

İDARE HUKUKU YAKLAŞIMIYLA REKABETİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'DA YAPISAL TEDBİRLER

*Structural Remedies in the Law on the Protection of Competition with the
Administrative Law Approach*

Mutlu KAĞITCIOĞLU*

Geliş Tarihi: 27.01.2021

Kabul Tarihi: 11.06.2021

ÖZET

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da, 24.06.2020 tarihinde yürürlüğe giren 7246 sayılı Kanun ile önemli değişiklikler yapılmıştır. Söz konusu değişikliklerin büyük bölümü, Avrupa Birliği rekabet mevzuatı ekseninde gerçekleştirilmiştir. Bu çerçevede Rekabet Kuruluna, Kanun'un belirli maddelerinin ihlalinin tespiti üzerinde yapısal tedbir kararı alma yetkisi verilmiştir. Kanun'un değiştirilen 9. maddesine göre, yapısal tedbirlere ancak daha önce getirilen davranışsal tedbirlerin sonuç vermediği hallerde başvurulur. İdare hukuku yönüyle incelendiğinde yapısal tedbirlerin, idari kolluk faaliyeti içerisinde ex post denetim sonucu tesis edilen bir idari işlem olduğu belirtilmelidir. İçerik olarak bakıldığında, yapısal tedbirlerin idari tedbir veya idari yaptırım niteliğinde değerlendirilmesine ilişkin yorum farklılıkları oluşabilecektir. Yapısal tedbirler, mülkiyet hakkı başta olmak üzere temel hak ve özgürlüklere müdahale eden bir ekonomik kolluk işlemidir. Böylesi ciddi ve ağır sonuçları olan idari kolluk işlemine ilişkin kanuni düzenlemenin, idari usul ve takdir yetkisinin kullanımı açısından belirsizlikler taşıdığı ifade edilmelidir.

Anahtar Sözcükler: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Rekabet Kurulu, yapısal tedbirler, davranışsal tedbirler, idari tedbirler.

ABSTRACT

Significant changes have been made in the Law No. 4054 on the Protection of Competition with Law No. 7246, which entered into force on 24.06.2020. Most of the said changes were made within the framework of the European Union competition legislation. In this context, the Competition Board has been given the authority to take a decision of structural remedy on violation of certain articles of the Law. With the amended article 9 of the Law, structural remedies are applied only in cases where the behavioral remedies introduced earlier have yielded no results. When examined from the administrative law aspect, it should be noted that the structural remedies are an administrative act taken as a result of an ex-post supervision established within the framework of administrative police activities. Considering the content, differences in interpretation may occur regarding the evaluation of structural remedies as administrative measures or administrative sanctions. Structural remedies are an economic police act that interferes with fundamental rights and freedoms, especially property rights. It should be stated that the legal regulation on administrative police act, which has such serious and severe consequences, has uncertainties in terms of administrative procedure and the use of discretionary power.

Keywords: Law on the Protection of Competition, Competition Board, structural remedies, behavioral remedies, administrative measures.

* Doç. Dr., Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, mutlukagitcioglu@gmail.com, ORCID ID: 0000-0001-8032-0976.

GİRİŞ

24.06.2020 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan, 7246 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ("7246 sayılı Kanun") ile 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da ("4054 sayılı Kanun") değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerle birlikte; taahhüt ve uzlaşma usullerinin öngörülmesi, "de minimis" istisnasının getirilmesi, idareye yerinde inceleme yetkisi verilmesi başta olmak üzere, idarenin ve teşebbüslerin bu alandaki faaliyetlerini etkileyen, Avrupa Birliği (AB) mevzuatıyla uyumlu yeni düzenlemeler yürürlüğe konulmuştur. Ayrıca bu değişiklikler, rekabetin korunması amacıyla görevli ve yetkili Rekabet Kurumunun idari teşkilat yapısına ve personeline yönelik düzenlemeler de içermektedir.

AB mevzuatına uyum sağlama çabası çerçevesinde 7246 sayılı Kanun ile getirilen önemli düzenlemelerden bir diğerini, Rekabet Kurulunun rekabet ihlaline son verme amacıyla "tedbir" ismi altında alacağı yeni kararlar oluşturmaktadır. Buna göre, 4054 sayılı Kanun'un değişen 9. maddesinde¹ "davranışsal ve yapısal tedbir" kavramlarına yer verilmiş ve idarenin söz konusu tedbir kararlarını uygulama esasları düzenlenmiştir. Çalışmamızda, 4054 sayılı Kanun'da yer verilen yapısal tedbir kararları, idare hukuku boyutuyla değerlendirilecek ve bu kararların uygulanması açısından çeşitli hukuksal tespitler ve öneriler getirilecektir.

I. EX POST DENETİMİN SONUCU OLARAK YAPISAL TEDBİRLER

4054 sayılı Kanun'un 27. maddesi uyarınca Rekabet Kurulu, Kanun'da düzenlenen hükümlerin ihlal edildiğinin tespit edilmesi üzerine, bu ihlallere son verilmesi için "gerekli tedbirleri" almakla görevli ve yetkilidir. Kanun'un geneli incelendiğinde Rekabet Kurulunun, öngörülen sebeplere dayanarak

¹ "İhlale Son Verme

Madde 9 – (Değişik birinci fıkrâ:16/6/2020-7246/3 md.) Kurul; ihbar, şikâyet ya da Bakanlığın talebi üzerine veya resen bu Kanunun 4 üncü, 6 ncı veya 7 nci maddelerinin ihlal edildiğini tespit ederse, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine rekabetin tesisi için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları ve teşebbüslerin belirli faaliyetlerini yahut ortaklık paylarını ya da mal varlıklarını devretmeleri şeklindeki yapısal tedbirleri nihai kararında bildirir. Davranışsal ve yapısal tedbirler, ihlalle orantılı ve ihlalin etkili biçimde sona erdirilmesi için gerekli olmalıdır. Yapısal tedbirlere ancak daha önce getirilen davranışsal tedbirlerin sonuç vermediği hallerde başvurulur. Davranışsal tedbirlerin sonuç vermediğinin nihai kararla tespit edilmesi halinde ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine yapısal tedbire uyması için en az 6 ay süre verilir.

Meşru bir menfaati olan gerçek ve tüzelkişiler şikayette bulunabilir.

Kurul, birinci fıkraya göre bir karar almadan önce ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine ihlale ne şekilde son vereceklerine ilişkin görüşlerini yazılı olarak bildirir.

Kurul, nihai karara kadar ciddi ve telafi olunamayacak zararların ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğu durumlarda, ihlalden önceki durumu koruyucu nitelikte ve nihai kararın kapsamını aşmayacak şekilde geçici tedbirler alabilir."

birtakım tedbirler alabildiği görülmektedir. Söz konusu tedbirler, kamu düzeni ihlali halinde bu düzeni onaran ve geri getiren nitelikte, idarenin alacağı *ex post* denetim faaliyetinin bir sonucudur. 4054 sayılı Kanun'da Rekabet Kurulunun bu kapsamda alabileceği kararlar, Kanun'daki ifadeleriyle şu şekilde sıralanabilir;

- “Davranışsal tedbirler” (m. 9)
- “Geçici tedbirler” (m. 9)
- “Yapısal tedbirler” (m. 9)
- “Diğer tedbirler” (m. 10, 11)

Ekonomik kamu düzenini sağlamakla görevli ve yetkili olan Rekabet Kurulu, rekabet ihlali halinde rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları içeren söz konusu kararları alabilir. Çalışmamızın temel konusu olan “yapısal tedbirler”, kanun koyucunun düzenleme şekli çerçevesinde idare hukuku boyutuyla ele alınacak ve benzer yöndeki diğer “tedbirler”le olan ilişkisi incelenecektir.

A. Yapısal Tedbirin Ön Koşulu: Davranışsal Tedbirlerin Sonuç Vermemesi

4054 sayılı Kanun'a göre yapısal tedbirlerin uygulanması için öngörülen ön koşul davranışsal tedbirlerin sonuç vermemesidir. Bu doğrultuda yapısal tedbir kararının alınmasını gerektiren ön koşul incelenecektir.

i. Davranışsal Tedbirlerin Kapsamı

7246 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemeye göre yapısal tedbirlere, ancak davranışsal tedbirlerin sonuç vermediği hallerde başvurulacaktır. Dolayısıyla yapısal tedbirin ön koşulunu “davranışsal tedbirlerin sonuç vermemesi” hali oluşturmaktadır. Davranışsal tedbirlerin sonuç verip vermediğinin tespiti idare tarafından yapılacaktır.

Kanun'da davranışsal tedbirlerin içeriğine yönelik özel bir düzenleme bulunmamaktadır. İlgili madde düzenlemesinin “*rekabetin tesisi için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışlar*” olarak davranışsal tedbirlerin kapsamını belirlediğini söyleyebiliriz. OECD'nin çalışmasından yola çıkarak davranışsal tedbirler, (behavioral remedies/non-structural remedies), teşebbüslere belirli bir eylemi gerçekleştirme konusunda olumlu bir yükümlülük getirerek veya belirli bir davranışta bulunmalarını yasaklayarak, onların rekabeti engelleme yeteneklerini kontrol etmeyi amaçlayan tedbirler olarak ifade edilebilir.² Davranışsal tedbirlerin kendi içinde de ayrımlar olduğu

² OECD, *The Divestiture of Assets as a Competition Remedy: Stocktaking of International Experiences*, s. 22, <https://www.oecd.org/daf/competition/divestiture-of-assets-competition-remedy-ENG-web.pdf> (Erişim Tarihi: 22.01.2021).

literatürde görülmektedir. Örneğin davranışsal tedbirler, belirli eylemleri gerçekleştirmeye yönelik olumlu bir yükümlülük olarak pozitif (olumlu) davranışsal tedbirler ve belirli bir şekilde davranma yasağı çerçevesinde negatif davranışsal tedbirler olarak sınıflandırılmaktadır.³

Davranışsal tedbir ile idare, teşebbüse yönelik bir nev'i “*emir*” veya “*yasak*” iradesini yansıtan kararlar alabilir. Sözleşme koşullarının değiştirilmesi veya geri çekilmesi, bir altyapıya erişim sağlama, fiyatların veya indirimlerin değiştirilmesi, sözleşmeyi feshetme, bilgi alışverişinde bulunma gibi davranışsal tedbir kararları⁴ kendi için idarenin emir veya yasak iradesini yansıtmaktadır. Davranışsal tedbirler sınırlayıcı olmamak şartıyla aşağıdaki yükümlülükleri içerebilir;

- Üçüncü şahıslara, belirli malları, hizmetleri veya teknoloji lisanslarını sağlama yükümlülüğü,
- Üçüncü şahıslara, ayrımcılık yapmadan belirli tesislere veya ağlara erişimini sağlama yükümlülüğü,
- Üçüncü şahıslara, belirli ürünleri geliştirme veya belirli hizmetleri sağlama yetenekleri için gerekli olan belirli bilgileri sağlama yükümlülüğü,
- Önceden müşterek olarak teklif edilen iki veya daha fazla malın ayırıştırma yükümlülüğü,
- Belirli hizmetleri bir malın satışına bağlamama yükümlülüğü,
- Belirli indirim programlarının teklifini durdurma yükümlülüğü,
- Müşteriler arasında fiyat ayırımı yapmama yükümlülüğü,
- Belirli bilgileri birkaç firma arasında veya tek bir firma içindeki iş birimleri arasında paylaşmama yükümlülüğü (bilgi güvenlik duvarları).⁵

“Çin Seddi”ne benzetilen davranışsal tedbirler, ilgili teşebbüsün; fiyatlar, tedarik yükümlülükleri, ürün özellikleri, sözleşmeler veya iç organizasyon önlemleri gibi pazardaki davranışıyla ilgili belirli eylemleri gerçekleştirmesini veya belirli eylemlerden kaçınmasını gerektirmektedir.⁶ Davranışsal tedbirlerin, teşebbüslerin pazar güçlerini kullanmalarını engellemeye odaklandığı ifade

³ OECD, **a.g.e.**, s. 24.

