

TÜRK REKABET KANUNU TASARISI HAKKINDA DÜŞÜNCELER VE ELEŞTİRİLER*

İ. Yılmaz ASLAN**

GİRİŞ: Rekabet Kanununun Gerekliği

1982 tarihli Anayasanın 167. maddesinin 1. fıkrası "Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler" hükmünü koymuş bulunmaktadır. Bu hüküm emredici mahiyettedir. Bizim konumuz açısından Devlete "piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler" hükmüyle bir görev vermektedir. Devlet bir rekabet kanunu çıkartarak bu zorunluluğu yerine getirmelidir.

Ekonomik açıdan bakıldığında Türkiye'de rekabet hukuku açısından uygun bir pazar yapısı analizi henüz yapılmamıştır. Şu ana kadar yapılmış pazar yapısı ile ilgili en geniş araştırma Devlet Planlama Teşkilatı tarafından Özel İhtisas Komisyonlarına yaptırılmıştır. Diğer önemli bir inceleme ve proje ise TÜSİAD'ın "21. Yüzyıla Doğru Türkiye: Geleceğe Dönük Bir Atılım Stratejisi" Mart 1991 tarihli çalışmasıdır. Ancak hemen belirtelim ki bu her iki çalışma rekabet hukuku açısından doğru bir pazar saptamaya uygun

* İ.S.O.'nin isteği üzerine 11.1993 tarihinde hazırlanmış rapordur.

** Doç. Dr.; Uludağ Üniv. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

değildir. Bu çalışmalara göre saptanan pazarların çok geniş olmasına rağmen Türkiye ekonomisinin pazar yapısı ya rekabet olmayan ya da eksik rekabet olan pazarlardan oluşmaktadır. Bu verilerden hareketle Türk ekonomisinin rekabeti koruyacak ve kuracak bir rekabet kanununa ihtiyacı olduğu açıkça ortadadır. TÜSİAD'ın araştırmasında, araştırmanın dayandığı ilkeler anlatılırken, projeye esas alınan "modelin ana amacı uluslararası düzeyde yüksek rekabet gücüne sahip sanayilerin yaratılmasıdır. Ülkenin makro ekonomik başarısının belirli sanayilerde etkin rekabet gücüne erişilmesiyle sağlanabileceği modelin temelinde yatan düşüncedir" denmektedir. Sektörlerin gelişiminin etkin bir biçimde desteklenebilmesi için alınması gereken tedbirlerin başında hem rekabet gücü düşük olan sektörler hem de yüksek olan sektörler için "serbest pazar dinamiklerinin işletilmesi ya da "rekabet ortamının yaratılması" önerilmektedir. Bunu yerine getirecek araç ise, bir rekabet kanunudur.

Nasıl bir Rekabet Kanunu isteniyor sorusunun cevabı, ülkemizde rekabetin istenen derecesine bağlıdır. Bu bir ekonomi politikası meselesidir. Liberal ekonomiyi benimsemiş bir ülke olan Türkiye'nin iç ve dış ekonomik durumu gözönünde tutularak rekabetin istenen derecesi saptanmalı ve buna göre bir rekabet kanunu hazırlanmalıdır.

Dış dünya bakımından bakıldığında Türkiye'nin rakipleri Amerika, Japonya, Avrupa Topluluğu gibi dev güçlerden başka, Kore, Pakistan, Tayvan gibi yeni sanayileşen ülkelerden de oluşmaktadır. Türkiye'nin dış rekabette üstünlük sağlama işlemlerinin finansal, teknolojik, personel, pazarlama ve promosyon bakımından güçlü olmalarına bağlıdır. Yani dış rekabet bakımından minimum etkin ölçüğe ulaşmış uluslararası ticarete uygun olarak yapılanmış etkin ve güçlü işletmeler istenmelidir.

İç pazar bakımından ise kişilerin bir mesleğe veya bir sanayi dalına ya da herhangi bir ekonomik faaliyete serbestçe girmesini engelleyen unsurların olmadığı yani, fırsat eşitliğini ve ekonomik deyişle pazarda gerek yasal gerekse ekonomik giriş ve büyüme engellerinin olmadığı bir pazar yapısı istenmelidir.

Sonsuz sayıda, hiçbiri tek başına pazarı etkileyecek güçte olmayan işletmelerin oluşturduğu bir pazarda atomistik veya saf (tam) rekabetten söz edilir. Ancak böyle bir pazar yapısı teorik olarak mümkünse de pratikte pek karşılaşmaz. Böyle bir pazar yapısında işletmeler çok etkisiz küçük işletmelerdir. Bu Türkiye'nin dış rekabetteki beklentilerini karşılayacak bir pazar yapısı değildir. Ekonomik yoğunlaşmanın fazla olduğu tekel ve oligopol pazarları ise genel olarak giriş ve büyüme engelleri yaratan ve rekabeti kolayca

ortadan kaldırabilen pazar yapıları olduğu için iç rekabet açısından istenemeyecek pazar yapılarıdır. Bu durumda bu iki ihtiyacı bağdaştırabilecek bir pazar yapısı istenmelidir. Böyle bir pazar yapısının özellikleri şunlar olmalı:

(a) Nitelikleri ve kullanım amaçları bakımından aynı olan mal veya hizmet pazarında yeterli sayıda temin kaynağı ve müşteri olmalıdır. Bu alıcı ve satıcıların tek tek etkisiz olacak kadar küçük olmaları gerekmez.

(b) Hiçbir işletme rakiplerini ortadan kaldırabilecek kadar büyük olmamalıdır.

(c) İşletmeler pazar dışındaki etkenlerden etkilenmemelidir. Yani işletme bazında teşvik, sübvansiyon, vergi muafiyeti gibi ayrıcalıklar olmamalıdır.

(d) Pazara yeni girenler eskilerin daha önce girmiş olmaları dışında başka bir giriş engeli ile karşılaşmamalıdır.

(e) İşletmeler ticari politikalarını birbirinden bağımsız olarak pazar koşullarına göre belirlemelidirler.

