

ALİ İLİCAK • FEVZİ TOKSOY
FUAT OĞUZ • MURAT ÇOKGEZEN

DÜZENLEYİCİ KURUMLAR VE HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ

DÜZENLEYİCİ
KURUMLAR
VE
HUKUKUN
ÜSTÜNLÜĞÜ



Kingdom of the Netherlands



Friedrich Naumann
STIFTUNG

FÜR DIE FREIHEIT

Özgürlük Araştırmaları Derneği

Düzenleyici Kurumlar ve Hukukun Üstünlüğü

Yazarlar: Ali İlicak, Fevzi Toksoy, Fuat Oğuz, Murat Çokgezen

© 2016 Özgürlük Araştırmaları Derneği

Basım Tarihi: Nisan 2016

Yayına Hazırlayan: **Medeni Sungur**

Redaksiyon: **İsrafil Özkan**

Son Okuma: **Adem Kurt**

Kapak Tasarımı: **Mustafa Aslan**

Dizgi: **Faruk Akhan**

Bu kitap Hollanda Büyükelçiliği Matra Programı'nın sponsorluğunda ve Atlas Network ile Friedrich Naumann Vakfı'nın katkılarıyla ÖAD tarafından gerçekleştirilen "Türkiye'de Düzenleyici Kurumlar ve Hukuk Devleti" Projesi'nin sonuç raporu olarak yayınlanmıştır.

Baskı-Cilt: **Çağhan Ofset Matbaacılık Ltd. şti.** İvedik Osb. Mat. Sit. Mrkz.

1518 Sok.No:2/15 Yeni Mahalle / ANKARA **Tel:** 0312 397 71 83



Turgut Reis Cad. No:15/4 Mebusevleri 06570 Çankaya / Ankara

Tel: +90 312 213 24 00 @: info@ozgurlikarastirmalari.com

Web : www.ozgurlikarastirmalari.com

DÜZENLEYİCİ KURUMLAR VE HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ



İÇİNDEKİLER

DÜZENLEYİCİ OTORİTELERİN ŞEFFAFLIĞI:

Türkiye'deki Rekabet Soruşturmasının Şeffaflığı Üzerine Bir İnceleme 8

HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ, REGÜLASYON VE BAĞIMSIZLIK:

Elektrik ve Elektronik Haberleşme Sektörleri Araştırması 74

DÜZENLEYİCİ OTORİTELERİN ŞEFFAFLIĞI: TÜRKİYE'DEKİ REKABET SORUŞTURMALARININ ŞEFFAFLIĞI ÜZERİNE BİR İNCELEME¹

Murat Çokgezen
Ali Ilıcak
Fevzi Toksoy
(Bulut Girgin ile birlikte)

1. Bu çalışmaya katkılarından dolayı Kerem Cem Sanlı, Bahadır Balkı, Hakkı Can Yıldız, Halil Emre Önal, Kadir Baş, Muzaffer Eroğlu, Oğuzcan Bülbül ve Bora İkiler'e teşekkürü bir borç biliriz.

İÇİNDEKİLER

DÜZENLEYİCİ OTORİTELERİN ŞEFFAFLIĞI:

Türkiye'deki Rekabet Soruşturmalarının Şeffaflığı Üzerine Bir İnceleme

1. Yükselen Düzenleyici Devlet ve Hukukun Üstünlüğü	8
2. Daha İyi Bir Düzenleyici Sistem İçin Daha Fazla Şeffaflık	10
3. Rekabete İlişkin Düzenlemelerin Şeffaflığı	12
4. Türkiye'de Düzenlemeler, Düzenlemelerde Şeffaflık ve Bu Konudaki Çalışmalara Kısa Bir Bakış	14
5. Araştırma Hedefi ve Kapsamı	16
6. Önem ve Katkı	17
7. Yöntem	17
8. Türkiye'de Rekabet Düzenlemeleri ve Rekabet Soruşturmalarının Formel Yapısına İlişkin Genel Bilgiler	19
9. Paydaşların Bakış Açısından Türkiye'deki Rekabet Alanındaki Soruşturma Süreçlerinin Şeffaflığı	20
9.1. Politika Ve Standartlar İçin Genel Olarak Şeffaflık	22
9.2. Spesifik Soruşturmalar Bağlamında Şeffaflık: Kamuoyunu Aydınlatma	24
9.3. Spesifik Bir Soruşturma Bağlamında Şeffaflık: Kurumun Sunacağı Fırsatlar	27
9.4. Türkiye'de Rekabet Alanındaki Soruşturma Süreçlerinin Şeffaflığına İlişkin Anket Çalışmasının Genel Sonuçları	30
10. Türkiye'deki Rekabet Soruşturmalarının Uygulamadaki (De Facto) Şeffaflığı	30
10.1. Rekabet Mevzuatının Şeffaflığı	31
10.1.1. Birincil Ve İkincil Mevzuatın Kamuya Açık Olması	31
10.1.2. Uygulama Süreçlerinin Şeffaflığı ve Belirliliği	33
10.1.3. Kararların ve Gerekçelerinin Yeterli ve Kamuya Açık Olup Olmadığı	39
10.1.4. Kurum Yetkililerinin Açıklamaları ve Kurum Politikasının Öngörülebilirliği	45
10.2. Soruşturma Süreçlerinin Şeffaflık Açısından Değerlendirilmesi	46
10.2.1. İddiaların Ve Savunma Süreçlerinin Şeffaflığının Sağlanıp Sağlanmadığı	47
10.2.2. Dosyaya Erişim İmkânlarının Değerlendirilmesi	51
10.2.3. Soruşturma Sonrasında Uygulanabilecek Yaptırımların Öngörülebilirliği ve Tutarlılığı	54
10.3. Soruşturma Süreçlerinin Uygulamadaki Şeffaflığına İlişkin Genel Değerlendirme	62
11. Sonuç Ve Öneriler	64
Kaynakça	69

ÖZET

Bu çalışmada, Türkiye’de rekabet alanındaki düzenlemelerin şeffaflığı incelenmiştir. Konu genel olarak rekabet alanındaki düzenlemeler olsa da özellikle (1) rekabeti tesis etmek amacıyla oluşturulan kurallar ve politikaların ne kadar net, açık ve ulaşılabilir olduğu ve (2) teşebbüsler hakkında rekabet otoritesi tarafından soruşturma başladıktan sonraki sürecin ne kadar şeffaf işlediği konuları üzerine odaklanılmıştır. Bu iki alandaki şeffaflıkların değerlendirilmesinde iki farklı yöntem kullanılmıştır. İlk olarak, ilgili konulardaki şeffaflığa ilişkin önermeler içeren bir anket hazırlanmış ve rekabet otoritesi çalışanlarına ve rekabet hukuku ile ilgilenen akademisyen ve hukukçulara uygulanmıştır. Katılımcılarından her bir spesifik alana ilişkin şeffaflık değerlendirmelerini yapmaları istenmiştir. İkinci olarak, mevcut yasalar, yönetmelikler, rekabet otoritesi kararları ve bunlarla ilişkili her türlü kamuoyunu bilgilendirme kanalı incelenerek mevcut kurallar ve bunların uygulanmasındaki şeffaflık ile ilgili sorunlar değerlendirilmiştir. Sorunların belirlenmesinde araştırmacıların deneyimleri ve özellikle rekabet hukuku ile ilgili araştırmacılar ve hukukçular ile yapılan bir çalıştay yol gösterici olmuştur. İlk yöntem paydaşların algılarını ölçmeyi, ikinci yöntem ise somut olgulara dayanarak spesifik olarak sorunları tespit etmeyi hedeflemiştir. Çalışma sonuçlarında şu genel bulgulara ulaşılmıştır: (1) Türkiye’deki rekabet mevzuatı ve Rekabet otoritesi, özellikle Türkiye’deki diğer hukuk alanları ve kurumları ile karşılaştırıldığında, oldukça şeffaftir. (2) Rekabet düzenlemeleri ile ilgili enformasyonu sağlamakla yükümlü olanlar ile bu enformasyonu kullananlar arasında değerlendirme farkı olduğu bulunmuştur. (3) Rekabet otoritesi üçüncü kişiler ve kamu ile enformasyon paylaşımı konusuna, soruşturma tarafları ile enformasyon paylaşımına göre, daha az önem vermektedir. (4) Rekabet alanında şeffaflığa ilişkin sorunların çoğunlukla mevcut kuralların uygulanmasından kaynaklandığı sonucuna varılmıştır. Uygulama ile ilgili en temel iki sorunun (a) “Ticari sır” ve “kurum içi yazışma” gerekçesiyle mevcut enformasyonun taraflar ile paylaşılmaması ve (b) kanunlarla açık olarak düzenlenmeyen durumlarda Kurul’un bir teamül oluşturamaması olduğu tespit edilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

1. Yükselen Düzenleyici Devlet ve Hukukun Üstünlüğü

Özellikle, 20. yüzyılın son çeyreğinden itibaren devletin ekonomik hayata doğrudan müdahalesinin hızla azaldığı gözlemlendi. Devlet artık dünyanın birçok yerinde eski gibi fiyatlara doğrudan müdahale etmiyor, üretim yapmıyordu. Ancak bu devletin ekonomik hayattan tamamen çekildiği anlamına gelmiyordu. Yeni dönemde devlet, ekonomide etkinliği sağlamak amacıyla kurallar (düzenlemeler) koyuyor, bu kuralların uygulanması maksadıyla kurumlar (düzenleme otoriteleri) oluşturuyordu. Önce Amerika Birleşik Devletleri'nde başlayıp, sonra Avrupa'ya, oradan da dünyanın diğer bölgelerine yayılan bu eğilim araştırmacılar tarafından "düzenleyici devletin yükselişi" (rise of regulatory state) olarak tanımlandı.² (Majone, 1994)

Devletin bu yeni müdahale şeklinin eski dönemdekinden en önemli yapısal farkı müdahalede kullanılan enstrümandı. Eski dönemde, devletin ekonomideki temel fonksiyonu gelirin yeniden dağılımı ve makroekonomik istikrar olarak tanımlandığı için, devletin en önemli müdahale aracı da gelir (vergi, borçlanma) ve harcama politikalarıydı. Yeni dönemde ise, devlet ekonomik hedeflerine ulaşmada piyasaların -doğrudan devlet müdahale etmesine göre- daha etkin sonuçlar üreteceğini varsayıyor ve rolünü piyasanın aksaklıklarını (market failures) düzeltme ile sınırlandırıyor. Bunu gerçekleştirmenin aracı da aksaklıkların olduğu alanlarda kurallar koymak, bu kurallara uyulmasını denetlemek ve uymayanları cezalandırmaktı. (Majone, 1997)

Müdahale enstrümanındaki değişime paralel olarak, bu enstrümanı kullanacak otorite de değişmekteydi. Yeniden dağılım ve makroekonomik istikrar hedefinin sevk ve idaresi yüksek derecede merkezileşmeyi gerektirmekteydi. Bu nedenle parlamento, bakanlıklar, merkezi bürokratik kurumlar eski dönemin temel kurumlarıydı. Yeni müdahale biçimi ise daha esnek, yüksek derecede uzmanlaşmış ve karar vermede özerk kurumlara ihtiyaç duymaktaydı. Bu ihtiyacı karşılamak maksadıyla merkezi otoritenin emrinde olmayan Bağımsız Düzenleyici Kurumlar oluşturuldu. (Majone, 1997)

Düzenlemeler³ yoluyla müdahale dönemi birçok kişi tarafından devletin ekonomi üzerindeki rolünün azaltıldığı şeklinde yorumlansa da zaman içinde kuralların (düzenlemelerin) ve bu kuralları uygulamakla yükümlü düzenleyici kurumların sayısı ve etkinliği hızla arttı.⁴ Yasaların artan rolüne paralel olarak bu düzenlemelerin uygulanmasının

2. Bu konuda ayrıca bakınız: (Levi-Faur, 2011) ve (Majone, 1997).

3. Düzenleme kavramı İngilizcedeki regulation kavramının karşılığıdır. Türkçede bazen regülasyon bazen düzenleme olarak kullanılmaktadır. Bu çalışmada "düzenleme" kavramı tercih edilmiştir.

4. Majone (1997) bunun sebebinin karşılaştırmalı olarak şöyle açıklamaktadır: Eski dönemde müdahalenin sınırını devletin bütçesi belirliyordu. Yeni dönemde ise yasa yapmayı sınırlayacak hiçbir şey yoktu. Yapılan yasaların bedelini yapanlar ya da uygulayanlar değil, uygulamaya muhatap olanlar ödemekteydi (s.149)

etkinliği, özel ve siyasi çıkarlardan bağımsızlığı, daha genel olarak “hukukun üstünlüğü” prensipleri ile uyumluluğu giderek daha fazla tartışılmaya/ sorgulanmaya başladı. İktisatçı John Cochrane, Hoover Institution tarafından düzenlenen bir konferansta düzenleyici devletin yükselişı konusundaki endişelerini şöyle dile getirmekteydi:⁵

“Amerika Birleşik Devletleri’nde düzenleme bürokrasisi muazzam bir güce sahiptir. Düzenleme otoriteleri sizin hayatınızı, işinizi berbat edebilir ve sizin yapacak çok az şeyiniz vardır. Bu gücün ekonomi üzerindeki zararı herkesin malumdur. Düzenleyici devletin yükselen gücünün siyasi özgürlüklerimize de bir tehdit oluşturduğu ise daha az fark edilen ama belki de daha önemli bir sorundur.

...

Düzenleme otoriteleri önce kendileri için siyasi destek talep ederler. Onlar monarşilerdeki baronlar gibidirler, ve onlar için kralın problemleri ikincil öneme sahiptir. Şimdi onlar kendi siyasi ajandaları için daha geniş destek talep ediyorlar. Ve partizan siyasi sistem şimdi düzenleyici devletin yükselen gücünü kendine siyasi destek sağlamak için ideal bir araç olduğunu keşfediyor.

800 yıllık Amerikan ve Britanya tarihi devletin gücünü sınırlayan ve bizim siyasi özgürlüklerimizi garanti altına alan siyasi kurumlarımızın – “hukukun üstünlüğü” olarak özetlenebilir- yavaş ve sancılı bir biçimde ortaya çıkışının hikâyesidir. Biz ABD’de demokrasiye sahip olmadan iki yüzyıl önce hukukun üstünlüğüne sahiptik. Demokrasimiz, hukukun üstünlüğünden doğdu, tersi değil.

Hukukun üstünlüğü her zaman tehlike altındaydı. Fakat bugün, tehlike kralların ya da çoğunluğun tiranlığından gelmiyor. Bugün hukukun üstünlüğüne tehdit düzenleyici devletten geliyor. Düzenleyici devletin gücü hızla arttı ve biz onu kontrol edecek/ sınırlayacak mekanizmaları geliştiremedik.

Evet, mevcut problemimizin bir kısmı, yasalar. Akıl alamaz sayıda yasa ve onların politik amaçlarla ve keyfi biçimde uygulanması...

Yasa ve düzenlemelerin yandaşları ödüllendirmek karşıtları cezalandırmak için kullanılması yeni değil... Ama bu araç şimdi eskisine göre daha güçlü.”

Cochrane tarafından dile getirilen kaygılar ABD ya da Batı ülkeleri ile sınırlı değildir. Dünyanın diğer kısımlarında da düzenleyici devletin artan gücü hukukun üstünlüğüne ilişkin endişeleri beraberinde getirmektedir. Sorun, Batı’da çoğunlukla Bağımsız Düzenleyici Kurumların gücünün artmasıyla ilişkili iken, diğer bölgelerde Düzenleyici Kurumlar aracılığı ile siyasi iktidarların gücünün artması şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Farklı siyasal ve hukuki yapılarda farklı şekillerde karşımıza çıksa da, sonuçta her coğrafyada gözlemlenen, gücün nimetlerinden yararlanan kim olursa olsun, artan düzenlemenin (yasalar aracılığıyla devlet müdahalesinin) hukukun üstünlüğü prensibini tehdit ettiğine ilişkin kaygılar yarattığıdır. Bu bağlamda, cevaplanması gereken

5. Cochrane’in konferansta yaptığı konuşmanın metnine <http://johnhcochrane.blogspot.com.tr/2015/08/rule-of-law-in-regulatory-state.html> adresinden ulaşılabilir. (erişim tarihi 02.12. 2015)

soru da düzenlemelerin ve Düzenleyici Kurumların artan gücünün hukukun üstünlüğü prensibini yıpratmasının nasıl önüne geçileceğidir.

Bu sorunun cevabının verilebilmesi için öncelikle “hukukun üstünlüğü” kavramının tanımlanması gerekir. World Justice Project isimli organizasyon hukukun üstünlüğünü dört evrensel prensip üzerine inşa etmektedir:⁶

- (1) Hükümetlerin, onların memurlarının, temsilcilerinin hesap vermesi,
- (2) Yasaların net ve anlaşılır olması, kamunun bu yasalardan haberdar edilmesi, adil olmaları ve herkese eşit olarak uygulanmaları ve temel hakları (kişisel güvenlik ve mülkiyet) korunması,
- (3) Yasaların yapılması, uygulaması ve yaptırımların kolay anlaşılabilir, adil ve etkin olması ve
- (4) Adaletin, ehil, ahlaklı, bağımsız ve tarafsız temsilciler tarafından zamanında sağlanması. Bu temsilcilerin yeterli sayıda ve yeterli kaynağa ve hizmet ettikleri topluluğu temsil yeteneğine sahip olmaları gerekmektedir.

Düzenlemelerin yukarıda belirtilen temel prensipleri sağlayacak şekilde yeniden düzenlenmesi, artan düzenlemelerin hukukun üstünlüğü prensibini ihlal etmesini engelleyecektir. Zaten, özellikle gelişmiş batı ülkelerindeki düzenlemelerde reform çabalarının özünü bu yönde atılan adımlar oluşturmaktadır.

2. Daha İyi Bir Düzenleyici Sistem İçin Daha Fazla Şeffaflık

Düzenleme kuralları ve bunları uygulamakla görevli Bağımsız Düzenleyici Kurumlar, temel olarak, ekonomi literatüründe piyasa aksaklıkları olarak adlandırılan ve piyasaların etkin kaynak dağılımını sağlamalarını engelleyen durumları düzeltmek amacıyla oluşturulmuştu. Ancak, zaman içinde ekonomiyi yasalarla yönetmenin maliyetleri de olduğu ortaya çıktı. Hatta bu düzenlemelerin maliyetleri sağladıkları yararların ötesine geçip beklenenin aksine refahın azalmasına neden olabiliyordu (Parker & Kirkpatrick, 2012). Genel olarak devletin başarısızlığı (government failure) ya da daha spesifik olarak düzenlemenin başarısızlığı (regulatory failure) olarak adlandırılan bu durum, ekonomik alanda refahın düşmesine neden olurken bir önceki bölümde kısaca değinildiği gibi ülkenin hukuk ve siyasal sistem üzerinde de olumsuz etkiler yaratmaktaydı.

Düzenleyici devletin yükselmesine paralel olarak ortaya çıkan bu sorunlar karşısında iki tepki ortaya çıktı. Düzenlemelerin tamamen terkedilmesi ve düzenlemelerin ıslahı. Birinci görüş için destek sınırlı kalırken, ikinci görüş geniş bir taraftar kitlesi buldu. Akademik çalışmalar düzenleyici sistemdeki iyileşmelerin ekonomik refahı ve istikrarı arttırdığını göstermekteydi (Parker & Kirkpatrick, 2012). Buna dayanarak, özellikle Batı ülkelerinde düzenleyici reform çabaları birbirini izledi.

6. <http://worldjusticeproject.org/what-rule-law>

Düzenleyici reformlarla hedeflenen

- Müdahalelerin sadece getirilerinin değil, risk ve maliyetlerinin dikkate alınması ve asgari düzeyde tutulması (orantılılık)
- Düzenleyicilerin kararlarını gerekçelendirmesi ve kararların kamunun araştırmasına açık olması (hesap verebilirlik)
- Kurallar ve standartlar birbirleriyle uyumlu olması ve adil bir biçimde uygulanması (tutarlılık)
- Düzenleyicilerin açık olması ve düzenlemelerin basit ve kullanıcı dostu olmalarını sağlamaları (şeffaflık)
- Düzenlemelerin probleme odaklanmaları ve yan etkilerinin minimize edilmesidir (hedefleme).

Yukarıda sayılan hedefler İngiltere’de düzenlemeleri iyileştirmek amacıyla kurulan Better Regulation Commission tarafından hazırlanan bir rapordan (Better Regulation Task Force, 2003) alınmış olsa da düzenlemelerin etkinliğini arttırmaya çalışan her türlü çabada farklı başlıklara sahip olsa da benzer hedefler konulmuştur. Aslında birbirleri ile yakından ilişkili bu hedefler içinde şeffaflık her zaman yer almaktadır.⁷

Düzenleme uygulamalarının adil ve etkin olması ancak “şeffaf” bir yasal düzenleme sisteminde mümkün olabilir. Şeffaflık ile kast edilen, ilgili tarafların mevcut durumu anlamaları ve eylemlerinin mevcut durumu nasıl değiştireceğini kestirebilmeleri için gerekli olan enformasyonun mevcudiyet derecesidir.⁸ Düzenlemeler ile ilişkilendirildiğinde şeffaflık, belirli bir alanda ilgili tarafların, konu ile ilgili yasal düzenlemeler hakkındaki enformasyona kolaylıkla ulaşabilmesi, mevcut enformasyonun net ve anlaşılır olması, bu yasal düzenlemelere göre verilen kararların mantıklı ve tahmin edilebilir olmasını ifade etmektedir.

Şeffaflığın enformasyon ile ilişkili olduğu konusunda bir fikir birliği mevcuttur. Ancak, konu ile ilgili çalışmalarda, düzenlemelerin şeffaflığından bahsedildiğinde yukarıda düzenleyici sistemin reformuna ilişkin vurgulanan hedeflerin hemen tamamı ile doğrudan ya da dolaylı olarak ilişkili tanımlar yapılmaktadır. Özellikle şeffaflık ve hesap verilebilirlik sıklıkla beraber kullanılmaktadır. Bu nedenle, düzenleme politikasının şeffaflığını tanımlamak amacıyla, birkaç cümleye sığdırılmış -ve bu nedenle de bazı önemli unsurları dışlama riski taşıyan- bir şeffaflık tanımı yapmaktansa, şeffaflığı arttırmak için neler yapılması gerektiğinden tartışmalarından yola çıkıp çalışmamızın odak noktasını oluşturan kavram hakkında geniş bir sınır çizmek daha doğru olabilir. Bertolini (2006), düzenlemelerin daha şeffaf

7. Bkz. (Parker & Kirkpatrick, 2012; OECD, 2002; Bertolini, 2006)

8. Bu tanım Buijze (2013) de yer alan şeffaflık tanımından uyarlanmıştır. Yazar çok fazla enformasyonun da gereksiz karışıklık yaratacağını ve bu yüzden şeffaflığı azaltacağı varsayımıyla daha sofistike bir tanım yapmıştır. Bu, gerçekçi bir varsayım olmasına rağmen temel sorunumuzun yeterince enformasyonun sağlanmaması ile ilişkili olması nedeniyle tanımın basit versiyonu kullanılmıştır.

olması için şu önerileri dile getirmektedir:⁹

- Netlik: Düzenlemeden sorumlu kurumların rol ve hedefleri ile düzenlenen birimlerin hak yükümlülükleri yasalarda ve sözleşmelerde net bir şekilde belirtilmelidir.
- Tahmin edilebilirlik: Paydaşların güvenini pekiştirmek maksadıyla düzenleyici kararlar yerleşik kurallara, yöntemler ve süreçlere göre yapılmalıdır.
- Özerklik ve hesap verebilirlik: Düzenleyiciler politikacıardan ve özel çıkarlardan bağımsız olmalıdır. Ancak, özerklik hesap verebilirlik ile dengelenmelidir.
- Katılım: Paydaşlar düzenleyici karar verme sürecine katılmalıdırlar.
- Enformasyona açık erişim: Yasalar ve diğer mevzuat, düzenleyici kararlar, istişari çalışmalar ve benzerlerine kolaylıkla ve düşük maliyetle erişilebilmelidir.

Bu çalışmada da şeffaflık değerlendirmesinin sınırlarını, düzenlemelerin netliği, tahmin edilebilirliği, düzenleyici kurumun bağımsızlığı ve hesap verebilirliği, paydaşların karar süreçlerine katılımı ve düzenleme ile ilişkili enformasyona erişim çizmektedir. Çalışmamızda burada belirtilen tüm kriterlere aynı ağırlık verilmese de bu çerçeve çalışmanın konumlandırılması açısından önemlidir.

Şeffaflık tüm ülkelerdeki düzenleyici reformların en önemli bileşenlerinden biri oldu. Özellikle OECD ülkelerinde 2000'li yılların başında, şeffaflığın önemli bir parçası olduğu, düzenleyici reform politikaları başlatıldı. Eksiklikler olsa da bu ülkelerin bazıları şeffaflık alanında önemli ilerlemeler kaydettiler.¹⁰ Benzer gelişmeler Avrupa Birliği ülkelerinde de yaşandı. Zaman içinde reform rüzgârı “merkez” dışındaki ülkelere de taşındı. Bu ülkelerde de konu ile ilgili politikalar uygulanmaya, değerlendirmeler yapılmaya başlandı.¹¹

3. Rekabete İlişkin Düzenlemelerin Şeffaflığı

Genel olarak düzenleme alanında etkinliği arttırmaya yönelik reform çabaları, doğal olarak, rekabet alanını da etkiledi. Başta gelişmiş Batı ülkeleri olmak üzere rekabet alanında şeffaflığı sorgulayan, şeffaflığın artırılması konusunda neler yapılması gerektiğine ilişkin çalışmalar yapılmaya başlandı.

Rekabet düzenlemelerinin iyileştirilmesi ve şeffaflaştırılması konusunda da -genel olarak düzenleyici reformlar konusunda olduğu gibi- OECD'nin en fazla çabayı sarf

9. Benzer kriterler için Bkz. Nick Malyshev, The Evolution of Regulatory Policy in OECD Countries

10. Bu politikalar ilgili birçok değerlendirme yayınlandı. Bu konuda diğer referanslara ek olarak ayrıca bkz. *OECD Regulatory Reform Reviews serisi* ve Deighton-Smith (2004).

11. Örneğin, Tomic vd. (2015) Sırbistan ve Makedonya'daki beş alandaki düzenleme otoritelerinin şeffaflığını kurumların web sitelerinde yer alan enformasyona göre değerlendirmişlerdir. Çalışmalarında otoriteler arasında şeffaflık dereceleri açısından dikkate değer farklılıklar olduğunu tespit ettiler. Bu farkların belirleyicileri konusunda ise anlamlı sonuçlar elde edemediler. Düzenleyici otoriteler yasaların gerektirdiği kadar şeffaflığı yerine getiriyorlar ancak şeffaflığı bunun ötesine götürmek için bir çaba sarf etmiyorlardı.

eden kuruluş olduğunu söylemek yanlış olmaz. OECD'nin rekabet alanındaki çabaları çoğunlukla genel olarak düzenlemelerin iyileştirilmesi başlığı altında yapılırken bazı durumlarda özel olarak rekabet alanındaki düzenlemeler bağlamında yapılmaktadır. Örneğin, 2010 ve 2011 yıllarında özel olarak rekabet alanındaki düzenlemelerin şeffaflığına ilişkin üç tane yuvarlak masa toplantısı yapılmıştır.¹² Bu toplantılarda katılımcılar, rekabet alanında şeffaflığın önemi ve şeffaflığın artırılması gereği üzerinde fikir birliği göstermişler, şeffaflığın mevcut durumu ve nasıl geliştirilebileceği üzerine görüşlerini ifade etmişlerdir.

Farklı ülkelerdeki rekabet otoriteleri arasındaki işbirliğini geliştirmek amacıyla kurulan Uluslararası Rekabet Ağı (ICN) rekabet otoritelerinin daha etkin karar vermesini ve usule ilişkin hakların korunmasını sağlamak amacıyla 2014 yılında bir yuvarlak masa toplantısı yapmıştır. Bu toplantıda da katılımcılar şeffaflığın etkin bir rekabet düzenlemesinin en önemli koşullarından bir olduğu, şeffaflığın konudan konuya (birleşme devralma, kartel vs.) değişebileceği, soruşturmaların yazılı talimatlara göre yürütülmesinin şeffaflığı arttıracığı gibi konularda uzlaşmışlardır.¹³

Güneydoğu Asya ülkeleri liderleri 2007 yılında bölge ülkeleri arasında üretim faktörlerinin serbest dolaşımını sağlayacak, geçmişteki Avrupa Topluluğu benzeri bir yapının (ASEAN Ekonomik Topluluğu) oluşturulması konusunda karar verdiler. Bu oluşumun hedeflerinden biri de bölge ekonomilerini daha rekabetçi hale getirmektir. Bu hedef doğrultusunda ASEAN 2010 yılında bir Rekabet Politikası Rehberi (ASEAN Regional Guidelines on Competition Policy) yayınladı. Rekabet otoritelerinin ve rekabet hukukunun tarihinin daha eskiye dayandığı ülkelerin tecrübelerine dayanarak oluşturulan bu rehberde şeffaflık konusu etkin bir rekabet düzenlemesinin olmaz ise olmaz koşullarından biri olduğuna atıfta bulunmaktadır. Rehberin çeşitli kısımlarında hem rekabet otoritesinin hem de rekabet hukuku uygulamalarının şeffaflığının önemine atıfta bulunmaktadır (ASEAN, 2010).

ICN 2010 yılında üyelerinin şeffaflık uygulamalarını değerlendirmek amacıyla, farklı rekabet düzenlemesi yapılarına sahip 36 üye ülkedeki şeffaflık uygulamalarına ilişkin bir anket yapmıştır (ICN, 2013). Bu anket sonuçlarından çıkan en önemli sonuçlardan biri şeffaflığın evrensel bir değer olduğu ve bütün rekabet otoritelerinin buna önem verdiğidir. Bir başka önemli sonuç da farklı sistemlere sahip ülkelerdeki şeffaflık uygulamaları arasındaki uyumluluktur. Anket sonuçları, daha fazla şeffaflığın, daha etkin bir rekabet düzenlemesine yol açacağı olduğu kadar, şeffaflığın sınırının mahremiyetin başladığı yerde bittiği konusunda da bir fikir birliği olduğunu göstermektedir. Üzerinde uzlaşmaya varılan noktalar yanında, şeffaflığın nasıl sağlanacağına ilişkin olarak, ülke uygulamalarında farklı yaklaşımlar olduğu gözlenmiştir.

Tomic vd. (2015)'in Sırbistan ve Makedonya'daki düzenleme otoritelerinin şeffaflığına ilişkin çalışmasına bu iki ülkedeki rekabet otoriteleri de dâhil edilmiştir. Çalışmanın

12. Bu toplantıların özeti için bkz. (OECD Competition Committee, 2012)

13. Bu konuda bkz. (ICN Agency Effectiveness Working Group, 2014)

sonuçları Sırp rekabet otoritesinin çalışmadaki beş değerlendirme kriterinden dördüne göre oldukça şeffaf olduğu sonucuna varmışlardır. Beş kriterden sadece ikisinde nispi olarak başarılı olarak değerlendirilen Makedonya rekabet otoritesinin şeffaflığı ise “sınırlı” bulunmuştur.

Görüldüğü gibi, başta düzenleme geleneğinin daha eskiye dayandığı Batı ülkeleri olmak üzere, aratan sayıda ülkede düzenlemelerin şeffaflığının nasıl geliştirilebileceği üzerine giderek daha fazla araştırmalar yapılmakta, toplantılar düzenlenmekte, politika önerileri geliştirilmektedir.

4. Türkiye’de Düzenlemeler, Düzenlemelerde Şeffaflık ve

Bu Konudaki Çalışmalara Kısa Bir Bakış

Dünyadaki gelişmelere paralel olarak 1980’li yıllarda Türkiye’deki ekonomi politikalarında da yapısal bir dönüşüm yaşandı. O döneme kadar izlenen ithal ikameci politikalar yerini devlete ekonomide daha sınırlı bir rol veren, piyasa koşullarının daha etkili olduğu politikalara bıraktı. İthalat rejimi serbestleşti, devletin fiyat kontrolleri kaldırıldı, kamu işletmelerinin özelleştirilmesi tartışılmaya başlandı. Ekonomide devletin aktif rolü gerileyip, özel sektör ve piyasa mekanizması kaynak dağılımında daha etkin hale geldikçe düzenleyici yasalar ve kurumlar da yeni düzende yerlerini almaya başladılar. İlk düzenleme 1981 yılında sermaye piyasalarında gerçekleşti. Yeni kurulan hisse senedi borsasında güveni tesis etmek ve yatırımcıların haklarını korumak amacıyla Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) oluşturuldu. SPK’nın ardından düzenleme alanında uzun bir sessizlik dönemi yaşandıktan sonra 1994 yılından itibaren yeniden düzenlemeler hız kazandı. 1994 yılında rekabet alanında ve radyo televizyon yayınlarına ilişkin düzenlemeler yapıldı. Sonra bunları bankacılık (1999), telekomünikasyon (2000), enerji (2001), şeker (2001) ve tütün mamulleri (2002), kamu kurumları (2002) alanındaki düzenlemeler takip etti.

Düzenlemelerin genişlemesinde Türkiye’nin batı ile ilişkileri önemli ölçüde etkili oldu. Yaşanan ekonomik krizler sonrasında Dünya Bankası ve IMF’e verilen taahhütler düzenlemelerin hayata geçirilmesini hızlandırdı. Düzenleyici yasalar ve kurumlar Avrupa Birliği’ne (AB) üyelik hedefi ile uyumlu olarak çoğu zaman aynen AB uygulamalarından kopya edildi. Düzenleyici yasalar ve kurumlar Batı’dan ithal edilmiş olsa da, Türkiye gibi düzenleme geleneğinin olmadığı bir ülkede diğer yasalar ve anayasanın, düzenlemelerin getirdiği kurumlar ve kurallar ile uyumlu olmaması düzenleyici sistemin etkin işleyişini engelleyecek belirsizlikler yaratmaktaydı (Çetin, Sobacı & Nargeleçkenler, yayınlanacak). Bu belirsizlikler Türkiye’deki düzenleyici otoritelerin özellikle bağımsızlıklarını ve hesap verilebilirliklerini tartışmalı hale getirmekteydi.

Batı’nın onlarca yılda oluşturduğu yasa ve kurumların, Türkiye gibi, bu yasa ve kurumları desteklemeyen bir kurumsal yapı içinde faaliyet göstermesinin yarattığı en önemli sorunlardan biri kâğıt üzerindeki (de jure) durum ile fiili (de facto) durum ara-

sında farklılıkların ortaya çıkmasıydı. Örneğin, Türkiye'deki düzenleyici kurumların de jure bağımsızlığını değerlendiren bir çalışma (Zenginobuz, 2008) bu kurumlarının bağımsızlıklarının oldukça yüksek olduklarını göstermektedir. Hatta bazı kurumların bağımsızlıkları Batıdaki benzerlerinin bile üzerindedir. Ancak uygulamada siyasetçiler ekonominin tahminen yüzde 60'ını kontrol imkânı (Emek, Zenginobuz, & Acar, 2002) veren bu kurumları ele geçirme konusunda başından beri istekli oldular. Bu kurumların yöneticilerinin atanmasında iktidarlar önemli rol oynadılar. Bazen müdahale konusunda kendileri sınırlayan yasaları değiştirdiler.¹⁴ Özellikle 2011 yılında çıkartılan siyasetçilerin otoriteler üzerindeki etkilerini arttıran 643 ve 649 sayılı kararnameler düzenleyici otoritelerin bağımsızlığını önemli ölçüde kısıtladı (Çetin, Sobacı & Nargeleçekenler, yayınlanacak). Son on yılda birçok düzenleyici kurumun siyasi otoritenin siyasi projelerinin bir parçası olarak çalıştığına yönelik eleştiriler daha yüksek sesle dile getirilmeye başlandı.¹⁵

Düzenleyici otoriteler ile ilgili önemli bir sorun onların hesap verebilirliğidir. Düzenleyici otoriteler için üç boyutlu bir hesap verilebilirlik değerlendirmesi yapılır: Yukarıya (devletin temel organları olan yasama yürütme ve yargı, vb.) karşı hesap verebilirlik, yatay (bağımsız izleme kuruluşları, denetleme ofisleri, ombudsmanlar) hesap verebilirlik ve aşağı doğru (tüketiciler, çıkar grupları vb.) hesap verebilirlik. Türkiye'deki düzenleme otoritelerinin hesap verebilirliğini inceleyen tek çalışma (Sosay, 2009) düzenleyici kurumlar için yukarı doğru hesap verebilirliğin yasal temellerinin aşağıya doğru ve yatay hesap verebilirliğe göre daha sağlam olarak oluşturulduğu sonucuna işaret etmektedir. Şeffaflık ve bazı çıkar gruplarının temsili gibi aşağı ve yatay hesap verebilirliğin bazı mekanizmaları formel olarak hemen hepsinde mevcut olmasına rağmen, yasal belirsizlikler ve uygulamadaki sorunlar nedeniyle aşağı doğru ve yatay hesap verebilirlik mekanizmaları önemli ölçüde aksamaktadır.

Aynı çalışmada hesap verebilirlik ile yakından ilişkili bir kavram olan şeffaflık konusuna da değinilmiştir (Sosay, 2009; s.352). Araştırma sonuçları, Türkiye'deki düzenleyici otoritelerin hemen tamamının kuruluş kanununda kamunun bilgilendirilmesinin önemi vurgulandığını ancak, şeffaflığın nasıl sağlanacağına belirsiz olduğunu göstermektedir. Ayrıca kurumlar arasında şeffaflık açısından farklılıklar mevcuttur. Merkez Bankası, Bankacılık Denetleme ve Düzenleme Kurumu, Rekabet Kurumu ve Kamu İhale Kurumu kuruluş kanunlarında şeffaflık şartları diğer kurumlara göre daha kesin tanımlanmıştır. Bu kurumların kanunlarında karar verme süreçleri, karar içerikleri, karar gerekçeleri, karar verme, duyurma ve temyiz süreleri, ücret ve cezalar oldukça spesifik olarak tanımlanmıştır. Bu kurumlar ayrıca paydaşları bilgilendirmek amacıyla kararlar, tebliğler, tüzükler, bültenler vs. yayınlasalar da, net bir ifade formatı olmaması

14. Örneğin kamu ihale Yasası 2002'den bu güne 32 kez değişmiştir. <http://www.aljazeera.com.tr/haber/kamu-ihale-kanunu-yine-degisiyor>

15. Bu konuda basında yer alan bazı eleştiriler için bkz. <http://www.hurriyet.com.tr/bagimsiz-kurumlar-bunlar-olmasin-diye-kurulmustu-9897015>, <http://www.meydangazetesi.com.tr/aktuel/bddk-siyasi-baskiya-boyun-egdi-bank-asya-yi-tmsf-ye-devretti-h5534.html>, http://www.zaman.com.tr/yazarlar/turhan-bozkurt/bankalara-derin-darbe-kurumu-bddk_2278866.html

nedeniyle bu araçların ne derece etkin olduğu tartışmalıdır.

Şeffaflık konusu ile yakından bağlantılı kavramlar olan bağımsızlık ve hesap verebilirlik alanındaki bu sınırlı sayıda çalışma haricinde özel olarak, Türkiye'deki düzenleyici kurumların şeffaflığı üzerine yapılmış çalışma bulunamamıştır.

5. Araştırma Hedefi ve Kapsamı

Çalışmamız coğrafi olarak Türkiye ile sınırlıdır. Türkiye, Avrupa'nın güneybatı ucunda yer alan yaklaşık 75 milyonluk nüfusa sahip bir ülkedir. Dünyanın en büyük yirmi ekonomisi içinde yer alan ülke kişi başına gelir açısından üst orta gelir grubunda yer almaktadır. Mevcut ekonomik potansiyeli ile karşılaştırıldığında Türkiye'nin "hukukun üstünlüğü" alanındaki yeri hem dünya hem de benzer ülkelere göre çok geridedir. World Justice Project tarafından geliştirilen hukukun üstünlüğü endeksinde¹⁶ 2015 yılında Türkiye sıralamaya dâhil 102 ülke içinde 80., aynı gelir grubundaki 31 ülke içinde 29., 13 bölge ülkesi içinde ise 12. Sıradadır. Aynı endeksin bir bileşeni olan ve ülkedeki düzenleme uygulamalarının adaletini ve etkinliğini ölçen sıralamada ise, aynı yıl, 102 ülke içinde 46., aynı gelir grubundaki 31 ülke içinde 12., bölgedeki 13 ülke içinde ise 5., sıradadır. Ayrıca, 2012 yılından bu yana yapılan tüm indekslerde Türkiye'nin skoru hem genel olarak hukukun üstünlüğü endeksinde hem de düzenlemelere ilişkin değerlendirmelerde aşağı doğru bir seyir izlemektedir.

Buna göre üç önemli tespitte bulunmak mümkündür. Bunlardan birincisi, Türkiye'nin "hukukun üstünlüğü" alanındaki karnesinin kötü olduğudur. Bu durum, bir yandan, coğrafi ve kültürel olarak çok yakın ilişkilerde olduğu Ortadoğu'daki tek ve örnek demokrasi olma iddiasında olan, diğer yandan Avrupa Birliği'ne tam üye olmak için çabalayan bir ülke için negatif bir göstergedir. İkinci tespit, düzenlemelere ilişkin performansın hukukun üstünlüğüne ilişkin genel performans ile karşılaştırıldığında daha iyi olduğudur. Bunun en önemli sebebi, muhtemelen, bu düzenlemelerin ve ilgili kurumların yakın geçmişte, Avrupa Birliği'ne uyum programları çerçevesinde, Batı'dan neredeyse aynen aktarılmış olmasıdır. Üçüncü önemli tespit ise, yıllar içinde notların iyiye gitmesi beklenirken kötüye doğru evriliyor olmasıdır. Bu özellikleriyle Türkiye, düzenlemeler ve şeffaflık bağlamında incelenmeyi hak eden bir ülke konumuna gelmektedir.

Çalışmamız rekabet alanındaki düzenlemeler ile sınırlıdır. Düzenlemelere ilişkin akademik çalışmaları, birden fazla düzenleme alanını (hatta bazen birden fazla ülkeyi) kapsayan veya tek bir alana yoğunlaşan çalışmalar olarak iki gruba ayırmak mümkündür. Birinci gruptaki çalışmalar çoğunlukla standardize edilmiş değişkenleri kullanarak yapılmış ve yasal (de jure) durumu ya da ilgili tarafların algılarını ölçen çalışmalardır. İkinci gruptakiler ise belirli bir alandaki uzmanlığa dayanarak, spesifik bir alandaki düzenlemeleri daha detaylı olarak incelemeyi hedefleyen, özellikle kağıt üzerinde yazandan çok de facto durumlar üzerine yoğunlaşan çalışmalardır. Bizim çalışmamız,

16. <http://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index>

ikinci gruba dâhildir ve araştırmacıların uzmanlıkları nedeniyle, rekabet alanıyla sınırlandırılmıştır. Yani, Türkiye’deki rekabet alanındaki düzenlemelerin ve rekabet otoritesinin uygulamadaki şeffaflığını inceleyecektir.

Daha spesifik olarak, bu çalışmanın hedefi, Türkiye’nin nispeten kısa düzenleme tarihinin en eskilerinden biri olan, rekabet alanındaki düzenlemelerin uygulanmasındaki (soruşturma süreçleri) şeffaflığının incelenmesidir. Araştırma hem (1) bir ankete dayalı olarak, paydaşların algılarını hem de (2) yasalara ve örnek olaylara dayanarak araştırmacıların tespitlerini içermektedir. Araştırma sonuçlarına göre, rekabet alanındaki düzenlemelerdeki sorunların ne olduğu, paydaşların bu sorunları nasıl algıladıkları ve bu alanda şeffaflığı geliştirmek amacıyla neler yapılabileceği sorularına cevaplar bulunması hedeflenmektedir.

6. Önem ve Katkı

Tün dünyada yükselen düzenleyici devletin yarattığı sorunlar giderek daha fazla tartışılmakta, hükümetler, uluslararası kuruluşlar bu sorunları çözmeye yönelik reform çabalarını gündeme getirmekte, uygulamaya sokmaktadırlar. Bu konuya artan ilgi, düzenlemeleri ve bunların sonuçlarını değerlendiren raporların, akademik çalışmaların sayısını da hızla arttırmıştır.

Türkiye ekonomisinde de Düzenleyici Kurumların sayısı ve gücü giderek artmakta, buna paralel olarak artan gücün yarattığı sorunlar giderek daha fazla tartışılır hale gelmektedir. Ülke, düzenlemelerin etkinliği ve adaleti açısından diğer ülkelerle karşılaştırıldığında oldukça gerilerdedir ve geriye doğru gitmektedir. Bu nedenle, Türkiye’de düzenlemelerde reform ihtiyacı mevcuttur ve bu ihtiyaç giderek şiddetlenmektedir. Bu çerçevede düzenlemelerin etkinliğini değerlendiren çalışmalara ihtiyaç vardır.

Türkiye’de akademik alanda düzenlemelere ilgi artsa da bu konudaki çalışmaların sayısı çok sınırlıdır. Spesifik olarak rekabet alanındaki düzenlemelerin değerlendirildiği bir çalışmaya rastlanmamıştır. Bu çalışma, genel olarak düzenlemeler, daha spesifik olarak rekabet alanındaki düzenlemelere ilişkin sınırlı literatüre bir katkı yapmayı hedeflemektedir. Çalışma sonuçları rekabet alanındaki düzenlemelerde şeffaflığı arttırmaya yönelik olası çabalarda yol gösterici olacaktır.

7. Yöntem

Çalışmada Türkiye’deki rekabet alanındaki soruşturma süreçlerinin şeffaflığı iki kategoride incelenmiştir: (1) genel olarak şeffaflık ve (2) soruşturalara özgü şeffaflık. Genel olarak şeffaflık ile kast edilen, yasa ve yönetmelik, soruşturma süreçleri ve uygulamaları, soruşturma süreçleri, kurum kararları gibi genel olarak rekabeti tesis etmek amacıyla oluşturulan kurallar ve politikaların ne kadar şeffaf olduğudur. Bir başka deyişle, genel olarak şeffaflık, teşebbüslerin yaptıkları veya yapmayı düşündükleri

eylemlerin mevcut rekabet düzenlemelerine uygun olup olmadığı; uygun değil ise, ne gibi sonuçlarla karşılaşabileceklerine ilişkin enformasyonun açık, net ve kolay ulaşılabilir olup olmadığı ile ilgilidir. Soruşturmalara özgü şeffaflık ise, teşebbüsler hakkında rekabet otoritesi tarafından soruşturma başladıktan sonra sürecin ne kadar şeffaf işlediği ile ilişkilidir. Soruşturma sürecinde şeffaflığın iki yönlü olması beklenir: Otoritenin soruşturmanın ilgili taraflarına soruşturma ile ilgili ne kadar enformasyon sağladığı ve tarafların otoriteye enformasyon iletme kanallarının ne kadar açık olduğu. Soruşturmalara özgü şeffaflık kısmında konu her iki yönüyle de ele alınacaktır.

Türkiye'deki rekabet alanındaki soruşturma süreçlerinin şeffaflığının değerlendirilmesinde iki farklı yöntem kullanılacaktır. İlk olarak (9. Bölüm), yukarıda belirtilen sınıflama kullanılarak düzenlenmiş bir anket rekabet otoritesi çalışanlarına ve rekabet hukuku ile ilgilenen akademisyen ve hukukçulara uygulanmıştır. Anket katılımcılarından yukarıdaki sınıflamaya göre belirlenmiş belirli alt alanlarda düzenlemelerin ne kadar şeffaf olduğunu değerlendirmeleri istenmiştir. Anketin çalışmaya iki yönlü katkı yapması beklenmektedir: (1) Soruşturma süreçleri farklı bileşenleri olan, çok geniş bir uzayı ifade etmektedir. Her bir bileşen için şeffaflık seviyesi farklıdır. Bir başka deyişle, bazı alt alanlarda şeffaflık sorunu diğerlerine göre daha vahim olabilir. Ankette, katılımcılardan bir ağırlıklandırma istendiği için, anket sonuçları hangi alt alanlarda şeffaflığa ilişkin sorunların daha öncelikli olduğuna dair bir fikir verecektir. (2) Anket, hem rekabet otoritesi çalışanları (enformasyonu verenler) hem de rekabet hukukçuları ve akademisyenler (enformasyonu kullananlar) tarafından cevaplanacağı için, enformasyonu arz edenler ve bunu kullananlar arasındaki algı farkının (eğer varsa) görülmesine de yardımcı olacaktır.

İkinci olarak (10. Bölüm), mevcut yasalar, yönetmelikler, rekabet otoritesi kararları ve bunlarla ilişkili her türlü kamuoyunu bilgilendirme kanalı incelenerek mevcut kurallar ve bunların uygulanmasındaki şeffaflık ile ilgili sorunlar değerlendirilmiştir. Sorunların belirlenmesinde araştırmacıların deneyimleri ve özellikle rekabet hukuku ile ilgili araştırmacılar ve hukukçular ile yapılan bir çalıştay yol gösterici olmuştur. Bu bölümde soruşturma süreçlerine ilişkin tespit edilen her bir soruna ilişkin olarak önce bir tanımla yapılmış sonra da sorun somut örneklerle desteklenmiştir. Bu çalışmaya dayanarak sonuç bölümünde somut önerilerde bulunulmuştur.

Yöntem kısmında kullanılan sınıflamada ve ankette büyük ölçüde ICN tarafından yapılan ICN Agency Effectiveness Project on Investigative Process: Competition Agency Transparency Practices çalışmadan (ICN, 2013) yararlanılmıştır. Çalışmadaki sınıflama aynen alınmış ama ilk yöntemde alt başlıkların bazılarında uyarlamalar yapılmış, bazıları ihmal edilmiştir. Ankette (ilk yöntem) ise, sorular aynı kalsa da soru ve cevap formatında değişikliğe gidilmiş, orijinal çalışmadaki evet-hayır cevapları Likert sıralaması ile değiştirilmiş, katılımcılardan her soruda spesifik bir konudaki Türkiye uygulamasında soruşturmanın şeffaflığa ilişkin değerlendirme yapmaları istenmiştir.

İKİNCİ BÖLÜM

8. Türkiye’de Rekabet Düzenlemeleri ve Rekabet Soruşturmalarının Formel Yapısına İlişkin Genel Bilgiler¹⁷

Türkiye’de rekabet hukukuna ilişkin ilk düzenleme, 13 Aralık 1994 yılında yürürlüğe giren 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’dur. Kanun, uygulamaktan sorumlu Rekabet Kurumu (RK), yaklaşık üç yıl sonra, 5 Kasım 1997 tarihinde faaliyete geçmiştir. İdari ve mali özerkliğe sahip olan Kurum’un karar alma organı Rekabet Kuruludur. Kurul bir başkan, bir başkan yardımcısı olmak üzere 7 üyeden oluşur. Kurum bağımsız olarak karar verir. Kanun’da hiçbir siyasi kurumun Kurum’un nihai kararını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremeyeceği açıkça belirtilmiştir.

4054 sayılı Kanun ile buna dayanılarak yürürlüğe konan tebliğ, yönetmelik ve kılavuzlardan oluşan ikincil mevzuat Türk rekabet mevzuatını oluşturmaktadır. 4054 sayılı Kanun ülkemizdeki rekabet hukukunun esas ve usullerini belirleyen temel hukuki metni oluştururken; ikincil mevzuat, temel metnin uygulayıcıları ve muhatapları bakımından daha anlaşılır, hukuki belirliliği daha yüksek ve daha uygulanabilir hale gelmesine katkıda bulunmaktadır.

Kurum esas olarak üç tür rekabet bozucu davranışa kısıtlama getirmektedir:

- (1) teşebbüslerin aralarında yaptıkları rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları
- (2) hâkim durumu kötüye kullanılması
- (3) hâkim durum yaratmaya, mevcut durumu güçlendirmeye yönelik ve bunun sonucu olarak piyasadaki rekabeti önemli ölçüde etkileyecek birleşme ve devralma niteliğindeki işlem ve davranışlar

Bir teşebbüsün rekabeti ihlal ettiğine ilişkin inceleme ya tüketicilerin veya şirketlerin ihbarı ile ya da edinilen bilgi ve yapılan araştırmaların değerlendirilmesi sonucunda Kurul tarafından re’sen başlatılabilir. Kurul ciddi gördüğü iddialar hakkında önaraştırma ya da doğrudan soruşturma kararı alabilir. Önaraştırma kararı verilmesi durumunda 30 gün içinde bir rapor hazırlanıp Kurul’a verilir. Kurul, 10 gün içinde raporu değerlendirerek bir soruşturma açılmasına gerek olup olmadığına karar verir. Soruşturma açılmasına karar verilmesi durumunda Kurul ilgili daire başkanının gözetiminde soruşturmayı yürütecek raportörleri belirler ve 6 aylık soruşturma süreci başlar. Gerekli görüldüğü hallerde, bir defaya mahsus olmak üzere, Kurul tarafından soruşturma süreci 6 ay daha uzatılabilir.

17. Bu bölümdeki bilgiler büyük ölçüde Rekabet Kurumu’nun resmi sitesi olan <http://www.rekabet.gov.tr>’den derlenmiştir.

Soruşturma kararı 15 gün içinde ilgili taraflara bildirilir ve 30 gün içinde taraflardan ilk yazılı savunma istenir. Taraflara tanınan ilk yazılı cevap süresi Kurulun bu bildirim yazısı ile birlikte, iddiaların türü ve niteliği hakkında yeterli bilgiyi ilgili taraflara göndermesi ile başlar. Tarafların savunmaları, bilgi isteme ve yerinde incelemelerle elde edilen bilgiler birleştirilerek bir soruşturma raporu hazırlanır. Bu raporun Kurul'a ve taraflara tebliği edilmesiyle soruşturma süreci tamamlanmış olur.

Soruşturma sonucunda Kanun'u ihlal ettiği belirlenenlerden 30 gün içinde ikinci yazılı savunmalarını kurula göndermeleri tebliğ edilir. Tarafların gönderecekleri ikinci yazılı savunmalarına karşı soruşturmayı yürütmekle görevlendirilen heyet 15 gün içinde ek yazılı görüş hazırlar ve bu görüş tüm Kurul üyeleri ile ilgili taraflara bildirilir. Taraflar 30 gün içinde bu görüşe cevap vermelidirler (üçüncü yazılı savunma). Üçüncü yazılı savunmadan sonra, tarafların talebi veya Kurul tarafından gerekli görülmesi durumunda sözlü savunma toplantısı düzenlenebilir. Sözlü savunma yapıldıktan sonra aynı gün, mümkün olmaz ise 15 gün içinde Kurul tarafından nihai karar verilir. Sözlü savunma yapılmaz ise nihai kararın soruşturmanın bitiminden itibaren 30 gün içinde verilmesi gerekir.

9. Paydaşların Bakış Açısından Türkiye'deki Rekabet Alanındaki

Soruşturma Süreçlerinin Şeffaflığı

Şeffaflık ile ilişkili olarak iki temel sorun söz konusudur. Birincisi formel olarak şeffaflık ile ilişkilidir. Yani, yasal olarak ilgili kurumu belirli bir konudaki enformasyonu paydaşlar ile paylaşmaya zorlayan yasalar mevcut değildir. İkincisi ise fiili durumdur. Bazı durumlarda kurumlar yasal zorunluluk olmamasına rağmen enformasyonu ilgili taraflar ile paylaşırlar. Bazı durumlarda ise yasal zorunluluk olsa bile enformasyonu paylaşmaz ya da paylaştığını düşündüğü enformasyon ilgili taraflar açısından aydınlatıcı değildir.

Bu farklılıkları anlamak, paydaşların Türkiye'deki rekabet alanındaki soruşturma süreçlerine ilişkin mevcut şeffaflığı nasıl değerlendirdiklerini görmek, varsa enformasyonu sağlayanlar ile bunu kullananlar arasındaki algı farklarını tespit etmek amacıyla bir anket düzenlenmiştir. Anket, özünde, ICN tarafından yapılan ICN Agency Effectiveness Project on Investigative Process: Competition Agency Transparency Practices çalışmadaki anketin aynısıdır. ICN'in çalışmasında hedef formel şeffaflık olduğu için anket, katılımcı ülkelerin rekabet otoritelerine gönderilmek üzere hazırlanmıştır. Bu nedenle cevaplar "Evet" ya da "Hayır" gibi kesin cevaplardır. Bu çalışmada hedeflenen ise konu ilgili tarafların şeffaflık algısı olduğu için, soruların ve özellikle de cevapların formatında değişikliğe gidilmiş, orijinal çalışmadaki evet-hayır cevapları Likert sıralaması ile değiştirilmiş, katılımcılardan her soruda spesifik bir konudaki Türkiye uygulamasında soruşturmaların şeffaflığa ilişkin değerlendirme yapmaları istenmiştir. İkinci aşamada, enformasyonu veren grup (RK Personeli) ile

enformasyonu kullanan grup (Bağımsız Avukat/Danışman, Şirket Hukuk Danışmanı, Akademisyen) arasında istatistiki olarak anlamlı bir fark olup olmadığı test edilmiştir.¹⁸

Anket iki bölümden oluşmaktadır. Katılımcılardan, birinci bölümde genel olarak rekabet hukuku uygulamalarının (alt başlık 9.1), ikinci bölümde ise, spesifik olarak soruşturma süreçlerinin şeffaflığına ilişkin değerlendirme yapmaları istenmiştir. İkinci bölümün ilk kısmı (alt başlık 9.2) RK'nun karşı tarafı soruşturma hakkında ne kadar bilgilendirdiği, ikinci kısmı ise (alt başlık 9.3) karşı tarafın sesini ne kadar Kurum'a duyurabildiği ile ilişkilidir.

Etkinliği giderek artmasına rağmen Türkiye'de rekabet hukukunun diğer hukuk disiplinlerine göre yeri oldukça sınırlıdır. Bu alanda güvenilir bir veri olmamasına rağmen Türkiye'de rekabet hukuku ile ilişkili pozisyonlarda (RK Personeli, Bağımsız Avukat/Danışman, Şirket Hukuk Danışmanı, Akademisyen) çalışanların sayısının (bu çalışmanın ana kütlesi) maksimum 350 kişi olduğu tahmin edilmiştir.¹⁹ İnternet ortamında hazırlanan anket paydaşlara rekabet hukuku ile ilgilenen kişilerin yoğun iletişim içinde oldukları web siteleri, bloglar ve mail grupları aracılığıyla ulaştırılmıştır.²⁰

Anketlere 36 geri dönüş olmuştur (Tablo 1). Yukarıdaki kaba tahmine göre ana kütlenin yaklaşık yüzde 10'una ulaşılmıştır. Ancak, katılım her bir alt grup için farklı düzeydedir. En fazla katılım rekabet avukatlarından/danışmanlarından, en düşük katılım ise rekabet hukuku ile ilişkili akademisyenlerden gelmiştir. Avukatların ankete ilgisi hem sayısal çoklukları hem de şeffaflık konusu ile yakından ilişkili olmaları ve bunun sonuçlarından en fazla etkilenen grup olmaları ile açıklanabilir. Aynı mantıkla akademisyenlerin uygulama ile çok fazla ilişkili olmamaları ve sayılarının çok sınırlı olması onların ankete fazla ilgi göstermemelerinin nedeni olabilir. Rekabet ile ilgili meslek grupları içinde en kalabalığı olan RK personelinin devlet memuru olmaları nedeniyle böyle bir ankete karşı mesafeli kalmayı tercih etmiş olabilecekleri düşünülmektedir.

18. Veri sayısının sınırlı ve sıralı (ordered) olması nedeniyle iki grup arasında istatistiki olarak anlamlı bir fark olup olmadığının sınanması maksadıyla parametrik olmayan bir test olan Mann-Whitney U uygulanmıştır.

19. 2014 yılında RK uzman kadrosunda 145 kişi çalışmaktadır. Yönetim kadrosu ile bu sayının 160 olduğu tahmin edilmiştir. Spesifik olarak rekabet davaları ile ilişkili Türkiye'de Rekabet Kurulu kararlarında kamuya açık olarak belirtilen temsilci firmalarda çalışan sayılarından yola çıkarak yapılan araştırma neticesinde bu alanda çalışan toplam bağımsız avukat/danışman sayısının kabaca 90 olduğu tahmin edilmiştir. Sayıları giderek artan şirketlere bağlı olarak çalışan (in house) danışman sayısının da yaklaşık 50 olduğu düşünülmüştür. Bir uzmanlık alanı olarak Rekabet hukuku ile ilişkili akademisyen sayısının ise yaklaşık olarak 10 olduğu varsayılmıştır. RK uzman sayısı RK resmi web sitesinden (<http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Personel-Istatistik-Listesi>) alınmış resmi verilerdir. Diğer tahminler ise, hukuk bürolarının yetkilileri ve bu alanda çalışan kişilerle yapılan görüşmelere dayanarak oluşturulmuştur. Bu nedenle, tarafımızca yapılmış kaba bir tahminden ibarettir.

20. www.linkedin.com da yer alan Rekabet Hukuku Dünyası grubu, "Pazarlardan Haberler" rekabet hukuku bloğu ve Bilgi Üniversitesi Rekabet Hukuku Merkezi mail grubu.

Tablo 1. Anketi tamamlayanların rekabet hukuku ile ilişkisi				
Rekabet Kurumu Personeli	Avukat /Danışman	Şirket Hukuk Danışmanı	Akademisyen	Toplam
6	20	8	2	36
(% 17)	(% 56)	(% 22)	(% 6)	(% 100)

Katılımcıların % 53'ü erkek, %47'si kadındır. Alanda nispeten yeni olan paydaşlar ankete daha fazla ilgi göstermişlerdir. Anketi cevaplayanların % 44'ü rekabet hukuku alanında en fazla 5 yıllık bir tecrübeye sahip olduklarını belirtmişlerdir. En düşük katılım ise en tecrübeli paydaşlardan gelmiştir (Tablo 2).

Tablo 2. Kaç yıldır rekabet hukuku ile ilgileniyorsunuz?				
0-5 yıl	5-10 yıl	10-15 yıl	15 + yıl	Toplam
16	10	6	4	36
(44%)	(28%)	(17%)	(11%)	(% 100)

9.1. Politika ve Standartlar İçin Genel Olarak Şeffaflık

Birinci bölümde katılımcılara yasa ve yönetmelik, soruşturma süreçleri ve uygulamaları, soruşturma süreleri, kurum kararları gibi genel olarak rekabet otoritesinin politikalarına ilişkin enformasyonun kamuya açık olup olmadığına ilişkin görüşleri sorulmuştur. Tablo 3. Bu bölümdeki sorulara verilen cevapların bir özetini göstermektedir. Tabloda cevap verenlerin toplu değerlendirmeleri, değerlendirmelerin ağırlıklı ortalaması ve RK'dan anketi dolduranların ortalaması yer almaktadır.

