

TÜRKİYE'DE BİR REKABET KANUNU GEREKLİ MİDİR? NİÇİN? VE NASIL?

İ. Yılmaz ASLAN*

I. REKABET KANUNLARININ İŞLEVİ

Günümüzde artık planlı ekonomilerin başarısız olduğu ve bunun yerine "liberal ekonominin" uygulanması gerektiği herkesce kabul edilmekte ve ekonomiye devletin müdahale etmemesi gerektiği düşünülmektedir. Hatta karma ekonomilerin dahi tartışıldığı, devlet tarafından işletilen işletmelerin verimsiz olduğunun ve bu nedenle özelleştirilmesi gerektiğinin savunulduğu ve bu görüşlerin uygulandığı bir ortamda bulunuyoruz.

Bugün çoğu ülkeler gibi Türkiye'de de liberal ekonomik sistem benimsenmiş bulunuyor. Liberal ekonomik sistemin temeli ise serbest rekabettir. Serbest rekabetin istenme sebepleri şunlardır: Kaynakların etkin kullanılmasını, fiyatların düşmesini, maliyetleri düşürmek için tasarruf yapılmasını, yeni teknolojilerin bulunmasını ve bunların üretimde kullanılmasını sağlar. Böylece hem ekonomik ilerleme sağlanır hem de bu ilerlemelerden toplumun tamamından oluşan tüketiciler yararlanırlar.

Liberal ekonomik sisteme veya serbest rekabet sistemine devletin hiçbir şekilde müdahale etmediği durumlarda sistem kendisini yok eder. Serbest rekabet kendisini yoğun bir tekelleşmeye bırakır. Tekelleşme ise genellikle kaynakların savurgan kullanımı, ekonomik yenileşmenin yavaşlatılması, tekel fiyatlarıyla satma gibi keyfiliği simgelemektedir.

* *Yard. Doç. Dr.; Uludağ Üniversitesi, İ.İ.B.F. Öğretim Üyesi.*

Serbest rekabet siyasi bakımdan batı demokrasilerinin temeli sayılır.

Rekabet kanunlarının işlevi burada başlar. Rekabet kanunları devletin ekonomiye müdahale şeklidir. Bu müdahalenin amacı serbest rekabeti korumaktır. Bu nedenle rekabet kanunlarında rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar, güçlü işletmelerin güçlerini kötüye kullanmaları yasaklanır. Ayrıca rekabeti sınırlayıcı bulunan birleşme ve devirler ya yasaklanır veya en azından denetlenir.

Genel çerçeve içinde bakıldığında serbest rekabet sistemleri benimseyen tüm ekonomilerde bu sistemi koruyucu nitelikli olan rekabet kanunlarına gerek olduğu anlaşılmaktadır.

Türkiye'nin özel koşullarına bakıldığında acaba Türkiye'de de bir rekabet kanununun gerekli olduğu sonucuna ulaşılabilir mi?

II. REKABET KANUNU GEREKLİ Mİ?

1. Yasal Zorunluluk

1982 tarihli Anayasanın 167. maddesinin birinci 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. Devlete bizim konumuz açısından "piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler" hükmüyle bir görev vermektedir. Devlet bir rekabet kanunu çıkararak bu zorunluluğu yerine getirmektedir.

2. Mevcut Hükümler Yeterli mi?

Türkiye'de doğrudan doğruya rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve uygulamaları düzenleyen bir kanun yoktur. T.T.K. 56-65. maddeleri haksız rekabeti düzenler. Haksız rekabet kurallarının amacı taciri ve ticari işletmeyi korumak olduğu halde rekabet hukukunun amacı rekabetin kendisini korumaktır. Bu iki hukuk dalının alanları ve amaçları ve kullandıkları araçlar farklıdır. M.K. ve B.K. hükümleri arasında bazı bakımlardan rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve uygulamalara zorlamayla da olsa uygulanabilecek hükümler varsa bile bunların ne amaçları rekabeti korumaktır ne de yaptırımları rekabeti koruma amacına uygundur.

Özellikle M.K. 2 m.'deki doğruluk ve dürüstlük kuralları ve hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin hüküm kapsamına rekabeti sınırlayıcı uygulama ve anlaşmaları sokmak mümkündür. Fakat bu o kadar genel bir hükümdür ki çok özel bir alan olan rekabet hukukunu bu hükümle idare etmek mümkün değildir.

Rekabeti sınırlayıcı uygulamalardan zarar gören kişiler bunlar aleyhine dava açılabileceğinin farkında değildir. Çünkü bu uygulamaları ekonomik sistemin normal bir sonucu kabul etmekteydiler. Bu uygulamaları hukuka aykırı ilan eden bir kanunun olmaması kişilerin böyle bir haklarının da olmadığı imajını doğurmaktadır. Bu nedenle rekabet davaları yok denecek kadar azdır ve onlarda başka hukuki sebeplere ve genellikle M.K. 2. m'ye dayanır.

3. Mevcut Hükümlere Göre Çözülmüş Bir Rekabet Davası:

Fırıncılar Olayı

Davanın olayı: S.S. Bursa Ekmek Fabrikaları Sanayi imalat ve Satış Kooperatifine üye olan davalı, kooperatif tarafından tesbit edilen bakkallar dışındaki bakkallara ekmeğe satmış ve bu satışları kooperatifin tesbit ettiği fiyattan daha düşük bir fiyat ile gerçekleştirmiştir. Kooperatifin tüzüğüne göre kooperatifin, fırıncıların hangi mahallerdeki bakkallara ekmeğe satabileceğini ve ayrıca ekmeğin bakkallara satış fiyatını saptamaya yetkisi bulunmaktadır. Ayrıca kooperatif fırıncılara, üye kabulü sırasında bir taahhütname imzalatmaktadır. Buna göre eğer fırıncı kooperatifin kararlarını ihlal ederse kooperatif yönetim kurulunun saptayacağı cezai şartı ödemeyi önceden kabul etmektedir.

Yönetim kurulu bu hükme dayanarak iki milyon lira cezai şart kararlaştırmış ve fırıncıdan bunu ödemesini istemiştir. Fırıncı bu iddiaları reddederek parayı ödememiştir. Bunun üzerine kooperatif vekili yukarıdaki hükümlere dayanarak dava açmıştır.

Davacının iddiası: Tüzük ve talimatname hükümleri ve taahhüte dayanarak yönetim kurulunun kabul ettiği miktarın tahsiline karar verilmesi talep edilmektedir.

