

**REKABET HUKUKUNDA
GÜNCEL GELİŞMELER SEMPOZYUMU-VI**

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Rekabet Kurumu

Değerlendirme Kurulu Üyeleri

Prof. Dr. Ünal TEKİNALP-Prof. Dr. İ. Yılmaz ASLAN
Prof. Dr. Ejder YILMAZ-Prof. Dr.ERCÜMENT ERDEM-Prof. Dr. İsmail KAYAR
Prof. Dr. Osman Berat GÜRZUMAR-Doç. Dr. Nurkut İNAN
Doç. Dr. Ali Cem BUDAK-İsmail Hakkı KARAKELLE
Kerem Cem SANLI

Düzenleme Komitesi Üyeleri

Doç. Dr. Murat ŞEN-Doç. Dr. N. Ayşe ODMAN BOZTOSUN
Hakan SABUNCU-Yaşar TEKDEMİR-Araş. Gör. Özlem İLBASMIŞ

4-5 Nisan 2008
KAYSERİ

“TÜBİTAK’a Sempozyuma sağladığı maddi destek dolayısıyla teşekkür ederiz.

ISBN 978-975-8936-61-8

YAYIN NO

216

İÇİNDEKİLER

	Sayfa No
AÇILIŞ KONUŞMALARI	
Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI	3
Rekabet Kurumu Başkanı	
Prof. Dr. Şenol KARTAL	7
Erciyes Üniversitesi Rektör Yardımcısı	
I. OTURUM	
Prof. Dr. Ünal TEKİNALP (Oturum Başkanı)	
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Emekli Öğretim Üyesi	
Prof. Dr. Zehreddin ASLAN	
İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi	
İdare Hukuku Anabilim Dalı Başkanı	
DANIŞTAY'IN REKABET KURULU KARARLARINA BAKIŞI	13
Kai HOOGHOF	
Federal Alman Kartel Kurumu Uluslararası İlişkiler Bölümü	
Başkan Yardımcısı	
ULUSLARARASI REKABET AĞINDA	
GÜNCEL GELİŞMELER	31
Yrd. Doç. Dr. Gamze ÖZ	
ODTÜ İİBF Siyaset Bilimi ve	
Kamu Yönetimi Bölümü Öğretim Üyesi	
KÜRESELLEŞME SÜRECİNDE	
REKABET HUKUKU VE POLİTİKASI	41

Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Emekli Öğretim Üyesi

BİR AB REKABET MAHKEMESİ KURULMASI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER	59
SORU ve CEVAPLAR	77

II. OTURUM

Dr. Mustafa ATEŞ (Oturum Başkanı)

Rekabet Kurulu Üyesi

Yrd. Doç. Dr. Ayhan KORTUNAY

Pamukkale Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
Öğretim Üyesi

AB REKABET HUKUKUNDA TAZMİNAT DAVALARINA YÖNELİK REFORM ÇALIŞMALARI VE TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ	89
---	----

M. Haluk ARI, H. Gökşin KEKEVİ, Esin AYGÜN

Rekabet Uzmanları

REKABET KURULU'NUN KARTELLERE UYGULADIĞI PARA CEZALARININ DEĞERLENDİRİLMESİ	119
--	-----

Av. Sinan NAİPOĞLU, Deniz Ulaş GÖÇEN

İstanbul ve Yeditepe Üniversitesi Öğretim Üyesi, İstanbul Üniversitesi
Yüksek Lisans Öğrencisi

DİKEY ANLAŞMALARLA İLİŞKİN GRUP MUAFİYETİ KAPSAMININ BELİRLENMESİNDE PAZAR PAYININ ÖNEMİ	185
SORU ve CEVAPLAR	217

III. OTURUM

Doç. Dr. Murat ŞEN (Oturum Başkanı)

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekan Yardımcısı

M. Haluk ARI

Rekabet Uzmanı

REKABET KURULU'NA 5728 SAYILI KANUNLA VERİLEN, CEZALARA İLİŞKİN YÖNETMELİK ÇIKARMA YETKİSİNİN KANUNİLİK İLKESİ BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ	241
--	-----

Doç. Dr. Ender Ethem ATAY

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

NORMLAR HİYERARŞİSİ, ERKLER HİYERARŞİSİ İKİLEMİ ve
DÜZENLEYİCİ DENETLEYİCİ KURUMLAR 287

SORU ve CEVAPLAR 343

IV. OTURUM

İsmail Hakkı KARAKELLE (Oturum Başkanı)

Rekabet Kurulu üyesi

Dr. Fırat İNCEOĞLU

Sabancı Üniversitesi Sanat ve Sosyal Bilimler Fakültesi

Öğretim Üyesi

SANAYİ İKTİSADINDA YENİ AMPİRİK AÇILIMLAR 365

Ekrem KALKAN

Rekabet Uzmanı

TALEP ESNEKLİKLERİNİN REKABET İKTİSADINDAKİ ÖNEMİ ve
BAZI TAHMİN YÖNTEMLERİ 377

Prof. Dr. Erol KATIRCIOĞLU

İstanbul Bilgi Üniversitesi İ.İ.B.F. Öğretim Üyesi

EKONOMİDE İKİLİ YAPI VE

REKABETİ SINIRLAYICI ANLAŞMALAR

HAKKINDA GÖRÜŞ 415

SORU ve CEVAPLAR..... 425

**YARIŞMAYA GÖNDERİLEN ve
YAYINLANMAK İÇİN UYGUN BULUNAN
DİĞER TEBLİĞLER**

M. Bilal ÜNVER, Ayhan TÖZER

AB MICROSOFT VAKASI BAĞLAMINDA BİRLİKTE İŞLERLİK
KAYGILARININ KAPSAMI

TEK TARAFLI OLARAK LİSANS VERMEYİ REDDETME HALLERİNİN

YARGISAL ANLAMDA AT ANTLAŞMASININ

82. MADDESİ KAPSAMINDA ELE ALINMASINA YÖNELİK

BİR TARTIŞMA 447

REKABET HUKUKUNDA
GÜNCEL GELİŞMELER SEMPOZYUMU-VI

4-5 Nisan 2008
KAYSERİ

AÇILIŞ KONUŞMALARI

Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI

Rekabet Kurumu Başkanı

Sempozyumun değerli katılımcıları, hepinizi saygıyla selamlıyorum. Bu sempozyum, Türkiye’de, ülkemizde kendi alanında bir ilk özelliği taşıyor. Gerçekten, 6 yıldır Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler başlığı altında bir sempozyumu böyle zengin bir içerikle devam ettirmek o kadar kolay değil. Bu bir başarıdır. Ben emeği geçen herkesi kutluyorum.

Hemen Ayşe Hanım aklıma geliyor. Ama Profesör Doktor Ünal Tekinalp’in her defasında burada hem de ilk oturumda Başkan olmasını da doğrusu hiç unutmak istemiyorum, unutmuyorum.

Üniversitenin ilgisi açık, desteği açık. Üniversite yönetimi ve Hukuk Fakültesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi bu programı önemsiyor, ciddiye alıyor. Şunu ifade etmek isterim ki; aynı ölçüde biz de Rekabet Kurumu olarak elimizden geleni yapmak istiyoruz. Yapacağımız konusunda ben burada şahsım adına taahhüt verebilirim Kurumum adına da böyle bir taahhüdü vermeyi doğrusu istiyorum, verebilirim diye düşünüyorum. Konunun arkadaşlarım tarafından da benimsendiğini çok iyi biliyorum.

Rekabetle ilgili olarak, bir tür durumdan vazife çıkarmak gibi ya da durumdan vazife çıkarmanın ötesinde, işimizi iyi yapmak gibi bir gerekçeyle burada birlikteyiz.

Gerçekten, mesleğimizi icra ederken, kurumsal faaliyetlerimizde etkin olmak isterken, bizim açımızdan önemli olan konularda kendimize düşen görevi en iyi şekilde yerine getirmek isterken, toplumsal hayatımızla rekabeti buluşturmak isterken tabii ki önümüze bir kısım görevler, bir kısım problemler çıkıyor. Bu problemleri halletmek için bir kısım görevler üstleniyoruz, üstlenmek zorunda kalıyoruz. Bu bağlamda, rekabetle ilgili, rekabetin toplumsal hayat içinde anlaşılmasını, yaygınlaşmasını, derinleşmesini temin sadedinde, tabiri caizse sistemi geliştirmek için çaba göstermemiz gereği ortaya çıkıyor. “Sistemi geliştirmek”ten kastım şu: Mevzuat zeminini, temelini güçlendirmek, işimizi iyi yaparken takip ettiğimiz metodu belki daha etkin kılmaya çalışmak, metodu geliştirmeye çalışmak, kurumsal, toplumsal, çeşitli çevreler arasında bir tür mutabakat temin etmek, rekabet savunuculuğu alanında başarılı olmak, elimizden geleni yapmaya çalışmak vesair.

Hususen şu noktayı, -burada hukukçu ağırlıklı bir ortam var-hukukçularımızın ve tabii ki rekabet camiasının gündemine getirmek istiyorum,

arz etmek istiyorum: Rekabet politikasının ve hukukunun etkinliği bakımından bir şekilde meselenin esasıyla ve usulüyle ilgili nispi de olsa bir mutabakatın bir şekilde temin edilmesi icap ediyor. Bundan kastım, tartışmanın bütünüyle bitmesi anlamında değil. Tartışma muhtemelen hep devam edecek. Hayat değişiyor, hayat sürprizlerle karşımıza çıkıyor ve ona göre de değişiklik, değişim tartışmaları, belki dönüşüm sancıları hep yaşanacak. Mevcut hukuk zemininin güçlendirilmesi ve bu zemin üzerinde rekabetten beklenen faydanın ortaya çıkması için rekabetçi çalışmaların etkinliğinin bir şekilde sağlanması icap ediyor. Profesyonellerin, bu alanda çalışan, mesleği bu olan insanların, kurumların, Yüksek Mahkemenin, üniversite camiasının ve tabii ki, hususen de Rekabet Kurulunun belki ortak alanında bulunan bu etkinlik meselesi, sistemi geliştirmek meselesi tabii ki çok boyutlu ve çok değişik konuları gündeme getiriyor. Nitekim biz bugün burada bu konulardan bazıları üzerinde duracağız, tartışmalarımızı sürdüreceğiz. Eğer hukuki zemin üzerinde nispi de olsa bir mutabakat temin edilemezse; metodoloji konusunda, hukuki anlamda yeterli etkinlik sağlanmazsa yapılan çalışmaların belki verimsizliği gibi can sıkıcı bir tespit bir gün yapılabilir ya da vakit kaybettiğimiz gibi can sıkıcı bir hükme muhatap olabiliriz. Dolayısıyla, rekabet camiasının ortak sorumluluğunun en kısa sürede, tabiri caizse, -tırnak içinde- sistemi geliştirmek olduğunu düşünüyorum ve bu toplantının, bu platformun da bu amaca hizmet edeceğini umuyorum.

Bir kere, ister iktisadi analiz boyutunda olsun, ister mevzuatın uygulanması sırasında uyulması gereken hukuki yöntemin uygunluğunu temin babında olsun, usulün labirentinde, dehlizinde kaybolmamak gibi herhâlde bir duyarlılığımız olmalı. Amaç önemli. Sonuçta rekabet bu ülkede ne ölçüde yaygınlaşacak, ne ölçüde etkin kılınacak, hukuka uygun bir rekabet düzeni, adil bir rekabet ortamı ne ölçüde sağlanacak; asıl amaç bu olmalı. Eğer bu amaç usul hukukunun, tabiri caizse labirentinde kaybolursa biz vakit kaybederiz diye düşünüyorum. Usulü takip ederken, tabii ki ince eleyip sık dokumakta, gerekirse çok konuşmakta yarar var, gerekirse döne döne aynı meselelerin üzerinde durmakta yarar var.

Rekabet camiasının daha geniş platformlarda, başka zamanlarda, başka zeminlerde de bir araya gelmesinin, getirilmesinin gereği açık. Üniversitelerimizle bu amaca uygun olarak diyalogumuzu, işbirliğimizi artırmak, yoğun bir işbirliği sürecini başlatmak istiyoruz; Kurum olarak böyle bir kararlılık içindeyiz. Kurumsal etkinliğimizi kamu yönetimi alanında, sivil toplumla ilişki kurarak ve medya boyutunda bir bakıma ilerletmek istiyoruz. Kurumsal etkinliğin medya desteğiyle, sivil toplumdaki duyarlılıkla ya da destekle, kamu yönetimindeki benimsemeye, destekle güçleneceğinden hiç tereddüdümüz yok. Üniversitelerimizin bu çerçevede çok anlamlı, çok stratejik

bir görev üstlendiklerinin de farkındayız. Tabii, ki, sonuçta, popüler kültüre rekabeti mümkün olduğunca maalemk gibi bir amacı da ısrarla devam ettirmeliyiz ve yine bu çerçevede bir tür halkla ilişkiler fonksiyonunu kurumsal açıdan güçlendirmemiz gerekiyor.

Rekabet kültürünün kolay kolay üretilemeyeceği, belki yaygınlaşamayacağı gibi bir anlayış dile getirilebilir; ama modern toplum ve modern zamanlar rekabeti anlamak noktasında eskiye nispetle, eski zamanlara kıyasla çok daha fazla zannedirim olumlu bir ortamı ifade ediyor.

Rekabet savunuculuğu görevimizi ısrarla sürdürmek durumundayız: Özellikle politik çevreyle, politik iradenin çeşitli boyutlarıyla diyalog kurarak, kamu kurumlarına dönük çabalarımızı ısrarla sürdürerek rekabet savunuculuğu görevimizi de etkinleştirmek mevkiindeyiz.

Bu 6'ncı Sempozyumun yine çok olumlu tartışmalara, çok olumlu sonuçlara yol açacağı ümidiyle sizlere tekrar başarılar diliyorum. Bütün katılımcılara saygılarımı, sevgilerimi sunuyorum.

Prof. Dr. Şenol KARTAL

Erciyes Üniversitesi Rektör Yardımcısı

Sayın Başkan, Sayın Dekan, kıymetli öğretim üyeleri, değerli katılımcılar; hepinize, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler konusundaki sempozyuma hoşgeldiniz diyorum.

Sizlere, özellikle Kayseri dışından gelerek bu sempozyuma destek veren, tebliğiyle katılan herkese buradan bir kez daha teşekkür etmek istiyorum.

Sempozyumun düzenlenmesinde emeği geçen herkese, ayrıca Rekabet Kurumuna bir kez daha teşekkürümü belirtmek istiyorum.

Sempozyumun özellikle ülkemizde rekabet konusundaki gelişmelere ışık tutmasını ve genç arkadaşlarımıza ufuklar açmasını temenni ediyorum. Bu duygu ve düşüncelerle hepinizi saygılarımla selamlıyorum.

REKABET HUKUKUNDA
GÜNCEL GELİŞMELER SEMPOZYUMU-VI

4-5 Nisan 2008
KAYSERİ

I. OTURUM

Oturum Başkanı
Prof. Dr. Ünal TEKİNALP

Prof. Dr. Ünal TEKİNALP (*İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi*)- Türk rekabet hukukuna geniş boyutlar kazandıran önemli bir Sempozyumun altuncusunu gene seçkin hukukçular ve uzmanlarla idrak etmenin ayrıcalığını taşıyoruz. Bu ayrıcalık içerisinde özellik taşıyan bir nokta da, Rekabet Kurulu'nun bu toplantılarda başlangıçtan beri yer almasıdır.

Bilindiği gibi, Rekabet Kurulu, hukuku geliştiren, hukuk yapan ve aynı zamanda da yargılayan İdare konumundadır. Bu kavram Türk hukukuna yeni gelmiş bir kavramdır, genç bir kavramdır ve Rekabet Kurulu bu kavramın yerleşmesinde büyük katkılarda bulunmuştur ve bu idareyi çok iyi bir şekilde temsil etmiştir. Gene onlarla beraberiz ve bu da, toplantının ikinci bir ayrıcalığını oluşturmaktadır.

Bugün ilk oturumda dört tebliğ inceleyeceğiz.

İlk tebliğimiz, “Danıştay’ın Rekabet Kararlarına Bakışı” başlığını taşımaktadır. Bu tebliğin sahibi İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Başkanı Sayın Profesör Doktor Zehreddin Aslan’dır.

Zehreddin Aslan hukuk öğrenimini İstanbul Siyasal Bilgiler Fakültesiyle Marmara Hukuk Fakültesinde gerçekleştirmiş ve Doktorasını, Doçentliğini, Profesörlüğünü gene aynı fakültelerde almış idare hukukunun prenslerinden biridir. Onun bugün Danıştay’ın rekabet kararlarına bakışını değerlendirecek ve irdelenecek olması da toplantımızın üçüncü ayrıcalığını teşkil etmektedir.

Kendisi, biraz evvel söylediğim gibi, hâlen İstanbul Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Başkanıdır.

DANIŞTAY'IN REKABET KURULU KARARLARINA BAKIŞI

Prof. Dr. Zehreddin ASLAN

*İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı Başkanı*

OLAY-I

Dava, B. A.G.'nin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesine aykırı uygulamalarının bulunduğundan bahisle yapılan Şikayetin reddine ilişkin 02.09.2004 tarih ve 04-57/779-197 sayılı Rekabet Kurulu kararının iptali istemiyle aşılmıştır.

Danıştay 10.Dairesi de iptal talebine ilişkin "4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un AmaÇ başlıklı 1. maddesinde, "Bu Kanunun amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktadır." hükmü yer almaktadır. Kanun'un devam eden maddelerinde de bu amacın gerçekleştirilmesine yönelik maddi hukuk kurallarının yanı sıra, bu kuralları uygulayacak olan Rekabet Kurulu'nun izleyeceği usuller ayrıntılı olarak düzenlenmiş olup Kanun bu özelliği gereği özel bir idari usul yasası niteliği taşımaktadır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. maddesinde, idari işlemlere karşı başvuru öngörülerek idari itiraz yolu düzenlenmiş ve tüm idari işlemlere ilişkin genel bir hükme yer verilmiş ise de; 4054 sayılı Kanun'da özel bir idari usul kuralı bulunduğundan, kesin ve yürütülmesi zorunlu bir idari işlem niteliği taŐıdığında kuŐkuya yer bulunmayan Rekabet Kurulu kararlarına karşı ilgililerin başvuru yollarının; 2577 sayılı Kanun'un 11. maddesine göre değil, özel hüküm niteliğinde olan, dolayısıyla öncelikle uygulanması gereken 4054 sayılı Kanun'un 55. maddesine göre değerlendirilmesi gerekmektedir.

4054 sayılı Kanun'un 55. maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesinde, "Kurulun nihai kararlarına, tedbir kararlarına, para cezalarına ve süreli para cezalarına karşı kararın taraflara tebliğinden itibaren süresi içinde Danıştay'a başvurulabilir." hükmüne yer verilmiştir.

Belirtilen Kanun hükmü uyarınca işlemi tesis eden davalı idarenin, bu işlemine karşı dava yolundan başka kullanılabilecek bir idari itiraz yolu öngörülmemiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden; davacının B. A.G.'nin hakim durumunu kötüye kullanmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiği yolundaki 21.05.2004 tarihli başvurusunun değerlendirilerek Kurul'un 24.06.2004 tarih ve 04-43/543-M sayılı kararıyla, şikayet konusunun 4054 sayılı Kanun kapsamında olmadığından Kanun'un 42/2. maddesi uyarınca şikayetin reddine karar verildiği, davacının aynı iddiaları içeren ve konunun tekrar değerlendirilmesi talepli 30.06.2004 tarihli başvurusu üzerine 22.07.2004 tarih ve 04-48/635-M sayılı Kurul kararıyla konuya ilişkin olarak ön araştırma açılmasına karar verildiği, daha sonra davaya konu edilen 02.09.2004 tarih ve 04-57/779-197 sayılı kararlar da, 4054 sayılı Kanun kapsamında soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına, şikayetin reddine karar verildiği, alınan 02.09.2004 tarihli Kurul kararının bu davanın konusunu oluşturduğu anlaşılmaktadır.

İdari usul kanunu niteliğinde olan 4054 sayılı Kanunda, kesin ve yürütülmesi zorunlu idari işlem niteliğini taşıyan Rekabet Kurulu kararlarına karşı ilgililerin başvuru yolları düzenlendiğinden, olayda, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 11. maddesi yerine özel hüküm niteliğinde olan 4054 sayılı Kanunun 55. maddesinin uygulanması gerekir. Buna göre, Kurulun nihai kararlarına, tedbir kararlarına, para cezalarına ve süreli para cezalarına karşı, kararın taraflara tebliğinden itibaren süresi içinde Danıştay'a başvurulabilir. Davacının şikayetin reddine ilişkin Rekabet Kurulu kararının itiraz yoluyla incelenmesi olanağı bulunmamaktadır.” şeklindeki gerekçelerle; “4054 sayılı Kanun'un 42/2. maddesi uyarınca alınan 24.06.2004 tarihli Rekabet Kurulu kararının 2577 sayılı Kanun'un 11. maddesi uyarınca itiraz yoluyla incelenmesi olanağı bulunmadığından, aynı Kanun'un 55. maddesine aykırı olarak konunun yeniden incelenerek karar verilmesinde yetki yönünden hukuka uyarlık görülmemiştir.” sonucuna ulaşmıştır. (*Danıştay 10.Dairesi E.2005/4545, K.2005/4937, K.T. 10.10.2005. Aynı yöndeki kararlar için bkz. Danıştay 13.Dairesi E.2005/4545, K.2005/4937, K.T. 10.10.2005; Danıştay 10. Dairesi E.2000/1111, K.2002/4362, K.T. 14.11.2002; Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu E.2003/695, K.2005/2176 K.T. 16.6.2005*)

Ancak, benim de katıldığım karşı oy yazısında ifade edildiği gibi, bu karara katılmak mümkün değildir. Yazıda, “Anayasamızın 123.maddesinde, idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği, idarenin kuruluş ve görevlerinin merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanacağı ve kamu tüzel kişiliğinin ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulacağı; 127.maddesinin beşinci fıkrasında, merkezi idarenin mahalli idareler üzerinde, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde

birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi sağlanması amacıyla idari vesayet yetkisine sahip olduğu belirtilmiştir.

Bu hükümlerle ne yerel yönetimler ne de yerinden yönetim kuruluşlarının hiçbirini anayasal idari sistemin ve idarenin bütünlüğü ilkesinin dışında tutulmamış, adı geçen tüm yönetimler üzerinde nitelikleri yönünden farklılıklar gösterse de merkezi idareye vesayet, gözetim ve denetim yetkisi tanınmıştır. Nitekim Rekabet Kurumu da 4054 sayılı Kanunla Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ile ilişkilendirildiği gibi, 4743 sayılı Kanunun 7.maddesinde de özel kanunlarla kurulmuş kamu tüzel kişiliğini ve idari ve mali özerkliği haiz kurul, üst kurul ve bunlara bağlı kurumların yıllık hesaplarının Başbakanlık tarafından belirlenen Başbakanlık müfettişi, Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu denetçisi ve Maliye müfettişinden oluşan bir komisyon tarafından denetleneceği, bu madde kapsamındaki kurul, üst kurul ve bunlara bağlı kurumların faaliyetleri hakkındaki yıllık raporların her yılın mayıs ayı sonuna kadar Bakanlar Kuruluna sunulacağı, bu kurul ve kuruluşların faaliyetlerine ilişkin olarak yılda bir defa Türkiye Büyük Millet Meclisi Plan ve Bütçe Komisyonunu bilgilendirecekleri belirtilmek suretiyle Rekabet Kurumunun da diğer kamu kurum ve kuruluşları gibi merkezi idarenin gözetim ve denetimine tabi bulunduğu açıkça ortaya konulmuştur.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 1.maddesinde, bu Kanunun amacının, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamak olduğu, 20.maddesinde de, mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde teşekküllerinin ve gelişmesinin temini ile bu Kanunun uygulanmasını gözetmek ve Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirmek üzere kamu tüzel kişiliğini haiz idari ve mali özerkliğe sahip Rekabet Kurumunun teşkil edildiği, Kurumun ilişkili olduğu bakanlığın Sanayi ve Ticaret Bakanlığı olduğu, Kurumun görevini yaparken bağımsız olduğu ve hiçbir organ, makam, merci ve kişinin Kurumun nihai kararını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremeyeceği belirtilmiştir.

Bu hükümlere göre görevi, mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde oluşmasını ve gelişmesini sağlamak olan Rekabet Kurumu, bu görevi yerine getirebilmek için düzenleme, denetim ve icrai işlemler yapabilme yetkisiyle donatılmış, bu yetkisini kullanırken de her türlü müdahale ve baskıdan etkilenmemesi amacıyla kanun koyucu tarafından idari ve mali özerkliğe sahip kılınmıştır.

Kamu kurum ve kuruluşları, görevlerini en iyi biçimde yerine getirmek suretiyle kamu yararının en üst düzeyde gerçekleştirilmesini sağlamak amacıyla farklı statülere sahip kılınmıştır. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 20.maddesinde de bu doğrultuda bir düzenlemeye gidilmiş ve Rekabet Kurumunun kendisine verilen görevi yerine getirmek üzere idari ve mali özerkliğe kavuşturulduğu, görevini yaparken bağımsız olduğu ve yine göreviyle ilgili alacağı kararlara başka organ, makam, merci ve kişiler tarafından müdahale edilemeyeceği açıkça ifade edilmiştir. Görüldüğü gibi, Rekabet Kurumuna tanınan statünün Kanunla verilen göreve ve bu görevin ifasına yönelik alacağı kararlara ilgili ve sınırlı olduğu anlaşılmaktadır.

Bu bağlamda Rekabet Kurulunun 4054 sayılı Kanundan doğan görevini yerine getirirken kullandığı kamusal yetki sonucunda, ekonomik alanda idari işlem olarak nitelendirilebilecek işlemlerinden doğan uyuşmazlıkların, Anayasanın 125.maddesi uyarınca idari yargının görev alanında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Nitekim 4054 sayılı Kanunun 55.maddesinde de bu görüşü teyit eder şekilde Kurulun nihai kararlarına, tedbir kararlarına, para cezalarına ve süreli para cezalarına karşı kararın taraflara tebliğinden itibaren süresi içinde Danıştay'a başvurulabileceği öngörülmüştür. Anılan düzenlemenin gerekçesine bakıldığında, kurulun nihai kararlarının yargı denetimi altında olduğu, kurul kararlarına idari niteliği ağır bastığından Kanunda yargı yolu olarak Danıştay'ın öngörüldüğü belirtilmiştir.

İdari usulde, usul süreci sonunda ortaya çıkan kararın, kararın muhatabı için gerek uygulama gerek bilgilenme ve gerekse hukuk yollarına müracaat edebilme hususunda yeterince "açık", "yol gösterici" olma zorunluluğu "başvuru yollarının gösterilmesi" ilkesini ortaya çıkarmıştır. Çünkü idari işlemin sadece gerekçe ve hüküm fıkrasının bildirilmesi, bireysel hak ve menfaatler için yeteri kadar güvence taşımadığından, bu karara karşı başvurulabilecek kanun yollarının da gösterilmiş olması gerekmektedir.

Başka bir anlatımla, işlem metninde başvuru yollarının gösterilmesi, kişilerin kendilerine tanınmış bulunan kanuni hakları kolaylıkla kullanmalarını sağlayacak, işleme karşı nereye ve daha da önemlisi hangi süre içinde başvuruda bulunulabileceğinin, başvurunun zorunlu olup olmadığının bilinmesi, işlemin yöneldiği kişinin uğrayabileceği muhtemel mağduriyetleri işin başında giderecektir.

4054 sayılı Kanunun 52.maddesinde kararın içeriği hüküm altına alınmasına karşı başvuru yollarının gösterilmesi öngörülmemiş, buna karşın

55.maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere Kurul kararlarına karşı yargı yolu olarak Danıştay'a başvurulması esası getirilmiştir.

4054 sayılı Kanunda, özellikle 52.maddesinde Rekabet Kurulu kararlarına yönelik olarak idari usul açısından idareye itiraz yolunun düzenlenmemiş ya da öngörülmemiş olması, anılan kararlara karşı 2577 sayılı Kanunun 11.maddesi anlamında itiraz edilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Çünkü 4054 sayılı Kanunun gerek 52.maddesi, gerekse 55.maddesinde itiraz yolunu kaldıran bir düzenleme yer almamaktadır.

Bu durumda, Rekabet Kanunu'nun 52.maddesinde Kurul kararlarına karşı idari usul çerçevesinde bir başvuru yolunun gösterilmemesi, 55.maddesinde ise sadece yargı yolu olarak Danıştay'a başvurulabileceğinin belirtilmesi karşısında: Rekabet Kurulu kararlarına karşı, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11.maddesi kapsamında kararın kaldırılması, geri alınması ya da değiştirilmesi için başvurulabileceği, yapılan bu başvuruların Kurulca incelenebileceğinin kabulü gerekmektedir." Sonucuna ulaşılmıştır. *(yukarıda zikredilen Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu E.2003/695, K.2005/2176, K.T. 16.6.2005, Karşı Oy yazısı)*

OLAY-II

Rekabet Kurulu'nun 17.6.1999 tarih ve 99-30/276-166 sayılı kararı ile; davacının da aralarında bulunduğu teşebbüslerin 4054 sayılı Kanunun 4.maddesinin (a), (b), ve (c) bentlerini ihlal ettiklerine oybirliği ile, anılan eylemlere katılan söz konusu teşebbüslerin hüküm altına alınacak para cezalarının belirlenmesinde, 1996 yılı cirolarının esas alınmasına oybirliği ile; 4054 sayılı Kanunun 16.maddesinde para cezasının saptanmasında öngörülen yıllık gayri safi gelirin net satışlar olduğuna oybirliği ile; 4054 sayılı Kanunun 16.maddesinin 2.fikrası gereğince soruşturma kapsamındaki her bir teşebbüs için ayrı ayrı takdir edilen idari para cezası ile cezalandırılmalarına oyçokluğu ile; 4054 sayılı Kanunun 9.maddesi uyarınca, belirtilen ihlal eylemlerine son verilmesi ve ihlalden önceki rekabet ortamının sağlanması gereğinin, soruşturma kapsamındaki teşebbüslere bildirilmesine oyçokluğu ile karar verilmiştir.

Davacının, belirtilen Kurul kararının iptali istemiyle açtığı dava sonucunda; Danıştay 10.Dairesinin 15.01.2001 tarihli ve E.2000/1393, K.2001/58 sayılı kararı ile, "4054 sayılı Kanunun 52.maddesinde, kararlarda bulunması gereken hususlar arasında "varsa karşı oy yazılarının"da yer alacağı belirtiltiği, birden çok iradenin katılımı ile oluşan kararların, tarafların iddia ve savunmaları ile ileri sürülen delillerinin, Kurulu oluşturanlarca ortaya konulan görüş ve karşı görüşlerin tartışılması sonunda olduğu gözönüne alındığında, kararın değerlendirilmesinde, çoğunluk oyları

kadar, karşı görüşte olanların oylarının da bilinmesinin önemli olduğu, kararın bütünlüğü bakımından, kanun koyucu tarafından da bu hususa verilen önem dolayısıyla, konunun kanunla düzenlendiği, dosyanın incelenmesinden ve tarafların duruşmadaki beyanlarından davacıya tebliğ edilen kurul kararında karşı oy yazılarının bulunmadığı gibi, 4054 sayılı Kanununun 53.maddesi uyarınca Resmi Gazete'de yayımlanan kararda da karşı oy yazılarının yer almadığının anlaşıldığı, bu itibarla, yasayla zorunlu görülen şekil kuralına uyulmamasının esası etkileyen bir noksanlık olduğu gerekçesiyle dava konusu Kurul kararının davacıya ilişkin kısmının şekil noktasından hukuka aykırılığı nedeniyle iptaline” karar verilmiştir.

Bunun üzerine Rekabet Kurulu Başkanının imzaladığı 10.4.2002 tarih ve 000385 sayılı yazı ile, iptaline karar verilen 17.6.1999 tarih ve 99-30/276-166 sayılı Rekabet Kurulu kararının “evvelce karşı oy gerekçeleri olmaksızın tebliğ edilmiş olması nedeniyle bu kere sözkonusu eksikliğin giderilmesini teminen karşı oy gerekçeleri ile birlikte gönderildiği” belirtilerek, iptal edilen Kurul kararı karşı oy yazılarıyla birlikte 19.4.2002 tarihinde davacıya tebliğ edilmiştir.

Davacı ise, Danıştay 10.Dairesinin 15.01.2001 tarihli ve E.2000/1393, K.2001/58 sayılı kararı ile davacı yönünden iptaline karar verilen Rekabet Kurulu'nun 17.6.1999 tarih ve 99-30/276-166 sayılı kararının karşı oy yazılarıyla birlikte, Rekabet Kurulu Başkanı'nın imzaladığı 10.4.2002 tarih ve 000385 sayılı yazısıyla 19.4.2002 tarihinde tebliğ edilmesi suretiyle tesis edilen işlemin iptali istemiyle dava açmıştır.

Danıştay 10.Dairesi müracaat üzerine; “İptal kararları bir idari işlemin hukuka uygun olup olmadığını denetleyen idari yargı yerinin işlemin geçerliliğini etkileyen bir sakatlık saptaması halinde, işlemin geriye yürür biçimde tesis edildiği tarih itibariyle hukuk düzeninden kalkmasını sağlayan ve kesin hüküm olabilen yargı kararlarıdır.

İptal kararları üzerine idarenin yeni bir işlem tesisini gerektiren durumlarda kesin hükmün etkisini ortadan kaldıracak biçimde işlem yapılamaz. Bazı durumlarda, iptal edilen işlemin yenilenmesi mümkündür. İdari işlemin yetki, şekil, sebep yönünden veya yeterli araştırmanın yapılmadığı gerekçesiyle iptal edilmesinde, işlemin hukuka aykırılığının giderilerek yenilenmesi hukuka aykırı sayılmayabilir.

Ancak, bu halde de iptal edilen işlem geriye yürür biçimde ve tesis edildiği tarih itibariyle hukuk düzeninden kalkmış bulunduğundan, usulüne uygun olarak ve tesis edildiği tarihte yürürlüğe girebilecek yeni bir işlem yapılması zorunlu bulunmaktadır.

Uyuşmazlık konusu olayda Rekabet Kurulu'nun 17.6.1999 tarih ve 99-30/276-166 sayılı kararı, birden fazla kişisel iradenin bulunmasını ve konunun müzakere edilmesini gerektiren bir kollektif işlem olması dikkate alınarak, sonradan tebliğ edilse bile esas kurul kararının tebliği tarihinde karşı oy yazılarının tebliğ edilmemesinin esası etkileyen bir sakatlık olduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir.

Buna karşın iptal edilen Kurul Kararı karşı oy yazıları da eklenerek Rekabet Kurulu Başkanınca imzalanan bir üst yazıyla yeniden tebliğ edilmiştir.

Bu durum karşısında, Kurulca, verildiği tarih itibariyle yürürlüğe girecek, yeni bir karar verilmek suretiyle işlem tesis edilmesi gerekirken, karşı oy yazılarının sonradan tebliğ edildiği bilindiği halde işlemin "kollektif işlem" olması gözönüne alınarak verilen iptal kararı gerekçesi ve iptal edilen kararın ortadan kalktığı dikkate alınmadan, iptal edilen kararın karşı oy gerekçelerinin eklenerek Kurul Başkanınca imzalanan bir üst yazıyla yeniden tebliğ edilmesi suretiyle tesis edilen işlemde hukuka uyarlık görülmemiştir." şeklinde karar vermiştir. (*Danıştay 10.Dairesi E.2002/3686, K.2003/5292, K. T. 23.12.2003*)

Danıştay, dava konusu ilk idari işlemi, esası etkileyen bir şekil sakatlığı nedeniyle iptal ettiğinden idarenin bu sakatlığı sonradan giderip yeniden aynı yönde bir işlem tesis etmesi her zaman mümkündür. Ancak, ikinci kararda da söz edildiği gibi dava konusu işlemin tekrar edilmesi yerine yargı yerince tespit edilen şekil yönünden hukuka aykırılıkların ortadan kaldırılarak yeniden tesis edilmesi idare hukuku ilkelerine göre daha doğru olan bir yöntemdir.

OLAY-III

Dava, Türkiye çıkışlı/varışlı uluslararası Ro Ro taşımacılığı pazarında faaliyette bulunan teşebbüslerin anlaşma suretiyle 4054 sayılı Kanunun 4.maddesini ihlal ettikleri ileri sürülerek yapılan şikayet başvurusunun önaraştırma sonucu reddine ilişkin Rekabet Kurulunun 27.06.2002 tarihli, 02-41/468-196 sayılı kararına karşı "İlk Toplantıda Karar İçin Gerekli Olan Oyun Sağlanamaması Halinde Başkanın İkinci Toplantıya Tüm Üyelerin İştirakini Sağlamak Zorunda Olduğu Bunun Mümkün Olmaması Halinde Ancak Mevcutla Karar Alınabileceği" gerekçesiyle açılmıştır.

Danıştay 13.Dairesi bu davayla ilgili "4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un dava konusu işlemin tesis edildiği tarihte yürürlükte olan "Toplantı ve Karar Yeter Sayısı" başlıklı 51. maddesinde "Kurul, nihai kararlarında Başkan ya da ikinci Başkan dahil en az toplam 8 üyenin katılımı ile toplanır ve en az 6 üyenin aynı yönde oy kullanması ile karar verir.

İlk toplantıda karar için gerekli nisabın sağlanamadığı durumlarda, Başkan ikinci toplantıya tüm üyelerin iştirakini sağlar. Ancak bunun mümkün olmaması halinde karar, toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile alınır. Bu durumda da toplantı nisabı birinci fıkrada belirtilenden az olamaz. İkinci toplantıda oylarda eşitlik olması halinde Başkanın bulunduğu tarafın oyu üstün sayılır.

Nihai karar haricindeki diğer kararlar ve özellikle tedbir ve tavsiye niteliğindeki kararlar ve işlemler için Kurul üyelerinden enaz üçte birinin toplanması ve toplantıya katılanların salt çoğunluğunun kararı gerekir” hükmüne yer verilmiştir.

Rekabet Kurumunun Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 17. maddesinde ise; Toplantıya çağırının, toplantının yer ve saatinin bir önceki toplantıda kararlaştırılmamış ise Başkanlık tarafından yazılı olarak yapılacağı; 18. maddesinde, Toplantıyı Kurul Başkanı veya yokluğunda İkinci Başkanın yöneteceği, toplantı gündeminin toplantıdan önce belirlenerek Kurul üyelerine bildirileceği; Toplantıya Katılmama Hallerini düzenleyen 19. maddesinde ise, Kurul Başkan ve üyelerinin bütün toplantılarda bulunmalarının asıl olduğu, Kurul üyelerinden mazeretli olanların, mazeretlerini yazılı olarak Başkanlığa bildirmelerinin gerektiği, Kurul Başkan ve üyelerinin yurtiçi ve yurtdışı görevlendirilmeleri ile izinlerini kullanma tarihlerinin, toplantı ve karar sayısı bakımından sakınca yaratmamak koşuluyla Başkan tarafından düzenleneceği, yurtdışı görevlendirmelerin Kurul kararı alındıktan sonra uygulanacağı; Öneri başlıklı 55. maddesinde; Kurulun soruşturma veya öneri yapmasına gerek olmadığına karar verilmesi halinde bu kararın nihai karar olduğu; Kanun'un 51. maddesindeki nihai karar nisabının (Başkan yada İkinci Başkan dahil en az 8 üyenin katılımı ve en az 6 üyenin aynı yönde oy kullanması) aranacağı, 56. maddesinde de; soruşturmanın açılmaması kararının nihai karar olduğu, Kanun'un 51. maddesindeki nihai karar nisaplarının aranacağı hükmüne bağlanmıştır.

Yukarıda yer alan yasa ve yönetmelik hükümlerinin birlikte incelenmesinden, toplantı gündemlerinin kurul üyelerine yazılı olarak bildirilmesi gerektiği, kurul üyelerinin tamamının toplantılara katılmalarının asıl olduğu, ancak yasal mazeretlilerin toplantılara katılmayabilecekleri, görevlendirilmelerinin ise toplantı ve karar sayısı bakımından sakınca yaratmayacak şekilde yapılabileceği, ilk toplantıda karar için gerekli olan oyun sağlanamaması halinde başkanın ikinci toplantıya tüm üyelerin iştirakini sağlamak zorunda olduğu, bunun mümkün olmaması halinde ancak mevcutla karar alınabileceği ve katılmayanların yasal mazeretlerinin kararda yer alması gerektiği görülmektedir.

Dosyanın incelenmesinden, dava konusu kararın, dokuz üyeye yapılan ilk toplantıda en az altı üyenin aynı yönde oy kullanmaması nedeniyle anılan maddenin ikinci fıkrası uyarınca tüm üyelerinin iştirakiyle yani onbir üyeye toplanması gereken Kurulun iki üye eksiğiyle toplanarak yine dokuz üyenin katılımıyla alındığı anlaşılmıştır.” gerekçesiyle “nihai karar olan ön araştırma sonucu soruşturma açılmamasına ilişkin dava konusu kararın, usulüne uygun olarak teşekkül etmeyen ve toplantı yeter sayısı bulunmayan Kurul tarafından alındığı ve toplantıya katılmayanların yasal mazeretlerinin kararda yer almadığı anlaşıldığından, yasayla zorunlu görülen şekil kuralına uyulmadan tesis edildiği açık olan dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır” biçiminde karar vermiştir. (Danıştay 13.Dairesi E.2005/1759, K.2006/4714, K.T. 12.12.2006)

Bu karar da idari işlemlerin bir türü olarak karşımıza çıkan kollektif işlemler teorisi açısından yerinde bir karardır. Çünkü bilindiği gibi kollektif işlemlerin hukuka uygun olabilmesi için kararın, aynı zamanda, aynı yerde ve yasal düzenlemelerde yer alan toplantı nisabı çerçevesinde belli sayıda üyenin bazen oybirliği, bazen oy çokluğu biçiminde aynı yöndeki iradelerinin bileşimi ile ortaya çıkması gerekir. Söz konusu temel kurallara uyulmadan tesis edilen kollektif işlemler hukuka aykırı olurlar.

OLAY-IV

Dava, davacı şirketçe; kendisinin de içinde yer aldığı şirketlerin ve gerçek kişilerin aralarında imzaladıkları 15.4.1994 tarihli "Ortak Girişim Anlaşması"nın, pazar alanı içinde taraflar arasında rekabet yasağı hükmü getiren 5/1. maddesi ile ilgili olarak, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna aykırı olmadığını gösterir şekilde, 4054 sayılı Kanunun 8. maddesi ve 1997/2 sayılı Tebliğ uyarınca Menfi Tesbit Belgesi verilmesi için 4.5.1998 tarihinde yaptığı başvuruya cevap olarak verilen 30.4.1999 günlü, 940 sayılı işlemin içeriğinde bildirilen ve istemin reddine ilişkin bulunan Rekabet Kurulunun 28.4.1999 günlü, 99/21 sayılı toplantısında aldığı kararın iptali istemiyle açılmıştır.

Danıştay 10.Dairesi talep üzerine yaptığı yargılamada 2.4.2002 tarihli, E.1999/3957, K.2002/894 sayılı kararıyla; “13.2.1994 günlü, 22146 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 5. maddesinde "Muafiyet", 8. maddesinde "Menfi tespit belgesi" verilmesi kararlarını verme yetkisinin Rekabet Kuruluna ait olduğunun, 28. maddesinde Kurul başkanının yokluğunda Kurulun ikinci başkanca yönetileceğinin belirtildiği, Kurul başkanının görev ve yetkilerini düzenleyen 30. maddesinde Kurulca menfi tespit belgesi verilmesi işleminin reddi veya muafiyet belgesinin verilmesine ilişkin kararın verildiği toplantıdan sonra kararın yazılmasından

önce bu durumun ilgililere tebliğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği, Kanununun 52. maddesinde; Kurul kararlarında bulunması gereken hususların tek tek belirtildiği ve 54. maddesinde Rekabet Kurulu kararlarında sürelerin gerekçeli kararın taraflara tebliğ tarihinden itibaren başlayacağını, Kurul kararlarına karşı yargı yolunu düzenleyen 55. maddesinde ise kurulun nihai kararlarına karşı süresi içerisinde Danıştay'a başvurulabileceği, bu süre içerisinde yargı yoluna başvurulmaz ise kararın kesinleşeceğini hükme bağlandığı, Danıştay ve idare mahkemelerinin görevine giren uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacak usulleri gösteren 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun dava dilekçesi üzerinde yapılacak ilk incelemeye ilişkin düzenleme yapan 14-d maddesinde, dava dilekçesinin idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı yönünden inceleneceğinin öngörüldüğü, bir idari işlemin idari davaya konu olması için kesin ve yürütülebilir nitelikleri birlikte taşınması gerektiği, işlemin kesin olmak "özellikli" ile "yürütülebilirlik" özelliklerinin birbirinden ayrı nitelikte olduğu, bir işlemin kesin olması, yürütülebilir niteliğinin de bulunması anlamına gelmediği gibi kesinleşmiş bulunduğu halde henüz uygulama gücü olmayan işlemler de bulunduğu, işlemin yürütülebilir hale gelmesi, iptal davasına konu olması için zorunlu şartlardan olup, idari işlemin formaliteleri tamamlanmış, mevzuatta öngörülen unsurları taşıyan, bir başka anlatımla uygulamaya konulmaya hazır bulunması halinde uygulanabilir nitelik taşıyacağı, incelenen olayda, davacı şirketin ortak girişim anlaşması için menfi tespit belgesi verilmesi isteminin reddi ile beş yıl süreyle bireysel muafiyet tanınması yolunda Rekabet Kurulunun toplanarak karar vermesinden sonra herhangi bir bildirim yapılmasına gerek olmadığı halde, durumun davacı şirkete yazı ile bildirilmesinden sonra yazı içeriğinde bahsi geçen söz konusu toplantıda varılan kararın iptaline ilişkin olarak dava açıldığı, yukarıda söz edilen Yasa hükümlerinden de açıkça anlaşıldığı gibi, Rekabet Kurulu Kararının, Yasada öngörülen unsurları taşıyan karar metninin yazımından sonra karara katılan üyelerce imzalanarak oluştuğu, davacının başvurusuna karşılık bu çerçevede oluşturulan kararın ise davacıya 21.1.2000 (kararda sehven 1.4.2002 tarihi denilmiştir.) tarihinde tebliğ edildiği dikkate alındığında, Kurul toplantısında verilen kararın sonucunun davacıya tebliğ edildiği 3.5.1999 tarihinde davaya konu olabilecek kesin olmakla birlikte yürütülebilir nitelikte bir Kurul kararı olmadığının anlaşıldığı, öte yandan; davacının yargı yoluna başvurmadan önce yargı yoluna başvurusunun gerekli olup olmayacağını değerlendirilmesi, haklarını tam olarak kullanabilmesi, yargı yerinin de Rekabet Kurulu Kararının usul ve hukuka uygunluğunu denetleyebilmesi için, yukarıda belirtilen unsurları taşıyan bir kararın bulunmasının gerektiği, bu durumda, 2577 sayılı Kanununun 15/1-b maddesi uyarınca kesin ve yürütülmesi gerekli olmayan bir işlemin iptali istemiyle açılan

davanın esasının incelenmesine olanak bulunmadığı” gerekçesiyle, 2577 sayılı Kanununun 15-1/b maddesi uyarınca davayı reddetmiştir.

İdari Dava Daireleri Kurulu da temyiz başvurusunda “söz konusu uyuşmazlıkta tartışılması gereken sorun, varlığında ve kesinliğinde tartışma bulunmayan ve ancak dava açıldığı tarihte özel kanunda belirtilen unsurları taşıyan yazılı bir kararın ilgiliye tebliğ edilmemiş olmasının usul ve esas yönünden davaya etkisidir.

Bilindiği gibi iptal davaları; menfaatleri ihlal edilenler tarafından idari işlemin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönünden hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek açılan davalar olup, ilgilinin menfaatini ihlal ettiğini iddia ettiği işlemin yazılı bildirim üzerine, dava açma süresinin başlayacağı, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 7.maddesinde de açıkça bildirilmiştir.

Bu durumda, idareye yapılan başvuru üzerine tesis edilen işlemin tarih ve sayısı da gösterilerek, dava açma süresini başlatacak yeni bir işlem tesis edileceği ya da başka bir bildirimde de bulunulacağı belirtilmeden yapılan yazılı bildirim üzerine ilgililerin belli bir süre içinde idari dava açması gerektiğine ilişkin yasal düzenlemeler karşısında, dava açması, bildirim yasal ve zorunlu bir sonucudur.

Söz konusu bildirim idareyi temsil yetkisi olmakla birlikte kendisine Yasa ile açıkça Kurul kararları sonucunun bildirimine ilişkin görev verilmemiş kamu görevlisince yapılması, davacının aleyhine sonuç doğuracak şekilde yorumlanacak bir durum değildir.” Sonucuna varmıştır. (*Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu E.2002/1227, K.2003/330, K.T. 22.5.2003*)

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu kararında da doğru bir şekilde ifade edildiği gibi dava konusu idari işlem kesin ve yürütülebilir nitelikte bir işlemdir. Çünkü idarenin gerekçeli kararı yazmadan yazılı bildirimde bulunması idarenin iç işleyişi ile ilgili olup, kendi sorumluluğu altında bir husustur. Kararların bildirilmesi hak sahibi lehine bir güvence olmakla beraber hak sahibi açısından bir yükümlülük getirmemektedir. İdare Hukuku doktrininde de kabul edildiği üzere yazılı bildirim yapılmadan dahi, idari işlemin içeriğini öğrenen kişinin yazılı bildirim beklemeden dava açmasına hukuki bir engel bulunmadığı kabul edilmelidir.

OLAY-V

Danıştay 13.Dairesi önüne gelen bir uyuşmazlıkta soruşturmayı yürüten ve geçici tedbiri öneren kurul üyesinin de katıldığı toplantıda, geçici tedbir talebinin değerlendirilerek; tedbir kararı alınmasına ilişkin işlemde tarafsızlık

ilkesinin ihlal edilmediğine karar vererek davacının yürütmenin durdurulması talebini reddetmiştir.

Red kararına göre: “4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 27/a maddesinde, bu Kanunda yasaklanan faaliyetler ve hukuki işlemler hakkında, başvuru üzerine veya resen inceleme, araştırma ve soruşturma yapmak, bu Kanunda düzenlenen hükümlerin ihlal edildiğinin tespit edilmesi üzerine, bu ihlallere son verilmesi için gerekli tedbirleri alıp bundan sorumlu olanlara idari para cezası uygulamak Kurulun görevleri arasında sayılmıştır. Kanunun Kurulun inceleme ve araştırmalarında uygulanacak usulü düzenleyen “Dördüncü Kısım”nda yer alan 40.maddesinde, Kurulun, resen veya kendisine intikal eden başvurular üzerine doğrudan soruşturma açılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için önaraştırma yapılmasına karar vereceği, 43.maddesinde de soruşturma yapılmasına karar verildiği takdirde, Kurulun, görevli raportör veya raportörler ile birlikte soruşturmayı yürütecek Kurul üyesi veya üyelerini de belirleyeceği kurala bağlanmıştır. Kanunun 51.maddesinin ilk fıkrasında ise, Kurulun, nihai kararlarında Başkan ya da ikinci Başkan dahil en az 8 üyenin katılımı ile toplanacağı ve en az 6 üyenin aynı yönde oy kullanması ile karar vereceği; ikinci fıkrasında, ilk toplantıda karar için gerekli nisabın sağlanamadığı durumlarda Başkanın ikinci toplantıya tüm üyelerin katılımını sağlayacağı, ancak bunun mümkün olmaması halinde kararın, toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile alınacağı, bu durumda da toplantı nisabının birinci fıkrada belirtilenden az olamayacağı, ikinci toplantıda oylarda eşitlik olması halinde Başkanın bulunduğu tarafın oyunun üstün sayılacağı hususları düzenlemektedir. Bu maddeye ilişkin gerekçede de: “Rekabet Kurulu nihai kararları hukuki ve iktisadi sonuçlar doğurabilecek niteliktedir. Kararların tarafları iktisadi hayatımızda önemli roller üstlenen teşebbüs veya teşebbüs birlikleri olacaktır. Bu itibarla, mümkün olduğu kadar fazla üyenin Kurulun nihai kararlarının alınmasında hazır bulunmasını sağlamak amacıyla toplantı ve kararlarda ağırlaştırılmış nisaplar aranmıştır. Ancak, karar için gerekli çoğunluğun sağlanamaması nedeniyle Kurulun karar alamaz duruma düşmesini önlemek amacıyla, ikinci fıkrada ağırlaştırılmış toplantı ve karar nisapları yumuşatılmıştır.” denilmiştir.

Kanun’un Kurul’un çalışma esaslarını düzenleyen 28.maddesinin son fıkrasında, Kurul üyelerinin kendileri ve üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar sihri hısımlarıyla ilgili olaylarda müzakere ve oylamaya katılamayacakları belirtilerek, Kurula katılmaya engel durumlar tek tek sayılmıştır. Bu maddenin gerekçesinde de: “Maddenin son fıkrası ile Kurul üyelerinin kendileri ve yakınları ile ilgili olaylarda müzakere ve oylamalarda iştirak edemeyeceği belirtilmiştir. Toplantı ve karar nisaplarının ağırlaştırılmış

olması üyelerin hepsinin toplantılara iştirakinin önemini arttırmaktadır.” denilmektedir. Yine 4054 sayılı Kanun uyarınca çıkarılan Rekabet Kurumu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 19.maddesinde de, Kurul başkan ve üyelerinin bütün toplantılarda bulunmalarının asıl olduğu kuralı yer almıştır.

Yukarıda belirtilen Kanun hükümleri ve gerekçeleri birlikte değerlendirildiğinde yasa koyucunun, rekabet soruşturmasının teknik ve uzmanlık gerektiren niteliğini de dikkate alarak Kurul üyelerinden bir veya bir kaçının rekabet soruşturmasında Kurulca görevlendirilmesinde ve bu kişilerin daha sonra Kurulun toplantılarına ve nihai kararlarına katılmalarında herhangi bir sakınca görmediği ve özellikle katılmalarını öngördüğü anlaşılmaktadır. Bu nedenle, Rekabet Kurulu üyelerinden soruşturma yapanların “ağırlaştırılmış nisap” aranan Kurul kararlarına 28.maddenin son fıkrasında sayılan durumlar dışında katılmalarının yasal bir zorunluluk olduğu açıktır.” (*Danıştay 13.Dairesi E.2005/5163, K.T. 23.02.2005*)

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu ise, 13. Dairenin yukarıda zikredilen kararıyla benzer içerikteki bir diğer yürütmeyi durdurma talebinin reddi kararı üstüne yaptığı itiraz incelemesinde “4054 sayılı Kanununun 20. maddesinde, mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde teşekkülünün ve gelişmesinin temini ile bu Kanunun uygulanmasını gözetmek ve Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirmek üzere kamu tüzel kişiliğini haiz idari ve mali özerkliğe sahip Rekabet Kurumunun teşkil edildiği, Kurumun görevini yaparken bağımsız olduğu ve hiçbir organ, makam, merci ve kişinin Kurumun nihai kararını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremeyeceği hükmüne yer verilmiştir.

Kanunun yukarıda içeriği yazılı hükümleri ve dava konusu Rekabet Kurulu Kararı birlikte değerlendirildiğinde; Rekabet Kurulu'nun ilgili mal ve hizmet piyasasında 4054 sayılı Kanun'da öngörülen kurallara göre hem rekabetin ihlal edilip edilmediğini belirleyen hem de bu belirlemeye göre kişiler üzerinde önemli sonuçlara yol açan idari yaptırımlar uygulayan bir kurul olduğu görülmektedir. Belirtilen nitelikteki bu kurulun, yerine getirdiği görevle ve kullandığı yetkilerle orantılı olarak bağımsızlık ve tarafsızlık ilkelerine göre faaliyette bulunması Kanun'un ve hukukun genel ilkeleridir.

Kanun'un 40.maddesinde, Kurulun resen veya başvuru üzerine doğrudan soruşturma açılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için önaraştırma yapılmasına karar verebileceği, 43.maddesinde Rekabet Kurulu'nun soruşturma yapılmasına karar verdikten sonra, görevli raportör veya raportörlerle birlikte soruşturmayı yürütecek Kurul üyesi veya üyelerini de belirleyeceği; 44.maddesinde, Kurul adına hareket eden

ve Kurul tarafından belirlenip görevlendirilen Kurul üyesi ve raportörlerden oluşan bir heyetin, soruşturma safhasında bu Kanunun 14.maddesinde düzenlenen bilgi isteme ve 15.maddesinde düzenlenen yerinde inceleme yetkilerini kullanabileceği ve 45.maddesinde ise, soruşturma safhası sonunda hazırlanan raporun tüm kurul üyeleri ile ilgili taraflara tebliğ edileceği, Kanunu ihlal ettiği belirlenenlere yazılı savunmalarını 30 gün içinde Kurula göndermelerinin bildirileceği, tarafların gönderecekleri savunmalarına karşı soruşturmayı yürütmekle görevlendirilenlerin 15 gün içinde ek yazılı görüş hazırlayacakları ve bu görüşün de tüm Kurul üyelerine ve ilgili taraflara bildirileceği öngörülmüştür.

Dava dosyasının ve eki işlem dosyasının incelenmesinden; Kurul üyelerinden birinin başkanlığında yapılan soruşturma sonucunda hazırlanan raporda, aralarında davacı şirketin de bulunduğu bazı şirketlerin gerçekleştirdikleri eylemlere yer verilip, elde edilen bilgi ve belgeler değerlendirilerek 4054 sayılı Kanunun 4.maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılmış ve bu nedenle şirketlere verilecek para cezaları belirtilmiş olup, soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin bu raporu Kurul Üyesi Soruşturma Heyeti Başkanı sıfatıyla imzaladığı, öte yandan bu raporla ilgili olarak yapılan yazılı savunmaya karşı soruşturma heyetince hazırlanan ek yazılı görüşte de soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin imzasının bulunduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda, soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin, soruşturma raporunun ve bu rapora karşı verilen savunmayla ilgili olarak hazırlanan ek yazılı görüşün oluşturulması aşamasında bulunmak, raporu ve ek görüşü imzalamak suretiyle görüşünü önceden oluşturduğu ve açıkladığı dikkate alındığında, aynı üyenin soruşturma raporunun ve savunmanın objektif bir şekilde tartışılıp değerlendirilmesinin gerekli olduğu nihai kararın verileceği toplantıya katılıp oy kullanmasının tarafsızlık ilkesine aykırı olduğu sonucuna varılmaktadır.