Anket sonuçları, kurumun, genel olarak ilgili yasalar ve mevzuat ve soruşturma süreçleri hakkında kamuoyunu bilgilendirmesinin oldukça tatmin edici düzeyde olduğunu göstermektedir. Bu bölümdeki sorulara verilen cevapların ortalaması 3,3/5 tür. Katılımcılar Rekabet kanunu, kurum ikincil mevzuatı ve yaptırımları konusunda kamuoyunun bilgilendirilmesi alanında RK başarılı bulurken (3,97/5), en düşük değerlendirmeyi (2,86/5) "Kurum yetkililerinin kurum politikasına ilişkin veya diğer konulardaki beyanlatları" için yapmışlardır. Bu fark, kurumun, kamuyu "Kurum yetkililerinin kurum politikasına ilişkin veya diğer konulardaki beyanlatları" konusunda bilgilendirmede yeterince etkin olamamasından kaynaklanmış olabileceği gibi, katılımcıların soruşturmalar ile ilgili olarak birincil öneme sahip olmaması nedeniyle bu enformasyona ulaşmak için daha fazla çaba sarf ediyor olmalarıyla da ilişkili olabilir. Yine de, en düşük değerlendirmenin bile ortalamanın üzerinde olması şeffaflık açısından olumlu bir sonuca işaret etmektedir.

Anketin bu bölümündeki bir başka çarpıcı sonuç RK personelinin değerlendirmelerinin tüm sorularda genel ortalamanın üzerinde olmasıdır. Parametrik olmayan test sonuçları iki konuda RK personelinin değerlendirmeleri ortalaması ile diğer meslek mensuplarının ortalaması arasında istatistiki olarak anlamlı bir farka işaret etmektedir. Bu sonuç enformasyonu arz edenler (RK personeli) ile enformasyonu kullananlar

(rekabet avukatları ve danışmanları, rekabet hukuku ile ilgili akademisyenler) arasında mevcut enformasyonun niteliği konusunda önemli bir fark olduğuna işaret etmektedir.

Tablo 3. RK aşağıdaki bilgileri halka açıklamada ne kadar şeffaf (Bilgilere kolaylıkla ulaşılabilir mi? Bilgiler yoruma gerek bırakmayacak kadar net mi? vs.)? 1 (şeffaf değil) ile 5 (şeffaf) arasında değerlendiriniz.								
	1	2	3	4	5	Toplam Cevap	Ortalama	RK Ort.
Rekabet kanunu, kurum ikincil mevzuatı ve yaptırımları	1 (3%)	5 (14%)	7 (19%)	4 (11%)	19 (53%)	36	3,97/5	4,67/5
Kurum soruşturma süreci, prosedürleri ve uygulamaları (kurum kılavuzları veya uygulama kuralları)	3 (9%)	3 (9%)	9 (26%)	10 (29%)	10 (29%)	35	3,6/5	4,17/5
Farklı türdeki soruşturmanın zamanlaması veya bu soruşturmalar için öngörülen süreler	3 (8%)	9 (25%)	8 (22%)	7 (19%)	9 (25%)	36	3,28/5	4,67/5*
Kurul kararları, tavsiye kararları, vb.	1 (3%)	9 (26%)	5 (15%)	10 (29%)	9 (26%)	34	3,5/5	4,33/5
Kurul'un soruşturma sonrası yaptırımda bulunmama veya soruşturmayı sonlandırma kararları	2 (6%)	8 (22%)	11 (31%)	11 (31%)	4 (11%)	36	3,19/5	4,17/5*
Kurum yetkililerinin kurum politikasına ilişkin veya diğer konulardaki beyanları	5 (14%)	10 (29%)	10 (29%)	5 (14%)	5 (14%)	35	2,86/5	3,67/5
Kurumun diğer tüzel kişilere (diğer devlet kurumları, mahkemeler, özel kurumlar) rekabet savunuculuğu çerçevesinde sunduğu görüşler	4 (11%)	10 (28%)	6 (17%)	8 (22%)	8 (22%)	36	3,17/5	3,83/5
Soruşturma sürecinde, gizliliğin nasıl korunacağı ve yasal ayrıcalıkların nasıl ele alınacağı	3 (9%)	9 (26%)	11 (31%)	7 (20%)	5 (14%)	35	3,06/5	3,67/5
Rekabet kanununun ihlali durumunda karşılaşılabilecek yaptırımlar ve bunların nasıl belirlendiği	5 (14%)	6 (17%)	11 (31%)	6 (17%)	7 (20%)	35	3,11/5	3,83/5
Not: Son sütunda yer alan * işareti iki ortalama arasında yüzde 5 düzeyinde istatistiksel olarak anlamlı bir fark olduğunu göstermektedir.								

9.2. Spesifik Soruşturmalar Bağlamında Şeffaflık:

Kamuoyunu Aydınlatma

Anketin ikinci bölümünde ise, spesifik olarak soruşturmalarda RK'nun soruşturmanın taraflarına karşı ne kadar Şeffaf olduğunun değerlendirilmesi hedeflenmiştir. Bu maksatla katılımcılara soruşturmalarla ilişkili 6 ana başlık (hukuki dayanak, iddialar, süreler, deliller ve bu delillere tarafların ulaşımı, soruşturmaya konu olan ekonomik zararın hesaplanması ve kurum personelinin kurum üyelerine tavsiyeleri) ile ilişkili olarak, RK'nun ne kadar Şeffaf davrandığına ilişkin verilen ifadeleri değerlendirmeleri istenmiştir. Katılımcıların bu konudaki değerlendirmelerinin özeti Tablo 4'te verilmiştir.

Bu alanda yapılan değerlendirmelerin çoğu yine ortalamanın üzerinde, ancak genel ortalama (2,8/5) bir önceki bölümün altındadır. Yani, katılımcılar RK'nun spesifik olarak soruşturmalarla ilgili konularda, genel konulara göre daha az Şeffaf olduğunu düşünmektedir. Bir başka deyişle, RK genel olarak soruşturmalar hakkında kamuyu bilgilendirirken daha cömert davranmakta, soruşturma başladığında ise ilgili taraflara karşı aynı derecede Şeffaf davranmamaktadır. Katılımcılar, bu bölüm bağlamında, RK'nun en iyi performansı (3,56/5), taraflara, soruşturma neticesinde olası ihlal iddialarının yasal dayanaklarını ve araştırma için uygulanabilir yasal kuralları açıkça belirtmesi konusunda en kötü performansı (2,37/5) ise, soruşturmaya tâbi eylemlerin sonucunda ortaya çıkan/ ya da çıkması muhtemel ekonomik zararların ekonomik teorisinin, soruşturulan taraflara açıklanması konusunda gösterdiğini beyan etmişlerdir.

Katılımcıların ikinci önemli değerlendirmesi, soruşturmanın farklı taraflarına ilişkin Şeffaflığın farklı olduğuna ilişkindir. Katılımcıların, RK'nun soruşturmaya tâbi olan taraflara verdiği enformasyona ilişkin değerlendirmelerinin ağırlıklı ortalaması, üçüncü kişiler ve kamuya verdiği enformasyona ilişkin değerlendirmelerinin ağırlıklı ortalamasından daha yüksektir. Yani, katılımcılara göre, RK soruşturmalar konusunda enformasyon sağlanması söz konusu olduğunda soruşturma taraflarına gösterdiği hassasiyeti, üçüncü kişiler ve kamuya aynı ölçüde göstermemektedir.

Üçüncü önemli sonuç yine RK personelinin ile diğerlerinin değerlendirmeleri arasındaki farka ilişkindir. Bu bölümde de, RK personelinin değerlendirmelerinin ağırlıklı ortalaması, her ifade de, karşı taraftakilerinin değerlendirmelerinin ağırlıklı ortalamasından daha yüksektir. Parametrik olmayan testler 17 ifadenin 7'sinde aradaki farkın istatistikî olarak anlamlı olduğunu göstermektedir. Genel olarak Şeffaflık konusunda da olduğu gibi, soruşturmalara özgü konularda da RK'nun ilgili taraflarla, soruşturmalara ilişkin paylaştığını düşündüğü enformasyon ile diğer tarafların aldıklarını düşündükleri enformasyonun seviyesi arasında bir asimetri söz konusudur.

Tablo 4. Aşağıdaki ifadeleri 1 (Kesinlikle katılmıyorum) ile 5 (Kesinlikle katılıyorum) arasında değerlendiriniz									
Ana Başlık	Soru	1	2	3	4	5	Toplam Cevap	Ort.	RK Ort.
Hukuki dayanak ve uygulanabilir yasal standartlar	Kurum, taraflara, soruşturma neticesinde olası ihlal iddialarının yasal dayanaklarını ve araştırma için uygulanabilir yasal kuralları açıkça belirtir	0 (0%)	3 (8%)	15 (42%)	13 (36%)	5 (14%)	36	3,56/5	4,5/5*
Yürütülen soruşturmanın ve bu soruşturmalardaki iddiaların açıklanması	Kurum, soruşturmaya tâbi olan tarafa, hakkındaki iddiaları yeterince açıklar	0 (0%)	4 (11%)	14 (39%)	14 (39%)	4 (11%)	36	3,5/5	4,17/5*
	Kurum, bir kişi ya da kurum hakkında bir soruşturma yürütüldüğünü ve hakkında soruşturma yürütülen tarafa karşı iddiaları, üçüncü kişilere açıklar	2 (6%)	6 (17%)	20 (57%)	4 (11%)	3 (9%)	35	3/5	3,83/5*
	Kurum, bir kişi ya da kurum hakkında bir soruşturma yürütüldüğünü ve hakkında soruşturma yürütülen tarafa karşı iddiaları, kamuya açıklar	1 (3%)	8 (22%)	13 (36%)	10 (28%)	4 (11%)	36	3,22/5	4/5*
Soruşturmanın muhtemel süresi	Kurum soruşturmaya tâbi olan taraflara soruşturmanın tahmini süresini açıklar	3 (8%)	13 (36%)	6 (17%)	11 (31%)	3 (8%)	36	2,94/5	4/5*
	Kurum üçüncü kişilere soruşturmanın tahmini süresini açıklar	5 (14%)	16 (44%)	7 (19%)	6 (17%)	2 (6%)	36	2,56/5	3/5
	Kurum kamuya, spesifik soruşturmanın tahmini süresini açıklar	5 (14%)	15 (43%)	8 (23%)	7 (20%)	0 (0%)	35	2,49/5	2,5/5

Tablo 4. (Devam)

Ana Başlık	Soru	1	2	3	4	5	Toplam Cevap	Ort.	RK Ort.
Delillerin temelleri ve doğası	Kurum, soruşturma sürecinde taraflara, kendilerine yöneltilen suçlamaların fiili dayanaklarını ve kanıtların özelliklerini açıklar	0 (0%)	8 (24%)	14 (42%)	9 (27%)	2 (6%)	33	3,15/5	4,17/5*
	Kurum, bir soruşturmada taraflara yöneltilen suçlamaların fiili dayanaklarını ve kanıtların özelliklerini üçüncü kişilere açıklar	6 (17%)	13 (37%)	11 (31%)	5 (14%)	0 (0%)	35	2,43/5	2,5/5
	Kurum, bir soruşturmada taraflara yöneltilen suçlamaların fiili dayanaklarını ve kanıtların özelliklerini kamuya açıklar	6 (17%)	16 (46%)	9 (26%)	4 (11%)	0 (0%)	35	2,31/5	2,67/5
Ekonomik zararın teorik temelini açıklanması	Kurum, soruşturmaya tâbi eylemlerin sonucunda ortaya çıkan/ ya da çıkması muhtemel ekonomik zararların ekonomik teorisini, soruşturulan taraflara açıklar	6 (17%)	16 (46%)	8 (23%)	4 (11%)	1 (3%)	35	2,37/5	3/5
Kurum personelinin Kurul üyelerine tavsiyeleri	Kurum personelinin Kurul üyelerine tavsiyeleri soruşturulan taraflara açıklanır	6 (17%)	6 (17%)	15 (43%)	4 (11%)	4 (11%)	35	2,83/5	3,5/5
	Kurum personelinin Kurul üyelerine tavsiyeleri üçüncü taraflara açıklanır	7 (21%)	13 (38%)	10 (29%)	0 (0%)	4 (12%)	34	2,44/5	2,72/5
Soruşturmada edinilen delillere erişim	Taraflar, soruşturmada elde edilen delillere ulaşabilir	1 (3%)	3 (9%)	17 (49%)	10 (29%)	4 (11%)	35	3,37/5	4,5/5*
	Üçüncü kişiler, soruşturmada elde edilen delillere ulaşabilir	7 (20%)	14 (40%)	11 (31%)	3 (9%)	0 (0%)	35	2,29/5	2,75/5
	Kamu, soruşturmada elde edilen kanıtlara ulaşabilir	9 (26%)	8 (24%)	12 (35%)	5 (15%)	0 (0%)	34	2,38/5	2,75/5
Not: Son sütunda yer alan * işareti iki ortalama arasında yüzde 5 düzeyinde istatistiki olarak anlamlı bir fark olduğunu göstermektedir.									

9. 3. Spesifik Bir Soruşturma Bağlamında Şeffaflık: Kurumun Sunacağı Fırsatlar

Üçüncü bölümde katılımcılardan tarafların soruşturmalar hakkında görüşlerini/savunmalarını RK personeline aktarabilme kanallarının ne kadar açık olduğuna ilişkin değerlendirme yapmaları istenmiştir. Katılımcılara 6 konuda 13 ifade verilmiş ve bu ifadelere ne ölçüde katıldıklarını 1 ile 5 arasında değerlendirmeleri istenmiştir. Katılımcıların bu konudaki değerlendirmelerinin özeti Tablo 5'te verilmiştir.

Bu bölümün genel ortalaması (3,26/5) yine ortalamanın üzerindedir. Katılımcılar, RK'nun, taraflara görüşlerini destekleyecek materyaller (kısa rapor, ekonomik çalışmalar vs.) sunma imkânı tanıma konusunda oldukça başarılı olduğunu düşünmektedirler; (3,88/5).

Bu bölümde RK çalışanları ile diğer meslek mensupları arasındaki değerlendirme farkı çok çarpıcı hale gelmektedir. RK çalışanlarının değerlendirmelerinin ağırlıklı ortalaması yine diğerlerinin üzerindedir ama bu defa bir tanesi hariç tüm ifadelerde iki grup arasında istatistiki olarak anlamlı bir fark belirlenmiştir.

Son olarak, bu bölümdeki değerlendirmelerde de katılımcılar RK soruşturmanın taraflarının, üçüncü kişiler ve kamuya göre RK'na daha kolay ulaşabildiğini düşünmektedirler.

Tablo 5. Aşağıdaki soruları 1 (Kesinlikle katılmıyorum) ile 5 (Kesinlikle katılıyorum) arasında değerlendiriniz

Ana Başlık	Soru	1	2	3	4	5	Toplam Cevap	Ort.	RK Ort.
Soruşturmayı yürüten kurum personeli ile görüşme imkânı	Kurum taraflara soruşturmayı yürüten kurum personeli ile görüşme imkânı tanır	3 (9%)	2 (6%)	10 (29%)	9 (26%)	11 (31%)	35	3,66/5	4,83/5*
	Kurum üçüncü kişilere soruşturmayı yürüten kurum personeli ile görüşme imkânı tanır	3 (9%)	5 (14%)	11 (31%)	9 (26%)	7 (20%)	35	3,34/5	4,5/5*
	Kurum kamuya soruşturmayı yürüten kurum personeli ile görüşme imkânı tanır	7 (20%)	6 (17%)	12 (34%)	7 (20%)	3 (9%)	35	2,8/5	4/5*
Kurumun yöneticileri ve karar alıcıları (Başkan, kurull üyeleri vd.) ile görüşme imkânı	Kurum, bir yaptırım kararı vermeden önce kurumun kaygılarını tartışmak amacıyla soruşturma esnasında taraflara kurum yöneticileri veya karar alıcıları ile görüşme imkânı tanır	4 (11%)	12 (34%)	11 (31%)	3 (9%)	5 (14%)	35	2,8/5	4/5*
	Kurum üçüncü kişilere kurum yöneticileri ya da karar alıcıları ile görüşme imkânı tanır	6 (17%)	8 (23%)	16 (46%)	1 (3%)	4 (11%)	35	2,69/5	4/5*
Savunmada kullanılacak materyalleri sunma fırsatı (Not: Kurumun talebi üzerine tarafların sunması zorunlu olan materyal anlamında değildir)	Kurum, taraflara görüşlerini destekleyecek materyaller (kısa rapor, ekonomik çalışmalar vs.) sunma imkânı tanır	1 (3%)	4 (12%)	9 (26%)	4 (12%)	16 (47%)	34	3,88/5	4,83/5*
	Kurum, üçüncü kişilere görüşlerini destekleyecek materyaller (kısa rapor, ekonomik çalışmalar vs.) sunma imkânı tanır	3 (9%)	4 (11%)	9 (26%)	7 (20%)	12 (34%)	35	3,6/5	4,83/5*
	Kurum, kamuya görüşlerini destekleyecek materyaller (kısa rapor, ekonomik çalışmalar vs.) sunma imkânı tanır	4 (11%)	4 (11%)	10 (29%)	4 (11%)	13 (37%)	35	3,51/5	4,67/5*

Tablo 5. (Devam)

Ana Başlık	Soru	1	2	3	4	5	Toplam Cevap	Ort.	RK Ort.
Kurum ile zorunlu bilgi paylaşımı konusunda görüş alışverişinde bulunma imkânı	Kurum, zorunlu bilgi paylaşımı konusunda taraflara Kurum ile görüş alışverişinde bulunma fırsatı verir (Başka bir ifadeyle, bilgi taleplerinin süresi ve kapsamı konusunda görüşme ve tartışma imkânı verir)	2 (6%)	4 (11%)	11 (31%)	11 (31%)	7 (20%)	35	3,49/5	4,5/5*
	Kurum, zorunlu bilgi paylaşımı konusunda üçüncü kişilere Kurum ile görüş alışverişinde bulunma fırsatı verir (Başka bir ifadeyle, bilgi taleplerinin süresi ve kapsamı konusunda görüşme ve tartışma imkânı verir)	1 (3%)	7 (21%)	11 (33%)	10 (30%)	4 (12%)	33	3,27/5	3,83/5
RK'nun kaygılarına cevap imkânı	Taraflara, yaptırım kararının uygulanmasından önce, konuyla ilgili delillerini ortaya koyma ve kurumun kaygılarına (örneğin itiraz veya duyum gibi kaygılara) cevap verebilme imkânı verir	1 (3%)	7 (20%)	11 (31%)	9 (26%)	7 (20%)	35	3,4/5	4,67/5*
Kurum tarafından önerilen yasal çözümler konusunda yorum yapma ya da görüş belirtme imkânı	Kurum, üçüncü kişilere, kendisi tarafından önerilen yasal çözümler ya da anlaşma yükümlülükleri hakkında yorum yapma veya görüş bildirme imkânı verir	3 (9%)	5 (14%)	14 (40%)	8 (23%)	5 (14%)	35	3,2/5	4/5
	Kurum, kamuya, kendisi tarafından önerilen yasal çözümler ya da anlaşma yükümlülükleri hakkında yorum yapma veya görüş bildirme imkânı verir	6 (17%)	9 (26%)	11 (31%)	5 (14%)	4 (11%)	35	2,77/5	4/5*
Not: Son sütunda yer alan * işareti iki ortalama arasında yüzde 5 düzeyinde istatistiki olarak anlamlı bir fark olduğunu göstermektedir.									

9.4. Türkiye’de Rekabet Alanındaki Soruşturma Süreçlerinin Şeffaflığına İlişkin Anket Çalışmasının Genel Sonuçları

Katılımcılar ve bölümler arasında farklılıklar olsa da anket sonuçlarına bakarak rekabet alanındaki soruşturmanın şeffaflığına ilişkin bazı genel değerlendirmeler yapılabilir.

İlk olarak, katılımcılar her ana başlıkta RK’nun şeffaflığını ortalamanın üzerinde değerlendirmişlerdir. Yaptığımız atölye çalışmalarında da avukat, danışman ve akademisyenlerden oluşan katılımcılar da benzer bir değerlendirme yapmışlardır. Kuşkusuz bunda Türkiye’deki rekabet hukukunun bu alanda daha uzun bir tecrübeye sahip olan Batı ülkelerinden aynen ithal edilmiş olmasının payı büyüktür.

Anketin bize gösterdiği ikinci önemli sonuç enformasyonu sağlamakla yükümlü olanlar (RK personeli) ile bu enformasyonu kullananlar arasındaki farktır. Anketin tüm maddelerinde Kurum personelinin şeffaflık değerlendirmesi diğerlerinin üzerindedir. Bir başka deyişle bir taraf enformasyonu verdiğini, diğeri ise almadığını iddia etmektedir. Tarafların bir araya gelip bu farkın nereden kaynaklandığını tartışmaları bu alanda şeffaflığın geliştirilmesine önemli katkıda bulunabilir.

Son olarak, anket sonuçları bize RK’nun üçüncü kişiler ve kamu ile enformasyon paylaşımı konusuna nispi olarak daha az önem verdiğini göstermektedir. Kuşkusuz, sürmekte olan bir soruşturmanın tarafları enformasyona en fazla ihtiyaç duyan gruptur. RK’nun soruşturmanın taraflarına sağladığı nispi enformasyon cömertliği bu gerekçeyle açıklanabilir. Ancak, üçüncü kişilerin ve kamunun da soruşturma süreçleri hakkında bilgilendirilmesinin şeffaflığın olmazsa olmazı olduğunun daha fazla vurgulanması ve Kurumun bu konuda daha hassas davranması soruşturma süreçlerinin şeffaflığına önemli katkı yapacaktır.

10. Türkiye’deki Rekabet Soruşturmalarının Uygulamadaki (De Facto) Şeffaflığı

Herhangi bir alanda kapsamlı kuralların olması ilgili alandaki şeffaflığın en önemli güvencelerinden biridir. Ancak, kurallar açık, net, tahmin edilebilir ve kolayca ulaşılabilir değil ise ve güçlü yaptırımlar ile desteklenmiyorsa keyfi uygulamaların önüne geçmek mümkün olmaz. Bu nedenle, kanunların varlığı kadar uygulanması da şeffaflık açısından çok önemlidir.

Türkiye’deki rekabet alanındaki yasalar ve ikincil mevzuat büyük ölçüde Avrupa Birliği’nin ilgili düzenlemelerinden aynen aktarılmıştır. Yasal düzenlemelerin kapsamı açısından Türkiye’nin Birliğin diğer ülkelerinden önemli bir farkı yoktur. Çalışmamız kapsamında görüşme imkânı bulduğumuz rekabet avukatları, danışmanları ve konu ile ilgili akademisyenler de rekabet alanındaki düzenlemelerin Türkiye’deki diğer hukuk alanları ile mukayese edildiğinde oldukça şeffaf olduğunu, sorunların uygulamadan kaynaklandığını dile getirmişlerdir.

Bu nedenle bu bölümde Türkiye’deki rekabet alanındaki soruşturma süreçlerine ilişkin uygulamada karşılaşılan sorunlar, kâğıt üzerindeki durum (de jure) ile fiili durum (de facto) arasındaki farklar üzerinden incelenecektir. Uygulamadaki sorunlardan bahsederken somut örnekler üzerinden gidilecek davalara, düzenlemelere sıklıkla referans verilecektir.

İnceleme uzayının çok geniş olması nedeniyle sadece uygulamadaki şeffaflık üzerine yapılmış çalışmaların sayısı çok sınırlıdır. Çünkü, binlerce dava ve yüzlerce maddelik yasa ve yönetmelikleri inceleyip şeffaflığı zedeleyen uygulamaların tespit edilmesi oldukça zorlu ve zaman harcayıcı bir çaba gerektirir. Bu zorluğun üstesinden gelebilmek ve argümanlarımızı desteleyebilecek bir delil havuzu oluşturabilmek amacıyla 16 Kasım 2015 tarihinde İstanbul Bilgi Üniversitesi Rekabet Hukuku ve Politikaları Uygulama ve Araştırma Merkezi’nde bir çalıştay düzenlenmiştir. Çalıştaya, bu projenin yürütücüleri dışında, rekabet alanında çalışan 10 avukat, danışman ve akademisyen katılmıştır.²¹ Toplantı öncesinde, yine ICN (2013) raporundaki format kullanılarak hazırlanan, bir taslak rapor katılımcılara gönderilmiş ve toplantı esnasında katılımcılardan bu formata göre her bir başlık ile ilişkili spesifik katkılarının beklendiği belirtilmiştir. Çalıştay esnasında katılımcılar, bilgi ve tecrübelerine dayanarak, uygulamada şeffaflık alanında karşılaştıkları sorunları somut davalara ve yasal düzenlemelere referans vererek dile getirmişlerdir. Katılımcıların katkıları, proje ekibinin rekabet alanındaki bilgi, tecrübeleri ile birleştirilerek geniş bir örnek vaka ve destekleyici delil havuzu oluşturulmuştur. Bu havuzdaki veriler kullanılarak şeffaflığa ilişkin uygulamadaki sorunlar desteklenmiştir.

Bu kısım iki ana başlıktan oluşmaktadır. Birinci başlıkta (10.1) “genel olarak” rekabet mevzuatının şeffaflığı incelenmiştir. Bu başlık altında soruşturma süreçleri ile ilgili düzenlemelerin ne kadar net, kolay ulaşılabilir ve tahmin edilebilir olduğu, ne gibi belirsizliklerin yaşandığı somut delillerle ortaya konmuştur. İkinci bölümde (10.2) ise soruşturma süreçlerinde uygulamada yaşanan sorunlar ele alınmıştır. Bu bölümde sırasıyla, iddialar ve soruşturma süreçleri, dosyaya erişim imkânları ve yaptırımlar konularında uygulamada ne gibi belirsizliklerin yaşandığı, örnek olaylara referans verilerek gösterilmiştir.

10.1. Rekabet Mevzuatının Şeffaflığı

10.1.1. Birincil Ve İkincil Mevzuatın Kamuya Açık Olması

Ülkemizde rekabet hukukuna ilişkin temel mevzuat; Anayasa (madde 167) ve aynı zamanda RK’nu da kuran 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’dur. 4054 sayılı Kanun ve bu kanunda değişiklik yapan her türlü kanun ve kararname, diğer tüm kanun ve kararnameler gibi Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Bunun yanında Türkiye’de rekabet hukukunun ikincil mevzuatı olarak sayıla-

21. Çalıştaya bu çalışmanın yazarları dışında Kerem Cem Sanlı, Bahadır Balkı, Hakkı Can Yıldız, Halil Emre Önal, Kadir Baş, Muzaffer Eroğlu, Oğuzcan Bülbül, Bora İnkiler katılmışlardır.

bilecek yönetmelikler ve tebliğler ile bunlarda yapılan değişiklikler de Resmi Gazete’de yayınlanmaktadır. Dolayısıyla, kamuya açıktırlar.

Bunlar dışında, Rekabet hukukunun bir vaka hukuku olması ve sınırları çok geniş olan temel düzenlemelerin her somut olay için farklı şekilde uygulanabilmesi nedeniyle rekabet davalarında birincil ve ikincil mevzuat kadar dolaylı kaynaklar da (Kurul ve yargı kararları) son derece önemlidir. 4054 sayılı Kanunun 53’üncü maddesi Kurul kararlarının tarafların ticarî nitelikli sırlarını ifşa etmeyecek şekilde Kurum internet sayfasında yayınlanmasını ve bu kararların gerekçeli olması gerektiğini emreder.²² Bu hüküm gereğince, Rekabet Kurulu kararları ve bunlara ilişkin yargı kararları (özellikle Rekabet Kurulu kararları hakkındaki idari yargı kararları) RK internet sitesinde kamuya açık olacak şekilde yayınlanmaktadır.²³

Buna göre, rekabet soruşturmaları ile ilgili hemen tüm düzenlemelerin kamuya duyurulmasının yasal zorunluluk olduğu, bu yükümlülüğün RK tarafından yerine getirildiği ve ilgilenenlerin bu bilgilere kolaylıkla ulaşılabilirdiği söylenebilir. Ancak, rekabet soruşturmaları açısından hayati öneme sahip olmasına rağmen, bazı düzenlemelerin kamuya duyurulmuyor olması bu alandaki oldukça başarılı olan uygulamalara gölge düşürebilmektedir.

Bu bağlamda, çalışmamız esnasında tespit edilen en önemli örnek, RK uzmanlarının teşebbüslerde gerçekleştirdikleri yerinde incelemelere ilişkin süreci düzenleyen “4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Uygulanması Çerçevesinde RK’na yapılacak yerinde incelemelere ilişkin usul ve Esaslara ilişkin Hizmete Özel Yönetmelik” (Yerinde İnceleme Yönetmeliği) tir. Söz konusu yönetmelik hiçbir dönemde kamuoyu ile paylaşılmamış, kurum için bir belge niteliğinde kalmıştır.²⁴ Bahsi geçen Yerinde İnceleme Yönetmeliği’nden, Rekabet Kurulu’nun TTNET Yerinde İnceleme²⁵ kararında yer alan, Rekabet Kurulu üyesi Fevzi Özkan tarafından kaleme alınmış karşı oy görüşü sayesinde haberdar olunmuştur.

Karşı oy görüşünden, Yerinde İnceleme Yönetmeliği’nde “Teşebbüslerin Hakları”nı düzenleyen bir bölüm olduğu anlaşılmasına karşın, içeriği hakkında kesin bir bilgi bulunmamaktadır. Ancak, anlaşıldığı kadarıyla, söz konusu yönerge RK uzmanlarının yerinde inceleme esnasındaki görevlerini ve haklarının sınırlarını düzenlemektedir. Bu yönergenin içeriğinden teşebbüslerin haberdar olmaması nedeniyle, RK uzmanlarının görevlerini belirtilen sınırlar içerisinde gerçekleştirip gerçekleştirmediği hususu teşebbüsler tarafından denetlenememekte ve ortaya çıkabilecek hukuka aykırı uygulamaların tespiti zorlaşmaktadır. Bu tür temel hak ve özgürlükleri ilgilendiren bir düzenlemenin kamuoyu-

22. Uygulamada **soruşturma** ve **nihai inceleme** gibi idari yaptırımla sonuçlanabilecek Kurul kararları, ilgili teşebbüsler ve kamuoyunu mümkün olan en kısa zamanda bilgilendirmek amacıyla, Kurum internet sitesinde duyuru / kısa karar şeklinde yayınlanmakta, gerekçeli kararlar ise yazıldıktan sonra internet sitesine eklenmektedir.

23. Rekabet Kurulu kararlarının şeffaflığına ilişkin daha ayrıntılı değerlendirmelerimiz ilerleyen bölümlerde sunulacaktır.

24. Kurum içi bir belge niteliğinde kaldığı da içerdiği “Hizmete Özel” ibaresinden anlaşılmaktadır.

25. Rekabet Kurulu’nun 18.07.2013 tarih ve 13-46/601-M sayılı kararı.

yunun bilgisine sunulmamasının RK'nun şeffaflığını olumsuz etkilediği aşikârdır.

Teşebbüslerin ve çalışanlarının temel hak ve hürriyetlerini etkileyecek böylesine önemli bir düzenlemenin tesadüfen ortaya çıkması ve halen içeriğinin bilinmiyor olması, RK nezdinde, Yerinde İnceleme Yönetmeliği dışında, benzeri “gizli” düzenlemelerin bulunup bulunmadığı konusunda soru işaretlerinin ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Çalıştay katılımcıları, menfi tespit ve muafiyet başvurularının değerlendirilmesine ilişkin de benzeri bir düzenlemenin bulunduğu dair bilgileri olduğunu aktarmışlardır. Katılımcıların bu aktarımları tamamen bir söylentiden ibaret olabilir. Ancak açıklığın olmadığı ortamlarda belirsizliklerin söylentiler yoluyla giderilmeye çalışılması kaçınılmazdır.

10.1.2. Uygulama Süreçlerinin Şeffaflığı ve Belirliliği

Türkiye’de, mevcut rekabet kanununu uygulamakla görevli otorite RK, Kurumun temel karar alma organı da Rekabet Kuruludur. Kurul’un temel görev ve yetkileri Kanun’un 27’inci maddesinde belirtilmektedir. Söz konusu görev ve yetkiler rekabet hukukunun uygulanmasına ilişkin görev ve yetkiler, yani icra faaliyetleri (önaraştırma, soruşturma, menfi tespit ve muafiyet kararları, birleşme ve devralma incelemeleri, vb.) ile Kurum’un işleyişine ilişkin görev ve yetkiler, yani idari faaliyetler (bütçe ve personel politikasının belirlenmesi vb.) olarak iki temel ana gruba ayrılabilir. Bu iki faaliyet grubundan, özellikle icra faaliyetlerinin önceden belirlenmiş, şeffaf süreçlere uygun olarak işlemesi son derece kritiktir. Uygulamaya ilişkin iyi tanımlanmış süreçlerin bulunmaması durumunda, keyfi ve teşebbüsler arasında eşitliğe aykırı olabilecek uygulamaların ortaya çıkması kuvvetle muhtemeldir.

Ülkemiz rekabet hukuku mevzuatı Rekabet Kurulu’nun gerek icra, gerekse de idari faaliyetleri açısından usul kurallarını son derece açık bir şekilde belirlemektedir. 4054 sayılı Rekabet Kanunu’nun 40 ve devamında yer alan maddeler önaraştırma, soruşturma, nihai inceleme, delillerin toplanması, savunma aşamaları, kararın nasıl alınacağı gibi temel uygulama süreçlerini ayrıntılı ve net bir biçimde ortaya koymaktadır. En önemlisi de gerek yapılacak işlemler, gerekse de bu işlemlerin tamamlanması için gereken süreler ile ilgili taraflarca veya üçüncü kişilerce yapılması gereken veya yapılabilecek işlemler açık bir biçimde belirtilerek idarenin karar serbestisi azami ölçüde kısıtlanmıştır. Böylece, rekabet hukukunun uygulama süreçleri hakkında belirsizliklerin yaşanmasının önüne geçilmesi hedeflenmiştir.

Yasal düzenlemelerin oldukça ileri düzeyde olmasına rağmen uygulamada belirsizlikler mevcuttur. Bunlardan bazıları aşağıda detaylı olarak incelenecektir.

Sürelere İlişkin Belirsizlikler

Mevzuat ile genel bir belirlilik ve şeffaflık sağlansa da, sürelere uyum ile ilgili uygu-

lamada çeşitli sorunlar ortaya çıkabilmektedir. Bunların başında da birleşme ve devralma işlemlerinin tamamlanması sırasında geçen süreler yer almaktadır. 4054 sayılı Kanun kapsamında, Rekabet Kurulu tarafından nihai incelemeye alınmamasına karar verilen bir birleşme/devralma işleminin onaylanabilmesi için, RK'na gerekli tüm evrakların sunulmasından itibaren ön inceleme için 15 günlük bir süre öngörülmüştür. Bunun yanında Rekabet Kurulu'nun bu süre içinde başvuruya ilişkin herhangi bir cevap vermediği ya da herhangi bir işlem yapmaması durumunda söz konusu işlemin, bildirim tarihinden itibaren 30 gün sonra hukuki geçerlilik kazanacağı düzenlenmiştir. Uygulamada Rekabet Kurulu, genellikle, bu 30 günlük süre dolmadan önce birleşme ve devralma başvurusu ile ilgili kararını vermektedir.

Uygulamada belirtilen süreler 4054 sayılı Kanun ve 2010/4 sayılı Tebliğ kapsamında hazırlanan Bildirim Formları'nın tam ve eksiksiz olarak RK kayıtlarına intikal etmesi ile başlar. Taraflarca RK'na iletilen formların eksiklik olması durumunda RK taraflardan ek bilgi ve belge talep edebilmekte ve söz konusu bilgi ve belgeler RK'na sunulana kadar tam ve eksiksiz bir başvuru yapılmamış sayıldığı için, söz konusu süreler işletilmemektedir.

Bu kapsamda tam ve eksiksiz başvurudan ne anlaşılması gerektiği önem kazanmaktadır. Zira bazı vakalarda, 2010/4 sayılı Tebliğ ekinde yer alan Bildirim Formları'nda yer alan soruların eksiksiz olarak cevaplanması durumunda dahi, işlemin özelliği veya araştırmayı yapan uzmanların talepleri doğrultusunda Bildirim Formları'nda talep edilmiş olan bilgilerin teşebbüslerden talep edildiği görülmektedir. Bildirim Formunda yer almayan (teşebbüslere sorulmayan) bilgilerin talep edildiği durumlarda, kanunda belirtilen sürelerin işletilmediği veya kesildiği anlaşılmaktadır. Bu durum, formu eksiksiz olarak dolduran, formda yer alan tüm sorulara doyurucu yanıtlar verdiğini düşünen teşebbüsler açısından dahi belirsiz bir süreç yaratmaktadır. Zira RK tarafından her zaman, bazı durumlarda formda sorulmayan, bilgi ve belgeler talep edilebilecek ve söz konusu bildirim karara bağlanması için geçen süre uzayabilecektir.

Buna ek olarak, RK tarafından bildirimde bulunan teşebbüsler dışında, üçüncü kişilerden veya diğer kamu kurum ve kuruluşlardan bilgi veya görüş talep edilmesi durumunda da bu sürelerin kesildiği ve söz konusu bilgi ve görüşler RK'na iletilene kadar işletilmediği anlaşılmaktadır. Tarafların yapmış oldukları başvurularda eksiklik olması durumunda, başvurunun yapılmamış sayılması veya sürenin eksiklik tamamlanana kadar sürenin işlememesi olağan karşılanabilir. Ancak üçüncü taraflardan talep edilen bilgilerin Rekabet Kurulu'nun konu ile ilgili karar alma süresini etkilemesi, bildirimde bulunan taraflar açısından bir belirsizlik yaratmaktadır. Ayrıca, uygulamada RK tarafından, başvuruda bulunan taraflara, üçüncü kişilerden bilgi veya belge talep edildiği ve ancak bu bilgi ve belgelerin RK'na iletilmesinden sonra karar verebileceğine ilişkin bir bildirimde bulunulmamaktadır.

RK'nun izni olmadan birleşme/devralma işlemi geçerlilik kazanmadığı için²⁶ 4054 sa-

26. 2010/4 sayılı "Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" (2010/4

yılı Kanun kapsamında kanun koyucu, yapılan birleşme ve devralma başvurularının akıbetinin bir an önce belirlenebilmesi amacıyla, bu başvuruların en geç 30 gün içerisinde onaylanması veya en geç 30 gün içerisinde nihai incelemeye alınması gerektiğini düzenlemiştir. Fiiliyatta bu durum çoğu başvuru için doğru olsa da, yukarıda belirtilenler gibi bazı durumlarda başvuruların uzun süreler boyunca askıda kalması gibi sorunlar ortaya çıktığı görülmektedir. Tahmin edileceği üzere birleşme ve devralma işlemlerinin sürelerinin taraflarca önceden kestirilebilmesi son derece önemlidir. Bu sürelerin düzenlenen uzun veya öngörülemeyen olması doğrudan işlemin fiyatına etki edebilmekte ve hatta tarafların işleminden vazgeçmesine yola açabilecek sonuçlar doğurabilmektedir.

Süreçler ve Süreçlerin İşleyişine İlişkin Belirsizlikler

Önaraştırma, soruşturma ve nihai inceleme süreçlerinin ne şekilde işleyeceği 4054 sayılı Kanun ile açık bir biçimde düzenlenmiştir. Hakkında bir rekabet incelemesi (önaraştırma, soruşturma veya nihai inceleme) başlatılan bir teşebbüs ne gibi bir süreçle karşı karşıya olduğu hakkında sadece 4054 sayılı Kanun’u inceleyerek dahi bile net bir bilgi edinebilmektedir. Bunun yanında, 21.06.1997 tarihinde yürürlüğe giren RK Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik de bu süreçlerin işleyişini açık ve ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna rağmen, uygulamada bazı belirsizlikler söz konusudur. Bu bölümde bunlardan tespit edebildiğimiz iki tanesi ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Rekabet mevzuatımız açısından belirsizlik yaşanan temel hususlardan birisi, teşebbüslerin hangi eylemleri neticesinde söz konusu kuralların uygulamaları ile karşılaşacaklarına ilişkindir. Rekabet Kanunu, bir teşebbüs hakkında önaraştırma açılması, soruşturma başlatılması veya yapılan bir birleşme/devralma başvurusunun nihai incelemeye alınıp alınmaması kararını tamamen Rekabet Kurulu’na vermiştir. Rekabet Kurulu’nun Rekabet Kanunu’yla getirilen kuralların uygulayıcı ve karar alıcı organı olması nedeniyle bu durum olağandır. Ancak kanun, Rekabet Kurulu’nun önaraştırma açma, soruşturma başlatma veya bir yoğunlaşma işlemini nihai incelemeye alma kararlarını hangi şartların varlığı altında alabileceğine ilişkin somut bir düzenlenmeye yer vermemiş ve RK’na son derece geniş bir serbesti tanımıştır. Konuya ilişkin Rekabet Kanunu’nun 42’inci maddesinde;

“Kurulun, ihbar veya şikâyet başvurularında ileri sürülen iddiaları ciddi ve yeterli bulması durumunda, ihbar veya şikâyet edenlere ileri sürülen iddiaların ciddi bulunduğu ve araştırmaya başlandığı yazılı olarak bildirilir.”

hükmü yer almaktadır. Ancak burada Kurul’un öne sürülen iddiaları ne gibi objektif kriterleri kullanarak “ciddi ve yeterli” bulacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Konuya ilişkin RK Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik’te de objektif

bir kriter bulunmamaktadır. Dolayısıyla, Rekabet Kanunu'nda bir önaraştırma kararı veya birleşme/devralma başvurusu sonrasında, Kurul'un soruşturma/nihai inceleme başlatılması yönündeki kararlarının ne gibi somut faktörler göz önüne alınarak yapılacağına ilişkin bir açıklık olmadığı söylenebilir.

Rekabet Kurulu'nun soruşturma/nihai inceleme başlatması yönünde karar alırken ne gibi hususları göz önünde tutacağıının Kanunda açık olarak tanımlanmamış olması; haklarında soruşturma/nihai inceleme başlatılan şirketler açısından birçok maliyet yaratmakta ve başlı başına bir yaptırım niteliğinde olabilmektedir. Başlatılan soruşturma ve nihai incelemeler; sonucunda herhangi bir yaptırım kararı alınmasa dahi, teşebbüslerin kamuoyunda ve tüketiciler gözünde itibar kaybı yaşamasına neden olabilmekte, yatırımcılarla olan ilişkilerini bozabilmekte, teşebbüslerin birleşme ve devralma işlemleri açısından işlemin fiyatını etkileyebilmekte, hatta tarafların işlemde vazgeçmesine dahi sebep olabilmektedir.²⁷

Bu bağlamda, Rekabet Kurulu'nun Lafarge Aslan Çimento'nun OYAK tarafından devralınmasına ilişkin verdiği karar²⁸ şeffaf olmayan soruşturma başlatma gerekçelerine iyi bir örnek teşkil etmektedir. Lafarge Aslan Çimento'nun OYAK'a satışına karar verilmesine müteakip, bu devir işleminin rekabet açısından incelenmesi için RK'na başvuru yapılmış, yapılan öninceleme sonucunda Rekabet Kanunu'nun 10.maddesi uyarınca Rekabet Kurulu tarafından devralmaya ilişkin nihai incelemeye alınma kararı verilmiştir.

İşlemin nihai incelemeye alınması, devralmanın olumsuz rekabetçi etkilerinin gözleneceği "ilgili coğrafi pazarın" olabilecek en dar biçimde belirlenmesi sonucunda mümkün olmuştur. Devralma incelemelerinde ilgili coğrafi pazar ne kadar dar tanımlanırsa birleşen tesislerin bu daralmış pazardaki payı ve dolayısıyla muhtemel olumsuz rekabetçi etkiler o kadar yüksek olacak, Kurul kararının olumsuz olma olasılığı artacaktır. Bu kararda ilgili coğrafi pazar "%10 testi" adı verilen ve daha önceki çimento devralma işlemlerinde de kullanılan bir testin bu sefer kuralları değiştirilerek uygulanması sonucunda olmuştur. Bu testte, işlem için belirlenecek olan ilgili coğrafi pazara dâhil edilecek iller iki şekilde tespit edilmektedir: (1) bir tesisin satış yaptığı illerdeki pazar payının %10'u aşması veya (2) ilin tesisin satışları içindeki payının %10'u aşması. Bu koşullardan birini veya ötekini sağlayan iller, ilgili coğrafi pazara dâhil edilmektedir.²⁹

OYAK/Lafarge Aslan Çimento devralmasında RK raportörleri ve onların önerisine göre hareket eden Kurul, yapılan öninceleme sonucunda alınan (ara) kararda -önceki devralma kararlarına atıfta bulunarak- daha önce de kullanılmış olan %10 testini uyguladığını ve bunun sonucunda ilgili coğrafi pazarın ayrı ayrı olmak üzere Adapazarı ve Sakarya (1. pazar) ile Bolu (2. pazar) illeri olarak tespit edildiğini belirtmiştir. Yani

27. Karara yansıyan bir işlemde vazgeçme durumuna örnek olarak bkz. Rekabet Kurulu'nun 24/04/2007 tarih ve 07-34/351-131 sayılı kararı.

28. 18.11.2009 tarih ve 09-56/1338-341 sayılı nihai inceleme kararı

29. %10 testi 24.04.2007 tarih ve 07-34/352-132 sayılı, Bolu Çimento'nun Deniz Çimento'yu devralmasına ilişkin kararda kullanılmıştır.

tespit edilen iki ilgili pazarın ilki iki, ikincisi ise bir ilden oluşmaktadır. Ticari sınırlardan arındırılma adı altında kullanılan hiçbir verinin paylaşılmadığı bu ara karar dikkatli bir biçimde incelendiğinde %10 testinin diğer çimento davalarından farklı bir biçimde uygulandığı görülmektedir. Diğer davalarda iki kriterden birini tutturan iller “İlgili Pazar” olarak belirlenirken, bu davada her ikisini de birlikte tutturan iller “İlgili Pazar” olarak tanımlanmıştır. Kullanılan yöntem farklılaşınca ilgili coğrafi pazarlar 7-8 ilden oluşacak yere bir ya da iki il ile sınırlanmış olmaktadır ki bu da söz konusu teşebbüsün pazar olduğundan daha yüksek çıkmasına neden olmaktadır.

Önincelemeyi sonuçlandıran kararda, ilgili testin bu defa neden farklı bir biçimde uygulandığına, Pazar tanımının neden bu kadar dar bir biçimde yapılması gerektiğine dair herhangi bir bilimsel açıklaması taraflarla paylaşılmamıştır. Nihai inceleme raporunda ve kurul kararında bahsedilmeyen bu testin adına ancak savunmalar kısmında yer verilmiş ve bilimselliği yine sınanmamış olan başka bir inceleme ile pazar tanımları yapılmıştır. Olay bazında test dizayn etme ve/veya daha önceki testin uygulama şeklini köklü bir biçimde değiştirme gibi uygulamalar bir devralma işleminin ne şekilde değerlendirileceğine dair tarafların fikir sahibi olamamasına yol açmaktadır.

Rekabet Kurulu’nun soruşturma ve nihai inceleme başlatma kararları kadar başlatma kararları da benzer sonuçlar doğurmaktadır. Kurul’un soruşturma açılmaması veya birleşme/devralma işlemine açık veya zımni onay yönündeki kararlarına -önaraştırma niteliğinde kararlar olmaları nedeniyle- karşı yargı yolu açıktır. Rekabet Kurulu tarafından verilen soruşturma açılmasına gerek olmadığına dair kararların idari yargı³⁰ tarafından iptal edilmesine ilişkin çok sayıda örnek mevcuttur.³¹ Bu tip durumlarda, kurul tarafından onay verilen iktisadi davranışına devam eden firma, idari yargı tarafından rekabete aykırı davranması nedeniyle cezalandırılabilir. Bu tür vakalara en iyi örnek olarak Turkcell Araç Takip Soruşturması kararı gösterilebilir.³²

Söz konusu kararda GSM operatörü Vodafone, rakibi Turkcell’in araç takip hizmetlerine yönelik GSM hizmetleri pazarındaki hâkim durumunu kötüye kullandığına dair RK’na şikâyette bulunmuş, ancak Rekabet Kurulu, 2008 yılında Turkcell hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar vermiştir. Bu kararı, -doğal olarak- “rekabete aykırı bir davranışta bulunmadığı” şeklinde yorumlayan Turkcell faaliyetlerine eskisi gibi devam ederken, şikâyetçi Vodafone Kurul kararını temyize götürmüş ve Danıştay, Kurul kararının iptaline karar verilmiştir. Danıştay’ın kararı uyarınca konuyu tekrar ele alan Rekabet Kurulu, 2013 yılında, bu defa Turkcell

30. 5.7.2012 tarihli 6352 sayılı Kanun’un 63’üncü maddesi ile Rekabet Kurulu kararlarına karşı başvurulabilecek yargı merci değiştirilmiş ve daha evvel Danıştay’ın ilk derece mahkemesi olarak ele aldığı bu kararlara bakmaya idare mahkemeleri yetkili kılınmıştır. Söz konusu değişiklik sebebiyle hem geçmiş, hem de mevcut uygulamayı kapsamı açısından “idari yargı” ifadesi kullanılmıştır.

31. Söz konusu kararlar için bkz. Danıştay 13. Dairesinin 18.4.2011 tarih ve E.2008/4519, K.2011/1655; 08.05.2012 tarih ve E. 2008/8139, K. 2012/963; 2.4.2013 tarih ve E.2009/4016, K. 2013/901 sayılı kararları, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’nun 20.3.2013 tarih ve E. 2008/3070, K. 2013/982 sayılı kararı

32. Rekabet Kurulu’nun 19/12/2013 tarih ve 13-71/988-414 sayılı Turkcell Araç Takip Soruşturması kararı

hakkında soruşturma başlatmış, fakat, bir önceki kararının aksine, “4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 6. maddesini ihlal ettiğine ve bu nedenle Turkcell’in 2012 mali yılı sonunda oluşan ve Kurul tarafından belirlenen yıllık gayri safi gelirlerinin %4,5’i oranında olmak üzere; Turkcell’e 39.727.308,20 TL idari para cezası verilmesine karar vermiştir.”

Bu sürecinin hukuki belirlilik ilkesiyle uyumlu olmadığı açıktır. Zira, ilgili teşebbüs (Turkcell), önaraştırma kararından, temyiz sonrasında tekrardan soruşturma açılması kararına kadar geçen beş yıla yakın süre içerisinde hukuka aykırı bir faaliyet içerisinde olmadığını düşünerek hareket etmiş, ancak sonrasında idari para cezasına muhatap olmuştur. Diğer taraftan, söz konusu kararın idari yargı yolunda kesinleşmesi durumunda da,³³ araç takip pazarında yer alan rakip teşebbüslerin Turkcell’in kararda tespit edilen hukuka aykırı uygulamalarına beş yıldan uzun süre maruz kalması gibi bir durum ortaya çıkacaktır.

RK’nun önaraştırma, soruşturma veya nihai inceleme kararlarını alırken ne tür bir delil standardını gözettiği de belirsizdir. 4054 sayılı Kanun’un 42’nci maddesinde yer alan “ciddi ve yeterli” ifadesi son derece ucu açık bir standart ortaya çıkartmakta ve uygulamayı şeffaf olmaktan uzaklaştırmaktadır. Bu noktada RK’nun özellikle soruşturma açılmasına yer olmadığına ilişkin kararlarına karşı, idari yargı tarafından verilen iptal kararları son derece önemlidir. Bunlara bir örnek olarak Danıştay 13. Dairesi’nin RK’nun Renault Trucks kararına³⁴ ilişkin almış olduğu iptal kararı³⁵ gösterilebilir.

Rekabet Kurulu Renault Trucks kararında yaptığı inceleme neticesinden hakkında şikâyette bulunulan Renault Trucks ile ilgili olarak soruşturma açılmasına yer olmadığına karar vermiştir. Bunun üzerine, Kurul’un bu kararına şikâyetçi tarafından idari yargıda iptal davası açılmıştır. Açılan iptal davasına ilişkin olarak Danıştay 13. Dairesi’nin almış olduğu kararda aşağıdaki bölüm önemlidir:

“(..) Bu durumda, rekabet hukukunun amaç ve ilkeleri ve 4054 sayılı Kanun’da öngörülen usul açısından, 4054 sayılı Kanun’un ihlal edildiği iddiasına dayanan bir şikâyet hakkında soruşturma açmaya gerek olup olmadığını anlamak için yapılan önaraştırma sonucunda, eylemin veya anlaşmanın 4054 sayılı Kanun kapsamında bir ihlal olup olmadığına tespit edilmesi suretiyle soruşturma açılıp açılmayacağına karar verilmesi gerektiği, somut olayda şikâyet edilen RTT’nin ihlal oluşturabilecek eylemlerinin tespit edilmesi karşısında, 4054 sayılı Kanun’un 9. maddesinin 3. fıkrası uyarınca görüş bildirilmesi suretiyle sürecin sonlandırılmayacağı açık olduğundan, davacı şirketin iddiaları ile ilgili olarak yapılan önaraştırma sırasında elde edilen deliller doğrultusunda araştırmanın genişletilmesi suretiyle elde edilecek bilgi, belge ve deliller ışığında değerlendirilmesi suretiyle her türlü şüpheden uzak bir şekilde açıklığa kavuşturulması

33. Turkcell Kurul kararının iptali ve yürütmenin durdurulması konusunda dava açmıştır. Dava hala idare mahkemesine devam devam etmektedir.

34.Rekabet Kurulu’nun 25.02.2009 tarih ve 09-08/155-48 sayılı kararı.

35. Danıştay 13. Dairesinin 2009/4016E. ve 2013/901K. sayılı kararı

için soruşturma açılması gerekirken, rekabete aykırı olduğu belirlenen eylemlerle ilgili olarak 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 3. fıkrasına göre şikâyet edilen teşebbüse görüş yazısı gönderilmesine ilişkin dava konusu Kurul kararında hukuka uygunluk bulunmamıştır.”

Karardan da anlaşılacağı³⁶ üzere, Danıştay 13. Dairesi Rekabet Kurulu'nun bir şikâyeti reddedebilmesi için; ihlal iddiasının her türlü şüpheden uzak bir şekilde giderilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Ancak bir ihlal iddiasına ilişkin her türlü şüphenin bertaraf edilmesinin ortaya konulmasının yine Rekabet Kurulu'nun inisiyatifinde olacağı muhakkaktır.

Yukarıda yer verilen karar ve bu karar benzeri iptal kararları sebebiyle yaşanan belirsizliklerin giderilebilmesi için tutarlı ve gerekçeli delil standartlarının oluşturulmasının gerektiği düşünülmektedir. 4054 sayılı kanunun uygulanmasına ilişkin yetkili kılınan ve rekabet hukuku konusunda uzmanlaşması amacıyla kurularak, bu doğrultuda kamu bütçesinden kendisine belirli bir pay tahsis edilen RK, bu tür bir uygulama standardının oluşturulması için en yetkin mecra niteliğindedir. Hangi delillerin, ne gibi durumlarda şüphe yaratabileceğinin hukuki ve ekonomik değerlendirilmelerine Rekabet Kurulu kararlarında detaylı olarak yer verilerek gerekçelendirilmesi durumunda, hukuka uygunluk sorunu büyük ölçüde ortadan kalkacağından idari yargının Rekabet Kurulu'nun takdir yetkisine müdahalesi de önemli ölçüde azalacaktır.

10.1.3. Kararların ve Gerekçelerinin Yeterli ve Kamuya Açık Olup Olmadığı

Rekabet Kanunu'nun 48'inci maddesine göre RK kararlarının gerekçeli olması gerekmektedir. Kanunun 52'inci maddesinde de Kurul kararlarının hangi bilgileri içermesi gerektiğini ayrıntılı biçimde tanımlanmaktadır.³⁷ Aynı maddede, verilen karar ile ta-

36. Aslında burada “anlaşılmayacağı üzere” demek daha doğru olacaktır. 146 kelimedenden oluşan bu tek cümlelik bu alıntı aslında RK kararlarına ilişkin bir başka temel şeffaflık sorununa daha işaret etmektedir: “Türkçe gramer, imla ve diğer yazım hataları sorunu”. Dava kararlarındaki dilbilgisi, gramer, yazım hataları gibi sorunlar da kararların anlaşılmasını güçleştirmekte, gereksiz tartışmalar ve yorumlara yol açmaktadır. Bu konuya bu çalışmada ayrıntılı olarak değinilmemiş olsa da önemli bir sorundur.

37. Söz konusu madde uyarınca Rekabet Kurulu kararlarında yer alması gereken temel bilgiler aşağıdaki gibidir:

- a) Kararı veren Kurul üyelerinin adları ve soyadları,
- b) İnceleme ve araştırmayı yapanların adları ve soyadları,
- c) Tarafların ad ve unvanları ile ikametgâhları ve ayırıcı nitelikleri,
- d) Tarafların iddialarının özeti,
- e) İnceleme ve tartışılan ekonomik ve hukukî konuların özeti,
- f) Raportörün görüşü,
- g) İleri sürülen bütün delillerin ve savunmaların değerlendirilmesi,
- h) Gerekçe ve kararın hukukî dayanağı,
- i) Sonuç,
- k) Varsa karşı oy yazıları.

raflara yüklenen görevlerin ve tanınan hakların şüphe ve tereddüde yol açmayacak şekilde açık olarak belirtilmesi gerektiği vurgulanır. Kanun'un 53'üncü maddesinde ise bu kararların hem taraflara tebliğ edileceği hem de ticari sıraları ifşa etmeyecek bir biçimde RK internet sayfasında yayınlanacağı belirtilmektedir.³⁸

Yukarıda belirtilen kanun maddeleri ile genel çerçevesi çizilmiş olan Rekabet Kurulu kararlarının uygulamada, ülkemizde faaliyet gösteren diğer düzenleyici idari otoritelerin kararlarıyla, hatta yüksek mahkeme kararlarıyla dahi karşılaştırıldığında doyurucu bir içeriğe sahip olduğu söylenebilir. Ancak yine de uygulamada şeffaflık ile ilgili bazı sorunlar bulunduğu söylenebilir. Bu bölümde tespit edilen iki önemli husus üzerinde durulacaktır:

Gerekçeli Kararlarda Uygulanan Karartmalar

Rekabet Kurulu kararlarının kamuoyuna açıklığı açısından pratikte rastlanan en önemli sorun, söz konusu kararlarda yer alan ticari sıralara ilişkindir. Rekabet Kurulu kararlarında yer alan bazı bilgiler –Kanun'un 53'üncü maddesine dayanılarak- ticari sır oldukları gerekçesiyle karardan çıkartılınca kararın neye dayanılarak verildiğini anlamak imkânsız hale gelmektedir. Aşağıdaki Resim-1'de Kurul'un 28/07/2015 tarihli ALCATEL-LUCENT/NOKIA devralma kararından³⁹ bir sayfa yer almaktadır. Söz konusu karar Alcatel-Lucent'in tek kontrolünün Nokia Corporation tarafından devralınması işlemine izin verilmesi talebine ilişkindir. Kararda Rekabet Kurulu, tarafların pazar payları üzerinden bir değerlendirme yaparak işleme izin vermiştir. Pazar paylarından yola çıkılarak işlemin ilgili pazarda rekabetçi bir sorun yaratmayacağı, devralma işleminin pazarda kayda değer bir yoğunlaşmaya yol açmayacağı belirtilmiştir. Resimde de görüldüğü gibi, pazar paylarının ve rakip isimlerinin gizlenmesi nedeniyle, kararın benzer yapıdaki bir pazarda gerçekleşecek bir birleşme/devralma başvurusu hakkında ilgililere fikir verme imkânı bulunmamaktadır. Yine söz konusu işlemin esasında rekabetçi endişe yarattığını iddia etmek isteyen bir üçüncü kişi, bu kararı ne şekilde temyiz edebileceği, temyiz edilse dahi bu karar üzerinden idare mahkemelerinin ne gibi bir inceleme yapabileceği belirsizdir. Bu noktada, ticari sıraların karartılması nedeniyle, gerekçeleri tam olarak anlaşılmayan bir RK kararının aleyhinde olduğunu düşünen teşebbüslerin savunma haklarının kısıtlandığı da iddia edilebilir⁴⁰. Bu durum

38. 4054 sayılı Kanun'un 53'üncü maddesinin 2'nci fıkrası kapsamında; "Kurul kararları tarafların ticarî nitelikli sıralarını ifşa etmeyecek şekilde Kurum internet sayfasında yayınlanır."

39. Rekabet Kurulu'nun 15-32/453-137 sayı ve 28/07/2015 tarihli kararı

40. Avrupa Komisyonu'nun çeşitli hava yolları hakkında yürüttüğü soruşturma neticesinde vermiş olduğu kararlar, ilgili teşebbüsler tarafından Avrupa Adalet Divanı'nda temyiz edilmiştir. Temyiz gerekçelerinden birisi de Avrupa Komisyonu'nun almış olduğu kararın yeterince açık olmaması nedeniyle ilgili teşebbüslerin savunma haklarının ihlal edildiği iddiasıdır. Temyiz incelemesi sonucunda Avrupa Adalet Divanı, Avrupa Komisyonu'nun kararını yeterince açık olmamasının ilgili teşebbüslerin savunma haklarının ihlali anlamına geleceğine hükmetmiştir. Bkz. ABAD'ın T-9/11 Air Canada, T-28/11 Koninklijke Luchtvaart Maatschappij, T-36/11 Japan Airlines, T-38/11 Cathay Pacific Airways, T-39/11 Cargolux Airlines International, T-40/11 Latam Airlines Group and Others, T-43/11 Singapore Airlines and Ot-

15-32/453-137

Teşebbüsler	Ciro (Milyon Avro)	Pazar Payı (%)
(.....)	(.....)	(.....)
(.....)	(.....)	(.....)
NOKIA	(.....)	(.....)
ALCATEL	(.....)	(.....)
Toplam	(.....)	(.....)

Kaynak: Bildirim Formu

Tablo 2: Teşebbüslerin 2014 Yılı Türkiye İşletim Destek Sistem Yazılımı Satışları ve Pazar Payları

Teşebbüsler	Ciro (Milyon Avro)	Pazar Payı (%)
(.....)	(.....)	(.....)
(.....)	(.....)	(.....)
NOKIA	(.....)	(.....)
ALCATEL	(.....)	(.....)
Diğerleri	(.....)	(.....)
Toplam	(.....)	(.....)

Kaynak: Bildirim Formu

- (9) Yukarıdaki tablolarda yer verilen NOKIA ve ALCATEL'in örtüşen faaliyetlerindeki pazar payları incelendiğinde, tarafların kablosuz paket çekirdek pazarındaki toplam paylarının %(.....) işletim destek sistem yazılımı pazarındaki toplam paylarının ise %(.....) olduğu görülmektedir. Kablosuz paket çekirdek pazarında ilk iki rakibin sırasıyla %(.....) ve %(.....) olarak; işletim destek sistem yazılımı pazarında ise sırasıyla %(.....) ve %(.....) olarak gerçekleştiği bildirilen pazar payları dikkate alındığında, devralma sonrasında oluşacak birleşik şirketin, anılan pazarlarda güçlü rakiplerle karşı karşıya faaliyette bulunmaya devam edeceği anlaşılmaktadır. Bu itibarla işlem sonucunda söz konusu pazarlarda kayda değer bir yoğunlaşma olmayacağı ve işlemin herhangi bir rekabetçi endişe taşımadığı kanaatine varılmıştır.