⁴ Mariusz Swora/Jacek Kamiński, “Bringing in Liquidity and Transparency when the Power Sector is Consolidated: The Duty to Trade on the Power Exchange”, **Review of Economics and Institutions**, Vol. 8, No. 1, Article 3, 2017, s. 10.

⁵ OECD, **Roundtable on Merger Remedies and Sanctions in abuse of Dominance Cases**, Note by the European Commission, 16.05.2006, https://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/2006_june_remedies_sanctions.pdf (Erişim Tarihi: 22.01.2021).

⁶ Cyril Ritter, “How Far Can the Commission Go When Imposing Remedies for Antitrust Infringements?”, **Journal of European Competition Law & Practice**, Vol. 7, No. 9, 2016, s. 595.

edilebilir. Bu yönüyle davranışsal tedbirlerin özel girişim özgürlüğü ve sözleşme özgürlüğü ile temas halinde olduğu belirtilmelidir.

ii. 7246 Sayılı Kanun Değişikliği Öncesi Dönemde Davranışsal Tedbirlerin Durumu

7246 sayılı Kanun değişikliği öncesinde 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 1. fıkrası şu şekilde idi;

“Kurul, ihbar, şikâyet ya da Bakanlığın talebi üzerine veya resen bu Kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerinin ihlal edildiğini tesbit ederse ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine bu Kanunun Dördüncü kısmında belirtilen hükümler çerçevesinde, rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir kararı bildirir.”

Mülga fıkra, davranışsal tedbir ibaresinin geçmediği görülmektedir. Ancak açık bir şekilde tedbir sözcüğü yer almasa da *“rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir karar”* ifadesi çerçevesinde 7246 sayılı Kanun değişikliğinden önceki dönemde de Rekabet Kurulunun davranışsal tedbir kararı verilebilmesinin mümkün olduğu belirlenebilir. Bu dönemde, ilgili madde fıkrasında ismen yer almasa da Rekabet Kurulunun davranışsal tedbirin içeriğine giren kararlar alma yetkisine sahip olduğu, 4054 sayılı Kanun'un 2. ve 27. maddeleri çerçevesinde mümkündür.

Mülga madde fıkrası çerçevesinde Rekabet Kurulunun, teşebbüslere ihlale son vermesi için her türlü davranışsal yükümlülük getirebileceği ve ihlale son verme adına her türlü davranışsal tedbire hükmetme yetkisine sahip olduğuna şüphe olmadığı öğretilmişir.⁷ Bu kapsamda Rekabet Kurulunun, hâkim durumdaki teşebbüslerin bağlama veya münhasırlık gibi rekabet bozucu uygulamalarını yasaklamak suretiyle yasaklayıcı tedbirlere başvurulabileceği gibi, teşebbüslere sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmesi gibi düzenleyici tedbirlere de başvurma yetkisine sahip olduğu açıklanmıştır.⁸

Bir Rekabet Kurulu kararının;

“Malların üretim ve arz miktarını fırınların bağımsız olarak bizzat tespit etmeleri gerekirken, 4054 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinin ikinci fıkrası (c) bendinde belirtilen fiili gerçekleştirmek suretiyle aynı maddenin birinci fıkrasında yer alan yasağı ihlal ettikleri belirlenen, yukarıda yer verilen

⁷ Aydın Öztunalı, **Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 164.

⁸ Sinan Bozkuş, **Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Durumunda Uygulanan Tedbirler**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 100, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2010, s. 66.

teşebbüs birliklerinin karar ve eylemleri ile fırın kapatmak veya fırınların üretim miktarını belirlemek suretiyle arz miktarını belirlememeleri, kendilerine üye fırınları da aralarında anlaşmalar yaparak veya uyumlu eylemlerle aynı fiili işlememeleri hususunda bilgilendirmeleri;

suretiyle ihlale son verilmesi gereğinin 4054 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesi uyarınca ilgili teşebbüs birliklerine bildirilmesine ..." şeklindeki sonuç kısmında davranışsal tedbir kararının örneği görülmektedir.⁹

Yine; "...Akdeniz Elektrik Dağıtım A.Ş., CK Akdeniz Elektrik Perakende Satış A.Ş. ve AK DEN Enerji Dağıtım ve Perakende Satış Hizmetleri A.Ş.'den oluşan dikey bütünleşik yapının 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde rekabet ihlali niteliğinde olan uygulamalarına son vermesi gerektiğine ..." şeklindeki karar ile de Rekabet Kurulunun davranışsal tedbir uyguladığı ifade edilebilir.¹⁰

B. Yapısal ve Davranışsal Tedbirlerin Temel Koşulu: İhlalin Tespiti

4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 1. fıkrasına göre Rekabet Kurulu; 4., 6. veya 7. maddelerinin ihlal edildiğini tespit ederse öncelikle davranışsal tedbirler uygular. Bu ihlalin tespiti, ihbar, şikâyet ya da Bakanlığın talebi üzerine veya Rekabet Kurulu tarafından re'sen yapılmaktadır. Kanun'a göre, meşru bir menfaati olan gerçek ve tüzelkişiler şikâyette bulunabilir. (m. 9/2) Bu açıdan hem yapısal tedbirin hem de davranışsal tedbirin uygulanmasındaki temel koşul, Kanun'un söz konusu maddelerinin ihlal edildiğinin idarece tespit edilmesi olarak belirlenebilir.

Davranışsal tedbir kararının sebep unsurunu ihlalin varlığı teşkil etmektedir. Kanun'un 4. maddesi, rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararların hukuka aykırı ve yasak olduğunu kabul ederken, buna ilişkin özellikli halleri ve ispat yükünü düzenlemiştir. Kanun'un 6. maddesi, hâkim durumun kötüye kullanılmasının hukuka aykırı ve yasak olduğunu belirlemiş ve özellikli halleri sıralamıştır. Kanun'un 7. maddesi ise hangi tür birleşme ve devralmaların hukuka aykırı ve yasak olduğunu belirlerken, Rekabet Kurulunun *ex ante* denetim yetkisi olan izin şartını öngörmüştür.

7246 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde esas alındığı ifade edilen AB'nin rekabet hukuku mevzuatına, tedbirler açısından değinmek gereklidir. Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma'nın ("The Treaty on the Functioning of the European Union") 101. ve 102. maddelerinde rekabet hukukuna yönelik olan düzenlemeler yanında, "Antlaşmanın (Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın)

⁹ Rekabet Kurulunun 99-49/536-337 sayılı ve 27.10.1999 tarihli kararı, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2000/10/20001004.htm#3> (Erişim Tarihi: 22.01.2021).

¹⁰ Rekabet Kurulunun 18-06/101-52 sayılı ve 20.02.2018 tarihli kararı, https://www.lexpera.com.tr/Appendix/REKABET_TR/RK801D20180220D2016123K180610152_259065230_1.pdf (Erişim Tarihi: 22.01.2021).

81 ve 82. Maddelerinde Belirtilen Rekabet Kurallarının Uygulanmasına İlişkin 16 Aralık 2002 tarih ve 1/2003/EC sayılı Konsey Tüzüğü (1/2003 sayılı Tüzük)¹¹ öne çıkmaktadır. 01.05.2004 tarihinde yürürlüğe giren 1/2003 sayılı Tüzük'ün 7. maddesine göre, işlenen ihlale orantılı ve ihlali etkin bir şekilde sona erdirmek için gerekli davranışsal ve yapısal tedbirlerin uygulamaya konulabileceği belirtilmiştir. Diğer taraftan 1/2003 sayılı Tüzük'te, yapısal tedbirlere ilişkin olarak öncesinde bir davranışsal tedbir kararı alma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu yönüyle, 7246 sayılı Kanun'da, esas alınan 1/2003 sayılı Tüzük'ten farklı bir yaklaşımın benimsendiği belirtilmelidir.

II. YAPISAL TEDBİRLERİN KAPSAMI

Yapısal tedbirler, “*teşebbüslerin belirli faaliyetlerini yahut ortaklık paylarını ya da mal varlıklarını devretmeleri*” şeklinde, 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 1. fıkrasında yer almaktadır. Kanun'da davranışsal tedbirde olduğu gibi yapısal tedbirler için de bir tanım getirilmemiştir. OECD'nin bir çalışmasında yapısal tedbirler (structural remedies) tüm bir iş biriminin devri de dahil olmak üzere, maddi veya maddi olmayan varlıklara ilişkin mülkiyet haklarının devredilmesiyle piyasanın yapısını etkin bir şekilde değiştiren bir önlemler olarak tanımlanabilir.¹²

Yapısal tedbirler, yasaklanan faaliyetlerin niteliğine göre kamu otoritesi tarafından farklı içerikte kararlar alınmasını sağlamaktadır. Bir tanıma göre yapısal tedbir, tüm bir iş biriminin devri de dahil olmak üzere, maddi veya maddi olmayan varlıklara ilişkin mülkiyet haklarının devredilmesi yoluyla piyasanın yapısını etkin bir şekilde değiştiren, eski ile gelecekteki mal sahibi arasında devam eden herhangi bir ilişkiye yol açmayan bir tedbirdir.¹³ 7246 sayılı Kanun değişikliği ile Rekabet Kurulunun uygulayacağı yapısal tedbirler ise teşebbüslerin;

- belirli faaliyetlerini yahut
 - ortaklık paylarını ya da
 - mal varlıklarını devretmeleri,
- şeklinde belirlenmiştir.

Yapısal tedbirler, piyasa gücünün yapısal nedenlerinin ortadan kaldırılmasına odaklanmaktadır. Yapısal tedbirlerin, genellikle tarafların devam eden faaliyetlerinin tamamının ya da bir kısmının elden çıkarılması yoluyla piyasayı yeniden yapılandırmayı amaçlarken, davranışsal tedbirlerin

¹¹ Council Regulation (Ec) No 1/2003 of 16 December 2002 on the Implementation of the Rules on Competition Laid Down in Articles 81 and 82 of the Treaty, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001&from=EN> (Erişim Tarihi: 22.01.2021).