Böyle bir pazar yapısı orta büyüklükteki işletmelerin çoğunlukta olduğu ve bunların birbirleri ile rekabet içinde buldukları bir pazarı ifade eder. Böyle bir pazar ise, geniş oligopol demektir. Geniş oligopol pazarları etkin bir rekabetin olması nedeni ile, iç pazar açısından uygundur. İşletmeler dış rekabette yer alabilecek kadar büyük olduğundan, dış ticaret bakımından da uygundur.

Sanayi ve Ticaret Bakanlığı yeni bir "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı" hazırlattırılmış bulunmaktadır¹. Liberal veya serbest rekabet esasına dayalı bir ekonomiyi benimsediğini kabul eden bir ülkede, rekabetin bozulmasını önleyecek ve etkin bir rekabet sisteminin konulmasını sağlayacak yasal düzenlemelere ihtiyaç vardır. Bu husus, tasarının genel gerekçesinde ayrıntılı bir şekilde açıklanmış bulunmaktadır.

1 T.C. Sanayi ve Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı, 1992 Ankara 64 madde ve geçici 2 maddeli 26 sayfa metin, 11 sayfa gerekçeden oluşmaktadır. Bu tasarı, benim de içinde bulunduğum ve Prof. Dr. Nurkut İnan, Doç. Dr. Hurşit Güneş, Doç. Dr. Erol Katırcıoğlu, Y. Doç. Dr. Ateş Akıncı, M. Akif Ersin'den oluşan bir komisyonun katkılarıyla hazırlanmıştır.

Burada amacım, Rekabet Kanununun gerekliliğini tartışmak değildir². Aksine, "nasıl bir kanun" sorusuna cevap bulmaya çalışmak ve dolayısıyla tasarımı çeşitli noktalardan eleştirmektir. Ancak burada şunu vurgulamakta yarar vardır; şimdiye kadar yapılan çalışmalar Türkiye'de genel olarak tekeli ve oligopolistik pazar yapılarının hakim olduğunu göstermektedir³. Bu nedenle çıkarılacak yasanın genel amacı "bozulmayacak bir rekabet sistemi kurmak ve korumak" olmalıdır.

Bu makalenin çerçevesi içinde tasarının tamamını eleştirmek mümkün değildir. O nedenle burada tasarının ikinci kısmının birinci bölümünü oluşturan ve "Yasaklanan Faaliyetler" başlığını taşıyan esasa ilişkin hükümleri ayrıntılı olarak incelenecektir. Diğer bölümler ise, kısaca incelenecektir.

1. AMAÇ, KAPSAM VE TANIMLAR

Birinci kısımda amaç, kapsam ve tanımları içeren üç madde bulunmaktadır.

Amaç maddesinde "Rekabetin Korunması" amacı gösterilirken buna ulaşmak için kullanılacak araçlar da sayılmıştır. Bunlar: (a) İşletmeler arası rekabeti bozucu anlaşmalar, (b) Bir işletmenin hakim durumunu kötüye kullanmasıdır. Amaç maddesine bu iki araç girerken, tasarının 7. maddesinde yer alan diğer bir araç, birleşme ve devirler yoluyla rekabetin sınırlanması, alınmamıştır. Bunun bir anlamı yoktur. Sadece yasa yapma tekniği bakımından bu maddenin kötü kaleme alındığı ve hatta ifade bozukluğu olduğu söylenebilir. Gerçekten maddenin son kısmında "...hakimiyetlerini kötüye kullanmalarının önlenmesini denetlemek ve düzenlemek sureti ile..." denmektedir. Burada hakim durumun kötüye kullanılmasının mı denetlendiği yoksa hakim durumun kötüye kullanılmasının önlenmesinin mi denetlendiği belli

2 Bu konu esasen daha önce ayrıntılı olarak incelenerek yayınlanmıştır. İ. Yılmaz Aslan; Türk Rekabet Hukukunun Temel İlkeleri ve Bir Kanun Önerisi, Bursa 1992, s. 9-28.

3 Bu konuda Devlet Planlama Teşkilatı tarafından Özel İhtisas Komisyonlarına yaptırılan incelemelere ilişkin yayınlanmış raporlara ve TÜSİAD tarafından hazırlattırılan 21. Yüzyıla Doğru Türkiye Geleceğe Dönük Bir Atılım Stratejisi, Mart 1991. İsimli incelemeye bakılabilir.

değildir. Bu karışık ifade yerine, "Türkiye Cumhuriyeti içinde etkin bir rekabet sistemini kurmak ve korumaktır" demekle yetinmek, hem basit ve anlaşılır hem de tasarının amacını göstermeye yeterlidir.

Kapsam maddesinde ise, 1. maddede olduğu gibi, yine araçlar sayılmış, bu sefer birleşme ve devirler de eklenerek, bunların kanunun kapsamına girdiği söylenmiştir. Kapsam maddesinde herhalde 4, 6 ve 7. maddelerde ayrıntıları düzenlenerek yasaklanan faaliyetlerin tekrar ana başlıklar halinde sayılmasının bir yararı yoktur. Burada yapılması gereken, tasarının sujelerini göstermektir. Yani hangi işletme veya işletme birliklerinin kapsam içinde olduğunun gösterilmesi gerekir. Rekabeti sınırlamanın yolları veya araçları bir kanun sujesi olamaz. Bunun yerine özel sektör, kamu sektörü, devlet tekelleri ve genel ekonomik menfaate çalışan işletmelere bu kanunun nasıl uygulanacağını göstermek gerekir.

Son yapılan kanunlarda genellikle bir tanım maddesi yer almaktadır. Kanunda kullanılan terimlerin ne anlama geldiğini açıklamak yararlı ve pratik olabilirse de, bazı kavramları tanımlamak çok yararlı değildir. Örneğin, hakim durum tanımlamasındaki "kendi başına" sözleri herhalde "rakiplerden, müşterilerden ve sağlayıcılardan bağımsız olarak davranmayı" ifade etmektedir. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı hakim durumu "rakiplerden, müşterilerden ve sağlayıcılardan bağımsız olarak davranarak etkin rekabeti önleme gücü" olarak tanımlamaktadır⁴. Tasarıdaki tanım ile bu tanım aşağı yukarı aynı şeyi ifade etmektedir. Fakat tasarıdaki tanımda "parametreler" kavramı, teknik-ekonomik bir ifade olması sebebi ile göze batmaktadır.