Resim – 1: Rekabet Kurulu'nun 15-32/453-137 sayılı ve 28/07/2015 tarihli kararından bir sayfa

da rekabet hukukunun belki de en önemli kaynaklarından birisi olan Rekabet Kurulu kararlarının, bir kaynak olmaktan çıkmasına yol açmaktadır.

Yukarıda da değinildiği üzere ve rekabet hukukunun bir vaka hukuku olması vesilesiyle, Rekabet Kurulu kararları rekabet hukuku uygulaması açısından son derece önemli kaynaklardır. Bu kararlar, özellikle benzer durumda olan teşebbüsler açısından, birer içtihat oluşturmaktadırlar. Bu sebeple, kararların kamuoyuna, bir davranışın veya bir hukuki işlemin ne gibi durumlarda hukuka uygun veya aykırı olacağına ilişkin bir fikir vermesi, RK uygulamalarının şeffaflığı, hukuki öngörülebilirlik ve aynı zamanda da rekabet savunuculuğu açısından son derece önemlidir.

Rekabet Kanunu'nun 53'üncü maddesi gereği RK'nun gerekçeli kararlarında sadece ticari sır niteliğini haiz bilgilerin gizlenebileceği belirtilmiş olmasına rağmen, bazı durumlarda, ticari sır dışındaki bilgilere de karartma uygulandığı görülmektedir. Buna

hers, T-46/11 Deutsche Lufthansa and Others, T-48/11 British Airways, T-56/11 SAS Cargo Group and Others, T-62/11 Air France-KLM, T-63/11 Société Air France and T-67/11 Martinair Holland v Commission kararları.

karşın Rekabet Kurulu'nun Mey İçki⁴¹ kararında ticari sır niteliğinde olmayan, Rekabet Kurulu üyesi Dr. Metin Arslan'ın karara ilişkin görüşlerinin yer aldığı karşı oy yazısında karartma yapıldığı görölmektedir. Rekabet Kurulu kararlarında ilgili teşebbüslerin ticari sırlarının korunmasını amaçlayan kanun hükmünün sınırlarının genişletilmesi bu kararların şeffaflığını olumsuz etkileyeceği açıktır.

Kararların İçeriğinden Kaynaklanan Hususlar

Rekabet Kurulu kararlarında karar içeriklerinin açık olmamasından, kararlarda bazı hususlara hiç değinilmemesinden kaynaklanan sorunlar da yaşanabilmektedir. Bu konu ile ilişkili olarak raporda (i) raportör görüşü hilafına alınan kararlarda, raportör görüşüne uyulmamasının nedenlerine kararda yer verilmemesi, (ii) İhlalin ve ihlale ne şekilde son verileceğinin kararda net olarak belirtilmemesi, (iii) Birleşme ve devralma kararlarının özellikle 2010/4 sayılı Tebliğ sonrası işlem ile ilgili yeterli bilgi içermemesi, (iv) Teşebbüslerin savunmalarının diğer teşebbüsler ve kamuoyu ile paylaşılmaması hususlarına ilişkin değerlendirmelerde bulunulacaktır.

(i) Rekabet Kurulu'nun bazı kararlarında ilgili dosya kapsamında hazırlanan önaraştırma, soruşturma ve nihai inceleme raporlarında yer alan raportörlerin görüşlerinin aksi doğrultusunda karar alındığı görölmektedir. Rekabet Kurulu'nun raportörlerin görüşleri ile bağılı olmadığı açıktır ama raportörlerin görüşlerinin aksine alınan Kurul kararlarında, bu görüşe uyulmamasının gerekçelerine yer verilmediği görölmektedir. Bu duruma güncel bir örnek olarak Rekabet Kurulu'nun Ortadoğu Alüminyum Kararı⁴² gösterilebilir. Söz konusu kararda, raportörler dosya konusu iddiaya yönelik olarak soruşturma açılmasının uygun olacağı ifade ettikleri bilgisi yer almaktadır. Buna karşın, hakkında 4054 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesini ihlal edip etmediklerinin ortaya çıkartılması amacıyla soruşturma başlatılan üç teşebbüsten biri olan Ortadoğu Alüminyum ve PVC Plastik İmalat San. ve Tic. Paz. Ltd. Şti.'nin soruşturma kapsamından çıkarılmasına karar verilmiştir. Kararda, raportörlerin görüşlerinden farklı bir şekilde karar alınmasının nedenine ilişkin somut bir bilgi bulunmamaktadır.

Yine Akdeniz Elektrik Dağıtım A.Ş., Boğaziçi Elektrik Dağıtım A.Ş., Çamlıbel Elektrik Dağıtım A.Ş., Uludağ Elektrik Dağıtım A.Ş., Trakya Elektrik Dağıtım A.Ş., Çoruh Elektrik Dağıtım A.Ş. ve Fırat Elektrik Dağıtım A.Ş.'nin, kendi dağıtım bölgelerindeki yatırımlar ile hizmet alımlarında rekabeti kısıtladıkları iddiasına ilişkin alınan kararda⁴³ Raportörler önaraştırma yapılması gerektiğini ifade etmişlerdir. Buna karşılık Rekabet Kurulu herhangi bir işlem yapılmasına gerek olmadığına karar verilmiş ve raportörlerin görüşlerinin aksine bir karar alınmasının nedenine yer verilmemiştir.

RK'nun süregelen güncel uygulaması kapsamında, herhangi bir önaraştırma, soruşturma veya nihai inceleme kapsamında, gerekli araştırma ve incelemelerin neredeyse

41. Rekabet Kurulu'nun 12.06.2014 tarih ve 14-21/410-178 sayılı kararı.

42. Rekabet Kurulu'nun 16/10/2015 tarih ve 15-38/621-213 sayılı kararı.

43. Rekabet Kurulu'nun 18/03/2015 tarih ve 15-12/169-79 sayılı kararı.

tamamı ilgili dosyada görevlendirilen RK uzmanları tarafından yapılmaktadır. Dolayısıyla, herhangi bir dosyaya ilişkin en derin ve kapsamlı bilgi konuları gereği dosyaya atanmış Raportörlerde bulunmaktadır. Bu nedenle, Raportörlerin herhangi bir dosya kapsamında hazırladıkları raporlar, ilgili konuya ilişkin RK nezdindeki temel bilgidir. Zira Rekabet Kurulu da esasen Raportörler tarafından hazırlanan raporlarda yer alan bilgilere dayanarak karar almaktadır. Hal böyleyken, Raportörlerin görüşlerinin aksi yönde karar alırken Rekabet Kurulu'nun, bunun gerekçesini de kararlarında belirtmesinin, doğru bir uygulama olacağı ve Rekabet Kurulu kararlarının kamuoyu nezdindeki şeffaflığını artıracığı değerlendirilmektedir. Bu husus RK uzmanlarına sonraki dosyalarda yol gösterebileceği gibi, Raportörlerin görüşleri hilafına alınan Rekabet Kurulu kararlarına ilişkin ortaya çıkabilecek teşebbüslerin savunma haklarının kısıtlandığı⁴⁴ iddiaları veya karara ilişkin kamuoyunda oluşabilecek spekülasyonlar gibi hususların da önüne geçilebilecektir. Nitekim bu konu, RK'nun 2014-2018 Stratejik Plan dokümanında da dış paydaşlar tarafından gündeme getirilmiş⁴⁵ dolayısıyla, bir nevi bu konuda bir eksiklik olduğu RK tarafından da kabul edilmiştir.

(ii) Yukarıda da belirtildiği üzere, Rekabet Kurulu kararlarının gerekçeli olması ve Rekabet Kanunu'un 53'üncü maddesinin 2'nci fıkrası doğrultusunda da ihlalin ne olduğunun ve kapsamında da ihlale ne şekilde son verileceğinin kararda açık olarak belirtilmesi zorunlulukları bulunmaktadır. Buna karşın, Rekabet Kurulu'nun bazı kararlarında ihlalin ne olduğu net olarak ortaya konulmamakta veya Rekabet Kurulu'nun bazı değerlendirme ve tespitlerinin gerekçelerine yer verilmemektedir. Örneğin; Migros/Petrol Ofisi⁴⁶ kararında aşağıdaki gibi bir değerlendirme yapılmıştır.

"... dosya konusu işlem gerçekleştiği takdirde Migros'un alım hacminin artması nedeniyle alıcı gücünün artacağı söylenebilecek olmakla birlikte, tedarik pazarında sahip olacağı alıcı gücünün, rekabetçi endişe doğuracak seviyeye ulaşmayacağı kanaatine varılmıştır.⁴⁷"

Söz konusu kararda işlem sonrası artabileceği söylenen alıcı gücünün rekabetçi endişe doğuracak seviyeye ulaşmayacağı kanaatine ne şekilde varıldığı hakkında bir bilgi bulunmamaktadır. Söz konusu kararda, alıcı gücüne ilişkin başkaca bir değerlendirme de bulunmamaktadır.

(iii) Çalıştay katılımcıları, özellikle 2010/4 sayılı RK'dan İzin Alması Gereken Birleşme

44. Zira teşebbüsler 4054 sayılı Kanun kapsamındaki yazılı savunmalarını ilgili dosyada görevli Raportörlerin hazırladığı rapor ve görüşlere karşı yapmaktadır. Rekabet Kurulu'nun söz konusu rapor ve görüşlerde yer almayan, dolayısıyla teşebbüslerin savunma yapmadıkları bir hususa dayanarak karar alması, teşebbüslerin savunma haklarının kısıtlanması olarak değerlendirilebilecektir.

45. RK 2014-2018 Stratejik Plan, sf. 27. Link: <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fGüncel%2fraporlar%2fplan11.pdf>

46. Söz konusu işlem; OMV Petrol Ofisi A.Ş.'nin maliki, intifa hakkı sahibi ya da kiracısı olduğu akaryakıt istasyonlarında kurulu 150 adet marketin işletme hakkının Migros Ticaret A.Ş.'ye devredilmesi işlemine ilişkindir. Rekabet Kurulu'nun 08/05/2014 tarih ve 14-71/321-129 sayılı kararı.

47. A.g.k., Para.310.

ve Devralmalar Hakkında Tebliğ yürürlüğe girdikten sonra, ön inceleme safhasında izin verilen birleşme ve devralma kararlarının son derece kısaldığını ve içerikten yoksun olduğunu belirtmişleridir. Bu tür kısa ve değerlendirmenin son derece az olduğu kararların rekabet hukuku açısından içtihat oluşturma imkânı olmadığı için, gelecekte benzer durumdaki teşebbüsler açısından yol gösterici olmadığını belirtmişlerdir.

(iv) Son olarak, kararlarda tarafların savunmalarına ve bu savunmalara ilişkin Rekabet Kurulu tarafından yapılan değerlendirmelere çok az yer verildiği görülmektedir. Teşebbüsler ve onları RK nezdinde savunan temsilcilerinin yapmış oldukları savunmalara ilişkin Rekabet Kurulu'nun yaklaşımlarını görmek özellikle teşebbüslerin faaliyetlerinin sınırlarını öngörebilmesi ve ülkemizdeki rekabet hukukunun gelişmesi açısından son derece yararlı bir uygulama olarak değerlendirilmektedir. Yine teşebbüs savunmalarına Rekabet Kurulu kararlarında daha çok yer ayrılması ve savunmalara karşı daha kapsamlı ve doyurucu cevaplar sunulması, teşebbüslerin kendilerini Rekabet Kurulu nezdinde ifade edebildiklerini görebilmeleri açısından gereklidir. Bazı Rekabet Kurulu kararlarında, teşebbüslerin savunmalarına ilişkin verilen cevapların yapılan savunmaya tam olarak cevap vermediği görülebilmektedir. Örneğin Mey İçki⁴⁸ kararında;

“Satış Şefi tarafından Ege Bölge Müdürüne gönderilen e-postada yer alan yazışmalardan rakiplerin dönem dönem Mey İçki'den daha yüksek indirim uygulayabildiğinin görüldüğü, rakiplerin etkin bir şekilde rekabet edebilmek adına kendi kısıtlı ürün portföylerine daha geniş indirim uygulayabilecekken Mey İçki'nin geniş ürün portföyünün buna imkân tanımadığı savunması:

- Rakiplerin satış noktalarına girebilmek için Mey İçki'den daha yüksek oranda indirim vermek durumunda oldukları belgelerden anlaşılmaktadır. Öte yandan, Mey İçki farklı ürün segmentlerini içinde bulunduran portföyü sayesinde her fiyat kategorisindeki ürünleri ile satış noktasında bulunabilmekte, bu da Mey İçki'nin satış noktaları karşısındaki pazarlık gücünü artırmaktadır.⁴⁹”

Rekabet Kurulu kararları, rekabet hukuku uygulamasında başvurulacak en temel kaynakların başında gelmektedir. RK'nun 1997 yılından bu yana süre gelen uygulaması göz önüne alındığında, Rekabet Kurulu kararlarının ülkemiz düzenleyici otoriteleri arasında en kapsamlı, detaylı analizleri içeren kararlar oldukları kolaylıkla söylenebilir. Buna karşın, yukarıda yer verdiğimiz hususlar ve benzeri uygulamalar Rekabet Kurulu kararlarının şeffaflığını olumsuz etkilemektedir.

10.1.4. Kurum Yetkililerinin Açıklamaları ve Kurum Politikasının

Öngörülebilirliği

RK yetkililerinin yaptığı gerek yazılı, gerekse de sözlü açıklamalar, rekabet kurallarının ne şekilde uygulanacağı ve bunlara ne şekilde uyulabileceği yönünde; teşebbüsler

48. Rekabet Kurulu'nun 12.06.2014 tarih ve 14-21/410-178 sayılı kararı.

49. A.g.k. para. 301.

ve tüketiciler nezdinde oluşabilecek belirsizlikleri gidermeleri açısından faydalı olmaktadır. Bunun yanında, bu tür açıklamalar rekabet kurallarını uygulayanlar ile bu kurallara muhatap olanlar arasında bir iletişim kanalı olmaları açısından da rekabet savunuculuğu misyonunun önemli bir ayağını oluşturmaktadırlar.

Rekabet Kanunu'nun 30'uncu maddesi kapsamında RK'nu temsil yetkisi Rekabet Kurulu başkanına verilmiştir. Söz konusu yetki, Kurul kararlarını ve Kurum'a ilişkin gerçekleştirilen bazı düzenlemeler veya değişiklikleri genellikle internet sitesinde duyurarak kullanılmaktadırlar. Kurum politikaları, rekabet savunuculuğu ve rekabet kurallarının ne şekilde yorumlandığı gibi hususlar ise, gerek Rekabet Kurulu başkanı, gerekse de yetkilendirilmiş RK personeli tarafından çok çeşitli mecralar üzerinden kamuoyuyla paylaşılmaktadır.⁵⁰

Bunun yanında RK internet sitesi üzerinde yayınlanan düzenli raporlar ve bültenler, yıllık olarak Başkan tarafından yayınlanan rekabet mektubu vb. yayınlar ile Kurum'un temel politikası hakkında kamuyu bilgilendirmektedir. İlave olarak, RK sıklıkla konferans, sempozyum, tebliğ yarışması gibi faaliyetler düzenlemekte veya bu tür etkinliklere, çeşitli üniversite ve kamu kurumları ile de koordineli bir şekilde üst düzey katılım sağlamaktadır. Özellikle RK personelinin konuşmacı olarak katılım sağladığı etkinlikler RK tarafından ele alınmış vakalara ilişkin kurum içerisindeki yaklaşımlar hakkında da bilgi vermesi açısından son derece faydalı olmaktadır.

RK tarafından yürütülen faaliyetler kapsamında yapılan açıklamaların en önemlileri, RK'nun temel fonksiyonu olan araştırmaların⁵¹ süreçlerine ilişkin açıklamalardır. Kurum yetkililerinin kamuoyuna yaptığı açıklamalar, daha ziyade Kurul kararlarının ve RK tarafından gerçekleştirilen veya gerçekleştirilecek olan işlemleri kamuoyuna duyurulması şeklinde tezahür etmektedir. Bu açıklamalarda temel ve son derece kısıtlı bilgiler yer almakta, bu süreçlerin içeriklerine ilişkin detay bilgi verilmekten kaçınılmaktadır. (Örnek bir açıklama için bkz. Resim 2). Bu kısıtlılık, söz konusu süreçlerin gizlilikle yürütülmesi gereği, kesin bir karar verilmeden ilgili teşebbüs aleyhine kamuoyunda olumsuz bir algı oluşturulmasından kaçınmak, ilgili teşebbüsler hakkında ticari sır niteliğindeki bilgileri saklı tutmak ve -en önemlisi- Kurum'un henüz karar vermediği bir konuda görüş bildirmesinin ihsası rey anlamına gelebilecek olması gibi gerekçeler ile açıklanabilir.

Benzer bir biçimde Kurum, kendisine yapılan birleşme ve devralma başvuruları hakkında kendi internet sitesinden kamuoyunu bilgilendirmektedir. Bu bilgi, hangi şirketin hangi diğer şirketin kontroline devralmak için başvurduğunu, başvuru tarihini, hedef şirketin hangi sektörde faaliyet gösterdiği gibi verileri içermektedir. Bu uygulama, menfaati olan üçüncü kişilerin Kurum ile temasa geçerek inceleme dönemi içinde, işlemlerle ilgili bilgilerle birlikte kanaatini aktarması için yapılmaktadır.

50. Örneğin, profesyonel meslek örgütlerinin rekabeti bozan eylemleri hakkında Kurul başkanı Mustafa Parlak'ın başında yer alan bir uyarısı için bkz. <http://hurarsiv.hurriyet.com.tr/goster/haber.aspx?id=6461671&tarih=2007-05-05>

51. Araştırma süreçleri terimi; önaraştırma, soruşturma, nihai inceleme, yoğunlaşma ile menfi tespit ve muafiyet başvurularını ifade etmek amacıyla kullanılmaktadır.



← Geri

A⁺ A⁻

Mey İçki San. ve Tic. A.Ş. Hakkında Soruşturma Açıldı.

Mey İçki San. ve Tic. A.Ş.'nin rakiplerinin faaliyetlerini engelleyici davranışlarda bulunmak suretiyle hakim durumunu kötüye kullandığı iddiasını içeren başvuru üzerine yürütülen inceleme, Rekabet Kurulunca karara bağlandı.

İncelemede elde edilen bilgi, belge ve yapılan tespitleri 28.07.2015 tarihli toplantısında müzakere eden Rekabet Kurulu, bulgular ciddi ve yeterli bularak, Mey İçki San. ve Tic. A.Ş. hakkında soruşturma açılmasına, 15-32/459-M sayılı karar verdi.

Bilindiği üzere 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesi, teşebbüsler arasındaki rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların ve uyumlu eylemleri; 6. maddesi, hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklamaktadır. Soruşturma, adı geçen teşebbüsün 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddelerini ihlal edip etmediğinin tespiti amacıyla başlatıldı.

* Rekabet Kurulu tarafından alınan soruşturma kararları, hakkında soruşturma açılan teşebbüs ya da teşebbüs birliklerine kararın tebliğ edilmesini takiben kamuoyunun bilgisine sunulur. Kamuoyunun Rekabet Kurulu kararları hakkında bilgilendirilmesi kapsamında yapılan bu açıklamalar, hakkında soruşturma açılan teşebbüslerin ya da teşebbüs birliklerinin 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettikleri, Kanun kapsamında ceza yaptırımı ile karşı karşıya kaldıkları veya kalacakları şeklinde yorumlanamaz.

Resim 2- Örnek bir RK açıklaması

Bu uygulama, tüm birleşme ve devralma başvuruları için geçerli olmasına rağmen, ATV ve Sabah Gazetesi medya grubunun Zirve Holding'e satılması işlemi RK'nun birleşme devralma bildirimleri sayfasında yayınlanmamıştır. Nedeni konusunda hala resmi bir açıklama yapılmayan bu uygulama, şeffaflık ve bağımsızlığın bazı durumlarda askıya alınabildiği izlenimini vermiştir.⁵²

Sonuç olarak, yukarıda belirtilen tüm faaliyetler dikkate alındığında RK'nun kurum politikaları hakkında kamuoyunu ve özellikle ilgili tarafları bilgilendirmek için çaba sarf ettiği söylenebilir. Ancak Kurum'un yansız, bağımsız ve şeffaf iş yapmasına olan ihtiyaç kriz dönemlerinde ve tartışmalı durumlarda ortaya çıkmakta, bu dönemlerde de Kurum beklentiyi karşılayamamaktadır.

10.2. Soruşturma Süreçlerinin Şeffaflık Açısından Değerlendirilmesi

İlk bölümde ülkemizde rekabet mevzuatının şeffaflığı çeşitli açılardan değerlendirilme-ye tâbi tutulmuştur. Rekabet mevzuatının şeffaflığının yanı sıra, bu mevzuatın temel uygulama alanı olan RK tarafından yürütülen soruşturma süreçlerinin de şeffaf bir biçimde ilerlemesi son derece önemlidir. Rekabet Kanunu Rekabet Kurulu'na yürüttüğü soruşturmalara ilişkin olarak yargılama benzeri bir görev yüklemektedir. Bu sebeple RK tarafından yürütülen soruşturmalarda yüksek düzeyde bir şeffaflığın sağlanması teşebbüslere Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenmiş olan adil yargılanma hakkının da sağlanması açısından önemlidir.

52. <http://realtime.wsj.com/turkey/2013/12/26/sabah-atv-satisinda-gozden-kacan-iliginc-detay/>

Rekabet Kanunu, soruşturma süreçlerini 40 ve devamı maddelerinde açık bir biçimde düzenlemiştir. Bu kapsamda teşebbüsler haklarında yürütülen soruşturma sürecinin aşamaları, bu aşamaların hangi süreler içerisinde tamamlanacağı, hangi aşamalarda kendilerini savunmak açısından ne gibi hakları olduğu ve söz konusu süreçler sonrasında ne gibi uygulamalarla karşı karşıya kalabilecekleri konusunda önceden bilgi sahibidir.

Rekabet Kurulu'nun karar alma süreci de açık ve ayrıntılı bir biçimde Rekabet Kanunu ve ilgili mevzuatta belirtilmiştir. Bu kapsamında hakkında RK tarafından herhangi bir soruşturma süreci başlatılan bir teşebbüs, kendisini hangi süreçlerin beklediğini ve bu süreçlerde ne gibi hakları olduğunu bilmektedir.

Buna karşın uygulamada bazı aksaklıklarla karşılaşılabilir. Bu bölümde İddialar ve Savunma Süreçleri, Dosyaya Erişim İmkânları ve Yaptırımlar konusunda uygulamada tespit edebildiğimiz belirsizliklere ve tutarsızlıklara değinilecektir.

10.2.1. İddiaların ve Savunma Süreçlerinin Şeffaflığının Sağlanıp Sağlanmadığı

4054 sayılı Kanun haklarında soruşturma açılan teşebbüslere üç adet yazılı ve bir adet de sözlü savunma sunma imkânı tanımıştır. Ancak teşebbüslere tanınan bu savunma haklarının, gerçek anlamda teşebbüslere kendilerini savunma imkânı verip vermediği veya birer formaliteden ibaret olup olmadıkları da son derece önemlidir. Bu doğrultuda, teşebbüslere kanun ile tanınmış olan yazılı ve sözlü savunma imkânlarının, teşebbüslerin kendilerini savunma hakkını objektif anlamda sağlayıp sağlamadığının irdelenmesi gerekmektedir.

Bunun değerlendirilebilmesi için de teşebbüslerin yaptığı savunmaların dikkate alınıp alınmadığı ve bu savunmaların Rekabet Kurulu kararlarına ne ölçüde etki ettiği, teşebbüslere kendileri haklarında ortaya atılan iddialara ilişkin yeterli bilgi sunulup sunulmadığı, şikâyetçi olan teşebbüslerin soruşturmaya yeterli ölçüde müdahil olma imkânlarının bulunup bulunmadığı gibi hususların ortaya koyulması gerekmektedir. Aksi takdirde, 4054 sayılı Kanun'un detaylı olarak düzenlediği soruşturma süreçleri kapsamındaki savunmaların fiiliyatta bir anlamı kalmayacaktır. RK, yürüttüğü soruşturma süreçleri kapsamında yargılama benzeri bir faaliyet göstermesinden ötürü, bu süreçlerin uygulanmasında, temel bir insan hakkı olarak gerek Anayasa, gerekse de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde güvence altına alınan savunma hakkını zedeleyecek uygulamalardan kaçınılması gerektiği açıktır. Bu bağlamda, bu alt bölümde, rekabet soruşturmalarında teşebbüsler hakkındaki iddialarının, delillerinin şeffaflığı ve teşebbüslerin savunma haklarına ilişkin değerlendirmeler yapılmıştır.

Önaraştırma Raporu ve Birinci Yazılı Savunma

Rekabet soruşturmalarının savunma safhalarına ilişkin olarak dile getirilmesi gereken ve soruşturma süreçlerinin şeffaflığını olumsuz etkileyebilecek en önemli uygulamalardan biri, ilk inceleme ve önaraştırma raporlarının hakkında soruşturma yürütülen teşebbüslerle (en azından tam olarak) paylaşılmamasıdır. Rekabet Kurulu, görevlendirilmiş olan Raportörler tarafından hazırlanan raporlara (ilk inceleme ve önaraştırma) dayanarak bir teşebbüs hakkında soruşturma açıp açmamaya karar vermektedir. Yukarıda da anlatıldığı üzere Rekabet Kurulu'nun bir teşebbüs hakkında soruşturma açabilmesi için iddiaların "ciddi ve yeterli" bulunması gerektiği kabul edilmektedir. Bu kavramların net olmadığı ve belirsizlik yarattığı Raporumuzun önceki bölümlerinde tartışmıştık. Bunun yanında, bir teşebbüs hakkında "ciddi ve yeterli" iddialar bulunduğunu ortaya koyan bu raporların, bu raporlara dayanılarak hakkında soruşturma başlatılan teşebbüslerle paylaşılmaması, buna rağmen kendileri hakkındaki "ciddi ve yeterli" iddiaların ne olduğu bilmeyen teşebbüslerden 1. Yazılı Savunmalarını sunmalarının talep edilmesi soruşturmaların şeffaflığına gölge düşürmektedir.

Rekabet Kanunu'nun "Kurul'un Soruşturmaya Başlaması" başlıklı 43. maddesinin 2. fıkrası aşağıdaki gibidir:

*"Kurul, başlattığı soruşturmaları, soruşturmaya başlanması kararının verildiği tarihten itibaren 15 gün içinde ilgili taraflara bildirir ve tarafların ilk yazılı savunmalarını 30 gün içinde göndermelerini ister. **Taraflara tanınan ilk yazılı cevap süresinin başlayabilmesi için Kurulun bu bildirim yazısı ile birlikte, iddiaların türü ve niteliği hakkında yeterli bilgiyi ilgili taraflara göndermesi gerekir.**"*

Hakkında soruşturma açılan bir teşebbüsten yazılı savunmasının talep edilebilmesi için, söz konusu teşebbüsün hakkındaki iddialara vakıf olması ("silahların eşitliği ilkesi"⁵³) temel bir koşuldur. Yukarıda yer verilen kanun maddesi, soruşturmaya ilişkin bildirim yapılma şeklini açık bir biçimde düzenlemektedir. Söz konusu bildirim gereği gibi yapılabilmesi için RK'nun kendisinden savunma talep ettiği teşebbüse, ilgili teşebbüs hakkında soruşturma açmak için "ciddi ve yeterli" görmesine yol açan bilgi ve belgeleri sunması, savunma hakkının korunması açısından elzem olduğu düşünülmektedir. Zira 4054 sayılı Kanun'un 44'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında aşağıdaki hüküm yer almaktadır.

"Haklarında soruşturmaya başlandığı bildirilen taraflar sözlü savunma hakkını kullanma taleplerine kadar Kurum bünyesinde kendileri ile ilgili düzenlenmiş her türlü evrakın ve mümkünse elde edilmiş olan her türlü delilin bir nüshasının kendilerine verilmesini isteyebilir."

Yukarıda alıntılanan madde metninin ilgili teşebbüs hakkında soruşturma açılması ka-

53. Silahların eşitliği ilkesi YEŞİLOVA tarafından; "*taraflar arasında adil bir usulî dengenin bulunması; davanın ortaya koyulabilmesi bakımından tarafların makul olanaklara sahip olabilmesi ve öncelikle dosyadaki tüm delil ve mütalaaların taraflarca bilinmesi ve bunlar üzerinde yorum yapıp tartışılabilmesi*" olarak tanımlanmıştır. Bkz. YEŞİLOVA, Bilgehan, Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği, TBB Dergisi, Sayı 86, sf.53-54.

rarına dayanak olan ilk inceleme ve önaraştırma raporlarını da içerdiğini düşünmekteyiz. Zira ilgili teşebbüsün hakkındaki iddialara dayanak olan tüm bilgi ve belgelere erişimi kuraldır. Buna bir istisna ancak kanun hükmü ile getirilebilecektir ki; 4054 sayılı Kanun'da böyle bir istisna yer almamaktadır.

Uygulamada, haklarında soruşturma başlatılan teşebbüslere haklarındaki iddiaları özetleyen bir soruşturma bildirim yazısı gönderilmekte ve bu soruşturma bildirim yazısında bazı durumlarda önaraştırma raporundan bazı bilgi ve belgeler alınılanmaktadır. Buna karşın önaraştırma raporları "Kurum içi yazışma" oldukları veya ticari sırlar ihtiva ettikleri gerekçesiyle teşebbüslerle paylaşılmamaktadır. Bunun bir sonucu olarak da teşebbüsler soruşturmanın kapsamına ilişkin yeterli bilgiye sahip olamamakta ve bu belirsizlik nedeniyle soruşturmanın kapsamının genişlemesinden çekinmekte ve gereğinden fazla bilgi vermemek adına, 1. Yazılı Savunmalarında son derece genel ifadelerle kanunu ihlal etmediklerini özetlemek durumunda kalmaktadırlar. Bu da 1. Yazılı Savunmanın bir savunma evresi olmaktan çok bir formaliteye dönüşmesine yol açmakta ve teşebbüslerin savunma hakkını zedelemektedir.

İkinci ve Üçüncü Yazılı Savunmalar ve Raportörler Tarafından Yapılan Analizler

Yukarıda belirtilen 1. Yazılı Savunmaların teşebbüsler tarafından sunulmasının akabinde Raportörlerin elde ettikleri delilleri değerlendirdikleri ve teşebbüsler hakkındaki iddiaların detaylı olarak değerlendirildiği Soruşturma Raporu hazırlanarak taraflara gönderilmekte ve teşebbüslerden ikinci yazılı savunmaları talep edilmektedir. 2. Yazılı Savunmanın akabinde Raportörler teşebbüslerin savunmalarına ilişkin Ek Yazılı Görüşlerini sunmakta ve teşebbüsler de bu Ek Yazılı Görüşe ilişkin 3. Yazılı Savunmalarını hazırlamaktadırlar. Raportörlerin hazırladığı Soruşturma Raporu ve Ek Yazılı Görüş teşebbüslerle paylaşılmaktadır.

Rekabet hukukunun doğası gereği, özellikle pazar tanımı yapılan ve pazar gücünün incelendiği soruşturmalarda, son derece detaylı çalışmalar yapılması kaçınılmaz olmaktadır. Raportörler, hazırladıkları Soruşturma Raporu ve Ek Yazılı Görüşte son derece ayrıntılı değerlendirmeler ve pazar analizleri ve özellikle derin ve detaylı ekonomik analizler yaparak gerçeği ortaya çıkartmaya çalışmaktadır. Bu analizler kimi durumlarda, talep ve arz esnekliğinin hesaplanması gibi ayrıntılı veri setlerine ihtiyaç duyan çalışmaları da içermektedir. Rekabet Kurulu da teşebbüsler hakkında karar alırken, Raportörlerce hazırlanan bu tür çalışmalara dayanmaktadır. Rekabet Kurulu kararlarına dayanak oluşturan bu tür çalışmaların ilgili taraflarla paylaşılması, bunların şeffaf ve objektif olabilmesi ve söz konusu teşebbüslerin savunma haklarını garanti altına alınması adına son derece önemlidir. Ancak uygulamada bazı soruşturma ve nihai inceleme kararlarında ilgili taraflarla bazı durumlarda analiz tekniğinin ve bazı durumlarda da analize konu olan veri setininin paylaşılmadığı görülmektedir.

Bu durum temelde savcılık benzeri bir fonksiyonu olan Raportörler ile savunma pozisyonunda olan teşebbüsler arasında bir enformasyon asimetrisi yaratmakta ve temel bir hak olan silahların eşitliği ilkesine aykırı olabilecek sonuçlar ortaya çıkarabilmektedir. Özellikle ilgili coğrafi pazar ve ilgili ürün pazarlarının tanımları, hâkim durum analizleri yapılırken son derece karmaşık analizler yapılmakta, hesaplama yöntemleri kullanılabilen ve bunların sonuçları, ilgili teşebbüsler hakkında verilecek kararlardaki temel hukuki dayanak olarak kullanılmaktadır. Bu analizlerde kullanılan veri ve yöntemlerin ilgili taraflarca etkin bir biçimde paylaşılmaması durumunda ise teşebbüsler söz konusu analizlerin doğru bir biçimde yapılıp yapılmadığını sorgulama imkânından mahrum kalmaktadır.

Sözlü Savunma Toplantılarının Etkisi

4054 sayılı Kanun'da teşebbüslere verilmiş olan son savunma hakkı sözlü savunmadır. Sözlü savunma zorunlu bir savunma imkânı olmamakla birlikte tarafların talep etmesi üzerine yapılacağı gibi, Rekabet Kurulu, taraflar talep etmese dahi re'sen sözlü savunma yapılmasına karar verebilir. Sözlü savunma, soruşturma ile ilgili tarafların Rekabet Kurulu ile doğrudan iletişime geçtikleri tek mecra olması açısından son derece önemlidir. Sözlü savunma toplantılarının ne şekilde yapılacağı, tarafların ve şikâyetçi ve üçüncü kişilerin, tanık ve uzmanların ne şekilde dinleneceği ve hangi tür delillerle sözlü savunma toplantısında yer alacakları 2010/2 sayılı Tebliğ'de⁵⁴ ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir.

Buna karşın, uygulamada, sözlü savunma toplantıları, hakkında soruşturma yürütülen teşebbüslerin yazılı savunmalarını bir defa da Rekabet Kurulu önünde özetlemeleri şeklinde cereyan etmekte, teşebbüslerin savunma imkânlarına ve tartışılmakta olan vakanın aydınlanmasına gerektiği ölçüde katkı sağlamadığı görülmektedir. 4054 sayılı Kanun'un 48'inci maddesinde Rekabet Kurulu üyelerinin, sözlü savunma toplantısının yapıldığı gün karar verebilecekleri düzenlenmiştir. Dolayısıyla, Rekabet Kurulu üyelerinin sözlü savunma toplantısında dosya içeriği hakkında bilgi sahibi olmaları gerektiği 4054 sayılı Kanun kapsamında zaruridir. Buna karşın bazı sözlü savunma toplantılarında Rekabet Kurulu üyelerinin savunma yapan teşebbüs temsilcilerine spontane sorular sordukları görülebilmektedir. Bunun yanında şikâyetçiler ve temsilcilerinin bazı vakalarda, savunma yapan teşebbüsün savunmasına müdahale ederek cevaplar verdikleri veya sorular sordukları görülmektedir. Bu durumla karşılaşan teşebbüslerin savunma hakları ve sözlü savunmalarının bütünlüklerini zedelenebilmektedir.

Bunun yanında sözlü savunma toplantılarında şikâyetçilere son derece kısa bir süre verilmesi de rekabet mevzuatı kapsamında korunan menfaatlerin sözlü savunma toplantısında yeterince temsil edilememesi sonucunu doğurmaktadır. Rekabet hukuku mevzuatımızda bir soruşturma süreci kapsamında şikâyetçilerin haklarının neler ol-

54. 2010/2 sayılı Rekabet Kurulu Nezdinde Yapılan Sözlü Savunma Toplantıları Hakkında Tebliğ

duğu çok net olmadığı gibi, şikâyetçiler yürütölen soruşturma veya nihai incelemeler hakkında yeterli bilgi sahibi olamamaktadır. Bu nedenle, sözlü savunma toplantısında söz aldıklarında, şikâyetlerini tekrar etmek ve ilgili teşebbüslerin cezalandırılmalarını istemek dışında soruşturma sürecine katkıları bulunamamaktadırlar. Aylarca, kimi durumda bir yıldan uzun süren, sayfalarca delil, bilgi ve belge toplanan, iddialar ve savunmalar yazılan ve kimi durumlarda şikâyetçinin bizzat RK'na sunduğu deliller sayesinde başlatılarak sonuçlandırılan soruşturmalarda, şikâyetçilere beş, on dakika gibi çok kısa süreler verilmesinin hakkaniyete aykırı bir uygulama olduğu düşünülmektedir. Zira soruşturmaların esas amacı gerçeğin ortaya çıkartılması ise, şikâyetçilerin de buna katkı sağlayabilmeleri gerekmektedir.

RK'nun 2014-2018 Stratejik Plan'ında yer alan iç paydaş anketi kapsamında RK personeli tarafında da RK'nun faaliyetlerini yürütürken izlediği süreçlere ilişkin getirilen önerilerden birisi de; sözlü savunmalarda, soruşturma heyetinin de soru sorabilmesine ve yorumda bulunabilmesine imkân verilmesidir⁵⁵. Benzer bir öneri Çalıştay katılımcıları tarafından da dile getirilmiştir. Zira uygulamada, soruşturma heyetinin sözlü savunma toplantısına etkin bir katkısı bulunmamaktadır. Teşebbüs temsilcileri eleştiri ve itirazlarını soruşturma heyetine yöneltmesine karşın, soruşturma heyeti bunlara cevap verememektedir. Ancak yine Çalıştay katılımcılarının ifade ettikleri ve uygulamadan takip ettiğimiz kadarıyla, soruşturma heyeti sözlü savunma toplantısının öncesi ve sonrasında Rekabet Kurulu'na sözlü savunma hakkında briefing vermektedir. Bu uygulama, şeffaflıktan uzak olduğu gibi hem soruşturma heyetinin, hem de haklarında iddialarda bulunulan teşebbüslerin iddia ve savunma haklarını kısıtlamakta ve soruşturma heyeti ile Rekabet Kurulu'nun sözlü savunma toplantılarının öncesinde ve sonrasında yaptıkları istişareyi spekülasyona açık hale getirmektedir.

10.2.2. Dosyaya Erişim İmkânlarının Değerlendirilmesi

4054 sayılı Kanun'un 44'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında haklarında soruşturma başlatılan tarafların, sözlü savunma hakkını kullanma taleplerine kadar kendileri ile ilgili düzenlenmiş her türlü evrakın ve mümkünse elde edilmiş olan her türlü delilin bir nüshasının kendilerine verilmesini isteyebilecekleri düzenlenmiştir. İlgili tarafların ve şikâyetçilerin ilgili soruşturmaya ilişkin olarak RK nezdinde düzenlenen evraklara ve delillere ne şekilde erişebileceği Dosyaya Giriş Hakkının Düzenlenmesine ve Ticari Sırların Korunmasına İlişkin Tebliğ'de (2010/3 Sayılı Tebliğ) düzenlenmiştir. Bu tebliğe göre, ilgili taraflar, kurum içi yazışmalar, başka teşebbüs ve kişilere ilişkin ticari sır ve gizli bilgiler dışında kalan her türlü evrak ve delile RK bünyesinde erişim hakkına sahiptirler⁵⁶. Dosyaya erişim talepleri soruşturma heyeti tarafından değerlendirilir ve talebin kısmen veya tamamen reddedilmesi durumunda Rekabet Kurulu'nun bunu

55. Bkz. Rekabet Kurumu 2014-2018 Stratejik Plan, sf. 32.

56. 2010/3 sayılı Tebliğ'in 6'ncı maddesi.

talep sahibine gerekçesi ile birlikte bildirmesi gerekir⁵⁷.

Uygulamada bazı durumlarda “kurum içi yazışma” ve “ticari sır” kavramlarının geniş tanımlanması tarafların dosyaya erişim imkânlarını kısıtlayabilmektedir. Rekabet Kurulu’nun, yakın zamanda, verdiği dosyaya giriş başvurusuna ret kararının⁵⁸ değerlendirilmesi bu konunun daha net olarak anlaşılmasına yardımcı olabilir. Haklarında rekabeti ihlal ettiklerine ilişkin soruşturma⁵⁹ yürütülen 6 çimento fabrikasının temsilcisi dosyaya erişim talebinde bulunmuşlar ancak bu talep “talep edilen birtakım belgelerin ticari sır ve diğer gizli bilgileri içeren evrak niteliğinde olduğu” gerekçesiyle reddedilmiştir. Ret kararı hakkında iki kurul üyesi karşı oy vermişler ve talep edilen dokümanlardan bir kısmının dosyaya erişim kapsamında paylaşılması gerektiğine ilişkin görüş bildirmişlerdir. Özellikle, aşağıda kısmen alıntı yapılan Rekabet Kurulu üyesi Doç. Dr. Tahir Saraç’ın karşı oy gerekçesi “kurum içi yazışma” ve “ticari sır” kavramlarının geniş tanımlanmasının savunma hakkını kısıtlayabileceğine ilişkin görüşü destekler niteliktedir.

“(…) Soruşturma raporunda dört adet teşebbüs yetkilisi ile görüşme yapılmış, bunlardan rapor lehinde (yani ihlalin bulunduğu dayanak olabilecek iddialar) soruşturma raporuna alınmıştır. Ancak tarafımızca yapılan incelemede, soruşturma raporunun aleyhine ve tarafların lehine olabilecek ifadelere yer verilmediği görülmüştür. Bu durum raporun tarafsızlığına uygun değildir.

(…)

Kurul, bu tutanakların verilmeme gerekçesini görüşme yapılan teşebbüslerin gizliliğinin ortadan kalkması endişesine dayandırmıştır. Bu tamamen gereksiz bir endişedir. Zira tutanakların aynen verilmesi gizliliği ortadan kaldıracaktır. Oysa konuya ilişkin mevzuat zaten belgelerin aynen verilmesi şartını getirmektedir. Teşebbüslerin endişeleri de dikkate alınarak isim ve adres bilgileri gibi kimliklerini ortaya çıkaracak açıklamaların karartıldıktan sonra belgenin erişime açılması mümkün bulunmaktadır. Talep edilen bu belgenin niteliği -talep edilen tablolara nazaran- böyle bir ayırım yapmaya elverişlidir. Bir başka deyişle, bu belgelerde, talep edilen tablolarda olduğu gibi bütün belge ticari sır içermemektedir.(…)”

Karşı oy gerekçesinden de anlaşıldığı üzere, söz konusu kararda, soruşturma heyeti, soruşturmaya konu teşebbüs yöneticileri ile yapmış olduğu görüşmeler sonucunda hazırlamış olduğu tutanaklarda, sadece soruşturmaya konu teşebbüslerin aleyhine olan hususları raporuna konu etmiş, lehte olan hususlara değinmemiştir. Söz konusu tutanaklar da, iç yazışma olduğu gerekçesi ile dosyaya giriş hakkı kapsamının dışında tutulmuş ve talep eden teşebbüs temsilcisi ile paylaşılmamıştır. Yine anlaşıldığı üzere, belgelerde bazı kısımlar karartılarak ticari sırlardan arındırılabilir olan bazı belge-

57. 2016/2 sayılı Tebliğ ile değişik, 2010/3 sayılı Tebliğ’in 9’uncu maddesi.

58. Rekabet Kurulu’nun 03/11/2015 tarih ve 15-39/648-227 sayılı kararı.

59. Rekabet Kurulu’nun 14/01/2016 tarih ve 16-02/44-14 sayılı kararı.

ler de teşebbüs temsilcisi ile paylaşılmamıştır. Bu tür uygulamalar, yine karşı oy gerekçesinde de ifade edildiği gibi, Rekabet Kurulu ve ilgili soruşturma heyetinin tarafsızlığı hakkında tereddüt yaratabilecek hususlar olarak göze çarpmaktadır.

Dosyaya erişim hakkı kapsamında değinilmesi gereken bir diğer husus da, yürütülen soruşturmalar kapsamında kullanılan ekonomik analizlere teşebbüslerin erişimine ilişkindir. Ekonomik bir kabahat olan rekabet hukuku ihlallerinin ortaya çıkartılmasında ekonomik analizler son derece önemli bir rol oynamaktadır. Rekabet Kurulu'nun teşebbüsler hakkındaki kanaatinin oluşturulması açısından, bir davranışın pazarda herhangi bir etkisinin olup olmadığı, bu tür analizlerle ortaya çıkartılmaktadır. Özellikle de hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin soruşturmalar ve birleşme ve devralma incelemelerinde ekonomik analizler, belki de diğer yazılı deliller ve belgelerden daha da önemli hale gelebilmektedir. Bu doğrultuda, RK bünyesinde bir Ekonomik Analiz ve Soruşturma Dairesi tesis edilmiş ve bu tür ekonomik analizlerin yapılmasında uzmanlaşmanın sağlanması ve etkinliğin artırılması temin edilmeye çalışılmıştır.

Rekabet Kurulu tarafından yürütülen bir soruşturma kapsamında yapılacak olan değerlendirmeye esas alınacak bu tür bir ekonomik analiz çalışmasına, hakkında bir soruşturma yürütülen teşebbüslerin, erişimlerinin olması söz konusu teşebbüslerin savunma haklarını kullanmaları açısından elzemdir. Zira haklarında RK tarafından yürütülen bir ekonomik çalışma sonucunda karar verilecek olan teşebbüslerin bu ekonomik çalışmanın doğruluğundan ve kesinliğinden emin olmaları gerekmektedir. Buna karşılık uygulamada, bu ekonomik analizlerin ticari sır veya gizli bilgi içerdiği öne sürülerek ilgili teşebbüslerle paylaşılmadığı veya eksik bir biçimde paylaşıldığı görülmektedir. Bu husus Çalıştay katılımcıları tarafından da dile getirilmiştir. Özellikle, yürütülen soruşturmalarda yapılan ekonomik analizin sonucunun paylaşıldığı, ancak RK uzmanlarını bu sonuca götüren verilerin teşebbüslerle paylaşılmadığı ifade edilmiştir. Bu durumda, savunma yapan teşebbüslerin bu analizlerin doğrulunu sorgulama imkânı ortadan kalkmaktadır.

Yine bu tür ekonomik analiz ve soruşturmaların yapılması için kurulan Ekonomik Analiz ve Soruşturma Dairesi'nin görüşlerine, yürütülen soruşturma sürecinin hangi aşamasında ve hangi mercii kararı ile başvurulacağı konusunda da belirsizlik bulunmaktadır. Uygulamadan anlaşıldığı üzere, söz konusu dairenin uzmanlığına başvurup başvurumama kararı soruşturma heyetinin takdirindedir. Soruşturma heyetinin bu kararının ne gibi durumlarda alınacağına ilişkin, en azından kamuoyu ile paylaşılmış bir düzenleme mevcut değildir.

10.2.3. Soruşturma Sonrasında Uygulanabilecek Yaptırımların

Öngörülebilirliği ve Tutarlılığı

4054 sayılı Kanun kapsamında yapılan soruşturmalar sonucunda ihlal tespit edilmesi durumunda rekabet hukukumuzda temel olarak iki tür ceza düzenlenmiştir: cezai ve

hukuki yaptırımlar. Cezai yaptırımlar; temel olarak hukuka aykırı eylem neticesinde teşebbüslere Rekabet Kurulu kararları ile uygulanan süreli, nispi ve/veya maktu idari para cezalarıdır. Hukuki yaptırımlar ise geçersizlik ve tazminat kararlarını içermektedir.⁶⁰ Bu alt bölümde her iki yaptırım ile ilişkili olarak uygulamada karşılaşılan sorunlar ele alınacaktır.

Cezai Yaptırımlar

Rekabet İhlalinden Kaynaklanan İdari Para Cezaları

4054 sayılı Kanun'un 16 ve 17'inci maddeleri, kanuna aykırı faaliyetleri tespit edilen teşebbüslere uygulanacak idari para cezalarını düzenlemektedir. Bu maddelere göre, 4054 sayılı Kanun'un 4, 6 ve 7'nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunduğu tespit edilen teşebbüs veya teşebbüs birliklerine Rekabet Kurulu karar tarihinden bir önceki mali yıl sonunda oluşan⁶¹ yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir. Bunun yanında ilgili kanunda, sadece teşebbüslere değil aynı zamanda rekabet ihlalinde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticilerine ya da çalışanlarına da idarî para cezası verilebileceği düzenlenmiştir. Söz konusu cezanın miktarını tayin yetkisi Rekabet Kurulu'na verilmiştir. Kurumla aktif işbirliği yapan teşebbüs ya da teşebbüs birlikleri veya bunların yöneticileri ve çalışanlarına, işbirliğinin niteliği, etkinliği ve zamanlaması dikkate alınarak ve gerekçesi açık bir şekilde gösterilmek suretiyle ceza verilmeyebilir veya verilecek cezalarda indirim yapılabilir.⁶²

Rekabet hukuku yaptırımları teşebbüsler için son derece ağır ekonomik yaptırımlardır. Bu yaptırımın ağırlığının ne şekilde belirleneceği hususunda Rekabet Kurulu'na son derece geniş bir yetki verilmiş olması hukuki belirsizlikleri de peşinden getirmektedir. Bu belirsizliğin önüne geçilebilmesi için Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik (Ceza Yönetmeliği) ve Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik (Pişmanlık Yönetmeliği) hazırlanarak 2009 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu yönetmelikler, idari para cezalarının nasıl tespit edileceğini, hangi durumlarda cezalar indirim ya da bağışıklık uygulanacağını ve işbirliğine ilişkin usul ve esasları düzenlemektedir.

Ceza Yönetmeliği

Ceza Yönetmeliği'nde rekabet hukuku ihlalleri sebebiyle teşebbüslere uygulanacak idari para cezalarının ne şekilde hesaplanacağı hususunda detaylı düzenlemeler yer almaktadır. Buna göre temel para cezası karteller için teşebbüsün bir önceki yıl cirosunun, karteller için %2-4'ü ve diğer ihlaller içinse %0,5-3 arasında bir oran olarak

60. ASLAN, Yılmaz, Rekabet Hukuku Dersleri, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ağustos 2015

61. "bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Rekabet Kurulu tarafından saptanacak olan"

62. 4054 sayılı Kanun'un 16'ncı maddesinin 5'inci fıkrası

tespit edilebilir. Tespit edilen temel para cezası, söz konusu ihlal bir ile beş yıl arasında devam etmiş olması durumunda yarısı oranında, beş yıldan uzun sürmüş olması durumunda iki katı oranında artırılır. Bu şekilde belirlenen para cezasına da ağırlaştırıcı ve hafifletici sebepler uygulanarak nihai para cezası belirlenir. Buna göre, Ceza Yönetmeliği'nin rekabet ihlalleri için kartel ve diğer ihlaller olarak ikili bir ayırım yaptığı, kartele uygulanacak temel para cezasının diğer ihlallere uygulanması öngörülen cezalardan daha yüksek olmasından hareketle, daha ağır bir ihlal olduğu söylenebilir.

Ceza Yönetmeliği'nin 2009 yılında yürürlüğe girmesiyle birlikte, o zamana kadar Rekabet Kurulu'nun tamamen kendi inisiyatifi ile belirlediği, idari para cezalarına bir çerçeve çizilmiş ve hukuki belirlilik belli bir oranda arttırmıştır. Ancak yine de idari para cezasının oranını belirleme yetkisi büyük oranda Rekabet Kurulu'nun takdirindedir. Geniş takdir yetkisi, bekleneneği üzere, çelişkilere, belirsizliklere yol açmaktadır. Tespit edebildiğimiz bazı uygulamalar aşağıda tartışılmıştır.

Kartel Tanımından Kaynaklanan Belirsizlikler

Ceza Yönetmeliği'nin uygulamasındaki en büyük belirsizliğin kartel tanımından ortaya çıktığı söylenebilir. Bu yönetmelikte yapılan kartel tanımı aşağıdaki gibidir:

“Fiyat tespiti, müşterilerin, sağlayıcıların, bölgelerin ya da ticaret kanallarının paylaşılması, arz miktarının kısıtlanması veya kotalar konması, ihalelerde danişıklı hareket konularında, rakipler arasında gerçekleşen, rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve/veya uyumlu eylemler”⁶³

Kartelin, Rekabet Kanunu'nun 4'üncü maddesinde yer alan rekabete aykırı anlaşma ve uyumlu eylemlerden daha dar bir tanım olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla Rekabet Kanunu'nun 4'üncü maddesini ihlal eden bazı rekabete aykırı anlaşma ve uyumlu eylemler kartel olarak değerlendirilmeyebilir. Karteli diğer rekabete aykırı anlaşmalardan ayıran temel özelliklerin ne olduğu mevzuatta tam olarak ortaya konulmamıştır. Rekabet Kanunu'nun 4'üncü maddesine ilişkin bir ihlal tespit edilmesi durumunda bu ihlalin bir kartel olup olmadığının değerlendirilme yetkisi Rekabet Kurulu'na aittir.

Kartel tanımdan kaynaklanan bu belirsiz durum, hakkında soruşturma yürütülen teşebbüsler açısından gerek pişmanlık başvurusu yapmak, gerekse de karşı karşıya oldukları idari para cezasını öngörebilmek açısından belirsizlikler yaratmaktadır. Zira hem Rekabet Kurulu ve hem de yaklaşımı zaman içerisinde değişebilmektedir. Örneğin Rekabet Kurulu, tespit edilen ihlallerin Ceza Yönetmeliği'ndeki kartel tanımına uymasına karşın; Peugeot Bayileri⁶⁴ ve Hyundai Bayileri⁶⁵ kararlarında, Peugeot ve Hyundai bayilerinin -ihlallerinin marka içi rekabeti etkilemesi ve görece kısıtlı etkilerinin olduğu gerekçeleriyle- kartel olmadıklarına ve diğer ihlaller kapsamında girdik-

63. Ceza ve Pişmanlık Yönetmelikleri madde 3.

64. Rekabet Kurulu'nun 06/08/2010 tarih ve 10-53/1057-391 sayılı kararı.

65. Rekabet Kurulu'nun 16/12/2013 tarih ve 13-70/952-403 sayılı kararı.

lerine karar vermiştir. Ancak, Kurul Peugeot Bayileri ve Hyundai bayileri kararlarında tespit edilen ihlallere benzer bir ihlal olan Kırıkkale Sürücü Kursları⁶⁶ soruşturmasında ihlalin kartel olduğu sonucuna varılmıştır⁶⁷.

Yukarıda yer verilen kararlardan da görüleceği üzere, hangi 4'üncü madde ihlallerinin kartel tanımına girdiği konusunda Rekabet Kurulu uygulamasında tam bir netlik bulunmadığı söylenebilir. Zira Rekabet Kurulu, kendi hazırlayarak yürürlüğe koyduğu düzenlemelerde yer almayan bazı istisnaları, kararları vasıtasıyla, teşebbüslere tanımıştır. Rekabet Kurulu'nun bu yaklaşımının bundan sonraki kararlarında da bu şekilde olup olmayacağı veya otomobil bayileri arasındaki rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalara ilişkin uygulamasında olduğu gibi başka 4'üncü madde ihlallerini de kartel tanımı kapsamı dışında değerlendirip değerlendirmeyeceği konusunda bir öngöründe bulunmak imkânsızdır.

Tekerrür Uygulamasından Kaynaklanan Belirsizlikler

Rekabet Kanunu'nun 16'ıncı maddesinin 5'inci fıkrası Rekabet Kurulu'nun cezanın ağırlığını tespit ederken ihlalin tekerrürünü de göz önüne alması gerektiğini düzenlemektedir. Bunun yanında Ceza Yönetmeliğinin 6'ncı maddesi kapsamında bir teşebbüsün daha önceden bir rekabet ihlali tespit edilmiş olması durumunda, teşebbüse verilecek ceza yarısından bir katına kadar artırılmaktadır.

Burada tekerrürden ne anlaşılması gerektiği hususunda uygulamada farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, Rekabet Kanunu'nu bir defa herhangi bir sebeple ihlal eden teşebbüse, bir sonraki ihlalinde tekerrür hükümleri uygulanması gerekmektedir.⁶⁸ Bir diğer görüşe göre ise, önceki ihlalin tekerrür olarak değerlendirilebilmesi için yeni ihlalle ile benzerlik taşınması gerekmektedir. Örneğin, daha önce Rekabet Kanunu'nun 4'üncü maddesini ihlal eden bir teşebbüsün 6'ncı maddeyi ihlal etmiş olması durumunda tekerrür kapsamına girmeyecektir.

Rekabet Kurulu'nun tekerrüre ilişkin almış olduğu kararlarına bakıldığında kurulun bu konuda bir politikası olmadığı ve uygulamanın bir şeffaflık içermediği söylenebilir⁶⁹. Örnek vermek gerekirse, Rekabet Kurulu Turkcell Araç Takip Soruşturması⁷⁰ kararında Turkcell'e uyguladığı cezayı önceki ihlalleri⁷¹ sebebiyle yarısı oranında artırmıştır.

66. Rekabet Kurulu'nun 08/05/2014 tarih ve 14-17/330-142 sayılı kararı.

67. Her üç ihlalde de rakip teşebbüsler arasında fiyat tespiti yapıldığı ve bu anlaşmaya uyumun çeşitli yöntemlerle kontrol edildiği, anlaşmaya uymayan teşebbüslere diğer teşebbüslerce yaptırım uygulandığı gibi benzer hususlar bulunmaktadır.

68. Rekabet Kurulu'nun 01/10/2012 tarih ve 12-47/1413-474 Sayılı UN Ro-Ro (s.74) ile 06/04/2012 tarih ve 12-17/499-140 sayılı Doğu ve Güneydoğu Anadolu Çimento Soruşturması (s.83) kararlarında yer alan Rekabet Kurulu üyeleri Doç. Dr. Mustafa Ateş ve İsmail Hakkı Karakelle karşı oy gerekçeleri.

69. GÜNDÜZ, Harun, Fines in Turkish Competition Law: Has The Lottery Ended?, Rekabet Dergisi, Cilt: 13, Sayı, 4, Ekim 2012, Ankara, s. 79

70. Rekabet Kurulu'nun 19/12/2013 tarih ve 13-71/988-414 sayılı Turkcell Araç Takip Soruşturması kararı, para. 191.

71. Rekabet Kurulu'nun 23/12/2009 tarih ve 09-60/1490-379 sayılı ve 06/06/2011 tarih ve 11-34/742-230 sayılı kararları.

Ancak söz konusu kararda sadece tekerrür sebebiyle artırımı gidildiği belirtilmekte bunun dışında herhangi bir açıklamaya yer verilmemektedir. Bu nedenle tekerrürün aynı madde kapsamında olup olmadığı anlaşılammaktadır. Buna karşın, Banka II⁷² kararında daha önce benzer bir ihlale taraf olan teşebbüsler⁷³ hakkında tekerrür hükümlerini uygulanmamıştır. Söz konusu kararda tekerrüre ilişkin herhangi bir değerlendirme de bulunmadığından, Rekabet Kurulu'nun hangi durumlarda tekerrür hükümlerini uygulayacağı konusunda bir belirsizlik oluşmakta, tekerrür nedeniyle daha ağır ceza alan teşebbüslerle, diğer teşebbüsler arasında bir eşitsizlik yaratılmaktadır.

Cironun Tespitinden Kaynaklanan Belirsizlikler

Rekabet Kanunu kapsamında verilecek cezalar ilgili teşebbüslerin ihlal tespitinin yapıldığı yıldan bir önceki yıla ait gayri safi gelirlerinin bir oranı olacak şekilde düzenlenmiştir. Bu nedenle yıllık gayri safi gelirlerin (ciro) hesaplanması, teşebbüslere verilecek olan cezaların miktarını belirleyen temel unsur olarak ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda ceza uygulanacak olan cironun tespitinde bir tutarlılık olmaması durumunda, cezaya muhatap olan teşebbüsler karşılaşılabilecekleri cezanın miktarının ne olduğu öngörememesi sonucu ortaya çıkacaktır.

Uygulamada gayri safi gelirlerin tanımlanmasında sorunlar mevcuttur. Ceza Yönetmeliği'nin 3'üncü maddesinde "yıllık gayri safi gelir"; teşebbüsün "tek düzen hesap planındaki net satışları" olarak tanımlanmaktadır. Buna göre cezanın teşebbüslerin tüm gayri safi gelirleri üzerinden hesaplanması gerekir. Kurul'un teşebbüslere ceza uygularken ilgili teşebbüsün yıllık gayri safi gelirleri üzerinden mi yoksa, ihlale konu pazarda elde edilen gelirler üzerinden mi ceza uygulanacağı konusunda tutarlı bir uygulaması mevcut değildir. Genellikle teşebbüslerin tüm gayri safi gelirleri üzerinden yaptırım uygulamasına rağmen, sadece ihlale konu olan pazardan elde edilen gelirler üzerinden yaptırım uyguladığı kararları da bulunmaktadır⁷⁴.

Kurul, 23/12/2010 tarihli Banka I⁷⁵ kararında ilgili teşebbüslere ilgili pazarda elde ettikleri gelir üzerinden ceza verirken, bu karardan yaklaşık üç ay önce alınan Diyaliz⁷⁶ soruşturmasında teşebbüslerin ilgili pazardan elde ettikleri gelir üzerinden ceza uygulanması taleplerini reddederek tüm ciroları üzerinden ceza uygulanmıştır⁷⁷. Son

72. Rekabet Kurulu'nun 08.03.2013 tarih ve 13-13/198-100 sayılı kararı. Söz konusu kararda 12 bankanın Rekabet Kanunu'nun 4'üncü maddesini ihlal ettiği tespit edilmiş ve söz konusu ihlal "diğer ihlaller" kapsamında değerlendirilmiştir.

73. Rekabet Kurulu'nun 07/03/2011 tarih ve 11-13/243-78 sayılı kararında 8 banka hakkında Rekabet Kanunu'nun 4'üncü maddesini ihlal ettikleri gerekçesiyle ceza verilmiş ve söz konusu ihlal "diğer ihlaller" kapsamında değerlendirilmiştir.

74. Bkz. Rekabet Kurulu'nun 23/12/2010 tarih ve 10-72/1503-572 sayılı Medikal Gaz ve 07/03/2011 tarih ve 11-13/243-78 sayılı Banka I kararları

75. Rekabet Kurulu'nun 07/03/2011 tarih ve 11-13/243-78 sayılı kararı.

76. Rekabet Kurulu'nun 23/12/2010 tarih ve 10-80/1687-640 sayılı kararı

77. Bkz. GÜNDÜZ, Harun, Fines in Turkish Competition Law: Has The Lottery Ended?, Rekabet Dergisi, Cilt: 13, Sayı, 58

olarak, Rekabet Kurulu'nun nispeten yakın tarihli kararlarından Mey İçki⁷⁸ kararında ilgili ürün pazarı olarak rakı pazarı belirlenmişken, soruşturma sonrasında ceza ilgili teşebbüsün tüm pazarlardaki cirosu üzerinden uygulanmıştır.