Diğer yandan; Kanunun toplantı ve karar yetersayısını belirleyen 51.maddesinin birinci fıkrasında, Kurulun nihai kararlarında Başkan ya da ikinci Başkan dahil en az 8 üyenin katılımı ile toplanacağı ve en az 6 üyenin aynı yönde oy kullanması ile karar vereceği; ikinci fıkrasında ise, ilk toplantıda karar için gerekli nisabın sağlanamadığı durumlarda, Başkanın ikinci toplantıya tüm üyelerin katılımını sağlayacağı, bunun mümkün olmaması halinde toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar alınacağı, bu durumda da toplantı nisabının birinci fıkrada belirtilenden az olamayacağı, başka bir deyişle en az 8 üyenin katılımı ile Kurulun toplanacağı belirtilmektedir.

Dolayısıyla, anılan Kanun maddesinde soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin nihai karar toplantısına katılıp oy kullanması zorunlu görülmediği gibi,

soruşturmayı yürüten üyenin nihai karar toplantısına katılmaması halinde, Kanunda öngörülen toplanma ve karar yetersayısının oluşmaması durumu da söz konusu değildir.” gerekçesiyle soruşturmayı yürüten ve geçici tedbiri öneren Kurul üyesinin de katıldığı toplantıda, geçici tedbir talebinin değerlendirilerek; geciktirilmesi neticesinde piyasalarda telafisi güç zararların oluşabileceği kanaatine varılarak tedbir kararı alınmasına ilişkin işlemde tarafsızlık ilkesinin ihlal edildiği açık olduğundan dava konusu Rekabet Kurulu kararının yürütülmesini durdurmuştur. (*Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, Y.D. İtiraz 2005/278, K. T. 26.05.2005*)

Bu karardan sonra Danıştay 13.Dairesi, esasa ilişkin verdiği kararlarda, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu kararındaki gerekçeleri gözönünde bulundurarak soruşturmayı yürüten kurul üyesinin nihai karar toplantısına katılıp oy kullanmasını hukuka uygun bulmamıştır. (*Bu yöndeki kararlar için bkz. Danıştay 13.Dairesi E.2005/1758, K.2005/3443, K.T. 12.07.2005; Danıştay 13.Dairesi E.2005/5818, K.2005/3612, K.T. 14.09.2005; Danıştay 13.Dairesi E.2005/5170, K.2005/4731, K.T. 27.09.2005*)

Kanaatimizce, karşı oy yazısında da belirtildiği gibi “soruşturma kurulu tarafından hazırlanan raporun ve ek yazılı görüşün nihai karar toplantısından önce taraflara bildirildiği ve haklarında soruşturma yapılan tarafların Kanunda ayrıntılı olarak düzenlenen yazılı ve sözlü savunma haklarını geniş bir şekilde kullanabildikleri (Md. 43/2, 45/2), Kurulun tarafları bilgilendirmediği ve savunma hakkı vermediği konuları kararlarına dayanak yapamayacağı (Md. 44/3) ve tarafların sözlü savunma isteminde bulunmaları durumunda, Kurulun takdir yetkisinin bulunmadığı (Md. 46/1) gözönüne alındığında, soruşturma kurulunun başkanlığını yapan ve böylece soruşturmanın disiplin içinde ve zamanında bitirilmesinde hiyerarşik bir üst olarak eşgüdüm ve gözetim işlevini yürüten Kurul üyesinin nihai karar toplantısına katılıp oy kullanması tarafsızlık ilkesini zedelemeyeceğinden” Yüksek Mahkemenin yukarıda zikredilen kararlarına katılmamaktayız. (*Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 26.05.2005 tarihli Y.D. İtiraz 2005/278 numaralı kararındaki Karşı Oy yazısı*)

OLAY-VI

Dava, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin ihlâl edildiğinden bahisle, Rekabet Kurulu'nun 24.11.2005 tarih ve 05-79/1085-311 sayılı kararının davacıya yönelik kısımlarının iptali istemiyle açılmıştır.

Danıştay 13.Dairesi, davaya ilişkin kararında; “4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 22. maddesinde, Rekabet Kurulu'nun biri Başkan, biri ikinci Başkan olmak üzere toplam 11 üyeden teşekkül edeceği, 47.

maddesinde, sözlü savunma toplantısının, Kurul Başkanı veya ikinci Başkan ile en az 7 Kurul üyesinin katılımı ile yapılacağı, 51. maddesinde de, Kurul'un, nihaî kararlarında Başkan ya da ikinci Başkan dahil en az 8 üyenin katılımı ile toplanacağı ve en az 6 üyenin aynı yönde oy kullanması ile karar vereceği, ilk toplantıda karar için gerekli nisabın sağlanamadığı durumlarda, Başkan'ın ikinci toplantıya tüm üyelerin iştirakini sağlayacağı, ancak bunun mümkün olmaması halinde kararın toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile alınacağı, bu durumda da toplantı nisabının birinci fıkrada belirtilenden az olmayacağı, ikinci toplantıda oylarda eşitlik olması halinde Başkan'ın bulunduğu tarafın oyunun üstün sayılacağı, nihaî karar haricindeki diğer kararların ve özellikle tedbir ve tavsiye niteliğindeki kararlar ve işlemler için Kurul üyelerinden en az üçte birinin toplanmasının ve toplantıya katılanların salt çoğunluğunun kararının gerekeceği hükmü yer almıştır.

4054 sayılı Kanun'da değişiklik yapan ve 13.07.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5388 sayılı Kanun'un 3. maddesinde, Rekabet Kurulu'nun biri Başkan biri ikinci Başkan olmak üzere toplam yedi üyeden teşekkül edeceği hükmüne yer verilmiş, 5. maddesinde, 4054 sayılı Kanun'un 47. maddesinin ikinci fıkrasında geçen "7" ibaresi "dört" olarak, 51. maddesinin birinci fıkrasındaki "8" ibaresi "beş" olarak ve "6" ibaresi "dört" olarak değiştirilmiş, 4054 sayılı Kanun'a eklenen Geçici 4. madde ile de, Kurul üye sayısı yediye ininceye kadar boşalan üyelikler için seçim ve atama yapılmayacağı hükmüne bağlanmıştır.

Bu kuralların birlikte değerlendirilmesi sonucunda; kanun koyucunun, Kurul'un üye sayısını yediye indirdiği, toplantı ve karar yeter sayılarını yeniden belirlediği ve üye sayısının halen yediden fazla olduğunu gözönüne alarak Geçici 4. madde ile de, Kurul'un üye sayısı yediye ininceye kadar boşalan üyelikler için seçim ve atama yapılmamasını düzenlediği, madde hükmü ile Kurul'un bu dönemde toplantı ve karar sayısına yönelik herhangi bir düzenleme getirilmediği görülmektedir.

Olayda, dava konusu Rekabet Kurulu kararının sekiz üyenin katılımı ile alındığı görülmektedir.

Kollektif işlem niteliğinde olan Rekabet Kurulu kararlarının; 4054 sayılı Kanun uyarınca, Kurul'un inceleme ve araştırmalarında uyulması zorunlu usulleri ayrıntılı olarak saptayan usule uygun olarak, elde edilen bilgi ve belgelerin yapılan toplantı ve müzakerelerde değerlendirilmesi üzerine, tarafların iddia ve savunmaları ile ileri sürülen delillerinin, Kurul'u oluşturanlarca ortaya konulan görüş ve karşı görüşlerin tartışılması sonunda, birden çok iradenin katılımı ile olduğu gözönüne alındığında, Kurul'un üye sayısının belirsiz olmayıp, en çok ve en az kaç üyeye toplanacağını ve karar

alacağının yasayla getirilen düzenlemeye uygun olması, işlemin şekil unsuru yönünden esaslı bir koşuldur.” gerekçesiyle “5388 sayılı Kanun'un 7.maddesinde bu Kanun'un yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği hükme bağlandığından, Kanun'un yürürlüğe girdiği 13.07.2005 tarihinden itibaren yedi üyeden teşekkül eden Kurul'un, bu sayının üzerinde toplantı ve karar yeter sayısı oluşturarak karar almasında” hukuka uyarlık bulmamıştır. (*Danıştay 13.Dairesi E.2006/883, K.2006/4435, K.T. 22.11.2006*)

Danıştay; burada da kanunda açıkça belirtilen şekil unsuruna ilişkin kurallara uymamayı haklı olarak esası etkileyen bir şekil sakatlığı olarak görmüştür.

Prof. Dr. Ünal TEKİNALP (*İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi*)- Sayın Profesör Aslan'a ilgi çekici tebliği dolayısıyla teşekkür ediyoruz.

İkinci konuşmacımız Bay Kai Hooghof'tur. Kendisi hâlen bizim Rekabet Kurulumuzun karşıtını teşkil eden Federal Alman Kartel Kurumunda çalışmaktadır. Bu Kurumun Uluslararası İlişkiler Bölümünde Başkan Yardımcısı olarak görev yapmaktadır. Daha da önemlisi, kendisi, Uluslararası Rekabet Ağı ile ilgili çalışmalarda Eşbaşkan olarak görev almış bulunmaktadır. Bizim için şu bakımdan önemli: Bugünkü tebliğinin konusu da “Uluslararası Rekabet Ağında Güncel Gelişmeler”dir. Kendisi Bonn, Lizbon ve Nottingham üniversitelerinde hukuk tahsil etmiştir.

ULUSLARARASI REKABET AĞINDA GÜNCEL GELİŞMELER

Kai HOOGHOF

*Federal Alman Kartel Kurumu Uluslararası İlişkiler Bölümü
Başkan Yardımcısı*

Öncelikle hepinizi selamlıyorum ve bugün burada bana Uluslararası Rekabet Ağı (ICN) ile ilgili bir konuşma yapma fırsatı sunulduğu için teşekkür ediyorum. Özellikle Türk Rekabet Kurumu'ndan meslektaşlarıma, beni bu konferansa davet eden Yaşar Tekdemir'e ve bana burada bu konuşmayı yapma fırsatı sunan organizasyon sorumlularına teşekkürlerimi sunuyorum.

Bugün Uluslararası Rekabet Ağı ile ilgili son gelişmelerden bahsedeceğim. Ama bu konuya geçmeden önce, aramızda Uluslararası Rekabet Ağı'nın çalışmalarından haberdar olanlar olabileceği gibi bu konuda bilgi sahibi olmayanların da olabileceğini düşünerek, Uluslararası Rekabet Ağı ve çalışmalarına kısaca değineceğim. Bu yüzden, Uluslararası Rekabet Ağı'nın teşkilat yapısından da bahsedeceğim.

Öncelikle sizlere sunumumun içeriği hakkında genel bir bilgi vermek istiyorum. İlk olarak, Uluslararası Rekabet Ağı'nın teşkilat yapısından bahsedeceğim. Daha sonra, çalışma grupları ve bu grupların faaliyetlerine değineceğim. Son olarak da, son altı ay süresince çalışmalarımın büyük bir bölümünü gerçekleştirdiğim Tek Taraflı Davranışlar Çalışma Grubu hakkında bilgi vererek bu grubun çalışmaları neticesinde ortaya çıkan ürünlerden bahsedeceğim.

İlk olarak, Uluslararası Rekabet Ağı'nın teşkilat yapısından bahsetmek istiyorum. Uluslararası Rekabet Ağı rekabet kurumlarının oluşturduğu bir ağıdır. Bu nedenle, Uluslararası Rekabet Ağı'nın oldukça özel bir ağ olduğunu söyleyebiliriz. Uluslararası hukuk bağlamında, bu ağ uluslararası bir örgüt değildir. Uluslararası Rekabet Ağı'nın üyeleri devletler değil, kurumlardır. Bu nedenle, Uluslararası Rekabet Ağı'nın siyasi bir kuruluş olduğunu söyleyemeyiz. Bu ağ uzmanların bir araya geldiği ve bilgilerini birbirleriyle paylaştığı bir oluşum olarak bugün rekabet kurumlarında ele alınan meseleler ile ilgili çalışmalar yürütmektedir. Uluslararası Rekabet Ağı'nın şu anda dünya genelinde 102 üyesi bulunmaktadır. Ağ istikrarlı bir şekilde büyümeye devam etmektedir. 90 ülkeden üye olan kurumlar çalışmalarımıza katılmaktadır ve Uluslararası Rekabet Ağı'nın esnek ve çalışma odaklı bir uzmanlar ağı olduğunu söyleyebiliriz.

Uluslararası Rekabet Ağı'nın kurulma amacı özellikle birden fazla yargı alanı kapsamındaki meseleler veya birleşmeler ile ilgili olarak daha yakın işbirliği içinde çalışmaktır. Özellikle bu meseleleri çözüme kavuşturmak ve örneğin pek çok ülkedeki birleşmelerden haberdar olması gereken teşebbüslerin yararına olacak şekilde rekabet rejimleri arasında uyum sağlamak amaçlanmıştır. Bu teşebbüsler birbirinden farklı pek çok birleşme rejimi ile karşı karşıya kalmaktadır ve bu durum teşebbüslerin yapmayı planladıkları anlaşmalar üzerinde önemli ölçüde etkili olmaktadır. Bu nedenle, rekabet hukuku rejimleri arasında daha fazla uyumun sağlanması ulaşılmak istenen bir hedef olarak kabul edilebilir.

Uluslararası Rekabet Ağı yıllık toplantıların düzenlenmesinden sorumlu üç üye ve on beş daimi üyeden oluşan bir Yönlendirme Grubu tarafından yönetilmektedir. Bir sonraki yıllık toplantı yaklaşık bir hafta sonra Kyoto'da gerçekleştirilecektir ve bu toplantıda Uluslararası Rekabet Ağı'nın temelini oluşturan çalışma grupları geçtiğimiz yıl içerisinde gerçekleştirdikleri çalışmalar hakkında bilgi vereceklerdir.

Şimdi çalışma gruplarına değinmek istiyorum. Başlangıçta en önemli çalışma grupları Karteller Çalışma Grubu ve Birleşmeler Çalışma Grubu idi. Daha önce de belirttiğim gibi, birden fazla yargı alanı kapsamındaki birleşmeler işletme çıkarları üzerinde etkili olabilir ve bu nedenle farklı rejimlerin göz önünde bulundurulması ve rekabet rejimleri arasında daha fazla uyumun sağlanması gerekmektedir. Birleşmeler Çalışma Grubu tavsiye edilen uygulamaları belirlemek, diğer bir deyişle etkili bir birleşme rejiminin nasıl faaliyet göstermesi gerektiğini ortaya koymak amacıyla çalışmalar gerçekleştirir ve şeffaflık, usullerde adil olunması, bir kararın alınması yönünde bir beklenti içerisinde olabildiğiniz veya sesinizi duyurma hakkınızın olduğu bir sürece dahil olabildiğiniz sabit gözden geçirme süreleri ve benzeri gibi temel ilkeleri belirler.

Kartellerin yalnızca tek bir ülkede değil birden fazla ülkede etkili olmasından dolayı, başlangıçta söz konusu olan bir diğer önemli konu da Karteller Çalışma Grubuydu. Bu nedenle, özellikle rekabet kurumları arasında bilgi alışverişinin nasıl yapılabileceği ve örneğin şafak baskınlarına ilişkin ne gibi çalışmalar gerçekleştirilebileceği veya rekabet kurumları arasında bu baskınların nasıl koordine edilebileceği gibi sorular üzerinde çalışılması gerekmektedir. Bu bağlamda, örneğin ABD kurumları ile iyi deneyimlerimiz bulunmaktadır. Bu kurumlarla eş zamanlı baskınlar gerçekleştirdik ve tabii ki bunun için pek çok hazırlık yapıldı. Bu uygulama rekabet kurumları için hayati önem taşıyor çünkü bir ülkede şafak baskını yapıldığı bilen uluslararası faaliyet gösteren bir teşebbüs başka bir ülkedeki dosyalarını temizleyecektir ve bu durum rekabet kurumunun kartelin varlığını kanıtlamasını zorlaştıracaktır.

Uluslararası Rekabet Ağı'nın en yeni çalışma gruplarından bir tanesi önümüzdeki dakikalarda daha detaylı olarak ele alacağım Tek Taraflı Davranışlar Çalışma Grubudur. Bu grubun kurulma amacı rekabet kurumlarının tek taraflı davranışlarla başa çıkma konusunda gerçekten çok farklı yaklaşımlar benimsemiş olmalarıdır. Tek Taraflı Davranışlar Grubu'nun oldukça zor bir görevi yerine getirdiği düşünülmektedir. Bazıları grubun yapmaya çalıştığı şeyi Everest'e tırmanmaya benzetmektedir. Bunun doğru olup olmadığını ve bugüne kadar Everest'e tırmanmayı başarıp başaramadığımızı bilmiyorum, ancak gerçekten zorlu bir çalışma yürütüyoruz ve kurumlar arasındaki uyumu artırmak için çalışıyoruz.

Uluslararası Rekabet Ağı'nın bir diğer önemli çalışma grubu Rekabet Politikasının Uygulanması Çalışma Grubudur. Bu grup çalışmalarını diğer çalışma gruplarının gerçekleştirdikleri çalışmalar üzerine temellendirir ve diğer çalışma gruplarında ortaya konan tavsiye edilen uygulamaların uygulanıp uygulanmadığını denetler. Standart referans belgeleri olarak kabul edilen Birleşmeler Çalışma Grubu tarafından bildirim usullerine ilişkin olarak tavsiye edilen uygulamalar örnek olarak gösterilebilir. Devletlerin Uluslararası Rekabet Ağı tarafından tavsiye edilen uygulamalarla uyum sağlamak amacıyla kendi yasalarını neden değiştirdiklerini veya değiştirmediklerini ortaya koymaya çalışırsınız. Tabii ki tavsiye edilen uygulamaların çok yüksek standartta oldukları göz önünde bulundurulmalıdır ve ulusal yasaların tavsiye edilen uygulamalarla uyumlaştırılması kolay bir iş değildir. Örneğin, Almanya'da tavsiye edilen uygulamalarla uyum büyük ölçüde sağlanmıştır, ancak Almanya'ya yeterli derece yerel erişimin sağlanmadığı durumlarda eleştiriler söz konusu olmaktadır çünkü Almanya'da birleşme kontrolü eşikleri için ikinci bir iş hacmi eşiği konulmamaktadır. Bunun sonucunda, Almanya'da tek bir teşebbüsün iş hacmine sahip olması yeterli olmaktadır. Bu durum Alman Birleşme Kontrolü Yasası kapsamına girmektedir ve bu nedenle diğer birleşme rejimleri ile karşılaştırıldığında daha esnek bir bağlantısı olan bu yasa daha fazla birleşmeyi ortaya çıkarmaktadır. Bu bağlamda, Rekabet Politikasının Uygulanması Çalışma Grubu diğer çalışma grupları tarafından gerçekleştirilen çalışmalar üzerine kuruludur ve bu grup devletlerin neden tavsiye edilen uygulamalarla uyum sağlamaya çalıştıklarını veya çalışmadıklarını ortaya koymaktadır. Diğer taraftan, grubun daha sonra bunun yanı sıra yargı alanlarının bu uygulamalarla uyumlu olmaması veya başka bir geçerli sebepten ötürü tavsiye edilen uygulamaların gözden geçirilip geçirilmemesi gerektiğini de belirleyebileceği düşünülmektedir. Bu nedenle, tavsiye edilen uygulamaların gözden geçirilmesi Rekabet Politikasının Uygulanması Çalışma Grubunun yerine getirmesi gereken bir başka görev haline gelebilir.

Şimdi Tek Taraflı Davranışlar Çalışma Grubunun teşkilat yapısından bahsedeceğim. Daha önce de belirttiğim gibi, bu grup Uluslararası Rekabet Ağı'nın en yeni grubu. Tek Taraflı Davranışlar Çalışma Grubu'na ABD Federal Ticaret Komisyonu ve Alman Bundeskartellamt başkanlık etmektedir. Eşbaşkanlığı ABD Federal Ticaret Komisyonu adına Randolph W. Tritell üstlenirken, ben de bu yılın başından beri Bundeskartellamt adına gruba başkanlık ediyorum. Çalışma grubunda çalışmalara aktif olarak 30 kurum katılıyor ve bunlar arasında oldukça aktif olan ve çalışmalarımızı destekleyen Türk Rekabet Kurumu da yer alıyor. Bunun yanı sıra, pek çok özel danışman da çalışmalarımıza katılmaktadır. Bu da üyelerimiz arasında yalnızca rekabet kurumlarının değil, aynı zamanda özel sektör üyelerinin de bulunduğunu göstermektedir. Çok sayıda avukat da çalışmalarımıza katkı sağlamaktadır ve bunlar hem yasal şirketlerden hem de teşebbüslerden gelmektedir ve tabii ki rekabet kurumlarından katılan kişilerden farklı bir bakış açısına sahip olduklarından çalışmalarımız için ilginç girdiler sağlamaktadırlar.

Çalışmalarımızı nasıl yürütüyoruz? Çalışmalarımızı öncelikle telefon konferans yoluyla ve bazı durumlarda yüz yüze toplantılar ve e-postalar yoluyla yürütüyoruz. Böylece telefon konferans süresince ne yapmamız gerektiğini tartışıyoruz ve kurumun bir projeye başkanlık etmesi gerekiyor. Bir taslak oluşturuyoruz ve çalışma grubunun diğer üyeleri bu konuda yorumlarda bulunuyor. Daha sonra telefon konferans sırasında tartışılan belgeye ilişkin yorumları da içeren yeni taslağı tartışıyoruz ve bir görüş birliğine varmaya çalışıyoruz çünkü çalışma grupları tarafından oluşturulan nihai belgelerin herkes tarafından desteklenmesi gerekiyor. Bu nedenle, bu gerçekten zor bir iş ve son altı ay içerisinde telefon konferanslarda gerçekten çok sert tartışmalar gerçekleştirdik. Özellikle hâkimiyetin değerlendirilmesine ilişkin tavsiye edilen uygulamalar konusunda bir mutabakata varmaya çalıştığımızda bazı kişiler bir fikir birliğine varmak için hiçbir temel olmadığını belirttiler. Bu durum ABD kurumlarının yanı sıra, Avrupa kurumları arasında da görülen oldukça tartışmalı bir konudur. Bazı durumlarda fikir birliğine varamayacağımızı düşündüğümüz oldu. Bu belgeye daha sonra yeniden değineceğim.

Tek Taraflı Davranışlar Çalışma Grubu'nun misyonu hâkim şirketlerin evrensel davranışları ele alınırken karşılaşılan zorlukların incelenmesidir. Daha önce de belirttiğim gibi, bu gerçekten tartışmalı bir konudur. Microsoft davasını örnek olarak düşünelim. Bu davada Avrupa Komisyonu Microsoft aleyhine bir karar vermiş ve ABD Adalet Bakanlığı Başsavcı Yardımcısı bir basın bülteni yayınlarak Avrupa Komisyonu'nun bu kararının tüketici çıkarlarını zedelediğini belirtmiştir. Bu örnekte tek taraflı davranışlara ilişkin olarak farklı görüşlerin, diğer bir deyişle birbirine zıt görüşlerin var olduğunu ve Tek Taraflı Davranışlar Çalışma Grubu'nun misyonunun temel ilkelere ilişkin olarak

mutabakatı sağlamaya ve bu alanda daha fazla uyumu sağlamaya çalışarak bu zorluklara ilişkin çalışmalar yürütme olduğunu görüyoruz. Bu bağlamda, bundan iki yıl önce çalışmalarımıza başladığımızda amacımız farklı yargı alanlarında tek taraflı davranış kurallarının hedeflerinin neler olduğunu ve farklı yargı alanlarında hâkimiyetin nasıl değerlendirildiğini ortaya koymaktı.

Grubun ilk ürünleri arasında tek taraflı davranışlar yasası, hâkimiyetin değerlendirilmesi ve kamu tekellerinin hedeflerine ilişkin rapor yer almaktadır. Bu rapora Uluslararası Rekabet Ağı'nın web sitesinden ulaşabilirsiniz: www.internationalcompetitionnetwork.org. Bu raporun farklı yargı alanlarında hâkimiyet değerlendirmesinin ve hedeflerinin -şirketler tek taraflı davranışlarını inceleyerek ne elde etmeye çalışıyorlar- nasıl ele alındığına ilişkin genel bilgi sağladığını düşünüyorum.

Grubun son çalışma ürünleri arasında yalnızca iki veya üç hafta önce tamamlanan hâkimiyete ilişkin tavsiye edilen uygulamalar analizi ve kamu tekellerine ilişkin tavsiye edilen uygulamalar analizinin yanı sıra, yıkıcı fiyat uygulaması ve tekelci ticaret anlaşmasına ilişkin rapor bulunmaktadır. Bunlar gerçekten çok yeni çalışmalardır ve ilgi çekici referans belgelerdir.

Tek Taraflı Davranışlara İlişkin Rapor'da en çok değinilen hedef tüketici refahını destekleyen, etkinliği en üst seviyeye çıkartan ve ekonomik özgürlüğü sağlayan etkili rekabet sürecinin sağlanmasıdır. Buna ek olarak, küçük ve orta boy işletmeler için adil bir oyun sahası sağlama, adalet ve eşitliği destekleme, Avrupa Topluluğu'nun odaklandığı amaç olan pazar entegrasyonunu sağlama ve özelleşme ve serbestleşmeyi kolaylaştırma gibi amaçlar da bulunmaktadır. Ne var ki, bence en önemli şey, pek çok tartışmanın ve tartışmalı konunun söz konusu olmasına rağmen, sürece dahil olan bütün kurumların -30'dan fazla kurum- tüketici refahını destekleyen etkili bir rekabet sürecinin sağlanmasını tek taraflı davranış kurallarının hedefi olarak göstermesidir. Bununla birlikte, merkeze alınan amaçların rekabet dışı amaçlar olmadığını da belirtmek gerekir.

Şimdi tavsiye edilen uygulamalardan bahsedeceğim. Bence bu çok önemli bir belge ve daha önce de belirttiğim gibi son altı ayda gerçekleştirilen tartışmalar gerçekten zorluydu, ancak bu tartışmalar sonucunda fikir birliğine varıldı ve ortaya çıkan belge bir buçuk hafta sonra Kyoto'da düzenlenecek olan toplantıda sunulacak. Ayrıca kısa süre sonra Uluslararası Rekabet Ağı'nın web sitesinde de bu belgeye ulaşabileceksiniz. Belgeye bugün ulaşmak isterseniz, toplantı web sitesini ziyaret edebilirsiniz. Burada tüm ekonomi kitaplarında bulabileceğiniz bir tanım olan pazar gücü tanımı yer alıyor. Buna göre, pazar gücü tedarikin azaltılması, kalitenin düşürülmesi ve benzerinin yerine, fiyatları rekabet seviyesinin üzerine çekebilme kapasitesidir. Bu doğrultuda, büyük

oranlarda pazar gücü veya hâkimiyet hem fiyatların hangi seviyeye kadar yükseltilebileceği veya ne kadar süre bu seviyede tutulabileceği hem de fiyatların ne kadar süre boyunca rekabet seviyesinin üzerinde tutulabileceğine ilişkin pazar gücüdür. Bunun yanı sıra, belgenin önsözünde tek taraflı davranış kurallarının amacının hâkimiyet sahibi olmayı engellemek olmadığı açık bir şekilde belirtilmiştir. Hâkimiyet doğal bir şeydir. Piyasada rekabetçi davranışı teşvik etmeye çalışıyoruz ve bu da hâkimiyetin ortaya çıkmasına neden oluyor çünkü teşebbüs daha iyi ürünlere sahip oluyor ve sonuç olarak hâkimiyet sahibi oluyor. Bunun sonrasında şirket özel bir sorumluluk üstlenmiş oluyor ve sizin de gerçekten çok dikkatli olmanız ve rekabet karşıtı davranışlarda bulunmamanız gerekiyor. Rekabet karşıtı davranışlar bu noktada sorun yaratabilecek davranışlardır.

Belgenin ana bölümünde, pazar paylarının hâkimiyetin değerlendirilmesinde önemli olduğunu, ancak bunların göz önünde bulundurulması gereken tek unsur olmadığını açık bir şekilde belirttik. Bu nedenle, değerlendirmeniz yalnızca pazar paylarının hesaplanmasıyla sınırlandırılmamalıdır çünkü pazar payları piyasadaki bir şirketin ne kadar güçlü olduğunu veya piyasadaki bir diğer şirketin geçen yıl ne kadar güçlü olduğunu gösterebilir, ancak diğer önemli unsurları ortaya koyamaz. Bu nedenle, yalnızca pazar payları ile yetinmemelisiniz. Bu oldukça zor bir iş çünkü çalışma grubunda oldukça aktif bir şekilde yer alan bazı ülkeler geri alınamaz tahminlerde bulunuyorlar. Bu ülkeler yalnızca pazar paylarını ele alıyor ve daha sonra rekabet karşıtı bir davranış olup olmadığına bakıyorlar. Burada ayrıca çalışma grubunun amacının kendi ulusal hukukunuzda nelerin bulunduğunu ortaya koymak değil, ideal olan ve ulaşılmak istenen bir şeye, diğer bir deyişle bir kurumun veya bir ülkenin gerçekleştirmeye çalıştığı bir amaç ortaya koymak olduğunu görüyoruz. Bu takip edilmesi tavsiye edilen en iyi uygulamadır ve kurumlardan bir yıl içerisinde belgede yer alan her şeyi yapmalarını bekleyemeyeceğimiz de açıktır. Örneğin, gerekli yasaların kabul edilmesi için meclisi ikna etmek zorlu bir süreç olabilir. Bu bağlamda, özellikle piyasaya giriş ve genişleme kriterinin, ancak aynı zaman da farklı kriterlerin de göz önünde bulundurulması gerekir.

Bunun yanı sıra, ilgili piyasanın nasıl çalıştığına ve özelliklerinin neler olduğuna da dikkat etmek gerekir. Bu yüzden, geçici olarak yirmi yıl önce ABD’de veya AT’de alınan kararlara bakabilirsiniz, ancak çok farklı piyasa koşullarının hâkim olduğu ve çok farklı teşebbüslerin faaliyet gösterdiği bir ulusal pazara sahip olabilirsiniz. Dolayısıyla çok farklı bir durumla karşı karşıyasınızdır ve piyasanın özelliklerini, nasıl faaliyet gösterdiğini bilmeniz gerekir. Ancak burada incelemeniz gereken başka bir zamanda başka bir yerdeki bir pazar değil ulusal pazar veya ilgili bir pazardır. Buna ek olarak, pazar

paylarını çok dikkatli bir şekilde hesaplamamız gerekmektedir. Pazar payları Almanya'da da önemli bir unsur olmaya devam etmektedir. Bazıları daha tutucu olabilmektedir. Bunlar pazar paylarını hesapladıklarında ve pazar paylarının yüzde 40 olduğunu gördüklerinde bir sorunla karşı karşıya olduklarını ve bu konuyu daha detaylı bir şekilde ele almaları gerektiğini düşünmektedir. Ne var ki, burada hiçbir sorun olmayabilir. ABD'de pazar payınız yüzde 100 olabilir ve bu bir sorun olduğu anlamına gelmez. Yüzde 90 olabilir ve yine bu bir sorun olmayabilir. Yüksek giriş engellerinin söz konusu olduğu bir durumda, bir Chicago School temsilcisi bunun daha iyi olduğunu, bu durumun piyasaya girişi teşvik ettiğini ve engeller ve pazar payı ne kadar yüksek olursa piyasaya girişin de o kadar fazla olduğunu söyleyebilir. Bu bir teoriden fazlasıdır. Ben bunun sorgulanabileceğini düşünüyorum. Pazar paylarını dikkatli bir şekilde ele almanız gerekiyor.

Başka bir zorlu konu da karinelerin ve gizlilik uygulamalarının rolüdür. Burada görüşler örneğin hâkimiyet karinesinin olduğu Brezilya'daki yüzde 20'lik pazar payı üzerine temellenen karinelere pazar payları yüzde 15'in altında olduğunda hâkimiyetin mümkün olmadığını ve yüksek piyasa giriş engelleri olmaksızın yalnızca yüzde 50 veya 70'lik bir pay ile hâkimiyet sahibi olunacağını söyleyen Kanada ve ABD arasında değişiklik göstermektedir. Bu nedenle, bu tür karinelere sert bir şekilde karşı çıktıklarını görüyoruz. Bunun yanı sıra, eşik seviyelerini hesaplamak da oldukça zordur. Fayda ve riskleri dikkate almanız ve ispat yükünü kimin üstlenmesi gerektiğini geçekten dikkatli bir şekilde belirlemeniz gerekmektedir.

Daha önce de belirttiğim gibi, giriş ve gelişme olasılığını da göz önünde bulundurmanız gerekiyor. Burada sorulması gereken soru piyasaya girişin karlı olup olmadığıdır. Piyasa giriş ve piyasadan çıkış maliyetlerini hesaplamamız gerekiyor. Piyasaya giriş yapacak bir şirketin ne kadar harcama yapması gerekiyor? Şirketin piyasada başarılı olmaması halinde piyasadan çekilmesi ne kadar kayba neden olur? Şirket piyasaya doğru zamanda giriş yapıyor mu ve piyasaya hâkim olduğu söylenen şirketi etkileyebilir mi? Piyasaya giriş yapmak tabii ki iyi bir şey, ama söylemek istediğim eğer şirket küçük ölçekliyse ve ilgili piyasada kaplayacağı alan da öyleyse, piyasaya hâkim olan şirketi etkilemesi mümkün değildir. Bununla birlikte başka kriterler de bulunmaktadır: üst pazar, dikey entegrasyon, ölçek ekonomileri ve kapsam, önemli girdilere erişim, mali kaynaklar.

Bir diğer önemli proje de Türk Rekabet Kurumu tarafından yönetilen Kamu Tekellerine İlişkin Tavsiye Edilen Uygulamalardır. Burada özellikle Lerzan Kayıhan Ünal'a bu belge için teşekkür etmek istiyorum. Bence bu belge kamu tekelleri söz konusu olduğunda bir rekabet kurumunun ne yapması ve ne

gibi araçlara sahip olması gerektiğini ve özelleştirme ve serbestleştirme süreçlerinin nasıl gerçekleştirilebileceğini gösteren çok iyi bir referans belgedir. Rekabet kurumu olarak etkili araçlara sahip olmalı, eşit muamelede bulunmalı, teşebbüse kimin sahip olduğunu dikkate almamalı ve sunumlar yaparak ve hükümete danışmanlık hizmeti sunarak serbestleştirme sürecine aktif bir şekilde katılmalısınız.

Bunların yanı sıra, yıkıcı fiyat uygulaması ve tek marka/tekelci ticaret anlaşmalarına ilişkin davranış belgeleri de bulunmaktadır. Bunlar rekabet kurumlarına gönderdiğimiz anketler üzerine temellenmiştir ve bu anketlere 35 farklı kurum katılmıştır. Bu nedenle bu belgelerin çok ilginç olduğunu söyleyebiliriz. Burada ayrıca Uluslararası Rekabet Ağı'nın ulusal yargı alanının dışına çıkmamızı, diğerinin neler yaptıklarına ve bizim neler yaptığımıza bakmamızı ve diğerlerinin yaptıklarının bizim yaptıklarımızdan daha iyi olduğu durumlarda ulusal hukuku nasıl değiştirebileceğimizi görmemizi amaçladığını görüyoruz. Bu ayrıca yıkıcı fiyat uygulaması ve tek marka/tekelci ticaret anlaşmaları ile nasıl başa çıkılacağına ilişkin ilginç bir kaynaktır ve bu projenin gelecek yıl mal vermeyi reddetme ve ucuz ürünleri pahalı ürünlerin yanında bedelsiz verme konularına ilişkin olarak gerçekleştirilmesi söz konusudur. Kyoto'da bu konu tartışılacak ve bu konuda bir karara varılacaktır. Tabii ki herkes rekabet kurumlarının temsilcileri olarak veya özel danışmanlar olarak bu projeye katılabilir.

Prof. Dr. Ünal TEKİNALP (*İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi*)-Bu ikinci oturumda ilk konuşmacımız Sayın Yardımcı Doçent Doktor Gamze Öz.

Gamze Öz 1987 yılında Ankara Hukuk Fakültesinden mezun olmuştur. 1990 yılında Nottingham Üniversitesinde L.L.M. programına katılmış ve bu unvanı almıştır. 1997 yılında Ankara Hukuk Fakültesinde Avrupa Birliği ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması konulu teziyle Doktor unvanını almıştır.

1997-2000 yılları arasında Rekabet Kurulu Başkan Danışmanlığı görevinde bulunmuştur. 1995 yılından bu yana da hem Orta Doğu Teknik Üniversitesinde, hem de Ankara Hukuk Fakültesinde yüksek lisans ve lisans düzeyinde Rekabet Hukuku dersleri vermektedir.

Kendisi bize “Küreselleşme Sürecinde Rekabet Hukuku ve Politikası” adlı tebliğini sunacak.

KÜRESELLEŞME SÜRECİNDE REKABET HUKUKU ve POLİTİKASI

Yrd. Doç. Dr. Gamze AŞÇIOĞLU ÖZ*

Küreselleşmenin rekabet hukuku ve politikası üzerindeki etkisi, esas itibarıyla başlı başına ayrı bir konferans gündemi oluşturabilecek genişlikte bir konudur. Bu başlık altında, küreselleşmenin rekabet politikalarını nasıl şekillendirdiğinden, rekabet hukukunun uygulanışı ve rekabet örgütlerinin işleyişi üzerindeki etkilerine kadar konunun birbirini etkileyen çeşitli farklı boyutları olduğu tartışmasızdır. Yarattığı olumsuz sonuçlar nedeniyle küreselleşme karşıtları olduğu gibi, küreselleşme yanlıları ve “orta yol”cular da vardır¹.

Küreselleşme, her şeyi olduğu gibi, hukuk sistemlerini de doğrudan etkilemektedir. Gerçekten Avrupa Birliği hukuku, insan hakları hukuku gibi konular, eksenini ekonomik olsun olmasın, hukukun pek çok alanının aslında küreselleşmenin etkisi altında olduğuna işaret eden örneklerdir. Küreselleşmenin hukuk sistemlerine ve hukuki ilişkilere olan etkisine somut örnek vermek gerekirse, günümüzde Kıta Avrupa ülkelerinde idare hukukunun kapsam ve konuları değişmiştir. Özellikle bağımsız idare otorite, düzenleyici kurum, evrensel hizmet gibi küreselleşmenin etkisiyle son yirmi yılda hukuk sistemlerine girmiş olan pek çok yeni hukuki kavram, idare hukukunun sınırlarını genişleterek, özel hukuk ilişkilerine bir yönüyle de idare hukuku kurallarını uygulanabilir kılmıştır².

I. KÜRESELLEŞMENİN GENEL OLARAK HUKUKA ve REKABET HUKUKUNA ETKİSİ

Küreselleşmenin rekabet hukukuna etkisine geçmeden önce genel olarak hukuka etkisi üzerinde biraz durmak da fayda vardır. Bu kapsamda ekonomi-hukuk ilişkisi, henüz Türkiye’de Hukuk Fakültelerinin programlarında, Avrupa ve ABD’ndeki hukuk eğitimlerinde yer aldığı içerik ve perspektifte ele alınmayan bir alandır. Gerçekten de 1950’li yıllardan itibaren ABD’nde ve 1990’lı yıllardan itibaren de Avrupa Birliği’ne üye ülkelerde bu iki disiplinin birbiriyle olan ilişkisi, özellikle de küreselleşmenin hukuka etkisi önemli konu başlıklarından biri haline gelmiştir. Bu kapsamda Avrupa’da bazı fakültelerin

* ODTÜ İİBF Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü Öğretim Üyesi, agamze@metu.edu.tr

¹ Ulagay O; Küreselleşme Nereye? Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Haziran 2000; www.rekabet.gov.tr

² Ankara Barosu 2008 Hukuk Kurultayı

hukuk yüksek lisans programları arasında “küreselleşme ve hukuk” başlığı altında küreselleşmenin hukuk sistemini nasıl etkilediğine ilişkin olarak yüksek lisans programları oluşturulmakta ve bu programlarda küreselleşmenin örneğin ceza hukukuna veya aile hukukuna etkileri tartışma konusu yapılmaktadır. Bu açıdan Kıta Avrupası ülkelerinde Hukukun Ekonomisi, Hukuk ve Ekonomi, Ekonomik Kamu Hukuku rekabet hukukunun inceleme konusu yapıldığı yer aldığı programlar arasındadır³. Bu tespiti yapmak küreselleşmenin yalnız hukukun uygulanmasına değil, hukuk eğitime ve uygulayıcıların yetişmesine etkilerini de değerlendirmek bakımından önemlidir.

Nihayet rekabet hukuku da bu etki alanının dışında olmayıp küreselleşmenin etkisi altında, değişen, dönüşen alanlardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Küreselleşmenin rekabet hukuku ve politikalarına etkisi Rekabet Kurumu'nun da yayınlarında ve toplantılarında yer verdiği konular arasında yer almıştır⁴.

Öğretide küreselleşme sürecinde rekabet hukuku ve politikası kapsamında rekabet politikalarının ve hukukunun nasıl şekillendiğine paralel olarak, Avrupa Birliği gibi bölgesel veya uluslar üstü nitelikte rekabet hukuku düzenlerinden sonra, bu süreçte bir sonraki aşama olarak küresel bir rekabet hukukundan söz etmenin mümkün olup olmayacağı veya böyle bir sürece yönelik çalışmaların neler olacağı da tartışılmaktadır.

Küreselleşmenin rekabet hukuklarına etkisi üzerine yapılacak bir araştırmada bu konu, küreselleşmenin maddi rekabet hukukuna ve rekabet usul hukukuna etkisi şeklinde iki ana başlıkta incelenmek gerekir. Gerçekten de küreselleşmenin işletmelerin rekabet politikalarını etkilemesinin sonucunda, küresel ölçekte gerçekleşen birleşme ve devralmalar, küresel düzeyde etkileri olan karteller, uluslar arası dağıtım zincirleri rekabet hukukunun maddi hukuk kurallarının bu çerçevede değerlendirilmesini gerektirmektedir. Öte yandan

³ Son yıllarda Türkiye’de de bazı özel üniversitelerin yüksek lisans programlarında benzer konu başlıkları yer almakla beraber, hukuk fakültelerinde “law and economics” dersinin içeriğine paralel dersler lisans düzeyinde henüz okutulmamaktadır.

⁴ Oran B.; Kaçınıcı Küreselleşme? Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları Haziran 2000, Ersel H.; İç Piyasalarda Rekabet ve Küreselleşme, Perşembe Konferansları 2000; Ulagay O.; Küreselleşme Nereye? Perşembe Konferansları, Haziran 2000, Işıklı A.; Küreselleşmenin Anlamı, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Mayıs 2001; Karakurt A.; Küresel Yarışta Rakibin Maliyetini Arttırma 2003; Karakoç O.; Rekabet Kurallarının Uluslararasılaşma Süreci ve Uluslararası Örgütlerin Politikaları; Rekabet Dergisi 2003; Fox E.; Rekabet Hukukunun Önemi ve Küreselleşen Dünyada Yeri, Perşembe Konferansları, Ocak 2005. Yukarıdaki yayınların tamamı için bkz. www.rekabet.gov.tr

küresel kartellerle mücadele, birleşme ve devralma incelemelerinde ve rekabet soruşturmalarında yeknesak uygulamalar ve uluslar arası işbirliği de rekabet usul kurallarının küreselleşmeden büyük ölçüde etkilendiğini göstermektedir. Bu kuralların uygulanması kurumsal kapasitelerin ve işbirliği usul ve esaslarının da küreselleşme etkisi altında gözden geçirilmesini gerektirmektedir. Bütün bu gelişmeler küreselleşen rekabete karşı küreselleşen rekabet hukuku olgusunu gündeme getirmektedir.

Nihayet bu tartışmalar ve ulusal rekabet hukuklarının bölgesel rekabet hukuklarıyla etkileşiminden küresel rekabet hukukuna doğru bir eğilim olup olmadığı ve bu sürecin dinamiklerini de tartışmayı mümkün kılmaktadır. Gerçekten son yıllarda küresel bir rekabet hukukuna yönelmenin gerekçeleri ve bunun olası olumlu etkileri yalnız ulusal düzeyde tartışılmakla kalmamış, uluslararası örgütlerin ajandalarında da yer almıştır. Tartışmanın bu çerçevede yapılması halinde, bu yönelimin amaçları ve araçlarının neler olduğu, küresel rekabet hukukunun ulusal rekabet hukukları ve ulusal rekabet örgütleriyle ilişkisinin ne olacağı da tartışma konularından biri olacaktır.

Özetlemek gerekirse küreselleşme sürecinde rekabet hukuku ve politikası tartışılırken rekabet hukukunun küreselleşmeden nasıl etkileneceğinin yanı sıra bölgesel işbirliklerini ve etkileşimleri takiben küresel bir rekabet hukukuna doğru bir yönelim olup olamayacağı ve bunun ne şekilde olacağı da tartışılabilir. Küreselleşme konusunun rekabet hukukuna etkisi bu denli çok yönlüken, bu konulardan hepsine yer vermek konuyu çok geniş, sadece bir yönünü ele almaksa çok dar tutmak olabileceğinden, burada bu konuların Konferanstaki bu oturumun konularıyla da ilişkili olabilecek, önemli gördüğümüz bazı başlıkları üzerinde durulacaktır.

Yukarıda da belirtildiği gibi küreselleşme başlı başına OECD, ICN gibi uluslar arası örgütlerin de gündeminde olup sıkça tartışılan konu başlıkları arasındadır. Bu kapsamda bu örgütlerin gündeminde uluslararası piyasaların rekabetçi yapısını koruyacak evrensel değerler olabileceği, ancak bunları düzenleyen evrensel kurallar olmadığından işbirliği, uluslar arası anlayış ve ulusal rekabet hukuklarının karşılıklı olarak desteklenmesinin küreselleşme karşısında rekabet hukukunun dönüşümünde temel girdiler olması gerektiği vurgulanmıştır⁵. Küreselleşmenin ortaya çıkardığı en önemli olgulardan biri de rekabetin küresel ihlallerden korunması olduğundan, bunlarla küresel düzeyde mücadele etmek bakımından uluslararası örgütlerin bu girişim ve çalışmaları önem arz etmektedir.

⁵ IBA Global Competition Forum www.globalcompetitionforum.org (2002); ICN, www.ICN.org; (2002)

Ekonomik Küreselleşme⁶ 2000 yılındaki OECD toplantısının da özel gündemi olmuş ve pek çok oturumda küreselleşmenin etkileri çeşitli boyutlarıyla tartışılmıştır. Toplantının sonuç bildirgesinde küreselleşmenin temel özellikleri üzerinde durulurken küreselleşmenin, farklı araç ve aşamaları olan uzun dönemli bir süreç olduğu, bölgesel entegrasyonu teşvik ettiği ve ekonomik ve endüstriyel küreselleşme olmak üzere iki düzeyde gerçekleştiği vurgulanmıştır⁷.

Küreselleşme uluslararası rekabeti zorunlu kılmaktadır. Küreselleşmenin hukuk alanındaki önemli etkilerinden biri hukukların entegrasyonudur. Gerçekten de Avrupa Birliği projesinin sadece ekonomik olmakla kalmayıp, aynı zamanda ve bizzat bu amaca ulaşmak için hukukların da entegrasyonunu öngördüğü göz önüne alındığında, -hatta bu çalışmanın konusuyla doğrudan ilişkili olmak üzere dünyada uygulanmakta olan rekabet hukuklarının birbirine paralel hükümler içerdiği de dikkate alındığında- küreselleşmenin hukuk sistemleri üzerindeki etkisi daha açık görülecektir.

OECD yukarıda belirtilen zirvesinin Sonuç Bildirgesinde küreselleşme sürecinde devletlere düşen görevleri sıralarken, sosyal uyum (*social cohesion*) programlarını ve etkin yönetişimi (*good, effective governance*), küreselleşmenin olumsuz etkilerinin en aza indirebilmek bakımından devletin asli görevleri arasında saymıştır.

Gerçekten de küreselleşme sürecinde devletin rolü ve rekabet bir arada düşünüldüğünde hem bu üç ana kavram için ve hem de bunların birbirleriyle ilişkileri bakımından birbirinden farklı tanımlamalar yapmak mümkündür. Yalman⁸ da, “Devlet” ve rekabetin temeli olan “piyasa” pek çok ülkede, başta siyasetler, sonra medya ve akademik çevrelerce o kadar suiistimal edilen kavramlardır ki neredeyse analitik kategoriler olarak açıklayıcı değerlerini yitirmişlerdir” tespitini yapmaktadır.

Rekabeti küreselleşmenin eksenine oturttuğumuzda yeni kurum ve kavramların oluştuğu, mevcut kavram ve kurumların da dönüştüğü veya yeniden şekillendiği bir süreç olarak tanımlamak doğru olacaktır. Zira bu üçlü etkileşimde küreselleşme uluslar arası rekabeti teşvik etmiş, rekabetçi piyasa modelinde devletin asli rolünün ne olduğu konusundaki yerleşik kalıplar değişmiş, rekabet sürecinde devletin düzenleyici rolü ön plana çıkarken, neo-liberal politikaların da etkisiyle aktör olarak rolü zayıflamıştır. Olumsuz etkileri

⁶ www.oecd.org; 2000.

⁷ Szyber W.B.; Market and State in terms of Globalization; European Journal of Law and Economics 12; 145-150, 2001; s.146-147.

⁸ Yalman G.; ODTÜ gelişme Dergisi, 2007

de birbiri ardına sıralanırken, aslında devletin rolü ve işleyişine ilişkin olarak getirdiği şeffaflık, hukukun üstünlüğüne saygı ve hem işletmeler ve hem de devlet bakımından işlem ve uyum maliyetlerinin azaltılması gibi ilkelerin geniş düzeyde kabulü de olumsuz etkilerinin ez aza indirgenmesinde yararlanılabilecek olumlu sonuçları arasında sayılmaktadır.

II. REKABET HUKUKUNUN TARİHÇESİ

Küreselleşmenin rekabet hukukunu nasıl etkilediğini tartışırken genel olarak rekabet hukukunun tarihçesine, evrimine bakmak yararlı olacaktır. Öğretide rekabet hukukunda ilk yazılı düzenlemelerin tarihçesi ABD’nde Sherman Kanunu ile başlatılır. Bununla beraber rekabet hukuku kurallarının 1890 yılından önce on yedinci yüzyılda İngiltere’de mahkeme kararlarında tartışıldığı da bilinmektedir. Nitekim Senator Sherman da yasayı Kongre’ye sunarken “...aslında bu düzenlemelerin (Amerikan) hukuk sistemine çok da yabancı olmadığını, İngiliz mahkeme kararlarının yazılı hale getirilmesi olduğunu” dile getirmiştir. 1889 yılında Kanada’da ve 1890 yılında da ABD’nde yürürlüğe giren rekabet kurallarıyla, 1890-1960 yılları arası Kuzey Amerika’da rekabet kurallarının yerleştiği ve yine bu coğrafyada hukuk ve ekonomi etkileşimine ilişkin tartışmaların da şekillendiği yıllardır.

Konunun Avrupa’da ele alınışına bakıldığında, İngiliz mahkeme kararlarından çok sonra, AT’nun kurulması ve rekabet kurallarının da Topluluğun ekonomik entegrasyon hedefine ulaşmasında en önemli hukuki araçlardan biri olması nedeniyle, 1960’lı yıllarda AT’nun rekabet kurallarının bu coğrafyada etkili olmaya başladığı yıllardır. 1990’lı yıllara kadar yalnız AT düzeyinde değil, AT ile çeşitli şekillerde ilişki içinde olan ülkelerde de AT rekabet hukukuna paralel veya onunla uyumlu rekabet hukuku kuralları şekillenmeye başlamıştır.

Nihayet 1990’lı yıllara gelindiğinde, 1890’lardan bu yana 100 yılı aşkın bir süredir uygulana gelen rekabet kuralları, küreselleşmenin getirdiği yeni kurum ve kavramlarla, amaçları da dahil olmak üzere, yeniden tartışılmaya başlanmıştır.

Rekabet hukuku dünyada 100 yaşını doldururken artık, küreselleşmenin de etkisiyle, Yeni Şeyler Söylemek Lazım’dır. Nedir bu yeni şeyler? Başta yeni dünya düzeni olmak üzere, küreselleşmenin de etkili olduğu teknolojik gelişmeler, ağ endüstrileri, şebeke dışsallıkları, rekabet kurallarının bu kavramların etkisi altında yeniden yorumlanması ve tartışılmasını gerektirmiştir. Bu süreçte bir yandan da uluslararası rekabet kuralları fikri ortaya atılmış ve rekabet hukuku alanında ortak değerler oluşmaya başlamıştır.

Nihayet 1990'dan günümüze ortaya çıkan gelişmelere baktığımızda rekabet hukukunun gelişmekte olan ekonomilerde de önemli araçlar arasında yer almaya başladığı ve bu süreçte IMF, Dünya Bankası, WTO, OECD, UNCTAD, ICN gibi uluslararası kuruluşların hem bu ekonomilerde rekabet kurallarının yerleşmesinde ve hem de küresel rekabet hukuku tartışmalarının yapılmasında etkili olduğu görülmektedir.

1990'lı yıllardan itibaren rekabet politikasıyla devletin diğer politikaları arasındaki ilişkinin tartışılması ayrı bir çalışma konusu oluşturacak önemi haizdir. Bu süreçte özellikle **rekabet politikasıyla ticaret politikası** arasındaki etkileşime dikkat çekilmelidir. Zira bu dönemde bir yandan rekabet hukuku ve politikası, ekonomi politikaları arasında önemli bir yer alırken, öte yandan küreselleşmenin etkisiyle ticaret politikaları da unutulmuş değerlerini yeniden kazanmaya başlamışlardır. Gerçekten de Evenett bu dönemi ticaret politikalarının adeta küllerinden yeniden doğması olarak tanımlamaktadır⁹. Gerçekten de örneğin Hindistan, Malezya, Çin gibi bazı uzak Asya ülkeleri ticaret politikasını olumsuz etkileyeceği görüşüyle rekabet hukuku kurallarını daha geç yıllarda yürürlüğe koymuşlardır. Öte yandan birleşme ve devralma kontrollerinin ulusal şampiyonlar yaratma hedefinin önünde engel oluşturacağı yönündeki tartışmalar, ulusalcı söylemler, stratejik piyasalarda yabancı şirketlere gösterilen tepkiler, küreselleşmenin, rekabet hukuku kuralları yerine ticaret politikalarını desteklediği süreçlere veya coğrafyalara işaret etmektedir. Öte yandan gelişmekte olan bazı ekonomilerin (Ör: Doğu Asya, Güney Amerika) 5-10 yıl öncesine kadar rekabet hukuku yerine ekonomik gelişme için başka arayışlara yönelmeleri de Avrupa ve ABD dışında dünyanın başka bölgelerinde rekabet politikasının AB ülkelerine göre görece daha geri planda kalma nedenleri arasındadır.

Bu tarihsel sürecin geldiği nokta itibarıyla günümüzde rekabet hukukları üzerindeki ortak etkisini aşağıda belirtilen beş noktada toplamak mümkündür. Aşağıda belirtilen bu hususlar günümüzde rekabet hukuku sistemlerinin ortak özellikleri olarak karşımıza çıkmaktadır.

III. KÜRESELLEŞMENİN ETKİSİYLE REKABET HUKUKLARININ ORTAK ÖZELLİKLERİ

3.1. Rekabet Hukukunun Küreselleşmesi

Günümüzde ABD'nden Kore'ye, Brezilya'dan, Mısır'a, hatta geçtiğimiz yıl itibarıyla Çin de dahil olmak üzere yüzü aşkın ülkede aynı veya benzer maddi hukuk hükümleriyle uygulanmakta olan rekabet hukuku, uygulanmakta

⁹ Evenett S; Does the return of industrial policy pose a threat to Competition Law? October 2006.

olduğu coğrafyalar bakımından ortak bir hukuk, ortak bir lisan oluşmasını sağlamıştır.

Maddi hukuk alanındaki bu paralelliğin usul hukuku alanında da geçerli olduğunu söylemek mümkün değildir. AB ve AB'ne üye olan ülkelerde rekabet usul kurallarının büyük ölçüde paralel olduğunu söylemek mümkün ise de, usul hukuku alanında daha çok uluslar arası işbirliği ön plana çıkmaktadır.

3.2. Ceza Hukuku Yaptırımları

Küreselleşmenin uluslar arası rekabeti arttırması ve bunun da özellikle uluslar arası kartellerle mücadeleyi zorunlu kılması sonucunda, rekabet hukuku ihlallerinde ceza hukuku yaptırımları ön plana çıkmaktadır. Özellikle uluslar arası karteller bakımından idari para cezalarının uygulandığı ülkelerde de ceza hukuku yaptırımlarının ve hapis cezasının etkili bir yaptırım olacağı tartışılmaktadır.

3.3. Tazminat

Rekabet ihlallerinde idari ve/veya ceza hukuku yaptırımlarının yanı sıra tazminat taleplerinin de, örneğin cezanın üç katına kadar tazminat (*treble damages action*) gibi özel hükümlerle düzenlenmiş olması da rekabet hukuku sistemlerinde hem ihlal nedeniyle zarar görenlerin zararını tazmin etmek amacıyla ve hem de rekabet örgütlerinin iş yükünü dengeleyerek önceliklerini planlayabilmeleri bakımından önemlidir.

3.4. İdari Usul ve Yargısal Denetim

Küreselleşmenin idari kurumların tanım ve rollerine ilişkin en önemli etkilerinden biri de özellikle anglo sakson hukukun etkisiyle ortaya çıkan düzenleyici kurumlar ve bu kurumların görev ve yetkilerine ilişkindir. Bağımsız idari otorite olarak da adlandırılan sektörel düzenleyici kurumlar ve bu kapsamda değerlendirilen rekabet örgütleri, rekabet ihlallerinin ortaya çıkarılabilmesi için geniş araştırma ve soruşturma yetkileri ile donatılmışlardır. Rekabet örgütlerinin yargılama benzeri araştırma ve soruşturma yetkilerine karşın, bunların işlemlerinin yargı denetimi önem kazanmaktadır. Bu süreçte etkin ve güçlü bir yargı denetimi ile rekabet ihtisas mahkemelerinin oluşturulması bu konuyla ilgili güncel tartışmalar arasındadır.

3.5. Rekabet Savunuculuğu

Son on yılda rekabet hukuku konusunda rekabet örgütlerinin üzerinde hem fikir olduğu en önemli konuların başında rekabet savunuculuğu gelmektedir. Gerçekten teşebbüslerin olduğu kadar devletin de gerek yasama

gerek idari faaliyetleriyle rekabeti bozabilecek nitelikte tasarrufları konusunda, rekabetçi bakış açısının bu tasarruflara da yansıtılması bakımından önemlidir.

