairesi'nin 14.07.1995 tarih ve 1995/135 E.-1995/153 K. sayılı Kararı, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, (Erişim tarihi: 10.09.2010)

¹⁹ Aynı yönde bkz. Tan, "Özelleştirme Sürecinde Rekabet Kurumu'nun Yeri", s. 28-29

ÖYK, özelleştirme uygulamalarındaki esas yetkili karar organıdır.²⁰ Nitekim Özelleştirme Kanunu'nun 3. maddesi uyarınca; ÖYK'nun başlıca görevleri şunlardır:

- Kamu kuruluşlarının *özelleştirme kapsamına alınması*, özelleştirme kapsamına alınanlardan mevcut durumu itibarıyla özelleştirilebilir nitelikte olmayanların mali ve hukuki açıdan *özelleştirmeye hazırlanması*, hazırlık işlemleri tamamlananların bu işlemlerin tamamlanmasından sonra, hazırlık işlemlerine gerek görülmeyenlerin ise doğrudan *özelleştirme programına alınması*, özelleştirme kapsamına alınmış kamu kuruluşlarının *özelleştirme kapsamından çıkarılarak eski statülerine iade edilmesi veya özelleştirmeye hazırlanması* hususlarında karar vermek
- Özelleştirme işlemlerinin tamamlanması için *gerekli süreyi tespit etmek*
- Kamu kuruluşların *özelleştirme yöntemini belirlemek*
- Özelleştirme ihaleleri sonucunda *ihale komisyonlarınca verilen nihai kararları onaylamak*

Özelleştirme Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca, ÖYK,

- Özelleştirme uygulamalarında stratejik sayılacak konu ve kamu kuruluşlarını tespit etme,
- Tekelleşmenin önlenmesi de dahil, ekonomi ve güvenlik ile ilgili olarak milli yararın korunması amacıyla, Devlet lehine imtiyazlı haklar oluşturma, bu hakları değiştirme veya sona erdirme hususlarında da yetkilendirilmiştir.

Özelleştirme Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca, ÖİB'nin temel görevi özelleştirme işlemlerini *yürütmek* iken²¹, ÖYK tarafından veya doğrudan yasa gereği verilen yetki dahilinde özelleştirme uygulamalarında çeşitli hususlarda *karar alma* ve *düzenleme yapma* görevleri de bulunmaktadır.

²⁰ Onur Karahanoğulları, "Özelleştirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi", Ankara, AÜHF Dergisi, Cilt: 45, Sayı: 1-4, 1996, (Çevrimiçi) <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1996-45-01-04/AUHF-1996-45-01-04-Karahanoogullari.pdf>, (Erişim tarihi: 11.09.2010), s. 282

²¹ A.m., s. 283

- a) ÖİB'nin yürütmeye ilişkin görevleri arasında;
- ÖYK kararlarını uygulamak,
 - Özelleştirme uygulamalarının gerektirdiği özelleştirme ile ilgili her türlü işlemi yürütmek,
 - Özelleştirme faaliyetlerini takip ederek koordinasyonunu sağlamak,
- b) karar almaya ilişkin görevleri arasında;
- ÖYK tarafından verilen görev ve yetkilerle ilgili konularda karar vermek,
 - Özelleştirme programına alınan kuruluşlardan anonim şirket statüsünde olmayanların anonim şirket haline dönüştürülüp dönüştürülmemelerine karar vermek,
 - Özelleştirme programındaki kamu kuruluşlarının çeşitli konulardaki kararlarını vermek,
- c) düzenleyici görevleri arasında ise;
- kuruluşların mali, idari ve hukuki yapıları ile ilgili olarak düzenlemeler yapmak
- sayılabilir.

Özelleştirme Kanunu md. 3/son uyarınca, ÖYK, hizmetin ifası için yarar gördüğü hallerde parasal sınırları ile usul ve esaslarını açıkça belirlemek kaydıyla ihale komisyonlarınca verilen nihai kararları onaylamak yetkisi dahil çeşitli yetkilerini ÖİB'ye devredebilir. Özelleştirme Kanunu md. 3/2(d)'nin ilk halinde, ÖYK'ya verilen "*Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından gerçekleştirilen nihai devir işlemlerini onaylamak*" yetkisinin ÖİB'ye devredilebilir olması, nihai devir işlemlerini gerçekleştiren mercii ile onaylayan mercii aynı olması sonucunu doğurmaktaydı. Bu durum, onay mekanizmasının denetim fonksiyonu ile çeliştiği gerekçesiyle eleştirilmiştir.²² Nitekim bu hüküm, 01.06.2003 tarihinde "... *ihale komisyonlarınca verilen nihai kararları onaylamak*" şeklinde değiştirilerek, nihai devir işleminin ÖİB tarafından değil, ihale komisyonlarınca yapılması sağlanmış ve onay yetkisi, ÖYK veya onun yetkisini devretmesi halinde ÖİB'de bırakılarak onay mekanizmasının denetim fonksiyonu amaca uygun hale getirilmiştir.

²² A.m., s. 282-283

Özelleştirme Kanunu md. 3/1 uyarınca, ÖYK, Başbakanın başkanlığında ve Başbakanın belirleyeceği dört bakandan oluşmakta ve üyelerin tamamının katılımı ile toplanarak oybirliği ile karar almaktadır. ÖYK'nın yürütmeye bağlı bir idari organ olması, Özelleştirme Kanunu'nda düzenlenen amaç ve ilkeler gözetilmekle beraber siyasi etken ve kararların da özelleştirme sürecinde rol oynamasına yol açabilmektedir.

3.2.2.1.2. 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun

Rekabet Kanunu, mehzaz Avrupa Birliği rekabet mevzuatına paralel olarak, teşebbüsler arası rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarını yasaklayan 4. maddesi, hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan 6. maddesi ve hakim durum yaratmaya veya mevcut bir hakim durumu güçlendirmeye yönelik ilgili pazardaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuran birleşme ve devralmaları yasaklayan 7. maddesi olmak üzere üç ana rekabet kuralını içermektedir. Rekabet Kanunu'nun özelleştirme yoluyla devralmaları da kapsayan 7. maddesi aşağıdaki gibidir:

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

Hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul, çıkaracağı tebliğlerle ilan eder.”

Rekabet Kurulu, 7. maddenin 2. fıkrasındaki yetkisine dayanarak, öncelikle 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'i²³ (“1997/1 sayılı Tebliğ”), ardından da 1998/4 sayılı

²³ 12.08.1997 tarih ve 23078 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ'i²⁴ ("1998/4 sayılı Tebliğ") kabul etmiştir. (1997/1 sayılı Tebliğ, aynı adı taşıyan 2010/4 sayılı Tebliğ'in²⁵ 01.01.2011 tarihinde yürürlüğe girmesiyle yerini bu yeni tebliğe bırakacaktır.)

1997/1 sayılı Tebliğ (ve 2010/4 sayılı Tebliğ), Rekabet Kanunu'nun 7. maddesi çerçevesinde birleşme ve devralma sayılan ve sayılmayan halleri, hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Rekabet Kurulu'ndan izin alınması gereken birleşme veya devralmalar ile bunların Rekabet Kurulu'na bildirilmesi usul ve esaslarını; 1998/4 sayılı Tebliğ ise, ÖİB veya diğer kamu kurum veya kuruluşlarınca gerçekleştirilecek devirlerin hukuki geçerlilik kazanabilmeleri için Rekabet Kurumuna yapılacak ön bildirimlerde ve izin başvurularında takip edilecek usul ve esasları düzenlemektedir. Bununla birlikte; 1998/4 sayılı Tebliğ'in 7/1 maddesinde, 1997/1 sayılı Tebliğ'in 1998/4 sayılı Tebliğ'e aykırı olmayan hükümlerinin özelleştirme yolu ile devralma işlemlerine uygulanmasına devam edilmesi öngörüldüğünden, özelleştirme yolu ile devralmalar açısından 1998/4 sayılı Tebliğ (özel nitelikli) ve 1997/1 sayılı Tebliğ (genel nitelikli) birlikte uygulanmaktadır. (2010/4 sayılı Tebliğ yürürlüğe girdiğinde, 1997/1 sayılı Tebliğ'e yapılmış olan atıflar 2010/4 sayılı Tebliğ'e yapılmış sayılacaktır.)²⁶

Rekabet Kanunu ve 1997/1 ve 1998/4 sayılı Tebliğ'lerin kabul edilip, Rekabet Kurumu'nun 1997 yılı sonunda faaliyete geçmesiyle birlikte özelleştirme uygulamalarında rekabet denetimi başlamıştır. Dolayısıyla özelleştirmelerin 1984'te başladığı dikkate alındığında; yaklaşık 13 yıllık bir süre boyunca özelleştirmelerin rekabet denetimine tabi olmaksızın gerçekleştiği dikkati çekmektedir.

²⁴ 12.09.1998 tarih ve 23461 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

²⁵ 07.10.2010 tarih ve 27722 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

²⁶ Rekabet Kanunu md. 7, 1997/1 (2010/4) ve 1998/4 sayılı Tebliğ hükümleri hakkında ayrıntılı bilgi 3. Bölüm'de verilmektedir.

3.2.2.2. Çeşitli Sektörel (Özel) Kanunlar

Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında işaret ettiği üzere; özelleştirmelerin esas ve ilkelerini düzenleyen Özelleştirme Kanunu gibi bir çerçeve yasanın varlığı gerekli olmakla beraber; özelleştirilecek her kamu iktisadi teşebbüsü için gerektiğinde anayasal ilkelere uygun olmak koşuluyla çerçeve yasaya ayırık biçimde özel bir yasa da çıkarılabilir. Nitekim yasa koyucu, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu, 4603 sayılı T.C. Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası A.Ş. ve Türkiye Emlak Bankası A.Ş. Hakkında Kanun, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu, 4646 Sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu, 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu ve 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kanunu'na özelleştirmelere yönelik çeşitli hükümler dercederek belirli sektörlerde faaliyet gösteren kamu iktisadi teşebbüslerinin özelleştirilmesi ile ilgili özel düzenlemeler getirmiştir. Aşağıda bu kanunlarda özelleştirmeyi ilgilendiren çeşitli hükümler özet olarak aktarılmıştır.

3.2.2.2.1. 406 Sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu

406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun ("**406 sayılı Kanun**")²⁷ Ek 17. Maddesi,

- Türk Telekom'un, yetkili kurullarında alınacak kararlarda, ekonomi ve güvenlik ile ilgili olarak milli yararların korunması amacıyla Devlet'e söz ve onay hakkı verecek bir adet imtiyazlı hisse dışındaki tüm hisselerin satılabileceğini,
- İmtiyazlı hisselerin, milli yararların korunması amacıyla ana sözleşme değişiklikleri, yönetim kontrolünü etkileyecek oranlardaki nama yazılı hisselerin devri ve nama yazılı hisselerin devrinin pay defterine işlenmesi konularında söz ve onay yetkisine sahip olacağını,
- Türk Telekom yönetim kurulunda imtiyazlı hisseyi temsilen Ulaştırma Bakanlığı'nca atanacak bir üye bulundurulacağını,
- İmtiyazlı hisse sahibinin Genel Kurula katılma ve konuşma hakkı olmakla beraber sermaye artırımlarına katılmayacağını ve kardan pay almayacağını,

²⁷ 21.02.1340 tarih ve 59 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

- Hisselerin satışına ilişkin usuli işlemlerin Özelleştirme Kanunu hükümlerine göre ÖİB tarafından yürütüleceğini,
- Hisselerin değerinin günün ekonomik koşulları göz önünde bulundurularak uluslararası finans ve sermaye piyasalarında kabul görmüş değerlendirme yöntemleri kullanılmak suretiyle değer tespit komisyonlarınca tespit edileceğini,
- Hisse satışının; halka arz, blok satış, yurt içi ve/veya yurt dışı sermaye piyasalarında satış, borsada borsa usul ve esasları çerçevesinde satış, menkul kıymetler yatırım fonları ve/veya menkul kıymetler yatırım ortaklıklarına satış suretiyle yapılacağını,
- Türk Telekom hisselerinin satışında Türk Telekom ile T.C. Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü çalışanları ve küçük tasarruf sahiplerine %5 pay ayrılacağını, bu payın satışının halka arz yöntemiyle ve sermaye piyasası mevzuatına uygun olarak gerçekleştirileceğini,
- Değer tespiti sonuçları ile satışa sunulacak hisselerin ne kadarının ve hangi satış yöntemiyle satılacağına, çalışanlar ve küçük tasarruf sahiplerine ayrılan %5'lik payın ne oranda satılacağına, ÖİB'nin görüşü ve Ulaştırma Bakanlığı'nın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu'nca karar verileceğini,
- Blok satışta ihale şartlarının ihale tarihinden en az kırk beş gün önce, kesinleşmiş ihale sonuçlarının on beş gün içinde Resmi Gazete'de ve Türkiye çapında yayımlanan yüksek tirajlı iki gazetede, yurt dışında ise uygun görülecek basın veya yayın organıyla en az bir defa yayımlanacağını, hisselerin blok satışında Özelleştirme Kanunu'nda yer alan kapalı teklif usulünün uygulanacağını,
- Satışa ilişkin nihai devir işlemlerinin Bakanlar Kurulu'nca onaylanacağını,
- Söz konusu Bakanlar Kurulu kararlarında belirtilen esaslar çerçevesinde her türlü satış işlemlerinde, satılacak hisselerin mülkiyetinin devrine ilişkin sözleşmeleri ve diğer anlaşmaları ve gereken belgeleri imzalamaya, ÖİB'nin bağlı olduğu Bakan veya yetki verdiği temsilcisinin yetkili olduğunu,

Ek 21. maddesi,

- Hisse değerini tespit etmek üzere değerlendirme komisyonunun; tespit edilen ve Bakanlar Kurulu'nca onaylanan hisse değeri üzerinden satış ve ihale işlemlerini yürütmek üzere de ihale komisyonunun kurulacağını,
- Komisyonların, ikisi ÖİB, ikisi Ulaştırma Bakanlığı ve biri Hazine Müsteşarlığı temsilcilerinden olmak üzere beş üyeden oluşturulacağını, her üye için aynı kurumdan olmak üzere bir yedek üye de seçileceğini,
- Komisyonlara ÖİB temsilcilerinden birisinin başkanlık yapacağını,
- Değerlendirme ve ihale komisyonlarına yardımcı olmak ve komisyonların önerisi üzerine ÖİB tarafından seçilmek üzere, komisyon kararlarına katılmamak şartıyla yerli ve yabancı danışmanlar görevlendirilebileceğini, danışmanlar ile danışmanlık hizmet sözleşmesini ve halka arz aşamasında gerekli aracılık yüklenim sözleşmesini imzalamaya ihale komisyonunun önerisi üzerine ÖİB'nin yetkili olacağını,
- Komisyonların sekretarya hizmetlerinin ÖİB tarafından yerine getirileceğini,
- Değerlendirme ve ihale komisyonlarının çalışmalarına ilişkin tüm giderlerin, satış sonrası elde edilecek gelirlerden mahsup edilerek Hazine tarafından Özelleştirme Fonu'na ödenmek üzere Özelleştirme Fonu'ndan karşılanacağını,
- Türk Telekom tarafından, hizmetine ihtiyaç duyulmadığı veya kendi isteği ile nakil talep ettiği için Devlet Personel Başkanlığı'na liste halinde bildirilen personelin, Özelleştirme Kanunu'nun 22. maddesinde belirtilen esas ve usuller çerçevesinde Devlet Personel Başkanlığı tarafından başka kamu kurum ve kuruluşlarına nakledileceğini ve söz konusu personel hakkında anılan madde hükümleri uygulanacağını (ve personelin mali haklarını düzenleyen diğer çeşitli hükümleri),

Ek 30. maddesi,

- Özelleştirme bedeli Hazine Müsteşarlığı'na aktarılmak ve Hazine Müsteşarlığı'nın mülkiyet hakkı ile kar payı hakkına hanel gelmemek ve kamunun pay sahipliğinden kaynaklanan bütün mali hakları Hazine

Müsteşarlığı'nda kalmak kaydıyla, Hazine Müsteşarlığı'nın Türk Telekom'daki pay sahipliğine dayanan oy, yönetim, temsil, denetim gibi hak ve yetkilerinin Ulaştırma Bakanlığı tarafından kullanılacağını düzenlemektedir.

3.2.2.2.2. 4603 sayılı T.C. Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası A.Ş. ve Türkiye Emlak Bankası A.Ş. Hakkında Kanun

4603 sayılı T.C. Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası A.Ş. ve Türkiye Emlak Bankası A.Ş. Hakkında Kanun'un²⁸ 1. maddesi,

- Bu kanunun amacının, Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi ve Türkiye Emlak Bankası Anonim Şirketi unvanlı bankaların, çağdaş bankacılığın ve uluslararası rekabetin gereklerine göre çalışmalarını ve özelleştirmeye hazırlanmalarını sağlayacak şekilde yeniden yapılandırılmaları ile hisse satışlarına ilişkin düzenlemelerin ve hisselerin tamamına kadarının özel hukuk hükümlerine tabi gerçek ve tüzel kişilere satışının gerçekleştirilmesi olduğunu,
- 233 sayılı KHK, 399 sayılı KHK, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 6245 sayılı Harcırah Kanunu ve 237 sayılı Taşıt Kanunu ile bunların ek ve değişikliklerine ilişkin hükümler ile Özelleştirme Kanunu'nun 13. maddesi ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 277. maddesi, 2946 sayılı Kamu Konutları Kanunu, 195 sayılı Basın İlan Kurumu Teşkiline Dair Kanun ve 631 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Mali ve Sosyal Haklarında Düzenlemeler ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin söz konusu bankalar hakkında uygulanmayacağını,

2. maddesi,

- Yeniden yapılandırma işlemlerinin tamamlanmasını müteakiben söz konusu bankaların hisse satış işlemlerinin Özelleştirme Kanunu hükümleri çerçevesinde sonuçlandırılacağını, yeniden yapılandırma ve hisse satış

²⁸ 25.12.2000 tarih ve 24241 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

işlemlerinin bu kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren on yıl içinde tamamlanacağını, ancak Bakanlar Kurulu'nun bu süreyi bir defaya mahsus olmak üzere yarısı kadar uzatabileceğini,

3. maddesi,

- T.C. Ziraat Bankası teşkilatının, bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihte hiçbir hukuki merasime tabi olmaksızın anonim şirket olarak ticaret siciline re'sen tescil olunacağını,

Geçici 1. maddesi,

- Söz konusu bankalarda 31.12.2002 tarihinden sonra özel hukuk hükümlerine tabi olmayan personelin çalıştırılmayacağını,
- Yeniden yapılandırma sürecinde söz konusu bankaların yönetim kurullarınca gerek özel hukuk hükümlerine göre çalıştırılmak üzere kendisine sözleşme teklif edilen ancak özel hukuk hükümlerine göre çalışmayı kabul etmeyen gerekse özel hukuk hükümlerine göre çalışması uygun görülmeyip sözleşme imzalanmayan personelin, bankaların yönetim kurullarınca Devlet Personel Başkanlığı'na bildirilen personel listelerinin en geç kırk beş gün içerisinde (özelleştirme kapsam ve/veya programındaki kuruluşlar hariç) tespit edeceği kamu kurum ve kuruluşlarındaki boş kadro ve pozisyonlara atanmalarını sağlamak üzere ilgili kurum veya kuruluşa gönderileceğini, ilgili kurum ve kuruluşun bildirimini aldığı tarihten başlayarak en geç beş iş günü içinde bu personelin atanmalarını yaparak atamalara ilişkin bilgileri Maliye Bakanlığı ve Devlet Personel Başkanlığı ile ilgili bankalara bildireceğini (ve personelin mali haklarını düzenleyen diğer çeşitli hükümleri)

Geçici 3. maddesi,

- Türkiye Emlak Bankası A.Ş.'nin yeniden yapılandırma çalışmaları sürecinde, söz konusu bankanın her türlü bankacılık hizmetleri ile bankacılık iş ve işlemlerinden ve bankalara olan yükümlülüklerden doğan taahhütleri ve bankacılıkla ilgili sabit kıymetler dahil kanuni takibe intikal etmiş alacaklar, memur maaşına ve TÜFE'ye endeksli yuva kredileri ile 2001/2202 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın 1. maddesi ile devri

öngörülen Türkiye Emlak Bankası A.Ş.'nin varlıkları hariç tüm aktiflerinin bankaların yönetim kurullarının kendi aralarında düzenleyecekleri protokol doğrultusunda, protokole konu bütün hak, alacak ve borçlar, alacaklıların rızası veya sair herhangi bir işleme gerek kalmaksızın, T.C. Ziraat Bankası A.Ş.'ye veya Türkiye Halk Bankası A.Ş.'ye (Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'nun uygun görüşü alınarak) devredileceğini ve söz konusu devir işlemlerinde Rekabet Kanunu'nun 7, 10 ve 11. maddesi hükümlerinin uygulanmayacağını düzenlemektedir.

3.2.2.2.3. 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu

4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun ("**4628 sayılı Kanun**")²⁹ 1. maddesi,

- Kanunun elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı, toptan satışı, perakende satışı, perakende satış hizmeti, ithalat ve ihracatı ile bu faaliyetlerle ilişkili tüm gerçek ve tüzel kişilerin hak ve yükümlülüklerini, Elektrik Piyasası Düzenleme Kurumu'nun kurulması ile çalışma usul ve esaslarını ve elektrik üretim ve dağıtım varlıklarının özelleştirilmesinde izlenecek usulü kapsadığını,

2/c-8 maddesi,

- Özelleştirme Kanunu çerçevesinde yapılan özelleştirme sonrası elektrik dağıtım tesislerinin iyileştirilmesi, güçlendirilmesi ve genişletilmesi için yapılan yatırımların mülkiyetinin kamuya ait olacağını,
- Özelleştirilen elektrik dağıtım tesis ve varlıklarına ilişkin her türlü işletme ile yatırım planlaması ve uygulamasında onay, değişiklik ve denetim yetkisinin Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'na ait olacağını,

14. maddesi,

- TEDAŞ, Elektrik Üretim A.Ş. ve bunların müessese, bağlı ortaklık, iştirak, işletme ve işletme birimleri ile varlıklarının özelleştirilmesinin Özelleştirme Kanunu kapsamında ÖİB tarafından yürütüleceğini, ancak

²⁹ 03.03.2001 tarih ve 24335 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın özelleştirme ile ilgili öneri ve görüşlerinin alınacağını,

- TEDAŞ'ın faaliyet alanında yer alan ve dağıtım faaliyeti için gerekli olan işletme ve varlıklar üzerinde, mülkiyeti saklı kalmak kaydı ile TEDAŞ ile belirlenen dağıtım bölgelerinde faaliyet göstermek üzere kurulan elektrik dağıtım şirketleri arasında işletme hakkı devir sözleşmesi düzenlenebileceğini,
- Bu özelleştirme uygulamaları çerçevesinde, yabancı gerçek ve tüzel kişilerin elektrik üretim, iletim ve dağıtım sektörlerinde, sektörel bazda kontrol oluşturacak şekilde pay sahibi olamayacaklarını,
- Elektrik Üretim A.Ş. ve/veya müessese, bağlı ortaklık, iştirak, işletme ve işletme birimleri ile varlıkları özelleştirme programına alınsa bile bunların bağlı oldukları Bakanlık veya kurumları ile ilgileri ve mülkiyetinin bağlı buldukları kurum ve/veya kuruluşlara aidiyetinin aynen devam etmekle beraber, bu kuruluşların özelleştirmeye hazırlanmalarına yönelik teknik, mali, idari ve hukuki işlemler, personele ilişkin işlemler ile özelleştirilmelerine ilişkin iş ve işlemlerin Özelleştirme Kanunu çerçevesinde gerçekleştirileceği; ancak bu kuruluşların ve bu kapsamda oluşturulabilecek yeni anonim şirketlerin yönetim kurulu başkanlığı ve üyelikleri, denetim ve tasfiye kurulu üyelikleri ve genel müdürlükleri ile ait oldukları kuruluşlardan ayrı olarak özelleştirme programına alınan ve anonim şirkete dönüştürülmelerine gerek görülmeyen müesseselerde, müessese müdürlükleri ve yönetim komitelerine, işletme ve işletme birimlerinde bunların müdürlüklerine yapılacak atamalar ve bu görevlerden alınma işlemlerine ilişkin olarak Başbakan'a teklifte bulunma yetkisinin Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanına ait olduğunu, Başbakan'ın bu yetkisini Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı'na devredebileceğini,
- Elektrik Üretim A.Ş. ve/veya müessese, bağlı ortaklık, iştirak, işletme ve işletme birimleri ile varlıklarının özelleştirilmelerinden elde edilen gelirlerin ÖİB tarafından yapılan masraflar düşüldükten sonra kalan kısmının, izleyen on beş gün içinde ÖİB tarafından Enerji ve Tabii

Kaynaklar Bakanlığı'nın merkez ödemelerini yapan muhasebe birimi hesaplarına aktararak özel gelir kaydedileceğini, bu tutarların yüzde sekseninin enerji altyapı yatırımlarında, yüzde yirmisinin ise enerji üretimleri ile ilgili hidroelektrik santrallerinin yatırımlarında kullanılmak üzere özel ödenek kaydedilmesi hususunda Maliye Bakanı'nın yetkili olduğunu,

15. maddesi,

- Bu kanun uyarınca yapılacak özelleştirme, satış ve hisse devriyle ilgili işlemler aşamasında, Hazine Müsteşarlığı'nın taraf olduğu veya garantör olduğu iç ve dış ikraz anlaşmaları çerçevesinde, ilgili elektrik üretim ve iletim tesislerinin finansmanı amacıyla gerçekleştirilen yatırımlardan doğan mali yükümlülüklerin, bu tesisleri devralan ilgili tüzel kişinin yükümlülükleri arasında yer almak üzere Elektrik Üretim A.Ş., Türkiye Elektrik İletim A.Ş., Hazine Müsteşarlığı ve ÖİB arasında yapılacak protokol ile tespit edileceğini,
- Özelleştirme Kanunu çerçevesinde özelleştirilen lisans sahibi tüzel kişilerin faaliyette bulunduğu dağıtım bölgelerinde, özelleştirme tarihi itibarıyla mevcut olan dağıtım tesisleriyle ilgili kamulaştırma işlemleri yapılmamış taşınmazların kamulaştırma bedelleri ve diğer giderlerin lisans sahibi tüzel kişi tarafından ödeneceğini,

Geçici 5. maddesi,

- İşletme hakkı özel sektöre devredilmemiş olan ya da sair şekillerde özelleştirilmemiş olan dağıtım bölgelerinde, dağıtım ve perakende satış faaliyetlerinin TEDAŞ tarafından yürütülmesine devam olunacağını, ancak bu bölgelerde özel perakende satış şirketlerinin de faaliyet gösterebileceğini,

Geçici 10. maddesi,

- Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt A.Ş., Elektrik Üretim A.Ş., perakende satış lisansı sahibi dağıtım şirketleri, Elektrik Üretim A.Ş.'nin yeniden yapılandırılmasıyla oluşan gruplar adına Elektrik Üretim A.Ş. veya kamu üretim şirketleri arasında, süresi beş yılı aşmamak kaydıyla (Enerji ve Tabii

Kaynaklar Bakanlığı'nın görüşü ve Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu kararı alınarak en fazla iki yıl uzatma imkanıyla) enerji alım-satımına ilişkin imzalanacak geçiş dönemi anlaşmalarına ilişkin hak ve yükümlülüklerin, üretim ve dağıtım varlıklarının özelleştirilmesine paralel olarak lisans sahiplerine ait olacağını ve bu anlaşmaların damga vergisinden müstesna olduğunu,

Geçici 12. maddesi,

- Dağıtım şirketleri ile elektrik üretim tesis ve/veya şirketlerinin özelleştirilmesi çalışmaları kapsamında 31.12.2010 tarihine kadar yapılacak devir, birleşme, bölünme, kısmî bölünme işlemleriyle ilgili olarak ortaya çıkan kazançların kurumlar vergisinden müstesna olduğunu, düzenlemektedir.

3.2.2.2.4. 4646 sayılı Doğal Gaz Kanunu

4646 sayılı Doğal Gaz Kanunu'nun ("**4646 sayılı Kanun**")³⁰ geçici 2. maddesi,

- BOTAŞ'ın dağıtım faaliyeti hariç, dikey bütünleşmiş tüzel kişiliğinin 2009 yılına kadar devam edeceğini, bu tarihten sonra BOTAŞ'ın yatay bütünleşmiş tüzel kişiliğe uygun olarak yeniden yapılandırılacağını, yeniden yapılandırılma sonucu meydana gelecek yeni tüzel kişilerden, sadece gaz alım ve satım sözleşmelerine sahip olan ve ithalat faaliyeti yapacak olan şirketin, BOTAŞ'ı temsil edip BOTAŞ adı ile anılacağını, yeniden yapılandırılma sonucu ortaya çıkan bu şirketlerden iletim faaliyeti yapan şirket haricindekilerin iki yıl içinde özelleştirileceğini,
- BOTAŞ'ın iletim, depolama, satış, ithalat faaliyetlerine ilişkin muhasebe ayrışımının, söz konusu kanunda öngörülen hazırlık dönemi sonundan itibaren on iki ay içerisinde gerçekleştirileceğini,

Geçici 3. maddesi,

- Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın, bu kanunun yürürlüğe girmesini müteakiben iki ay içerisinde BOTAŞ'ın mülkiyetinde ve işletiminde

³⁰ 02.05.2001 tarih ve 24390 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

bulunan Eskişehir ve Bursa şehir içi dağıtım işletmeleri ve varlıklarının özelleştirilmesi için ÖİB'ye bildirimde bulunacağını,

- Özelleştirme işlemlerinin, hazırlık döneminden sonra en geç altı aylık bir süre içerisinde, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu tarafından belirlenecek usul ve esaslar dikkate alınarak ve Özelleştirme Kanunu hükümleri dairesinde ÖİB tarafından gerçekleştirileceğini,
- Mülkiyeti, işletmesi ve doğal gaz ticaret hakkı belediye veya belediye şirketine ait olan mevcut şehir içi doğal gaz dağıtım tüzel kişilerinin, bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç yıl içinde maliki oldukları ve işlettikleri şehir içi doğal gaz dağıtım şebeke ve lisanslarını, (mevcut Hazine garantili ve devirli borçlarını erken itfa ve bu borçların üstlenilmesi neticesinde doğan Hazine'ye ait olan borçlarının ödenmesinde kullanılması kaydıyla, dış kredi borçlarının geri ödeme takvimine bağlı olmaksızın veya Hazine garantili ve devirli dış borçlarının en son anapara ödeme tarihinden itibaren üç yıl içerisinde kamu hisselerini yüzde yirmi veya altına düşürecek şekilde) devrederek yeniden yapılanacaklarını,
- Şehir içi doğal gaz dağıtım şirketlerinin, 01.01.2002 tarihinden itibaren dağıtım ve satış faaliyetleri için şirket içinde muhasebe ayrışımını yapmak zorunda olduklarını,
- Bu (3/1-e) bendin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içinde Ankara Büyükşehir Belediyesi tarafından 6762 sayılı Kanun'a göre doğal gaz dağıtım faaliyeti yapmak üzere anonim şirket statüsünde yeni bir şirket kurulacağını ve bu şirketin asgari yüzde seksen hissesinin bu bendin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç iki yıl içinde Özelleştirme Kanunu hükümleri uyarınca Ankara Büyükşehir Belediyesi tarafından özelleştirileceğini, aksi halde dağıtım şirketinin hisselerinin yüzde sekseninin ÖİB tarafından özelleştirileceğini, bu durumda elde edilen gelirlerden, ÖİB tarafından özelleştirme giderleri düşüldükten ve ilgili kurumlara gerekli ödemeler yapıldıktan sonra arta kalan tutarın Ankara Büyükşehir Belediyesi'ne aktarılacağını, kalan özelleştirme gelirinin Ankara Büyükşehir Belediyesi bütçesine irat kaydedileceğini ve öncelikle

Özelleştirme Kanunu'nun 21. ve 26. maddelerinde belirtilen, özelleştirme uygulaması sonucu doğabilecek iş kaybı nedeniyle yapılacak tazminat ödemeleri ile devam eden Ankara Metrosu ve Ankara Büyükşehir trafik, ulaşım, su, kanalizasyon ve bunlarla ilgili alt yapı yatırımları için kullanılacağını,

Geçici 5. maddesi,

- BOTAS'ın mülkiyetinde ve işletiminde bulunan Eskişehir ve Bursa şehir içi dağıtım işletmeleri ve varlıklarının hazırlık döneminden sonra özelleştirme işlemlerinin gerçekleştirilmesi için geçici 3. maddede öngörülen sürenin, bu sürenin bitiminden itibaren bir yıl uzatıldığını

düzenlemektedir.

3.2.2.2.5. 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu

5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun ("**5015 sayılı Kanun**")³¹ Geçici 2. maddesi,

- Petrol piyasasını ilgilendiren özelleştirme işlemlerinde Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'na bilgi verileceğini,
- Yürürlükteki mevzuat çerçevesinde yapılan özelleştirme uygulamaları sonucu yeni lisans verilmesi veya lisansın tadil edilmesi işleminin, herhangi bir işleme gerek kalmaksızın Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu tarafından yapılacağını,
- Bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihte lisansa tabi konularda faaliyet gösteren özelleştirme kapsamındaki kuruluşların, özelleştirilinceye kadar üretim ve ticari faaliyetleri yönünden, 04.01.2002 tarih ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na tabi olmayacağını ve bu kuruluşlarda çalışan kapsam dışı personelin mali haklarını

düzenlemektedir.

³¹ 20.12.2003 tarih ve 25322 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

3.2.2.2.6. 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu

5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun³² geçici 3. maddesi,

- Sosyal Güvenlik Kurumu'na devredilen oteller ile iştirak paylarından söz konusu kurum Yönetim Kurulu'nca belirlenecek olanların satış işlemlerinin, ÖİB tarafından gerçekleştirilmesine karar verilmesi halinde, satışı gerçekleştirilecek oteller ile iştirak paylarının bu Başkanlığa bildirileceğini ve özelleştirme programına alınmak üzere ÖİB tarafından ÖYK'ya sunulacağını,
- ÖYK'nın kararı üzerine satış işlemlerinin, Özelleştirme Kanunu hükümleri çerçevesinde gerçekleştirileceğini,
- Satışa konu oteller ile iştiraklerin değer tespit çalışmalarının, söz konusu kurum Yönetim Kurulu'nun uygun görüşü alındıktan sonra sonuçlandırılacağını,
- Satış gelirlerinin, ÖİB tarafından yapılan giderler düşüldükten sonra söz konusu kuruma aktarılacağını,
- Satılmak üzere özelleştirme programına alınan söz konusu kuruma ait oteller ile iştirak paylarının mülkiyeti ve statüsünün aynen devam edeceğini,
- Söz konusu kurum Yönetim Kurulu oluşuncaya kadar, devredilen kurumlara ait oteller, iştirakler ve taşınmazlardan özelleştirme programına alınmış olanların satış işlemlerinin, bu kanunla yürürlükten kaldırılan mevzuat hükümlerine göre yürütüleceğini

düzenlemektedir.

³² 20.05.2006 tarih ve 26173 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

3.2.2.2.7. Özelleştirmelere İlişkin Sektörel (Özel) Hükümler Hakkında Genel Değerlendirme

Yukarıdaki sektörel (özel) mevzuat hükümleri genel olarak değerlendirildiğinde; sektörel (özel) nitelikteki kanunlarda özelleştirmelere ilişkin hükümlere yer verilmesinde, bu sektörlerin kendine has yapısal özelliklerinin etkili olduğu dikkati çekmektedir. Özellikle doğal tekel niteliğindeki (elektrik, doğal gaz, petrol, telekomünikasyon vb.) sektörleri rekabete açma amacı (serbestleştirme) ve özelleştirmeye paralel olarak ortaya çıkan regülasyon (düzenleme) ihtiyacı, bu sektörlerdeki özelleştirmeler açısından bazı ek veya ayrıksı düzenlemelerin yapılmasını ve geçiş hükümlerinin öngörülmesini gerektirmiştir.

Bunun yanı sıra bu sektörlerde ulusal güvenliği ve kamu menfaatini gözetme gereksinimi de, özelleştirme uygulamaları açısından bazı özellikli düzenlemelerin (örneğin yabancılara satışların sınırlandırılması, kamunun elinde imtiyazlı hissenin bulundurulması, işçilere çeşitli mali ve özlük haklarının tanınması vs.) kabul edilmesinde birer etkendir.

Yine özelleştirilecek teşebbüslerin yeniden yapılandırılmasının gerektiği bu sektörlerde, yeniden yapılandırmaya bağlı olarak ihtiyaç duyulan zaman ve maliyetlerin azaltılabilmesi amacıyla, özelleştirme süreci bir takvime veya belirli aşamalara bağlanmış, özelleştirme işlemleri çeşitli kanunların/kanun hükmünde kararnamelerin ve/veya çeşitli vergi, harç vs. mali yüklerin uygulanmasından kısmen veya tamamen muaf tutulmuştur.

4. TÜRKİYE'DE ÖZELLEŞTİRME SÜRECİNDEKİ REKABET DENETİMİ

4.1. 1998/4 sayılı Tebliğ Kapsamındaki Özelleştirmeler

4.1.1. Özelleştirmelerin Devralma Niteliği

4.1.1.1. Genel olarak

Özelleştirmeler rekabet hukuku açısından devralmalar kapsamında değerlendirilmektedir.¹ Nitekim 1998/4 sayılı Tebliğ'in 2. maddesi uyarınca; "... bir teşebbüsün ortaklık paylarının ya da diğer hak ve araçların tümünün veya bir kısmının teşebbüsün üzerindeki kontrolü değiştirecek ya da karar organlarını etkileyecek şekilde yahut mal veya hizmet üretimine yönelik birimlerin özelleştirme yolu ile her türlü devri bu Tebliğ hükümlerine tabidir."