Savunma: Davalı savunmasında önce olayları inkar etmişse de daha sonra vekili şu itirazlarda bulunmuştur.

i) Haksız rekabet koşullarının oluşmadığı, düşük fiyatla ekmeğe satmanın haksız rekabet değil serbest rekabetin gereği olduğu, davacının taraf ehliyetinin olmadığını,

ii) Cezai şartın belirli olması ve ana sözleşmede belirtilmesi gerektiği, ve bizim konumuz açısından en önemlisi,

iii) Anayasanın 167 ve 172 maddelerine göre tüketicinin korunması, tekel-lerin ve kartellerin önlenmesine ilişkin hükümler bulunduğunu, dava konusunun tam bir pazar paylaşma ve fiyat karteli olduğunu, bu konuda ise çeşitli tasarımlar olmasına karşın henüz bir kanun çıkmadığından tam bir yasal boşluk olduğunu, bu durumda örf ve adete başvurulması gerekiyorsa da şimdiye kadar uygulanan örf ve adet anayasanın yukarıda anılan hükümlerine ve B.K. 19 ve 20. maddele-

rine aykırı olduğunu ve bu nedenle M.K. 1. m. gereğince yargıcın bu boşluğu kendisinin doldurması gerektiğini, bunu doldururken de

- Ticaret Bakanlığınca hazırlanan tasarıları
- AET - Türkiye ilişkilerini ve özellikle AET antlaşmasınının 85. m. göz-önünde tutması gerektiğini ileri sürmüştür.

Mahkemenin kararı: Mahkeme dosyayı bilirkişiye inceletmiş ve kararında bilirkişi raporuna da dayanarak davayı reddetmiştir. Konumuz açısından gerekçenin en önemli kısımları şu şekildedir: "Yasa koyucunun haksız rekabeti müeyyide altına koyduğu kadar kişinin serbest rekabet hakkını da koruduğu hatta haksız rekabet hükümleri kişinin serbest rekabetini sağlayan hukuk düzeninin bir parçası olduğunu... marka taklit ederek piyasadan pay koparmak nasıl haksız rekabet ise, rakiplerin bir araya gelip aralarında anlaşıp daha ucuza satılabilecek bir metaı daha yüksek fiatla piyasaya empoze etmelerinin de aynı nitelikte haksız rekabet olduğunu, zira bu durumda da serbest rekabetin ortadan kaldırıldığı... davaya konu edilen fiat anlaşmalarının dünyanın her yerinde ağır müeyyidelerle karşılandığını keza belirli bir muhitten başka bayi ve bakkallara satmama kararının dahi aynı şekilde mütalaa edilebileceğini..."¹.

Yargıtay kararı: Yargıtay iddia ve savunmanın görüşlerini özetledikten sonra klasik ifade ile kararı onaylamıştır².

Görüldüğü gibi olay klasik anlamda rekabeti sınırlayıcı bir işletme birliği kararına dayanmaktadır. Dava hernekadar haksız rekabet kuralları çerçevesinde tartışılmış ise de aslında tam bir rekabet davasıdır.

Davalının savunmasında dayandığı hususlar ile bilirkişi raporundan alınan mahkeme gerekçesi oldukça ilgi çekicidir.

Her nekadar bir rekabet kanunu yoksa da bunun olması gerektiği rekabeti sınırlayıcı uygulamaların haksız olduğu ve bunlara dayanılarak hak iddia edilemeyeceği kabul edilmektedir. Burada pasif bir durum vardır. Yani rekabeti sınırlayıcı uygulamalar nedeniyle bunlara karşı bir dava açılmış değildir. Aksine bunlara dayanılarak açılan davada sadece savunma olarak kullanılmıştır. Tabii ki bir rekabet kanununun gerekliliği bakımından bu da önemli bir gelişmedir.

4. Türk Ekonomisinin Pazar Yapısı

4.1. Genel Olarak

Türkiye’de rekabet hukuku açısından kullanışlı bir pazar yapısı analizi he-

1 Bursa 3. Asliye Hukuk Mahkemesi E 1987/170 K 1987/911.

2 Yargıtay 11 H.D.E. 1988/8816 K 1988/7838.

nüz yapılmamıştır. Şu ana kadar yapılmış pazar yapısıyla 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 değildir. İlgili ürün pazarının saptanması rekabet kurallarının uygulanması bakımından merkezi bir role sahiptir. Eğer dar bir pazar saptanırsa işletmelerin pazar payı büyük olacaktır; geniş bir pazar saptanırsa pazar payı küçük olacaktır.

İlgili pazar bir ürün ve tüketicinin nazarında kullanım amaçları ve fiyatları bakımından aynı sayılan ürünlerin oluşturduğu pazardır. İlgili pazarın saptanmasında iki ürün arasındaki "çapraz talep esnekliği" gözönünde bulundurulur.

Yukarıda adı geçen araştırmalar bu açıdan ilgili pazarı tanımlamaktan uzaktırlar. Bu araştırmalar sektör bazında pazar tanımlaması yapmışlardır. Ayrıca birbirleri ile çelişkili saptamalar bulunmaktadır.

4.2. Pazar Yapısı Hakkındaki İncelemeler

TÜSİAD'ın araştırmasına göre çeşitli sektörlerin pazar yapıları şöyledir:

Alkollü içkiler, tütün, demir yolu taşıtları, kağıt ve kağıt ürünleri, petrokimya, cam, elektronik, petrol ürünleri tekeli bir pazar yapısına sahiptir.

Gemi inşa, elektrikli makineler, madeni eşya, karayolu taşıtları, lastik, çimento, demir dışı metaller, demir ve çelik, alkolsüz içkiler, gübre, domates salçası, dokuma-giyim (sentetik iplik) seramik sektörlerinde oligopolistik pazar yapısı vardır.

Un ve unlu mamuller, elektronik, gıda, elektriksiz makineler, dokumagiyim sektöründe sağlıklı rekabet vardır³.

Uçak imalatı, demir yolu taşıtları, enerji, cam, lastik, tütün (sigara), petrokimya sektörlerindeki firma sayısı beşten azdır ve bunlardan en büyük üç kuruluşun toplam pazar payları % 60-100 arasındadır.

Karayolu taşıtları sektöründe faaliyet gösteren firma sayısı 5'den çok ve 15'den azdır; kağıt dokuma-giyim, alkollü içkiler sektörlerinde 15'den daha fazla firma bulunmaktadır. Bunlardan en büyük üç firmanın pazar payı % 60-100 arasındadır.

Domates salçası, gübre, alkolsüz içkiler, seramik, demir çelik, demir dışı

3 21. Yüzyıla doğru Türkiye: Geleceğe dönük bir atılım stratejisi Mart 1991 TÜSİAD tarafından hazırlanan proje, s. 1, 87.

metaller, elektrikli makinalar, hazır giyim, gemi inşaa sektörlerindeki firma sayısı 15'den fazladır ve bunlardan en büyük üç firmanın toplam pazar payı % 30-60'tır⁴.