Rekabet savunuculuğu başlığı altında tartışma konusu yapılan konuların başında rekabet örgütleriyle idare ve özellikle sektörel düzenleyici kurumlar arasındaki ilişkiler gelmektedir. Bu konuda ülkelerde birbirinden farklı düzenleme ve uygulamalar olup yeknesak bir uygulama söz konusu değildir.

IV. ULUSAL-BÖLGESEL-KÜRESEL REKABET HUKUKU

Küreselleşmenin, rekabet hukukunun da küreselleşmesine neden olması konusu tartışılırken ortaya bir başka soru daha atılmaktadır. Bu da küreselleşmenin etkisiyle rekabet hukukunun da küreselleşmesi ve bu gelişmelerle belirli bir dönem sonra da ulusal rekabet hukuklarının sonu mu olacağına ilişkindir.

Esas itibarıyla rekabet hukukunda uluslararası işbirliğinin, ortak kavram ve tanımların oluşturulmasını gerektiren bazı güncel gelişmeler söz konusudur. Örneğin AB’nde son yıllarda Boeing/Mc Donnell Douglas; GE-Honeywell; Vitamins kararları gibi kararlar rekabet hukukunda yeni tartışmaları körüklemiştir. Komisyonun ilgili pazar tanımı, pazarda rekabeti bozucu etki, rekabeti tesis edebilecek önlemlerin gerekliliği/yeterliliği konusunda, AB ve ABD arasındaki ciddi görüş ayrılıkları bu süreçte yer alan tüm paydaşlar bakımından sorunlara neden olmuştur¹⁰. Komisyonun uygulamaları bakımından kurumlar, karşı karşıya kalınan belirsizlikler sonucunda ortaya çıkan maliyetler nedeniyle işletmeler ve nihayet iki hukuk sisteminde farklı çözüm arayışları nedeniyle, örneğin Komisyonun GE Honeywell birleşmesine izin vermeyeceğini duyurması üzerine alevlenen tartışmalar ve Al Gore’un ABD ile AB arasında ticaret savaşlarını başlatmak konusundaki tehditlerinin sonuçları gibi¹¹, devletler bakımından ortaya çıkan sorunlar, nihayet bütün bunlardan nihai olarak da tüketicinin etkilenmesiyle sonuçlanmıştır.

Rekabet Hukukunun küreselleşmesi tartışmasında, bölgesel entegrasyonların etkisiyle ulusal rekabet hukuku kurallarının yerine, zaman içinde bölgesel rekabet kurallarının ortaya çıkması neticesinde, bugün zaman içinde bölgesel rekabet kurallarının da yerini küresel rekabet kurallarına bırakabileceği tartışması yapılmaktadır.

¹⁰ Meibom Wolfgang V., Geiger A.M; A World Competition Law as an Ultimo Ratio; ECLR Vol. 23 Issue 9, September 2002, p.445.

¹¹ Kaczorowska A.; International Competition Law in the Context of Global Capitalism; Volume 21, Issue 2 February [2000] ECLR, p.117-127.

Küreselleşmenin rekabet hukuku üzerindeki etkisi nasıl olacaktır? Rekabet hukuku kuralları uluslar arası nitelikte mi olacaktır yoksa AB rekabet kuralları model alınarak şekillenecek ve uluslar üstü kurallardan mı söz edilecektir? Bu tartışmalar arasında artık tam anlamıyla ulusal rekabet kurallarından söz etmenin mümkün olmadığı, rekabet hukukunun artık küresel kamusal mal olduğu görüşü de ortaya atılmaktadır.¹²

Küreselleşmenin etkisiyle uluslar arası veya uluslar üstü kuralların ortaya çıkması tartışması bir yana, aslında bu sorunun cevabı da büyük ölçüde hangi kuralların uluslar arası nitelikte kurallarla düzenleneceğine bağlı olarak şekillenecektir. Bir başka deyişle uluslararası nitelikte düzenlenecek kurallar maddi hukuk kuralları mı olacaktır yoksa usul hukuku kuralları mı olacaktır?

4.1. Küreselleşmenin Maddi Hukuk Kurallarına Etkisi

Dünyada rekabet hukukunun gelişiminde maddi hukuk kurallarının yürürlüğe girişinin batıdan doğuya ve kuzeyden güneye doğru bir gelişim gösterdiğini söylemek mümkündür. Bununla beraber Güney Amerika ülkelerinde farklı tarihlerde yürürlüğe giren düzenlemeler olmakla birlikte, bu düzenlemeler esas itibarıyla 1990'lı yıllardan itibaren daha önem verilen politikalar arasında yer almaya başlamıştır. Bu çerçevede ABD ve Kanada'da (1890), AB, ve Birliğe Üye Devletlerde (1957), Güney Amerika Ülkelerinden Arjantin'de (1923,1980, 1999); Brezilya'da (1962,1990, 1994, 1998); Kolombiya'da (1959, 1992,1996, 1998); Şili'de (1959, 1973, 1980); Costa Rica'da (1994), Venezuela'da (1973, 1992, 1996)'da Doğu Avrupa Ülkelerinde (1990), Hindistan'da (1969, 2003), Kore'de (1980), Çin'de (2007); Güney Afrika'da (1995); Tunus'da (1991) ve Nijerya'da (1992) yapılan düzenlemelerle rekabet hukuku kuralları yürürlüğe girmiştir.¹³

Küreselleşmenin etkisiyle uluslararası niteliği giderek artan rekabet hukuku kurallarında maddi hukuk kuralları bakımından bir işbirliği sözkonusu olacaksa, burada da bir amaç tartışmasının yapılması zorunludur. Nitekim maddi hukuk kurallarının tümü için mi böyle bir işbirliği sözkonusu olacaktır yoksa ihlalin niteliğine göre, örneğin sadece açık ihlaller bakımından mı böyle bir uyumlaştırma gerekli olacaktır? Bu açıdan maddi hukuk kurallarının paralelliği ve etki teorisinin pek çok ulusal rekabet hukuku sisteminde kabul edilmesi sonucunda zaten açık ihlaller bakımından bir uyumlaştırma zemini zaten

¹² Karakas E.; Rekabet Hukuku ve Politikası, Nisan 2008.

¹³ Multilateral Competition Policy and Economic Development; A Developing County Perspective on the EC Proposals, UNCTAD Series on Issues in Competition Law and Policy, 2004.

oluşmuştur¹⁴. Burada açık ihlallerden çok, uluslar arası düzeyde uygulamada henüz bir yorum ve uygulama birliği olmayan alan, dikey anlaşmalardır. Dolayısıyla dikey anlaşmalar açısından böyle bir uyumlaştırma hedeflenmekte midir? Bu konudaki uyumlaştırma süreci bu alanı da içerecek midir?

Bu sorunun cevabı da büyük ölçüde rekabet kurallarının uluslar arası kurallarla düzenlenmesindeki amacın ne olduğuyla ilişkilidir. Buradaki amaç uluslar arası kartellerle mücadele midir? Yoğunlaşmaların uluslar arası düzeyde kontrolü müdür? Zira amacın ne olduğu bu amaçlara ulaşmak için seçilecek hukuki araçlar ve yöntem için belirleyici olacaktır. Gerçekten de amaç rekabet hukuklarının uyumlaştırılması mıdır yoksa sadece belirli alanlarda işbirliği yapılması mıdır? Aşağıda belirtileceği gibi bu amaç ve araç tespiti ile beraber bu işbirliğinin hangi forumda gerçekleştirileceği de tartışma konularından biridir.

4.2. Küreselleşmenin Usul Hukuku Kurallarına Etkisi

Küreselleşme yalnız maddi hukuk kurallarını değil **rekabet usul kurallarını** doğrudan etkilemektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki uluslararası karteller bakımından bu kartellerle etkin mücadele etmek uluslar arası alanda işbirliğini zorunlu kılmaktadır. Ancak bu işbirliği hangi düzeyde olursa olsun rekabet örgütleri arasında bilgi değişimi olmasını gerektirmektedir. Hatta bu gereklilik işbirliği kurumsal düzeyde olmasa da gereklidir. Ancak bilgi değişimi beraberinde gizliliğin ve ticari sırların korunması gereğini ve aynı zamanda bir yandan bilgi değişimini sağlarken diğer yandan gizliliğin ve ticari sırların uluslararası düzeyde korunması gereğini ve bunun için de gerekli düzenlemelerin yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Rekabet örgütlerinin usul kuralları alanında işbirliği, yerinde incelemelerde işbirliği yapılmasını gerektirmektedir. Bu işbirliği bazı coğrafyalar bakımından (ör: Avustralya-Yeni Zelanda) rekabet örgütlerinin karşılıklı olarak birbirlerinin sınır ötesi yetkilerini tanımaları ve doğrudan diğer ülkenin işletmelerinden bilgi, belge sorulabilmesi imkanının sağlanmasına kadar varabilmektedir. Rekabet soruşturmalarında farklı rekabet hukuku sistemlerinde savunma hakkı konusundaki farklı düzenlemelerle yine bu süreçte şikayetçinin hakları da farklı düzenlemelere tabi tutulmuştur ve uluslar arasılaşma sürecinde uyumlu hale getirilmesi gereken usul kuralları arasında sayılmaktadır.

4.3. Küreselleşmenin Birleşme ve Devralmaların Kontrolüne Etkisi

Rekabet hukuku ihlallerine uygulanacak kuralların yanı sıra birleşme ve devralma kuralları küreselleşmeden doğrudan ve en fazla etkilenen konu başlıkları arasındadır. Bu konuyla ilgili olarak bugün dünyada farklı düzenleme

¹⁴ Wijckmans F.M.K. Internationalization of competition policy observations from a European practitioner's perspective; The Antitrust Bulletin/Winter 2003; s.1039-1040.

ve uygulamalara konu olan bazı başlıkların rekabet kurallarının küreselleşmesinde öncelikle tartışılması gerekir¹⁵.

Bu farklı uygulamalara konu olan başlıkları sıralamak gerekirse, niyet mektubu veya protokolle de birleşme ve devralmaya izin talebiyle Rekabet Örgütüne bildirimde bulunabilme imkanı olması, inceleme sırasında askıya alma işleminin kapsamı, usulü, incelemenin süresi ve karar alma süreci; alınabilecek önlem ve tedbirlere ilişkin esas ve usuller sayılabilir. AB’nde özellikle 139/2004 sayılı Birleşme ve Devralmalar Tüzüğüyle üye devletlerin hukuk sistemlerinde büyük ölçüde yaklaştırma sağlandığı söylenebilir. Bununla birlikte bu konular, yukarıda da belirtildiği gibi, özellikle ABD ve AB rekabet hukukunda geçtiğimiz on yılda birleşme ve devralmalara izin sürecinde farklı uygulamalara ve dolayısıyla birtakım sorunlara konu olmuş alanlardır.

4.4. Küresel Rekabet Kuralları Hangi Forumda Gerçekleşecektir

Rekabet hukuku alanındaki küreselleşmenin rekabet hukukunun hangi konularında olacağını tartışırken, küreselleşmenin etkisiyle şekillenmesi beklenen bu işbirliğinin hangi kurumsal çatı altında gerçekleşebileceğine ilişkin tartışmalar üzerinde de durulmalıdır. Bir başka deyişle, bu işbirliği **Hangi Forumda** gerçekleşecektir? Geniş kapsamlı olması bakımından Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) (*WTO*) çatısı altında mı gerçekleştirilecektir? DTÖ yerine, iki taraflı veya çok taraflı uluslar arası anlaşmalarla mı gerçekleştirilecektir? Sınırlı sayıda tarafı olan ve özellikle AB¹⁶ ve ABD’nin yönlendirmesiyle temel ilkeleri belirlenecek bir uluslar arası anlaşma mı olacaktır?

Yukarıdaki bu sorulara kurumsal bir tartışmayı da eklemek gerekirse rekabet kurallarının uluslar arasılaşması uluslar arası bir rekabet örgütü oluşmasını ve belki de uzun dönemde Uluslar arası Rekabet Divanı fikrinin tartışılmasını gündeme getirebilecektir. Bu işbirliği DTÖ gibi çok taraflı anlaşmalarla olmayacaksa ilgili ülkelerin işbirliği yapmak konusundaki iradelerini sergileyecekleri gönüllülük esasına bağlı bir işbirliği platformu mu olacaktır? Aslında bu sorunun cevabı, daha önce yöneltilen bir başka sorunun cevabıyla şekillenecektir. İşbirliği aynı zamanda bir uyumlaştırma da sağlayacak

¹⁵ Hamner K.; The Globalization of Law; International Merger Control and Competition Law n the United States, the European Union, Latin America and China; Journal of Transnational Law and Policy; Volume 11:2; Spring 2002; s.386.

¹⁶ Çok taraflı rekabet politikası konusunda AB’nin önerileri için bkz. Multilateral Competition Policy and Economic Development; A developing Country Perspective on the European Community ProposalsUNCTAD Series on Issuesin Competition Law and Policy; s.4.

mıdır? DTÖ çatısı altında gerçekleşmesi olası mıdır?¹⁷ DTÖ'ne karşı son yıllarda beliren tepkiler ve üye devletlerin temkinli duruşu DTÖ'nün en doğru tercih olmayabileceğini göstermektedir.

Bu konudaki tartışmaların bir başka yönü işbirliğini öngören uluslar arası anlaşmanın tarafları ve niteliğine ilişkindir. Böyle bir uluslar arası anlaşma sınırlı sayıda tarafı olan bir anlaşma mı olacaktır ? Çok taraflı bir anlaşma dahi olsa ABD, Kanada, AB, Japonya, Avustralya gibi fiilen de işbirliği esaslarını belirleyen ülkelerin bu süreçte belirleyici olacaklarını öngörmek hiç de zor değildir¹⁸.

Nihayet bu süreçte AB'nde gerçekleşebilecek en somut gelişmelerden biri AB çatısı altında bir Avrupa Rekabet Örgütü ve Avrupa Rekabet Mahkemesi kurulmasıdır¹⁹. Avrupa Birliği Komisyonunun ve Adalet Divanının rekabet hukukuna ayırdığı mesai ve rekabet hukukunun AB hukuku ve amaçları bakımından önemi ve işlevi dikkate alındığında önceki yıllarda oldukça lüks sayılabilecek bu kurumlar, bugün artık bir zorunluluk olarak tartışılmaktadır. Bununla birlikte bu aşamada Avrupa Rekabet Örgütü ve Mahkemesi kadar somut olmasa da, küreselleşmenin etkisiyle daha uzun vadeli olarak tartışılabilir bir başka kurumsal gelişme de yıllar içinde Uluslar arası Rekabet Divanı ve Uluslararası Rekabet Örgütünün kurulabileceğidir.

V. KÜRESELLEŞİRKEN REKABET HUKUKU, NE YAPMALI REKABET KURUMU?

Günümüzde ulusal rekabet örgütlerinin ve ulusal rekabet hukukunun küreselleşmeden etkilenmemesi mümkün değildir. Ancak bu etkinin olumlu etkileri olduğu kadar olumsuz yönleri olacağı da tartışmasızdır. Bu süreçte önünde AB ve AB'ne üye devletlerin ulusal rekabet hukuklarını model alan ancak kendisi de başka coğrafyalar bakımından model oluşturan, “genç” bir kurum olarak tanımlanabilecek Türk Rekabet Kurumu'nun küreselleşmenin olumlu ve olumsuz etkilerini doğru teşhis etmesi önemlidir. Zira küreselleşmenin yönlendireceği dönüşümde, fayda maliyet analizini doğru tespit

¹⁷ Uluslararası Anlaşmalarla Rekabetin düzenlenmesi yeni bir fikir değildir. Nitekim 1947 Havana Şartı; UN Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Principles; OECD's guidelines for multinational Enterprises; WTO Draft on International Antitrust Code rekabet kurallarına yer veren uluslar arası düzenlemelere örnektir.

¹⁸ Gerber D.; The US European Conflict Over the Globalization of Antitrust Law : A Legal Experience Perspective; New England Law Review; Vol.34.1, s.123.

¹⁹ An EU Competition Court (Call for Evidence) Competition Law Association; www.competitionlawassociation.org.uk

ederek bu süreçlerdeki konumunu, bu değerlendirmelere bağlı olarak belirlemesi, anlamlı bir değişimin sağlanması bakımından önemlidir.

Küreselleşmenin en somut ve doğrudan etkisi şüphesiz kurumlar ve dolayısıyla kaynaklar üzerinde olacaktır. Tercih ve önceliklerin doğru belirlenmesi ve kaynakların buna uygun kullanımı bu süreçlerin olumlu sonuçlarının ortaya konulması bakımından önemlidir. İşte bu noktada Rekabet Kurumunun, rekabet hukukunun etki alanında olan kişi ve kurumlarca nasıl algılandığının belirlenmesi, Kurumun 10 yılı aşkın oluşum çabası sonucunda elde ettiği deneyimin değerlendirilmesi bakımından önemlidir. Bu etki alanı, sadece Kanunun doğrudan muhatabı olan işletmelerle sınırlı olmayıp, yasama organından, diğer idari birimlere, üniversiteden yargıya, tüketiciden medyaya daha geniş bir kitleyi içermektedir. Nitekim Kumcu bunu “Paydaşlar Rekabet Kurumunu nasıl algılıyor?” diye tanımlamaktadır²⁰.

Bu görüşü somutlaştıran bir çalışmaya örnek olarak İngiltere’de 2005 yılında İngiliz Rekabet Kurumu (*Office of Fair Trading*) tarafından gerçekleştirilmiş olan anket çalışmasını dikkatlerinize sunmak isterim (Birleşik Krallık Rekabet Komisyonu Paydaşlar Araştırması (Data Build 2005)²¹. Bu araştırmada paydaşlar, işletmeler, (işletmelerin) danışmanları, ilgili kurum ve kuruluşlar, ticaret birlikleri, tüketici örgütleri ve akademisyenler olarak sıralanmıştır.

Paydaşlara yöneltilen soruların ana teması, paydaşlar bakımından rekabet örgütünün çalışmalarında hangi faktörlerin önemli olduğudur. Bu anket çalışmasında rekabet örgütünün çalışmalarında önemli olduğu düşünülen faktörler aşağıdaki gibi sıralanmıştır:

- Hız
- Sürecin şeffaflığı (% 49)²²
- Paydaşları sürece dahil etme arzusu (% 54)
- Karar kalitesi (% 64)
- Önlemlerin yerindeliği
- Kararların yalın anlaşılır dille kaleme alınmış olması
- Tavsiye ve yönlendirmelerin açık olması
- İşletmelere getirdiği maliyet
- Güncel politika ve uygulamalardan haberdar olması
- Uzmanlık merkezi (centre of excellence) olması

²⁰ Kumcu E.; Rekabet Kurumu Perşembe Konferansı, Mart 2008

²¹ Birleşik Krallık Rekabet Komisyonu Paydaşlar Araştırması, Data Build 2005; www.ftc.co.uk ;

²² Bu oranlar paydaşlar tarafından en önemli görülen ilk üç unsurlara işaret etmektedir.

**En İyi Uygulamalar (*Best Practices*) Yerine
Daha İyi Uygulamalar (*Better Practices*) Önermesi (2005, Kovacic W.)**

Küreselleşme sürecinde bunun rekabet örgütleri üzerindeki olumlu etkilerini ençoklaştırmak bakımından, kurumsal öz değerlendirme yapılıp bunların sonuçlarını değerlendirmek önemlidir. Bu konuda ABD’nde FTC’deki görevinin yanı sıra, gelişmekte olan ülkelerde rekabet politikalarının oluşması ve yerleşmesi sürecinde yaptığı çalışmalarla da tanınan W. Kovacic’in²³, daha etkin uygulamalar ve daha etkili kurumlar oluşturulması bakımından, rekabet örgütlerine önerdiği aşağıdaki hususlara dikkat çekmek yararlı olabilir:

Bu çerçevede rekabet örgütlerinin düzenli olarak (5-10’ar yıllık dönemlerde) dikkate alması gereken hususlar:

- Kararlarının etkisini analiz etmek,
- İdari süreçlerin karar kalitesine etkisini değerlendirmek,
- İnsan kaynakları değerlendirmesi yapmak,
- Rekabet politikaları konusunda AR-GE yapmak,
- Üniversite-rekabet örgütü işbirliğini sağlamak,
- Politika belirlemede bağımlılıkların değerlendirilmesi,
- Karşılaştırmalı çalışmalar yapılması,
- Eleştirel öz değerlendirme yapılması,
- Kurumsal Gelişim,
- Meşruiyet

olarak sıralanmıştır.

Rekabet örgütlerinin daha iyiyi araştırma çabası içinde olmaları gereğini vurgulayan bu çalışmada Kovacic’in, özel önem atfettiği iki hususa işaret ederek bu bölümü sonlandırabiliriz.

Kovacic’e göre; “*yanlış anlaşılma veya yanlış yorumlanabilme olasılığı, şeffaflık gereğinin önüne geçiyorsa, politika ve uygulamalar kamuya iyi anlatılmıyor demektir*”.

Ve rekabet hukukunda “*en iyi uygulama (best practice)*” “*daha iyi uygulamayı (better practice)*” araştırmaktır.

²³ Kovacic W.; Achieving Better Practices in the design of Competition Policy institutions; The Antitrust Bulletin, Journal of American and Foreign Antitrust and Trade Regulation; Vol. 50, No.3/Fall 2005; The Institutional Foundations for Successful Competition Authorities, Rekabet Kurumu, Nisan 2007.

Sonuç Yerine : Küreselleşmeye Karşı Durmanın Dayanılmaz Hafifliği!

Bu çalışmada, küreselleşmenin ortaya çıkaracağı sonuçları öngörmekten çok, rekabet hukukunda hangi başlıkların bu süreçte daha yoğun tartışılabileceği ve bir soru/sorun olarak gündeme gelebileceği hususunu ortaya koyma çabası hakimdir. Küreselleşmenin rekabet hukuku üzerindeki etkisini özetlemek gerekirse; kısa dönemde radikal bir değişim veya gelişimden söz etmek mümkün olmayacaktır. Rekabet hukuku üzerindeki etki de küreselleşmenin kendisi gibi bir sürece yayılarak ortaya çıkacaktır.

Küreselleşmenin de etkisiyle rekabet kurallarında evrensel ortak kurallar oluşturma çabaları olduğu açıkça görülmektedir. Bununla birlikte aynı açıklıkta ortaya konulmasa da rekabet kurallarının halen ulusal piyasaları korumayı amaçlayan politikalar olarak kullanıldığını söylemek de mümkündür.

Dolayısıyla en belirgin etkisi rekabet hukukunda ortak bir lisan oluşturmuş olmak olan küreselleşmenin, önümüzdeki yıllarda yine bu etkiyle nasıl bir gelişim göstereceği konusunu yine rekabet hukuku terminolojisiyle özetlemek gerekirse, yukarıdakiler ışığında gündemde olacak soru(n)ları şu şekilde ifade etmek mümkün olabilecektir:

Küreselleşme yakın gelecekte rekabet hukukları piyasasında bir yoğunlaşmaya neden olabilecek midir?

Bu sürecin etkisiyle rekabet hukukları alanında işbirliği anlaşmaları mı yoksa bilinçli paralel davranış mı gözlemlenecektir?

Kanaatimizce küreselleşme, küresel bir rekabet hukuku yerine, küresel değerler/gereksinimlerle şekillenen ulusaldan bölgeye yönelmiş rekabet hukuklarının birlikte hakimliği(!) sonucunu doğuracaktır. Aslında bütün bu tartışmalar nihayetinde ulusal sistemler açısından rekabet hukuku alanında gerçekleşecek bir uluslar arasılaştırmanın (paydaşlar bakımından) fayda-maliyet analizinin iyi yapılması ve bunun sonucunda tüketicinin bu süreçten azami faydayı sağlayabilmesine hizmet edecek bir modelin tercih edilmesi gerekmektedir. Bu da ancak ulusal sistemlerin uygulamadan elde ettikleri deneyimleri doğru değerlendirip, önceliklerini ve bu süreçte kendilerini konumlandırmalarını buna göre şekillendirmeleriyle mümkün olabilecektir.

KAYNAKÇA

1. Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2008; (Ankara Barosu tarafından yayıma hazırlanmaktadır.)
2. Birleşik Krallık Rekabet Komisyonu Paydaşlar Araştırması, Data Build 2005; www.ftc.co.uk
3. Ersel H.; İç Piyasalarda Rekabet ve Küreselleşme, Perşembe Konferansları 2000.
4. Fox E.; Rekabet Hukukunun Önemi ve Küreselleşen Dünyada Yeri, Perşembe Konferansları, Ocak 2005. Evenett S.J. (2006) Does The Return Of Industrial Policy Pose A Threat To Competition Law? s.1-18.
5. Gerber D.; The US European Conflict Over the Globalization of Antitrust Law : A Legal Experience Perspective; New England Law Review; Vol.34.1, s.123
6. Hamner K.; The Globalization of Law; International Merger Control and Competition Law in the United States, the European Union; Latin America and China; Journal of Transnational Law and Policy; Volume 11:2; Spring 2002; s.386.
7. IBA Global Competition Forum www.globalcompetitionforum.org (2002); ICN, www.ICN.org (2002)
8. Işıkılı A.; Küreselleşmenin Anlamı, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Mayıs 2001;
9. Karakurt A.; Küresel Yarışta Rakibin Maliyetini Arttırma 2003
10. Karakoç O.; Rekabet Kurallarının Uluslararasılaşma Süreci ve Uluslararası Örgütlerin Politikaları; Rekabet Dergisi 2003
11. Kaczorowska A.; International Competition Law in the Context of Global Capitalism; Volume 21, Issue 2 February [2000] ECLR, p.117-127.
12. Karakas E.; Rekabet Hukuku ve Politikası, Nisan 2008.
13. Kovacic W.; Achieving Better Practices in the design of Competition Policy institutions; The Antitrust Bulletin, Journal of American and Foreign Antitrust and Trade Regulation; Vol. 50, No.3/Fall 2005; The Institutional Foundations for Successful Competition Authorities, Rekabet Kurumu, Nisan 2007.
14. Kumcu E.; Rekabet Kurumu Perşembe Konferansı, Mart 2008

- 15.Meibom Wolfgang V., Geiger A.M; A World Competition Law as an Ultimo Ratio; ECLR Vol. 23 Issue 9, September 2002, p.445.
- 16.Multilateral Competition Policy and Economic Development; A Developing County Perspective on the EC Proposals, UNCTAD Series on Issues in Competition Law and Policy, 2004.
- 17.Oran B.; Kaçınıcı Küreselleşme? Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları Haziran 2000,
- 18.Sztyber W.B.; Market and State in terms of Globalization; European Journal of Law and Economics 12; 145-150, 2001; s.146-147.
- 19.Ulagay O; Küreselleşme Nereye? Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Haziran 2000; www.rekabet.gov.tr
- 20.Wijckmans, FMK; (2003) Internationalization of Competition Policy Observations from a European Practitioner’s Perspective, The Antitrust Bulletin/Winter, s.1037-1044.
- 21.Yalman G.; (2007) Economic Theories of State or “economic imperialism” : Rent-seeking analysis as an exemplar, ODTÜ Gelişme Dergisi, Aralık 2007 Cilt 34 Sayı 2.
- 22.www.oecd.org
- 23.www.rekabet.gov.tr
- www.competitionlawassociation.org.uk

Prof. Dr. Ünal TEKİNALP (*İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi*)- Sayın Doktor Öz, bize gelişmeler ve gelecek hakkında gayet güzel bir resim çizdiniz; onun için tekrar teşekkür ediyoruz.

Seçtiği konularda, öğretisel açılım ve yaklaşımlarda genç bir hukukçuyu size takdim edeceğim; Ergun Özsunay.

Kendisini, Türkiye’de yazılmış ilk Rekabet Hukuku Kitabıyla hatırlıyoruz ve daima hatırlamak durumundayız. Daha bu hukukun hiç kimse tarafından kavram olarak bilinmediği dönemde bize çok kapsamlı bir kitap getirmişti. Sadece bu kitap üzerinde duruyorum; çünkü konumuz rekabet hukukudur.

Bir şeyi daha söylememe müsaade edin. 1980’li yıllarda İktisat ve Maliye dergisinde ben Sermaye ve Ortaklıkları Hukuku diye bir bölüm yönetirdim. Daha sonra da Avrupa Ekonomik Hukuku diye bir bölüm açtık. O bölümde bütün yazıları Ergun Özsunay yazardı. Uyumlu eylem nedir, hâkim işletme nedir, hâkim işletmenin durumunu kötüye kullanması nedir; onun oradaki yazılarıyla tanıştık, şimdi de kendisiyle tanışıyoruz.

Konusu, Bir Avrupa Rekabet Mahkemesi Kurulması Üzerine Düşüncelerdir.

BİR AB REKABET MAHKEMESİ KURULMASI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY

*İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Emekli Öğretim Üyesi*

A. BİR “AB REKABET MAHKEMESİ” KURULMASI ÖNERİSİ: İNGİLİZ ENDÜSTRİ KONFEDERASYONUNUN YAZISI

I. “Birleşmeler”in Denetimi Sürecine İlişkin Sorunlar

AB’nde özellikle “sınır aşan birleşmeler” (cross-border mergers) rekabet hukukunun genel olarak en önemli konularından biri olmuştur. “Birleşmeler”le ilgili olarak, AT’nun kurulmasını izleyen 30 yıl boyunca önemli bir düzenleme yapılmamıştır. Birleşmeler bakımından, Roma Antlaşmasının rekabet hukuku kuralları (m. 85 ve 86; ABA m. 81 ve 82) ile bunların uygulanmalarına ilişkin 17 sayılı Tüzük’ün çözümleriyle yetinilmiştir. Ancak, bu düzenlemeler, “birleşmelerin denetimi” bakımından yetersiz kalmıştır. Bu dönemde, Avrupa Adalet Divanının **Continental Can** ve **Phillip Morris olaylarında** rekabet kurallarını “birleşmeler”e uygulayan “kilometre taşı” niteliğindeki kararlarına karşın, “birleşmelerin denetimi” sorunu 1973 yılına kadar masaya getirilmemiştir¹.

AT’nda “birleşmeler”le ilgili en önemli düzenleme 1989 Aralık ayında gerçekleştirilmiş ve üye Devletler 4064/89 sayılı Tüzük’ü kabul etmişlerdir².

Bu Tüzükle, sınır aşan birleşmelerin incelenmesi görevi Komisyona verilmiş; bu konuda yeterli ve hızlı bir inceleme yöntemi de geliştirilmiştir. Ancak birleşmelerle ilgili sorunların artması üzerine bir Komisyon tarafından bir “Yeşil Rapor” (Green Paper) hazırlanmış; 2002 yılında da 4064/89 sayılı Tüzük’te dikkatli bir revizyon yapılmıştır. Bu Tüzük’ün yerini, 2004 yılının Ocak ayında, bu alandaki gelişmelerin ve deneyimlerin ışığında kaleme alınan

¹ Goyder, EC Competition Law, s. 336 vd.; Zaech, Wettbewerbsrecht der Europaeischen Union, s. 358.

² Council Regulation (EEC) No. 4064/89 on the control of concentrations between undertakings [1989] OJ L395/1. Düzeltilmiş metin için bkz. [1990] OJ L257/13. Ayrıntı için bkz. Goyder, EC Competition Law, s. 340 vd.

139/2004 tarihli Tüzük almıştır. Yeni **Birleşmeler Tüzüğü** 1 Mayıs 2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir³.

Birleşmeler Tüzüğü, Topluluk çapındaki büyük birleşmelerde “zorunlu ön bildirim sistemi”ni (compulsory system of prior notification) öngörmüştür. Birleşmelerin, kural olarak, bildirimden ya da Komisyonun, bunların “ortak pazarla uyumlu olduklarına ilişkin karar”ından önce yürürlüğe giremeyecekleri kabul edilmiştir.

Birleşmeler Tüzüğüne göre, Komisyon “ilk inceleme”yi (initial examination) 25 işgünü içinde (Aşama I) yapmakla yükümlü tutulmuştur. Bu aşamada, birleşmenin Tüzük kapsamına girip girmediği belirlenecek ve ortak pazarla uyumlu olup olmadığı hakkında ciddi şüphelerin bulunup bulunmadığı saptanacaktır. Bu gibi bir şüphenin varlığı halinde, 90 işgününden oluşan ek süre içinde (Aşama II) ikinci incelemeye geçilerek, “yoğunlaşma”nın (concentration), “özellikle hakim bir durumun yaratılması ya da güçlendirilmesi yoluyla ortak pazarda ya da onun önemli bir bölümünde, etkin rekabeti önemli bir şekilde engelleyip engellemediği”ne karar verilecektir.

Komisyon, yoğunlaşmaların rekabeti önemli bir şekilde engellediği kanısına vardığında, bunun ortak pazarla bağdaşmadığına karar verecektir. Böyle bir karara varılmasından önce taraflara durumun bildirilmesi ve tavır alma olanağının sağlanması gerekmektedir⁴.

Komisyon kararlarına karşı, İlk Derece Mahkemesine başvurulduğunda, sonucun alınması uzun bir zamanı gerekli kılmaktadır. İDM’ndeki inceleme

³ Council Regulation (EC) 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (The EC Merger Regulation)[2004] OJ L24/1. Ayrıca bkz. Council Regulation (EC) 802/2004 of 7 April 2004 implementing Council Regulation (EC) 139/2004 on the control of concentrations between undertakings (The Implementing Regulation) [2004] OJ L133/1. Birleşme Tüzüğü için bkz. *Lettl*, Kartellrecht, s. 166 vd.; *Bechtold/Brinker/Bosch/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, 681 vd. 4064/89 sayılı eski Tüzükle ilgili ayrıntı için bkz. *Goyder*, EC Competition Law, s. 335 vd.; *Faul & Nikpay* (Editors), The Law of Competition, Mergers by *Peder Christensen, Philip Owen and Dan Sjöblom*, s. 205 vd; *Bellamy & Child*, Common Market Law of Competition, 6-001 vd.; 6-006 vd; *Rittner*, Wettbewerbs-und Kartellrecht, s. 343 vd.; *Zaech*, Wettbewerbsrecht der Europäischen Union, s. 364 vd.; *Erdem*, Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar, İstanbul, 2003, s. 175 vd.

⁴ Komisyonun soruşturma yetkileriyle ilgili olarak para cezaları verme, birleşmeyi askıya alma ve başka yaptırımlar uygulama yetkileri mevcuttur. Komisyonun ceza verme yetkisi hakkında bkz. *Kerse*, s. 286 vd.

ortalama 32 ay almaktadır. “Hızlandırılmış yargılama usulü”nde bile, en kısa sürenin 7 ay olduğu gözlemlenmiştir⁵.

Oysa, altı aylık bir sürenin geçmesinden sonra, bekleme durumu, birleşme olgusunun niteliği ve ticari yaşamın gerekleriyle bağdaşmamakta; taraflar “birleşme”den vazgeçmek zorunda kalmaktadır. Topluluğun ticari yaşamıyla da bağdaşmayan bu durum ciddi şekilde eleştirilmektedir.

II. Bir AB Rekabet Mahkemesinin Kurulmasına İlişkin Öneri

İngiliz Endüstri Konfederasyonu (İEK, Confederation of British Industries, CBI) birleşme olaylarının incelenmesinde altı aylık bir sürenin aşılmasının amaca uygun olmadığını vurgulamış ve birleşmelerde hızın sağlanması amacıyla, 15 Haziran 2006 tarihli bir Yazıda, bir **AB Rekabet Mahkemesi** (AB RM) kurulmasına ilişkin önemli bir girişimde bulunmuştur⁶.

1. Gecikmeler

İEK, 15 Haziran 2006 tarihli bir **Yazıda** (CBI Brief), birleşmelere karar veren teşebbüslerin birleşme projelerinin Komisyon tarafından ret edilmesi halinde, AB'nin birleşmelerle ilgili yürürlükteki hukuk düzeninde söz konusu teşebbüslerin işine yarabilecek bir çözüm olmadığını belirtmiş; birleşme girişimlerinin uzun süre sürüncemede kalması ve gecikmelerden dolayı bu gibi projelerden vazgeçildiğini vurgulamıştır.

İEK, birleşme ve devralmaların AB ticaret ve endüstrisi bakımından büyük önem taşıdığını; bu konudaki gecikmelerin hem “rekabetin etkinliği”; hem de “AB'nin rekabet yeteneğinin etkinliği” üzerinde olumsuz etkiler yaptığını ileri sürmüştür.

İEK, bu duruma bir çözüm olmak üzere, Nice Antlaşmasıyla ABA'ya eklenen m. 225a uyarınca, **İlk Derece Mahkemesinin** (İDM) bir “**yargı dairesi**” olarak (a judicial panel of the Court of First Instance) bir AB Rekabet Mahkemesinin kurulmasını önermiştir⁷.

⁵ *EDP v. Commission* [2005] ECR II-3745.

⁶ Bkz. *CBI Brief-15 June 2006: The need for an EU Competition Court*. Ayrıca bkz. *The United Kingdom Parliament, House of Lords, European Union-Fifteenth Report, Chapter 1, No. 2* vd. Bir “Avrupa Kartel Ofisi” (European Cartel Office) kurulması için daha önce Almanya tarafından yapılan girişimler hakkında bkz. *Ehlermann, Common Market Law Review* 32, 471 vd.

⁷ *CBI Brief-15 June 2006: The need for an EU Competition Court*.

2. Diğer Çözüm Olanakları

İEK, bu konuda, diğer olası çözümlerin amaca uygun olmadığını belirtmiştir. Çözümlerden biri, “**hızlandırılmış yargılama usulü**”dür (fast-track procedure). İDM, gecikmelerin neden olduğu sorunların üstesinden gelebilmek için, 2003 yılında bir “hızlandırılmış yargılama usulü” geliştirmiştir. Bu sistemde, aktif dava yönetimi ve sunumların sayısının azaltılmasıyla, Komisyon kararlarının yargı yeri tarafından incelenmesine için gerekli olan zaman bir ölçüde kısaltılmıştır. Örneğin birleşmelerle ilgili 2003 yılında **Schneider v. Commission** ve 2005 yılında **EDP v. Commission Olaylarında** Komisyon kararlarına karşı İDM’nin kararları 11 aydan daha kısa bir süre içinde verilebilmiştir.

Ancak İEK, birleşmelerde, birleşmek isteyen teşebbüslerin nihai kararı 6 ay içinde elde edememeleri halinde, yapılan masraflar ve gecikmenin belirsiz olan sonuçları nedeniyle birleşmeden vazgeçmekte olduklarını ileri sürmüştür. Bu bakımdan, İEK, “hızlandırılmış yargılama usulü”nün yanında, bir “**super hızlandırılmış yargılama usulü**” (super fast-track) yaratılarak, birleşmelere ilişkin kararların 6 ay içinde verilebilmesi olanağının yaratılmasını önermekte ve bu konuda, İngiltere’deki, **Rekabet Temyiz Mahkemesinin** (Competition Appeal Tribunal, CAT) uygulamasını örnek göstermektedir.

3. Çeviri Sorunu ve Masrafları

İEK’na göre, bu alandaki gecikmelerin en önemli nedeni “dil sorunu”dur. Tarafların mahkemeye anlaşmak suretiyle çeviri gereksinimini ortadan kaldırmaları süreci önemli ölçüde hızlandıracaktır. Bununla beraber, İEK böyle bir çözümün, “**Yargılama Usulü Kuralları**” (Rules of Procedure) çerçevesinde çeşitli güçlüklerle karşılaşacağını belirtmekte ve yürürlükteki düzenlemede “hızlandırılmış yargılama usulü”yle iyi kötü bir çözümün bulunduğunu da kabul etmektedir.

İEK’na göre, mahkemenin çalışma dilinin Fransızca olması gecikmelerin en önemli nedenidir. Teşebbüslerin ve onları temsil eden hukuk bürolarının bu alandaki yetersizlikleri gecikmelere neden olmakta; çeviri gereksinimi, sorunların çözümünü zorlaştırmakta ve masraflar çoğalmaktadır⁸.

⁸ *CBI Brief-15* June 2006: The need for an EU Competition Court.

III. Bir “Çözüm Önerisi”: Bir AB Rekabet Mahkemesi”nin Yaratılması

1. Model

İEK’na göre, bu konuda yapılacak şey, Nice Antlaşmasıyla ABA’ya eklenen m. 225a hükmü uyarınca İDM’nenin “uzmanlaşmış bir yargı dairesi” (ihtisas mahkemesi) olarak kurulmuş bulunan ve 1 Ocak 2006 tarihinde faaliyete geçen “**AB Çalışanları Mahkemesi**” (EU Civil Service Tribunal) benzeri bir **AB RM**’nin yaratılmasıdır⁹.

Nice Antlaşması uyarınca bu mahkemeye atanacak yargıçlar “tam günlük” olacaktır. İEK, rekabet sorunlarıyla yetkilendirilmek üzere, her biri üçer yargıçtan oluşan üç mahkemenin kurulmasını önermiştir.

2. Özel Bir “Rekabet Mahkemesi” Kurulmasının Yararları

Komisyonun kararlarına karşı yargısal inceleme hızlandırılması seçeneklerini araştıran İEK, bu konuda amaca en uygun çözümün özel bir “rekabet mahkemesi”nin kurulması olduğu sonucuna varmıştır. Böyle bir mahkemenin kurulması aşağıdaki yararları sağlayacaktır:

- a) Birleşmelerin incelenmesi için RM’ne özgü bir usulün oluşturulması bu konuda gerekli olan hızı sağlayabilecektir.
- b) Bu mahkemenin yargıçları sadece rekabet olaylarına ilişkin sorunları ele alan rekabet uzmanları arasında seçilecektir.
- c) RM, **Fransızca dilinden başka bir dilde** de karar verebilecektir¹⁰.

3. Rekabet Mahkemesi Kararlarına Karşı Temyiz Yolu

RM, tıpkı “AB Çalışanları Mahkemesi” gibi, ABA m. 225a hükmü uyarınca, İDM’nin bir “*yargısal dairesi*” olarak kurulacak (judicial panel, gerichtliche Kammer), bu mahkemenin kararlarına karşı sadece “hukuk sorunları” bakımından temyiz yoluyla İDM’ne başvurulabilecek; istisnaen de Avrupa Adalet Divanına (AvAD, European Court of Justice) gidilebilecektir.

⁹ AB Çalışanları Mahkemesi, AB çalışanlarının (personel) sorunlarıyla ilgili olarak yılda 170 olayı ele alabilmektedir. Böylece, İDM’nin yargıçları, “rekabet hukuku”na ilişkin sorunlara daha fazla zaman ayırabileceklerdir. Ancak, personelle ilgili sorunların karmaşık hukuk sorunları olmaması nedeniyle, bu konuda özel bir “ihtisas mahkemesi”nin kurulmuş olmasının, uygulamada İDM’nin iş yükünü önemli ölçüde azalması sonucunu doğurmayacağı ve rekabet olaylarının incelenmesi için gerekli olan zaman unsuru üzerinde fazla bir etki göstermeyeceği ileri sürülmektedir.

¹⁰ *CBI Brief*-15 June 2006: The need for an EU Competition Court.

Temyiz incelemesini yapacak olan İDM, sadece Komisyon kararının “**hukuka uygunluğu**”nu (lawfulness) denetleyecek; ancak davanın esasına girerek kendi görüşüne uygun bir karar vermeyecektir. Bununla beraber, Komisyon kararının dayandığı kanıtların kesin, güvenilir ve tutarlı kanıtlar olup olmadığı ve Komisyon kararının alınması bakımından gerekli bilgilerin Komisyona verilmiş bulunup bulunmadığı kontrol edilebilecektir.

4. Rekabet Mahkemesinin Yargı Yetkisi

RM’si, teşebbüslerin ve/veya üye Devletlerin gönderdikleri **rekabet sorunlarını** ele alacaktır. Buna karşı, üye Devletler, devlet yardımlarına (state aid) ilişkin sorunlarını İDM’ne gönderebileceklerdir.

5. Sonuç ve Öneri

İEK, 15 Haziran 2006 tarihli Yazısında, rekabet kurallarına (ABA m. 81 ve 82) ilişkin **Modernizasyon Tüzüğü** (Regulation 1/2003) ile **Birleşmelerle İlişkin Tüzükte** (EC Merger Regulation) yapılan değişikliklerin AB rekabet hukukunu önemli ölçüde değiştirmiş olduğunu; bu değişikliklere paralel olarak **Rekabet Genel Müdürlüğü**nün (DG Competition) yapısında önemli değişikliklerin gerçekleştirildiğini ve birleşmelerin gözden geçirilmesi usulünde de yenilikler yapılmış olduğunu belirtmekte; bu bakımdan, kurulacak bir AB rekabet sorunları “ihtisas mahkemesi”nin, hem AB rekabet hukukunun amaca uygun bir şekilde uygulanmasıyla ilgili olarak AB teşebbüslerinin menfaatlerine; hem de AB iş yaşamına önemli katkılar getireceğini ileri sürmektedir.

B. LORDLAR KAMARASI’NIN BİR AB REKABET MAHKEMESİ KURULMASI ÖNERİSİNE İLİŞKİN ANKETİ

İEK’nun yazısı üzerine, **Lordlar Kamarası Avrupa Birliği Seçim Komitesinin E Alt-Komitesi (Hukuk ve Kurumlar)** (Sub-Committee E (Law and Institutions) of the House of Lords Select Committee on the European Union), ilgili çevrelere, kurum ve kuruluşlara bir anket formu göndererek, aşağıdaki sorular hakkında 3 Kasım 2006 tarihine kadar görüş açıklamasında bulunmalarını istemiştir¹¹. Alt-Komitenin anketinde yer alan sorular şunlardır:

1. AB Düzeyinde Eyleme Geçmek İçin Bir Neden Var mıdır?

Burada, İDM’den ayrı olarak bir AB Rekabet Mahkemesinin kurulmasının gerekli olup olmadığı ve böyle bir mahkemenin ele alacağı olayların neler olacağı sorulmaktadır.

¹¹ Bkz. *An EU Competition Court*, Call for evidence

2. İDM’de Reform Gerekli midir?

Yeni bir mahkemenin kurulması İDM’nin “usul kuralları”nda yapılacak reformla gerçekleştirilebilir mi?

3. Rekabet Mahkemesinin Yargı Yetkisi

İEF, “rekabet mahkemesi”nin ABA m. 225a hükmüne göre, bir “yargı dairesi” (judicial panel, gerichtliche Kammer) olmasını önermektedir. Bu öneri uygun mudur? Böyle bir mahkeme kurulursa, bunun “yargı yetkisi” ne olmalıdır?

Gecikme sorunu, sadece “birleşmeler”le mi ilgilidir? Böyle ise, bu mahkemenin yargı yetkisi saece “birleşme olayları”na mı özgülenmelidir?

4. Rekabet Mahkemesinin Oluşturulması

ABA m. 225a “yargı daireleri” üyelerinin, “bağımsızlığı şüphe götürmeyen ve bir yargı yerine atanma (appointment to judicial office) için gerekli yeteneklere sahip bulunan kişiler” olmasından söz etmektedir. Bu mahkemelere seçilecek yargıçların nitelikleri ne olmalıdır? Bunlar ne şekilde seçilmelidir?

Madde 225a, **iktisatçı ve muhasebecilerin** (economist and accountants) bu mahkemelerin üyeleri olmasına engel ise, bu gibi uzmanların yardımları nasıl sağlanabilir? Kurulması önerilen “**AB Patent Mahkemesi**” (EU Patent Court) modelinde **bilim adamı/teknokratların** “**yardımcı raportörler**” (assistant rapporteurs) olarak seçilebilmelerinde olduğu gibi; “Rekabet Mahkemesi” için de “iktisatçı ve muhasebeciler”in “yardımcı raportörler” olarak görevlendirilebilmeleri uygun mudur?

5. Rekabet Mahkemesi Kararlarına Karşı Temyiz Yolu

ABA m. 225a, “yargı daireleri”nin (judicial panel) verecekleri kararlara karşı, sadece “**hukuksal sorunlar**” (points of law) bakımından; bunları kuran kararda (Komisyon kararı) öngörülmesi halinde de, “**olgusal konular**” (matters of fact) bakımından temyiz yoluyla (appeal) İDM’ne başvurulabileceğini öngörmektedir. İDM’nin kararları, ancak “**istisnai durumlarda**”, AvAD’ın incelemesine konu olabilmektedir (ABA m. 225/II).

Bu durumda, rekabet mahkemesince verilecek kararlara karşı İDM’nin yargı yetkisi ne olmalıdır? İDM’nde, temyiz başvurularını incelemek üzere bir “**ihhtisat dairesi**” olmalı mıdır?

6. İDM'nin Gelecekteki Rolü

Rekabet hukuku sorunlarından kurtarıldığı takdirde, İDM'ne Topluluk rekabet hukukunu uygulayan ulusal mahkemelerin kararlarını ele alabilme yetkisi (ABA m. 225/II) tanınmalı mıdır? **Courage Ltd. v. Crehan olayı** gibi olaylar, İDM'ne mi; yoksa AvAD'a mı gönderilmelidir?

C. ANKETE VERİLEN CEVAPLARIN IŞIĞINDA YENİ BİR REKABET MAHKEMESİNİN KURULMASININ LEHİNDE VE ALEYHİNDE GÖRÜŞLER

I. Yeni Bir AB Rekabet Mahkemesinin Kurulması Lehinde Olan Görüş

Bir AB RM'nin kurulması lehinde olan görüşe göre, böyle bir mahkemenin oluşturulması aşağıdaki yararları sağlayacaktır:

1. Özel Bir Yargılama Usulü

Mevcut düzenlemede “birleşme olayları” bakımından özel bir yargılama usulü (procedure) öngörülmemiştir. Her ne kadar özellikle birleşme durumları göz önüne alınarak bir “**hızlı yargılama usulü**” (fast-track procedure) öngörülmüş olup, uygulamada da, bu usul genellikle birleşmelerde kullanılmakta ise de, birleşme durumlarının gerekli kıldığı hızı bu usul ile sağlayabilmek mümkün olamamaktadır. Bu bakımdan, İEK, yeni bir AB RM'nin yaratılması halinde, bu mahkemenin uygulayacağı yargılama usulünün kural olarak birleşmelere özgü olacağını ve birleşme durumlarının gerekli kıldığı hızın sağlanacağını ileri sürmektedir¹².

2. Uzman Yargıçlar

Rekabet hukukuna ilişkin sorunları ele alan yargıçların rekabet hukuku uzmanları olmaları gerekir. Bu konuda İDM'de her dairede rekabet hukuku sorunlarını bilen bir yargıç bulunmakta ve genel olarak İDM'nin rekabet hukuku sorunlarına ilişkin kararlarının kalitesi bakımından herhangi bir sorun ortaya çıkmamakta ise de, yeni bir AB RM'nin yaratılması halinde yargıçların özellikle rekabet hukuku uzmanı olmaları bir çok sorun bakımından önemli kolaylıklar sağlayacaktır¹³.

¹² *The United Kingdom Parliament, House of Lords, European Union-Fifteenth Report, Chapter 3, No. 55.*

¹³ *The United Kingdom Parliament, House of Lords, European Union-Fifteenth Report, Chapter 3, No. 56.*

3. Çalışma Dili

Uygulamada, Komisyon ve İDM önüne getirilen bir çok “birleşme olayı” Fransızca olarak değil, fakat İngilizce olarak sunulmaktadır¹⁴.

İEK’in yeni bir AB RM’nin kurulmasına ilişkin önerisinde, çalışma dilinin sadece İngilizce olması önerilmiştir.

Yeni kurulacak bir AB RM’nin çalışma dilinin **İngilizce olması** ve sunumların İngilizce yapılması birleşme olaylarında hızın artmasını sağlayacaktır¹⁵.

4. İDM’nin Görevlerinin Yeniden Düzenlenmesi

Kurulması önerilen RM’nin kararlarının temyiz yoluyla incelenmesi görevinin İDM’ne verilmesi halinde, İDM’nin görevlerini yeniden düzenlemek yerinde olacaktır.

Zira, Topluluk rekabet kurallarının uygulanması bakımından 1/2003 sayılı Tüzükle gerçekleştirilen modernizasyondan sonra, İDM’nin, ulusal mahkemelerin rekabet hukukuna ilişkin kararlarını inceleyebilmesi (ön sorunlar, preliminary questions) bu mahkemenin iş yükünü arttıracaktır.

II. Yeni Bir AB Rekabet Mahkemesinin Kurulmasına Karşı Olan Görüş

1. Rekabet Mahkemesinin Yargı Yetkisi

Bazı uzmanlara göre, yeni kurulacak RM’nin yargılama yetkisi sırf “birleşmeler”e özgülenmeyip, “rekabet kurallarının uygulanması”nı da içerdiği takdirde, yeni mahkeme de, aynen İDM gibi, aynı sorunlarla karşı karşıya gelecektir. Birleşmeler ve birleşmelerle ilintili rekabet davalarının karmaşık nitelikleri nedeniyle yeni mahkemenin iş yükü azalmayacaktır.

¹⁴ İDM’nin kurulduğu tarih olan 1989 tarihinden bu yana birleşme olaylarının % 49.3’ü İngilizce; % 22.5’u Fransızca; aşağı yukarı % 10’u da Almanca veya İspanyolca olarak sunulmuş bulunmaktadır. *The United Kingdom Parliament, House of Lords, European Union-Fifteenth Report, Chapter 3, No. 57 dn. 36.*

¹⁵ Bununla beraber, birleşme olaylarındaki gecikmelerin dil sorunundan kaynaklandığı çok inandırıcı değildir. Olayların büyük çoğunluğunun İngilizce olarak sunulmasına karşın önemli gecikmelerin ortaya çıkması başka nedenlerden ileri gelmektedir. *The United Kingdom Parliament, House of Lords, European Union-Fifteenth Report, Chapter 3, No. 59 vd.*

Bundan başka, ABA m. 225a uyarınca, kurulacak yargı dairelerinin kararlarının temyiz yoluyla İDM'ne götürülebilmesi ve İDM kararlarına karşı da AvAD'a gidebilme olanağı, gecikmeleri ortadan kaldırmayacaktır¹⁶.

2. Bir Rekabet Mahkemesi Kurulmasına İlişkin Güçlükler

Bundan başka, ABA m. 225a uyarınca, yeni bir AB RM'nin kurulabilmesi, Komisyonun önerisi ya da AvAD'ın istemi üzerine Konseyin bu yönde karar vermesiyle mümkündür. Oysa, halen böyle bir öneri ya da istem söz konusu olmadığı gibi; bu konuda, üye Devletlerin veya AP'nun herhangi güçlü bir desteği de mevcut değildir.

Komisyon, İEK'nun yeni bir AB RM'nin kurulmasına ilişkin önerisinin yeterince inandırıcı olmadığı görüşündedir. Komisyonun Birleşme Tüzüğüne ilişkin çalışmasını gerçekleştirdiği 2003 yılında böyle bir mahkemenin kurulması düşüncesi ortaya atılmış ise de, Komisyon, İDM'nin iş yükünün fazla olmasının, rekabet olayları için yeni bir yargı yerinin yaratılması bakımından ivedi bir gereksinim sayılmayacağı görüşüne varmıştır¹⁷.

D. YENİ BİR AB REKABET MAHKEMESİNİN OLUŞTURULMASI ve GÖREVLERİ

I. AB Rekabet Mahkemesinin Hukuksal Dayanağı

İEF'nin yeni bir AB RM'nin oluşturulmasına ilişkin önerisi ABA'na, Nice Antlaşmasıyla eklenmiş bulunan m 225a hükmüne dayanmaktadır. Nice Antlaşmasıyla değişikliğe uğrayan ABA m. 220 de, İDM'ne bağlı olarak kurulacak yargı dairelerine, İDM'nin “yargılama yetkisi”ni (judicial competence) kullanabilme yetkisini tanımaktadır. Bu maddeye göre, söz konusu yargı daireleri, “belirli alanlarda” önlerine getirilen davalar ya da belirli dava sınıfları bakımından karar verebileceklerdir. Bu dairelerden verilen kararların, ancak “hukuk sorunları” (points of laws) bakımından temyiz edilebilirler. Ancak, bu daireleri kuran kararlarda öngörüldüğü takdirde, ayrıca “olgular”ın da (points of facts) temyiz yoluyla İDM önüne götürülebilmesi mümkündür (m. 225a/III).

Madde 225a'ya göre “belirli alanlarda” yargı yetkisi”ni kullanabilecek “yargı daireleri” (judicial panel, gerichtliche Kammer) kurulmasında bu maddenin mimarları üç kategori uyuşmazlığı göz önüne almışlardır: **Topluluk**

¹⁶ *The United Kingdom Parliament, House of Lords, European Union-Fifteenth Report, Chapter 3, No. 66.*

¹⁷ *Vesterdorf, Judicial Review in EC Competition Law: Reflections on the Role of the Community Courts in the EC System of Competition Law Enforcement, Competition Policy International, Autumn 2005, Vol. 1, No. 2.*

ile çalışanları arasındaki uyuşmazlıklar; markalar ve rekabet hukuku sorunları.

Madde 225a'dan yararlanılarak 2004 yılında, üye Devletler tarafından “**AB Çalışanları Mahkemesi**” (European Union Civil Service Tribunal) kurulmuştur. Bu mahkeme, 7 yargıçtan oluşmakta ve “AB ile çalışanları” arasındaki uyuşmazlıkların çözümü konusunda yargı yetkisi bulunmaktadır. Bu mahkemenin kararlarına karşı, “hukuk sorunları” (points of law) bakımından temyiz yoluyla İDM'ne başvurulabilir. İstisnaen, İDM'nin kararlarının da, AvAD tarafından gözden geçirilmesi istenebilir.

II. AB Rekabet Mahkemesi'nin Yargı Yetkisi

İEF'nun önerdiği üzere bir AB RM'nin kurulması söz konusu olduğunda, bu mahkemenin hangi “rekabet” sorunlarında (“belirli alan” [specific area]) yargı yetkisine sahip olacağını belirlemek gerekecektir. İEF'ye göre, RM'nin yargı yetkisi sadece “birleşmeler”le sınırlı olmamalı; bu mahkeme, ayrıca, ABA m. 81 ve 82'nin uygulanmasıyla ilgili olarak Komisyon kararlarına karşı yapılacak itirazlar da dahil, tüm rekabet hukuku sorunları ile rekabet kısıtlamalarının özel hukuk sonuçlarına ilişkin sorunları da ele almalıdır¹⁸.