Yine teşebbüslere ceza uygulanırken bu teşebbüs ile aynı ekonomik bütünlük içerisinde yer alan diğer teşebbüslere de ceza uygulanıp uygulanmayacağı hususunda da bir belirsizlik bulunmaktadır. Örnek vermek gerekirse; Rekabet Kurulu'nun Banka I kararında sadece ihlale taraf olan Türkiye Garanti Bankası A.Ş.'ye pazar cezası uygulanırken, Banka II kararında ceza Türkiye Garanti Bankası A.Ş., Garanti Ödeme Sistemleri A.Ş. ve Garanti Konut Finansmanı Danışmanlık A.Ş.'den oluşan ekonomik bütünlüğe uygulanmıştır.

Yukarıda belirtilen farklı uygulamaların, rekabet hukuku uygulamasında cezalara ilişkin belirsizlik yarattığı aşikârdır.

Pişmanlık Yönetmeliği

Pişmanlık Yönetmeliği, kartel olarak tanımlanan ihlal tipinin ortaya çıkarılması için teşebbüslerin RK ile işbirliği yapması durumunu düzenlemektedir⁷⁹. Karteller varlığı kolaylıkla tespit ve ispat edilemeyen oluşumlardır. Pişmanlık Yönetmeliği, en ağır yaptırıma tâbi, bu tip oluşumları ortaya çıkartmayı teşvik etmek amacıyla oluşturulmuş bir düzenlemedir. Özü itibarıyla, karteli ihbar eden kartel mensubu (pişman) teşebbüsün idari para cezasından kurtulmasının yasal zeminini oluşturur.

Pişmanlık Yönetmeliği söz konusu uygulamanın ne şekilde ilerleyeceğinin çerçevesini çizmekte ve belirli ölçüde uygulama açısından fikir vermekte ve genel anlamda hukuki açıdan belirli bir şeffaflık düzeyini sağlamaktadır. Bunun yanında, Pişmanlık Yönetmeliği akabinde yürürlüğe giren Pişmanlık Kılavuzu,⁸⁰ pişmanlık başvurusu yapacak olan teşebbüsler hakkında uygulamaya ilişkin detayları ve pişmanlık sürecinde yer alan anonim bilgi talebi, farazi başvuru gibi süreçleri düzenlemektedir. Buna karşın RK'nun pişmanlık uygulamasında bir takım belirsizlikler olduğu veya olabileceği söylenebilir.

Bir teşebbüsün Pişmanlık Yönetmeliği'nden yararlanarak Rekabet Kanunu kapsamında alacağı cezadan tam olarak bağışık olabilmesi için söz konusu ihlale ilişkin olarak RK'nun ya hiç işleme başlamamış olması ya da RK tarafından işleme başlanmış olsa da rekabet ihlali iddiasına götürecek yeterli delilin elde edilmemiş olması gerekmektedir. Buna karşın Rekabet Kurulu'nun 22.10.2014 tarih ve 14-42/783-346 sayılı Maya kararında bazı üyeler Kurulun bu düzenlemeye aykırı hareket ettiği görüşündedir.

4, Ekim 2012, Ankara, s. 69-70

78. Rekabet Kurulu'nun 12/06/2014 tarih ve 14-21/410-178 sayılı kararı

79. Kartel olarak tanımlanan ihlal tipine ilişkin önceki bölümde yer verdiğimiz belirsizliklere ilişkin değerlendirmelerimiz pişmanlık uygulaması için de geçerlidir.

80. Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmeliğin Açıklanmasına İlişkin Kılavuz

Maya Davası olarak anılan bu davada, Rekabet Kurulu'nun 20.06.2013 tarihli kararı ile, maya piyasasında faaliyet gösteren Pak Maya, Öz Maya, Dosu Maya ve Mauri Maya hakkında soruşturma açılmasına karar verilmiştir. Soruşturma kapsamında pişmanlık başvurusunda bulunan Mauri Maya'nın bu başvurusu kabul edilerek herhangi bir ceza uygulanmamasına karar verilmiştir. Ancak, Rekabet Kurulu üyeleri Reşit Gürpınar ve Kenan Türk bu karara karşı oy kullanmışlardır. Karşı oy gerekçelerinde özetle, ihbarcı teşebbüs (Mauri Maya) pişmanlık başvurusu yapmadan önce de Kurul'un elinde ihlalin varlığına ilişkin çok sayıda somut delilin olduğu, bu nedenle yönetmelik hükümlerince tam bağışıklık değil kısmi bağışıklık alması gerektiği belirtilmiştir. Aslında başlangıçta ihbarcıya kısmi bağışıklık verilmiş ama bu daha sonra tam bağışıklığa dönüştürülmüştür. Mauri Maya'ya tam bağışıklık verilmesinin sebebi tam olarak kararda belirtilmediği için Rekabet Kurulu'nun yaklaşımı hakkında fikir sahibi olabilmemiz mümkün değildir. Ancak bu tür uygulamalar, pişmanlık uygulamasının etkinliğini zedelediği gibi, RK'nun da şeffaflığı hakkında bazı şüpheler duyulmasına yol açmaktadır.

Pişmanlık yönetmeliği ile ilgili belirsizlikler sadece uygulama ile sınırlı değildir. Mevzuatın kaleme alınışından kaynaklanan da bazı belirsizlikler mevcuttur. Pişmanlık Yönetmeliği ile daha önce rekabet mevzuatında açık olarak tanımlanmamış olan "kartel" tanımı getirilmiş ve Pişmanlık Yönetmeliği'nin kapsamına sadece kartellerin gireceği düzenlenmiştir. Yukarıda da açıklandığı üzere, Rekabet Kanunu kapsamında kartel tanımı yapılmamış fakat kanunun 4'üncü maddesinde rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar gibi daha geniş bir ifade kullanılmıştır. Aynı kartel tanımının Ceza Yönetmeliği'nde de yapıldığı görülmektedir. Bu belirsizlik Rekabet Kurulu Hyundai Bayileri⁸¹ kararında son derece açık bir biçimde kendisini göstermiştir. Nitekim, söz konusu kararda, rakipleri ile rekabeti kısıtlayıcı anlaşma içerisine giren bir teşebbüs RK'na pişmanlık başvurusunda bulunmuş, ancak Rekabet Kurulu söz konusu ihlalin kartel olmadığını ve diğer ihlaller kapsamına girdiğini belirterek söz konusu teşebbüsün Pişmanlık Yönetmeliği'nde yer alan ceza bağışıklığından yararlanamayacağını karara bağlamıştır. Ancak anılan kararda teşebbüslerin davranışlarına ilişkin aşağıdaki değerlendirme yer almaktadır.

*"Fiyat tespitine yönelik anlaşmaların rekabet hukukunda "per se" yasaklanan davranış türlerini oluşturması nedeniyle de 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi çerçevesinde bir muafiyet değerlendirmesi yapmanın mümkün olmadığı, bu tür eylemlerin Kanun'un 5. maddenin birinci fıkrasının (a) bendindeki "mal veya hizmetlerin üretim veya dağıtım ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması" koşulunu sağlayamayacağı kanaatine varılmıştır."*⁸²

81. Rekabet Kurulu'nun 16/12/2013 tarih ve 13-70/952-403 sayılı kararı.

82. A.g.k. para, 163. Söz konusu kararda fiyat tespitine yönelik anlaşmaların, *per se* yasak olduğu gerekçesiyle, Rekabet Kanunu'nun 5'inci maddesinde düzenlenmiş olan muafiyet değerlendirilmesi kapsamında olmadığı belirtilmiştir. Ancak bu tür bir yaklaşım kanunun 5'inci maddesine açık olarak aykırı olduğu değerlendirilmektedir. Zira söz konusu maddede muafiyet değerlendirmesine ilişkin herhangi bir istisna yer almadığı açık bir şekilde görülebilecektir.

Bu tür bir anlaşmaya taraf olan teşebbüsün, söz konusu anlaşmanın kartel olarak değerlendirileceğine ilişkin bir kanaat taşıyacağı şüphe götürmez. Zira Pişmanlık Yönetmeliği'nin 3'üncü maddesinde yapılan kartel tanımının da bu tür anlaşmaları içerdiği anlaşılmaktadır. Buna karşın Rekabet Kurulu söz konusu eylemi kartel olarak değerlendirmemiştir. Rekabete aykırı bir anlaşmaya taraf olduğunu düşünen bir teşebbüs açısından içinde bulunduğu eylemin kartel olup olmadığının tespiti ancak pişmanlık başvuru yaptıktan sonra hakkında karar verilirken ortaya çıkacaksa, söz konusu teşebbüsün pişmanlık başvurusu yapma motivasyonu azalacaktır. Pişmanlık uygulamasında, kartel tanımında yaşanan belirsizlikler bu uygulamanın etkisiz olması sonucunu doğuracağı gibi, uygulamanın şeffaflığını da zedelemektedir.

Pişmanlık süreci ile ilgili olarak hukuki belirsizlik olarak değerlendirilebilecek bir diğer husus da, yapılan bir pişmanlık başvurusunun ne zaman geçerli bir pişmanlık başvurusu olarak değerlendirileceğine ilişkindir. Gerçekten de geçerli bir pişmanlık başvurusu yapmış olabilmek ve Pişmanlık Yönetmeliği kapsamındaki ceza bağışıklığı ve indirimlerinden yararlanabilmek için Pişmanlık Yönetmeliği'nin 6'ncı maddesi kapsamındaki bilgi ve belgeleri RK'na sunmak ve gerekli diğer koşulları da karşılamak gerekmektedir.

Pişmanlık Yönetmeliği'nin 6'ncı maddesinde bir teşebbüsün geçerli bir pişmanlık başvurusunda bulunabilmesi gerekli koşullar belirtilmesine karşın, özellikle pişmanlık başvurusunun geçerli olabilmesi için sunulması gereken bilgi ve belgelerin neler olması gerektiği ve nitelikleri tam olarak detaylandırılmamıştır. Aynı belirsizlik Pişmanlık Kılavuzu için de geçerlidir. Bu durumun, başvuruda bulunmak isteyen teşebbüslerin yapacakları başvuruda yeterli bilgi ve belgeleri sağlayamayacaklarını düşünerek pişmanlık başvurusu yapmaktan imtina etmelerine yol açma ihtimali yüksektir.

Hukuki Yaptırımlar

Para cezaları yanında, rekabet kanununu ihlal eden teşebbüslere ilişkin bir diğer uygulama da, teşebbüslere bir fiili yapmak veya yapmamak gibi somut bir yükümlülük yükleyen hukuki yaptırımlardır. Hukuki yaptırımlar da idari para cezaları gibi Rekabet Kanunu'nun uygulanması ve piyasalardaki rekabetin tesisini sağlayan önemli bir araçtır. Hatta bazı durumlarda, hukuki yaptırımlar, yaptırım uygulanan teşebbüsler açısından, cezai yaptırımlardan daha caydırıcı olabilmektedirler. Rekabet Kanunu kapsamında üç temel hukuki yaptırım uygulaması bulunmaktadır. Bunlar; geçersizlik, tazminat ve ihlale son verme yaptırımlarıdır.

Çalışmamızda hukuki yaptırımlara ilişkin şeffaflık bağlamındaki en önemli belirsizliklerin "ihlale son verme" kararlarında⁸³ olduğu tespit edilmiştir. Rekabet Kurulu, yürüttüğü soruşturma neticesinde bir eylem veya işlemin (örneğin; bir anlaşmanın, hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün çeşitli davranışlarının veya birleşme/devralma işleminin) herhangi bir şekilde rekabete aykırı olduğuna (eğer bu eylem Rekabet Ka-

83. Bunlar ilgili kanun maddesine atfen 9.3 kararları olarak da anılmaktadırlar.

nunu'nun 5'inci maddesi kapsamında değerlendirilemiyorsa) dair karar verirse, bu eylem ve işlemi yasaklar ve geçersiz kılar. Rekabetin ihlal edildiğinin tespit edilmesi Kurul'un "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"⁸⁴ bildirmesi gerekir.

Söz konusu hükmün kaleme alınışında kullanılan ifadeler belki de ülkemizdeki rekabet hukuku uygulamasının en sorunlu noktalarından birisi olan 9. Madde ile ilgili kararların alınmasına dayanak sağlamıştır. Zira Rekabet Kanunu'nun Dördüncü kısmı; Rekabet Kurulu'nun inceleme ve soruşturma usullerini düzenlemekte ve hem soruşturma, hem de önaraştırmaları kapsamaktadır. Rekabet Kanunu'nun Dördüncü kısmına yapılan atıf Rekabet Kurulu'nun sadece soruşturma değil, önaraştırma kararları ile de ihlale son verileceğine ilişkin kararlar almasına yol açmıştır. Kurul, birçok defa, teşebbüsler hakkında soruşturma açmadan, sadece önaraştırma sürecini işleterek, ihlal veya ihlal-benzeri durumlar tespit etmiş ve teşebbüslere idari para cezası uygulamayarak sadece ihlale ne şekilde son verebileceklerine ilişkin görüşlerine kararlarında yer vermiştir.⁸⁵

Önaraştırma sürecinin bir vaka hakkında karar verebilmek için yeterli süreyi kapsamaması, teşebbüslerin bu süreçte kendilerini savunma imkânı bulamamaları ve söz konusu kararların "görüş ve öneri" niteliğinde olması nedeniyle idari yargı yoluna gitme imkânının olmaması nedeniyle bu kararların, RK'nun uygulamalarının tutarlılığına son derece büyük zarar verdiği bir gerçektir.

Söz konusu "ihlale son verme" yazısında teşebbüse bazı eylemlerini durdurması, bazı pozitif yükümlülükleri yerine getirmesi gibi öneri ve görüşler gönderilmektedir. Bu yazılar kapsamında belirtilen hususlar, her ne kadar Rekabet Kurulu'nun öneri ve görüşleri olsa da; gerçekte, ilgili teşebbüsler açısından bu yazıda yer alan hususlara uyulmaması durumunda haklarında soruşturma açılacağı yönünde güçlü bir emare olarak değerlendirilmektedir. Bu durumda haklarında soruşturma açılmamasına rağmen kendilerine "ihlale son verme" kapsamında bir yazı gönderilen teşebbüsler açısından bu yazı adeta bir soruşturma sonrasında alınan karar kadar bağlayıcı olabilmektedir. Bunun yanında, "ihlale son verme" kapsamında gönderilen yazılarda bir idari para cezası verilmese de; bu yazılarda yer alan pozitif yükümlülükler teşebbüslerin faaliyetleri açısından bir idari para cezasından daha zorlayıcı olabilmekte, hatta bazı durumlarda ilgili teşebbüsün pazardaki faaliyetlerini imkânsız hale getirebilecek dereceye kadar varabilmektedir⁸⁶.

84. Rekabet Kanunu 9. Madde 1. Fıkra

85. Örneğin; Rekabet Kurulu'nun 31/05/2012 tarih ve 12-29/846-247 sayılı *Kütahya Yapı Denetim*, 29/09/2011 tarih ve 11-50/1258-447 sayılı *TMMOB Makine Mühendisleri*, 02/03/2012 tarih ve 12-09/288-89 sayılı *Turgutlu Ekmek Fırınları*, 14/09/2011 tarih ve 11-47/1181-422 sayılı *Vişne*, 26/05/2011 tarih ve 11-32/664-327 sayılı *Kayseri Sürücü Kursları* kararları.

86. Örneğin; Rekabet Kurulu'nun 07/07/2015 tarih ve 15-28/327-102 sayılı *Diye Danışmanlık* kararında, hakkında önaraştırma yürütülen teşebbüs ile çalışan teşebbüslere söz konusu teşebbüsten Media Barometer hizmetini almayı

Bir teŖebbüsün faaliyeti Rekabet Kanununu ihlal ediyorsa, bu teŖebbüsün söz konusu faaliyeti durdurmasının sağlanması rekabet hukukunun temel amaçlarından birisidir. RK bir faaliyeti Rekabet Kanunu'na aykırı olduğunu değerlendirerek, ilgili teŖebbüsün bu faaliyetine son vermesini kararına konu yapabilir. Bu durumda ilgili teŖebbüs söz konusu faaliyete son verecektir. Ancak teŖebbüs faaliyetlerinin rekabete aykırı olduğunun tespiti için Rekabet Kanunu'nda düzenlenen idari uygulamanın, soruŖturma yöntemi olduğu açıktır. Rekabet Kanunu'nda da açık bir biçimde ifade edildiği üzere, hakkında soruŖturma neticesinde bir faaliyetin durdurulması kararına ilişkin Rekabet Kurulu kararı bulunan bir teŖebbüs bu kararı idari yargıya taşımak hakkına sahiptir. Ancak hakkında soruŖturma açılmadan bir "ihlale son verme" kararı alınan bir teŖebbüs bu imkândan mahrum kalmaktadır. Bu durum gerek ilgili teŖebbüs, gerekse de diğer menfaat sahipleri açısından hukuki bir belirsizliğe yol açmakta ve Rekabet Kanunu uygulamalarının Ŗeffaflıęını büyük ölçüde zedelemekte ve hak kayıplarına neden olmaktadır.

10.3. SoruŖturma Süreçlerinin Uygulamadaki Ŗeffaflıęına İliŖkin

Genel Değerlendirme

Daha önce de belirtildiği gibi genel olarak değerlendirildiğinde Türkiye'deki rekabet hukukuna ilişkin düzenlemelerin Ŗeffaflık açısından oldukça ileri düzeyde – özellikle diğer hukuk alanları ile karŖılaŖtırıldıęında- olduğu konusunda fikir birliği mevcuttur. Yapılan araŖtırmada Ŗeffaflık ile karŖılaŖılan sorunların çoğunlukla kanunların uygulanmasından kaynaklanan sorunlar olduğu tespit edilmiŖtir. ÇalıŖma sonucunda rekabet hukuku alanında belirsizliği arttıran uygulamalar iki ana baŖlık altında toplanabilir.

Her soruŖturmada teŖebbüslerin kendilerini savunabilmeleri için haklarında iddiaların dayandığı enformasyona tam olarak sahip olmaları gerekir. Bu hak sadece soruŖturmanın tarafı olan teŖebbüslerin mahremiyeti (ticari sır) söz konusu olduğu durumlarda kısıtlanabilir. Ancak, uygulamada görölmektedir ki, RK "ticari sır" kavramını ne kadar geniş tanımlarsa soruŖturmanın Ŗeffaflıęı ve savunma hakkı o kadar kısıtlanmaktadır. Aynı durum "kurum içi yazıŖma" kavramı için de geçerlidir. Sadece RK'nu değil soruŖturmanın paydaŖlarını da etkileyen yazıŖmaların "kurum içi yazıŖma" gerekçesi ile taraflar ile paylaŖılmıyor olması "ticari sır" sınırlaması ile benzer etkiler yaratmaktadır.

Herhangi bir alanda düzenlemeleri yapanların ortaya çıkması muhtemel tüm vakaları dikkate alıp onlarla ilgili düzenlemeler yapması mümkün değildir. Bu boşlukların, düzenlemelerin uygulayıcıları (Bu çalıŖma bağlamında Kurum uzmanları ve Rekabet Kurulu) tarafından ilgili alandaki temel yasaların ruhuna uygun olarak doldurulması kaçınılmazdır. Bu uygulama yapılırken verilen kararlar iyi gerekçelendirilmeli, gerekçeler kamu ile paylaŖılmalı ve benzer durumlarda benzer kararlar vererek yasal durdurmaları yönünde yazı göndermiŖ, aksi takdirde haklarında iŖlem baŖlatılacaęı belirtilmiŖtir.

düzenlemelerin eksiklikleri teamüller ile giderilmelidir. Hâlbuki rekabet soruşturmalarında kanunlarla açık olarak düzenlenmeyen bazı durumlarda Kurul kararlarında nasıl karar verildiğine ilişkin bir bilgi ne soruşturmanın taraflarıyla ne de kamuyla paylaşılmakta, aynı konuda Kurul birbirinden farklı kararlara imza atabilmektedir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

11. Sonuç ve Öneriler

Piyasa ekonomisinin aksadığına inanılan yönlerini düzeltmek amacıyla oluşturulan bağımsız düzenleyici otoritelerin artan gücü tüm dünyada hukukun üstünlüğüne ilişkin kaygıların yükselmesine neden olmuştur. Bu kaygıları gidermek, düzenleyici otoritelerin keyfi güç kullanımının önüne geçmek maksadıyla tüm dünyada bazı adımlar atılmaya başlanmıştır. Bu yönde atılan adımların başında düzenlemelerin ve düzenleyici kurumların daha şeffaf bir işleyişe sahip olmasına yönelik çabalar gelmektedir.

Şeffaflıkla kastedilen, kabaca, “oyunun kurallarının” açık, net ve bilinir olması; kurallara uyması gerekenlerin ve kuralın uygulayıcılarının davranışlarının sınırlarının net bir biçimde tanımlı olmasıdır. Bu durumda taraflar hangi sınırlar içinde hareket edebileceklerini ve bu sınırları aşmaları durumunda ne yaptırımlarla karşılaşabileceklerini önceden bilir ve ona göre davranırlar. Şeffaflık arttıkça keyfiyet ve belirsizlik giderek azalacak ilgili alandaki hayatın işleyişi paydaşlar açısından daha tahmin edilebilir hale gelecektir.

Türkiye’de de bağımsız düzenleyici otoritelerin gücü ve hukukun üstünlüğüne ilişkin kaygılar giderek artmakta, bu alandaki şeffaflık ihtiyacı giderek daha fazla hissedilmektedir. Düzenleyici kurumların ve bunların uygulamalarının ne kadar şeffaf oldukları ve bu şeffaflığın nasıl daha fazla artırılacağı giderek daha fazla önem kazanmaktadır. Bu ihtiyacı kısmen karşılamak amacıyla Türkiye’deki rekabet otoritesinin ve rekabet alanındaki soruşturmanın şeffaflığı incelenmiş ve aşağıdaki bulgulara ulaşılmıştır.

1. Rekabet hukuku ile ilgilenen avukat, danışman ve akademisyenlerden oluşan bir grup ile yaptığımız çalışmada katılımcılar Türkiye’deki rekabet mevzuatının ve RK’nun, özellikle Türkiye’deki diğer hukuk alanları ve kurumları ile karşılaştırıldığında, oldukça yeterli ve şeffaf olduğunu ifade etmişlerdir. Anonim paydaşların cevapladığı ve soruşturma süreçlerine ilişkin birçok konunun değerlendirildiği ankette de katılımcıların her konudaki değerlendirmeleri ortalamanın üzerindedir.

Türkiye’deki rekabet mevzuatı büyük ölçüde Avrupa Birliği’nden aynen alınmıştır. Büyük ölçüde, Avrupa’nın uzun yıllar bu alandaki deneyimlerini yansıtmaktadır. Şeffaflık alanındaki olumlu değerlendirme genellikle bununla ilişkilendirilmiştir.

2. Paydaşlar ile yapılan anket sonuçları bize enformasyonu sağlamakla yükümlü

olanlar (RK personeli) ile bu enformasyonu kullananlar arasında değerlendirme farkı olduğunu göstermiştir. Anketin tüm maddelerinde Kurum personelinin şeffaflık değerlendirmesi diğerlerinin üzerindedir. Bir başka deyişle, bir taraf enformasyonu verdiğini, diğeri ise iddia edildiği düzeyde almadığını iddia etmektedir. Bu, çalışmanın en önemli sonuçlarından biridir.

Burada iki ihtimal söz konusudur. Birincisi, mevcut enformasyon, kullananlar tarafından görülmemektedir ki bu enformasyonun iletilmesine ilişkin bir sorun olun olduğuna işaret eder. İkinci ihtimal mevcut enformasyonun yeterince açık ve net olmaması nedeniyle kullanıcıların mevcut enformasyonu düşük değerlendiriyor olmalarıdır.

3. Yine anket sonuçları bize RK'nun üçüncü kişiler ve kamu ile enformasyon paylaşımı konusuna nispi olarak daha az önem verdiğini göstermektedir. Bu durum, RK'nun üçüncü kişilerin ve kamunun soruşturma süreçleri hakkında bilgilendirilmesini yeterince önemsemediği ya da bu konudaki enformasyonu yeterince etkin bir biçimde iletemediği şeklinde yorumlanabilir.

4. Şeffaflık “oyunun kuralları” ile ilişkili ise iki temel sorun olabilir: Ya kurallar yoktur ya da mevcut kurallar etkin bir biçimde uygulanmamaktadır. Paydaşlarla yapılan görüşmeler ve dava incelemeleri sonucunda Türkiye'deki rekabet soruşturmalarının şeffaflığına ilişkin aksaklıkların çoğunlukla mevcut kuralların uygulamasından kaynaklandığı sonucuna varılmıştır. Uygulamadaki sorunlar birkaç genel başlık altında toplanabilir.

Birincisi, “ticari sır” ve “kurum içi yazışma” gerekçesiyle mevcut enformasyonun taraflar ile paylaşılmamasıyla ilgilidir. Kuşkusuz, mahremiyet gerekçesiyle ilgili taraflarla paylaşılacak enformasyona kısıtlama getirilebilir. Ancak, bu kavramlar bazı durumlarda RK tarafından gereğinden daha geniş tanımlanmakta⁸⁷ ve bu da soruşturmanın şeffaflığını ve savunma hakkını kısıtlanmaktadır.

Herhangi bir alanda ortaya çıkması muhtemel tüm ihtimalleri dikkate alıp ona ilişkin kurallar koymak mümkün değildir. Bu tip boşlukların uygulayıcılar (Bu çalışma bağlamında Kurum uzmanları ve Rekabet Kurulu) tarafından ilgili alandaki temel yasaların ruhuna uygun olarak doldurulması kaçınılmazdır. Bu uygulama yapılırken verilen kararlar iyi gerekçelendirilmeli, gerekçeler kamu ile paylaşılmalı ve benzer durumlarda benzer kararlar vererek yasal düzenlemelerin eksiklikleri teamüller ile giderilmelidir. İkinci önemli sorun rekabet soruşturmalarında kanunlarla açık olarak düzenlenmeyen bazı durumlarda Kurul'un nasıl karar verildiğine ilişkin bilgiyi ne soruşturmanın taraflarıyla ne de kamuya paylaşması, aynı konuda birbirinden farklı kararlara imza atabilmesidir.

Çalışmanın bulguları dikkate alarak soruşturmaların şeffaflığını geliştirmek amacıyla bazı öneriler geliştirilmiştir. Öneriler genel ve spesifik öneriler olarak ikiye ayrılmıştır.

87.Bazı durumlarda ilgili teşebbüslerin halka açık olmaları sebebiyle zaten kamuya açık bilgilerin bile Kurul kararlarında karartıldıkları görülmektedir.

Genel öneriler:

1. Enformasyonu sağlayan Kurum personeli ile enformasyonu kullananlar arasındaki değerlendirme asimetrisinin nedenlerini ortaya çıkartmak ve bu asimetriyi gidermek amacıyla paydaşların ilgili mevzuatın yapılması ve uygulanması sürecinde daha fazla bir araya gelmeleri, bilgi alışverişinde bulunmaları şeffaflığın geliştirilmesine önemli katkı yapacaktır.

Aslında RK çeşitli vesilelerle paydaşların görüşünü almaktadır. Ancak ilgili konularda kendisine aktarılan görüşleri ne kadar dikkate aldığı şüphelidir. Bir Çalıştay katılımcısı, bir taslak düzenlemeye ilişkin RK'na görüş gönderdiğini, gönderilen görüşte esasa ilişkin konuların yanında, taslak düzenlemede yer alan bir yazım yanlışına da dikkat çektiğini belirtmiştir. Daha sonra söz konusu düzenleme yazım yanlışı dahi düzeltilmeden yayınlanmıştır. Kurum personeli katılımcının yeni düzenlemenin özüne ilişkin eleştirilerine katılmamış olabilir ama yazım yanlısının düzeltilmemiş olması paydaşlardan gelen katkıların ne kadar dikkate alındığına dair soru işaretleri oluşmasına neden olmaktadır.

2. Bir soruşturma başladığında soruşturma taraflarının toplumda ilgili enformasyona en fazla ihtiyaç duyan grup olduğu aşikârdır. Dolayısıyla soruşturma taraflarının enformasyona ulaşması birincil öneme sahiptir. Ancak ekonomik ve siyasal etkinlik açısından olması gereken, soruşturmaya konu olabilecek durumların ortadan kaldırılması ya da en azından sayılarının azaltılmasıdır. Bunun da yolu kamuyu “oyunun kuralları” hakkında bilgilendirmekten geçer. Toplumsal aktörler hangi davranışın kurallar içinde olduğunu, hangi davranışlarda bulunmaları durumunda soruşturmaya uğrayabileceklerini açık ve net biçimde bilirlerse hukuki süreçlerin işletilmesinden doğan etkinsizliklerin önüne geçmek mümkün olur. Bu nedenle, Kurum üçüncü kişiler ve kamu ile enformasyon paylaşımı konusunda gereken hassasiyeti göstermelidir.

3. Belirsizliklerin yaşandığı durumlar mümkünse yeni düzenlemeler aracılığı ile ortadan kaldırılmalıdır. Açık kuralların bulunmadığı durumlarda ise karar vericilerin mevcut kuralı nasıl yorumladıklarını, hangi yöntemleri neden kullandıklarını kararlarında açık olarak belirtmeleri zorunluluğu getirilmelidir. Yazılı kuralların olmadığı yerlerde teamüller oluşturulmaya gayret edilmelidir. Kararlar arasındaki “tutarlılık” temel ilkelerden biri olmalıdır.

4. “Ticari sır” ve “kurum içi yazışma” gibi gerekçeler ile taraflarla paylaşılan enformasyona kısıtlama getirilirken çok dikkatli olunmalı, Kurum'un ya da bir teşebbüsün mahremiyeti korunurken, savunma hakkının kısıtlanmadığından ya da kamunun bilgi edinme hakkına ve şeffaflığa sınırlama getirilmediğinden emin olunmalıdır.

Spesifik öneriler:

1. “Yerinde İnceleme Yönetmeliği” ile ilgili olarak: RK'nun kendi iç ilişkilerini,

personelinin faaliyet ve davranışlarını düzenleyen (kılık kıyafet yönetmeliği, demirbaş kullanım koşulları, vb.) bazı düzenlemeler yapması son derece olağandır. Ancak bu tür iç düzenlemelerin kurum dışındaki kişi ve kuruluşların hak ve yükümlülüklerini etkilediği ölçüde kamuoyu ile paylaşılması gerekmektedir. Nitekim, çalışmada tartışılan “Yerinde İnceleme Yönetmeliği” sadece kurum personelinin nasıl davranması gerektiğini düzenleyen bir “kurum içi belge” değil, ayrıca incelemeye tâbi teşebbüslerin haklarını düzenleyen bir yönergedir. Bu tür, kurum içinde tutulan, fakat teşebbüslerin ve kurum dışındaki kişilerin haklarını ve yükümlülüklerine etki eden düzenlemelerin kamu ile paylaşılması şeffaflığın gereğidir.

2. Sürelerin Belirliliği ile ilgili olarak: Yukarıda bahsi geçen ve sürenin uygulanmasından kaynaklanan sorunun, 4054 sayılı Kanun ile birleşme ve devralma başvurularının ilk incelemesi için tanınan sürenin son derece kısa olarak tayin edilmesinden kaynaklandığı tahmin edilmektedir. Bu kapsamda bu sürenin artırılması ve bunun yanında bu sürenin kesin ve belirsizliğe mahal vermeyecek bir biçimde uygulanması ile giderilebileceği düşünülmektedir. Bunun yanında, bildirim taraflarının yapılan birleşme ve devralma başvurularının ne aşamada olduğuna ilişkin düzenli olarak bilgilendirilmesi de şeffaflığa katkı sağlayacak bir husus olarak öne çıkmaktadır. Mevcut uygulamada süreç hakkındaki (bilgi talep yazısı ve karşılığında RK’ndan alınan yazılı cevap şeklinde işleyen) bilgilendirme sistemi çok yavaş işlemektedir. Bunun yerine birleşme ve devralma bildirimleri için adliyelerde kullanılan UYAP veya e-Devlet benzeri basit bir uygulamayla, başvuru numarası üzerinden bildirim aşamalarının internet üzerinden takip edilmesi benzeri bir uygulama süreci daha hızlı ve şeffaf hale getirebilir.

3. “Ticari sır” gerekçesi ile enformasyon paylaşımına getirilen kısıtlamalar ile ilgili olarak: Kanımızca, ticari sır kavramının aynı zamanda bir de zaman boyutu bulunmaktadır. Bugün “ticari sır” olarak nitelendirilebilecek bir bilgi; bir süre sonra, söz konusu pazardaki rekabet açısından anlamlı veya hassas bir bilgi ve dolayısıyla ticari sır olmaktan çıkabilecektir. Özellikle pazar payı, ciro, satış miktarı gibi sadece güncel olmaları halinde ticari sır olarak değerlendirebilecek ve hızla değişebilen bilgilerin yıllarca gizlenmesi çok anlamlı görülmemektedir. Bu doğrultuda, Rekabet Kurulu kararlarında ticari sır olması nedeniyle gizlenen bazı bilgiler, ilgili kararın yayınlanmasından belirli bir süre sonra kamuoyunun bilgisine açılması şeklinde bir uygulamaya gidilmesinin yararlı olacağı düşünülmektedir. Böylelikle Rekabet Kurulu kararlarının içtihat oluşturma ve hukuka kaynaklık etme imkânı artacaktır.

Kararlarda ticari sır nedeniyle karartılan, özellikle pazar tanımları ve hâkim durum analizlerinde kullanılan, bazı verilerin en azından, Avrupa Komisyonu uygulamasında olduğu gibi, belirli aralıklarla (örneğin; pazar payı bilgilerinin +/- %5

aralığında verilmesi gibi) verilmesi, ya da karartılan bölümde ticari sırları ifşa etmemek kaydıyla bazı açıklayıcı bilgiler verilmesi gibi uygulamalar da Kurum'un şeffaflığını artıracaktır.

4. Paydaşlarla görüş alışverişinin artırılması ile ilgili olarak: Daha önce de belirtildiği gibi, yeni bir düzenleme yapıldığında RK paydaşlardan görüş almaktadır. Gelen görüşleri ne kadar dikkate aldığı ise tartışmalıdır. RK'nun özellikle 4054 sayılı Kanun kapsamında yürürlüğe konması planlanan ikincil mevzuata ilişkin kamuoyundan almış olduğu görüşleri, kamuoyu ile (internet ortamında) paylaşması durumunda süreç daha şeffaf cereyan edeceği için gelen görüşlerin daha fazla dikkate alınması sağlanabilir.

5. Sözlü savunmaların etkinliğinin artırılması ile ilgili olarak: Sözlü savunma toplantılarının daha etkin bir biçimde işlemesi maksadıyla toplantılarda, AB uygulamasındaki "Duruşma Memuru" ⁸⁸ benzeri, sözlü savunma sırasında tüm ilgili tarafların haklarını gözeterek, tarafsız bir "Sözlü Savunma Memuru" bulundurulması ve sözlü savunma toplantılarının sevk ve idaresinin bu Memur tarafından sağlanması uygulamasına geçilebilir.

Nihai incelemeye alınan birleşme ve devralma süreçlerinde sözlü savunma toplantıları, diğer soruşturmalarda yürütülen süreçten farklı olarak işlemesi gerekir. Zira birleşme ve devralma işlemleri, rekabet hukuku ihlallerinden farklı olarak, bir ihlal niteliğini taşımamaktadır. Bu sebeple, birleşme ve devralma işlemlerinin, iddia ve savunmanın olduğu bir sözlü savunma sürecinden ziyade, tarafların talep ve endişelerini açık bir ortamda birbirlerine aktarabilecekleri bir toplantı şeklinde tasarlanması, işin doğasına daha uygun olacaktır.

6. Cironun tespitinden kaynaklanan belirsizlikler ile ilgili olarak: Rekabet Kanunu kapsamında verilecek cezaların tespitindeki sorunların aşılması için ilgili teşebbüslerin hangi gelirlerinin dikkate alınacağı konusunun açıklığa kavuşturması uygulamanın şeffaflığına önemli katkı yapacaktır.

7. "İhlale son verme" kararlarının yarattığı belirsizlikler ile ilgili olarak: Rekabet Kurulu bir ihlal tespitini ancak yürüttüğü bir soruşturma neticesinde, gerekli araştırma, iddia ve savunma süreçleri tamamlandıktan sonra alabilmektedir. Bu süreçler işletilmeden teşebbüslere adeta bir ihlal tespit edilmiş izlenimini veren ve teşebbüse bazı yükümlülükler getiren bildirimler (görüşler) gönderilmesi hak kayıplarına yol açmaktadır. Rekabet Kurulu'nda rekabetçi endişe yaratan bir hususa ilişkin oluşturacağı görüşlerinin ilgili teşebbüslerle karşılıklı istişare ve uzlaşma benzeri bir diyalog süreci ile iletilmesi durumunda, hem kanun ile korunan hukuki menfaat korunacak, hem de teşebbüslere yargıya dahi taşıya-

88. Duruşma Memuru; AB Komisyonu tarafında yürütülen soruşturmalar kapsamında yapılan duruşmaların organizasyonu ve yürütülmesini sağlayan ve tarafların haklarının korunmasına ilişkin bir sorunun gündeme gelmesi durumunda müdahale ederek bu sorunu çözüme kavuşturma görevi bulunan tarafsız bir görevlidir. http://ec.europa.eu/competition/hearing_officers/index_en.html

mayacakları bir görüş ile ağır yükümlülükler getirilmesinin önüne geçilecektir.

8. Tekerrür uygulamasından kaynaklanan belirsizliklerin giderilmesi ile ilgili olarak: Cezaların daha tahmin edilebilir olması için, ödenecek ceza miktarını önemli ölçüde değiştiren “tekerrür” kavramından ne anlaşılması gerektiği açıkça belirtilmelidir.

Kaynakça

ASEAN. (2010). ASEAN Regional Guidelines on Competition Policy.

Aslan, Y. (2015). Rekabet Hukuku Dersleri. İstanbul: Seçkin Yayıncılık.

Bertolini, L. (2006, June). How to improve regulatory transparency: emerging lessons from an international assessment. Gridlines(Note no. 11).

Better Regulation Task Force. (2003). Principles of Good Regulation.

Buijze, A.W.G.J. (2013). The principle of transparency in EU law. Utrecht University Repository.

Çetin, T., Sobacı, Z., & Nargeleçekenler, M. (Yayınlanacak). Independence and accountability of independent regulatory agencies: the case of Turkey. European Journal of Law and Economics.

Deighton-Smith, R. (2004). Regulatory transparency in OECD countries: Overview, Trends and Challenges. Australian Journal of Public Administration, 63(1), 66–73.

Emek, U., Zenginobuz, Ü., & Acar, M. (2002). Bağımsız Düzenleyici Kurumlar Ve Türkiye Uygulaması. İstanbul: TÜSiAD.

Force, B. R. (2003). Principles of Good Regulation. Lonon.

Gündüz, H. (2012). Fines in Turkish Competition Law: Has the Lottery Ended? Rekabet dergisi, 13(4), 45-96.

ICN. (2013). ICN Agency Effectiveness Project on investigative Process: Competition Agency Transparency Practices.

ICN Agency Effectiveness Working Group. (2014). ICN Roundtable on Competition Agency Investigative Process: Rondtable Report. ICN.

Levi-Faur, D. (2011). Odyssey of the Regulatory State: Episode One: The Rescue of the Welfare State. Jerusalem Papers in Regulation & Governance, No.3.

Majone, G. (1994). The rise of the regulatory state in Europe. West European Politics, 17(3), 77-101.

Majone, G. (1997). From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance. Journal of Public Policy, 17(2), 139-167.

OECD. (2002). Regulatory Policies in OECD Countries: From Interventionism to Regu-

latory Governance.

OECD Competition Committee. (2012). Procedural fairness and transparency. OECD.

Parker, D., & Kirkpatrick, C. (2012). The economic impact of regulatory policy: A literature review of quantitative evidence. OECD.

Sosay, G. (2009, September). Delegation and Accountability: Independent Regulatory Agencies in Turkey. *Turkish Studies*, 10(3), 341-363.

Tomic, S., Taseva, S., Popovic, I., Jovancic, A., & Vojinovic, Z. (2015). Agency Transparency and Accountability: Comparative Analysis of Five Regulated Sectors in Serbia and Macedonia.

Yeşilova, B. (2009). Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği. *TBB Dergisi*(86), 47-101.

Zenginobuz, Ü. (2008). On Regulatory Agencies in Turkey and Their Independence. *Turkish Studies*, 9(3), 475-505.

HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ, REGÜLASYON VE BAĞIMSIZLIK:

Elektrik ve Elektronik Haberleşme Sektörleri Araştırması

Prof. Dr. Fuat Oğuz

(Gamze Kargın Akkoç ve Bora Altay ile birlikte)

İÇİNDEKİLER

HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ, REGÜLASYON VE BAĞIMSIZLIK: Elektrik ve Elektronik Haberleşme Sektörleri Araştırması

Yönetici Özeti	74
GİRİŞ	77

1. KISIM

HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ VE REGÜLASYON	79
1.1. Hukukun Üstünlüğü Nedir?	79
1.2. Hukukun Üstünlüğü Niçin Önemli Hale Geldi?	81
1.3. Düzenleyici Kurumun Bağımsızlığı ve Hukukun Üstünlüğü	83
1.4. Bazı Temel Kriterler	84
1.5. Bağımsızlığı Ölçen Çalışmalar	85
1.6. Bağımsızlık ve Rekabetçi Piyasa İlişkisi	89
1.7. Uluslararası İndekslerde Türkiye’de Regülasyonun Yeri	90
1.8. Regülasyon Süreçlerinde Düzenleyici Taahhüt Sorunu	91
1.9. Rekabet Otoritesi ve Sektör Spesifik Düzenleyici Kurumlar İlişkisi	91

2. KISIM

ELEKTRİK PİYASALARI

94

2.1. Tarihsel Arka Plan	94
2.2. EPDK ve Kurumsal Sorunları	101
2.3. Yabancı Yatırımlar ve Hukukun Üstünlüğü	103
2.4. Siyasi Bir Mal Olarak Elektrik	104
2.5. Elektrikte Düzenleyici Taahhüt Sorunu	105
2.6. Üretim ve YEKDEM Sorunu	109
2.7. Dağıtım ve Tarifeler	110
2.8. Elektrik Bir Kamu Hizmeti midir? İktisadi Değerlendirme	112
2.9. Elektrik Reformunun Başarısı ve Bağımsızlık	113
2.10. RK ve EPDK ilişkisi ve Hukukun Üstünlüğü	115
2.11. Yargısal Denetim, Bağımsızlık ve Hukukun Üstünlüğü	117
2.12. Kaçak Elektrik Kullanımı, Hukukun Üstünlüğü ve EPDK'nın Bağımsızlığı	118

3. KISIM

ELEKTRONİK HABERLEŞME PİYASALARI

122

3.1. Tarihsel Arka Plan	122
3.2. BTK'nın Yapısı ve Bağımsızlığı	126
3.3. Kamu Sahipliği ve Elektronik Haberleşme Sektörü	129
3.4. Bir Rekabet Engeli olarak Regülasyon	130
3.5. Teknoloji, Rekabet ve Hukukun Üstünlüğü: Sabit-Mobil İkamesi	131
3.7. Rekabet Kurumu ve BTK İlişkisi Üzerine	138
3.8. Yargı Bağımsızlığı, Hukukun Üstünlüğü ve Elektronik Haberleşme Sektörü	139
3.9. Dikey Bütünleşme ve Rekabet	141

4. KISIM

SONUÇ VE ÖNERİLER

144

4.1 Hukukun Üstünlüğü ve Regülasyon: Temel Kriterlerin Değerlendirilmesi	145
4.2 Öneriler	147
Kaynakça	149

Yönetici Özeti

Bu çalışmanın amacı, Türkiye’de elektrik ve elektronik haberleşme sektörlerinde regülasyonlar, hukukun üstünlüğü ve bağımsızlık arasındaki ilişkileri teorik bir çerçeve içerisinde ele almaktır.

17. Yüzyılın sonlarından itibaren hukukun üstünlüğü devletlerin gelişmesi açısından önemli bir unsuru oluşturmaya başlamıştır. Bazı devletler hukukun üstünlüğünü sağlayan kurumları iyi bir şekilde kendi ülkelerine transfer edebilirken, bazıları bu kurumları başarısız şekilde aktarmışlardır. **Başarısızlığın temel bir çıktısı olarak, rantların ortaya çıktığı ve belirli gruplara politik çıkarlar ve fayda sağlayan kurumlar çıkmıştır.** Bu tip başarısızlıkların ortadan kaldırılmasında hukukun üstünlüğü önemli bir hale gelmiştir.

Hukukun üstünlüğünün yerleşmesi üzerinde, yasama ve yürütmeye rekabetin varlığı belirleyici olabilmektedir. Koalisyon hükümetlerinin olduğu dönem ve yerlerde, düzenleyici kurumlar daha bağımsız olabilmektedirler. Güçlü tek parti iktidarları dönemlerinde ise düzenleyici süreçlerdeki bağımsızlık azalmaktadır.

Regülasyonlara düzenleyici taahhüt çerçevesinde bakan yaklaşım, hukukun üstünlüğünü ön plana çıkarmaktadır. Buna karşın, alternatif regülasyon teorileri regülasyonları bir servet transferi aracı olarak görmekte ve servetin bölüşümüne yoğunlaşmaktadır. Bir diğer yaklaşıma göre ise, etkin regülasyon düzeyi fiyat ve maliyet modellemeleri ile kaynakların etkin dağılımına yoğunlaşmaktadır. Son iki yaklaşım, hukukun üstünlüğünün yerleştiği ve kurumların ikincil hale geldiği ekonomilerde açıklayıcılığa sahip olurken, Türkiye gibi ülkelerde, regülatif süreçlerin anlaşılmasında yetersiz kalmaktadır.

Regülasyon, rekabet yerleşene kadar geçici olarak kullanılan bir araç olarak ortaya çıkmıştır. Ancak, bürokratik atalet, regülasyonun hâkim yönetim biçimine dönüşmesine neden olmuştur. Bu süreçte, regülasyon kurumları, idari süreçlerin bir parçası haline gelmiştir.

Hukukun üstünlüğü kavramını regülatif süreç ile birlikte ele aldığımızda, kavramın henüz tam olarak oluşmadığı gelişmekte olan ülkelere, hukukun üstünlüğünü benimsemiş gelişmiş ülkelere regülasyonların nakil edilmesi, bu kurumların işleyişinde bazı kurumsal eksikliklerin doğmasına neden olduğu görülmektedir. Bu çerçevede rekabet, düzenleyici otorite, regülatif süreç ve yasal/fiili bağımsızlığın bir bütün olarak kabul edilmesi hukukun üstünlüğünün varlığını görebilmek açısından önem arz etmektedir.

1980’li yıllardan sonra başlayan serbestleşme ve beraberinde çıkarılan kanun ve reformlar yeni kurumları beraberinde getirmiştir. Bu kurumların önemli bir kısmı düzen-

leyici otoritelerdir. Bu sürecin etkilediği önemli piyasalardan bir tanesi de elektrik piyasası olmuştur.

Türkiye’de elektrik piyasasındaki serbestleşme 2001 yılında çıkarılan Elektrik Piyasası Kanunu ile hızlanmıştır. Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK) adı altında bir düzenleyici kurum kurulmuştur. EPDK piyasada hukukun üstünlüğünün oluşması açısından büyük öneme sahiptir.

Bu çalışma serbestleşme hareketleri ile ortaya çıkan düzenleyici kurumlar ile hukukun üstünlüğü arasındaki ilişkiyi ele almaktadır. Başka bir deyişle, serbestleşme süreci ve reformların etkisi ile ortaya çıkan düzenleyici kurumların politik etkilerden ne kadar uzak olabildiği, rekabeti ne ölçüde sağlayabildiği ve kararları hangi dinamiklere göre verdiği gibi temel hedeflerini ne ölçüde başarılı bir şekilde sağlayabildiğini bir çerçeve halinde sunmaktadır.

Çalışma, bağımsızlık ile birlikte EPDK üzerinden hukukun üstünlüğünü de bazı temel kriterlere göre değerlendirmiştir. Bu kriterler raporda 11 başlık altında açıklanmıştır. Bağımsızlığın ölçülmesinin yanı sıra, piyasada hukukun üstünlüğünün ne derecede etkili olduğu tespit edilmiştir.

Sonuç olarak, çalışmada EPDK üzerinden kurumun bağımsızlığı ve serbestleşme sürecindeki reformların ne kadar hukukun üstünlüğüne hizmet ettiği tartışılmaktadır. Her ne kadar üretimde yabancı sermaye yatırımı olsa da dağıtımda mevcut değildir. Piyasadaki yerli yatırımcının sayısının artması piyasadaki mevcut oyunculara ve düzenleyici kuruma politik müdahaleyi açık olarak tutmaktadır.

Ayrıca, uzlaşma gereken konularda ve rekabetin sürdürülebilmesi için Rekabet Kurumu ve diğer karar verici kurumlar ile EPDK arasındaki yetki karmaşası sektörde belirsizliklere yol açmaktadır. Düzenleyici kurumlar üzerindeki politik baskı ve yeteri kadar yabancı yatırım olmaması hukukun üstünlüğünün yerleşmesini zorlaştırmaktadır.

Çalışma ilk olarak EPDK’nın kendi gücünü sınırlayıcı kararlar almasını önermektedir. Elektrik piyasasında hukukun üstünlüğünü ön plana alarak yeni bir sistem tasarlanmalıdır. Çünkü hukukun üstünlüğü piyasadaki yabancı yatırımların artmasına sebep olurken, aynı zamanda sermaye eksikliği ve yatırımların azalması nedeniyle elektrik piyasasında yeniden kamu sahipliğinin ortaya çıkmasının önlenmesi açısından da önemli bir unsurdur.

Raporun üçüncü bölümünde serbestleşme, BTK ve hukukun üstünlüğü arasındaki ilişki ele alınmaktadır. Hukukun üstünlüğü ilkesi temelinde sektördeki rekabet yapısı, BTK’nın yapısı ve düzenlemeler değerlendirilmiştir. Elektronik haberleşme sektöründe liberalleşme ve özelleştirme süreçleri ile birlikte düzenlemelerin de amaçlarının iyi tanımlanması hedeflenmiştir.

Sektörün serbestleşmesinin önündeki en temel sorunlardan birisi, yüksek kamu paylarıdır. Gerek Türk Telekom, gerekse Turkcell’in kamu müdahalelerine açık olması, rekabetçi kararları alabilmelerini güçleştirmektedir.

Elektronik haberleşme sektöründe serbestleşmenin istenilen hızda gerçekleşemesinin temel nedenlerinden birisi, sektörün gelişmesi için tercih edilen yatırım merdiveni modelidir. Elektronik haberleşme sektörünün dinamik yapısının, regülasyonun maliyetinin durağan bir sektöre kıyasla daha yüksek olduğu görülmektedir. Rekabetçi kalabilmek için sürekli yatırım yapma zorunluluğunda olan firmalar, değişik nedenlerle yatırımdan kaçınmaktadır. Bununla beraber dikey ayrıştırmanın varlığı rekabeti teşvik etmek yerine, altyapının “ortak mal” a dönüşmesine neden olmuştur.

Sektör açısından bir diğer önemli konu ise sabit-mobil ikamesidir. Regülasyon otoritesinin yeni piyasa durumuna uyum sağlamaması ve düzenlemeleri sabit ve mobil piyasaları ayrı düşünerek yapması, piyasada etkinliğin sağlanması önünde önemli bir engel oluşturmaktadır. Oysaki, elektronik haberleşme sektöründe rekabeti ve hukukun üstünlüğünü sağlayacak en önemli gelişme teknolojik alandan gelmektedir.

RK ve BTK ilişkisi, sektörde rekabetin yerleşmesi ve hukukun üstünlüğünün sağlanması açısından önemlidir. Hukukun üstünlüğünün temel ilkeleri düşünüldüğünde, sektörde RK ve BTK'nın benzer sorunlar karşısında benzer şekilde karar almaları beklenmelidir.

Bu bulgular doğrultusunda, sektördeki düzenlemelerin etkinliği için öncelikle sektörün rekabet yapısının teknoloji ile birlikte hızlı bir şekilde değiştiği göz ardı edilmemelidir. Bağımsızlık ve hukukun üstünlüğü açısından RK ve BTK arasındaki yetki çatışmalarını giderecek önlemler alınması üzerinde durulması gereken önemli bir noktadır.

GİRİŞ

Türkiye altyapı endüstrilerinde son 15 yıldır önemli bir dönüşüm yaşanmaktadır. 1990'larda başlayan bu piyasaların dönüşümü, kamu sahipliğinden özel sektörün ağırlığının gittikçe arttığı ve rekabetçi ilkeler çerçevesinde gelişen bir piyasa yapısına doğru devam etmektedir. Tüm politik süreçlerde olduğu gibi, bu sürecin farklı gruplar arasında bir dengeyi oluşturacak şekilde geliştiğini söylemek mümkündür.

Türkiye'deki regülasyon reformu, bir taraftan daha rekabetçi bir piyasa yapısının oluşmasını sağlamayı hedeflerken, diğer taraftan, regülasyon iktisadının en çok tartışılan konularından kamu tercihi ve rant-arama kavramlarının gittikçe önemini kaybettiği bir yapıya doğru evrilmektedir. Bu evrim sürecinde, her ne kadar istenen düzeyde bir gelişme gösterilmemiş olsa da, elektrik piyasalarının 20 yıl öncesine göre çok daha serbest bir piyasa yapısına sahip olduğu yadsınamaz.

Türkiye'de elektrik ve elektronik haberleşme piyasalarındaki regülatif gelişmeler, dünyadan bağımsız gerçekleşmemektedir. 1980'lerde tamamen deregülasyon ve serbestleşme hedefiyle başlayan Latin Amerika ve İngiltere uygulamaları, artık, elektriğin salt ekonomik bir mal olamayacağı gerçeğinin kabulüyle birlikte regülasyona tâbi olarak devam edecek piyasalar şeklinde olgunlaşmaktadır.

Dünyada Şili ile başlayan elektrik ve telekomünikasyon piyasalarında regülasyon reformu süreçlerinde hukukun üstünlüğünün sağlanması, bu sektörlerin rekabetçi ve etkin bir yapıya geçmesinde, spesifik olarak hangi yöntemle reformun yapıldığından daha önemlidir. Bu çalışmada ele alındığı üzere, hukukun üstünlüğü, sektörün gelişiminde optimal tarife yapısının belirlenmesi ya da, etkin fiyatların bulunmasından daha fazla belirleyici olmaktadır. Regülasyon sürecinin, siyasi faktörlerden ziyade, iktisadi etkinlik ve verimlilik ilkeleri çerçevesinde şekillenmesinin sağlanabilmesi, piyasadaki oyuncuların ziyade, oyunun kurallarının ön plana çıkması ile mümkündür.

Altyapı piyasalarındaki serbestleşmenin temel amacı, etkinliği artırarak maliyetleri düşürmektir. Böylece, tüketiciler için daha ucuz ve daha kaliteli hizmet sunulmuş olacaktır. Örneğin, Türkiye'de, elektrik piyasalarında ekonomik gerekçelerle uygulamaya konulan regülasyonun başarısının nihai ölçütü, elektriğin kaliteli, sürekli ve düşük fiyatlarla sunulmasıdır. Regülasyon bir süreç olarak düşünüldüğünde, regülasyonun, zaman içerisinde, fiyatlarda aşağıya doğru bir eğilim oluşturması beklenmektedir. Ancak, bu eğilimin gerçekleşmemesi, iktisadi ve siyasi faktörlerin piyasadaki göreceli yeri hakkında da ipuçları vermektedir.

Fiyatlarla beraber, elektrikte, kayıp kaçak oranını azaltmak ve fiyatların sadece üretim maliyetlerini yansıtmalarını sağlamak da altyapı endüstrilerinde hukukun üstünlüğünün sağlanması açısından önemlidir. Kayıp kaçak oranı, bu raporda ayrıntılı şekilde ele

alınmaktadır. Bunun nedeni, teknik kayıpların ötesinde, kaçak kullanımın toplumda iktisadi değil, değer yargılarından hareketle değerlendirilmesinin yaygınlığıdır. Hukukun üstünlüğü, kaçak kullanımın, ekonomik olarak etkin düzeylere indirilmesi ile doğrudan ilişkilidir. Bireylerin, faaliyetlerinin sonuçlarına kendilerinin katlanması, piyasanın siyasi özelliklerinin gittikçe geri plana çekilmesi ve ekonomik boyutlarının ön plana çıkması açısından da önem taşımaktadır.

Şebeke endüstrilerinde, daha rekabetçi bir kurumsal çerçeveye doğru dönüşüm, yasal yapının ekonomik gerçeklik ile uyumlu olabilmesi ile mümkün olacaktır. Bunun örnekleri, sektörde yaygın şekilde görülebilmektedir. Sadece bir örnek vermek gerekirse, 'abone' kavramı yerine 'müşteri' kavramının kullanılmaya başlanması, tüketici temelli bir evrime işaret etmektedir.

1. KISIM

HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ VE REGÜLASYON

Bu çalışma, ülkemizde iktisadi kurumların ve kuralların, hukuki çerçeveye nasıl ilişkili olduğunu elektrik piyasası ve elektronik haberleşme piyasaları bağlamında ele almaktadır. İlk başta, hukuk ve iktisat arasındaki ilişki zayıf gibi görünmektedir. Bunun temel sebebi, iktisadi analizin, hukuku veri kabul etmesinden kaynaklanmaktadır. Bir piyasada alıcı ve satıcılar arasındaki ilişkileri, iktisadi ilkeler çerçevesinde inceleyebilmek için, herhangi bir hukuki muğlaklığın olmadığını, mülkiyet haklarının tam olarak tanımlandığını, sözleşmelere uyulduğu kabul edilir. Daha da önemlisi, iktisadi analizin sonuçlarının anlam taşıyabilmesi için, hukuk kurallarının analizin yapıldığı dönemde değişmemesi de gereklidir. Bu teorik gereklilikler, zaman içerisinde uygulamada gerçeklik gibi kabul edilmeye başlanmıştır.

Hukuki kuralların yerleşikliğinin en temel göstergesi, hukukun üstünlüğü kavramıdır. Hukukun üstünlüğünün yerleşik olduğu toplumlarda, iktisadi değişkenler ve analizler daha gerçekçi olmakta ve daha fazla önem taşımaktadır. Aksine, eğer hukukun üstünlüğüne ilişkin toplumda soru işaretleri varsa ve kurumsal çerçeve keyfi davranışları teşvik ediyorsa, bu durumda, iktisadi değişkenler ve sonuçları dikkatli bir şekilde değerlendirilmelidir.

1.1. Hukukun Üstünlüğü Nedir?

Regüle edilen piyasalar ile hukukun üstünlüğü arasındaki ilişki ilk başta zayıfmış gibi görülebilmektedir. Örneğin, elektrik piyasalarında, düzenleyici otoritenin varlık sebebi, oyunun kurallarının doğru şekilde uygulanmasını sağlamak ve tekelci eğilimleri kontrol altında tutmaktır. Hukukun üstünlüğü bu sektörde, regülasyon kurumu ile regüle edilen firmalar ve tüketiciler arasındaki ilişkinin kurumsal çerçevesinin belirlenmesi açısından önem taşımaktadır.

Hukukun üstünlüğü, tanımlanması güç, soyut ve ideolojik bir kavram olarak görülebilmektedir. Hatta, bu konuda çalışan akademisyenler bile, kavramın gereğinden fazla ön plana çıkarıldığını ifade edebilmektedir. Örneğin Judith Shklar, kavramın aşırı ve ideolojik kullanımdan dolayı anlamsız hale geldiğini ve hâkim gruplara hizmet ettiğini söylemektedir. (Shklar, 1987) Ancak, aşağıda ele alındığı gibi, kavram çok soyut değildir. Tanımlanmasının güçlüğü asgari ilkelerin kabullenilmesindeki güçlükten kaynaklanmaktadır.

İngilizce 'rule of law' kavramı Türkçede 'hukukun üstünlüğü' ya da 'hukuk devleti' olarak çevrilmekte ve kabul görmektedir. Ama Aristoteles'in kullanımına bakacak

olursak, esas olan insanın yönetiminden ziyade kuralların yönetimidir. Bir anlamda, 'kral kuraldır' ilkesinin yerini 'kural kraldır' almaktadır. Kural temelli yönetim, bireylerin kişiliklerinden bağımsız olarak bir toplum düzeninin ortaya çıkmasında belirleyici olmaktadır.

Kavramın tanımında en yaygın kullanılan kaynak İngiliz hukukçu Albert Dicey'dir. (Bingham, 2011) Dicey'e göre hukukun üstünlüğünün üç anlamı vardır:

İlk olarak, insanlar açıkça tanımlanmamış ve genel mahkemeler tarafından kabul edilmeyen suçlamalar için cezalandırılmazlar. Mahkemelerin özel mahkemeler olmaması, herkesi yargılayan genel mahkemeler olması hukukun üstünlüğü ilkesinin en önemli unsurlarından birisidir. Mahkemeler farklılaştıkça, benzer suçlara verilen cezalar da farklılaşmakta, bireylerin kim oldukları daha fazla ön plana çıkmaktadır. İkinci olarak, hiç kimse genel mahkemelerin üstünde olmamalıdır ve herkes genel mahkemelerde yargılanabilmelidir. Üçüncü olarak, hukuk, içtihatlar yoluyla gelişmelidir. Bir kişi ya da grubun toplum için yaptığı ayrıntılı düzenlemeler ve kanunlar yerine, toplumun zaman içerisinde örf, adet ve normlar çerçevesinde geliştirdiği kurallar belirleyici olmalıdır.

Hukukun üstünlüğü daha genel bir çerçevede düşünüldüğünde, Dicey'in tanımına dinamik bir karakter eklemek doğru olacaktır. Hukukun üstünlüğü, zaman içerisinde varlığını sürdürebilmelidir. Devlet, bugünün kararlarını yarın da uygulamalıdır. Karar veren ve uygulayanlar değiştikçe kararlar değişmemelidir. Hukuk kurallarının evrimi, bu şekilde, ekonomik hayattaki dönüşüm ile uyumlu kalabilecektir. Aksi takdirde, hukukun, ekonomik ve toplumsal hayat ile olan bağı gittikçe zayıflayacaktır. Bu bağı zayıflaması ise, ekonomik faaliyette, hukuk-dışı uygulamaların daha büyük oranda yer almasına neden olmaktadır.

Bu özellikler içinde bir ülkede hukukun üstünlüğünün bir kurum olarak yerleşmesinde en temel ilke, içtihatların oluşmasıdır. Her ne kadar özellikler arasında bir ayırım yapmak her zaman bir eksiklik içerse de, içtihatların oluşması ve zaman içinde tutarlı olması, insanların kurallar karşısında belirsizliklerini azaltmakta ve toplumda 'insanın üstünlüğünden', 'kuralların üstünlüğüne' geçişte temel bir rol oynamaktadır.

Hukukun üstünlüğüne ilişkin temel bir yanlış, ilkenin yerleşmesi için, insanların bu ilkeye ideal bir norm olarak inanmaları gerektiğidir. Bu anlayış, bireysel tercihler ile toplumsal tercihlerin birbiriyle uyumlu olması gerektiği varsayımından hareket etmektedir. Hâlbuki bu bir yanılsamadır. Hukukun üstünlüğünün ortaya çıkması bireylerin bir araya gelerek hukukun üstünlüğünün sağlandığı bir toplumda yaşama istekleri üzerine bir sosyal sözleşme imzalamaları ile olmamaktadır. Hukukun üstünlüğünün yerleşmesi, ancak toplumda belirli bir çoğunluğun kendi çıkarlarını hukukun üstünlüğü yoluyla koruyabileceklerine inanması ile mümkündür.