Burada saptanan pazarlar kesinlikle çok geniş olmasına rağmen Türkiye ekonomisinin pazar yapısı ya rekabet olmayan ya da eksik rekabet olan pazarlardan oluşmaktadır. Gerçekten bazı pazarlara daha yakından bakarsak; karayolu taşıtları tek pazar olarak ele alınmış oysa ki kamyon, otomobil, otobüs ve minibüs aynı pazara dahil edilemez; çünkü bunların birbirinin yerine kullanılması mümkün değildir. Cam pazarı tek bir pazardır, fakat gözlük camı, otomobil camı, düz cam, dış yüzey kaplama camı, cam kap, cam kavanoz bu eşyalar birbirinin yerine kullanılamaz. Bu şekilde pazarlar daraltılarak bir inceleme yapılırsa çoğu pazarda rekabetin olmadığı sonucuna varılabilir.

4.3. Tekstil: Bir Anketin Sonuçları

Tekstil sektörü Türkiye için en önemli sektörlerden birisidir. O nedenle bu sektöre daha yakından bakmak istedik. Tekstil sektöründe özellikle kumaş ve konfeksiyon safhasında yoğun bir rekabetin varlığı gözden kaçmıyor. Fakat tekstilin temeli ipliklidir. İplik pazarı için aynı şeyi söylemek mümkün mü? Bu soruyu cevaplamak için Bursa'da faaliyet gösteren 163 kumaş üreticisi ile yani iplik müşterisi ile bir anket yaptık; bunlardan % 44,8'i polyester, % 23,9'u viskon, % 12,2'si polyamid % 9,2 floş, % 6,1 pamuk, % 3,6'sı diğer iplikleri kullanmaktadır. Bu iplik alıcıların % 4,9'u fabrikadan, % 26,4'ü elden, % 57'si 2. elden, % 11,6'sı 3. ve diğer ellerden satın alıyor. Bu rakamlar fabrikadan ve birinci elden iplik alabilmenin zorluğunu gösteriyor. Demek ki fabrikalar belirli dağıtıcı firmalardan başkasına mal vermemektedirler.

İplik fiyatlarındaki artışın aynı zamanlarda aynı oranda ve sık sık gerçekleştiği anket sonuçlarından anlaşılmıştır. Buradan çıkarılabilecek sonuç şudur: İplik üreticileri en azından uyumlu davranış içindedirler ve rekabet etmekten kaçınmaktadırlar.

İplik alıcılarının % 24,5'i kullandığı ipliği daha iyi koşullarla başka bir kaynaktan bulabileceğini % 75,5'i ise tek kaynağa bağımlı olduğunu belirtmiştir. Bu durumda pazarda alternatif temin kaynaklarının olmadığı anlaşılmaktadır. İddia edildiği gibi ithal iplik önemli bir rakip değildir. Çünkü ithal iplikte boya garantisi olmadığı için kalite rekabeti bakımından yerli ipliğe rakip olamamıştır.

İplik alıcılarının % 92'si iplik üreticilerinin fiyat artışlarında anlaşarak hareket ettikleri ve % 88,9'u iplik piyasasında rekabetin olmadığı görüşündedirler⁵.

4 TÜSİAD Projesi, s. 2-40.

5 Anket Ocak 1992 tarihinde yapılmıştır.

4.4. Değerlendirme

Bu verilerden hareketle Türk ekonomisinin rekabeti kuracak ve koruyacak 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" önerilmektedir⁶. Bunu yerine getirecek araç ise bir rekabet kanunudur.

III. NASIL BİR REKABET KANUNU?

1. Türkiye'de Rekabetin İstenen Derecesi

Nasıl bir rekabet kanunu isteniyor sorusunun cevabı ülkemizde rekabetin istenen derecesine bağlıdır. Bu bir ekonomi politikası meselesidir. Liberal ekonomiyi benimsemiş bir ülke olarak Türkiye'nin iç ve dış ekonomik durumu gözünde 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 G. Kore, Pakistan, Tayvan gibi yeni sanayileşen ülkelerden de oluşmaktadır. Türkiye'nin dış rekabette üstünlük sağlaması işletmelerin finansal, teknolojik, personel, pazarlama ve promasyon bakımından güçlü olmalarına bağlıdır. Yani dış rekabet bakımından minimum etkin ölçüğe ulaşmış, uluslararası ticarete uygun olarak yapılmış 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 ve 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 karşılaşı-

6 TÜSİAD Projesi, s. 2-64.

maz. Ayrıca atomistik rekabette 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 engelleri yaratan ve rekabeti kolayca ortadan kaldıracı 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 olmalıdır:

(i) 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.

(ii) Hiçbir işletme rakiplerini ortadan kaldıracı kadar büyük olmamalıdır.

(iii) İşletmeler pazar dışındaki etmenlerden etkilenmemelidir. Yani işletme bazında teşvik, vergi muafiyeti gibi ayrıcalıklardan yararlanmamalıdır.

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

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

Böyle bir pazar yapısı orta büyüklükteki işletmelerin çoğunlukta olduğu ve bunların birbiriyle rekabet içinde buldukları bir pazarı ifade eder. Böyle bir pazar ise geniş oligopol demektir⁷.

Geniş oligopol pazarları etkin bir rekabetin olması nedeniyle iç pazar açısından uygundur. İşletmeler dış rekabette yer alabilecek kadar büyük olduğundan dış ticaret bakımından da uygundur.

2. Bir Türk Rekabet Kanununda Hangi İlkelere Dikkat Edilmelidir?

2.1. Rekabeti Sınırlayıcı İşletmeler Arası Anlaşma, Uyumlu Davranış ve İşletme Birlikleri Kararları

Rekabet hukukunun amacı rekabeti korumak olduğuna göre rekabeti sınırlayıcı, bozucu veya engelleyici işletmeler arası anlaşma uyumlu davranış ve işletme birlikleri kararlarının yasaklanması hiç kuşkusuzdur. Burada iki önemli sorun vardır: Birincisi rekabeti sınırlayıcı olmakla birlikte olumlu yönleri de olan

7 Canellos P.C., Silber H.S., "Concentration in the Common Market", CML Rev. 1970 Vol. 7, s. 11.

anlaşmalar için bir muafiyet tanınıp tanınmayacağıdır. İkincisi rekabeti sınırlayıcı olmakla birlikte bu sınırlamanın pazarın bütünü bakımından çok önemsiz olan durumlar diğerlerinden ayırt edilecek midir?