III. Rekabet Mahkemesi'nin Oluşturulması: Yargıçların Seçimi ve Nitelikleri

İEF, her biri üç yargıçtan oluşacak “üç yargı dairesi”nin oluşturulmasını önermektedir. Ancak yeni mahkemeye seçilecek yargıçların nitelikleri ne olacak ve bunlar ne şekilde atanacaklardır?

a) Seçim Usulü

“**AB Çalışanları Mahkemesi**” yedi yargıçtan oluşmaktadır. Bu bakımdan, AvAD ve İDM'de olduğu gibi, her üye Devletin birer yargıç ataması söz konusu olmayacaktır. AB RM'ne seçilecek yargıçların belirlenmesi bakımından “AB Çalışanları Mahkemesi”ne seçilen yargıçlarla ilgili yöntem iyi bir örnek teşkil edebilir. “AB Çalışanları Mahkemesi”nin yargıçları seçilirken, Konsey tarafından, eski AvAD ve İDM yargıçları ile “seçkin hukukçular”dan

¹⁸ *The United Kingdom Parliament, House of Lords, European Union-Fifteenth Report, Chapter 1, No. 18. Ayrıca bkz. Green Paper, Damages actions for breach of the EC antitrust rules, COM(2005) 672, 19 December 2005.*

oluşan 7 kişilik bir Komite vücuda getirilmiştir ve bu Komite, yargıç seçimi için duyuruda bulunmuştur¹⁹.

Komite, yapılan 243 başvuru içinden, “uygun derecede deneyimi” bulunan 14 kişiyi ayırmıştır. Daha sonra Konsey, coğrafi esasları göz önünde bulundurarak ve ulusal hukukları göz önüne alarak bu 14 kişilik listeden mahkemenin 7 yargıcını seçmiştir²⁰.

b) Yargıçların Nitelikleri

AB RM yargıçlarının sadece “hukukçular” arasından mı seçileceği; yoksa başka uzmanlık alanlarından da yargıç atanıp atanmayacağı tartışılmıştır.

Bazı uzmanlar, RM yargıçlarının sadece “hukukçu” olmalarını önermişlerdir. Ancak ABA m. 225a, “bağımsızlığı şüphe götürmeyen ve bir yargı yerine atanma (appointment to judicial office) için gerekli yeteneklere sahip bulunan kişiler”in söz konusu “yargı daireleri”ne üye olarak atanabileceklerini belirtmektedir²¹.

Bu bakımdan, “hukukçular”dan başka, “iktisatçılar”ın da (ekonomist) AB RM’ne üye seçilebilmeleri tavsiye edilmektedir. Rekabet hukuku ve birleşmelerle ilgili sorunların niteliği ve iktisadi analizlerin yapılması zorunluluğu, AB RM’nde hukukçular yanında iktisatçıların da bulunması yararlı olacağını ortaya koymaktadır²².

c) Yargıçların Dil Yetenekleri

İEF, AB RM’nin çalışma dilinin İngilizce olmasını önermektedir. Uygulamada, AvAD ve İDM üyelerinin genel olarak İngilizce bildikleri

¹⁹ Council Decision of 18 January 2005 concerning the conditions and arrangements for appointment as a judge of the European Civil Service Tribunal (2005/150/EC, Euratom) [2005] OJ L50/7.

²⁰ Council Decision of 22 July 2005 appointing Judges of the European Civil Service Tribunal (2005/577/EC, Euratom) [2005] OJ L197/28

²¹ Madde 225a hükmü, İDM’ne atılacak üyelere ilişkin ABA m. 224 hükmüyle, aşağı yukarı aynı içeriktedir. Ancak m. 224’te, İDM üyeleri bakımından “yüksek yargı makamı”ndan (high judicial office) söz edilmiştir. Buna karşı, AvAD’a atılacak üyelere ilişkin ABA m. 223 hükmü ise, m. 224 ve m. 225a’dan esaslı bir şekilde farklıdır. Bu maddede, “kendi ülkelerinde en yüksek yargı makamlarına atanmak için gereken niteliklere sahip bulunan kişilerden ya da seçkin nitelikte hukuk danışmanlar”ından (jurisconsults of recognised competence) söz edilmektedir.

²² Bununla beraber, uygulamada, üye Devletlerin, hem AvAD üyelerini; hem de İDM yargıçlarını kural olarak hukukçulardan (hukuk profesörleri, kamu görevlileri, uygulamacılar) seçtikleri belirtilmelidir. Bkz. *The United Kingdom Parliament, House of Lords*, European Union-Fifteenth Report, Chapter 4, No. 99.

belirtilmelidir. Ancak, rekabet hukuku sorunlarını ele almak üzere kurulacak uzman mahkeme üyelerinin İngiliz yanında, duruma göre, önlerine getirilecek olayları Fransızca, Almanca, İtalyanca ve İspanyolca dillerinde de karara bağlamaları beklenmelidir²³.

IV. Rekabet Mahkemesi Kararlarına Karşı Temyiz Yolu

ABA m. 225a hükmüne göre, “yargı daireleri” tarafından verilen kararlara karşı sadece “hukuksal sorunlar” (points of law) bakımından, temyiz yoluyla İDM’ne başvurulabilir. Ancak, “yargı dairesi”ni kuran kararda (Konsey kararı) öngörülmüş bulunuyorsa, “olgusal hususlar” (matters of fact) bakımından da İDM’ne başvurabilmek mümkündür.

“AB Çalışanları Mahkemesi”nin kararlarına karşı, ancak “hukuksal sorunlar” (points of law) temyiz yoluyla İDM’ne başvurulabilir²⁴.

Aynı çözüm, AB RM kararları bakımından da önerilmektedir²⁵.

E. BİR AB REKABET MAHKEMESİ KURULMASI ÖNERİSİNE İLİŞKİN TARTIŞMALARIN SONUCU

Bir AB RM kurulmasına ilişkin öneriyle ilgili tartışmalar şu anda aşağıdaki sonuçlara varmış bulunmaktadır:

1. Kural olarak, bugünün koşullarında yeni ve ayrı bir “yargı yeri” (a new and distinct judicial panel) bir “**Rekabet Mahkemesi**”nin (Competition Court) kurulması düşünülmemektedir²⁶.

2. **Lordlar Kamarası**, İDM içinde, bir “**ihhtisas mahkemesi**”nin (a specialist competition chamber within the CFI) kurulmasının amaca uygun olacağı ve “birleşmelerle” ilgili olarak İEK tarafından ileri sürülen gecikmeleri

²³ Bkz. *The United Kingdom Parliament, House of Lords*, European Union-Fifteenth Report, Chapter 4, No. 104.

²⁴ Article 11 of the Annex to Council Decision of 2 November 23004 establishing the European Civil Service Tribunal (2004/752/EC, Euratom) [2004] OJ L333/7. Temyiz nedenleri şunlardır: *mahkemenin yargı yetkisinin bulunmadığı; usule aykırılıklar; mahkemenin Topluluk hukukunu ihlal etmiş olduğu iddiası.*

²⁵ *Rekabet Hukuku Derneği* (Competition Law Association), İDM kararlarına karşı, AvAD’ın izni olmadıkça, AvAD’a başvurulamamasını önermiştir. Bu çözümün Common law hukuk geleneğine uygun olduğu belirtilmelidir. Buna karşı, temyiz hakkı bakımından bu çözüm civil law hukuk geleneğine (örneğin Alman, Fransız ve İspanyol hukukları) uygun görünmemektedir. Bkz. *The United Kingdom Parliament, House of Lords*, European Union-Fifteenth Report, Chapter 4, No. 108.

²⁶ Bkz. *The United Kingdom Parliament, House of Lords*, European Union-Fifteenth Report, Chapter 7, No. 190 vd.

ortadan kaldıracağı kanısındadır. **Alman Federal Endüstri Birliği** (BDI) ile **İsveç Teşebbüsler Konfederasyonu** (Svenski Naeringsliv) da bu görüşü savunmaktadır²⁷.

3. Buna karşı **MTO** ve **UNICE** ise, bir “ihtisas mahkemesi”nin kurulmasının **geçici bir çözüm** (interim solution) olarak şimdilik “birleşmeler”le ilgili sorunları ortadan kaldıracığını; ancak son tahlilde, bir “Rekabet Mahkemesi” kurulmasının amaca uygun olacağı kanısındadır. Bu görüş, **Rekabet Hukuku Derneği** (CLA) tarafından da paylaşılmaktadır²⁸.

4. Avrupa Barolar ve Hukuk Dernekleri Konseyi (CCBE) ise, İEK’nun “birleşmeler” bakımından ortaya koyduğu sorunların daha çok yargıç atanmasıyla üstesinden gelinebileceği kanısındadır.

5. “Birleşmeler” bakımından, genel olarak, İEK’nun önerdiği **altı aylık sürenin** yerinde ve amaca uygun olduğu belirtilmektedir. “Birleşmeler”de zaman unsuru önem taşır. Bu bakımdan, Lordlar Kamarası bu konuda İEK’nun görüşüne katılmaktadır²⁹.

Ancak, İDM’nin yükünü hafifletmek suretiyle zaman sorununun üstesinden gelinebileceği belirtilmektedir. Örneğin markalarla ilgili sorunların İDM’den alınmasıyla bu mahkemenin yükünün hafifleyeceği ileri sürülmüştür³⁰.

Komisyon da, birleşmeler bakımından mevcut düzenlemeler çerçevesinde altı aylık süre içinde sonuç alınabileceği görüşündedir³¹.

6. Çalışma dilinin Fransızca’dan İngilizce’ye dönüştürülmesi ya da BDI’nin tavsiye ettiği şekilde **az sayıda çalışma dilinin** kabul edilmesi siyasal bakımından çeşitli güçlükleri beraberinde getirecektir. Kaldı ki, uygulamada,

²⁷ Bkz. *The United Kingdom Parliament, House of Lords, European Union-Fifteenth Report, Chapter 5, No. 113.*

²⁸ Bkz. *ICC, Document No. 225/636 of 3 November 2006. CLA, bir “ihtisas mahkemesi” kurulmasının doğru yönde atılmış bir adım olduğunu belirtmiştir. Bkz. The United Kingdom Parliament, House of Lords, European Union-Fifteenth Report, Chapter 5, No. 114.*

²⁹ Bkz. *The United Kingdom Parliament, House of Lords, European Union-Fifteenth Report, Chapter 7, No. 190.*

³⁰ Bkz. *The United Kingdom Parliament, House of Lords, European Union-Fifteenth Report, Chapter 5, No. 173; Chapter 7, No. 213.*

³¹ Bkz. *The United Kingdom Parliament, House of Lords, European Union-Fifteenth Report, Chapter 5, No. 144-145.*

“birleşmeler”le ilgili olayların büyük çoğunluğunun Komisyona İngilizce olarak getirildiği görülmektedir³².

7. Çeşitli çevreler tarafından etkin bir **dava yönetiminin** (case management) ve kesin sürelerin uygulamaya kolaylık getireceği ileri sürülmüştür. Örneğin, **Rekabet Hukuku Derneği** (CLA), dava yönetimi konusunda, İDM’nin, **İngiliz Rekabet Temyiz Mahkemesinin** (CAT) dava yönetimine ilişkin yöntemlerini benimsemesinin yerinde olacağını belirtmiştir³³.

Ancak, bir mahkemenin uygulamasının başka bir mahkeme tarafından benimsenmesinin ve “örnekseme yoluyla” (by analogy) uygulanmasının sanıldığı kadar kolay olmadığı da belirtilmektedir³⁴.

8. İEK’nun ortaya koyduğu sorunla”nın üstesinden gelinebilmesi için ileri sürülen başka bir görüş de, **İDM’nin yetkilerinin genişletilmesine** (enlarging jurisdiction of the CFI) ilişkindir³⁵.

Bu görüşe göre, İDM’ne, Komisyonun “birleşme”yle ilgili kararlarını iptal ettiği zaman, bunları Komisyona göndermesi yerine, AvAD’ın temyiz incelemesine tabi olarak, kendisinin karar verebilmesi olanağının tanınmasıdır³⁶.

³² Bkz. *The United Kingdom Parliament, House of Lords*, European Union-Fifteenth Report, Chapter 5, No. 132.

³³ *Competition Commission Appeals Tribunal* için bkz. Bervin, S.J & Co., Competition Law of the UK, Volume 1, 13-1 vd. *UK Competition Appeal Tribunal* için bkz. *Current Competition Law*, Volume V (Edited by Philip Marsden, M. Hutchings Obe and P. Whelan), BIICL, 2007, s. 115.

³⁴ Bkz. *The United Kingdom Parliament, House of Lords*, European Union-Fifteenth Report, Chapter 5, No. 135.

³⁵ Bkz. *The United Kingdom Parliament, House of Lords*, European Union-Fifteenth Report, Chapter 5, No. 158. ve Chapter 6, No. 174 vd.

³⁶ AvAD (Court of Justice) görev ve yetkileri için bkz. *Kapteyn/van Themaat*, Introduction to the Law of the European Communities, s. 257 vd. Böyle bir çözüm *İngiliz Rekabet Temyiz Mahkemesine* tanınmıştır. Bkz. *The United Kingdom Parliament, House of Lords*, European Union-Fifteenth Report, Chapter 5, No. 158.

SEÇİLMİŞ LİTERATÜR

Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, EG-Kartellrecht, Kommentar (Art. 81-86 EG, EG-Kartell-VO 1/2003, Gruppenfreistellungsverordnungen 2790/1999, 1400/2002, 772/2004, 2658/2000 und 2659/2000 sowie EG-FusionskontrollVO 139/2004), Verlag C.H. Beck, München, 2005;

Bellamy & Child, Common Market Law of Competition, 4th Edition Edited by Vivien Rose, London, Sweet & Maxwell, 1993;

Bervin, S.J & Co., Competition Law of the UK, Volume 1, Juris Publishing, 2000;

Current Competition Law, Volume V (Edited by Philip Marsden, M. Hutchings Obe and P. Whelan), The Role of the UK's Competition Appeal Tribunal, BIICL, 2007;

Goyder, D.G., EC Competition Law, 4th Edition, Oxford University Press, 2003;

Green Paper, Damages actions for breach of the EC antitrust rules, COM(2005) 672, 19 December 2005.

Ehlermann, Claus-Dieter, Reflections on a European Cartel Office, Common Market Law Review 32, 471- 486, 1995;

Erdem, Ercüment, Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar, İstanbul, 2003;

Faul & Nikpay (Editors), The Law of Competition, Mergers by Peder Christensen, Philip Owen and Dan Sjöblom, Oxford University Press, 1999;

Kapteyn, P.J.G./van Themaat, P. Verloren, Introduction to the Law of the European Communities, Third Edition (Edited and further revised by Laurence W. Gormley), Kluwer Law International, 1998;

Kerse, C.S., E.C. Antitrust Procedure, London, Sweet & Maxwell, 1998;

Lettl, Tobias, Kartellrecht, Verlag C.H. Beck, München, 2005;

Rittner, Fritz, Wettbewerbs-und Kartellrecht, Eine systematische Darstellung des deutschen und europaischen Rechts für Studium und Praxis, 6., völlig neubearbeitete Auflage, C.F.Müller Verlag, Heidelberg, 1999;

The United Kingdom Parliament, House of Lords, Select Committee on European Union-Fifteenth Report, Chapters 1-7 (Session 2006-07) <<http://www.publications.parliament.uk/pa/Id200607/Idselect/Ideucom/75/7502.htm>>

Vesterdorf, Bo, Judicial Review in EC Competition Law: Reflections on the Role of the Community Courts in the EC System of Competition Law Enforcement, *Competition Policy International*, Autumn 2005, Vol. 1, No. 2.

Zaech, Roger, Wettbewerbsrecht der Europaeischen Union, Praxis von Kommission und Gerichtshof, Verlag Staempfli + Cie AG, Bern, 1994

KISALTMALAR

AvAD: Avrupa Adalet Divanı (bkz. ECJ); **BDI:** Bundesverband der Deutschen Industrie e.V., Fedreation of German Industries (Alman Federal Endüstri Birliği); **CAT:** Competition Appeal Court (İngiliz Rekabet Temyiz Mahkemesi); **CBI:** Confederation of British Industries; **CCBE:** Council of Bars and Law Societies of Europe (Avrupa Barolar ve Hukuk Dernekleri Konseyi); **CFI:** Court of First Instance (bkz. İDM); **CLA:** Competition Law Association (Rekabet Hukuku Derneği); **COM:** Commission (AT Komisyonu); **ECJ:** European Court of Justice (bkz. AvAD); **ICC:** International Chamber of Commerce (bkz. MTO); **İDM:** İlk Derece Mahkemesi (bkz. CFI); **MTO:** Milletlerarası Ticaret Odası (bkz. ICC); **OFT:** Office of Fair Trading (İngiliz Dürüst Ticaret Ofisi); **OJ:** Official Journal; **RM:** Rekabet Mahkemesi (Competition Court); **UNICE:** Union of Industries of the European Community (Avrupa Topluluğu Sanayi Birliği)

SORU ve CEVAPLAR

Ayşe ODMAN BOZTOSUN (Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi)- İlk sorum Sayın Hooghof'a. Özellikle hâkimiyetle ilgili Uluslararası Rekabet Ağı'nın çalışmalarından bahsetti ve bu kapsamdaki rekabet politikaları arasında, "piyasadaki küçük rakiplerin korunması" ifadesini de sanırım beyan ettiler. Acaba bu alanda beliren genel eğilim nedir ve Uluslararası Rekabet Ağı'nda rakiplerin korunmasına yönelik herhangi bir eğilim söz konusu mu, yoksa yine Chicago Okulundan bildiğimiz gibi, rekabetin korunması için rekabet hukuku anlayışı etkisini sürdürüyor mu? Kendisinden bu sorunun yanıtını rica edecektim.

İkinci sorum da, küreselleşmeyle ilgili çalışması kapsamında Sayın Öz'e. Fikri mülkiyetle bağlantılı olarak Dünya Ticaret Örgütü'nün ekli anlaşmalarından biri olan TRIPs- Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması'nda- rekabet hukukuyla ilgili hükümler var ve bu hükümler, bildiğim kadarıyla bu alandaki, -tabii ki, uluslararası birleştirici nitelikli düzenleme olmasa da- yegâne hükümler. Bu konudaki gelişmeleri nasıl değerlendiriyor? Amerika Birleşik Devletleri'nin sanırım TRIPs'i önerirken, önyak olurken bu şekilde gelişmesini düşünmediğini tahmin ediyorum. Hakikaten rekabet hukuklarının ülkelerde benimsenmesinde etkili de olduğunu düşünüyorum. Acaba, başka hukuk dallarıyla rekabet hukuku ilişkisinden giderek, rekabet hukukunun küreselleşmesi, küresel kurallar oluşturulması gündeme gelebilir mi?

Hayrettin EREN (Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi)- Sayın Zehreddin Aslan'a bir sorum olacak. Yanlış anlamadıysam, bağımsız idari otoritelerin bir yerinden yönetim kuruluşu olduğuna tebliğin başında değindiniz. Bu bağlamda sorum şu noktada olacak: Bir kurumun, bir hizmet yerinden yönetim kuruluşu olabilmesi için mutlaka bir idari vesayet bağının varlığı zorunlu mudur? Sanki böyle bir bağın varlığı gereklimiş yaklaşımı sezinledim; bu noktada bağımsız idari otorite olarak kurul üyelerinin atanması konusunda kişilere yönelik böyle bir idari vesayet bağının varlığından bahsettiniz. Acaba, bağımsız idari otorite üzerinde idari vesayet bağı kurulmamış olması onun kamu kurumu olmaması anlamına mı gelir? Bir başka ifadeyle soracak olursam, kamu kurumu niteliğinin ortaya çıkabilmesi için vesayet ilişkisi, bağı zorunlu mudur? Böyle bir vesayet bağı yoksa biz ona kamu kurumu diyemeyecek miyiz?

Larry WHITE (Ankara Üniversitesi)- Benim sorum özel mahkemeye ilgili olarak Sayın Prof. Özsunay'a. Bunun genel olarak birleşmelerin hızlı bir

şekilde gözden geçirilmesi üzerine odaklandığını, ancak diğer alanlara da genişletilebileceğini belirttiniz. Genişletilmesi söz konusu olsa, nihai amaç rekabet hukuku kapsamında tüketicileri korumak olduğundan böylesi bir mahkemede bir jürinin rolü olabileceğini düşünüyor musunuz? Teşekkür ederim.

Haluk ARI (Rekabet Kurumu Uzmanı)- Zehreddin Aslan Hocama iki sorum olacak. Hocamın da sunumunda söylediği iki ayrı bozma nedeni var: Bir tanesi, karşı oy nedeniyle; diğeri de, karşı oy nedeniyle bozulan kararın daha sonra soruşturmacı üyeden bozulmasıdır. Yani, Danıştay ilk kararında bunu gözden geçirmede, buna ilişkin herhangi bir değerlendirme yapmadı. Dolayısıyla, aynı karar bir başka usul eksikliğinden dolayı yeniden bozuldu. Aslında Danıştay kararında da buna değiniliyor. Özelde, Rekabet Kurulu kararlarının, bu kadar uzun bir süreçte henüz kesinleşen bir kararın çıkmaması ve genelde de, gündemde olan bir İdari Usul Kanunu Tasarısı çerçevesinde idari yargı denetimine ilişkin değerlendirmenizi merak ediyorum. Ben okulu bitireli 11 yıl oldu, idare hukukuyla 2'nci sınıfta tanıştım; 14 yıl. Benden çok daha önce bu İdari Usul Kanunundan bahsediliyordu; hâlâ yasalaşmadı. Danıştay'ın şekle ilişkin bu katı yaklaşımını da dikkate alarak, yargısal denetimde gözetilmesi gereken tüm hususların tek bir aşamada değerlendirilmemiş olmasını nasıl değerlendiriyorsunuz, nasıl bakıyorsunuz?

Danıştay'ın 2004 tarihinde verdiği bir karar var. 2007'nin sonunda da yine buna benzer bir karar verdi. Bunlar birbiriyle çelişiyor. Kanunun 4'üncü Kısmı "Kurulun İnceleme ve Araştırmalarında Usul" başlığını taşıyor ve 40'ıncı maddede önaraştırmadan başlayarak devam edip giden bir usul süreci var. Danıştay, 40'ıncı maddeye atıfta bulunarak 2004'te ilk kararı bozdu, "Rekabet Kurulu önaraştırma yapmadan soruşturma açılmamasına karar veremez" diye. Yine 2004-2007 arasında başka kararlar oldu. İlk incelemeyle reddedilen kararları Danıştay onayladı. 2007 yılında yine döndü, bir-iki karar bakımından, "önaraştırma yapılmaksızın ret kararı vermezsiniz" dedi. Bunun da, İdarenin fazla kısıtlanması olduğu değerlendirilmesi yapılabilir mi? Örneğin ben Haluk Arı olarak Rekabet Kurumuna, "X, Y, Z şirketleri kartel kurdular" diye üç satırdan oluşan bir yazı yazdığımda, Rekabet Kurulu hiçbir değerlendirme yapmaksızın önaraştırma açmak zorunda mıdır, kanun İdareye buna ilişkin hiçbir takdir yetkisi tanımıyor mu?

Dr. Nagehan ÖZSEYHAN (Rekabet Kurumu Avukatı)- Sayın Gamze Öz Hocamıza sormak istiyorum. Ben, Dünya Ticaret Örgütünün, diğer ulusların ulusal rekabet politikası belirlemesine izin vermeyeceğini düşünüyorum. Örneğin telekomünikasyon sektörünü ele aldığımızda, birçok ülke yabancı yatırımcılara kapalıyken, sonradan bütün dünyanın eşit olarak yerli ve

yabancılara açılımına ilişkin kurallar koyması, hatta, hangi yıl serbestleştirme yapmamıza dair Türkiye'den taahhüt istemesi hâlinde Türkiye'nin nasıl ulusal politika belirleyebileceğini sormak istiyorum.

Nevin KORTUNAY- Soruyu Sayın Hooghof'a yöneltiyorum. Ben aslında buradaki birçok kişinin çalıştığı bir alandan gelmediğim için biraz da affınıza sığınarak bir soru sormak istiyorum. İşletme kökenliyim. Uluslararası rekabet ağı oluşumuna ilişkin çalışan kişilerin backgrounduna bakıldığında, bu kişiler hukuk ve iktisat kökenli midir? Asıl merak ettiğim konu ise, işletme kökenli kişiler de bu oluşumda yer alıyor mu?

Oturum Başkanı- Şimdi cevaplara geçeceğiz. Cevaplarda da kısa olunmasını bilhassa rica ediyorum. Buyurun Mr. Hooghof

Kai HOOGHOF- Tek taraflı davranış kurallarının hedefleri konusunda, bence pek çok ülke küçük ve orta boy işletmelerin korumasını rekabet hukukunun bir hedefi olarak görmüyor ve daha önce de belirttiğim gibi, en önemli hedefler etkili rekabet sürecini sağlama, tüketici refahını destekleme, etkinliği en üst seviyeye çıkarma ve ekonomik özgürlüğü sağlamaktır. Bu nedenle, küçük ve orta ölçekli işletmeleri korumanın bu hedefler arasında olduğunu söyleyenlerin rekabet, tek taraflı davranışlar ve haksız ticaret uygulamalarına ilişkin kuralları olanlar olduğunu düşünüyorum. Anglo-Amerikan görüşe göre, küçük ve orta boy işletmelerin korunması iyi bir amaç olmayacaktır. Benim cevabım bu kadar. Almanya'da da küçük ve orta boy işletmelerin korunması rekabet hukuku kapsamında bir hedef olarak görülmemektedir. Yalnızca rekabet sürecine zarar veren bir uygulamanın söz konusu olup olmadığına bakılmaktadır.

Diğer soruya da kısaca cevap vereceğim. Evet, hukuk firmalarından, işletmelerden ve akademilerden gelen işletme topluluğundan kişiler de bu süreçte yer almaktadır.

Yrd. Doç. Dr. Gamze ÖZ- Önce Sayın Odman'ın sorusundan başlayayım. Teşekkür ediyorum sorunuz için. Aslında belki sunumun odağında olan bir konuya da yer vermiş oldunuz bu soruyla; çünkü, küreselleşme tartışmalarının bu kadar güncel olmasını ve bundan sonraki süreci şekillendirecek konuların başında fikri ve sınai mülkiyet hukuku-rekabet hukuku ilişkisi geliyor.

TRIPs metninde rekabet hukukuyla ilgili hükümler var ama TRIPs metni, iyi bileceğiniz üzere, fikri ve sınai mülkiyet hukukuyla ilişkilidir. Dolayısıyla, oradaki rekabet hükümleri ancak konunun fikri ve sınai mülkiyet hukukuyla ilişkili olması hâlinde uygulanabilecek hükümlerdir.

Süremi aşmayayım diye yazılı metinde yer alacak bazı hususları atlamış olabilirim. Aslında burada anlatmak gereken konuların başında şu husus geliyor: Rekabet hukukunun küresel kurallarla şekillenmesi, denilince bu tartışmada tabii ki rekabet hukuku kuralları ilk defa uluslararası nitelikte kodifiye ediliyor ya da bir kurala bağlanıyor olmayacak. Çünkü, 1947 Havana Şartı, -notlarıma dönüp baktım- Birleşmiş Milletlerin Rekabeti Sınırlandırıcı Anlaşmalar konusundaki çok taraflı anlaşması, OECD Kılavuzu, Dünya Ticaret Örgütünün hazırladığı taslaklar, sunumda kısaca bahsettiğim Münih Taslağı aslında bu konunun hep ayrı ayrı platformlarda tartışılmış ön çalışmalarıdır. TRIPs de bunlardan biri. Metnime onu almamıştım. Hatırlattığınız için teşekkür ederim. Ancak konusu fikri sınai mülkiyetle sınırlı olduğundan sadece bu alandaki uygulamalara model olabilir.

Ayşe ODMAN BOZTOSUN- Bağlayıcılığı farklı.

Yrd. Doç. Dr. Gamze ÖZ- Bağlayıcılığı farklı; ülkelerin onu iç hukuklarına yansıtmaları da dolayısıyla farklı. Bu metinler aslında biraz da kâğıt üzerinde kalmış metinler. Bu metin de belki model alınabilir. Ancak model alınması, sunumum sırasında söylediğim gibi, taraf olacak devletlerin egemenlik yetkilerinden ne kadar vazgeçmek istediklerine bağlı. Bu konu üzerinde uyumlaştırma mı istiyorlar, yoksa yeknesaklaştırma mı istiyorlar, tıpkı Avrupa Topluluğundaki sorunlar gibi, biraz bu sorulara verilecek cevaplarla şekillenecek diye düşünüyorum. Microsoft, son 10 yıla damgasını vuran kararlardan biriydi; ilkti, ama son olmadı. Şimdi de “iTunes” tartışması var. Aynı eksen de tartışılıyor; fikri ve sınai mülkiyet hukuku-rekabet hukuku ilişkisi. Sadece bu konu bile, -benim okuduğum metinlerde- Amerika Birleşik Devletleri ile Avrupa'nın anlaşamadığı, uzlaşamadığı konuların başında geliyor Dolayısıyla, bu metin de model alınabilir ancak tek başına uzlaşma zemini için yeterli olmayacağı kanaatindeyim.

Nagehan Hanımın sorusuna da teşekkür edeyim. Demek ki yanlış anlaşılmışım. Onu düzeltme imkânı verdiğiniz için size özellikle teşekkür ediyorum.

Okuduklarımdan öğrendiğim ya da anladığım; ulusal devletlerin uygulamaları ulusal rekabet hukukları olarak kalacak değiller, ama küresel bir rekabet hukuku için de çok erken. Artık uluslar arası etkileşimden uzak ulusal bir rekabet hukuku olamayacağı için en iyi örnek herhâlde Türkiyedir. Uluslararası antlaşmaların ulusal sistemlerde rekabet hukukuna etkisi nedir gibi bir soru sorarsak buna gösterebileceğimiz en iyi model Türkiye olur; çünkü, Türkiye’de daha rekabet hukuku konuşulmaz, bilinmezken bir uluslararası

antlaşmada (Ankara Antlaşması), Türkiye “rekabet hukukunu yürürlüğe koyacağım ve Rekabet Kurumunu oluşturacağım” diye taahhütler vermiş.

Dolayısıyla, söylediğiniz tabii ki doğru. Rekabet hukukunun küresel gelişmelerden ayrı şekillenmesi, yapılanması mümkün değil. Bence Çin’i, Hindistan’ı, Güney Afrika ülkelerini düşündüğünüzde, diğer yanda da Amerika’yı, Kanada’yı, Avustralya’yı, Avrupa Birliği’ni düşündüğünüzde bu ülkelerin ortak bir payda altında bir araya gelebileceği düşünülebilir. Ancak hardcore karteller gibi artık üzerinde uzlaşma sağlanmış ve uluslararası bir metin altında uyumlaştırılması belki en kolay olabilecek, ama en az da ihtiyaç olabilecek bir şey dışındaki alanlarda bu kadar farklı coğrafyaları, bu kadar farklı ekonomik sistemleri, -çünkü ülkelerin ekonomik gelişmişliği de rekabet kurallarının uygulanabilmesi bakımından önemli- ve farklı hukuki yapıları tek bir çatı altında toplamak bugün için bence çok gerçekçi değil demek istedim. O yüzden de, bölgesel rekabet hukukları, bölgesel düzeyde uyumlaşmış rekabet hukukları mümkün olabilir, ne zaman ki, bu piyasanın asli belirleyicileri, üzerinde daha kolay anlaşılacak kavramlar dışındaki alanları da (usul hukuku gibi, dikey anlaşmalar gibi), bölgesel bir işbirliği anlaşması ya da ikili anlaşmalar gibi anlaşmaların ötesine taşımak ve daha üst düzeyde bir uyumlaştırma yapmak isterler, ancak o zaman mümkün olabilecektir diye düşünüyorum. Ancak sorunuzdaki gerçekliği yadsımak mümkün değil. Tabii ki, uluslararası etkilerden ve politikalarından uzak şekillenmesi mümkün değil. Ben bu anlamda bu konuda biraz daha uzlaşmacıyım. Tamamen ulusal sınırlarda kalması mümkün değil. Herhâlde olamayacağına en iyi örnek bizim ülkemiz. Metinlerde tartışılan düzeyde bir küreselleşme için de ortamın, tarihin çok erken olduğunu düşünüyorum.

Prof. Dr. Zehreddin ASLAN- Öncelikle Hayrettin Beyin sorusuna cevap vereyim. Tabii, aslında bu bağımsız idari otoritelerin Türkiye’nin idari yapısı içindeki yeri çok yazıldı çizildi; Ethem Beyin de Doçentlik tezi. Aslında en iyi bilen de o. Başta söylediğimin arkasındayım. Rekabet Kurumu, EPDK, BDDK, adına ne dersiniz deyin, bağımsız olmaları mümkün değil. Ben onları bir kamu kurumu olarak görüyorum, yani hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşu olarak görüyorum ve muhakkak merkezi idareyle de bir idari vesayet bağı olması gerekiyor. Zaten idari vesayet bağı yoksa bağımsız demektir; ama bizim Anayasamız da ona cevaz vermiyor. Burada sorun ne? Siz de biliyorsunuz, idare hukukunda -ki benim en az bildiğim konulardan birisidir o- ilişkili kurum, bağlı kuruluş, ilgili kuruluş gibi birtakım yeni yeni kavramlar çıkıyor Türkiye’de. Bunların hepsi hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşu ama merkezi idareyle bağı biraz daha gevşetilmiş. Hizmet yönünden her kuruluşun merkezi idareyle idari vesayet bağı aynı değil. Zaten, biliyorsunuz, hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları, yani kamu kurumları, kamu

kuruluşlarına göre daha özerkler, belediye idaresine göre, bir köy idaresine göre daha özerkler. Kamu kurumları kendi aralarında da farklılık gösteriyorlar. Bağımsız idari otorite dediğimiz kurum kanaatimce, özerkliği en geniş tutulan, merkezi idareye en az ve en düşük seviyede bir idari vesayet bağıyla bulunan kuruluşlar olarak algılıyorum ben. Biraz önce söylediğim gibi, atama yetkisi -ki derste de anlatıyoruz- vesayet yetkisinin en tipik görülür şeklidir.

Ben yönetmelik kısmına baktım; ben Ticaret Bakanlığı diye hatırlıyorum ama Bakanlar Kurulu yürürlüğe sokuyor. Rekabet Kurulu ancak yönetmeliği, kararı hazırlıyor, ama yürürlüğe sokulması Bakanlar Kurulunun idaresine bağlı.

Bir Katılımcı- Bazıları.

Prof. Dr. Zehreddin ASLAN- Hayır, bazıları da olsa şunu söylemek istiyorum: Ben onu derste de söyledim; bir konuda bile idari vesayet bulunabilir, bir konuda.

Bir Katılımcı- Vesayet olmayabilir de ama.

Prof. Dr. Zehreddin ASLAN- Hayır, bizim anayasal sistemimizde hiç idari vesayet bağı olmadan bir kamu kurumunun çalışması mümkün değil, doğru değil. Ethem Bey belki bize katkı sağlayabilir. Mümkün değil, örneği de yok.

Tabii mesela, Rekabet Kurumunun ilişkilendirildiği Bakanlık var; bu da bir idari vesayet ilişkisi.

Doç. Dr. Ender Ethem ATAY (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)- Hocam, bir cümle ekleyerek sorunu açıklayabilir miyim? Tabii, burada bir yanlış anlama söz konusu. Bu durumun sebebi de, kavramın bize Fransız hukukundan gelmesinden kaynaklanmaktadır.

Prof. Dr. Zehreddin ASLAN- Başta onu da söyledim.

Doç. Dr. Ender Ethem ATAY- Fransız hukuk sistemindeki düzenlemelerin Türk hukukuna uyumlaştırılması anlamında sorunlar söz konusudur. Yarın 3-5 dakika bu konuya açıklık getirmeye çalışacağım. Fransız Hukukunda Bağımsız İdari Otoritelerin tüzel kişiliğinin olmamasından dolayı özellikle mali özerklik açısından bir bakanlıkla aralarında bağlantı kurulmuştur. Bu bağlantının sebebi de Bağımsız İdari Otoritelerin her zaman yeterli mali imkanlarının bulunmamasından kaynaklanmaktadır. Bağımsız İdari Otoriteleri kuran kanunlarda onlara yeterli gelir sağlanması her zaman mümkün olamamaktadır. Bu nedenledir ki, Bağımsız İdari Otoriteler ile faaliyet alanı anlamında en yakın bakanlık arasında bir ilişki kurulmuştur. Bununla birlikte Bağımsız İdari Otoritelerin bağımsızlıkları Fransız hukukunda tereddüde mahal

verilmeyecek bir tarzda kabul edilmiştir ve bundan dolayı da “ilişkili” kavramıyla bahse konu bakanlıkla Bağımsız İdari Otoritelerin arasındaki hukuki ilişki açıklanmaya çalışılmıştır. Türk hukukunda idari teşkilat anlamında mevzuat gereğince Bağımsız İdari Otoriteler ile bakanlık arasındaki ilişki ya “ilgili” ya da “bağlı kuruluş” şeklinde olması gerekmektedir. Biz de Fransızcadan tercüme ederken bu nüansı atladığımız için şu anda bir kavram kargaşası söz konusudur.

Prof. Dr. Zehreddin ASLAN- Evet, kavram kargaşalığı var.

Oturum Başkanı- Teşekkür ederim. İkinci sorunuz da var.

Prof. Dr. Zehreddin ASLAN- Sayın Arı'nın sorusu, yanlış anlamadıysam, karşı oydan iptal edilen bir karar, sonradan soruşturmacının Kurulda yer alması. İdari yargı mercileri bunu yapıyor. Nerede yapıyor bunu? 14'üncü madde kapsamında da yapıyor. Biliyorsunuz; dava açtığımızda ilk inceleme, sıralamış ya, görev, yetki, -çok net hatırlamıyorum- işlem olup olmadığı, husumet gibi, o sıralamada mesela biz idare hukukçuları çok tartışıyoruz. Görev ve yetkiden reddetti veya son fıkra hangisiyse, -atıyorum- idari işlem yok diye reddetti, acaba yeni açılacak dava veya bunu Danıştay bozup dosyayı idare mahkemesine gönderdiği zaman artık görev, yetki ve reddettiği noktaya kadarki aşamalar geçilmiş mi olacak, yoksa idare mahkemesi tekrar A'dan başlayarak, görev ve yetkiden başlayarak ilk incelemeyi devam ettirecek mi? Baskın görüş; tekrar baştan görüşülmesi. Yanlış bilmiyorsam birkaç olay da var. Atıyorum; idari işlem yok diye reddediyor, davayı bozuyor, bu sefer görev ve yetkiden reddediyor. Onu idari yargı yapıyor, evet. Aslında doğru olanı, bir bütün olarak iptal gerekçelerini ortaya koyup, tekrar tekrar bir zaman kaybına neden olmamak. Ama, bu sadece Rekabet Kurulu kararları için değil, biraz önce söylediğim ilk inceleme aşamasındaki sakatlıklarda da söz konusu olabiliyor.

Öninceleme açmak zorunda mı? 40'inci maddeyi okuduğunuz zaman zorunda. Kaba bir deyimle, “deli saçması” dilekçeler de gelebilir. Ben İstanbul Üniversitesinde 3-4 yıl Rektörlük Danışmanlığı yaptım; orada da inanılmaz şikâyetler geliyor, hakikaten, husumete dayalı, delili olmayan, belgesi olmayan. Ama, bunu dilekçe hakkı kapsamında değerlendirip bir önaraştırma yapmak zorundasınız. Önaraştırmanın zaten amacı, bunun, gene kaba bir deyimle deli saçması olup olmadığının ortaya konması. Dikkat ederseniz, yasal düzenleme de, -tabii, teknik anlamda söylemiyorum- daha düşük profilde inceleniyor. Önincelemeye bir uzman görevlendirilirken, soruşturma kararı verildikten sonra, soruşturma bir Kurul üyesi tarafından yürütülüyor.

Bir Katılımcı- Artık Kurul üyesi görevlendirilmiyor; değişti.

Prof. Dr. Zehreddin ASLAN- Ben Rekabet Kuruluyla çalışmayalı bayağı şey değişmiş anladığım kadarıyla. Netice itibarıyla, 40'ncı maddeyi okuduğunuz zaman, bir de tabii, hak arama hürriyeti, dilekçe hakkı kapsamında düşündüğünüz zaman, bence yapılan başvuruları önaraştırmayla, önincelemeyle sonuçlandırmak gerekir diye düşünüyorum.

Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY- Efendim, sorulan soruya teşekkür ederim. Ben birkaç noktayı vurgulayarak soruya cevap vermeye çalışacağım. Bu Lortlar Kamarasının anketi, ona verilen cevapların ışığında varılan sonuçlar 2006 yılında Milletlerarası Ticaret Odasının Commission Competition- Rekabet Komisyonuna geldi. Oradaki tartışmaların ışığında, şu anda durumun ve koşulların bağımsız bir rekabet mahkemesi kurulmasına elverişli olmadığı, ama ileride böyle bir mahkemenin kurulmasının çok yararlı olacağı yönündeydi; ama bu bir görüş, herkes tarafından paylaşılmış bir görüş değildi.

Bu gördüğünüz rapor, bir rekabet mahkemesinin kurulmasıyla ilgili olarak Lortlar Kamarası tarafından hazırlanmış olan bir rapor. İçinde her çeşit görüş açıklanıyor ve çeşitli alternatifler sunuluyor. Benim araştırmam sonucunda vardığım kanaat şu: Şu anda İlk Derece Mahkemesine bağlı bir ihtisas mahkemesi kurulmak suretiyle, yani "A specialist competition chamber within the Court of First Instance" ile bu sorunların bir bölümünün üstesinden gelinebilir. Böylece, Lortlar Kamarası, Alman Federal Endüstri Birliği, İsveç Teşebbüsler Birliğinin filan görüşü kanımca şu anda doğrudur.

Bu arada başka bir durum da, ilk derece mahkemesinin yetkilerinin genişletilmesiyle ilgilidir. Nitekim, rekabet hukuku alanında çok tanınmış olan araştırmacılar, mesela Temple Lang", Yargıç "Westerdorf!", "Donoc!", mevcut ilk derece mahkemesinin yargı yetkisinin genişletilmesi ve ilk derece mahkemesine bazı yetkiler daha vermek suretiyle bu işin üstesinden gelinebileceği görüşünü açıklamışlardır.

Nedir yargı yetkisinin geliştirilmesi? İlk derece mahkemesi Komisyon kararını inceledikten sonra, kararı bozup da Komisyona gönderme yerine o karar üzerinde birtakım oynamalar yaparak, yani kararı değiştirmek suretiyle işi çözüme bağlayabilir. Böylece gecikmeler ve gecikmelerin meydana gelmiş olduğu zararlar önenebilir.

Şimdilik söyleyeceğim bundan ibarettir; ama sorunuzun diğer ayrıntılı cevaplarını burada bulabilirsiniz.

REKABET HUKUKUNDA
GÜNCEL GELİŞMELER SEMPOZYUMU-VI

4-5 Nisan 2008
KAYSERİ

II. OTURUM

Oturum Başkanı
Dr. Mustafa ATEŞ

Dr. Mustafa ATEŞ (Rekabet Kurulu Üyesi)- Bu oturumda, daha önce bir yarışma çerçevesinde Değerlendirme Kuruluna gönderilen ve Değerlendirme Kurulunca seçilen tebliğler sunulacaktır.

İlk sözü, “AB Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarına Yönelik Reform Çalışmaları ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi” konulu tebliğini sunmak üzere Pamukkale Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesinden Yardımcı Doçent Doktor Ayhan Kortunay meslektaşımıza vereceğim.

Çoğumuzun bildiği gibi, bu rekabet hukukunda tazminat davaları konusu, “Erciyes Platformu” olarak nitelendirebileceğimiz bu sempozyumların temel tartışma konularından birisi olmuştur. Dolayısıyla, Ayhan Bey bugün bu konuya tekrar değinecek. Yeni bir tartışma ortamı yaratması açısından faydalı olacaktır diye düşünüyorum.

AB REKABET HUKUKUNDA TAZMİNAT DAVALARINA YÖNELİK REFORM ÇALIŞMALARI VE TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Yrd. Doç. Dr. Ayhan KORTUNAY

Pamukkale Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
Öğretim Üyesi

GİRİŞ

Avrupa Birliği (AB) Rekabet Hukukunda tazminat sorumluluğuna ilişkin özel bir düzenleme yapılmamış, sorunun çözümü üye devletlerin iç hukuklarına bırakılmıştır. Bununla birlikte, gerek Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın (ATAD) "*Courage*"¹ ve "*Manfredi*"² kararları, gerekse 1/2003 Sayılı Tüzük'le³ *yasal istisna* sistemine geçilmiş olması, topluluk bünyesinde tazminat davalarına etkinlik kazandırmaya yönelik reform çalışmalarını beraberinde getirmiştir.

Bu kapsamda, AB Komisyonu tarafından yayınlanan Tazminat Davalarına İlişkin Yeşil Kitap (Yeşil Kitap)⁴ ile tazminat taleplerine ilişkin sorunlar ve çözüm önerileri tartışmaya açılmıştır. Ayrıca, Komisyon bünyesindeki Rekabet Genel Direktörlüğü'nce Tazminat Davalarına İlişkin Çalışma Belgesi (Çalışma Belgesi)⁵ hazırlanmıştır. Nihayet 25 Nisan 2007'de AB Parlamentosu tazminat davaları alanında önemli tespitler içeren Tazminat Davalarına İlişkin Yeşil Kitap Hakkındaki Kararını (Parlamento Kararı)⁶ açıklamıştır. Tüm bu belgeler incelendiğinde yakın zamanda AB'de tazminat istemlerine dair önemli değişikliklerin gerçekleşeceği görülmektedir.

¹ Rechtssache C- 453/99, Sammlung der Rechtsprechung (2001), s. I-6297.

² Rechtssache C- 295/04-298/04, Sammlung der Rechtsprechung (2006), s. I-6619.

³ ATRG (4.1.2003), L 1/1.

⁴ Grünbuch: Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, KOM (2005) 672, (19.12.2005) <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0672:FIN:DE:PDF> (erişim: 04.03.2008)

⁵ Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen, "Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts", SEC (2005) 1732, (10.02.2006) http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/sp_de.pdf (erişim: 04.03.2008)

⁶ Entschliessung des europäischen Parlaments vom 25 April 2007 zu dem Grünbuch: Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts 2006/2207 (INI) http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P6-TA-2007-0152&language=DE&ring=A6-2007-0133#ref_1_8, (erişim: 05.03.2008)

Bu çalışmanın amacı, söz konusu metinlerde işaret edilen bazı sorunlar ve çözüm önerilerini ortaya koymak ve yakın zamanda AB rekabet hukukunda tazminat davaları alanında gerçekleşebilecek önemli değişiklikler hakkında bilgi vermektir. Ayrıca, benzer sorunlar Türk Hukuku bakımından da söz konusu olduğundan, öngörülen bazı çözümlerin hukukumuz açısından uygulanabilirliğini tartışmaya açmaktır.

1. AB REKABET HUKUKUNDA TAZMİNAT DAVALARINA YÜKLENEN MİSYON

AB hukuku rekabet normları idari yaptırımların yanı sıra özel hukuk yaptırımlarıyla da desteklenmiştir. Avrupa Birliği Anlaşmasında (ABA) özel hukuk yaptırımı olarak sadece geçersizliğe yer verilmiştir. Tazminat davalarına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, AB rekabet kurallarının ihlalden kaynaklanan tazminat istemlerine ATAD'ın çeşitli kararlarında yer verilmiştir. İlk defa "SABAM" kararında⁷, rekabeti kısıtlayan teşebbüslerin üçüncü kişilerin zararlarından sorumluluğunun ABA m. 85'in (yeni m. 81) kapsamına girdiği, maddede yer alan yasaklamanın üçüncü kişilerin haklarını da korumaya yönelik olduğu ve zarar görenlerin tazminat istemiyle mahkemelere başvurabilecekleri belirtilmiştir.

Zarar görenler tazminat taleplerini ulusal mahkemeler önünde ve üye devletlerin iç hukuk hükümleri çerçevesinde ileri sürebilmektedirler⁸.

AB hukukunda tazminat davalarına yüklenen misyon zarar görenlerin zararlarının giderilmesi (*Kompensation*) ile sınırlı değildir. Tazminat davaları AB rekabet normlarıyla hedeflenen amacın gerçekleşmesine önemli katkılar sağlar. Zira, rekabeti ihlal edenlerin para cezasının yanı sıra tazminat ödeyecek olmaları rekabet karşıtı uygulamalar üzerinde caydırıcılık (*Abschreckung*) yaratır⁹. Bu yönüyle idari yaptırımları tamamlayıcı bir fonksiyona sahiptir. Bu hususa 1/2003 Sayılı Tüzük (7) Nolu Gerekeç'te şu şekilde işaret edilmiştir:

"Üye devlet mahkemeleri Birlik rekabet kurallarının uygulanmasında önemli bir görev icra etmektedirler. Özel hukuk kişileri arasındaki uyuşmazlıklarda Birlik hukukundan kaynaklanan subjektif hakları, ihlalden zarar görenler lehine tazminata hükmetmek suretiyle korumaktadırlar. Böylece rekabet otoritelerinin görevlerini tamamlayıcı bir rol üstlenmektedirler."

⁷ Rechtssache 127/73, Sammlung der Rechtsprechung (1974), s.51.

⁸ Schröter, Helmuth, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden 2003, Art. 81, N. 261; Baur, Jürgen, Schadenersatz- und Unterlassungsansprüche bei Verstößen gegen Kartellvorschriften des EWG Vertrages, Europarecht 1988, s.259 vd.

⁹ Yeşil Kitap, s. 4.

Tazminat davalarının AB rekabet kurallarının etkinliğinin sağlanmasındaki rolüne ATAD içtihatlarında da vurgu yapılmıştır. Bu konuda *Courage* kararında şu ifadeler yer verilmiştir: “...ulusal mahkemeler önündeki tazminat davaları, Birlik içinde etkin bir rekabetin sağlanmasına önemli katkılar sağlayabilir.”

Buna karşın, üye devletlerin ulusal hukuklarının farklı olması ve birçoğunun tazminat davalarının işlevselliğini artırıcı düzenlemeler içermemesi nedeniyle, rekabetin korunmasında tazminat davalarından beklenen faydanın tam olarak sağlandığını söylemek güçtür.

2. TAZMİNAT DAVALARINA YÖNELİK REFORM ÇALIŞMALARINA ETKİ EDEN GELİŞMELER

AB’de rekabet ihlallerine dayalı tazminat davalarına yönelik çalışmaların temelinde iki önemli gelişme yatmaktadır. Bunlardan ilki, tazminat istemlerinin rekabet kurallarının etkin biçimde uygulanması bakımından önemine dikkat çeken ve aşağıda değineceğimiz ATAD kararlarıdır. Diğer ise, 1/2003 Sayılı Tüzükle getirilen sistem değişikliğidir.

2.1. ATAD Kararları

ATAD, “*SABAM*” ve daha sonraki kararlarında AB hukukuna aykırı davranışların tazminat sorumluluğuna yol açacağını belirtmekle yetinmiş, bu konuda belirleyici ilkeler getirmemiştir. Buna karşın, “*Courage*” ve “*Manfredi*” kararlarında, ulusal hukuklardaki tazminat hükümlerinin AB rekabet kurallarının etkisini azaltacak nitelikte olamayacağına işaret edilerek bu konuda üye devletlere bırakılan inisiyatifin sınırları çizilmiştir.

2.1.1. “*Courage*” Kararı

Karara konu olayda, İngiliz bira üreticisi *Courage Ltd.* (satıcı) ile birahane işletmecisi *B. Crehan* (alıcı) arasında yapılan hasılat kirası sözleşmesinde, alıcıya belirli miktarda birayı belirli bir fiyattan alma yükümlülüğü getirilmişti. Sözleşme bu haliyle ABA m. 85 (yeni m. 81)’e aykırılık teşkil eden bir kartel anlaşması niteliğindedir. Bir süre sonra, satıcı biraların bedelini alamadığı gerekçesiyle alıcı aleyhine dava açtı. Bunun üzerine alıcı sözleşmenin ABA m. 85 (yeni m. 81) hükmüne aykırılık teşkil ettiği iddiasıyla karşı dava açarak tazminat talebinde bulundu. Bu davada alıcı, satıcının kendisiyle bira alım sözleşmesi yapmamış diğer (serbest) alıcılara daha düşük fiyatla satış yaptığını, bu fiyat farkı nedeniyle kendisinin de aralarında bulunduğu alım sözleşmesi yapmış (bağlı) alıcıların daha az kâr elde ettikleri ve faaliyetlerine son vermek zorunda kaldıkları iddiasında bulundu. İngiltere Temyiz Mahkemesi (*Court of Appeal*) kartel üyelerinin diğerleri aleyhine

tazminat davası açmasını engelleyen iç hukuk hükmü nedeniyle ön karar istemiyle ATAD'a başvurdu. ATAD şu gerekçelerle davacıyı (alıcıyı) haklı buldu:

“Rekabeti kısıtlayan veya bozan bir anlaşma ya da davranış nedeniyle zarara uğrayan herkes zararının tazminini talep edemez ise, ABA m.85/1'deki yasağın uygulamadaki etkinliği önemli ölçüde azalır. Bu şekildeki (zarar gören herkese tanınacak) bir tazminat talebi AB rekabet kurallarının etkinliğinin artmasının yanı sıra, rekabete aykırı -ve çoğunlukla gizli olan- anlaşma ve davranışlardan kaçınılmasını da sağlar. Bu bakımdan ulusal mahkemeler önündeki tazminat davaları Birlik içinde etkin bir rekabetin sağlanmasına önemli katkılar sağlayabilir. Dolayısıyla, rekabet kurallarına aykırı bir anlaşmanın tarafının dahi dava açabilme imkanı (iç hukuk hükümleriyle) peşinen kısıtlanamaz”

Karar, tazminat isteyebilecek kişilerin kapsamını son derece genişletmiştir. Hatta, istemde bulunanın kartel anlaşmasının tarafı olması bile sorun teşkil etmeyecektir. Ancak hemen belirtelim ki, kararın devamında sözleşme koşulları kendisine dikte edilen tarafın tazminat isteyebileceği, buna karşın “hiç kimse hukuka aykırı davranışından menfaat sağlayamaz” prensibi gereği rekabet ihlalinde önemli ölçüde sorumluluk taşıyan tarafa tazminat hakkının tanınmayabileceği şu ifadelerle dile getirilmiştir:

“Rekabeti sınırlayıcı bir anlaşmanın taraflarından birinin kendi hukuka aykırı davranışına dayanarak tazminat talep etmesini yasaklayan bir iç hukuk kuralı, ancak onun rekabet ihlalinde önemli ölçüde sorumluluk taşımaması halinde, AB hukukuyla bağdaşır. Davaya bakan mahkemece, rekabeti kısıtlayıcı anlaşma nedeniyle zarara uğradığı iddiasında bulunan tarafın sözleşme koşullarını müzakere özgürlüğünün ve zararını önleme veya azaltmaya yönelik hukuki imkanlarının bulunup bulunmadığı yahut önemli ölçüde kısıtlanmış olup olmadığının araştırılması gerekir.”

Buna göre, dikey kartel anlaşmalarında sözleşme koşullarını empoze eden taraf ve yatay kartel anlaşmalarının üyeleri tazminat talep edemeyecektir.

Kararla, zarar gören herkese dava hakkı tanınmış olması dava açabileceklerin kapsamının belirlenmesinde tartışmalara yol açabilecek niteliktedir. Ayrıca, ispat ve tazminatın hesaplanmasına ilişkin konulara değinilmeyerek ulusal mevzuatlara bırakılmış olması bu alandaki sorunların devamına yol açmıştır.

Buna rağmen karar, iç hukuk hükümlerinin AB rekabet kurallarının ihlalinden kaynaklanan tazminat davalarını engelleyici (ve dolayısıyla bu kuralların etkinliğini azaltıcı) nitelikte olamayacağına dikkat çekmesi ve üye

devletlere bu konuda gerekli düzenlemeleri yapma yükümlülüğü getirmesi bakımından önemlidir¹⁰. Ayrıca, karar ATAD'ın AB rekabet hukukuyla hedeflenen amaçlara ulaşma bakımından tazminat hukukunu harekete geçirme eğilimini ortaya koymaktadır¹¹.

2.1.2. “Manfredi” Kararı

Karara konu olay şu şekilde gelişmiştir: İtalyan Rekabet Kurumu bazı sigorta şirketlerinin, sektörel bilgi alışverişinde bulunmak suretiyle sigorta primlerini belirlemeye yönelik kartel oluşturduklarına karar vermişti. Karar sigorta şirketlerinin itirazına rağmen yetkili mahkemece onaylanmıştı. Bunun üzerine, söz konusu şirketlerle sözleşme yapmış olan bazı tüketiciler, kartel anlaşması nedeniyle primlerin yükseldiği ve bu yüzden zarara uğradıkları gerekçesiyle tazminat davası açmışlardı. Davanın görüldüğü mahkeme ön karar istemiyle ATAD'a başvurarak şu soruları yöneltti:

- ABA m.81, kartel anlaşması nedeniyle zarar gören üçüncü kişilerin (somut olayda tüketicilerin) geçersizlik ve tazminat taleplerinde bulunmalarına imkan vermekte midir?

- Tazminat davasına bakan mahkeme, faillerin elde ettiği menfaatin zarardan fazla olması durumunda ABA m.81'de yasaklanan davranışlara yönelik caydırıcılığın sağlanması amacıyla re'sen cezalandırıcı tazminata (*Strafschadenersatz*) hükmetmeli midir?

- ABA m.81'e dayanılarak açılan bir tazminat davasında, zamanaşımı süresinin işleminde kartelin gerçekleştiği mi, yoksa son bulunduğu tarih mi esas alınmalıdır?

ATAD üçüncü kişilerin tazminat istemi hakkında “*Courage*” kararına da atıfta bulunarak şu açıklamalarda bulundu:

“Herkes, ABA m.81'e göre yasak olan anlaşmaların veya davranışların geçersizliğini ileri sürebilir ve meydana gelen zararının tazminini isteyebilir,

¹⁰ Karar bazı ülkelerin iç hukuk düzenlemelerinde etkilerini göstermiştir. Örneğin, Alman Rekabet Sınırlamaları Hakkında Kanunda (GWB) ABA m.81 ve 82'ye aykırı davranışların tazminat sorumluluğuna yol açacağı açıkça zikredilmiştir (GWB § 33). Ayrıca, *koruyucu norm ihlali şartı* yasadan çıkartılarak *ihlalden zarar gören piyasa katılımcılarının* tazminat isteyebileceği belirtilmiştir. Daha fazla bilgi için bkz. Bornkamm, Joachim, in: Langen/Bunte (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, Luchterhand 2007, § 33, N.16.