¹ Aslan, özelleştirmelerin birleşme niteliği taşıdığını belirtmektedir (Bkz. İ. Yılmaz Aslan, **Rekabet Hukuku: Teori, Uygulama – Mevzuat**, Genişletilmiş 4. bs., Bursa, Ekin Kitabevi, Ocak 2007, s. 608). TTK md. 146'ya göre, "Birleşme, iki veya daha fazla ticaret şirketinin birbiriyle birleşerek yeni bir ticaret şirketi kurmalarından veya bir yahut daha fazla ticaret şirketinin mevcut diğer bir ticaret şirketine iltihak etmesinden ibarettir." İki veya daha fazla ticaret şirketinin birbiriyle birleşerek yeni bir ticaret şirketi kurması halinde, birleşen ticari şirketlerin tüzel kişiliği sona erer iken; bir ticari şirketin diğer bir ticaret şirketine "iltihak"ında, ise "iltihak" eden ticari şirketin tüzel kişiliği sona erer. Bu ikinci durum, ticaret hukuku açısından birleşmenin özel bir türü olarak devralma sayılmaktadır. (Bkz. Reha Poroy, Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, Güncelleştirilmiş 12. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti., Eylül 2010, N. 148-149). Bu açıdan özelleştirmelerin, birleşme olarak nitelendirilmesi de mümkündür. Ancak TTK'daki hükümlerin devralma kavramına yer vermesine rağmen, rekabet hukuku anlamında "birleşme" kavramının bu tip birliktelikler için daha uygun düştüğü, zira "devre konu olan teşebbüsün devir işlemi sonrasında tamamen erimesi veya kaynamasının, devralma durumunun belirgin bir özelliği olmadığı" ifade edilmiştir (Bkz. Kerem Cem Sanlı, **Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını, Ekim 2000, s. 325). Buna göre; özelleştirilen teşebbüsün özelleştirme sonrası tüzel kişiliğinin sona ermediği durumda özelleştirilenin rekabet hukuku anlamında birleşmeden ziyade devralma niteliği taşıdığı kabul edilmelidir. Bu çalışmada gerek bu tespit gözetilerek gerekse 1998/4 sayılı Tebliğ'in lafzına uygun olarak, devralma nitelendirmesi tercih edilmiştir. Öte yandan, ister birleşme, isterse devralma olarak nitelendirilsin, özelleştirmeler her iki durumda da rekabet hukuku açısından aynı rejime tabidir.

Bu hükme göre; 1998/4 sayılı Tebliğ, özelleştirme yolu ile devralmaları kapsamaktadır. Başka bir ifade ile, bir özelleştirmenin 1998/4 sayılı Tebliğ kapsamında değerlendirilebilmesi için bu özelleştirmenin Rekabet Kanunu'nun 7. maddesi anlamında bir devralma niteliğini taşıması gerekmektedir. Nitekim Rekabet Kurulu, ÖİB'nin ön bildirim üzerine Tekel sigara ve tütün mamulleri pazarlama ve dağıtım hizmetlerinin özelleştirilmesi ile ilgili verdiği görüşte, bu hususu dikkate alarak şu tespitlere yer vermiştir:

“... ilgili [1998/4 sayılı] Tebliğ hükümlerinin uygulanabilmesi için öncelikle bir teşebbüs ya da mal veya hizmet üretimine yönelik bir birimin 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi anlamında devrinin gerçekleştiriliyor olması gerekmektedir.

Bildirim konusu işlemle birlikte daha önce ayrı ayrı ihaleler yoluyla özel teşebbüslere yaptırılan TEKEL ürünlerinin dağıtım işinin bir bütün olarak ihale edilmesi ve bu çerçevede hizmetin ihaleyi kazanan teşebbüsten alınması öngörülmektedir. Yani ortada devre konu bir teşebbüs ya da mal veya hizmet üretimine yönelik bir unsur (depo, araç, dağıtım sistemi vb.), değer ya da imtiyaz bulunmamaktadır. (...)

Bu çerçevede özelleştirme yoluyla gerçekleşecek bir devralma bulunmadığından 1998/4 sayılı Tebliğ'in öngördüğü ön bildirim ve izin prosedürlerinin işletilmemesi gerekmektedir.”²

1998/4 sayılı Tebliğ kapsamındaki özelleştirmeler, ortaklık paylarının veya diğer hak (örneğin işletme hakkı, kiralama vs.) ve araçların (örneğin gayrimenkul ve menkul mallar, marka, patent vs.) devri yoluyla yapılabileceği gibi, mal veya hizmet üretimine yönelik birimlerin devri yoluyla da gerçekleştirilebilir. Özelleştirme Kanunu'nun 18. maddesinde özelleştirme yöntemleri arasında satış, kiralama, işletme hakkı devri, mülkiyetin gayri ayni hakların tesisi, gelir ortaklığı sayıldıktan sonra, “işin gereğine uygun sair hukuki tasarruflar” denilmek suretiyle özelleştirme yöntemleri sınırlayıcı olmayacak şekilde düzenlenmiştir. Bu bağlamda 1998/4 sayılı Tebliğ kapsamındaki özelleştirmelerin, Özelleştirme Kanunu md. 18 ile uyumlu olduğu söylenebilir.

² Rekabet Kurulu'nun 21.07.2005 tarih ve 05-48/684-185 sayılı Tekel Sigara ve Tütün Pazarlama ve Dağıtım Hizmetleri Görüşü, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr (Erişim tarihi: 10.09.2010), s. 2-3

Bununla birlikte; ortaklık paylarının veya diğer hak ve araçların devredilmesi halinde, bu devrin 1998/4 sayılı Tebliğ kapsamında değerlendirilebilmesi için ayrıca “kontrol değişikliği” veya “karar organlarını etkileme” şartı aranmaktadır. Bu iki kavram, aşağıda ayrı ayrı tartışılmaktadır.

4.1.1.2. Özelleştirmelerde Kontrol Değişikliği

Kontrol kavramı, Rekabet Kanunu’nda ve 1998/4 sayılı Tebliğ’de düzenlenmemiş olup, 1997/1 sayılı Tebliğ md. 2/2’de (2010/4 sayılı Tebliğ md. 5/2’de) tanımlanmıştır: “... kontrol, ayrı ayrı ya da birlikte, fiilen ya da hukuken bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama olanağını sağlayan haklar, sözleşmeler veya başka araçlarla ve özellikle bir teşebbüsün malvarlığının tamamı veya bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait bir kullanma hakkıyla veya bir teşebbüsün organlarının oluşumunda veya kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmelerle meydana getirilebilir.”

1998/4 sayılı Tebliğ’in 7. maddesinin 1. fıkrası uyarınca 1997/1 sayılı Tebliğ’in (2010/4 sayılı Tebliğ’in) 1998/4 sayılı Tebliğ’e aykırı olmayan hükümlerinin özelleştirme yolu ile devralma işlemlerine uygulanacağı düzenlendiği ve kontrol kavramının 1998/4 sayılı Tebliğ’de tanımlanmadığı dikkate alındığında, 1997/1 sayılı Tebliğ’deki (2010/4 sayılı Tebliğ’de aynen korunan) bu tanımın özelleştirmeler açısından da geçerli olduğu açıktır.

Bu tanıma göre; kontrolün temelini, “karar mekanizmasında belirleyici etkiye sahip olabilme” unsuru oluşturmaktadır.³ Nitekim doktrinde ifade edildiği üzere; “hangi araçlarla sağlandığı nazara alınmaksızın, önceden iktisadi anlamda bağımsız olan bir teşebbüsün sevk ve idaresi üzerinde ‘belirleyici etki’ uygulama imkan ve iktidarının varlığı halinde, kontrolün elde edildiğini söylemek mümkündür.”⁴

³ Aslan, a.g.e., s. 540-541

⁴ Sanlı, a.g.e., s. 327

Dikkat edileceği üzere; bir teşebbüsün kontrolü, o teşebbüs üzerinde ya da o teşebbüsün organlarının oluşumunda veya kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar ve sözleşmeler ile elde edilebileceği gibi, o teşebbüsün malvarlığının mülkiyet veya işletilmeye müsait bir kısmına ilişkin kullanma hakkı ile de sağlanabilir. Dolayısıyla malvarlığı veya işletilmeye müsait kullanım hakkının devri de esasen bir kontrol değişikliği sonucunu doğurabilir. Nitekim 1998/4 sayılı Tebliğ açısından, mal veya hizmet üretimine yönelik birimlerin özelleştirilmesi de, özelleştirmeye konu birim üzerindeki kontrolün el değiştirilerek kamudan özele geçmesinden ibarettir.

Bu doğrultuda Özelleştirme Kanunu md. 18’de sayılan özelleştirme yöntemlerinin (satış, kiralama, işletme hakkı devri, mülkiyetin gayri ayni hakların tesisi, gelir ortaklığı ve işin gereğine uygun sair hukuki tasarruflar) “*özelleştirme sonucu teşebbüslerde kontrol değişikliğine yol açabilecek kontrol araçlarını ifade ettiği*” belirtilmektedir.⁵ Mal ve hizmet üretimine yönelik birimin devredilmesinin, o birim üzerindeki kontrolün el değiştirmesini kendiliğinden sağladığı varsayılır iken, ortaklık paylarının veya diğer hak ve araçların devri yoluyla gerçekleştirilen özelleştirmelerde kontrol değişikliğinin gerçekleşip gerçekleşmediği ayrıca incelenmeyi gerektirdiğinden; bu ikinci durum açısından 1998/4 sayılı Tebliğ’de kontrol değişikliği şartı açıkça belirtilmiştir.

Nitekim Rekabet Kurulu’nun TEİAŞ-Türk Telekom Kararı’nda⁶, TEİAŞ’a ait Ankara-İstanbul ve İstanbul-Bulgaristan güzergahlarındaki iki çift fiber kablonun 10 yıl süreyle kiraya verilmesi işleminin devralma niteliğinde olup olmadığının değerlendirilmesi neticesinde;

“Rekabet hukuku bağlamında kontrol değişikliğinin, hisse veya malvarlığının satın alınmasıyla gerçekleştirilebileceği gibi, dosya konusu işlemde olduğu gibi uzun süreli kiralama sözleşmesi ile de gerçekleştirilebileceği,

⁵ Bkz. Abdulgani Güngördü, **AT ve Türk Rekabet Hukukunda Yoğunlaşmaların Kontrol Unsuru**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını, Temmuz 2003, s. 45

⁶ Rekabet Kurulu’nun 08.02.2007 tarih ve 07-13/112-33 sayılı TEİAŞ-Türk Telekom Kararı, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 10.09.2010)

Böyle bir durumda, uzun süreli bir kira sözleşmesiyle elde edilen kontrolün hisse veya mal varlıklarının satın alınmasıyla elde edilen kontrolle yönetim ve malvarlıkları üzerindeki haklar bakımından benzer öğeleri içermesi gerektiği”

belirtildikten⁷ sonra,

“Dosya konusu işlemde 10 yıl süreyle kiralanacak olan iki çift aydınlatılmamış fiber, ihaleyi kazanan firma tarafından ucuna aktif transmisyon cihazları bağlanmak suretiyle hizmet vermeye uygun hale geleceği,

Böylece, ihaleyi kazanan firma gerek İstanbul-Ankara arasında data trafiğine gereksinim duyan firmalara, gerekse yurtdışı operatörlerle anlaşmak koşuluyla, yurtdışı geçişe gereksinim duyan firmalara ihale konusu fiberler üzerinden Türk Telekom hatlarına alternatif bir altyapı hizmeti verilebileceği,

Dolayısıyla, ihaleye konu olan fiberlerin devriyle birlikte ihaleyi kazanan firma, 1997/1 sayılı Tebliğ’deki kontrol tanımına uyan bir şekilde, TEİAŞ’ın malvarlığının bir kısmı üzerinde (iki çift fiber) işletilmeye müsait bir kullanım hakkıyla belirleyici etki uygulama olanağına 10 yıllık bir süre için kavuşacağı,

Bu anlamda TEİAŞ’ın sahip olduğu ve 2 çiftini kiralayacağı 5 çift fiberin 10 yıl süre ile kiralanması işleminin 1998/4 sayılı Tebliğ kapsamında hizmet üretimine yönelik bir birimin özelleştirilmesi olarak değerlendirilmesi gerektiği”

sonucuna ulaşılmıştır.⁸

Rekabet Kurulu, TEİAŞ-Türk Telekom Kararı’ndan kısa bir süre sonra verdiği Karayolları Genel Müdürlüğü Kararı’nda⁹ da; TEİAŞ-Türk Telekom Kararı’na benzer şekilde, kamu tesisindeki bir tesisatın (sekizli fiber kablo) uzun süreli (15 yıl) kullanma hakkının devrinin 1997/1 ve 1998/4 sayılı Tebliğ’ler kapsamında olup olmadığını değerlendirmiştir.¹⁰ Karayolları Genel Müdürlüğü olayını, TEİAŞ-Türk Telekom olayından ayıran temel husus, devre konu işletme hakkının, altyapı tesisi yapım işinin ihale edildiği teşebbüse bu iş karşılığında bedelsiz olarak verilmesidir. Başka bir deyişle, önce tesisat yapılacak ve ardından tesisatın bir kısmının (sekizli

⁷ A.k., s. 3

⁸ A.k., s. 3-4

⁹ Rekabet Kurulu’nun 07.02.2008 tarih ve 08-12/129-45 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Kararı, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 10.09.2010)

¹⁰ A.k., s. 1-2

fiber kablo) işletme hakkı devredilecektir. Rekabet Kurulu, söz konusu ihalenin Rekabet Kanunu md. 7 ile 1997/1 ve 1998/4 sayılı Tebliğ'lere aykırı olarak gerçekleştiği gerekçesine dayanan şikayeti, ihalenin iptal edilmiş olması gerekçesiyle reddetmiş¹¹ ve TEİAŞ-Türk Telekom Kararı'nda dikkate aldığı hususlara dair bir değerlendirme yapmamıştır.¹²

Rekabet Kurulu'nun yakın tarihli BOTAŞ kararında ise, mevcut fiber optik kablo altyapısını (ihale sonrasında ek yatırımla genişletilmek şartıyla) 15 yıl süre ile kiralanma işlemi değerlendirilmiş ve ihale konusu fiberlerin, ihaleyi kazanacak firma tarafından altyapı hizmetleri verilebilmesini sağlayacak nitelikte olduğu gerekçesiyle söz konusu işlemin 1998/4 sayılı Tebliğ kapsamında hizmet üretimine yönelik bir birimin özelleştirilmesi olduğu sonucuna varılmıştır.¹³

4.1.1.3. Özelleştirmelerde Karar Organlarının Etkilenmesi

Bir teşebbüsün ortaklık paylarının ya da diğer hak ve araçların "karar organlarını etkileyecek" şekilde özelleştirilmesinin de 1998/4 sayılı Tebliğ kapsamında sayıldığı dikkate alındığında; bu hüküm, kontrol değişikliği yaratmaksızın karar organlarını etkileyen (örneğin azınlık hisseleri devralanın yönetim kurulunda bir üyelik elde etmesi gibi) özelleştirmeler açısından tartışma yaratmaktadır.¹⁴ Oysa ki; rekabet hukuku anlamında bir devralmadan bahsedilebilmesi için (yukarıda özelleştirmeler yönünden de açıklandığı üzere) kontrol değişikliği belirleyici unsur teşkil etmektedir.¹⁵ Bu doğrultuda doktrinde, "*buradaki etkilenmeyi dar anlamda kararları belirlemek olarak anlamak ve bu durumda da 'kontrolü elde etmiş' olmayı aramak gerektiği*" ifade edilmiştir.¹⁶

¹¹ A.k., s. 4

¹² Bkz. Sinan Naipoğlu, Deniz Ulaş Göçen, "Kamu İhalelerinde Kamu ve Özel Kesim Yönünden Rekabet Denetimine İlişkin Güncel Gelişmeler", **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-VII**, Kayseri, Rekabet Kurumu Yayını, Nisan 2009, s. 151-153

¹³ Rekabet Kurulu'nun 18.03.2010 tarih ve 10-24/327-115 sayılı BOTAŞ Kararı, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 10.09.2010), s. 9

¹⁴ Bkz. Güngördü, a.g.e., s. 47

¹⁵ Sanlı, a.g.e., s. 326

¹⁶ Bkz. Aslan, a.g.e., s. 610

Her ne kadar 1998/4 sayılı Tebliğ md. 7/1 uyarınca, 1998/4 sayılı Tebliğ'in 1997/1 sayılı Tebliğ (2010/4 sayılı Tebliğ) ile çelişmesi halinde 1998/4 sayılı Tebliğ hükümleri uygulanacaksa da; Rekabet Kanunu md. 7'de "*yönetimde hak sahibi olması yetkisini veren araçların devralınması*"nın düzenlendiği, dolayısıyla kontrol değişikliğinin özelleştirmeler açısından da temel kriter olduğu kabul edilmelidir.

Nitekim Rekabet Kurulu, ÖİB'nin ön bildirimini üzerine Sümer Holding'in TÜMAŞ, BUMAS ve Beslen şirketlerinde sahip olduğu iştirak hisselerinin özelleştirilmesi ile ilgili verdiği görüşte; "*Sümer Holding A.Ş.'nin sermayelerine iştirak ettiği TÜMAŞ Türk Mühendislik Müşavirlik ve Müteahhitlik A.Ş. ve Beslen Makarna Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş.'ye ait [sırasıyla %49 ve %23,84 oranındaki] hisselerin satışı, söz konusu teşebbüslerin kontrol yapısını değiştirmeyeceğinden, bu teşebbüslere ait hisselerin özelleştirme işleminin 1998/4 sayılı Tebliğ'in 2. maddesi kapsamında bir işlem olmadığı*"na karar vermiştir.¹⁷

4.1.1.4. Özelleştirmelerde Kontrol Değişikliği Çeşitleri

4.1.1.4.1. Hukuki/fiili kontrol değişikliği

Kontrol değişikliği, hukuki olabileceği gibi, fiilen de olabilir. Ancak özelleştirmelerin, Özelleştirme Kanunu md. 18'de düzenlenen yöntemler (satış, kiralama, işletme hakkı devri, mülkiyetin gayri ayni hakların tesisi, gelir ortaklığı ve işin gereğine uygun sair *hukuki* tasarruflar) ile gerçekleştirilen idari bir süreç olduğu dikkate alındığında, özelleştirmeler açısından fiili kontrol değişikliğinden bahsedilmesi güç görünmektedir.

¹⁷ Rekabet Kurulu'nun 24.08.2006 tarih ve 06-59/776-M sayılı TÜMAŞ-BUMAS-Beslen Görüşü, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 10.09.2010), s. 2

4.1.1.4.2. Tek/ortak kontrol değişikliği

Kontrol, tek başına veya müştereken devredilebilir. Bir başka ifadeyle, bir teşebbüsün tek kontrolünden başka bir teşebbüsün tek kontrolüne veya birden fazla teşebbüsün ortak kontrolüne ya da birden fazla teşebbüsün ortak kontrolünden bir teşebbüsün tek kontrolüne veya başkaca birden fazla teşebbüsün ortak kontrolüne geçiş halinde devre konu teşebbüsün kontrolü el değiştirmiş sayılmaktadır.¹⁸

Özelleştirmelerin yaygın olarak devletin tek başına kontrol ettiği kamu teşebbüslerinin kontrolünün bir veya birden fazla özel teşebbüse devri yoluyla gerçekleştiği dikkate alındığında, özelleştirilen teşebbüsün özelleştirme sonrasındaki kontrolü tek başına veya müştereken özel sektöre geçmektedir.¹⁹ Nitekim özelleştirilen teşebbüsün, özel teşebbüslerin oluşturduğu bir ortak girişim/konsorsiyum tarafından devralınması halinde, bu ortak girişimi/konsorsiyumu oluşturan özel teşebbüsler arasındaki anlaşma hükümleri dahilinde kontrolün müştereken devrinden (ortak kontrolden) bahsedilebilir.

4.1.1.4.3. “Hiç kontrol” durumunda kontrol değişikliği

Bir teşebbüs üzerinde ortak kontrolün dahi söz konusu olmadığı durum, “hiç kontrol” olarak ifade edilmektedir. Örneğin ortakların eşit hisseye sahip olduğu bir şirkette kararların herhangi iki ortağın olumlu oyuyla alınabilmesi, mutlak veya müşterek herhangi bir kontrolün bulunmadığını göstermektedir. Bu durumda kontrol değişikliğinden bahsedilebilmesi için, devir sonrasında tek veya müşterek kontrolün ortaya çıkması gerekmektedir.

Nitekim Rekabet Kurulu BUMAS Kararı’nda; “hiçbir ortağın tek başına nisabın oluşmasını engelleyerek yönetim kurulunun toplanmasını veya karar almasını önleme gücüne sahip olmadığı” gerekçesiyle BUMAS üzerinde tek veya müşterek

¹⁸ Bkz. Güngördü, a.g.e., s. 34-36

¹⁹ Bir istisna olarak bkz. Rekabet Kurulu’nun 22.03.2007 tarih ve 07-27/239-78 sayılı BUMAS Kararı, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 10.09.2010)

herhangi bir kontrolün bulunmadığını tespit ettikten sonra, özelleştirmeye konu %30'luk hissenin yönetim kurulunda 2 üye seçtirme hakkı vermesi nedeniyle “teşebbüs üzerinde kontrolü değiştirecek ya da karar organlarını etkileyecek bir hak vermediğinden söz konusu hisselerin ilgili [1998/4 sayılı] Tebliğ kapsamında olmadığı” sonucuna ulaşmıştır.²⁰

4.1.1.4.4. Altın hisse uygulamasında kontrol değişikliği

Özelleştirmelerde altın hisse uygulaması²¹, kontrol değişikliği yönünden ayrıca değerlendirilmelidir. Altın hisse, ticaret hukuku anlamında bir imtiyazlı hisse teşkil etmektedir.²² Altın hisse uygulaması, devlete özelleştirilen teşebbüsün yönetiminde özelleştirme sonrasında da söz sahibi olma hakkı sağlayan imtiyazlar içerdiği takdirde, kontrolün devralana geçip geçmediğini veya ne ölçüde geçtiğini ve dolayısıyla rekabet hukuku anlamında bir devralmanın/özelleştirmenin gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmek açısından önem taşımaktadır.²³

Özelleştirmelerde altın hisse uygulaması, özellikle stratejik öneme sahip teşebbüslerin özelleştirilmesi sonrasında söz konusu teşebbüs yönetimince kamu yararını ilgilendiren/etkileyen stratejik konularda alınacak kararlarda devletin de söz sahibi olmasını sağlamaya yöneliktir.²⁴ Nitekim Özelleştirme Kanunu'nun 2/1(g) maddesinde “*Stratejik konularda devletin sahip olacağı imtiyazlı hisse oluşturulması*” özelleştirme uygulamasındaki ilkeler arasında sayıldıktan sonra, “*Stratejik Konu ve Kuruluşlar ile İmtiyazlı Hakların Belirlenmesi*” başlıklı 13. maddesinde;

²⁰ A.k., s. 4

²¹ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Pelin Güven, “Özelleştirmelerde Gündeme Gelen Altın Hisse Uygulamasının Avrupa Birliği Hukukundaki Sermayenin Serbest Dolaşımı ve Rekabet Hukukundaki Gelişmeler Işığında Değerlendirilmesi”, **e-akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi**, Sayı: 38, Nisan 2005, (Çevrimiçi), <http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=Özelleştirmelerde%20Gündeme%20Gelen%20Altın%20Hisse%20Uygulamasının%20Avrupa%20Birliği%20Hukuku'ndaki%20Sermayenin%20Serbest%20Dolaşımı%20ve%20Rekabet%20Hukuku'ndaki%20Gelişmeler%20Işığında%20Değerlendirilmesi&kimlik=1112881414&url=makaleler/pguven-1.htm>, (Erişim tarihi: 11.09.2010)

²² A.m., par. 10

²³ A.m., par. 12

²⁴ A.m., par. 15

“Özelleştirme programına alınan kuruluşlarla ilgili olarak;

a) Stratejik sayılacak konu ve kuruluşları tespit etmeye,

b) Tekelleşmenin önlenmesi de dahil, ekonomi ve güvenlik ile ilgili olarak milli yararın korunması amacıyla, (a) bendi gereğince tespit edilecek stratejik kuruluşlardaki kamu payının, % 50'nin altına düşmesi durumunda bu kuruluşların yetkili kurullarında alınacak kararlarda söz ve onay hakkı verecek imtiyazlı hisselerin miktarını ve bu paylara dayanarak Devletin sahip olacağı imtiyazlı hakları belirlemeye, imtiyazlı hisselerin miktarını ve bunlarla ilgili imtiyazlı hakları değiştirmeye, stratejik konu ve kuruluş olarak tespit edilenleri bu kapsamdan çıkarmaya, Kurul yetkilidir.

Şu kadar ki, aşağıda belirtilen kuruluşların sermayelerinin % 49'undan fazlasının özelleştirilmesine karar verilmesi halinde bu kuruluşlarda imtiyazlı hisseler oluşturulması zorunludur;

- Türk Hava Yolları A.O.,*
- T.C. Ziraat Bankası,*
- Türkiye Halk Bankası A.Ş.,*
- T.M.O. Alkoloid Müessesesi,*
- Türkiye Petrolleri A.O.”*

hükmüne yer verilmiştir.

Özelleştirme Kanunu md. 13 hükmü, stratejik konuların neler olduğu hususunda açık bir düzenleme içermemektedir. Ancak söz konusu maddede, *“Tekelleşmenin önlenmesi de dahil, ekonomi ve güvenlik ile ilgili olarak milli yararın korunması amacı”*na yer verildiği ve özelleştirilmesi halinde imtiyazlı hisse oluşturulması zorunluluğu getirilen teşebbüslerin hava yolları, bankacılık, petrol gibi alanlarda faaliyet gösterdiği dikkate alındığında, ülkenin ekonomik ve siyasal bağımsızlığı yönünden esaslı bir role sahip olan alanların stratejik sayıldığı söylenebilir. Benzer şekilde 406 sayılı Kanun ek md. 17’de Türk Telekom A.Ş.’nin özelleştirilmesi sırasında da imtiyazlı hisse oluşturulması düzenlenmiş ve böylece telekomünikasyon sektörü de stratejik bir alan olarak kabul edilmiştir.

Bu bağlamda stratejik teşebbüslerin özelleştirilmesinde oluşturulacak imtiyazların, sadece ekonomik (tekelleşmeyi önleme dahil) ve güvenlik yönünden kamu yararını koruma amacıyla sınırlı ve orantılı olmasına dikkat edilmelidir. Bu doğrultuda;

- a) serbest piyasa koşullarına göre bir ticari işlem yapılmasının benimsendiği,
- b) diğer teşebbüslere göre herhangi bir ayrıcalığın öngörülmediği,
- c) yönetim yetkisinin (örneğin Türk Silahlı Kuvvetleri'nin akaryakıt ihtiyacının karşılanması gibi stratejik hususlar hariç olmak üzere) tamamen devralana ait olduğu

hallerde, kontrolün (tek başına veya müştereken) kamuda bırakılması amacının bulunmadığı, dolayısıyla altın hisse yaratılmasına rağmen kontrolün tamamen devralan(lar)a geçtiği ifade edilmektedir. Bununla beraber, altın hisse uygulamasının, her somut durumda kontrolün devralınıp devralınmadığı açısından Rekabet Kurulu'nca ayrıntılı olarak incelenmesi gerektiğine vurgu yapılmaktadır.²⁵

4.1.1.4.5. Kısmi devirlerde kontrol değişikliği

Ortaklık payları ile diğer hak ve araçların kısmen veya tamamen devredilmesi mümkün olup, kontrol değişikliği sağladığı takdirde kısmi devirler de 1998/4 sayılı Tebliğ kapsamında değerlendirilmektedir.

Rekabet Kurulu, Sümer Holding'in TÜMAŞ ve Beslen'deki iştirak hisselerinin satışını kontrol değişikliği bulunmadığı gerekçesiyle 1998/4 sayılı Tebliğ'in 2. maddesi kapsamında bir devralma olarak nitelendirmezken, BUMAS'taki %30'luk iştirak hissesinin satışının (ciro ve pazar payı eşiklerinin aşılması nedeniyle) ön bildirim tabii olmadığı yönünde görüş vermiştir.²⁶ Rekabet Kurulu'nun bu görüşü, BUMAS'taki kısmi hisse devrinin kontrol değişikliği yarattığı gerekçesiyle 1998/4 sayılı Tebliğ kapsamında bulunduğu izlenimini yaratmaktadır. Oysa ki; Rekabet Kurulu, BUMAS Kararı'nda, Sümer Holding'in BUMAS'taki %30'luk iştirak hissesinin satışının (yukarıda özetlendiği üzere; herhangi bir kontrol değişikliği olmadığı gerekçesiyle) 1998/4 sayılı Tebliğ kapsamında bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır.²⁷

²⁵ Bkz. a.m., par. 123-124.

²⁶ TÜMAŞ-BUMAS-Beslen Görüşü, s. 2

²⁷ BUMAS Kararı, s. 4

İleride ayrıntılı olarak tartışacağımız üzere; Rekabet Kurulu, özelleştirilecek teşebbüs ya da birimin bölünmesi yoluyla yapılacak kısmi devirleri de tavsiye edebilmektedir.²⁸

4.1.2. Özelleştirmeyi Gerçekleştiren Kamu Kurumu/Kuruluşu

Özelleştirme yoluyla devirlerin herhangi bir kamu kurum veya kuruluşunca gerçekleştirilmesi yeterlidir. Zira 1998/4 sayılı Tebliğ'in 7. maddesine 18.11.1998 tarihinde eklenen 2. fıkra ile ÖİB dışındaki kamu kurum ve kuruluşlarınca gerçekleştirilen özelleştirmeler de anılan tebliğ kapsamına alınmış ve ÖİB tarafından yerine getirilmesi öngörülen yükümlülüklerin, özelleştirmeyi gerçekleştirecek kamu kurum veya kuruluşunca yerine getirileceği öngörülmüştür. Doktrindeki bir görüşe göre; *“ön bildirim yükümlülüğünün muhatabı Özelleştirme İdaresi olmakla birlikte, izin için bildirim yükümlülüğünün muhatabı da [4054 sayılı] Kanun'da öngörüldüğü şekliyle teşebbüsler olmalıdır.”*²⁹

4.1.3. Özelleştirmelerin Gerçekleştiği İlgili Pazar

Özelleştirmenin gerçekleştiği ilgili pazarın belirlenmesi, ön bildirim aşamasında özelleştirilen teşebbüsün pazar payının hesaplanması, izin aşamasında ise özelleştirme ihalesinde teklif veren teşebbüslerin bu pazarda bir faaliyetlerinin bulunup bulunmadığının tespit edilmesi ve faaliyetleri varsa pazar paylarının (özelleştirilen teşebbüsün pazar payına ek olarak) hesaplanması açısından önem taşımaktadır.

Özelleştirmenin mevcut bir pazar içerisinde gerçekleşmesi gerekmektedir. Nitekim Rekabet Kurulu, çeşitli kara sınır kapılarında ihtiyaç duyulan bina ve altyapı tesislerinin yaptırılması/modernizasyonu karşılığında söz konusu sınır kapılarındaki

²⁸ Bkz. Rekabet Kurulu'nun 01.04.2003 tarih ve 03-22/242-M sayılı Tekel Sigara ve Alkollü İçecekler İşletmeleri Görüşü, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 10.09.2010), s. 2; Rekabet Kurulu'nun 22.01.2007 tarih ve 07-88/44-M sayılı Tekel Sigara Fabrikaları ve Markaları Görüşü, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 10.09.2010), s. 2

²⁹ Öz, a.g.t., s. 52

ticari ünitelerin işletme hakkının uzun süreli olarak TOBB ve UND'nin kontrolündeki teşebbüslere devrine ilişkin kararında,

“... bu devir işleminin mevcut bir pazar içerisinde gerçekleşen ve dolayısıyla mevcut bir pazarın yapısında kalıcı bir değişiklik yaratan bir işlem olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Zira, yap-işlet-devret modeli ile kara sınır kapıları yeniden yapılandırılırken sınır kapılarında görülen ticari faaliyetlerin niteliğinde ve kapsamında köklü değişiklikler meydana gelmektedir. Bu yönüyle, herhangi bir sınır kapısında yeniden yapılandırma sonrasındaki ticari faaliyetlerin yeniden yapılandırma öncesindeki ticari faaliyetlerin bir devamı olarak değerlendirilmesi mümkün olmayıp, yeniden yapılandırma ile yeni pazar/pazarlar yaratılmaktadır.”

gereğesiyle; söz konusu devir işleminin Rekabet Kanunu md. 7 kapsamında olmadığına, dolayısıyla 1998/4 sayılı Tebliğ'e göre ön bildirim ve izin başvurusunda bulunulması gerekmediğine karar vermiştir.³⁰

Diğer taraftan ilgili pazarın tanımı, özelleştirme sonrası rekabet denetimi açısından da önem taşımaktadır. Bu bağlamda Rekabet Kurulu'nun, ilgili pazarın yapısında esaslı bir değişiklik olmakça özelleştirme yoluyla devralmalara ilişkin görüş ve kararlarında belirlediği ilgili pazar tanımını değiştirmesinin, özelleştirme süreci ve sonrasındaki rekabet denetiminin etkinliğini de azaltacağı düşüncesindeyiz.³¹

4.1.4. 1998/4 sayılı Tebliğ Kapsamı Dışında Tutulan Özelleştirmeler

1998/4 sayılı Tebliğ kapsamı dışındaki haller ise anılan tebliğin 2. maddesinin 2. fıkrasında sınırlı sayıda olmak üzere aşağıdaki şekilde sayılmıştır:

- a) Mahalli idareler dahil kamu kurum veya kuruluşlarına yapılan devirler³²,
- b) Mal veya hizmet üretimine yönelik olmayan gayrimenkullerin devri,

³⁰ Rekabet Kurulu'nun 18.09.2008 tarih ve 08-54/858-337 sayılı TOBB Kararı, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 10.09.2010), s. 8

³¹ Rekabet Kurulu'nun ilgili pazar tanımını tartışmalı şekilde değiştirdiği Bodrum Limanı Kararı hk. bkz. Bölüm 4.1.3

³² Bkz. Rekabet Kurulu'nun 19.08.2004 tarih ve 04-56/765-192 sayılı Çankırı Tuz Kararı, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 10.09.2010)

- c) Yurt dışı sermaye piyasalarında satışlar,
- d) Halka arz,
- e) Sermaye piyasalarına ilişkin mevzuattaki hükümler saklı kalmak kaydı ile süresi 3 yılı aşmayan gecikmeli halka arzı içeren blok satışlar,
- f) Çalışanlara devirler,
- g) Borsada normal ve/veya teşebbüsün kontrolünde değişikliğe yol açmayan özel emir ile satışlar,
- h) Menkul kıymetler yatırım fonları ve/veya menkul kıymetler yatırım ortaklıklarına satışlar.

1998/4 sayılı Tebliğ kapsamı dışında tutulan çalışanlara devirler, anılan tebliğin 2. maddesinin 3. fıkrasında, *“kontrolün açıkça özelleştirilecek teşebbüsün çalışanlarında ve/veya emeklilerinde olacağı ortak girişim ve sair organizasyonlara satış, kiralama, işletme hakkının verilmesi, mülkiyetin gayri ayni hakların tesisi, gelir ortaklığı ve işin gereğine uygun sair hukuki tasarruf yöntemlerinden herhangi birinin veya birkaçının birlikte uygulanması ile yapılan devirler”* şeklinde tanımlanmıştır.

1998/4 sayılı Tebliğ md. 2/2’de sayılan özel hallerin yanı sıra, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun³³ 19. maddesi de 1998/4 sayılı Tebliğ’in uygulama alanını sınırlamaktadır. Bu hükme göre; *“... Bankaların bu Kanun hükümlerine göre birleşme, bölünme ve devirlerinde 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile devir veya birleşmeye konu bankaların toplam aktiflerinin sektör içindeki paylarının yüzde yirmiyi geçmemesi kaydıyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 7, 10 ve 11 inci maddeleri hükümleri uygulanmaz. ...”*

Bu hüküm nedeniyle Rekabet Kanunu md. 7’nin uygulanmadığı hallerde, bu maddeye dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı Tebliğ ve 1998/4 sayılı Tebliğ’in de bu kapsamda değerlendirilerek uygulanmaması gerektiği açıktır. Başka bir ifadeyle, özelleştirilecek kamu bankaları açısından 1998/4 sayılı Tebliğ’in uygulanması için,

³³ 01.11.2005 tarih ve 25983 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

özelleştirmeye konu bankaların toplam aktiflerinin sektör içindeki paylarının %20'yi geçmesi şartı aranmaktadır.³⁴

4.2. Özelleştirmelerin Rekabet Yönünden Denetlenme Usulleri

1998/4 sayılı Tebliğ, özelleştirmelere ilişkin iki aşamalı bir rekabet denetimi öngörmektedir. Bunlar sırasıyla ön bildirim ve izin usulleridir.