¹² OECD, The Divestiture of Assets as a Competition Remedy: Stocktaking of International Experiences, s. s. 25.

¹³ OECD, Roundtable on Merger Remedies and Sanctions in abuse of Dominance Cases, s.7.

fiyat kontrolleri, ayrımcılık karşıtı hükümler gibi araçlarla piyasa yapısındaki değişimi kontrol etmeyi amaçladığı ifade edilmiştir.¹⁴

4054 sayılı Kanun'daki düzenleme değerlendirildiğinde, davranışsal tedbirlere göre yapısal tedbirlerin, temel hak ve özgürlükler alanına doğrudan müdahaleler içerdiği belirtilebilir. Yapısal tedbirler, özel girişim özgürlüğü ve sözleşme özgürlüğü yanında mülkiyet hakkıyla da ilişkilidir. Örneğin, birleşmelerde uygulanan “ayrıştırma” (divestiture), bir rekabet sorununu önlemek için birleşen teşebbüslerin belirli faaliyetlerinin, ortaklık paylarının vs. üçüncü bir tarafa devredildiği yaygın bir tedbirdir. Birleşmelerde uygulanan davranışsal tedbirler, birleşen teşebbüslerin sözleşmelerine yönelik kısıtlamalar içerebilirken; yapısal tedbirler birleşmeye dahil olan teşebbüslerin işletmelerinin elden çıkarılmasını içerebilmektedir.¹⁵

4054 sayılı Kanun'da yapısal tedbir konusu olabilecek kararlar sınırlandırılırken, davranışsal tedbirlerin konusunu belirlemede ise idarenin takdir yetkisi daha geniş tutulmuştur. Ancak rekabetin denetlenmesine dair uluslararası mevzuat incelendiğinde farklı türde kararların da yapısal tedbirlerin konusuna girebildiği belirtilmelidir. Örnek olarak payların bir kısmının veya tamamının elden çıkarılması, teşebbüsün veya varlıkların organize edilmiş kısmının elden çıkarılması, bağlı ortaklığın elden çıkarılması, şirketin bölünmesi vs.¹⁶ Bu tedbirler konusu gereği, davranışsal tedbirlerden farklı olarak bir idarenin sonrasında bir izlemeyi gerektirmediği “tek seferlik” kararlar olarak nitelendirilmektedir.¹⁷ Davranışsal tedbirlerin esnekliği ve tersine çevrilebilirliği, onları değişen piyasa gerçekleriyle başa çıkmada rekabet otoritesi için üstün araçlar haline getirirken; yapısal tedbirler genellikle geri döndürülemezdir. Bu açıdan beklenen faydaları sağlamadığı tespit edilirse veya teşebbüslere aşırı yük bindirdiği tespit edilse dahi yapısal tedbirler değiştirilemez nitelikteki tedbirler olarak ortaya çıkmaktadır.

Kanun koyucu, 4054 sayılı Kanun'daki yapısal tedbiri “son çare” olarak düşünmüştür. Davranışsal tedbirlerin sonuç vermediğinin nihai kararla tespit edilmesi halinde ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine yapısal tedbire uyması için en az altı ay süre verilmesi söz konusudur. Kanun koyucu, davranışsal tedbir uygulanmadan doğrudan yapısal tedbir uygulanmasını kabul etmemiştir.

¹⁴ Ömer Volkan Yazar, **Rekabeti Kısıtlayıcı Birleşme ve Devralmalarda Yapısal Çözümler**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No:168, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2020, s. 4. Müellif burada tedbir yerine “çözüm” sözcüğünü kullanmıştır.

¹⁵ OECD, **Merger Remedies**, 2003, s. 108, <https://www.oecd.org/competition/mergers/34305995.pdf> (Erişim Tarihi: 04.01.2021).

¹⁶ Swora/Kamiński, **a.g.m.**, s. 10.

¹⁷ Frank P. Maier-Rigaud, “Behavioural versus Structural Remedies in EU Competition Law”, Ed. Philip Lowe, Mel Marquis/Giorgio Monti, **European Competition Law Annual 2013, Effective and Legitimate Enforcement of Competition Law**, 2016, s. 209.

AB antitröst politikasının, davranışsal çözümlerin yapısal çözümlerin üzerinde uygulanmasına öncelik verdiği, çünkü antitröst soruşturmalarının tipik olarak doğası gereği davranışsal olan ihlallerle ilgili olduğu; öte yandan Amerika Birleşik Devletleri'nde, basit ve nispeten kolay uygulanmaları nedeniyle yapısal tedbirlerin tercih edildiği öğretilerde belirtilmektedir.¹⁸ 7246 sayılı Kanun değişikliğinin sebebi olan 1/2003 sayılı Tüzük'te AB politikasındaki bu önceliğin izdüşümü bulunmaktadır. Tüzük'te yapısal tedbirlerin, yalnızca eşit derecede etkili davranışsal tedbir bulunmadığında veya eşit derecede etkili davranışsal tedbirin ilgili teşebbüs için yapısal tedbirden daha külfetli olacağı durumlarda uygulanabileceği öngörülmüştür. Böylece teşebbüs için davranışsal tedbir daha külfetli olacağı durumda yapısal tedbir kararı alınabilmesi imkânı öngörülmüştür. Oysa 7246 sayılı Kanun'la getirilen düzenlemede, Rekabet Kurulunun yapısal tedbir uygulayabilmesi öncesinde bir davranışsal tedbir uygulaması koşuluna bağlanmıştır. 1/2003 sayılı Tüzük'te, söz konusu koşulun bulunmamasının nedeni esasen kendi içinde tutarlıdır. Zira davranışsal tedbirlerin; gereksiz işlem maliyetleri ortaya çıkarabildiği, verim olmadığında maliyetli olduğu, üçüncü şahıslara potansiyel zarar verebildiği ve rekabet etme teşvikini azaltabildiği yönünde farklı dezavantajları da içerdiği belirtilmektedir.¹⁹ Davranışsal çözümün uygulanıp uygulanmadığının devamlı izlenme gerekliliği de rekabet otoriteleri için önemli bir maliyet kaynağı olabileceği ileri sürülmektedir.²⁰ 1/2003 sayılı Tüzük, davranışsal tedbirler ve yapısal tedbirler arasında bir öncelik sıralaması yapmamıştır. Bu yönüyle Tüzük'ün çizdiği sınırlarla tedbir türünü belirlemede idareye verdiği seçme hakkının, 4054 sayılı Kanun'da yer verilmemesi eleştirilebilir.

A. Yapısal Tedbir Kararlarının Alınmasındaki Diğer Usul Kuralları

1/2003 sayılı Tüzük'te yer almayan bir süre koşulu da 7246 sayılı Kanun'la getirilen düzenlemede öngörülmüştür. Buna göre, yapısal tedbire uyulması için teşebbüs veya teşebbüs birliklerine en az altı ay süre verilmesi şeklinde bir koşul getirilmiştir. Dolayısıyla teşebbüsün, rekabetin tesisi için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları yerine getirmesi ve faaliyetlerini yahut ortaklık paylarını ya da mal varlıklarını devretmesi için en az altı aylık süresi bulunmaktadır.

¹⁸ Sherzod N. Tashpulatov, "The Impact of Behavioral and Structural Remedies on Electricity Prices: The Case of the England and Wales Electricity Market", *Energies*, MDPI, Open Access Journal, Vol. 11(12), 2018, s. 2. Bununla birlikte AB Birleşme Yönetmeliği kapsamında hareket ederken ise bunun tam tersi bir yaklaşım içerisinde olduğu da öğretilerde ifade edilmiştir, Peter Lexiadis/Elsa Sependa, "Structural Remedies Under European Union Antitrust Rules", *Competition Law Journal*, Structural Remedies: A Unique Antitrust Tool, Concurrences 2-2013, s. 23.

¹⁹ Swora/Kamiński, *a.g.m.*, s. 10.

²⁰ Cihan Bilaçlı, *Rekabeti Kısıtlayıcı Birleşme ve Devralmalarda Davranışsal Çözümler*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No:147, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2017, s. 12.

İdarenin yapısal tedbir kararı alması bakımından Rekabet Kurulunun “ara kararı” ve “nihai kararı” şeklinde 4051 sayılı Kanun'dan doğan bir ayrıma da işaret etmek gerekmektedir. Kanun'un 9. maddesindeki tedbirlerin uygulanma zamanı açısından işaret edilen kilit kavram “nihai karar”dır. “*Nihai Karar*” başlıklı Kanun'un 48. maddesinde sadece kararın alınma usulü açısından düzenlenmiştir. Kanun'un 51. maddesinin son fıkrasındaki “*Nihai karar haricindeki diğer kararlar ve özellikle tedbir ve tavsiye niteliğindeki kararlar ve işlemler için ...*” ifadesi sebebiyle, Rekabet Kurulunun idari tedbir kararlarının nihai karar olamayacağı söylenebilir. Ancak 9. maddenin yeni halinde, yapısal tedbirlerin nihai kararda bildirileceğinden ve davranışsal tedbirlerin sonuç vermediğinin nihai kararla tespit edilmesinden bahsedilmektedir. Bu durumda yapısal tedbir kararının nihai karar şeklinde alınacağı ifade edilebilir. Davranışsal tedbirin ise hangi kararla alınacağı konusunda madde metninde açık bir ifade bulunmamaktadır. Öte yandan yapısal tedbir kararı alma usulü konusunda bir belirsizlik de bulunmaktadır. Öncelikle davranışsal tedbir kararının (ara karar veya nihai karar) alınması, sonrasında davranışsal tedbirin sonuç vermediğinin nihai kararla tespiti, akabinde ise yapısal tedbirin nihai kararla alınması şeklinde bir süreçten bahsedilebilir mi? Sonuç olarak 7246 sayılı Kanun'un değişiklik metni kendi içinde belirsiz bir idari usul süreci yaratmıştır. Bu idari sürecin, adsız düzenleyici işlemler kategorisine giren ikincil mevzuat ile aydınlatılabileceğini düşünüyoruz. Ancak bu durumda dahi sürece dair genel esasların 4054 sayılı Kanun'da düzenlenmemesini bir eksiklik olarak değerlendiriyoruz.

Ekleme gerekir ki, terminoloji açısından nihai kararları veya tedbir kararları arasındaki ayrımın, idari işlem teorisi bakımından ise bir anlamı bulunmamaktadır. Her ikisi de bir idari işlem olan nihai karar veya tedbir kararı, idari işlemin haiz olduğu özellikleri taşıdığı surette idari dava konusu edilebilecektir.