¹¹ Wagner, Gerhard, Schadenersatz bei Kartelldelikten, German Working Papers in Law and Economics, Article 18, Volume 2007, s.7.

yeter ki anlaşma veya davranış ile zarar arasında bir nedensellik bağı mevcut olsun.”

Böylece ATAD zarar ve hukuka aykırı fiil arasında nedensellik bağının varlığını davacılık sıfatının tanınması (*Aktivlegitimation*) bakımından yeterli bulmuştur. Buna göre, tüketiciler de dahil olmak üzere dolaylı alıcılar zararlarının tazminini isteyebilecektir. Ancak bunlarla ihlali gerçekleştirenler arasında her zaman karara konu olaydaki gibi somut bir sözleşme ilişkisi bulunmayabilir. Dolayısıyla, zararın ve nedensellik bağının varlığını ispat etmek oldukça güçleşebilir.

Cezalandırıcı tazminat konusunda ise ATAD özetle şu görüşlere yer vermiştir:

“Tazminatın kapsamının belirlenmesinde dikkate alınacak kriterler bu konuda Birlik hukukunda herhangi bir düzenleme bulunmadığından, orantılılık ve etkinlik ilkelerine (Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz) riayet edilmek şartıyla iç hukuk kurallarına bırakılmıştır. Orantılılık prensibi gereği, şayet iç hukuk hükümlerine göre bakılan davalarda cezalandırıcı tazminata hükmedilebiliyor ise AB rekabet kurallarının ihlali nedeniyle görülen davalarda da hükmedilebilmesi gerekir.”

Buna göre, AB rekabet kurallarının ihlalden kaynaklanan davalarda cezalandırıcı tazminata hükmedilmesi prensip olarak sorun teşkil etmeyecektir. Kararla, özellikle Alman hukukunda ileri sürülen ve cezalandırıcı tazminatın kamu düzenine aykırılık oluşturacağına dair görüşler tartışmalı hale gelmiştir¹². Diğer yandan, cezalandırıcı tazminatın kabul edilmediği ülkelerde aynı tür ihlallerde daha az tazminata hükmedilecek olması AB içinde farklı uygulamaları beraberinde getirecektir. Ayrıca, davaların yüksek tazminata hükmedilebilecek ülkelere taşınması sorunu (*forum shopping*) ile karşı karşıya kalınabilecektir¹³.

Ancak hemen belirtelim ki, cezalandırıcı tazminata hükmedilmesinin zorunlu olmadığı kararın devamında şu şekilde açıklanmıştır:

“...AB hukukunun teminat altına aldığı hakların korunması, ulusal mahkemelerin davacının sebepsiz (haksız) zenginleşmesine yol açmasını önleyici kararlar almasına engel değildir.”

¹² Hölzel, Norman, Kartellrechtlicher Individualrechtsschutz im Umbruch – Neue Impulse durch Grünbuch und Zementkartell, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, (Heft 65) 2007, s.17.

¹³ Seitz, Claudia, Kommentar zum Urteil des EuGH Rs. C-295/04, Vincenzo Manfredi u.a./Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA u.a., Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht 2006, s.418.

Ayrıca tazminatın kapsamına yönelik tespitlerde de bulunulmuştur. Buna göre, zarar gören sadece fiili zararını (*damnum emergens*) değil, aynı zamanda mahrum kaldığı kâr (*lucrum cessans*) ile birlikte faiz ödenmesini de isteyebilir.

ATAD zamanaşımı süresiyle ilgili olarak, bu meselenin esasen ulusal mevzuatlara bırakılmış olduğunu, ancak zamanaşımı süresinin kartelin meydana geldiği tarihte işleyeceği yönündeki bir iç hukuk hükmünün -özellikle sürenin çok kısa olması halinde- tazminat taleplerinin ileri sürülebilmesini önemli derecede zorlaştırabileceğine işaret ederek, ulusal mahkemelerce bu yönde bir denetimin yapılması gerektiğini vurgulamıştır.

ATAD'ın bu kararla, *Courage* kararında ortaya koyduğu – tazminat davalarına ilişkin iç hukuk hükümlerinin AB rekabet normlarının etkinliğini azaltıcı nitelikte olamayacağı yönündeki- yaklaşımını sürdürdüğü görülmektedir¹⁴. Ayrıca, üye ülke düzenlemelerinde yer verilmiş olması halinde cezalandırıcı tazminata hükmedilebileceği, ancak bunun zorunlu olmadığı belirtilerek tazminat taleplerinin kapsamı ve zamanaşımı süreleriyle ilgili önemli tespitlerde bulunulmuştur.

2.2. 1/2003 Sayılı Tüzükle Getirilen Sistem Değişikliği

17/62 Sayılı Tüzüğün ihtiyaçları karşılamada yetersiz kalması yeni bir düzenleme ihtiyacını da beraberinde getirmiştir. Bu kapsamda 1/2003 Sayılı Tüzük (Tüzük) 1 Mayıs 2004 tarihinde yürürlüğe konulmuştur.

Yeni Tüzükle, Komisyon ile üye devlet rekabet otoriteleri ve mahkemeleri arasında işbirliğinin sağlanmasının yanı sıra, Komisyon ve ulusal rekabet otoritelerinin soruşturma ve inceleme yetkilerinin genişletilmesi hedeflenmiştir¹⁵. Ayrıca, Komisyonun iş yükünün hafifletilerek ağır rekabet ihlalleriyle (*Hardcore-Kartelle*) mücadelede daha fazla zaman ve kaynak ayırabilmesi amaçlanmıştır¹⁶.

Tüzükle birçok konuda yeni düzenlemeler getirilmiş olmakla birlikte burada konumuzla ilgili olanlara değinmekle yetineceğiz.

Tüzükle getirilen en önemli yeniliklerden birisi, bildirim ve izin sisteminin terk edilerek *yasal istisna* sistemine geçilmesidir. Buna göre, ABA

¹⁴ Stockhuber, Peter/Wittmann, Rita, “Private enforcement” jetzt auch in der österreichischen Kartellrechtpraxis?, *Wohnrechtliche Blätter* 2007, s.333.

¹⁵ Erdem, H. Ercüment, 1/2003 Sayılı Konsey Tüzüğü ve Türk Rekabet Hukukuna Etkileri, *Rekabet Hukuku İle İlgili Makaleler*, İstanbul 2007, s.206.

¹⁶ Weitbrecht, Andreas, Das neue EG-Kartellverfahrensrecht, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2003, s. 69.

m.81/1 kapsamına giren anlaşma, karar veya uyumlu eylemler ABA m.81/3'teki koşulları taşımaları halinde ayrıca bir muafiyet kararına gerek olmaksızın hukuka uygun ve geçerli sayılırlar (Tüzük m.1). Yeni sistemde teşebbüsler Komisyonun muafiyet kararına artık ihtiyaç duymayacak, anlaşma, uyumlu eylem veya kararlarının ABA m.81/3 kapsamına girip girmediğini kendileri değerlendireceklerdir. Ancak sonradan ortaya çıkabilecek bir ihtilaf üzerine, Komisyon ya da ulusal rekabet otoriteleri veya mahkemeleri muafiyet koşullarının mevcut olmadığına karar verebilecektir. Böylece, 17/62 Sayılı Tüzükte öngörülen *ex-ante* muafiyet denetimi yerine *ex-post* muafiyet denetimi getirilmiştir¹⁷.

Tüzüğün 3. maddesi ile ulusal rekabet otoriteleri ve mahkemelere, üye ülkeler arasındaki ticareti olumsuz etkileyen rekabet karşıtı anlaşma veya davranışlara iç hukuk hükümlerinin yanında AB rekabet kurallarını da uygulama yükümlülüğü getirilmiştir. Böylece AB rekabet kurallarının Ortak Pazarda etkin biçimde uygulanması ve eşit rekabet koşullarının sağlanması amaçlanmıştır¹⁸. Ayrıca, farklı yorumlar ve uygulamaların önüne geçmek amacıyla üye devlet mahkemelerinin Komisyondan bilgi ve görüş isteyebilecekleri öngörülmüştür (Tüzük m.15).

Tüzüğün 5 ve 6. maddeleriyle ulusal mahkemeler ve rekabet otoriteleri ABA m.81 ve 82'yi doğrudan uygulama konusunda yetkili kılınarak AB rekabet hukukunun uygulanmasına aktif olarak katılmaları sağlanmıştır¹⁹.

Ayrıca, üye devlet mahkemelerinin Komisyon kararları ile çelişen kararlar vermesi engellenmiştir (Tüzük m. 16). Böylece Komisyon kararları bağlayıcı hale getirilmiştir. Bunun sonucu olarak, özel hukuk davalarında davacıya Komisyon kararlarına dayanmak suretiyle ABA m.81 ve 82'ye aykırılığı ispatlama kolaylığı sağlanmıştır²⁰.

Bu düzenlemeler dikkate alındığında, Komisyon merkezli denetim-yaptırım sistemi yerine, üye ülke rekabet otoritelerinin ve mahkemelerinin de uygulamaya aktif bir şekilde katılımını sağlayan ve AB rekabet hukukunun uygulanmasında merkezîyetçi yapıya son veren yeni bir sistemin benimsendiği görülür²¹. Özellikle, yasal istisna sistemi nedeniyle *ex-post* denetimin güçlenmiş

¹⁷ Hammer, Jens, Die Durchsetzung der EG-Wettbewerbsregeln im Rahmen der VO 1/2003, ERA-Forum, Volume 5, Number 1, März 2006, s.8; Erdem, s.208.

¹⁸ Tüzük (8) Nolu Gerekçe.

¹⁹ Tüzük (7) Nolu Gerekçe.

²⁰ Hölzel, s.20.

²¹ Wissenbach, Kay, Schadenersatzklagen gegen Kartellmitglieder –Offene Fragen nach der 7. Novellierung des GWB, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, (Heft 60) 2006, s.8

olması, rekabet ihlalleriyle mücadelede özel hukuk yaptırımlarının -ve bu arada tazminat davalarının- önemini son derece artırmıştır²².

3. TAZMİNAT DAVALARINA YÖNELİK REFORM ÇALIŞMALARI

3.1. AB Organlarınca Yürütülen Çalışmalar

ATAD kararları ve 1/2003 Sayılı Tüzükle getirilen denetim mekanizmasının etkin kılınması ihtiyacı AB’de tazminat davalarına yönelik çalışmaların başlatılmasına neden olmuştur. İlk olarak Komisyon tarafından Ashurst isimli bir hukuk bürosuna üye ülkelerdeki tazminat taleplerine ilişkin mevcut uygulamalar ve bu alandaki sorunların tespitine yönelik bir araştırma yaptırılmıştır.

Araştırma sonucu hazırlanan Raporda²³, 25 üye ülkedeki tazminat taleplerine ilişkin uygulamaların önemli ölçüde farklılıklar gösterdiği ve yeterince gelişmemiş olduğu belirtilmiştir²⁴. Bunun nedenleri arasında, üye ülkelerin bir çoğunda rekabet ihlallerinde tazminata yönelik spesifik düzenlemelerin bulunmaması, toplu dava imkanının olmaması, cezalandırıcı tazminata yer verilmemiş olması, kusura dayalı sorumluluk esasının benimsenmiş olması, delillerin toplanmasına ve ispat yüküne ilişkin kolaylıkların getirilmemiş olması, ulusal mahkemelerin diğer ülke rekabet otoriteleri ve mahkeme kararlarıyla bağlı olmaması, zamanaşımı sürelerinin farklı olması, yargılama masraflarının davayı kaybeden tarafça karşılanması ve başarıya endeksli avukatlık ücretinin (*Erfolgshonorar*) caiz olmaması gösterilmiştir²⁵.

Rapordaki tespitler ışığında, Komisyon tarafından yayınlanan Yeşil Kitap ile tazminat davaları alanındaki sorunlar ve alternatif çözümler kamuoyunun tartışmasına açılmıştır. Ayrıca, hazırlanan Çalışma Belgesinde, bu sorunlar ve çözüm önerilerine ilişkin daha kapsamlı açıklamalara yer verilmiştir.

²² Wagner, s.1.

²³ Raporun tam metni için bkz. http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf (erişim: 03.03.2008)

²⁴ Bu konuda Raporda somut verilere de yer verilerek AB’ de açılan tazminat davası sayısının 60 olduğu, bunlardan sadece 12 tanesinin AB hukuku ihlaline dayandığı ve 8’inin tazminatla sonuçlandığı belirtilmiştir. (bkz. s.1)

²⁵ Bununla birlikte, Rapor tazminat dışındaki özel hukuk yaptırımlarının (önleme ve durdurma davalarının) ele alınmadığı ve ağır rekabet ihlalleri üzerinde yoğunlaşmış olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir.

Böylece, ortaya konulacak görüş ve eleştiriler doğrultusunda atılması gereken adımların belirlenebilmesi amaçlanmıştır²⁶.

Nihayet, AB Parlamentosu, Yeşil Kitap Hakkındaki Kararında tazminat davalarıyla ilgili bazı önerilerde bulunmuş ve Komisyon tarafından yapılması gereken düzenlemelere işaret etmiştir. Aşağıda, bahsedilen çalışmalarda ele alınan bazı sorunlar ve öngörülen çözümler hakkında bilgi vermeye çalışacağız²⁷.

3.2. Çalışmalarda Ele Alınan Sorunlar ve Önerilen Çözümler

3.2.1. Delillere Ulaşma ve İspat Kolaylığı

Rekabet ihlaline dayalı tazminat davaları alanındaki temel sorunlardan biri, delillerin çoğu kez ihlali gerçekleştirenlerin hakimiyeti altında olması ve davacının bunlara ulaşmasındaki güçlüklerdir. Bu sorun, henüz rekabet otoritesince ihlale ilişkin bir karar verilmeden açılan davalarda daha fazladır. Oysa davacının delillere ulaşmasının önündeki engellerin giderilmesi tazminat davalarının yaygınlaşması bakımından son derece önemlidir. Komisyon, delillerin açığa çıkarılması (*Offenlegung von Beweismitteln*) konusunda üye ülkelerde farklı düzenlemeler bulunduğu işaret ederek, bu alanda uygulama birliği ve etkinlik sağlamak amacıyla getirilebilecek bazı çözüm önerilerini seçenekler halinde sunmuştur²⁸.

İlk öneri, taraflardan birisinin hukuki olguları detaylı bir şekilde ortaya koyması ve diğer tarafın hakimiyeti altındaki delilleri belirtmesi halinde (*Fact-Pleading*) mahkemenin söz konusu delillerin ortaya çıkartılmasına karar verebilmesidir. Ancak mahkemenin bu kararı, ihtilafla ilgili ve aşırı külfet gerektirmeksizin erişilebilen dökümanlarla sınırlıdır. Ortaya çıkarılacak delillerin belirlenmesinde inisiyatif (taraflar yerine) mahkemelere bırakılarak bu konuda aşırılığa kaçılması önlenmek istenmiştir²⁹.

İkinci öneri, Fact-Pleading sonrasında, mahkeme kararıyla bazı dokümanların ortaya çıkarılmasının zorunlu kılınması şeklindedir. Böylece, taraflarca belirtilmemiş olsa bile ispat bakımından önemli olan dökümanların ibrazı sağlanabilecektir.

²⁶ Jaeger, Thomas, Gemeinschaftskompetenz “private enforcement”?, Juristische Blätter 2007, s.350.

²⁷ Bu çalışmada sorun ve önerilerin tamamına değinilmemiş, Türk Rekabet Hukuku alanındaki tartışmalara katkıda bulunacağını düşündüklerimiz ile sınırlı tutulmuştur.

²⁸ Yeşil Kitap, s. 6; Çalışma Belgesi, s.34 vd. (Opsiyon 1-5)

²⁹ Çalışma Belgesi, s.34.

Üçüncü öneri, Fact-Pleading sonrasında, taraflara ellerindeki belgelerin listesini diğer tarafa sunma yükümlülüğü getirilmesidir. Şayet mahkeme listeyi sunan tarafın ağır bir zarara maruz kalmayacağına kanaat getirirse diğer taraf listede yer alan belgelere erişebilecektir. Bu yöntem hakkında, listedeki verilerin gerçeği yansıtmayabileceği, teşebbüslere aşırı külfet getireceği ve dava masraflarını artıracığı şeklinde eleştiriler getirilmiştir³⁰.

Dördüncü öneri, belgelerin açıklanmasını temin amacıyla tarafların dava konusu delilleri yok etmeleri halinde, para ya da hapis cezasına çarptırılmaları ve/veya iddia ve savunmalarının dikkate alınmaması şeklinde usule ilişkin yaptırımlar getirilmesidir.

Beşinci öneri, mahkemelere ihlale ilişkin delillerin korunması için hızlı, etkin ve geçici önlemlerin alınmasına karar verebilme yetkisinin tanınmasıdır. Bu yöntemin etkin biçimde uygulanabilmesi amacıyla, taraflara davadan önce de hakimden söz konusu önlemleri almasını isteme imkanı getirilmektedir. Ancak bunun için, talepte bulunan tarafın ihlalin varlığına inandırıcı delilleri sunması gerekir.

Bu önerilere getirilen temel eleştiri, birçoğunun ticari sırların ortaya çıkmasına yol açabilecek (ya da bu amaçla kötüye kullanılabilir) nitelikte olması³¹ ve üye ülkelerin tümünde işletme sırlarını korumaya yönelik yeterli düzenlemelerin bulunmamasıdır³².

Komisyon, tazminat davalarında ispat yükünün davacıda olmasının getirdiği sorunları da dikkate almış ve bazı çözüm önerileri getirmiştir³³.

Bunlardan ilki, ihlalin varlığının tespitine ilişkin rekabet otoritelerince verilen kararların mahkemeleri bağlayıcı olması ya da böyle bir kararın varlığı halinde ispat yükünün yer değiştirmesidir. Böylece, rekabet otoritesi kararı

³⁰ Bundesministerium für Soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz, Stellungnahme zum Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, s.6 (http://www.ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/files_green_paper_comments/bundesministerium_fur_ssgk_de.pdf) (erişim: 08.03.2008)

³¹ Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V. Frankfurt am Main, Stellungnahme zum Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, s.3, <http://www.wettbewerbszentrale.de/media/getlivedoc.aspx?id=1264> (erişim: 08.03.2008).

³² Bundesverband der Deutschen Industrie e.V., Stellungnahme zum Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, s.5. http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/files_green_paper_comments/bdi.pdf (erişim: 08.03.2008).

³³ Yeşil Kitap, s.7; Çalışma Belgesi, s.36-37. (Opsiyon 8-10)

sonrasında açılan davalarda (*Follow-on-Klagen*) davacıya önemli ölçüde ispat kolaylığı getirilmektedir. Ancak bu öneri mahkemelerin bağımsızlığı ilkesiyle bağdaşmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir³⁴. Ayrıca, bağlayıcılık etkisinin, ancak rekabet otoritesi önünde hukuki dinlenilme hakkını kullanmış olan teşebbüslerle sınırlı tutulması gerektiği ifade edilmiştir³⁵.

İkinci öneri, taraflar arasında bilgi asimetrisinin söz konusu olduğu durumlarda ispat yükünün davacı lehine yer değiştirmesidir.

Üçüncü öneri ise, davalının haklı gerekçeler olmaksızın delilleri ortaya çıkarmaktan kaçınması halinde, davacının iddialarını ispat ettiğinin varsayılması ya da ispat yükünün (davalı aleyhine) yer değiştirmesi veya hakimin bu hususu delillerin değerlendirilmesinde dikkate alabilmesidir.

AB Parlamentosu, rekabet kurallarını uygulayan otoritelerin ispat yükü bakımından homojen kriterlere göre karar vermeleri ve taraflar arasındaki bilgi asimetrisinin dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca, rekabet otoritelerince verilmiş ve kesinleşmiş kararların, aleyhine karar verilen tarafın özel hukuk davalarında kusurlu olduğu yönünde karine oluşturması gerektiği ifade edilmiştir. Ancak bunun için, davalıya rekabet otoritesince yürütülen soruşturma kapsamında kendisini savunma imkanı verilmiş olmalıdır³⁶.

3.2.2. Tazminatın Kapsamı: Zarara Eşit-Failin Kazancına Eşit-İki Katı Oranında Tazminat Seçenekleri

Komisyon, meydana gelen zararın giderilmesi amacıyla sınırlı olan geleneksel tazminat anlayışının zarar görenleri dava açma konusunda yeterince teşvik etmeyebileceği, dolayısıyla rekabet ihlalleri ile mücadelede yetersiz kalabileceğine işaret etmiştir. Bu kapsamda, tazminatın kapsamını genişletmeye yönelik bazı öneriler getirmiştir³⁷.

Bunlardan ilki, zarar görenin failin ihlalden elde ettiği kazancı isteyebilmesidir. Bu konuda iki ayrı yöntem izlenebilecektir:

- a) Zarar görenin, failin ihlalden sağladığı kazancın tamamını talep edebilmesi, daha sonra bunun tüm zarar görenler arasında paylaşılması.

³⁴ Lübbig, Thomas/ le Bell, Miriam, Reform des Zivilprozesses in Kartellsachen, Wettbewerb in Recht und Praxis 2006, s.1212.

³⁵ Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V. Frankfurt am Main, s.4.

³⁶ Parlamento Kararı, N.11, 13.

³⁷ Çalışma Belgesi, s. 53 vd. (Opsiyon 14-17)

b) Zarar görenin, failin ihlalden sağladığı kazancın tamamını değil, kendisiyle yaptığı işlemlerden elde ettiği kazancı talep edebilmesi.

İkinci öneri ise, rekabeti kısıtlayan yatay anlaşmalarda -otomatik ya da mahkemenin takdirine bağlı olarak- iki katı tazminata (*double damages*) hükmedilmesidir.

Bu öneri bazı yönlerden eleştirilmiştir. İlk olarak, iki katı tazminatın cezalandırma niteliği taşıdığı, dolayısıyla devletin cezalandırma erkine müdahale teşkil edeceği belirtilmiştir³⁸. Ayrıca, pişmanlık programları üzerinde olumsuz etkiler yaratabileceği, caydırıcılığın yüksek idari para cezaları veya diğer cezalarla da sağlanabileceği ileri sürülmüştür³⁹. Bunun dışında, uyuşmazlıkların sulh anlaşmaları ile mahkeme dışında çözümlenmesini teşvik ettiğinden AB rekabet kurallarının tek düze ve etkin biçimde uygulanması yönündeki toplumsal yarardan ziyade, bireysel menfaatlara hizmet edeceği, failerin müteselsilen sorumlu olacakları düşünüldüğünde teşebbüslerin iflasına neden olabileceği ifade edilmiştir⁴⁰.

Komisyon tarafından getirilen bir diğer öneri, tazminat davalarını teşvik etmek amacıyla faizin, ihlalin ya da zararın gerçekleştiği tarihten itibaren işletilmesidir. Bir diğer seçenek ise faiz oranlarının artırılması ve/veya bileşik faiz uygulanmasıdır.

AB Parlamentosu ise, tazminatın sebepsiz zenginleşmeye yol açmaması bakımından fiili zararı (*damnum emergens*) ve uğranılan kaybı (*lucrum cessans*) aşmaması ve özellikle cezalandırıcı tazminatla ilgili olarak üye devletlerin kamu düzenlerinin göz ardı edilmemesi gerektiğini belirtmiştir⁴¹. Ayrıca, faizin ihlal tarihinden itibaren hesaplanmasını önermiştir.

3.2.3. “Passing on defence” Kuralı ve Dolaylı Alıcıların Dava Hakkı

Kartel anlaşması veya hakim durumun kötüye kullanılması neticesinde mal veya hizmetlerin fiyatlarının artması, doğrudan alıcıların rekabetin ihlal

³⁸ Deutscher Industrie- und Handelskammertag, Stellungnahme zum Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, s.4. http://www.dihk.de/inhalt/themen/rechtundfairplay/stellungnahmen/schadenersatz_wettbewer.pdf (erişim: 08.03.2007)

³⁹ Hölzel, s.29 vd.

⁴⁰ Diemer, Cristian, The Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, European Competition Law Review 27 (Nr. 6) 2006, s.315.

⁴¹ Parlamento Kararı, N.17, 18. Taslak metninde yer alan “kartel anlaşmalarında mahkemelere iki katı tazminata hükmetme yetkisi” nihai metinde yer almamıştır. Taslak metni için bkz. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A6-2007-0133&language=DE&mode=XML#title1> (erişim: 10.03.2008)

edilmediği piyasalara nazaran daha yüksek fiyat ödemelerine ve zarar görmelerine neden olur. Ayrıca, doğrudan alıcıların zararlarının bir kısmını ya da tamamını (bayi, perakendeci, tüketici gibi) sonraki (dolaylı) alıcılara yansıtılmaları halinde bu kişiler de ihlal nedeniyle zarara uğrayabilirler.

Bu konuda iki önemli sorun ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki, doğrudan alıcı tarafından açılan tazminat davasında mahkemenin zararın kısmen veya tamamen sonraki alıcılara yansıtılmış olmasını dikkate alıp almayacağıdır. Bir diğer ifadeyle, davalının zararın sonraki alıcılara yansıtıldığı yönündeki savunmasına (*passing-on defence*) itibar edilip edilmeyeceğidir. İkincisi ise, dolaylı alıcıların (*indirekter Abnehmer*) zararlarının tazminini isteyip isteyemeyeceğidir.

Amerikan hukukunda, zararın yansıtılması savunması dikkate alınmamakta ve dolaylı alıcıların tazminat istemleri kabul edilmemektedir⁴². Federal Mahkeme 1968 yılında verdiği “*Hannover Shoe*” kararında, zararın yansıtılması savunmasının mümkün olmadığını, aksi takdirde tazminat davalarının içinden çıkılması zor bir hal alacağını, zararın dağılması ve küçülmesi nedeniyle zarar görenlerin dava açma isteklerinin kırılabileceğini, böylece rekabet hukukunun uygulanmasında tazminat davalarından beklenen yararın sağlanamayacağını ifade etmiştir⁴³. 1977’de “*Illinois Brick*” kararıyla bir adım daha ileri giderek dolaylı alıcıların tazminat talep edemeyeceklerini belirtmiştir⁴⁴. Bununla birlikte, dolaylı alıcıların rekabet ihlallerine karşı önleme davası açma hakları bulunmaktadır⁴⁵.

ATAD içtihatlarına bakıldığında, zararın intikali savunması ve dolaylı alıcıların dava hakkına ilişkin doğrudan ifadelerle yer verilmediği görülür. Bununla birlikte, “*Courage*” ve “*Manfredi*” kararlarından ATAD’ın bu konudaki yaklaşımı hakkında ipuçları çıkartmak mümkündür. Söz konusu kararlarda, ulusal mahkemelerin davacının sebepsiz (haksız) zenginleşmesine yol açmasını önleyici kararlar verebileceği ve ihlal ile zarar arasında nedensellik bağı bulunması halinde, herkesin meydana gelen zararının tazminini isteyebileceği belirtilmiştir. Buna göre, şayet davacının tazminat talebi zararını

⁴² Wagner, s.21.

⁴³ *Hannover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 US 481 (1968).

⁴⁴ *Illinois Brick Co v. Illinois*, 431 US 720 (1977).

⁴⁵ Röhling, Andreas, Die passing-on defence im deutschen Recht unter Berücksichtigung des europäischen, US-amerikanischen und britischen Rechts, in: Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2006, s.1123.

dolaylı alıcılara yansıtılmış olması nedeniyle sebepsiz zenginleşme yaratıyorsa⁴⁶ davalının bu yöndeki (zararın yansıtılması) savunması mahkemelerce dikkate alınabilecek ve bu AB rekabet hukukuna aykırılık teşkil etmeyecektir. Ayrıca, “herkes” kavramı dolaylı alıcıları da kapsadığından, ihlal ile zarar arasında nedensellik bağıını ispatlamaları durumunda tazminat isteyebileceklerdir.

Zararın yansıtılması savunması ve dolaylı alıcıların tazminat taleplerine ilişkin olarak Komisyon dört farklı öneri sunmuştur⁴⁷.

Birinci öneri, zararın intikali savunmasının kabul edilerek hem doğrudan hem de dolaylı alıcılara tazminat hakkının tanınmasıdır. Bu yöntemde, toplam tazminatın doğrudan ve dolaylı alıcılar arasında paylaşılması gerekmektedir. Dolayısıyla, zararın ne kadarının kimlere aktarıldığının tespitinde önemli güçlüklerle karşılaşılabilir. Ayrıca, doğrudan alıcıların zararın intikali nedeniyle, dolaylı alıcıların ise zararın ne kadarının kendilerine yansıtıldığını ispatlamadaki güçlükler sebebiyle tazminat davası açamaması riskini beraberinde getirmektedir⁴⁸.

İkinci öneri, zararın intikali savunmasının kabul edilmemesi ve sadece doğrudan alıcılara tazminat hakkının tanınmasıdır. Doğrudan alıcıların ihlalin ve zararın miktarının tespitiyle ilgili delillere ulaşabilme kolaylığı dikkate alındığında, bu yöntemin caydırıcılık etkisi daha fazladır. Buna karşın, doğrudan alıcıların sebepsiz zenginleşmesine yol açabilecek niteliktedir. Diğer yandan, doğrudan alıcıların (örneğin failin kontrolü altında olmaları nedeniyle) dava açmaması halinde yöntemden beklenen fayda sağlanamayabilecektir⁴⁹. Ayrıca, tüketicilerin haklarını korumakta yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle Komisyon bu sistemde doğrudan alıcıların yanı sıra tüketicilere de dava hakkı tanınabileceğini belirtmiştir⁵⁰.

Üçüncü öneri, zararın intikali savunmasının kabul edilmeyerek hem doğrudan hem de dolaylı alıcılara tazminat hakkının tanınmasıdır. Ancak bu yöntem, davalının meydana gelen zarardan daha fazla tazminat ödemesine yol açabilecek niteliktedir. Bununla birlikte caydırıcılık etkisi oldukça fazla ve zarar görenleri dava açmaya teşvik edicidir.

⁴⁶ Zarar yansıtılmış olsa bile, tazminat talebinde bulunulması, her zaman sebepsiz zenginleşmeye yol açmayabilir. Örneğin, fiyattaki artış sebebiyle satışları ya da müşteri çevresi azalan ilk alıcılar bakımından durum böyledir.

⁴⁷ Çalışma Belgesi, s.62 vd. (Opsiyon 21-24)

⁴⁸ Yeşil Kitap, s.9.

⁴⁹ Failin kontrolü altında olmaları nedeniyle doğrudan alıcıların dava açmaması riskine karşı Amerikan hukukunda bir sonraki alıcıya dava hakkı tanınmaktadır. (Wagner, s.22)

⁵⁰ Çalışma Belgesi, s.62.

Dördüncü öneri ise, iki aşamalıdır. İlk aşamada, zararın intikali savunması kabul edilmeyerek zarar görenlerin tamamına dava hakkı tanınmaktadır. İkinci aşamada, tazminat zarar görenler arasında paylaşılır. Bu model teknik olarak zor olmakla birlikte, tüm zarar görenlerin zararının giderilmesine imkan sağlar. Ancak, zararın tamamını yansıtmış olan ilk alıcılar bu sürecin dışında kalmayı tercih edebileceklerdir. Zira uygulamanın sonunda ellerine hiç bir şey geçmeyecektir⁵¹.

AB Parlamentosu ise, zarar gören herkesin dava açabileceği yönündeki ATAD içtihatlarına işaret ederek, dolaylı alıcıların taleplerinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca, sebepsiz zenginleşmelerin önlenmesi için davalıya zararın yansıtıldığı savunmasını yapabilme imkanı tanınması, bu yüzden de küçük meblağlı çok sayıda talebin ele alınabildiği yargılama usullerinin (toplu davaların) getirilmesinin önemine değinmiştir⁵².

3.2.4. Tüketicilerin Korunmasında Önemli Bir Enstrüman: Toplu Dava

Bazı hallerde rekabet ihlalleri toplumun geneline yayılan zararlara yol açabilir. Bu tür durumlarda zarara uğrayanların önemli bir kısmını tüketiciler oluşturur. Ancak, dava masrafları, zaman kaybı ve davayı kaybetme riski özellikle düşük miktarda zarara uğramış olan tüketicilerin dava açmalarına neden olabilir⁵³. Tüketiciler tarafından açılacak davalar, zararın giderilmesinin yanı sıra ihlaller üzerinde caydırıcılığın artmasını da sağlar. Bu bakımdan, tüketicilerin dava açmalarını kolaylaştırıcı mekanizmalara yer verilmesi son derece önemlidir⁵⁴. Bu mekanizmalardan biri toplu dava imkanıdır.

Komisyon, tüketicilerin kollektif hak arama aracı olarak üç ayrı toplu dava modelinden bahsetmektedir. Bunlar, Temsilci Davası (*Stellvertreterklage*), Sınıf Davası (*Sammelklage*) ve Kamu Yararına Dava'dır (*Rechtsstreit im öffentlichen Interesse*). Temsilci davası bir gerçek veya tüzel kişi (örneğin tüketici birliği) tarafından belirli bir kişi grubunu (örneğin birlik üyelerini) temsilen ve onların haklarını korumak amacıyla açılan davadır. Sınıf davası, belirli veya tanımlanabilir kişi grubunun haklarını korumak amacıyla, çok sayıda talebin topluca ileri sürülebilmesine imkan veren davadır. Kamu yararına dava ise, belirli kişilerin değil kamunun adına yürütülür. Hükmedilen tazminat davayı açan gerçek veya tüzel kişiye ya da zarar görenlere ödenebilir. Komisyon,

⁵¹ Bundesverband der Deutschen Industrie e.V., s.13.

⁵² Parlamento Kararı, N.20.

⁵³ Hölzel, s.30, Wagner, s.19.

⁵⁴ Gruber, Johannes Peter, Schadenersatz und Kartellrecht- das Grünbuch der Kommission-, Medien und Recht-International Edition 2006, s.20 vd.

bilhassa temsilci davası ve sınıf davalarının tüketicilerin haklarının korunmasında önemli bir rol oynadığını belirtmektedir. Söz konusu davalar zaman ve masraf tasarrufunun yanı sıra davacıların iyi organize olmuş ve daha fazla kaynağa sahip davalılar karşısında pozisyonlarını güçlendirmelerine imkan sağlar⁵⁵.

Amerikan hukukunda sınıf davaları (*class action*) açıkça düzenlenmiş olup yaygın bir uygulamaya sahiptir⁵⁶. Bu sayede küçük ve fakat yaygın zararların giderilmesi mümkün olabilmektedir. Buna karşın, AB üyesi ülkelerin çoğunda tazminat istemlerini içeren toplu dava şekli mevcut değildir⁵⁷.

Toplu dava konusunda Komisyon tarafından iki öneri getirilmiştir⁵⁸. Bunlardan ilki, tüketicilerin ayrı dava açma hakları saklı kalmak suretiyle, tüketici birliklerine dava açma yetkisi verilmesidir. Bu durumda, dava açabilecek yetkili birliklerin belirlenmesi (tescil veya izin sistemi getirilmesi yada doğrudan mahkemece belirlenmesi), tazminatın nasıl dağıtılacağı (birliğe mi yoksa üyelere mi ödeneceği), ödenecek tazminatın hesaplanması (birliğe ödenecek tazminatın failin elde ettiği kazanç, üyelere ödenecek tazminatın ise uğradıkları zarara göre hesaplanması) gibi konuların da açıklığa kavuşturulması gerektiği Komisyon tarafından belirtilmiştir⁵⁹.

İkinci öneri, üretim ya da dağıtım zincirinde yer alan toptancı ya da perakendeci gibi ara alıcılara da (*Zwischenabnehmer*) toplu dava imkanının verilmesidir.

⁵⁵ Çalışma Belgesi, s.65.

⁵⁶ Zirngibl, Eva, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess in den USA und Deutschland (Dissertation), München 2006, s.23; Özsunay, Ergun, Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-III, Kayseri 2005, s.123.

⁵⁷ Komisyon AB üyesi ülkelerdeki toplu davaların daha ziyade önleme ve durdurma istemleriyle sınırlı olduğunu, tazminat talebine imkan veren toplu dava modellerinin sadece İsveç ve İngiltere'de bulunduğunu belirtmektedir. (Çalışma Belgesi, s.66 vd.). Amerikan hukukundaki sınıf davalarında mahkeme kararı adlarına dava açılan gruba dahil tüm kişiler bakımından bağlayıcıdır. Ancak bu kural henüz dava sonuçlanmadan davanın dışında kalmak istediğini beyan eden kişiler bakımından uygulanmaz (opt-out model). Bkz. Zirngibl, s.68.

İsveç hukukunda ise mahkeme kararı yalnızca adına dava açılan gruba dahil olmak istediğini açıkça beyan eden kişileri kapsar (opt-in model). Bkz. Çalışma Belgesi, s.67.

⁵⁸ Çalışma Belgesi, s.68 vd. (Opsiyon 25-26)

⁵⁹ Yeşil Kitap, s.10.

Bu önerilerle ilgili olarak, toplu davaların hukuki dinlenilme hakkını ihlal ettiği⁶⁰ ve Amerikan uygulamasında karşılaşıldığı üzere kötüye kullanılma riskinin bulunduğu yönünde eleştiriler getirilmiştir⁶¹.

AB Parlamentosu, tüketicilere birlikte doğrudan veya tüzükleri gereği bu konuda yetkili birlikler aracılığıyla toplu dava açma imkanının verilmesi gerektiğini belirtmiştir⁶².

3.2.5. Tazminat Davalarının Önündeki Bariyer: Yargılama Giderleri

Rekabet hukuku kaynaklı tazminat davaları karmaşık yapıları ve daha fazla zaman gerektirmesi nedeniyle diğer davalara nazaran yüksek maliyetlere yol açabilmektedir. Bu yüksek maliyetleri üstlenme riski tazminat davalarını engelleyici bir etki doğurabilmektedir.

Komisyon tarafından hazırlatılan Ashurst Raporunda yargılama giderleri alanındaki düzenlemeler bakımından iki soruna işaret edilmiştir⁶³.

Birincisi, davacının yargılama giderlerinin bir kısmını peşinen ödemek zorunda olmasıdır. Davacı, davayı kazanması halinde bu masrafları davalıdan isteyebilecek olsa da, çoğu kez uzun süren yargılama sonuna kadar beklemeyi göze almamakta ve dava açmaktan kaçınabilmektedir.

İkincisi, “kaybeden öder” prensibi gereği, davacının davayı kaybetmesi halinde yaptığı harcamalara ek olarak davalının masraflarını da üstlenecek olmasıdır.

Kaybeden tarafın ödemesi kuralı, özellikle dava harçları, avukatlık ve bilirkişilik ücretlerinin dava değeri üzerinden hesaplandığı durumlarda davacının yüksek yargılama masraflarıyla karşı karşıya kalmasına neden olabilir. Ayrıca, bu kural düşük meblağlı tazminat istemleri bakımından sorun yaratabilecek niteliktedir. Zira, davacının talep ettiği tazminatla mütenasip olmayan yargılama giderleri ortaya çıkabilir.

Bu itibarla, yargılama giderlerinin kaybeden tarafça ödenecek olması - bilhassa davayı kazanma ihtimalinin çok yüksek olmadığı durumlarda- zarar göreni dava açmaktan alıkoyabilecek niteliktedir.

⁶⁰ Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V. Frankfurt am Main, s.9; Hölzel, s.32.

⁶¹ Bundesverband der Deutschen Industrie e.V., s.14; Deutscher Industrie- und Handelskammertag, s.5.

⁶² Parlamento Kararı, N.21.

⁶³ Çalışma Belgesi, s.70.

Amerikan hukukunda da genel kural, yargılama masraflarının kaybeden tarafça karşılanmasıdır. Avukatlık ücretini ise taraflar kendileri öder. Buna karşın, rekabet hukuku davalarında davacının kazanması halinde avukatlık masrafları davalı tarafa yüklenmektedir. Fakat bu kural davalı bakımından işletilmemekte, davalı davayı kazansa bile avukatlık masraflarını kendisi karşılamaktadır. Bu uygulamanın arkasında tazminat davalarını teşvik amacı yatmaktadır⁶⁴. Amerikan hukukuna özgü bir diğer uygulama, başarıya endekli avukatlık ücretinin (*Erfolgshonorar, contingent fee*) kararlaştırılabilmesidir. Buna göre, davanın kazanılması halinde avukat ücret olarak hükmedilen tazminatın belirli bir kısmını almakta, kaybedilmesi durumunda ise kendisine herhangi bir ödeme yapılmamaktadır⁶⁵. Böylece dava kaybedilse bile avukatlık ücreti ödeme riski ortadan kalkmaktadır. AB üyesi bir kısım ülkelerde bu yönetim izin verilmekle birlikte, bazılarında yasaktır⁶⁶.

Komisyon yargılama giderlerine ilişkin düzenlemeler konusunda üye devletlerde farklı uygulamalar bulunduğu dikkat çekmiştir⁶⁷. Ayrıca, bazı üye ülkelerde mahkeme harçlarının çok düşük miktarlarda olmasına karşın, bazılarında talep edilen miktar üzerinden hesaplandığını ve bunun da yüksek maliyetlere yol açtığını belirtmiştir.

Yargılama masraflarının tazminat davaları bakımından yarattığı riskin azaltılmasına yönelik olarak Komisyonun getirdiği öneri şu şekildedir:

Mahkemeye davayı kaybeden davacının masraflardan muaf tutulmasına karar verme yetkisi tanınabilir. Hatta bu karar henüz davanın başında alınabilir. Böylece, davacı bakımından oluşabilecek riskler daha baştan giderilebilecektir. Masraflardan muaf tutma kararı, ekonomik bakımdan zayıf olan tarafı maliyet riskinden koruyarak tazminat taleplerini ileri sürme hakkını kullanmasına önemli derecede hizmet eder. Aynı gerekçelerle, dava masraflarının sadece davanın kötü niyetli olarak açıldığı hallerde davacıya yükletilmesi yönünde bir

⁶⁴ Bundeskartellamt, Private Kartellrechtsdurchsetzung-Stand, Probleme, Perspektiven, Diskussionspapier für Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 26 September 2005, s.19. http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/05_Proftag.pdf (erişim: 15.03.2008).

⁶⁵ Bundeskartellamt, s.19.

⁶⁶ Çalışma Belgesi, s.76 (Opsiyon 27)

⁶⁷ Çalışma Belgesi, s.74. Örneğin Alman hukukuna göre, taraflardan birisi yargılama giderlerinin tamamını ödemesi halinde ekonomik durumunun ciddi olarak tehlikeye gireceğini inandırıcı şekilde ortaya koyarsa mahkeme yargılama masraflarını indirebilmektedir. Ayrıca, mahkemenin bu kararı avukatlık ücretini de kapsamaktadır (GWB § 89a).

kural da getirilebilir. Böylece davacının dava masraflarını üstlenme riskine karşı korunmasının yanı sıra haksız davaların açılması da önlenebilir⁶⁸.

Bu öneriyle ilgili şu eleştiriler getirilmiştir: “Kaybeden öder” ilkesi kötü niyetli ve haklı bir gerekçeye dayanmayan davalarla mahkemelerin gereksiz yere meşgul edilmesini önler. Davacı haklı olduğu kanaatinde ise bazı riskleri de göze almak zorundadır⁶⁹. Ayrıca, eğer davayı kaybeden davacı ödemeyecekse masraflar kimin tarafından karşılanacaktır? Bu masrafların hukuka aykırı davranmamış olan davalı tarafından, ya da kamu kaynaklarından (dolayısıyla rekabet ihlaliyle hiçbir ilgisi bulunmayan vergi mükelleflerince) karşılanması doğru olmaz⁷⁰.

AB Parlamentosu ise, davacının yargılama giderlerini karşılama endişesiyle dava açmaktan kaçınabileceğine dikkat çekerek, mahkemenin tarafların farklı ekonomik durumlarını dikkate alabilmesini, gerektiğinde yargılamanın başında bu durumu kontrol etmesi gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca, tazminat davalarını kolaylaştırmak amacıyla, adli yardım alanında gerekli düzenlemelerin yapılması tavsiyesinde bulunmuştur⁷¹.

3.2.6. Tazminat Davalarının Pişmanlık Programları Üzerindeki Olumsuz Etkilerinin Azaltılması

Pişmanlık programları, gizli kartel anlaşmalarının ortaya çıkma ihtimalini artırdığından caydırıcılık etkisine sahiptir. Ayrıca, ihlallerin ispatını kolaylaştırması sebebiyle kaynak tasarrufu da sağlar. Bununla birlikte, pişmanlık programının ilgili teşebbüslere sağladığı avantaj kamu otoritelerince uygulanacak yaptırımlarla sınırlıdır. Onları özel hukuk yaptırımları karşısında korumaz. Bu husus, 8.12.2006 tarihli Komisyon Bildirisinde şu şekilde ifade edilmiştir: “*Para cezalarında muafiyet ya da indirim tanınmış olması, ABA m.81’in ihlalinin yol açtığı özel hukuk alanındaki sonuçları ortadan kaldırmaz*”⁷².

Bu durumda, pişmanlık programından yararlanan teşebbüsler tazminat yaptırımıyla karşı karşıya kalabilecektir. Hatta tazminat ödeme riski bu teşebbüsler bakımından daha yüksektir. Zira, pişmanlık programından

⁶⁸ Çalışma Belgesi, s.76.

⁶⁹ Bundesverband der Deutschen Industrie e.V., s.15.

⁷⁰ Deutscher Industrie- und Handelskammertag, s.6; Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V., s.10.

⁷¹ Parlamento Kararı, N.22, 23.

⁷² Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermässigung von Geldbussen in Kartellsachen, ATRG, C 298/11, N.39.

yararlanan teşebbüsün sunduğu ve rekabet otoritesinin kararında yer alan bilgi ve belgeler tazminat davasında aleyhine delil teşkil edebilecektir. Bu ise teşebbüslerin pişmanlık programlarına başvurmadan vazgeçmesine neden olabilir⁷³. Dolayısıyla, tazminat kurallarının pişmanlık programlarıyla uyumlu hale getirilmesi son derece önemlidir.

Bu amaçla Komisyon üç farklı öneri getirmiştir⁷⁴. Bunlardan ilki, pişmanlık programına ilişkin başvuruların ve rekabet otoritelerine sunulan bilgi ve belgelerin gizli tutulmasıdır. Böylece söz konusu bilgi ve belgeler sonradan açılacak tazminat davalarında aleyhte kullanılamayacaktır.

İkincisi, pişmanlık programından yararlanan teşebbüslere yöneltilen tazminat taleplerinde indirimle gidilmesidir. Bu kapsamda, söz konusu teşebbüsün ispat vasıtalarını açığa çıkarmış olması karşılığında her bir tazminat talebi bakımından (örneğin %50 oranında) indirim yapılabilir. Böylece, rekabet ihlallerinde iki katı tazminat uygulaması getirilse bile programdan yararlanan teşebbüsün sorumluluğu gerçek zararı tazmin etmekle sınırlı olacaktır. Pişmanlık programı kapsamına girmeyen teşebbüsler ise zararın tamamından müteselsilen sorumlu olmaya devam edeceklerdir.

Bu öneri hakkında, ilgili teşebbüsün tazminat sorumluluğunun azaltılarak ta olsa devam edecek olmasının pişmanlık programları üzerindeki olumsuzlukları tamamen ortadan kaldırmayacağı ileri sürülmüştür⁷⁵.

Üçüncüsü, pişmanlık programından yararlanan teşebbüsün zararın tamamından müteselsilen değil, zarardaki payı oranında sorumlu tutulmasıdır. Ancak bunun, ilgili teşebbüsün sorumluluk miktarının tespitinde güçlükler yaratabileceği belirtilmiştir⁷⁶. Ayrıca, müteselsil sorumluluk esası gereği ilgili teşebbüsün iç ilişkide diğer borçlulara sorumlulukları oranında rücu imkanının zaten bulunduğu, dolayısıyla sonuçta çok fazla şeyin değişmeyeceği ifade edilmiştir⁷⁷.

⁷³ Özellikle üç katı tazminatın söz konusu olduğu durumlarda bu olasılık daha da yüksektir.

⁷⁴ Çalışma Belgesi, s.80 vd. (Opsiyon 28-30)

⁷⁵ Deutscher Industrie- und Handelskammertag, s.6.

⁷⁶ Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie/Bundeskartellamt, Stellungnahme zum Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, s.9.

http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/files_green_paper_comments/bundesministerium_fur_wtb_de.pdf (erişim: 15.03.2008)

⁷⁷ Bundesverband der Deutschen Industrie e.V., s.17.

AB Parlamentosu, gizli bilgilerin korunması ve pişmanlık programlarının etkin biçimde uygulanması bakımından üye devlet mahkemelerinin işbirliği yapmalarının önemine işaret etmiştir. Ayrıca, pişmanlık programı kapsamında rekabet otoriteleriyle işbirliğinde bulunan ilk başvuru sahibinin diğer faillerle birlikte müteselsilen sorumlu tutulmaması tavsiyesinde bulunmuştur⁷⁸.

3.2.7. Soruşturmanın Dava Zamanaşımına Etkisi

Zamanaşımı süreleri tazminat davaları üzerinde önemli etkilere sahiptir. Kısa zamanaşımı süreleri delillerin toplanması ve davanın hazırlanmasını zorlaştırması bakımından zarar görenlerin aleyhinedir. Zamanaşımı süresinin kısa oluşu, bilhassa rekabet otoritelerince verilmiş bir kararın ardından açılması düşünülen tazminat davalarını olumsuz yönde etkileyebilir. Zira, rekabet otoritesi kararını verinceye kadar tazminat talebi zamanaşımına uğrayabilecektir. Bu ise, zarar görenin iddiasını rekabet otoritesinin kararına dayanmak suretiyle ispatlama imkanından mahrum kalmasına neden olur.

Komisyon, zamanaşımı sürelerinin işleme hakkında iki öneri getirmiştir⁷⁹. Bunlardan ilki, Komisyon veya bir üye ülke rekabet otoritesince soruşturma başlatılması halinde zamanaşımı süresinin durmasıdır⁸⁰. Böylece, zarar gören hak kaybına uğrama endişesi taşımaksızın soruşturma sonuna kadar bekleyebilecek ve verilecek kararı iddialarını ispatta kullanabilecektir.

İkincisi, zamanaşımı süresinin rekabet ihlali hakkındaki kararın kesinleşmesinden itibaren başlamasıdır.

AB Parlamentosuna göre, Komisyon veya üye devlet rekabet otoritelerinden birisinin rekabet kurallarının ihlaline dair karar vermesinden itibaren bir yıl içerisinde tazminat davası açılabilirdir. Böyle bir kararının bulunmaması halinde ise, Komisyon'un ABA m. 81 ve 82'ye aykırılık nedeniyle ceza verebileceği süre içinde tazminat davası açılabilmesi gerekir. Ayrıca, Komisyon veya rekabet otoritelerinin araştırma başlattığı tarihten itibaren zamanaşımı süresi durmalıdır. Aynı şekilde, taraflar arasında uzlaşmaya yönelik görüşmelerin devam ettiği sürece zamanaşımı süresinin durması gerekir⁸¹.

⁷⁸ Parlamento Kararı, N.16,17.

⁷⁹ Çalışma Belgesi, s.93. (Opsiyon 35)

⁸⁰ Bu önerinin temelinde Alman Rekabet Kanunundaki düzenleme (GWB § 33 Abs.5) yatmaktadır. Söz konusu düzenleme hakkında daha fazla bilgi için bkz. Bechtold, Rainer/Otting, Olaf, Kartellgesetz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, München 2006, § 33, N.32 vd.

⁸¹ Parlamento Kararı, N.24 vd.

4. ÖNERİLEN ÇÖZÜMLERİN TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıda AB’de tazminat talepleri alanındaki sorunlara ilişkin çözüm önerilerine değinildi. Esasen getirilen bazı çözümlerin benzerlerine hukukumuzda yer verilmiştir. Örneğin, delillerin ortaya çıkartılması konusunda usul hukukumuzda bazı imkanlar getirilmiştir. Nitekim HUMK m.75/III’e göre, hakim davanın her safhasında lazım olan delillerin mahkemeye verilmesini emredebilecektir⁸². Aynı şekilde, RKHK m.59 hükmüyle davacının ispat yükü hafifletilmiştir. Ayrıca, zarar görenleri dava açma konusunda teşvik etmek ve caydırıcılığın sağlanması amacıyla RKHK m. 58/II’de üç katı tazminata yer verilmiştir.

Bununla birlikte, önerilen çözümlerden bazıları Türk Hukukunda henüz yer almamakta ya da tartışılmaya devam etmektedir.

Bunlardan birisi, Rekabet Kurulu kararlarının mahkemeler için bağlayıcılığıdır. Bu soruya doktrinde verilen yanıt olumsuzdur⁸³. Dayanılan en önemli gerekçe, mahkemelerin idari organların kararlarıyla bağlı olmasının yargı bağımsızlığı ilkesi ile çelişecek olmasıdır⁸⁴. Öte yandan, mahkemelerin Kurul kararlarını dikkate alıp almamak hususunda tamamıyla serbest bırakılması hukuk güvenliği bakımından sorunlara yol açabilecektir⁸⁵. Bu nedenle, kesinleşmiş Kurul kararlarının, yürütülen soruşturmada savunma hakkı tanınmış teşebbüslerle sınırlı olmak üzere, tazminat davalarında kesin delil teşkil etmesi yönünde bir kanuni düzenleme yapılmasında fayda vardır. Böylece, hem çelişkili kararların ortaya çıkması önlenebilecek ve hem de tazminat davalarının rekabet hukukunda etkin bir rol oynaması sağlanabilecektir.

⁸² Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammed, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2004, s.329.

⁸³ İnan, Nurkut, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-II, Kayseri 2004, s.62; Gürzumar, Osman Berat, Özel Hukuk Açısından 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanun’da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak (Sempozyum Bildiriler Kitabı), BATİDER, Ankara 2006, s.180; Sanlı, Kerem Cem, Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I, Kayseri 2003, s.261; Aslan, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, Ankara 2005, s.697.

⁸⁴ İnan, s.63.

⁸⁵ Nitekim Yargıtay tazminata karar verilebilmesi için Rekabet Kurulu tarafından ihlalin saptanması gerektiği görüşündedir. (Yargıtay 19. HD. 1.11.1999 E. 99/3350, K. 99/6364)

Bir diğ er mesele, zararın intikali savunması ve dolaylı alıcıların dava hakkına ilişkindir. Bu konuda Komisyon dört farklı öneri getirmiştir. Ancak, yukarıda da değ inildiğ i üzere, her birisinin olumlu ve olumsuz yanları bulunmaktadır. Kanımca, zararın intikali savunması kabul edilerek, hem doğ rudan hem de dolaylı alıcılara dava hakkının tanınması yöntemi tercih edilebilir⁸⁶. Hukukumuzdaki mevcut düzenlemeler ve ATAD kararlarıyla da uyumlu olan bu yöntem, tüm zarar görenlere zararlarını giderme imkanı sunması bakımından tazminat hukukunun amacıyla da bağ daş maktadır⁸⁷.

Üzerinde durulması gereken bir diğ er konu, tüketicilerin korunması ve caydırıcılık bakımından önemli bir role sahip olan toplu dava imkanlarıdır. Toplu davalar küçük ve yaygın zararların giderilmesine hizmet etmekle kalmaz. Aynı anda çok sayıda uyuş mazlığ ın karara bağ lanmasına imkan vermesi bakımından usul ekonomisine de katkı sağ lar. Hukukumuzda, Amerikan hukukundaki şek liyle sınıf davaları (*class action*), ya da tazminat istemiyle aç ılabilen birlik davaları (*Verbandsklage*) bulunmamaktadır.

Komisyon, tüketicilerin ayrı dava aç ma hakları saklı kalmak suretiyle, tüketici birliklerine, dava aç ma yetkisi verilmesini önermiştir. Ancak bu yöntem, her şeyden evvel tazminat istemlerini tüketici birliklerinin insiyatifine bırakması bakımından sakıncalıdır. Zira, birlikler tazminat taleplerinin ileri sürülmesi konusunda her zaman zarar görenler kadar istekli davranmayabileceklerdir. Bu sakınca tazminatın (en azından bir kısmının) birliklere bırakılmadığı durumlarda daha da fazla olacaktır⁸⁸. Bir diğ er sorun, tazminatın hesaplanması ve paylaş ırılması bakımından ortaya çıkabilecektir.

Amerikan hukukundaki sınıf davaları tazminat istemlerinin ucuz, etkin ve kapsamlı bir şekilde ileri sürülebilmesine imkan vermektedir. Buna karş ın, mahkemece verilecek karar prensip olarak davaya katılmayanlar bakımından da bağ layıcı olduğ undan (*opt-out model*) hukuki dinlenilme hakkını zedeleyebilecek ve kötüye kullanılabilir niteliktedir. Bu itibarla, İsveç hukukundakine benzer şekilde, mahkeme kararının yalnızca adına dava aç ılan

⁸⁶ İntikal sebebiyle çok sayıda küçük zararlar ortaya çıkabilecektir. Bunlara ilişkin taleplerin ileri sürülmesinde karşılaşılabilecek zorlukların aş ılması bakımından AB Parlamentosunun da iş aret ettiğ i üzere, toplu dava imkanı getirilmesi önemlidir. (Bkz. yukarıda 3.2.3)

⁸⁷ Zararın intikali savunmasına yer verilmeyerek sadece doğ rudan alıcılara dava hakkı tanınması yönünde bkz. Sanlı, s.241.

⁸⁸ Nitekim Alman hukukunda, birliklere failin ihlalden elde ettiğ i menfaati hazineye devretmesi talebiyle dava aç ma yetkisi tanınmış olmasına karş ın (GWB § 34a), birliklere herhangi bir maddi yarar sağ lanmadığı için düzenlemeden beklenen fayda sağ lanamamıştır. (Bornkamm, in: Langen/Bunte, § 34a, N.3 vd.)

gruba dahil olmak istediğini açıkça beyan eden kişileri kapsayacağı yönünde bir düzenlemeye (*opt-in model*) hukukumuzda yer verilmesi düşünülebilir.