Rekabeti sınırlayıcı olan anlaşmaların bazılarını izne tabi tutmak bazılarını doğrudan yasaklamak ve bazılarını da itiraza tabi tutmak şeklindeki bir sistem⁸ işlemekte güçlük çekebilir. Gerçekten bir anlaşma yapıyorsanız bunun geçerli olması için izin verilsin diye bekleyeceksiniz. İtiraza tabi anlaşmalar için önerilen sistem taraflar için yasal belirlilik ve güvenlik sağlamaktan uzak olduğu için çok daha fazla sakıncalıdır. Bir kere hangi anlaşmaların izne tabi hangilerinin itiraza tabi olması gerektiği uzun uzun ve ayrı ayrı kanuna sayma yöntemiyle yazılmaktadır. Oysa ki bunların izne tabi kılınmasını gerektiren ortak özellikler ne ise bunlar somut koşul olarak yazılmalı ve o koşulları taşıyan anlaşmalar izne veya itiraza tabi olmalıdır. Yani Avrupa Topluluğunda olduğu gibi izne veya itiraza tabi anlaşmalar konularına göre değil taşıdıkları bazı nitelikler nedeniyle bu statüye girmiş olmalıdırlar. Ayrıca itiraza tabi anlaşmalar biraz karışık bir durum ifade eder. Gerçekten bir anlaşma ya rekabeti bozucudur ya da değildir. Ona itiraz edilmiş olması o anlaşmayı ne rekabeti sınırlayıcı hale getirir ne de geçerli hale getirir. Bu sistemin amacı anlaşmaları rekabeti sınırlama tehlikelerine göre sıkı, daha sıkı veya daha gevşek bir denetime tabi tutmaktır. Böyle bir sistemde sızıntılar olması daha muhtemeldir. Ayrıca bu istem lüzumsuz zaman kaybı ve bürokrasi getirir. Avrupa Topluluğunda olduğu gibi bildirim ve muafiyet sisteminin benimsenmesi halinde denetim daha sıkı olacak ve yasal belirlilik ve güvenlik açısından işletmelerin durumu daha iyi olacaktır.

2.1.1. Muafiyet

Rekabeti sınırlayıcı olan fakat aynı zamanda ekonomik katkıları da olan bir anlaşma veya karara yasaklama mutlak olarak uygulanmalı mıdır? Sorun budur. Öyle bazı durumlar ortaya çıkabilir ki rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma oluşturduğu sınırlamadan daha fazla ekonomik yararlar sağlıyor olabilir. Hatta bu ekonomik yararlarla ulaşabilmek için rekabetin bir ölçüde kısıtlanması zorunlu olabilir. Böyle bir durumda belirli koşullarla bu gibi anlaşmalara yasaklamanın uygulanmaması gerekir. Böyle bir muafiyetin koşulları çok titizlikle saptanmalıdır. AET Antlaşmasının 85(3) maddesi böyle bir muafiyeti düzenlemektedir. Orada belirtilen koşullar şunlardır:

(i) Üretimde veya dağıtımda bir iyileşme sağlanması veya ekonomik ve teknik gelişme sağlanması.

8 Özsunay Ergun; Kartel Hukuku, İstanbul 1985, s. 246 vd.

- (ii) Ortaya çıkan bu yarardan tüketicinin adil bir pay alması.
- (ii) Rekabette meydana gelen sınırlamanın kaçınılmaz olması.
- (iv) İlgili ürün pazarının önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kaldırılma fırsatının doğmaması.

Bu koşullar çok somut koşullar değildir. Mümkünse bunları daha da somutlaştırarak benzer bir muafiyet sisteminin kabul edilmesi gerekir. Olumlu etkileri ağır basan bir anlaşmayı yasaklamak herhalde pek "ekonomik" bir davranış olmaz. Avrupa Topluluğunda olduğu gibi muafiyet şart ve yükümlülüklerle bağlanabilmelidir.

2.1.2. de Minimis Kuralı

Bir anlaşmanın rekabeti sınırlayıcı özelliğinin ihmal edilebilecek kadar küçük olduğu durumlarda; örneğin, bir köyde bulunan iki bakkalın anlaşarak şeker fiyatlarını % 50 arttırmaları durumunda, bu anlaşma da yasak kapsamına alınacak mıdır? Böyle bir anlaşmanın rekabeti sınırlayıcı olduğunda kuşku yoktur. Bir köyde yapılan böyle bir anlaşma hem ilgili coğrafi pazar bakımından hem de ilgili ürün pazarı -şeker pazarı- bakımından pazarın çok çok küçük bir bölümünü temsil etmektedir. Rekabet kurallarının etkin bir şekilde uygulanabilmesi için onu uygulayacak makamların bu kadar önemsiz küçüklükte olan anlaşmalar içinde boğulup kalmaması gerekmektedir.

Bu bir tercih meselesidir ve daha çok iş yükünü hafifletme amacına yöneliktir. Avrupa Topluluğunda üye devletler arası ticareti hissedilir derecede etkilemeyen anlaşmalar rekabet kuralları kapsamı dışında bırakılmak suretiyle de minimis kuralı kabul edilmiştir.

2.1.3. Yasaklanan Anlaşmaların Hukuki Durumu

Rekabeti sınırlayıcı olduğu için yasaklanan ve hukuka aykırı ilan edilen anlaşma ve kararların başkaca bir işleme gerek olmaksızın otomatikman geçersiz olması gerekir. Borçlar Kanunu'nda düzenlendiği gibi hukuka aykırı şartlar anlaşmadan çıkarıldığı zaman anlaşmanın geri kalanı bir anlaşma olarak anlam ifade ediyorsa sadece bu şartların geçersiz kabul edilmesi yeterlidir.

Yapıldığı sırada rekabeti sınırlayıcı olmayan fakat değişen ekonomik ve yasal koşullar nedeniyle rekabeti sınırlayıcı hale gelen anlaşma ve kararlar, rekabeti sınırlayıcı hale geldikleri tarihten itibaren geçersiz kabul edilmelidir.

Tarafların geçersiz bir anlaşmaya dayanarak birbirine vermiş olduğu şeyler var ise bunların geri alınması kural olarak B.K. sebepsiz zenginleşme kurallarına göre olur. Rekabet hukuku bakımından burada özel bir düzenleme yapmayı gerektirecek ayrırcı bazı özellikler yoktur. Sadece iyi niyet, kötü niyet tartışmaları

rını ortadan kaldırmak için herkes iyiniyetli sayılabilir. Böylece taraflar ellerinde kalanı vermeye yükümlü olurlar.

Bunlar dışında özel hukuk alanına giren anlaşmaların taraflarının karşılıklı yükümlülükleri ve hakları konusuna giren düzenlemeler yapmaktan kaçınmak gerekir. Anlaşmanın feshi, anlaşmadan dönme, karşılıklı tazminat yükümlülükleri vs. gibi konular M.K. ve B.K. hükümleriyle düzenlenir ve sözleşme serbestisi sınırları içinde kalan ve özellikle tarafların karşılıklı yükümlülüklerini düzenleyen alanlara müdahale etmek hukuk sistemine uygun değildir. Böyle bir durumda M.K. ve B.K. hükümlerinin dolanılmasına izin verilmiş olabilir.