4.2.1. Ön Bildirim ve Rekabet Kurulu Görüşü

4.2.1.1. Yasal Dayanağı

Rekabet Kanunu md. 7/2'ye göre, "*Hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlik kazanabilmesi için Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul, çıkaracağı tebliğlerle ilan eder*". Dikkat edileceği üzere, bu hüküm Rekabet Kurulu'na birleşme ve devralmaların izin koşullarını belirleme yetkisini vermekte iken, ön bildirim usulünü açıkça düzenlememektedir. Doktrinde ön bildirim yasal dayanağını, Rekabet Kurulu'na Rekabet Kanunu'nun uygulanması ile ilgili olarak tebliğ çıkarma yetkisi veren ve dolayısıyla Rekabet Kanunu md. 7/2'ye kıyasla daha genel nitelikte olan Rekabet Kanunu md. 27/f hükmünün oluşturduğu ifade edilmiştir.³⁵ Gerçekten de 1998/4 sayılı Tebliğ'in 1. maddesinde, anılan tebliğin yasal dayanakları arasında Rekabet Kanunu md. 27/f de sayılmaktadır. Öte yandan bu yasal dayanaklara rağmen, gerek Rekabet Kanunu'nda gerekse Özelleştirme Kanunu'nda öngörülme bir usul kuralının (ön bildirimde bulunmak suretiyle görüş alma usulü) ikincil mevzuat niteliğindeki bir tebliğ hükmü ile getirilmesi doktrinde eleştirilmiştir.³⁶

Danıştay, çeşitli kararlarında bu konuyu tartışarak açıklığa kavuşturmuştur. Danıştay 10. Dairesi, SEKA Dalaman İşletmesi Özelleştirmesi'ne izin veren Rekabet Kurulu

³⁴ 5411 sayılı Bankacılık Kanunu md. 19 hk. detaylı bilgi için bkz. aşağıda Bölüm 4.2.1.2

³⁵ Aslan, a.g.e., s. 614 ve 819.

³⁶ Tan, "Özelleştirme Sürecinde Rekabet Kurumu'nun Yeri", s. 33

Kararı'nın³⁷ iptali talebi ile açılan dava neticesinde verdiği kararda; 1998/4 sayılı Tebliğ'in ön bildirim ve izin usullerine ilişkin hükümleri doğrultusunda iptal talebini reddetmiş³⁸, böylece doktrinde ön bildirim usulünün Danıştay tarafından kabul gördüğü ifade edilmiştir.³⁹ Aslında Danıştay 10. Dairesi'nin daha önceki tarihli bir kararında⁴⁰, POAŞ Özelleştirmesi'ne şartlı izin veren Rekabet Kurulu Kararı'nın⁴¹ iptali talebini reddetmek suretiyle ön bildirim usulünü dolaylı olarak da olsa benimsediği savunulabilir. Danıştay 10. Dairesi'nin bu kararındaki Danıştay Savcısı görüşü bu açıdan dikkate değerdir: “... Özelleştirme suretiyle satışta olduğu gibi teşebbüsün statüsünün değiştirilmesi suretiyle satışı halinde ön bildirim ve izin konusundaki prosedüre uyulmaksızın ya da satış işleminin tesisinden sonra verilen koşullu izinle satış ve devir işlemlerinin gerçekleştirilmesinden sonra 11. maddede belirtilen geri dönüşün sağlanması çok güç veya imkansız olabileceği gibi bu durumun ülkenin özelleştirme ile çözüm beklediği ekonomik ve sosyal çıkarlarında telafisi imkansız zararlar doğurabileceği ve özelleştirmeden beklenen kamu yararının gerçekleşmeyeceği açıktır.”

Nihayet Danıştay 13. Dairesi; Rekabet Kurulu'nun Türk Telekom'un özelleştirilmesine izin verme kararının⁴² iptali talebi ile açılan davalar neticesinde verdiği daha yakın tarihli kararlarında, ön bildirim usulü ile Rekabet Kurulu'ndan görüş alınmasını aşağıdaki gerekçeler ile açıkça onamıştır:

“Davacı tarafından, Türk Telekom'un özelleştirilmesiyle ilgili Rekabet Kurumu'na yapılan bildirimden sonra, ilgili mesleki dairesi olan 2. Daire tarafından hazırlanan ve Rekabet Kurulu'nun 02.09.2004 tarihli ve 04-57/797 sayılı toplantısında ön bildirime konu alınan görüşlere aykırı olarak dava konusu kararın alındığı ileri sürülmektedir.

³⁷ Rekabet Kurulu'nun 03.08.2000 tarih ve 00-29/330-186 sayılı SEKA Kararı, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 10.09.2010)

³⁸ Danıştay 10. Dairesi'nin 22.12.2003 tarih ve 2000/6164 E.-2003/5279 K. sayılı Kararı, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 10.09.2010)

³⁹ Bkz. Aslan, a.g.e., s. 611

⁴⁰ Danıştay 10. Dairesi'nin 26.03.2002 tarih ve 1998/5649 E.-2002/846 K. sayılı Kararı, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 10.09.2010)

⁴¹ Rekabet Kurulu'nun 30.07.1998 tarih ve 77 sayılı POAŞ-I Kararı, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 10.09.2010)

⁴² Rekabet Kurulu'nun 21.07.2005 tarih ve 05-48/681-175 sayılı Türk Telekom Kararı, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 10.09.2010)

4054 sayılı Kanun'un 7. maddesinde izin alınması gereken birleşme ve devralmaların türlerini belirleme ve alınan Kanun'un uygulaması ile ilgili olarak tebliğler çıkarma ve gerekli düzenlemeler yapma, 27/d maddesinde de birleşme ve devralmalara izin verme yetkisi Rekabet Kurulu'na verilmiştir. Bu yetki uyarınca da Rekabet Kurulu 1998/4 sayılı Tebliği çıkararak, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nca "Ön Bildirim"de bulunmayı ve "izin" almayı özelleştirme yoluyla devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmelerinin gerekli koşulu olarak getirmiştir. Bu düzenleme ile, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nca ihale koşullarının kamuoyuna duyurulmasından önce Rekabet Kurumu'na Rekabet Kurulu'nun görüşü alınmak üzere ön bildirimde bulunulması, Rekabet Kurulu'nun da ön bildirimde kayıtlarına giriş tarihinden itibaren 40 iş günü içerisinde "Görüşümü" Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'na bildirmesi öngörülerek özelleştirme yoluyla devralmaların özelliği gereği ileride izin aşamasında ortaya çıkabilecek sorunların ihale şartnamesi kamuoyuna duyurulmadan önce ortadan kaldırılması ve izin isteminin işlerliğinin de etkili kılınması amacıyla Rekabet Kurulu'nun görüşü için ön bildirimde bulunma usul ve kuralları belirlenmiştir. İhale Şartnamesinin ihalenin hangi şartlarla yapılacağını belirlemesi ve taraflara bir kısım yükümlülükler getirmesi nedeniyle, sonuçta "izin" alınması gereken özelleştirme yoluyla devralmalarda Rekabet Kurulu'nun görüşünün dikkate alınması, bu aşamada özelleştirme sonrası rekabeti bozucu sonuçların önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Anılan Tebliğin 5. maddesiyle ön bildirimde bulunulması zorunlu olan özelleştirme yolu ile devralma işlemlerinde Rekabet Kurulu'ndan izin alınması zorunluluğu getirilmesi de bu hususu teyit etmektedir. Dolayısı ile mesleki daire veya ön bildirim üzerine Kurul tarafından alınan görüşün ihale koşullarını hazırlamakla görevli ve yetkili olan Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın almak zorunda olduğu bir hazırlık işlemi niteliğinde olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

*Kaldı ki; mesleki daire görüşünden sonra Rekabet Kurulu'nun 02.09.2004 tarihli ve 04-57/797 sayılı toplantısında alınan ve ön bildirimle ilişkin görüşünde belirtilen sakıncaların ihale öncesi ve ihale aşamasında ortadan kaldırıldığı görülmektedir.*⁴³

Danıştay 13. Dairesi'nin, yukarıda alıntılanan karar metninde Rekabet Kurulu'nun "anılan Kanun'un uygulaması ile ilgili olarak tebliğler çıkarma ve gerekli düzenlemeler yapma" yetkisinin bulunduğunu belirtmesi, (her ne kadar Rekabet Kanunu'nun 7. maddesine atıf yapılmış olsa da) Rekabet Kanunu'nun 7/2. maddesine ek olarak 27/f maddesini de dikkate aldığına işaret etmektedir. Dolayısıyla Danıştay 13. Dairesi, Rekabet Kanunu md. 7/2 hükmüne kıyasla Rekabet Kurulu'na daha geniş bir yetki veren 27/f maddesinin işlevini de kabul

⁴³ Danıştay 13. Dairesi'nin 22.05.2007 tarih ve 7878 E.-3382 K., 7969 E.-3383 K. ve 7877 E.-3384 K. sayılı Kararları, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 10.09.2010)

etmiş görünmektedir. Danıştay 13. Dairesi; ön bildirim usulünü, Rekabet Kurulu'nun Rekabet Kanunu md. 27/d hükmü uyarınca sahip olduğu birleşme ve devralmalara (dolayısıyla özelleştirmelere) izin verme yetkisi kapsamında bir hazırlık işlemi olarak değerlendirmiş, esas amacın özelleştirme sonrası rekabeti bozucu sonuçların önüne geçilmesi olduğunu belirtmiştir. Gerçekten de ihale usulüyle gerçekleştirilen özelleştirme yoluyla devralmalara izin verilmesi aşamasında rekabet yönünden engel yaratabilecek hususların baştan belirlenip ihale şartnamesinde çeşitli ön koşullar getirerek ihaleye çıkılması mümkündür.

Ön bildirim usulü Danıştay tarafından tevsik edilmiş olmakla beraber, doktrinde Rekabet Kanunu'na ek bir hüküm koymak suretiyle ön bildirim usulünün yasal dayanağının oluşturulmasının doğru olduğu ifade edilmektedir.⁴⁴ Gerçekten de, Danıştay'ın ön bildirim usulünü tevsik etmesinin; bu usulün gerekliliğine işaret etmekle beraber, bu usulün kapsamının ve uygulama alanının yasa ile belirlenmesi ihtiyacını ortadan kaldırmadığı düşüncesindeyiz.

4.2.1.2. Ön Bildirime Tabi Olma Şartları

1998/4 sayılı Tebliğ md. 3/1 uyarınca bir özelleştirmenin ön bildirime tabi olması için, özelleştirilecek teşebbüsün

- 1) ilgili pazardaki pazar payının %20'yi aşması,
- 2) cirosunun 20 trilyon Türk Lirasını (yeni parayla, 20 milyon Türk Lirasını) aşması,
- 3) hukuki veya fiili imtiyazlara sahip olması

şartlarından herhangi birisinin gerçekleşmesi gerekli ve yeterlidir.

Ön bildirim aşamasında esasen ilgili pazarın mevcut durumunun rekabet yönünden fotoğrafı çekilmektedir. Bu doğrultuda; ön bildirim, özelleştirmeye dair ihale şartlarının kamuya duyurulmasından önce ve (buna bağlı olarak, ihaleye teklif veren

⁴⁴ Aslan, a.g.e., s. 617-618; Tan, "Özelleştirme Sürecinde Rekabet Kurumu'nun Yeri", s. 33; Öz, a.g.t., s. 52

teşebbüsler bu aşamada henüz bilinmediğinden) sadece özelleştirilecek teşebbüsün piyasa gücünü gösterir koşulların varlığı (pazar payı⁴⁵ ve ciro eşiklerinin aşılması veya imtiyaza sahip olunması) halinde yapılmaktadır.

Özelleştirilecek teşebbüsün sahip olduğu hukuki veya fiili imtiyaz, 1998/4 sayılı Tebliğ md. 3/2'de "özelleştirilecek teşebbüsün kamu kuruluşu olmasından kaynaklanan, bir kanun veya sair hukuki düzenlemeye dayanan ya da fiilen oluşmuş, ilgili ürün piyasasında faaliyet gösteren diğer teşebbüslerin sahip olmadığı veya olamayacağı beklenen tekel hakkı da dahil tüm ayrıcalıklar" şeklinde tanımlanmıştır.

Bu noktada idare hukuku ile rekabet hukukundaki imtiyaz kavramlarını karşılaştırmakta fayda bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nce de kabul gördüğü üzere;

*"İdare hukukunda imtiyaz kavramı, kamu hizmetinin yürütülmesi yöntemlerinden biri olarak kabul edilmektedir. Kamu hizmetinin, sermaye, kâr, hasar ve zararı özel hukuk kişisine ilişkin olarak idarenin gözetim ve denetimi altında genellikle çok uzun süreli bir 'idari sözleşme' uyarınca özel hukuk kişilerince yürütülmesine İMTİYAZ denir. Gereksinimler karşısında yönetim işinin çokluğu ya da kaynak bulmadaki güçlükler, kimi zaman bu yöntemin uygulanmasını zorunlu kılmakta ve kamu hizmetinin özel girişime gördürülmesine olanak sağlamaktadır."*⁴⁶

Hangi tür hizmetlerin kamu hizmeti sayılacağı tartışmalı olmakla beraber⁴⁷; imtiyazın temelinde, kamusal boyutu nedeniyle asgari şartları idarece belirlenen belli hizmetleri bu asgari şartlar dahilinde ifa eden özel teşebbüslere⁴⁸ imtiyaz olarak

⁴⁵ 2010/4 sayılı Tebliğ'in 7. maddesinde, izne tabi birleşme ve devralmaların belirlenmesinde pazar payı koşulu yerine iki ayrı ciro eşiklerinin benimsendiği ve ciro eşiklerinin yükseltildiği dikkate alındığında; 1998/4 sayılı Tebliğ'de ön bildirimle ilişkin hükümler açısından da bu doğrultuda bir değişiklik yapılması muhtemeldir.

⁴⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 09.12.1994 tarih ve 1994/43 E.-1994/42-2 K. sayılı, 28.06.1995 tarih ve 1994/71 E.-1995/23 K. sayılı Kararları, (Çevrimiçi) www.anayasa.gov.tr, (Erişim tarihi: 11.09.2010)

⁴⁷ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Turgut Tan, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı", (Çevrimiçi) http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg8/turguttan.pdf, (Erişim tarihi: 11.09.2010); Atiyas-Oder, a.g.e., s. 24 vd.

⁴⁸ İdare hukukunda; imtiyaz sahibinin (imtiyazcının), kamu tüzel kişisi olmasına hiçbir bir engel bulunmadığı da belirtilmektedir (Bkz. Kemal Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, Güncelleştirilmiş ve

tanımlanan bazı ayrıcalıklar tanınması yatmaktadır. Böylece bu özel teşebbüsler, sözleşme serbestisine sınır getiren bu kamusal ve tek taraflı şartları yerine getirirken katlandıkları külfetleri, bu ayrıcalıklar vasıtasıyla telafi etme imkanına kavuşur.

Özelleştirme Kanunu md. 15/2’de imtiyaz, “*Genel ve katma bütçeli idarelerle bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların sadece tekel niteliğindeki mal ve hizmet üretim faaliyetleri ile kamu iktisadî kuruluşlarının temel kuruluş amaçlarına uygun mal ve hizmet üretim faaliyetleri*” ile sınırlı tutulmuş olmakla beraber, Danıştay 13. Dairesi’nce “... *Kanun koyucunun, sermayesinin tamamı Devlete ait kuruluşlar tarafından tekel niteliğinde, kamu yararı gözetilerek yapılan üretimi kamu hizmeti saydığı*” görüşü benimsenerek⁴⁹, imtiyazın varlığının kamu hizmetini gerektirdiğine işaret edilmiştir.

Rekabet hukuku anlamında imtiyazın temelinde ise, kamu kuruluşu olmaktan kaynaklanan ayrıcalıklar yatmaktadır. Bu ayrıcalıklar, özelleştirme sonrasında da devam edebilir ve bu noktada rekabet ve idare hukukundaki imtiyaz kavramları örtüşür. İdare hukuku anlamında imtiyaz bir idari sözleşmeye dayanarak oluşturulmasına karşın, rekabet hukuku anlamında imtiyazın hukuki bir düzenlemeden veya sözleşmeden doğması şart olmayıp, imtiyaz fiilen, yani pazar yapısı ve şartlarına bağlı olarak da oluşabilir. Bunun en tipik örneği doğal tekel piyasalarıdır. Öte yandan pek çok kamu hizmetinin doğal tekel niteliğini haiz olduğu dikkate alındığında, bu kamu hizmetlerinin hangi (kamu veya özel) teşebbüslerce sağlanacağını devlet eli ile belirlenmesi hukuki imtiyaz teşkil ederken, bu hukuki imtiyaza sahip olan teşebbüs piyasanın doğal tekel niteliğinden doğan fiili imtiyazları da ele geçirmektedir.⁵⁰

genişletilmiş 5. bs., Bursa, Ekin Kitabevi, Şubat 2007, s. 540). Bu açıdan ayırt edici unsur, idare hukuku anlamında imtiyazın bir idari sözleşmeye dayanmasıdır.

⁴⁹ Danıştay 13. Dairesi’nin 20.11.2006 tarih ve 7997 E.-4380 K. sayılı Kararı, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 10.09.2010)

⁵⁰ 1998/4 sayılı Tebliğ md. 3/2: “*Bu Tebliğ anlamında, hukuki ya da fiili imtiyaz; Özelleştirme Yüksek Kurulu tarafından oluşturulacak, devletin sahip olacağı imtiyazlı hak ve paylara ilişkin hükümler saklı kalmak kaydı ile, özelleştirilecek teşebbüsün kamu kuruluşu olmasından kaynaklanan, bir kanun veya sair hukuki düzenlemeye dayanan ya da fiilen oluşmuş, ilgili ürün piyasasında faaliyet gösteren diğer teşebbüslerin sahip olmadığı veya olamayacağı beklenen tekel hakkı da dahil tüm ayrıcalıkları ifade eder. ...*”

Nitekim Rekabet Kurulu, çeşitli özelleştirmelere ilişkin görüş ve kararlarında, havaalanı⁵¹, hava limanı terminali⁵², liman⁵³, serbest bölge⁵⁴ işletme haklarını hukuki ve/veya fiili imtiyazlar olarak değerlendirerek 1998/4 sayılı Tebliğ kapsamında ön bildirim tabi bulmuştur.

Danıştay 13. Dairesi'nin 28.02.2006 tarih ve 2005/7150 E.-2006/1231 K. sayılı Kararı, fiili imtiyazın (fiili tekelin) varlığı için hangi faktörlerin göz önünde bulundurulabileceği konusunda aydınlatıcıdır. Danıştay 13. Dairesi, bu kararında;

“Çeşme Limanı'nın coğrafyası ve otoyol bağlantısı ve üzerinde Gümrük İdaresi'nin mevcut olması nedeniyle Ro-Ro gemileriyle yapılan kombine taşımacılık açısından bu üstünlük doğan fiili tekel konumu arz ettiği, Ege ve Akdeniz'de bulunan diğer Türk limanlarında Ro-Ro taşımacılığının yapılamadığı, her türlü ithalat, ihracat, transit işlemlerini görmeye yetkili olan Gümrük İdareleri içerisinde Çeşme Gümrük Müdürlüğü'nün Ege'de Ro-Ro gemilerinin yanaşabileceği tek liman konumunda olduğu, limandan yapılan liman hizmetlerinin %90'nun tekel halinde Ulusoy Grubuna ait olduğu”

hususlarını dikkate alarak, “... Rekabet Kurulu'nun görüşünün alınması gerekirken Rekabet Kurulu'nun görüşü alınmaksızın söz konusu limanın ihaleye çıkarılmasında ve mahkemece olayda hukuki ve fiili tekel söz konusu olmadığı sonucuna varılarak karar verilmesinde hukuka uyarlık görülmemiştir.” gerekçesiyle İzmir 1. İdare Mahkemesi'nin 03.12.2004 tarih ve 2003/1500 E.-2004/1486 K. sayılı kararını bozmuştur.

İzmir 1. İdare Mahkemesi'nin Danıştay 13. Dairesi'nin bu bozma kararına uyarak Çeşme Limanı'nın işletme hakkının 30 yıl süre ile Ulusoy Ortak Girişim Grubu'na

⁵¹ Rekabet Kurulu'nun 23.03.2006 tarih 06-20/265-M sayılı Alanya Gazipaşa Havaalanı Görüşü, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 10.09.2010), s. 2 (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 10.09.2010); Rekabet Kurulu'nun 20.07.2006 tarih ve 06-53/690-M sayılı Zonguldak Çaycuma Havaalanı Görüşü, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 10.09.2010), s. 2

⁵² Rekabet Kurulu'nun 08.02.2006 tarih ve 07-13/94-M sayılı Antalya Hava Limanı Terminalleri Görüşü, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 10.09.2010), s. 2

⁵³ Rekabet Kurulu'nun 12.06.2008 tarih ve 08-39/514-189 sayılı Samsun Limanı Kararı, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 10.09.2010), s. 7

⁵⁴ Rekabet Kurulu'nun 17.07.2008 tarih ve 08-45/625-237 sayılı SASBAŞ Kararı'nın (s. 2) atfıyla Rekabet Kurulu'nun 17.04.2008 tarih ve 08-29/348-M sayılı SASBAŞ Görüşü, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 10.09.2010)

verilmesine ilişkin ÖYK kararını ve bu karara dayanılarak yapılan İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi'nin iptaline karar vermesi üzerine⁵⁵; Danıştay 13. Dairesi bu iptal kararını ilk önce onamıştır.⁵⁶ Ancak Danıştay 13. Dairesi karar düzeltme aşamasında usul yönünden görüş değiştirerek, söz konusu idari işlemin zamanaşımı nedeniyle esasının incelenme olanağı bulunmadığı halde esasa girilerek karar verilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle söz konusu kararı bozmuştur⁵⁷. Bununla beraber Danıştay 13. Dairesi'nin bu ikinci bozma kararı, fiili imtiyazın (fiili tekelin) varlığında dikkate alınabilecek faktörlere ilişkin görüşünü reddeder nitelikte olmadığından Danıştay'ın bu husustaki tespitleri geçerliliğini korumaktadır. Bu bağlamda, Özelleştirme Kanunu'ndaki imtiyaz tanımı ile sınırlı kalınmaksızın, özelleştirilecek kamu teşebbüsünün idari izinlerle faaliyet göstermesinin yanı sıra, coğrafi konumu ve faaliyet gösterdiği alana yönelik ulaşım imkanları/bağlantıları yönünden sahip olduğu ayrıcalıklar, özelleştirilecek kamu teşebbüsünün fiili tekel niteliğinde olduğu yönündeki değerlendirmede dikkate alınmaktadır.

1998/4 sayılı Tebliğ md. 3/2'de; hukuki veya fiili imtiyaz teşkil eden ayrıcalıkların, özelleştirme sonucunda kendiliğinden veya özelleştirmeyi düzenleyen kamu kuruluşu eliyle ortadan kalkıyor olması ve bunun Rekabet Kurulu'nun olumlu görüşü ile tevsik edilmesi halinde, imtiyaz olarak kabul edilmeyeceği düzenlenmiştir. Hukuki veya fiili bir ayrıcalığın 1998/4 sayılı Tebliğ anlamında bir imtiyaz olarak kabul edilmemesinin neticesi, bu tür ayrıcalıklara sahip olup da özelleştirilecek teşebbüsler için, pazar payı ve ciro eşikleri de aşılmıyor ise ön bildirim zorunlu olmamasıdır. Bu açıdan mevcut ayrıcalıkların özelleştirme neticesinde ortadan kalkıyor olması, 1998/4 sayılı Tebliğ anlamında bir imtiyaz bulunmaması sebebiyle (pazar payı ve ciro eşikleri de aşılmıyor ise) ön bildirimde bulunmaya gerek olmadığı algısını yaratabilir. Oysa ki, 1998/4 sayılı Tebliğ md. 3/2 hükmü ile, mevcut ayrıcalıkların özelleştirme sonucunda ortadan kalkıyor

⁵⁵ İzmir 1. İdare Mahkemesi'nin 12.04.2007 tarih ve 2007/247 E.-2007/422 K. sayılı Kararı (Yayınlanmamıştır)

⁵⁶ Danıştay 13. Dairesi'nin 26.03.2008 tarih ve 2007/9874 E.-2008/3371 K. sayılı Kararı (Yayınlanmamıştır)

⁵⁷ Danıştay 13. Dairesi'nin 22.10.2008 tarih ve 2008/9977 E.-2008/6902 K. sayılı Kararı (Yayınlanmamıştır)

olduğunun, ihale şartlarının kamuoyuna duyurulmasından önce Rekabet Kurulu'nun olumlu görüşü ile tespit edilmesi de şart koşulmuştur. Dolayısıyla mevcut ayrıcalıkların özelleştirme neticesinde ortadan kalkıyor olması nedeniyle 1998/4 sayılı Tebliğ anlamında imtiyaz sayılmaması, ön bildirim zorunluluğunun bulunmadığı şeklinde değerlendirilmemelidir. 1998/4 sayılı Tebliğ md. 3/2 kapsamında Rekabet Kurulu'nca verilecek olumlu görüşün, özelleştirmeye izin verilmesi aşamasında bazı etkileri olabilecektir. Özellikle hukuki veya fiili bir imtiyazın bulunmaması, özelleştirme ile bir hakim durum yaratılıp yaratılmadığı veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilip güçlendirilmediği değerlendirilirken önem taşıyacaktır.

Bu noktada, 1998/4 sayılı Tebliğ'in 3. maddesinin ilk fıkrasında Rekabet Kurulu'nun "görüş"ünden, aynı maddenin 2. fıkrasında ise Rekabet Kurulu'nun "olumlu görüş"ünden bahsedildiğine dikkat çekilmelidir. Ancak ikinci fıkradaki "olumlu görüş" bir ayrıcalığın 1998/4 sayılı Tebliğ anlamında imtiyaz niteliği taşıyıp taşımadığı açısından belirleyici olup, birinci fıkradaki "görüş"ün kapsamından daha dardır; zira birinci fıkradaki "görüş" sadece belirli bir imtiyazın varlığına ilişkin olmayıp ilgili pazara ilişkin genel değerlendirmeleri içermektedir.

Öte yandan Bankacılık Kanunu'nun 19/1 maddesinin ön bildirim usulü açısından etkisini değerlendirmekte de fayda görmekteyiz. Bu hükme göre; bankaların birleşme ve devirlerinde devir veya birleşmeye konu bankaların toplam aktiflerinin sektör içindeki paylarının %20'yi geçmemesi kaydıyla Rekabet Kanunu'nun birleşme ve devralmalara ilişkin olan 7, 10 ve 11. maddeleri uygulanmayacaktır. Dolayısıyla özelleştirmeye konu bankaların toplam aktiflerinin sektör içindeki payının %20'yi aşması halinde, Rekabet Kanunu md. 7'ye dayanılarak çıkarılan 1998/4 sayılı Tebliğ'in ön bildirim ve izin usulleri – söz konusu tebliğ hükümlerindeki şartlar da sağlanmış olmak kaydıyla – uygulanacaktır.

Ancak Rekabet Kurulu'nun Halk Bankası özelleştirmesi ile ilgili görüşünde; "Halkbank'ın özelleştirme yoluyla devrinin ön bildirime tabi olmadığı" kararı, karşı

oy gerekçesindeki aşağıdaki ifadelerden anlaşıldığı kadarıyla bunun aksi bir düşünceye dayanmaktadır:

“Birleşme ve devralmaları düzenleyen 4054 sayılı Kanun’un 7 nci maddesi, bu konuda Rekabet Kurulunun Tebliğler çıkarmasını öngörmüş ve bir anlamda maddenin uygulanabilme koşullarını alt düzenlemelere bırakmıştır. Rekabet Kurulunun gerek 1997/1, gerekse 1998/4 Tebliğleri 7 nci madde kapsamında düzenlenen ve bu bağlamda biri diğerinden ayrık nitelendirilemeyecek yasal kaynaktır. Adı geçen Tebliğler hem birleşme ve devralmalarda bildirim ve izin esaslarını, hem de özelleştirmeler bağlamında ön bildirim usul ve esaslarını düzenlemektedir. Dolayısıyla 1997/1 Tebliği’nin izin yönünden uygulanacağını, buna karşılık 1998/4 Tebliği’nin uygulanmayacağını iddia etmek, yasal gerekçesizliğe dayanan bir görüş niteliğinde kalır. Unutulmamalıdır ki, 1998/4 Tebliği’nde de izin esasları (ancak sadece özelleştirme yönünden) ele alınmaktadır. Ayrıca, tespitten uzak tutulmaması gereken bir diğer husus, 1998/4 Tebliği’nde hüküm bulunmayan hallerde, aykırı olmamak üzere 1997/1 Tebliği hükümlerinin uygulanmaya devam olunacağıdır.”⁵⁸

Halk Bankası özelleştirmesinin, Bankacılık Kanunu’nun 19. maddesine dayanılarak 1998/4 sayılı Tebliğ’in uygulanmayacağı gerekçesiyle ön bildirim tabi olmadığı yönündeki Rekabet Kurulu görüşü, Halk Bankası’nun toplam aktiflerinin sektördeki payının %20’yi aşmamasından kaynaklandığı takdirde yerinde görülebilir. Ancak Bankacılık Kanunu md. 19 hükmünün ön bildirim usulünü ortadan kaldırdığını benimsemek kanımızca amaca aykırı bir yorum olacaktır.

Bankacılık Kanunu md. 19’da yer alan “*toplam aktiflerin sektör içindeki payı*” kavramı, pazar payı kavramı ile örtüşmemektedir. Zira rekabet hukuku anlamında ilgili pazar genellikle bir sektörün tamamını değil, bir sektörde yer alan bir veya birkaç alt pazarı ifade eder. Ayrıca pazar payı, aktiflerin büyüklüğü ile sınırlı olmaksızın müşteri sayısı, satış miktarı vb. çeşitli kıstasların birlikte değerlendirilmesiyle hesaplandığından, aktiflerin büyüklüğü tek başına dikkate alındığında pazar payının temsil ettiği pazar gücüyle eşdeğer kabul edilemez.⁵⁹ Bu halde; bir kamu bankası, ilgili pazarda %20’den fazla bir pazar payına sahip

⁵⁸ Rekabet Kurulu’nun 06.10.2006 tarih ve 06-71/950-M sayılı Halk Bankası Görüşü, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 10.09.2010), s. 3

⁵⁹ Oğuzkan Güzel, *AT Rekabet Hukuku Kurallarının Bankacılık Sektöründe Uygulanması*, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını, Eylül 2003, s. 128-129

olmasına rağmen, aktiflerinin sektör içindeki payı %20'yi aşmıyor ise, özelleştirilirken ön bildirim tabii olmayacaktır.⁶⁰

Bankacılık Kanunu md. 19'un ön bildirim ve izin usulleri arasında bir ayırım gözetmeksizin tek bir eşik (sektördeki aktiflerin toplam payı) öngörmesi, özelleştirme uygulamaları açısından farklı eşik seviyeleri (ön bildirim aşamasında %20 oranında pazar payı ve 20 milyon TL tutarında ciro eşiği ve imtiyaz varsa sıfır eşik; izin aşamasında ise %25 oranında pazar payı ve 25 milyon TL ciro eşiği) öngören iki aşamalı rekabet denetiminin de amacına aykırıdır.

Rekabet hukukuna özgü bu tür düzenlemelerin Rekabet Kanunu dışındaki bir mevzuatta yer almasının, Rekabet Kanunu'nun sistematığına aykırı sonuçlar doğurabileceği, dolayısıyla bankacılık sektörü gibi çeşitli sektörlerle yönelik özellikli rekabet hukuku düzenlemelerinin yine Rekabet Kanunu'nda yer almasının rekabet hukuku uygulamasında bütünsellik sağlamak açısından daha uygun olacağı düşüncesindeyiz.⁶¹

4.2.1.3. Ön Bildirim Usulü

Ön bildirimlerde takip edilecek usul, 1998/4 sayılı Tebliğ md. 4'te düzenlenmiştir. Buna göre ön bildirim özelleştirmeyi gerçekleştirecek kamu kuruluşunca özelleştirmeye ilişkin ihale şartlarının kamuoyuna duyurulmasından önce Rekabet Kurumu'na yapılır. Ön bildirim Rekabet Kurumu'na yapılmakla beraber, özelleştirmeye ilişkin görüş Rekabet Kurumu'nun karar organı olan Rekabet Kurulu'nca verilir.

⁶⁰ 2010/4 sayılı Tebliğ ile uyumlu olarak 1998/4 sayılı Tebliğ'deki pazar payı eşiği kaldırılrsa dahi, Bankacılık Kanunu md. 19 hükmü değiştirilmedikçe bu hükümdeki "*toplam aktiflerin sektör içindeki payı*" eşiğinin kamu bankalarının özelleştirilmesinde uygulanmaya devam edeceği açıktır.

⁶¹ Güzel'e göre; "*Rekabet Kurumu'nun uygulamakla yükümlü olduğu Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un başka kanunlarla uygulanmayacağına düzenlenmesi ise, genel manada tanınmayan bir istisnanın oluşabilecek her yeni düzenlemede özel kanunlarla getirilebilmesi tehlikesini de ortaya koymaktadır.*" (Güzel, a.g.e., s. 130)

Ön bildirim Rekabet Kurumu kayıtlarına girmesinden itibaren 24 iş günü içerisinde öncelikle Rekabet Kurumu'nun ilgili mesleki dairesine ait görüş oluşturulur ve özelleştirmeyi gerçekleştiren kamu kuruluşuna bildirilir. İlgili kamu kuruluşu, Rekabet Kurumu'nun ilgili mesleki daire görüşüne tebellüğ tarihinden itibaren 6 iş günü içinde yanıt verir. Bu cevabın Rekabet Kurumu kayıtlarına girmesinden itibaren 10 iş günü içerisinde Rekabet Kurulu, hem ilgili mesleki daire görüşünü hem de özelleştirmeyi gerçekleştiren kamu kuruluşunun bu görüşe ilişkin cevabını dikkate alarak kendi görüşünü oluşturur ve özelleştirmeyi gerçekleştiren kamu kuruluşuna bildirir. Bu sürelerden 24 ve 10 iş günlük süreler Rekabet Kurulu Kararı ile, 6 iş günlük süre ise özelleştirmeyi gerçekleştiren kamu kuruluşunun tasarrufu ile bu sürelerin en fazla yarısı oranında artırılabilir. Dolayısıyla Rekabet Kurulu'nun ön bildirim konusu özelleştirmeye ilişkin görüşü, tebligat sırasında geçen süreler hariç olmak üzere, en fazla 40 ila 60 iş günü içerisinde tamamlanmış olur.

Rekabet Kurulu'nun ön bildirim konusu özelleştirmeye ilişkin görüşünün ilgili kamu kuruluşuna bildirilmesinden önce, devir işlemine ilişkin özelleştirme yönteminde değişiklik yapılması halinde ön bildirim başvurusu yenilenmiş sayılır. Bir başka deyişle, ön bildirim yapıp Rekabet Kurulu'nun görüşü ilgili kamu kuruluşuna bildirilmeden önce özelleştirme yönteminin değişmesi halinde Rekabet Kurulu görüşünün oluşturulmasına ilişkin süreler yeni baştan işlemeye başlar. Bu durumda Rekabet Kurulu ilk özelleştirme yöntemine ilişkin görüşü vermeksizin doğrudan son duruma ilişkin görüşünü bildirir.

Öte yandan özelleştirme yöntemindeki değişikliğin Rekabet Kurulu'nun ön bildirim konusu özelleştirmeye ilişkin görüşünün ilgili kamu kuruluşuna bildirilmesinden sonra yapılması halinde, Rekabet Kurulu yeni duruma uygun olarak ikinci bir görüş oluşturur. Ancak bu durumda Rekabet Kurulu'nun görüşünü oluşturmasına ilişkin süreler yarısı oranında azaltılarak, yani en fazla 20 ila 30 iş günü olarak uygulanır.

1998/4 sayılı Tebliğ md. 4'te özelleştirme yönteminin değiştirilmesi halinde bu değişikliğin Rekabet Kurumu'na ne zaman bildirilmesi gerektiği düzenlenmemiştir. Ancak özelleştirme yöntemine ilişkin değişikliğin devir işlemini 1998/4 sayılı Tebliğ kapsamı dışına çıkaracak nitelikte olması halinde, bu durumun Rekabet Kurumu'na ivedilikle bildirilmesi öngörülmüştür.

4.2.1.4. Ön Bildirimde Bulunmamanın Sonuçları

1998/4 sayılı Tebliğ md.3/1 uyarınca özelleştirilecek teşebbüsün belirli bir pazar payı veya ciro eşiğini aşması ya da hukuki veya fiili imtiyazlara sahip olması halinde, söz konusu özelleştirme ile ilgili Rekabet Kurumu'na ön bildirimde bulunarak Rekabet Kurulu görüşünün alınması zorunludur. Rekabet Kurulu'ndan gerekli görüşün alınmaması özelleştirme işleminin şekil ve usul açısından iptalini gerektirir bir eksikliklerdir.⁶²

Rekabet Kurulu'ndan gerekli görüşün alınmaması özelleştirme işlemini sakatlamakla beraber, bu görüşe uyulmaması aynı neticeyi doğurmamaktadır. Zira Rekabet Kurulu görüşüne özelleştirme ihalesini düzenleyen kamu kuruluşunca uyulmamasına bağlanan açık bir yaptırım mevzuatımızda bulunmamaktadır. Bu nedenle Rekabet Kurulu görüşünün bağlayıcı değil, tavsiye niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır.⁶³ Nitekim Danıştay 13. Dairesi, İzmir Limanı özelleştirmesine ilişkin kararındaki⁶⁴ aşağıdaki ifadelerle, Rekabet Kurulu görüşünün bağlayıcı nitelikte olmadığını açıkça tevsik etmiştir:

⁶² Bkz. Tan, "Özelleştirme Sürecinde Rekabet Kurumu'nun Yeri", s. 32-33'teki dpn. 16-18'deki kararlar. Ayrıca bkz. yukarıda dpn. 56 ve 57'deki kararlar.