Mevcut düzenlemeler bakımından önemli bir diğer eksiklik de yargılama giderleriyle ilgilidir. Yüksek yargılama maliyetlerinin tazminat davaları üzerinde olumsuz etkiler yaratabileceğine daha önce değinmiştik. Bu konuda, mahkemelere davacının masraflardan (kısmen veya tamamen) muaf tutulmasına karar verme yetkisi tanınmasında yarar vardır. Bu yetki, Alman hukukunda olduğu gibi (GWB §89a), *davacının yargılama giderlerinin tamamını ödemesi halinde ekonomik durumunun ciddi olarak tehlikeye gireceğini inandırıcı biçimde ortaya koyması durumunda mahkemece yargılama masraflarının indirilebileceği* şeklinde düzenlenebilir. Ayrıca, Komisyon tarafından önerildiği üzere, *dava masraflarının davanın kötü niyetli olarak açıldığı hallerde davacıya yükletilmesi* şeklinde bir yaptırıma yukarıdaki düzenlemeyle birlikte yer verilebilir.

Ele alınması gereken bir başka konu pişmanlık programlarıdır. Komisyon tarafından haklı olarak işaret edildiği üzere, tazminat tehdidi teşebbüsleri pişmanlık bildiriminde bulunmaktan alıkoymayacaktır. Türk hukukunda pişmanlık programları alanında henüz bir düzenlemeye gidilmiş değildir. Bununla birlikte, yapılacak düzenlemede bu hususun dikkate alınmasında yarar bulunmaktadır. Bu konuda pişmanlık programından yararlanan teşebbüsün zararın tamamından müteselsilen değil, zarardaki payı oranında sorumlu olması yönündeki Komisyon önerisi benimsenebilir.

Rekabet Kurulunca soruşturma başlatılmış olmasının zamanaşımı süreleri üzerinde etki edeceğine dair herhangi bir düzenleme hukukumuzda bulunmamaktadır. Bu durum, henüz Kurul kararı kesinleşmeden zamanaşımı süresinin dolmasına yol açabilecek ve zarar görenlerin söz konusu karara dayanarak tazminat davası açmalarını engelleyebilecektir. Bu itibarla, Kurul tarafından soruşturma başlatılmış olmasının tazminat istemlerine ilişkin zamanaşımı süresini durduracağı yönündeki Komisyon önerisine paralel bir düzenleme yapılması düşünülebilir⁸⁹.

⁸⁹ Bu konuda Aslan tarafından önerilen düzenleme şu şekildedir: "...eğer Rekabet Kurulu ihlale ilişkin soruşturma açmış ise zamanaşımı süresi Rekabet Kurulu kararına karşı gidilebilecek yargı yollarının tükenmesi anından sonra bir yıl daha devam eder."(s.695)

SONUÇ

AB Rekabet Hukukunda yaptırım sistemi iki sütundan oluşur. Bunlardan birisi kamusal yaptırımlar, diğeri ise özel hukuk yaptırımlarıdır. Özel hukuk yaptırımları içerisinde tazminat davaları caydırıcılık etkisi bakımından önemli bir yere sahiptir. 1/2003 Sayılı Tüzükle, rekabet kurallarının uygulanmasında Komisyon merkezli denetim sisteminden vazgeçilerek, üye ülke rekabet otoriteleri ve mahkemelerine önemli yetkiler verilmiştir. Özellikle, yasal istisna sistemine geçilmesiyle ex-post denetim güçlendirilmiştir. Ayrıca, ATAD kararlarında, zarar gören herkes tarafından tazminat davası açılabilmesi gerektiği, aksi takdirde rekabetin korunmasına yönelik normların etkinliğinin azalabileceğine dikkat çekilmiştir. Tüm bu gelişmeler tazminat davalarına etkinlik kazandırma ihtiyacını doğurmuştur.

ATAD kararlarıyla üye devletlerin tazminat davalarına ilişkin iç hukuk hükümleri bakımından temel bir ölçüt getirilmiştir. Buna göre, tazminat davalarına ilişkin iç hukuk hükümleri AB rekabet normlarının etkinliğini azaltacak nitelikte olmamalıdır. Ancak, üye devletlerin iç hukuk hükümlerinin bu ölçütle çelişen düzenlemeler içermesi, modernizasyon çalışmalarının başlatılmasına yol açmıştır. Komisyon tarafından yürütülen çalışmalar neticesinde tazminat davaları alanındaki sorunlar tespit edilerek çözüm önerileri sunulmuştur. Tüm bu öneriler tazminat davalarının yaygınlaştırılması ve daha fazla daha caydırıcılığın sağlanması amacıyla yöneliktir. Bunlardan hangilerinin ne ölçüde hayata geçirileceğini ise zaman gösterecektir. Öte yandan, söz konusu önerilerin bazıları Türk hukukundaki mevcut sorunların çözümünde yol gösterici olabilecek niteliktedir.

KAYNAKÇA

Aslan, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, Ankara 2005.

Baur, Jürgen, Schadenersatz- und Unterlassungsansprüche bei Verstößen gegen Kartellvorschriften des EWG Vertrages, Europarecht 1988.

Bechtold, Rainer/Otting, Olaf, Kartellgesetz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, München 2006.

Bornkamm, Joachim, in: Langen/Bunte (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, Luchterhand 2007.

Bundeskartellamt, Private Kartellrechtsdurchsetzung -Stand, Probleme, Perspektiven, Diskussionspapier für Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 26 September 2005.

http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/05_Proftag.pdf (erişim: 15.03.2008).

Bundesministerium für Soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz, Stellungnahme zum Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts.

http://www.ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/files_green_paper_comments/bundesministerium_fur_ssgk_de.pdf (erişim: 08.03.2008)

Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie/Bundeskartellamt, Stellungnahme zum Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts.

http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/files_green_paper_comments/bundesministerium_fur_wtb_de.pdf (erişim: 15.03.2008)

Bundesverband der Deutschen Industrie e.V., Stellungnahme zum Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts.

http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/files_green_paper_comments/bdi.pdf (erişim: 08.03.2008).

Deutscher Industrie- und Handelskammertag, Stellungnahme zum Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts.

http://www.dihk.de/inhalt/themen/rechtundfairplay/stellungnahmen/schadenersatz_wettbewerb.pdf (erişim: 08.03.2007)

Diemer, Cristian, The Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, European Competition Law Review 27 (Nr. 6) 2006.

- Erdem, H. Ercüment, 1/2003 Sayılı Konsey Tüzüğü ve Türk Rekabet Hukukuna Etkileri, Rekabet Hukuku İle İlgili Makaleler, İstanbul 2007.
- Gruber, Johannes Peter, Schadenersatz und Kartellrecht- das Grünbuch der Kommission-, Medien und Recht-International Edition 2006.
- Gürzumar, Osman Berat, Özel Hukuk Açısından 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanun'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak (Sempozyum Bildiriler Kitabı), BATİDER, Ankara 2006.
- Hammer, Jens, Die Durchsetzung der EG-Wettbewerbsregeln im Rahmen der VO 1/2003, ERA-Forum, Volume 5, Number 1, März 2006.
- Hölzel, Norman, Kartellrechtlicher Individualrechtsschutz im Umbruch – Neue Impulse durch Grünbuch und Zementkartell, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, (Heft 65) 2007.
- İnan, Nurkut, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-II, Kayseri 2004.
- Jaeger, Thomas, Gemeinschaftskompetenz “private enforcement”?, Juristische Blätter 2007.
- Lübbig, Thomas/ le Bell, Miriam, Reform des Zivilprozesses in Kartellsachen, Wettbewerb in Recht und Praxis 2006.
- Özsunay, Ergun, Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-III, Kayseri 2005.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammed, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2004.
- Röhling, Andreas, Die passing-on defence im deutschen Recht unter Berücksichtigung des europäischen, US-amerikanischen und britischen Rechts, in: Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2006.
- Sanlı, Kerem Cem, Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I, Kayseri 2003.
- Schröter, Helmuth, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden 2003.

Seitz, Claudia, Kommentar zum Urteil des EuGH Rs. C-295/04, Vincenzo Manfredi u.a./Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA u.a., Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht 2006.

Stockhenhuber, Peter/Wittmann, Rita, "Private enforcement" jetzt auch in der österreichischen Kartellrechtpraxis?, Wohnrechtliche Blätter 2007.

Wagner, Gerhard, Schadenersatz bei Kartelldelikten, German Working Papers in Law and Economics, Article 18, Volume 2007.

Weitbrecht, Andreas, Das neue EG-Kartellverfahrensrecht, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2003.

Wissenbach, Kay, Schadenersatzklagen gegen Kartellmitglieder –Offene Fragen nach der 7. Novellierung des GWB, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, (Heft 60) 2006.

Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V. Frankfurt am Main, Stellungnahme zum Grünbuch der Kommission zu Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts.

<http://www.wettbewerbszentrale.de/media/getlivedoc.aspx?id=1264>

(erisim: 08.03.2008).

Zirngibl, Eva, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess in den USA und Deutschland (Dissertation), München 2006.

Dr. Mustafa ATEŞ (Rekabet Kurulu Üyesi)- Sayın Kortunay'a tebliği için teşekkür ederiz. Gerçekten rekabet hukukunun özel hukuk alanında ortaya çıkardığı sorunlar 26-27 ayrı ülkeden oluşan Avrupa Birliği'nin çok ciddi meselesi hâlinde; çünkü çok farklı hukuk sistemlerine sahip ülkelere oluşan bir Birlik. Bir tarafta Anglosakson hukuku farklı bir hukuk sistemi, diğer tarafta Kıta Avrupa'sı dediğimiz Alman, Fransız ağırlıklı farklı bir hukuk sistemi; özellikle özel hukuk alanında çok farklı ilkelere, prensiplere dayanıyor. Tabii ki, hepinizin malumu, Avrupa Birliği'nin de ortak bir özel hukuk düzenlemesi yok. Şu ana kadar çeşitli çalışmalar var, devam ediyor ama henüz bu alanda bir tüzük, bir direktif yok, en azından benim bilebildiğim kadarıyla.

Avrupa Birliği artık bunları tartışıyor. Belki yakın bir gelecekte hem Avrupa Adalet Divanının kararlarından, hem de Komisyonun bu alanda bizzat yaptığı veya yaptırdığı çalışmalardan özel hukuk alanında en azından rekabet hukuku yönüyle bir tüzük veya bir direktif yayınlanmasını bekleyebiliriz gibi geliyor; ben bu tebliğden onu anladım.

Şimdi, "Rekabet Kurulunun Kartellere Uyguladığı Para Cezalarının Değerlendirilmesi" başlıklı tebliğlerini sunmak üzere sözü Rekabet Kurumu Uzmanlarından Haluk Arı, Gökşin Kekevi ve Esin Aygün'e veriyorum.

REKABET KURULU'NUN KARTELLERE UYGULADIĞI PARA CEZALARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

M. Haluk ARI, H. Gökşin KEKEVİ, Esin AYGÜN*

GİRİŞ

İktisadi İşbirliği ve Kalkınma Örgütü-*Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD)'nin 1998 tarihli “Açık Kartellerle Etkili Şekilde Mücadele Edilmesine İlişkin Tavsiyesi”nde, “*fiyat tespiti, ihalelerde danışıklı hareket, arz miktarının kısıtlanması veya kotalar konması, müşterileri, sağlayıcıları, bölgeleri ya da ticaret kanallarını paylaşmak konusunda rakipler arasında varılan rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem veya düzenlemeler*” şeklinde tanımlanan kartellerin, “*en ciddi rekabet ihlali olduğu*” ifade edilmiştir¹ Aralarında Türkiye'nin de bulunduğu pek çok ülkenin rekabet yasalarını hazırlarken model kabul ettiği Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ve Avrupa Birliği'nde (AB) de, karteller en ciddi rekabet ihlali olarak değerlendirilmekte ve kartel üyeleri² ağır biçimde cezalandırılmaktadır³. Örneğin, *Vitamin* kartelinde yer alan Hoffmann-LaRoche'a verilen 500 milyon \$'lık ceza, yalnızca antitröst suçları bakımından değil, tüm suçlar bakımından ABD tarihinde uygulanan en büyük para cezasıdır⁴. AB'de ise, aynı kartele, 462 milyon Euro'luk kısmı Hoffmann-LaRoche'a olmak üzere, toplam 790 milyon

* Rekabet Uzmanları. Çalışmadaki görüşler yazarlara ait olup, Rekabet Kurumu'nu bağlamamaktadır. Yazarlar, bu tebliğin hazırlanması ve sunulmasındaki katkılarından dolayı, Yaşar TEKDEMİR nezdinde Rekabet Kurumu Uluslararası İlişkiler Müdürlüğü, Perin PİGEY nezdinde Basın Danışmanlığı, Hüseyin DALKILIÇ nezdinde Hukuk Müşavirliği ve Doç. Dr.Ayşe ODMAN BOZTOSUN nezdinde Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi çalışanlarına teşekkür eder.

¹ OECD (1998), “Recommendation of the Council concerning Effective Action Against Hard Core Cartels”, C(98)35/FINAL.

² Tebliğ'de kullanılan “kartel üyeleri” ifadesi, kartele taraf olan teşebbüslerin yanı sıra, bu teşebbüslerin, karteli kuran ve/veya devam ettiren çalışanlarını da kapsamaktadır.

³ ABD için bkz. BARNETT, T.O. (2006), “Criminal Enforcement of Antitrust Laws: The U.S. Model”, *Presented at the Fordham Competition Law Institute's Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, New York*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/218336.pdf>, s.1; AB için bkz. KROES, N. (2007), “Reinforcing the Fight Against Cartels and Developing Private Antitrust Damage Actions: Two Tools for a more Competitive Europe”, *Commission/IBA Joint Conference on EC Competition Policy, Brussels*, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/07/128&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

⁴ HAMMOND, S.D. (2005a), “An Overview of Recent Developments in the Antitrust Division's Criminal Enforcement Program”, *Before the American Bar Association Midwinter Leadership Meeting, Kona, Hawaii*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/207226.pdf>, s.7.

Euro'luk rekor bir para cezası uygulanmış⁵; bu rekor, 2007'de, *Elevators and Escalators* kartelindeki teşebbüslere verilen, 480 milyon Euro'luk kısmı ThyssenKrupp'a olmak üzere, 992 milyon Euro'luk ceza ile kırılmıştır⁶.

Tebliğ'in birinci bölümünde, kartellere yönelik bu ağır yaptırımların gerekçesi, öğretilerdeki görüşler çerçevesinde incelenecektir. Bu inceleme, diğer rekabet ihlallerine kıyasla ortaya çıkarılma olasılığı daha düşük olan kartellerin, üyelerine büyük kazançlar sağlarken, topluma büyük zararlar verdiğini; bu etkenlere bağlı olarak, kartellere, caydırıcılığı sağlamak amacıyla yüksek cezalar uygulanması yönünde genel bir kabul bulunduğunu gösterecektir.

Tebliğ'in ikinci bölümünde, başta ABD ve AB olmak üzere çeşitli hukuk düzenleri incelenerek, kartellere, caydırıcılığı sağlamak amacıyla mevcut düzenlemelerin elverdiği en üst cezaların verildiği ortaya konacaktır. Bunun ardından, cezalar belirlenirken, bu cezaların etkisini artırmak için, caydırılmak (ihlalin süresi, ihlalin tekrarı, inceleme ve soruşturmaların engellenmesi gibi) veya teşvik edilmek (ihlalin kabulü ve işbirliği gibi) üzere göz önünde bulundurulmuş hususlara ilişkin açıklamalara yer verilecektir. Son olarak, kartellerle etkili mücadeleyi amaç edinmiş hukuk düzenlerinde, cezalara karar verenlerin takdir yetkisinin ayrıntılı düzenlemelerle azaltılması hususu incelenecektir.

Tebliğ'in üçüncü bölümünde, öncelikle, Rekabet Kurulu ve Danıştay'ın konuya ilişkin kararları incelenerek, Kurul kararlarının, caydırıcılık, şeffaflık, nesnellik ve tutarlılık sağlayıp sağlamadığı gösterilecektir. Bunun ardından, ilk iki bölümde elde edilen bilgiler ışığında, Türk rekabet hukukunda olması gerekenler üzerine görüşler ortaya konacaktır. Bu çerçevede, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da, 5728 sayılı Kanun⁷ ile yapılan değişikliklerin de ışığında, Rekabet Kurumu'nun, 20.09.2007 tarihinde kamuoyunun görüşlerine sunduğu, para cezalarının belirlenmesine ilişkin kılavuz taslağı⁸ hakkında değerlendirmelerde bulunulacaktır.

⁵ Vitamin (2003) OJ L6/1. Bkz. PEIRO, F. (2002), "The Vitamin Cartels", *Competition Policy Newsletter*, No:1, February 2002, s.33.

⁶ Elevators and Escalators (Commission Press Release IP/07/209 of 21 February 2007). Bkz. LOWE, P. (2007), "Introduction to Cartels Working Group Plenary Session", *ICN Annual Conference, Moscow*, <http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp200706en.pdf>.

⁷ 08.02.2008 tarih ve 26781 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.

⁸ 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4 üncü ve 6 ncı Maddesinde Yasaklanmış Olan Davranışları Gerçekleştiren Teşebbüs ve Teşebbüs Birliklerine Verilecek Para Cezasının Belirlenmesine İlişkin Kılavuz Taslağı (Kılavuz Taslağı).

1. BÖLÜM

ETKİLİ YAPTIRIM ve ETKİLİ PARA CEZASI KAVRAMLARI

1.1. Etkili Yaptırım Kavramı

Kartele katılıp katılmama kararı, yapılacak fayda-maliyet analizine göre verilir. Fayda, kartelden elde edilecek kazançtır. Maliyet ise, yakalanma halinde karşılaşılabilecek yaptırımdır⁹. OECD¹⁰ ve Uluslararası Rekabet Ağı-*International Competition Network (ICN)*'in¹¹ yapmış olduğu çalışmalara görüş bildiren rekabet otoriteleri, “etkili yaptırım” kavramının, bu maliyeti artırarak, potansiyel kartel üyelerini, kartel oluşturmaktan; karteli oluşturanları da, bunu tekrardan caydırmak anlamına geldiğini ifade etmiştir.

Bu amaca yönelik uzun yaptırım listesinden verilebilecek örnekler, para cezası, hapis cezası, tazminat, yöneticilik yapma yasağı, kamuda çalışma yasağı, zorunlu kamu hizmeti, yurt dışına çıkış yasağı, kamu ihalelerinden men ve rekabet yasasının ihlal edildiğinin kamuoyuna duyurulması zorunluluğudur. Bu çalışmada, esas olarak, 4054 sayılı Kanun'da kartel üyelerine hapis cezası verilebilmesine imkan veren bir düzenleme bulunmadığı; başka bir ifadeyle, Rekabet Kurumu'nun uygulayabileceği yaptırım para cezası olduğu için, etkili para cezası kavramı incelemeye tabi tutulacaktır.

1.2. Etkili Para Cezası Kavramı

Teşebbüslere para cezası verilmesi gerektiği konusunda, “teşebbüslerin kartelden elde edilen kardan doğrudan faydalanması”, “para cezası vermek suretiyle, teşebbüslerin, rekabet kurallarına uyma güdüsüne sahip olmalarının sağlanmaya çalışılması”, “kamu kaynaklarının, teşebbüslerin, çalışanlarının eylemlerinden haberdar olup olmadığını incelemekle heba edilmemesi”, “teşebbüslerin, çalışanlarını disipline etmekte, kamu otoritelerine nazaran daha etkin davranabileceği”, “para cezasının, kamunun zararının tazminine katkı sağlaması” gibi nedenlerden dolayı, genel bir kabul bulunmaktadır¹².

⁹ WERDEN, G.J. ve M.J. SIMON (1987), “Why Price Fixers Should Go to Prison?”, *The Antitrust Bulletin*, Winter 1987, s.920.

¹⁰ OECD (2002), “Report on the Nature and the Impact of Hard Core Cartels And Sanctions Against Cartels Under National Competition Laws”, DAF/COMP(2002)7, s.3.

¹¹ ICN (2005), “Defining Hard Core Cartel Conduct Effective Institutions Effective Penalties-Building Blocks for Effective Anti-Cartel Regimes”, *Report Prepared by the ICN Working Group on Cartels, ICN 4th Annual Conference, Bonn, Germany*, s.51.

¹² OECD (2004), “Cartels: Sanctions Against Individuals”, DAF/COMP(2004)39, s.100; Werden ve Simon 1987, s.923; WILS, W.P.J. (2005), “Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?”, *World Competition*, No:28(2), s.151; WILS, W.P.J.

Teşebbüslere verilecek cezanın büyüklüğü konusunda ise, cezanın, vergi ya da iş yapmanın doğal bir maliyeti şeklinde görülmemesini sağlayacak ciddiyette olması gerektiği görüşü belirtilmektedir¹³. Bir OECD raporunda, ciddi, başka bir deyişle, caydırıcılığı sağlayacak büyüklükteki cezanın, “tahmin edilen kartel kazancı x kartelin yakalanma olasılığı” olduğu sonucuna ulaşılmıştır¹⁴. Buna göre, örneğin, 100 birim kazanç elde eden bir kartelin yakalanma olasılığı %25 ise, caydırıcılığı sağlayacak büyüklükteki ceza miktarı, $100/0,25=400$ birim olacaktır. Aynı sonuca, bir ICN çalışmasında da ulaşılmış; bu konuda, görüş bildiren tüm rekabet otoritelerinin uzlaştığı ifade edilmiştir¹⁵. Rekabet otoritelerinin caydırıcılığı sağlamaya yetecek büyüklükteki ceza konusunda ulaştığı sonuçlarla, doktrindeki görüşler birbirine benzemektedir. Örneğin, Wils, etkili bir caydırma sağlayacak cezanın, “kartel neticesindeki fiyat artışı x kartel mensuplarının karlılık artışı x kartelin süresi x kartelin ortaya çıkarılma ve cezalandırılma ihtimali” olduğunu ifade etmiştir¹⁶. Konuya ilişkin bir ölçüde benzer bir görüş ise, Gary Becker’in “Suç ve Ceza: İktisadi Bir Yaklaşım” başlıklı çalışmasından¹⁷ hareketle, cezanın caydırıcı olabilmesi için, “kartelin devamı süresince topluma verilen zarar x yakalanma olasılığı” şeklinde olması gerektiği yönündedir¹⁸.

Yukarıdaki formüllerin unsurlarına ilişkin olarak yapılan ampirik çalışmalarda elde edilen veriler ise aşağıdadır:

Prof. John M. Connor’ın çalışmasında, 674 kartel davası incelendikten sonra, karteller neticesinde fiyat artış medyanının %25 olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Aynı çalışmada, incelenen davaların %80’inde, fiyat artışının %10’dan; %60’ında ise, %20’den fazla olduğu da ortaya konmuştur¹⁹. Benzer şekilde, bir OECD raporunda, incelenen 14 dava çerçevesinde, fiyat artış

(2006), “Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice”, *World Competition*, No:29(2), http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=883102, s.11.

¹³ HAMMOND, S.D. (2004), “Cornerstones of an Effective Leniency Program”, *Presented before the ICN Workshop on Leniency Programs, Sydney, Australia*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/206611.pdf>, s.8.

¹⁴ OECD 2002, s.3.

¹⁵ ICN 2005, s.53.

¹⁶ Wils 2005, s.138-140.

¹⁷ BECKER, G. (1968), “Crime and Punishment: An Economic Approach”, *Journal of Political Economy*, Volume 76, s.169.

¹⁸ CALVANI, T. (2004), “Competition Penalties & Damages in a Cartel Context: Criminalisation & the Case for Custodial Sentences”, *ICN Workshop on Cartels, Sydney, Australia*, s.7; Werden ve Simon 1987, s.924.

¹⁹ CLI (2004), “Cartel Fines May Not Be High Enough”, *Competition Law Insight*, 23 November 2004, s.16; Wils 2005, s.139.

medyanının %15-20 arasında olduğu ifade edilmiştir²⁰. Konuya ilişkin olarak, Türkiye’den de örnekler verilebilir. *Demir Çelik*²¹ kararında, kartel üyelerinin 29.12.2003 tarihli toplantısı neticesinde, nervürlü inşaat demiri fiyatlarının 390 \$/ton’dan, 450 \$/ton’a çıkarıldığı tespit edilmiştir. Bu artışın kartele taraf teşebbüslere, yaklaşık olarak 400 milyon \$’lık bir gelir transferi sağladığı sonucuna ulaşılabilir²². Anılan kartelde, ihlalin çok daha kapsamlı olduğu ve uzun bir döneme yayıldığı²³ vurgulanmalıdır. *Tıbbi Sarf Malzemeleri II*²⁴ kararında yer verilen kartel üyeleri arasındaki bir telefon görüşmesinde ise, yalnızca stent konusunda varılan bir anlaşmanın bile, firmalara, en yalın hesapla ayda 50.000 \$’lık bir kazanç sağlayacağı ifade edilmiştir.

Komisyon’un kartel dosyalarındaki tespitleri ile ABD yazını çerçevesinde, ortalama kartel süresinin, muhafazakar bir tahminle, 5 yıl olduğu ifade edilmektedir²⁵. Bu sürenin daha uzun olduğunu gösteren çalışmalar da bulunmaktadır²⁶.

Peter Bryant ve Woodrow Eckard’ın, ABD’de, 1961-1988 tarihleri arasında inceledikleri 184 kartel davası çerçevesinde ulaştıkları sonuç, kartellerin ortaya çıkarılma olasılığının %13-17 arasında olduğu şeklindedir²⁷. Buna karşılık, karteller dışındaki rekabet hukuku ihlallerinde, genellikle, eylemlerin ve eylemi yapanların açık olması ve tartışmaların, ilgili eylemlerin ihlal olup olmadığı bağlamında yürütülmesi, bu tür ihlallerin ortaya çıkarılma olasılığını artırmaktadır²⁸. Kartellerin ortaya çıkarılma olasılığının düşüklüğü

²⁰ OECD 2002, s.9.

²¹ Demir Çelik, 14.10.2005 tarih ve 05-68/958-259 sayılı karar.

²² 400 milyon \$’lık gelir transferi sonucuna, kartele taraf teşebbüslerin 2004 yılı Türkiye satışları toplamı olan yaklaşık 7 milyon tonluk rakam, artış miktarı olan 60 \$/ton ile çarpılarak ulaşılmıştır.

²³ Kararda, kartele taraf teşebbüslerin, 1995’ten başlayıp, devam eden süreçte, alım ve satım fiyatı ile şartlarını tespit ettiği, arz miktarını kontrol ettiği ve rekabete duyarlı bilgi değişimi içinde bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır.

²⁴ Tıbbi Sarf Malzemeleri II, 16.03.2007 tarih ve 07-24/236-76 sayılı karar.

²⁵ Wils 2005, s.138-139.

²⁶ Calvani 2004, s.8.

²⁷ Calvani 2004, s.7; OECD 2002, s.13; Wils 2005, s.138. Calvani, konuya ilişkin başka çalışmalar hakkında da bilgi vermiştir.

²⁸ GAUER, C. ve M. JASPERS (2007), “ECN Model Leniency Programme – a first step towards a harmonised leniency policy in the EU”, *Competition Policy Newsletter*, Spring 2007, s.36; ICN 2005, s.23; WILS, W.P.J. (2003), “Self-Incrimination in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis”, *World Competition*, No:26(4), s.580-581. Örneğin, “bağlama (*tying*)” gibi hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin dosyalarda, esas tartışma, eylemin gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği veya kim tarafından gerçekleştirildiğinden ziyade, bu eylemin rekabetçi olup olmadığına ilişkindir.

konusunda, Türkiye’den de örnekler verilebilir. Rekabet Kurulu, *Tıbbi Sarf Malzemeleri I*²⁹ kararında, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’nın şikayeti çerçevesinde yürüttüğü önaraştırma neticesinde, raportör görüşü doğrultusunda, şikayet konusu uygulamaların rekabet ihlali oluşturduğuna ilişkin herhangi bir tespit bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır. Kurul’un soruşturma açmama kararı, Danıştay 13 üncü Dairesi tarafından, “yeterli inceleme ve araştırma yapılmadığı” gerekçesiyle iptal edilmiştir³⁰. Gerek Danıştay’ın bu sonuca ulaşması gerek bu kararın ardından Rekabet Kurulu’nun *Tıbbi Sarf Malzemeleri II* kararı ile teşebbüslere, %5 gibi rekor düzeyde cezalar vermesi, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması ile teknik araçlarla izleme vasıtasıyla elde edilen yüzlerce delil sayesinde mümkün olmuştur. Bu deliller, kartelin, Rekabet Kurulu’nun yürüttüğü önaraştırmaya rağmen ortaya çıkarılamamasının nedenlerini de göstermektedir. Örneğin, anılan kararda yer verilen bir telefon görüşmesinde, karteğe taraf teşebbüslerden birinin sahibi, şirketin bölge müdürlüğündeki bir çalışanı, ihalelerin hangi sıraya göre paylaşılacağına dair bir faksı, kartel üyesi diğer teşebbüslere gönderdiği için sert bir şekilde uyarmıştır. Anılan görüşmede, şirket ortağı, kendilerinin de, şirket merkezinde elektronik posta ve benzeri yazılı belgeleri ortadan kaldırdıklarını, gerekli her türlü tedbiri aldıklarını; bu çerçevede, kartel görüşmelerini de telefonla yaptıklarını belirtmiştir. Şirket ortağı, bölge müdürlüğü çalışanının, gönderilen metnin muhatabının, karteğe taraf diğer teşebbüsler olduğu, yaptıkları iş güvене dayandığı için faksın gönderilmesinde sakınca görmediği yönündeki savunmasını da kesin bir üslupla reddetmiş; yazılı belge üretilmemesini, bir kere daha vurgulamıştır³¹.

²⁹ Tıbbi Sarf Malzemeleri I, 06.06.2002 tarih ve 02-36/396-164 sayılı karar.

³⁰ Danıştay 13 üncü Dairesi’nin 22.06.2005 günlü, E:2005/938, K:2005/3245 sayılı kararı.

³¹ Benzer bir örnek, 29.08.2000 tarih ve 00-32/338-192 sayılı *Ankara Ekmek I* ve 18.01.2005 tarih ve 05-06/52-21 sayılı *Ankara Ekmek II* kararlarıdır. *Ankara Ekmek I* dosyasında, isminin gizli tutulmasını isteyen bir bakkal, 2000 yılında yaptığı şikayette, fırıncıların, ekmek verilen bakkal ve marketleri paylaştığını ifade etmiştir. Kurul, şikayete ilişkin olarak, raportör görüşü doğrultusunda, önaraştırma veya soruşturma açılmamasına karar vermiştir. Kurul’un bu kararının gerekçesi, rakiplerini, yakın ilişkilerini kullanarak satıştan vazgeçiren fırıncıların, ilgili pazarda çok küçük pazar payına sahip olduğu, dolayısıyla rekabeti kısıtlayıcı etki doğmayacağıdır. Ancak Kurul’un bu karara konu olan eylemler, daha sonra Ankara Emniyet Müdürlüğü’nce ele alınmış ve Kaçakçılık ve Organize Suçlar Müdürlüğü’nün, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması ile teknik araçlarla izleme vasıtasıyla elde ettiği deliller, Rekabet Kurumu’na gönderilmiştir. Rekabet Kurulu, bu bilgi ve belgelere dayanarak verdiği *Ankara Ekmek II* kararında, ilgili pazarda, 2000 yılında yani daha önce önaraştırma veya soruşturma açmadığı dönemde başlayan ve unsurları, fiyat tespiti, pazar paylaşımı ve arz kontrolü olan bir kartelin varlığını tespit etmiştir.

Bütün bu veriler çerçevesinde, caydırıcılığı sağlamaya yetecek büyüklükteki cezanın, kartele taraf teşebbüslerin ilgili ürünün satışlarından elde ettiği cironun %150'sinden az olmaması gerektiği ifade edilmektedir³². Bu noktada, ileri sürülen bu asgari oranı daha da arttıracak iki unsura yer verilmelidir. Bunlardan birincisi; %150'lik oranın, cezanın hemen tahsil edileceği olasılığına göre hesaplandığı, yani gecikme faizini içermediğidir³³. İkincisi ise, çok daha önemlidir. Kartele taraf teşebbüslerin elde ettiği kazanç esas alınarak hesaplanan asgari %150 şeklindeki sonucun, topluma verilen zarardan hareket edilseydi³⁴, çok daha büyük olacağı açıktır. Çünkü, kartellerin yol açtığı yegane ve en önemli zarar, fiyat artışı neticesinde müşterilerden, kartele taraf teşebbüslere yönelen, “fiyat artışı x satılan miktar” kadarlık gelir transferi değildir. Bundan çok daha önemlisi; fiyat artışı neticesinde, bazı bireylerin ilgili ürünü artık satın alamamasıdır³⁵. Buna, başka iktisadi, sosyal, kültürel ve siyasi problem ve zararlar da eklenince, caydırıcılığı sağlamaya yetecek cezanın çok daha artacağı açıktır³⁶.

Ancak teşebbüslere caydırıcılık sağlamak adına verilecek cezalar, asgari %150'lere bile gelememektedir. Çünkü para cezalarına ilişkin olarak yapılan düzenlemelerdeki azami sınırlar, çoğu durumda, caydırıcılığı sağlamaya yetecek büyüklükteki cezaların, kartel üyelerinin iflas etmesine yol açacağı endişesiyle³⁷, %150'nin çok altında belirlenmektedir. Örneğin, AB'de,

³² Wils 2005, s.140; Calvani 2004, s.8.

³³ Wils 2005, s.138.

³⁴ Caydırıcılığı sağlayacak büyüklükte ceza hesaplanırken, kartellerin verdikleri zararın ya da elde ettikleri kazancın kullanılması şeklinde iki yaklaşımın avantaj ve dezavantajları için bkz. CAMILLI, E.L. (2006), “Optimal Fines in Cartel Cases and the Actual EC Fining Policy”, *World Competition*, No:29(4), s.579; POLINSKY, A.M. ve S. SHAVELL (1994), “Should Liability Be Based on The Harm to the Victim or the Gain to the Injurer?”, *The Journal of Law, Economics and Organization*, Vol.10, No.2, s.427.

³⁵ Müşterilerden, kartele taraf teşebbüslere transfer edilen miktar toplam refahta herhangi bir kayba yol açmadığı için, kartellerin yasaklanma gerekçesini esas olarak bu ikinci zarar, yani *dead-weight loss* olarak adlandırılan etkinlik kaybı oluşturmaktadır.

³⁶ Werden ve Simon 1987, s.924.

³⁷ C. Craycraft, J.L.Craycraft ve Gallo'nun, ABD'de, 1955-1993 tarihleri arasında kartel kurduğu tespit edilen 386 teşebbüs nezdinde yaptığı inceleme, caydırıcılığı sağlamaya yetecek büyüklükte ceza verilmesi halinde, bu teşebbüslerin %58'inin iflas edeceğini göstermektedir. İncelemenin, veri kısıtlarından dolayı nispeten büyük şirketleri esas aldığı, eğer daha küçük ölçekli şirketler de ele alınsaydı, bu oranın daha artacağı da belirtilmektedir. Teşebbüslerin iflas etmesinin ise, önemli iktisadi ve sosyal etkilerinin olacağı açıktır. Bkz. Calvani 2004, 8-9; CALVINO, N. (2006), “Public Enforcement in the EU: Deterrent Effect and Proportionality of Fines”, *European University Institute Robert Schuman Centre for Advanced Studies 2006 EU Competition Law and Policy*

teşebbüslerin nihai karar tarihinden bir önceki yıl cirolarının %10'una kadar ceza verilebilmektedir. ABD'de ise, kartele taraf teşebbüslerin verdikleri zararın ya da elde ettikleri kazancın iki katına kadar cezalandırılabilmesi; ancak bu cezanın, etkilenen ticaretin (teşebbüsün ilgili ürün pazarında ihlal süresince yaptığı tüm satışların) %80'ini geçemeyeceği düzenlenmiştir³⁸. Bu nedenle, Tebliğ'in ikinci bölümünde ortaya konacağı üzere, ABD'de ve AB'de, sıklıkla, mevcut düzenlemelerin elverdiği en üst ceza verilerek, bir nebze de olsa, cezalar, caydırıcılığı sağlayacak büyüklüğe yaklaştırılmaya çalışılmaktadır. Azami sınırlar dolayısıyla teşebbüslere caydırıcılığı sağlayacak büyüklükte para cezaları uygulanamaması³⁹ ve böylece, özellikle, cezaların etkisinin daha az hissedildiği binlerce ortaklı halka açık şirketlerin, çalışanlarının yasadışı eylemlerde bulunmasını engelleme güdüsünün azalması⁴⁰, aynı zamanda, karteli kuran ve/veya devam ettiren teşebbüs yöneticilerine ve çalışanlarına yönelik hapis ya da en azından para cezasının gerekliliğine ilişkin tartışmaların da başlangıç noktasını oluşturmaktadır.

Workshop, [http://www.iue.it/RSCAS/research/Competition/2006\(pdf\)/200610-COMPed-Calvino.pdf](http://www.iue.it/RSCAS/research/Competition/2006(pdf)/200610-COMPed-Calvino.pdf), s.10; ROSOCHOWICZ, P.H. (2004), "The Appropriateness of Criminal Sanctions in the Enforcement of Competition Law", *E.C.L.R.*, Issue 12, s.755-756; Wils 2005, s.141 ve 2006, s.27. Bununla birlikte, uygulanacak ceza miktarının, teşebbüslerin ödeme güçlerinin üzerinde olması durumunun, cezanın azaltılmasını gerektirmeyeceğini, çünkü rekabet otoriteleri ile teşebbüsler arasında varılacak uzlaşmalarla ödeme koşullarının belirlenebileceğini ve böylece sorunun ortadan kalkacağını savunanlar da bulunmaktadır. Bkz. FRESE, M.J. (2005) "Anti-Cartel Enforcement in Community Law Context: Considerations on Sanctions and Leniency" <http://www.kernbureau.uva.nl/acle/object.cfm/objectid=F79DF712-6448-40A5-AB96BA4C0DB67147/download=true%20>, s.14.

³⁸ Caydırıcılığı sağlayacak büyüklükte cezalar uygulanabilmesi amacıyla, para cezalarına ilişkin düzenlemelerdeki azami sınırların kaldırılması yönündeki görüşler için bkz. AUGUSTIN, B. ve P. HABERMAN (2007), "How Fines Are Calculated: Is It Time For Reconsideration", *Competition Law Insight*, Vol. 6, Issue 12, December 2007, s.5-7.

³⁹ Cezaların caydırıcılığı sağlayacak büyüklüğe ulaşmadığının bir örneği, vitamin kartelindeki teşebbüslerin 9-13 milyar ABD \$ arasında tekel karı elde etmeleri; buna karşılık, tüm dünyada 4,4-5,6 milyar ABD \$ arasında para cezası ve tazminat ödemeleridir. Kartellerin ortaya çıkarılma ve cezalandırma olasılığının düşüklüğü göz önünde bulundurulduğunda, ödenen ceza ve tazminat daha da yetersiz kalmaktadır (Calvani 2004, s.21). Mevcut para cezalarının yetersiz kaldığına bir diğer örnek, gerek ABD'de gerek AB'de, *Sodium Gluconate*, *Lysine (Amino Acids)* ve *Citric Acid* kartellerinden dolayı, ADM şirketine verilen büyük cezaların, bu şirketin, kartelden etkilenen başka şirketleri almasına engel olmamasıdır. Bkz. SCHONEVELD, F.R. (2003), "Cartel Sanctions and International Competition Policy: Cross-Border Cooperation and Appropriate Forums for Cooperation", *World Competition*, No:26(3), s.449-450.

⁴⁰ OECD 2004, s.17.

2. BÖLÜM ETKİLİ PARA CEZALARINA İLİŞKİN DÜNYA UYGULAMALARI

2.1. Genel Açıklamalar

“Giriş” bölümünde de belirtildiği üzere, pek çok ülke, rekabet yasalarını kabul ederken, ABD ve AB mevzuatını model olarak almaktadır. Buna ilaveten, sadece ulusal rekabet hukuklarına bir örnek olarak değil, yüzyılı aşkın tarihçesiyle günümüz rekabet hukuku sistemlerinin de temelini oluşturduğu için, ABD rekabet hukukunun; Türk rekabet hukuku bakımından mehzaz düzenleme kabul edilmesi nedeniyle de, AB rekabet hukukunun öncelikle incelenmesi gerekmektedir⁴¹.

ABD’de, 22.06.2004’te, Amerikan Barolar Birliği-*American Bar Association* tarafından da destek verilen⁴² bir yasa değişikliği ile⁴³, Sherman Yasası’nın 1 inci maddesi kapsamındaki kartelleri kuran ve/veya devam ettiren bireylere uygulanabilecek azami hapis cezası, 3 yıldan, 10 yıla; para cezası ise, 350.000 \$’dan, 1.000.000 \$’a çıkarılmıştır. Aynı yasa, kartele taraf olan teşebbüslere uygulanabilecek para cezasını da, 10.000.000 \$’dan, 100.000.000 \$’a yükseltmiştir. Hemen belirtmek gerekir ki, 1984 tarihli Ceza İnfaz Yasası (*The Criminal Fine Enforcement Act*), şirketler ve bireylerin, yasa dışı eylemleri ile verdikleri zararın ya da elde ettikleri kazancın iki katına kadar cezalandırılabilmesine olanak sağlamaktadır. Böylece, etkilenen ticaretin (teşebbüsün ilgili ürün pazarında ihlal süresince yaptığı tüm satışların) %80’ini geçmemek kaydıyla, 2004 yılındaki yasa değişikliği öncesi ve sonrasındaki üst sınırlar aşılabilmektedir.

AB’de ise, 1962 tarih ve 17/62 sayılı Tüzüğü⁴⁴ yerine geçen, 2003 tarih ve 1/2003 sayılı Tüzüğü⁴⁵ 23 üncü maddesi uyarınca, Roma Antlaşması’nın 81 inci maddesinde yasaklanan kartellere taraf olan teşebbüslere, nihai karar tarihinden bir önceki yıl cirolarının %10’una kadar ceza verilebilmektedir.

⁴¹ ÖZ, G.A. (2000), *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*, Rekabet Kurumu, Ankara, s.1 ve 24-25.

⁴² PATE, R.H. (2003b), “Vigorous and Principled Antitrust Enforcement: Priorities and Goals”, *Before the Antitrust Section of the American Bar Association Annual Meeting, San Francisco, California*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/201241.pdf>, s.4-6.

⁴³ 15 U.S.C. § 1.

⁴⁴ Council Regulation 17/62 of 16 February 1962 implementing Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ L 13/204.

⁴⁵ Council Regulation (EC) No. 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ L 1 of 4.1.2003.

2.2. Cezaların Caydırıcılığı Sağlayacak Büyüklükte Olması

Tebliğ'in birinci bölümünde ortaya konduğu üzere, kartel dosyalarında uygulanacak para cezalarının, caydırıcılığı sağlamak amacıyla, yüksek olması gerektiği konusunda, genel bir kabul bulunmaktadır⁴⁶. Bu nedenle, gerek ABD'de gerek AB'de, mevcut düzenlemelerin elverdiği en üst cezanın verilmesi ile sıklıkla karşılaşılmaktadır.

ABD'de, geçmişte trafik cezası şeklinde nitelenen para cezaları⁴⁷, bugün tek bir şirkete 500 milyon \$ gibi, yalnızca antitröst suçları bakımından değil, tüm suçlar bakımından ABD tarihinde uygulanmış en büyük cezanın⁴⁸ verilmesi noktasına gelmiştir. Bu rekor cezalara ilk adım, 1984 tarihli Ceza İnfaz Yasası (*The Criminal Fine Enforcement Act*) ile atılmış; şirketler ve bireylerin yasa dışı eylemleri ile verdikleri zararın ya da elde ettikleri kazancın iki katına kadar cezalandırılabilmesine olanak sağlanmıştır. 2004 yılındaki yasa değişikliği öncesi ve sonrasındaki üst sınırların aşılmasına imkan sağlayan bu düzenleme, *Lysine*, *Graphite Electrodes*, *Vitamin*, *Art Auction* gibi uluslar arası kartellere, 1990'lı yıllarda, dokuz haneli rakamlara ulaşan cezalar verilebilmesinin yolunu açmıştır⁴⁹. 1987 ve onun yerine geçen 1991 tarihli Cezalandırma Rehberleri (*Sentencing Guidelines*) ise, cezaların hangi ölçütlere göre verileceği konusunda detaylı düzenlemeler getirmiştir. Bu cezalandırma rehberlerinde, "cezanın hesaplanmasına başlangıç noktası teşkil edecek miktarın, etkilenen ticaretin (teşebbüsün ilgili ürün pazarında ihlal süresince yaptığı tüm satışların) %20'si olduğu"na dair özel bir düzenlemeye yer verilmiştir⁵⁰. Ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurlar göz önünde bulundurulduğunda, bu oran asgari %15, azami %80 olabilmektedir. Örneğin, *Graphite Electrodes* kartelinde, Mitsubishi şirketine etkilenen ticaretin %76'sı oranında ceza verilmiştir ki bunun gibi oranlarla sıklıkla karşılaşılmaktadır⁵¹.

⁴⁶ Örnek olarak bkz. Hammond 2004, s.8.

⁴⁷ Klawiter, D.C. (2001), "After the Deluge: The Powerful Effect of Substantial Criminal Fines, Imprisonment, and Other Penalties in the Age of International Cartel Enforcement", *The George Washington Law Review*, October/December 2001, Volume 69, No:5/6, s.747.

⁴⁸ Hammond 2005a, s.7.

⁴⁹ Klawiter 2001, s.748-749; KOVACIC, W.E. (2001), "Private Monitoring and Antitrust Enforcement: Paying Informants to Reveal Cartels", *The George Washington Law Review*, October/December 2001, Volume 69, No:5/6, s.790.

⁵⁰ Klawiter 2001, s.751-753.

⁵¹ Klawiter 2001, s.754; LEVY, N. ve R. O'DONOGHUE (2004), "The EU Leniency Programme Comes of Age", *World Competition*, No:27(1), s.85.

Kartel üyesi gerçek kişilere hapis veya para cezasının verilemediği; buna karşılık teşebbüslere, cirolarının %10'una kadar para cezasının uygulanabildiği AB'de de benzer bir süreç yaşanmıştır. Örneğin, 1970'lerin başındaki *Sugar*⁵² kartelinde verilen ceza, sadece %1 oranındayken; 1990'ların başındaki *Cartonboard*⁵³ kararında, teşebbüslere, ilgili ürün pazarındaki Avrupa Ekonomik Alanı cirolarının %7,5'i ile %9'u arasında değişen oranlarda ceza uygulanmıştır⁵⁴. 1990'ların sonlarından itibaren, %10'una kadar ceza verilebilecek cironun, teşebbüslerin, ilgili ürün pazarındaki Avrupa Ekonomik Alanı ciroları yerine, ilgili ürün dışındaki ürünlerinin satışlarını da kapsayan, küresel ciroları olması konusunda, standart bir uygulama geliştirilmiştir. Daha büyük bir ciro esas almak suretiyle, verilebilecek azami cezanın da yükseltildiği bu uygulamaya örnekler, *Graphite Electrodes*⁵⁵, *Sodium Gluconate*⁵⁶, *Vitamin*⁵⁷, *Citric Acid*⁵⁸, *Zinc Phosphate*⁵⁹, *Carbonless Paper*⁶⁰, *Methionine (Animal Feed)*⁶¹, *Plasterboard*⁶², *Food Flavour Enhancers*⁶³, *Specialty Graphite*⁶⁴,

⁵² Sugar (1973) OJ L140/17.

⁵³ Cartonboard (1994) OJ L243/1.

⁵⁴ GERADIN, D. ve D. HENRY (2005), "The EC Fining Policy for Violations of Competition Law: An empirical Review of the Commission Decisional Practice and the Community Courts' Judgments", *The Global Competition Law Centre Working Papers Series, GCLC Working Paper 03/05*, s.5-6.

⁵⁵ Graphite Electrodes (2002) OJ L100/1. Bkz. BREIT, I. (2001), "Commission Fines Eight Companies in Graphite Electrode Cartel", *Competition Policy Newsletter*, No:3, October 2001, s.34.

⁵⁶ Sodium Gluconate (Commission Press Release IP/01/1355 of 19 March 2002). Bkz. ARBAULT, F. ve S. SUURNAKKI (2002), "The Sodium Gluconate Cartel", *Competition Policy Newsletter*, No:1, February 2002, s.29.

⁵⁷ Peiro 2002, s.31.

⁵⁸ Citric Acid (2002 OJ L239/18). Bkz. ARBAULT, F. ve F. PEIRÓ (2002a), "The Citric Acid Cartel", *Competition Policy Newsletter*, No:1, February 2002, s.34.

⁵⁹ Zinc Phosphate (2003) OJ L 153. Bkz. ARBAULT, F. ve M. LINDROOS (2002), "The Zinc Phosphate Market-Sharing and Price-Fixing Cartel", *Competition Policy Newsletter*, No:1, February 2002, s.40.

⁶⁰ Carbonless Paper (2004) OJ L 115/1. Bkz. MARTEIL, E. ve S. SUURNAKKI (2002), "The Carbonless Paper Cartel", *Competition Policy Newsletter*, No:1, February 2002, s.42.

⁶¹ Methionine (2003) OJ L255/1. Bkz. PIETERS, S. (2002), "Commission Adopts Cartel Decision Imposing Fines in Methionine (Animal Feed) Cartel", *Competition Policy Newsletter*, No:3, October 2002, s.55.

⁶² Plasterboard (Commission Press Release IP/02/1744 of 27 November 2002). Bkz. RIVAS, J. ve J. BRANTON (2003), "Developments in EC Competition Law in 2002: An Overview", *Common Market Law Review*, No:40, s.1210.

*Industrial Copper Tube*⁶⁵, *Carbon/Graphite Products*⁶⁶, *Spanish Raw Tobacco*⁶⁷, *Copper Plumbing Tube*⁶⁸, *Monochloroacetic Acid*⁶⁹, *Rubber Chemicals*⁷⁰, *Hydrogen Peroxide and Perborate*⁷¹, *Acrylic Glass*⁷², *Road Pavement Bitumen*⁷³, *Copper Fittings*⁷⁴ ve *Synthetic Rubber*⁷⁵ kararlarıdır. Bu uygulama,

⁶³ Food Flavour Enhancers (Nucleotide) (2004) OJ L75/1. Bkz. PIETERS, S. (2003), “Commission Adopts Cartel Decision Imposing Fines in Food Flavour Enhancers (Nucleotide) Cartel”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2003, s.65.

⁶⁴ Specialty Graphite (Commission Press Release IP/02/1906 of 17 December 2002). Bkz. BERMUDEZ, A.G. (2003), “The Specialty Graphite Price-Fixing Cartels”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2003, s.66.

⁶⁵ Industrial Copper Tube (2004) OJ L125/50. Bkz. ASKOLA, E. (2004), “Commission Adopts a Cartel Decision Imposing Fines on Industrial Copper Tube Producers”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2004, s.42.

⁶⁶ Carbon and Graphite (Commission Press Release IP/03/1651 of 03 December 2003). Bkz. VAN BARLINGEN, B. (2004), “Commission Fines Five Companies in Carbon and Graphite Products Cartel”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2004, s.44.

⁶⁷ Spanish Raw Tobacco (Commission Press Release IP/04/1256 of 20 October 2004). Bkz. FONTANA, C.R., M.D. LUCA ve R. MORILLAS (2005), “Commission Fines Companies for Colluding on Raw Tobacco Prices in Spain”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2005, s.65.

⁶⁸ Copper Plumbing Tube (Commission Press Release IP/04/1065 of 3 Sep. 2004). Bkz. MISCHÉ, H. (2005), “Commission Adopts Cartel Decision Imposing Fines on Copper Plumbing Tube Producers”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2005, s.67.

⁶⁹ Monochloroacetic Acid (Commission Press Release IP/05/61 of 19 January 2005). Bkz. MAYOCK, C. (2005), “Commission Fines Members of the Monochloroacetic Acid Cartel”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2005, s.71.

⁷⁰ Rubber Chemicals (Commission Press Release IP/05/1656 of 21 December 2005). Bkz. ASKOLA, E. (2006), “Commission Fines 3 Undertakings a Total of € 76 Million for Participating in Rubber Chemicals Cartel”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2006, s.66.

⁷¹ Hydrogen Peroxide and Perborate (Commission Press Release IP/06/560 of 3 May 2006). Bkz. BERGER, G. ve L. PIAZZA (2006), “Commission Fines Seven Undertakings a Total of € 388 Million for Participating in a Cartel for Hydrogen Peroxide and Perborate”, *Competition Policy Newsletter*, No:3, Autumn 2006, s.31.

⁷² Acrylic Glass (Commission Press Release IP/06/698 of 31 May 2006). Bkz. ANDERSON, E. ve G. BERGER (2006), “Commission Fines Four Undertakings a Total of € 344.5 Million for Participating in an Acrylic Glass Cartel”, *Competition Policy Newsletter*, No:3, Autumn 2006, s.33.

⁷³ Road Pavement Bitumen (Commission Press Release IP/06/1179 of 13 September 2006). Bkz. NUIJTEN, J. ve B. VAN BARLINGEN (2007), “Commission Fines Fourteen Undertakings a Total of € 266 Million for Participating in an Cartel for Road Pavement Bitumen in the Netherlands”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2007, s.71.

Zinc Phosphate kararında olduğu üzere, kartele taraf teşebbüsler, küçük veya orta büyüklükte işletme niteliği taşısalar bile değişmemektedir⁷⁶. Hemen belirtmek gerekir ki, daha büyük bir ciroyu esas almak suretiyle azami ceza seviyesinin yükseltildiği bu kararlardan bazılarında, 2006 tarihli yeni rehber⁷⁷ ile yürürlükten kaldırılan, 1998 tarihli para cezalarına ilişkin rehber⁷⁸ göre hesaplanan cezalarla, %10'luk üst sınır, yine de aşılmıştır. Bu nedenle, Komisyon, örneğin, *Citric Acid*⁷⁹, *Carbonless Paper*⁸⁰, *Carbon/Graphite Products*⁸¹, *Spanish Raw Tobacco*⁸², *Hydrogen Peroxide and Perborate*⁸³ ve *Road Pavement Bitumen*⁸⁴ kararlarında, üst sınırın geçilmemesini sağlayacak indirimler yapmak zorunda kalmıştır.

Komisyon'un ceza politikasındaki bu değişime, Topluluk mahkemeleri, caydırıcılığın sağlanması amacıyla izin vermiştir⁸⁵. Örneğin, Avrupa İlk Derece Mahkemesi'nin-*European Court of First Instance* (İDM), Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD) tarafından da onaylanan *Graphite Electrodes*⁸⁶ ve *Specialty Graphite*⁸⁷ kararlarında, Komisyon'un, teşebbüslerin dünya çapındaki

⁷⁴ Copper Fittings (Commission Press Release IP/06/1222 of 20 September 2006). Bkz. DEMATAKI, G. ve R. WESSELY (2007), "Commission Fines Copper Fittings Producers € 314.7 Million for Price Fixing Cartel", *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2007, s.65.

⁷⁵ Synthetic Rubber (Commission Press Release IP/06/1647 of 29 November 2006). Bkz. DE LUCA, M. ve B. LIST (2007), "Commission Fines Producers and Traders of Synthetic Rubber € 519 Million for Price Fixing and Market Sharing Cartel", *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2007, s.68.

⁷⁶ KRISTOF, M. (2006), "Developments in Cartel Case-law: Commission Decisions and Court Judgments of 2005 ", *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2006, s.60.

⁷⁷ Commission Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23 (2) (a) of Regulation No.1/2003, 2006 OJ C 230/2.

⁷⁸ Commission Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 15 (2) of Regulation No.17 and Article 65 (5) of the ECSC Treaty, 1998 OJ C 9/3.

⁷⁹ Geradin ve Henry 2005, s.23-24.

⁸⁰ Ibid, s.23-24.

⁸¹ Van Barlingen 2004, s.45.

⁸² Fontana, De Luca, Morillas 2005, s.66.

⁸³ Berger ve Piazza 2006, s.32.

⁸⁴ Nuijten ve Van Barlingen 2007, s.73.

⁸⁵ Geradin ve Henry 2005, s.14; VÖLCKER, S.B. (2005), "Developments in EC Competition Law in 2003: An Overview", *Common Market Law Review*, No:41, s.1041.

⁸⁶ İDM kararı için bkz. Joined Cases T-236/01 etc., Tokai Carbon Co. Ltd. and others v. Commission (Graphite Electrodes) [2004] ECR II-1181. ATAD kararı için bkz. Case C-301/04 P, Commission v. SGL Carbon (Graphite Electrodes) [2006] ECR I-5915.

⁸⁷ İDM kararı için bkz. Joined Cases T-71/03 etc., Tokai Carbon and others v. Commission (Specialty Graphite) [2005] (henüz yayımlanmamıştır). ATAD kararı için

cirolarını esas alabileceğine; diğer hukuk düzenlerinde, ilgili teşebbüslere, dünya çapındaki ciroları esas alınarak ceza uygulanmasının bile bu sonucu değiştiremeyeceğine, dolayısıyla, *ne bis in idem* kuralının uygulanamayacağına hükmetmiştir⁸⁸. İDM, yine ATAD tarafından onaylanan *Zinc Phosphate*⁸⁹ kararında ise, küçük veya orta büyüklükte işletme niteliğindeki teşebbüslere, dünya çapındaki ciroları esas alınarak, yüksek oranlarda ceza verilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığına hükmetmiştir⁹⁰.

Anılan kararlar çerçevesinde, Komisyon, ABD'dekilerden daha yüksek para cezaları verebilmektedir. Örneğin, ABD'de, *Vitamin* kartelinde HLR'a verilen ceza 500 milyon \$'ken, AB'de, aynı şirkete verilen ceza 462 milyon €'dur⁹¹. ABD'de, aynı karteğe verilen toplam ceza 750 milyon \$; AB'de ise, 855,23 milyon €'dur⁹².

Bu noktada, *Vitamin* kartelinde yer aldığı tespit edilen HLR'ın 462 milyon €'luk cezasının, tek bir kararda, 8 farklı vitamin pazarındaki ihlal için ayrı ayrı verilen cezaların toplamı ile elde edildiği belirtilmelidir⁹³. Kartel dosyaları bakımından, tek bir ihlalden dolayı verilen en büyük ceza ise, *Elevators and Escalators* kararında, ThyssenKrupp'a uygulanan 480 milyon €'dur⁹⁴.

Son olarak, cezaların caydırıcılığı sağlayacak büyüklükte olmasına ilişkin yaklaşımın, 2006 tarihli para cezalarına ilişkin rehberde de korunduğu belirtilmelidir. Anılan rehberde, doğası gereği zararlı olan kartellerin en ağır şekilde cezalandırılmaları gerektiği açıkça ifade edilmiş ve bu amaç doğrultusunda, "giriş ücreti (*entry fee*)" şeklinde adlandırılan, "2.3.1. Temel Para Cezasının Belirlenmesi ve İhlalin Süresi" başlığı altında incelenecek bir

bkz. Case C-328/05 P, SGL Carbon v. Commission (Specialty Graphite) [2007] (henüz yayımlanmamıştır).