Taraflar arasındaki rekabeti sınırlayıcı anlaşma koşulları dışında kalan hukuki ilişkiler Rekabet Kurulunu ve kamu düzenini ilgilendirmez. Rekabet Kanunu ile rekabeti koruyucu düzenlemeler dışında kalan ve özel hukuk ve sözleşme serbestisi içine giren konular düzenlenemez. Bu düzenlemeler konu ve amaç bakımından kanuna yabancıdır.

2.2. Hakim Durumun Kötüye Kullanılması

Hakim durum genellikle "rakiplerden, sağlayıcılardan ve müşterilerden bağımsız olarak davranarak rekabeti önleme gücü" şeklinde tanımlanabilir. Hakim durum pazarda sahip olunan bir ekonomik güçle ilgili bir kavramdır. Pazarda sahip olunan ne kadar güç hakim durumun kabulü için yeterli sayılır? Bu soruya verilecek cevap ilgili pazarın yapısına göre değişir. Örneğin çok küçük işletmelerin bulunduğu bir pazarda belki % 25 pazar payına sahip bir firma hakim durumda kabul edilirken, orta büyüklükte firmaların bulunduğu bir pazarda bu oran hakim durumun kabulü için yeterli olmayabilir. Ayrıca hakim durumun tek göstergesi pazar payı olmadığından kanunda bir pazar payı oranı kabul ederek hakim durumu bununla ölçmek yanıltıcı olabilir.

Kanunda hakim durum saptanırken hangi ekonomik ve yasal durumlara bakılacağı gösterilmelidir. Bunlar, ilgili işletmenin ve pazardaki diğer işletmelerin pazar payları, hukukun koruduğu bazı haklar, dikey bütünlük, ürün çeşitliliği, fazla kapasite, gibi giriş engelleridir.

Hali hazırda bir pazarda hakim durumda olmak tek başına yasaklanmamalıdır. Bu gücü kötüye kullanmak suretiyle rekabeti sınırlamak yasaklanmalıdır.

Kötüye kullanma halleri düzenlenirken rekabeti sınırlayıcı anlaşmalarla birbirini tamamlayacak şekilde kurallar konmalıdır. Belirli bir ekonomik sonuca ulaşmak anlaşma ile sağlanıyorsa yasak tek bir işletmenin davranışları ile sağlanıyorsa serbest gibi bir durum ortaya çıkmamalıdır. Birinci hükümler birden fazla işletmenin rekabeti sınırlayıcı sonuçlara ulaşmalarını engellerken diğer hü-

kümlerde aynı sonuçlara tek bir işletmenin pazardaki hakim durumuna dayanarak yaptığı davranışlarla ulaşmasını engellemelidir.

Bir pazardaki hakim durumun kötüye kullanılması yasağı ilgili pazarla sınırlanmamalıdır. Bir işletmenin belirli bir pazardaki hakim durumunu başka bir pazara girmek veya orada da güçlenmek amacıyla kullanarak rekabeti sınırlaması mümkündür. Yapılacak düzenleme hangi pazarda olursa olsun hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklamalıdır.

Hakim durumun kötüye kullanılması medeni hukuk anlamında bir anlaşma ile yapılmış ise bu anlaşmanın rekabeti sınırlayıcı anlaşmalarda söz etmiş olduğumuz şekilde otomatik olarak geçersizliği kabul edilmemelidir. Böyle bir yaptırım genellikle zaten kötüye kullanma nedeniyle zarar gören işletme aleyhine olur. Bunun yerine zarar gören işletmenin lehine olacak bir medeni yaptırım çeşidi kabul edilmelidir.

2.3. Birleşme, Devir ve Ele Geçirmeler

Birleşme, devir ve ele geçirmelerin ortak bir yönleri vardır. Bunlar belirli bir sektörde kurulu işletmelerle ilgili işlemlerdir. Yani yeni bir kapasite yaratmazlar. Birleşme devir ve ele geçirmeler halen bir işletmeyi elinde bulunduran kişiler tarafından gerçekleştirildiğinde her zaman rekabette bir miktar azalmaya sebep olur.

Küçük işletmelerin birleşmelerinde ilk anda rakip sayısı azaldığından rekabetinde azalacağı düşünülebilirse de, büyük işletmelere karşı küçük işletmelerin birleşmeleri rekabeti arttıracaktır. Küçük işletmeler böylece ölçek ekonomilerine yaklaşacaklar, araştırma ve geliştirme için daha büyük fonlar ayırabilecekler; üretim, dağıtım, personel gibi konularda iyileşme sağlayacaklardır.

Bu nedenle her türlü birleşmenin yasaklanması ya da kontrol altına alınması şart değildir. Ayrıca dış rekabet açısından işletmelerin güçlenmesi ve büyümesi istendiğine göre bu büyümeyi iç rekabeti bozma ihtimali olduğu anda müdahale etmek gerekir.

Ayrıca işletmelerin hangi yoldan olursa olsun hakim duruma gelmeleri veya tekel durumuna gelmeleri yasaklanacak tarzdaki bir düzenlemeden kaçınılmalıdır. Bir işletme kendi iç dinamiği, verimli çalışması, yeni teknolojisi gibi çeşitli nedenlerden hakim duruma gelebilir. Böyle bir durumda bu işletmeyi cezalandırmak uygun değildir.

Rekabet Kanunu ile birleşme ve devirler yoluyla bir işletmenin hakim duruma gelmesi veya hakim durumunu güçlendirmesi yasaklanmalıdır. Böyle bir durumda rekabet önemli ölçüde sınırlanmış olacaktır ve bu ekonomik yoğun-

laşma sadece mevcut kapasitenin tek elde toplanması anlamına gelecektir. Birleşmeler yatay, dikey ve conglamere (aykırı) olmak üzere genellikle üç bölümde incelenir. Bunların pazardaki etkileri birbirinden farklıdır. O nedenle bunlara farklı davranılması gerekir.

Bu farklılık yasal düzenlemeyle yapılabileceği gibi Rekabet Kuruluna verilecek takdir yetkisiyle de sağlanabilir. Nitekim Avrupa Topluluğu'nda bu son yol tercih edilmiştir. Devir hali hazırda bir işletmeyi kontrol eden bir kişinin başka bir işletmenin kontrolünü bir anlaşmaya dayanarak elde etmesidir. Devirler de birleşmelerle aynı hükümlere tabi olmalıdır.