B. 7246 sayılı Kanun Değişikliği Öncesi Dönemde Yapısal Tedbirlerin Durumu

7246 sayılı Kanun öncesindeki dönemde, yapısal tedbirlerin konusunu oluşturan kararların 4054 sayılı Kanun'da yer almadığı görülmektedir. Rekabet Kurulunun, 16.06.2011 tarihinde yayımladığı ve adsız düzenleyici işlem niteliğindeki “Birleşme/Devralma İşlemlerinde Rekabet Kurumunca Kabul Edilebilir Çözümlere İlişkin Kılavuz” da “*çözümler*” sözcüğü ile davranışsal ve yapısal çözümlerden bahsedilse de farklı idari usul ve esaslara tabi olduğundan (tarafarca önerilmesi gibi), bu çözümlerin 7246 sayılı Kanun'la getirilen tedbirlerle aynı hukuki niteliğe sahip olmadığını ifade etmek gerekmektedir. Öte yandan, Kanun'da açıkça düzenlenmese de 7246 sayılı Kanun değişikliği öncesindeki 9. madde düzenlemesinin, kendisine yapısal tedbir kararı alma

yetkisini verdiğini ifade eden bir Rekabet Kurulu kararı söz konusudur. Rekabet Kurulu söz konusu kararında, 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 1. fıkrasında;

“ ‘Kurul, ihbar, şikayet ya da Bakanlığın talebi üzerine veya resen bu Kanun'un 4, 6 ve 7. maddelerinin ihlal edildiğini tespit ederse ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine bu Kanun'un dördüncü kısmında belirtilen hükümler çerçevesinde, rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir kararı bildirir.’ şeklinde açıkça yer verildiği üzere Kurulun yapısal tedbirler alma konusunda tam yetkili kılınmıştır.” şeklinde değerlendirme yapmıştır.²¹

7246 sayılı Kanun öncesindeki dönemde verilen bu karar, Rekabet Kurulunun 4054 sayılı Kanun'da açıkça tanınmayan bir yetkiyi kendinde görmesi anlamına geldiği belirtilerek eleştirilmiştir.²² Öğretide Aslan, 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 1. fıkrası uyarınca Kurul'un davranışsal tedbirler alabileceğini ancak yapısal tedbirler almaya yetkisinin olmadığını ifade etmiştir.²³ Benzer yönde, yapısal bir tedbir olan ayırıştırmanın, 4054 sayılı Kanun'un 4 ve 6. maddelerinin ihlali nedeni ile Kanun'un 9. maddesi kapsamında öngörülememesi gerektiği belirtilmiştir.²⁴ Nitekim Rekabet Kurulunun bir kararındaki karşı oyda, “işletmelerdeki hisselerinizi satın veya işletmeleri paylaşın” şeklindeki yapısal tedbiri almaya veya böyle bir sonuca götürecek kararı vermeye 4054 sayılı Kanun'un imkan tanımadığı açıklanmıştır.²⁵

Bir başka çalışmada, 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesindeki birleşme ve devralmalarda Rekabet Kurulunun yapısal tedbirler almasının kolay olduğu; ancak 4. ve 6. maddeler bakımından yapısal tedbir kararı almaya ne ölçüde muktedir olduğu ve bunun ne şekilde uygulanabileceğinin çok tartışmalı olduğu söylenmiştir.²⁶ Nitekim farklı bir görüşte, 4054 sayılı Kanun'da sadece birleşme ve devralma işlemleri bakımından yapısal tedbirlerin (ele geçirilen her türlü payın veya malvarlığının eğer mümkünse eski maliklerine

²¹ Rekabet Kurulunun 12-10/328-98 sayılı ve 08.03.2012 tarihli kararı, <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=68b0aca9-4d90-4748-b6a5-74809edf3c49> (Erişim Tarihi: 22.01.2021).

²² Bozkuş, a.g.e., s. 66.

²³ Yılmaz Aslan, **Rekabet Hukuku, Teori-Uygulama-Mevzuat**, 4. Bs., Ekin Yayınevi, Bursa, 2007, s.801.

²⁴ Mahmud Esad Özek, **Elektronik Haberleşme Sektöründe Ayırıştırma Uygulamaları ve Türk Telekom Özelleştirmesi**, Yüksek Lisans Tezi, Yayımlanmamış, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı İdare Hukuku Bilim Dalı, 2016, s. 60.

²⁵ Rekabet Kurulunun 02-06/51-24 sayılı ve 01.02.2012 tarihli kararı, <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=8079180b-c9fb-4211-a7b3-8f65edef5828> (Erişim Tarihi: 22.01.2021).

²⁶ Öztunalı, a.g.e., s. 165-166.

iadesi, bu mümkün olmadığı takdirde üçüncü kişilere temlik ve devri gibi açıklıkça düzenlendiğine ve bu tedbirlere Rekabet Kurulunun uygulamalarında başvurulduğuna işaret edilmiştir.²⁷

4054 sayılı Kanun yürürlüğe girdiği tarihten bu yana 11. madde bir değişime uğramamıştır. Söz konusu 11. maddenin 1. fıkrasının b bendine göre; birleşme veya devralmanın 7. maddenin 1. fıkrası kapsamına girdiğine karar verilmesi, yani hukuka aykırı ve yasak bir birleşme veya devralma olması halinde, Rekabet Kurulu para cezası ile birlikte;

- Birleşme veya devralma işleminin sona erdirilmesine;
- Hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmiş olan tüm fiili durumların ortadan kaldırılmasına;
- Şartları ve süresi Rekabet Kurulu tarafından belirlenecek şekilde ele geçirilen her türlü payın veya mal varlığının eğer mümkünse eski maliklerine iadesine, bu mümkün olmadığı takdirde üçüncü kişilere temlikine ve devrine;
- Bunların eski malik veya üçüncü kişilere temlik edilmesine kadar geçen süre içinde devralan kişilerin devralınan teşebbüslerin yönetimine hiçbir şekilde katılamayacağına;
- Ve gerekli gördüğü diğer tedbirlerin alınmasına karar verir.

Söz konusu tedbirler arasında sayılan “*şartları ve süresi Kurul tarafından belirlenecek şekilde ele geçirilen her türlü payın veya mal varlığının eğer mümkünse eski maliklerine iadesine, bu mümkün olmadığı takdirde üçüncü kişilere temlikine ve devrine*” şeklindeki bir karar, birleşme ve devralma işlemleri için ayırıştırma olarak ele alınabilecek yapısal bir tedbir karakterine dönüşebilme ihtimalini taşımaktadır. Çünkü burada davranışsal tedbirden farklı olarak tek seferde uygulanarak sonuç doğuran ve 7246 sayılı Kanun'daki pay veya malvarlığı devri şeklindeki bir kapsama sahip olan tedbir mekanizması söz konusudur.

Tabi buradaki asıl sorun mülkiyet hakkına müdahale niteliğindeki bir idari kararın, tedbir olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorunudur. Zira, 7246 sayılı Kanun ile “yapısal tedbir” şeklindeki sözcük grubuna yer verilip verilmemesi o kararının hukuki niteliğini değiştirmeyecektir. Aşağıda ifade edeceğimiz üzere idari yaptırım ve idari tedbirler arasındaki ayrım oldukça siliktir. Bu doğrultuda eğer 7246 sayılı Kanun'da yapısal tedbir olarak kabul edilen kararlar sadece birer “tedbir”den ibaret ise, lafzi olarak açıkça ifade edilmese de 7246 sayılı Kanun'un yürürlüğü önceki dönemde, 11. maddenin 1. fıkrasının b bendine göre Rekabet Kurulunun yapısal tedbir kararı alma

²⁷ Şirin Güven, “Açıklamalar”, Rekabet Derneği'nin 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Çalışmaları Webinarı, **Rekabet Forumu, Hukuk-Ekonomi-Politika**, S. 136, Temmuz 2020, s.33.

yetkisinin bulunduğu ifade edilebilir. Ancak 7246 sayılı Kanun'da yapısal tedbir olarak kabul edilen kararlar birer “yaptırım” olarak değerlendirilir ise 11. maddenin 1. fıkrasının b bendine göre ,7246 sayılı Kanun'un yürürlüğü önceki dönemde Rekabet Kurulunun aldığı kimi kararların idari yaptırım olarak ele alınması söz konusu olacaktır.

III. YAPISAL TEDBİR KARARI İLE BAĞLANTILI OLAN KARARLAR: GEÇİCİ TEDBİRLER VE GÖRÜŞ BİLDİRME

4054 sayılı Kanun'da yapısal ve davranışsal tedbirlerle benzer bir şekilde, Rekabet Kurulunun ex post denetimi sonucunda aldığı geçici tedbir ile görüş bildirme şeklinde aldığı kararlara yer verilmiştir. Bu kararların, yapısal tedbirlerden farkı bu başlıkta değerlendirilecektir.

A. Geçici Tedbirler

4059 sayılı Kanun'un 9. maddesinin son fıkrasında geçici tedbirlerden bahsetmiştir. Buna göre Rekabet Kurulu, nihai karara kadar ciddi ve telafi olunamayacak zararların ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğu durumlarda, ihlalden önceki durumu koruyucu nitelikte ve nihai kararın kapsamını aşmayacak şekilde geçici tedbirler alabilir. Kanun'un değerlendirilmesinden, geçici tedbirlerin ara karar şeklinde alınması gerektiği anlaşılmaktadır. Öğretide geçici tedbir kararının, “ihtiyadi tedbir” kararı olarak da nitelendirildiği görülmektedir.²⁸

Yargı kararlarında geçici tedbir niteliğindeki Rekabet Kurulu kararlarının örneklerine rastlamak mümkündür. Örneğin Danıştaya yansıyan bir uyuşmazlıkta, “... *şikayetçiye ihlalden önceki duruma uygun ve durumu koruyucu nitelikte olmak üzere günlük 300 ton klinkerin 29 ABD doları fiyatla sağlaması yolunda*” bir geçici tedbir kararının verildiği görülmektedir.²⁹ Danıştay bu kararında geçici tedbirin, sadece ihlalden önceki durumun iadesini sağlayıcı, ihlalin devamını önleyici nitelikte olması gerektiğini vurgulamıştır.³⁰ Yüksek Mahkeme, geçici tedbir kararının, yasak faaliyetleri icra eden teşebbüsleri ihlalden önceki şartlara taşımak yerine, onları cezalandırma amacını taşıyacak bir karar olmadığını işaret etmiştir.

²⁸ Ali Kaya, **Rekabet Hukukunda Ayrımcılık Suretiyle Hakim Durumun Kötüye Kullanılması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 311.

²⁹ Danıştay 13. Dairesi, T. 26.12.2006, E. 2005/132, K. 2006/4944, <https://www.lexpera.com.tr> (Erişim Tarihi: 16.12.2020).

³⁰ Burada dava konusu geçici tedbir kararı; çimento satışı işi ile iştigal eden şirket tarafından dilekçe ile, kendilerine klinker sağlayan davacı şirketin arz kısıtlaması ve mal talebini caydırıcı fiyatlandırma yaparak mamul madde olan çimento pazarındaki rekabeti engellemeye çalıştığı, doğması muhtemel, ciddi ve telafi olunamayacak zararların önlenmesi amacıyla davacı şirketin klinker sağlamaya devam etmesini teminen geçici tedbir kararı alınması talebinde bulunması üzerine alınmıştır.