⁸⁸ *Specialty Graphite* kararı için bkz. Kristof 2006, s.58; *Graphite Electrodes* kararı için bkz. VÖLCKER, S.B. (2004), "Developments in EC Competition Law in 2004: An Overview", *Common Market Law Review*, No:42, s.1699-1700.

⁸⁹ İDM kararı için bkz. Cases T-33/02 etc., Britannia Alloys & Chemicals Ltd. v. Commission (*Zinc Phosphate*) [2005] ECR II-4973. ATAD kararı için bkz. Case C-76/06 P, Britannia Alloys & Chemicals Ltd. v. Commission (*Zinc Phosphate*) [2007] (henüz yayımlanmamıştır).

⁹⁰ Kristof 2006, s.60.

⁹¹ KINSELLA, S. ve K. DALY (2001), "Defence Strategies in International Cartels an EU Perspective", *ABA Cartels Workshop, Brussels*, <http://www.abanet.org/antitrust/committees/criminal/cartel.doc>, s.9 ve 14.

⁹² Peiro 2002, s.31.

⁹³ Ibid, s.33.

⁹⁴ Lowe 2007.

düzenlemeye yer verilmiştir. Rehberde, ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurlar göz önünde bulundurulduktan sonra ortaya çıkan miktarın, caydırıcılığı sağlamaya yetecek büyüklükte olmaması halinde, bu miktarın artırılabilmesi imkanı da sağlanmıştır. Bu çerçevede, eğer verilen cezalar, ilgili teşebbüsün cirosuna⁹⁵ ya da elde edilen haksız kazanç (*improper gain*) kıyasla düşük kalmışsa, artırılabilir. Hemen belirtmek gerekir ki, rehberde, haksız kazanç konusunda düzenleme bulunması, Komisyon'un her dosyada böyle bir hesaplama yapmak zorunda olduğu anlamına gelmemektedir çünkü böyle bir yaklaşımın, *per se* kuralı ile çelişeceği açıktır⁹⁶

Bu açıklamalar doğrultusunda, Komisyon'un caydırıcılığı sağlamak amacıyla verdiği yüksek cezalara ilişkin olarak, Stephen Kinsella'nın ulaştığı şu sonuçta, haklılık payının bulunduğu düşünülmektedir:

“Kartellere, 2001 yılında verilen, toplam 2 milyar € ceza düşünüldüğünde, Komisyon için büyük bir kar merkezi haline gelen Rekabet Genel Müdürlüğü, daha fazla kaynağı hak etmektedir. Eğer Kartel Birimi'nin hisse senetleri olsaydı, onları kesinlikle satın alırdım!”⁹⁷

2.3. Cezalar Belirlenirken Dikkate Alınan Unsurlar

Para cezaları belirlenirken, caydırılmak veya teşvik edilmek istenen unsurların dikkate alınması, bu cezaların etkisini artıracaktır. Nitekim, başta ABD ve AB olmak üzere, kartellerle etkili mücadeleyi amaç edinmiş hukuk düzenlerinde, para cezaları belirlenirken, caydırılmak veya teşvik edilmek istenen bu hususlar göz önünde bulundurulmaktadır. Aşağıda, birçoğu, çeşitli hukuk düzenlerinde, “ağırlaştırıcı unsur” olarak da adlandırılan, “ihlalin süresi”, “ihlalin tekrarı”, “eksik, yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi, belgelerin içeriklerinin değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması ile inceleme ve soruşturmanın engellenmesi”, “ihlalin başlatılması veya liderlik edilmesi”, “ihlalin devamı için misillemede ya da diğer zorlayıcı davranışlarda bulunulması” gibi caydırılmak istenen hususlardan, diğerlerine nazaran daha fazla önem atfedilen ilk üçü⁹⁸ ile teşvik edilmek istenen hususlardan önde geleni olan, “ihlalin kabulü ve işbirliği”ne ilişkin açıklamalara yer verilecektir.

⁹⁵ “Çarpan (*multiplier*)” şeklinde de adlandırılan bu düzenlemenin uygulanmasına ilişkin bir örnek, *Acrylic Glass* kararıdır (Anderson ve Berger 2006, s.34).

⁹⁶ DE BROCA, H. (2006), “The Commission Revises its Guidelines for Setting Fines in Antitrust Cases”, *Competition Policy Newsletter*, No:3, Autumn 2006, s.6.

⁹⁷ GCR (2005), “Cutting-Edge Issues in Cartels”, *G.C.R.*, April 2005, s.29.

⁹⁸ Örnek olarak bkz. Geradin ve Henry 2005; ICN 2005, s.62; Kinsella ve Daly 2001, s.13; Klawiter 2001, s.754; Wils 2006, s.24-25.

2.3.1. Temel Para Cezasının Belirlenmesi ve İhlalin Süresi

“2.2. Cezaların Caydırıcılığı Sağlayacak Büyüklükte Olması” başlığı altında belirtildiği üzere, ABD’de, temel para cezasının tespitinde, teşebbüslerin ilgili ürün pazarında, ihlal süresince yaptığı tüm satışlardan hareket edilmektedir. Dolayısıyla, ihlalin süresi, ceza miktarının belirlenmesinde doğrudan etkili olmaktadır.

AB’de, “ihlalin süresi”, gerek 17/62 sayılı Tüzük madde 15(2)’de gerek bu Tüzüğün yerine geçen 1/2003 sayılı Tüzük madde 23(2)’de, “ihlalin ağırlığı”⁹⁹ ile birlikte, cezaların belirlenmesinde dikkate alınması istenen iki unsurdan biridir¹⁰⁰. Bu nedenle, ihlalin süresi konusu, Komisyon’un 1998 yılında çıkardığı para cezalarına ilişkin rehberde düzenlemeye tabi tutulmuştur. Anılan rehber, süre bakımından üçlü bir ayırım getirmiştir. Buna göre, “kısa süreli” olarak kabul edilen 1 yıldan az süreli ihlallerde, cezanın arttırılmayacağı düzenlenmiştir. 1-5 yıl arasında süren ihlaller, “orta süreli” olarak kabul edilmiş ve cezanın %50 arttırılacağı belirtilmiştir. 5 yıldan fazla süren ihlaller ise, “uzun süreli” şeklinde nitelendirilmiş ve %50 oranında arttırılan cezanın üzerine, her yıl için %10 ekleneceği kurala bağlanmıştır. Nitekim, örneğin *Organic Peroxides*¹⁰¹ kartelinde, bir teşebbüsün cezası, her sene için %10’dan olmak üzere, %245 arttırılmıştır¹⁰².

2006 tarihli rehberde, ihlalin süresi ile verilecek para cezasının miktarı arasındaki ilişki daha da arttırılmış; ihlalin sürdüğü her bir yıl için, verilecek para cezasının katlanarak artmasına imkan veren bir düzenleme yapılmıştır¹⁰³. Buna göre, ihlalin son olarak gerçekleştiği tam iş yılında, ihlal konusu üründen elde edilen ve “satışların değeri (*value of sales*)” şeklinde adlandırılan

⁹⁹ Kartellerin en ciddi rekabet ihlali olduğu konusunda genel bir kabul bulunduğu için, bu konu hakkında açıklama yapılmayacaktır.

¹⁰⁰ Hemen belirtmek gerekir ki, Topluluk mahkemeleri, *Graphite Electrodes* gibi kararlarında, 17/62 sayılı Tüzük madde 15(2) ile bunun yerine geçen 1/2003 sayılı Tüzük madde 23(2)’de yapılan düzenlemenin, tahdidi değil tadadı olduğunu; bu çerçevede, örneğin, teşebbüslerin inceleme sürecindeki davranışlarının, cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınabileceğini, ifade etmiştir. Bkz. De Broca 2006, s.4 ve Wils 2003, s.579.

¹⁰¹ Organic Peroxides (Commission Press Release IP/03/1700 of 10 December 2003).

¹⁰² Geradin ve Henry 2005, s.33.

¹⁰³ De Broca 2006, s.4; KROES, N. (2006), “Delivering on the Crackdown: Recent Developments in the European Commission’s Campaign against Cartels”, *The 10th Annual Competition Conference at the European Institute, Fiesole, Italy*, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/06/595&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>, s.3.

cironun¹⁰⁴ %30'na kadar alınacak bir miktar, ihlalin devam ettiği yıl sayısı ile çarpılarak temel para cezası belirlenecektir. Rehberde, karteller bakımından bu oranın üst sınıra, yani %30'a yakın olacağı belirtilmiştir. Bunun yanı sıra, “giriş ücreti (*entry fee*)” adı verilen ve karteller ile diğer rekabet ihlalleri arasında fark yaratan bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme uyarınca, kartellere ilişkin kararlarda, satışların değerinin %15-25'i arasındaki bir miktar, temel cezaya eklenecektir¹⁰⁵. Kartellere karşı giderek sertleşen politikanın bir yansıması olan bu düzenlemenin amacı, teşebbüsleri, kartellere kısa süreli katılımlardan bile caydırmak; başka bir deyişle, “dene ve gör politikası” uygulamalarını engellemektir¹⁰⁶. İhlalin süresi bağlamında ele alınabilecek ve karteller ile diğer ihlaller arasındaki farkı ortaya koyabilecek bir başka husus, “soruşturmanın başlaması ile birlikte ihlale son verilmesi”ne ilişkindir. 2006 tarihli rehberde, İDM'nin, ATAD tarafından da onaylanan *Graphite Electrodes* gibi kararları çerçevesinde, diğer ihlaller bakımından hafifletici unsur olarak kabul edilebilecek bu davranışın, kartel dosyalarına uygulanamayacağı açıkça belirtilmiştir¹⁰⁷.

2.3.2. İhlalin Tekrarı

ABD'de para cezası belirlenirken göz önünde bulundurulacak ağırlaştırıcı unsurlardan biri, ihlalin tekrarıdır. Nitekim yakın tarihli bir örnekte, ABD Adalet Bakanlığı Antitröst Birimi, mahkemeden, kartel üyesi bir teşebbüse, ihlalin tekrarından dolayı, ağır bir ceza vermesini talep etmiş; bu talep doğrultusunda, ilgili teşebbüse, 12 milyon \$ gibi, 17 milyon \$ olarak belirlenen etkilenen pazar hacmine göre yüksek bir oranda ceza verilmiştir¹⁰⁸.

Aynı durum, AB için de geçerlidir. AB uygulamasında, ihlalin tekrarı, ağırlaştırıcı unsur olarak değerlendirilirken, “önceki ihlalin, farklı bir ürün pazarında, aynı grup içerisindeki farklı şirketler tarafından gerçekleştirilmesi”, “önceki ihlale para cezası verilmemiş olması”, “zaman aşımı” gibi savunmalar kabul edilmemektedir. Bunun en açık örneği, Komisyon'un, 2001 tarihli *Belgian Beer*¹⁰⁹ kararında, Danone'ye verilen cezayı, aynı grup içindeki başka bir şirketin önceki ihlali, 1974 ve 1984'te, üstelik düz cam gibi gıda ile alakasız bir

¹⁰⁴ “Satışların değeri” şeklinde adlandırılan cironun, 1/2003 sayılı Tüzük çerçevesinde cezanın üst sınırını oluşturan nihai karar tarihinden bir önceki yıl cirosundan farklı olduğuna dikkat edilmelidir.

¹⁰⁵ Karteller dışındaki ihlallerde bu miktarın eklenmesi, Komisyon'un takdirine bağlıdır.

¹⁰⁶ De Broca 2006, s.4.

¹⁰⁷ İbid, s.5.

¹⁰⁸ MASOUDİ, G.F. (2007), “Cartel Enforcement in the United States (And Beyond)”, *Presented at the Cartel Conference, Budapest, Hungary*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/221868.pdf>, s.8.

¹⁰⁹ Belgian Beer (2003) OJ L200/1

sektörde gerçekleştirmesine rağmen %50 oranında arttırmıştır¹¹⁰. İDM ve ATAD, *Belgian Beer* kararının iptali için açılan davayı reddederken, *Sorbates*¹¹¹, *Organic Peroxides*¹¹², *Copper Plumbing Tube*¹¹³, *Monochloroacetic Acid*¹¹⁴, *Industrial Bags*¹¹⁵, *Hydrogen Peroxide and Perborate*¹¹⁶, *Acrylic Glass*¹¹⁷, *Road Pavement Bitumen*¹¹⁸ ve *Synthetic Rubber*¹¹⁹ kartellerinde de yapılan bu uygulamayı hukuka uygun bulmuştur¹²⁰.

Topluluk mahkemelerinin bu kararlarının da yardımıyla, 2006 tarihli rehber, ihlalin tekrarı konusunda, 1998 tarihli rehberle kıyasla daha fazla caydırıcılık sağlayacak üç düzenleme getirmiştir¹²¹. Bunlardan birincisi, ihlalin tekrarlanıp tekrarlanmadığına karar verilirken yalnızca Komisyon'un değil, üye ülke rekabet otoritelerinin de önceki kararlarının dikkate alınacak olmasıdır. İkincisi, para cezalarındaki artışın geçmiş uygulamalardaki %50 oranı yerine, %100'e kadar arttırılacağına düzenlenmesidir. Üçüncüsü ise, bu %100'e kadarlık artışın, ihlalin her bir tekrarı için yapılacak olmasıdır.

2.3.3. Eksik, Yanlış veya Yanıltıcı Bilgi Verilmesi, Belgelerin İçeriklerinin Değiştirilmesi veya Ortadan Kaldırılması ile İnceleme ve Soruşturmanın Engellenmesi

Bilgi isteme ve benzeri yetkilerin amacına hizmet edebilmesi için, ilgililerin yapacağı fayda-maliyet analizinde, sonuç, işbirliği yönünde olmalıdır.

¹¹⁰ Geradin ve Henry 2005, s.38; NIJS, B. (2002), "Market-Sharing and Price-Fixing Cartels on the Belgian Beer Market", *Competition Policy Newsletter*, No:1, February 2002, s.37.

¹¹¹ Sorbates (Commission Press Release IP/03/1330 of 02 October 2003). Bkz. LIST, B. (2004), "Commission Adopts Cartel Decision Imposing Fines in Sorbates Cartel", *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2004, s.40.

¹¹² Peters 2004, s.46-47.

¹¹³ Mische 2005, s.69.

¹¹⁴ Mayock 2005, s.72.

¹¹⁵ Industrial Bags (Commission Press Release IP/05/1508 of 30 November 2005). Bkz. Kristof 2006, s.58.

¹¹⁶ Berger ve Piazza 2006, s.32.

¹¹⁷ Anderson ve Berger 2006, s.34.

¹¹⁸ Nuijten ve Van Barlingen 2007, s.72.

¹¹⁹ De Luca ve List 2007, s.69.

¹²⁰ İDM kararı için bkz. Case T-38/02 Groupe Danone v. Commission (Belgian Beer) [2005] ECR II-4407; ATAD kararı için bkz. Case C-3/06 Groupe Danone v. Commission (Belgian Beer) [2007] (henüz yayımlanmamıştır). Bkz. De Broca 2006, s.5; Kristof 2006, s.59.

¹²¹ De Broca 2006, s.4-5; Kroes 2006, s.3.

Nitekim Amerikan Barolar Birliği'nin organize ettiği bir kartel alıştayında, Avrupa'dan iki avukat, "Uluslar Arası Kartellerde Savunma Stratejileri-AB Perspektifi" konulu sunumlarında, "bilgi ve belgelerin bu analiz yapıldıktan sonra rekabet otoritelerine verilebileceğini ya da yok edilebileceğini" ifade etmiřtir¹²². Bu nedenle, işbirliğinin reddinin, gerek ayrı bir ihlal gerek nihai kararda ağırlaştırıcı unsur olarak kabul edilerek, etkili biçimde cezalandırılması; böylece, ilgililere maliyetinin yükseltilmesi gereklidir¹²³.

ABD'de, "eksik, yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi, belgelerin içeriklerinin değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması ile inceleme ve soruşturmaların engellenmesi", nihai karar verilirken ağırlaştırıcı unsur olarak kabul edilmektedir¹²⁴.

Benzer bir durum AB için de geçerlidir. Örneğin, *Graphite Electrodes* kartelinde, Komisyon'un incelemeye geleceği konusunda, SGL'in, diğer kartel üyelerini uyarması, esas alınan cezanın %85 oranında arttırılmasına neden olmuřtur¹²⁵. *Copper Fittings* kartelinde, bir teşebbüsün cezası, Komisyon'un elindeki aksini gösteren delillerin varlığına rağmen, çalışanlarından birinin, kartelde yer alan başka bir teşebbüs çalışanı ile yaptığı görüşmeleri inkar ettiği gerekçesiyle %50 oranında arttırılmıřtır¹²⁶. Benzer artışlar, *Road Pavement Bitumen* kartelinde, yerinde inceleme yapmak için gelen Komisyon uzmanları engellendiđi¹²⁷; *Industrial Bags* kartelinde, yerinde inceleme esnasında belgeler yok edildiđi¹²⁸ için gerçekleştirilmiştir. İDM ve ATAD, *Graphite Electrodes* gibi kararlarında, cezalardaki bu artışların hukuka uygun olduğu sonucuna ulařmıřtır¹²⁹.

Topluluk mahkemelerinin bu kararlarının yardımıyla, 2006 tarihli rehberde, eski rehberde olduğu üzere, "eksik, yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi, belgelerin içeriklerinin değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması ile

¹²² Kinsella ve Daly 2001, s.21.

¹²³ Wils 2003, s.582.

¹²⁴ Klawiter 2001, s.754; PATE, R.H. (2003a), "The DOJ International Antitrust Program-Maintaining Momentum", *Before the American Bar Association Section of Antitrust Law 2003 Forum on International Competition Law, New York City*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/200736.pdf>, s.5-6.

¹²⁵ Breit 2001, s.34; Geradin ve Henry 2005, s.37.

¹²⁶ Demataki ve Wessely 2007, s.65.

¹²⁷ Nuijten ve Van Barlingen 2007, s.72.

¹²⁸ Kristof 2006, s.58.

¹²⁹ De Broca 2006, s.5.

inceleme ve soruşturmaların engellenmesi”nin, ağırlaştırıcı unsur olarak dikkate alınacağına ilişkin düzenleme korunmuştur¹³⁰.

2.3.4. İhlalin Kabulü ve İşbirliği

ABD’de, Pişmanlık Programı¹³¹ kullanıldıktan sonra, ihlali kabul eden ve işbirliği yapan kartel üyeleri, cezalardan bağışıklık kazanamasa da, başvuru sıraları ve uygulanabilecek azami ceza çerçevesinde belirlenen indirimlerden yararlanabilmektedir. İlgililer, bu yola, çok maliyetli bir dava süreci sonunda, ticari sırlarının ortaya çıkması, kamuoyundaki imajlarının bozulması ve en önemlisi, azami ceza uygulanması gibi olasılıklardan kaçınmak için başvurmaktadır¹³². Gerçekten de, örneğin, *Vitamin* kartelinde, Cezalandırma Rehberi’ne göre HLR’in cezası 1,3-2,6 milyar \$ arasında olacakken 500 milyon \$; BASF’in cezası ise, 409-818 milyon \$ arasında olacakken 250 milyon \$ olmuştur¹³³. *Graphite Electrodes* kartelinde ise, pişmanlık programına başvuranın ardından uzlaşma anlaşması yapan Showa Denko 32,5 milyon \$, UCAR 110 milyon \$, sonuncu SGL ise 135 milyon \$ ödemek zorunda kalmıştır¹³⁴. Buna karşılık, *Lysine* kartelinde yer alan ADM şirketinin yöneticileri Michael Andreas ve Terrance Wilson, ihlalin kabulü ve işbirliği yerine dava yoluna gitmiş; yargılama neticesinde, üst derece mahkemesi, ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu 350.000 \$’a varan para cezası ve 24 ile 30 ay arasında değişen hapis cezalarını yeterli görmeyerek, bu cezaların azami seviyeye yükseltilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır¹³⁵. Vurgulamak gerekir ki, bu karar 2004 yılından önce, yani yasa değişikliği ile hapis cezasının azami 3 yıldan, azami 10 yıla çıkarılmasından önce verilmiştir. ABD’de, uzlaşmayı cazip kılmak için, para cezasının taksitler halinde ödenmesine de imkan verilmektedir¹³⁶.

¹³⁰ Ibid, s.5.

¹³¹ Pişmanlık ya da af programı ile kastedilen, ilk başvuruyu yapanlara cezalardan %100 indirim, başka bir deyişle bağışıklık sağlayan düzenlemelerdir.

¹³² Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Klawiter 2001, s.760-762.

¹³³ Levy ve O’Donoghue 2004, s.85.

¹³⁴ JOSHUA, J.M., M. LOW ve G.SPRTLING (2001), “International Cartels, International Exposure: How to Contain the Pain”, *G.C.R.*, February/March 2001, s.21 ve 24.

¹³⁵ GRIFFIN, J.M. (2001), “An Inside View of a Cartel at Work: Common Characteristics of International Cartels”, *Fighting Cartels-Why and How?* içinde, Swedish Competition Authority, 2001 Konkurrensverket, Sweden, s.37-38; HAMMOND, S.D. (2005b), “Transcript of Testimony of Scott D. Hammond before the United States Sentencing Commission Concerning Proposed 2005 Amendments to §2R1.1”, <http://www.usdoj.gov/atr/public/testimony/209071.pdf>, s.3.

¹³⁶ Schoneveld 2003, s.448.

İhlalin kabulü ve işbirliğinin, Adalet Bakanlığı'nın soruşturma süreci bakımından da yararları bulunmaktadır¹³⁷. Çünkü bu işbirliği, Adalet Bakanlığı'nın sağlam deliller elde etmesine imkan vermekte¹³⁸, dosyaların gereksiz yere uzamasını önlemekte; bütün bunlar sayesinde de, kamu kaynaklarının etkin kullanımını sağlamaktadır. Bu nedenlerle, Adalet Bakanlığı Antitröst Birimi'nin, soruşturmalarının %90'ında kullandığı¹³⁹ bu yetkinin, kartellerle mücadelesindeki başarılarında, en önemli faktörlerden biri olduğu konusunda genel kabul bulunmaktadır¹⁴⁰. Hemen belirtmek gerekir ki, çoğu zaman, soruşturma kapsamındakilerin tamamına yönelik olarak kullanılan¹⁴¹ bu yetki, yargı denetimine tabidir¹⁴². Ancak bugüne kadarki yüzlerce dosyadan yalnızca birinde, bir yargıç, Antitröst Birimi'nin tavsiye ettiği cezayı az bulup, varılan uzlaşmayı kabul etmemiştir. Bunun üzerine, yeniden tespit edilen miktara ilişkin karar duruşmasında, Antitröst Birimi başsavcı düzeyinde temsil edilmiş ve anılan yargıç, düşük bir oranda artışa ikna edilmiştir¹⁴³.

Konuya ilişkin olarak Kanada'dan da örnek verilebilir. *Citric Acid* kartelinde, uzlaşmaya ilk varan taraf, satışlarının %12'sinden azına tekabül edecek şekilde, 2 milyon Kanada Doları, 2 inci ve 3 üncü, satışlarının %20'sine denk gelecek şekilde, sırasıyla 2 ve 4,7 milyon Kanada Doları, sonuncu ise,

¹³⁷ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Klawiter 2001, s.760-762.

¹³⁸ Antitröst Birimi, işbirliğinde bulunanlardan, af programına başvuranlara benzer şekilde, kartele ilişkin bilgi ve belgelerin sunulması; büyük jüri soruşturmaları ile duruşmalarda, çalışanların, gerekirse eskiler de dahil olmak üzere, ifade vermesi gibi taleplerde bulunmaktadır. Bkz. HAMMOND, S.D. (2006), "The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All", *OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>, s.15.

¹³⁹ Hammond 2006, s.1.

¹⁴⁰ Örnek olarak bkz. BAKER, D.I. (2001), "The Use of Criminal Law Remedies to Deter and Punish Cartels and Bid-Rigging", *The George Washington Law Review*, October/December 2001, Volume 69, No:5/6, s.709-710; JOSHUA, J.M. (2002), "A Sherman Act Bridgehead in Europe, or a Ghost Ship in Mid-Atlantic? A Close Look at the United Kingdom Proposals to Criminalise Hardcore Cartel Conduct", *E.C.L.R.*, Issue 5, s.241.

¹⁴¹ Örneğin *Lysine*'de, şirketlerin tamamı uzlaşmaya varmıştır. Bkz. HAMMOND, S.D. (2001), "The Fly on the Wall Has Been Bugged-Catching an International Cartel in the Act", *International Law Congress 2001, EU Competition Law, Dublin, Ireland, UK*, www.usdoj.gov/atr/public/speeches/8280.htm, s.7.

¹⁴² ARP, D.J. ve C.R.A. SWAAK (2003), "A Tempting Offer: Immunity from Fines for Cartel Conduct under the European Commission's New Leniency Notice", *E.C.L.R.*, Issue 1, s.12.

¹⁴³ Hammond 2006, s.23-24.

satışlarının %28'ine denk gelecek şekilde, 2,9 milyon Kanada Doları ceza ödemek zorunda kalmıştır¹⁴⁴.

AB de, 1996, 2002 ve 2006 tarihli pişmanlık programlarında, benzer bir düzenlemeye yer vermeye çalışmıştır. Şöyle ki; bu üç programda da, aftan yararlanan belli olduktan sonra, işbirliği yapıp, önemli delil sunanlara, bunu yapma sıralarına göre, cezada indirim yapılmasına yer verilmiştir¹⁴⁵. Daha açık bir ifadeyle, 2002 tarihli Pişmanlık Programı'nda olduğu üzere, 2006 tarihli programda da, aftan yararlanan belli olduktan sonra ilk olarak işbirliği yapıp, önemli delil sunana %30-50 arasında; ikinciye, %20-30 arasında indirim yapılmaktadır. Bunların ardından gelenler de, aynı koşullarla %20'ye varan indirim kazanabilmektedir¹⁴⁶. Ancak bu indirim, ABD'de ya da Kanada'da olduğu gibi, dosyanın kapanması sonucunu doğurmadığı için aynı etkiyi sağlamamaktadır. Nitekim, Komisyon'un rekabetten sorumlu üyesi Kroes, gerek Komisyon kartel birimi yöneticilerinden Oliver Guersent¹⁴⁷ gerek avukatlar¹⁴⁸ tarafından ifade edilen bu eksikliğin giderilmesi için çalışmalar yürütüldüğünü açıklamıştır¹⁴⁹. Bu çalışmalar neticesinde hazırlanan taslak bir metin, 26.10.2007 tarihinde kamuoyunun görüşlerine sunulmuştur¹⁵⁰. Komisyon tarafından getirilmek istenen sistemde, ABD ve Kanada'ya bir ölçüde benzer

¹⁴⁴ Joshua, Low ve Spratling 2001, s.21 ve 24.

¹⁴⁵ Karşılığında indirim yapılacak işbirliğinin, bilgi taleplerine cevap, yerinde incelemelere izin gibi, teşebbüslerin, rekabet otoritesi tarafından kullanılan yetkilerin gereğini yerine getirmeleri neticesinde ortaya çıkmadığı vurgulanmalıdır. Çünkü, teşebbüslerin zaten bu yetkilerin gereğini yerine getirmek zorunda oldukları genel kabul görmektedir. Nitekim, İDM, *Belgian Beer* karteline ilişkin kararında, Komisyon'un, kartel toplantılarının tarihlerine, katılımcılarına ve konularına ilişkin olarak yönelttiği soruların, teşebbüsler tarafından yanıtlanmasının, işbirliğinden dolayı bir indirim yapılması zorunluluğu doğurmadığına, çünkü teşebbüslerin, zaten bu tür bilgi taleplerine cevap verme yükümlülüklerinin bulunduğuna hükmetmiştir. Bkz. Kristof 2006, s.59. İDM'nin bu kararı, ATAD tarafından da onaylanmıştır.

¹⁴⁶ ARBAULT, F. ve F. PEIRÓ (2002b), "The Commission's New Notice on Immunity and Reduction of Fines in Cartel Cases: Building on Success", *Competition Policy Newsletter*, No:2, June 2002, s.21.

¹⁴⁷ GCR (2002), "An Interview with Olivier Guersent", *G.C.R.*, April/May 2002, s.33.

¹⁴⁸ Örnek olarak bkz. DE ARAUJO, K.V.M.M., P.R.P. PUGLIESE ve A.G. CASTILLO (2003), "European Union and Brazil: Leniency in Cartel Cases-Achievements and Shortcomings", *E.C.L.R.*, Issue 9, s.474; GCR 2005, s.28-29.

¹⁴⁹ KROES, N. (2005), "The First Hundred Days", *40th Anniversary of the Studienvereinigung Kartellrecht 1965-2005, International Forum on European Competition Law, Brussels*, <http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?Reference=SPEECH/05/205&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

¹⁵⁰ Bkz. <http://ec.europa.eu/comm/competition/cartels/legislation/settlements.html>

şekilde, ihlali kabul edecek teşebbüsler, cezalandırma rehberi esas alınarak belirlenen miktardan, belli bir indirim yapılmak suretiyle saptanan para cezasını ödeyecek; böylece, dosyalar daha hızlı kapanacaktır¹⁵¹.

2.4. Ayrıntılı Düzenlemelerle, Cezalara Karar Verenlerin Takdir Yetkisinin Azaltılması

ABD’de, 1970’lerde, petrol krizinden dolayı artan enflasyonun halkta yarattığı huzursuzluğun etkisiyle, kartellerle mücadelenin güçlendirilmesi yönünde büyük bir kamuoyu oluşmuştur. Bu nedenle Kongre hemen hiçbir tartışma olmaksızın¹⁵², o güne kadar trafik cezaları gibi algılanan¹⁵³ yaptırımların arttırılmasına karar vermiştir. Bu çerçevede, 1974 yılında kabul edilen bir yasa ile, bireylere uygulanabilecek hapis cezası, bir yıldan üç yıla; para cezası ise, 50.000 \$’dan, 250.000 \$’a çıkarılmıştır. Şirketlere uygulanabilecek para cezası ise, 20 kat arttırılarak 1.000.000 \$’a yükseltilmiştir. Yine aynı amaç doğrultusunda, rekabet otoritelerinin kaynakları da arttırılmıştır¹⁵⁴.

Ancak kartellerle etkili mücadele için bu değişiklikleri yapan Kongre bir konuyu hesaba katamamıştır: Yargıçların kartel üyelerini ağır biçimde cezalandırmak, özellikle de hapse göndermek hususundaki isteksizlikleri. Yargıçların bu konudaki isteksizliklerinin temel sebebi, “kartel üyelerinin, çoğunlukla, toplum açısından bir tehdit yaratmayan, birlikte bira içilip, golf oynanan, bağış organizasyonlarının destekçisi, toplumun temel direği niteliğinde insanlar olarak görülmesi” şeklinde ifade edilmektedir¹⁵⁵. Bu görüşe göre, kartel üyeleri, bir kere yakalandıklarında, tövbekar görünüşleri ile yargıçları aynı eylemi bir daha yapmayacaklarına ikna etmektedir.

Bu nedenle, kartel üyelerine karşı açılan davalarda, Kongre’nin iradesi ve Adalet Bakanlığı’nın talebine rağmen, ağır yaptırımların özellikle de hapis cezasının elde edilmesi mümkün olamamıştır¹⁵⁶. Örneğin; bir yargıç, 1974’te, kartel üyelerine, iş adamlarının öğle yemeklerinde fiyat tespitiin kötülükleri

¹⁵¹ KALLAUGHER, J. ve A. WEITBRECHT (2007), “Articles 81 and 82 EC in 2006-The Year in Review”, *E.C.L.R.*, Issue 5, s.321; Kroes 2007, s.3.

¹⁵² Baker 2001, s.695 ve BAKER, D.I. (2003), “Jailing Conspirators: A Critical Part of US Anti-Cartel Enforcement”, *G.C.R.*, February 2003, s.25.

¹⁵³ Klawiter 2001, s.747.

¹⁵⁴ Baker 2001, s.695 ve 2003, s.25.

¹⁵⁵ Baker 2001, s.706 ve 712 ile 2003, s.26.

¹⁵⁶ Baker 2001, s.695.

üzerine konuşma yapma cezası vermiştir¹⁵⁷. Bu ceza, Yale Law Journal'da yayımlanan birçok makalenin konusu olmuştur. Bunlarda ulaşılan sonuç çok çarpıcıdır: Eğer fiyat tespitinin yaptırımı, zorunlu konuşma yapmak olacaksa, antitröst kanunları ancak köylerdeki park kuralları kadar yasaklayıcı olabilir¹⁵⁸.

Yargıçların kartel üyelerini ağır biçimde cezalandırmak hususundaki isteksizliklerine çare, 1987 ve 1991 tarihli Cezalandırma Rehberlerindeki (*Sentencing Guidelines*) düzenlemeler sayesinde bulunmuştur. Bu rehberler, cezaların hangi kriterlere göre verileceği konusunda çok detaylı düzenlemeler getirerek, yargıçların takdir yetkisini önemli ölçüde sınırlamıştır¹⁵⁹.

Konuya ilişkin bu ve benzeri açıklamalardan hareketle, yasa koyucuların yaptığı düzenlemelerin kağıt üzerinde kalmayıp, etkili biçimde uygulanabilmesi için, başta hakimler olmak üzere, karar merci konumundakilerin, cezaları takdir yetkilerinin azaltılması gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Bunu sağlamak üzere, yukarıda yer verilen açıklamalar doğrultusunda, para cezalarına ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yapılmalıdır.

Konuya ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yapılmasının diğer bir faydası, maliyete dair sağlanan şeffaflıkla, ilgilileri, kartel kurmaktan caydırmak; pişmanlık programına başvurmaya ve işbirliği yapmaya teşvik etmektir.

Cezaların tespiti konusunda ayrıntılı düzenlemeler yapılmasının sağladığı diğer faydalar, ATAD'ın, *Pre-insulated Pipes*¹⁶⁰ kararının iptali için açılan davalarda belirttiği, istikrar, hukuki belirlilik ve eşitlik¹⁶¹.

Nitekim 1998 tarihli para cezalarına ilişkin rehberin yayımlanmasına ilişkin olarak, Komisyon'un XXVII. Rekabet Politikası Raporu'nda yer alan şu ifadeler, bu faydaları açıkça ortaya koymaktadır:

“Rehberin yayımlanması, Komisyon'un karar alma sürecinin şeffaflığını ve etkisini artırma amacına yöneliktir. Bu düzenleme, hem teşebbüslere ve onların hukuk müşavirlerine hem de Topluluk mahkemelerine yöneliktir. Rehberde belirlenen prensiplerin uygulanması, aynı zamanda Komisyon'un

¹⁵⁷ Bu cezanın, daha sonra Carter döneminde Adalet Bakanlığı Müsteşar Yardımcısı (*Deputy Attorney General*) olacak kadar saygın bir yargıç tarafından verilmesi, kararın önemini arttırmaktadır.

¹⁵⁸ Calvani 2004, s.11.

¹⁵⁹ Baker 2001, s.706 ve 2003, s.25-26; Klawiter 2001, s.750 ve Kovacic 2001, s.790.

¹⁶⁰ Pre-insulated Pipes (1999) OJ L24/1.

¹⁶¹ Joined Cases C-189/02 etc., Dansk Rorindustri and Others v. Commission (Pre-insulated Pipes) [2005] ECR I-5425. Bkz. De Broca 2006, s.1; NORDLANDER, K. (2006), “Pre-insulated Pipes Appeal Cases”, *Common Market Law Review*, No:43, s.583-595.

cezalandırma politikasının daha tutarlı olmasına yardımcı olacak ve para cezalarının caydırıcılığını arttıracaktır.”¹⁶²

Ancak belirtmek gerekir ki, para cezalarına ilişkin olarak yapılacak düzenlemelerle tam bir öngörülebilirlik sağlanması, ilgililerin yapacağı hesaplamalar neticesinde ihlalden caymamaları sonucuna da yol açabilir¹⁶³. Kaldı ki, insanlığın yaratıcılığındaki sınırsızlığa çare bulabilmeleri için karar mercilerine belli bir düzeyde takdir yetkisinin de bırakılması gerekmektedir. Bu nedenle, para cezalarının belirlenmesine ilişkin düzenlemeler, bir yandan takdir yetkisini azaltacak şekilde detaylı olmalı ama öte yandan, olaylar arasındaki farklılıkların dikkate alınmasına imkan verecek esnekliği tanımalıdır.

¹⁶² Geradin ve Henry 2005, s.8.

¹⁶³ WILS, W.P.J. (2007) “The European Commission’s 2006 Guidelines on Antitrust Fines: A Legal and Economic Analysis”, *World Competition*, No:30(2), http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=962654, s.12.

3. BÖLÜM

TÜRK REKABET HUKUKU'NDA PARA CEZALARI

3.1. Genel Açıklamalar

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un "Para Cezaları" başlıklı 16 ncı maddesi, 5728 sayılı Kanun ile, başlığı "İdari Para Cezaları" olacak şekilde değiştirilmiştir. Anılan değişiklikte, konumuz bakımından önem arz eden ilk husus, 16 ncı maddenin ilk halindeki, "4 üncü ve 6 ncı maddede yasaklanan davranışları gerçekleştiren teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzel kişiler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerine, bir önceki mali yıl sonunda oluşan ve Rekabet Kurulu tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirin yüzde onuna kadar para cezası verileceği" düzenlemesinin, esas itibari ile korunmuş olduğudur¹⁶⁴. 5728 sayılı Kanun, yalnızca, "bir önceki mali yıl" ifadesinin, nihai karardan bir önceki mali yıl olduğunu belirterek, aşağıda ayrıntılı şekilde inceleneceği üzere, çeşitli Rekabet Kurulu kararlarının, Danıştay tarafından yürütmesinin durdurulmasına ve iptaline yol açan bir konuya açıklık getirmiştir.

5728 sayılı Kanun'da, ayrıca, "*teşebbüs veya teşebbüs birliklerine üçüncü fıkrada belirtilen idarî para cezaları verilmesi halinde, ihlalde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticilerine ya da çalışanlarına, teşebbüs veya teşebbüs birliğine verilen cezanın yüzde beşine kadar idarî para cezası verilir*" şeklinde yeni ve önemli bir düzenleme getirilmiştir. Bu düzenleme, Tebliğ'in birinci bölümünde ortaya konduğu üzere, kartelde yer alan teşebbüslere, çoğu durumda, yasal sınırlar dolayısıyla caydırıcılığı sağlayacak büyüklükte cezalar uygulanamadığından, ilave bir caydırıcı olarak, teşebbüs yöneticilerine ve çalışanlarına, hapis ya da en azından para cezası verilmesi gerektiğine dair genel kabule uygundur.

5728 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önce, 16 ncı maddede, Kurul'un, para cezasına karar verirken, kastın varlığı, kusurun ağırlığı, ceza uygulanan teşebbüs veya teşebbüslerin pazar içindeki gücü ve muhtemel zararın ağırlığı gibi unsurları dikkate alacağı düzenlenmiştir. 5728 sayılı Kanun ile getirilen düzenleme ise, "*Kurul, üçüncü fıkraya göre idarî para cezasına karar*

¹⁶⁴ 5728 sayılı Kanun ile değiştirilen 16 ncı maddenin 3 üncü fıkrasında şu düzenleme bulunmaktadır: "*Bu Kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir.*"

verirken, 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 17 nci maddesinin ikinci fıkrası bağlamında, ihlalin tekerrürü, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlalin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususları dikkate alır. Kanuna aykırılığın ortaya çıkarılması amacıyla 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 üçüncü ve dördüncü fıkralarda belirtilen cezalar verilmeyebilir veya bu fıkralara göre verilecek cezalarda indirim yapılabilir” şeklindedir. “3.3. Cezalar Belirlenirken Dikkate Alınan Unsurlar” başlığı altında inceleneceği üzere, yasanın eski halinde açıkça zikredilmeyen hususların para cezasının takdirinde dikkate alınamayacağı yönündeki olası görüşlere cevaben yapılan bu değişiklik, konuya ilişkin tartışmaların sonlandırılması imkanını sağlayacağından olumludur.

5728 sayılı Kanun ile 16 ncı maddede yapılan değişiklikle, para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususların, işbirliği halinde para cezasından bağışıklık veya indirim şartlarının, işbirliğine ilişkin usul ve esasların Kurulca çıkarılacak yönetmeliklerle belirleneceği düzenlenmiştir. Yasa değişikliği çok yakın bir tarihte gerçekleştiği için henüz bir yönetmelik çıkarılmamıştır. 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğe kadar, 4054 sayılı Kanun’da böyle bir düzenlemenin de bulunmamasının etkisiyle, Rekabet Kurulu, 16 ncı madde uyarınca verilecek para cezalarının belirlenmesine ilişkin usul ve esasları tespit etmek üzere bir kılavuz yayımlamamıştır. Kurul kararları da, “3.2. Cezaların Caydırıcılığı Sağlayacak Büyüklükte Olması” ve “3.3. Cezalar Belirlenirken Dikkate Alınan Unsurlar” başlıkları altında inceleneceği üzere, içerdikleri çelişkilerle, pek çok bakımından ışık tutmaktan uzaktır. Bu Kurul kararlarının iptali için başvuru Danıştay’ın verdiği kararlar da, aydınlatıcı değildir. Nitekim bu durum, Türk rekabet hukuku ve politikasına ilişkin olarak hazırlanan OECD gözden geçirme raporuna görüş bildirenlerin eleştiri konularından biri olmuştur¹⁶⁵. Bütün bunlar, konuya ilişkin kesin saptamalar yapılmasını engellese de, aşağıda, giriş niteliğindeki genel açıklamalara, 5728 sayılı Kanun ve Kılavuz Taslağı’ndaki ilgili düzenlemelerle birlikte yer verilecektir.

Rekabet Kurulu’nun, Kanun’un 16 ncı maddesindeki, 5728 sayılı Kanun ile de korunan, “yıllık gayri safi gelir” ifadesini, tek düzen hesap planındaki “net satışlar” şeklinde yorumladığı görülmektedir. Kurul’un ceza uygulamak üzere esas aldığı net satışlar kalemi, teşebbüslerin yurt içi ve yurt dışı satışlarının yanı sıra, bazı durumlarda, ilgili ürün dışındaki ürünlerinin satışlarını da

¹⁶⁵ OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris, s.41.

kapsayabilmektedir. Örneğin, *Seramik*¹⁶⁶ kararında, bazı teşebbüsler bakımından böyle bir durum söz konusu olmuştur¹⁶⁷. Ancak AB uygulamalarına paralel bu durumun, “2.2. Cezaların Caydırıcılığı Sağlayacak Büyüklükte Olması” başlığı altında yapılan açıklamalar çerçevesinde, olumlu olduğu ifade edilmelidir. Bu nedenle, Kılavuz Taslağı’nın 3 üncü paragrafındaki, Kılavuz’da, “ciro” şeklinde adlandırılan “yıllık gayri safi gelir” ifadesinden, tek düzen hesap planındaki “net satışlar”ın anlaşılacağı şeklindeki düzenlemenin de, olumlu olduğu sonucuna ulaşılabilir.

Danıştay, 4054 sayılı Kanun’un, 5728 sayılı Kanun ile değiştirilmesinden önceki dönemde, *Maya III*¹⁶⁸ kararının iptali için açılan davalarda, 16 ncı maddedeki “bir önceki mali yıl” ifadesinin, 4 üncü maddede yasaklanmış olan eylemin son olarak gerçekleştirildiği tarihten bir önceki mali yıl cirosu şeklinde anlaşılması gerektiğine hükmetmiştir¹⁶⁹. Ancak Danıştay’ın bu kararı, birkaç açıdan eleştirilebilir niteliktedir. *Maya III* dosyasında, Kurul, Şubat 2003-Kasım 2003 dönemindeki ihlal nedeniyle, 2003 yılı sonunda oluşan yıllık gayri safi gelir üzerinden ceza vermiştir. Danıştay ise, 4 üncü maddede yasaklanmış olan davranışın son olarak gerçekleştirildiği tarihten bir önceki mali yıl cirosu, yani 2002 yılı sonunda oluşan yıllık gayri safi gelir üzerinden ceza verilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Bu cironun, kartelin bulunmadığı bir dönemin cirosu olduğuna dikkat çekilmelidir. Nitekim bu husus, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu kararına yönelik karşı oy yazısında, “teşebbüslerin cirolarını yükseltebilmek için rekabet ihlali yaptıkları göz önünde bulundurulduğunda, ihlalin gerçekleşmediği yıl cirosunun para cezasının tespitinde dikkate alınması 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un amacına ve ruhuna aykırılık oluşturacaktır” şeklinde ifade edilmiştir. İkinci olarak, Danıştay’ın anılan kararının, bazı durumlarda, ilgili teşebbüslere, hiçbir ceza verilememesine yol açabileceği belirtilmelidir. Buna örnek olarak, monopson (tek alıcı) niteliğindeki bir alıcının, bir yıl süre ile yapacağı alımlar için açmış olduğu ihalede, teşebbüslerin danışıklı hareket etmesi şeklindeki, olası bir durum incelenebilir. Danıştay kararının kati olarak uygulanması halinde, söz konusu olayda, kartele taraf teşebbüslerden birine ceza

¹⁶⁶ *Seramik*, 24.02.2004 tarih ve 04-16/123-26 sayılı karar.

¹⁶⁷ Belirtmek gerekir ki, Kurul, istisnai nitelikli bazı dosyalarda, para cezası uygulamak üzere, yalnızca ilgili ürün satışlarından elde edilen ciroyu esas almıştır. Örneğin, 30.10.2003 tarih ve 03-70/844-366 sayılı *Yangın Sigortaları* kararında, yangın sigortası ciroları üzerinden para cezası uygulanmıştır.

¹⁶⁸ *Maya III*, 23.09.2005 tarih ve 05-60/896-241 sayılı karar.

¹⁶⁹ Örnek olarak bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’nun, 08.03.2007 günlü, E:2006/1381, YD. İtiraz:2006/1575 sayılı kararı.

verilebilirken, diğerlerine, net satışlar kalemindeki değer sıfır olacağı için para cezası uygulanamayacaktır.

Yukarıda yer verildiği üzere, 5728 sayılı Kanun ile, “bir önceki mali yıl” ifadesinin, nihai karardan bir önceki mali yıl olduğu düzenlemesi getirilmiştir. Belirtmek gerekir ki, bu düzenleme, “ihlalin gerçekleşmediği yıl cirosunun, para cezasının tespitinde dikkate alınması” şeklindeki sorunu, her zaman için ortadan kaldırmamaktadır. Çünkü ihlalin son olarak gerçekleştiği dönem ile nihai karar arasında, bir yılı aşan bir zaman farkı olabilir. Ancak, yasa koyucunun, bu düzenlemeyi yaparken, büyük ihtimalle, enflasyonu göz önünde bulundurduğu ve karara en yakın ve sıklıkla daha büyük bir cironun esas alınması suretiyle, azami ceza seviyesini yükselttiği düşünülmektedir. Dolayısıyla, “2.2. Cezaların Caydırıcılığı Sağlayacak Büyüklükte Olması” başlığı altında yapılan açıklamalar çerçevesinde, bu değişikliğin olumlu yanlarının da bulunduğu ifade edilmelidir¹⁷⁰.

5728 sayılı Kanun’daki, “nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelir” düzenlemesi ile, Rekabet Kurulu’na tanınan takdir yetkisi ise, ilgili teşebbüslere, hiçbir ceza verilememesine neden olabilecek, yukarıda örneklenen çeşitli durumları ortadan kaldıracak niteliktedir. Bu düzenlemenin, Kanun değişikliği öncesinde hazırlanan Kılavuz Taslağı’nın 4 üncü paragrafındaki, “cironun, ihalelerde danışıklı hareket gibi ihlalin niteliğinden kaynaklanan bazı durumlarda, Kılavuz ile belirlenen amaçları yansıtmaması halinde, anılan amaçları gerçekleştirecek ve Kurul tarafından saptanacak en yakın yıl cirosu dikkate alınır” ifadesini açık bir yasal dayanağa kavuşturduğu da düşünülmektedir.

Yıllık gayri safi gelir kavramı ile bağlantılı olarak incelenmesi gereken diğer bir konu, kartele, dernek, birlik, şirket gibi değişik adlar altındaki teşebbüs birliğinin aracılık ettiği; başka bir ifadeyle, kartelin organizasyonunu üstlendiği durumlarda ne yapıldığıdır. Böyle bir durumda, Kurul, genellikle, teşebbüs birliği yerine veya teşebbüs birliği yanında, teşebbüsleri, ayrı ayrı para cezası uygulamak suretiyle cezalandırmaktadır. Mevaz teşkil eden AB uygulamalarına

¹⁷⁰ Bu konuda getirilebilecek bir çözüm, Kurul’un çıkaracağı yönetmelikte, cezanın hesaplanmasına esas olacak cironun belirlenmesi bakımından, ihlalin son kez gerçekleştiği yılın cirosunun esas alınması; buna karşılık, ceza üst sınırının nihai karardan bir önceki yıl cirosu olarak belirlenmesi şeklinde ikili bir sistem benimsenmesi olabilir.

uygun bu tür kararlara verilebilecek örnekler, *Yonga Levha I*¹⁷¹, *Yonga Levha II*¹⁷², *Seramik, Kütahya Ekmek*¹⁷³, *Konya Otobüs*¹⁷⁴ ve *Demir Çelik*'tir.

Ancak bazı Rekabet Kurulu kararlarında, kartele taraf olan teşebbüslere ceza uygulanma imkanı olduğu halde, hiçbir ceza uygulanmadığı, hatalı bir değerlendirme ile yalnızca teşebbüs birliğinin muhatap alındığı ve ceza uygulanacak ciro olarak da, teşebbüs birliği üyelerinin cirolarından bağımsız şekilde, sadece, teşebbüs birliği gayri safi gelirlerinin esas kabul edildiği görülmektedir. Buna ilişkin bir örnek, *İzmir Otobüs*¹⁷⁵ kararıdır. Anılan dosyada, soruşturma konusu teşebbüslerin birlikte fiyat tespitinin, İZOTAŞ isimli İzmir otobüs terminali işletmecisi şirketin, bir pazardaki hakim durumundan yararlanarak başka bir piyasadaki rekabet koşullarını bozması şeklindeki, 4054 sayılı Kanun'un 6 ncı maddesinin 2 nci fıkrası "d" bendi kapsamındaki eylemlerinden kaynaklandığı sonucuna ulaşılmıştır. Bu çerçevede, teşebbüslere ceza verilmezken, İZOTAŞ'a hakim durumunu kötüye kullandığı gerekçesiyle ceza uygulanmıştır. Gerekçe bu yönde olsa da, kararda yer verilen tespitlerden, İZOTAŞ'ın aslında bir teşebbüs birliği olduğu ve pek çok kartel dosyasına benzer şekilde, bu teşebbüs birliğinin, yasalara uygun diğer işlevlerinin yanı sıra, teşebbüsler arasındaki anlaşmaların denetimini sağladığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle, kararın ulaştığı sonuca katılmak mümkün değildir. Konuya ilişkin diğer bir örnek ise, *Şanlıurfa Otobüs*¹⁷⁶ kararıdır. İlgili dosyada, birlikte fiyat tespitinden dolayı, raportörlerin, üç teşebbüs ile teşebbüs birliği niteliğindeki derneğe para cezası verilmesi yönündeki talebine ve karşı oy yazılarına rağmen, yalnızca derneğe, asgari para cezası uygulanmıştır. Kararı ilginç kılan diğer bir husus ise, karşı oy yazılarında da ifade edildiği üzere, raportörlerin para cezası uygulanmasını talep ettiği üç teşebbüs için, olumlu ya da olumsuz, hiçbir karar tesis edilmemiş olmasıdır.

Rekabet Kurulu, *Ankara Motor Yenileme*¹⁷⁷ ve *Bodrum Su*¹⁷⁸ gibi kararlarında ise, herhangi bir teşebbüs birliği bulunmamasına rağmen, raportör görüşü doğrultusunda, kartele taraf teşebbüsler arasındaki anlaşmayı, tüzel kişiliği olmayan teşebbüs birliği kararı şeklinde nitelendirmiş ve bunun ardından, ayrı ayrı ceza vermek yerine, asgari düzeydeki cezayı, ilgili

¹⁷¹ Yonga Levha I, 06.09.2002 tarih ve 02-53/685-278 sayılı karar.

¹⁷² Yonga Levha II, 25.02.2003 tarih ve 03-12/135-63 sayılı karar.

¹⁷³ Kütahya Ekmek, 17.08.2004 tarih ve 04-54/750-187 sayılı karar.

¹⁷⁴ Konya Otobüs, 18.08.2004 tarih ve 04-55/751-188 sayılı karar.

¹⁷⁵ İzmir Otobüs, 05.06.2001 tarih ve 01-26/256-72 sayılı karar.

¹⁷⁶ Şanlıurfa Otobüs, 06.06.2006 tarih ve 06-40/504-131 sayılı karar.

¹⁷⁷ Ankara Motor Yenileme, 27.02.2001 tarih ve 01-10/100-24 sayılı karar.

¹⁷⁸ Bodrum Su, 22.01.2002 tarih ve 02-04/39-20 sayılı karar.

teşebbüsler arasında paylaşırma yoluna gitmiştir. Oy çokluğuyla ulaşılan bu sonuç, gerek kuramsal bir dayanağının bulunmaması gerek örnek olay teşkil ederek, diğer kartellerin de etkili şekilde cezalandırılmaması riskini yaratması açılarından eleştirilebilir niteliktedir.

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikte açık bir hüküm getirilmemiş bu konuya ilişkin olarak, Kılavuz Taslağı'nın 20 nci paragrafında yapılan düzenlemenin, benimsediği ilke bakımından doğru olduğu düşünülmektedir. Buna göre, kartele, teşebbüs birliğinin aracılık ettiği durumlarda, Kurul, kural olarak, teşebbüs birliği yerine veya teşebbüs birliği yanında, teşebbüslere, ayrı ayrı para cezası uygulamalı ya da yalnızca teşebbüs birliğine ceza uygulayacaksa, para cezasına esas alınacak teşebbüs birliği cirosu, teşebbüs birliği üyeleri cirolarının toplamından oluşmalıdır. Buna karşılık, teşebbüs birliği üyelerinin sayısının, ciroların hesaplanamamasına yol açacak kadar fazla olması halinde, teşebbüs birliğinin gayri safi gelirleri, para cezasına esas alınabilir.

Bu başlık altında son olarak incelenmesi gereken husus, 4054 sayılı Kanun ile yasaklanmış her bir davranışın ayrı ayrı cezalandırılıp cezalandırılmayacağıdır. Daha açık bir ifadeyle, örneğin, soruşturma kapsamındaki bir teşebbüsün, farklı pazarlarda, farklı teşebbüslerle, farklı karteller kurması ya da kartele taraf bir teşebbüsün, dikey ihlallerinin de tespit edilmesi hallerinde, bu farklı ihlaller için, ayrı ayrı para cezası belirlenip belirlenemeyeceği sorusunun yanıtı aranmalıdır. İlk dosyalarda, her bir ihlal için, ayrı ayrı para cezası verilmesini hukuka uygun bulan¹⁷⁹ Danıştay 10 uncu Dairesi, daha sonra, "her bir ihlal için ayrı ceza değil, tek ceza verilmesi gerekmektedir" gerekçesi ile yürütmeyi durdurma kararları vermiştir¹⁸⁰. Bu kararlara Rekabet Kurumu tarafından yapılan itirazları görüşen Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, itiraz isteminin esasının incelenerek karar verilmesi gerektiği yönündeki görüşlere itibar etmeyerek, soruşturma heyeti başkanı Kurul üyesi nihai karara katıldığı için oy çokluğu ile itirazı reddetmiştir¹⁸¹. 2005 yılından itibaren, Kurul kararlarına karşı açılan davalara bakmaya başlayan Danıştay 13 üncü Dairesi ise, tetkik hakiminin farklı görüşüne rağmen, yeniden

¹⁷⁹ Örnek olarak bkz. Danıştay 10 uncu Dairesi'nin, 19.11.2003 günlü, E:2001/2278, K:2003/4479 sayılı kararındaki, "...her bir ihlal için cirolarının %02 sinin esas alındığı dikkate alındığında 4054 sayılı Kanun 16. maddesinde davalı idareye tanınan takdir yetkisinin hukuka uygun şekilde kullanıldığı sonucuna varıldığından aksi yöndeki davacı iddiaları yerinde görülmemiştir" ifadesi.

¹⁸⁰ Örnek olarak bkz. Danıştay 10 uncu Dairesi'nin, 24.11.2004 günlü, E:2004/9503 sayılı kararı.

¹⁸¹ Örnek olarak bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun, 26.05.2005 günlü, E:2004/9503, YD. İtiraz:2005/284 sayılı kararı.

10 uncu Daire'nin ilk kararları yönünde karar vermeye başlamıştır¹⁸². 13 üncü Daire'nin bu kararlarına yönelik itirazların, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından reddedilmesinin¹⁸³, Kanun ile yasaklanmış her bir davranışın ayrı ayrı cezalandırılmasına imkan verdiği belirtilmelidir. 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikte açık bir hüküm getirilmemiş bu konuya ilişkin olarak, Kılavuz Taslağı'nın 18 nci paragrafında, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu kararına uygun bir düzenleme yapılmıştır.

Bu giriş niteliğindeki açıklamaların ardından, konu, aşağıda, daha ayrıntılı incelemeye tabi tutulacaktır.

3.2. Cezaların Caydırıcılığı Sağlayacak Büyüklükte Olması

Kartel dosyalarında uygulanacak para cezalarının, caydırıcılığı sağlamak amacıyla yüksek olması gerektiği konusunda, genel bir kabul bulunmaktadır¹⁸⁴. Bu nedenle, gerek ABD'de gerek AB'de, mevcut düzenlemelerin elverdiği en üst cezanın verilmesi ile sıklıkla karşılaşmaktadır. Buna karşılık, Rekabet Kurulu'nun, 4054 sayılı Kanun'un 16 ncı maddesindeki düzenleme çerçevesinde, kartele taraf teşebbüslere asgari para cezası uygulayarak, yasal üst sınır olan %10'u aştığı dosyalar¹⁸⁵ haricinde verdiği en yüksek oran olan, *Trafik Sinyalizasyon*¹⁸⁶ kararındaki %6, %10'luk üst sınırın çok altındadır ve buna yakın oranlarla nadiren karşılaşmaktadır.