Ele geçirmelerde bir çeşit devirdir. Fakat burada yöntem farklıdır. Ele geçirme devrin aksine klasik anlamda bir anlaşmayla değil borsadan veya cebri icra satışlarından bir işletmenin kontrolünü elde etmektir. Bunlar da yukarıdaki hükümlere tabi olmakla beraber kamu gücü tarafından idare veya kontrol edilen yerlerden yapılan bu satışların hukuki güvencesinin sağlanması gerekir. Örneğin iyi niyetli kişiler bakımından hakim durum yaratan böyle bir işlem geçerli sayılarak sadece yönetim haklarını kullanmaları yasaklanabilir.

Birleşme devir ve ele geçirmelerle ilgili objektif bir ölçü kabul edilerek bu ölçüyü aşan birleşme, devir ve ele geçirmelerin rekabet kurulunun kontrolüne bırakılması gerekir. Rekabet kurulu rekabeti bozucu olduğu işlemleri baştan itibaren geçersiz kılabilmesi ve fiili bir birleşme var ise bunların ayrılmasını veya eski halin iadesini emredebilmelidir. Saptanacak bu ölçü, ilgili pazar yapının % 20-30'u gibi pazar payı ile ilgili olabileceği gibi 1-2 milyar yıllık ciroyu aşması gibi işletmelerin cirosuna dayalı da olabilir veya her ikisi birden kabul edilebilir. Bunun aşan işlemler kontrole tabi olacaktır.

3. Nasıl Bir Rekabet Kurulu?

Rekabet Kanununun Türkiye'de uygulanabilir olmasının bence püf noktası Rekabet Kurulunun niteliğinde düğümlenmektedir. Şimdiye kadar hazırlanan tasarı önerilerinde Rekabet Kuruluna çok pasif görevler verilmiş ve görevlerin yerine getirilmesini sağlayıcı yeterli yaptırım gücü verilmemiştir. Rekabet ile ilgili şimdiye kadar yapılan önerilerin içinde ilk ciddi öneri sayın Özsunay'a aittir. Özsunay'ın tasarısında Kartel Kurulu klasik anlamda bir idari makam olarak düşünülmüştür. Kurula verilen görevler genellikle görüş bildirmeden öteye gitmemektedir. Rekabet Kanuna aykırılıklara bağlanan müeyyideler kurul tarafından değil mahkemeler tarafından uygulanmaktadır. Kanunun uygulanmasında ağırlıklı rol mahkemelerdedir. Ayrıca Cumhuriyet Savcılarına rekabetle ilgili soruşturmaları yapma görevi verilmiştir. Mahkemeler ve Cumhuriyet savcıları ne rekabet kurallarını uygulayabilecek bilgiye sahiptirler ne de tamamen ekonomik tahlillere dayanan böyle bir olayı araştırabilecek uzman kadrolara sahiptirler.

Bakanlığın (1989 tarihli) tasarısında da aynı hataya düşülmüştür. 18.06.90 tarihli TOBB tarafından bir bilim adamları heyetine hazırlatılan tasarıda da rekabet kurulu pasif bir pozisyonadadır. Bu tasarının diğerlerinden farkı TOBB tarafından rekabet kuruluna diğer tüm kurum ve kuruluşlardan fazla olarak 4 üyenin atanmasıdır. Ayrıca bu öneride Kurul üyelerinin kendisini atayan kurumların temsilcisi olarak görüldüğü izlenimi vardır⁹.

Rekabet Kurulu yalnızca siyasi iktidarlardan değil aynı zamanda ekonomik güç odaklarından da bağımsız olmalıdır. Tüm tasarılarda kurulun bağımsızlığı vurgulanmış olmakla birlikte bu bağımsızlık tam olarak sağlanamamıştır. Herşeyden önce rekabet ile ilgili davaların çözümlenmesi uzmanlık isteyen bir iştir. Büyük ölçüde ekonomik analizlere dayanır. O nedenle Rekabet Kanununun uygulanmasında en büyük görev Kurula verilmelidir. Böyle bir kurulun klasik anlamda idare hukuku ve ceza hukuku yöntemleriyle çalışması mümkün değildir. Belki de Türk hukukunda ilk defa klasik idare hukuku ve ceza hukuku kurallarından farklı yarı yargısal yarı idari yetkileri olan güçlü bir kurul yaratılmalıdır.

Bu kurulun rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve uygulamaları re'sen araştırmaya, araştırma sonucunda rekabete aykırılık bulursa buna son verilmesini istemeye, son verilmemesi halinde cezalar vermeye, rekabete aykırı anlaşmaların değiştirilmesini istemeye, rekabeti sınırlayıcı bazı anlaşmaların olumlu yönlerinin de olması halinde bunlara muafiyet tanımaya, birleşme, devir ve ele geçirmeleri kontrol etmeye kısacası kanunu uygulamaya yetkisinin olması gerekir.

Avrupa Topluluğunda rekabet kurallarının uygulanmasıyla ilgili olarak Komisyona verilen yetkilere benzer yetkiler Rekabet Kuruluna verilmelidir. Aksi halde kanunun etkin bir şekilde uygulanması mümkün değildir. Ayrıca rekabet politikası ekonomi ile ilgili diğer politikaların bir parçasıdır. Bu neden hükümetlerin ekonomi politikasıyla rekabet politikasının uyumu bakımından Bakanlar Kurulu ile kurulun görüş alışverişinde bulunması sağlanmalıdır. Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın ilgili bakanlık olarak kabulü yetersizdir. Çünkü ekonominin önemli kararları genellikle ilgili devlet bakanları tarafından verilmektedir ve bu Bakanlıklar birden fazladır. Hatta çoğu zaman Bakanlar Kurulu doğrudan bu kararları kendisi vermektedir. Bu nedenle genel olarak Bakanlar Kuruluyula bir ilişkinin sağlanması amaca daha uygundur.

Bu kurulun bağımsızlığının sağlanabilmesi için herşeyden önce Kurul üyelerine yargıç teminatına benzer teminatlar verilmelidir. Bundan başka Kurul hiç-

9 - Geçici 2. maddenin sondan ikinci cümlesi: "Adı çıkan üyeler, kuruluşlarınca yeniden görevlendirilebilir".

bir idari makama bağılı olmamalıdır. Kurul bir uzmanlar kurulu olarak düşünülmemelidir. Bu kurulda yer alacak kişiler iktisat, işletme ve hukuk fakültesi mezunları arasından ve rekabet hukuku konusunda çalışan kişilerden olmalıdır.