Tanım yapmanın sakıncasını göstermek için bir de "teşebbüs birliği" tanımına bakalım. Bilindiği gibi, tüzel kişilik, gerçek kişiler dışında kalan, hak ve borçlara sahip olabilen varlıklardır. Bir üst kavramdır. Nasıl insanlar kişiliklerine, renklerine, tiplerine göre tasnif edilebildiği halde, üst kavram olarak insanın çeşitleri olamaz ise bünyelerine, amaçlarına ve düzenledikleri kanunlara göre tüzel kişilikleri tasnife tabi tutabilirsek de, üst kavram olarak tüzel kişilik tektir. Çeşidi olamaz. Bu nedenle, teşebbüs birliği tanımındaki "herhangi bir" sözcüğü kulağı tırmalamakta ve cümleye karışıklık vermektedir. "Teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği olan ya da olmayan birliklerdir", tanımlaması, sade ve anlaşılır olurdu.

4 İ. Yılmaz Aslan; Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını Ankara 1992.

2. YASAKLANAN FAALİYETLER

Tasarının esas hakkındaki düzenlemeleri burada yer almaktadır. 4. madde işletmeler arası anlaşmalar, uyumlu davranışlar (tasarıda uyumlu eylem) ve işletme birlikleri kararları, yani birden fazla işletmenin birlikte rekabeti sınırlamasını, 5. madde muafiyeti, 6. madde hakim durumun kötüye kullanılmasını yani tek bir işletmenin rekabeti sınırlamasını⁵, 7. madde ise birleşme ve devirler yoluyla rekabetin sınırlanmasını düzenlemektedir. Tasarının özü ve esası bu hükümler olduğu halde, gereksiz ayrıntılar ve tekrarlarla ve yasada yer almaması gereken hususlarla tasarı şişirilmiş ve esasa ilişkin hükümler 4 madde, yetkiler 12 maddeden oluşurken, kurulun çalışması ve kurulun teşkilatı ise 44 maddeden (20-64) oluşmuştur. Bu dengesiz bir görünüm arz etmektedir⁶. Burada şunu belirtmek isteriz ki, kurulun iç çalışma sisteminin ve kararların yazılması, saklanması vs. gibi ayrıntıların yasada yer alması gereksizdir. Bunların kurul tarafından çıkartılacak yönetmelik veya tebliğler ile düzenlenmesi gerekir. Yasanın bu hali ile kurul kendisine aşırı derecede sınırlayıcı emirler verildiğini düşünecek, yasanın düzenleniş ve yazılış tarzı dolayısıyla kendisini baskı altında hissedecektir.

A) İşletmeler Arası Anlaşmalar

Tasarının 4. maddesi birden fazla işletmenin birlik oluşturarak veya anlaşmalarla ya da uyumlu davranışları ile rekabeti sınırlamalarını yasaklamaktadır. AET anlaşmasının 85/1 maddesine benzer bir hükümdür. 85/1 maddede rekabeti sınırlayıcı amaçlı veya etkili işletmeler arası anlaşma ve uyumlu davranışlar ve işletme birlikleri kararları yasaklanmaktadır. Burada bir anlaşma uygulanmamış olsa bile rekabeti sınırlayıcı amaçlı bir hüküm içeriyorsa yasaklanacaktır. Öte yandan hükümleri arasında rekabeti sınırlayıcı bir amaç bulunmadığı halde uygulama sırasında anlaşmanın rekabeti sınırlayıcı etkileri görülürse, bu da yasaklanmaktadır. Yani madde metninde "amaç ve

5 6. maddede anlaşma ve uyumlu davranışlar da kapsam içine alınmış görünmektedir. Bu 4. madde ile yasaklanan aynı davranışı tekrar yasaklamak anlamına gelir.

6 Tasarının bundan önceki hali 93 madde idi. Teşkilatla ilgili bölümden 30 madde çıkartılmış bulunuyor. Bu maddelerde rekabet kurulu içinde oluşturulan diğer pek çok kurul düzenleniyordu.

etkinin" konmasının hedefi budur⁷. 4. maddede ise "...amacını taşıyan ve bu etkiyi doğuran..." dendiikten sonra "... yahut doğurabilecek nitelikte olan.." ibaresi eklenmiştir. Bu ekleme ile biraz önce yukarıda belirttiklerimiz dışında neyin hedeflenmiş olduğunu anlamak zordur. Ayrıca teşebbüs birlikleri kararlarının yasaklanabilmesi için "bu amaca yönelik" vurgusu gereksizdir. Bu ifade çıkartıldığı zaman maddenin anlamı bozulmamaktadır.

Belirli bir mal veya hizmet piyasası kavramı açık gibi görünse de, çeşitli sorunlar doğurabilecek niteliktedir. Bu pazar (piyasa) tüm Türkiye pazarı mıdır? Eğer tüm Türkiye değilse, yani ülkenin bir bölümü de pazar olarak alınabilecekse, bu bölüm nasıl saptanacaktır? Hangi özellikler ülkenin bir bölümünü geri kalanından ayırarak ayrı bir pazar olarak kabul etmeyi sağlayabilir? Buradaki sorun coğrafi pazarın nasıl saptanacağı sorunudur. Maddenin yazılış tarzından bu konunun boş bırakıldığı anlaşılmaktadır. Böyle bir durumda, coğrafi pazarın tüm Türkiye olarak kabul edilmesi sonucu doğabilir. Bunun çeşitli sakıncaları vardır. Bazen ülkenin bir bölümünün coğrafi pazar olarak kabul edilmesi gerekebilir⁸. Gerçekten, iklim, ulaşım, jeolojik yapı, tüketici tercihleri hatta bazen damak zevkleri⁹ gibi farklılıklar nedeni ile bir bölge ülkenin geri kalanından ayrı bir pazar olarak kabul edilebilir. Bu nedenle maddenin başındaki ifade yerine "Türkiye'de veya homojen pazar yapısına sahip bir bölümünde" ibaresinin eklenmesi yararlı ve gereklidir.