Hukukun üstünlüğünün çıkar çatışmasından ortaya çıkması, rekabet ile olan organik bağı ile de açıklanabilir. Herhangi bir grubun toplumda aşırı güce sahip olması, top-

lumdaki servetin rant transferleri ile israf edilmesine neden olmaktadır. Bu nedenle, hukukun üstünlüğünün yerleşmesi, ekonominin rant ekonomisinden, üretim ekonomisine geçebilmesi için de temel bir şarttır.

İlk defa Magna Carta ile başlayan hukukun üstünlüğünün siyasi olarak yerleşik hale gelmesi konusu, İngiltere’de ‘Muhteşem Devrim’ ile yeni bir şekil almaya başlamıştır. Bu dönemde toplumdaki çıkar grupları, kendi menfaatlerini en iyi hukukun üstünlüğü altında koruyabileceklerine inandıklarında, kurallar Kral ve Parlamenterler arasındaki ilişkileri belirlemeye başlamıştır. Bu anlayış, ‘hukukun üstünlüğüne, ancak iyi idareci-ler sayesinde ulaşılabilir’ düşüncesinin uygulamada karşılığının olmadığını da gösteren bir örnek olmuştur.

Uygulamada, bireylerin herhangi bir kurala uyması, o kuralın doğru olduğuna inanmaları ile değil, kendi çıkarlarını o kuralın koruduğuna inanmaları ile ortaya çıkmaktadır. Örneğin, insanlar kırmızı ışıkta durmayı önce, kendilerinin zarar görmemesi için isterler. O nedenle, zarar görme olasılıklarının (trafik cezası veya kaza yapma olarak) çok düşük olduğu ortamlarda ortalama davranış kurala uymama yönünde olmaktadır. Kırmızı ışıkta geçen kimse, kendisine sorulduğunda her seferinde kırmızı ışıkta durmanın doğru davranış olduğunu kabul edebilmektedir. Ancak, bu ifade, gerçekte bireyin davranışını yansıtmayabilir.

Kısaca, hukukun üstünlüğü toplumdaki gruplar arasındaki güç çatışmasının istem-dışı bir sonucu olarak ortaya çıktığında uzun dönemde varlığını sürdürebilmektedir. Bireylerin bir ideal olarak hukukun üstünlüğüne inanmasını ön şart olarak ortaya koymak yeterli değildir.

1.2. Hukukun Üstünlüğü Niçin Önemli Hale Geldi?

Kavram olarak kökenleri Magna Carta’ya kadar giden hukukun üstünlüğü bir kurum olarak yaklaşık son otuz yıldır gündemdedir. 20. Yüzyılın ortalarından itibaren gelişmekte olan ülkelerin gelişmiş ülkeler düzeyine çıkabilmesine dönük politikalar, az gelişmiş ülkelerin doğru maliye, para ve gelir dağılımı politikaları uygulamalarına bağlanırdı. Bu çerçevede, ekonomik büyümenin neye bağlı olduğu tartışmaları genellikle doğru politikaların seçilmesi üzerinde odaklanmaktaydı. Aktif bir kamu politikası büyüme için gerekli görülmekteydi. Bir anlamda, büyüme, piyasanın rekabetçi yapısına değil, toplumda bir sınıf ya da grubun toplumun geneli için doğru olan tercihleri yapmasına bağlanırdı.

Eğer, az gelişmiş bir ülke, bütçesini denk tutar, döviz kurunu kontrol eder ve enflasyon politikaları başarılı ise doğru yolda kabul edilirdi. Ancak, bunların gelişmiş bir ülke seviyesine çıkmak için yeterli olmadığı anlaşıldı. 1990ların sonlarındaki Asya kriziyle görülen bu eksiklik, bir ülkenin gelişmesi için politikaların doğru olmasının ötesinde kurumsal değişimin de olması gerektiğini gösterdi.

Gelişmenin yolunun hukukun üstünlüğünden geçtiği inancı, böyle bir ortamda yaygınlaştı. Başta ABD Baro Birliği ve Dünya Bankası olmak üzere pek çok kurum, gelişmekte olan ülkelere dönük 'hukukun üstünlüğü programları' uygulamaya başladı. Batılı hukukçular, gelişmekte olan ve az gelişmiş ülkelere giderek, hukukun üstünlüğünün nasıl yerleşeceğini anlatıyorlardı. Doğru yöntem, hukukun üstünlüğünün nakledilmesi idi. Burada, aynı organ nakillerinde olduğu gibi, hukuk sistemine yapılacak dışsal bir müdahalenin sistemi kurtaracağı düşünülüyordu. Son yirmi yılda hemen her gelişmekte olan ülke birinci önceliğinin hukukun üstünlüğünü sağlamak olduğunu ifade ediyordu. Türkiye'de de benzer bir söylem aynı dönemde ön plana çıkmaya başladı. Maliye ve para politikaları başarısız olunca, hukukun üstünlüğünden, ilerlemenin vazgeçilmez şartı olarak daha fazla bahsedilmeye başlandı.

Ancak, ilk başta, hukukun üstünlüğü, Dicey'in ilkelerinin pratiğe uygulanması şeklinde anlaşılmadı. Az gelişmiş ülkelerin sorunlarının temelde yönetim (governance) sorunları olduğu benimsenmeye başlamıştı. Aktif politikaların başarısızlığı, yönetimin yetersizliği ile ilişkili görülmeye başladı. Özellikle, Sovyetler Birliği'nin dağılması sonrasında yaygınlaşan bu anlayış, siyasi sorumluluk, şeffaf bürokrasi ve hukukun üstünlüğünü temel almaktaydı.

1990larda başlayan özelleştirme ve regülasyon reformları, Türkiye gibi ülkelerde piyasa reformları olarak uygulandı. Bu reformların temel amaçlarından birisi, hukukun üstünlüğüne geçişi kolaylaştırmasıydı. Ancak, bu reformlar pek çok gelişmekte olan ülkede başarılı olamadı. Türkiye'de düzenleyici kurumlar, regülasyon reformunun bir parçası olarak ortaya çıktı. Ancak, bu kurumların şu anda istenilen noktaya geldiğini söylemek güçtür. Özellikle enerji ve telekomünikasyon gibi sektörlerde, rekabet yerini gittikçe daha fazla devlet kontrolüne bırakmaya başlamıştır. İlk başta, serbestleşmenin sorunları çözeceğine olan inancın teorik olarak da kabul görmesiyle başlayan süreç, serbestleşmeyi gerçekleştirme gücüne sahip olan devletin, bu süreçten vazgeçme gücüne de sahip olduğunu göz ardı etmiştir. Bir anlamda, mevcut ekonomik regülasyon teorilerinin de etkisiyle, oyunun kurallarından ziyade oyuncuların davranışlarına yoğunlaşmıştır.

Hukukun üstünlüğü açısından bakıldığında, regülasyon reformlarının temel problemi, gelişmekte olan ülkelerin sorunlarının çok fazla devlet müdahalesi olduğu varsayımından hareket etmeleridir. Eğer devlet müdahaleleri azaltılırsa, toplumda rantların da azalacağı varsayılmaktadır. Hukukun üstünlüğü ile liberalleşme arasındaki bağın organik olduğu şeklindeki yanlış inanç devlet sahipliğinden regülasyona geçişi kapitalizm ile sosyalizm arasındaki tartışmalar çerçevesinde ele almaktaydı. Hâlbuki regülatif süreçlerin anlaşılabilirliği, oyunun kuralları ile oyuncu davranışlarının net bir şekilde ayrıştırılabilirliği ile doğrudan ilişkilidir.

Bir toplumda, rantların varlığı, toplumda bir düzenin varlığıyla doğrudan ilişkilidir. 2000'lerin ortalarından itibaren bu anlayış da yetersiz kalmaya başlamıştır. Zira, vücut, yeni nakledilen organı bir türlü kabul etmiyordu. Az sayıdaki gelişmekte olan

ülke, yeni duruma daha kolay adapte olurken (örn. Polonya), diğer pek çok ülke bir türlü yeni kurumları benimseyemiyordu. Rantlar azalmadığı gibi, reformlar toplumsal şiddeti azaltmak yerine sadece toplumdaki kesimler arasında rantları yeniden dağıtıyordu.

Gerek doğu Avrupa, gerekse Afrika ve diğer kıtalardaki gelişmekte olan ülkelerde, hukukun üstünlüğü yerleşmemiştir. Hukukun üstünlüğünün yerleşmemesi, toplumda düzenin olmadığı anlamına gelmemektedir. Ancak, toplum düzeni rantların zaman içerisinde azaldığı bir yapıya sahip olamamaktadır.

Kurumları bir organ gibi vücuda nakletmenin de yeterli olmadığını görülmesi, sorunun başka yerde olabileceğini düşündürmeye başlamıştır. Bu noktada, daha basit ve insan doğasına daha uygun açıklamaların gündeme gelmesi kaçınılmaz hale gelmiştir.

Niçin hukukun üstünlüğü transfer edilemiyor sorusunun cevabı, Türkiye'deki son dönemdeki değişimi teorik olarak anlamlandırabilmek açısından da önemlidir. Hukukun üstünlüğüne geçilmeyişin nedenleri, insan hataları ya da eksikliklerine dayandırıldığı sürece anlaşılması mümkün olmayacaktır. 'İyi yöneticilerimiz olsa...' ya da 'insanlarımız dürüst olsa...' şeklinde başlayan açıklamalar, 'niçin buradayız'a dair bir açıklama ortaya koymadığı gibi, 'buradan nasıl çıkarız'a ilişkin de herhangi somut bir önermede bulunmamaktadır.

1.3. Düzenleyici Kurumun Bağımsızlığı ve Hukukun Üstünlüğü

1990'larda Dünya Bankası ve IMF'nin öncülüğünde hızlanan regülasyon reformlarının ana unsurlarından birisi, altyapı endüstrilerinde siyasetin etkisinin azaltılması idi. Siyasetin, özellikle doğal tekel özelliği taşıyan sektörlerde ağırlığının azaltılabilmesinin yolu, rekabetçi bir yapı oluşana kadar, bu sektörlerin, sektör-spesifik regülasyon kurumları tarafından düzenlenmesi, denetlenmesi ve yönlendirilmesi olmuştur. Türkiye'de de bu yönde yapılanmaya gidilmiş ve düzenleyici kurumlar, 1990'ların sonunda ve 2000'li yılların başlarında kurulmuştur.

Regülasyon reformları ile gelen bağımsız regülasyon kurumlarının kurulmasından beklenen üç temel amaç vardır. İlk olarak, sektöre girecek olan yatırımcıların hükümetlerin sektörün etkinliği ile uyumlu olmayan siyasi kararlarından korunması hedeflenmiştir.

İkinci olarak, bu sektörlerdeki doğal tekellerin kontrolü hedeflenmiştir. Böylece, doğal tekel olan firmalar tarafından, yüksek fiyatlar uygulanması ve sunulan hizmetin hem miktarı hem de kalitesinin düşmesinin önlenmesi hedeflenmiştir.

Üçüncü olarak, düzenleyici kurumların ekonomik etkinliği daha fazla ön plana çıkaracakları kabul edilmiştir. Bu kurumların teknik yetkinlikleri arttıkça ve siyasetten uzaklaştıkça, ekonomik etkinliği ve kamu yararını güdecekleri düşünülmektedir. Bir regülasyon otoritesinin, gelirlerinin ve personel politikalarının siyasetten bağımsızlığı etkin regülasyon için gerekli görülmektedir.

1.4. Bazı Temel Kriterler

Peki regülasyon süreçlerinde hukukun üstünlüğünün varlığını nasıl anlayacağız? Her ne kadar literatürde bu konuda yerleşmiş bir görüş olmasa da, bir kaç kriter ön plana çıkmaktadır. Bunlar aşağıdaki gibi sıralanabilir. (Cochrane, 2015)

1. Regülasyon otoritesi kendisini kurallara bağlıyor mu? Ya da, ihtiyari politika belirleme daha mı ağırlıklı?

Düzenleyici otorite, kendisini belirli kurallara bağlama eğiliminde mi, yoksa karar verme gücünü hemen her alanda elinde tutmak istiyor mu? Regülasyonların belirli kurallara bağlanması hukukun üstünlüğü açısından en temel ilkeyi oluşturmaktadır. Düzenlemelerin çok sayıda, karmaşık ve birbiriyle çelişen bir yapıda olması, düzenleyici otoritelerin ihtiyari davranış biçimini tercih etmelerini de kolaylaştırmaktadır.

2. Basit ve açık kurallar mı, yoksa muğlak ve karmaşık kurallar mı regülasyonları oluşturuyor?

Düzenlemelerin açık ve basit olması, toplumun, regülasyonların amaçlarını anlamasını kolaylaştırır. Bununla birlikte, muğlak regülasyonlar, ikincil düzenlemeler uygulamaların gücünü artırmakta ve hukukun üstünlüğünü zayıflatmaktadır.

3. Bilinebilir kurallar ya da ardıl uygulama mı tercih ediliyor?

Düzenlemeler ne kadar öncül olarak yapılıyor? Örneğin, hangi davranışların, hangi şartlar altında rekabete uygun olduğu açık bir şekilde ifade ediliyor mu? Yoksa, genel kurallardan hareketle, yaptırımlar ardıl olarak mı uygulanıyor? Ardıl uygulamalar ve yaptırımların fazlalığı hukukun üstünlüğü zayıflatmaktadır.

4. İyi tanımlanmış kurallar mı yoksa izin sistemi mi yaygın şekilde kullanılıyor?

Düzenleyici otoriteler, kendi güçlerini kaybetmek istemedikleri zaman, kuralları tanımlamak yerine izin sistemini getirirler. Bir regülasyon sisteminde izin alma süreçlerinin yoğunluğu hukukun üstünlüğünden uzaklaştığını gösteren bir yapıya işaret etmektedir.

5. Basit dil ya da uzmanlık gerektiren düzenlemeler mi kullanılıyor?

Altyapı endüstrilerine dönük düzenlemelerin karmaşıklığı, yoruma daha fazla yer verilmesine neden olabilmektedir. Bu sektörlerde dönük düzenlemeleri yapanların, basit ve açık şekilde yazılmış yasal düzenlemeler yapması, hukukun üstünlüğünün sağlanmasında önemli bir katkı sağlayabilecektir. Kuralların açık ve basit şekilde yazılması, farklı yorumların oluşmasını da engelleyecektir.

6. Herkese eşit mi uygulanıyor, yoksa kişi ve gruplara göre farklılaşan uygulamalar var mı?

Herkese eşit derecede uygulanmayan ya da farklı şekillerde uygulanan düzenlemeler, istismara daha açık olmaktadır.

7. Kararlara itiraz ve delilleri görme hakkı ne kadar geçerli?

Bireylerin, düzenleyici kurumların verdikleri kararların delillerini, ayrıntılarını görme ve itiraz etme haklarının varlığı hukukun üstünlüğünün sağlanabilmesi açısından bir zorunluluktur. Bunun eksikliği, regülasyonların keyfi uygulanabilmesini kolaylaştırmaktadır.

8. Yargısal denetim ve itiraz hakkı ne ölçüde mevcut?

Kurulların kararlarına karşı yargı yolu ne ölçüde açıktır? Yargısal denetim hangi etkinlikte işlemektedir? Yargı, bireyler ve regülasyon otoriteleri arasında nasıl bir yerde durmaktadır? Bu soruların cevapları doğrudan hukukun üstünlüğünün bir göstergesidir.

9. Siyasi süreçlerden izole olabilmek mümkün mü?

Düzenleyici otoritelerin kararları ne ölçüde siyasi süreçlerden bağımsızdır? Bir düzenleyici otoritenin tüm üyelerini hükümet atayabilir, ancak hukukun üstünlüğünün unsurları sağlanabilirse, bu bir sorun teşkil etmez. Ya da, tam tersi bir durumda, atamalar hükümetten bağımsız olabilir ancak, düzenleyici otorite belirli siyasi baskı gruplarının kontrolünde olabilir. Regülasyon kurumunun bağımsızlığı, kararlarını ne ölçüde, kurulma amacı olan, etkinlik ve tüketici refahı gibi unsurlar çerçevesinde verdiği ile ölçülmelidir.

10. Regülasyon süreçleri hızlı şekilde ilerliyor mu?

Regülasyon süreçlerinin özellikle yavaş olması, ya da prosedürlerin ağırlığı nedeniyle yavaşlaması, pek çok durumda, herhangi bir uygulamayı engellemek için etkin bir yol olabilmektedir. Bu durumda hem regülatif karar ve yaptırımların etkinliği azalmakta hem de hukukun üstünlüğü ilkesi zarar görmektedir.

11. Yönetilenlerin süreçlere katılımı sağlanabiliyor mu?

Düzenlemelerin yapılma süreçlerinin ne ölçüde katılıma açık olduğu, hukukun üstünlüğünün sağlanabilmesi açısından önemlidir. Katılıma açıklık her zaman başarılı bir şekilde yürütülememektedir. Düzenleyici kurumun katılımı teşvik etmemesi, ya da güçleştirmesi, düzenlemelerin toplumsal ihtiyaçlarla uyumsuzluğuna neden olmaktadır.

1.5. Bağımsızlığı Ölçen Çalışmalar

Gilardi (2005)'ye göre bağımsız düzenleyici kurumlar öncelikle örgütsel yapısı bakımından içerisinde bürokrasiden bağımsız uzmanlar barındıran ve ilgili olduğu sektörü yakından takip ederek aldığı kararların sonuçlarını da dikkate alarak esneklik gösteren hiyerarşik örgütlerdir. Bununla beraber uzmanlar tarafından bürokrasiden ayrı bir şekilde alınan kararlar ve bu otoritenin varlığı, piyasalar ve yatırımcılar açısından güvenilirliği de temsil etmektedir. Literatürde güvenilir taahhüt (credible commitments)

olarak karşımıza çıkan bu durum düzenleyici otoritelerin, hükümetlerin veya hükümetlerin politikalarının değişmesinden etkilenmemesini sağlamayı hedeflemektedir. Ayrıca, bağımsız düzenleyici kurumlar hükümetler gibi kısa dönemde değişmesi beklenmeyen kurumlar olduğu için sektör ve ekonomi açısından politik istikrarsızlıktan uzaklık anlamında olumlu bir etki yaratır. Öte yandan bu kurumlar tarafından alınan kararlar, siyasi otoritenin katlanmak zorunda olmadığı bir maliyettir ve bu nedenle bir bakıma siyasi otorite sektör ile ilgili katlanmak istemediği maliyeti yetki devri ile devretmiş olur. Son olarak, bağımsız düzenleyici otoriteler bürokrasiye kıyasla daha şeffaf bir yapıya sahiptir.

Bağımsızlığın ölçülmesi konusunda yapılan çalışmalar genel olarak Merkez Bankası bağımsızlığı ile ilgili çalışmalarla başlamıştır. Cukierman vd. (1992), Merkez Bankası'nın hükümetlerden yasal bağımsızlığını ölçmek amacıyla 72 ülke için bağımsızlık indeksini oluşturmuş ve yasal bağımsızlık ile enflasyon ilişkisini tahmin etmiştir. Bu çalışmanın ardından, Gilardi 2002 yılında yapmış olduğu çalışmada oluşturulan indeksin değişkenlerini kullanarak düzenleyici kurumlar için yasal bağımsızlık indeksini oluşturmuştur. Bu indeks için kullanılan değişkenler, kurum başkanının statüsü, yönetim kurulu üyelerinin statüsü, hükümet ve parlamento ile ilişkiler, finansal ve organizasyonel özerklik ve de devredilen düzenleyici yetkilerin kapsamı şeklindedir. Gilardi (2009) ve Maggetti (2007; 2009) daha sonra yapmış oldukları çalışmalarda yasal ve fiili bağımsızlığı ayrı ayrı incelemiş ve fiili bağımsızlık için de değişkenleri belirlemiştir.

Literatüre bakıldığında, düzenleyici kurumların bağımsızlığı ile ilgili yapılan çalışmalarda Cukierman vd. (1992) ile Gilardi (2002; 2005; 2009) ve Maggetti (2007; 2009)'nin yasal ve fiili bağımsızlık sınıflandırmalarının genel kabul gördüğü görülmektedir. Gilardi ve Maggetti (2011)' a göre yasal bağımsızlık göstergelerinden olan kurul başkanı ve yönetim kurulu statüsü için en önemli gösterge görev süresinin uzunluğudur. Çünkü görev süresi uzadıkça, bağımsızlığın arttığından bahsedilebilir. Bununla beraber seçilmiş politikacılardan bağımsız olma durumunun hem yasalarla hem de kararların bağımsızlığı ile ölçülebilmesi de önemli bir diğer göstergedir. Öte yandan düzenleyicinin yasal bağımsızlığından bahsedebilmemiz için finansal bağımsızlığa da sahip olması gerekmektedir. Bir kurumun finansal açıdan (maaşların belirlenmesi vs.) kendi insan kaynakları ve bütçesini yönetebilmesi yasal bağımsızlığın önemli göstergelerinden biridir. Son olarak düzenleyicinin izleme, kural koyuculuk ve yaptırım uygulama yetkinlikleri de yasal bağımsızlığın ölçülmesini sağlayan göstergeler arasındadır.

Düzenleyici kurumların bağımsızlığından bahsederken enformel/fiili (de facto) bağımsızlık kavramını da tartışmak gerekmektedir. Downs (1967)' a göre çoğu zaman enformel bağımsızlık düzenleyici kurumların organizasyon yapısı ve politika uygulamaları için formal bağımsızlıktan daha önemli hale gelmektedir. Kurumların enformel bağımsızlığı kısaca, kurumların düzenleyici faaliyetlerini belirlediği ve yönettiği süreç içerisinde her adımdaki özerklikleridir. Enformel bağımsızlık hem seçilmiş politikacılara, hem de düzenleyici kararlardan etkilenen sektör temsilcilerine karşı olmalıdır.

Düzenleyici kurumların enformel bağımsızlığının iki temelden oluştuğu söylenebilir; kurumun tercihlerindeki görece bağımsızlığı ve düzenleyicinin kararları uygularken gerek seçilmiş politikacıların gerek sektördeki çıkar gruplarının yarattığı baskı ve kısıtlamalardan uzak olması.

Yetkilerin siyasi karar vericilerden bağımsız düzenleyici otoriteye aktarılmasında, yasal düzenlemeler genellikle eksik sözleşmeler olarak hazırlanmaktadır. Bu sebeple kurumların düzenleyici faaliyetleri çoğu zaman yasal mevzuat ile kesin olarak belirlenmemektedir. (Balla 2011) Bu sebeple kurumların formel ile enformel bağımsızlıkları arasında anlamlı bir ilişki görülmemektedir. Bir başka ifadeyle formel bağımsızlığın, beraberinde enformel bağımsızlığı getirdiği söylenememektedir. (Maggetti 2007)

Enformel bağımsızlığı belirleyen faktörler konusunda literatürün oldukça kısıtlı olduğu söylenebilir. Literatürdeki ilk çalışmalarda enformel bağımsızlığın ölçümü için, atamaların siyasileşmesi, kurumdan ayrılanların sektöre doğrudan geçmesi (revolvingdoor) politikası ve yapısal özellikler ön plana çıkmaktaydı. Daha sonra Maggetti (2007), bu bileşenlerin yanına düzenleyicilerin politika döngüsünü ve siyasal ilkeler ile düzenlenen sektör temsilcilerinin taslak hazırlanması, danışma, karar alma, izleme vb. süreçlere ne ölçüde katıldıklarını eklemiştir. Sektördeki çıkar grupları ve siyasi tercihler karar alma ve izleme süreçlerine ne kadar çok dâhil olursa, kurumun enformel bağımsızlığı o ölçüde azalmaktadır. Gilardi ve Maggetti (2011) ise, hem formel hem enformel bağımsızlığı çeşitli düzenleyici kurumlar için hesaplarırken, enformel bağımsızlığı arttıran unsurların başında kurumun ne zaman kurulduğunu ele almaktadır. Bununla birlikte, birden çok veto yetkisi olan üyenin bulunması ve düzenleyici kurum üyelerinin uluslararası ağlara üyeliği de enformel bağımsızlığın ölçümünde kullanılmaktadır.

Uygulamada düzenleyici kurumun ne zaman kurulduğu, hem içtihatlarını oluşturabilme hem de dönemsel siyasi döngülerde etkilenmesi bağlamında önem kazanmaktadır. Bir düzenleyici otoritenin uzun bir geçmişe sahip olması, güncel siyasetten daha az etkilenmesini getirmektedir. Benzer şekilde, üyelerin uluslararası ağlara katılması ve dünya ile iletişim içerisinde olması, yerel faktörlerin yanına küresel değişmelerin de göz önüne alınma olasılığını artırmaktadır.

Türkiye'ye İlişkin Çalışmalar

Türkiye' de düzenleyici kurumların ortaya çıkış süreci 1982 anayasası sonrasında başlamıştır. Bu durum 1990'lı yıllardan itibaren Avrupa Birliği müktesebatına uyum çerçevesinde hız kazanmıştır. 1990lar ve 2000'li yılların başında gerek ekonomik gerekse siyasi olarak içerisinde bulunulan ortam, düzenlemeye tâbi olması gereken sektörler için bağımsız bir düzenleyici kurumu getirmiştir. Özellikle Avrupa Birliği üyelik sürecinde ilerleme raporlarında bağımsız düzenleyici kurumların gerekliliğinin vurgulanması ve öte yandan Amerika' da bu kurumların sektöre entegre olması sonucu Türkiye'nin de bu sürece eklenmesi gereği kaçınılmaz olmuştur.

Düzenleyici kurumların temel özellikleri bağımsızlık, özerklik ve tarafsız olmalarıdır. Özerklik ve bağımsızlık kimi zaman aynı anlamda kullanılsa da içerik olarak farklı kavramlardır. Bağımsız düzenleyici kurumların ilk ortaya çıkışı sürecinde özellikle özerklik ve bağımsızlık kavramları üzerinde durulmuştur. Özerklik genel olarak kendi kurallarını kendi belirleyebilme, kendini yönetebilme ve finansal açıdan kendi kaynaklarına sahip olabilme olarak tanımlanabilir. Bağımsızlık ise karar alma, yönetme, denetleme vb. durumlardan siyaset, bürokrasi, sektördeki şirketler vb. çıkar grupları gibi dışsal faktörlerden etkilenmemek olarak tanımlanabilir. (Emek vd, 2002) Bağımsızlık vurgusu kurumların kuruluş aşamalarında kanunlarda açık bir şekilde yapılmıştır. Burada bahsedilen bağımsızlık yasal bağımsızlıktır. Öte yandan Gilardi'nin ayrımına göre bağımsızlık formel ve enformel olarak iki türde ölçülebilir.

Türkiye'de düzenleyici kurumların bağımsızlığı konusunda ilk dönemlerde yapılan çalışmalar daha çok yasal düzenlemeler üzerinden kurumların yasal bağımsızlıklarını araştırmıştır. Yasal bağımsızlığın değerlendirilmesi konusunda öncelikle üzerinde durulan konu görev süreleri ve atanma yöntemidir. Giritli vd. (2008), bağımsızlıktan bahsedebilmek için kurul üyelerinin atanma şekli, süresi, görevden alınması gibi hususların ve bu hususların siyasi ve bürokratik irade ile olan ilişkisinin analiz edilmesi gerektiğini ve bu konularda eksiklikler söz konusu ise bağımsızlıktan söz edilemeyeceğini belirtmiştir. Emek vd. (2002) raporuna göre, kurul üyelerinin içerisinde sektöre özel çıkar gruplarının direkt olarak temsil edilmesi yerine karar alma süreçlerinde baskı grubu olarak faaliyet göstermeleri bağımsızlık için daha olumlu bir sonuç doğuracaktır.

Yasal bağımsızlığın değerlendirilmesinde bir diğer esas da mesleki yeterlilik ve uzmanlaşmanın olduğu kadroların oluşturulabilmesidir. Kurul üyelerinin kurumun düzenlediği sektör veya alanda tecrübeye sahip olması, uzun süreli bir mesleki deneyiminin olması siyasetten, bürokrasiden ve çıkar gruplarından bağımsız bir şekilde karar alınabilmesini de beraberinde getirecektir. (Emek vd. 2002; Kaya 2004)

Düzenleyici kurumların yasal bağımsızlığı kurumların mevcut mevzuatının analizi ile ölçülebilirken, fiili bağımsızlığın ölçümü görece daha zor bir konudur. Bu kapsamda Türkiye için yapılan çalışmalar literatürde az yer kaplamaktadır. Sezen (2007) yaptığı çalışmada düzenleyici kurumların yasal ve fiili özerkliklerini ölçmek amacıyla Gilardi (2002) ve Emek vd. (2002) çalışmalarından yola çıkarak bir anket hazırlamıştır. 21 soruluk bu anket kapsamında sekiz düzenleyici kurumun (Şeker Kurumu hariç) yönetim kurulu başkanları, başkan yardımcıları ve bazı kurul üyeleri ile mülakat yapılmıştır. Bu mülakata konu olan sorular kurul üyelerinin görev ve fonksiyonları ile ilgili bilgiler, çalışanların mesleki yeterlilikleri ve yasal özerklik, karar alma sürecinde müzakereler sırasında karşı karşıya kaldıkları müdahaleler ve bu müdahalelere karşı koyma seviyeleri, üyelerin makamlarında kendilerini ne kadar güvende hissettikleri ve kendilerini toplantı için nasıl hazırladıkları ana konular olarak gruplandırılmıştır. Çalışmanın çıktılarına yasal bağımsızlık açısından bakıldığında ankete katılanların %93,4'ü kurumsal

özerkliğin kısmen ya da tamamen mevcut mevzuat tarafından sağlandığı görüşünü belirtmişlerdir. Öte yandan görev süresinin sınırsız olması ve üyelerin bakanlıklar tarafından aday gösterilmesi özerkliği olumsuz etkilerken, üyelerin kalifiye olması olumlu bir etki yaratmaktadır.

Fiili özerkliğin değerlendirilmesine yardımcı olan karar alma sürecindeki müdahaleler ile ilgili sorulara ise katılanların %60'ı dışsal bir müdahale olmadığı cevabını vermiştir. %40'ı ise, ara sıra bu müdahalelerle karşılaştıklarını ve bu müdahalelerin daha çok düzenlenen sektör ya da siyasi ortamdan direkt olmayan bir şekilde (medya vb.) geldiğini belirtmişlerdir. Karar alma sürecinde müdahaleler ise daha çok kurula veya kuruma değil, direkt üyelere geldiği görülmüştür. Bu müdahalelerin de hükümet ve bürokrasiye kıyasla daha çok sektör temsilcilerinden geldiği görülmektedir.

Çetin vd. (2013) Türkiye için 2011 yılında hükümetin politikalarının ve kanun hükmünde kararnamelerinin düzenleyici kurumların bağımsızlığını nasıl etkilediğini Gilardi (2002) yöntemini kullanarak test etmiş ve dokuz düzenleyici kurum için bu durumun bağımsızlıklarını olumsuz etkilediği yönünde sonuçlara ulaşmıştır. Öte yandan mevcut hükümetin pragmatik politikalarının regülasyon sürecindeki işlem maliyetlerini artırdığını ve bunun da kurumun hesap verebilirliğini olumsuz etkilediğini belirtmiştir. Çetin vd. (2010) çalışmasında ise yine işlem maliyetleri üzerinde durmuş ve bağımsız düzenleyici kurumların düzenleyici taahhüdü artırıcı rolünün hükümet politikaları tarafından olumsuz etkilendiğini belirtmiş ve bu kurumların bağımsızlık seviyelerini test etmiştir. Zenginobuz (2008) benzer bir çalışmada, Türkiye' deki düzenleyici kurumların bağımsızlık derecesini Gilardi (2002) indeksleri ile test etmiştir. Bunlardan altısının (SPK, BDDK, RK, TK, EPDK ve KİK) birbirine yakın ve yüksek bağımsızlık indekslerine sahip olmasında, Türkiye'de düzenleyici kurumların IMF ve Dünya Bankası'nın etkisiyle kurulmuş olmaları belirleyici olmuştur.

1.6. Bağımsızlık ve Rekabetçi Piyasa İlişkisi

Gilardi ile başlayan regülasyon kurumlarının bağımsızlığı üzerine yapılan çalışmalara önemli bir katkı Lindemann (2015) tarafından yapılmıştır. Lindemann bu çalışmasında, Gilardi'nin düzenleyici kuruluşların bağımsızlığını ölçtüğü endekse ek olarak, yeni bir ölçüm yöntemi getirmektedir. Bu ölçüm düzenleyici otorite ile hükümet arasındaki ilişkiden ziyade, ekonomi politikaları ile ilişkilidir.

Lindemann'ın çalışmasında ilk olarak, piyasalardaki rekabet düzeylerinin ölçülmesi ele alınmıştır. Kullanılan ilk yöntemde, mevcut enerji piyasasının rekabeti destekleme şartlarını 0 ila 6 arasında sınıflandırmış ve 0 noktası rekabetin en çok teşvik edildiği nokta olarak ele alınmıştır. Bu noktada, yapılan test sonucunda, özerk düzenleyici kuruluşların daha az reformist faaliyetlerde bulunduğu sonucu ortaya çıkmıştır.

İkinci bir yöntem olarak, düzenleyici kuruluşların bağımsızlığı, hükümetlerin siyasi politikaları ve iktisadi küreselleşmenin bir fonksiyonu olarak ölçülmüştür. Burada temel

değişken olarak, mevcut ülkeye yapılan yabancı yatırımlar ile düzenleyici kuruluşların bağımsızlığı ele alınmıştır. Yabancı yatırımların mevcut ve anlamlı düzeyde yüksek olduğu endüstrilerde düzenleyici kuruluşların bağımsız olacağı hipotez test edilmiştir.

Kısaca özetlemek gerekirse, Lindemann düzenleyici kuruluşların bağımsızlığını ölçerken, ilk olarak yapılmış reformların yoğunluğunu ve rekabete olan etkisini kullanırken, ikinci olarak doğrudan yurt dışı yatırımların mevcudiyeti ve oranı ile olan korelasyonun anlamlı sonuçlar vereceğini öne sürmüştür. Sonuç olarak, bağımsızlık yabancı yatırımları çekerken, düzenleyici kurumların özerk olmasıyla, daha yenilikçi olmaları arasında bir ilişki bulunamamıştır.

Lindemann'ın çalışmasında, hukukun üstünlüğü ile bağımsızlık arasında bir doğrusal bir bağ olduğu kabulü altında, yabancı sermayenin varlığının hukukun üstünlüğüyle doğrudan ilişkiyken, özerklik ile hukukun üstünlüğü arasında güçlü bir korelasyon olmadığı görülmektedir.

Doğrudan yabancı yatırımlar ile regülasyon arasındaki ilişki üzerine yapılan bir başka çalışma Fournier (2015) tarafından yapılmıştır. Fournier de regüle edilen sektörlerde hukukun üstünlüğü ile yabancı sermaye yatırımları arasında benzer bir sonuç bulmuştur.

1.7. Uluslararası İndekslerde Türkiye’de Regülasyonun Yeri

Hukukun üstünlüğü açısından, ekonomik özgürlük indeksleri önemli bir gösterge olabilmektedir. Dünyada ekonomik özgürlük düzeyini ölçmeye dönük çalışmalardan birisini Kanada’dan Frasier Enstitüsü hazırlamaktadır. Bu enstitünün hazırladığı ekonomik özgürlük indeksinin, önemli bir alt seti regülasyonları incelemektedir. Bir ülkede ekonomik özgürlüklerin ne kadar yerleşik olduğu, ülkenin yönetiminin liberal olmasından ziyade, keyfi kararların ne ölçüde iktisadi hayatı etkilediği ile ilişkilidir.

Frasier Enstitüsü’nün Economic Freedom of The World 2015 raporuna göre, düzenlemeler piyasalara girişi kısıtladığında ve serbest ticarete müdahale edildiğinde ekonomik özgürlükler gerilemektedir. Bu durum göz önünde bulundurularak hazırlanan indeksin beşinci alanı kredi, işgücü ve iş piyasalarında gönüllü takas özgürlüğünü sınırlayan düzenlemelere odaklanmaktadır.

Türkiye ekonomik özgürlük indeksinin alt seti olan regülasyon indeksi 2013 rakamlarına göre 10 puan üzerinden yapılan derecelendirmede, kredi piyasası regülasyonlarında 8.0, işgücü piyasası regülasyonlarında 4.9 ve iş piyasası regülasyonlarında 6.6 olmak üzere, toplamda 10 üzerinden 6.5 derecelendirme ile 157 ülke arasında 128. sıradadır. Sıralama ve derecelendirme sonucu, Türkiye’nin regülasyon yükü ve yoğunluğu açısından diğer ülkelere kıyasla oldukça gerilerde olduğunu göstermektedir. Öte yandan indekslerin içeriğine bakıldığında, regülasyonların Türkiye’de daha çok piyasa taraflı olmaksızın devlet taraflı olduğu sonucuna da ulaşılabilmektedir. Bu durumun, hukukun üstünlüğü önünde de bir engel teşkil ettiği söylenebilir.

1.8. Regülasyon Süreçlerinde Düzenleyici Taahhüt Sorunu

Regülasyon ekonomisi literatüründe iki yaklaşım hâkim gözükmektedir. Bunlardan ilki, 1970'lerde George Stigler'in çalışmalarıyla başlayan ve sonrasında Sam Peltzman ve Gary Becker'in önemli katkılarda bulunduğu Chicago yaklaşımıdır. Bu yaklaşıma göre, regülasyonlar toplumda servetin arz ve talep edenleri arasındaki dağıtımsal sonuçları üzerine yoğunlaşır. Regülasyon bir servet transferi aracıdır ve serveti arz edenlerden, talep edenlere doğru aktarılan rantlar ön plana çıkmaktadır. Bu yaklaşımın, teoriye getirdiği önemli katkılar olmakla birlikte, oyunun kurallarını oluşturan hukukun üstünlüğü ve kurumsal çerçeveden ziyade, piyasadaki oyuncuların davranışlarını esas alan bir metodoloji geliştirmektedir.

Regülasyon ekonomisindeki diğer önemli bir yaklaşım teşvik modelleri etrafında şekillenen yaklaşımdır. Başta, Jean Tirole ve Jean-Jacques Laffont'un çalışmalarıyla ön plana çıkan bu yaklaşım, regülasyonları eksik enformasyon teorilerinin bir uzantısı olarak görmektedir. Bu yaklaşım, fiyat ve maliyet modelleri yoluyla, etkin regülasyon düzeyi, regüle edilen sektörlerde kaynakların dağılımı gibi konulara odaklanmaktadır. Neo-klasik iktisat içerisinde hareket eden bu yaklaşım, regülasyonu salt bir kaynak dağılımı olarak görmektedir. Bu çerçevede, etkinlik ve optimal regülasyon düzeyinin belirlenmesi modellerin ulaşmaya çalıştığı temel amaçlardır.

Her iki yaklaşımında regülasyon süreçlerinin anlaşılmasına önemli katkıları olmasına rağmen, Türkiye örneğinde önemli olan bazı noktaları göz ardı etmektedir. İlk olarak, bu yaklaşımlar, hukuki çerçevenin sabit olduğunu ve oyunun kurallarını yerleştiğini kabul ederek, oyuncuların davranışları üzerinde yoğunlaşmaktadır. Türkiye hem elektrik hem de telekomünikasyon sektörlerinde son 20 yıl içinde devlet sahipliğinden, özelleştirmeler yoluyla, daha rekabetçi ama regülasyonun hâkim olduğu bir piyasa yapısına geçmiştir. Bu yapı içerisinde, etkinlik ve rant-dağıtımını pek çok davranış kalıbını açıklayamamaktadır. İlk bölümde açıklandığı üzere, hukukun üstünlüğü, ya da hangi kuralların ve kurumların geçerli olacağı, regülatif sürecin gittiği yönün anlaşılması açısından daha temel bir yer tutmaktadır.

Regülatif süreçlerde hukukun üstünlüğünün sağlanması, etkinliğin artırılması ve rant yaratma süreçlerinin asgariye indirilmesinde uzun dönemde daha belirleyici olmaktadır. Regülasyonun, kamu sahipliği ile tam serbestleşme arasında bir süreç olarak, toplumdaki bireyler ve gruplar arasında yapılmış olan sözleşmeler olması nedeniyle, nasıl dizayn edildikleri ve ne şekilde evrim geçirdikleri, regüle edilen sektörlerin anlaşılması açısından ülkemizde en temelde ele alınması gereken konudur.

1.9. Rekabet Otoritesi ve Sektör Spesifik Düzenleyici Kurumlar İlişkisi

Ulusal rekabet otoritesi ile ulusal düzenleyici kurumlar arasındaki ilişki düzenleyici reformlar süresince rekabet politikasının kurumsallaştırılmasında çok önemli rol oynar. Bu iki kurum tamamlayıcı ya da ikame rolleri oynayabilir. İki kurum arasında hangi

konuda kimin yetkisi olduğu ve bu yetki nereye kadar genişliyor tartışmaları süregelmektedir. Bu durum, farklı ülkelerde farklı örnekler olarak karşımıza çıkmaktadır. Dünyaya genelindeki uygulamalara ve teoriye baktığımızda, genel eğilim olarak, rekabet ile ilgili konular rekabet otoritesi tarafından üstlenilirken, ilgili pazarı oluşturan konularda ise ilgili düzenleyici yetkili olduğu görülmektedir. Bir diğeri ifadeyle piyasa oluşana kadar ilgili düzenleyici otorite görevli iken, piyasa kurulduktan sonraki rekabet süreci için rekabet otoritesi görevli olmaktadır. Rekabet ile ilgili alanlarda düzenleyici otoritenin de yetki sahibi olması, sektöre karmaşık sinyaller göndermekte ve regülasyonun etkin bir şekilde sürdürülebilmesini zorlaştırmaktadır.

Türkiye’de kural olarak Rekabet Kurumu’nun otoritesi bütün sektörleri kapsamaktadır. İstisnalar haricinde rekabet konularında son sözü söyleme hakkına Rekabet Kurumu sahiptir ve bu istisnalar da sistematik bir yapıya sahip değildir. Örneğin profesyonel futbol gibi kendi özel mevzuatı olan alanlar Rekabet Kurumu’nun yetkisinin dışında kalmıştır. Ayrıca, politik grupların ve iş çevrelerinin bu istisnalar ve muafiyetler üzerinde bir takım yönlendirici etkisi olabilmektedir. Regüle edilen altyapı sektörlerinde hangi kurum yetki sahibi olmalı sorusunun dört muhtemel adayı vardır; rekabet otoritesi, düzenleyici otorite, ilgili mahkeme ve ilgili bakanlık. Carlton ve Picker (2006)’e göre, politikacılara ve çıkar gruplarına en kolay hayır diyebilecek kurum son söz hakkına sahip olmalıdır. Hukukun üstünlüğü açısından düzenleyici kurumların ekonomik etkinlik ve sosyal refahı esas alan bir yaklaşımı istikrarlı bir şekilde uygulayabilmesi kendi iç mekanizmaları çerçevesinde içtihat oluşturabilmesine doğrudan bağlıdır. Bir kurumun bir sektörle uzun süreli diyalogunun oluşması zaman içerisinde, stratejik davranışın, aynı oligopol teorilerinin gösterdiği gibi, rekabetçi davranışa göre hâkim davranış biçimi olmasına neden olmaktadır.

Mahkemeler, rekabetin korunmasında, göreceli olarak daha bağımsız olmaları nedeniyle siyasetten daha az etkilenir konumda olabilirler. Ancak, mahkemeler, uzmanlaşma sorunları ve ekonomik olmayan amaçların daha belirleyici olması nedeniyle çok tercih edilmemektedir.

Bağımsızlık ve hukukun üstünlüğü açısından rekabet otoritesi ve sektör spesifik kurumların, yargı karşısında bireyler ve şirketler ile aynı konumda olabilmesi de temel belirleyici bir faktördür.

Rekabet Otoritesinin Avantajları

Rekabet otoritesi, düzenleyici otoritenin karar ve eylemleri için bir kontrol mekanizması işlevi görebilmekle beraber deregülasyon ve özelleştirme süreçlerinde rant arama davranışlarına bir limit koyabilir. Bununla beraber, kurumsal çevre ve günlük düzenleme yükü sektör ile düzenleyici arasındaki etkileşimi artırmaktadır. Bu durumda düzenleyici, sektördeki üreticilerin problemlerine daha duyarlı hale gelmektedir. Sonuç olarak düzenleyici otorite çıkar grubunun politikalarına daha yatkındır. Diğer

bir ifadeyle, rekabet kuralları ve rekabet otoritesi, düzenleyici otoriteye kıyasla politik baskıdan daha az etkilenmektedir.

Öte yandan, rekabet kuralları düzenleyici otoritenin kararları üzerinde sınırlayıcı rol oynayabilir. Bu durumun tipik örneği birleşme durumlarıdır. Türkiye için Türk Telekom'un özelleştirilmesi bu argümanı destekleyen bir örnektir. Türk Telekom'un özelleştirilmesi sırasında Rekabet Kurumu şirketin kablo tv varlıklarının ayrılmasının uzun dönemde rekabetin sağlanması için önem taşıyacağı düşüncesiyle ayrı tutulmasını önermiştir. Sonuç olarak kablo tv şebekesi ayrı bir şirkete dönüşmüştür, (Ardıyok ve Oğuz, 2010)

Sektör Spesifik Regülasyonun Avantajları

Rekabet otoriteleri genel olarak kurumsal ve fiyatla ilişkili problemlerin çözümü konusunda yeterli kapasiteye sahip değildir. Uzmanlaşmayı gerektiren regülatif konularda, düzenleyici otoriteler sektörün yapısını bilme noktasında daha donanımlıdır. Aynı zamanda düzenleyici otoriteler ağ endüstrilerinde karar alma hızı konusunda rekabet otoritesine kıyasla avantaja sahiptir. Örneğin, tarifelerin belirlenmesi ve lisanslama gibi birçok kompleks durum hızlı karar almayı gerektirirken, rekabet otoriteleri düzenleyici otoriteler kadar esnek ve hızlı olamaz. Ayrıca, rekabet otoritesi sosyal ihtiyaçlara daha az duyarlı olduğu için, sosyal ve politik gelişmeler bağımsız düzenleme otoriteleri için daha ön plandadır.

Düzenleyici otoritenin bir diğer avantajı da şebeke dışsallıklarından kaynaklanmaktadır. Öyle ki, güçlü şebeke dışsallıkları rekabet otoritesinin rekabetçi olmayan davranışları önleme konusundaki yetkisini sınırlandırmaktadır. Bir rekabet otoritesi, bağlı olduğu düzenlemeler gereği, dışsallıkları hesaba katmayabilmektedir. Ancak, altyapı endüstrilerinin en temel özelliklerinden birisi, ağ dışsallıklarının ekonomik ve sosyal etkileridir. Bu nedenle, pek çok konuda, rekabet otoritesi ile, düzenleyici otorite birbirlerinden oldukça farklı kararlar verebilmektedirler. (Ardıyok ve Oğuz, 2010)

Aşağıdaki bölümlerde ayrıntılı şekilde ele alındığı üzere, rekabet otoritesi ile düzenleyici otoritenin görev ve yetkilerinin net bir şekilde belirlenebilmesi, regülasyon modelinin başarısı açısından temel bir yer tutmaktadır. Gerek ABD, gerekse Avrupa Birliği'nde yetki paylaşımı bir şekilde çözülmüştür. ABD'de, Yüksek Mahkeme, ilk başta meşhur Trinko kararıyla, rekabet otoritesinin yetkilerinin sınırını belirlemiştir. Daha sonra ise Linkline kararıyla, oluşan belirsizlikleri ortadan kaldırmıştır. AB'de ise Komisyon ve Adalet Divanı karar ve uygulamaları belirsizlikleri en aza indirmeyi hedeflemiştir.

Türkiye'de ise yetki sorunu henüz net bir şekilde çözülememiştir. Bu konu hem elektrik hem de elektronik haberleşme sektörleri açısından ayrı ayrı ele alınacaktır.

2. KISIM

ELEKTRİK PİYASALARI

Türkiye elektrik sektörü, 1980lerden bu yana önemli bir dönüşüm yaşamıştır. Bu dönüşüm, devlet sahipliğinden regülasyona doğru bir geçişi ifade etmektedir. Bunda bir yanda politik gelişmeler, diğer yanda, regüle edilen piyasalarda etkinlik temelli fiyatlandırma modellerindeki gelişmeler etkili olmuştur. Peki, neden devlet sahipliğinden piyasaya doğru bir geçiş yaşanmıştır? Serbestleşme sürecinde Türkiye'nin içsel faktörleri kadar dünyadaki gelişmeler de belirleyici olmuştur.

İlk kısımda ele alınan hukukun üstünlüğüne geçiş sürecinde, aktif kamu politikalarının uzun bir süre denenmiş olması, piyasaya daha fazla ağırlık veren ve devletin ekonomideki rolüne daha fazla ağırlık veren görüşlerin, regülasyon reformlarında en fazla tartışılan konular arasında olmasına neden olmuştur. Bu süreçte, oyuncu davranışları oyunun kurallarından daha önemli görülmüş ve sektörel politikaların oyunculara dönük olarak belirlenmesine neden olmuştur.

Bu kısımda, elektrik piyasalarında hukukun üstünlüğü ve regülasyon sürecinin bağımsızlığı açısından önemli görülen konular ele alınacaktır. Amaç, ilk bölümde ele alınan genel ilkeler çerçevesinde bakıldığında, son on beş yılda, sektörde regülasyon reformunun ne ölçüde ekonomik etkinlik yönünde ilerlediğini kurumsal bir yaklaşımla ele almaktır. Bu kısımda önce, tarihsel gelişime ilişkin kısa bir bilgi verilecek, daha sonra elektriğin siyasallığı ve ortaya çıkardığı sorunlar ayrı ayrı değerlendirilecektir.

2.1. Tarihsel Arka Plan

1970 yılında o dönemin enerji politikalarına uygun olarak; tüm yurttaki elektriğin üretim, iletim, dağıtım ve ticaretini tek elde toplamak için Türkiye Elektrik Kurumu (TEK) bir kamu iktisadi kuruluşu olarak kurulmuştur. 1980'li yıllarda ekonomide yaşanan serbestleşme politikalarının da bir yansıması olarak enerji sektöründe de ilk defa reform tartışmaları başlamış ancak özellikle mevzuat kaynaklı engeller nedeniyle 2000'li yılların başına kadar elektrik sektöründe reform konusunda somut ve ciddi adımlar atılmamıştır.

Buna karşın, 1984 tarihinde çıkarılan 3096 sayılı kanun çerçevesinde ve mevzuatın da izin verdiği ölçüde, birtakım imtiyaz sözleşmesi türleri geliştirilerek bir şekilde özel sektörün elektrik sektörüne girişi sağlanmaya çalışılmıştır. Yap-İşlet (Yİ), Yap-İşlet-Devret (YİD) ve İşletme Hakkı Devri (İHD) biçiminde geliştirilen bu sözleşmeleri elektrik sektöründe bir yeniden yapılanmadan ziyade sadece mevcut mevzuat koşulları içerisinde pratik çözümler olarak düşünmek gerekir. Bu kanunun getirdiği bir diğer

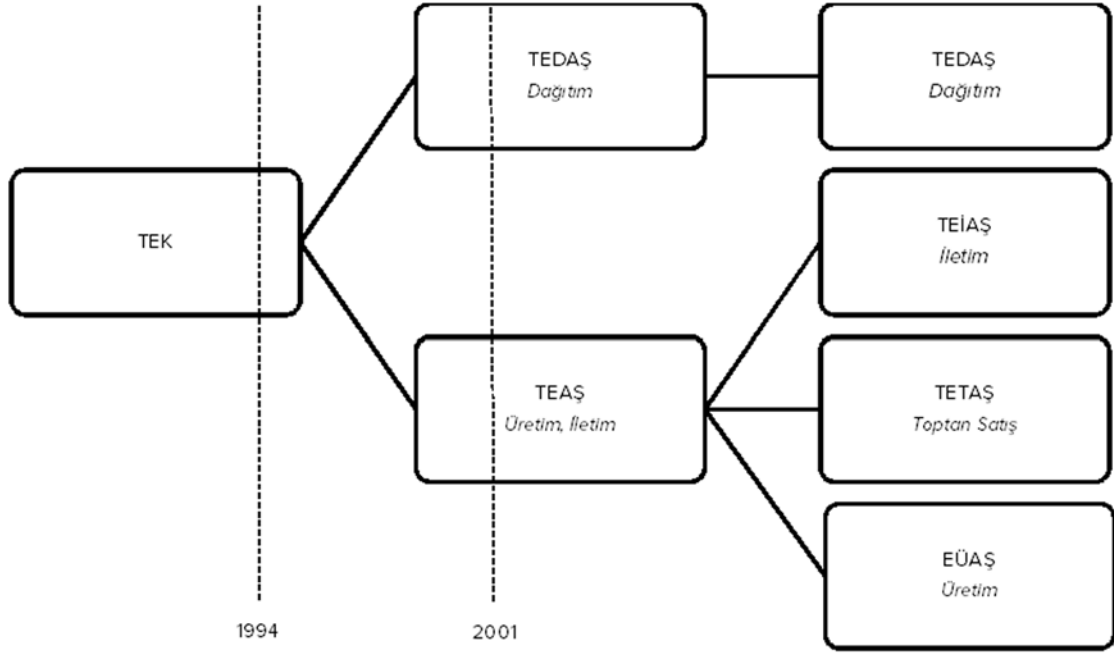
yenilik ise “otoprodüktör”lük modeline geçiştir. Böylelikle, sanayi şirketlerinin kendi elektrik ihtiyaçları için elektrik santraline sahip olmasının ve işletmesinin önü açılmış oldu. Otoprodüktörler ihtiyaçlarından fazla ürettikleri elektriği TEK’e satma hakkına da sahiptiler.

Yİ, YİD, İHD ve otoprodüktörlük uygulamalarıyla bir anlamda TEK’in enerji sektöründeki tekel hakkına son veren 1984 tarihli yasadan on yıl sonra; TEK ikiye bölünerek elektrik üretimi ve iletiminden sorumlu olan Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketi (TEAŞ) ve elektrik dağıtımından sorumlu olan Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi (TEDAŞ) olarak iki ayrı kamu iktisadi kuruluşu olarak yeniden yapılandırılmıştır. Böylelikle TEAŞ; Yİ, YİD ve İHD modeli santrallerin ürettiği elektriğin tek alıcısı ve satıcısı konumuna getirilirken, TEDAŞ ise perakende dağıtımdan sorumlu oldu. TEK’in ikiye bölünmesi, kamu işletmelerinin ayrıştırılması ve şirketleştirilmesi yolunda önemli bir adım olmuştur. Dağıtım faaliyeti ile üretim ve iletim faaliyetlerinin birbirinden ayrıştırılması ve yeni kamu şirketlerinin kurulması, kamu sektörünün verimliliğini arttırmaya ve özel sektör katılımını sağlamaya yönelik ilk ciddi girişimlerdir. Dolayısıyla bunları, elektrik sektöründe reform yolunda atılan ilk adımlar olarak düşünmek mümkündür.

Yukarıda bahsedilen imtiyazlı sözleşmeler ile ilgili olarak yıllar boyunca kamu makamları arasında çıkan anlaşmazlıklar, yolsuzluk iddiaları ve mahkemelerde açılan davalar elektrik sektöründe ciddi bir reform için kamuoyu desteği sağlamıştır. En sonunda, elektrik sektöründe gerçek anlamda reform süreci 2001 yılında 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu (EPK)’nın çıkarılmasıyla resmen başlamıştır.

Her şeyden önce ilgili kanun oldukça kapsamlı hazırlanmış ve piyasa reformuna yönelik iddialı hedefler içermekteydi. Kanunun ilk maddesinde 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 sağlanmasıdır” şeklinde ifade edilmiştir. Daha ilk maddeden de anlaşıldığı üzere, Kanun elektrik piyasasına aslında üç yeni kavram getiriyordu: Özelleştirme, rekabet ve regülasyon. Özelleştirme rekabet için bir ön koşuldu, regülasyon ise rekabetin sektörde tesisi ve sürekli kılınması için gerekli olan düzenleme ve denetleme faaliyetleri için gerekiyordu.

Özelleştirme sürecinin ilk adımı olarak, öncelikle elektrik üretim ve iletim faaliyetlerini elinde tutan TEAŞ faaliyet bazında bölünmüş ve Türkiye Elektrik İletim A.Ş (TEİAŞ), Elektrik Üretim A.Ş (EÜAŞ) ve Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt A.Ş (TETAŞ) unvanlarında, anonim şirket statüsünde, üç ayrı kamu iktisadi kuruluşu teşkilatlandırılmıştır. Bundan böyle TEDAŞ ve yeni kurulan bu üç şirket, elektrik piyasasında kamuya ait oyuncular olarak görev alacaklardır. Bu ayrıştırmanın temel sebebi, rekabetçi bir piyasa yapısı için gerekli olan, bağımsız bir sistem ve piyasa işletmecisi olarak hareket edecek bir iletim şirketi oluşturma gereği idi. Aşağıdaki şekilde kamu şirketlerinin yeniden yapılandırma süreci şekil üzerinde gösterilmektedir.

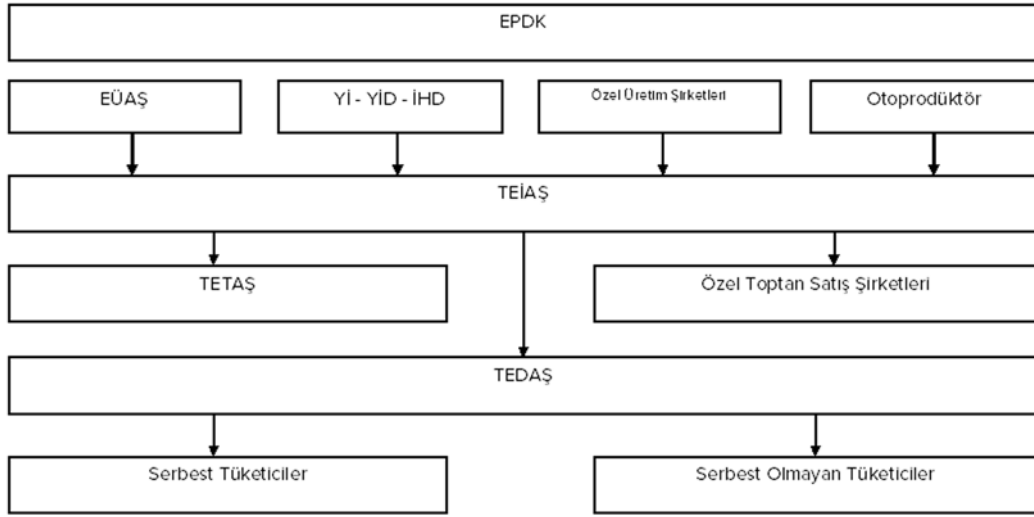


Şekil. 1. Elektrik Piyasasında Kamu Şirketlerinin Yeniden Yapılandırma Süreci

Yeni kurulan bu üç kamu şirketinin kuruluş amaçları ve faaliyet alanları şu şekilde belirlenmiştir: TEİAŞ, elektrik iletim faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi için ve sistem ve piyasa işletmecisi olarak kurulmuştur. EÜAŞ, elektrik üretim faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi için kurulmuştur. TETAŞ ise YİD, Yİ ve İHD şirketleri ile yapılmış olan mevcut uzun vadeli elektrik alım sözleşmelerinin yönetilmesi de dâhil olmak üzere elektrik toptan satış faaliyetlerinin yürütülmesi için kurulmuştur. TETAŞ; YİD, Yİ ve İHD şirketlerinin ürettiği elektriği ve aynı zamanda EÜAŞ'ın büyük kapasiteli hidroelektrik santrallerinde üretilen düşük maliyetli elektriği satın almak ve bunu düzenlemeye tâbi fiyatlar üzerinden dağıtım şirketlerine satmakla sorumlu kılınmıştır.

EPK'nın regülasyonlar kapsamında getirdiği en önemli yenilik ise, piyasanın bağımsız bir şekilde düzenlenmesi ve denetlenmesi amacıyla Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'nun (EPDK) kurulmasıdır. Teşkilatlandırılmasından sonra faaliyetlerine hızlı bir şekilde başlayan EPDK, 2002-2003 yılları arasında elektrik piyasası ikincil mevzuatının hazırlanmasına ağırlık verdi. Bu kapsamda, Elektrik Piyasası Uygulama El Kitabı, Lisans Yönetmeliği, Şebeke Yönetmeliği, Elektrik Piyasası Dağıtım Yönetmeliği, Geçici Dengeleme ve Uzlaştırma Yönetmeliği, Yan Hizmetler Yönetmeliği ve Tarife Yönetmeliği çıkarıldı. Yine aynı tarihler arasında lisanslandırma faaliyetleri başladı ve piyasa serbest tüketicilere açıldı. EPK'dan önce sözleşmesi imzalanmış ancak uygulanmaya başlanmamış Yİ, YİD ve İHD projelerinin yeni piyasa yapısına alınması için de EPDK çalışmalar yapmıştır. Bu kapsamda sözleşmelerin birçoğu EPDK ile karşılıklı anlaşma yoluyla feshedilerek, kendilerine koşul aranmaksızın üretim lisansı verilmiştir. Bunlar özel üretim şirketleri olarak adlandırıldılar ve reform sonrası, mevcut otoprodüktör

şirketleri ile birlikte piyasanın üretim kısmında faaliyet gösteren ilk özel oyuncular oldular. Aşağıdaki şekilde EPK'dan sonra piyasanın mevcut yapısı gösterilmektedir.



Şekil 2. 2001 EPK Sonrası Elektrik Sektörü Piyasa Yapısı

EPK temel ilkeleri belirlemesine rağmen; dengeleme ve uzlaştırma mekanizması, dağıtım ve üretim varlıklarının özelleştirilmesi ve tarife uygulamasına yönelik bir yol haritası oluşturulması gerekiyordu. Bu amaçla, uluslararası uzmanların da desteğiyle “Elektrik Sektörü Reform ve Özelleştirme Strateji Belgesi” başlıklı bir strateji belgesi hazırlanmış ve Yüksek Planlama Kurulu kararı olarak 17 Mart 2004 tarihinde yayınlanmıştır.

Strateji Belgesinde, elektrik sektörüne yeni üretim yatırımlarının çekilmesine yardımcı olacak finansal açıdan güçlü ve sürdürülebilir bir perakende sektörü oluşturabilmek için, özelleştirmenin dağıtım sektöründen başlatılmasına karar verilmiştir. Buna göre; Türkiye 21 dağıtım bölgesine ayrılmış ve her bir bölgede elektrik dağıtım şirketleri kurulması kararlaştırılmıştır.