Bir başka Danıştay kararında “9-25 Şubat 2007 tarihleri arasında taraflarca belirlenecek fuar sürecine yönelik olarak 1 ve 2 nolu holler için diğer salonların 2007 yılı kiralamasında dikkate alınan ekonomik ölçütlerin dikkate alınması” şeklinde bir geçici tedbir kararı dava konusu edilmiştir. Mahkeme ise “... verilen kararlar kısa süreli olan fuarda kiralamanın hangi koşullarda yapılacağı belirlenmek suretiyle dönüşü olmayan inşai bir durum yaratılması, nihai karar aşamasında ihlalin olmadığı yolunda bir karara varılması durumunda şikâyet edilen yönünden güç durumlar doğacağı ihtimali, 4054 sayılı Yasanın ihlâl edildiğinin tespiti halinde ise Yasada öngörülen para cezalarının uygulanabileceği ve şikâyetçinin zararlarını tazmin olanağının bulunduğu gözönüne alındığında, dava konusu kararın verilecek nihai karardan daha fazla etkiye sahip olduğu” gerekçesiyle dava konusu kararın geçici tedbir niteliği taşımadığını saptamıştır.³¹

B. Görüş bildirme

4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 3. fıkrasına göre, Rekabet Kurulunun 1. fıkraya göre bir karar almadan önce ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine ihlale ne şekilde son vereceklerine ilişkin görüşlerini yazılı olarak bildireceği de kabul edilmiştir. Bu yönde örnek bir kararı Danıştaya yansıyan bir uyuşmazlıkta verebiliriz;

“... Otomotiv San. ve Tic. AŞ.'nin başvurusuna ilişkin olarak, ... Otomotiv San. ve Tic. AŞ.'ye 4054 sayılı Kanun'un 9/3. maddesi uyarınca ... Otomotiv San. ve Tic. AŞ.'nin özel servisinde ... marka araçların bakım onarımında kullanmak üzere talep ettiği yedek parçaların yetkili servislerce satışını engellemesi durumunda, haklarında 4054 sayılı Kanun kapsamında işlem başlatılacağı yönünde görüş bildirilmesini ...”³²

Mahkeme söz konusu kararında, Kanun'un 9. maddesinin 3. fıkrasındaki görüş bildirimini hususunu şu şekilde açıklamıştır: İhlalin tespit edilememesi ve önaraştırma aşamasında ihlal konusu olayın tamamen açıklığa kavuşturulması imkânının varlığı ihtimalinde; ihlalin soruşturma açılmasını gerektirmeyecek ölçüde hafif olması ve/veya soruşturma açılmadan da ihlalin tüm etkileriyle ortadan kaldırılabileceği ya da ihlalin tüm etkileriyle sona erdirilmiş ve *antirekabetçi* zararın telafi edilmiş olması veya yapısal engeller ve yasal düzenlemeler nedeniyle rekabete tam olarak açılmamış pazarlarda ihlal oluşturabilecek davranışların saptanması halinde, Rekabet Kurulunun soruşturma açılmasına gerek olmaksızın Kanun'da öngörülen diğer tedbirlere başvurabileceği de açıktır. Bu noktada yapılan önaraştırma kapsamında ihlal

³¹ Danıştay 13. Dairesi, T. 16.01.2009, E. 2006/5600, K. 2009/568, <https://www.lexpera.com.tr> (Erişim Tarihi: 16.12.2020).

³² Danıştay 13. Dairesi, T. 31.03.2015, E. 2011/339, K. 2015/1257, <https://www.lexpera.com.tr> (Erişim Tarihi: 17.12.2020).

tespit edilememekle birlikte teşebbüslerin Rekabet Kurulu kararı sonrasındaki dönemde rekabetin korunması hakkında dikkat edilmesi gereken hususlar, Kanun'un 9. maddesinin 3. fıkrası kapsamında bildirebilir.

IV. İDARI YAPTIRIM VE TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER KESİŞİMİNDE YAPISAL TEDBİRLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yapısal tedbirler, gerek idarenin ekonomik kolluk faaliyetinin sonucu olarak bir ihlalin karşılığında uygulanan idari işlem olması vesilesiyle idari yaptırım kavramıyla ilişkili olduğu gibi; devletin ekonomiye müdahalesi niteliğinde kararlar olduklarından temel hak ve özgürlükler yönüyle de ele alınması gereken idari kararlardır.

A. İdari Yaptırım Kavramı Açısından Yapısal Tedbirler

İdarenin ex post denetim faaliyetinin temel sonuçları, idari tedbirler ve idari yaptırımlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak idari tedbir ve idari yaptırımlar arasındaki ilişki, idare hukukunda belirsiz ve tartışmalı bir alan olarak kalmaya devam etmektedir. Başta mevzuattan kaynaklı olmak üzere yargı kararlarında, idarenin işlemlerinde ve öğretide bu konuda farklı bakış açıları bulunmaktadır. Örneğin; ihalelere katılmaktan yasaklama kararını Anayasa Mahkemesi idari tedbir olarak ele almışken³³, Danıştay, bu kararın idari yaptırım niteliğinde olduğunu ifade etmiştir.³⁴

Öncelikle terminoloji açısından bir *karmaşa* halinin bulunduğu belirtilmelidir. Tedbir ve yaptırım kavramları birbirinin yerine kullanılmaktadır. Bu alanda genel kanun niteliğindeki 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 16. maddesinde kabahatler karşılığında uygulanacak olan idari yaptırımlar, idari para cezası ve idari tedbirler olarak kabul edilmiştir. Kanun'daki idari tedbirler ise mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirler olarak gösterilmiştir. Rekabet Kurulu, yukarıda yer verilen kararında “*Yapısal Yaptırım Uygulama Yetkisi*” başlığı altındaki değerlendirmede “*yapısal tedbirler alma*” ifadesini kullanmıştır.³⁵ 1/2003 sayılı Tüzük'ün 7. maddesinde kullanılan “remedies” sözcüğü karşılığı, 4054 sayılı Kanun'da tedbir olarak yer almıştır. Rekabet terimleri sözlüğünde³⁶ remedies sözcüğü, çözümler/tedbirler/koşullar sözcükleriyle eşleştirilmiştir. 7246 sayılı Kanun öncesindeki döneme

³³ Anayasa Mahkemesi, T. 14.01.2010, E. 2007/68, K. 2010/2, RG. 28.04.2010/27565.

³⁴ Danıştay 13. Dairesi, T. 25.12.2012, E. 2011/4274, K. 2012/4033, <https://www.lexpera.com.tr> (Erişim Tarihi: 14.01.2021).

³⁵ Rekabet Kurulunun 12-10/328-98 sayılı ve 08.03.2012 tarihli kararı, <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=68b0aca9-4d90-4748-b6a5-74809edf3c49> (Erişim Tarihi: 22.01.2021).

³⁶ Rekabet Terimleri Sözlüğü, Rekabet Kurumu, 2019, [https://www.rekabet.gov.tr/\(X\(1\)S\(btc0eomrt04k35zdrannrkb0\)\)/tr/Sayfa/Yayinlar/rekabet-terimleri-sozlugu/terimler-listesi?listedeAra=tedbir](https://www.rekabet.gov.tr/(X(1)S(btc0eomrt04k35zdrannrkb0))/tr/Sayfa/Yayinlar/rekabet-terimleri-sozlugu/terimler-listesi?listedeAra=tedbir) (Erişim Tarihi: 06.01.2021).

baktığımızda Birleşme/Devralma İşlemlerinde Rekabet Kurulunca Kabul Edilebilir Çözümlere İlişkin Kılavuzu'nda, Rekabet Kurulunun söz konusu Kılavuz'da “tedbir” yerine “çözüm” sözcüğünü kullandığı görülmektedir. Yine önceki dönemde çalışmalarda, “davranışsal yaptırımlar” ve “yapısal yaptırımlar” ya da “davranışsal çözümler” ve “yapısal çözümler” şeklinde kullanımlar da tercih edilmiştir.³⁷

“Bir hukuk kaidesinin muhtevi bulunduğu emir yahut yasağa uygun hareketi sağlayan vasıta”³⁸ olarak tanımlanan yaptırım, bir hukuk kuralının ihlali sebebiyle uygulanan, zorlama ve cezalandırma iradesini yansıtan sonuçlardır. İdari yaptırımlar; kanunun açıkça yetki verdiği ve yasaklamadığı durumlarda, araya yargı kararı girmeden, idarenin doğrudan doğruya bir işlemi ile ve idare hukukuna özgü usullerle uyguladığı yaptırımlar olarak tanımlanabilir.³⁹ İdari tedbir ise kural olarak, kamu düzeninin ihlalinin önce uygulanan, önleyicilik, caydırıcılık ve engelleyicilik özelliğine sahip niteliğine sahip idari işlemlerdir. Dolayısıyla idari tedbirler, idari yaptırım kararlarının alınması yani ihlalin önlenmesi için bir *emniyet supabı* işlevi gören, idari yaptırımın uygulanma sebebi gerçekleşmeden devreye sokulan kararlardır. Bu anlamda öğretide farklı görüşler olmakla birlikte idari tedbirlerin, idari yaptırımların bir türü olarak değerlendirilemeyeceği düşüncesindeyiz.⁴⁰

Anayasa Mahkemesi, Anayasa madde 38'de yer alan ceza hukuku ilkelerinin idari yaptırımlar açısından uygulanmasını öngörmüştür.⁴¹ Dolayısıyla idari tedbir ve idari yaptırım ayrımı, uygulanacak hukuk bakımından önem taşımaktadır. Yapısal tedbirlerde bu ayrım iki farklı yönden yapılabilir; 4054 sayılı Kanun'a göre faaliyetin, ortaklık payının ve malvarlığını devri bir tedbir

³⁷ Özge Karaege, **Fikri Mülkiyet Hukukunda Esaslı Unsur Doktrini**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 167 vd.; Yazar, **a.g.e.**, s. 3 vd.

³⁸ Feyyaz Gölcüklü, “İdari Ceza Hukuku ve Anlamı”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C.18, S. 2, 1963, s.117.

³⁹ İl Han Özey, **İdari Yaptırımlar, Kurumsal Bir Deneme**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1985, s. 35. Anayasa Mahkemesi kararında verilen tanım şu şekilde örnek verilebilir: “Öğretide de kabul edildiği gibi, idarenin bir yargı kararına gerek olmaksızın yasaların açıkça verdiği bir yetkiye dayanarak idare hukukuna özgü yöntemlerle, doğrudan doğruya uyguladığı yaptırımlara ‘idari yaptırım’ denilmektedir.”, Anayasa Mahkemesi, T. 21.09.2004, E. 2002/100, K. 2004/109, RG. 04.08.2006/26249.