Şimdi özellikle rekabeti sınırlayıcı olduğu belirtilen hallere yakından bakalım.

(a) Daha önce de belirttiğim gibi, 4. madde birden fazla işletmenin rekabeti sınırlayıcı anlaşmaları düzenler. 4. maddenin a bendi doğrudan veya dolaylı olarak alım veya satım fiyatlarının ya da diğer sözleşme koşullarının tesbitini rekabeti sınırlayıcı bulmaktadır. AET antlaşmasının 85/1-a maddesinde yer alan "doğrudan veya dolaylı" ibaresi burada gereksiz olarak "fiatı oluşturan maliyet, kâr gibi unsurları" şeklinde yazılmıştır. Cümleinin son kısmında ise, "her türlü" sözcüğü fazlalık teşkil etmektedir. Bunun çıkarılması cümleyi daha anlaşılır kılacaktır. AET antlaşmasının 85/1-a

7 Ayrıntısı için bkz. Aslan; Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, s. 78.

8 Aslan; Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku s. 225 ve devamı.

9 I. Samkalden, J.E. Druker, "Legal Problems Relating to Article 86 of the Rome Treaty" CML Rev. 1965 Vol. 3, s. 169.

maddesinde bu kısım "diğer sözleşme (alışveriş) koşullarının tesbiti" şeklindedir¹⁰.

(b) 4. maddenin b bendinde neyin rekabeti sınırlayıcı olduğu açık bir şekilde belli değildir. Ne anlama geldiği bilinmeyen bazı kavramlar kullanılmıştır. Bu bendin amacının pazarların ve temin kaynaklarının paylaşılmasını düzenlemek olduğunu zannediyorum. Pazar paylaşmak açıkça ifade edilmiştir. Ancak "piyasa kaynakları" ve "piyasa unsurları" kavramları belirsizdir. "Piyasa kaynaklarını" herhalde temin kaynakları (sources of supply) olarak anlamak gerekiyor. "Piyasa unsurları" sözcüğü ile herhalde pazar paylaşmanın çeşitli yöntemleri yasaklanmak istenmiş olmalıdır. Pazar paylaşma anlaşmaları; toprak, müşteri ve kullanım sınırlamaları şeklinde ortaya çıkabilir¹¹. Pazar paylaşmak yasaklandıktan sonra dolaylı olarak bu sonuca ulaşılmasının da yasaklanmış olması doğaldır. Bu nedenle, bentte bulunan bu ibarenin çıkartılması anlam karışıklığını önleyecektir.

(c) 4. maddenin c bendinde "... arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi" rekabeti sınırlayıcı bir durum olarak saptanmıştır. İki ya da daha fazla işletmenin bir olup arz miktarını sınırlamaları, böylece fiatların artmasını sağlamaları açıkça rekabeti sınırlayıcı bir anlaşmadır. Bunu atıl kapasite bulundurarak veya üretimlerini arttırmayarak, stok yaparak sağlayabilirler. Ancak talep miktarını nasıl kontrol edebileceklerini anlamak çok zordur. Eğer bunun bilinen bir yöntemi var ise, enflasyonu düşürmek an meselesidir. Belki talep, devlet politikası ile etkilenebilir. Ancak iki veya daha fazla işletme, tüketicinin talebini nasıl kontrol edebilir? Bu amaçla verilecek her örnek, aslında arzın kontrolü veya sınırlanmasıdır.

AET anlaşmasının 85/1-b bendinde üretimin, pazarların, teknik gelişmenin veya yatırımların sınırlanması ya da kontrol edilmesi denmektedir. Tasarının 4. maddesinde teknik gelişmeyi ve yatırımları sınırlayıcı anlaşmaların rekabeti sınırlayıcı bulunduğu dair hiç bir ifade yer almamaktadır. İki rakip işletmenin on yıl süre ile üretim miktarını arttırıcı hiç bir yatırım yapmayacakları yolunda anlaşması, aralarındaki rekabeti sınırlayıcıdır. Veya bundan sonra yapacakları yatırımlarda on yıl süre ile mevcut teknolojileri

10 .. fix .. any other trading conditions"

11 Aslan; Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, s. 95 ve 106 vd.

kullanacaklarına dair bir anlaşma, rekabeti sınırlayıcıdır¹². Görüldüğü gibi, bu hüküm işlevsizdir. Ve amaca uygun olarak düzenlenmemiştir.

(d) İki veya daha fazla işletmenin aralarında anlaşarak piyasaya yeni girişleri önleyici tedbirler almaları, rekabeti sınırlayıcıdır. Bunda hiç şüphe yoktur. "Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması" için aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Rekabet, zaten rakip teşebbüsleri zor durumda bıraktığı için onları yeni teknolojiler bulmaya, maliyetleri minimize etmeye ve böylece ilerlemeye ve rekabette avantajlar yakalamaya iter. Rekabetin istenme ve korunma nedenleri bunlardır. Bu ifade tarzı, tereddüt yaratmaktadır. Zorlaştırma ve kısıtlama ile başka şeyler anlatılıyorsa, bu açık ve net bir şekilde yanlış anlaşılmalara meydan vermeden ifade edilmelidir.

(e) 4. maddenin e bendinde, iki veya daha fazla işletmenin aralarında anlaşarak, müşterilerine ayırmacılık yapmalarının rekabeti sınırlayıcı olduğu düzenlenmektedir. Maalesef bu hüküm de işlevsizdir. Bu hali ile uygulanması mümkün değildir. Daha doğru bir deyiş ile, rekabeti sınırlayıcı olmayan ayırmacılıklara da uygulanabilecek niteliktedir. Her türlü ayırmacılık rekabeti sınırlayıcı değildir. Ekonomik ve rasyonel sebepler ile açıklanamayan (rule of reason) ve müşterilerden birini diğerine karşı rekabette dezavantajlı duruma sokan ayırmacılıklar, rekabeti sınırlayıcıdır. Bir örnek verirse daha iyi anlaşılacaktır. Tüm Türkiye çapında pastırma üretip satan bir işletmenin Kayseri'deki müşterisine kilosunu - 20.000.- TL.'dan, diğer yerlerdeki müşterilerine ise - 30.000.- TL.'dan sattığını düşünelim. Kayseri'de yerel pastırma ile rekabet edebilmek için fiyat düşük tutulmaktadır. İstanbul'daki müşteri (A) ile, Kayseri'deki müşteri (B) arasında ayırım yapıldığı kesindir. Fakat bu ayırım rekabeti sınırlamaz. Her şeyden önce, bu ikisi rakip değildir. Oysa ki bendin kapsamına bu uygulama girmektedir. Bendin amaca uygun olarak değiştirilmesi için, cümlenin sonuna "... sureti ile birinin diğerine karşı rekabette dezavantajlı duruma sokulması" ibaresi eklenmelidir.