Bu karar doğrultusunda, TEDAŞ Özelleştirme İdaresi Başkanlığı (ÖİB) yönetimine devredilmiştir. Söz konusu dağıtım şirketlerinin yeniden yapılandırılmasına, gelir gereksinimlerinin belirlenmesine, kayıp ve kaçak oranlarının belirlenmesine, hesap ayırtmasına ilişkin hazırlık çalışmaları 2006 yılının sonunda bitirilmesine karşılık, ihale aşamasından hemen önce dağıtım özelleştirmesi iptal edilmiştir. Bu ihalenin iptal gerekçesi, her ne kadar hükümet tarafından açık bir şekilde dile getirilmemişse de, özelleştirme sonrası yapılacak yatırımların, bakım-işletme giderlerinin ve kayıp kaçak giderlerinin elektrik tarifelerini yükseltmesinin kaçınılmaz olması ve böylesi bir artışın siyasi açıdan kabul edilemez olduğuydu.

2004 Strateji Belgesinin getirdiği en önemli kazanımlardan biri de geçici dengeleme ve uzlaştırma yönetmeliğinin uygulamaya konulmuş olmasıdır. Amacı elektrik enerjisi arz ve talebinin dengelenmesi olan yönetmelik ilk başlardaki sorunlu uygulamasına

karşın reform sürecindeki önemli adımlardan birisidir.

2004 Strateji Belgesi reform süreci için bir yol haritası sunmuş ve özellikle potansiyel olarak Türkiye’de yatırım yapabilecek özel şirketler olmak üzere piyasa katılımcılarının güvenini arttırmayı amaçlamıştır. Strateji belgesi piyasa oyuncularları tarafından başlangıçta olumlu karşılanmasına rağmen; dağıtım özelleştirmesinin erteleme kararı ve nihai tüketici fiyatlarını kontrol altında tutmaya yönelik müdahaleler piyasa oyuncularının güvenini azaltmıştır. Bu da üretim yatırımlarının yetersizliği sebebiyle arz güvenliği üzerinde olumsuz bir etki yaratmıştır.

Gerçekten de, 2006-2009 yılları arası Türkiye’nin elektrikte arz güvenliğine ilişkin endişeleriyle geçmiştir. Bu durumun temel sebebi ise üretim yatırımlarının yetersizliğiydi. Devlet Su İşleri tarafında inşa edilen hidroelektrik santralleri dışında herhangi bir kamu yatırımı yapılmıyor ve mevcut hidroelektrik santrallerinin kullanım oranları hızla düşüyordu. Yİ ve YİD gibi yatırım modelleri de EPK sonrası artık kullanılmıyordu. Özel sektörün yatırım yapmada çekingen davranmasının en büyük nedeni ise, maliyet esaslı bir fiyatlandırma mekanizmasının olmamasıydı. Gerçekten de elektrik üretim maliyetleri hızla artmasına karşın, 2003-2008 arası yılları kapsayan beş yıllık süreçte elektrik tarifelerinde hiçbir artış yaşanmamıştı.

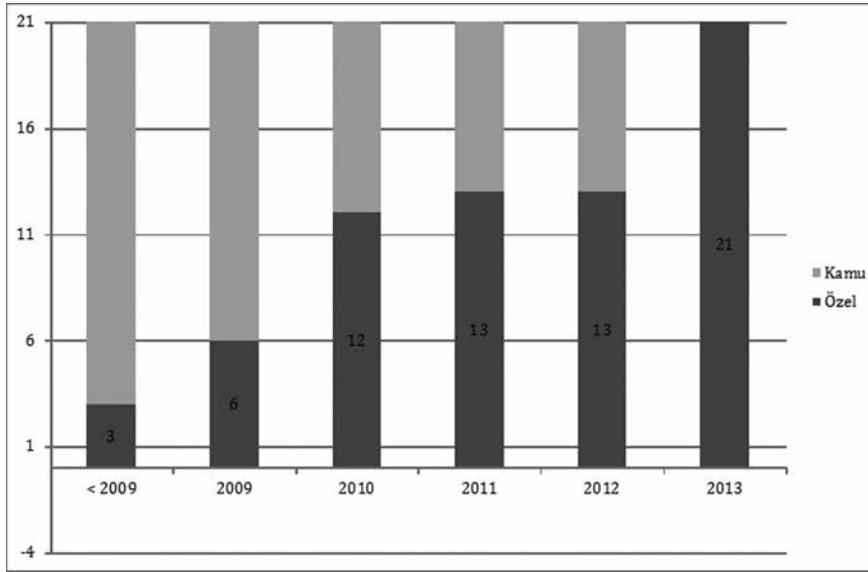
Özellikle 2007 yılında ve 2008 yılının ilk yarısında gerçekleşen yüksek talep artışı sebebiyle elektrikte arz/talep dengesi iyice kötüleşmiştir. Ancak 2008’in ikinci yarısındaki küresel ekonomik kriz sebebiyle elektrik talebi düşmeye başlamıştır. Eğer bu kriz ve sonucundaki talep düşüşü yaşanmasaydı, 2009 yılından itibaren elektrik arzında kısıtlama kaçınılmaz olacaktı. Elektrik açığı riskinin büyümesi, hükümeti 2008 yılının başı itibarıyla ciddi önlemler almaya itmiştir. İlk olarak, elektrik tarifeleri beş yıl aradan sonra ilk kez 2008 yılında önemli ölçüde arttırılmıştır. 2009 yılında “Elektrik Piyasası ve Arz Güvenliği Strateji Belgesi” yayınlanmış ve arz güvenliğinin sağlanmasına yönelik alınması gereken önlemler bu belgede belirlenmiştir. Buna göre, elektrikte arz güvenliğini sağlamak için en önemli adımın dağıtım ve üretim özelleştirmelerinin yapılarak sektörde rekabeti tesis etmek olduğu ifade edilmiştir.

Bu ifade doğrultusunda, özel sektörün yatırım yapma motivasyonunu azaltan fiyatlandırma modeli değiştirilerek, yeni bir maliyet esaslı fiyatlandırma mekanizması onaylanmış ve 2006 yılında ertelenen dağıtım ihaleleri 2008 yılında tekrar başlatılmıştır. Bu sefer, dağıtım şirketleri işletme hakkı devrine dayalı hisse satışı modeli yoluyla özelleştirilmiştir. Bu modele göre, yatırımcı dağıtım şirketinin hisselerinin tek sahibidir, ancak dağıtım şebekesi varlıklarının sahibi değildir. Bu dağıtım varlıklarının mülkiyeti TEDAŞ’a aittir.

Özelleştirilen elektrik dağıtım şirketleri EPDK tarafından verilen dağıtım lisansı kapsamında dağıtım bölgelerinde tekel olarak faaliyet gösterecektir. Anlaşma kapsamında, işletmeciler yatırım yükümlülüklerini yerine getirmek zorundadırlar. Şekil’de gösterildiği üzere, 2009 ile 2013 yılları arasında özelleştirilen bölgelerin sayısı kademeli olarak artmış (2009 öncesinde üç bölge eski özelleştirme modeline göre özelleştiril-

mişlerdir) ve Kasım 2013 itibariyle tüm dağıtım bölgeleri özelleştirilmiştir.

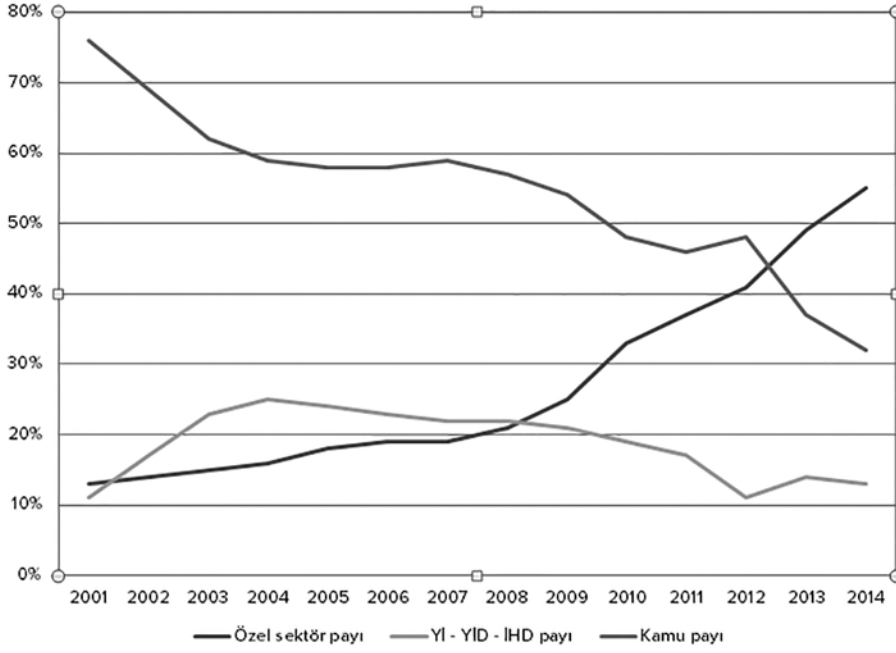
Şekil 3. Dağıtımda Özelleştirmelerin Gelişimi



Kaynak: Özelleştirme İdaresi Başkanlığı Raporu, 2014

Daha önce de bahsedildiği üzere, stratejik olarak dağıtım şirketlerinin özelleştirilmesinden sonra EÜAŞ bünyesindeki üretim tesislerinin özelleştirilmelerine hız verildi. Amaç, tüm termik ve hidroelektrik santrallerinin özelleştirilmelerinin sağlanmasıydı. Özelleştirmede hidroelektrik santrallerin işletme hakları devredilirken, termik santrallerin varlıkları satılacaktı. Linyit veya kömür yakıtlı bir termik santralin özelleştirilmesi durumunda, ilgili kömür veya linyit madenlerinin işletme hakları da devredilecekti.

ÖİB termik santralleri tek tek ve hidroelektrik santralleri de buldukları yerlere bağlı olarak gruplayarak portföy üretim şirketleri olarak özelleştirmeye karar verdi. Üretim özelleştirmesi, portföylerde yer almayan küçük nehir tipi hidroelektrik santraller için ÖİB tarafından yapılan İHD ihaleleri ile başladı ve yapılan üç ihale sonrasında 59 santral özelleştirildi. Daha sonra sırasıyla Hamitabad doğalgaz santrali, Seyitömer linyit santrali, Kangal linyit santrali, Çatalağzı taşkömürü santrali, Yatağan linyit santrali, Yeniköy linyit santrali ve Orhaneli linyit santrali özelleştirildi. Son olarak 22 Haziran 2015'te Soma B linyit santralinin özelleştirilmesi tamamlandı. Şekil 4, özelleştirmeler sonucu yıllar itibariyle elektrik üretiminde kurulu güç bakımından kamu ve özel sektör paylarının gelişimini göstermektedir. 2014 sonunda üretimde özel sektörün payı %55'e ulaşırken, kamunun payı %30'a düşmüştür.



Şekil 4. Kurulu güç bakımından kamu ve özel sektör payları (%)

Kaynak: TEİAŞ Kurulu Güç Raporu, 2014

Özelleştirme süreci devam ederken, Mart 2013 tarihinde 6446 sayılı yeni Elektrik Piyasası Kanunu yürürlüğe girdi. Yeni EPK'nın hazırlanmasındaki temel neden, Eski Kanun'un mevcut haliyle piyasa aktörlerinin ve düzenleyici kurumların 2001 yılından beri kat ettiği bazı fiili gelişmeleri izleyememesidir. Avrupa Birliği mevzuatına uyum ve arz güvenliği sağlayan ve yatırımcıların ilgisini çeken yeni bir piyasa oluşturulması da Yeni EPK'nın hazırlanmasındaki diğer gerekçelerdir.

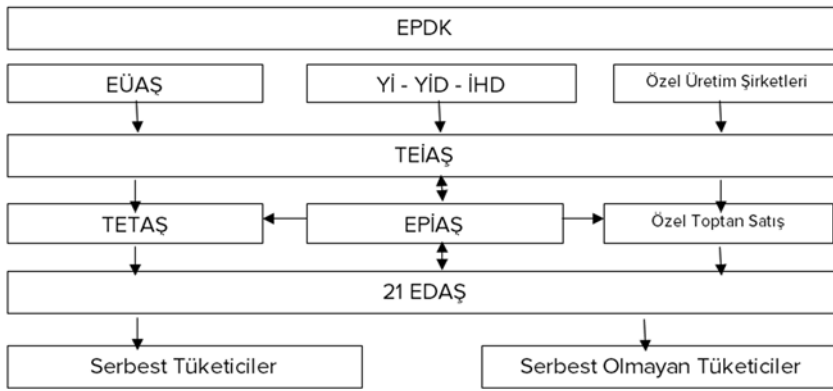
Yeni EPK'nın getirdiği en önemli düzenlemelerden birisi Enerji Piyasası İşletme Anonim Şirketi'nin (EPIAŞ) kuruluşu olmuştur. Kanuna göre, kuruluşuna EPDK'nın öncülük ettiği EPIAŞ toptan satış elektrik piyasalarının işletimi ve bu piyasalarda gerçekleştirilen işlemlerin mali uzlaştırmasını TEİAŞ'tan bağımsız olarak yapacaktır ve bir enerji borsası haline gelecektir. EPIAŞ'ta TEİAŞ ve Borsa İstanbul yüzde 30'ar bir paya sahip olup, kalan yüzde 40 hisse ise piyasa katılımcıları arasında paylaştırılmıştır. Ancak TEİAŞ dengeleme güç piyasası ve yan hizmetler piyasasını işletmeye devam edecektir.

Yeni EPK, TETAŞ ve EÜAŞ'ın sektördeki konumunu da yeniden düzenlemiştir. Yeni EPK öncesinde, piyasada TETAŞ ve EÜAŞ için önemli bir rol öngörülüyordu. Kamuya ait elektrik santrallerine sahip olan ve bunları işleten EÜAŞ'ın yeni üretim yatırımları yapmasına izin verilmiyordu. EÜAŞ, özelleştirmeler sonrası elinde kalacak hidroelektrik santralleri sebebiyle piyasada çok sınırlı bir role sahip olacaktı. TETAŞ ise daha önce bahsedildiği üzere eski TEAŞ'ın YİD, Yİ ve İHD şirketleri ile yapmış olduğu sözleşmelerden sorumluydu. Mevcut sözleşmelerin süresinin sona ermesinden sonra TETAŞ'ın piyasadaki rolü de sona erecekti.

Oysa, yeni EPK ile birlikte, EÜAŞ ve TETAŞ artık piyasada aktif oyuncular durumuna gelmiştir. Yeni kanuna göre, EÜAŞ artık yeni üretim tesisleri inşa edebilir, işletebilir ya da özel üretim şirketlerine ortak olabilir. Bunu yaparken EÜAŞ'ın, piyasadaki diğer özel ve tüzel elektrik üreticileriyle eşit hak ve sorumluluklara sahip olduğu kabul edilmiş ve otoprodüktörlük uygulaması kaldırılmıştır. TETAŞ'ın da aynı EÜAŞ gibi piyasadaki diğer özel toptan satış şirketleriyle eşit hak ve sorumlulukları olduğu kabul edilirken, dağıtım şirketlerine bölgelerindeki kayıp, kaçak ve aydınlatma tüketimlerini telafi etmek için TETAŞ'tan elektrik almak zorunluluğu getirilmiştir.

Yeni EPK ile devlet kurumları olan EÜAŞ ve TETAŞ'ın elektrik piyasasında tekrar aktif oyuncu haline getirilmelerinin 2001'den beri süregelen elektrik piyasasının serbestleştirilmesi yolundaki reformları nasıl etkileyeceğini zaman gösterecektir. Aşağıdaki şekilde Yeni EPK sonrası elektrik piyasasının nihai yapısı gösterilmektedir.

Şekil 5. 2013 EPK Sonrası Elektrik Sektörü Piyasa Yapısı



2.2. EPDK ve Kurumsal Sorunları

EPDK 2001 yılında özerk bir kamu kurumu olarak kurulmuştur. EPDK, EPK'dan kaynaklanan görev yetkilerini Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu (Kurul) vasıtasıyla yerine getirmektedir. Kurul EPDK Başkanı da dâhil olmak üzere dokuz üyeden oluşur. Her üyenin görev süresi altı yıldır. Bir idari özerklik göstergesi olarak, Kurul üyeleri görev süreleri bitmeden görevden alınamazlar. Finansal özerklik göstergesi olarak ise, EPDK'nın faaliyetlerini sektörden alınan ücretlerle finanse etmesi kabul edilmiştir. Bu düzenlemeler, EPDK'nın özerk kurumların olması gereken asgari özelliklere en azından kâğıt üstünde sahip olduğunu göstermektedir. Buna karşın, uygulamada özellikle idari özelliği sınırlandıran birçok sorun ortaya çıkmıştır.

Bu sorunların bazıları EPDK'nın kurumsal yapısıyla doğrudan ilişkilidir. EPDK, kuruluşundan bu yana uzman personel ihtiyacını karşılamak üzere hem diğer kurumlardan uzman transfer etmiş, hem de bir kısım uzmanı kendi içerisinde yetiştirmiştir. Uzman-

lar arasındaki bu farklılık doğal olarak uzmanların davranışlarını da birbirinden farklılaştırmaktadır. Uzman görüşleri konusundaki bu farklılık ve ayrışma, sektörde etkisiz kararların ve sonuçların doğmasına sebep olabilmektedir.

EPDK'nın özerkliği konusunda özel piyasa oyuncularını en çok endişelendiren konulardan birisi de tarifelerin belirlenmesi sürecidir. Normalde üretim ve dağıtımda fiyatları belirleme süreci EPDK tarafından maliyet esaslı bir modele göre gerçekleştirilmektedir. Buna karşın piyasada hâkim olan görüş, tarifelendirme sürecinde hükümet etkisinin güçlü olduğu yönündedir. Maliyet esaslı olmaktan uzak ve şeffaf olmayan tarifeler, özel üretici ve dağıtımçı şirketlerin yeni yatırım süreçlerinde çekingen davranmalarının en önemli nedenidir.

EPDK kuruluş kanununa göre, enerji piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesi Kurum'un kendisinden beklenen en önemli görevdir. Oysaki, tamamen piyasanın regülasyonuna yönelmesi gereken kurum, kendisine verilen birden fazla görev ve yetki ile bir düzenleyici kurum olmaktan çıkmış ve zaman içerisinde adeta bakanlığın bir genel müdürlüğü olarak çalışmaya başlamıştır. Bu durumda, Kurum'un düzenleyici fonksiyonu zaman içerisinde geri planda kalmaktadır. Öyle ki, Kurum yakın zamana kadar akaryakıt istasyonlarının eşantıyon ya da hediyelik eşya gibi promosyon uygulamaları konusuna dahi müdahil olmak zorunda kalmıştır. "Aşırı regülasyon" problemine işaret eden bu uygulamalar EPDK'nın asli görevlerinden uzaklaşmasına neden olmakta, piyasanın serbestleşmesi ve rekabete açılması gibi çok daha önemli amaçların ikinci plana atılmasına neden olmaktadır. Aşırı regülasyondan korunmak için regülasyon amaçlarının açıkça tanımlanması ve sayısının sınırlandırılması gerekmektedir. Eğer regülasyon aşırı olursa veya akaryakıt promosyonları örneğinde olduğu gibi uygun olmayan amaçlar üzerinde odaklaşırsa, toplum üzerine maliyet yükler ve zamanla bu maliyetler regülasyonun faydalarını aşacak düzeye ulaşır.

Başka bir sorun, gerçekleştirilen regülasyonların işlem maliyetlerinin de gittikçe artmasıdır. Şirketlerin EPDK'ya ilettikleri veri ve bilgilerin doğruluğu konusunda oluşan şüpheler, şirketlerden daha ayrıntılı ve kapsamlı bilgiler istenerek çözülmeye çalışılmaktadır. Oysaki, İngiltere elektrik regülasyonunda, güdü regülasyonu modeli revize edilerek, girdiler yerine çıktılar üzerine kurulu bir sisteme geçilmiştir. Buradaki temel hedef, regülasyon kurumunun sürekli şirketleri izleyen ve denetleyen bir konumdan çıkararak, bu şirketlerin daha kolay gözlemlenen araçlar ile takip edilmesini sağlamaktır. Başka bir deyişle EPDK, firmaların çıktılarını kontrol etmeye daha fazla yönelmelidir. Bu tarz bir reform, EPDK'yı bürokratik sorunlardan kurtarabilecek ya da bürokratik sorunlarını azaltabilecektir. Böylece, hem siyasi baskı azalacak, hem de, sektörün denetlenmesine dönük işlem maliyetleri azalacaktır. Böyle bir dönüşüm, aynı zamanda hukukun üstünlüğünün sektörde yerleşmesine pozitif bir etki yapacaktır.

2013 yılında çıkarılan yeni EPK, EPDK'nın kurumsal sorunlarına bir yenisini daha eklemiştir. Kanuna göre, EDAŞ'ların performansının denetimi sorumluluğu EPDK'dan alınıp Enerji Bakanlığı'na verilmiştir. Aslında denetimler sonucunda son kararı verecek

kurum EPDK olmasına rağmen, Kurum'un düzenleme yetkilerinin azaltıldığı ve hükümetin piyasa sürecine daha fazla müdahil olduğu konusundaki endişeleri arttırmıştır. Özelleştirme sürecinde hükümet elektrik dağıtım şirketlerine hükümetin tam desteğine sahip olacakları hususunda güvence vermiştir. Ancak EPDK'nın dağıtım şirketlerini düzenlemeye tâbi tutma yetkisini azaltmak bu güvencenin bir parçası olamaz.

Lindemann ilk bölümde bahsedilen çalışmasında, beklenenin aksine regülasyon otoritesinin bağımsızlığı ile sektörün serbestleşmesi arasında ters yönlü bir ilişki olduğunu savunmaktadır. Bu bulgu, neo-klasik iktisadın regülasyon reformları için kullanılan modellerinin kurumsal faktörleri dikkate almadığını ve yeni kurumsalcı düşüncenin savunduğu gibi, regülasyon otoritelerinin düzenleyici taahhüt sorununu aşmadığını göstermektedir. Ülkemizde de benzer bir durum yaşanmaktadır. EPDK'nın en başında kurulmasındaki hedefler siyasi etkilerin azaltılması ve teknik kapasitenin sektörün geleceğine dönük kararlarda daha fazla etkili olmasını sağlamak olmuştur. Ancak, zaman içerisinde, piyasada serbest bırakma yerine daha çok kontrol etme durumu baskın olmaya başlamıştır.

2.3. Yabancı Yatırımlar ve Hukukun Üstünlüğü

Doğrudan yabancı yatırımların sektördeki varlığı ile serbestleşme doğru orantılıdır. Oysaki hükümetlerin tercihi çoğu zaman bu sektördeki önemli yatırımların ulusal sermayenin elinde kalması yönünde olmaktadır. (Domenico, 2007) Bu duruma karşın, Türkiye'nin 2001'den beri sürdürdüğü elektrik reform programı çeşitli yabancı şirketlerden yatırım çekmeyi başarmıştır.

Çek Cumhuriyeti'nden CEZ ve Almanya'dan E.ON (Avusturya'dan Verbund'tan devraldı) yerli şirketler ile ortak olarak elektrik üretimine katılmıştır. CEZ ve E.ON'a ek olarak, başka altı yabancı şirket daha Türkiye'de elektrik üretmektedir: Suudi Arabistan'dan ACWA, Fransa'dan EdF Energies Nouvelles ve ENGIE (daha önce GdF Suez), Almanya'dan EnBW, Avusturya'dan OMV, ve Norveç'ten Statkraft. (Dünya Bankası, 2015) Bunların çoğu yerli şirketler ile ortak olarak ve hepsi de uzun vadeli devlet garantili sözleşmeler olmadan faaliyet göstermektedir. Dağıtım piyasasında ise, günümüzde herhangi bir yabancı sermaye yatırımı mevcut görünmemektedir.

Tablo 1'de elektrik üretiminde yabancı şirketlerle kurulan ortaklıklar, yabancı hisse miktarı, toplam yatırım miktarı ve menşei ülke gösterilmektedir.

Tablo 1. Elektrik Üretim Sektöründe Yabancı Sermaye

Ortaklık	Alınan Hisse	Yatırım Miktarı (Milyon)	Ülke
Verbund-EnerjiSA	%49,99	327 \$	Avusturya
GE-GAMA	%50	-	ABD
Evonik-OYAK	%50	-	Almanya
RWE-Turcas	%70	500 €	Almanya
CEZ-Akkök	%37,4	-	Çek Cum.
AES-KOÇ	%49,6	136 \$	ABD
Hotrock-ENDA	%100	110 €	Almanya
Statkraft-Global	%100	376 \$	Norveç

Not: -: Yatırım miktarı bilinmemektedir.

Öte yandan, proje finansmanı sağlayan yabancı bankalar da yatırımları dolaylı olarak da desteklemektedir. Bu bankalar arasında BNP Paribas, BPCE, Deutsche Bank, Erste Group, MUFG, Raiffeisen, Société Générale ve Unicredit yer almaktadır. Avrupa İmar ve Kalkınma Bankası (EBRD), Avrupa Yatırım Bankası (EIB) ve Uluslararası Finans Kurumu (IFC) da enerji sektöründeki yatırımlar için finansal taahhütlerde bulunmuşlardır. (Dünya Bankası, 2015)

Tüm bu yatırımlara karşın, yabancı yatırımcıların ve dış finansmanın özellikle önemli düzeyde özel sektör yatırımının yapıldığı elektrik sektöründe, nispeten küçük bir doğrudan rol oynadığı söylenebilir. Eğer elektrik sektöründeki reformlar sürerse, yabancı şirketlerin, üretim ve muhtemelen dağıtım sektörlerinde de hisse alımı yoluyla gelecekte daha önemli bir rol oynayacağı beklenebilir.

Elektrik sektöründe yabancı yatırımların varlığı ile hukukun üstünlüğü arasındaki nedenselliğin yönünü belirlemek kolay değildir. Bir tarafta, hukukun üstünlüğü, sermaye girişini teşvik ederken, diğer yanda, yabancı sermayenin varlığı ve çıkma olasılığı, ülke içinde hukukun üstünlüğünün yerleşmesinde olumlu bir etkiye yol açabilmektedir. Buna karşın, nedenselliğin yönü ne olursa olsun, hukukun üstünlüğü ile yabancı yatırımlar arasındaki korelasyon, birçok ülke örneğinde olduğu gibi, pozitifdir.

2.4. Siyasi Bir Mal Olarak Elektrik

Düzenleyici taahhüt sorunuyla ilgili kısımda anlatıldığı üzere, elektrik hiç bir ülkede saf bir iktisadi mal olarak görülmemektedir. Ekonomik etkinlik nedeniyle, bazı zamanlarda bazı bölgelere elektrik hizmetinin sunulmaması etkin olabilir. Ancak, kamu hizmeti

özelliği ve siyasi sonuçları nedeniyle hükümetler hemen her koşulda elektrik hizmetini sunmak istemektedirler. Elektriğin normal bir mal olarak düşünülmesi durumunda, şebeke dışsallıkları gibi pek çok boyutun göz ardı edilmesi gerekecektir.

Elektriğin saf bir iktisadi mal yerine siyasi bir mal olması, birkaç temel iktisadi göstergeyen hareketle ele alınabilir:

1. Fiyatlar iktisadi güdülerle uyumlu bir şekilde hareket etmekte midir?
2. Piyasa gücü rekabetçi davranışlarla sınırlandırılabilenekte midir?
3. Giriş ve çıkış serbestisi var mıdır?

Başta ilk soru olmak üzere bu sorulara verilecek cevaplar, söz konusu mal ya da hizmetin ne ölçüde iktisadi mekanizmalara bırakılabileceğini göstermektedir.

Elektriğin siyasi bir mal olma özelliğini daha iyi anlayabilmek için, düzenleyici taahhüt sorununu daha ayrıntılı bir şekilde ele almak gerekmektedir.

2.5. Elektrikte Düzenleyici Taahhüt Sorunu

Hukukun üstünlüğünün elektrik piyasalarındaki önemini daha iyi anlayabilmek için bu piyasaları diğer piyasalardan ayıran özellikleri dikkate almak gereklidir. (Holburn ve Spiller, 2002) Elektrik endüstrisi, diğer endüstrilere göre üç temel farklılığa sahiptir.

İlk olarak, bu sektörde üretim süreçleri büyük ölçeklidir ve batık maliyetlere dayanmaktadır. Yatırımlar bir kere yapıldıktan sonra, başka alanlara kaydırılması oldukça yüksek maliyetlere yol açmaktadır. Bir hidroelektrik santral ya da termik santralin batık maliyetleri oldukça yüksektir. Batık maliyetlerin yüksekliği, bu sektörde varlıkların spesifikleşmesine ve fırsatçılığın göreceli olarak daha yüksek olmasına neden olmaktadır. Her ne kadar, son dönemde batık maliyetlerin oranı önemli ölçüde azalsa da, varlıkların sektöre bağımlılığı değişmediği için, rekabetçi bir yapıya dönüşmesi zor gözükmektedir. Elektriğin sadece üretimi değil, dağıtımı ve perakende satışı da yüksek batık maliyetler gerektirmektedir. Elektrikte batık maliyetler, işletme maliyetlerinin içinde yer almadığı için, firmalar sabit maliyetlerini karşılayamasalar bile üretime devam etmekte istekli olmaktadır.

İkinci olarak, bu sektörde, ölçek ve kapsam ekonomileri önemli yer tutmaktadır. Bu nedenle, rekabetçi bir piyasaya göre daha az sayıda firma bu piyasalarda yer almaktadır. Elektrik sektörünün iktisadi olarak doğal tekel özelliklerini hala taşıyor olması, bu sektörde üretimin zorunlu olarak büyük ölçekli yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Teknolojideki ilerlemeler, etkin ölçek büyüklüğünü aşağıya çekmektedir. Ancak bu değişim yavaş olmaktadır. Ayrıca hemen tüm dünyada etkinlik ön plana yeterince çıkamamaktadır.

Üçüncü olarak, elektrik tüketimi tüm topluma yayılmıştır. Toplumdaki herkes elektrik tüketmektedir. Elektriğin arzının yetersizliği ve sürekli sunulamaması, politik süreçleri

etkileyebilmektedir. Hükümetler, toplumdaki çıkar grupları ve bireyler, elektrik tarifeleri konusunda oldukça hassastırlar. Hükümetlerin elektriğin kesilmesinin siyasi maliyetinin yüksekliğini dikkate alarak, bir servet transferine yol açsa da, sektörde aşırı yatırımı teşvik etmektedirler.

Elektriği diğer sektörlerden ayıran özellik, bu üç unsurun bir arada olmasıdır. Herhangi bir sektörde unsurların bir ya da ikisinin bir arada olması sorun yaratmazken, üçünün bir arada olduğu sektörler hukukun üstünlüğü açısından daha hassas olmaktadır. Regülasyon süreçlerinde hukukun üstünlüğünün sağlanması bu nedenlerin bir arada olmasından dolayı güç olmaktadır.

Sektördeki en temel sorunlar, kararların salt iktisadi ilkeler çerçevesinde verilememesi nedeniyle ortaya çıkan fırsatçılık olarak görülebilir. Regülasyon otoriteleri ve hükümetler, tarifeler ve diğer düzenlemeler yoluyla firmalar sağladıkları güvenceleri, siyasi nedenle geri alma isteğinde olabilmektedirler.

İleriki bölümlerde ele alınacağı gibi, devletin fırsatçılığı her zaman şirketlerin varlıklarına el koymak ya da izinlerini iptal etmek yoluyla olmamaktadır. Yaygın bir yöntem, şirketlerin, batık maliyetlerinden dolayı sektörün dışına çıkamayacağı düzeye kadar tarifeleri indirmek gibi dolaylı yöntemleri kullanmak şeklinde olabilmektedir. Ancak, regülasyon otoritelerinin ve hükümetlerin fırsatçılığı, firmaları yeni yatırımlar yapmaya ve sadece mevcut şebekeyi işletmeye yönlendirmektedir. Latin Amerika tecrübesi bu yaklaşımın pek çok örneğini göstermektedir. Türkiye’de de benzer eğilimlerin gözlenmesi beklenmelidir.

Latin Amerika tecrübesi göstermektedir ki, regülasyon politikasının merkezi otoritenin kontrolünde olduğu ülkelerde, regülasyon sürecine yapılan siyasi müdahalelerin kurumsal maliyetleri düşük olmaktadır. (Spiller ve Tomassi, 2005) Böyle bir ortamda, hükümetlerin doğrudan müdahalelerinin olasılığının artması, sektörün uzun dönemli yatırımlardan, zorunlu olmadıkça kaçacağını göstermektedir.

Elektrik sektöründe, hukukun üstünlüğü önündeki temel bir sorun devletin fırsatçılığıdır. Şirketler, sektöre halihazırda yatırım yaptıkları için ve sektörden çıkmaları güç olduğu için, hükümetler, şirketlerin aşırı kar elde ettiğini düşündüğü durumlarda müdahale edebilmektedir. Bu müdahaleler her zaman, şirketlere el koyma şeklinde olmamaktadır. Daha ziyade, şirketin üretim kararı, değişken maliyetlerine bağlı olduğu ve yüksek düzeyde batık maliyetler söz konusu olduğu için, hükümetler, firmaların uygulayabilecekleri fiyatları değişken maliyetlere kadar indirebilmektedir. Bu durum, şirket için sektörden çıkmaktan daha avantajlı olduğu sürece, devletin fırsatçılığı başarıyla uygulanabilmektedir. Ancak bu durum karşısında, şirketler yatırım yapmaktan kaçmakta ve sadece işletmeciliğe ve kısa dönemli kar elde etme amacına yönelmektedir.

Devlet kısa vadede istediği düşük fiyat seviyesini koruyabilmektedir. Ancak, elektriğin kamu hizmeti olarak sunulmasındaki gerekçelerden uzaklaşmaktadır. Bu uygu-

lamanın uzun vadede sonucu, kamu sahipliğinin tekrar geri dönmesidir. Sektörde yatırımlar azaldıkça, kalite düşecektir. Hükümet, hizmet kalitesini korumak için, ya sektördeki şirketlere alternatif gelir kaynakları sağlayarak, yatırımların devamlılığını sağlayacaktır. Ya da, zaman içerisinde serbestleşmeden geri adım atılarak, tekrar kamu işletmeciliği piyasada hâkim olmaya başlayacaktır.

Gelişmekte olan ülkelerde, özelleştirme sonrası dönemde, genellikle, üretim ve dağıtımda, yabancı şirketlere yer verilmek istenmemektedir. Bunun nedenlerinin başında, hükümetlerin yabancı şirketleri kontrol etme imkânlarının düşüklüğüdür. Sektörde yabancı sermayenin büyüklüğü, pek de beklenmeyen bir şekilde, hukukun üstünlüğünün güvencesi haline gelebilmektedir.

Hükümetlerin yapısı ile düzenleyici sürecin bağımsızlığı arasındaki ilişki üzerine önemli bir çalışma Spiller ve Urbiztondo (1994) tarafından yapılmıştır. Bu çalışmaya göre, bölünmüş hükümetlerin olduğu dönem ve ülkelerde (koalisyon hükümetleri başta olmak üzere), bağımsız düzenleyici otoriteler daha yaygındır. Yasama ile yürütmenin beraber hareket ettiği güçlü hükümetlerde ise, bürokratik yapı üzerindeki kontrol daha güçlü olmaktadır. Bu sistemlerde, düzenleyici otoritelere yapılan atamalar siyasi ağırlıklı olmaktan ziyade teknik özelliklere ağırlık vermektedir. Bu sonuç, ilk başta beklenenden farklı gibi gözükmemektedir. Ancak, güçlü hükümetler, meclis üzerindeki kontrolleri sayesinde, düzenleyici otoriteleri de kontrol edebildikleri için, bu otoritelere teknik kapasitesi yüksek personeli atamak konusunda daha istekli olmaktadır. Düzenleyici kurumun sınırları, yasama ve yürütme ile kontrol edilebildiği sürece, içeriden kontrol daha az öneme sahip olmaktadır. Ayrıca, düzenleyici otoritelerdeki teknik personel, siyasi tercihlerle daha uyumlu çalışmaktadır. Bu bulgular, Türkiye'nin son onbeş yıldaki deneyimiyle de uyumludur.

Regüle edilen endüstrilerde düzenleyici taahhüt sorunu siyaset ve ekonomi arasındaki ilişkinin görülebilmesi açısından önemlidir. Özellikle, elektrik üretiminden tüketimine doğru sürecin, kamu sahipliğinde olduğu durumdan, özelleştirme yoluyla serbest piyasaya geçilmesiyle birlikte pek çok ülkede, kamu otoritelerinin davranışlarının nasıl şekilleneceği önemli bir rol oynamaktadır.

Hukukun üstünlüğü, toplumda güç sahibi grupların sayısının artmasıyla gerçekleştirildiği için, bağımsızlığın artması sektörde hukukun üstünlüğünün sağlanmasında bir rol üstlenebilmektedir. Siyaset ile regülasyon ilişkisi açısından en temel bulgulardan bir tanesi, regülasyon süreçlerinin siyasetten bağımsızlığının koalisyon hükümetleri dönemlerinde daha yaygın görülmesidir. Bu bulgu, raporun başında ele alınan hukukun üstünlüğünün temel unsurları açısından da önemlidir.

Siyasi güce sahip grupların arasında göreceli bir güç dengesinin varlığı, hukukun üstünlüğünün sağlanmasını, alternatif duruma göre kolaylaştırmaktadır. İktidarın birden fazla siyasi partinin katıldığı koalisyon hükümetleri tarafından elinde olması, bu partilerin, bağımsız regülasyon otoritelerine daha fazla alan bırakmasına neden olmaktadır. Aksine, güçlü tek parti iktidarlara, regülasyon kurumlarının bağımsızlığı önünde

önemli engeller oluşturmaktadır.

Benzer bir tecrübenin Türkiye’de de yaşandığı söylenebilir. Sektör spesifik kurumlar, ilk kuruldukları koalisyon hükümeti döneminde, daha fazla bağımsız iken, güçlü tek parti iktidarı döneminde, ilk kuruldukları döneme göre, siyasetten daha fazla etkilenir hale gelmişlerdir. Elektrik pek çok özelliği ile iktisadi mallardan farklılaşmaktadır. Elektrik piyasasında hukukun üstünlüğü ve regülasyon otoritesinin bağımsızlığı düşünülürken, elektriğin hiç bir zaman iktisadi bir mal olarak düşünülmediği göz ardı edilmemelidir.

Türkiye’de elektrik dağıtım sektöründeki özelleştirmelere bakıldığında, özel şirketlerin dağıtım bölgeleri için ödedikleri bedellerin oldukça yüksek olduğu yaygın şekilde ifade edilmektedir. Bunun bir sonucu olarak da, pek çok dağıtım şirketi, döviz borçlarından dolayı, sıkıntı içerisinde. Bu sonuçlar da ihale modellerinin etkinliği hedefleyen bir şekilde dizayn edilmediğini göstermektedir. Dağıtım şirketlerinin toplamda, gerçek piyasa değerlerinin yüzde 50 üzerinde bir bedel ödedikleri iddia edilmektedir. Böyle bir sonuç, kamu malı ile özel mal arasındaki ayrımın uygulamadaki önemini göstermektedir.

Daha önce ele alındığı üzere, regülasyon otoritesinin batık maliyetleri göz ardı eden davranışlarına örnek olarak dönemsel tarifeler verilebilir. Türkiye’de elektrik dağıtım tarifeleri uzun dönemli olarak belirlenmektedir. En son 2015 yılı sonunda 2016-2020 yılları için bu tarifeler EPDK tarafından onaylanmıştır.

Tarife metodolojisi açısından bakıldığında, düzenleyici otoritenin bir tarafta, tüketicileri korumak adına, elektrik dağıtım şirketlerine (EDAŞ) fazla kar bırakmama eğiliminde olduğu, diğer yanda ise, dağıtım şirketlerinin devamlılığını sağlamaya çalıştığını söylemek mümkündür. Bu iki amaç arasında bir denge sağlamaya çalışan EPDK, tarifeleri belirlerken, batık maliyetlerin ekonomik kararlarda bir etkisi olmadığı için, firmaları daha etkin olmaya zorlayacağı düşünülen bir seviyede tarifeleri belirlemiştir.

Tarifeler, EDAŞlar ile, EPDK arasında bir sözleşmedir ve düzenleyici bir taahhüttür. Şirketlerin yatırım kararlarını verirken, EPDK’nın taahhüdüne uyacağı ve tarife dönemi içinde yeni kararlar alarak, taahhüdünden vazgeçmeyeceği varsayılmaktadır. Eğer, EDAŞlar, EPDK’nın taahhüdüne uymayacağını düşünürlerse, yatırım kararlarını ertelemeye başlayacaklardır. Nitekim, bir önceki tarife döneminde, EDAŞların bir kısmı yapmaları zorunlu olan yatırımları geciktirme eğilimine girmişlerdir.

Dağıtım sektöründe hukukun üstünlüğünün sağlanabilmesi, EPDK’nın kararlarını tarife dönemi içinde oyuncular aleyhine değiştirmemesi, düzenleyici taahhütlerine uyması ve siyasi fırsatçılığı engellemesiyle mümkün olacaktır.

2.6. Üretim ve YEKDEM Sorunu

Türkiye elektrik üretim sektöründe son bir yılda yapılan üretimin kaynaklara göre dağılımı Tablo 2’de verilmektedir. Tablodan da anlaşılacağı üzere, doğal gaz üretimde en büyük girdiyi oluşturmaktadır. Onu, kömür ve hidroelektrik santralleri takip etmektedir.

Üretimin rekabetçi bir piyasaya geçebilmesi için, elektrik borsasının tam olarak işlerliğe geçmesi ve piyasadaki işlemlerin önemli bir kısmının serbest piyasa yoluyla yapılması gereklidir. Ancak, elektriğin depolanamaması nedeniyle, arz ve talebi dengeleyici mekanizmaları güçlü bir şekilde yerleştirebilmek zordur. Bu nedenle, ülkemizde ikili anlaşmalar elektrik piyasasında hala önemli bir yer tutmaktadır.

Sektörün rekabetçi bir yapıya dönmesindeki temel bir sorun, EPDK’nın ilk kurulduğu günlerden beri varlığını sürdüren ikili anlaşmalar sorunudur. EPDK öncesi dönemde yapılan satın alma garantili alım sözleşmeleri, sektörün rekabetçi bir yapıya sahip olmasını zorlaştırmıştır. İkili anlaşmaların zaman içinde azalması beklenirken, bu gerçekleşmemiştir. Sektörün doğası gereği karşı karşıya kaldığı riskleri regülatif araçlar ile azaltma ya da ortadan kaldırma isteği, firmaları düzenleyici süreç yoluyla karlarını koruma çabasına itmektedir.

Bunun son dönemdeki güzel bir örneği, yenilenebilir enerji kapsamındaki firmalardır. Ülkemizde yenilenebilir enerji kaynaklarının desteklenmesi ve geliştirilmesi politikasının bir aracı olarak, güneş ve rüzgar gibi kaynaklara yatırımın teşvik edilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, maliyetlerin yüksekliği nedeniyle, firmalar daha düşük maliyetli üretim alternatiflerini tercih etmektedirler. Bu da yenilenebilir kaynaklara yatırımların sınırlı kalmasına ve maliyetlerin düşme sürelerinin gittikçe uzamasına yol açmaktadır. Devletin, bu alanda öncü rol oynaması, şirketlerin rekabetçi fiyat ve maliyet düzeylerine daha kısa zamanda inebilmelerini teşvik etmektedir. Kısaca YEKDEM olarak bilinen, Yenilenebilir Enerji Kaynakları Destekleme Mekanizması sürecinde, ilk başta rüzgar ve güneş enerjisi gibi sektörlerle ağırlık vermek üzere kurulmuştur. Ancak, 2016 yılına gelindiğinde YEKDEM’e kabul edilen firmaların sayısındaki büyük artış, sürecin rekabet önünde bir engel olma olasılığını da ortaya çıkarmıştır. 10 yıl süreyle alım garantisi veren bu sözleşmeler, kapasitenin, talebin üzerinde olduğu durumlarda, tüketicilere ödeyeceği maliyetin üretilen elektriğin marjinal maliyetinin çok üstünde oluşmasına neden olacaktır. Ayrıca, ürettiği elektriği serbest piyasada oluşacak fiyattan üzerinden alım garantisi alan firmaların etkinlikten uzaklaşma eğiliminde olacağı da açıktır. Sektörde oluşan fiyattan gerçek maliyetleri yansıtmaması bu açıdan da güçleşmiş olacaktır.

Alım garantili sözleşmelerin artması, gelecekte, bu şirketlerin devlete ödedikleri bedellerin, büyük ölçüde artırılması riskini de beraberinde getirmektedir. TEİAŞ ve TEDAŞ gibi devlete ait şirketlerin, üreticiler, EDAŞlar ve diğer özel sektör şirketlerinden değişik adlarla aldıkları bedeller, bu sektörlerde oluşabilecek aşırı karlılıkları önlemek için kullanılabilir.

Elektrik üretim sektörünün önemli sorunlarından birisi, BOTAŞ'ın doğal gaz fiyatlarını maliyet temelli olarak belirlememesidir. Türkiye'de elektrik üretiminin önemli bir kısmı doğal gaza bağımlıdır. Doğal gazın toplumda belirli bir kesime ithal fiyatının altında verilmesi ile, bir başka kesimin ortaya çıkan maliyeti üstlenmesi gerekmektedir. Devletin, doğal gazı sübvansede edilmiş fiyatlarla satması, bir piyasadaki etkinsizliğin başka piyasalara da yansımaya yol açmakta ve sektörde etkinliğin sağlanabilmesini zorlaştırmaktadır.

Tablo. 2. Türkiye'de Elektrik Üretim Kaynaklarına Göre Dağılımı
(30.01.2016 itibariyle, son bir yıl)

Doğal gaz	97.507.970	37.48 %
Kömür, Linyit	69.682.788	26.79 %
Hidrolik	67.476.024	25.94 %
Rüzgar	11.758.081	4.52 %
Jeotermal	3.397.379	1.31 %
Diğer Termik	10.319.051	3.97 %

2.7. Dağıtım ve Tarifeler

Türkiye'de elektrik dağıtımını 21 bölgeye ayrılmış ve özel tekeller tarafından sağlanmaktadır. 2000li yılların başlarında başlayan dağıtım özelleştirmelerinde sona gelinmiştir. Bugün, tüm dağıtım bölgeleri özelleştirilmiştir. Özelleştirme sürecinde yapılan ihaleler ile dağıtım şirketleri, hizmet sundukları bölgelerde, gerekli yatırımları yapmakla yükümlüdürler. Özelleştirme sürecinde ortaya çıkan sorunlar büyük ölçüde, sektöre ilişkin verilerin yeterli olmamasından kaynaklanmıştır. Veri sorunu, sektörün resminin tam olarak çekilebilmesini güçleştirmiştir.

Güdü regülasyonunun temel amacı, şirketlerin bireysel amaçları ile kısa ve uzun dönemli düzenleyici amaçları uyumlaştırmaktır. Regülasyon sürecinin temel sorunu şirket ile düzenleyici otoritenin, şirketin faaliyetlerine ilişkin bilgi düzeyinin farklı oluşudur. Eğer, kamu otoritesi tam bilgiye sahip olabilseydi, tarifelerin belirlenmesi ve diğer düzenlemeler herhangi bir sorun teşkil etmezdi. Devletin sahip olduğu bilgi düzeyinin sınırlılığı, kamu otoritesinin şirkete karşı tereddütlü davranmasına yol açabilmektedir. Güdü regülasyonunun uygulanma sebebi ise, söz konusu bilgi farklılığının olumsuz etkilerinin en aza indirilmesidir.

Etkinliğin sağlanması için uygulanan güdü regülasyonu, devletin şirkete karşı güvensiz olduğu durumlarda, aşırı regülasyona ve gelir gereksinimi hesaplamalarının aşırı

kısıtlayıcı şekilde yapılmasına yol açmaktadır. Şirketlerin devletten bilgi sakladığı ve karlarını suni şekilde düşük gösterdiği düşüncesi, regülasyon otoritelerinin şirketlerin uzun dönemli davranışları üzerinde belirleyici olabilmektedir. Bu algının varlığı, regülasyonun etkinliği önünde önemli bir engel oluşturmaktadır. Zira, düzenleyici otorite, şirketi aşırı kar hırsı peşinde gördüğü zaman, onun etkin çalışmasına müsaade etmeyecek bir tarife yapısını zorla uygulatma eğilimine girebilmektedir.

Düzenlenen tarife yapısı içerisindeki önemli bir konu, şirketin kontrol edebildiği ve edemediği maliyetler üzerinde oluşmaktadır. Ülkemiz ile benzer zamanlarda elektrik dağıtımında güdü regülasyonu uygulamaya başlayan Romanya için yapılan bir çalışmada, maliyetlerdeki düşme şirket kontrolünde olan giderlerde gerçekleşmektedir. Bu durum, başta İngiltere olmak üzere, gelir tavanı modelini uygulayan tüm ülkelerde de görülen bir eğilimdir. Gelir tavanındaki maliyet kazanımlarının şirketin kontrolünde olan giderlerle ilişkilendirilmesi bu açıdan da önemlidir. Regülasyon iktisadi açısından, bu faktörler için belirlenecek eşik değerlerinin gerçek değerlere yakın olması gerekmektedir. Şirket kontrolünde olmayan maliyet unsurlarının şirketleri kontrol etme aracı olarak görülmesi regülasyonun etkinliğini olumsuz etkilemektedir.

Bu tür uygulamalar, “güdü regülasyonu”nun gittikçe daha fazla “getiri oranı regülasyonu”na dönmesine yol açmaktadır. Getiri oranı regülasyonunun altında yatan ilke ise, şirketin gelirleri üzerinde baskı kurarak firmaların sermaye yatırımları karşılığında sadece düzenleyici kurumun belirlediği bir getiri elde etmelerini sağlamaktır. Şirketin maliyetlerini düşürme ve daha verimli olma konusundaki güdüsü düzenleyici kurumun bu davranışı ile zayıflatılmaktadır. Bu ise ilk başta gelir tavanı uygulamasına gidilmesinden beklenen faydanın gittikçe ortadan kalkması sonucunu doğuracaktır.

Tarifeler girdiler üzerine kurulu olduğu için sektörde EPDK, EDAŞ’ların peşinde, onların açıklarını arayan bir yapıya bürünmektedir. Hâlbuki, çıktı temelli bir regülasyon sistemi, EPDK’yi regülasyon otoritelerinin en sık karşılaştıkları bu sorundan kurtulma konusunda yardımcı olacaktır. Bir şirketin girdilerinin kontrol edilmesi üzerine kurulu olan sistem, piyasanın rekabete doğru evrilmesini teşvik etmemekte, sektörde varolan regülatif kısıtların kurumsallaşmasına yol açmaktadır.

Elektrik piyasalarında, kamu sahipliğinden rekabetçi bir piyasa yapısına geçişte uygulanan piyasa modeli güdü regülasyonu üzerine kuruludur. Bu yöntemde, belirli dönemler için yapılan tarifeler ile, dağıtım şirketlerinin verimliliklerini tarife dönemi boyunca artırmaları ve bu verimlilik artışlarını kazanç olarak ellerinde tutmaları esastır.

Hukukun üstünlüğünün yerleşebilmesi açısından sektördeki sorunlardan birisi, EPDK’nın tarife dönemi içerisinde daha önce onaylanmış tarifelerde değişikliğe gitmesidir. Bu değişiklikler, tarife değişikliği adı altında yapılmamaktadır. Bir örnek vermek gerekirse, yaygın şekilde yargıya giden bir uygulamada EPDK tarifeleri uygulama dönemi içerisinde değiştirmiştir. Tarifedeki değişikliği ‘açıklama’ adı altında yapmış ve dağıtım şirketleri bu durumu yargıya taşımışlardır. Hukuki tanım olarak, şirketlerin gelirlerinde azalmaya yol açan bu uygulamanın tarife değişikliği olarak kabul edilme-

sinden bağımsız olarak, ekonomik olarak şirketlerin, EPDK'nın davranışı karşısında belirsizliğin arttığını düşünmeleri, sektörde bir düzenleyici taahhüt sorunu olduğunun göstergesidir.

Dağıtım sektörünün önemli bir diğer sorunu, verilerin gerçeklerle her zaman örtüşmüyor olmasından kaynaklanmaktadır. Örneğin, Türkiye'deki toplam abone sayısı 2015 rakamlarıyla 36 milyon düzeyindedir. Bu rakam gerçekçi olmaktan uzaktır. Bölgesel bazda dağıtım şirketlerinin resmi abone sayıları ile, gerçek abone sayılarının uyumlu olmadığı da bilinmektedir. Abone sayısının dışında, kayıp-kaçak oranlarından, trafo sayılarına kadar verilerin gerçekçi olmadığı yaygın şekilde kabul edilmektedir. Bu durumda, sektöre dönük tarifelerin de gerçekçi olabilmesi zorlaşabilmektedir. Bir örnek vermek gerekirse, bir şirketin trafo sayısı 10,000 olarak açıklanıyor, ama gerçekte 8,000 ise, tarife dönemi içerisinde bu rakamı değiştirmenin pek çok sonucu olabilmekte ve taraflar değişik nedenlerle bu rakamları düzeltmek istemeyebilmektedir.

Sektördeki bu sorunlar, dağıtım bölgelerindeki altyapı problemlerinden, teknik kayıplar ve dağıtım bölgelerindeki kaçak kullanımlardan kaynaklanan sorunların çözülebilmemesini de güçleştirmektedir.

Serbestleşmenin temel amaçlarından bir tanesi teknik kayıpları ve kaçak kullanımı azaltmak olmuştur. TEDAŞ (2012) raporunda işaret edildiği üzere teknik kayıplar ve kaçak kullanım en önemli problem olarak görünmektedir. Hukukun üstünlüğünün ve regülatif sürecin bağımsızlığının kurumsallaşabilmesi açısından önemli olan kayıp-kaçak konusu ileride daha ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

2.8. Elektrik Bir Kamu Hizmeti midir? İktisadi Değerlendirme

Türkiye'de elektriğin bir kamu hizmeti olduğu görüşü pozitif hukukta yaygın şekilde kabul görmektedir. Ancak, pozitif hukukun bu bulgusu iktisadi gerçeklik ile uyuşmamaktadır. Kamu hizmeti kabulünün sonuçları, gittikçe rekabetçi hale gelen ekonomik piyasa ile uyumlu olmadığı için sektörde hukukun üstünlüğünün yerleşmesi ve rekabetin artması önünde bir engel oluşturmaktadır.

Elektriğin kamu hizmeti niteliğini yasa koyucunun iradesine bağlamak, iktisadi güdülerini göz ardı etmeyi de beraberinde getirmektedir. Böyle bir durumda, girdileri açısından ve kullanıldığı alanlar açısından rekabetçi olabilen bir sektör, üretim aşamasında kamu hizmeti olarak tanımlanabilmektedir.

Elektriğin kamu hizmeti olarak tanımlanmasında temel bir nokta, sunulan hizmetin devamlılığıdır. Kamu hizmeti özelliği, beraberinde siyasi bir mal olmayı da getirdiği için, kamu hizmeti olarak sunulan tüm mal ve hizmetlerde yapısı gereği iktisadi olarak kamu malı olma özelliğini aramak gerekmektedir. Elektrik bu açıdan, tam kamu malı olarak tanımlanması güç bir maldır. Bu nedenle de, kamu hizmeti olarak tanımlanması ve sunulması durumunda, etkin olmayan sonuçların yaygın şekilde ortaya çıktığı gözlemlenmektedir. İktisadi olarak özel mal niteliğine sahip mal ve hizmetlerin devlet

tarafından ya da serbest piyasa mekanizmasının dışında yollarla arz edilmesi, bu malların etkin olandan az ya da daha fazla üretilmesine neden olmaktadır. Elektrik piyasasının rekabetçi bir piyasa dönüşebilmesi önündeki yargısal ve idari engeller, kamusal nitelik ile piyasa teşvik mekanizmalarının uyumlu olmaması ile doğrudan ilişkilidir.

Meselenin bir diğer boyutunda, elektriğin kamu hizmeti olarak tanımlanması doğrudan kamu yararını ön plana çıkarmayı gerekli kılmaktadır. Bu ise, rekabetçi bir piyasada firmaların davranışları ile uyumlu olmayan bir durum ortaya çıkarmaktadır. Bir kamu hizmeti sağlayan firmalar, en düşük maliyetle ve en etkin şekilde üretim yapmak yerine, kendilerine getirilen kamu yararını gütmeye amacıyla uyumlu hareket etmekle zorunlu kılınmaktadır. Kamu yararını gütmeye amacı her zaman üretimin etkin bir şekilde yapılabilmesi ile uyumlu olmamaktadır. Bu sorunu aşmanın bir yolu, kamu yararını sosyal refahın artırılması ile ilişkilendirecek dinamik bir kurumsal çerçeve oluşturmaktır. Kamu yararını durağan bir kavram yerine, etkinliğin ve refahın net bir şekilde artırılması ile ilişkilendirdiğimizde, elektrik üretim ve dağıtımının, kamusal süreçlerle arz edilmesinin iktisadi bir gereksesi kalmamaktadır.

2.9. Elektrik Reformunun Başarısı ve Bağımsızlık

Elektrik piyasasında hukukun üstünlüğünün sağlanabilmesi için gerekli temel adımlardan birisi, tüketicilerin ödedikleri fiyatların maliyetleri yansıtmasıdır. Bir örnek vermek gerekirse, Türkiye’de EPDK’nın kurulduğu dönemden bu yana, bölgesel fiyatlama uygulamaya geçilememiştir. Birçok kere gündeme gelen, ve maliyetleri daha gerçekçi yansıtmayı hedefleyen bir fiyatlama modeli siyasi destek bulamamaktadır. Teknik altyapı ve hukuki çerçeve açısından mümkün olan ve refah üzerinde olumlu net bir etkisinin olacağı açık olan bu uygulamanın gerçekleşmemesi, elektrikte serbestleşmenin gerçekleşebilmesi önündeki en büyük engellerden birisidir.

Türkiye’de bölgesel fiyatlama geçilmesi önünde herhangi bir teknik ya da hukuki engel bulunmamaktadır. Ancak, başta kayıp-kaçak olmak üzere, ekonomik olmayan faktörler, iktisadi etkinlik amacıyla, maliyet temelli fiyatlamaı daha fazla ön plana çıkaracak uygulamalara izin vermemektedir.

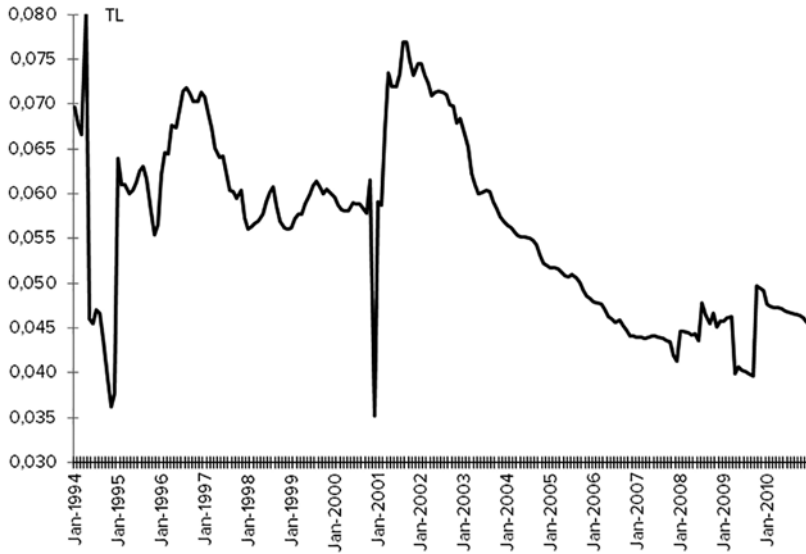
Elektrik sektörünün siyasi boyutuna ilişkin bir konu elektrik faturalarından alınan Türkiye Radyo Televizyon Kurumu’na (TRT) aktarılan payıdır. Kamusal bir hizmet sunan TRT’nin faaliyetlerinin elektrik faturaları üzerinden finanse edilmesi, serbest piyasa ilkeleri ile uyumlu değildir. Hem elektrik tüketicileri, zorunlu olarak bu payı ödemekte, hem de TRT gelirleri içerisinde elektrik faturalarından gelen pay en büyük kısmı oluşturduğu için, bu sektörde de rekabeti olumsuz yönde etkilemektedir. Nitekim, yakın geçmişte yargıya da intikal eden bu konu, TRT’nin gelirlerinin yarısından fazlasının elektrik faturalarından gelmesinden dolayı, sektörde hukukun üstünlüğünün yerleşmesinde olumsuz bir etkiye yol açmaktadır.

Elektrik piyasasında hukukun üstünlüğü açısından dolaylı bir gösterge, siyasi olaylar-

dan elektrik fiyatlarının ne ölçüde etkilendiğidir. Türkiye’de seçimler ile elektrik fiyatları arasındaki ilişkiye bakıldığında, elektrik fiyatlarına yapılan büyük zamlar, genellikle seçimleri takip etmektedir. Hükümetler, seçim öncesinde elektrik fiyatlarını artırmaktadır. Bunun sonucu ise, geçmişte, seçimleri takip eden dönemde elektrik fiyatlarındaki yüksek artışlardır. Şekil 6, Türkiye’de 1994-2010 yılları arasında elektrik fiyatlarındaki reel değişmeyi göstermektedir. Şekilde reel elektrik fiyatlarındaki önemli değişmelerin, seçim sonrasına denk geldiği görülmektedir. Maliyetlerdeki değişmelerle uyumlu olmayan bu siyasi davranış kalıbı, regülasyonun bağımsızlığı önünde de kurumsal bir engelin varlığını göstermektedir.

Elektrik fiyatlarındaki değişme, Türkiye’de seçimlerle bir korelasyon taşıyabilmektedir. Şekilde de görüldüğü üzere, elektrik fiyatları seçimlerin öncesinde artırılmamakta, seçim sonrası beklenmektedir. Bu uygulama, siyasi olarak rasyonel olsa bile, ekonomik olarak, piyasanın etkinlikten hem seçim öncesinde, hem de seçim sonrasında uzaklaşmasına yol açmaktadır.

Elektrik fiyatlarının, üretim maliyetlerini takip etmesi, etkinlik temelli bir yaklaşım açısından zorunludur. Fiyatlar ile maliyetler arasındaki ekonomik bağın kopması, iktisadi olmayan değişkenlerin bu piyasada daha fazla rol oynadığını göstermektedir.



Şekil 6. Reel elektrik fiyatları

Kaynak: Oğuz vd. (2014)

Regülasyon reformlarının temel amacı, sektörde arzı artırmak, üretimi daha etkin hale getirmek ve fiyatları düşürmektir. Elektrikte serbest piyasaya geçişin önemli göstergelerinden birisi, fiyatlar ile maliyetler arasındaki ilişkidir. Fiyatların maliyetler ile uyumlu olması, ekonomik faktörlerin, siyasi faktörlere göre piyasada daha belirleyici

bir rol oynadığını göstermektedir.