⁴⁰ Farklı yöndeki görüşler için bkz. Ali D. Ulusoy, **İdari Yaptırımlar**, On İki levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 11 vd. Bir çalışmada “önleyici idari yaptırımlar” olarak idari tedbirler değerlendirilmiştir, Aydın Akgül, **Sermaye Piyasası Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008, s. 122. Bir diğer görüşe göre idari tedbirler, önleyici nitelikteki idari yaptırımlar olarak ifade edilmekle birlikte, bazı idari tedbirlerde ortada yapılmış icrai nitelikte bir yaptırım olmadığı ve bu durumlarda yaptırım niteliğini taşımayan idari tedbirlerden söz edilebilecektir, Melikşah Yasin, **Sermaye Piyasası Kurulu ve İşlemleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 207 vd.

⁴¹ Anayasa Mahkemesi, T. 10.01.2013, E. 2012/93, K. 2013/8, RG. 28.03.2013/28601.

olarak düzenlenmiştir. Bu doğrultuda yapısal tedbir kararı, hem özel girişim özgürlüğüne hem de mülkiyet hakkına doğrudan müdahale etmektedir. Yapısal tedbir kararına uyulmadığı durumda ise Rekabet Kurulu, idari yaptırım kararı alacaktır. Tabi burada belirsiz olan husus, idari tedbirlerde idari yaptırımların yararlandığı ceza hukuku ilkelerinin geçerli olup olmadığıdır. Yukarıda yer verdiğimiz Anayasa Mahkemesi kararında belirtildiği üzere, suçta ve cezada kanunilik ilkesi, ölçülülük ilkesi, cezaların şahsiliği ilkesi, ne (non) bis in idem ilkesi gibi ilkelerin idari yaptırımlarda uygulanmaktadır. İdari tedbirlerde ise idari işlemler için öngörülen genel hukuka uygunluk ölçütlerinin ve varsa o alana ilişkin spesifik idari usul kurallarının uygulanmasının yeterli olacağı belirtilmektedir.⁴² Bu durumda 4054 sayılı Kanun'daki yapısal tedbirler, idari yaptırım olarak düzenlenmediğinden ceza hukuku ilkelerinin uygulama alanı bulamayacağı ileri sürülebilir. Zira Kanun'un 9. maddesi göz önüne tutulduğunda, yapısal tedbirlerin idari yaptırım kararlarından önce uygulanması gereği ortaya çıkmaktadır.

Nitekim 7246 sayılı Kanun'la getirilen düzenlemelerin kamuoyunda eleştirilmesi akabinde Rekabet Kurulu; "*Rekabet Kurumunun 'ortaklık payını ya da malvarlığını devret' diyebileceği, Kurumun bu tedbire ihbar, şikâyet, bakanlık talebi üzerine veya resen karar verebileceği, iktidara itiraz edenlerin yargılanmasında kullanışlı bir işlev gören ihbar ve şikâyet yolunun sermaye şirketlerine doğru da sopya dönüşeceği*" şeklinde belirttiği iddialara karşı getirdiği açıklamada, yapısal tedbire uyulmaması halinde de el koyma, zorla sattırma gibi bir yetkinin değil idari para cezası yaptırımının söz konusu olacağını belirtmiştir.⁴³

Öte yandan, 4054 sayılı Kanun'un 11. maddesinde, para cezası ile birlikte, ele geçirilen her türlü payın veya mal varlığının eski maliklerine iadesine veya üçüncü kişilere temlikine ve devrine ve gerekli görülen diğer tedbirlerin alınmasına karar verileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu madde uyarınca idari yaptırım ve idari tedbir kararları aynı anda alınabilmektedir. Ayrıca Danıştayın yaklaşımı çerçevesinde bir idari işlemin hukuki niteliğinin belirlenmesinde işlemin isminden ziyade içeriğinin dikkate alınması gerektiğinden, yapısal tedbir olarak alınan kararın bir idari yaptırım niteliğine sahip olduğu da ileri sürülebilecektir. Yine "Otonom kavramlar doktrini" uyarınca İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi bir idari yaptırımı, iç hukuktaki nitelendirmelerle bağlı kalmayarak ve "suç isnadı" kavramını geniş şekilde ele alarak, adil yargılanma hakkının ihlali yönüyle ele alabilmektedir.⁴⁴ Benzer yönde, yakın tarihte

⁴² Ulusoy, a.g.e., s. 23.

⁴³ Kamuoyu Açıklaması (5.6.2020), <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Guncel/kamuoyu-aciklamasi-292c0e7644a7ea11811b00505694b4c6> (Erişim Tarihi: 14.01.2021).

⁴⁴ İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, T. 08.07.1976, Başvuru No. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, Cour (Plénière), Engel c. Pays-Bas, <http://hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/001-62037?TID=ihgdqbxnfi> (Erişim Tarihi: 08.01.2021).

Anayasa Mahkemesi de Rekabet Kurulu tarafından verilen idari para cezasını, lehe olan kanunun uygulanma ilkesi yönünden suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı bulmuştur.⁴⁵ Bu yönlerden bakıldığında yapısal tedbirlerin, idari yaptırım niteliğine sahip oldukları ve Anayasa'nın 38. maddesindeki ceza hukuku güvencelerinden yararlanma imkânının olduğu da ileri sürülebilmesinde hukuki dayanaklar mevcuttur. Kanun'da orantılılık ilkesinin gözetilmesi, tedbir kararının bir *ceza* olarak algılanmasının önüne geçebilecek midir? "Tedbir" ismi altında düzenlese de faaliyetin, ortaklık payının ve malvarlığının devri şeklindeki bir yapısal tedbir kararının, teşebbüsle ilgili özel girişim özgürlüğü ve mülkiyet hakkını sınırlandırdığı unutulmamalıdır.

B. Temel Hak ve Özgürlüklere Müdahale Açısından Yapısal Tedbirler

İdari tedbir ve idari yaptırım kavramları bakımından farklı değerlendirmelere açık olsa da yapısal tedbirlerin, temel hak ve özgürlükler alanını sınırlandıran bir idari işlem olduğu sabittir. Bu yönüyle somut olayda uygulanan yapısal tedbirlerin, Anayasa'nın 13. maddesine uygunluk testinden geçirilmesi gerekmektedir. Çünkü, temel hak ve özgürlüklerin bir kolluk işlemi ile sınırlandırıldığı her durumda Anayasa madde 13 de uygulama alanı bulmalıdır. Yapısal tedbir kararının alınmasında, bir kolluk işlemi ve özel olarak ekonomik kolluk işlemi olarak, Anayasa'nın 13. maddesindeki ilkeler gözetilmelidir.

Kanun koyucu yapısal tedbirleri sınırlı olarak sıralamıştır. Bu yönüyle hem kanunilik hem de hukuki belirlilik ilkeleri karşılanmaktadır. Muhatapı üzerinde ciddi hukuksal sonuçlar doğuran söz konusu tedbirlerin, ikincil mevzuata bırakılmaması hukuka uygun bir yaklaşımdır.⁴⁶ İdare hürriyeti bağlayıcı bir ceza vermemekle birlikte, idari tedbir veya idari yaptırım kararları ile kimi zaman yöneldiği özne açısından ağır ve ciddi sonuçlar yaratabilmektedir. Dolayısıyla, kanunilik ilkesinin sağlanması Anayasa'nın 35 ve 48. maddelerine uygun düşeceği gibi, Anayasa'nın 123. maddesinde ifade edilen idarenin kanuniliği ilkesini de gözetecektir. Öte yandan, yapısal tedbir kararı verilirken kullanılan takdir yetkisinin oluşumunda, tarafların dinlenme ilkesi ve savunma ilkesinin madde metninde öngörülmemesinin hukuken belirsiz bir alan ortaya koyduğu da belirtilmelidir.

Davranışsal ve yapısal tedbirlerin, ihlalle orantılı ve ihlalin etkili biçimde sona erdirilmesi için gerekli olmasına 4054 sayılı Kanun'da işaret edilmiştir.

⁴⁵ Anayasa Mahkemesi, T. 17.06.2020, Başvuru No. 2016/8342, Onmed Tıbbi Ürünler Paz. ve Dış. Tic. Ltd. Şti. Başvurusu, RG. 20.09.2020/31260.

⁴⁶ Danıştay, idarenin kanuni belirleme ve dayanak olmadan herhangi bir davranışın yaptırım gerektirdiğini takdir edip kendi düzenleme yetkisi çerçevesinde bu konuda kural koyması hukuk devleti ilkesine uygun düşmeyeceğinden, bir satış belgesinin askıya alınması veya iptal edilmesi yolundaki idari yaptırım uygulanmasına ilişkin dava konusu yönetmelik hükmünü kanuna aykırı bulmuştur. Danıştay 13. Dairesi, T. 25.12.2006, E. 2005/9375, K. 2006/4919, <https://www.lexpera.com.tr> (Erişim Tarihi: 14.01.2021).

Ölçülülük ilkesi açısından bakıldığında, orantılılık ve gereklilik ilkeleri ilgili madde metninde sağlanmıştır. Elverişlilik unsuru yönünden ise bir ifade yer almamaktadır.⁴⁷ Ölçülülük ilkesi (principe de proportionnalité) kanunların uygulanmasında kişilerin hak alanına karışan işlemler yapılması söz konusu olduğunda, bunun öngörülen amaçla orantılı olmasını, yapılacak işlemin gerçekten gerekli olmasını ve nihayet işlemin en elverişli biçimde yapılmasını ifade eder.⁴⁸ Hem 1/2003 sayılı Tüzük'te hem de 4054 sayılı Kanun'un ilgili maddesinde idarenin tedbir uygulama yetkisi, orantılılık ilkesi ile sınırlıdır. Bu çerçevede bir ihlali sona erdirmek için teşebbüse uygulanan tedbirin amaca ulaşmak için uygun ve gerekli olması, yani ihlal edilen kurallara uygunluğun yeniden tesisini aşmamasını gerekir.⁴⁹ Tüzük'ün giriş bölümünde (m. 12), ihlal gerçekleştirilmeden önce teşebbüsün yapısındaki değişikliklerin, yalnızca teşebbüsün yapısından kaynaklanan kalıcı veya tekrarlanan bir ciddi ihlal riski bulunduğu durumlarda orantılı olacağı belirtilmiştir.

Rekabet Kurulu, kamuoyundaki eleştirilere cevap verdiği açıklamasında; AB Komisyonu tarafından yapısal çözümler eşit derecede etkili davranışsal çözüm bulunmadığı veya eşit derecede etkili davranışsal çözüm yolunun ilgili teşebbüs için yapısal çözümden daha külfetli olacağı durumlarda doğrudan doğruya emredilebildiği halde ülkemiz için bu yöntem tercih edilmemiş olduğunu; ihlal tespiti üzerine öncelikle davranışsal tedbirlerin uygulanmasının, bunların da sonuç vermediğinin yeni bir soruşturma sonucunda tespit edilmesi üzerine yapısal tedbirlerin bildirilmesinin, bu durumda da orantılılık ve zorunluluk ilkelerine uyumlu olunmasının hüküm altına alındığını belirtmiştir.⁵⁰ Aynı metinde; fiili durumda bir soruşturmanın ortalama 1,5 yıl sürdüğünü; ilk soruşturmada doğrudan yapısal tedbir öngörülemediğini; ikinci soruşturmanın sonunda yine aynı ihlal riskinin ilgili teşebbüsün mevcut yapılanmasından kaynaklı olarak devam ettiği sonucuna ulaşılması halinde bu tedbirin gündeme gelebileceğini belirtmiştir. Bu durumda dahi yapısal tedbirin yalnızca zorunluluk arz eden kısımlarla ilgili ve ihlalle orantılı düzeyde olacağını açıklamıştır.