Rekabet Kurulunun bağımsız olarak çalışabilmesi için en önemli koşullardan birisi de Kurulun kendi kendini yenileyebilmesidir. Başlangıçta üyeler Bakanlar Kurulu tarafından ve çeşitli kurum ve kuruluşların adayları arasından seçilse bile daha sonra kurul üyelerinin yenilenmesi kurulun kendisi tarafından yapılmalıdır. Kurul kendi uzmanları arasından üniversitelerden veya başka yerlerden, rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve uygulamalarla ilgili uzmanlaşmış kişilerden her boş üyelik için 3 aday göstermeli ve bu adaylardan birisini Bakanlar Kurulu atamalıdır. Kurul kısım kısım yenilenmelidir. Örneğin kurul üyeleri 9 yıl için atanmalı her üç yılda bir üçte biri yenilenmelidir. Eski üyeler tekrar atanabilmelidir.

Rekabet Kurulu kanunun uygulanmasını yürüten ana organ durumunda olmalıdır. Bu kurul bir idari kurul olduğu için vereceği kararlar yargı denetimine tabi olacaktır. Bu konuya ileride değinilecektir.

4. Usul Sorunları

4.1. Bildirim

Rekabet Kurulunun rekabeti sınırlayıcı bir anlaşmayı öğrenebilmesi için ihtiyari bir bildirim sistemi kabul edilmelidir. İhtiyari bildirim sistemine işletmelerin uymasını teşvik etmek amacıyla bazı tedbirler almak gerekir. Örneğin yapıldığı tarihten itibaren bir haftalık bir süre içinde bildirilen anlaşmalar hakkında Kurulun yasaklama kararına veya itirazlarını bildirmesine kadar geçen süre içinde anlaşmanın uygulanmış olması nedeniyle para cezası verilmemeli ama rekabeti sınırlayıcı olduğu tesbit edilen ve Kurula bildirilmeden uygulanan anlaşmalar için para cezası uygulanmalıdır. Süresi geçmiş bile olsa sonradan bildirimde bulunmayı teşvik etmek için bildirim tarihinden sonraki uygulamalar için cezai yaptırımların uygulanmaması yoluna gidilmelidir.

Ayrıca muafiyet verebilmek için süresinde bildirimde bulunmuş olmak şart koşulmalıdır. İşletmeler hem para cezasından kurtulmak hem de muafiyetten yararlanabilmek için bildirimde bulunacaklardır. Bu nedenle tek başına bildirimde bulunmama fiiline cezai yaptırım konmasının gereği yoktur.

Avrupa Topluluğunda bu sistem gayet başarılı bir şekilde uygulanmaktadır.

4.2. Şikayet

Rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve uygulamaların sona erdirilmesinde meşru

bir menfaati olan herkes şikayet hakkına sahip olmalıdır. Şikayet eden kişinin araştırma prosedürü içinde belirli haklarının olması, karara karşı yasal yollara başvurma hakkının olması gerekir. Rekabet kurulunun belirli bir olayı soruşturmak için bir şikayet alması şart olmamalıdır. İhbarlar üzerine veya re'sen bir soruşturma başlatabilmelidir.

4.3. Soruşturma ve Delil Toplama

Rekabet Kurulu şikayet üzerine veya kendiliğinden başlattığı bir soruşturmayı tam olarak aydınlatmaya yetecek yetkilere sahip olmalıdır. Bu amaçla ilgili işletmelerden ve kamu kurumlarından her türlü bilgiyi alabilmelidir. İstenen bilgiyi vermeyen veya yanıltıcı bilgi veren işletmelere para cezası verebilmelidir. Gerekli gördüğü durumlarda işletmelerin işyerlerine, arazilerine veya araçlarına girip ticari defterlerini ve diğer belgeleri inceleyebilmelidir. Buna uymayan işletmelere para cezası verebilmelidir.

Gerçekten rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların genellikle taraflar arasında gizli tutulacağı ve ekonomik verilerin yardımıyla kanıtlamanın ne kadar güç olduğu gözönünde tutulursa kurulun cezai yaptırımlarla donatılmış bilgi toplama ve yerinde inceleme yapma yetkilerinin olması gerektiği kabul edilecektir.

Tabi ki bu araştırma sırasında işletmelerin ticari sırlarının korunması gerekmektedir.

4.4. Karar

Rekabet kurulu rekabeti sınırlayıcı bulduğu anlaşma ve uygulamaların ortadan kaldırılmasını isteyen kararlar verebilmelidir. İhlale son verilmesine ilişkin kararlar cezai yaptırımlarla güçlendirilmelidir. Kurul resmi bir karar almadan önce ilgili işletmelerden anlaşmalardaki rekabeti sınırlayıcı hükümleri değiştirmelerini istemeye ve bu değişikliklerin yapılması halinde dosyayı kapatmaya ve para cezası uygulamamaya yetkili olmalıdır. Bu yolun açık tutulması halinde görüşmeler yoluyla pek çok rekabeti sınırlayıcı uygulamaya son verilebilecek ve amaca kısa yoldan ulaşılmış olacaktır.

Rekabet kurulu kararlarının hepsi yargı denetimine tabi olmalıdır. Yargı denetimi tam bir yargı denetimidir. Yani yargı merci kararı hem usul hem de esas bakımından "yerindelik" denetimine tabi tutar. Hatta Avrupa Topluluğunda olduğu gibi yargı merciine para cezası veren kararları değiştirme yetkisi dahi verilebilir. Diğer kararlar ise ya iptal edilir ya da onaylanır.

Rekabet Kurulunu denetleyecek yargı merciinin bir uzman mahkeme şeklinde kurulması en uygun yol olacaktır. Ancak mevcut sistem içinde bir ço-

züm aranırrsa Rekabet Kurulu idari bir kurul olduğundan Danıştayda bir özel daireye bu görevin verilmesi usul bakımından uygun görünmektedir. Ancak esas bakımından bakıldığında Yargıtay'da bir dairenin görevlendirilmesi daha uygun görünmektedir. Hangisi olursa olsun bu dairenin işlevi, denetim sistemi ve yetkileri diğer dairelerden biraz farklı olacaktır.

5. Yaptırımlar

Rekabet Kanununun gerçekten rekabeti sağlayacak şekilde uygulanabilmesi uygun bir yaptırım sisteminin kabul edilmesini gerektirir.

Bu yaptırımlar herşeyden önce işletmeleri rekabeti sınırlamaktan veya rekabet kurulunun emirlerine uymamaktan caydırmalıdır. Diğer yandan işletmelerin temel hak ve özgürlüklerini ihlal etmemelidir.

Yaptırımlar tesbit edilirken Türkiye'de enflasyonun yüksek oranda seyrettiği gözden kaçırılmamalıdır. Aksi halde konulacak para cezaları kısa bir süre sonra etkisiz bir duruma gelebilir. Bu nedenle Avrupa Topluluğu'nda olduğu gibi belirli miktarlar yanında Rekabet Kuruluna ilgili işletmelerin yıllık cirolarının belirli bir oranına kadar (örneğin % 10) para cezası verebilme yetkisi verilmelidir.