Türkiye'nin 2000'li yıllardan bu yana tecrübesine bakılacak olursa, fiyatlar ile maliyetler arasında korelasyonun iktisadın öngördüğü şekilde gelişmediği görülmektedir. (Oğuz vd., 2014) Bu durum, kurumsal faktörlerin, elektrik fiyatlarının gelişiminde belirleyici olduğunu göstermektedir. Gerek Elektrik Piyasası Kanunu, gerekse diğer politika dokümanları (örneğin Strateji Belgesi) rekabetçi bir piyasa yapısına vurgu yapmaktadır. Uygulamadaki farklılığı görmekte fiyat-maliyet ilişkisi piyasada teşvik mekanizmalarının nasıl işlediği yönünde de açıklayıcı bir güce sahip olmaktadır. Devlet tarafından belirlenen tarifeler ile maliyet yapısının uyumlu olmaması, sektörde hukuki yapı ile ekonomi gerçeklik arasındaki farkın artmasına ve girişimciliğin rant-arama yönünde teşvik edilmesi sonucunu da ortaya çıkarmaktadır.

Bir regülasyon reformunun en temel göstergesi, fiyatların rekabetçi seviyelere doğru ne kadar ilerlediğidir. Teorik literatürde, regülasyon reformunun başarısı fiyatların düşmesiyle ilişkilendirilmektedir. Ancak uygulamada bu beklenti çok fazla gerçekleşmemektedir. Örneğin, Avrupa'da 2003 direktifinden sonra fiyatlar yükselmiştir. Fiyatların yükselmesi için pek çok neden ileri sürülmektedir. En başta da maliyetler gelmektedir.

Nedensellik ilişkisi, siyasi ve iktisadi açıklamalarda farklılaşabilmektedir. Avrupa Birliğinde, fiyatların yükselmesi, rekabetin yerleşmemesinin bir gerekçesi olarak ileri sürülebilmektedir. Benzer bir şekilde, ABD piyasalarında da regülasyon reformu fiyatların düşmesini sağlayamamıştır. Elektriğin siyasi özelliğini ortadan kaldırmanın imkânsızlığı, serbestleşme çabalarının başarısız gibi gözükmesine yol açmakta ve sonuç olarak, sektörün bir sarkaç gibi tekrar devletin daha fazla hâkim olduğu bir piyasaya doğru evrilmesine neden olmaktadır.

Türkiye'nin tecrübesine bakıldığında farklı bir resimle karşılaşılmaktadır. Türkiye'de fiyatlar, maliyetlerdeki artışlara rağmen, uzun dönemde düşük kalmaya devam etmiştir. Pek çok Avrupa ülkesi, artan maliyetler nedeniyle, fiyatları 2000'li yıllarda artırmak zorunda kalmıştır. Rekabetçi bir piyasa yapısı içinde, tüketici fiyatları, doğal gaz ve kömür fiyatlarındaki değişimlerle uyumlu olmalıdır. Gerçekte, bunun gerçekleştiğini söylemek güçtür. Örneğin, 2003-2007 yılları arasında doğal gaz ve kömür fiyatları artmasına rağmen tüketici elektrik fiyatları sabit kalmıştır. Fiyat-maliyet uyumunun sağlanamaması, sadece fiyatlama sorunu olarak görülmemelidir. Bu sorun, regülasyon sürecinin iktisadi esaslarının hâkim olamadığının bir göstergesidir.

2.10. RK ve EPDK ilişkisi ve Hukukun Üstünlüğü

Ulusal rekabet otoritesi ile ulusal düzenleyici kurumlar arasındaki ilişki düzenleyici reformlar süresince rekabet politikasının kurumsallaştırılmasında çok önemli rol oynar. Bu iki kurum tamamlayıcı ya da ikame rolleri oynayabilir. Literatürde, iki kurum arasında hangi konuda kimin yetkisi olduğu ve bu yetki nereye kadar genişliyor tar-

tışmaları süregelmektedir. Bu durum, farklı ülkelerde farklı örnekler olarak karşımıza çıkmaktadır.

Türkiye’de kural olarak Rekabet Kurumu bütün sektörleri kapsamaktadır. İstisnalar haricinde rekabet konularında son sözü söyleme hakkına Rekabet Kurumu sahiptir ve bu istisnalar da sistematik bir düzen göstermez, sektör spesifik istisnalardır. Daha ötesinde, politik grupların ve iş çevrelerinin bu istisnalar ve muafiyetler üzerinde bir takım yönlendirici etkisi vardır. Kavramsal olarak, regüle edilen sektörlerde hangi kurum güç sahibi olmalı sorusunun dört muhtemel adayı vardır; rekabet otoritesi, düzenleyici kurum, ilgili mahkeme ve ilgili bakanlık. Dennis Carlton ve Randal Picker (2006)’ a göre, politikacılara ve çıkar gruplarına en kolay hayır diyebilecek kurum son söz hakkına sahip olmalıdır.

Uygulamada, sorun, teorik çerçevenin öngördüğü gibi kolaylıkla çözülememektedir. Türkiye’de gerek elektrik gerekse telekomünikasyon sektörlerinde, rekabeti kimin koruyacağı tartışma konusu olmaktadır. Bu tartışmalara, aktif şekilde, Rekabet Kurumu, Bakanlık, Danıştay ve EPDK müdahil olmaktadır. Sonuçta, rekabetin kim tarafından ve nasıl korunacağı sorusu, ekonomik teşvik mekanizmaları yerine, siyasi piyasada farklı tercihler arasındaki pazarlığın sonucunda ortaya çıkan denge yoluyla belirlenmektedir.

Sektörde var olan yetki sorunlarının çözülmesine dönük bir adım olarak ve EPDK ile RK arasındaki koordinasyonu iyileştirmek amacıyla, 2015 yılı içinde bir işbirliği protokolü yapılmıştır. Ancak, bu protokol, kurumlar arasındaki yetki çatışmasını önlemek için yeterli değildir. Öncül ve ardıl regülasyon açısından bakıldığında, zaman geçtikçe, EPDK’nın rekabete ilişkin alandan çekilmesi gerekmektedir. Ekonomik alandaki regülasyonların azalmasıyla, sosyal alandaki regülasyonların daha ön plana çıkması beklendiğinden, sektörel otoritenin bu yönde yoğunlaşması beklenmelidir. Ancak, elektriğin doğası gereği, Rekabet Kurumu’nun yetkisinin çok fazla genişlemesi istenmeyeceği için, protokolün önemli bir etkisinin olması beklenmemelidir.

Peki RK ile EPDK arasındaki yetki çatışması nasıl çözülebilir? Yetki çatışmasının çözülmesi yasal düzenleme ya da Danıştay’ın içtihatları yoluyla olacaktır. İlke olarak, Danıştay’ın EPDK ile RK arasındaki ilişki açısından, kurumları tamamlayıcı olarak gördüğünü söylemek mümkündür. Elektronik haberleşme sektörüne yönelik olarak verdiği kararlarda, Danıştay, RK’nın görevini tamamlayıcılık olarak tanımlamaktadır. Ancak, Danıştay’ın RK’nın hangi durumlarda soruşturma açması gerektiğine dair kararlarında, sektör-spesifik otoritenin görüşlerinden etkilenmemesi gerektiğini de vurgulamaktadır. Bu nedenle, RK’nın verdiği bazı kararları yanlış bulmuş, ve tekrar soruşturma yapılmasını istemiştir. Bu da, RK’nın rolünün iktisadi olarak tamamlayıcılık şeklinde görülmediği, asli olarak rekabetin sağlanmasında yetkili olduğu görüşünde olduğu şeklinde yorumlanabilmektedir.

Kurumların yetkilerinin sınırlarının tam olarak belirlenememesi çok boyutlu bir sorundur. Bir tarafta, şirketler, hangi otoritenin kendi lehlerine karar verme olasılığı daha

yüksekse, ona başvurmayı tercih edebilmektedirler. Diğer tarafta ise, otoriteler, bakmak istemedikleri konuları diğer kuruma yönlendirmeyi tercih edebilmektedirler. Düzenleyici otorite ile rekabet otoritesinin, bakmak istemedikleri konuları ya da sorunları karşı tarafa atmaları, dünyada yaygın olarak görülen bir durumdur. Bu sorun, eğer yetki sorunu net bir şekilde çözümlenemezse, Türkiye’de de hukukun üstünlüğü açısından muhtemel bir problem oluşturmaktadır.

EPDK ile RK arasındaki ilişki, her iki kurumun da sektör üzerinde rekabeti koruma yetkisi ve sorumluluğu olması nedeniyle, bir tür ikame ilişkisi şeklinde gelişmeye müsaittir. Ancak dışsal müdahale yoluyla, bu ilişki tamamlayıcılık ilişkisine çevrilebilir. Kurumların aralarında yaptıkları protokol, oluşabilecek sorunları çözmekte, ve rekabeti işbirliğine dönüştürmekte yeterli olmayacaktır.

2.11. Yargısal Denetim, Bağımsızlık ve Hukukun Üstünlüğü

Bağımsızlık ve yargısal denetim ilişkisi çerçevesinde ilk üzerinde durulması gereken konulardan birisi, EPDK (ve BTK)’nın Anayasal konumudur. Anayasa’ımızda altyapı sektörleri ile ilgili herhangi bir madde bulunmamaktadır. Böyle bir hükmün gerekliliği teorik olarak yaygın şekilde tartışılmaktadır. Hukukun üstünlüğü açısından, anayasal koruma, düzenleyici otoritelerin lehine bir durum yaratabilecektir. Ancak, Merkez Bankası’na ilişkin de herhangi bir hükmün Anayasa’da olmadığı düşünülürse, konunun bütüncül bir şekilde ele alınması gerekliliği ortadadır.

EPDK’nın aldığı kararlara karşı yargıya gidildiğinde hukukun üstünlüğü açısından bir kaç sorun ön plana çıkmaktadır. Sorunlardan birincisi, süre sorunudur. Danıştay’da davaların görülmesi ve karar verilmesi uzun bir süre almaktadır. Diğer her alanda olduğu gibi, bu alanda da uzun yargılama süreleri geri dönülemez sorunlara yol açabilmekte ve hukukun üstünlüğünün yerleşmesi önünde temel bir sorun oluşturmaktadır. Bir örnek vermek gerekirse, elektrik dağıtım sektöründe 2. Uygulama dönemi olan 2011-2015 yılları tarifeleri için çok sayıda EDAŞ, değişik nedenlerle yargıya gitmiştir. Bu davaların pek çoğu hala sonuçlandırabilmiş değildir. 3. Uygulama döneminin 2016 yılı Ocak ayında başladığı düşünülürse, önceki dönemde hukuka uygun olmadığına karar verilen bir işlemin, yeni uygulama döneminde düzeltilebilmesi fırsatı bu şekilde kaçmaktadır. Bazı durumlarda, EPDK, kendiliğinden, düzeltmeye gitmektedir. Ancak, yargının nasıl karar vereceğinin önceden bilinmesi mümkün olmayan pek çok dava söz konusudur. Tarife gibi karmaşık konularda, mutlak anlamda doğru ve yanlışın olmadığı, bakış açısı, hesaplama biçimi ve kullanılan verilere bağlı olarak sonuçları değişebilen çok sayıda dava konusu işlem vardır. Bu nedenle hızlı yargılamanın sağlanması, sektörde yargı içtihatlarının yerleşebilmesi açısından temel bir yer tutmaktadır.

Yargıya ilişkin diğer bir soru, teknik bilgi konusudur. Danıştay’da ve idare mahkemelerinde hâkimlerin, enerji piyasalarının teknik boyutları hakkında yeterli bilgiye sahip olmaları beklenemez. Belirli bir düzeyde uzmanlaşma sağlanabilse bile, sektörün kar-

maşıklığı her zaman yargısal denetimdeki bilgi düzeyinin ötesinde olacaktır. Danıştay'ın karşı karşıya kaldığı sorun, bu durumlarda nasıl davranılacağı üzerindedir. Yargı, bu durumlarda, bilirkişi mekanizmasını çok fazla kullanmak istememektedir. Bilirkişi mekanizmalarını kontrol etmek mümkün olmadığı için, mahkeme, EPDK'nin görüşlerini, genellikle doğru olarak kabul etmeyi tercih edebilmektedir. Açıktır ki, EPDK'nin davanın taraflarından birisi olduğu durumlarda, bu bir takım sorunlar ortaya çıkarabilmektedir. Davacı ve davalının delillerini aynı seviyede görmesi gereken mahkemede, örtük bir şekilde farklılaşma olabilmektedir. Bu durum ise, yargının düzenleyici otoriteyi bireyin üstünde görmesi gibi bir sonuç ortaya çıkarmaktadır. Daha önemli bir sonuç ise, EPDK'nin taraf olduğu davalarda, kararların büyük oranda düzenleyici kurum lehine çıkmasıdır. Bir korelasyonun varlığı, nedenselliğin de olabileceği düşüncesini desteklemektedir.

2.12. Kaçak Elektrik Kullanımı, Hukukun Üstünlüğü ve EPDK'nin Bağımsızlığı

Ülkemizde elektrik tüketimi açısından kamuoyunu en fazla meşgul eden konulardan birisi kaçak elektrik kullanımınıdır. Hukukun üstünlüğünün, düzenleyici süreçlerdeki önemini anlamak için de kaçak elektrik kullanımı ve etrafındaki iktisadi-siyasi boyutlar ele alınmalıdır.

Elektrik sektöründe rekabetçi bir kurumsal çerçevenin oluşması için fiyatların maliyetleri yansıtması ve bireylerin kendi kullandıkları elektriğin bedelini kendilerinin ödemesini temel alan bir sistemin yerleşmesi gereklidir.

İlk başta basit görünen bu düşünce, bazı eksiklikleri de içermektedir. Hukukun üstünlüğünün sağlanmasında, hukuku kullanmanın ve ekonomik faaliyetin işlem maliyetlerinin hesaba katılması gerekmektedir. İlk bölümde de ele alındığı üzere, hukukun üstünlüğü yasal haklar ve ekonomik güç arasındaki farkın en aza indirilmesine bağlıdır. Yasal haklar ile ekonomik güç arasındaki fark büyüdükçe, salt servet transferini içeren rantlar daha fazla ön plana çıkmaktadır.

Tablo 3. Türkiye’de Elektrik Dağıtımında Kayıp-Kaçak Hedef ve Gerçekleşmeleri

Dağıtım Şirketi	2011		2012		2013	
	Hedef (%)	Gerçekleşme (%)	Hedef (%)	Gerçekleşme (%)	Hedef (%)	Gerçekleşme (%)
Dicle	60,96	71,07	50,63	70,70	42,06	75,41
Van Gölü	46,15	52,10	38,33	53,29	31,84	65,84
Aras	22,92	25,70	19,04	27,67	17,62	27,58
Çoruh	10,90	10,60	10,39	10,00	10,15	9,42
Fırat	12,59	10,39	11,65	10,98	11,11	9,49
Çamlıbel	7,72	9,20	7,36	8,32	7,02	7,58
Toroslar	9,38	11,80	8,94	13,28	8,52	15,24
Meram	8,59	9,55	8,28	9,77	8,28	7,14
Başkent	8,46	9,17	8,07	8,67	7,88	7,90
Akdeniz	8,86	8,47	8,45	9,78	8,05	11,32
Gediz	8,48	8,10	8,08	7,97	7,70	9,73
Uludağ	6,96	9,46	6,90	8,03	6,90	7,03
Trakya	7,70	7,76	7,70	5,87	7,70	6,14
AYEDAŞ	7,12	6,91	6,79	6,88	6,61	7,59
SEDAŞ	7,66	7,52	7,31	7,31	6,96	6,64
Osmangazi	7,21	7,14	7,21	7,15	7,21	7,86
Boğaziçi	9,12	10,76	8,69	10,59	8,28	9,89
Kayseri	10,01	7,20	10,01	7,01	10,01	6,85
AYDEM	9,80	8,41	9,34	8,00	8,90	7,61
Yeşilirmak	10,35	7,81	9,87	7,26	9,41	11,47

Türkiye’de kaçak elektrik kullanımı, sektörün genel sorunlarını yansıtması açısından da öğreticidir. Tablo 3, 2011-2013 yılları arasında kaçak elektrik kullanımında hedefler ile gerçekleşmeleri göstermektedir. Tabloya bakıldığında, hedeflerin gerçekleşmesinde özellikle kaçak kullanımın çok olduğu bölgelerde sorunlar olduğu görülmektedir. Farklılıkların istikrarlı bir şekilde devam etmesi, tarife modelleri ile getirilen iktisadi teşvik mekanizmalarının başarılı bir şekilde işlemediğini göstermektedir.

Kaçak elektrik kullanımı, yasal haklar ile ekonomik güç arasındaki farkın bu alanda büyük olmasından kaynaklanmaktadır. Kaçak elektrik kullanımını tespit etmek, fiyatlandırmak ve tahsil etme süreçlerinin yüksek ekonomik maliyetleri bulunmaktadır. Elektronik ve akıllı sayaçlar sayesinde bu maliyetler aşağıya inmektedir. Ancak, kaçak kullarımdaki azalma beklenenin altında kalmaktadır. Kaçak elektrik kullanımını önlemenin işlem maliyetlerinin dışında siyasi faktörler de belirleyici olabilmektedir. Bir tür çapraz sübvansiyon olarak değerlendirilebilir.

siyon görevi gören kaçak kullanım, bu bölgelere devlet yardımı olarak görülmektedir. Kaçak elektrik kullanımı, sadece Türkiye'nin sorunu değildir. Hem gelişmekte olan hem de gelişmiş ülkelerde kaçak elektrik kullanımı yaygın olarak görülmektedir. Kanada ve İngiltere, örnek olarak verilebilecek ülkeler arasındadır. Ofgem, İngiltere'de kaçak elektrik kullanımının 200 milyon sterlin düzeyinde olduğunu tahmin etmektedir. Kanada'da ise, yasadışı uyuşturucu üretimi yapanlar büyük miktarlarda kaçak elektrik kullanmaktadır. Bu ülkede, elektrik hırsızlığı toplam üretimin yüzde 3'üne çıkmaktadır. Gelişmekte olan ülkelerde, kaçak kullanım oranları daha yüksek seviyelerdedir. Örneğin, Hindistan'da toplam üretimin üçte birinin kaçak kullanıma gittiği tahmin edilmektedir. Benzer şekilde, Brezilya ve Rusya da büyük miktarlarda kaçak elektrik kullanımının olduğu ülkelerdir.

Bu ve benzeri örneklerin bize gösterdiği nokta, ülkemizdeki yaygın kanaatin yanlış bir yönde olduğudur. Kaçak elektrik kullanımını siyasi bir konu olarak görmek yanlıştır. Rasyonel bireyler, kaçak kullanmanın maliyeti, kendilerine sağladığı faydanın altında olduğu sürece kaçak elektrik kullanmaya yönelmektedir. Önemli olan nokta, hukuki süreçlerin maliyetlerinin azaltılması yoluyla, kaçak elektrik kullanmanın cazip olmaktan çıkarılmasıdır. Bu sadece, kaçak elektrik kullananlar açısından değil, kaçak kullanımın finansmanını yapan toplumun diğer kesimleri açısından da geçerlidir.

Hemen her yasal düzenlemede olduğu gibi, kaçak kullanımı önlemede de, kaçak kullanım azaldıkça, önlemenin marjinal maliyeti artmaktadır. Dolayısıyla, hiç bir zaman kaçak kullanım tamamen ortadan kalkmayacaktır. Önlemenin maliyetleri çerçevesinde, belirli bir noktadan sonra kaçak elektrik kullanımını takip etmek sosyal refah üzerinde olumsuz bir etkiye yol açacaktır. Bu tür uygulamalar maliyetleri azaltmak amacıyla her zaman yapılabilir. Örneğin, Maliye Bakanlığı, belirli bir rakamın altında alacaklarını takip etmemektedir. Zira, takip maliyeti, alaktan daha yüksek olmaktadır. Kamu yararı ilkesi meseleye sosyal refah üzerindeki etki açısından bakmayı gerektirir. Her kamu düzenlemesi toplumda serveti yeniden dağıtır. Alternatif kamu düzenlemelerini karşılaştırırken, bu düzenlemelerin yaratacağı işlem maliyetleri de göz önüne alınmalıdır. Yoksa, ideal bir durum ile, örneğin işlem maliyetlerinin sıfır olduğu durumda marjinal maliyet esaslı fiyatlandırma, ile işlem maliyetlerinin çok yüksek olduğu bir durumun karşılaştırması gerçekçi olmayan sonuçlara ve yorumlara ulaşılabilir.

Kayıp-kaçağın olmasının ötesinde, eğer bir bölgede faturalama ve tahsilat maliyetleri değişik nedenlerle yüksekse, yapılacak düzenlemenin bu unsurları dikkate alarak, kayıp-kaçağı azaltmayı hedeflemesi gerekir. Sonuç itibarıyla, kayıp-kaçağı azaltmanın da bir işlem maliyeti vardır. Sanki bu maliyet yokmuş gibi davranmak, sorunun yanlış anlaşılmasına yol açmaktadır. Devletin sosyal adalet amacı, ekonomik etkinlik amacıyla zaman zaman çelişebilmektedir. 1 Kwh elektriği sunmanın marjinal maliyeti Türkiye'nin her yerinde aynı olmadığı gibi, gelir düzeyindeki farklılıklar nedeniyle, marjinal maliyet temelli fiyatlandırma, durumu daha da kötüleştirecektir. Bu yaklaşım farklı sektör-

lerde değişik uygulamalara yol açabilmektedir.

Çapraz sübvansiyonun yaygın şekilde uygulandığı, posta, belediye ulaşım hizmetleri gibi alanlarda da elektrik dağıtımında olan aynı durum söz konusudur. İstanbul'dan Kars'a bir mektubun gitme maliyeti, İstanbul içi maliyete göre oldukça yüksektir. Ancak, devlet, bu maliyet farkını tüm tüketiciler yaymaktadır.

Elektrikteki sorun iki temelde düşünölmelidir: devletin adalet fonksiyonu ve ekonomik fiyatlamanın işlem maliyetleri. Her iki nedenden dolayı da elektriği kaçak kullanan bölgeler (bölge olarak düşünöldüğünde) bu maliyete katlansın demek, toplumun geneline daha yüksek ekonomik maliyetler yükleyebilecektir. Bu hesaplamalar yapılmadan, doğrudan kaçak kullanıma karşı olmak, sorunu çözmenin maliyetini göz ardı etmeyi de beraberinde getirmektedir.

Elektriğin kaçak kullanımı, kaçak kullananların, takibi, önlenmesi ve idari-cezai yaptırımların uygulanması süreçlerinin maliyetlerinden dolayı sıfıra indirilemeyecek bir unsurdur. Bununla birlikte, EDAŞların kaçak kullanımı önlemek için gerekli tedbirleri almalarının sağlanabilmesi, kaçak kullanımın işlem maliyetlerinin azaltılabilmesi açısından gereklidir. Bu süreçteki başarı, elektrikte hukukun üstünlüğünün sağlanabilmesi ve regülatif süreçlerin siyasi etkilerden daha az etkilenen bir yapıya sahip olabilmesi için bir ön şart niteliğindedir.

3. KISIM

ELEKTRONİK HABERLEŞME PİYASALARI

Türk elektronik haberleşme sektörü, 1990'larda mobil telefon hizmetlerinin yaygınlaşmasıyla önemli bir değişim sürecine girmiştir. Daha sonra regülasyonun sektöre girmesi ve Türk Telekom'un özelleştirilmesiyle birlikte, serbestleşme yönünde önemli adımlar atılmıştır. Bu kısımda, sektörde hukukun üstünlüğü ve regülasyon sürecinin bağımsızlığı kurumsal bir değerlendirme ile değerlendirilmektedir. Kısım, ilk başta sürecin tarihsel gelişimini vermekte, arkasından sektördeki önemli değişimleri hukukun üstünlüğü açısından ele almaktadır.

Aşağıda ayrıntılı şekilde tartışılacağı üzere, elektronik haberleşme sektörü, rekabetçi bir yapıya geçmekte elektriğe göre daha avantajlı bir konumdadır. Bu avantaj, sektördeki teknolojik değişiminin hızından kaynaklanmaktadır. Ekonomik olarak rekabetin yerleşmesi, regülasyonun ekonomik gerçeklikten çok fazla uzaklaşabilmesini zorlamaktadır. Bu nedenle de, siyasi faktörler elektriğe göre biraz daha az belirleyici olabilmektedir.

3.1. Tarihsel Arka Plan

Türkiye'de elektronik haberleşme sektörünün ortaya çıkışı 1840 yılında Osmanlı İmparatorluğu döneminde kurulan Postahane-i Amire'nin kuruluşu ile başlamış ve bu kurum ile ilk defa ilerleyen yıllarda sıra ile telgraf ve telefon işlemleri yapılmaya başlanmıştır. Cumhuriyetin ilanının ardından 1924 yılında, Türkiye'de telekomünikasyon sektörü ile ilgili temel düzenlemeleri içeren 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu kabul edilmiştir. Bu kanun ile birlikte ülke içerisinde telefon tesis etme ve işletme hizmetlerinin PTT İşletmesi Genel Müdürlüğü tarafından yürütülmesine karar verilmiştir. Telekomünikasyon sektörünün serbestleşmesi sürecinin ilk önemli adımı Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin kurulması olmuştur. 1994 yılına kadar telekomünikasyon hizmetleri bir devlet kurumu olan PTT tarafından yürütülmüştür. 1994 yılına gelindiğinde PTT İşletmesi Genel Müdürlüğü'nün, posta ve telgraf hizmetlerini verecek olan T.C. Posta İşletmesi Genel Müdürlüğü ve telekomünikasyon ve özel şirketlere lisans verme konusunda düzenlemeleri yapacak iktisadi devlet teşekkülü olan Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi olarak yeniden yapılandırılması 4000 sayılı kanun ile öngörülmüş ve 24 Nisan 1995 tarihinden itibaren iki ayrı kurum olarak çalışmaya başlamışlardır. Bu kanun ile beraber Ulaştırma Bakanlığı'na sektörde özelleştirmelerin yapılmasına dair yetkiler de verilmiştir. Türk Telekom'un kurulması telekomünikasyon sektörü açısından önemli bir süreci de beraberinde getirmiştir.

1990'larda özelleştirilmesi beklenen ancak gerek siyasi, gerek yasal, gerekse eko-

nomik nedenlerle özelleştirilmesi gerçekleşmeyen Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin yaşadığı sürecin ardından Ocak 2000'de 4502 sayılı kanunun kabulü ile birlikte telekomünikasyon sektöründe serbestleşme sürecinin diğer bir önemli aşaması Telekomünikasyon Kurumu'nun kurulmasıdır. Telekomünikasyon Kurumu, kanunlarla öngörülen yetki ve sorumlulukları uygulamak ve verilen diğer görevleri yapmak üzere kurulan idari ve mali özerkliğe sahip özel bütçeli bir kamu tüzel kişisidir. İlişkili bakanlığı Ulaştırma Bakanlığı olan kurum, görevlerini yerine getirirken bağımsızdır. Türk Telekomünikasyon sektöründe düzenleyici reformların başlaması da TK'nın kuruluşu ve Türk Telekom' un tekel hakkının 2003'te sona ermesi kararları ile başlamıştır.

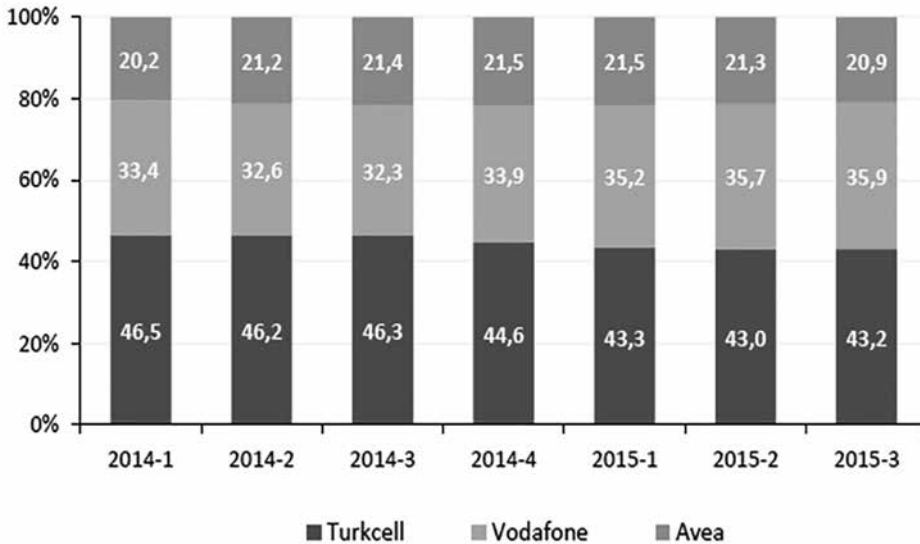
Türkiye'de telekomünikasyon sektörünün rekabete ve düzenlemeye açılması 4502 sayılı kanunun kabulü ile gerçekleşmiştir. Avrupa Birliği'nin 1998 yılında çizmiş olduğu çerçeveye uyumlu olarak 4502 sayılı Kanun ile sektörde düzenleme ve denetleme görevi Telekomünikasyon Kurumu'na bırakılırken, 2001 yılında 4673 sayılı Kanun ile de lisans verme yetkisi Ulaştırma Bakanlığı'ndan alınmış ve düzenleyici ve denetleyici kuruma bırakılmıştır. 4502 sayılı kanunda Türk Telekom ile ilgili alınan tamamen özel hukuk hükümlerine tâbi kılınması kararı ile sektör içerisinde verilecek olan hizmetlerin imtiyaz sözleşmesi ve ruhsat alınması süreçlerine dâhil edilmesi ve de tekel haklarının 2003 yılına kadar sınırlandırılması kararları göz önüne alındığında, sektörün serbestleşmesi süreci açısından önemli kararlar olduğu görülmektedir. (Ariöz, 2005) Özellikle Türk Telekom' un özel hukuk hükümlerine tâbi olması rekabet açısından önem arz etmektedir. Öte yandan, tekel haklarının bu kapsamda sona ermesi, yeni girişlerin hala kısıtlayıcı lisans rejimi ile önlenmesinden dolayı sektörün tamamen serbestleşmediğini göstermektedir. (Atiyas ve Doğan, 2009)

2005 yılında Türk Telekom'un blok satış ile özelleştirilmesinden önce 1990'lı ve 2000'li yıllarda iki kez ihaleye çıkmış ancak bu dönemde hem dünyada, hem de yurtiçinde sektördeki olumsuz durumlardan dolayı özelleştirme gerçekleşmemiştir. Daha önce sonuç alınamayan girişimlerden sonra Bakanlar Kurulu 2003 yılı içerisinde Türk Telekom' un özelleştirilmesi ile ilgili bazı düzenlemeler yapmıştır. Bu düzenlemeler ile altın hisse kapsamının daraltılması, yabancı sermayeye karşı kısıtlamanın kaldırılması, şirketin %100'lük hissesinin satılabilmesi, şirket üzerindeki yükümlülüklerin kaldırılması (bazı katkı payı ödemeleri gibi) ve uydu ve kablo hizmetlerinin Türk Telekom 'dan ayrılarak Türksat A.Ş.'ye verilmesi gibi sektör açısından önemli kararlar alınmıştır. Düzenlemeler içerisinde en az %51'lik blok hisse satışı ile birlikte halka arz sürecinin de yürütülmesine karar verilmiştir.

Türk Telekom'un özelleştirilmesi için başlatılan süreç 2005 yılına kadar devam etmiştir. 2005 yılında ise şirketin %55'lik hissesi blok satış ile OgerTelecoms Ortak Girişim Grubu'na devredilmiştir. 6.55 milyar dolara gerçekleşen satış ile Türkiye tarihindeki en kazançlı özelleştirme gerçekleştirilmiştir. (Bağdadioğlu ve Çetinkaya, 2010) 2015 yılı itibarıyla Türk Telekom' un geri kalan %30'luk hissesi T.C. Hazine Müsteşarlığı'nda ve %15'lik hissesi ise halka arz durumundadır. T.C. Hazine Müsteşarlığı C grubu

İmtiyazlı Hisseyi de elinde bulundurmaktadır. C grubu İmtiyazlı Hissenin olumlu oyu olmaksızın ekonomi ve güvenlik ile ilgili olarak milli menfaatin korunması amacıyla, yönetim kurulunu etkileyecek oranda nama yazılı hisselerin devri, nama yazılı hisselerinin devrinin pay defterine işlenmesi ve ana sözleşme değişiklikleri konularında alınan kararlar geçersiz sayılmaktadır. Öte yandan 406 sayılı Kanun'da geçen görev sözleşmesi hükümlerine bağlı olarak, Türk Telekom'da kamu payının %50'nin altına düşmesiyle beraber, Türk Telekom ve Telekomünikasyon Kurumu arasında imzalanmış olan görev sözleşmesi, imtiyaz sözleşmesi olarak yeniden düzenlenmiştir. Bu satışın hemen ardından 2006 yılında TNet Anonim Şirketi Türk Telekom'dan bağımsız bir şirket olarak kurulmuş ve ADSL ile çevirmeli ağ hizmetleri ve aboneleri bu şirkete aktarılmıştır.

Türkiye'de sabit hat hizmetlerini sağlamada bahsettiğimiz süreç işlerken, mobil iletişim hizmetlerinde serbestleşmenin 1994 yılında, önce Turkcell'in ardından da Telsim'in mobil işletmeci olarak mobil iletişim ses hizmetleri imtiyazını satın almaları ile başlamıştır. Bu iki mobil işletmeci, sabit hat hizmeti sağlayan Türk Telekom ile gelir paylaşımı anlaşması yaparak mobil iletişim hizmeti sağlamaya başlamış ve 1998 yılında bu gelir paylaşımı yönteminin yerini 25 yıllık lisans anlaşması almıştır. (Bağdadioğlu ve Çetinkaya, 2010) Sesli haberleşme teknolojisinin sabit hattan mobil hatta doğru evrildiği günümüz sektöründe, Türkiye'de 2015 yılı itibariyle Turkcell, Vodafone ve Avea olmak üzere üç mobil işletmeci bulunmaktadır. 2015 yılı üçüncü çeyreği rakamlarına göre toplam gelire göre pazar paylarında pazar payının %43,2'si Turkcell' e, %35,9'u Vodafone' a ve %20,9'u Avea' ya aittir. (BTK, 2015)



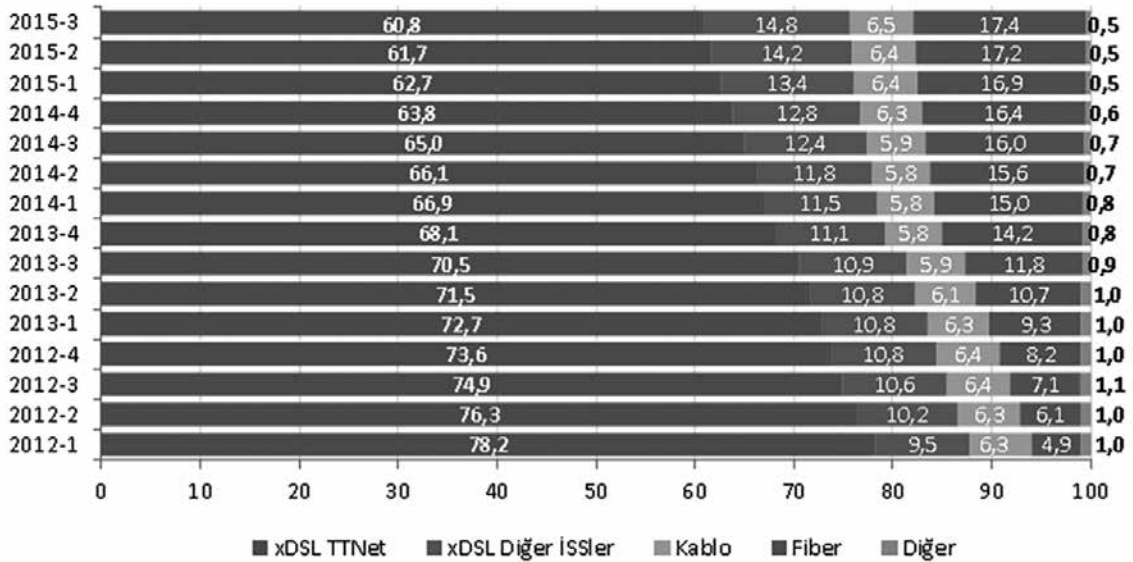
Şekil 7. Mobil İşletmecilerin Toplam Gelire Göre Pazar Payları, %

Kaynak: BTK (2015), Türkiye Elektronik Haberleşme Sektörü 3 Aylık Pazar Verileri Raporu 2015 yılı 3. Çeyrek Temmuz-Ağustos-Eylül

Türkiye’de genişbant internetin başlangıcı 2004 yılında DSL teknolojisi ile olmuştur. Bu gelişmenin ardından sırasıyla Yeniden Satış, Veri Akış Erişimi (VAE) ve Yerel Ağın Paylaşımına Açılması (YAPA) ile bu piyasada rekabetin artırılması hedeflenmiştir. Ancak, Türkiye’de YAPA modeli beklendiği gibi başarılı olamamış ve daha çok VAE yöntemi kullanılmıştır. (Kalkınma Bakanlığı, 2015) 2015 yılı itibari ile 70 işletmeci internet servis sağlayıcı olarak hizmet vermektedir. 2015 yılı 3. çeyreği itibari ile internet servis sağlayıcılarının pazar paylarına bakıldığında TTNET %73,3, Superonline %17 ve Doğan TV Digital %4,2 pay ile ilk üç sırada yer almaktadır. (BTK, 2015)

Fibere erişimde ise BTK Türk Telekom’a kısmi muafiyet sağlamış ve bunun sonucunda fiber abone sayısında artışlar olmuştur. 2008 yılında 3G ile birlikte Türkiye’de mobil genişbant hizmeti başlamıştır. Bu gelişme ile beraber 2008 yılında numara taşınabilirliğinin de sağlanması ile sektörde rekabetin oluşması desteklenmiştir. Nisan 2016 itibari ile Türkiye’de mobil genişbantta yüksek hızlı internet teknolojisi olarak bilinen LTE /4.5G kullanılacaktır.

2015 yılı itibari ile sabit genişbant aboneliğinde xDSL hizmetlerinde TTNET %60,8’lik paya sahip iken, diğer internet servis sağlayıcıların payı %14,8’tir. Fiber internet ise artış göstermekle beraber %17,4 paya sahiptir.



Şekil 8. Sabit Genişbant Abonelerinin Teknoloji ve İşletmeci Bazında Dağılımı, %
Kaynak: BTK (2015), Türkiye Elektronik Haberleşme Sektörü 3 Aylık Pazar Verileri Raporu 2015 yılı 3. Çeyrek Temmuz-Ağustos-Eylül

3.2. BTK'nın Yapısı ve Bağımsızlığı

Avrupa Birliği'nin 2002 yılındaki düzenleyici çerçevesi kapsamında Türkiye'den daha uyumlu bir regülasyon süreci beklemesi sonucunda, 2008 yılında 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu kabul edilmiştir. Bu kanun ile birlikte Telekomünikasyon Kurumu yeni bir düzenlemeye tâbi olarak adı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK) olarak değiştirilmiştir. BTK için "Kanunlarla verilen görevleri yerine getirmek ve yetkileri kullanmak üzere kamu tüzel kişiliğini haiz, idarî ve mali özerkliğe sahip özel bütçeli" ibaresi kullanılmıştır. TK'nın ismini BTK olarak değiştiren ve kurumun yapısında bazı değişikliklere giden 5809 sayılı kanun, elektronik haberleşme sektöründe etkin rekabetin sağlanması ve korunması ile birlikte bir yandan tüketici haklarını gözetken, altyapı, şebeke ve hizmet alanında yeni teknolojileri ve yatırımları gözeterek temelde sektörü denetleme ve düzenleme amacını taşımaktadır.

Elektronik haberleşme sektöründe 2000'li yıllarda başlayan serbestleşme ve özelleştirme süreci büyük ölçüde Avrupa Birliği'nin 2002 Çerçevesinde şekillenmiştir. Çerçevenin büyük ölçüde gerçekleştiği son aşama 2008 yılında Elektronik Haberleşme Kanunu'nun kabulüdür. 2813 sayılı Telsiz Kanunu Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun Kuruluşuna ilişkin kanun olarak değiştirilmiştir. Bu düzenlemeler, aynı zamanda Ulaştırma Bakanlığı'nın telekomünikasyon sektöründeki düzenleyici yetkisini sınırlamış ve bu yetkiyi BTK'ya vermiştir. (Atiyas, 2011) Bu kanun kapsamında BTK sektörde rekabeti koruma, sürdürme ve ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere ve gerekli hallerde diğer işletmecilere yükümlülükler getirmek ve bunları sağlamaya yönelik tedbirler alma ve düzenleme yapma; sektördeki tüketici, abone, kullanıcı ve son kullanıcıların kişisel bilgilerinin gizliliğini sağlama ve bu konuda gerekli düzenlemeyi ve denetlemeyi yapma; ilgili bakanlığın politika ve stratejilerine uyumlu olarak sektördeki gelişmeleri de dikkate alarak yetkilendirme, tarife, erişim, geçiş hakkı gibi izinlerin verilmesi konusunda gerekli düzenleme ve denetlemenin yapılması gibi sektör açısından birçok önemli konuda yetkilendirilmiştir.

İlgili kanunda yer alan hükümlere göre Kurum görevlerini yerine getirirken bağımsızdır ve hiçbir organ, makam, merci veya kişi kuruma emir ve talimat veremez. Bu hükümler, Türkiye' de 1980'lerde başlayan liberalleşme ve özelleştirme hareketlerinin ardından Avrupa Birliği müktesebatına uygun olarak hem merkezi idarenin, bir bakıma da siyasetin etkisinin kaldırılması, hem de bireylerin faydalarını gözeterek kurulan bağımsız idari otoritelerin temel amacı olarak da adlandırılabilir. BTK'nın karar organı olan kurul biri başkan olarak toplam yedi üyeden oluşmaktadır ve kurul başkanı aynı zamanda kurumun da başkanıdır. Kurul üyelerinde mesleki yeterlilik ve on yıllık tecrübe şartlarının aranması, bir nevi kurumun bağımsızlığını sürdürebilmesine yardımcı şartlar olarak görülebilmektedir. Her ne kadar düzenleyici ve denetleyici kurumlar kuruluş nitelikleri açısından bağımsız olsalar ve kanun hükmü ile bağımsızlıkları vurgulansa da, öncelikle kurul üyelerinin yeterlilik ve deneyimleri ile kurum çalışanlarının nitelikleri ve mesleki bilgiler bağımsızlık açısından önem arz etmektedir. İlgili

bakanlık olan Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı kurul üyelerini seçmek için kurul başkanı, telsiz hizmetleri, telekomünikasyon hizmetleri ve posta hizmetleri için birer üye seçilmek üzere ikişer aday, telekomünikasyon hizmeti piyasasında Türkiye piyasasında en az %10'luk pazar payına sahip olan işletmeciler tarafından iki üye seçilmek üzere iki aday, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı ile Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği tarafından bir aday seçilmek üzere iki aday gösterirler. Kurul üyeleri Bakanlar Kurulu tarafından beş yıllığına görevlerine atanırlar. Atama yönteminin yanı sıra, 2813 sayılı kanunun 8. Maddesine göre "Kurul üyeleri, özel bir kanuna dayanmadıkça resmi veya özel başka hiçbir görev alamaz, ticaretle uğraşamaz, serbest meslek faaliyetinde bulunamaz ve özellikle de herhangi bir telekomünikasyon şirketinde hissedar veya yönetici olamazlar. Telekomünikasyon sektörünü temsil eden üye, kendisini aday gösteren işletmeci şirket ile görev süresi boyunca her türlü ilişkisini keser ve görevinden ayrılmasından itibaren de en az iki yıl boyunca anılan işletmeci şirket ile çalışma, danışmanlık veya hissedarlık şeklinde bir ilişki kuramaz." Süresi dolmadan üyenin görevden alınmasının şartları 2813 sayılı kanun ile belirlenmiş ve bu durumlarda yetki Bakanlar Kuruluna bırakılmıştır. Öte yandan görev süresi dolduktan sonra atamanın yenilenmesinin önünden herhangi bir sınırlama veya engel yoktur.

Bu kanun ile birlikte Telekomünikasyon Kurumu'nun adının Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu olarak değişmesinin yanı sıra, sektördeki birçok yetki ve düzenleme de tanımlanarak BTK'nın görev ve yetkileri açıkça belirtilmiştir. Telekomünikasyon sektöründeki reform sürecinin, teknoloji ile birlikte rekabetin de hızlı ilerlemesini takip edecek konuma getirilmesi için gerekli adımlar atılmıştır. EHK'da belirtilen bu görev ve yetkiler özetle şu şekildedir;

Rekabete Teşvik Etme ve Rekabetin Sürdürülmesi: 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.

Yetkilendirme ve Denetim: Elektronik haberleşme ile ilgili olarak Bakanlığın strateji ve politikalarını dikkate alarak, yetkilendirme, tarifeler, erişim, geçiş hakkı, numaralandırma, spektrum yönetimi, telsiz cihaz ve sistemlerine kurma ve kullanma izni verilmesi, spektrumun izlenmesi ve denetimi, piyasa gözetimi ve denetimi de dâhil gerekli düzenlemeler ile denetlemeleri yapmak.

Uzlaştırma: Gerekliğinde işletmeciler arasında uzlaştırma prosedürünü işletmek, uzlaşma sağlanamadığı takdirde ilgili taraflar arasında aksi kararlaştırılıncaya kadar geçerli olmak üzere gerekli tedbirleri almak.

Sektör ile ilgili genel görev ve yetkiler: Elektronik haberleşme sektöründeki gelişmeleri takip etmek, sektörün gelişimini teşvik etmek amacıyla gerekli araştırmaları yapmak veya yaptırmak ve bu konularda ilgili kurum ve kuruluşlarla işbirliği halinde çalışmak. Elektronik haberleşme ile ilgili olarak Bakanlığın strateji ve politikalarını dik-

kate olarak, yetkilendirme, tarifeler, erişim, geçiş hakkı, numaralandırma, spektrum yönetimi, telsiz cihaz ve sistemlerine kurma ve kullanma izni verilmesi, spektrumun izlenmesi ve denetimi, piyasa gözetimi ve denetimi de dâhil gerekli düzenlemeler ile denetlemeleri yapmak.

Tüketici Haklarının Korunması: Abone, kullanıcı, tüketici ve son kullanıcıların hakları ile kişisel bilgilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına ilişkin gerekli düzenlemeleri ve denetlemeleri yapmak. Bununla beraber işletmeciler ile tüketicileri ilgilendiren Kurul kararlarını gerekçe ve süreçleri ile kamuoyuna açık tutmak.

Sektördeki düzenleyici reformların gecikmesi, rekabetin yavaş bir şekilde ilerlemesine neden olmuştur. Elektronik haberleşme sektöründe özelleştirme ve serbestleşme sürecinin gecikmeli ve de sancılı geçmesi nedeni ile sektörde oluşması gereken rekabetin zaman alması sonucu rekabetin korunması, teşvik edilmesi ve sürdürülebilir kılınması BTK'nın başlıca görevlerinden biri olmuştur. Bu görev ve yetkinliklerden bazıları şunlardır (Atiyas, 2011);

- Rekabeti oluşturarak ve koruyarak, rekabeti engelleyen veya yok eden faaliyetleri engelleyerek, etkin piyasa gücüne sahip operatörlere ve gerekli olduğu hallerde diğer operatörlere karşı yasal yolları kullanarak; düzenlemeleri garanti altına almak,
- Piyasa analizlerini ve etkin piyasa gücüne sahip olan operatörleri belirlemek,
- Operatörleri ve tüketicileri ilgilendiren konularda gerekçelere ve prosedürlere uygun şekilde Kurul kararlarının geçerliliğini sağlamak,
- Gerektiği hallerde, tarifeleri ve referans erişimlerini onaylamak.

Bununla birlikte RK ve BTK rekabet ile ilgili konularda birlikte hareket etmektedirler. RK ve BTK arasındaki protokole göre, sektörde rekabeti etkileyen, engelleyen ve/veya sürdürülebilmesini kısıtlayan faaliyetlere ilişkin olarak alınacak kararlar için RK'nın görüşü alınabilmektedir.

BTK, özellikle mobil sektörde rekabeti teşvik eden güçlü adımlar atmıştır. Bu durumun önemli bir örneği arabağlantı ücretleridir. Arabağlantı ücretleri hızlı bir şekilde düşerek Avrupa'daki seviyeye inmiş, operatörler arasında geçiş yapan tüketicilerin katlandıkları maliyetler de bu durumla beraber azalmıştır. BTK'nın mobil sektördeki buna benzer uygulamalarının yanı sıra, sabit hat sektöründe çok daha tutucu davranıldığı söylenebilir. Sabit hat sektöründe, serbestleşmenin oldukça yavaş işlediği görülmektedir. Türk Telekom'un sabit hattaki hâkimiyetinin devam etmesi bu durumun bir göstergesidir. Mobil hat sektörü ile sabit hat sektöründeki farklı tutumlara dair temel değerlendirme, BTK'nın sahip olduğu geniş çaplı yasal bağımsızlığa rağmen fiili durumda bağımsızlığının kısıtlı olduğu yönündedir. (Özel ve Atiyas, 2011) BTK, düzenleyici

ci kurumların yasal ve fiili bağımsızlıkları arasındaki çelişkinin en çarpıcı örneklerinden biridir. Türk Telekom' un ilgili Bakanlık üzerindeki etkisi serbestleşme sürecini ve rekabeti teşvik eden uygulamaları yavaşlatmaktadır. (Atiyas ve Doğan 2010)

BTK'nın toplumsal paydaşların düşüncelerini hesaba katması regülasyon süreçlerinde hukukun üstünlüğünün sağlanmasında bir kontrol mekanizması oluşturmaktadır. Ancak, uygulamada bu değişik nedenlerle başarılı olarak gerçekleşmemektedir. Buna iki örnek verilebilir. İlk olarak, BTK, üç yıllık dönemlerle pazar analizleri yapmaktadır. Bu pazar analizleri sonucunda, hangi pazarların regülasyona tâbi olacağı belirlenmektedir. Pazar analizi sürecinde, ilk başta bir taslak doküman hazırlanmakta, sonra tarafların görüşleri alınmakta, en son ise nihai pazar analizi dokümanı kamuoyuna açıklanmaktadır. Pazar analizleri incelendiğinde, BTK'nın ilk pazar analizi taslağı ile, nihai doküman arasında hemen tüm pazarlar için pek bir fark olmadığı gözlemlenmektedir. Pazar tanımlarına ilişkin alınan görüşler içerisinde çok farklı görüşlerin olduğu düşünülürse, çok kısa bir sürede tamamlanan bu süreçlerde, alınan görüşlerin çok fazla dikkate alınmadığı görülmektedir. Bu da, hukukun üstünlüğü açısından bir sorun teşkil etmektedir. Benzer bir sorun, askıya çıkarılan düzenlemeler için de geçerlidir. Askıya çıkarılan metinler ile nihai metinler arasında çok fazla bir fark görülmemektedir. Bu durumun sistematik olarak gerçekleşmesi, kamuoyu görüşlerini alma süreçlerinin gerçek amacına hizmet edemediğini göstermektedir.

3.3. Kamu Sahipliği ve Elektronik Haberleşme Sektörü

Türkiye'de elektronik haberleşme sektörünün dönüşümünde özelleştirme ve liberalleşmenin amaçlarını iyi tanımlamak gerekmektedir. Teorik literatür, liberalleşme ile özelleştirmenin her zaman bir bütünlük oluşturamadığını vurgulamaktadır.

Sektörün rekabet yapısına kavuşması için özelleştirme bir ön şart olmakla birlikte yeterli değildir. Daha da önemlisi sektördeki firmaların rekabetçi şekilde davranmalarının teşvik edilmesi gerekmektedir.

Serbestleşme, piyasada, devletin rolünün azalmasını ve kararların gittikçe daha fazla piyasa şartlarına uygun şekilde verilmesini gerektirmektedir. Serbestleşme, bu çerçevede, piyasada rekabetçi güdülerin ön plana çıkacağı bir kurumsal yapının oluşturulması olarak kabul edilmelidir.

Sektörün serbestleşmesinin önündeki en temel sorunlardan birisi, yüksek kamu paylarıdır. Türk Telekom, kamusal karar verme mekanizmalarından bağımsız değildir. Benzer şekilde Turkcell'in de kamudan çok uzakta olmadığını söylemek mümkündür. Her ikisinde halka açık şirketler olmasına rağmen, siyasi karar verme mekanizmalarından bağımsız hareket edememektedirler. Devletin, imtiyaz hakkı bittiğinde, bu şirketlerin değerlerini yüksek tutmak gibi amaçlarla yönetim kurullarına üye ataması iktisadi olarak kabul edilebilir gerekçelerdir. Ancak, bu süreçlerin karar verme mekanizmaları açısından maliyetleri olduğu da açıktır.

Ayrıca, yönetim kurullarına yapılan atamalar, siyasi faktörlerin karar alma mekanizmalarında rol oynamaya devam etmesini getirmektedir. Kararlar siyasi olarak verilmese bile, dışarıya karşı, bağımsızlığın tam sağlanamadığı izlenimi verilmektedir.

Sektördeki hızlı teknolojik dönüşüm, gerek ses gerekse genişbant pazarında, hiyerarşik karar verme mekanizmalarının etkinliğini azaltmakta, piyasa güdülerinin, ön plana çıkmasını getirmektedir.

Elektronik haberleşme sektöründe serbestleşme istenilen hızda gerçekleşmemektedir. Bunun temel nedenlerinden birisi, sektörün gelişmesi için tercih edilen yatırım merdiveni modelidir. Avrupa Birliği'nde başlayan bu model serbestleşmeyi kademeli bir süreç olarak görmektedir. Buna göre, firmaların önce yerleşik işletmecinin altyapısını kullanarak al-sat yapacakları ama zaman içerisinde kendi yatırımlarını yapacakları beklenmektedir. Uygulamada bu gerçekleşmemektedir. Ülkemizde, yatırım merdiveni modeli başarılı olmamış, alternatif işletmeciler, kendilerine sağlanan erişim hakkını bir tür kamu malı olarak görmeye devam etmişlerdir.

3.4. Bir Rekabet Engeli Olarak Regülasyon

Hızla dönüşen telekomünikasyon sektöründe, devletin ağır eli, firmaların, yenilikler ve yeni yatırımlar ile girişimci bir yapıya bürünebilmeleri önünde de önemli bir engel oluşturmaktadır.

Türkiye'de yerleşik operatöre getirilen erişim yükümlülüğü gibi zorunluluklar, sektörde yatırımlar üzerinde de olumsuz bir etkiye yol açmaktadır. Alternatif operatörler, Türk Telekom altyapısına erişim garantisi altında, kendi altyapılarını oluşturmak konusunda isteksiz olmaktadır. Bu durum, yatırım merdiveni yaklaşımının göz ardı ettiği 'ortak mallar trajedisi'nin bir sonucudur. İktisatta 1950'lerden beri öğretilen ortak mallar trajedisi, özel mülkiyet oluşturulamayan kamusal mallar üzerinde bireylerin sadece tüketme amacı güdeceğini, bu kaynakları geliştirmek için herhangi bir yatırım yapmayacaklarını söylemektedir.

Özel bir mülkiyeti, kamusal mal gibi değerlendirmenin bir sonucu olan YAPA ve benzeri yükümlülükler, alternatif operatörlerin sektörde sadece erişim tüketicisi olarak kalmalarını teşvik etmektedir. Yerleşik operatör de bu durumdan etkilenmekte ve yatırım yapmanın artan fırsat maliyeti nedeniyle, etkin düzeyde yatırım yapamamaktadır. Zira, yaptığı yatırımın getirisini elde edemeyeceğini düşünen yerleşik operatör, sınırlı kaynaklarını daha etkin kullanacağı alanlara kaydırmak istemektedir. Yerleşik operatörün avantajı olan bir kaynağın paylaşılmaya zorlanması, verimsizliği teşvik etmektedir. Benzer şekilde, alternatif operatörler de, erişim garantisi nedeniyle, yatırım yapmak istememektedir, ki bu yatırım merdiveni yaklaşımının arzu edilen sonuçlarının tam tersini ortaya çıkarması gibi bir ironiye yol açmaktadır.

Yatırım merdiveni yaklaşımının temel bir sorunu, hem yerleşik operatörün altyapısının doğal tekel olduğu varsayımıyla, erişim yükümlülüğü getirmek, hem de bu altyapının

potansiyel olarak ikame edilebilir olduğu varsayımıyla, alternatif operatörlerin kendi altyapılarını kurabileceklerini beklemektir. Bu ise, 'alternatif bir operatör zaten yasal olarak erişime sahip olduğu bir başka firmanın altyapısına niçin rakip bir altyapı kursun?' sorusuna cevap vermemektedir. Sonuçta, yatırım merdiveni, alternatif operatörlerin, yerleşik operatörün kaynaklarını yatırım yapmanın fırsat maliyetinin altında bir bedelle kullanması sonucunu doğurmaktadır. Bu ise, Türkiye'de, sabit-mobil ikamesinin de etkisiyle, sabit şebeke altyapısının hızlı bir şekilde, değerini kaybetmesine yol açmaktadır.

3.5. Teknoloji, Rekabet ve Hukukun Üstünlüğü: Sabit-Mobil İkamesi

Elektronik haberleşme sektöründe rekabeti ve hukukun üstünlüğünü sağlayacak en önemli gelişme teknolojik alandan gelmektedir.

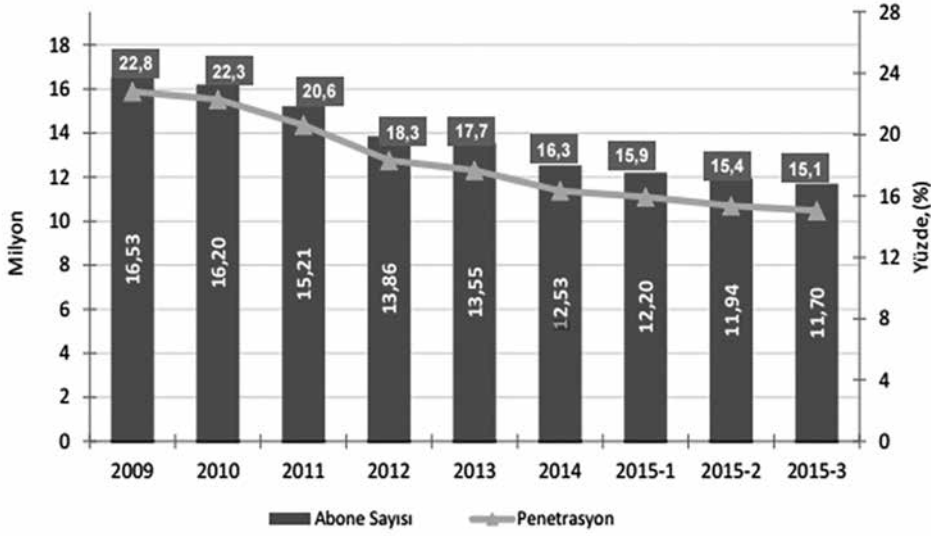
Son yıllarda, dünyada ve ülkemizde, sektörün yapısında en çok belirleyici olan faktör, sabit-mobil ikamesidir. Sabit-mobil ikamesi tüketicilerin gittikçe, sabit telefon ve internet hizmetleri yerine mobil hizmetleri tercih etmeye başlamasını ifade etmektedir. Sabit hizmetlerden mobil hizmetlere doğru olan bu dönüşüm, sektördeki rekabetin platformlar arası rekabete dönüşmesini getirmiştir.

Sabit-mobil ikamesi, fiziksel altyapı şebekesine sahip olan Türk Telekom'un tekel gücünü zayıflatmaktadır. Bireyler için önemli olan ses ve veri hizmetlerinin kendilerine sunulmasıdır. Bu hizmetin, sabit ya da mobil şebeke üzerinden sağlanması tüketici açısından önemli değildir. Teknolojik ilerleme, bu açıdan rekabeti hizmet temelli olmaktan çıkarmakta ve platform temelli hale getirmektedir. Buna bir başka sektörden örnek vermek gerekirse, İstanbul ile Ankara arasında seyahat farklı araçlar (ya da platformlar) yoluyla yapılabilir. Yürümekten başlamak üzere, uçağa kadar farklı alternatifler mümkündür. Demiryollarını kullanmak bu alternatiflerden birisidir. Demiryolları, dar bir piyasa olarak düşünüldüğünde, doğal tekel olarak düşünülebilir. Sonuçta, İstanbul ile Ankara arasında birbiriyle rekabet eden demiryolu şirketlerinin ray döşemesi ve ayrı ayrı istasyon binaları yapması rasyonel değildir. Ancak, gelişen teknoloji, demiryollarını tekel olmaktan çıkarmaktadır. Tüketiciler, sonuç olarak, iki şehir arasında en düşük maliyetle ve etkin şekilde seyahat etmek istemektedirler. Regülasyonların bu değişime uyum sağlayamaması, demiryolu sektörünün etkin bir şekilde rekabet edebilmesini engellemektedir.

Ses ve veri hizmetlerine bakıldığında, Türk Telekom ilk başta tekel gibi görünmektedir. Ancak, tüketicilerin talebi 'Türk Telekom'un sunduğu hizmetlere' değildir. Talep, daha ziyade, telefonla konuşma ve internete ulaşma talebidir. Bu şekilde bakıldığında, sabit ve mobil işletmeciler, tüketiciler nezdinde, birbirileri ile rekabet etmektedirler.

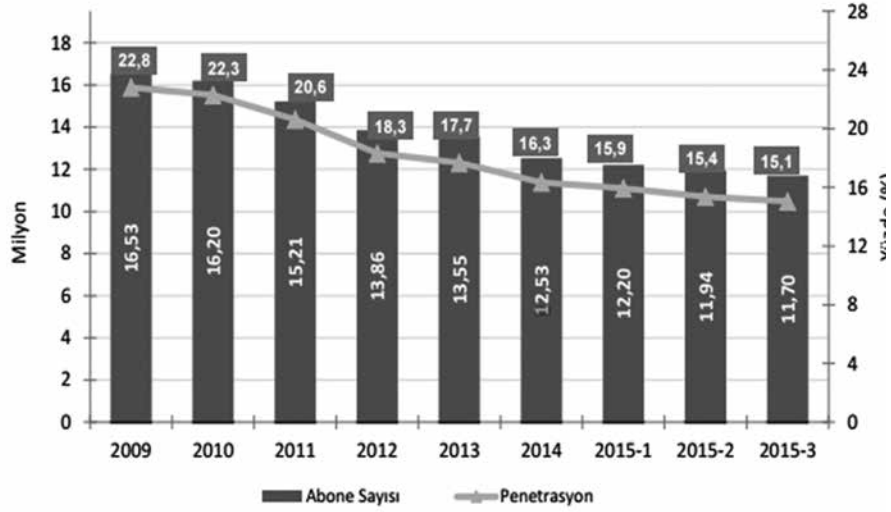
Ses Hizmetleri Piyasası

Ses hizmetleri için sabit mobil ikamesinin varlığına bakıldığında, özellikle son yıllarda mobil ses iletişiminin yaygınlaşması ile birlikte belirgin bir şekilde ortaya çıktığı görülmektedir. 2009 yılından bu yana, sabit ses hizmetlerinde abone sayısı belirgin bir şekilde düşmektedir. Şekil 9 ve 10'da da açıkça görüldüğü üzere; Türkiye'de toplam sabit abone sayısı 2009 yılında 16,53 milyon iken aynı yıl içerisinde toplam mobil abone sayısı (2G ve 3G) 62,8 milyondur. 2015'in üçüncü çeyreğine geldiğimizde toplam sabit abone sayısı 11,70 milyona gerilerken, toplam mobil abone sayısı 73,3 milyona yükselmiştir. Bu durum toplam ses hizmeti aboneleri içerisindeki mobil abonelerin oranının ciddi şekilde arttığını göstermektedir.