⁴⁷ “Ölçülülük ilkesi elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik öngörülen müdahalenin ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, gereklilik ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını, orantılılık ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir.”, Anayasa Mahkemesi, T. 10.10.2018, Başvuru No. 2017/23849, Mars Sinema Turizm ve Sportif Tesisler İşletmeciliği A.Ş. Başvurusu, RG. 12.12.2018/30625.

⁴⁸ Tekin Akıllıoğlu, **Yönetim Önünde Savunma Hakları**, TODAİE, Ankara, 1983, s. 93.

⁴⁹ Per Hellström/Frank P. Maier-Rigaud/Friedrich Wenzel Bulst, “Remedies in European Antitrust Law”, **The Antitrust Law Journal**, Vol. 76, 2009, s. 49

⁵⁰ Bkz. dp. 43.

7246 sayılı Kanun'un gerekçesinde, yapısal tedbirlerin “istisnai bir yetki” olduğu ve bu açıdan teşebbüslere “hukuki güvence” tanıdığı belirtilmiştir. Davranışsal tedbirlerin sonuç vermediği hallerde başvurulabilecek yapısal tedbirin, istisnai bir yetki olarak hukuki güvenceyi sağladığı ifadesi kanımızca sıkıntılıdır. Zira idari tedbirlerin uygulanma gerekçelerine bakıldığında, hangi türde olursa olsun tedbir kararı alma yetkisi olağan bir yetkidir ve takdir yetkisine dayanır. Yapısal tedbir kararının sebep unsurunun belirlenmesinde, Rekabet Kurulunun takdir yetkisinin Kanun'da çizilen çerçevede oldukça geniş olduğu belirtilmelidir. Bununla birlikte Kanun metninde yapısal tedbir için “başvurulabilir” yerine “başvurulur” sözcüğünün tercih edilmesi de diğer bir soru işaretidir. Bu tercih, metinde yeterlilik fiili kullanılmadığından, davranışsal tedbirin sonuç vermediği durumda yapısal tedbire başvurmanın zorunlu olduğu yorumuna götürmektedir. Bu zorunluluk dışında takdir yetkisi, davranışsal tedbirin sonuç verip vermediği ve hangi yapısal tedbire başvurulacağı hususlarında önem kazanacaktır.

Yapısal tedbirlere yönelik getirilen eleştirilerde, idareye, mülkiyet hakkına Anayasa'ya aykırı olarak müdahale yetkisinin verilmesi üzerinde durulmaktadır. Özellikle 7246 sayılı Kanun'un yapım sürecindeki meclis komisyonlarında verilen muhalefet şerhlerinde mahkeme kararı olmaksızın yapısal tedbir kararı alınmasının, Anayasa'nın mülkiyet hakkına dair maddesine aykırı düştüğü belirtilmiştir.⁵¹ Bu konuda belirtmek gerekir ki, ekonomik kamu düzeninin sağlanması amacıyla düzenleyici ve denetleyici kurum, diğer ismiyle bağımsız idari otorite olan Rekabet Kurumunun, özel girişime yönelik kolluk tedbirleri ve yaptırımları uygulaması bu kurumun var oluş sebebidir. Mülkiyet hakkına yönelik müdahaleler sadece Rekabet Kurumuna değil, ekonomik kamu düzeninin diğer sektörlerindeki idareler için de örneğin Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Sermaye Piyasası Kurulu gibi benzer yetkiler kanunlarda tanınmıştır. Dolayısı ile idari tedbirlerin ve idari yaptırımların en önemli özelliği olan yargı kararına dayanmaksızın tesis edilebilmeleri, bu yetkilerin alınmasında da mahkeme kararı alınması sonucunu doğurmayacaktır. Ancak yargı kararının aranmaması, böylesi ağır yetkilerin kullanılmasında temel hak ve özgürlüklerin korunmasına dair hukuki güvencelerin de önemi daha fazla artırmaktadır.

Yapısal tedbirlerin konu unsuru olan üç karar da mülkiyet hakkını sınırlandıran idari işlemlerdir. Rekabet hukukunun kendine özgü dinamiği içinde bu tedbir kararlarının alınması bir ihtiyaç olarak görülebilir ki 7246 sayılı Kanun'un gerekçesinden anlaşılacağı üzere, uluslararası mevzuatın da

⁵¹ Malatya Milletvekili Bülent Tüfenkci ve 110 Milletvekilinin Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/2875) ve Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporu, s. 24 vd., 51. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss215.pdf> (Erişim Tarihi: 08.01.2021).

öngördüğü bir yetki kullanımı söz konusudur. Tabii burada hukuk normunun sadece pozitif hukuk açısından değerlendirilmesi eksik bir değerlendirme olacaktır. Günün sonunda uygulamada ortaya çıkan yapısal tedbir kararını somut olaya özgü olarak da değerlendirmek gerekecektir. Anayasal ilkelere ve Kanun'daki esaslara uygun olarak alınan bir yapısal tedbirin, teoride hukuka uygun olacağı inancı muhakkaktır. Çünkü burada teşebbüsün mülkiyeti, kamu düzeninin korunması amacıyla sınırlandırılacaktır.

Rekabet Kurulunun yapısal tedbir kararı, onun ekonomik kolluk yetkisinin kullanımının bir sonucudur. Bu yetki ise ekonomik kamu düzeninin korunması ve kollanması amacıyla, Anayasa'nın 167. maddesi gereğince tanınmış bir yetkidir. Dolayısıyla Rekabet Kurulunun var oluş sebebi gereği alacağı tedbir ve yaptırım kararları kamu yararına, ekonomik kamu düzeninin ve rekabetin korunması amaçlarıyla bağlı olacaktır. Bu amaçlar ile bireysel (teşebbüs) yararın korunması amaçlarının dengelenmesi, Rekabet Kurulunun takdir yetkisinin belirtilen ilke ve esaslara uygun olarak kullanılmasıyla sağlanacaktır. 4054 sayılı Kanun'un en önemli özelliklerinden biri, Danıştay tarafından ifade edildiği gibi⁵² "özel bir idari usul yasası" olarak tasarlanması, Rekabet Kurulunun görev ve yetkilerini kullanırken izleyeceği usullerin ayrıntılı olarak kanun hükmüne bağlanmıştır. Anayasal ilkelere ve Kanun'daki esaslara aykırı olarak alınan, kamu yararı, ekonomik kamu düzeninin ve rekabetin korunması amacıyla alınmayan yapısal tedbir kararı, idarenin takdir yetkisini sakatlayacağı gibi işlemin sebep ve konu unsuru ile amaç unsurunu da sakatlayacaktır. Ancak ifade etmek gerekir ki, yapısal tedbirlerin uygulanmasına ilişkin idari usul kanun koyucu tarafından ihmal edilmiştir.

Yapısal tedbir kararlarının içeriğine benzer olan bankacılık mevzuatında tedbir olarak öngörülen banka devri, işlem yasaklama gibi kimi idari işlemlerle, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne ek 1 Numaralı Protokolün mülkiyetin korunmasına ilişkin 1. maddesinin ihlal edildiğine yönelik İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararları bulunmaktadır.⁵³ Mahkeme; mülkiyet hakkına yapılan müdahalede, hukuka uygunluğun, kamu yararının ve hak sahibi ile toplumun yararı arasında adil bir dengenin varlığının belirlenmesi gerektiğini işaret etmektedir. Yapısal tedbirin hukuka uygunluk testinden geçmesi için söz konusu ölçütler en nihayetinde takdir yetkisinde somutlaşmaktadır. Bu açıdan

⁵² Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, T.08.04.2010, E. 2006/2169, K. 2010/562, <https://www.lexpera.com.tr> (Erişim Tarihi: 19.01.2021).

⁵³ İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, T. 23.10.2012, Başvuru No. 6334/05, *Affaire Süzer et Eksen Holding A.Ş. c. Turquie*, [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-113828"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{) (Erişim Tarihi: 12.01.2021); İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, T. 21.07.2014, Başvuru No. 31833/06 ve 37538/06, *Case of Cingilli Holding A.Ş. and Cingilloğlu v. Turkey*, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["CINGILLI"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"itemid":\["001-159592"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (Erişim Tarihi: 12.01.2021).

da Rekabet Kurulunun yapısal tedbir gibi aldığı kararların arka planındaki dinamiğini, düzenleyici ve denetleyici kurum olarak kamu tüzel kişiliği ve sahip olduğu özerklik oluşturmaktadır.

7246 sayılı Kanun'a ilişkin mecliste verilen muhalefet şerhlerinde ise Rekabet Kurulunun fiilen idari özerkliğini yitirdiği ifade edilmiştir.⁵⁴ Konumuzu aşmamak adına belirtmek gerekir ki Kurul'un takdir yetkisini, "Kurum görevini yaparken bağımsızdır. Hiçbir organ, makam, merci ve kişi Kurumun nihai kararını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremez." hükmüne bağlı olarak kullanması kendi kuruluş kanununun gereğidir. Danıştay da Rekabet Kurulu gibi üst kurulların özerk olduklarını ve merkezi idarenin hiyerarşi ve idari vesayet denetimine tabi tutulmadıklarına işaret etmiştir.⁵⁵ İdareye kamu düzeninin korunması amacıyla ve kamu yararı doğrultusunda tanınan yapısal tedbir gibi etkisi büyük kararların, bu kurumların her türlü baskı gruplarından, siyasetten ve özel kişilerin telkini altında kalmadan, bağımsız ve tarafsız karar vereceği anlayışına dayalı olduğu belirtilmelidir. Avrupa Konseyi'nin İyi İdare Konusunda Üye Devletlere CM/REC (2007) 7 sayılı Tavsiye Kararının 5. maddesinde, idarenin takdir yetkisini kullanırken, kararının özel kişilerin hak ve menfaatleri üzerindeki her türlü olumsuz etkisi ile takip ettiği amaç arasında uygun bir denge sağlaması ve aldığı hiçbir önlemin aşırı olmaması öngörülmüştür.⁵⁶

Dolayısıyla, devletin ekonomiye müdahalesinin bir yöntemi olan idarenin ekonomik kolluk faaliyeti içinde yapısal tedbirler, kamu hukuku ve ekonomi ekseninde var olan ihtiyaç üzerine kurgulanmışlardır. Ancak bu ihtiyacın gerekliliği, *hukuka uygunluk bloku* dediğimiz ilke ve kurallara bağlanmıştır. Rekabetin korunması amacıyla özel hukuk kişilerine uygulanacak ve temel hak ve özgürlükleri etkileyecek yapısal tedbir uygulama yetkisinin, anayasal ilkelere uygun olarak kullanılması gerekmektedir. Bu doğrultuda 4054 sayılı Kanun'da yapısal tedbir kararlarının alınmasına yönelik idari usul açısından zayıf görülebilecek düzenlemelerdeki eksikliğin giderilmesi yönünde çalışmalar yapılmasını önerebiliriz.