(f) 4. maddenin f bendi ek yükümlülük yüklemeyi düzenlemektedir. Maalesef çok başarısız ve rahatsız edici bir ifadesi vardır. Bunun yanında hüküm, olması gerekenden çok daha dar bir alanı kapsamaktadır. Tek bir

12 Burada şunu belirtmek isterim: Böyle bir anlaşmada bu hükümlerin rekabete aykırı bulunarak anlaşmadan çıkartılması veya anlaşmanın geçersiz kınması bu işletmeleri yatırım yapmaya veya yeni teknoloji getirmeye zorlamak anlamına gelmez. Sadece yaptıkları bu anlaşma ile kendilerini bağlı hissetmemelerini sağlar.

cümle içinde beş kez "mal ve hizmet" ibaresinin geçmesi, cümleyi rahatsız edici kılmaktadır. Bende sadece başka bir malın satın alınması, teşhiri veya tekrar arzı ile ilgili ek yükümlülükler düzenlenmiş olması daha farklı ek yükümlülükler yüklemeyi kapsam dışı bırakmaktadır. Oysa bu hükmün amacı, bir sözleşmenin yapılmasını sözleşme ile ne ticari teamül bakımından ne de nitelik bakımından ilgisi bulunmayan ek yükümlülüklerin karşı tarafça kabul edilmesi koşuluna bağlamayı engellemek olmalıdır. Bir örnek verirsek, iki işletmenin kendilerinden buzdolabı satın alacak toptancılara buzdolabının yanında otomatik çamaşır makinası da satın almaları koşulu ile satmak konusunda anlaşmaları toptancının çamaşır makinasını başka bir yerden alma özgürlüğünü ortadan kaldırması nedeni ile rekabeti sınırlayıcıdır. Bunun engellenmesi gerekir. Ancak böyle bir ek yükümlülük sadece bende sayılanlardan ibaret değildir. Örneğin aynı işletmelerin kendilerinden buzdolabı satın alınabilmesini, kendi ürettikleri diğer ürünlere de bakım ve onarım hizmetleri verilmesi koşuluna bağlayabilirler. Alıcı, çamaşır makinası satmadığı halde, üretici firmanın sattığı çamaşır makinalarına da satış sonrası hizmetleri sunmak zorunda bırakılabilir. Bu bir malın yanında başka bir malın da alınması koşulunu koymaktan farklı değildir. En az onun kadar rekabeti sınırlayıcıdır. Oysa bu son örnek bend kapsamına girmez. Benden ayrıntılı ve açıklayıcı olma iddiası kapsamını daraltmaktan başka bir işe yaramamaktadır. AET Antlaşmasının 85/1-e bendinde "sözleşmenin yapılmasını diğer taraflarca bu gibi sözleşmelerin konusuyla ne ticari teamül bakımından ne de nitelikleri bakımından ilgisi olmayan ek yükümlülüklerin kabul edilmesine bağlanması" rekabeti sınırlayıcı bulunmaktadır. 4. maddenin f bendinde böyle kapsayıcı ve güzel bir formülasyonun kullanılması kanun yapma tekniğine daha uygun olacaktır.

Ayrıca burada bayilik anlaşmaları ile ilgili olarak da çeşitli sorunlar çıkabilir. Bu nedenle fıkranın dikkatli bir şekilde düzenlenmesi gerekir.

(g) 4. maddenin 3. fıkrası bir uyumlu davranış karinesi getirmektedir. 4. fıkrası ile, 3. fıkranın getirdiği karinenin aksini ispatlamak suretiyle sorumluluktan kurtulmayı sağlayacak bir kurtuluş beyyinesi getirilmektedir.

Gerçekten aksi ekonomik ve rasyonel gerekçelerle kanıtlanabilen bir uyumlu eylem karinesinin getirilmesi isabetli olmuştur. Çünkü bazı hallerde, özellikle oligopolistik pazarlarda rekabet kurulu tarafından uyumlu davranışın kanıtlanması önemli güçlükler arzedecektir. Bu gibi durumlarda ispat yükünü ters çevirerek, rekabet kurulunun sadece sonuçlardan hareketle, yani rekabetin bozulduğunu saptamakla yetinmesi ve nasıl sınırlandırıldığını göstermek zorunda

olmaması sağlanmıştır. Eğer fiilen rekabetin sınırlandırıldığını tesbit edebiliyorsa ilgili işletmeler rekabeti kendilerinin sınırlamadığını, ekonomik-rasyonel gerekçelerle kanıtlayamazlarsa sorumlu olacaklardır. Yukarıda da belirttiğim gibi, bu hüküm özellikle oligopolistik pazarlarda uygulamalarını bulacaktır. 3. fıkranın dilinin ve ifade tarzının pek başarılı olmadığını da belirtmek isterim. Bu fıkra benim önermiş olduğum kanun tasarısında olduğu gibi, "bir anlaşmanın varlığı kanıtlanamamakla birlikte ilgili pazar yapısı veya işletmelerin pazar davranışları rekabetin sınırlanması sonucunu doğuruyorsa işletmeler arasında uyumlu davranış var sayılır.

İlgili işletmeler makul ekonomik sebeplerle aksini göstererek sorumluluktan kurtulabilirler" şeklinde formüle edilmesi daha uygun olacaktır¹³.

B) Muafiyet

Tasarının 5. maddesi 4. maddeye aykırı anlaşmalara belirli koşullarla yasaklamanın uygulanmayabileceğini düzenlemektedir¹⁴.