Bazı yasalarda ve Özsunay'ın tasarısı önerisinde rekabeti sınırlayarak elde edilen kazancın esas alınarak iki veya üç katının ceza olarak verilmesi düzenlenmişse de, elde edilen kazancın rekabetin sınırlanmasından mı yoksa başka sebeplerden mi doğduğunun saptanması, yani illiyet bağı meselesi önemli bir sorun doğurur. Bunun yerine ciro esasının kabulü daha uygundur¹⁰.

Rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve uygulamalara ve Rekabet Kurulunun emirlerine uymamaya bağlanacak çeşitli para cezalarının yanında Avrupa Topluluğunda bir de süreli para cezaları kabul edilmiştir. Bunda amaç işletmeyi ilgili emre uymaya zorlamaktır. Emri içeren karar tarihinden başlamak üzere emre uymakta gecikilen her gün için belli bir para cezası verilmektedir. Bu ceza emre uyuluncaya kadar işlemektedir. Emre uyulursa Komisyon bu cezayı azaltmaya yetkilidir.

Böyle bir yaptırım sisteminin kabulü Rekabet Kurulunu güçlendirecektir.

Rekabeti sınırlayıcı uygulamalarla ilgili olarak para cezaları dışında, hapis cezalarının verilmesi genel olarak kabul görmemektedir.

Rekabet Kuruluna bozulan bir rekabeti bozulmadan önceki duruma sokulmasını sağlayacak emirler verme yetkisi de tanınmalıdır. Eski halin iadesini

10 Özsunay, s. 306 md. 44/10.

sağlamak amacıyla işletmeye pozitif bir davranışta bulunması emredilebilmelidir. Örneğin, eskiden mal verdiği işletmeye mal vermeye devam etmesi gibi.

Bazı şartların varlığında nihai karardan önce ihtiyati tedbirler yoluyla rekabetin sınırlanmasını önleme yetkisi Rekabet Kuruluna verilmelidir.

Şunu da belirtelim ki bu kanunla verilecek para cezaları ceza hukuku anlamında ceza olarak kabul edilmemelidir.

5. İşletmelere Sağlanan Hukuki Güvenceler

5.1. Kararların Gerekçeli Olması

Rekabet Kurulunun kararları gerekçeli olarak verilmelidir. Gerekçede hükmün dayandığı sebepler ve bunları destekleyen deliller ayrı ayrı gösterilir ve değerlendirilir. Gerekçenin yokluğu veya uygunsuzluğu iptal sebebi olarak kabul edilmelidir.

5.2. Kararda İlgili İşletmeye Savunma Hakkı Tanınmamış Konulara Dayanamama

Rekabet Kurulu bir olayı soruştururken taraflara savunma hakkı tanınmalıdır. Kurul, örneğin bir anlaşmanın hangi noktalarına itiraz ettiğini ve nedenlerini ilgili işletmeye bildirmeli ve kendisine bu konudaki görüşlerini ve bunları destekleyen delillerini bildirmesi için fırsat vermelidir. Kendisi gerekli görürse veya ilgili işletme talep ederse yazılı savunmaları tamamlayıcı mahiyette sözlü savunmaların yapılması için bir duruşma düzenlemelidir. Böylece işletmeye daha idari soruşturma aşamasında savunma hakkı tam olarak sağlanmış olacaktır.

Savunma hakkının kullanılması bir yaptırımla desteklenmelidir. Bu yaptırım savunma hakkına uymadan alınan Kurul kararlarının yalnız bu nedenle iptal edilebilmesidir. Bunun için Rekabet Kurulunun kararlarında ilgili işletmelere savunma hakkı tanımadığı konulara dayanmaması gerekir. Dayanırsa bu iptal sebebidir.

5.3. Kararlar Aleyhine Yargı Yoluna Başvurma

İdarenin her türlü eylem ve işlemi yargı denetimine tabidir. Rekabet Kurulu idari bir kurul olduğu için her türlü eylem ve işleminin yargı denetimine tabi olması gerekir. Yukarıda da belirttiğim gibi ilgili işletmeler Kurul kararlarının iptali istemiyle yargı yoluna başvurabilirler. Genellikle, Rekabet Kurulunun yetki-

lerini aşması veya kötüye kullanması, gerekçelerin uygunsuzluğu, delillerin yetersizliği, olayların yanlış değerlendirilmesi ve önemli bir usul kuralının ihlali iptal sebepleri olarak kabul edilebilir.

SONUÇ

Görüldüğü gibi burada önerilen sistem şu anda Türkiye'de yürürlükte bulunan hukuk sisteminden farklıdır. Örneğin bir idari makamın ceza uygulamadan önce savunma alması ve kararında yalnız savunmasını aldığı hususlara dayanması mevcut idare hukuku sistemi içinde yoktur. Ceza hukukunda uygulanacak cezaların belirli olması gerekir. Ciro esasına göre yapılacak bir cezalandırmanın cezanın belirliliği ilkesi ile bağdaşmayacağı öne sürülebilir. Böyle bir iddia karşısında her işletmenin bir önceki yıla ait cirosunu bildiği ve eğer rekabeti sınırlayıcı bir uygulama yaparsa bunun % 10'unu ceza olarak ödeyeceğini ve böylece verilecek cezanın ilgililerce önceden bilinebilir veya hesaplanabilir olduğunu söylemek mümkündür. Ancak rekabet kanunlarının gerektirdiği ve kendi ihtiyaçlarına en iyi cevap veren bu yaptırımların klasik ceza hukuku ilkeleriyle açıklamaya veya bağdaştırılmaya çalışılması gereksiz bir çabadır. Bu hukuk dalı kendine özgü yaptırımları ve çalışma sistemi olan bir daldır. O nedenle rekabet kanunu hazırlanırken mevcut kanunun idare ve ceza hukuku ilkelerine uygunluğundan çok kendi amaçlarına uygunluğunu aramak gerekir. Tabi ki eğer mümkün olabiliyorsa mevcut hukuk sistemine gereksiz aykırılıklar veya istisnalar getirmekten de kaçınmak gerekir. Örneğin rekabeti sınırlayıcı fakat muafiyet verilmiş bir anlaşmanın taraflara yüklediği yükümlülükler ve haklar alanına, rekabeti sınırlayıcı hükümlerin kaldırılması gerekliliği şart koşmadıkça, müdahale etmemek gerekir. Böyle bir sistemin kabulü halinde Türkiye'de rekabet etkin bir şekilde işleyecektir. Türkiye'nin dış rekabet gücünün artması da içeride etkin bir rekabet ortamının sağlanmasına bağlıdır.