⁵⁴ Malatya Milletvekili Bülent Tüfenkci ve 110 Milletvekilinin Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/2875) ve Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporu, s. 24, 31-32; Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanağı 27. Dönem 3. Yasama Yılı 98. Birleşim 11/Haziran/2020 Perşembe, s. 120-121; https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=23459&P5=H&page1=121&page2=121 (Erişim Tarihi: 12.01.2021).

⁵⁵ Danıştay 5. Dairesi, T. 07.11.2008, E. 2006/532, K. 2008/5466. <https://www.lexpera.com.tr> (Erişim Tarihi: 19.01.2021).

⁵⁶ Council of Europe, Recommendation CM/Rec (2007) 7 of the Committee of Ministers to Member States on Good Administration, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d5bb1 (Erişim Tarihi: 21.01.2021).

SONUÇ

4051 sayılı Kanun'da, özellikle AB rekabet hukuku mevzuatıyla uyum sağlama gerekçesi ile 7246 sayılı Kanun'la değişiklikler yapılmıştır. Değişikliklerden bir bölümünü, idarenin bu alandaki denetim faaliyetine yönelik alacağı kararlar oluşturmaktadır. Bu doğrultuda 4051 sayılı Kanun'da, teşebbüs veya teşebbüs birliklerine yönelik ex post denetim faaliyetinin bir sonucu olarak Rekabet Kuruluna yapısal tedbirler uygulama yetkisi verilmiştir. Rekabet Kurulu, Kanun'da öngörülen koşullar çerçevesinde yapısal tedbirlere başvuracaktır. Yapısal tedbirlerin varlığı, 7246 sayılı Kanun'daki değişikliklerin de kaynağı olan AB mevzuatına dayanmaktadır. Ancak çalışmamızda değerlendirdiğimiz üzere, Türk hukukunda öngörülen yapısal tedbirler ile AB mevzuatındaki yapısal tedbirlere yönelik düzenlemelerin birebir örtüşmediği görülmektedir. AB mevzuatından farklı olarak 4051 sayılı Kanun'da idarenin yapısal tedbir uygulayabilmesi, öncesinde bir davranışsal tedbir uygulaması koşuluna bağlanmış ve bir süre sınırı getirilmiştir. Bu açıdan, tedbir türünü belirlemede idareye bir seçme hakkı tanınmaması eleştirilebilir.

Öte yandan, yapısal ve davranışsal tedbir kararlarının alınmasında izlenecek idari usulün belirlenmesinde Kanun'da bir boşluk olduğu belirtilebilir. Türk idare hukuku açısından idari usul konusundaki belirsizliğin ortaya çıkardığı hukuki sorunlar düşünüldüğünde, 4051 sayılı Kanun'da bu konuda bir düzenleme boşluğuna yer verilmemesi düşünülebilirdi. Bu gerekliliğin, Rekabet Kurumunun adsız düzenleyici işlemleriyle doldurulmasının ise kanunilik ilkesini karşılamayacağı belirtilmelidir. Ayrıca Kanun'da geçen geçici tedbirlerin, davranışsal tedbirlerin ve diğer tedbirlerin nelerden oluşacağı hususunda bir belirsizlik vardır. Örneğin davranışsal tedbir veya yapısal tedbir geçici tedbir olarak da uygulanabilir mi? Geçici tedbirler ile birlikte incelendiğinde, Kanun'un 9. maddesindeki idari tedbirlere yönelik belirlilik ve öngörülebilirlik açısından sorunlar olduğu tespit edilebilir.

Yapısal tedbirler, "tedbir" sözcüğü ile idari tedbirler kategorisinde ele alınabilir de içeriği bakımından temel hak ve özgürlüklere doğrudan müdahale getirmektedir. Bu bakımdan, idare hukukumuzda belirsiz ve tartışmalı diğer bir konu olan idari tedbir ve idari yaptırım kavramlarıyla birlikte ele almak gerekecektir. Özellikle yargı önüne taşınan uyuşmazlıklarda, idare hukuku ilkeleri yanında ceza hukuku ilkelerinin de bu "tedbirler" için işletilip işletilemeyeceği yönünde bir tartışma doğabilecektir. Mülkiyet hakkı başta olmak üzere, temel hak ve özgürlüklere yönelik ciddi sonuçlar doğurabilecek yapısal tedbirler, idarenin ekonomik kolluk yetkisini kullanımının bir sonucudur. Bu minvalde, yapısal tedbir kararlarının, anayasal ilkelere ve kanuna dayanılarak kullanılması gerektiği ilk başta belirtilebilir bir olgudur. Dolayısıyla doğrudan bir temel hak ve özgürlüğe müdahale getiren yapısal tedbir kararlarında, amaç ve araç arasındaki adil ve makul bir dengeyi

aşmayacak şekilde idarenin takdir yetkisini kullanması esas olmalıdır. Bu nedenle Rekabet Kurulunun bir idari tedbir tasarımı yapabilmesi, ihlali iyi bir şekilde tanımlamış ve tespit etmiş olmasına bağlıdır. Rekabeti tesis eden etkili bir hukuk yolunun teşebbüse empoze edilmesi için idarenin, farklı hukuki dengeleri hassas bir terazide gözetmesi gerektiği hususu, yapısal tedbirler konusunda ön plana çıkmaktadır.

KAYNAKÇA

- Akgül, Aydın, **Sermaye Piyasası Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008.
- Akıllıoğlu, Tekin, **Yönetim Önünde Savunma Hakları**, TODAİE, Ankara, 1983.
- Bılaçlı, Cihan, **Rekabeti Kısıtlayıcı Birleşme ve Devralmalarda Davranışsal Çözümler**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Yılmaz Aslan, **Rekabet Hukuku, Teori-Uygulama-Mevzuat**, 4. Bs., Ekin Yayınevi, Bursa 2007.
- Bozkuş, Sinan, **Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Durumunda Uygulanan Tedbirler**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 100, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2010.
- Council of Europe, Recommendation CM/Rec (2007) 7 of the Committee of Ministers to Member States on Good Administration, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d5bb1 (Erişim Tarihi: 21.01.2021).
- Council Regulation (Ec) No 1/2003 of 16 December 2002 on the Implementation of the Rules on Competition Laid Down in Articles 81 and 82 of the Treaty, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001&from=EN> (Erişim Tarihi: 22.01.2021).
- Gölcüklü, Feyyaz, “İdari Ceza Hukuku ve Anlamı”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C.18, S. 2, 1963.
- Güven, Şirin, “Açıklamalar”, Rekabet Derneği'nin 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Çalışmaları Webinarı, **Rekabet Forumu, Hukuk-Ekonomi-Politika**, S. 136, Temmuz 2020.
- Hellström, Per/Maier-Rigaud, Frank P./Bulst, Friedrich Wenzel, “Remedies in European Antitrust Law”, **The Antitrust Law Journal**, Vol. 76, 2009.
- Kamuoyu Açıklaması (5.6.2020), <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Guncel/kamuoyu-aciklamasi-292c0e7644a7ea11811b00505694b4c6> (Erişim Tarihi: 14.01.2021).

- Karaege, Özge, **Fikri Mülkiyet Hukukunda Esaslı Unsur Doktrini**, Legal Yayinevi, İstanbul, 2010.
- Kaya, Ali, **Rekabet Hukukunda Ayrımcılık Suretiyle Hakim Durumun Kötüye Kullanılması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Lexiadis, Peter/Sependa, Elsa, “Structural Remedies Under European Union Antitrust Rules, **Competition Law Journal**, Structural Remedies: A Unique Antitrust Tool, Concurrences 2-2013.
- Maier-Rigaud, Frank P., “Behavioural versus Structural Remedies in EU Competition Law”, Ed. Philip Lowe, Mel Marquis/Giorgio Monti, **European Competition Law Annual 2013, Effective and Legitimate Enforcement of Competition Law**, 2016.
- Malatya Milletvekili Bülent Tüfenkci ve 110 Milletvekilinin Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/2875) ve Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporu, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss215.pdf> (Erişim Tarihi: 08.01.2021).
- OECD, **Merger Remedies**, 2003, <https://www.oecd.org/competition/mergers/34305995.pdf> (Erişim Tarihi: 04.01.2021).
- OECD, **Roundtable on Merger Remedies and Sanctions in abuse of Dominance Cases**, Note by the European Commission, 16.05.2006, https://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/2006_june_remedies_sanctions.pdf (Erişim Tarihi: 22.01.2021).
- OECD, **The Divestiture of Assets as a Competition Remedy: Stocktaking of International Experiences**, <https://www.oecd.org/daf/competition/divestiture-of-assets-competition-remedy-ENG-web.pdf> (Erişim Tarihi: 22.01.2021).
- Özay, İl Han, **İdari Yaptırımlar, Kurumsal Bir Deneme**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1985.
- Özek, Mahmud Esad, **Elektronik Haberleşme Sektöründe Ayrıştırma Uygulamaları ve Türk Telekom Özelleştirmesi**, Yüksek Lisans Tezi, Yayımlanmamış, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı İdare Hukuku Bilim Dalı, 2016.
- Öztunalı, Aydın, **Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması**, Seçkin Yayinevi, Ankara, 2014.
- Ritter, Cyril, “How Far Can the Commission Go When Imposing Remedies for Antitrust Infringements?”, **Journal of European Competition Law & Practice**, Vol. 7, No. 9, 2016.

- Swora, Mariusz/Kamiński, Jacek, “Bringing in Liquidity and Transparency when the Power Sector is Consolidated: The Duty to Trade on the Power Exchange”, **Review of Economics and Institutions**, Vol. 8, No. 1, Article 3, 2017.
- Tashpulatov, Sherzod N., “The Impact of Behavioral and Structural Remedies on Electricity Prices: The Case of the England and Wales Electricity Market”, **Energies**, MDPI, Open Access Journal, Vol. 11(12), 2018.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanağı 27. Dönem 3. Yasama Yılı 98. Birleşim 11/Haziran/2020 Perşembe, https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=23459&P5=H&page1=121&page2=121 (Erişim Tarihi: 12.01.2021).
- Ulusoy, Ali D., **İdari Yaptırımlar**, On İki levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Yasin, Melikşah, **Sermaye Piyasası Kurulu ve İşlemleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.
- Yazar, Ömer Volkan, **Rekabeti Kısıtlayıcı Birleşme ve Devralmalarda Yapısal Çözümler**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No:168, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2020.