⁶³ İnan, söz konusu Rekabet Kurulu görüşünün kısmen bağlayıcı olduğu görüşündedir. İnan'a göre, Rekabet Kurulu'nun ön bildirim üzerine belirlediği koşullara uyulmaması halinde ilgili özelleştirmeye izin vermeme yetkisi Rekabet Kurulu görüşünün bağlayıcı nitelik taşıması sonucunu yaratırken, Rekabet Kurulu'nun rekabet politikası açısından özelleştirme işleminin nasıl olması gerektiği yönündeki görüşü bağlayıcı nitelikte değildir. (Bkz. Nurkut İnan, "Rekabet Kuralları ve Özelleştirme Uygulamaları", **Rekabet Politikası ve Özelleştirme Sempozyumu**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını, Kasım 1999, s. 82)

⁶⁴ Danıştay 13. Dairesi'nin 09.10.2008 tarih ve 2007/9903 E.-2008/6674 K. sayılı Kararı

“İhale Şartnamesinin ihalenin hangi şartlarla yapılacağını belirlemesi ve taraflara bir kısım yükümlülükler getirmesi nedeniyle, sonuçta ‘izin’ alınması gereken özelleştirme yoluyla devralmalarda Rekabet Kurulu'nun görüşünün dikkate alınması, bu aşamada özelleştirme sonrası rekabeti bozucu sonuçların önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Anılan [1998/4 sayılı] Tebliğin 5. maddesiyle ön bildirimde bulunulması zorunlu olan özelleştirme yolu ile devralma işlemlerinde Rekabet Kurulundan izin alınması zorunluluğu getirilmesi de bu hususu teyit ettiğinden, ön görüşün ihale koşullarını hazırlamakla görevli ve yetkili olan Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın almak zorunda olduğu bir hazırlık işlemi niteliğinde olduğu, bu itibarla idareyi bağlayıcı niteliği bulunmadığından, görüşe uyulmamış olmasının tek başına idari işlemi sakatlamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır.”

Öte yandan Rekabet Kurulu, özelleştirmeye izin verme aşamasında ön bildirim üzerine verdiği görüşündeki değerlendirmeleri dikkate alarak özelleştirmeye izin vermeyebilecektir. Dolayısıyla Rekabet Kurulu görüşüne uygun davranılması, Rekabet Kurulu'na sonraki aşamada yapılacak izin talebinin kabul edilerek özelleştirmeye izin verilmesini sağlayacağı kabul edilmektedir. Bu doğrultuda özelleştirmeyi düzenleyen kamu kuruluşunun Rekabet Kurulu'nun görüşündeki tespitleri dikkat ve titizlikle değerlendirmesi önem arz etmektedir.

Bu noktada; Rekabet Kurulu'nun, ön bildirim üzerine verdiği görüşü ile ne ölçüde bağlı olduğu sorunu ortaya çıkmaktadır. Başka bir ifadeyle; Rekabet Kurulu'nun, ön bildirim üzerine verdiği görüşüne aykırı olarak veya o görüşten belli ölçüde ayrılarak özelleştirmeye izin verip veremeyeceği tartışılmalıdır.

Bu tartışmaya geçmeden önce rekabet mevzuatımızda özelleştirmelere izin verilmesi hususunda hangi temel koşulların düzenlendiğinin ve uygulamada Rekabet Kurulu'nca hangi kıstaslar dikkate alınarak karar tesis edildiğinin incelenmesi gerektiğinden, bu konuyu ileride ele alacağız.⁶⁵

⁶⁵ Bkz. Bölüm 4.2.2.4

4.2.2. İzin

4.2.2.1. İzne Tabi Olma Şartları

1998/4 sayılı Tebliğ md. 5 uyarınca bir özelleştirmenin izne tabi olması için, özelleştirmenin taraflarının

- 1) ilgili pazardaki toplam pazar paylarının %25'i aşması,
- 2) toplam cirolarının 25 trilyon Türk Lirasını (yeni parayla, 25 milyon Türk Lirasını) aşması

şartlarından herhangi birisinin gerçekleşmesi gerekli ve yeterlidir.⁶⁶

İzne ve ön bildirim tabi olma şartları arasındaki temel fark, ön bildirim aşamasında henüz teklif sahibi teşebbüsler bilinmediğinden sadece özelleştirilecek teşebbüsün pazar payı ve cirosu dikkate alınırken, izin aşamasında artık teklif veren teşebbüsler belirlenmiş olduğundan özelleştirilen teşebbüs ile potansiyel devralan teşebbüsün/teşebbüslerin pazar paylarının ve cirolarının toplamalarının göz önünde bulundurulmasıdır. Dolayısıyla, bir özelleştirme ön bildirim tabi olmamakla beraber, izne tabi olabilir. Nitekim bu husus, 1998/4 sayılı Tebliğ'in 5. maddesinde açıkça belirtilmiştir. Öte yandan, bir özelleştirmenin ön bildirim tabi olduğu halde, izne tabi olmaması da muhtemeldir. Zira özelleştirilen teşebbüsün ilgili pazardaki pazar payı %20'yi veya cirosu 20 milyon TL'yi geçse dahi, devralan teşebbüs ile birlikte toplam pazar payları %25'i veya toplam ciroları 25 milyon TL'yi geçmeyebilir.

İzne ve ön bildirim tabi olma şartları arasındaki diğer bir fark ise, izin talebinde bulunma şartları arasında özelleştirilecek teşebbüsün hukuki veya fiili imtiyazlara sahip olmasının sayılmamış olmasıdır. Hemen belirtmek gerekir ki; özelleştirilecek teşebbüsün sahip olduğu hukuki veya fiili imtiyaz, %25'lik toplam pazar payı veya 25 milyon TL'lik toplam ciro eşiklerinin tek başına özelleştirilecek teşebbüs

⁶⁶ 2010/4 sayılı Tebliğ'in 7. maddesinde, izne tabi birleşme ve devralmaların belirlenmesinde pazar payı koşulu yerine iki ayrı ciro eşiklerinin benimsendiği ve ciro eşiklerinin yükseltildiği dikkate alındığında; 1998/4 sayılı Tebliğ'in izin başvurusuna ilişkin hükümleri açısından da bu doğrultuda bir değişiklik yapılması muhtemeldir.

tarafından aşılması sonucunu doğurduğu takdirde; bu imtiyazın varlığı, izin talebinde bulunmayı zorunlu hale getirecektir. Ancak özelleştirilecek teşebbüsün sahip olduğu hukuki veya fiili imtiyazların her zaman böyle bir sonucu doğurması beklenemeyeceğinden, hukuki veya fiili bir imtiyaza sahip olsa dahi, %25'lik toplam pazar payı veya 25 milyon TL'lik toplam ciro eşliğini aşmayan özelleştirmeler için Rekabet Kurulu'ndan izin alınması gerekmemektedir. Ancak uygulamada kamu teşebbüslerinin sahip olduğu hukuki veya fiili imtiyazların çoğunlukla bu toplam pazar payı/ciro eşiklerinin aşılmasını sağlayacak nitelikte olduğu dikkate alındığında; ön bildirim aşamasında hukuki veya fiili imtiyaza sahip olduğu anlaşılan bir kamu teşebbüsü için izin talebinde bulunulması da kuvvetle muhtemeldir.

Bununla beraber, yukarıda değindiğimiz Bankacılık Kanunu'nun 19. maddesi uyarınca, özelleştirme neticesinde toplam aktiflerinin sektördeki payı %20'yi geçmeyecek bir kamu bankasının özelleştirme yoluyla devrinin Rekabet Kanunu kapsamında izne tabi olmayacağı dikkate alınmalıdır. Türkiye'deki pek çok bankanın birlikte dahi bu kadar yüksek bir aktif büyüklüğe ulaşmadığı dikkate alındığında, Bankacılık Kanunu'ndaki bu hüküm Rekabet Kurulu'nun bankacılık sektöründeki pek çok yoğunlaşma işlemi yönünden denetleme yetkisini fiilen ortadan kaldırmaktadır.⁶⁷

4.2.2.2. İzin Usulü

İzin başvurularında takip edilecek usul, 1998/4 sayılı Tebliğ'in 6. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; Rekabet Kurumu'na izin başvurusu, ihale işleminin sonuçlanmasından sonra, ancak özelleştirmeyi yapan kamu kuruluşunun nihai devir işlemine ilişkin kararından önce yapılır. Bu hüküm sayesinde, 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında izne tabi birleşme ve devralmalara ilişkin bildirim ne zaman yapılacağı hususundaki belirsizlik⁶⁸ özelleştirmeler açısından giderilmiştir.

⁶⁷ Bkz. Güzel, a.g.e., s. 128

⁶⁸ Rekabet Kanunu ve 1997/1 sayılı Tebliğ'de, izne tabi birleşme ve devralmaların Rekabet Kurumu'na ne zaman bildirilmesi gerektiği hususunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak izne

İzin başvurusu, her teklif sahibi için bağımsız dosyalar halinde yapılır. Ancak, teklif sahiplerinin sayısının üçten fazla olması halinde, ilk üç teklif sahibine ilişkin devralma işlemine yönelik Rekabet Kurulu Kararları özelleştirmeyi gerçekleştiren kamu kuruluşuna tebliğ edilmeden, diğer teklif sahiplerine ilişkin izin başvurusunda bulunulamamaktadır. Her ne kadar izin başvurusu, ihale işleminin sonuçlanmasından sonra yapılsa da, özelleştirmeyi gerçekleştiren kamu kuruluşuna teklif sahipleri ile ilgili ulaşan tüm bilgi ve belgeler ihalenin sonuçlanması beklenmeksizin Rekabet Kurumu ile paylaşılır. Böylece Rekabet Kurulu'nca izin başvurusuna ilişkin incelemenin hızlandırılması ve daha sağlıklı yürütülmesi amaçlanmıştır.

4.2.2.3. İzin Alma Şartları

Rekabet Kanunu md. 7/1 uyarınca, hakim durum yaratan veya mevcut bir hakim durumu güçlendirmeye yönelik olarak ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak birleşme ve devralmalar yasaklanmıştır. Lafzen muğlak olan bu hüküm, birleşme ve devralmalara (dolayısıyla özelleştirmelere) izin verilmemesi için iki şart getirmiştir. Bunlardan ilki hakim durum yaratılması veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesi (yani ilgili pazarın yoğunlaşması), ikincisi ise bunun sonucunda rekabetin önemli ölçüde azalmasıdır.

tabi birleşme ve devralmaların Rekabet Kanunu md. 7 ve 10 uyarınca Rekabet Kurulu izni alınmadığı müddetçe uygulamaya sokulamayacağı, Rekabet Kanunu md. 16/1(b) uyarınca Rekabet Kurulu izni olmaksızın gerçekleştirilmeleri halinde idari para cezası öngörüldüğü dikkate alındığında; birleşme ve devralmanın uygulamaya sokulmadan/gerçekleştirilmeden önce bildirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Ancak birleşme ve devralmanın uygulamaya sokulmasından/gerçekleştirilmesinden ne anlaşılması gerektiği belirsiz olup, Rekabet Kurulu birleşme ve devralma sözleşmesinin imzalanmasını bunun için yeterli saymaktadır. (Bkz. Aslan, a.g.e., s. 564) 2010/4 sayılı Tebliğ'in 10/7. maddesinde, "*birleşme veya devralma işlemlerinde gerçekleştirilme tarihi[nin], kontrolün değiştiği tarih*" olduğu düzenlenerek, bildirim yapılma zamanı bir ölçüde açık hale getirilmektedir.

4.2.2.3.1. “Hakim Durum Testi”nin Kapsamı

Rekabet Kanunu md. 7'nin Avrupa Birliği'nin eski Birleşme Tüzüğü'ne paralel olarak kabul ettiği yoğunlaşma testi, “*hakim durum testi*” olarak bilinmektedir. Doktrinde “*hakim durum testi*”nde hakim durum analizi yapıldıktan sonra rekabetin önemli ölçüde azalıp azalmadığının ayrıca değerlendirilmesi gerekip gerekmediği konusunda iki ayrı görüş bulunmaktadır. İlk görüş, hakim durum yaratılması veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesinin rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu kendiliğinden doğuracağını kabul ederken⁶⁹; ikinci görüş bunun aksini – yani hakim durum yaratılması veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesinin kendiliğinden rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğurmayabileceğini, dolayısıyla bu hususun ayrıca incelenmesi gerektiğini– savunmaktadır.⁷⁰

Rekabet Kurulu'nun bu husustaki uygulamasını değerlendiren Arıttürk'e göre; “*Kurul'un, kararlarından, hakim durum testini birbirinden bağımsız iki aşamalı olarak uygulamaktan ziyade hakim durum eşliğinin geçilmesine odaklandığı veya her iki aşamayı bir bütün içerisinde değerlendirdiği, hakim durum eşliğinin geçilmesine ilişkin tespitite bulunduktan sonra etkin rekabetin önemli ölçüde engellenip engellenmediğine dair ayrı bir değerlendirme yapmama eğiliminde olduğu görülmektedir.*”⁷¹

⁶⁹ Aslan'a göre; “*Hakim durum yaratan ya da mevcut bir hakim durumu güçlendiren bir birleşmenin rekabeti önemli ölçüde azaltacağı açıktır. (s. 539) ... Hakim durumda olan bir işletmenin yapacağı her birleşmenin onun bu durumunu güçlendireceğini ve böylece ilgili pazardaki rekabeti önemli ölçüde azaltacağını söylemek mümkün değildir (s. 551).*” Aslan “*Burada, bir birleşme veya devir işleminin hakim durum yaratıyorsa veya mevcut bir hakim durumu güçlendiriyorsa 'per se' rekabeti önemli bir ölçüde sınırlandırıyor olması ile halihazırda hakim durumda olan bir işletmenin yapacağı her birleşmenin onun bu durumunu güçlendirmeyebileceği olguları[nun] karıştırılmaması*” gerektiğine işaret etmektedir (Aslan, a.g.e., s. 551, dpn. 27). Böylece Aslan, hakim durum yaratan ya da mevcut bir hakim durumu güçlendiren her birleşme ve devralmanın rekabeti önemli ölçüde azaltacağını benimsemekle beraber, her birleşme ve devralmanın hakim durumu güçlendirmeyebileceği, buna bağlı olarak rekabeti önemli ölçüde azaltmayabileceğini savunmaktadır.

⁷⁰ Sanlı, a.g.e., s. 334; Pelin Güven, **Rekabet Hukuku**, Genişletilmiş 2. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2008, s. 426 ve oradaki dpn. 157. Güven, bu husustaki görüşünü Rekabet Kanunu md. 6 ile ilişkilendirerek gerekçelendirmektedir: “*RKHK'nın hakim durumu düzenleyen 6'ncı maddesinde de hakim durumda bulunmak yasaklanmamış, hakim durumun kötüye kullanılması yasaklanmıştır. Amaç piyasadaki rekabetin korunması olduğundan birleşme ve devralmalarda da tek başına hakim bir durum oluşması veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmiş olması yaptırımı tabi tutulması için yeterli olmamalı, bunun etkin rekabeti azaltıp azaltmadığı incelenmelidir.*” (A.e., s. 426)

⁷¹ Arıttürk, a.g.e., s. 68

4.2.2.3.2. Rekabet Kurulu'nun "Hakim Durum Testi"ne İlişkin Uygulaması

Rekabet Kurulu'nun Arıtürk'ün yukarıdaki tespitini özelleştirmeler yönünden doğrulayan çeşitli kararları bulunmakla beraber, aksi yönde bazı kararları da mevcuttur. Bu bağlamda aşağıda Rekabet Kurulu'nun çeşitli kararları tartışılmıştır.

Rekabet Kurulu, İGSAŞ Kararı'nda Toros Gübre'nin İGSAŞ'ı özelleştirme yoluyla devralması halinde azotlu gübreler pazarında hakim duruma geçeceği kanaatiyle (kompoze gübreler pazarında hakim durum yaratılmayacak olmasına rağmen) söz konusu özelleştirmeye izin verilmemesine karar vermiştir.⁷² İGSAŞ Kararı'nda İGSAŞ'ın Toros Gübre tarafından özelleştirme yolu ile devralınmasının azotlu gübreler ve kompoze gübreler pazarlarındaki rekabet üzerinde yaratabileceği etkiler yönüyle değerlendirildiği belirtilmiş olmakla beraber⁷³; bu değerlendirmeye, Toros Gübre'nin İGSAŞ'ı devralması halinde hakim duruma geçip geçmeyeceğini tespit etmenin bir aracı olarak başvurulduğu anlaşılmaktadır. Nitekim Arıtürk, İGSAŞ Kararı ile ilgili yaptığı değerlendirmede aşağıdaki ifadelere yer vermiştir:

*"Kurul'un ilk yasaklama kararı özelliğini taşıyan bu kararda, yapısal parametrelerin yanı sıra dengeleyici faktörlerin varlığı irdelenmiş ve pazar dinamik açıdan ele alınmıştır. Karardan, Kurul'un, hakim durum yaratılmasının, doğrudan etkin rekabetin önemli ölçüde engellenmesine yol açacağı görüşünü benimsediği anlaşılmaktadır."*⁷⁴

Rekabet Kurulu, 20.10.2005 tarihinde verdiği İskenderun Limanı Kararı'nda, PSA-Akfen konsorsiyumunun, İskenderun Limanı ile aynı coğrafi pazarda yer alan Mersin Limanı'nı işletme hakkı özelleştirme yoluyla devralarak ilgili pazarda hakim duruma geçmiş olması nedeniyle, İskenderun Limanı'nın işletme hakkını da devralması durumunda "hakim durumun daha da güçlendirilmesi sonucunda

⁷² Rekabet Kurulu'nun 03.11.2000 tarih ve 00-43/464-254 sayılı İGSAŞ Kararı, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 10.09.2010), s. 31

⁷³ A.k., s. 12

⁷⁴ Arıtürk, a.g.e., s. 65

rekabetin önemli ölçüde azalması riski ortaya çıkacağı” gerekçesiyle İskenderun Limanı’nın işletme hakkının PSA-Akfen konsorsiyumuna devredilmesine izin verilmemesine⁷⁵; ikinci teklif sahibi Limar’ın ise *“ilgili coğrafi pazarda herhangi bir faaliyetinin olmaması nedeniyle, hakim durum yaratılması veya hakim durumun güçlendirilmesi riski meydana gelmeyeceğine, dolayısıyla anılan teşebbüse İskenderun Limanı’nın işletme hakkının devredilmesine izin verilmesinde sakınca bulunmadığına”* karar vermiştir.⁷⁶ Böylece Rekabet Kurulu, bu kararında yukarıda aktarılan ilk görüşü benimseyerek, Arıtürk’ün tespiti doğrultusunda karar vermiştir.

Ancak Rekabet Kurulu, İskenderun Limanı Kararı’nın hemen ertesi gününde - 21.10.2005 tarihinde- verdiği Tüpraş-II Kararı’nda, Koç’un ortak kontrolünde bulunan Opet ve Aygaz’ın petrol ürünleri ithalatı ile Tüpraş’ın petrol ürünleri üretimine rakip olması nedeniyle, Koç’un tam kontrolünde olacağını tespit ettiği Koç-Shell Ortak Girişimi’nin Tüpraş’ı devralması ile birlikte, Tüpraş’ın rafinaj pazarındaki mevcut hakim durumunun güçleneceğini tespit ettikten sonra, *“söz konusu devir işleminin ‘rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde’ bir sonuç doğurup doğurmayacağına bakılması gerekmektedir”* diyerek⁷⁷ açıkça yukarıda anılan ikinci görüşü benimsemiştir. Nitekim Rekabet Kurulu, Tüpraş’ın Opet ile bütünleşmesinin koşulsuz, Aygaz ile bütünleşmesinin ise koşullu olarak rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğurmayacağı sonucuna ulaşmış ve özelleştirmeye izin vermiştir.⁷⁸

Rekabet Kurulu, İskenderun Limanı ve Tüpraş-II Kararları’ndan yaklaşık iki ay sonra 20.12.2005 tarihinde verdiği Van Çimento Kararı’nda ise, *“rekabetin önemli ölçüde azaltılması”* koşulunu Tüpraş-II Kararı’ndakinin aksine ikinci bir koşul olarak ayrıca tartışmaksızın Van Çimento’nun Limak Kurtalan tarafından devralınmasının ilgili pazarda hakim durum yaratılmasına yol açacağı ve böylece

⁷⁵ Rekabet Kurulu’nun 20.10.2005 tarih ve 05-70/967-261 sayılı İskenderun Limanı Kararı, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 10.09.2010), s. 10

⁷⁶ A.k., s. 12

⁷⁷ Rekabet Kurulu’nun 21.10.2005 tarih ve 05-71/981-270 sayılı Tüpraş-II Kararı, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 10.09.2010), s. 22

⁷⁸ A.k., s. 22-27

rekabetin önemli ölçüde azaltılmasına yol açacağı gerekçesiyle Van Çimento'nun Limak Kurtalan tarafından devralınmasına izin verilmemesine karar vermiştir.⁷⁹

Rekabet Kurulu, bu kararında “*rekabetin önemli ölçüde azaltılması*”nı ikinci bir koşul olarak ayrıca tartışmamış olmakla beraber, hakim durum incelemesi sırasında Van Çimento özelleştirmesinin Limak Kurtalan üzerinde bırakılması yoluyla hakim durum yaratılmasının rekabet üzerinde olumsuz etkilerde bulunacağı yönünde bazı tespitlere (örneğin devralma neticesinde bazı coğrafi alt pazarlarda kapama etkisi yaratabilecek olması, kapasite kullanım oranlarının artmasının büyümeyi arttırması gibi) yer vermiştir.⁸⁰

Nitekim Van Çimento Kararı'nın iptaline ilişkin açılan davada “*salt hakim durum yaratılması ya da hakim durumun güçlendirilmesinin Kanun'un 7. maddesine göre yasaklanamayacağı, ayrıca rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının da gerektiği, olayda hakim durum yaratıldığıнын kabulü halinde dahi, rekabetin azaltılması sonucunun doğmadığı*” ileri sürülmüş, ancak Danıştay 13. Dairesi diğer iddiaların yanı sıra bu iddiayı da reddederek Rekabet Kurulu'nun Van Çimento Kararı'nı hukuka uygun bulmuştur.⁸¹

Rekabet Kurulu, İzmir Limanı-I/II Kararları'nda⁸² ise yine ilk görüşü benimsemiş, İzmir Limanı-II Kararı'nda “*Hakim durumdaki bir teşebbüsün, kendisine yönelik rekabet ihtimallerini ortadan kaldıracak şekilde birleşme ve devralma işlemlerinde bulunması[nın], hakim durumun kalıcılığının sağlanmasına dolayısıyla güçlendirilmesine hizmet eder nitelikte*” olduğunu belirtmek suretiyle⁸³, işlemin rekabete olan etkilerini hakim durum analizi kapsamında değerlendirmiştir.

⁷⁹ Rekabet Kurulu'nun 20.12.2005 tarih ve 05-86/1192-344 sayılı Van Çimento Kararı, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 10.09.2010), s. 11

⁸⁰ A.k., s. 10-11

⁸¹ Danıştay 13. Dairesi'nin 29.01.2008 tarih ve 2006/1091 E.-2008/1673 K. sayılı Kararı, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 10.09.2010)

⁸² Rekabet Kurulu'nun 05.06.2007 tarih ve 07-47/507-182 sayılı İzmir Limanı-I Kararı ve 20.06.2007 tarih ve 07-53/615-204 sayılı İzmir Limanı-II Kararı, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 10.09.2010)

⁸³ İzmir Limanı-II Kararı, s. 10

Yukarıda tartışılan kararlardan anlaşılacağı üzere; Rekabet Kurulu'nun, hakim durum yaratan veya mevcut bir hakim durumun güçlendiren birleşme ve devralmaların, ilgili pazardaki rekabeti kendiliğinden önemli ölçüde azaltıp azaltmayacağı hususundaki uygulaması çelişkili ve tutarsız görünmektedir.

4.2.2.3.3. “Hakim Durum Testi”nin Eksiklikleri

Yürürlükteki Rekabet Kanunu md. 7'ye göre, bir hakim durum yaratmayan veya mevcut bir hakim durumu güçlendirmeyen özelleştirmelerin rekabeti önemli ölçüde azaltıp azaltmadığına bakılmaksızın izin verilmektedir. Dolayısıyla özelleştirme ihalesinde teklif veren teşebbüslerin ilgili pazarda herhangi bir faaliyetinin bulunmaması halinde, özelleştirme neticesinde bir hakim durum yaratılması veya mevcut bir hakim durumun güçlenmesinden bahsedilemeyeceği ve dolayısıyla rekabetin önemli ölçüde azalmayacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Bu durumun yarattığı olumsuz sonuçlar, özellikle özelleştirme neticesinde dikey bütünleşmenin ortaya çıkması ve ilgili teşebbüsün dikey/yatay ayrıştırma yapılmaksızın özelleştirilmesi hallerinde daha belirgin hale gelmektedir.

4.2.2.3.3.1. Dikey Bütünleşme Yönünden

Dikey bütünleşme, “*üretim sürecinin birbirini takip eden aşamalarının kısmen veya tamamen belli bir firmanın mülkiyetinde ve kontrolünde olması*” veya “*firma kontrolünde, hammadde temininden pazarlamaya uzanan bir teknolojik zincirleme veya girdi - çıktı zincirlenmesi oluşturma tercihi veya zorunluluğu*” olarak tanımlanmaktadır.⁸⁴

Dikey bütünleşmenin teknolojik, ekonomik veya idari/bürokratik bir zorunluluk olarak ortaya çıkabileceği gibi, teşebbüslerin rekabet avantajını artırmak veya

⁸⁴ Erdal Türkkân, “Dikey Bütünleşmenin Rekabet Sürecindeki Rolü”, **Rekabet Günlüğü**, 07.01.2009, (Çevrimiçi) <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=sayfahtml&Id=704>, (Erişim tarihi: 12.09.2010), par. 1

korumak amacıyla stratejik bir tercihi de olabileceği ifade edilmektedir.⁸⁵ Dikey bütünleşme, kamu iktisadi teşebbüsleri açısından tüm bu zorunluluk ve tercihleri içerebilir. Zira kamu iktisadi teşebbüslerinin kolaylıkla yönetilebilmesi ve denetlenebilmesi açısından dikey bütünleşme bürokratik bir zorunluluk iken, bu teşebbüslerin pek çoğunun doğal tekel niteliğinde olması ve teknolojik gelişmelere yeterince uyum sağlanamaması dikey bütünleşmeyi ekonomik ve teknolojik açıdan da zorunluluk haline dönüştürmektedir.

Diğer yandan özelleştirme yoluyla bu zorunlulukların ortadan kaldırılması gündeme geldiğinde ise, bu kez kamu iktisadi teşebbüsünün bir bütün halinde (tekel konumunu ve dikey bütünleşik yapısını koruyarak) devralınması veya özelleştirme neticesinde dikey bütünleşme yaratılması, rekabet eksikliğinden beklenen kar maksimizasyonunu artıracığından özel teşebbüslerce bir strateji olarak benimsenmektedir. Bu nedenle dikey bütünleşmenin, üretim sürecini (teknoloji ve maliyet yönünden) katılaştırması ve dikey bütünleşmeyi zorunlu kılan sebeplerin zamanla etkisini yitirmesi gibi çeşitli nedenlerle daha az tercih edilen bir olgu olduğu ifade edilse de⁸⁶, özelleştirme sürecinde halen yaygın olarak tercih edilmekte olduğunu söylemek mümkündür. Dolayısıyla özelleştirme sürecinde dikey bütünleşmenin rekabete etkilerinin detaylı şekilde incelenmesi önem taşımaktadır.

Rekabet Kurulu, Tüpraş-I Kararı'nda,

“TÜPRAŞ, rafinaj pazarında %... pazar payına sahiptir. Efremov ise petrol faaliyetlerinin her aşamasında yer almakla birlikte, Türkiye sınırları dahilindeki rafinaj pazarında herhangi bir etkinliği bulunmamaktadır. Dolayısıyla yatay açıdan devralma sonrasında, işlemin mülkiyet transferi şeklinde olması nedeniyle TÜPRAŞ'ın pazar payında bir artış ve rafinaj pazarının yapısında herhangi bir değişiklik gerçekleşmeyecek, Kanun'un 7. maddesi kapsamında yeni bir hakim durum yaratılması ya da güçlendirilmesi söz konusu olmayacaktır.”⁸⁷

⁸⁵ A.m., par. 10-14

⁸⁶ A.m., par. 3, 9

⁸⁷ Rekabet Kurulu'nun 29.01.2004 tarih ve 04-09/77-19 sayılı Tüpraş-I Kararı, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 10.09.2010), s. 18

gerekçesiyle, Tüpraş'ın %65,76 oranında hissesinin özelleştirme yoluyla Efremov'a devredilmesi işlemine izin vermiştir.⁸⁸

Rekabet Kurulu, Tüpraş-I Kararı'nda söz konusu özelleştirmenin mülkiyet transferinden ibaret olması nedeniyle bir hakim durumun yaratılması veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesinin söz konusu olmadığı sonucuna vardıldıktan sonra, söz konusu özelleştirmeyi dikey bütünleşme yönünden ayrıca incelemiş ve “... ithalatın yol açacağı baskının büyük ölçüde potansiyel bir nitelik taşıması, bir başka deyişle mevcut ithalatın büyük ölçüde spot alımlardan ibaret olması nedeniyle TÜPRAŞ'ın, 'hammadde temininde dikey entegrasyon yoluyla elde edeceği avantajlara' bağlı olarak kapasite artırımına gitmek suretiyle, ithalatın spot karakterini korumaya ve uzun dönemli anlaşmalara dayalı yapısal bir karakter kazanmasını önlemeye çalışabileceği, bu durumun da pazara giriş engeli yaratabileceği”ni tespit etmiştir.⁸⁹ Hemen belirtmek gerekir ki; Rekabet Kurulu, ilgili pazarda hakim durumda olduğunu tespit ettiği Tüpraş'ın özelleştirme sonrasında hammadde temininde dikey bütünleşme yoluyla elde edeceği avantajları mevcut hakim durumun güçlendirilmesi olarak değerlendirmemiş, “ham petrol faaliyetleriyle dikey bütünleşik bir yapının ortaya çıkmasından kaynaklanan avantajların, ithalat ve rafinaj sektörü bakımından pazara giriş engeli yaratabileceği göz önünde tutularak, [hakim durumunu kötüye kullanması ihtimaline istinaden] 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında değerlendirme yapılmasını teminen TÜPRAŞ'ın kapasite artış yatırımlarının Rekabet Kurulu'na izlenmesine” karar vermekle yetinmiştir.⁹⁰

İskenderun Limanı Kararı'nda ise Rekabet Kurulu'nun, İskenderun Limanı'nın hat taşımacılığı alanında faaliyetleri bulunan Limar'a devrinin “... hat taşımacılığına ilişkin yer verilen değerlendirmeler de dikkate alınarak ... anılan teşebbüsün ilgili

⁸⁸ A.k., s. 22. Ancak Rekabet Kurulu'nun Tüpraş-I kararı, Danıştay 13. Dairesi'nin 15.06.2005 tarih ve 2005/5913 E.-2005/3111 K. sayılı Kararı ile, “ihaleyi sonuçlandıran işlemin İdare Mahkemesi'nce iptal edilmiş ve bu kararın Danıştay tarafından onanmış olmasıyla, Rekabet Kurulu'nca özelleştirme yoluyla devir işlemine verilen izin, hukuken dayanağını yitirdiği” gerekçesiyle iptaline karar verilmiştir. (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 10.09.2010)

⁸⁹ A.k., s. 19

⁹⁰ A.k., s. 22

coğrafi pazarda herhangi bir faaliyetinin bulunmaması nedeniyle, pazarın mevcut yapısında işleticinin değişmesi dışında herhangi bir değişiklik meydana getirmeyeceği ve dosya konusu işlem neticesinde yeni bir hakim durum yaratılması söz konusu olmayacağı” yönündeki tespitinden⁹¹, liman işletmeciliği ile hat taşımacılığı arasındaki dikey bütünleşmeyi hakim durum yaratılması için yeterli bulmadığı anlaşılmaktadır.

Bu noktada; dikey bütünleşmenin hakim durum yaratılması veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesine sebep olabilecek bir etken olarak *ex-ante* (ön) denetime mi, yoksa özelleştirme sonrasında hakim durumun kötüye kullanılması kapsamında *ex-post* (ardıl) denetime mi tabi olması gerektiği tartışması ortaya çıkmaktadır. Özelleştirmelerin, devralma vasfında olup bir kere izin verildikten sonra artık ilgili pazarda geri dönülmez ve telafisi mümkün olmayan sonuçların ortaya çıkma ihtimali göz önünde tutularak, birleşme ve devralma rejimi çerçevesinde *ex-ante* (ön) denetime tabi tutulduğu dikkate alındığında, dikey bütünleşmenin -bir hakim durum yaratması veya mevcut bir hakim durumu güçlendirmesinden ziyade- özelleştirme sonrasında ilgili pazarda rekabeti ne ölçüde olumsuz etkileyeceği önem taşımaktadır. Zira özelleştirme neticesinde dikey bütünleşmenin kurulması, hakim durum yaratılmasına veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesine neden olsa dahi rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğurmayabileceği gibi, tersten bir bakışla hakim durum yaratılmasına veya mevcut hakim durumu güçlendirilmesine neden olmasa dahi rekabetin önemli ölçüde azalmasına yol açabilir.

Dolayısıyla dikey bütünleşmenin rekabet üzerindeki *ex-post* (ardıl) etkilerinin *ex-ante* (baştan) denetlenebilmesi için, uygulamada çelişkili kararlara yol açan “*hakim durum testi*” yerine, Avrupa Birliği’nin yeni Birleşme Tüzüğü’ne paralel olarak “*rekabetin önemli ölçüde azaltılması testi*”nin benimsenmesi gereğini açıkça ortaya koymaktadır. Nitekim Rekabet Kanunu Değişiklik Tasarısı’nın 3. maddesinin yukarıda aktarılan gerekçesi de bunu destekler niteliktedir.

⁹¹ İskenderun Limanı Kararı, s. 12

4.2.2.3.3.2. Dikey/Yatay Ayırıştırma Yönünden

Kamu tekellerinin, özel kesimin alım gücünün artırılması ve maliyetlerine katkıda bulunulması gibi amaçlarla genellikle tekel fiyatı uygulamadığı, hatta çoğu kez (kamu yararı, ilgili sektörün stratejik önemi ve sosyal gerekçeler gibi nedenlerle) zararına da olsa rekabetçi fiyatların altında fiyatlarla yetindiği kabul edilmektedir.⁹² Oysa ki; özel tekellerin, kar güdüsü olmaksızın faaliyet göstermesi beklenemeyeceğinden tekel karını hedefleyecekleri tartışmasızdır.⁹³ Özelleştirme neticesinde tekel fiyatlarının uygulanır hale gelmesi ise, özelleştirmeden yukarıda sayılan ekonomik faydaların elde edilememesi sonucunu doğuracak niteliktedir.

Öte yandan kamu tekellerinin özelleştirme neticesinde özel tekellere dönüşmesinin farklı sebepleri olabilmektedir. Gerçekten de bir kamu tekelinin özelleştirme neticesinde özel tekele dönüşmesi, piyasanın doğal yapısının dayattığı iktisadi bir zorunluluk olabileceği gibi, özelleştirme sürecinde çeşitli siyasi ve mali gerekçelerle tercih edilen yöntem ve usullerin de bir sonucu olabilir.

Özelleştirme neticesinde kamu tekellerinin yerini özel tekellerin alması, piyasanın doğal tekel niteliğinden kaynaklanıyor ise; özelleştirme ile eş zamanlı olarak etkin bir regülasyon sistemi kurulması gerektiği belirtilmektedir.⁹⁴ Zira doğal tekel niteliğindeki piyasaların rekabete açılması (serbestleşmesi) –ölçek ekonomisinin sağlanamaması, teknoloji veya yatırım eksikliği gibi nedenlerle– kaynakların etkin

⁹² Kazgan, a.g.e., s. 99; Öz, a.g.t., s. 48

⁹³ Öz, a.t., s. 48; Yaşar, a.g.e., s. 22-23

⁹⁴ Ardıyok, a.g.e., s. 42. Aynı yönde bkz. Atiyas-Oder, a.g.e., s. 23; İzak Atiyas, "Doğal Tekellerin Regülasyonu ve Rekabet", **Perşembe Konferansları-3**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını, Aralık 1999, s. 49. Paşaoğlu'nun doğal tekelde regülasyon konusunda "*normatif yaklaşım*"a dair literatürden derlediği tespitler de bu açıdan aydınlatıcıdır: "*Şayet etkinlik tek bir firmanın varlığını gerekli kalmaktaysa, bir yandan endüstriye girişin kontrol altına alınmasına, öte yandan toplumsal refah kaybına yol açacak tekelci bir fiyatın önüne geçilmesine yönelik bir düzenlemeye ihtiyaç vardır (Waterson 1988, 13). Bu normatif bakış açısıyla regülasyon, tüketiciler lehine gelişen bir süreci ifade etmektedir. ... Regülasyon ekonomisinin Train'e (1997, 2) göre başlıca iki işlevi vardır: Bunlardan ilki optimum çözümün (etkinliğin) tanımlanmasıdır. İkincisi ise regüle edilen ancak nihayetinde karını maksimize etmek isteyen firmayı optimum çözüme yönlendirecek teşvik mekanizmalarını geliştirmektir. Bu çerçevede düzenleyici kurumdan en basit ifadeyle sosyal refahın artırılması ile firma karının maksimizasyonu arasında bir denge sağlanması beklenmektedir.*" (Ömür Paşaoğlu, **Doğal Tekellerde Regülasyon ve Rekabet – Bir Örnek: İngiliz Elektrik Sektörünün Yeniden Yapılandırılması**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını, Şubat 2003, s. 15)

şekilde kullanılmamasına yol açabileceğinden⁹⁵, bu tür piyasalarda “*tatmin edici bir performans elde edilebilmesi için; kar, fiyatlandırma yapısı, hizmet kalitesi, hizmetin görüleceği alanlar ve hatta piyasaya girişle ilgili doğrudan müdahale gerekmektedir.*”⁹⁶

Özellikle dikey/yatay ayrıştırma⁹⁷ yoluyla rekabete açılması iktisadi açıdan rasyonel olan piyasaların özelleştirmeler yoluyla daha rekabetçi yapıya kavuşturulması⁹⁸, öncelikle bu amaca uygun özelleştirme yöntem ve usulünün kullanılmasını gerektirmektedir. Bu bağlamda Özelleştirme Kanunu’nun özelleştirme yöntem ve usullerine ilişkin genel esasları düzenleyen hükümlerini incelemekte fayda bulunmaktadır.