4. maddede anlaşma, uyumlu davranış ve kararlar düzenlendiği halde, muafiyet kapsamına uyumlu davranışlar alınmamıştır. AET Antlaşmasının 85/3 maddesinde böyle bir ayırım yapılmayacak, belirli koşulların varlığı halinde doğrudan doğruya 85/1 madde hükmünün uygulanmayacağı bildirilmiştir. 5. maddede uyumlu davranışların bildirim mahiyeti itibarıyla uygun olmadığı düşünülerek, muafiyet dışında tutulduğu anlaşılmaktadır. Çünkü bildirim ilişkin 10. maddede de sadece anlaşma ve kararların bildirilmesinden söz edilmektedir.

Ancak çok istisnai olarak, örneğin oligopolistik bir pazardaki işletmelerden birini oligopol piyasalarının rekabet kuralları karşısında hassas durumunu gözönüne alarak, rakipleri ile paralel bir durum içinde olduğunu bildirip, bu durumun olumlu sonuçlarını da göstererek muafiyet isterse ne yapılacağı belli değildir. Gerçekten bu örnek çok sık rastlanılacak bir durum değildir. Ama küçük de olsa ihtimal dahilidir. O nedenle uyumlu davranışları ayrı tutmak için yeterli sebep yoktur.

Muafiyet verilmesi için koşullar şunlardır:

a- İyileşme: Tasarının 5-a maddesinde "malların üretim ve dağıtımı

13 Aslan; Türk Rekabet Hukukunun...; s. 117.

14 Maddede yanlışlıkla "beşinci" denmişse de esasen "4." maddenin kastedildiği anlaşılmaktadır.

ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmeler ile ekonomik ve teknik gelişmenin sağlanması" birinci koşul olarak düzenlenmiştir. AET Antlaşmasının 85/3 maddesinde bu koşul "malların üretiminde veya dağıtımında iyileşme veya teknik ya da ekonomik gelişmede hızlanma sağlayan" şeklinde düzenlenmiştir.

b- Tüketicinin payı: 5-b maddede ikinci koşul olarak tüketicinin ortaya çıkacak faydadan pay alması düzenlenmiştir. AET antlaşmasının 85/3 maddesinde ise "sonuçta ortaya çıkan yarardan tüketicinin adil bir pay almasını sağlayan" şeklinde bir hüküm yer almaktadır. 85/3 madde "adil" bir paydan söz ederken, 5. maddede sadece paydan bahsedilmektedir. Bu durum ilk bakışta 5. maddenin bu koşulu genişlettiği şeklinde düşünülebilirse de AT komisyonu da zaten bu koşulu oldukça geniş yorumlamaktadır. Hatta rekabetin varlığını bazı olaylarda tüketicinin adil bir pay aldığı kabulü için yeterli görmüştür¹⁵.

c- Rekabetin ortadan kaldırılmaması: 5. maddenin c bendi diğer bir koşul olarak ilgili pazarın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmamasını getirmiştir. 85/3 maddede de aynı hüküm bulunmaktadır.

d- Rekabetin sınırlanmasının zorunlu olması: 5. maddenin d bendi" (a) ve (b) bendlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan daha fazla rekabetin sınırlanmaması"nı son koşul olarak getirmiştir. Bu koşul 85/3 maddede de vardır.

Tasarıda böyle bir muafiyet hükmüne yer verilmesi isabetli olmuştur. Çünkü bir anlaşma bir yönü ile rekabeti sınırlarken diğer yönü ile olumlu ekonomik sonuçlar doğurabilir. Bu olumlu sonuçlar yalnız anlaşmanın tarafları için değil, genel olarak ülke ekonomisi için olmalıdır. Böyle olumlu sonuçları olan rekabeti sınırlayıcı bir anlaşmayı yasaklamak ülke ekonomisi için zararlı olabilir. İşte bu gibi anlaşmaların olumlu yönlerinden yararlanmak için, onları belirli koşullarla rekabet kurallarının yasağından muaf tutmak gerekir.

e- Grup Muafiyeti: Ayrıca madde rekabet kuruluna çeşitli anlaşma kategorilerine yukarıdaki koşulları yerine getirmeleri şartı ile grup muafiyeti verilmesi yetkisi vermiştir. Böylece rekabet kurulu iş yükünün arttığı durumlarda, bu hükümden yararlanabilecektir. Muafiyet koşullarının ortadan kalkması halinde ya da süresinin dolması halinde muafiyet geri alınabilecektir. Koşullar devam ediyorsa, muafiyet yenilenebilir.

15 Aslan; Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, s. 150.

C) Hakim Durumun Kötüye Kullanılması

4. madde ile birden fazla işletmenin aralarında anlaşma veya uyumlu davranışta bulunmak sureti ile rekabeti sınırlamalarının yasaklandığını belirtmiştik. Şimdi bu maddede ile aynı sınırlayıcı davranışları tek bir işletmenin hakim durumuna veya başkalarıyla birlikte sahip olduğu hakim duruma dayanarak yapması yasaklanmalıdır. Birlikte hakimlik durumu bu işletmeler arasında bir anlaşma veya uyumlu davranışla kurulmamış olmalıdır. Çünkü bu son hâl zaten 4. madde ile yasaklanılmıştır. Bu durumlar dışındaki birlikte hakimlik ise, oligopol piyasalarını hedeflemelidir. Oysa ki 6/1 madde "..tek başına ya da başkaları ile yapacağı anlaşmalar ile ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır" demek suretiyle tam tersi bir düzenlemeye gitmiştir. "Birlikte davranış" ile "uyumlu eylemin" aynı anlamda düşünülmüş olduğunu kabul ediyoruz. Çünkü burada anlaşmalar ve anlaşmanın kanıtlanmadığı diğer durumların (4/3 madde) kastedildiği ortadadır. Aksinin kabulü halinde bu iki kavramın birbirinden ayrılması önemli zorluklar gösterecektir.

Maddenin ifade tarzından anlaşma ve birlikte davranışlar yoluyla oluşan hakim durum dışındaki birlikte hakimlik hallerinin yasaklanmadığı anlaşılmaktadır. Oysa ki bunlar zaten 4. madde ile yasaklandığına göre, esas hedef bunlar dışında kalan birlikte hakimlik halleri olmalıdır. Bu özellikle oligopol pazarlarının denetlenebilmesi için zorunludur.