Şekil 9. Sabit Abone Sayısı ve Penetrasyon

Kaynak: BTK (2015), Türkiye Elektronik Haberleşme Sektörü 3 Aylık Pazar Verileri Raporu 2015 yılı 3. Çeyrek Temmuz-Ağustos-Eylül

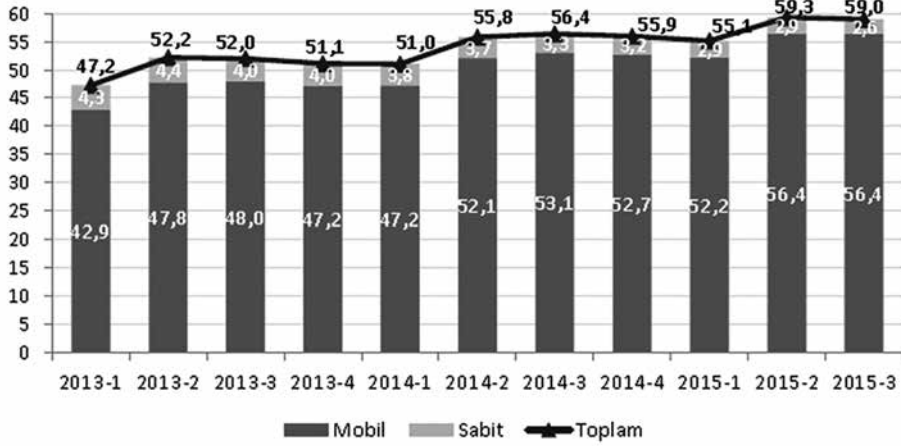


Şekil 10. Toplam Mobil Abone Sayısı ve Penetrasyon

Kaynak: BTK (2015), Türkiye Elektronik Haberleşme Sektörü 3 Aylık Pazar Verileri Raporu 2015 yılı 3. Çeyrek Temmuz-Ağustos-Eylül

Bu duruma ek olarak, ses hizmetlerinde sabit ve mobil hizmetlerindeki trafik de sabit mobil ikamesinin varlığı açısından önemli bir göstergesi olacaktır. Çünkü tüketicilerin yalnızca rakam olarak abonelikleri değil, sabit ve mobil hizmetler arasındaki tercih yoğunluğu da önemlidir.

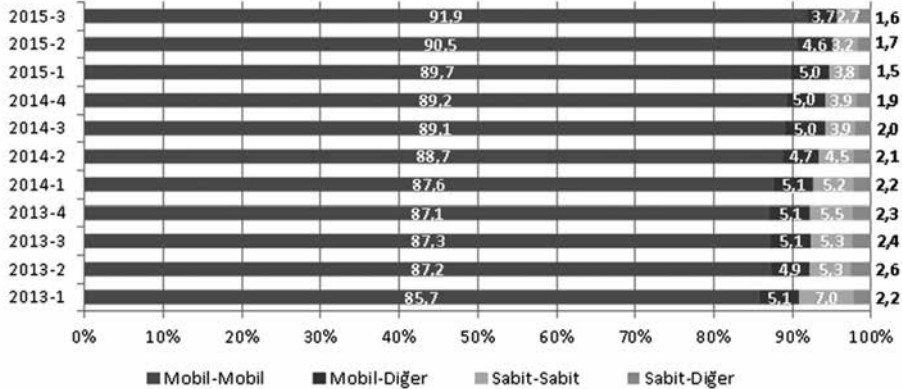
BTK 2015 Pazar verilerine göre, mobil trafik miktarı 2015 yılının üçüncü çeyreğinde 56,4 milyar dakika iken sabit trafik miktarı 2,6 milyar dakikadır. Bununla birlikte mobil trafik miktarı bir önceki döneme göre değişmezken, sabit trafik miktarı %11,2 oranında azalış göstermiştir. Aşağıdaki şekilde Türkiye'de 2008 yılından 2014 yılına kadar olan süreçte, toplam yıllık arama trafik miktarları da açıkça göstermektedir ki son yıllarda mobil arama trafiği önemli bir şekilde artış göstermektedir.



Şekil 11. Toplam Üç Aylık Mobil ve Sabit Arama Trafik Miktarları, Milyar Dakika, Milyar Dakika

Kaynak: BTK (2015), Türkiye Elektronik Haberleşme Sektörü 3 Aylık Pazar Verileri Raporu 2015 yılı 3. Çeyrek Temmuz-Ağustos-Eylül

2015 yılı 3. çeyreği için arama trafiğinin dağılımına baktığımızda ise, trafiğin büyük bir kısmını (%91,9), mobilden mobile doğru yapılan aramalardan oluşan trafiğin oluşturduğu görülmektedir. Öte yandan, sabitten sabite yapılan aramalar aynı dönem içerisinde toplam trafiğin yalnızca %2,7'sini oluşturmakta beraber, 2013'ten bu yana azalan bir trend içerisinde yer almaktadır.



Şekil 12. Trafik Dağılımı %

Kaynak: BTK (2015), Türkiye Elektronik Haberleşme Sektörü 3 Aylık Pazar Verileri Raporu 2015 yılı 3. Çeyrek Temmuz-Ağustos-Eylül

BTK'nın 2013 yılı sabit mobil ikamesi raporuna göre, ses hizmetlerinde sabit şebeke hizmetlerinin, mobil şebeke hizmetleri tarafından ikame edilebilirliğinin oldukça yüksek olduğu belirtilmiştir. Mobil abone sayısının hızlı bir şekilde artması ve bununla birlikte sabit abone sayısının da giderek azalmasının yanı sıra, özellikle genç nüfusun sabit hat kullanım oranının mobil hatta kıyasla çok düşük olması, sabit hat ihtiyacının giderek düşeceğini de göstermektedir.

Raporun sonuçlarına göre, abonelerin mobil hizmete karşı esnekliğinin düşük, sabit hizmete karşı da yüksek olması nedeniyle, sabit hatta meydana gelecek olan fiyat artışları sabit hat açısından önemli sonuçlar doğuracaktır. Bu nedenle mobil hizmetler, bireysel kullanıcılar açısından sabit hizmetler üzerinde ciddi bir rekabetçi baskı unsuru olarak görülmektedir. Fakat bu durumun kurumsal kullanıcılar açısından aynı sonucu oluşturduğunu söylemeyiz. Çünkü kurumsal kullanıcılar sabit hizmetleri yoğun olarak kullanmaya ve kullanımını artırmaya devam etmektedir.

Regülasyon otoritesinin yeni piyasa durumuna uyum sağlamaması ve düzenlemeleri sabit ve mobil piyasaları ayrı düşünerek yapması, piyasada etkinliğin sağlanması önünde bir engel oluşturmaktadır. Hukukun üstünlüğünün, bireylerin sahip oldukları alternatiflerin artırılması ile (nedensellik ilişkisinden bağımsız olarak) doğrudan ilişkili olduğu düşünülürse, sabit-mobil ikamesi, sektörün daha rekabetçi olması ve piyasa süreçlerinin daha önceki durumu göre daha rekabetçi bir yapıya bürünmesi anlamına gelecektir.

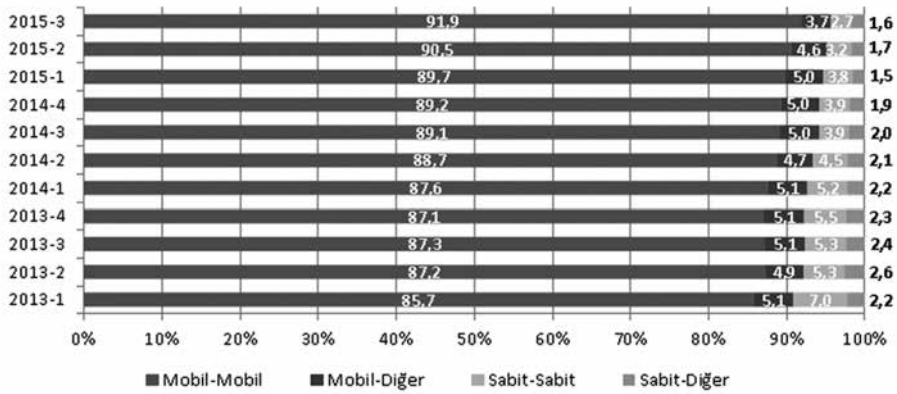
Genişbant İnternet Piyasası

Sabit hat ile mobil genişbant internet piyasaları yakın zamana dek birbirinden ayrı piyasalar olarak ele alınmaktaydı. Birçok ülkede geçmişten bugüne kablolu internet hizmeti ile DSL servisleri aynı piyasanın birer parçası olarak kabul edilmektedir. Buna rağmen, mobil genişbant internet hizmeti ayrı bir piyasa olarak kabul görmekteydi. Bunun doğal bir sonucu olarak, bu iki piyasa ayrı ayrı ve birbirinden bağımsız şekilde düzenlenmekteydi. Son yıllarda bu alanda meydana gelen teknolojik ilerlemeler ve tüketici tercihlerinde gerçekleşen değişimler telekomünikasyon piyasasının yeniden tanımlanması gerektiği konusunda fikirlere öncülük etmiştir. Genişbant piyasasındaki rekabet ilk olarak kablolu internet hizmetlerinin piyasaya girişi ile başlamıştır. Ardından mobil genişbant internet hizmetinin piyasaya girişi ile beraber rekabet yeni bir boyut kazanmıştır. Sabit-mobil ikamesi, mobil genişbant alanındaki teknolojik ilerlemeler ve mobil internet kullanan tüketici sayısındaki artışlar sonucunda ortaya çıkmıştır. Zaman içerisinde sabit ve mobil genişbant internet arasındaki kalite ve fiyat farkı hızlı bir biçimde kapanmıştır. Türkiye'nin 4.5G teknolojisine geçmesiyle beraber her iki hizmet arasındaki "hız" farkının da kapanacağı beklenmektedir. Bu durum sabitten mobil genişbanta doğru olan ikame ilişkisini daha da belirgin hale getirecektir.

Sabit ile mobil genişbant internet hizmetinin birbirine ikame olduğu yönündeki tar-

tışmalar; bu piyasanın tanımının genişletilmesi gerektiğine yönelik tartışmaları beraberinde getirmiştir. Son yıllarda Türkiye'yi de kapsayan birçok güncel çalışma, sabit ve mobil genişbant internetin aslında ikame ürünler olduğunu ve aynı piyasanın birer parçası olduklarını ve bu sebeple aynı düzenleyici şartlar altında değerlendirilmeleri gerektiğini dile getirmektedir.

Sabit genişbant internetten mobil genişbant internete geçiş süreci, hemen hemen tüm ülkelerde gözlemlenirken; sabit genişbant altyapısı nispeten zayıf olan gelişmekte olan ülkelerde bu geçiş belirgin biçimde daha hızlı yaşanmaktadır. Özellikle sabit genişbant altyapıları hemen hemen hiç olmayan kuzey ve sahra altı Afrika ülkelerinde ikame süreci çok daha hızlıdır. Çünkü, sıfırdan bir sabit genişbant altyapısının kurulması, mobil alt yapı kurulmasına nazaran çok daha maliyetli olmaktadır. Gelişmiş ülkelerde ise, sabit hat genişbant internet pazar payını belirli ölçülerde korusa da, yüksek kar oranlarını yitirmiştir. (Oğuz vd., 2015)



Şekil 13. Genişbant İnternet Abone Sayısı

Kaynak: BTK (2015), Türkiye Elektronik Haberleşme Sektörü 3 Aylık Pazar Verileri Raporu 2015 yılı 3. Çeyrek Temmuz-Ağustos-Eylül

Son yıllarda mobil internetin, sabit internetin pazar payının önemli bir kısmını ele geçirdiği görülmektedir. Küresel ölçekte mobil genişbant abonelik sayısı 2008 yılında sabit hat genişbant abonelik sayısını geçmiş ve hala artış göstermektedir. Sabit hat genişbant internet abone sayısı 2008 yılında 6 milyon iken, 2008'den bu yana olan artışı mobil genişbant internet abone sayısına kıyasla daha düşüktür. Mobil abone sayısı 2009 yılında 2,5 milyon aboneye sahip iken, önemli bir artış dinamiği yakalayılarak Eylül 2015'te 37,5 milyon aboneye ulaşarak sabit abone sayısının çok önüne geçmiştir.

Avrupa'nın hızlı büyüyen piyasalarından biri olan Türkiye genişbant internet piyasası BTK tarafından düzenlenmektedir. EHK'nın 4. Maddesine göre; rekabet bir kuraldır ve düzenlemeler istisnadır. Bu kapsamda; EHK'ya göre rekabet açısından etkin piyasa

gücü (EPG) en önemli kriterdir. Eğer BTK, herhangi bir operatörün etkin piyasa gücüne sahip olduğuna kanaat getirirse; EHK hükümleri çerçevesinde operatörün tekelci gücünü kırmak için çeşitli yaptırımlar uygulayabilmektedir. EPG'nin belirlenmesinde ise, temel kriter pazar payı olmakla birlikte, resmi gazetede yayınlanan yasal düzenlemelerde belirtildiği şekliyle teknolojik avantaja sahip olma, tekrarlanamama, dengeleyici piyasa gücü, ölçek ekonomileri ve diğer faktörlere de bakılmaktadır.

Bununla birlikte; mobil genişbant internet hizmetinin ulusal düzenleyici kurum olan BTK tarafından da sabit genişbant internet hizmetinden ayrı bir piyasa olarak değerlendirildiği BTK'nın çeşitli yıllarda yayınlamış olduğu piyasa analizlerinden anlaşılmaktadır. Ancak birçok akademik çalışma ve araştırma Türkiye'de sabit-mobil ikamenin varlığını ortaya koymaktadır. Bununla beraber; son yıllarda genişbant internet hizmeti ile ilgili arz ve talebin artması ile teknolojik ilerlemeler sayesinde; sabit hat, kablolu internet ve mobil internet erişimleri arasındaki geçiş maliyetleri de oldukça düşmüştür. Türkiye'de tüketicilerin mobil internet ile sabit hat interneti karşılaştırılabilir gördüğü ve nispi fiyata göre karar verdiği bilinmektedir. Bu açıdan değerlendirildiğinde, geçiş maliyetlerinin düşüşü, mobil genişbant internet erişimi teknolojilerinin ilerlemesi, mobil ile sabit hat arasındaki fiyat ve kalite farkının kapanması tüketicileri mobil genişbant internet yönünde teşvik etmektedir. Öte yandan, piyasada faaliyet gösteren mobil operatörler reklamlarında yerleşik sabit işletmeci olan TTNET ile benzer ürünü sunduklarını göstermeye çalışarak, TTNET üzerinde rekabet baskısı yaratmaktadırlar. Sonuç olarak, sabit genişbant internet üzerinde geçmişte kablolu internet hizmetinin yarattığı fiyat baskısı bu kez mobil genişbant internet operatörleri tarafından yaratılmaktadır. Bu açıdan bu üç internet erişim tipinin aynı piyasada olduğu düşünülmektedir.

Aynı zamanda, mobil genişbant internet sağlayıcılarının yarattığı bu fiyat rekabeti düzenleyici kurum tarafından piyasa dışından gelen bir tehdit olarak ele alınmaktadır. Bu sebeple, mobil internet ile sabit internet asimetrik regülasyona tâbi tutulmaktadır. Çünkü sabit hat genişbant internet hizmeti piyasası sıkı düzenleyici kurallar altında faaliyet gösterirken; aynı piyasada kabul edilmeyen mobil genişbant internet hizmeti sağlayıcıları oldukça az düzenleyici kurala bağlı olarak faaliyet göstermektedir. Sabit-mobil ikamenin varlığı ve farklı düzenlemelere bağlı olmaları sebebiyle, sabit hat genişbant internet sağlayan operatörler, mobil operatörler ile etkin bir şekilde rekabet edememektedir. Bunun sonucu olarak, rekabet ve tüketici refahı azalırken bununla beraber sabit internet işletmecilerinden mobil internet işletmecilerine doğru bir servet transferi gerçekleşmektedir. (Oğuz vd., 2015)

Herhangi bir kamu otoritesinin amacının kamu yararı olduğunu kabul etmek, teorik olarak tartışmalı olsa da, pratik olarak doğru bir yaklaşımdır. Etkinlik ve sosyal refah amacına uygun şekilde karar almak bağımsızlık olarak düşünülmelidir. BTK'nın kararlarının da kamu yararına karşıt olmaması beklenir. Her BTK kararı ve uygulamasının en yüksek sosyal faydayı sağlayacak şekilde dizayn edilmesini beklemek doğru ol-

mayacaktır. Zira, sosyal refah maksimizasyonunu sağlayacak uygulama ya da kararı belirlemek hem pratik olarak zor hem de marjinal maliyeti faydasının üzerinde olabilir.

3.7. Rekabet Kurumu ve BTK İlişkisi Üzerine

RK ve BTK'nın sektör üzerindeki otoriteleri, her iki kuruma da sektörde rekabeti sağlama ve koruma konusunda bir takım yetki ve sorumluluklar yüklemektedir. Her iki kurumun arasındaki uyum, sektörde rekabetin yerleşmesi ve hukukun üstünlüğünün sağlanması açısından önemlidir. 5809 sayılı kanununun 6. maddesi BTK'ya "elektronik haberleşme sektöründe ortaya çıkan rekabet ihlallerini denetlemek ve yaptırım uygulamak" görevini vermektedir. Aynı kanun, BTK'nın 'mevzuatın öngördüğü hallerde' RK'dan görüş alması gerektiğini de ifade etmektedir. RK'dan görüş alınması sektörde varolduğu düşünülen rekabet ihlallerinin incelenmesi çerçevesindedir. Bir anlamda, BTK rekabetin sağlanmasına dönük ardıl bir denetlemeyi de üstlenmektedir.

Hukukun üstünlüğünün temel ilkeleri düşünüldüğünde, sektörde RK ve BTK'nın benzer sorunlar karşısında benzer şekilde karar almaları beklenmelidir. Aksi takdirde, keyfilik, sektörün kurumsal yapısının bir parçası haline gelecektir.

RK ve BTK'nın birbirleriyle olan ilişkisi, ikame ya da tamamlayıcılık şeklinde olabilir. Kurumlar arası güç çatışması ikame ilişkisini ön plana çıkarabilmektedir. Bir kamu otoritesi, kendi gücünü artırmak için mümkün olduğu kadar geniş bir alanı kontrol etmek isteyebilmektedir.

Ancak, bazı durumlarda kamu otoriteleri, 'ikame' olmayı tam zıt şekilde anlamakta ve istemedikleri konuları, diğer kamu otoritesine yüklemek isteyebilmektedirler. Örneğin, ceza verilmesinin siyasi olarak güç olduğu bir durumda, sektörel otorite ile rekabet otoritesi, yetkinin diğer tarafta olduğunu iddia ederek, işlem yapmaktan kaçınabilmektedir. Her iki durumda da, kamu otoriteleri arasındaki rekabet, sektörde rekabetin yerleşmesi önünde bir engel oluşturmaktadır.

Ağ endüstrilerinde rekabeti sağlamak için yaygın şekilde kullanılan sektör-spesifik kurumlar ve rekabet otoritelerinin göreceli avantaj ve dezavantajları bir arada düşünüldüğünde, teorik olarak beklenen sürecin, sektör spesifik otoritelerin zaman içerisinde yerlerini rekabet otoritelerine bırakmaları olduğu genel kabul görmektedir. Bununla birlikte, kendi elinde tuttuğu otorite ve gücü herhangi bir kamu kurumunun gönüllü olarak bırakacağı da beklenmemelidir. Teorik olarak istenen durumun, uygulamada gerçekleşmesi bu açıdan mümkün gözükmemektedir.

Bir başka açıdan bakıldığında, sektör-spesifik otorite ilk kurulduğunda, sektörün kurumsal yapısı, altyapı ve diğer regülatif sorunlar ön planda olmaktadır. Sektörde rekabetin ne ölçüde sağlandığı genellikle ikincil bir sorun olarak görülmektedir. Ancak, zaman içerisinde, regülatif yapı, hem düzenlemeler hem de ekonomik çerçeve olarak oturduğu için, rekabet daha fazla ön plana çıkmaktadır.

Ülkemizde de BTK, ilk kurulduğunda, sektörde temel kuralların yerleşmesi, mobil hizmetler piyasasının kurumsal çerçevesinin oluşturulması, Türk Telekom özelleştirmesi gibi yapısal konular ön plandaydı. Ancak, geçen yirmi yıla yakın süreden sonra, rekabet konuları BTK açısından daha önemli hale gelmeye başlamıştır. Bu da RK ve BTK arasındaki rekabetin daha da ön plana çıkmasına neden olmaktadır.

Uygulamada, BTK, sektörde rekabeti koruma konusunda aktif bir rol oynamaktadır. Özellikle, rekabetin korunması konularında, RK ve BTK arasında görüş ayrılıkları oluşabilmektedir. Bunlara iki örnek vermek yeterli olacaktır. İlk olarak, RK ile BTK'nın pazar tanımları farklılaşabilmektedir. Yoğun şekilde regüle edilen elektronik haberleşme sektöründe BTK, AB düzenlemelerini takip ederek, ilgili pazarı tanımlamaktadır. Ancak, RK'nın pazar tanımları her zaman bu tanımlarla örtüşmemektedir. İlgili ürün pazarının farklı tanımlanması, sektörde firmaların hangi kurala uyacakları konusunda belirsizliğe yol açmaktadır. İkinci olarak, BTK'nın onayladığı bir takım işlemler, RK tarafından soruşturma konusu yapılabilmekte ve şirketlere ceza verilebilmektedir. Rekabet hukukundaki en önemli ve tartışmalı konulardan birisi olan fiyat sıkıştırılmaları buna örnek olarak verilebilir. Bu örnekler çoğaltılabilir., RK ve BTK arasında uyumun tam olmadığı bir durumda, regülasyon ve rekabetin ikame olması durumu daha baskın olmaktadır.

RK ve BTK arasında 2011 yılında bir işbirliği protokolü ile yetki çatışmasının çözümüne dönük bir adım atılmıştır. Ancak, yetki çatışmasının protokol yoluyla çözülebilmesi mümkün değildir. Nitekim, daha sonraki uygulama da, her iki kurumun temel kanunlarından gelen yetki ve sorumluluklardan feragat etmelerinin mümkün olmadığını göstermektedir. Sektörde rekabetin sağlanabilmesi ve hukukun üstünlüğünün yerleşebilmesi adına, yetki çatışmasının önlenmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, hukukun üstünlüğünün temel ilkeleri sağlanmamış olacaktır.

Yetki çatışması sorununun çözümü, ya ilgili kanunların belirsizliği ortadan kaldıracak şekilde revize edilmesiyle ya da, yargının içtihatlar yoluyla muğlaklığı ortadan kaldırmasıyla mümkün olabilecektir. Aksi takdirde, sektörde belirsizlik devam edecek ve firmalar muğlaklığı rant-arama fırsatı olarak görebileceklerdir. İdeal bir durumda, regülasyonun rekabet konularından çekilmesi ve tarife, arabağlantı ve lisanslama gibi regülatif konulara ağırlık vermesi daha doğru olacaktır.

BTK ve RK arasındaki yetki belirsizliği henüz çözülebilmemiş değildir. Aşağıda da tartışılacağı gibi İdari Yargı da kesin bir içtihat oluşturabilmiş değildir. Bu belirsizlik elektronik haberleşme sektöründe hukukun üstünlüğünün yerleşebilmesini güçleştirmektedir.

3.8. Yargı Bağımsızlığı, Hukukun Üstünlüğü ve Elektronik Haberleşme Sektörü

İlk bölümde ayrıntılı bir şekilde ele alındığı üzere, Dicey'in hukukun üstünlüğü üzerine getirdiği şartlara bakıldığında, modern toplum açısından, içtihatların oluşması en

önemli unsur olarak ortaya çıkmaktadır. Ülkemizde elektronik haberleşme sektöründe hukukun üstünlüğü açısından bakıldığında, RK, BTK ve mahkemeler (İdare Mahkemeleri ve Danıştay) belirleyici bir rol oynamaktadır. Her üç kurumun verdikleri kararlar ve uygulamalar, sektörde hukukun üstünlüğünün yerleşebilmesi açısından temel bir göstergedir.

Yargının, zaman içinde, içtihat oluşturabilmesi, bu alanda uzmanlığa dayanan bir şekilde karar verebilme kabiliyeti ile doğrudan ilişkilidir. Sektörün yargıya intikal eden sorunları çoğunlukla teknik konulardır. İdare mahkemeleri ve Danıştay'ın, gerek RK, gerekse BTK yoluyla gelen davalarda verdiği kararlarda, istikrarlı bir şekilde içtihat oluşturabilmeleri, sektörde hukukun üstünlüğünün yerleşmesinde belirleyici olacaktır.

Yargıda altyapı sektörlerine dönük olarak verilen kararların içtihata dönüşebilmesi zaman almaktadır ve hakimlerin oldukça teknik olan konular hakkında uzmanlaşmalarını gerektirmektedir. Henüz 15 yıllık bir geçmişi olan düzenleyici kurumlara ilişkin yargıya giden davalarda, yeterli teknik kapasitenin oluşmadığı gözlemlenmektedir. Danıştay 13. Dairesi, uzmanlaşmayı sağlamaya dönük pratik adımlar atmaktadır. Belirli tetkik hâkimlerinin bu alandaki davalara bakması bu yönde pratik bir adımdır. Ancak, bu uygulama, Danıştay'ın iş yükü ve davaların sayısındaki hızlı artış düşünüldüğünde, başarılı olmak için zamana ihtiyaç duyulmaktadır.

Bu sorunu çözenin alternatif bir yöntemi olarak, Danıştay, bu alanda uzman görüşlerine daha fazla başvurabilir. Bir Danıştay hâkiminin, telekomünikasyon sektöründeki fiyat sıkıştırmalarında yapılan hesaplamalara vakıf olması beklenemez. Normatif açıdan bakıldığında, olmamasının doğru olduğunu savunan görüşler de vardır. Örneğin, genel ilkeler ve özel durumlar arasındaki tercih her zaman kolay çözümlenememektedir. Bağımsız uzman desteği almak, hem süreçlerin daha hızlı sonuçlanmasını, hem de hâkimlerin eksik kaldıklarını düşündükleri noktalarda tamamlayıcı bilgi sahibi olmalarını sağlayacaktır.

BTK ve RK arasındaki yetki dağılımının net olmaması, aynı konuda her iki otoritenin farklı kararlar alabilmesi ve idari yargıda gerek idare mahkemeleri gerekse Danıştay'ın istikrarlı kararlarının yerleşmemesi sektörün daha rekabetçi bir yapıya dönüşmesini zorlaştırmaktadır. Bu noktayı hukukun üstünlüğünün pratik önemini görmek için biraz daha ayrıntılı bir şekilde ele almakta fayda vardır.

RK ile BTK ilişkisi açısından bakıldığında, gerek RK'nın, gerekse Danıştay 13. Dairesinin yerleşmiş bir uygulamasının oluşmadığı söylenebilir. Ancak, Danıştay, sektör-spesifik otoritenin yetkilerini olağan görmekte, RK'nın tamamlayıcı bir fonksiyon üstlendiğini kabul etmektedir. BTK'nın aldığı kararların, RK tarafından dikkate alınması gerektiğini kabul etmektedir. Danıştay, elektronik haberleşme sektörüne dönük bir kararında, BTK ile RK'nın işbirliği içinde olması gerektiğini ifade etmektedir. (Danıştay 13. Daire, E.2008/13184, K. 2012/359).

BTK ve RK ilişkisi açısından temel sorun, normlar hiyerarşisi içinde hangi kurumun daha yukarıda olduğu sorunudur. Gerek ABD, gerekse Avrupa Birliği'nde bu sorun çözülmüştür. Her ne kadar ABD ve AB uygulamaları farklılaşsa da, normlar hiyerarşisinde kurumların yerleri tanımlanmaktadır. Ülkemizde bu sorun, uygulamada hukukun üstünlüğünün yerleşmesi önünde engel oluşturmaya devam etmektedir.

3.9. Dikey Bütünleşme ve Rekabet

Türkiye'de dikey ayrıştırma Türk Telekom ile başlamıştır. Ayrıştırmanın bir kaç amacı olmakla birlikte, iktisadi olarak, daha rekabetçi bir piyasa yapısına yol açacağı bekleniyordu. Ancak, bu yaklaşım, dikey bütünleşmenin sağladığı etkinlik kazanımlarını tamamen dışlamaktaydı. Ekonomik gerçeklik ile uyumlu olmayan düzenlemelerin, zaman içerisinde kurumsallaşması mümkün olmadığı için, ayrıştırma, rekabet hukuku ve regülasyon yoluyla zorla uygulandığında, yasal yapının, ekonomik gerçeklikten uzaklaşmasına ve sektörde rantların daha hızlı oluşmasına ve aktarılmasına yol açmaktadır. Ülkemizde de bu yapı, rekabeti teşvik etmek yerine, Türk Telekom' un altyapısının, aşağıda da tartışıldığı üzere, 'ortak mal'a (commons) dönüşmesine ve, ilk başta arzu edilen yatırım seviyesine ulaşılması için gerekli teşvik mekanizmalarının oluşturulamamasına yol açmıştır.

Genel olarak, yapısal ayrıştırma ve erişim yükümlülüğü, dikey bütünleşik bir firmanın gerek işlem maliyetleri, gerekse ölçek ve kapsam ekonomilerinin getirdiği kazanımlardan istifade etmesini zorlaştırmaktadır.

Dikey bütünleşik yapının sosyal refah üzerindeki fayda ve maliyetleri düşünüldüğünde, zorunlu unsur doktrini, maliyetlere daha fazla ağırlık vermekte, bütünleşmenin sosyal faydalarının düşük kalacağını varsaymaktadır. Ancak, zorunlu unsur kavramının ortaya çıkardığı sorunlar dikkate alındığında, son yirmi yıl içinde, dikey bütünleşik yapıyı, regülatif yöntemlerle kontrol etmenin hem önceden tahmin edilen faydaları sağlamamış, hem de birbiriyle çelişen yöntemlerin beraber kullanılmasını gerektirdiği için, piyasada rekabetin oluşması önünden önemli bir engel oluşturmuştur.

Rekabetçi bir telekomünikasyon sektörünü teşvik edebilmek için, dikey entegrasyonun sağladığı faydaları göz önüne almak gerekmektedir. Toptan ve perakende ürünlerin birbirleriyle uyumlu olabilmesi, nihai tüketiciye dönük Ar-Ge faaliyetlerini teşvik etmekte ve birbirine bağlı yeniliklerin daha hızlı bir şekilde piyasaya sürülebilmesine yol açmaktadır. Özellikle sabit-mobil ikamesi sonrasında bütünleşik ürünlerin sunulması ve altyapının da bu ürünlerin bir parçası haline gelmesiyle, dikey bütünleşik yapı ile yatay bütünleşik yapılar arasındaki keskin ayırım da gittikçe muğlak hale gelmektedir. Örneğin, paket satış uygulamaları (üç ya da dört farklı ürünün bir arada sunulması), sabit ve mobil hizmetler arasındaki ayırımı da zayıflatmaktadır. Aynı paket içinde, hem sabit, hem mobil hizmetlerin sunulması, dikey bütünleşik yapının, yatay rekabeti teşvik etmek için kullanılmasını gerektirmektedir. Bu ise, tü-

ketici refahını olumlu etkileyen bir süreçtir.

Dikey bütünleşik bir firmanın tekel olduğu bir durumda, alt ve üst pazarlarda, iki ayrı tekel olmasına göre sosyal refah kayıpları daha düşük olacaktır. Dikey bütünleşik firmanın, tekel olduğu girdiyi tekelci bir fiyatla satması, perakende pazardaki firmaları alternatiflere doğru itecektir. İkame mallarının var olduğu bir durumda, girdi ikamesi, tekelin gücünü zayıflatarak, tüketicilerin faydasını artıracaktır. Ancak, girdi ikamesinin tüketicilere daha az tercih edebilecekleri ürünlere yönelmesine yol açması durumunda, bu iki etkinin hangisinin büyük olduğu önem kazanmaktadır. Sabit-mobil ikamesi, alt-yapı piyasasında tekel olan firmanın bu gücünü kullanmasını engellediği için, dikey bütünleşik yapıya sahip firmanın sadece olumlu etkisi söz konusu olacaktır.

Bir diğer nokta, daha önce sözü edilen işlem maliyetleri ile ilgilidir. Tekel gücüne sahip olan firma, piyasada fırsatçı davranan rakiplerin varlığının getirdiği işlem maliyetlerini de ortadan kaldıracaktır. Bir ekonomide, fırsatçılığı önleme maliyetlerinin (sözleşme yapma ve uygulama maliyetleri) büyük bir hacminin olduğu düşünüldüğünde, işlem maliyetlerindeki azalmanın da etkinlik değerlendirmelerinde hesaba katılması gereklidir. Dikey bütünleşik firmanın, toptan pazarda rakibinin olmaması, erişim yükümlülüğü ve fiyat regülasyonu ile beraber düşünüldüğünde, perakende pazardaki rakiplerin işlem maliyetlerini düşürmekte ve daha fırsatçı davranabilmelerine yol açmaktadır.

Ampirik literatür, bu teorik bulguları doğrulamaktadır. Dikey bütünleşik firmalar, yukarıda sayılan nedenlerden dolayı sosyal refahı artırmaktadır. Buna karşılık, gerek rekabet otoriteleri, gerekse de düzenleyici kurumlar, zorunlu unsur doktrini ve doğal tekel yaklaşımını esas alan ve bu nedenle etkinliği azaltan uygulamaları tercih etmektedir. Etkinliği azaltan uygulamaları tercih ettikleri sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Değişik ülkelerde yapılan çalışmalar, dikey bütünleşmenin tüketicilere fayda sağladığını ya da en azından zarar vermediğini göstermektedir. Aksine, dikey bütünleşmeyi engellemeye çalışan regülasyon uygulamaları, sosyal refah üzerinde net bir olumsuz etkiye yol açmaktadır. Bu çalışmanın amacı bu literatürü ele almak değildir. Ancak, dikey bütünleşmenin rekabeti azaltmak yerine artırdığı sadece ampirik olarak değil rekabet teorisi çerçevesinde de kabul görmektedir.

Özellikle telekomünikasyon sektöründe, sabit-mobil ikamesi nedeniyle, sabit pazarda tekel gücünün varlığı, tüketicilerin alternatif piyasalara yönelmesini engellemektedir. Genel olarak, literatürde dikey bütünleşik yapının daha rekabetçi olduğu bulunurken, telekomünikasyon sektöründe rekabet karşıtı olduğunu söylemenin ampirik bir delilini bulmak güçtür.

Uygulamada ortaya çıkan sorunların tipik bir göstergesi, ülkemizde de 2008'den beri varolan yerel ağın paylaşıma açılmasıdır. (YAPA) Türk Telekom'un şebekesini alternatif operatörlere açmasını gerektiren bu uygulama, BTK tarafından düzenlenmekte ve yönetilmektedir. Yatırım merdiveni sürecinin bir parçası olarak anlamlı olan YAPA, ülkemizde başarılı olamamıştır. Aralık 2014 itibarıyla YAPA abone sayısı sadece 3.691 olarak kalırken, aynı dönem itibarıyla Al-Sat yöntemiyle hizmet sunulan abone sayısı

57.997 olarak gerekleŒmiŒtir. Aslında bu pek de ŒaŒırtıcı değildir. Sektörde durağan bir yapının olduğu kabulü ile, firmaların stratejik davranmayacağı varsayımıyla oluŒturulan bu model, gerçek hayatta rekabetçi olmak zorunda olan hem yerleŒik hem de alternatif operatörlerin davranıŒlarıyla uyumlu değildir. Daha da önemlisi, tek bir deęiŒkenin regülasyonu, diğer deęiŒkenlere de bağlı olduğundan, BTK, sadece YAPA için bile, Türk Telekom'un çok sayıda deęiŒkenini regüle etmek zorundadır.

Sonuç olarak, zorunlu unsur doktrini, BTK'yi gittikçe bir 'merkezi planlama otoritesi'ne dönüŒtürmektedir. Böylece, düzenleyici otorite, gittikçe rekabet bekçisine dönüŒmektedir. Bu durum Türkiye'ye özel değildir. Amerika BirleŒik Devletleri de benzer bir süreci yaŒamıŒ, ancak Yüksek Mahkemenin 2004 Trinko kararı sonrasında, regülasyon ve rekabet arasındaki gerilim kısmen özölmüŒtür. Avrupa Birliği'nde ise Komisyon, böyle bir iŒlev görmeye devam etmektedir.

Özetle, devletin, 'rekabet olsaydı ne olurdu?' sorusuna cevap araması ve düzenlemelerini buna göre yapması sadece, idari yükü artırıp, düzenleyici otoritenin gittikçe rekabet önünde bir engel olarak kalmasıyla sınırlı kalmamaktadır. Devlet, piyasada oyuncular arasında servet transferi yapan bir aracıya dönüŒmektedir.

4. KISIM

SONUÇ VE ÖNERİLER

İktisatçılar genellikle, rekabetin çoğunun her zaman azından iyi olduğunu ve rekabetçi bir piyasanın ekonomide etkinliği artırdığını kabul ederler. Altyapı endüstrilerinde 1980lerde başlayan regülasyon reformları ve serbestleşmenin teorik avantajları üzerine kapsamlı bir literatür olsa da, uygulamadaki faydaları üzerine kesin sonuçlar yoktur. Örneğin, ilk teorik beklenti olan fiyatların düşmesi, pek çok liberalleşen ekonomide gözlenmemiştir. Serbestleşmenin teorik modellerdeki etkileri ile gerçek hayattaki sonuçları farklılaşmaktadır.

Bu çalışmada, teorik beklentiler ile uygulama sonuçları arasındaki farklar değerlendirilmiştir. Serbestleşmenin uygulamada temel sorunu, hukukun üstünlüğünü bir varsayım olarak kabul etmesidir. Hâlbuki, uygulamada en temel sorun, regüle edilen sektörlerde hukukun üstünlüğünün bir kurum olarak yerleşebilmesidir. Bu sağlanamadığı sürece, iktisadi modellerden hareketle tasarlanan fiyat ve tarife modelleri, istem dışı sonuçlar ortaya çıkarmaya devam edecektir.

Regülasyon reformları, rekabetin ekonomide içselleştirilmesi için yapılan kurumsal nakillerdir. Ancak, vücut çoğu zaman nakledilen organı etkin şekilde çalıştıramamaktadır. Gelişmiş ülkelerde çalışan regülasyon modelleri, gelişmekte olan ülkelerde aynı etkinliği sağlayamamaktadır. Bunun temel sebebi, gerek sektörel düzenleyici otoriteler, gerek yargı, gerekse piyasa oyuncularının yeni sisteme geçmelerinin evrimsel bir süreçle olması ve bu süreç içerisinde, karar vericilerle beraber oyunun kurallarının da ilk başta istenen yapıdan başka yönlere doğru ilerlemesidir. Değişimin yönünü ise çoğu zaman önceden tahmin etmek mümkün değildir.

Türkiye’de elektrik ve elektronik haberleşme piyasalarındaki dönüşüm, serbest piyasanın temel özelliklerini yerleştirmiştir. Ancak, dönüşüm, her iki sektördeki etkinsizlikleri azaltmada yeterli kadar başarılı olamamıştır.

Eğer, elektrik sektöründe rekabeti desteklemek ve hukukun üstünlüğünü sağlamak isteniyorsa, EPDK’nın kendi gücünü sınırlayacak kararları alması gereklidir. Kurumsal çerçevenin dizaynı, tarife metodolojisi, yargısal ve idari çözüm mekanizmalarının etkin şekilde işletilmesi gibi sektörün önemli boyutlarında hukukun üstünlüğü yönünde bir tercih yapılmalıdır. Regülasyonlarda hukukun üstünlüğünün göstergesi olan unsurlarda, EPDK net bir şekilde sosyal refahı olumlu etkileyecek bir yaklaşım oluşturmalıdır.

Regülasyon sürecinin güvenilirliği, kullanılan mekanizmaların ne şekilde dizayn edildiğinden ziyade düzenleyici taahhüt sorununun ne kadar etkin şekilde çözüldüğüyle doğrudan ilişkilidir. Henüz Türkiye’de görülmemekle birlikte, regülasyon sürecinin hu-

kukun üstünlüğü ilkesiyle uyumlu olmaması, zaman içerisinde, sektörde yatırımların azalması, etkinlikten uzaklaşılması ve devletin tekrar temel karar verici ve mülkiyet sahibi olduğu bir sisteme dönülmesine neden olacaktır. Piyasada etkinliği ön plana çıkaran bir kurumsal çerçevenin yerleşmemesi, kamu sahipliğinin geri gelmesine yol açacaktır.

Elektronik haberleşme sektörünün regülasyon tecrübesinin elektrikten ayrıştığı yönler ve benzeştiği taraflar vardır. Burada birkaç noktaya değinmek faydalı olacaktır: İlk olarak, telekomünikasyon sektörünün teknolojik olarak dinamik yapısı, regülasyonun maliyetinin durağan bir sektöre göre daha yüksek olmasına yol açmaktadır. Rekabetçi kalabilmek için sürekli yatırım yapma zorunluluğunda olan firmalar, değişik nedenlerle yatırımdan kaçınmaktadır.

İkinci olarak, firmalar piyasa sinyallerini regülasyonlar nedeniyle yanlış okumaktadırlar. Örneğin, sabit şebeke altyapısının yeterli yatırımların yapılmasıyla, ekonomiye sağlayacağı daha çok katkı varken, mobile doğru kayma, etkin olandan daha hızlı olmaktadır. Bu ise, yatırımların, sosyal refah açısından doğru şekilde kullanılamaması sonucunu ortaya çıkarmaktadır.

Üçüncü olarak, her bir regülasyon, yeni bir regülasyona yol açtığı için, rekabetin sektörde sağlıklı bir şekilde yerleşmesi gittikçe daha zorlaşmaktadır. Sonucu, ve de en önemlisi olarak, sabit-mobil ikamesi, sektörde rekabeti platformlar-arası rekabete dönüştürmektedir. Bu nedenle, AB'de 2002 direktifi ile başlayan farklı pazarlar tanımlama yaklaşımı, iktisadi olarak önemini gittikçe kaybetmektedir. Mobil ses ve veri hizmetlerinin sabiti ikame etmesi nedeniyle, rekabet, düzenleyici sürece rağmen yerleşmektedir. Regülasyon, bu süreçte sadece, piyasanın genişlemesini yavaşlatmakta ve daha maliyetli olmasını getirmektedir.

Elektronik haberleşme sektöründe regülasyon ve hukukun üstünlüğü ilişkisi üzerindeki temel sorunlardan birisi evrensel hizmet yükümlülükleri ilişkilidir. Evrensel hizmet yükümlülüğünün dizayn edilmiş biçimi, fonun kullanımı, sektörün rekabetçi bir yapıya dönüşmesi önündeki engellerin bir göstergesidir.

4.1 Hukukun Üstünlüğü ve Regülasyon:

Temel Kriterlerin Değerlendirilmesi

Bu çalışmanın ilk bölümünde tanımlanan temel kriterlerin sektör açısından kısa bir değerlendirmesini yapmak gerekirse şu noktalar ön plana çıkmaktadır. İlk olarak, düzenleyici otoritelerin anayasal dayanağının muğlak olması ve yargıda düzenleyici otorite ile sektör oyuncularının aynı seviyede görülmemesi nedeniyle, gerek EPDK, gerekse BTK, zaman zaman düzenleyici taahhütlerini ihlal edebilmektedirler. Elektrikte tarifelerin uygulama dönemi içinde değiştirilmesi buna ör-

nek olarak verilebilir. Kurala bağıllık ile ilgili temel bir problem, kanunla yapılması gereken düzenlemelerin, yönetmeliğe bırakılmasıdır.

İkinci olarak, Türkiye’de düzenleyici mevzuat açısından bakıldığında, kanun, yönetmelik ve tebliğlerin oldukça ayrıntılı hazırlandığı söylenebilir. Ancak, bu alandaki temel bir sorun, gerek EPDK, gerekse BTK’nın kendilerini bağlayacak düzenlemelerden kaçınma eğilimine zaman zaman girmeleridir. Örneğin, BTK’nın erişim düzenlemelerinde, tarifelerin maliyet esaslı olması ve şeffaf olması ifade edilirken, maliyetlerin tam olarak ne olduğu ve şeffaflığın nasıl anlaşılması gerektiği açıklanmamaktadır. Bununla beraber, gerek elektrik gerekse elektronik haberleşme sektörlerinde, düzenleyici otoriteler, genel kurallardan hareketle ardıl uygulamaları tercih edebilmektedirler.

Diğer bir kriterin değerlendirilmesine göre, her iki sektörde de izin sistemi hâkimdir. Örneğin, elektrik tarifelerinde, hangi girdilerin sermaye harcaması (Capex), hangi girdilerin işletme gideri (Opex), hangilerinin sabit maliyet, hangilerinin değişken maliyet olduğuna EPDK karar vermekte ve bu ayrıntılı düzenleme sektörde düzenleyici otoritenin her ayrıntıyı takip etmesini zorunlu kılmaktadır. Benzer bir yaklaşım elektronik haberleşme sektöründe de mevcuttur. Baz istasyonları için verilen izinler buna örnek olarak verilebilir. 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu’ na göre baz istasyonlarının kuruluşunda uyulması gereken kriterlerle ilgili düzenleme yapma yetkisi, güvenlik sertifikası verme ve bunun dışında kurulum için gerekli olan izinlerin verilmesi sorumluluğu BTK’dadır. BTK baz istasyonları ile ilgili, özellikle elektrik alan ve manyetik alan ölçümleri için düzenlemeleri yaparken ayrıntılı ve uluslararası standartlara uygun bir şekilde sektörü takip etme zorunluluğu içerisindedir. Bu çerçevede, kuralların açık ve basit yazılması, hukukun üstünlüğünün sağlanmasını destekleyerek farklı yorumların oluşmasını da engelleyecektir. Ancak bu sektörlerdeki düzenlemeler, oldukça karmaşık bir şekilde hazırlanmaktadır. Örneğin, elektrikte Dengeleme ve Uzlaştırma Yönetmeliği, bu açıdan öğreticidir. Yönetmeliğin anlaşılması zordur ve iktisadi olarak kendi içerisinde çelişen hükümler içermektedir.

Kuralların herkese eşit derecede uygulanıp uygulanmadığı bir diğer önemli kriterdir. Ancak, herkese eşit kuralların uygulanması bu sektörlerde her zaman sağlanamamaktadır. Örneğin, elektronik haberleşme sektöründeki en önemli konu olan sabit-mobil ikamesiyle, sabit operatör ile mobil operatörler aynı müşteri kitlesine hitap etmeye başlamıştır. Ancak, sabit ve mobil sektörler farklı regülasyonlara tabidir. Sabit sektör, daha yoğun şekilde regüle edilirken, mobil sektördeki regülasyonların azlığı, sektörler arası rant transferlerine yol açmaktadır.

Yargısal denetim ve kararlara itiraz süreçleri ile ilgili kriterlere bakıldığında iki önemli durum mevcuttur. İlk olarak, gerek BTK, gerekse EPDK verdikleri kararların gerekçelerini ayrıntılı şekilde kamuya duyurmamaktadır. Örneğin, elektrik dağıtım tarifelerinde, tarife teklifleri EPDK tarafından değiştirildiğinde, buna ilişkin ilgili taraflara ayrıntılı bir açıklama yapılmamakta, gerekçe sunulmamaktadır. İkinci olarak, düzenleyici otoritelerin kararlarına itiraz yolu bazen idare mahkemeleri bazen de Danıştay’dır. Aynı

konu, yoruma bağlı olarak, idare mahkemesine ya da Danıştay'a gidilebilmektedir. Bu ise, literatürde 'forum shopping' denilen bir uygulamayı teşvik etmektedir. Yargıda altyapı endüstrilerindeki sorunlarda uzmanlaşmış mahkemelerin henüz yerleşmemiş olması nedeniyle, içtihat oluşturma güçlüğü varlığını sürdürmektedir.

Son olarak, düzenleyici kurumun bağımsızlığı ile ilgili kriterleri bir bütün olarak değerlendirmek, hukukun üstünlüğü ve bağımsızlık ilişkisini görebilmek adına daha yararlı olacaktır. Öncelikle, gerek EPDK gerekse BTK, siyasi süreçlerden tam olarak bağımsız olamamaktadır. Buradaki temel sorunlardan biri, bu kurumlarda çalışan uzman ve st düzey bürokratların ilgili sektöre geçebilmeleri nedeniyle karar ve uygulamaların bu eğilimden etkilenebilmesidir. Bu etki iki yönlü olabilmektedir. Sektöre geçmeyi düşünmeyen ve 'kariyerist' denebilecek uzmanlar, daha devletçi bir yaklaşımla kuralların katı uygulanması taraftarı olabilirken, sektöre geçmeyi düşünenler, daha yumuşak bir tavır sergileyebilmektedirler. James Q. Wilson (1984)'ın, *The Politics of Regulation* alışmasında bahsettiği üzere, 1960'lı yıllarda Amerikan Gıda ve İlaç Dairesi'nde bir dönem sektöre karşı daha ılımlı ve istekli olan kurum çalışanlarının bu tutumunun, ileriki dönemlerde sektör tarafından bir nevi ödüllendirilmesi ve sektörde st düzey kadrolarda yer alması söz konusu olmuştur. Daha sonraki dönemlerde kurumdaki bu tutumun değişmesi ile birlikte, sektörün de kurum çalışanlara karşı tutumunun tersine döndüğü görülmüştür.

Türkiye'de regülasyonların yapılma süreçlerinde yönetilenlerin katılımı etkin bir şekilde sağlanamamaktadır. Örneğin, BTK, pazar analizlerini nihai olarak açıklamadan önce kamuoyu görüşüne sunmaktadır. Ancak, kamuoyu görüşüne sunulan dökümanlar ile nihai dökümanlar arasında pek bir fark gözükmemektedir. Benzer bir durum, düzenleme taslakları için de geçerlidir. Askıya ıkarılan düzenleme taslakları ile yayınlanan düzenlemeler arasında genellikle bir fark olmamaktadır. Bu durum, katılımcıların sürece katılmaları mümkün olsa bile görüşlerinin, en azından askı ve sonrası dönemde etkisinin olmadığını göstermektedir. Dahası, her iki sektörde de regülasyon süreçlerini yavaşlatmak ya da hızlandırmak zaman zaman, giriş engeli yaratmak amacıyla kullanılabilir.

4.2 neriler

Çalışmada ortaya çıkan sonuçlardan hareketle gerek elektrik, gerekse elektronik haberleşme sektörlerindeki hukukun üstünlüğü, regülasyon sürecinin bağımsızlığı ve serbestleşme arasındaki bağın güçlendirilebilmesi için aşağıdaki noktaların değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

1. En başta regülasyon süreçlerinin rekabetin kurumsallaşması için bir araç olduğu göz ardı edilmemelidir. Rekabeti yerleştiren bir regülasyon otoritesinin zaman içerisinde kendisini kltmesi beklenir. Bugünkü haliyle, gerek elektrikte gerekse telekomünikasyon sektörlerinde, regülasyon kurumsallaşmış ve gittik-

çe daha hâkim ve bürokratik bir yapıya dönüşmektedir. Regülasyonun kendisi, rekabetin önünde bir engel oluşturmamalıdır.

2. Gerek BTK gerekse EPDK, en azından önemli kararlarını gerekçeli olarak yayınlamalıdır. Piyasa oyuncuları, regülasyon otoritesinin hangi durumda nasıl karar vereceğine dair daha net bir fikre sahip olmalıdırlar.

3. Hem idare mahkemeleri hem de Danıştay'de bu sektörlerde uzmanlaşmanın sağlanması gerekir. Bu süreç Danıştay'da başlamıştır. Ancak yerleşmesi zaman alacaktır.

4. Gerek elektrik, gerekse elektronik haberleşme sektörlerinde, düzenleyici otoriteler belirsizlikleri azaltacak bir kurumsal çerçeve oluşturmalıdırlar. Örneğin, elektrik dağıtım tarifelerinin uygulama dönemi içerisinde değiştirilmemesi gerekir.

5. Düzenleyici süreçlerin tüm şirketler için eşit regülatif yük oluşturması gerekir. Örneğin, BTK'nin tarife onay süreçlerinin tüm operatörler için aynı içerik ve zaman sürecinde olması gerekir.

6. Regülatif sürecin bağımsızlığında kamuoyunda bu yönde bir talebin olması önem kazanmaktadır. Bu nedenle, sivil toplum kuruluşlarının, bu alandaki çalışmalara ağırlık vermesi gerekir.

7. Kaçak elektrik kullanımının etkinliği artırmak ve hukukun üstünlüğünün bir norm olarak yerleşmesini sağlamak amacıyla düşürülmesi gereklidir. Kaçak elektrik kullanımının bir sosyal norm olarak toplumda kabullenilmesi, hukukun üstünlüğünün elektrik sektöründe yerleşebilmesi önünde bir engel oluşturmaktadır.

8. RK ile EPDK ve BTK'nın görev ve sorumlulukları net bir şekilde tanımlanmalıdır. Yapılan protokoller yeterli değildir. Bu sorun, yasama ya da yargının net bir ayırım yapması ile ancak çözülebilir.

9. Regülasyonların piyasada rekabeti teşvik edecek şekilde dizayn edilmesi gerekir. Ekonomik faaliyet ile hukuki yapı arasında bir uyumsuzluk oluşturan asimetrik regülasyon probleminin ortadan kaldırılması gereklidir. Örneğin, sabit ve mobil işletmeciler, eğer aynı müşteri kitlesine hitap ediyorsa, tâbi oldukları düzenlemelerin de benzer olması gereklidir.

Bu liste daha da uzatılabilir ancak, çalışmanın başında ifade edildiği gibi, hukukun üstünlüğünün sağlanması, etkinliğin sağlanması için bir ön şarttır. Altyapı endüstrilerinin dönüşümünde bu sıranın izlenmemesi, bu piyasalarında tekel rantlarının azaltılmasını güçleştirmektedir.

Kaynakça

- Arıöz, A. (2005). Telekomünikasyon Sektöründe Serbestleşme Süreci, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.
- Ardiyok, Ş., Oğuz, F. (2010). Competition law and regulation in the Turkish telecommunications industry: Friends or foes?. *Telecommunications Policy*,34(4), 233-243.
- Atiyas, I. (2011). Regulation and competition in the Turkish telecommunications industry. In *The Political Economy of Regulation in Turkey* (s. 177-191). New York: Springer.
- Atiyas, I., Çetin, T., Gülen, G. (2012). Reforming Turkish energy markets: political economy, regulation and competition in the search for energy policy. Springer Science & Business Media.
- Atiyas, I., Doğan, P. (2009). The political economy of liberalization of fixed line telecommunications in Turkey. Mossavar-Rahmani Center for Business and Government, Harvard Kennedy School.
- <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.446.1594&rep=rep1&type=pdf>
- Atiyas, I., Doğan, P. (2010). Glass Half Empty? Politics and Institutions in the Liberalization of the Fixed Line Telecommunications in Turkey, *Understanding the Process of Economic Change in Turkey: An Institutional Approach*, T Cetin and F Yilmaz (Ed.), (s. 251-274). New York: Nova Science Publishers.
- Bağdadioğlu, N., Çetinkaya, M. (2010). Sequencing in telecommunications reform: A review of the Turkish case. *Telecommunications Policy*, 34(11), 726-735.
- Balla, S. J. (2011). Agency Discretion and Oversight: Instruments for Managing Delegation to the Bureaucracy. *Handbook of Regulation*, ed. David Levi-Faur. Cheltenham: Edward Elgar.
- Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Sektörel Rekabet Dairesi Başkanlığı. (2013), Sabit-Mobil İkamesi Raporu.
- http://www.btk.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FSayfalar%2FArastirma_Raporlari%2FSabit-Mobil_Ikamesi.pdf
- Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, (2015). “Türkiye Elektronik Haberleşme Sektörü: 3 Aylık Pazar Verileri Raporu 2015 3. Çeyrek”.
- Bingham, T. (2011). *The rule of law*. UK: Penguin.
- Carlton, D. W., Picker, R. C. (2006). *Antitrust and Regulation*. University of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper, 312.
- Cochrane, J. (2015). *Rule of Law in the Regulatory State*. The Foundation Of Liberty:

Magna Carta After 800 Years Konferansı' nda sunulan bildiri.

<http://faculty.chicagobooth.edu/john.cochrane/research/papers/rule%20of%20law%20and%20regulation%20essay.pdf>

Çetin, T., Sobacı, M. Z., Nargeleçekenler, M. (2013). Independence and accountability of independent regulatory agencies: the case of Turkey. *European Journal of Law and Economics*, 1-20.

Çetin, T., Sobacı, M. Z., Nargeleçekenler, M., Abdülhakimoğulları, E. (2010). The political economy of independent regulatory agencies in Turkey. *Understanding the Process of Economic Change in Turkey*, 239-260.

Cukierman, A., Web, S. B., Neyaptı, B. (1992). Measuring the independence of central banks and its effect on policy outcomes. *The world bank economic review*, 6(3), 353-398.

Danıştay 13. Daire Kararı, 13.02.2012 tarihli ve E.2008/13184 ve K. 2012/359 sayılı karar.

Domenico, L. (2007). The Role of the IMF in the Low-Income Countries, *World Economics*, 8 (4), 191-196.

Downs, A., Rand Corporation (1967). *Inside bureaucracy* (s. 264). Boston: Little, Brown.

Dünya Bankası (2015), *Türkiye Enerji Sektöründe Dönüşüm Önemli Aşamalar ve Zorluklar*.

http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2015/10/28/090224b083174b82/2_0/Rendered/PDF/TOrkiye0enerji00amalar-Ove0zorluklar.pdf

Emek, U., Zenginobuz, Ü., Acar, M (2002). *Bağımsız Düzenleyici Kurumlar Ve Türkiye Uygulaması*. TÜSİAD, No. TÜSİAD-T/2002-12/349, İstanbul.

Fournier, J. M. (2015). The negative effect of regulatory divergence on foreign direct investment.

<http://www.oecdilibrary.org/docserver/download/5jrqqvg0dw27.pdf?expires=1459340628&id=id&accname=guest&checksum=89F2D2C0C6EEA-C1F2CBF823B053960BE>

Fraser Institute (2015). *Economic Freedom of the World 2015 Annual Report*.

<http://www.freetheworld.com/2015/economic-freedom-of-the-world-2015.pdf>

Giritli İ., Bilgen P., Akgüner T. (2008). *İdare Hukuku, Genişletilmiş 3. Baskı*, İstanbul: Der Yayınları.

Gilardi, F. (2002). Policy credibility and delegation to independent regulatory agencies: a comparative empirical analysis. *Journal of European Public Policy*, 9(6), 873-893.

- Gilardi, F. (2005). The formal independence of regulators: a comparison of 17 countries and 7 sectors. *Swiss Political Science Review*, 11(4), 139-167.
- Gilardi, F. (2009). *Delegation in the regulatory state: independent regulatory agencies in Western Europe*. Edward Elgar Publishing.
- Gilardi, F., Maggetti, M. (2011). The independence of regulatory authorities. *Handbook on the Politics of Regulation*, 201.
- Holburn, G. ve P. Spiller (2002). 'Institutional or Structural: Lessons from International Electricity Sector Reforms', *Economics of Contracts*, E. Brousseau ve J. M. Glachant (der) içinde, Cambridge University Press.
- Kalkınma Bakanlığı (2015). *2015-2018 Bilgi Toplumu Stratejisi ve Eylem Planı*, Ankara.
- Kaya, A. (2004). *Bağımsız ve Düzenleyici Üst Kurullar*. Konya: Eğitim Kitabevi.
- Laffont, J. J., Tirole, J. (1993). *A theory of incentives in procurement and regulation*. MIT Press.
- Lindemann, H. (2015). Does Regulatory Independence Translate into a Higher Degree of Liberalization? - Evidence from EU Energy Regulators. Discussion Paper No. 545.
http://diskussionspapiere.wiwi.uni-hannover.de/pdf_bib/dp-545.pdf
- Maggetti, M. (2007). De facto independence after delegation: A fuzzy set analysis. *Regulation & Governance*, 1(4), 271-294.
- Maggetti, M. (2009). The role of independent regulatory agencies in policy-making: a comparative analysis. *Journal of European Public Policy*, 16(3), 450-470.
- Oğuz, F., Akkemik, K. A., Göksal, K. (2015). Toward a wider market definition in broadband: The case of Turkey. *Utilities Policy*, 37, 111-119.
- Oğuz, F., Akkemik, K. A., Göksal, K. (2014). Can law impose competition? A critical discussion and evidence from the Turkish electricity generation market, *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, 30, 381-387.
- Özel, I., Atiyas, İ. (2011). Regulatory diffusion in Turkey: a cross-sectoral assessment. In *The political economy of regulation in Turkey* (pp. 51-73). New York: Springer.
- Özelleştirme İdaresi Başkanlığı, Türk Telekomünikasyon A.Ş. Özelleştirme Çalışmaları.
http://www.oib.gov.tr/telekom/turk_telekom.htm
- Özelleştirme İdaresi Başkanlığı (2014), *2014 Faaliyet Raporu*.
- Shklar, J. N. (1987). *Political theory and the rule of law*. Hutchinson and Monahan (der.) *The Rule of Law: Ideal or Ideology*, içinde, Toronto: Carswell.

- Spiller, P. T., Tomassi, M. (2005). The Institutions of Regulation. An Application to Public Utilities, in Handbook of New Institutional Economics, Dordrecht: Springer.
- Spiller, P. T., Urbiztondo, S. (1994). Political Appointees vs. Career Civil Servants; A-Multiple Principles Theory of Political Institutions, European Journal of Political Economy, 10: 465-497.
- Sezen, S. (2007). Independent regulatory agencies in Turkey: are they really autonomous?. Public Administration and Development, 27(4), 319-332.
- TEİAŞ (2014). TEİAŞ Kurulu Güç Raporu 2014.
- Wilson, J. Q. (1984). The politics of regulation. T. Ferguson, & J. Rogers, The Political economy: readings in the politics and economics of American Public Policy, 82-103.
- Zenginobuz, E. Ü. (2008). On regulatory agencies in Turkey and their independence. Turkish Studies, 9(3), 475-505.
- 406 Sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu (1924).
http://www.oib.gov.tr/telekom/406_kanun.htm
- 4502 Sayılı Telgraf Ve Telefon Kanunu, Ulaştırma Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun, Telsiz Kanunu ve Posta Telgraf ve Telefon İdaresinin Biriktirme ve Yardım Sandığı Hakkında Kanun ile Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Eki Cetvellerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (2000).
http://www.oib.gov.tr/telekom/4502_kanun.htm
- 5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu (2008).
<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5809-20081105.pdf>