Özelleştirme Kanunu’nun 3. maddesi uyarınca;

- (i) hangi kamu kuruluşlarının özelleştirme kapsamına alınacağı,
- (ii) mevcut durumu itibariyle özelleştirilebilir nitelikte olup olmadığını değerlendirerek hangilerinin özelleştirmeye hazırlanacağı ve hangilerinin doğrudan özelleştirme programına alınacağı,
- (iii) özelleştirme programına alınan kamu kuruluşlarının hangilerinin özelleştirme programından çıkarılacağı ve hangilerinin hazırlık işlemlerine tabi tutulacağı,
- (iv) özelleştirme işlemlerinin ne kadar süre içinde tamamlanacağı ve
- (v) özelleştirmenin hangi yöntem ile yapılacağı gibi hususlarda karar verme yetkisi, ÖYK’ya aittir.

Özelleştirme Kanunu md. 17/A’ya göre; ÖYK, ilgili idarenin teklifi üzerine kamu kuruluşlarının ve bunların müessese, bağlı ortaklık, işletme, işletme birimleri ile

⁹⁵ Recep Çakal, **Doğal Tekellerde Özelleştirme ve Regülasyon**, Ankara, Devlet Planlama Teşkilatı Yayını, Temmuz 1996, (Çevrimiçi) <http://ekutup.dpt.gov.tr/kit/cakalt/tekel.pdf>, (12.09.2010), s. 21

⁹⁶ Ardıyok, a.g.e., s. 33

⁹⁷ Ayrıştırma “teşebbüslerin bazı faaliyetlerinin, bölümlerinin veya yavru teşebbüslerinin belli bir amacı gerçekleştirmek için başka teşebbüslerin mülkiyetine veya kontrolüne geçirilmesi (satılması)” olarak tanımlanmaktadır. (Bkz. Erdal Türkkkan, “Ayrıştırma ve Ayırma Yoluyla Rekabetin Geliştirilmesi”, **Rekabet Günlüğü**, 01.10.2009, (Çevrimiçi) <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=sayfahtml&Id=1013>, (Erişim tarihi: 12.09.2010), par. 1

⁹⁸ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. a.m.

varlıklarının ve iştiraklerindeki kamu paylarının birlikte veya ayrı ayrı özelleştirilmesine karar verme hususunda da açıkça yetkilendirilmiştir.

Özelleştirme Kanunu md. 18’de ise özelleştirme yöntemleri (satış, kiralama, işletme hakkının verilmesi, mülkiyetin gayri ayni hakların tesisi ve gelir ortaklığı modeli ve işin gereğine uygun sair yöntemler) sayılmış olup, ÖYK’nın hangi özelleştirme yöntemi ve yöntemlerinin uygulanacağına karar verirken “işin gereği”ni dikkate alacağı düzenlenmiştir. Diğer yandan, anılan maddede ÖYK’nın satış yöntemini tercih etmesi halinde hangi satış yönteminin kullanılacağını (örneğin halka arz, blok satış, çalışanlara satış, v.s.) belirlerken “kuruluşların içinde buldukları şartları da dikkate alacağı” hükmüne yer verilmiştir. Benzer şekilde Özelleştirme Kanunu md. 2/son uyarınca, bu maddede belirtilen amaç ve ilkeler doğrultusunda alınacak kararlarda öncelikler ile bunların tabi olacağı özelleştirme uygulamalarına ilişkin esas ve usullerin, “kuruluşların nitelikleri” ve “ülke ekonomisinin gerektirdiği şartlar” da dikkate alınarak ÖYK tarafından belirleneceği hükme bağlanmıştır.

Bu maddelerdeki “işin gereği”, “kuruluşların içindeki buldukları şartlar”, “kuruluşların nitelikleri” ve “ülke ekonomisinin gerektirdiği şartlar” ibareleri oldukça belirsiz olup, ÖYK’ya geniş bir takdir yetkisi vermektedir.

ÖYK’nın bu takdir yetkisini somut olarak sınırlayan hükümlerin ise oldukça yetersiz olduğu söylenebilir. Bu sınırlamalardan ilki işletme hakkı verilmesi, kiralama veya benzeri diğer yöntemlerle kullanma hakkının devri süresinin 49 yılı geçemeyeceğini düzenleyen md. 15/son; ikincisi ise limanların mülkiyetin devri suretiyle özelleştirilemeyeceğini hükme bağlayan md. 37(a)’dır. Ayrıca “... Kanununun 34. maddesi ile tanımlandığı üzere, sermayesinin tamamı Devlete ait olup, tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri kamu yararı gözeterek üretmek ve pazarlamak üzere kurulan ve gördüğü bu kamu hizmeti dolayısıyla ürettiği mal ve hizmetler imtiyaz sayılan kamu iktisadi kuruluşlarının, Kanununun 1/f. maddesi ile temel kuruluş amaçlarına uygun mal ve hizmet üretim birimlerinin işletilmesi haklarının yalnızca bu Kanuna göre özelleştirilebileceği, bu kuruluşların mülkiyetinin devrine ilişkin

hususların, kuruluşların gördükleri kamu hizmetinin esaslarına ve özelliklerine göre ayrı kanunlarla düzenleneceği belirlenmek suretiyle, bunların mülkiyet devri yönünden bir sınırlama getirilmiş bulunmaktadır.”⁹⁹

Yukarıdaki hükümler birlikte değerlendirildiğinde; Özelleştirme Kanunu md. 2(d)’de, özelleştirme uygulamalarında “*oluşabilecek tekeli bir yapının olumsuz etkilerinin önlenmesi*” ilkesinin de esas alınacağı düzenlenmiş olmakla beraber, bunun nasıl gerçekleştirileceği hususunda somut ilkelerin bulunmamasının ÖYK kararlarının bu yönden hukuki denetimini güçleştirdiği anlaşılmaktadır. Bunun yanı sıra, Özelleştirme Kanunu md. 3/1 uyarınca Başbakan’ın başkanlığında ve Başbakan’ın belirleyeceği dört bakandan oluşan ÖYK’nın, yapısı itibariyle özerk nitelikte olmayıp doğrudan hükümetin talimatı altında hareket ettiği de dikkate alınmalıdır. Bu durum, rekabetçi bir piyasa yaratma amacından uzak çeşitli politik ve mali tercihler doğrultusunda özelleştirme yöntemi seçilmesine zemin hazırlamaktadır. Özellikle bütçe açığını kapama amacıyla özelleştirme gelirinin artırılmasına yönelik bir özelleştirme yönteminin benimsenmesi (örneğin kamu teşebbüsünün bölünmeye müsait bölümlerinin parça parça, yani iktisadi açıdan ayrıştırılarak/bölünerek özelleştirilmesi mümkün iken bir bütün/blok olarak özelleştirilmesi veya iktisadi ayrıştırmaya dair koşullar baştan belirlenmeksizin hukuki ayrıştırma ile yetinilmesi), bunun tipik bir örneğidir.

Oysa ki; özelleştirme gelirinin artırılmasını sağlayacağı düşüncesiyle tercih edilen özelleştirme yöntemleri kimi hallerde bu sonucu doğurmayabilmektedir. Örneğin özel teşebbüsler daha geniş bir pazar gücü elde edecekleri düşüncesiyle, blok olarak ihaleye çıkarılan kamu kuruluşları için daha fazla bir bedel ödemeye hazır olsalar dahi, ihale konusu varlıkların blok olarak özelleştirilmesi her ihalede en yüksek gelirin bu yöntemle elde edilebileceği anlamına gelmemektedir. Bu nedenle, özelleştirme konusu varlıkların tek tek ve olası tüm kombinasyonları için tekliflerin alınmasının, ihale gelirini artırıcı yönde etkili olabileceği ve daha rekabetçi bir piyasa yaratılmasının maliyetini ortaya koyabileceği savunulmaktadır. Dolayısıyla

⁹⁹ Danıştay 13. Daire’nin 20.11.2006 tarih ve 7997 E.-4380 K. sayılı kararı, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 10.09.2010)

ihalenin sonuçları (yani ihalenin hangi fiyattan hangi teklif sahibinde kalacağı hususu) açısından büyük rol oynayan ihale tasarımının optimal şekilde oluşturulması da daha rekabetçi bir piyasa yaratılması açısından önem taşımaktadır.¹⁰⁰

Özelleştirme Kanunu md. 18'de, ihale usullerinden¹⁰¹ (kapalı teklif, pazarlık, açık artırma ve belli istekliler arasında kapalı teklif) hangisi veya hangilerinin uygulanacağı hususunda özelleştirme ihalesini düzenleyen idareler yetkilendirilmiştir. Özelleştirme Kanunu md. 18/C'de, idarelerin bu takdir yetkisini belli ölçüde sınırlayan aşağıdaki hükümlere yer verilmiştir:

“Varlık satışı suretiyle yapılacak özelleştirme uygulamalarına ilişkin ihalelerde, kapalı teklif, pazarlık ve açık artırma usullerinden birisi uygulanır. Hangi usulün uygulanacağına varlığın niteliği ve değer tespit sonuçları dikkate alınarak idarece karar verilir. Kapalı teklif usulü ile gerçekleştirilecek ihalelerde, tekliflerin alınmasından sonra değer tespit sonuçları ve alınan teklifler dikkate alınarak pazarlık veya açık artırma usulü ile ihaleye devam edilmesine ihale komisyonunca karar verilebilir. Hisselerin blok satışı suretiyle yapılacak özelleştirme uygulamalarına ilişkin ihalelerde pazarlık usulü uygulanır.

Satış yöntemi dışındaki yöntemlerle yapılan özelleştirme uygulamalarına ilişkin ihalelerde, özelleştirilecek kuruluşa ait varlığın niteliği, gördüğü hizmetin özelliği, yapısı, hukuki durumu ile değer tespit sonuçları dikkate alınarak pazarlık veya açık artırma usullerinden idarece belirlenecek usul uygulanır.

Hisselerin yurt içi ve yurt dışında halka arz, borsada satış, menkul kıymetler yatırım fonları veya menkul kıymetler yatırım ortaklıklarına satış suretiyle özelleştirilmeleri sermaye piyasası mevzuatına tabidir.

Danışman seçimine ilişkin ihalelerde, ihale konusu işin niteliğine ve sektörün özelliğine göre idarece yapılan araştırmalar sonucu, deneyim ve nitelikleri de dikkate alınarak, tespit edilen en az üç danışmandan yazılı teklif alınmak suretiyle pazarlık usulü uygulanır.”

Ancak ihale usulünün belirlenmesine ilişkin yukarıdaki hükümlerin de, tıpkı özelleştirme yöntemlerinin seçilmesinde olduğu gibi, “varlığın/hizmetin niteliği/özelliği, yapısı, hukuki durumu” gibi içeriği belirsiz kıstaslar öngörmesi

¹⁰⁰ Hakan Bilir, “Özelleştirme İhalelerinde Yöntem Seçimi”, **Rekabet Dergisi**, Sayı: 16, Rekabet Kurumu Yayını, Ekim-Aralık 2003, s. 84

¹⁰¹ Detaylı bilgi için bkz. a.m., s. 63-68

nedeniyle, ihaleyi düzenleyen idarelerin de (ÖYK gibi) mevcut ihale usulleri kapsamında geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu anlaşılmaktadır.

Dolayısıyla gerek özelleştirme yöntemlerinin gerekse ihale usullerinin belirlenmesinde, (özellikle özelleştirme sürecinde dikey/yatay ayrıştırma yoluyla) rekabetçi bir piyasa yapısının oluşturulmasını sağlamaya yönelik yeterli bir hukuki çerçevenin bulunmaması nedeniyle rekabet kuralları, özelleştirme sürecinde ayrı bir önem taşımaktadır. Nitekim Rekabet Kurulu da bunun bilinciyle ön bildirim üzerine verdiği görüşlerde, izin aşamasında sorun yaratabilecek hususların yanı sıra, ilgili pazarın rekabetçi hale getirilmesini sağlamaya yönelik bazı tedbir ve önerileri ihaleyi düzenleyen kamu kuruluşu ile paylaşmaktadır. Ne var ki; ilgili pazarın rekabetçi hale getirilmesine yönelik tedbir ve önerilerin yerine getirilmesi, özelleştirme neticesinde hakim durum yaratılmamasını veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmemesini sağlamak için zorunlu olmadıkça ilgili kamu kuruluşunca dikkate alınmayabilmektedir. Bu nedenle, izin aşamasında rekabet odaklı bir anlayışın tercih edilmesi üzerinde durulmalıdır.

4.2.2.3.3.3. Genel Değerlendirme

Rekabet Kurulu'nun özelleştirmelere ilişkin izin başvurularını değerlendirirken – Avrupa Birliği'nin yeni Birleşme Tüzüğü'ne paralel olarak– bir hakim durum yaratmasa veya mevcut bir hakim durumu güçlendirmese dahi rekabeti önemli ölçüde azaltan/engelleyen özelleştirmelere izin verilmemesi, özelleştirme neticesinde özel tekellerin oluşmasının önlenmesi, daha doğru bir ifadeyle kamu tekellerinin faaliyet gösterdiği piyasalarının özelleştirme ile rekabete açılması (serbestleşmesi) amacına hizmet eden bir araç olabilir.

Gerçekten de, "*hakim durum testi*"ni geçen bazı özelleştirmeler, –örneğin dikey bütünleşme yaratılmasına veya dikey/yatay ayrıştırma yapılmamasına bağlı olarak piyasayı kapama etkisi gibi tek taraflı etkilerin ortaya çıkması neticesinde– rekabetin önemli ölçüde sınırlandırılmasına yol açabilir.

Aslında Rekabet Kanunu'nun yürürlükteki 7. maddesi gereğince, mevcut bir hakim durumun el değiştirmesini sağlayan bir özelleştirme, dikey bütünleşme yoluyla hakim durum yaratıldığı veya mevcut hakim durum güçlendiği gerekçesiyle engellenebilmektedir. Nitekim Rekabet Kurulu, İzmir Limanı-I Kararı'nda; Arkas'ın İzmir Limanı'ndaki konteyner hattı işletmeciliği ve gemi acenteliği pazarlarında önemli bir pazar payına sahip olması nedeniyle, İzmir Limanı işletme hakkının Arkas'ın kararlarında yönlendirici olabileceği bir ortak girişime devredilmesinin güçlü bir dikey bütünleşmeye yol açacağı ve böylece "*hakim durum yaratılması (limanın devri) yoluyla rekabetin önemli ölçüde kısıtlanacağı*" gerekçesiyle söz konusu işleme izin vermemiştir.¹⁰² Ancak Rekabet Kurulu, özelleştirme neticesinde ortaya çıkacak dikey bütünleşmeyi, her zaman hakim durum yaratan veya mevcut hakim durumu güçlendiren bir etken olarak değerlendirmemiş, dikey bütünleşme yaratan çeşitli özelleştirme işlemlerinin bazılarına koşullu olarak, bazılarına ise herhangi bir koşul dahi getirmeksizin izin vermiştir.¹⁰³

Rekabet Kurulu'nun bu husustaki uygulamasının çelişkili ve tutarsız olması bir yana; özelleştirme neticesinde ortaya çıkacak dikey bütünleşmenin hakim durum yaratılmasına veya mevcut hakim durumun güçlenmesine yol açmaksızın rekabeti önemli ölçüde azaltması da olasıdır. Ayrıca kamu iktisadi teşebbüsünün dikey/yatay ayrıştırma yapılmaksızın bir bütün olarak özelleştirilmesine bağlı olarak ortaya çıkabilecek tek taraflı etkilerin de "*hakim durum testi*" çerçevesinde önlenmesinin güç olduğunu belirtmek mümkündür.

Bu nedenlerle, Rekabet Kanunu md. 7'de "*hakim durum testi*" yerine -Avrupa Birliği'nin yeni Birleşme Tüzüğü'ne paralel olarak- "*rekabetin önemli ölçüde engellenmesi testi*"nin benimsenmek suretiyle, dikey bütünleşme yaratılmasının ve dikey/yatay ayrıştırma yapılmamasının, rekabet üzerindeki olumsuz etkilerinin değerlendirilmesine ve önlenmesine daha sağlam bir hukuki zemin hazırlayacağı kanaatindeyiz.

¹⁰² İzmir Limanı-I Kararı, S. 22

¹⁰³ Bkz. Bölüm 4.2.2.4'teki Rekabet Kurulu kararları

4.2.2.3.4. “Rekabetin Önemli Ölçüde Engellenmesi Testi”ne İlişkin Mevzuat Değişikliği Çalışması

Gerek doktrinde gerekse Rekabet Kurulu uygulamasında kabul edildiği üzere; hakim durum yaratmayan veya mevcut bir hakim durumu güçlendirmeyen bir birleşme ve devralmanın rekabeti önemli ölçüde azalttığı gerekçesiyle yasaklanması, yürürlükteki Rekabet Kanunu md. 7 kapsamında mümkün görünmemektedir. Avrupa Birliği’nde bu durum, yeni Birleşme Tüzüğü’nde “rekabetin önemli ölçüde engellenmesi testi”nin benimsenmesiyle değişmiş ve hakim durum yaratmayan veya mevcut hakim durumu güçlendirmeyen ancak rekabeti önemli ölçüde kısıtlayan yoğunlaşmalar da yasaklanmıştır. Rekabet Kanunu’nun da yeni Birleşme Tüzüğü ile uyumlu olarak “rekabetin önemli ölçüde engellenmesi testi” esas alınacak şekilde değiştirilmesi gerektiği doktrinde¹⁰⁴ ve çeşitli ulusal ve uluslararası kurumsal raporlarda¹⁰⁵ ifade edilmiştir.

Nitekim 31.07.2008 tarih ve 1/636 E. no ile TBMM Başkanlığı’na sunulan ve halen ilgili komisyonda değerlendirilmekte olan Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı’nın (“**Rekabet Kanunu Değişiklik Tasarısı**”) 3. maddesinde bu yönde bir değişikliğe yer verilmiştir. Tasarıya göre Rekabet Kanunu’nun 7. maddesinin son fıkrasının değişik hali şöyledir:

“Ülkenin tamamında ya da bir kısmında bir mal veya hizmet piyasasında, tek başına ya da birlikte hakim durum yaratılması veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesi yoluyla veya başka bir suretle rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak yoğunlaşma işlemleri yasaktır.”

¹⁰⁴ Arıttürk, a.g.e., s. 77-78

¹⁰⁵ OECD, **Türkiye’de Rekabet Hukuku ve Politikası 2005 Raporu**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını, t.y., s. 73; DPT – 9. Kalkınma Planı Rekabet ÖİK Raporu, s. 33-34

Bu hüküm ile, yeni Birleşme Tüzüğü ile uyumlu şekilde; “*hakim durum testi*” yerine “*rekabetin önemli ölçüde engellenmesi testi*”¹⁰⁶ benimsenmekle beraber, hakim durum analizi tamamen terk edilmemektedir. Nitekim Rekabet Kanunu Değişiklik Tasarısı’nın 3. maddesine ilişkin gerekçe bunu açıkça ifade etmektedir:

“Maddede yapılan en önemli değişiklik, ‘hakim durum’ testinin yerine AB’nin 139/2004 sayılı Konsey Tüzüğü’nde kabul ettiği testin getirilmesidir. Bu sayede, yoğunlaşma işlemleri sonucunda ortaya çıkabilecek olan tek taraflı etkilerin ve işbirliği etkilerinin ekonomik analizler kullanılması yoluyla daha sağlıklı değerlendirilebilmesi mümkün olacaktır. Diğer yandan, ‘hakim durum yaratılması veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesi’ rekabetin önemli ölçüde azaltıldığı yolların başında gösterilerek birleşme ve devralmalara ilişkin geçmiş dönem uygulama tecrübesinden yararlanılması ve hukuki belirlilik sağlanması amaçlanmaktadır. Söz konusu değerlendirme testiyle, ‘hakim durum yaratılması veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesi’ sonucunu doğuran işlemler dışında oligopolistik pazarlarda tek taraflı etkiler yoluyla rekabeti önemli ölçüde azaltabilecek işlemler de yasaklanabilecektir.”

Yukarıdaki açıklamaların yanı sıra özelleştirilen teşebbüslerin faaliyet gösterdiği pazarların kendine has çeşitli özellikleri nedeniyle; Rekabet Kanunu’nda -mehaz Avrupa Birliği mevzuatındaki değişikliğe paralel olarak- “*hakim durum testi*”nden “*rekabetin önemli ölçüde engellenmesi testi*”ne geçilmesinin, -yukarıda açıklandığı üzere- özelleştirmeler açısından önemli ve özellikli bir fonksiyonu olacağı düşünülmektedir.

4.2.2.4. İzin Talebi Üzerine Verilen Kararlar

Rekabet Kurulu, izin talep edilen özelleştirme hakkında

- (a) özelleştirmenin izne tabi olmadığı,
- (b) özelleştirmeye izin verilmesi,

¹⁰⁶ Rekabet Kanunu’nun yürürlükteki 7. maddesinde kullanılan “*rekabetin önemli ölçüde azaltılması*” ibaresi, Rekabet Kanunu Değişiklik Tasarısı’nda korunmuştur; ancak Avrupa Birliği’nin yeni Birleşme Tüzüğü’ne paralel olarak “*hakim durum yaratılması veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesi*” ön koşul olmaktan çıkarılırken, rekabet üzerinde olumsuz etki yaratabilecek bir hal olarak sayılmıştır. Bu nedenle Rekabet Kanunu Değişiklik Tasarısı’nın da “*rekabetin önemli ölçüde engellenmesi testi*” olarak anılan melez testi benimsediği kabul edilmelidir. Bu doğrultuda tezin devamında Avrupa Birliği mevzuatı ile paralellik kurmak açısından “*rekabetin önemli ölçüde engellenmesi*” ifadesi kullanılmıştır.

- (c) özelleştirmeye koşullu izin verilmesi, veya
- (d) özelleştirmeye izin verilmemesi (izin başvurusunun reddedilmesi)

kararlarından birini verir.

Rekabet Kurulu, %25'lik pazar payı veya 25 milyon TL'lik ciro eşiklerinden herhangi birisini aşmadığı halde hakkında izin başvurusunda bulunulan özelleştirmelerin pazar payı ve ciro eşikleri yönünden inceledikten sonra izne tabi olmadığına karar verir.¹⁰⁷ Rekabet Kurulu, izne tabi olup da hakim durum yaratmayan veya mevcut bir hakim durumu güçlendirmeyen ve böylece rekabeti önemli ölçüde azaltmayan özelleştirmelere izin verir iken, aksine bir sonuç doğuran özelleştirmelere ilişkin izin başvurularını reddetmektedir.

Bu konuda esas tartışmalı olan nokta, özelleştirmelere koşullu izin verilip verilemeyeceğidir. Zira Rekabet Kanunu md. 7'de izne tabi birleşme ve devralmalara koşullu izin verilebileceğine dair açık bir hüküm olmadığı halde, ikincil mevzuat olan 1997/1 sayılı Tebliğ'de (2010/4 sayılı Tebliğ'de) bu yönde bir düzenlemenin bulunması¹⁰⁸, "*kanunla getirilen sınırları aşan bir düzenlemenin tebliğ hükümleri ile getirilmesi*" sorununu ortaya çıkarmıştır.¹⁰⁹

Bu hususta Aslan, Rekabet Kurulu'nun Rekabet Kanunu md. 27/f 'de düzenlenen "*Bu Kanunun uygulanması ile ilgili olarak tebliğler çıkarmak ve gerekli düzenlemeleri yapmak*" yetkisine dayanarak çıkardığı 1997/1 sayılı Tebliğ'de (2010/4 sayılı Tebliğ'de) "*koşullu izin*" mekanizmasını getirmesinin mümkün olduğu yönündeki görüşü savunmaktadır.¹¹⁰

¹⁰⁷ Örneğin bkz. Rekabet Kurulu'nun 10.11.2005 tarih ve 05-78/1064-302 sayılı Büyük Efes Oteli Kararı, 31.07.2008 tarih ve 08-49/691-267 sayılı Ayvalık Tuzlası Kararı, 25.09.2008 tarih ve 08-56/883-346 sayılı Radyo Nostalji Kararı, 16.10.2008 tarih ve 08-58/928-374 sayılı Radyo Cool Kararı, 27.11.2008 tarih ve 08-67/1087-421 sayılı Gala TV Kararı, 04.12.2008 tarih ve 08-69/1131-445 sayılı Adabank Kararı, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 10.09.2010)

¹⁰⁸ 1998/4 sayılı Tebliğ'de de özelleştirmelere koşullu izin verilebileceğine dair açık bir hüküm olmasa da, 1998/4 sayılı Tebliğ'de düzenlenmeyen hususlarda 1997/1 sayılı Tebliğ (2010/4 sayılı Tebliğ) hükümlerinin uygulanacağı dikkate alındığında, özelleştirmelere de koşullu izin verilmesi mümkündür.

¹⁰⁹ Tan, "Özelleştirme Sürecinde Rekabet Kurumu'nun Yeri", s. 36-37

¹¹⁰ Aslan, a.g.e., s. 583

Tan ise, koşullu izin/koşullu idari işlemin varlığının yadsınamayacağını, mehz Avrupa Birliği rekabet mevzuatında koşullu iznin düzenlendiğini ve Avrupa Birliği Komisyonu'nun buna dayanarak eski Doğu Alman petrol şirketi Minol'un özelleştirilmesine şartlı izin verdiğini¹¹¹ belirttikten sonra, koşullu iznin özelleştirme sürecine etkisi yönünden de bir sakınca teşkil etmediği sonucuna varmıştır.¹¹² “... özelleştirme sürecinin son aşamasını, bir başka deyişle zincir işlem olan özelleştirme işleminin son halkasını Özelleştirme Yüksek Kurulu kararı oluşturduğuna ve başka özelleştirme işlemlerinde de görüldüğü gibi, satışa karar verilen şirket ve ortak girişim grubuna süre verilerek tamamlanması veya doğrudan satış yapılarak satış sonrası bazı koşulları yerine getirmesi istenebildiğine göre, nihai devir işleminden önce Rekabet Kurulundan alınacak izinde gösterilen koşulların yerine getirilmesinin istenmesine de bir hukuki engel olmamak gerekir.”

Öz ise, “birleşme ve devralmalara izin verilirken, özellikle de özelleştirme suretiyle yapılacak devirlerde piyasayı rekabet ilkeleri çerçevesinde yeniden yapılandırabilmek için iznin birtakım yükümlülüklerle bağlanabilmesi”nin gerekliliğine ve önemine işaret etmektedir.¹¹³

Rekabet Kurulu, POAŞ-I Kararı'nda¹¹⁴; POAŞ'ın İş Bankası, Bayındır İnşaat, Park Holding ve PÜAŞ'dan oluşan ortak girişim grubuna devredilmesi işlemine, (genel nitelikli bazı koşulların¹¹⁵ yanı sıra) POAŞ bayilerinin PÜAŞ'ın ortakları olması ve

¹¹¹ Minol özelleştirmesinin özeti için bkz. Bölüm 2.1.3

¹¹² Tan, “Özelleştirme Sürecinde Rekabet Kurumu'nun Yeri”, s. 38-39

¹¹³ Öz, a.g.t., s. 53

¹¹⁴ Rekabet Kurulu'nun 30.07.1998 tarih ve 77/510-108 sayılı POAŞ-I Kararı, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 10.09.2010)

¹¹⁵ POAŞ-I Kararı'nda bu genel nitelikli şartlar; POAŞ'ın %51'lik hissesini devralan ortak girişim şirketinin ortaklık yapısındaki değişikliklere ilişkin anasözleşme değişiklikleri için Rekabet Kurulu'ndan izin alınması, POAŞ depolarının ve havaalanı terminallerinin/depolarının beş yıl süre ile diğer teşebbüslerin kullanım taleplerine açık olması, NATO boru hatlarının ve bu boru hatlarının kullanımına imkan veren -POAŞ'ın mülkiyetinde olanlar dahil- bütün tesislerin Türk Silahlı Kuvvetler ve NATO'nun ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla tanınan imtiyazın süresinin bu konudaki yasal düzenleme yapıncaya kadar devam etmesi ve sivil amaçlı kullanıma geçilmesi halinde piyasadaki rekabeti sağlamaya yönelik düzenlemelerin Rekabet Kurumu'nun görüşünün alınarak yapılması, NATO boru hattı ve üzerindeki depoların Türk Silahlı Kuvvetleri'nce kullanılmayan kapasitesinden dağıtım firmalarının yararlandırılması amacıyla oluşturulacak kiralama sisteminin piyasada faaliyet gösteren bütün teşebbüslere açık olması ve böyle bir kullandırma halinde de Rekabet Kurumu'nun görüşünün alınması, 5 yıl boyunca POAŞ'ın ve ortak girişim şirketinin her

PÜAŞ'ın POAŞ dışındaki dağıtım şirketleri ile bayilik ilişkisi içinde bulunmasının POAŞ'ın gerek PÜAŞ vasıtasıyla diğer dağıtım şirketleri ile (yatay olarak) gerekse PÜAŞ ortakları ile (dikey olarak) koordinasyon kurmasına imkan verdiğini dikkate alarak PÜAŞ ve POAŞ'ın ortaklık ve yönetim yapısına ilişkin getirdiği şartlara uyulması, bu şartlara uyulmaması halinde PÜAŞ'ın POAŞ'ı devralan ortak girişim grubunda yer almaması koşuluyla¹¹⁶ izin vermiştir. Danıştay 10. Dairesi, POAŞ-I Kararı'nı aşağıdaki gerekçeler ile yerinde bularak, "koşullu izin" müessesesini açıkça kabul etmiştir:

"Özelleştirme öncesinde kamunun işlettiği ve bu nedenle imtiyazlı durumda olan mal veya hizmet piyasasındaki bir firmanın, özelleştirildikten sonra bu imtiyazı kullanamayacağını kabulü ile POAŞ'ın da bu durumda olduğu göz önüne alınarak davalı idarece bazı önerilerde bulunulurken, %51'lik POAŞ hissesini devralacak ortak girişimi oluşturacak firmalar yönünden de bazı saptamalar yapılmasında ve değişiklikler önerilerek devir sözleşmesinin imzalanmasından en az 15 gün önce Kurum nezdinde tevsik edilmesi ve izin alınması gerektiği belirtilmek suretiyle izin verilmesinde, bu işleme dayanak oluşturan mevzuata ve hizmetin amacına aykırılık görülmemiştir.

...

PÜAŞ'ın ortaklarının bir kısmının POAŞ dışındaki dağıtım şirketleri ile bayilik ilişkisi içinde bulunması, yine doğrudan ya da dolaylı olarak POAŞ yanında başka dağıtım şirketlerinin de bayiliğini sürdürmeleri, POAŞ bayilerinin PÜAŞ'ın ortakları olması nedeniyle PÜAŞ'ı temsilen bir gerçek ya da tüzel kişinin POAŞ'ın yönetim kurulunda yer almaması yine POAŞ dışındaki dağıtım şirketleri bayiliği ve ortaklığı olanların PÜAŞ yönetiminde görev almamaları, PÜAŞ ortaklarından İsmail Aytemiz'in de Aytemiz Akaryakıt Dağıtım ve Pazarlama A.Ş. ünvanlı bir dağıtım şirketine ortak olması nedeniyle bu ortaklığın, POAŞ'ın devir anlaşmasından itibaren 6 ay içinde alıcının da onanması kaydı ile devredilmesi ya da davacının PÜAŞ ortaklığından ayrılması ve bu koşulların yerine getirilmemesi durumunda PÜAŞ'ın ortak girişimi oluşturacak ortaklar arasında yer almaması yönünde ileri sürülen koşulların anılan Yasa ve Tebliğ hükümleri uyarınca yatay ve dikey bütünleşme yoluyla rekabetin ortadan kaldırılmasına ilişkin ihlalleri önlemek amacını taşıdığı sonucuna ulaşılmaktadır."¹¹⁷

türlü anasözleşme değişikliğinin, boru hatları, tesis, terminal ve depoların ortak kullanılmasına yönelik uygulamaların derhal, satış fiyatları ile üretim ve satış miktarlarının 6 ayda bir Rekabet Kurumu'na bildirilmesi şeklinde sıralanmıştır. (A.k., s. 3-4)

¹¹⁶ A.k., s. 5-6

¹¹⁷ Danıştay 10. Dairesi'nin 26.03.2002 tarih ve 1998/5649 E.-2002/846 K. sayılı Kararı, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 10.09.2010)

Dikkat edileceği üzere; Danıştay, POAŞ-I Kararı'nda Rekabet Kurulu'nca "yatay ve dikey bütünleşme yoluyla rekabetin ortadan kaldırılmasına ilişkin ihlalleri önlemek amacı"nın dikkate alındığını kabul ederek, Rekabet Kanunu'nun yürürlükteki 7. maddesindeki "hakim durum testi" yerine (kararın verildiği tarihte Avrupa Birliği rekabet mevzuatında dahi henüz kabul edilmemiş olan) "rekabetin önemli ölçüde engellenmesi testi"ni esas alan bir karar vermiştir.

Rekabet Kurulu, yukarıda da tartıştığımız Tüpraş-I Kararı'nda ise, "ham petrol faaliyetleriyle dikey bütünleşik bir yapının ortaya çıkmasından kaynaklanan avantajların, ithalat ve rafinaj sektörü bakımından pazara giriş engeli yaratabileceği"ni tespit etmesine rağmen, ham petrol faaliyetlerinde ortaya çıkan dikey bütünleşmenin giderilmesine yönelik bir koşul getirmeksizin, *ex-post* (ardıl) denetime yönelik bir izleme kararı almıştır.¹¹⁸

Rekabet Kurulu, Türk Telekom özelleştirmesine ilişkin görüşünde; Türk Telekom'un kablo TV altyapısı ve yerel telefon şebeke altyapısı olmak üzere birbirine rakip iki altyapıda çifte tekelin devamının ileride bu hakim durumun çeşitli şekillerde kötüye kullanılması sonucunu doğurabileceği gerekçesiyle, kablo TV altyapısının ayrı bir tüzel kişilik haline getirilerek kontrolünün üçüncü bir teşebbüse devredilmesi gerektiği sonucuna ulaşarak *ex-ante* (ön) denetimi tercih etmiş, ancak internet servis sağlayıcılığı açısından böyle bir iktisadi ayrıştırma yerine çapraz sübvansiyon uygulamasının izlenebilirliğini artırmak adına (diğer ülke uygulamalarını da dikkate alarak) sadece hukuki ayrıştırmayı önermiş, böylece *ex-ante* (ön) denetim yerine *ex-post* (ardıl) denetimi etkinleştirmeyi yeterli görmüştür.¹¹⁹ Nitekim Türk Telekom özelleştirmesi bu görüşte önerildiği şekilde tamamlandığından, Rekabet Kurulu'nca izin aşamasında ayrıca bir koşul getirilmesine gerek görülmemiştir.¹²⁰

¹¹⁸ Tüpraş-I Kararı, s. 22

¹¹⁹ Rekabet Kurumu'nun 04.08.2004 tarihli 2. Daire Görüşü (Yayımlanmamıştır), Rekabet Kurulu'nun 02.09.2004 tarih ve 04-57/797 sayılı Türk Telekom Görüşü, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 10.09.2010)

¹²⁰ Türk Telekom Kararı, s. 20. Bu husus, 5.1.2. Bölüm'de Rekabet Kurulu'nun Türk Telekom hakkında özelleştirme sonrasında verdiği kararlar ışığında ayrıca tartışılmıştır.