4. madde ile ilgili olarak coğrafi pazarın saptanması hakkında söylediklerimiz burada da geçerlidir.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, 4. maddede yasaklanan rekabet sınırlamalarının tek bir işletme tarafından yapılması, bu madde kapsamına girmelidir. Bu nedenle sınırlayıcı uygulama örnekleri mahiyeti uygun düştüğü ölçüde bu maddede de kötüye kullanma örneği olarak yer almalıdır. Buna göre pazarların ve temin kaynaklarının paylaşılması birden fazla işletmeyi gerektirdiğinden, bunun dışındaki örneklerin burada da yer alması gerekir. Bu örnekler yukarıda tartışıldığı için tekrar tartışılmayacaktır.

Şunu da belirtelim ki, bir pazardaki hakim durumun başka bir pazarda kötüye kullanılması genel olarak hakim durumun kötüye kullanılma formülasyonu içinde yasaklanabilirse de, ayrıca ve açıkça yasaklanmasının bir sakıncası yoktur. Aksine bazı tereddütleri ortadan kaldırması nedeniyle yararlı olabilir.

D) Birleşme ve Devirler

Tasarının 7. maddesi, birleşme ve devirleri düzenlemektedir. Burada bir birleşme veya devralmanın hukuka aykırı ve yasak olması için şu koşullar aranır:

İlgili coğrafi pazarda ve ilgili ürün pazarında;

- rekabeti önemli ölçüde azaltacak veya
- tekelleşme yaratacak veya
- mevcut bir veya birkaç işletmenin hakim durumunu güçlendirecek olması.

Maddede hem hakim durum hem de tekelleşme kavramlarının yer alması terminoloji bakımından uygun olmamıştır. Çünkü tekelleşme, Amerikan Hukukunun, hakim durum ise A.T. hukukunun bir kavramıdır. Ve bunlar küçük anlam farklılıkları ile birbirinin yerine kullanılabilir¹⁶. Kıstas olarak ya birinin ya da ötekinin kullanılması daha uygun olurdu. Diğer bölümlerde hakim durum kavramı yer aldığına göre, "tekelleşmeye yol açacak" yerine "hakim durum yaratacak" denmesi daha uygun olurdu.

Maddede "herhangi bir" kimsenin bir işletmeyi devralmasının yasaklanması isabetli olmamıştır. Bu değiştirmeden ibarettir; yani bu hükümle halen hiçbir ekonomik faaliyetin bulunmayan herhangi bir kişinin bir işletmeyi devralması yasaklanmaktadır. Oysa böyle bir işlemin rekabet hukuku bakımından önemli olabilecek bir pazar yapısı değişikliği ortaya çıkartması veya giriş engelleri yaratması sözkonusu değildir. Bunun yerine "halen bir veya daha fazla işletmeyi kontrolü altında bulunduran bir kimsenin" ibaresinin gelmesi amaca uygun olur. Çünkü bu maddenin amacının ekonomik yoğunlaşmayı kontrol etmek olması gerekir. A.T. Konseyi birleşme ve devirleri ekonomik yoğunlaşmanın birer çeşidi olarak görüp, 4064/89 sayılı tüzükle düzenlemiştir. Bu tüzüğün 3. maddesine göre birleşme "önceden bağımsız olan iki veya daha fazla işletmenin birleşmesi" olarak tanımlanmıştır. 3/b maddesinde ise, "halihazırda bir işletmeyi kontrolü altında bulunduran bir veya daha fazla kişi ya da işletmenin başka bir veya daha fazla işletmenin hisselerinin veya mal varlığının tamamını ya da bir kısmını satın alarak veya sözleşmeyle ya da başka bir yolla doğrudan veya dolaylı bir kontrol elde etmesi" halini

16 René Joliet; Monopolization and Abuse of Dominant Position, a Comparative Study of the American and European Approches to the Control of Economic Power; La Haye 1970, s. 225.

devralma olarak kabul eder; bu iki durum konsantrasyon ya da ekonomik yoğunlaşmadan başka bir şey değildir.

Maddenin son fıkrasında bazı birleşme ve devirlerin önbildirim zorunlu tutmama yetkisinin rekabet kuruluna bırakılmış olması isabetli olmuştur. Aksi halde tüm birleşmelerin önünde bir bürokrasi yaratılmış olacaktı. Şimdi Rekabet Kurulu sadece rekabeti sınırlama ihtimali olabilecek büyüklükteki birleşme ve devirleri önbildirime tabi tutmalı diğerleri ise yapıldıkları andan itibaren geçerli olmalıdır.

3. KURULUN YETKİLERİ

Tasarımın ikinci bölümünde kurulun yetkileri başlığı altında menfi tesbit, ihlale son verme, bidirim, bildirim şekli, muafiyet ve menfi tesbit kararlarının geri alınması, bilgi isteme ve yerinde inceleme düzenlenmiştir. Bu bölüm ufak tefek farklılık dilinde bazı rahatsızlıklarla birlikte genel olarak amaca uygundur. Esasen A.T. Konseyinin 17 sayılı tüzüğünden esinlenilmiştir.

9. maddenin 3. fıkrasının son cümlesi, ilk cümlenin tekrarı niteliğindedir. Birinci cümlede "ilişkin" sözcüğünden sonra "yazılı" sözcüğünün eklenmesi yeterli olacaktır.

Bildirim süresinin bir ay olması gerçekten çok uzundur. Anlaşma ve kararların uygulanması için bildirim sonucunun beklenmesine gerek yoktur. Yani anlaşma ve kararlar yapıldıkları andan itibaren uygulanmaya başlanır. Böyle bir durumda, bildirim bir ay gibi bir sürede yapılması, onların bu süre içinde rekabeti sınırlayıcı anlaşmayı uygulamaları ve zararlı etkilerin ortaya çıkması sonucunu doğurur. Bu nedenle bildirim süresinin Avrupa Topluluğunda olduğu gibi, bir haftaya indirilmesi uygun olacaktır.