Rekabet Kurulu, Tüpraş-II Kararı'nda ise, Tüpraş'ın Koç-Shell Ortak Girişim Grubu tarafından devralınmasına “İzmir Rafinerisi'nde yer alan LPG ithaline yönelik tesislerin, PROTOKOL çerçevesinde yürütülen uygulamaya ilave olarak, 3 yıl boyunca dağıtım şirketlerinin doğrudan ithalat yapabilmelerine de olanak tanıyacak şekilde kullanıma açılması” koşuluyla izin vermiştir.¹²¹

Rekabet Kurulu, Tekel'e ait tuzlaların özelleştirilmesine Kayacık, Kaldırım ve Yavşan göl tuzlalarının birbirinden bağımsız teşebbüslere devredilmesi koşuluyla izin vermiştir.¹²² Şöyle ki; Rekabet Kurulu Kaldırım, Kayacık ve Yavşan göl tuzlarından ihalesi daha sonra tamamlanacak olan tuzlanın, ihalesi daha önce tamamlanan tuzlayı devralan teşebbüs ile aynı teşebbüsün kontrolüne girmesi halinde bu ikinci/üçüncü özelleştirmeye izin verilemeyeceğini belirterek, Tekel'e ait göl tuzlalarının birbirinden bağımsız teşebbüslere devredilmesine yönelik görüşüne¹²³ uygun kararlar vermiştir.¹²⁴ Bunu, bir nevi koşullu izin olarak değerlendirmek mümkündür. Oysa ki; söz konusu göl tuzlalarının bir bütün halinde özelleştirilmesi amacıyla ihaleye çıkılmış olsa idi, ihalede teklif veren teşebbüslerin hiçbiri ham tuz pazarında faaliyet göstermediğinden ihaleyi kazanan teşebbüs, özelleştirme neticesinde hakim durumun el değiştirmesi ile (“hakim durum testi”ne takılmaksızın) hakim duruma geçmiş olacak idi. Böylece Rekabet Kurulu, Tekel'e ait göl tuzlalarının tek bir özel teşebbüs tarafından devralınması (kamu tekelinin özel tekele dönüşmesi) neticesinde ortaya çıkabilecek piyasa aksaklıklarını engelleme görevini üstlenmiştir. Bu tespit, Rekabet Kurulu'nun Kaldırım-Kayacık-Yavşan Tuzla Kararları'nda da açıkça ifade edilmiştir:

¹²¹ Tüpraş-II Kararı, s. 27

¹²² Rekabet Kurulu'nun 08.12.2005 tarih ve 05-82/1120-321 sayılı Kaldırım Tuzla Kararı, 08.12.2005 tarih ve 05-82/1121-322 sayılı Kayacık Tuzla Kararı, 08.12.2005 tarih ve 05-82/1122-323 sayılı Yavşan Tuzla Kararı, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 10.09.2010)

¹²³ Rekabet Kurulu, “Kayacık, Kaldırım ve Yavşan göl tuzlalarının birbirinden bağımsız teşebbüslere devredilmesinin rekabetçi yapının tesisi için gerekli olduğu, ancak İzmir Çamaltı Tuzlası'nın münferiden veya göl tuzlarından herhangi birisiyle birlikte devredilmesinin mümkün olabileceği” yönünde görüş bildirmiştir. (Bkz. Rekabet Kurulu'nun 15.05.2003 tarih ve 03-32/396-M sayılı Tekel Tuz Sanayii Müessesesi Görüşü, s.2)

¹²⁴ Kaldırım Tuzla Kararı, s. 11-12; Kayacık Tuzla Kararı, s. 12; Yavşan Tuzla Kararı, s. 7-8

“Gerek Mesleki Daire Görüşü, gerekse anılan Kurul Kararı’nda vurgulandığı üzere, özelleştirme sonrasında ham tuz pazarında TEKEL’in sahip olduğu pazar gücünü temsil eden üç göl tuzlasının tek bir teşebbüsün kontrolüne geçmesi ham tuz pazarındaki rekabetin tesisini önemli ölçüde engelleyecek ve özelleştirmeden beklenen yararları en aza indirgeyecektir. Bu nedenle, ham tuz pazarında özelleştirme sonrasında yeter sayıda teşebbüsün etkin olarak faaliyet göstermesine imkan tanınması bu sektördeki rekabetin tesisi bakımından önemlidir. Tuzun gıda dışında da sanayinin pek çok alanında girdi olarak kullanılması göz önünde bulundurulduğunda, ham tuz pazarında oluşacak sağlıklı rekabet koşulları ilgili olduğu diğer sektörleri de etkileyecektir.”¹²⁵

Rekabet Kurulu, Kaldırım-Kayacık-Yavşan Tuzla Kararları’ndan önce verdiği Mersin Limanı Kararı’nda benzer bir “koşullu izin”in verilip verilmemesini tartışmış, anılan kararlardan farklı olarak Mersin Limanı özelleştirmesi ile bağlantılı nitelik arz eden İskenderun Limanı özelleştirmesine yönelik bir koşul getirmeyerek, bu hususun İskenderun Limanı özelleştirmesine yönelik başvuru üzerine değerlendirilmesine karar vermiştir.¹²⁶ Gerçekten Rekabet Kurulu, İskenderun Limanı Kararı’nda, “PSA-AKFEN Ortak Girişim Grubu’nun Mersin Limanı işletme hakkını devralması halinde, aynı coğrafi pazarda yer alan İskenderun Limanı’nun işletme hakkını da devralması, hâkim durumun daha da güçlendirilmesi sonucunda rekabetin önemli ölçüde azalması riskini ortaya çıkaracağından anılan gruba İskenderun Limanı işletme hakkının devredilmesine izin verilmemesine” karar vermiştir.¹²⁷

Rekabet Kurulu’nun bu uygulamasının, birbiriyle bağlantılı özelleştirmelere ilişkin kararlarını eş zamanlı verip vermediğiyle ilgili olduğu savunulabilir. Zira Rekabet Kurulu, Kaldırım-Kayacık-Yavşan Tuzla Kararları’nı aynı tarihte verirken, Mersin-İskenderun Limanı Kararları’nı yaklaşık 1 ay arayla vermiştir. Dolayısıyla Rekabet Kurulu’nun eş zamanlı karara bağladığı birbiriyle ilişkili özelleştirmelere yönelik ihalelerin hangisinin daha önce tamamlanacağı ve dolayısıyla ihalenin hangi teşebbüs tarafından kazanılacağı belli olmadığından kademeli/koşullu karar verme zorunluluğu ortaya çıkmıştır.

¹²⁵ Kaldırım Tuzla kararı, s. 9; Kayacık Tuzla Kararı, s. 10; Yavşan Tuzla Kararı, s. 5-6

¹²⁶ Rekabet Kurulu’nun 15.09.2005 tarih ve 05-58/855-231 sayılı Mersin Limanı Kararı, s. 12

¹²⁷ İskenderun Limanı Kararı, s. 12

Rekabet Kurulu, ilk kararlarından biri olan TEAŞ Kararı'nda ise, “*bazı imtiyazlara sahip TEAŞ santrallerinin devredilmesinin ilgili pazarda doğuracağı etkiler ve stratejik bir sektör olarak elektrik sektörünün münhasır yapısı dikkate alındığında, bundan sonra yapılacak her türlü devir işlemi için Bakanlar Kurulu kararlarından evvel, şirketlerin Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'na başvurularının değerlendirilmesi sürecinde Rekabet Kurulu'nun görüşünün alınmasının yerinde olacağına*” karar verdikten sonra; TEAŞ termik santrallerinin özelleştirilmesine, görevli şirketler ile Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı arasında imzalanacak İmtiyaz Sözleşmesi'nin “*Yetkinin Devri*” başlıklı 29. maddesine Rekabet Kurulu'nun izninin alınması gerektiği hususunun da eklenmesi koşuluyla izin vermiştir.¹²⁸

Yukarıda aktardığımız kararlardan da anlaşılacağı üzere; Rekabet Kurulu'nun koşullu izin konusundaki uygulaması değişkenlik göstermektedir. Danıştay, Rekabet Kurulu'nun koşullu izin verme yetkisini kabul etmiş olmakla birlikte; Rekabet Kurulu'nca hangi hallerde koşullu izin verilebileceği, iznin hangi koşullara bağlanabileceği, koşullu izin verilebilmesi için nasıl bir prosedürün izleneceği ve koşulların kim tarafından belirleneceği hususlarında yasal bir düzenleme veya yerleşik bir uygulama/içtihat bulunmadığından bu konudaki belirsizlik devam etmektedir.¹²⁹

Rekabet Kurulu'nun koşullu izin verme yetkisini, özelleştirme neticesinde hakim durum yaratılmasını/mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesini ve böylece rekabetin önemli ölçüde azaltılmasını önleme amacının ötesinde; kimi hallerde ilgili pazarın özelleştirme sonrasında rekabete açılmasına (serbestleşmesine), kimi hallerde ise ilgili pazarı regüle etmeye yönelik bir araç olarak kullandığı dikkate alındığında, bu hallerde Rekabet Kanunu'nun yürürlükteki 7 maddesine (“*hakim durum testi*”ne) uygun bir değerlendirme yaptığını söylemek güçtür.

¹²⁸ Rekabet Kurulu'nun 24.09.1998 tarih ve 84/667-132 sayılı TEAŞ Kararı, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 10.09.2010), s. 3-4

¹²⁹ Aynı yönde bkz. Harun Ulu, **Birleşme ve Devralmalarda Ortaya Çıkan Rekabet Sorunları ve Koşullu İzin**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını, Mayıs 2004, (Çevrimiçi) <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/tezler/tez54.pdf>, (Erişim tarihi: 12.09.2010), s. 67

Her ne kadar doktrinde hakim durumdaki bir kamu teşebbüsünün ilgili pazarda faaliyeti bulunmayan bir özel teşebbüse devri halinde yeni bir hakim durum yaratıldığı gerekçesiyle, Rekabet Kurulu'nun ilgili piyasada rekabeti sağlamaya yönelik birtakım koşullar öngörebilmesi gerektiği savunulmuşsa da¹³⁰; bu görüşü, “*hakim durum testi*”nin uygulanışını oldukça güçleştireceği gerekçesiyle paylaşamıyoruz. Dolayısıyla “*hakim durum testi*”nin özelleştirmeler açısından esnetilmesi yerine, “*hakim durum testi*”nden vazgeçilerek “*rekabetin önemli ölçüde engellenmesi testi*”nin benimsenmesinin daha uygun olacağı ve Rekabet Kurulu'nun ilgili pazarın rekabete açılmasına yönelik uygulamalarına hukuki zemin hazırlayacağı kanaatindeyiz.

Bununla beraber, bu konuda nesnel bir uygulamanın oluşabilmesi için koşullu izne ilişkin hukuki çerçeveyi belirleyen yasal düzenlemelerin yapılması gerektiği düşüncesindeyiz. Nitekim Rekabet Kanunu Değişiklik Tasarısı md. 4'te Rekabet Kanunu'na eklenmesi öngörülen md. 7/A ve 7/B bu yönde hükümler içermektedir. Taslak md. 7/A ile, Rekabet Kurulu'na yoğunlaşmalara (özelleştirmeler dahil olmak üzere) bozucu şart ve yükümlülükler öngörme yetkisi getirilmekle beraber, bu yetkinin ancak taraflarca taahhütte bulunulması halinde ve bu taahhütlerin yerine getirilmesi amacıyla kullanılması, izin için verilen bilgilerin yanlış veya yanıltıcı olması ya da kararda öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde Rekabet Kurulu'nca iznin geri alınabileceği, iznin ortadan kalkması halinde Rekabet Kurulu'nca gerekli tedbirlerin öngörülmesi ve izin kararı geri alınmadan/tedbir öngörülmeden önce tarafların yazılı savunmasının alınması düzenlenmiştir. Taslak md. 7/B ise; Rekabet Kurulu'na, izinsiz gerçekleştirilen yoğunlaşma işlemleri açısından da bozucu şart ve yükümlülükler getirme ve gerekli gördüğü tedbirleri alma yetkisi vermektedir.¹³¹

¹³⁰ Öz, a.g.t., s. 54

¹³¹ Rekabet Kanunu'na eklenmesi öngörülen taslak md. 7/A ve 7/B hk. detaylı bilgi için bkz. H. Ercüment Erdem, “Yoğunlaşmaların Kontrolünde Taahhüt ve Şartlı İzin”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Ankara, Cilt: XXV, Sayı: 4, Aralık 2009, s. 198-201

Bu konuda tasarıda, özelleştirmeler yönünden özellikli bir istisna da öngörülmüştür. Taslak md. 7/A uyarınca; Rekabet Kurulu'nun, yoğunlaşma hakkındaki bildirim eksiksiz olarak Rekabet Kurumu kayıtlarına girdiği tarihten itibaren 30 işgünü içerisinde kararını vermesi gerekmekte, incelemenin derinleştirilmesi ihtiyacının bulunması halinde ise bu süreyi ayrı bir karar ile 4 aya kadar uzatabilmektedir. Ancak Rekabet Kurulu'nun yoğunlaşmaya ilişkin kararını verme (inceleme) süresini 4 aya kadar uzatabilme yetkisi, özelleştirme yoluyla gerçekleştirilen yoğunlaşma işlemlerini kapsamadığından, Rekabet Kurulu özelleştirmelere ilişkin nihai kararını 30 işgünü içerisinde vermek zorundadır. Rekabet Kanunu Değişiklik Tasarısı md. 4'ün gerekçesinde, Taslak md. 7/A'da özelleştirmeler yönünden getirilen bu istisnanın gerekçesi belirtilmemiştir. Bununla beraber, 1998/4 sayılı Tebliğ'de özelleştirmeler yoluyla gerçekleştirilen devralmaların belirli şartlar altında izin aşamasından önce ayrıca ön bildirim tabi tutularak Rekabet Kurulu'nun görüşünün alınması nedeniyle, Rekabet Kurulu'nca gerekli incelemenin bu iki aşamada yeterince yapılabileceği düşüncesiyle karar sürecini kısaltmaya yönelik böyle bir istisnanın benimsendiği düşünülebilir.

Taslak md. 7/A ve 7/B'de koşullu izin ile ilgili öngörülen bu hükümlerin özelleştirmeler açısından nasıl uygulanacağı ise, bu maddelere dayanılarak Rekabet Kurulu'nca çıkarılacak tebliğler¹³² ile getirilecek düzenlemeler çerçevesinde belli olacaktır. Bu bağlamda, koşullu izin mekanizmasının, özel teşebbüsler arası yoğunlaşma işlemlerine ilişkin uygulama hükümlerinden farklı olarak, özelleştirmeler yönünden piyasanın rekabetçi hale dönüştürülmesi amacına yönelik uygulama hükümlerinin benimsenmesinde fayda bulunmaktadır.

Son olarak, Rekabet Kurulu'nun ön bildirim üzerine verdiği görüşüne aykırı olarak veya o görüşten belli ölçüde ayrılarak özelleştirmeye izin verip veremeyeceği hususundaki tartışmaya geri dönelim. Yukarıda da belirttiğimiz üzere; Rekabet Kurulu'nun ön bildirim üzerine verdiği görüş, özelleştirmeyi gerçekleştiren kamu kuruluşu açısından bağlayıcı olmamakla birlikte takip edilmesi zorunlu bir usuldür.

¹³² Bu konu ile ilgili öneriler hk. bkz. a.m., s. 201-204

Bununla beraber; özelleştirmeyi gerçekleştiren kamu kuruluşunun Rekabet Kurulu görüşüne uygun davranması halinde Rekabet Kurulu'nun –teklif sahiplerinin belli olmasıyla veya başka bir şekilde vakıf olduğu yeni bilgilerden kaynaklanan haller hariç olmak üzere– nihai kararını da bu görüşü doğrultusunda vermesi idari işlemin devamlılığının bir gereğidir. Kaldı ki, bazı hallerde bu durum kaçınılmaz olmaktadır. Zira Kaldırım-Kayacık-Yavşan Tuzla Kararları ile Mersin-İskenderun Limanı Kararları'nda olduğu gibi; özelleştirmeyi gerçekleştiren kamu kuruluşunun Rekabet Kurulu görüşüne uygun davranması neticesinde birbiriyle bağlantılı özelleştirmelerden ihalesi sonra tamamlananların hakim durum yaratacak veya mevcut bir hakim durumu güçlendirecek olması halinde yasaklanması Rekabet Kanunu'nun yürürlükteki 7. maddesinin zorunlu kıldığı bir haldir.

Diğer yandan, Rekabet Kurulu'nun ön bildirim üzerine oluşturduğu görüşünde öngörmediği bir koşulu, koşullu izin yoluyla nihai kararında benimseyip benimseyemeyeceği de tartışmalıdır. Bu noktada; koşullu iznin özelleştirme sonrasında yerine getirilebilecek bir koşul içerebileceği, ancak *ex-ante* (ön) denetim kapsamında özelleştirme işlemi tamamlanmadan önce yerine getirilmesi gereken bir koşulun izin aşamasında öngörülemeyeceği savunulabilir. Yine Rekabet Kurulu görüşü ile nihai kararı arasında geçen süreçte piyasadaki koşulların ve teklif sahiplerinin ortaklık/yönetim yapılarının değişmesi halinde de görüşte bildirilmeyen bir koşul nihai kararda öngörülebilir. Bu haller haricinde Rekabet Kurulu'nun görüşünü değiştirmesi nedeniyle de nihai kararda ek koşullar getirmesi düşünülebilir. Ancak bu durumun, Rekabet Kurulu'nun nihai kararının hukuki temelini zayıflatabileceği göz ardı edilmemelidir.

4.2.2.5. İzin Alınmamasının Sonuçları

1998/4 sayılı Tebliğ md. 5 uyarınca, ilgili pazar payı veya ciro eşliğini aşan özelleştirmeler için Rekabet Kurulu'nun izninin alınması bir geçerlilik şartıdır; bir başka ifadeyle izne tabi olup da Rekabet Kurumu'na bildirilerek Rekabet Kurulu'ndan izin alınmayan özelleştirmeler geçersizdir.¹³³

Doktrindeki bir görüşe göre; (a) izne tabi olup da Rekabet Kurumu'na bildirilmeyen veya bildirilmekle beraber Rekabet Kurulu'nun 30 günlük süresi devam etmekte olup nihai kararını henüz vermediği birleşme ve devralmalar “askıda geçersiz” iken, (b) Rekabet Kurulu'nca izin verilmeyen birleşme ve devralmalar “kesin geçersiz” hale gelmekte; (c) Rekabet Kurulu'nca açıkça veya 30 gün boyunca suskun kalmak suretiyle örtülü olarak izin verilen birleşme ve devralmalar ise izin tarihinden itibaren (yani ileriye etkili olarak) geçerli hale dönüşmektedir.¹³⁴ Diğer bir görüşe göre ise; Rekabet Kanunu'na aykırı birleşme ve devralmalar “yok hükmünde”dir.¹³⁵ Bu görüşlerden hangisi kabul edilirse edilsin, Rekabet Kanunu'nun 7, 10 ve 11. maddeleri birlikte değerlendirilmek suretiyle ulaşılan bu tespitler, devralma niteliğinde sayılan özelleştirmeler açısından da geçerlidir.

Öte yandan Rekabet Kurulu'nca koşullu izin verilen birleşme ve devralmaların (özelleştirmelerin) izin tarihinden itibaren geçerlilik kazandığı, Rekabet Kurulu'nca öngörülen şarta uyulmaması halinde ise şartın uyulmasına yönelik süre bitiminden itibaren geçersiz hale geleceği kabul edilebilir.

¹³³ Geçersizlik kavramı hk. bkz. Sanlı, a.g.e., s. 389-396

¹³⁴ A.e., s. 445-447

¹³⁵ Aslan, a.g.e., s. 781

5. TÜRKİYE'DE ÖZELLEŞTİRME SONRASINDAKİ REKABET DENETİMİ

5.1. 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Ex-post (Ardıl) Rekabet Denetimi

Özelleştirilen teşebbüsler ile diğer özel veya kamu teşebbüslerine Rekabet Kanunu kapsamında uygulanan rekabet denetimi ilke olarak aynı olmakla birlikte; özelleştirmelere ilişkin ön bildirim ve izin aşamalarında gündeme gelebilecek hususların özelleştirme sonrasındaki yansımaları açısından özelleştirme sonrası rekabet denetimi çeşitli yönlerden özellik arz etmektedir. Özellikle; kamu tekellerinin özel tekellere dönüşmesinin (daha genel ifadeyle ilgili pazarın yoğunlaşmış yapısını korumasının) veya özelleştirme neticesinde dikey bütünleşmenin ortaya çıkmasının rekabet üzerinde yaratabileceği olumsuz etkilerin Rekabet Kanunu'nun 7. maddesi kapsamında *ex-ante* (baştan) engellenemediği hallerde, Rekabet Kanunu'nun özelleştirme sonrasında etkin bir şekilde uygulanması ayrı bir önem taşımaktadır. Bu bağlamda; aşağıda Rekabet Kanunu'nun özelleştirilen teşebbüslere uygulanmasının özellikli yönleri üzerinde durulacaktır.

5.1.1. 4. Madde Bakımından

5.1.1.1. Genel Olarak

Özelleştirmenin gerçekleştiği pazarların yoğunlaşmış yapısını özelleştirme sonrasında genellikle büyük ölçüde koruması nedeniyle, Rekabet Kanunu'nun rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarını yasaklayan 4. maddesinin, özelleştirme sonrası yatay ve dikey rekabetin korunması açısından etkin şekilde işletilmesi önem arz etmektedir. Özellikle oligopol pazarlarda özelleştirilen teşebbüs ile az sayıdaki rakip teşebbüsün anlaşma veya uyumlu eylem

yoluyla rekabeti sınırlandırma eğiliminde olabileceği bilinmektedir. Diğer yandan, özelleştirilen teşebbüslerin, özelleştirme sonrasındaki yüksek pazar güçlerinin devam etmesinden yararlanarak¹, dikey rekabeti sınırlandırmaları ihtimal dahilindedir. Bu durumda çoğunlukla, Rekabet Kanunu'nun 4. maddesi ile birlikte 6. madde de göz önünde bulundurulmaktadır.

5.1.1.2. Örnek Rekabet Kurulu Kararları

Rekabet Kurulu'nun özelleştirme sonrasında Rekabet Kanunu'nun 4. maddesi yönünden incelediği dosya sınırlı sayıdadır. Aşağıda Rekabet Kanunu'nun 4. maddesinin özelleştirme sonrasındaki uygulama alanını ortaya koymak üzere Rekabet Kurulu'nun Dekaş-Med Marine ve Çanakkale Liman İşletmesi kararları incelenmiştir.

- **Rekabet Kurulu'nun 14.05.2007 tarih ve 07-40/444-169 sayılı Dekaş-Med Marine Kararı**

Rekabet Kurulu, Dekaş-Med Marine Kararı'nda, Dekaş ile Med-Marine'nin, İzmit Körfezi ve İskenderun Körfezi'nde sunulan kılavuz kaptanlık (pilotaj) ve römorkaj hizmetleri pazarlarında, anlaşarak fiyat tespit etmek ve pazar paylaşmak suretiyle Rekabet Kanunu'nun 4. maddesini ihlal ettikleri iddiasını incelemiştir. Karara konu olayda, İzmit ve İskenderun körfezlerindeki pilotaj ve römorkaj hizmetlerinin yerine getirilmesinin özel sektör kuruluşlarının oluşturduğu konsorsiyuma bırakılarak özelleştirilmesinden bir süre sonra, konsorsiyumu oluşturan (kılavuzluk hizmetlerini üstlenen) Dekaş ile (römorkaj hizmetlerini üstlenen) Med-Marine, aralarında çıkan

¹ Yüksek pazar gücünün dikey rekabeti sınırlandırma aracı olarak kullanılabilmesi gerek Avrupa Birliği gerekse Türk rekabet hukukunda kabul görmektedir. Avrupa Birliği rekabet mevzuatına prensipte paralel olarak, Türkiye'de 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nde ("2002/2 sayılı Tebliğ") 2007 yılında yapılan değişiklik ile, pazar payı %40'ı aşan (sağlayıcı veya tek alıcı olan) teşebbüslerin 2002/2 sayılı Tebliğ'in sağladığı grup muafiyetinden yararlanamayacağı kabul edilmek suretiyle, bu tür teşebbüsler ile yapılan dikey anlaşmaların Rekabet Kanunu'nun 5. maddesindeki muafiyet şartları açısından bireysel/tekel olarak değerlendirilmesi sağlanmıştır. Dikey anlaşmalara ilişkin grup muafiyeti kapsamının belirlenmesinde pazar payının önemine ilişkin tartışma bkz. Naipoğlu-Göçen, "Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Kapsamının Belirlenmesinde Pazar Payının Önemi", s. 185 vd.

ticari ihtilaf döneminde birbirlerinden ayrı şekilde hem kılavuzluk hem römorkaj hizmetlerini yerine getirmelerine rağmen, bu ticari ihtilafın sona ermesiyle tekrar “müşterek teşebbüs” olarak hareket etmeye başlamış ve “müşterek teşebbüsün Bakanlığın 2003 Tarifesinde belirlenen azami fiyatları uygulayacağını” duyurmuşlardır. Rekabet Kurulu, ilgili pazardaki düzenleme yetkisine münhasıran sahip Denizcilik Müsteşarlığı’nın “Dekaş ve Med Marine’nin [ilgili mevzuat nedeniyle] söz konusu hizmetleri birbirinden bağımsız olarak yerine getiremeyecekleri ancak hizmette bir aksama olmamak kaydıyla hizmetleri kendi aralarında paylaşabilecekleri, bu anlamda ‘Ortak Teşebbüs’ ve müteselsil sorumluluk esaslarına göre birinin her iki görevi veya her ikisinin ayrı ayrı bir görevi veya her ikisinin de her iki görevi yapabilmesinin mümkün olduğu” yönündeki görüşünü dikkate alarak, Dekaş ve Med-Marine’in Rekabet Kanunu’nun 4. maddesini ihlal ettikleri yönündeki şikayeti reddetmiştir.² Rekabet Kurulu, raportörlerin “Sektörü düzenleyen mevzuatın Rekabet Hukuku ile uyumlu bir şekilde uygulanması ve gelecekteki düzenlemelerde işbirliği ve koordinasyonu teminen T.C. Başbakanlık Denizcilik Müsteşarlığı’na yazı yazılmasının yerinde olacağı” yönündeki görüşünü³, kılavuzluk-pilotaj hizmetlerinin her bir teşkilat bölgesinde sadece bir teşkilat (müşterek teşebbüs) tarafından yürütülerek rekabete kapatılmasının sektörün güvenlik kaygılarından kaynaklandığı gerekçesiyle benimsemeyerek, bu konudaki tespitin düzenleyici kamu kurumunun yönetiminde yapılacak çalışmalarla belirlenmesi gerektiğine işaret etmiştir.⁴

- Rekabet Kurulu’nun 16.10.2008 tarih ve 08-58/933-377 sayılı Çanakkale Liman İşletmesi Kararı

Rekabet Kurulu, Çanakkale Liman İşletmesi Kararı’nda (Rekabet Kanunu md. 6 kapsamındaki iddia haricinde), Kepez Limanı’nın özelleştirilmesinden sonra bu limanda antrepo, depo ve satış alanı gibi çeşitli alanlar kiralamak suretiyle freeshop işletmeciliği yapan tek teşebbüs haline gelen Aksoy ile Çanakkale Liman İşletmesi

² Dekaş-Med Marine Kararı, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 10.09.2010), s. 6-11

³ A.k., s. 4

⁴ A.k., s. 10

arasında, Aksoy'un rakipleri aleyhine rekabeti sınırlayıcı bir anlaşmanın bulunabileceği iddiasını incelemiş ve iddia edildiği şekilde Aksoy'un rakiplerinin faaliyetlerini engellemeye, kısıtlamaya ve bozmaya yönelik herhangi bir anlaşma tespit edilemediği, aksine Aksoy'un düşük karlılık nedeniyle Kepez Limanı'ndaki shipstore hizmetlerine ilişkin faaliyetlerini durdurduğu ve gerekli idari izinlerin tamamlanması sonrasında faaliyetlerine Çanakkale Şehir Limanı'nda devam etmeyi planladığı gerekçesiyle Rekabet Kanunu md. 4 yönünden şikayetin reddine karar vermiştir.⁵

5.1.2. 6. Madde Bakımından

5.1.2.1. Genel Olarak

Rekabet Kanunu'nun, hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan 6. maddesi, özelleştirme sonrasında en sık uygulama alanı bulan hükmüdür. Zira özelleştirilen teşebbüslerin pek çoğu, özelleştirme öncesinde ilgili pazarda hakim durumda ve hatta tekel olduğu gibi, özelleştirme sonrasında da bu pazar gücünü tamamen veya büyük ölçüde korumaktadır.

Rekabet Kanunu'nun 6. maddesinin ihlalinden bahsedilebilmesi için, en az bir teşebbüsün hakim durumda olması ve bu hakim durumunu, anılan maddede örnek kabilinden sayılan hallerden biri ile veya başka bir suretle kötüye kullanması gerekmektedir.⁶

5.1.2.2. Örnek Rekabet Kurulu Kararları

Türkiye'de özelleştirme sonrasında hakim durumun kötüye kullanıldığı iddiasının en sık tartışıldığı sektörün telekomünikasyon olduğu söylenebilir. Gerçekten Türk

⁵ Çanakkale Liman İşletmesi Kararı, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 10.09.2010), s. 6-7

⁶ Sanlı, a.g.e., 244-245 (Detaylı bilgi için Sanlı, a.g.e., 245 vd., Yılmaz, a.g.e., s. 435 vd., Güven, Rekabet Hukuku, s. 261 vd.)

Telekom'un özelleştirildiği 14.11.2005 tarihinden⁷ bu yana Türk Telekom ve onunla aynı ekonomik bütünlük içerisinde olan TTNNet hakkında (ayrı ayrı veya birlikte) Rekabet Kanunu'nun 6. maddesi yönünden toplam 26 adet inceleme (ilk inceleme/önaraştırma/soruşturma) yapılmış, bunlardan 21'i reddedilirken, 1'i kabul edilerek idari para cezası uygulanmış, 3'ü mevcut bir soruşturma kapsamına dahil edilmiş, 1'inde ise soruşturma açılmasına gerek bulunmamakla beraber Rekabet Kanunu md. 9/3 uyarınca şikayete konu uygulamaya son verilmesine karar verilmiştir.⁸ Bu bağlamda; özelleştirme sonrasında Rekabet Kanunu'nun 6. maddesi yönünden yapılacak rekabet denetimi, telekomünikasyon sektöründe idari para cezasına veya şikayete konu uygulamaya son verilmesine karar verilen Rekabet Kurulu kararları incelenerek tartışılmıştır.

- Rekabet Kurulu'nun 19.11.2008 tarih ve 08-65/1055-411 sayılı Türk Telekom-TTNNet Kararı

Türk Telekom'un özelleştirilmesi sonrasında; Türk Telekom'un hakim durumunu kötüye kullandığı sonucuna varılan bu karar, özelleştirme sonrasındaki rekabet denetiminin önemini açıkça ortaya koymaktadır.

Rekabet Kurulu, söz konusu kararında;

- TTNNet'in, Rekabet Kurulu'nun 02.09.2004 tarihli toplantısında benimseyerek Türk Telekom'un özelleştirilmesine ilişkin olarak sunduğu "*TTNet'in ayrı bir tüzel kişiliğe kavuşturulması*" yönündeki görüşü doğrultusunda, özelleştirme işlemi sonrasında 26.04.2006 tarihinde Türk Telekom'dan ayrılarak ayrı bir tüzel kişilik olarak kurulmuş olmasına rağmen, Türk Telekom ve TTNNet'in aynı ekonomik bütünlüğü teşkil ettiklerini ve Rekabet Kanunu anlamında tek bir teşebbüs niteliğinde olduğunu,

⁷ Türk Telekom'un özelleştirme süreci hk. bkz. (Çevrimiçi) http://www.oib.gov.tr/telekom/turk_telekom.htm, (Erişim tarihi: 15.08.2010)

⁸ (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 15.08.2010)

- Bu ekonomik bütünlük içerisinde Türk Telekom belirlenen toptan genişbant internet erişim pazarında faaliyet gösterirken, TTNNet perakende genişbant internet erişim pazarında faaliyette bulunduğundan, her iki şirketin birlikte dikey bütünleşik bir yapı sergilediğini,
- Her iki teşebbüsün de faaliyet gösterdiği ilgili pazarlarda hakim durumda olduklarını (hatta Türk Telekom'un, TTNNet de dahil diğer rakip ISS'lerin ADSL hizmeti sunabilmeleri için erişmek zorunda oldukları yerel ağ üzerinde fiili tekel konumunda olduğunu),

tespit ettikten sonra⁹;

- Türk Telekom ve TTNNet ekonomik bütünlüğünün, Türk Telekom'un toptan pazardaki hakim durumundan kaynaklanan gücünü kullanarak, gelişmekte olan ve yüksek abone potansiyeline sahip perakende genişbant internet erişim hizmetleri pazarını tekelleştirmek ve bu pazardaki maliyetlerini karşılayamayacak derecede fiyatlama politikası izleyerek koordineli şekilde rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırmak amacıyla, söz konusu pazarda fiyat sıkıştırması uyguladığı ve
- Bu durumun, Türk Telekom ve TTNNet ekonomik bütünlüğünün toptan genişbant internet erişim hizmetleri pazarındaki hakim durumunu Rekabet Kanunu'nun 6. maddesine aykırı olarak perakende genişbant internet erişim hizmetleri pazarında kötüye kullanılmasına yol açtığı

sonucuna ulaşarak, Türk Telekomünikasyon ve TTNNet'e müteselsilen 12.394.781,16 YTL idari para cezası verilmesine oyçokluğu ile karar vermiştir.¹⁰

Rekabet Kurulu, TTNNet'in Türk Telekom'un özelleştirme sürecinde 1998/4 sayılı Tebliğ ve Rekabet Kurulu'nun görüşü uyarınca 26.04.2006 tarihinde kurulup, Türk Telekom'dan ayrı bir tüzel kişilik olarak hizmet vermeye başladığı gerekçesiyle her bir tüzel kişiliğin kendi faaliyet alanındaki uygulamalarından sorumlu tutulması gerektiğine yönelik savunmaları yanıtlarken,

⁹ Türk Telekom-TTNNet Kararı, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 10.09.2010), s. 9, 61 ve 73

¹⁰ A.k., s. 74-75 ve 114.

- TTNet'in ayrı tüzel kişilik kazanıp kazanmadığı ve Türk Telekom'dan bu anlamda ne derece fonksiyonel olarak ayrıştığına bu soruşturmanın konusu olmadığını,
- Türk Telekom'a özelleştirme sürecinde getirilen TTNet'in tüzel kişiliğini ayrıştırma yükümlülüğü ve bu yükümlülük nedeniyle TTNet'in ayrı bir tüzel kişilik kazanmasının da Rekabet Kanunu kapsamında TTNet'in Türk Telekom'dan ayrı, bağımsız bir teşebbüs olduğu anlamına gelmeyeceğini,
- Bu anlamda yapılan ayrıştırmanın, alt ve üst pazarlarda faaliyet gösteren birimler arasında şeffaflık sağlanarak sektörel düzenlemelerle getirilen yükümlülüklerin ve/veya muhtemel rekabeti bozucu davranışların denetiminin kolaylaştırılmasına yönelik bir tedbir niteliğinde olduğunu,
- Bunun ötesinde söz konusu tedbirin, tek başına Türk Telekom'un her iki pazarda birden faaliyet göstermesi nedeniyle ortaya çıkabilecek rekabet sorunlarını çözmeyeceğini

açıkça belirtmiş¹¹ ve söz konusu savunmayı kabul etmeyerek, idari para cezasının miktarının tespitinde Türk Telekom ve TTNet ekonomik bütünlüğünün ilgili ürün pazarındaki 2007 mali yılı sonunda oluşan toplam cirolarını dikkate almıştır.

Türk Telekom-TTNet Kararı, Rekabet Kurulu'nun özelleştirme sürecinde bir koşul olarak öngördüğü hukuki ayrıştırmanın *ex-post* (ardıl) denetimi kolaylaştıran bir *ex-ante* (ön) tedbir olduğunu tespit etmek suretiyle, bir kamu teşebbüsünün tekel konumunu veya hakim durumunu koruması tercih edilerek özelleştirilmesi halinde rekabet politikası açısından esasen *ex-post* (ardıl) denetimin tercih edildiğine işaret etmesi nedeniyle oldukça önemlidir. Nitekim Rekabet Kurulu, Türk Telekom ve TTNet aleyhindeki söz konusu ön araştırma ve soruşturma sürecini re'sen başlatmış, bu süreç zarfında rakip teşebbüslerden gelen çok sayıda şikayet başvurusunu da dikkate alarak soruşturmanın kapsamını genişletmiştir. Dolayısıyla kamu tekellerinin özelleştirme sonrasında özel tekellere dönüştüğü hallerde, Rekabet Kurulu'na *ex-post* (ardıl) denetimin hassasiyetle uygulanması açısından büyük bir görev düşmektedir. Rekabet Kurulu'nun bu görevi daha rahat gerçekleştirebilmesi

¹¹ A.k., s. 86-88

amacıyla; özelleştirilen teşebbüsün, özelleştirme sonrasındaki faaliyetleri, yönetsel strateji ve uygulamaları hakkında (ilgili pazarın rekabete açıldığı kanaatine varılıncaya kadar) belli dönemler halinde (örneğin 6 aylık veya yıllık olarak) Rekabet Kurumu'nu bilgilendirmesi yönünde özelleştirme şartnamesine hüküm konulmasını önermesinin (ilgili teşebbüse ciddi bir külfet yükleyecek olmakla birlikte) *ex-post* (ardıl) rekabet denetimi açısından faydalı olabileceği düşüncesindeyiz.

- **Rekabet Kurulu'nun 18.02.2009 tarih ve 09-07/127-38 sayılı Türk Telekom/ADSL Kararı**

Rekabet Kurulu, söz konusu kararında;

- Türk Telekom'un ADSL hizmeti almak isteyen kullanıcılara, sabit telefon hattına aboneliği de zorunlu kıldığını ve bu sayede perakende geniş bant internet erişimi pazarındaki hâkim durumundan kaynaklanan gücünü kullanarak, sabit telefon hattı pazarındaki rekabeti kısıtlayabilecek çeşitli uygulamalar içerisinde olduğunu,
- Türk Telekom'un geniş bant internet hizmetleri pazarında sahip olduğu hakim konumunu kullanarak, sesli iletişim pazarındaki (PSTN) gücünü artırmaya çalıştığını, bunun sonucunda tüketici tercihleri ve faydasının negatif etkilenmesi yanında, mevcut internet servis sağlayıcıları (ISS'ler) ve GSM operatörlerinin de perakende pazardaki faaliyetlerinin olumsuz etkilenebileceğini

tespit ettikten sonra¹²;

- Bu doğrultuda şikayete konu uygulamadan dolayı Türk Telekom hakkında Rekabet Kanunu md. 6/c-d kapsamında soruşturma açılmasının uygun olabileceği kanaatine ulaşmasına rağmen,
- Kullanıcılardan gelen çıplak ADSL talebinin ilgili piyasada henüz yeni sayılabilecek bir durum olduğu ve Türk Telekom'un yeni bir iş modeli ortaya koyarak bu talebe cevap vermesinin belli bir zaman alması olası

¹² Türk Telekom/ADSL Kararı, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 10.09.2010), s. 12

olduğu gerekçesiyle, söz konusu uygulamanın değiştirilmesi amacıyla Rekabet Kanunu md. 9/3 uyarınca Türk Telekom'a, ihlale ne şekilde son vereceğini açıl原因 bir yazı gönderilerek, önaraştırma sonucu tespit edilen rekabete aykırı durumun ortadan kaldırılmasının istenmesine karar vermek ile yetinmiştir.¹³

Rekabet Kurulu, Türk Telekom/ADSL Kararı'nda rekabet ihlalini tespit etmiş olmasına rağmen, Türk rekabet hukukunda uygulama alanı oldukça tartışmalı olan Rekabet Kanunu md. 9/3 hükmüne dayanarak, soruşturma açmaksızın (ve dolayısıyla idari para cezası uygulamaksızın) doğrudan ADSL hizmetini düzenleyici bir fonksiyon üstlenmiştir. Rekabet Kurulu, bu kararında Macaristan Rekabet Otoritesi'nin benzer bir kararını da örnek olarak dikkate almıştır. Macaristan Rekabet Otoritesi, aynı sonuca hizmet etmekle beraber Rekabet Kurulu'ndan farklı olarak, sabit hat operatörlerinden soruşturma aşamasında çıplak ADSL hizmeti vereceklerine dair taahhüt alarak uzlaşmaya varmıştır.¹⁴

5.1.3. 7. Madde Bakımından

5.1.3.1. Genel Olarak

Özelleştirilen teşebbüsün faaliyet gösterdiği pazarda özelleştirme sonrasında gerçekleşen yoğunlaşma işlemlerinin etkin şekilde denetlenmesi, ilgili pazarın daha az yoğunlaşmış ve rekabete daha açık hale gelmesini sağlamak açısından önem taşımaktadır. Ayrıca Rekabet Kurulu'nun özelleştirmeler ile ilgili verdiği görüş ve kararlarında yer verdiği ilgili pazara özgü tespitlerin, pazarın yapısında esaslı bir değişiklik olmadığı takdirde özelleştirme sonrasındaki birleşme ve devralmalar açısından da dikkate alınması, özelleştirme sürecindeki rekabet denetiminin etkinliğini artıracığı gibi, ilgili pazarda rekabetin tesis edilmesini veya artırılmasını sağlayabilecektir.

¹³ A.k., s. 14-15

¹⁴ A.k., s. 13

5.1.3.2. Örnek Rekabet Kurulu Kararı

Rekabet Kurulu'nun yakın tarihte aldığı aşağıdaki kararın, yukarıdaki tespitlerimiz açısından iyi bir örnek teşkil ettiği düşüncesindeyiz.

- Rekabet Kurulu'nun 15.12.2008 tarih ve 08-71/1150-447 sayılı Bodrum Limanı Kararı

Rekabet Kurulu, “ERS İnşaat Sanayi Ticaret A.Ş. (ERS) 'nin Bodrum Liman İşletmeleri A.Ş. (Bodrum Liman) 'de sahip olduğu % 60 oranındaki hisselerin Global Liman İşletmeleri A.Ş. (Global Liman) tarafından devralınması işlemine izin verilmesi talebi”ni¹⁵ incelediği bu kararında;

- İlgili ürün pazarını “krvaziyer gemilerine yönelik liman hizmetleri pazarı”, ilgili coğrafi pazarı ise “Bodrum ve Marmaris limanları” olarak tespit etmiş,
- İlgili coğrafi pazarı tespit ederken Türkiye limanlarını yakınlarında buldukları çekim merkezlerine göre gruplandırmış; (i) İstanbul Limanı'nı, diğer limanlardan daha uzak olduğu ve ulaşılması için boğazlardan geçmeyi gerektirdiği, (ii) Akdeniz'deki Antalya ve Alanya limanlarına genellikle Mısır ve İsrail gibi ülkeleri güzergahına alan kruvaziyer gemilerinin uğramayı tercih ettikleri, (iii) Ege'deki Kuşadası ve İzmir limanlarını ise Meryem Ana Evi ve Efes Harabeleri'ne yakınlıkları nedeniyle, bu tarihi yerlere gitmek isteyenleri taşıyan kruvaziyer gemilerinin uğrak noktaları olduğu gerekçesiyle ilgili coğrafi pazara dahil etmemiş, Bodrum Limanı'nın eğlence için tercih edildiği ve diğer limanların aksine kruvaziyer gemilerinin Bodrum'a gece yanaştıkları, gece eğlenceleri için Bodrum Limanı'na alternatif oluşturan tek Türk Limanı'nın Marmaris Limanı olduğunu dikkate almış,¹⁶

¹⁵ Bodrum Limanı Kararı, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 10.09.2010), s. 1

¹⁶ A.k., s. 2-3

- İlgili pazarda, devralan Global Liman'ın faaliyetinin bulunmaması nedeniyle, devir işlemi sonucunda pazarın yapısında herhangi bir değişiklik gerçekleşmeyeceği ve dolayısıyla bir yoğunlaşmanın da söz konusu olmayacağı gerekçesiyle devralmaya izin vermiştir.¹⁷

Bodrum Limanı Kararı'nın özelleştirmeler sonrasındaki rekabet denetimi açısından incelenmeye değer boyutu, Bodrum Limanı'nı devralan Global Liman'ın Türkiye'deki büyük kruvaziyer gemilerine hizmet verebilen (Bodrum Limanı haricindeki) altı kruvaziyer limanının (İstanbul, Kuşadası, İzmir, Antalya, Alanya ve Marmaris limanları) üçünde (Türkiye'nin en büyük kruvaziyer limanı konumundaki Kuşadası Limanı, Türkiye'nin en büyük üçüncü kruvaziyer limanı konumundaki İzmir Limanı ve Antalya Limanı) özelleştirmeler yoluyla ortak veya tek başına kontrole sahip olmasıdır. Bodrum Limanı Kararı'nın karşı oy gerekçelerinde de ifade edildiği üzere; Rekabet Kurulu, Ege'deki kruvaziyer limanlarının birbirine alternatif oluşturduğu yönündeki geçmiş uygulamasına¹⁸ aykırı olarak ilgili coğrafi pazar tanımını Ege'deki iki liman ile sınırlamak suretiyle daraltmış¹⁹, böylece Global Liman'ın bu iki limanda faaliyeti bulunmaması nedeniyle Bodrum Limanı'nı devralmasına izin vermiştir.

5.2. Sektörel (Özel) Kanunlar Kapsamında Ex-post (Ardıl) Rekabet Denetimi

Özelleştirmenin gerçekleştiği ilgili pazardaki yapısal piyasa aksaklıklarının, özellikle de özelleştirme neticesinde kamu tekellerinin özel tekellere dönüşmesine bağlı olarak ortaya çıkabilecek olumsuzlukların önlenmesi ve giderilmesi amacıyla, özelleştirme ile eş zamanlı olarak regülasyon yapılması gereğine daha önceden değinilmişti.²⁰

¹⁷ A.k., s. 11

¹⁸ Rekabet Kurulu, İzmir Limanı-I/II Kararları'nda İstanbul, Kuşadası, İzmir, Antalya, Alanya ve Marmaris limanlarının kruvaziyer liman hizmetleri bakımından birbirlerine alternatif oluşturabileceği gerekçesiyle ilgili coğrafi pazarı, "Türkiye Cumhuriyeti sınırları" olarak belirlemiştir. (İzmir Limanı-I Kararı, s. 5-6; İzmir Limanı-II Kararı, s. 4-5)

¹⁹ Bodrum Limanı Kararı, s. 18

²⁰ Bkz. Bölüm 4.2.2.3

Nitekim ülkemizde de telekomünikasyon, elektrik, doğal gaz ve petrol sektörlerinin düzenlenmesi, gözetimi ve denetimine ilişkin yasal düzenlemeler yapılmış, bu düzenlemeleri uygulamak üzere çeşitli bağımsız düzenleyici idari otoriteler kurulmuştur. Bu bağımsız düzenleyici idari otoriteler, ilgili sektörün serbestleştirilerek sektöre özgü çeşitli aşamalar halinde rekabete açılmasına (rekabetin tesisine) yönelik faaliyet gösterdiği gibi, ilgili sektördeki rekabeti de kendilerine verilen yetkiler dahilinde gözetleyip denetlemektedir. Bu bağlamda; aşağıda bu husustaki başlıca düzenlemeler, telekomünikasyon ve enerji (elektrik, doğal gaz ve petrol) sektörlerine göre ayrılarak değerlendirilmiştir.

5.2.1. Telekomünikasyon Sektörü

5.2.1.1. Sektörel Rekabet ile İlgili Mevzuat Hükümleri

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu²¹ (“**5809 sayılı Kanun**”); 406 sayılı Kanun ve 2813 sayılı Telsiz Kanunu’nun (“**2813 sayılı Kanun**”)²² pek çok hükmünü değiştirmiş veya yürürlükten kaldırmış ve 2813 sayılı Kanun’da 02.07.2005 tarihinde yapılan değişiklik ile kurulan Telekomünikasyon Kurumu’nun yerine Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu’nu ikame etmiştir. 5809 sayılı Kanun, 406 ve 2813 sayılı Kanun’lardaki rekabete ilişkin hükümleri büyük ölçüde koruduğu gibi, telekomünikasyon sektöründe rekabetin tesisi ve korunmasına yönelik daha geniş düzenlemeler getirmiştir.

5809 sayılı Kanun’un 1. maddesinde,

- kanunun amacı, “*elektronik haberleşme sektöründe düzenleme ve denetleme yoluyla etkin rekabetin tesisi, tüketici haklarının gözetilmesi, ülke genelinde hizmetlerin yaygınlaştırılması, kaynakların etkin ve verimli kullanılması, haberleşme alt yapı, şebeke ve hizmet alanında teknolojik*

²¹ 10.11.2008 tarih ve 27050 sayılı (1. mükerrer) Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

²² 07.04.1983 tarih ve 18011 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

gelişimin ve yeni yatırımların teşvik edilmesi ve bunlara ilişkin usul ve esasların belirlenmesi” olarak düzenlenmiş,

4/1-a maddesinde,

- *“İlgili merciler tarafından elektronik haberleşme hizmetinin sunulmasında ve bu hususta yapılacak düzenlemelerde ... Serbest ve etkin rekabet ortamının sağlanması ve korunması” ilkesinin dikkate alınacağı düzenlenmiş,*

5/1-b maddesinde,

- Ulaştırma Bakanlığı'nın görevleri arasında *“Elektronik haberleşme sektörünün; serbest rekabet ortamında gelişimini teşvik etmeye ve bilgi toplumuna dönüşümün desteklenmesini sağlamaya yönelik hedef, ilke ve politikaları belirlemek ve bu amaçla teşvik edici tedbirleri almak”* sayılmış,

6/1. maddesinde, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun görevleri arasında

- *“Elektronik haberleşme sektöründe; rekabeti tesis etmeye ve korumaya, rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı uygulamaların giderilmesine yönelik düzenlemeleri yapmak, bu amaçla ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere ve gerekli hallerde diğer işletmecilere yükümlülükler getirmek ve mevzuatın öngördüğü tedbirleri almak”* (a bendi),
- *“Bu Kanun ve bu Kanuna dayanılarak yapılan düzenlemelere aykırı olarak, elektronik haberleşme sektöründe ortaya çıkan rekabet ihlallerini denetlemek, yaptırım uygulamak, mevzuatın öngördüğü hallerde elektronik haberleşme sektöründe rekabet ihlallerine ilişkin konularda Rekabet Kurumundan görüş almak”* (b bendi),
- *“Ara bağlantı ve ulusal dolaşım da dahil erişim ile ilgili uygulanacak usul ve esasları belirlemek ve mevzuatın öngördüğü düzenlemeleri yapmak, elektronik haberleşme sağlanması amacıyla imzalanan anlaşmaların rekabeti kısıtlayan, mevzuata ve/veya tüketici menfaatlerine aykırı hükümler içermemesi amacıyla mevzuatın öngördüğü tedbirleri almak”* (t bendi) sayılmış,

7. maddesinde,

- **Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun, Rekabet Kanunu hükümleri saklı kalmak kaydıyla, elektronik haberleşme sektöründe rekabete aykırı davranış ve uygulamaları re'sen veya şikâyet üzerine incelemeye, soruşturmaya ve rekabetin tesisine yönelik gerekli gördüğü tedbirleri almaya, görev alanına giren konularda bilgi ve belgelerin sağlanmasını talep etmeye yetkili olduğu,**
- **Rekabet Kurulu'nun, elektronik haberleşme sektörüne ilişkin olarak yapacağı inceleme ve tetkiklerde, birleşme ve devralmalara ilişkin olarak vereceği kararlar da dahil olmak üzere elektronik haberleşme sektörüne ilişkin olarak vereceği tüm kararlarda, öncelikle Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun görüşünü ve Kurum'un yapmış olduğu düzenleyici işlemleri dikkate alacağı,**
- **Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun, yapacağı pazar analizleri sonucu ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecileri belirleyebileceği, etkin rekabet ortamının sağlanması ve korunması amacıyla etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere yükümlülükler getirebileceği, aynı ve/veya farklı pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip olan işletmeciler arasında söz konusu yükümlülükler açısından farklılaştırma yapılabileceği,**

13/2-c maddesinde,

- **Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun, işletmecinin ilgili pazarda etkin piyasa gücüne sahip olduğunun belirlenmesi halinde, fiyat sıkıştırması, yıkıcı fiyatlandırma gibi rekabeti engelleyici tarifelerin önlenmesi için gerekli düzenlemeleri yapacağı ve uygulamaları denetleyeceği,**

14/1-d maddesinde,

- **"Tarifelerin, rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanmasına neden olacak şekilde belirlenmemesi" ilkesinin gözetileceği,**

15/1-d maddesinde,

- Elektronik haberleşme hizmetlerinde “**Sanal şebeke hizmetlerine rekabet durumunu da dikkate alarak erişim**”in dikkate alınacağı,

16. maddesinde, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu’nun

- “bir işletmecinin diğer bir işletmecinin bu Kanunun 15 inci maddesinde belirtilen hususlarda erişimine izin vermemesinin veya aynı sonucu doğuracak şekilde erişim için makul olmayan süre ve şartlar ileri sürmesinin, rekabet ortamının oluşumunu engelleyeceğine veya ortaya çıkacak durumun, son kullanıcıların aleyhine olacağına karar vermesi halinde, söz konusu işletmeciye diğer işletmecilerin erişim taleplerini kabul etme yükümlülüğü” getirebileceği (1. fıkra),
- “Tüm erişim anlaşmalarının bu Kanunun amaç ve kapsamına, rekabetin ve tüketici haklarının korunmasına ve şebekelerin bütünlüğü ve birlikte çalışılabilirliği ile hizmetlerin karşılıklı işletilebilirliğine uygun olarak tesis edilmesine ve uygulanmasına yönelik düzenlemeleri” yapacağı (4. fıkra),

17/1 maddesinde,

- Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu’nun “Bir işletmecinin tesislerini kamuya veya üçüncü şahıslara ait bir arazinin üzerine veya altına yerleştirebildiği veya bu tür arazileri kullanabildiği veya kamulaştırma müessesesinden yararlanabildiği hallerde ..., çevrenin korunması, kamu sağlığı ve güvenliği, şehir ve bölge planlaması ve kaynakların etkin kullanılması gereklerini gözeterek ilgili işletmeciye söz konusu tesisleri ve/veya araziye makul bir bedel karşılığında diğer işletmecilerle paylaşmasına ilişkin rekabet üzerindeki etkileri dikkate alarak yükümlülükler” getirebileceği

düzenlenmiştir.

5.2.1.2. Örnek Rekabet Kurulu Kararları

Rekabet Kurulu'nun, Telekomünikasyon Kurumu (şimdiki adıyla Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu) tarafından düzenlenen ve denetlenen telekomünikasyon sektöründeki yetkisinin sınırlarının detaylı şekilde tartışıldığı ilk karar, (özelleştirilen bir teşebbüs ile ilgili olmamakla birlikte) Turkcell-Telsim Kararı'dır. Rekabet Kurulu, söz konusu kararda açıkça şu iki soruya yanıt aramıştır:

“1. Rekabet Kurulu, telekomünikasyon sektöründe 4054 sayılı Kanun'a aykırılık nedeniyle inceleme/araştırma/soruşturma yapma, tedbir vb. kararlar alma yetkisini haiz midir?

2. Telekomünikasyon Kurumu tarafından düzenleme yapılmış/yapılabilecek olan bir alanda (tarife, erişim vb.) veya Telekomünikasyon Kurumu'nun halihazırda inceleme yaptığı durumlarda, Rekabet Kurulu aynı konu hakkında 4054 sayılı Kanun çerçevesinde herhangi bir inceleme yapabilir mi? Bu tür bir durumda Rekabet Kurulu'nun yetkilerinin sınırlandırılması söz konusu olabilir mi?”²³

Rekabet Kurulu, anılan kararda, 406 ve 2813 sayılı Kanun'ların o dönemde yürürlükte olan (ve çoğu 5809 sayılı Kanun ile korunan veya genişletilerek yeniden düzenlenen) hükümleri dikkate alarak,

- Telekomünikasyon mevzuatının, daha rekabetçi bir yapı sağlanması için yeni yükümlülükler getirmekle beraber, rekabet kuralları kapsamında yeni yükümlülükler getirmediği ve Rekabet Kanunu çerçevesinde Rekabet Kurumu'nca teşebbüslere rekabet kurallarının uygulanmasına yönelik açık veya zımni bir bağışıklık tanımadığı,²⁴
- “Kanun Koyucunun teşebbüsleri, ilgili kişi ve kuruluşları (tüketicileri ve tüketici derneklerini) Rekabet Kanunu'nun 56 vd. maddeleri ile olarak tanınan 'zararın tazmini' hakkından yoksun bırakmak” niyetinin varlığına dair herhangi bir gerekçe bulunmadığı,²⁵

²³ Rekabet Kurulu'nun 25.10.2004 tarih ve 04-68/976-236 sayılı Turkcell-Telsim Kararı, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 12.09.2010), s. 5

²⁴ A.k., s. 10

²⁵ A.k., s. 11

- Rekabet Kurulu'nun Telekomünikasyon Kurumu'ndan isteyeceği görüşün “dosya konusu olayın rekabet ihlali olup olmadığı” hakkında değil, dosya konusu olayda “telekomünikasyon sektörüne özel ne gibi hususların” bulunduğu yönünde olduğu,²⁶
- Telekomünikasyon Kurumu ile Rekabet Kurumu aynı konuda görevli olmadığından, ortada bir yetki sorunu da bulunmadığı; zira telekomünikasyon düzenlemeleri sektörde tekellerin ortadan kaldırılması ve sektörün yeniden yapılandırılması amacına hizmet ederken, rekabet kurallarının ise tekelleşme ve buna dayalı gücün kötüye kullanılmasını önleme çabası içinde olduğu²⁷

gereçekleriyle, Rekabet Kurulu'nun telekomünikasyon sektöründe (Telekomünikasyon Kurumu tarafından düzenleme yapılmış/yapılabilecek olan tarife, erişim vb. alanlar veya Telekomünikasyon Kurumu'nun halihazırda inceleme yaptığı durumlar dahil olmak üzere) Rekabet Kanunu'na aykırılık nedeniyle inceleme/araştırma/soruşturma yapabileceği ve tedbir vb. kararlar alabileceği sonucuna ulaşmıştır.

Rekabet Kurulu, Türk Telekom/Veri İletim Hizmeti Kararı'nda, Eser Telekom'un denizaltı ve karasal fiber optik kablolar üzerinden devre kiralama talebinin Türk Telekom tarafından reddedilmesi üzerine Türk Telekom'un hakim durumunu kötüye kullandığı iddiasıyla yaptığı şikayeti incelemiş, Telekomünikasyon Kurumu'nun (şimdiki adıyla Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu) “... konunun, esas olarak serbest piyasada oluşan mal ve hizmet alımına ilişkin ihale süreciyle ilgili olması dolayısıyla Telekomünikasyon Kurumu'nun görev alanı ile doğrudan ilişkili olmadığı ve konuya ilişkin nihai değerlendirmenin Rekabet Kurumu tarafından yapılmasının uygun olacağı düşünülüyor” yönündeki görüşüne rağmen, şikayeti taraflar arasında ticari bir ihtilaf niteliğinde bularak reddetmiştir.²⁸

²⁶ A.k., s. 12

²⁷ A.k., s. 14

²⁸ Rekabet Kurulu'nun 16.02.2006 tarih ve 06-13/155-39 sayılı Türk Telekom/Veri İletim Hizmeti Kararı, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 12.09.2010), s. 12, 17

Rekabet Kurulu, Türk Telekom/Hesaplı ve Standart Hatlar Kararı'nda, Türk Telekom'un hesaplı ve standart hatlarda yaptığı zammın aşırı fiyatlandırma olduğu ve dolayısıyla hakim durumunu kötüye kullandığı iddiasını inceleyerek, Telekomünikasyon Kurumu'nun söz konusu tarife değişikliklerine ilişkin olarak kendisinden onay alındığı yönündeki görüşü dikkate alarak, “*söz konusu tarifelerin Telekomünikasyon Kurumu'nun fiyat denetimine tabi olması nedeniyle*” söz konusu şikayeti reddetmiştir.²⁹

Rekabet Kurulu'nun TTNNet/Yaz Fırtınası Kararı'nda, Telekomünikasyon Kurumu'nun (şimdiki adıyla Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu) görüşü talep edilmesine rağmen, (a) daha önce aynı konuda ve karar tarihine çok yakın tarihlerde Telekomünikasyon Kurumu'ndan alınan görüşlerde yer verilen temel unsurlar ile Telekomünikasyon Kurumu'nun sektöre ilişkin düzenlemeleri dikkate alınmak suretiyle, 2813 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile Rekabet Kurulu'na getirilen Telekomünikasyon Kurumu'nun görüşünü ve yapmış olduğu düzenleyici işlemleri dikkate alma yükümlülüğünün karşılanmış olması ve (b) geçici tedbir talebinin acilen karar vermeyi gerektirmesi nedenleriyle, Telekomünikasyon Kurumu'ndan talep edilen son görüşün beklenmesine gerek olmadığı sonucuna ulaşılmış ve söz konusu görüş alınmadan karar verilmiştir.³⁰

Rekabet Kurulu, Türk Telekom-TTNNet Kararı'nda, yukarıda özetlenen Turkcell-Telsim Kararı'ndaki tespitlerini tekrarlarak, Danıştay 13. Dairesi'nin “*telekomünikasyon sektöründe yaşanacak rekabet ihlalinin belirlenmesi ve bu konuda yaptırım uygulama görevi Rekabet Kurumu'na verildiği*”ni belirten 13.05.2008 tarih ve 2006/1219 E.-2008/4195 K. sayılı kararı ile Rekabet Kurumu'nun yetkisini kabul ettiğini belirtmiştir.³¹

²⁹ Rekabet Kurulu'nun 20.06.2007 tarih ve 07-53/571-187 sayılı Türk Telekom/Hesaplı ve Standart Hatlar Kararı, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 12.09.2010), s. 1-2

³⁰ Rekabet Kurulu'nun 11.07.2007 tarih ve 07-59/676-235 sayılı TTNNet/Yaz Fırtınası Kararı, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 12.09.2010), s. 4, 14

³¹ Türk Telekom-TTNNet Kararı, s. 79

Rekabet Kurulu, Türk Telekom/Veri Akış Erişimi Kararı'nda, Superonline'ın veri akış erişim talebinin Türk Telekom tarafından reddedilmesi üzerine yaptığı şikayeti inceleyerek; "... başvuru konusu talebin Türk Telekom'un 5809 sayılı Kanun'un 16. maddesi ile Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin 7 vd. maddeleri kapsamındaki yükümlülüklerinden kaynaklandığı" gerekçesiyle, şikayetin Bilgi Teknolojileri ve İletişimi Kurumu tarafından değerlendirilmesinin uygun olduğu ve dolayısıyla Rekabet Kanunu kapsamında değerlendirilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır.³²

Rekabet Kurulu, çeşitli kararlarında Türk Telekom tarafından uygulanan tarifelerin Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (eski adıyla Telekomünikasyon Kurumu) tarafından onaylandığı gerekçesiyle yıkıcı fiyat ve/veya fiyat sıkıştırması oluşturmadığı³³, bazı kararlarında ise şikayet konusunun Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun uzmanlık alanını ilgilendirmesi nedeniyle anılan kurumun görüşü ile sınırlı bir inceleme neticesinde (ayrımcılık vb.) rekabet ihlali bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır.³⁴

5.2.2. Enerji Sektörü

5.2.2.1. Sektörel Rekabet ile İlgili Mevzuat Hükümleri

Enerji sektörü, elektrik, doğal gaz ve petrol piyasalarından oluşmaktadır. Elektrik piyasası 4628 sayılı Kanun, doğal gaz piyasası 4646 sayılı Kanun ve petrol piyasası ise 5015 sayılı Kanun ile düzenlenmiş olup, üçü de Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'nun gözetim ve denetimindedir.

³² Rekabet Kurulu'nun 03.06.2009 tarih ve 09-26/536-126 sayılı Türk Telekom/Veri Akış Erişimi Kararı, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 12.09.2010), s. 3-4

³³ Örn. bkz. Rekabet Kurulu'nun 11.09.2008 tarih ve 08-52/792-321 sayılı Türk Telekom/Uzak Mesafe Telefon Hizmeti Kararı, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 12.09.2010), s. 1, 10, Rekabet Kurulu'nun 21.10.2009 tarih ve 09-48/1206-306 sayılı Türk Telekom/Jett ve Hatt Tarifeleri Kararı, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 12.09.2010), s. 1, 10 ve Rekabet Kurulu'nun 12.01.2010 tarih ve 10-04/36-16 sayılı Türk Telekom/Kiralık Devre Hizmetleri Kararı, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 12.09.2010), s. 4, 6

³⁴ Örn. bkz. Rekabet Kurulu'nun 12.01.2010 tarih ve 10-04/39-19 sayılı Türk Telekom-TTNet Balıkesir Kararı, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 12.09.2010), s. 4

4628 sayılı Kanun'un 1. maddesinde; anılan kanunun amacı "**elektriğin yeterli, kaliteli, sürekli, düşük maliyetli ve çevreyle uyumlu bir şekilde tüketicilerin kullanımına sunulması için, rekabet ortamında özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösterebilecek, mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir elektrik enerjisi piyasasının oluşturulması ve bu piyasada bağımsız bir düzenleme ve denetimin sağlanması**" olarak düzenlenmiştir.

4646 sayılı Kanun'un 1. maddesinde; anılan kanunun amacı "**doğal gazın kaliteli, sürekli, ucuz, rekabete dayalı esaslar çerçevesinde çevreye zarar vermeyecek şekilde tüketicilerin kullanımına sunulması için, doğal gaz piyasasının serbestleştirilerek mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir doğal gaz piyasasının oluşturulması ve bu piyasada bağımsız bir düzenleme ve denetimin sağlanması**" olarak belirtilmiştir.

5015 sayılı Kanun'un 1. maddesinde; anılan kanunun amacı "**yurt içi ve yurt dışı kaynaklardan temin olunan petrolün doğrudan veya işlenerek güvenli ve ekonomik olarak rekabet ortamı içerisinde kullanıcılara sunumuna ilişkin piyasa faaliyetlerinin şeffaf, eşitlikçi ve istikrarlı biçimde sürdürülmesi için yönlendirme, gözetim ve denetim faaliyetlerinin düzenlenmesini sağlamak**" şeklinde ifade edilmiştir.

Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'nun elektrik ve doğal gaz piyasalarındaki rekabete ilişkin görev ve yetkileri;

- **Rekabeti sağlamak için iştirakler arası ilişkilere ilişkin standartlar ve kurallar oluşturmak, uygulamak** (4628 sayılı Kanun md. 5/6-j)
- 4628 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması ve bu Kanunla kendisine verilen görevleri yerine getirmek için gerekli olan ve **piyasada rekabeti geliştirmeye yönelik olarak gerçek ve tüzel kişilerin uymaları gereken, talimatları ve tebliğleri, şebeke yönetmeliğini, dağıtım yönetmeliğini, müşteri hizmetleri yönetmeliğini ve dengeleme ve uzlaştırma yönetmeliğini onaylamak** (4628 sayılı Kanun md. 5/7-a)

- Mevcut sözleşmelere ilişkin olarak, 4628 sayılı Kanun hükümleri uyarınca rekabetçi piyasaya geçişi kolaylaştıracak hususlarda, taraflarca değerlendirilmek üzere değişiklik önerilerinde bulunmak (4628 sayılı Kanun md. 5/7-s)
- Doğal gaz piyasası içerisinde rekabetin hiç veya yeterince oluşmadığı alanlarda, fiyat ve tarife teşekkülüne ilişkin usul ve esasları düzenlemek (4646 sayılı Kanun'un 15. maddesi ile 4628 sayılı Kanun'a eklenen md. 5/A-f)
- Kural olarak bir yıl içerisinde dağıtacakları gazın en fazla yüzde ellisini bir tüzel kişiden satın almalarına izin verilen dağıtım şirketlerinin tek elden tedarik edebilecekleri gaz miktarını, rekabet ortamı oluşmasını dikkate alarak artırmaya veya azaltmaya karar vermek (4646 sayılı Kanun md. 7/d)
- BOTAŞ'ın mevcut sözleşmelerinin var olduğu ülkeler dışındaki ülkelerden yapılacak ithalat için yapılacak müracaatlarda, piyasada rekabet ortamının oluşturulması, mevcut sözleşmelerden doğan yükümlülükleri ve ihracat bağlantılarını dikkate alarak belirleyeceği usul ve esaslar dahilinde müracaatları değerlendirerek ithalata müsaade edip etmeye karar vermek (4646 sayılı Kanun geçici md. 2/3)

şeklinde düzenlenmiştir.

Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu ise, 5015 sayılı Kanun'un 10/14 maddesi ile, *“petrol piyasasında faaliyetleri veya rekabeti engelleme, bozma veya kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran veya doğurabilecek nitelikte 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 taban ve/veya tavan fiyat tespitine ve gerekli tedbirlerin alınmasına”* yetkili kılınmıştır.

4628 sayılı Kanun'un 8/b-son maddesinde *“Piyasada gerçekleştirilecek ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 7 nci maddesi kapsamına giren*

birleşme ve devralmalarda Rekabet Kurulunun izin verme yetkisi saklı” olduğu belirtilirken, 4646 sayılı Kanun’un 7/a-1 maddesinde, “Rekabet Kanunu’nda öngörülen rekabet özgürlüğü, hakim durumun kötüye kullanılmaması, birleşme ve devir almaya ilişkin hususların, doğal gaz piyasasında faaliyet gösterecek tüzel kişilere de uygulanacağı” belirtilmiştir.

5.2.2.2. Örnek Rekabet Kurulu Kararı

Enerji sektöründe yakın zamanda çok sayıda özelleştirme gerçekleştirilmiş, ayrıca Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu’nca çeşitli özel teşebbüslere lisans verilmiştir. Dolayısıyla sektörel bağımsız düzenleyici idari otorite olan Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu ile Rekabet Kurulu arasındaki görev paylaşımı ve koordinasyon konusunun bundan sonra daha fazla gündeme gelebileceği düşüncesindeyiz. Bu amaçla, Rekabet Kurulu’nun (özelleştirilen bir teşebbüs ile ilgili olmamakla birlikte) bu hususta örnek teşkil ettiğini düşündüğümüz İzmirgaz Kararı aşağıda özetlenmiştir.

Rekabet Kurulu, İzmirgaz Kararı’nda, İzmirgaz’ın azami gaz çekiş miktarını sabitlemek suretiyle bu miktarın altında veya üstünde gaz çekişi gerçekleştiren sanayi müşterilerine ceza uygulamak suretiyle hakim durumun kötüye kullandığı iddiasını incelemesi neticesinde, aşağıdaki gerekçeyle şikayeti reddetmiştir:

“İzmirgaz’ın önaraştırma konusu uygulamalarının 4054 sayılı Kanun’un 6. maddesi açısından ihlal teşkil edebileceği yönünde ciddi bulgulara ulaşılmış olmasına rağmen, EPDK’nın İzmirgaz’a ilişkin yürüttüğü sürecin de önaraştırma konusu ihlali sona erdirebilecek nitelikte olduğu ve yapılacak soruşturma sonunda alınacak kararın etkilerinin de aynı olacağı dikkate alındığında, usul ekonomisi bakımından önaraştırma konusu uygulamaların sona erdirilmesi için EPDK ile işbirliği yapılması sonucuna varılmıştır. Bu anlamda iki Kurumun ilgili birimleri arasında işbirliği sağlanarak, EPDK tarafından yürütülen sürecin takip edilmesinin yerinde olacağı, bu nedenle bu aşamada soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.”³⁵

³⁵ Rekabet Kurulu’nun 08.01.2009 tarih ve 09-01/2-2 sayılı İzmirgaz Kararı, (Çevrimiçi) www.rekabet.gov.tr, (Erişim tarihi: 12.09.2010), s. 16

Rekabet Kurulu, İzmirgaz hakkında soruşturma açmak için yeterli bulguya ulaşmış olmasına rağmen, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'nun İzmirgaz ile ilgili yürüttüğü süreci gerekçe göstererek şikayeti reddederek, söz konusu olayda Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'nun yanında gözlemci/yardımcı olarak yer almayı tercih etmiş, bu karara çeşitli kurul üyeleri “*Karşı Oy*” kullanmıştır.

5.2.3. Genel Değerlendirme

Gerek sektörel rekabet ile ilgili mevzuat hükümlerinden gerekse Rekabet Kurulu uygulamasından anlaşılacağı üzere; özelleştirme sonrası rekabet denetimi, Rekabet Kanunu'nun yanı sıra sektörel (özel) kanunlar kapsamında düzenleyici bağımsız idari otoriteler tarafından gerçekleştirilen düzenleme ve denetimin de bir parçasıdır. Bu hükümler değerlendirildiğinde; söz konusu düzenleme ve denetimin, ilgili sektörün doğal tekel/yoğunlaşmış yapısı nedeniyle özellikle ilgili ürün veya hizmetin fiyat, kalite ve miktar unsurları üzerinde yoğunlaştığı, ancak serbest rekabeti tesis etmeyi amaçlayan genel düzenlemelere de yer verildiği gözlenmektedir.

Sektörel (özel) kanunlar ile Rekabet Kanunu kapsamında gerçekleştirilen rekabet denetiminin amaçları (rekabetin tesisi ve korunması) temelde örtüşmekle beraber; sektörel (özel) kanunlar, ilgili sektöre özgü nedenlerle fiyat, kalite ve miktara ilişkin bazı sınırlama ve şartlar getirerek ilgili sektördeki rekabet ortamına müdahale etmek suretiyle, Rekabet Kanunu'nun uygulama alanını daraltmaktadır. Başka bir deyişle, teşebbüslerce sektörel (özel) kanunlar ile yetkilendirilen düzenleyici bağımsız idari otoritelerin düzenlemeleri doğrultusunda gerçekleştirilen uygulamalar, Rekabet Kanunu'nun kapsamında bir ihlal olarak değerlendirilmemektedir.

Sektörel (özel) kanunlar ile Rekabet Kanunu arasındaki bu yakın bağlantı nedeniyle, her iki rekabet denetiminin sınırlarının mümkün olduğunca net bir şekilde çizilmesi ve Rekabet Kurumu ile sektörel bağımsız düzenleyici idari otoriteler arasında

koordinasyon kurulmasına ilişkin mekanizmanın oluşturulması önem taşımaktadır.³⁶ Ancak özellikle enerji sektörüne ilişkin 4628, 4646 ve 5015 sayılı Kanun’larda bu yönde yeterince açık hükümlere yer verilmediği, Rekabet Kurumu ile Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu arasındaki koordinasyon kurulmasına ilişkin bir mekanizmanın oluşturulmadığı dikkati çekmektedir.

5809 sayılı Kanun’da ise, telekomünikasyon sektöründe rekabetin tesisi ve korunmasına yönelik olarak Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu’na geniş görev ve yetkiler verilirken, Rekabet Kurumu ile olan görev paylaşımı ve koordinasyon da oldukça açık şekilde düzenlenmiştir. Türk Telekom’un özelleştirilmesinden sonra telekomünikasyon sektöründe yaşanan gelişmelerin ve Rekabet Kurulu’nun telekomünikasyon sektörüne ilişkin çok sayıda kararında 406 ve 2813 sayılı Kanun’ları uygulamasından doğan deneyimlerin, 5809 sayılı Kanun’un daha rekabet odaklı hazırlanmasında etkili olduğu söylenebilir.