11. maddede kanun yapma tekniği bakımından sakıncalı bir yöntem izlenmiştir. Daha önce belirttiğimiz gibi, üç sonucu doğuran birleşme ve devir kanuna aykırı ve yasaktır. Bunlar: (a) tekelleşme doğuranlar, (b) mevcut bir hakim durumu güçlendirenler, (c) rekabeti önemli ölçüde sınırlayanlardır. (7. madde) 11. maddenin a ve b bendlerinde sadece tekelleşme doğuranlar ve rekabeti önemli ölçüde azaltanlar ele alınmış, bunlarla ilgili verilecek kararlar düzenlenmiş, 7. maddede yer alan diğer bir duruma değinilmemiştir. Bu maddede sayma yoluna gitmek yerine doğrudan doğruya 7. maddeye atıf yapılması, yani 7. maddeye aykırı olmayanlara izin verilmesi, aykırı olanlar için ise ayrılma kararı verilmesi yoluna gidilmesi daha uygun olur. Böylece maddeler arasındaki uyumsuzluk giderilmiş olacaktır.

16. madde para cezalarını düzenlemektedir. a ve b bendlerinin son "ve" sözcükleri "veya" olarak değiştirilmelidir. Aksi halde para cezasının verilebilmesi için bilginin hem yanlış hem de yanıltıcı olması aranacaktır.

Burada değinilmesi gereken diğer bir nokta cezaların hesaplanması ve miktarı ile ilgilidir. 16. maddenin 2. fıkrasına göre "yüzmilyon TL.'dan beşmilyar TL.'sına kadar para cezası verilir" dendiikten sonra, "sağlanan ya da sağlanması mümkün görülen menfaatin bu cezanın üst sınırını aşması halinde üst sınır iki katından yirmi katına kadar arttırılabilir." denmektedir. Burada sağlanan ya da sağlanması mümkün görülen menfaatin hesaplanmasında çok büyük güçlükler doğacaktır. Bunun yerine Rekabet Kuruluna 17 sayılı tüzükte olduğu gibi, ilgili işletmelerin yıllık cirolarının belli bir oranına kadar para cezası verme yetkisi tanınması daha doğru olur.

4. SONUÇ

Bu yazının sınırlarını fazla zorlamamak için tasarının bundan sonraki kısımlarını genel olarak değerlendireceğiz. Tasarının bundan sonraki kısımlarının çoğu yönetmelik veya tebliğlerle düzenlenebilecek niteliktedir. Bazı gereksiz tekrarlar vardır. Bunları kısa kısa belirterek yazımızı bitirmek istiyoruz.

- Kurulu rahatsız edici derecede sıkı emirler yer almaktadır. Kurulun nasıl çalışacağı ve iç çalışma sistemine ilişkin hükümler bir yönetmelikle düzenlenmelidir.

- Çok kısa ve sınırlayıcı süreler düzenlemekten kaçınılmalıdır. Örneğin 21. madde 7 günlük bir süre koymaktadır. Bu süreye uyulmazsa ne olacaktır?

- Sözlü savunma toplantıları, soruşturmanın belkemiği gibi düzenlenmiş bulunmaktadır. Oysa ki Rekabet Kurulu bir Mahkeme olmadığına göre, esas olan yazılı savunmalardır. Sözlü savunmaya Rekabet Kurulunun gerek gördüğü hallerde ya da ilgililerin talep etmesi halinde, yazılı savunmaları tamamlayıcı bir unsur olarak bakmak gerekir.

Ceza Mahkemelerinde dahi, bir davada duruşmayı yürüten yargıç kararı vermek zorunda değildir. Yargıç değişmesi halinde, yeni gelen yargıç duruşmaları tekrarlamak yerine, zabıtları okumakla yetinir. Bu konuda aşırı ayrıntıya gerek yoktur. Önemli olan savunma hakkına tam riayet etmek ve sorunun tam olarak aydınlanmasıdır.

- Başkanın oyunun üstün sayılması yerine, karar yeter sayısı sağlanıncaya kadar görüşmeye devam edilmelidir.

- 35. maddede yargı yoluna gidilmesi düzenlenmiş ama nelerin temyiz sebebi olacağı belirtilmemiştir. Bu önemli bir eksikliklerdir.

- Bu kanunun uygulanması bakımından Yerel Mahkemelerin yetkilerinin ne olacağı konusunda hiçbir hüküm yoktur.

- 36. maddede bu kanunun 4. maddesine aykırı anlaşma ve kararların yoklukla sakatlanacağı belirtilmiştir. Oysa yokluk, bir sakatlık hali değildir. Olmayan bir şeyin sakatlığından sözedilemez. Yokluk bir hükümsüzlük halidir. Bu nedenle "yok hükmündedir" demek gerekir. Bundan sonraki cümle ise gereksizdir. Bu zaten yokluğun doğal sonucudur.

- 37, 38 ve 39. maddelerin ayrı ayrı yazılması gereksizdir. 39. madde 4/3 fıkranın tekrarıdır. 4/3 maddeye yapılacak bir atıf fıkrasının 38. madde metnine eklenmesi ile bu üç madde tek madde olarak kısa ve net bir şekilde tekrar yazılmak suretiyle, tek maddede düzenlenebilir.

- Teşkilatla ilgili olarak "kurul" ve "kurum" ayırımı gereksizdir. Bir Rekabet Kurulu ve bunun ihtiyaç duyduğu yeterli sayıda uzman veya uzman yardımcısından oluşan bir alt kadro yeterlidir. Kurul içinde kurullar, komisyonlar vs. bürokrasi yaratmaktan başka bir anlama gelmez.

- Son olarak, tasarıda kriz halindeki sektörlerle ve geri kalmış bölgelere ilişkin bir hüküm olmaması eksikliklerdir. Ayrıca, ekonominin siyasi sorumluluğu, Bakanlar Kurulunda olduğuna göre, en azından Bakanlar Kurulu ile Rekabet Kurulu arasında bağlayıcı olmayan bir danışma mekanizması kurulması uygun olurdu. Böylece Bakanlar Kurulu, Rekabet Kuruluna genel olarak ekonomi politikasının bir parçası olan rekabet politikaları hakkında görüşlerini bildirme fırsatı bulabilirdi.