Bununla birlikte; sektörel (özel) kanunlarda açıkça düzenlenmese dahi, Rekabet Kanunu’nun (ilgili bağımsız düzenleyici idari otorite tarafından yapılan düzenlemeler de dikkate alınarak) söz konusu sektörlerde faaliyet gösteren teşebbüsler açısından geçerliliğini koruduğu açıktır. Dolayısıyla sektörel bağımsız düzenleyici idari otoriteler ve Rekabet Kurumu arasında yetki ihtilafının ortaya çıkmaması ve eşgüdümün sağlanması hususunda en önemli görev yine bu kurumlara düşmektedir.

³⁶ Detaylı bilgi için bkz. Turgut Tan, “Ekonomi, <Regülasyon> ve Bağımsız İdari Otoriteler”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu**, Ankara, Mayıs 2005, (Çevrimiçi) <http://www.danistay.gov.tr/>, (Erişim tarihi: 12.09.2010); ayrıca bkz. Ardiyok, a.g.e.

SONUÇ VE ÖNERİLER

1929 ekonomik bunalımı ve dünya savaşları sonrasında kamu girişimciliği ve kamunun ekonomiye müdahalesi başta Avrupa olmak üzere pek çok ülke ekonomisinin yeniden yapılanması için bir çözüm olarak görülürken, 1970'li yıllarda ortaya çıkan ekonomik gelişmeler bu ekonomi politikasının sorgulanmasına neden olmuştur. 1980'lere gelindiğinde ise tam serbest piyasa ekonomisine geçiş süreci başlamıştır. Özelleştirmelerin dünya ekonomisinin gündemine oturması da bu döneme rastlamaktadır.

Özelleştirmelerin -kimisi birbiriyle çelişen- pek çok amacı bulunmakla beraber, özelleştirmeler neticesinde toplumsal refah artışının sağlanabilmesi için piyasaların rekabete açılması ve piyasalarda rekabetin tesis edilmesi hedefinin öncelikli olması gerektiği düşüncesindeyiz. Ancak özellikle Türkiye gibi gelişmekte olan ülkelerde özelleştirmelerin sıklıkla bütçe açıklarının kapatılması gibi mali amaçlar doğrultusunda gerçekleştirildiği ve özelleştirmelerdeki rekabet olgusunun arka planda kaldığı görülmektedir.

Türkiye'de özelleştirme uygulamaları, 1984-1997 yılları arasında herhangi bir rekabet denetimi olmaksızın gerçekleştirilmiştir. (Bu rekabet denetimi gerek özelleştirme sırasındaki birleşme ve devralma kontrolünü, gerekse özelleştirme sonrasındaki rekabet ihlallerinin kontrolünü kapsamaktadır.) Avrupa Birliği'nde ise 1957-1989 yılları arasında, birleşme ve devralma kontrolüne ilişkin bir düzenleme bulunmamakla birlikte, teşebbüsler arası rekabete aykırı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar ile hakim durumun kötüye kullanılması yasaklanmış, ayrıca bu rekabet kurallarına üye devletlerin de uyma yükümlülüğü getirilmiştir. Böylece Avrupa'nın yeniden yapılanma döneminde ulusal tekellerin oluşmasına izin verilirken, bu tekellerin Avrupa ortak pazarında rekabeti sınırlamaları veya piyasa güçlerini kötüye kullanmaları engellenmek istenmiştir. Nihayet 1989 tarihli Birleşme Tüzüğü ile Avrupa Birliği rekabet mevzuatının üçüncü ayağı olan birleşme ve devralma kontrolü de kabul edilmiştir. Türkiye de 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi (Gümrük

Birliği) Kararı gereğince, Avrupa Birliği'nin mehz mevzuatına uygun olarak 1994 yılında Rekabet Kanunu'nu kabul etmiş ve ancak 1997 yılında gerekli teşkilatlanmayı tamamlayarak uygulamaya koyabilmiştir.

Rekabet Kurulu, 1997 yılında faaliyete geçmesiyle kamu teşebbüsleri hakkında çeşitli kararlar vererek, henüz özelleştirilmemiş teşebbüslerin de piyasa şartları içerisinde davranmasını sağlama görevini icra etmiştir. Bunun yanı sıra, Rekabet Kurulu özelleştirme yoluyla yapılan devralmalar ile ilgili ayrı bir tebliğ (1998/4 sayılı Tebliği) çıkararak, özelleştirmelerin rekabet denetimine ilişkin usul ve esasları belirlemiş ve uygulamaya koymuştur. Nihayet Rekabet Kurulu'nun özelleştirilen teşebbüsler hakkında verdiği çeşitli kararlar, bu teşebbüslerin kamuya ait oldukları dönemde elde ettikleri piyasa güçlerini denetleyici niteliktedir. Böylece Rekabet Kurulu özelleştirme öncesi, özelleştirme süreci ve sonrasındaki rekabet denetiminin uygulayıcısı olmuştur.

Türkiye'de piyasaların büyük bölümünde tek veya az sayıda aktörün faaliyet göstermesi ve bunların da çoğunlukla kamu teşebbüsü olması nedeniyle, özelleştirmelerin piyasalarda rekabetin tesis edilmesi açısından ayrı bir önemi bulunmaktadır. Ancak Türkiye'deki özelleştirme uygulamalarında kapsam, süre ve yöntem gibi konularda esas yetkili karar organı olan ÖYK'nın yürütmeye bağlı (özerk olmayan) bir idari kurum olduğu dikkate alındığında, özelleştirme uygulamalarında rekabet olgusu belli ölçüde gözetilmekle beraber siyasi etken ve kararlar da özelleştirme sürecinde rol oynayabilmektedir. Bu nedenle piyasalarda özelleştirmeler yoluyla rekabetin tesis edilmesi hususunda Rekabet Kurulu'na ayrıca görev düşmektedir.

Nitekim Rekabet Kurulu, özelleştirmeler ile ilgili çeşitli görüş ve kararlarında ilgili pazarda rekabetin tesis edilmesini sağlamaya yönelik düzenleyici bir rol de üstlenmiştir. Ancak Rekabet Kurulu'nun bu konudaki uygulaması çelişkili ve tutarsız görünmektedir. Örneğin Rekabet Kurulu bazı kararlarında dikey bütünleşmeyi mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesi olarak yorumlamak

suretiyle ilgili özelleştirmelere izin vermemiş veya böyle bir etkinin doğmaması için özelleştirilecek teşebbüsün bölünmesini tavsiye etmiş olsa da, bu uygulaması yerleşik hale dönüşmemiştir. Kaldı ki, dikey bütünleşmenin veya kamu teşebbüsünün bir bütün olarak özelleştirilmesinin ilgili pazardaki rekabet üzerinde ortaya çıkaracağı tek yanlı etkilerin her durumda hakim durum yaratması veya mevcut bir hakim durumu güçlendirmesi beklenemeyeceğinden, rekabeti önemli ölçüde azaltsa/engellese dahi (Avrupa Birliği'nin eski Birleşme Tüzüğü'ne paralel olarak "*hakim durum testi*"ni benimseyen) Rekabet Kanunu'nun yürürlükteki 7. maddesini ihlal etmeyecektir.

Bu değerlendirmeler ışığında; Rekabet Kanunu'nda "*hakim durum testi*" yerine, Avrupa Birliği'nin yeni Birleşme Tüzüğü'ne paralel olarak, "*rekabetin önemli ölçüde engellenmesi testi*"nin kabul edilmesinin özelleştirmeler yönünden ayrıca önem taşıdığı düşüncesindeyiz. Zira "*hakim durum testi*" yerine "*rekabetin önemli ölçüde engellenmesi testi*"nin uygulanması halinde, Rekabet Kurulu'nun özelleştirme uygulamalarında ortaya çıkan dikey bütünleşme ve özelleştirmenin ilgili pazarda yaratacağı tek yanlı etkiler "*hakim durum testi*"ni geçiyor olsa dahi, rekabeti önemli ölçüde azalttığı takdirde engellenebilecektir.

Rekabet Kanunu'nun 7. maddesinde "*hakim durum testi*" yerine "*rekabetin önemli ölçüde engellenmesi testi*"nin kabul edilmesiyle; Rekabet Kurulu'nun piyasalarda özelleştirmeler yoluyla rekabetin tesis edilmesini sağlama görevi, daha sağlam bir hukuki zemine oturacağı gibi, Rekabet Kurulu görüş ve kararlarının da daha tutarlı olmasını sağlayabilecektir. Dolayısıyla Rekabet Kanunu'nun 7. maddesinin bu yönde değiştirilmesini öngören kanun taslağının en kısa süre içerisinde mecliste kabul edilmesini temenni etmekteyiz. Bununla beraber, bu kanun değişikliğinin tek başına yeterli olmayacağı; Rekabet Kurulu'nun bu kanun değişikliğini takiben, "*rekabetin önemli ölçüde engellenmesi testi*"nin özelleştirmeler açısından uygulanmasını gösterir usul ve esasları, Türkiye'deki piyasaların yoğunlaşmış yapısını da dikkate alarak 1998/4 sayılı Tebliğ kapsamında düzenlemesinde fayda olduğu görüşündeyiz.

Rekabet Kurulu'nun özelleştirmeler sonrasında ilgili teşebbüs ve pazara ilişkin verdiği kararlar da gerek özelleştirme süreci gerekse özelleştirme sonrasındaki rekabet denetiminin etkinliği açısından büyük önem taşımaktadır. Örneğin piyasanın yapısında esaslı bir değişiklik olmadığı halde özelleştirme sürecinde yapılan ilgili pazar tanımının, özelleştirme sonrasındaki kararlarda değiştirilmesi, piyasanın özelleştirme yoluyla rekabete açılma ihtimalini zayıflatacaktır. Dolayısıyla Rekabet Kurulu'nun, özelleştirme sonrasındaki kararlarında piyasanın yapısında ve gelişiminde esaslı bir değişiklik olmadıkça özelleştirme sürecindeki tespitlerini bir veri olarak esas alması gerektiği düşüncesindeyiz.

KAYNAKÇA

BASILI KAYNAKLAR

- Aktaş, Cihan : **Gelişmekte Olan Ülkelerde Rekabet Politikası: Bir Çerçeve Çalışması**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını, Temmuz 2003
- Arıttürk, Remzi Özge : **Birleşmelerin Kontrolünde Kullanılan Esasa İlişkin Test AB Deneyimi ve Türkiye İçin Çıkarımlar**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını, Mayıs 2009
- Ardıyok, Şahin : **Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını, Şubat 2002
- Aslan, İ. Yılmaz : **Rekabet Hukuku: Teori, Uygulama – Mevzuat**, Genişletilmiş 4. bs., Bursa, Ekin Kitabevi, Ocak 2007
- Atıyas, İzak : “Doğal Tekellerin Regülasyonu ve Rekabet”, **Perşembe Konferansları-3**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını, Aralık 1999, s.49-76
- Atasoy, Veysel : **Türkiye’de Kamu İktisadi Teşebbüsleri ve Özelleştirme Sorunu**, Ankara, Nurol Matbaacılık San. ve Tic. A.Ş., Ağustos 1993
- Bilir, Hakan : “Özelleştirme İhalelerinde Yöntem Seçimi”, **Rekabet Dergisi**, Sayı: 16, Rekabet Kurumu Yayını, Ekim-Aralık 2003, s. 57-87

- Csillag, Istvan : “Macaristan”, **Doğu Avrupa’da Özelleştirme: Alternatifler, Çıkarlar, Yasalar**’ın içinde, Ervin Apathy ve diğerleri, Çev: Tarık Demirkan, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, Nisan 1995, s. 59-72
- Demirkan, Tarık : “1995 Başlarında Doğu Avrupa’da Özelleştirme”, **Doğu Avrupa’da Özelleştirme: Alternatifler, Çıkarlar, Yasalar**’ın içinde, Ervin Apathy ve diğerleri, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, Nisan 1995, s. 7-11
- Ege, Yavuz : “Dünyadaki Uygulamalar Işığında Rekabet Politikası ve Özelleştirme”, **Hazine Dergisi**, Ankara, Sayı: 13, Ocak 2000, s. 51-59
- Erdem, H. Ercüment : “Yoğunlaşmaların Kontrolünde Taahhüt ve Şartlı İzin”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Ankara, Cilt: XXV, Sayı: 4, Aralık 2009, s. 135-207
- Gal, Michal S. : **Competition Policy For Small Market Economies**, Cambiredge, Massachusetts, and London, England, Harvard University Press, 2003
- Geriş, Nazım : **Türkiye’de Özelleştirme ve Türk Telekom Örneği**, Ankara, Roma Yayınları, Mart 2007
- Gözler, Kemal : **İdare Hukuku Dersleri**, Güncelleştirilmiş ve genişletilmiş 5. bs., Bursa, Ekin Kitabevi, Şubat 2007
- Güngördü, Abdulgani : **AT ve Türk Rekabet Hukukunda Yoğunlaşmaların Kontrol Unsuru**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını, Temmuz 2003

- Güven, Pelin : **Rekabet Hukuku**, Genişletilmiş 2. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2008
- Güzel, Oğuzkan : **AT Rekabet Hukuku Kurallarının Bankacılık Sektöründe Uygulanması**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını, Eylül 2003
- İnan, Nurkut : “Rekabet Kuralları ve Özelleştirme Uygulamaları”, **Rekabet Politikası ve Özelleştirme Sempozyumu**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını, Kasım 1999, s. 79-82
- Karataş, Cevat – Öniş, Ziya : **Dünyada Özelleştirme ve Türkiye**, İstanbul, TÜSES, Temmuz 1994
- Kazgan, Gülten : **Yeni Ekonomik Düzen’de Türkiye’nin Yeri**, İstanbul, Altın Kitaplar Yayınevi, Ağustos 1994
- Mizsei, Kalman : “Orta ve Doğu Avrupa’da Özel Sektörün Yeniden Doğuşu”, **Doğu Avrupa’da Özelleştirme: Alternatifler, Çıkarlar, Yasalar**’ın içinde, Ervin Apathy ve diğerleri, Çev: Tarık Demirkan, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, Nisan 1995, s. 37-57
- Naipoğlu, Sinan – Göçen, Deniz Ulaş : “Kamu İhalelerinde Kamu ve Özel Kesim Yönünden Rekabet Denetimine İlişkin Güncel Gelişmeler”, **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-VII**, Kayseri, Rekabet Kurumu Yayını, Nisan 2009, s. 127-170

Naipoğlu, Sinan – Göçen,

Deniz Ulaş

: “Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Kapsamının Belirlenmesinde Pazar Payının nemi”, **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-VI**, Kayseri, Rekabet Kurumu Yayını, Nisan 2008, s. 185-214

OECD

: **Türkiye’de Rekabet Hukuku ve Politikası 2005 Raporu**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını, t.y.

z, Gamze

: “zelleştirme Sürecinde Rekabet Kurumu’nun Yeri”, **Rekabet Politikası ve zelleştirme Sempozyumu**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını, Kasım 1999, s. 46-56

zkan, Aslı

: “AB ile Bütünleşme Sürecinde Türkiye’de zelleştirmenin Hukuki erevesi”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi (Yayımlanmamıştır), İstanbul, 1999

Parker, David – Kirkpatrick,

Colin

: “Privatisation in Developing Countries: A Review of the Evidence and the Policy Lessons” , **The Journal of Development Studies**, Vol. 41, No. 4, Mayıs 2005

Paşaoğlu, mr

: **Doğal Tekellerde Regülasyon ve Rekabet – Bir rnek: İngiliz Elektrik Sektörünün Yeniden Yapılandırılması**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını, şubat 2003

- Poroy, Reha – Tekinalp,
Ünal – Çamoğlu, Ersin : **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**,
Güncelleştirilmiş 12. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık
Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti., Eylül 2010
- Salepçioğlu, Murat Adil : “Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku Bağlamında
Özelleştirmeler”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler
Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi (Yayımlanmamıştır),
İstanbul, 1991
- Sanlı, Kerem Cem : **Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’da
Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu
Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği
Kararlarının Geçersizliği**, Ankara, Rekabet Kurumu
Yayını, Ekim 2000
- Selçuk, İlmutluhan : **AT Anlaşması’nın 86. Maddesi Çerçevesinde
Münhasır Haklar ve Özel Haklar: Türk Rekabet
Hukukuna Etkileri**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını,
Şubat 2003
- Tan, Turgut : “Özelleştirme Sürecinde Rekabet Kurumu’nun Yeri”,
Rekabet Politikası ve Özelleştirme Sempozyumu,
Ankara, Rekabet Kurumu, Kasım 1999, s. 24-45
- Yalova, Yüksel : **Türkiye-Avrupa İlişkileri Işığında Özelleştirme**,
Ankara, Nobel Yayın Dağıtım, Ocak 2005
- Yaşar, Süleyman : Genişletilmiş 2. bs., İstanbul, **Özelleştirme**, Beta
Basım Yayım Dağıtım A.Ş., Mart 2005

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

- Akdiş, Muhammet : “Dünya’da Özelleştirme Uygulamaları ve Türkiye’de 5 Nisan Kararları Sonrasında Beklenen Gelişmeler”, (Çevrimiçi)<http://makdis.pamukkale.edu.tr/mak17.htm> (Erişim tarihi: 10.09.2010)
- Atiyas, İzak – Oder, Burak : **Türkiye’de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi**, Ankara, Tepav Yayını, t.y., (Çevrimiçi) http://www.tepav.org.tr/tur/admin/dosyabul/upload/ozellestirme_hukuk_ekonomi.pdf, (Erişim tarihi: 10.09.2010)
- Autner, Rudolf : “The National Property Fund and Privatization in Slovakia”, (Çevrimiçi) http://www.jeffersoninst.org/Documents/Slovakia_privatization.pdf, (Erişim tarihi: 12.09.2010)
- Avrupa Toplulukları Komisyonu : “2009 Yılı Türkiye İlerleme Raporu”, (Çevrimiçi) http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/turkiye_ilerleme_rap_2009.pdf, (Erişim tarihi: 10.09.2010)
- Aysan, Mustafa : “Liberal Ekonomi ve Denetim”, **Radikal Gazetesi**, 24.07.2002, (Çevrimiçi) <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=44354&tarikh=24/07/2002>, (Erişim tarihi: 11.09.2010)
- Bel, Germa : “The First Privatization: Selling SOEs and Privatizing Public Monopolies in Fascist Italy (1922-

1925)", (Çevrimiçi) <http://www.ehs.org.uk/ehs/conference2010/Assets/BeIFullPaper.pdf>, (Erişim tarihi: 12.09.2010)

Berne, Michel – Pogorel,
Gerard

: "Privatisation Experiences in France", **CESifo DICE Report 1/2005**, (Çevrimiçi) <http://www.ifo.de/pls/guestci/download/CESifo%20DICE%20Report%2005/CESifo%20DICE%20Report%201/2005/dicereport105-forum5.pdf>, (Erişim tarihi: 12.09.2010)

Bloomstein, Lauren

: "Privatization in Former East Germany", (Çevrimiçi) <http://www.lehigh.edu/~incntr/publications/perspectives/v14/bloomstein.pdf>, (Erişim tarihi: 12.09.2010)

Chren, Martin

: "Privatization in the Slovak Republic", (Çevrimiçi) <http://www.wdi.umich.edu/files/Publications/PolicyBriefs/2006/PB30.pdf>, (Erişim tarihi: 12.09.2010)

Çakal, Recep

: **Doğal Tekellerde Özelleştirme ve Regülasyon**, Ankara, Devlet Planlama Teşkilatı Yayını, Temmuz 1996, (Çevrimiçi) <http://ekutup.dpt.gov.tr/kit/cakalt/tekel.pdf>, (12.09.2010)

Devlet Planlama Teşkilatı

: "Dokuzuncu Kalkınma Planı: 2007-2013, Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu" ("**DPT – 9. Kalkınma Planı Rekabet ÖİK Raporu**"), Ankara, 2007, (Çevrimiçi) <http://ekutup.dpt.gov.tr/hukuk/rekabet/öik676.pdf>, (Erişim tarihi: 10.09.2010)

- DGCCRF : Lignes Directrices Relatives au Controle des Concentrations, Procedure et Analyse (İngilizce versiyonu), http://www.dgccrf.bercy.gouv.fr/concurrence/concentrations/lignesdirectrices_2007_anglais.pdf, (Erişim tarihi: 12.09.2010)
- Fagerlund, Elina : “Collective Dominance under EC Merger Regulation No 139/2004” (Yayınlanmamıştır), 2005, (Çevrimiçi) [http://web2.jur.lu.se/internet/english/essay/masterth.nsf/0/DF327D8C5BF990C125701300648D73/\\$File/exam.pdf?OpenElement](http://web2.jur.lu.se/internet/english/essay/masterth.nsf/0/DF327D8C5BF990C125701300648D73/$File/exam.pdf?OpenElement), (Erişim tarihi: 10.09.2010)
- Goldstein, Andrea : “Privatization in Italy 1993-2002: Goals, Institutions, Outcomes, and Outstanding Issues”, http://www.ifo.de/pls/guestci/download/CESifo%20Working%20Papers%202003/CESifo%20Working%20Papers%20April%202003/cesifo_wp912.pdf, (Erişim tarihi: 12.09.2010)
- Güven, Pelin : “Özelleştirmelerde Gündeme Gelen Altın Hisse Uygulamasının Avrupa Birliği Hukukundaki Sermayenin Serbest Dolaşımı ve Rekabet Hukukundaki Gelişmeler Işığında Değerlendirilmesi”, **e-akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi**, Sayı: 38, Nisan 2005, (Çevrimiçi), <http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=Özelleştirmelerde%20Gündeme%20Gelen%20Altın%20Hisse%20Uygulamasının%20Avrupa%20Birliği%20Hukuku%20ndaki%20Sermayenin%20Serbest%20Dolaşımı%20ve%20Rekabet%20Hukuku%20ndaki%20Gelişmeler%20Işığında%20Değerlendirilmesi&kimlik>

=1112881414&url=makaleler/pguven-1.htm, (Erişim tarihi: 11.09.2010)

Hau, Harald

: “Privatization under Political Interference: Evidence from Eastern Germany”, (Çevrimiçi) <http://www.haraldhau.com/co51c.pdf>, (Erişim tarihi: 12.09.2010)

Karahanogullari, Onur

: “Özelleştirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi”, Ankara, **AÜHF Dergisi**, Cilt: 45, Sayı: 1-4, 1996, (Çevrimiçi) <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1996-45-01-04/AUHF-1996-45-01-04-Karahanogullari.pdf>, (Erişim tarihi: 11.09.2010)

Kikeri, Sunita – Kolo,
Aishetu Fatima

: “Privatization: Trends and Recent Developments”, **World Bank Policy Research Working Paper 3765**, Kasım 2005, (Çevrimiçi) http://www-wds.worldbank.org/servlet/WDSContentServer/WDSP/IB/2005/11/08/000016406_20051108153425/Rendere d/PDF/wps3765.pdf, (Erişim tarihi: 19.09.2010)

Kilci, Metin

: **Başlangıcından Bugüne Türkiye’de Özelleştirme Uygulamaları (1984-1994)**, Devlet Planlama Teşkilatı Yayınları, Temmuz 1994, (Çevrimiçi) <http://ekutup.dpt.gov.tr/kit/kilcim/ozelles.pdf>, (Erişim tarihi: 10.09.2010)

OECD

: “Czech Republic – The Role of Competition Policy in Regulatory Reform”, 2001, (Çevrimiçi)

<http://www.oecd.org/dataoecd/3/23/2497276.pdf>,

(Erişim tarihi: 12.09.2010)

OECD : “Czech Republic – The Role of Competition Policy in Regulatory Reform”, 2008, (Çevrimiçi) <http://www.oecd.org/dataoecd/44/28/41165822.pdf>, (Erişim tarihi: 12.09.2010)

OECD : “European Commission – Peer Review of Competition Law and Policy”, 2005, (“**OECD – EC Peer Review**”), <http://www.oecd.org/dataoecd/7/41/35908641.pdf>, (Erişim tarihi: 10.09.2010)

OECD : “Hungary – The Role of Competition Policy in Regulatory Reform”, 1999, (Çevrimiçi) <http://www.oecd.org/dataoecd/3/45/2497293.pdf>, (Erişim tarihi: 12.09.2010)

OECD : “Italy – The Role of Competition Policy in Regulatory Reform”, 2000, (Çevrimiçi) <http://www.oecd.org/dataoecd/12/41/34427226.pdf>, (Erişim tarihi: 12.09.2010)

OECD : “France – The Role of Competition Policy in Regulatory Reform”, 2003, (Çevrimiçi) <http://www.oecd.org/dataoecd/52/60/31415943.pdf>, (Erişim tarihi: 12.09.2010)

OECD : “Regulatory Reform in Poland From Transition to New Regulatory Challenges” (“**OECD – Poland Regulatory Reform**”), (Çevrimiçi)

<http://www.oecd.org/dataoecd/50/62/1940078.pdf>,

(Erişim tarihi: 12.09.2010)

- OECD : “United Kingdom – The Role of Competition Policy in Regulatory Reform”, 2002, (“**OECD – UK Competition Policy**”), (Çevrimiçi) <http://www.oecd.org/dataoecd/2/61/27068497.pdf>, (Erişim tarihi: 12.09.2010)
- ÖİB : “Türkiye’de Özelleştirme-1”, (Çevrimiçi) <http://www.oib.gov.tr/yayinlar/yayinlar.htm>, (Erişim tarihi: 10.09.2010)
- Parisi, John P. : “A Simple Guide to the EC Merger Regulation: Updated to 1 January 2009”, (Çevrimiçi), <http://www.ftc.gov/bc/international/docs/ECMergerRegSimpleGuide.pdf> (Erişim Tarihi: 10.09.2010)
- Pittman, Russell : “Competition Law in Central and Eastern Europe: Five Years Later”, (Çevrimiçi) <http://cplaw.cupl.edu.cn/upload/05070108596191.pdf>, (Erişim tarihi: 12.09.2010)
- Siegmund, Uwe : “Was Privatization in Eastern Germany a Special Case? Some Lessons from the Treuhand”, (Çevrimiçi) <http://wdi.umich.edu/files/publications/workingpapers/wp85.pdf>, (Erişim tarihi: 12.09.2010)
- Sinn, Hans Werner : “Privatisation in East Germany”, (Çevrimiçi) <http://www.nber.org/papers/w3998.pdf>, (Erişim tarihi: 12.09.2010)

- Şenyücel, Orçun : “An Assessment of the Immediate and Possible Longterm Effects of the New Substantive Test”, Ankara, Ankara Law Review, Vol. 2, No. 2, 2005, (Çevrimiçi) <http://auhf.ankara.edu.tr/journals/alr-archive/ALR-2005-02-02/alr-2005-02-02-senyucel.pdf> (Erişim tarihi: 10.09.2010), s. 171-187
- Tan, Turgut : “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı”, (Çevrimiçi) <http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasayargisi/anyarg8/turguttan.pdf>, (Erişim tarihi: 11.09.2010)
- Tan, Turgut : “Ekonomi, <Regülasyon> ve Bağımsız İdari Otoriteler”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu**, Ankara, Mayıs 2005, (Çevrimiçi) <http://www.danistay.gov.tr/>, (Erişim tarihi: 12.09.2010)
- Türkkan, Erdal : “Ayrıştırma ve Ayırma Yoluyla Rekabetin Geliştirilmesi”, **Rekabet Günlüğü**, 01.10.2009, (Çevrimiçi) <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=sayfahtml&Id=1013>, (Erişim tarihi: 12.09.2010)
- Türkkan, Erdal : “Dikey Bütünleşmenin Rekabet Sürecindeki Rolü”, **Rekabet Günlüğü**, 07.01.2009, (Çevrimiçi) <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=sayfahtml&Id=704>, (Erişim tarihi: 12.09.2010)

Ulu, Harun : **Birleşme ve Devralmalarda Ortaya Çıkan Rekabet Sorunları ve Koşullu İzin**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını, Mayıs 2004, (Çevrimiçi) <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/tezler/tez54.pdf>, (Erişim tarihi: 12.09.2010)

Yıldız, Şükrü : “Türkiye’de Özelleştirme Uygulamaları ve Özelleştirmeye Hakim İlkelerden Birisi Olarak Rekabetin Korunması”, **AÜEHFD**, Cilt: V., Sayı: 1-4, 2001, (Çevrimiçi) http://hukuk.erkincan.edu.tr/dergi/makale/2001_V_26.pdf, (Erişim tarihi: 10.09.2010)

http://www.oib.gov.tr/telekom/turk_telekom.htm

İNTERNET SİTELERİ

Anayasa Mahkemesi : www.anayasa.gov.tr

Avrupa Birliği Genel

Sekreterliği : www.abgs.gov.tr

Danıştay : www.danistay.gov.tr

Devlet Planlama Teşkilatı : www.dpt.gov.tr

Enerji Piyasası Düzenleme

Kurumu : www.epdk.gov.tr

European Commission –

Competition : http://ec.europa.eu/competition/index_en.html

Kazancı Mevzuat Programı : www.kazanci.com

OECD : www.oecd.org

Özelleştirme İdaresi

Başkanlığı : www.oib.gov.tr

Rekabet Kurumu : www.rekabet.gov.tr

KARARLAR

Anayasa Mahkemesi Kararları

21.10.1993 tarih ve 1993/33 E.-1993/40-2 K. sayılı karar
07.07.1994 tarih ve 1994/49 E.-1994/45-2 K. sayılı karar
21.07.1994 tarih ve 1994/63 E.-1994/60-2 K. sayılı karar
21.07.1994 tarih ve 1994/66 E.-1994/63-2 K. sayılı karar
21.07.1994 tarih ve 1994/67 E.-1994/64-2 K. sayılı karar
09.12.1994 tarih ve 1994/43 E.-1994/42-2 K. sayılı karar
28.06.1995 tarih ve 1994/71 E.-1995/23 K. sayılı karar

Avrupa Birliği Komisyon Kararları

04.09.1992 tarih ve IV/M.235 sayılı Elf Aquitaine-Thyssen/Minol Kararı
26.04.2005 tarih ve COMP/M.3665 sayılı Enel/Slovenske Elektrarne Kararı
28.08.2009 tarih ve COMP/M.5440 sayılı Lufthansa/Austrian Airlines Kararı

Danıştay Kararları

Danıştay 1. Dairesi

14.07.1995 tarih ve 1995/135 E.-1995/153 K. sayılı karar

Danıştay 10. Dairesi

26.03.2002 tarih ve 1998/5649 E.-2002/846 K. sayılı karar
22.12.2003 tarih ve 2000/6164 E.-2003/5279 K. sayılı karar

Danıştay 13. Dairesi

15.06.2005 tarih ve 2005/5913 E.-2005/3111 K. sayılı karar
28.02.2006 tarih ve 2005/7150 E.-2006/1231 K. sayılı karar
20.11.2006 tarih ve 7997 E.-4380 K. sayılı karar
22.05.2007 tarih ve 7878 E.-3382 K. sayılı karar
22.05.2007 tarih ve 7969 E.-3383 K. sayılı karar

22.05.2007 tarih ve 7877 E.-3384 K. sayılı karar
26.03.2008 tarih ve 2007/9874 E.-2008/3371 K. sayılı karar
13.05.2008 tarih ve 2006/1219 E.-2008/4195 K. sayılı karar
29.01.2008 tarih ve 2006/1091 E.-2008/1673 K. sayılı karar
09.10.2008 tarih ve 2007/9903 E.-2008/6674 K. sayılı karar
22.10.2008 tarih ve 2008/9977 E.-2008/6902 K. sayılı karar

İdare Mahkemesi Kararı

İzmir 1. İdare Mahkemesi

12.04.2007 tarih ve 2007/247 E.-2007/422 K. sayılı karar

Rekabet Kurulu Görüşleri

01.04.2003 tarih ve 03-22/242-M sayılı Tekel Sigara ve Alkollü İçecekler
İşletmeleri Görüşü

15.05.2003 tarih ve 03-32/396-M sayılı Tekel Tuz Sanayii Müessesesi Görüşü

02.09.2004 tarih ve 04-57/797 sayılı Türk Telekom Görüşü

21.07.2005 tarih ve 05-48/684-185 sayılı Tekel Sigara ve Tütün Pazarlama ve
Dağıtım Hizmetleri Görüşü

08.02.2006 tarih ve 07-13/94-M sayılı Antalya Hava Limanı Terminalleri Görüşü

23.03.2006 tarih ve 06-20/265-M sayılı Alanya Gazipaşa Havaalanı Görüşü

20.07.2006 tarih ve 06-53/690-M sayılı Zonguldak Çaycuma Havaalanı Görüşü

24.08.2006 tarih ve 06-59/776-M sayılı TUMAŞ-BUMAS-Beslen Görüşü

06.10.2006 tarih ve 06-71/950-M sayılı Halk Bankası Görüşü

22.01.2007 tarih ve 07-88/44-M sayılı Tekel Sigara Fabrikaları ve Markaları Görüşü

17.04.2008 tarih ve 08-29/348-M sayılı SASBAŞ Görüşü

Rekabet Kurumu Daire Görüşü

Rekabet Kurumu'nun 04.08.2004 tarihli 2. Daire Görüşü

Rekabet Kurulu Kararları

- 30.07.1998 tarih ve 77 sayılı POAŞ-I Kararı
- 24.09.1998 tarih ve 84/667-132 sayılı TEAŞ Kararı
- 03.08.2000 tarih ve 00-29/330-186 sayılı SEKA Kararı
- 03.11.2000 tarih ve 00-43/464-254 sayılı İGSAŞ Kararı
- 29.01.2004 tarih ve 04-09/77-19 sayılı Tüpraş-I Kararı
- 19.08.2004 tarih ve 04-56/765-192 sayılı Çankırı Tuz Kararı
- 25.10.2004 tarih ve 04-68/976-236 sayılı Turkcell-Telsim Kararı
- 21.07.2005 tarih ve 05-48/681-175 sayılı Türk Telekom Kararı
- 15.09.2005 tarih ve 05-58/855-231 sayılı Mersin Limanı Kararı
- 20.10.2005 tarih ve 05-70/967-261 sayılı İskenderun Limanı Kararı
- 21.10.2005 tarih ve 05-71/981-270 sayılı Tüpraş-II Kararı
- 10.11.2005 tarih ve 05-78/1064-302 sayılı Büyük Efes Oteli Kararı
- 08.12.2005 tarih ve 05-82/1120-321 sayılı Kaldırım Tuzla Kararı
- 08.12.2005 tarih ve 05-82/1121-322 sayılı Kayacık Tuzla Kararı
- 08.12.2005 tarih ve 05-82/1122-323 sayılı Yavşan Tuzla Kararı
- 20.12.2005 tarih ve 05-86/1192-344 sayılı Van Çimento Kararı
- 16.02.2006 tarih ve 06-13/155-39 sayılı Türk Telekom/Veri İletim Hizmeti Kararı
- 08.02.2007 tarih ve 07-13/112-33 sayılı TEİAŞ-Türk Telekom Kararı
- 22.03.2007 tarih ve 07-27/239-78 sayılı BUMAS Kararı
- 14.05.2007 tarih ve 07-40/444-169 sayılı Dekaş-Med Marine Kararı
- 05.06.2007 tarih ve 07-47/507-182 sayılı İzmir Limanı-I Kararı
- 20.06.2007 tarih ve 07-53/571-187 sayılı Türk Telekom/Hesaplı ve Standart Hatlar
Kararı
- 20.06.2007 tarih ve 07-53/615-204 sayılı İzmir Limanı-II Kararı
- 12.06.2008 tarih ve 08-39/514-189 sayılı Samsun Limanı Kararı
- 17.07.2008 tarih ve 08-45/625-237 sayılı SASBAŞ Kararı
- 31.07.2008 tarih ve 08-49/691-267 sayılı Ayvalık Tuzlası Kararı
- 11.09.2008 tarih ve 08-52/792-321 sayılı Türk Telekom/Uzak Mesafe Telefon
Hizmeti Kararı

18.09.2008 tarih ve 08-54/858-337 sayılı TOBB Kararı
25.09.2008 tarih ve 08-56/883-346 sayılı Radyo Nostalji Kararı
16.10.2008 tarih ve 08-58/928-374 sayılı Radyo Cool Kararı
16.10.2008 tarih ve 08-58/933-377 sayılı Çanakkale Liman İşletmesi Kararı
19.11.2008 tarih ve 08-65/1055-411 sayılı Türk Telekom-TTNet Kararı
27.11.2008 tarih ve 08-67/1087-421 sayılı Gala TV Kararı
04.12.2008 tarih ve 08-69/1131-445 sayılı Adabank Kararı
15.12.2008 tarih ve 08-71/1150-447 sayılı Bodrum Limanı Kararı
08.01.2009 tarih ve 09-01/2-2 sayılı İzmirgaz Kararı
18.02.2009 tarih ve 09-07/127-38 sayılı Türk Telekom/ADSL Kararı
13.04.2009 tarih ve 09-14/320-84 sayılı Avusturya Havayolları Kararı
03.06.2009 tarih ve 09-26/536-126 sayılı Türk Telekom/Veri Akış Erişimi Kararı
21.10.2009 tarih ve 09-48/1206-306 sayılı Türk Telekom/Jett ve Hatt Tarifeleri
Kararı
12.01.2010 tarih ve 10-04/36-16 sayılı Türk Telekom/Kiralık Devre Hizmetleri
Kararı
12.01.2010 tarih ve 10-04/39-19 sayılı Türk Telekom-TTNet Balıkesir Kararı
18.03.2010 tarih ve 10-24/327-115 sayılı BOTAŞ Kararı