Kurul'un uygulamakta olduğu oranların, "3.3.2. İhlalin Tekrarı" başlığı altında inceleneceği üzere, ihlalin defalarca tekrar edildiği hallerde bile %10'a ulaşmadığı görülmektedir. Bunun en açık kanıtı, *Bartın Otobüs*¹⁸⁷ kararıdır. Anılan dosyada, Metro firmasına, daha önce *Konya Otobüs*, *Kastamonu Otobüs*¹⁸⁸ ve *Nevşehir Otobüs*¹⁸⁹ kararlarında kartele taraf olduğu tespit edilmesine, üstelik %3'e varan¹⁹⁰ bir ceza uygulanmasına rağmen, diğer teşebbüslerle birlikte asgari ceza verilmiştir.

¹⁸² Örnek olarak bkz. Danıştay 13 üncü Dairesi'nin, 06.11.2006 günlü, E:2006/4606 sayılı kararı.

¹⁸³ Örnek olarak bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 25.01.2007 günlü, E:2006/4606, YD. İtiraz:2006/1458 sayılı kararı.

¹⁸⁴ Örnek olarak bkz. Hammond 2004, s.8.

¹⁸⁵ Örnek olarak bkz. *Kütahya Ekmek* kararı.

¹⁸⁶ Trafik Sinyalizasyon, 10.03.2005 tarih ve 05-13/156-54 sayılı karar.

¹⁸⁷ Bartın Otobüs, 26.12.2006 tarih ve 06-94/1191-357 sayılı karar.

¹⁸⁸ Kastamonu Otobüs, 09.02.2006 tarih ve 06-11/143-33 sayılı karar.

¹⁸⁹ Nevşehir Otobüs, 31.05.2006 tarih ve 06-38/478-130 sayılı karar.

¹⁹⁰ Kurul *Konya Otobüs* kararında %1,5, *Kastamonu Otobüs* kararında %3, *Nevşehir Otobüs* kararında ise, %2 oranında para cezası uygulamıştır.

Kurul'un uygulamakta olduğu oran, kartel toplantılarının, önaraştırma veya soruşturma açılması kararının ardından devam ettiğinin tespit edildiği dosyalarda da %10'a ulaşmamaktadır. Örneğın, raportörlerin, ihlalin tekrar edildiği, daha önce aynı sektörde, teşebbüslerin net satışlarının %1'i ile 3'ü arasında değışen oranlarda para cezası verildiği, bu nedenle %4 ile 8 arasında değışen oranlarda para cezası verilmesi gerektiği şeklindeki görüş açıkladığı *Akdeniz Hazır Beton*¹⁹¹ dosyasında, kartel toplantılarının, soruşturma açılması kararının ardından devam ettiği tespit edilmesine rağmen, teşebbüslere binde 4 ile %3 arasında değışen oranlarda para cezası uygulanmıştır. Benzer şekilde, *Yonga Levha I* ve *Yonga Levha II* kararlarında, teşebbüslerin, kartel toplantılarına, haklarında önaraştırma yapılmakta olduğunu bilmelerine rağmen devam ettikleri ve "*Rekabet Yasası bizi batırır*" diyecek kadar durumun bilincinde oldukları tespitine yer verilmiştir. Buna karşılık, anılan dosyada, ilgili teşebbüslere %1 oranında para cezası uygulanmıştır ki cezanın bu derece düşük olmasında, asgari ceza uygulanması gerektiği yönündeki karşı oy yazılarının da etkisi olduğu ileri sürülebilir.

Kurul kararlarından, uygulanacak oranın tespitinde, kartel neticesinde ortaya çıkan zarar veya kartelden elde edilen kazancın da göz önünde bulundurulmadığı anlaşılmaktadır. Örneğın, *Seramik* kararında, yalnızca nakliyenin kimin tarafından ödeneceği konusunda bir anlaşma yapılmış olsaydı bile, bunun tüketicilerin alım maliyetine %2-7 arasında ek yük getireceği; ilgili kartelde, ihlalin çok daha kapsamlı olduğu ve uzun bir döneme yayıldığı¹⁹² göz önünde bulundurulduğunda, çok daha büyük bir zararın ortaya çıktığı belirtilmiştir. Buna karşılık, anılan dosyada, teşebbüslere, %1 ile 2 arasında değışen oranlarda para cezası verilmiştir. "1.2. Etkili Para Cezası Kavramı" başlığı altında da incelendiği üzere, *Demir Çelik* kararında, 29.12.2003 tarihli toplantı neticesinde, nervürlü inşaat demiri fiyatlarının 390 \$/ton'dan, 450 \$/ton'a çıkarıldığı tespit edilmiştir. Bu artışın karteğe taraf teşebbüslere, yaklaşık olarak 400 milyon \$'lık bir gelir transferi sağladığı sonucuna ulaşılabılır¹⁹³. Buna karşılık, ihlalin kapsamlı olduğu ve uzun bir döneme yayıldığı¹⁹⁴ bu

¹⁹¹ Akdeniz Hazır Beton, 03.10.2006 tarih ve 06-69/931-268 sayılı karar.

¹⁹² Kararda, karteğe taraf teşebbüslerin, 14.12.1994'ten başlayıp, devam eden süreçte, satım fiyatı ve şartlarını tespit ettiği, arz miktarının kontrolü-pazar paylaşımı içinde bulunduğu ve rekabete duyarlı bilgileri değıştirdiği sonucuna ulaşılmıştır.

¹⁹³ 400 milyon \$'lık gelir transferi sonucuna, karteğe taraf teşebbüslerin 2004 yılı Türkiye satışları toplamı olan yaklaşık 7 milyon tonluk rakam, artış miktarı olan 60 \$/ton ile çarpılarak ulaşılmıştır.

¹⁹⁴ Kararda, karteğe taraf teşebbüslerin, 1995'ten başlayıp, devam eden süreçte, alım ve satım fiyatı ile şartlarını tespit ettiği, arz miktarını kontrol ettiği ve rekabete duyarlı bilgi değışimi içinde bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır.

kartelde, teşebbüslere, asgari ceza ile binde 1,5 arasında değişen oranlarda para cezası uygulanmış; ceza toplamı 3,7 milyon \$'da kalmıştır.

Son olarak, Kurul'un, para cezalarına hükmederken, en ciddi rekabet ihlali olduğu, doktrinde, diğer hukuk düzenlerinde ve bizzat, *Adıyaman LPG*¹⁹⁵, *Ege Çimento I*¹⁹⁶, *İstanbul Ekmek*¹⁹⁷, *PÜİS/TABGİS*¹⁹⁸, *Yonga Levha I*, *Yonga Levha II*, *Ege Çimento II*¹⁹⁹, *Ege Hazır Beton*²⁰⁰, *Ankara Ekmek II*, *Bartın Otobüs*, *Manisa Kuyumcular*²⁰¹, *Şanlıurfa Kuyumcular*²⁰² gibi pek çok Kurul kararında genel kabul gören karteller ile diğer rekabet ihlalleri arasında bir ayırım yapmadığı belirtilmelidir. Kurul kararlarında, AB'de olduğu üzere, "giriş ücreti (*entry fee*)" şeklinde adlandırılan ve amacı, teşebbüsleri, kartellere kısa süreli katılımlardan bile caydırmak; başka bir deyişle, "dene ve gör politikası"nı²⁰³ tercih etmelerini engellemek olan bir uygulamayla karşılaşılmamaktadır. Hatta Kurul'un, pek çok dosyada, para cezasına karar verirken, kartele taraf olanlara, diğer rekabet ihlallerini gerçekleştiren teşebbüslere nazaran daha hoşgörülü yaklaştığı bile ileri sürülebilir. Buna bir örnek, *Karbogaz*²⁰⁴ dosyasında, Kurul'un, Karbogaz'a, 1997 yılından beri rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırarak hakim durumunu kötüye kullandığı gerekçesi ile %3 oranında para cezası verirken, *Demir Çelik* dosyasında, 1995'ten başlayıp, devam eden süreçte, alım ve satım fiyatı ile şartlarının tespit edildiği, arz miktarının kontrol edildiği ve rekabete duyarlı bilgi değişimi içinde bulunduğu sonucuna ulaşmasına rağmen, teşebbüslere, asgari ceza ile binde 1,5 arasında değişen oranlarda para cezası uygulamasıdır.

Caydırıcılığı sağlamaya yetecek büyüklükteki cezanın, kartele taraf teşebbüslerin ilgili ürün cirosunun en az %150'si olduğu yönündeki görüşlerin²⁰⁵ genel kabul gördüğü düşünüldüğünde²⁰⁶, Kurul'un, örneğin, ihlalin defalarca tekrar edildiği, kartel toplantılarının, önaraştırma veya soruşturma açılması kararının ardından devam ettiği, kartelin verdiği zararın veya kartelden elde edilen kazancın çok büyük olduğu hallerde dahi, %10'luk üst sınırın çok

¹⁹⁵ Adıyaman LPG, 26.11.1998 tarih ve 93/750-159 sayılı karar.

¹⁹⁶ Ege Çimento I, 17.06.1999 tarih ve 99-30/276-166(a) sayılı karar.

¹⁹⁷ İstanbul Ekmek, 27.10.1999 tarih ve 99-49/536-337 sayılı karar.

¹⁹⁸ PÜİS/TABGİS, 18.09.2000 tarih ve 00-35/392-219 sayılı karar.

¹⁹⁹ Ege Çimento II, 02.12.2004 tarih ve 04-77/1108-277 sayılı karar.

²⁰⁰ Ege Hazır Beton, 02.12.2004 tarih ve 04-77/1109-278 sayılı karar.

²⁰¹ Manisa Kuyumcular, 28.03.2007 tarih ve 07-28/255-88 sayılı karar.

²⁰² Şanlıurfa Kuyumcular, 28.03.2007 tarih ve 07-28/256-89 sayılı karar.

²⁰³ De Broca 2006, s.4.

²⁰⁴ Karbogaz, 23.08.2002 tarih ve 02-49/634-257 sayılı karar.

²⁰⁵ Örnek olarak bkz. Wils 2005, s.140 ve Calvani 2004, s.8.

²⁰⁶ Bkz. "1.2. Etkili Para Cezası Kavramı" başlığı altındaki açıklamalar.

altında cezalar uygulaması eleştirilebilecek niteliktedir. Dolayısıyla, Kurul, en kısa zamanda, karteller ile diğer rekabet ihlalleri arasında bir ayırım yaparak, caydırıcılığı mümkün olduğunca sağlayacak büyüklükte cezalar uygulamaya başlamalıdır. Bu çerçevede, Kılavuz Taslağı'nın 7 nci paragrafında benimsenen düzenleme ile temel para cezasının belirlenmesinde, karteller ile diğer rekabet ihlalleri arasında ayırım yapılması ve karteller için, cironun %2'sinin, diğer rekabet ihlalleri içinse, cironun %1'inin esas alınması önemli bir adımdır. Keza, yukarıda belirtildiği üzere²⁰⁷, 5728 sayılı Kanun ile getirilen, "*ihlalde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticilerine ya da çalışanlarına, teşebbüs veya teşebbüs birliğine verilen cezanın yüzde beşine kadar idarî para cezası verilir*" şeklindeki düzenlemenin, çoğu durumda, kartelde yer alan teşebbüslere, %10'luk üst sınır dolayısıyla caydırıcılığı sağlayacak büyüklükte cezalar uygulanamadığından, ilave bir caydırıcı olacağı düşünülmektedir.

3.3. Cezalar Belirlenirken Dikkate Alınan Unsurlar

Kartellerle etkili mücadeleyi amaç edinmiş hukuk düzenlerinde, para cezaları belirlenirken, bu cezaların etkisini artırmak üzere, caydırılmak veya teşvik edilmek istenen çeşitli hususlar göz önünde bulundurulmaktadır. Aşağıda, caydırılmak istenen hususlardan, diğerlerine nazaran daha fazla önem atfedilen²⁰⁸, "ihlalin süresi", "ihlalin tekrarı", "eksik, yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi, belgelerin içeriklerinin değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması ile inceleme ve soruşturmaların engellenmesi" ile teşvik edilmek istenen hususlardan önde geleni olan, "ihlalin kabulü ve işbirliği" başlıkları altında incelenen Rekabet Kurulu kararları ise, Türkiye'deki uygulamanın bu yönde olmadığını göstermektedir.

3.3.1. İhlalin Süresi

Gerek ABD'de gerek AB'de, ihlalin süresi, ceza miktarının belirlenmesinde doğrudan etkili olmaktadır²⁰⁹. Buna karşılık, Rekabet Kurulu uygulamalarında, rekabet ihlalinde bulunma süresi iki yıl olan Aks'ye, %1; 6 ay olan Star'a, binde 5; 2,5 ay olan Ülke'ye ise, binde 2,5 oranında para cezası verilmesi sonucuna ulaşılan *Reklam Yerleri II*²¹⁰ gibi istisnai nitelik taşıyan kararlar dışında, para cezası takdir edilirken ihlalin süresinin dikkate alınmadığı görülmektedir. Bunun en açık örneği, *Seramik* kararında, seramik sağlık

²⁰⁷ Bkz. "3.1. Genel Açıklamalar" başlığı altındaki değerlendirmeler.

²⁰⁸ Örnek olarak bkz. Geradin ve Henry 2005; ICN 2005, s.62; Kinsella ve Daly 2001, s.13; Klawiter 2001, s.754; Wils 2006, s.24-25.

²⁰⁹ ABD için bkz. Klawiter 2001, s.751-753; AB için bkz. De Broca 2006, s.4.

²¹⁰ Reklam Yerleri II, 21.10.2002 tarih ve 02-64/803-325 sayılı karar.

gereçleri pazarında 14.12.1994'den başlayıp, en azından 2002 yılına kadar devam eden ve unsurları, "satım fiyatı ve şartlarının tespit edilmesi" ve "rekabete duyarlı bilgi değişimi" olan kartele taraf teşebbüslere, binde 3 oranında para cezası verilirken; bu karardan 1 ay sonra, *Toz Alçı*²¹¹ kararında, 1997'den başlayıp 2001 yılına kadar devam eden ve unsurları, "satım fiyatının tespit edilmesi" olan karteldeki teşebbüslere, binde 5 oranında ceza verilmesidir.

İhlalin süresi konusu ile bağlantılı diğer bir husus, AB'de 2006 tarihli para cezalarına ilişkin rehberde yer alan ve karteller ile diğer ihlaller arasında, karteller aleyhine fark yaratan iki düzenlemedir. Bunlardan birincisi, "2.3.1. Temel Para Cezasının Belirlenmesi ve İhlalin Süresi" başlığı altında incelenen "giriş ücreti (*entry fee*)" düzenlemesidir²¹². Rekabet Kurulu uygulamalarının bu yönde olmadığı, "3.2. Cezaların Caydırıcılığı Sağlayacak Büyüklükte Olması" başlığı altında ortaya konmuştur. İkincisi ise, incelemenin başlaması ile birlikte ihlale son verilmesinin, diğer ihlallerden farklı olarak, kartel dosyalarında hafifletici unsur olarak kabul edilmeyecek olmasıdır²¹³. Oysa, *Konya Sürücü Kursları I*²¹⁴, *Ankara Yapı Laboratuvarları*²¹⁵, *Bilişim Ürünleri*²¹⁶, *Ankara Kitap Dağıtım*²¹⁷, *Kastamonu Tüp*²¹⁸, *Ankara Kahveciler*²¹⁹, *Kaş Dalış Merkezleri*²²⁰, *Alanya Tekne Turu*²²¹, *Denizli Dershane*²²² gibi bazı Kurul kararlarında, incelemenin başlamasının ardından kartele son verilmesiyle, caydırıcılığı sağlayacak cezaların verilmesinden tümüyle vazgeçilmiştir²²³.

²¹¹ Toz Alçı, 08.04.2004 tarih ve 04-25/279-61 sayılı karar.

²¹² De Broca 2006, s.4.

²¹³ İbid, s.5.

²¹⁴ Konya Sürücü Kursları I, 03.03.2004 tarih ve 04-18/154-36 sayılı karar.

²¹⁵ Ankara Yapı Laboratuvarları, 01.04.2004 tarih ve 04-23/251-55 sayılı karar.

²¹⁶ Bilişim Ürünleri, 20.05.2004 tarih ve 04-36/414-105 sayılı karar.

²¹⁷ Ankara Kitap Dağıtım, 24.06.2004 tarih ve 04-43/533-130 sayılı karar.

²¹⁸ Kastamonu Tüpgaz, 07.04.2005 tarih ve 05-22/259-75 sayılı karar.

²¹⁹ Ankara Kahveciler, 05.05.2005 tarih ve 05-30/372-91 sayılı karar.

²²⁰ Kaş Dalış Merkezleri, 07.06.2006 tarih ve 06-41/507-132 sayılı karar.

²²¹ Alanya Tekne Turu, 22.06.2006 tarih ve 06-45/570-154 sayılı karar.

²²² Denizli Dershane, 09.05.2007 tarih ve 07-39/420-166 sayılı karar.

²²³ *Konya Sürücü Kursları* dosyalarından hareketle, Kurul'un, ihlale son verilmemesine rağmen, ceza uygulamaktan tümüyle vazgeçtiğini bile ileri sürmek mümkündür. Gerçekten de, Kurul, *Konya Sürücü Kursları I* dosyasında, raportör görüşü doğrultusunda, sürücü kurslarının, kurs ücretlerinin belirlenmesine yönelik eylemlerinin 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi kapsamında olduğuna, ancak bu eylemler, Konya İl Millî Eğitim Müdürlüğü'nün teşviki sonucu oluştuğu ve ilan edilen fiyatlara bağlı kalınmadığı için soruşturma açılmamasına; bunun yerine, 4054 sayılı Kanun'un 9 uncu maddesinin 3 üncü fıkrası uyarınca, teşebbüslere, bu davranışlara ne şekilde son vereceklerine yönelik olarak yazı gönderilmesine karar vermiştir. 26.07.2007 tarih ve 07-

Bu bilgiler ışığında, Rekabet Kurulu'nun para cezasını belirlerken ihlalin süresini dikkate alması önem arz etmektedir. *Reklam Yerleri II* kararından hareketle, Kurul'un bu yönde bir politika benimsemesi için, bir yasa değişikliği gerekmediği düşünülmektedir. Ancak Rekabet Kurumu yetkilileri tarafından, OECD'nin, Türk rekabet hukuku ve politikasına ilişkin olarak 2005 yılında hazırladığı gözden geçirme raporunda ifade edildiği üzere²²⁴, konuya ilişkin tartışmaları sonlandırabilmek adına, 5728 sayılı Kanun ile yapılan, "Kurul'un, para cezasına karar verirken, ihlalin süresini dikkate alacağı" yönündeki değişiklik kuşkusuz faydalı olacaktır. Kurul, ABD ve AB gibi hukuk düzenlerinde olduğu üzere, teşebbüsleri, kartellere kısa süreli katılımlardan bile caydıracak ve "dene ve gör politikası"²²⁵ uygulamalarını engelleyecek yöntemler geliştirmeli; keza, kartel dosyalarında, incelemenin başlaması ile birlikte ihlale son verilmesini, yaptırımı ortadan kaldırıcı veya hafifletici bir unsur olarak kabul etmemelidir. Bu çerçevede, Kılavuz Taslağı'nın 6, 7 ve 8 inci paragraflarında yapılan düzenlemelerin olumlu olduğu düşünülmektedir. Anılan paragraflarla, temel para cezasının belirlenmesinde, öncelikle, karteller ile diğer rekabet ihlalleri arasında bir ayırım yapılmış; karteller için, cironun %2'sinin, diğer rekabet ihlalleri içinse, cironun %1'inin esas alınacağı düzenlenmiştir. Bunun ardından da, ihlalin türüne göre belirlenen bu para cezası miktarının, 1 yıldan uzun, 5 yıldan kısa süren ihlallerde yarısı oranında, 5 yıldan uzun süren ihlallerde ise bir katı oranında arttırılacağı belirtilmiştir. Kılavuz Taslağı'ndaki diğer bir olumlu husus ise, 12 nci paragrafta yapılan düzenleme ile, diğer rekabet ihlallerine son verdiğini ispatlayan teşebbüslere verilecek para cezasının dörtte bire kadar azaltılabilesine imkan sağlanırken, kartele taraf teşebbüslerin ihlale son vermelerinin, hafifletici unsur olarak değerlendirilmeyeceğinin açıkça hükme bağlanmasıdır.

3.3.2. İhlalin Tekrarı

ABD ve AB'de, cezalar belirlenirken göz önünde bulundurulacak ağırlaştırıcı unsurlardan biri, ihlalin tekrarıdır²²⁶. Buna karşılık, Rekabet Kurulu uygulamalarında, DTV ve Satel teşebbüslerine, geçmişte benzer bir ihlali

62/761-263 sayılı *Konya Sürücü Kursları II* kararında ise, 4054 sayılı Kanun'un ihlal edildiği tespit edilmiş ancak para cezası uygulanmamıştır. Görüldüğü üzere, Kurul, 9 uncu maddenin 3 üncü fıkrası uyarınca ihlale ne şekilde son verileceğine ilişkin yazı gönderdiği bir pazardaki kartele, ağırlaştırıcı unsur şeklinde değerlendirmek bir yana, para cezası bile vermemiştir.

²²⁴ OECD 2005, s.41.

²²⁵ De Broca 2006, s.4. Ayrıca bkz. "2.2. Cezaların Caydırıcılığı Sağlayacak Büyüklükte Olması" ve "2.3.1. Temel Para Cezasının Belirlenmesi ve İhlalin Süresi" başlıkları altında yapılan açıklamalar.

²²⁶ ABD için bkz. Masoudi 2007, s.8; AB için bkz. De Broca 2006, s.4-5.

gerçekleştirdikleri ve %1 oranında para cezası uygulandığı²²⁷ gerekçesi ile %1,5 oranında para cezası verilmesi şeklinde, istisnai nitelik taşıyan *Reklam Yerleri II* gibi kararlar dışında, ihlalin tekrarının ağırlaştırıcı unsur olarak dikkate alınmadığı görülmektedir. Bunun en açık kanıtı, *Bartın Otobüs* kararıdır. Anılan dosyada, Metro teşebbüsüne, daha önce *Konya Otobüs*, *Kastamonu Otobüs* ve *Nevşehir Otobüs* kararlarında kartele taraf olduğu tespit edilmesine, üstelik %3'e varan²²⁸ bir ceza uygulanmasına rağmen, diğer teşebbüslerle birlikte asgari ceza verilmiştir. *Ege Çimento II*, *Ege Hazır Beton*, *Maya III*, *Marmara Hazır Beton*²²⁹, *Akdeniz Çimento II*²³⁰, *Akdeniz Hazır Beton* ve *Sağlık Bakanlığı İhalesi*²³¹ gibi kararlarda da, ihlalin tekrarı, ağırlaştırıcı unsur olarak dikkate alınmamıştır.

AB uygulamasında, ihlalin her bir tekrarı için %100'e kadar artış yapılır ve "önceki ihlalin, farklı bir ürün pazarında, aynı grup içerisindeki farklı şirketler tarafından gerçekleştirilmesi", "önceki ihlale para cezası verilmemiş olması", "zaman aşımı" gibi savunmalar kabul edilmezken²³², Rekabet Kurulu'nun, ihlalin tekrarını, istisnalar haricinde ağırlaştırıcı unsur olarak kabul etmemesi, kartellerle mücadeleyi zayıflatıcıdır.

Bu bilgiler ışığında, Rekabet Kurulu'nun para cezasını belirlerken ihlalin tekrarını dikkate alması önem arz etmektedir. *Reklam Yerleri II* kararından hareketle, Kurul'un bu yönde bir politika benimsemesi için, bir yasa değişikliği gerekmediği düşünülmektedir. Ancak Rekabet Kurumu yetkilileri tarafından, OECD'nin, Türk rekabet hukuku ve politikasına ilişkin olarak 2005 yılında hazırladığı gözden geçirme raporunda ifade edildiği üzere²³³, konuya ilişkin tartışmaları sonlandırabilmek adına, 5728 sayılı Kanun ile yapılan, "Kurul'un, para cezasına karar verirken, ihlalin tekerrürünü dikkate alacağı" yönündeki değişiklik kuşkusuz faydalı olacaktır. Keza, Kurul'un, AB uygulamalarına paralel şekilde, ihlalin tekrarı halinde, para cezasını, her bir tekrar için bir katı oranında arttırması ve "önceki ihlalin, farklı bir ürün pazarında, aynı grup içerisindeki farklı şirketler tarafından gerçekleştirilmesi", "önceki ihlale para cezası verilmemiş olması", "zaman aşımı" gibi hususları dikkate almaması önem arz etmektedir. Bu çerçevede, Kılavuz Taslağı'nın 9

²²⁷ Reklam Yerleri I, 01.02.2000 tarih ve 00-4/41-19 sayılı karar.

²²⁸ Kurul *Konya Otobüs* kararında %1,5, *Kastamonu Otobüs* kararında %3, *Nevşehir Otobüs* kararında ise, %2 oranında para cezası uygulamıştır.

²²⁹ Marmara Hazır Beton, 02.10.2006 tarih ve 06-68/927-266 sayılı karar.

²³⁰ Akdeniz Çimento II, 03.10.2006 tarih ve 06-69/930-267 sayılı karar.

²³¹ Sağlık Bakanlığı İhalesi, 19.01.2007 tarih ve 07-07/43-12 sayılı karar.

²³² İDM ve ATAD tarafından, *Belgian Beer* kararı ile geliştirilen içtihat için bkz. De Broca 2006, s.5; Geradin ve Henry 2005, s.38; Kristof 2006, s.59; Nijs 2002, s.37.

²³³ OECD 2005, s.41.

uncu paragrafında yapılan, “İhlalin tekrarı halinde, para cezası, her bir tekrar için bir katı oranında arttırılır; “önceki ihlalin, farklı bir ürün pazarında, aynı grup içerisindeki farklı şirketler tarafından gerçekleştirilmesi”, “önceki ihlale para cezası verilmemiş olması”, “zaman aşımı” gibi hususlar dikkate alınmaz” şeklindeki düzenlemenin olumlu olduğu düşünülmektedir.

3.3.3. Eksik, Yanlış veya Yanıltıcı Bilgi Verilmesi, Belgelerin İçeriklerinin Değiştirilmesi veya Ortadan Kaldırılması ile İnceleme ve Soruşturmaların Engellenmesi

Eksik, yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi, belgelerin içeriklerinin değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması ile inceleme ve soruşturmaların engellenmesi, gerek ABD’de gerek AB’de, ağırlaştırıcı unsur olarak kabul edilmektedir²³⁴. Ancak, Rekabet Kurulu’nun, bu tür eylemlere yönelik olarak, tutarlılık kazanmış bir uygulaması bulunmamaktadır. Bu durum, tarih sırasına göre yer verilecek örnek kararlar çerçevesinde ortaya konabilir. *Gübre*²³⁵ kararında, soruşturma kapsamındaki teşebbüslerden birinin yerinde incelemeyi engellemesi ağırlaştırıcı unsur olarak göz önünde bulundurulmamıştır. Benzer bir durum, yerinde incelemeyi engelleyen teşebbüsler bakımından cezanın artırılması yönünde raportör görüşüne yer verilen, *Seramik* kararı bakımından da geçerlidir. Buna karşılık, *Konya Otobüs* kararında, diğer teşebbüslere %1,25; yerinde incelemeyi engelleyen teşebbüse ise, bu yönde bir raportör görüşü bulunmamasına rağmen, %1,50 oranında para cezası verilmiştir. *Ege Çimento II* ve *Ege Hazır Beton* kararlarında, eksik bilgi verilmesi, ağırlaştırıcı unsur olarak göz önünde bulundurulmamıştır. Buna karşılık, *Demir Çelik* kararında, Kurul, yine raportör görüşü bulunmazken, yerinde incelemenin engellenmesini ağırlaştırıcı unsur olarak kabul etmiş ve ilgili teşebbüse, diğerlerine nazaran %50 oranında daha fazla ceza vermiştir.

Rekabet Kurulu’nun bu kararları, şeffaflık ve nesnellikten uzak olmalarının yanı sıra, kartellerle mücadeleyi zayıflatıcıdır. Bu nedenle, ABD ve AB’dekine benzer şekilde, eksik, yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi, belgelerin içeriklerinin değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması ile inceleme ve soruşturmaların engellenmesinin ağırlaştırıcı unsur olarak kabul edilmesi, tutarlılık kazanmış bir uygulama haline gelmelidir. Bu çerçevede, Kılavuz Taslağı’nın 10 uncu paragrafındaki, “Eksik, yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi, belgelerin içeriklerinin değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması ile yerinde inceleme, önaraştırma ve soruşturmaların engellenmesi halinde, para cezası, yarısı oranında arttırılır” şeklindeki düzenlemenin olumlu olduğu

²³⁴ ABD için bkz. Klawiter 2001, s.754 ve Pate 2003a, s.5-6; AB için bkz. De Broca 2006, s.5.

²³⁵ Gübre, 08.02.2002 tarih ve 02-07/57-26 sayılı karar.

düşünülmektedir. *Konya Otobüs* ve *Demir Çelik* kararlarından hareketle, Kurul'un bu yönde bir politika benimsemesi için, bir yasa değişikliği gerekmediği düşünülmektedir. Ancak Rekabet Kurumu yetkilileri tarafından, OECD'nin, Türk rekabet hukuku ve politikasına ilişkin olarak 2005 yılında hazırladığı gözden geçirme raporunda ifade edildiği üzere²³⁶, konuya ilişkin tartışmaları sonlandırabilmek adına, 5728 sayılı Kanun ile yapılan, "Kurul'un, para cezasına karar verirken, incelemeye yardımcı olup olunmamasını dikkate alacağı" yönündeki değişiklik kuşkusuz faydalı olacaktır.

3.3.4. İhlalin Kabulü ve İşbirliği

ABD ve AB'de, kartelin varlığını kabul ederek, işbirliği talebinde bulunanlara, uzlaşma sırasına göre değişen oranlarda indirim yapılmaktadır²³⁷. *Trafik Sinyalizasyon*, *Yonga Levha I*, *Yonga Levha II* ve *Gazbeton*²³⁸ gibi kararlardan anlaşılacağı üzere, Rekabet Kurulu'nun da benzer uygulamaları bulunmaktadır. *Trafik Sinyalizasyon* kararında, ihalelerde danışıklı hareket eden diğer teşebbüslere %6'ya varan oranlarda para cezası verilirken, ihlalin ortaya çıkarılmasını sağlayan teşebbüse asgari ceza verilmiştir. Benzer şekilde, *Yonga Levha I* ve *Yonga Levha II* kararlarında, karteğe taraf diğer teşebbüslere %1 oranında ceza verilirken, işbirliği yaparak kartel hakkında bilgi veren bir teşebbüse binde beş oranında para cezası uygulanmıştır. Diğer bir örnek olan *Gazbeton* kararında, karteğe taraf diğer teşebbüslere %3, anlaşmanın varlığını inkar etmeyen ve işbirliğinde bulunan bir teşebbüse ise, %2 oranında para cezası verilmiştir.

Ancak iki sebepten dolayı, Rekabet Kurulu uygulamalarının, ABD ya da AB'deki kadar başarı sağlayamadığı düşünülmektedir. Bunlardan birincisi, teşebbüslerin işbirliği yapmasalar da zaten yüksek cezalara çarptırılmıyor olmaları; başka bir ifadeyle, işbirliğini teşvik edici yüksek cezaların bulunmamasıdır. İkincisi ise, mevcut ceza uygulamaları bakımından şeffaflığın olmaması, daha açık bir deyişle, teşebbüslerin işbirliği halinde ne kadar indirim kazanabileceklerini gösteren bir düzenlemenin bulunmamasıdır.

Bu açıklamalar çerçevesinde, Rekabet Kurulu'nun, bir pişmanlık programını uygulamaya koyması; bunun yanı sıra, kartelin varlığını kabul ederek, işbirliği talebinde bulunanlara, uzlaşma sırasına göre değişen oranlarda indirim yapılması uygulamalarına, çıkarılacak bir kılavuz yardımı ile, şeffaflık, nesnellik ve tutarlılık kazandırması, kartellerle mücadele bakımından önem

²³⁶ OECD 2005, s.41.

²³⁷ ABD için bkz. Levy ve O'Donoghue 2004, s.85 ile Joshua, Low ve Spratling 2001, s.21 ve 24; AB için bkz. Arbault ve Peiro 2002b, s.21.

²³⁸ Gazbeton, 30.05.2006 tarih ve 06-37/477-129 sayılı karar.

taşımaktadır. Bu çerçevede, Kılavuz Taslağı'nın 14, 15 ve 16 ncı paragraflarında yapılan düzenlemelerin olumlu olduğu düşünülmektedir. 14 üncü paragrafta, Kurul'a bilgi vererek, Kurul'un varlığından haberdar olmadığı bir kartelin ortaya çıkarılmasını sağlayan ilk teşebbüse para cezası uygulanmayacağı düzenlenmiştir. 15 inci paragrafta, 14 üncü paragrafta belirtilen bir başvurunun bulunmaması koşuluyla, Kurul'un bir karteğe ilişkin olarak inceleme başlatmasından sonra ve fakat soruşturma raporunun tebliğinden önce, Kanun'un 4 üncü maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaştıracak delilleri sunan ilk teşebbüse para cezası uygulanmayacağı hükmü bulunmaktadır. 16 ncı paragrafta ise, 14 veya 15 inci paragrafta belirtilen başvuruların yapılmasının ardından ve fakat soruşturma raporunun tebliğinden önce, karteğe taraf olduğunu kabul ederek, Kanun'un 4 üncü maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaştıracak delilleri sunan, ilk teşebbüsün cezasının, yarısı oranında, ikinci teşebbüsün cezasının, üçte bir oranında, diğer teşebbüslerin cezalarının, dörtte bir oranına kadar, azaltılacağı düzenlenmiştir. *Trafik Sinyalizasyon, Yonga Levha I, Yonga Levha II ve Gazbeton* gibi kararlarda yapılan indirimler, Kurul'un bu yönde bir politika benimsemesi için, 4054 sayılı Kanun'un değiştirilmesine gerek olmadığını ortaya koymaktadır. Ancak Rekabet Kurumu yetkilileri tarafından, OECD'nin, Türk rekabet hukuku ve politikasına ilişkin olarak 2005 yılında hazırladığı gözden geçirme raporunda ifade edildiği üzere²³⁹, konuya ilişkin tartışmaları sonlandırabilmek adına, 5728 sayılı Kanun ile yapılan, "Kanuna aykırılığın ortaya çıkarılması amacıyla Kurumla aktif işbirliği yapan teşebbüs ya da teşebbüs birlikleri veya bunların yöneticileri ve çalışanlarına, işbirliğinin niteliği, etkinliği ve zamanlaması dikkate alınarak ceza verilmeyebileceği veya cezalarda indirim yapılabileceği" yönündeki değişiklik kuşkusuz faydalı olacaktır.

3.4. Ayrıntılı Düzenlemelerle, Cezalara Karar Verenlerin Takdir Yetkisinin Azaltılması

4054 sayılı Kanun'un 16 ncı maddesi, Rekabet Kurulu'nun, para cezasına karar verirken dikkate alacağı unsurları, tadadi olarak hükme bağlamış; buna karşılık, cezanın hesaplanmasına başlangıç noktası teşkil edecek oran, ağırlaştırıcı unsurlara ilişkin artış veya hafifletici unsurlara ilişkin azalış miktarları gibi konularda düzenleme yapmayarak, Kurul'a çok geniş bir takdir yetkisi sağlamıştır. Kurul, kendisine tanınan bu geniş takdir yetkisini kısıtlayacak, ABD, AB ve diğer pek çok hukuk düzenine benzer bir kılavuz yayımlamamıştır. Kurul kararları da, "3.2. Cezaların Caydırıcılığı Sağlayacak Büyüklükte Olması" ve "3.3. Cezalar Belirlenirken Dikkate Alınan Unsurlar" başlıkları altında incelendiği üzere, içerdikleri çelişkilerle, konuya

²³⁹ OECD 2005, s.41.

ışık tutmaktan uzaktır. Bu Kurul kararlarının iptali için başvuru Danıştay'ın verdiği kararlar da, en azından şimdilik, Kurul'un takdir yetkisini kısıtlamamıştır. Türk rekabet hukuku ve politikasına ilişkin olarak hazırlanan OECD gözden geçirme raporuna görüş bildirenlerin eleştiri konularından biri olan²⁴⁰ bu geniş takdir yetkisinin doğurduğu, birbirleri ile yakından ilişkili çeşitli sonuçlar bulunmaktadır:

Öncelikle, bu çok geniş takdir yetkisinin, kartele taraf olan teşebbüsleri ağır biçimde cezalandırmak hususundaki isteksizliğin sürdürülmesine imkan verdiği belirtilmelidir. Bu isteksizliğin en önemli nedeni, kartel üyelerinin, çoğunlukla, diğer yurttaşlar açısından bir tehdit yaratmayan, toplumun temel direği niteliğinde insanlar olarak görülmesi; dahası bir kere yakalandıklarında, tövbekar görünüşleri ile cezalara karar verenleri, aynı eylemi bir daha yapmayacaklarına ikna etmeleridir²⁴¹. Bu durumun, “3.2. Cezaların Caydırıcılığı Sağlayacak Büyüklükte Olması” başlığı altında incelendiği üzere, Kurul'un, örneğin, ihlalin defalarca tekrar edildiği, kartel toplantılarının, önaraştırma veya soruşturma açılması kararının ardından devam ettiği, kartelin verdiği zararın veya kartelden elde edilen kazancın çok büyük olduğu hallerde dahi, %10'luk üst sınırın çok altında cezalar uygulamasına yol açtığı düşünülmektedir. Geniş bir takdir yetkisi, cezaların belirlenmesinde, şeffaflık, nesnellik ve tutarlılığı da ortadan kaldırmaktadır.

Bu açıklamalar çerçevesinde, ABD'de, yukarıda yer verilen sorunları, özellikle de yargıçların kartel üyelerini ağır biçimde cezalandırmak konusundaki isteksizliklerini ortadan kaldırmak üzere, Cezalandırma Rehberleri ile bulunan çareye başvurulabilir. Bu doğrultuda, olaylar arasındaki farklılıkların dikkate alınmasına imkan verecek esneklik tanınmak kaydıyla, cezaların belirlenmesinin usul ve esaslarına ilişkin detaylı düzenlemeler getirilerek, cezalara karar verenlerin takdir yetkisi sınırlanmalıdır. Bunun için, 4054 sayılı Kanun'da yapılacak değişiklik ile cezanın hesaplanmasına başlangıç noktası teşkil edecek oran, ağırlaştırıcı unsurlara ilişkin artış veya hafifletici unsurlara ilişkin azalış miktarları gibi konularda düzenleme yapılabilir. Keza, Rekabet Kurulu'nun, en kısa zamanda, böyle bir Kanun değişikliğine esas olacak, ABD, AB ve diğer hukuk düzenlerindeki rehberler göz önünde bulundurularak hazırlanan bir düzenleme yayımlamasının önem arz ettiği düşünülmektedir.

²⁴⁰ Ibid, s.41 ve 73.

²⁴¹ Baker 2001, s.706 ve 712 ile 2003, s.26. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. “2.4. Ayrıntılı Düzenlemelerle, Cezalara Karar Verenlerin Takdir Yetkisinin Azaltılması” başlığı altındaki açıklamalar.

SONUÇ

Diğer rekabet ihlallerine kıyasla ortaya çıkarılma olasılığı daha düşük olan karteller, üyelerine büyük kazançlar sağlarken, topluma büyük zararlar vermektedir. Bu nedenle, kartellere, caydırıcılığı sağlamaya yetecek büyüklükteki para cezası uygulanması gerektiği; bu büyüklükteki para cezasının ise, kartele taraf teşebbüslerin ilgili ürün cirosunun en az %150'si olduğu genel kabul görmektedir. Ancak para cezalarına ilişkin olarak yapılan düzenlemelerdeki azami sınırlar, caydırıcılığı sağlamaya yetecek büyüklükteki cezaların, kartel üyelerinin iflasına yol açacağı endişesiyle, %150'nin çok altında belirlenmektedir. Bu nedenle, ABD'de ve AB'de, sıklıkla, mevcut düzenlemelerin elverdiği en üst ceza verilerek, bir nebze de olsa, cezalar, caydırıcılığı sağlayacak büyüklüğe yaklaştırılmaya çalışılmaktadır. Bu çerçevede, Rekabet Kurulu'nun, örneğin, ihlalin defalarca tekrar edildiği, kartel toplantılarının, önaraştırma veya soruşturma açılması kararının ardından devam ettiği, kartelin verdiği zararın veya kartelden elde edilen kazancın çok büyük olduğu hallerde dahi, %10'luk üst sınırın çok altında cezalar uygulaması eleştirilebilecek niteliktedir. Dolayısıyla, Kurul, en kısa zamanda, karteller ile diğer rekabet ihlalleri arasında bir ayırım yaparak, caydırıcılığı mümkün olduğunca sağlayacak büyüklükte cezalar uygulamaya başlamalıdır. Keza, 5728 sayılı Kanun ile ilave bir caydırıcı olarak getirilen, ihlalde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticilerine ya da çalışanlarına, teşebbüs veya teşebbüs birliğine verilen cezanın yüzde beşine kadar para cezası verileceğine dair düzenleme, etkili şekilde kullanılmalıdır.

Rekabet Kurulu, para cezalarını belirlerken, ABD ve AB'de olduğu üzere, "ihlalin süresi", "ihlalin tekrarı", "eksik, yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi, belgelerin içeriklerinin değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması ile inceleme ve soruşturmanın engellenmesi" gibi caydırılmak veya "ihlalin kabulü ve işbirliği" gibi teşvik edilmek istenen çeşitli hususları göz önünde bulundurmalıdır. Bu doğrultuda Kurul, ihlalin süresi bakımından, teşebbüsleri, kartellere kısa süreli katılımlardan bile caydıracak yöntemler geliştirmeli; keza, kartel dosyalarında, incelemenin başlaması ile birlikte ihlale son verilmesini, yaptırım ortadan kaldırıcı veya hafifletici bir unsur olarak kabul etmemelidir. Benzer şekilde, Kurul'un, ihlalin tekrarı bakımından, para cezasını, her bir tekrar için bir katı oranında arttırması ve "önceki ihlalin, farklı bir ürün pazarında, aynı grup içerisindeki farklı şirketler tarafından gerçekleştirilmesi", "önceki ihlale para cezası verilmemiş olması", "zaman aşımı" gibi hususları dikkate almaması önem arz etmektedir. Bunun yanı sıra, Kurul, nihai karar aşamasında, eksik, yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi, belgelerin içeriklerinin değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması ile inceleme ve soruşturmanın engellenmesini ağırlaştırıcı unsur olarak göz önünde bulundurmalıdır. İstisnai

nitelik taşıyan çeşitli kararlarda yapılan artırım ve indirimler, Kurul'un bu yönde bir politika benimsemesi için, 4054 sayılı Kanun'un değiştirilmesine gerek olmadığını göstermektedir. Ancak konuya açıklık getirmesi bakımından, 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler kuşkusuz faydalı olacaktır.

4054 sayılı Kanun, cezaların belirlenmesi konusunda, Rekabet Kurulu'na çok geniş bir takdir yetkisi sağlamıştır. Bu yetki, Kurul'un yayımladığı bir rehberle veya bugüne kadar ki Danıştay kararlarıyla kısıtlanmamıştır. Ancak bu durum, kartel üyelerinin, çoğunlukla, diğer yurttaşlar açısından bir tehdit yaratmayan, toplumun temel direği niteliğinde insanlar olarak görülmelerinden dolayı, caydırıcılığı sağlayacak büyüklükte cezalar uygulamak hususundaki isteksizliğin sürdürülmesine imkan vermekte; keza, şeffaflık, nesnellik ve tutarlılığı ortadan kaldırmaktadır. Bu nedenle, olaylar arasındaki farklılıkların dikkate alınmasına imkan verecek esneklik tanınmak kaydıyla, cezaların belirlenmesinin usul ve esaslarına ilişkin detaylı düzenlemeler getirilerek, cezalara karar verenlerin takdir yetkisi sınırlanmalıdır. Bu çerçevede, Kanun'da yapılacak bir değişiklikle, cezanın hesaplanmasına başlangıç noktası teşkil edecek oran, ağırlaştırıcı unsurlara ilişkin artış veya hafifletici unsurlara ilişkin azalış miktarları gibi konularda düzenleme yapılabilir. Bundan çok daha elzem olan ise, Rekabet Kurulu'nun, en kısa zamanda, böyle bir Kanun değişikliğine esas olacak bir yönetmelik yayımlamasıdır. Bu çerçevede, Rekabet Kurumu'nun, kamuoyunun görüşlerine sunduğu, para cezalarının belirlenmesine ilişkin kılavuz taslağının olumlu bir adım olduğu düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

- ANDERSON, E. ve G. BERGER (2006), “Commission Fines Four Undertakings a Total of € 344.5 Million for Participating in an Acrylic Glass Cartel”, *Competition Policy Newsletter*, No:3, Autumn 2006, s.33-35.
- ARBAULT, F. ve M. LINDROOS (2002), “The Zinc Phosphate Market-Sharing and Price-Fixing Cartel”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, February 2002, s.40-41
- ARBAULT, F. ve F. PEIRÓ (2002a), “The Citric Acid Cartel”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, February 2002, s.34-36
- ARBAULT, F. ve F. PEIRÓ (2002b), “The Commission’s New Notice on Immunity and Reduction of Fines in Cartel Cases: Building on Success”, *Competition Policy Newsletter*, No:2, June 2002, s.15-22
- ARBAULT, F. ve S. SUURNAKKI (2002), “The Sodium Gluconate Cartel”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, February 2002, s.29-30
- ARP, D.J. ve C.R.A. SWAAK (2003), “A Tempting Offer: Immunity from Fines for Cartel Conduct under the European Commission’s New Leniency Notice”, *E.C.L.R.*, Issue 1, s.9-18
- ASKOLA, E. (2004), “Commission Adopts a Cartel Decision Imposing Fines on Industrial Copper Tube Producers”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2004, s.42-43
- ASKOLA, E. (2006), “Commission Fines 3 Undertakings a Total of € 76 Million for Participating in Rubber Chemicals Cartel”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2006, s.66-67.
- AUGUSTIN, B. ve P. HABERMAN (2007), “How Fines Are Calculated: Is It Time For Reconsideration”, *Competition Law Insight*, Vol. 6, Issue 12, December 2007, s.5-7
- BAKER, D.I. (2001), “The Use of Criminal Law Remedies to Deter and Punish Cartels and Bid-Rigging”, *The George Washington Law Review*, October/December 2001, Volume 69, No:5/6, s.693-714
- BAKER, D.I. (2003), “Jailing Conspirators: A Critical Part of US Anti-Cartel Enforcement”, *G.C.R.*, February 2003, s.25-27
- BARNETT, T.O. (2006), “Criminal Enforcement of Antitrust Laws: The U.S. Model”, *Presented at the Fordham Competition Law Institute’s Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, New York*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/218336.pdf>

- BECKER, G. (1968), "Crime and Punishment: An Economic Approach", *Journal of Political Economy*, Volume 76, s.169.
- BERGER, G. ve L. PIAZZA (2006), "Commission Fines Seven Undertakings a Total of € 388 Million for Participating in a Cartel for Hydrogen Peroxide and Perborate", *Competition Policy Newsletter*, No:3, Autumn 2006, s.31-32.
- BERMUDEZ, A.G. (2003), "The Specialty Graphite Price-Fixing Cartels", *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2003, s.66-67
- BREIT, I. (2001), "Commission Fines Eight Companies in Graphite Electrode Cartel", *Competition Policy Newsletter*, No:3, October 2001, s.34-35
- CALVANI, T. (2004), "Competition Penalties & Damages in a Cartel Context: Criminalisation & the Case for Custodial Sentences", *ICN Workshop on Cartels, Sydney, Australia*
- CALVINO, N. (2006), "Public Enforcement in the EU: Deterrent Effect and Proportionality of Fines", *European University Institute Robert Schuman Centre for Advanced Studies 2006 EU Competition Law and Policy Workshop*, [http://www.iue.it/RSCAS/research/Competition/2006\(pdf\)/200610-COMPed-Calvino.pdf](http://www.iue.it/RSCAS/research/Competition/2006(pdf)/200610-COMPed-Calvino.pdf)
- CAMILI, E.L. (2006), "Optimal Fines in Cartel Cases and the Actual EC Fining Policy", *World Competition*, No:29(4), s.575-605
- C.L.I. (2004), "Cartel Fines May Not Be High Enough", *Competition Law Insight*, 23 November 2004, s.16
- DE ARAUJO, K.V.M.M., P.R.P. PUGLIESE ve A.G. CASTILLO (2003), "European Union and Brazil: Leniency in Cartel Cases—Achievements and Shortcomings", *E.C.L.R.*, Issue 9, s.463-474
- DE BROCA, H. (2006), "The Commission Revises its Guidelines for Setting Fines in Antitrust Cases", *Competition Policy Newsletter*, No:3, Autumn 2006, s.1-6.
- DE LUCA, M. ve B. LIST (2007), "Commission Fines Producers and Traders of Synthetic Rubber € 519 Million for Price Fixing and Market Sharing Cartel", *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2007, s.68-70.
- DEMATAKI, G. ve R. WESSELY (2007), "Commission Fines Copper Fittings Producers € 314.7 Million for Price Fixing Cartel", *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2007, s.65-67.

FONTANA, C.R., M. DE LUCA ve R. MORILLAS (2005), “Commission Fines Companies for Colluding on Raw Tobacco Prices in Spain”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2005, s.65-66

FRESE, M.J. (2005) “Anti-Cartel Enforcement in Community Law Context: Considerations on Sanctions and Leniency” <http://www.kernbureau.uva.nl/acle/object.cfm/objectid=F79DF712-6448-40A5-AB96BA4C0DB67147/download=true%20>

GAUER, C. ve M. JASPERS (2007), “ECN Model Leniency Programme – a first step towards a harmonised leniency policy in the EU”, *Competition Policy Newsletter*, Spring 2007, s.35-38.

G.C.R. (2002), “An Interview with Olivier Guersent”, *G.C.R.*, April/May 2002, s.32-35

G.C.R. (2005), “Cutting-Edge Issues in Cartels”, *G.C.R.*, April 2005, s.22-32

GERADIN, D. ve D. HENRY (2005), “The EC Fining Policy for Violations of Competition Law: An empirical Review of the Commission Decisional Practice and the Community Courts’ Judgments”, *The Global Competition Law Centre Working Papers Series, GCLC Working Paper 03/05*

GRIFFIN, J.M. (2001), “An Inside View of a Cartel at Work: Common Characteristics of International Cartels”, *Fighting Cartels—Why and How?* içinde, Swedish Competition Authority, 2001 Konkurrensverket, Sweden, s.29-55

HAMMOND, S.D. (2001), “The Fly on the Wall Has Been Bugged—Catching an International Cartel in the Act”, *International Law Congress 2001, EU Competition Law, Dublin, Ireland, UK*, www.usdoj.gov/atr/public/speeches/8280.htm

HAMMOND, S.D. (2004), “Cornerstones of an Effective Leniency Program”, *Presented before the ICN Workshop on Leniency Programs, Sydney, Australia*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/206611.pdf>

HAMMOND, S.D. (2005a), “An Overview of Recent Developments in the Antitrust Division’s Criminal Enforcement Program”, *Before the American Bar Association Midwinter Leadership Meeting, Kona, Hawaii*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/207226.pdf>

HAMMOND, S.D. (2005b), “Transcript of Testimony of Scott D. Hammond before the United States Sentencing Commission Concerning Proposed 2005

Amendments to §2R1.1”, <http://www.usdoj.gov/atr/public/testimony/209071.pdf>

HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, *OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>

I.C.N. (2005), “Defining Hard Core Cartel Conduct Effective Institutions Effective Penalties—Building Blocks for Effective Anti-Cartel Regimes”, *Report Prepared by the ICN Working Group on Cartels, ICN 4th Annual Conference, Bonn, Germany*

JOSHUA, J.M. (2002), “A Sherman Act Bridgehead in Europe, or a Ghost Ship in Mid-Atlantic? A Close Look at the United Kingdom Proposals to Criminalise Hardcore Cartel Conduct”, *E.C.L.R.*, Issue 5, s.231-245

JOSHUA, J.M., M. LOW ve G.SPRATLING (2001), “International Cartels, International Exposure: How to Contain the Pain”, *G.C.R.*, February/March 2001, s.16-24

KALLAUGHER, J. ve A. WEITBRECHT (2007), “Articles 81 and 82 EC in 2006 – The Year in Review”, *E.C.L.R.*, Issue 5, s.316-323.

KINSELLA, S. ve K. DALY (2001), “Defence Strategies in International Cartels an EU Perspective”, *ABA Cartels Workshop, Brussels*, <http://www.abanet.org/antitrust/committees/criminal/cartel.doc>

KLAWITER, D.C. (2001), “After the Deluge: The Powerful Effect of Substantial Criminal Fines, Imprisonment, and Other Penalties in the Age of International Cartel Enforcement”, *The George Washington Law Review*, October/December 2001, Volume 69, No:5/6, s.745-765

KOVACIC, W.E. (2001), “Private Monitoring and Antitrust Enforcement: Paying Informants to Reveal Cartels”, *The George Washington Law Review*, October/December 2001, Volume 69, No:5/6, s.766-797

KRISTOF, M. (2006), “Developments in Cartel Case-law: Commission Decisions and Court Judgments of 2005 ”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2006, s.57-60.

KROES, N. (2005), “The First Hundred Days”, *40th Anniversary of the Studienvereinigung Kartellrecht 1965-2005, International Forum on European Competition Law, Brussels*, <http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?>

[reference=SPEECH/05/205&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en](http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/05/205&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en)

KROES, N. (2006), “Delivering on the Crackdown: Recent Developments in the European Commission’s Campaign against Cartels”, *The 10th Annual Competition Conference at the European Institute, Fiesole, Italy*, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/06/595&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

KROES, N. (2007), “Reinforcing the Fight Against Cartels and Developing Private Antitrust Damage Actions: Two Tools for a more Competitive Europe”, *Commission/IBA Joint Conference on EC Competition Policy, Brussels*, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/07/128&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

LEVY, N. ve R. O’DONOGHUE (2004), “The EU Leniency Programme Comes of Age”, *World Competition*, No:27(1), s.75-99

LIST, B. (2004), “Commission Adopts Cartel Decision Imposing Fines in Sorbates Cartel”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2004, s.40-41

LOWE, P. (2007), “Introduction to Cartels Working Group Plenary Session”, *ICN Annual Conference, Moscow*, http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp2007_06_en.pdf

MARTEIL, E. ve S. SUURNÄKKI (2002), “The Carbonless Paper Cartel”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, February 2002, s.42-43

MASOUDI, G.F. (2007), “Cartel Enforcement in the United States (And Beyond)”, *Presented at the Cartel Conference, Budapest, Hungary*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/221868.pdf>.

MAYOCK, C. (2005), “Commission Fines Members of the Monochloroacetic Acid Cartel”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2005, s.71-72

MISCHE, H. (2005), “Commission Adopts Cartel Decision Imposing Fines on Copper Plumbing Tube Producers”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2005, s.67-70

NIJS, B. (2002), “Market-Sharing and Price-Fixing Cartels on the Belgian Beer Market”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, February 2002, s.36-38

NORLANDER, K. (2006), “Pre-insulated Pipes Appeal Cases”, *Common Market Law Review*, No:43, s.583-595

NUIJTEN, J. ve B. VAN BARLINGEN (2007), “Commission Fines Fourteen Undertakings a Total of € 266 Million for Participating in an Cartel for Road

Pavement Bitumen in the Netherlands”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2007, s.71-73.

O.E.C.D. (1998), “Recommendation of the Council concerning Effective Action Against Hard Core Cartels”, C(98)35/FINAL

O.E.C.D. (2002), “Report on the Nature and the Impact of Hard Core Cartels And Sanctions Against Cartels Under National Competition Laws”, DAF/COMP(2002)7

O.E.C.D. (2004), “Cartels: Sanctions Against Individuals”, DAF/COMP(2004)39

O.E.C.D. (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris

ÖZ, G.A. (2000), *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*, Rekabet Kurumu, Ankara.

PATE, R.H. (2003a), “The DOJ International Antitrust Program—Maintaining Momentum”, *Before the American Bar Association Section of Antitrust Law 2003 Forum on International Competition Law, New York City*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/200736.pdf>

PATE, R.H. (2003b), “Vigorous and Principled Antitrust Enforcement: Priorities and Goals”, *Before the Antitrust Section of the American Bar Association Annual Meeting, San Francisco, California*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/201241.pdf>

PEIRO, F. (2002), “The Vitamin Cartels”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, February 2002, s.30-34

PIETERS, S. (2002), “Commission Adopts Cartel Decision Imposing Fines in Methionine (Animal Feed) Cartel”, *Competition Policy Newsletter*, No:3, October 2002, s.55-56

PIETERS, S. (2003), “Commission Adopts Cartel Decision Imposing Fines in Food Flavour Enhancers (Nucleotide) Cartel”, *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2003, s.65

POLINSKY, A.M. ve S. SHAVELL (1994), “Should Liability Be Based on The Harm to the Victim or the Gain to the Injurer?”, *The Journal of Law, Economics and Organization*, Vol.10, No.2, s.427-437

ROSOCHOWICZ, P.H. (2004), “The Appropriateness of Criminal Sanctions in the Enforcement of Competition Law”, *E.C.L.R.*, Issue 12, s.752-757

- SCHONEVELD, F.R. (2003), "Cartel Sanctions and International Competition Policy: Cross-Border Cooperation and Appropriate Forums for Cooperation", *World Competition*, No:26(3), s.433-471
- VAN BARLINGEN, B. (2004), "Commission Fines Five Companies in Carbon and Graphite Products Cartel", *Competition Policy Newsletter*, No:1, Spring 2004, s.44-45
- VÖLCKER, S.B. (2004), "Developments in EC Competition Law in 2003: An Overview", *Common Market Law Review*, No:41, s.1027-1072
- VÖLCKER, S.B. (2005), "Developments in EC Competition Law in 2004: An Overview", *Common Market Law Review*, No:42, s.1691-1736
- WERDEN, G.J. ve M.J. SIMON (1987), "Why Price Fixers Should Go to Prison?", *The Antitrust Bulletin*, Winter 1987, s.917-937
- WILS, W.P.J. (2003), "Self-Incrimination in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis", *World Competition*, No:26(4), s.567-588
- WILS, W.P.J. (2005), "Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?", *World Competition*, No:28(2), s.117-159
- WILS, W.P.J. (2006), "Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice", *World Competition*, No:29(2), http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=883102
- WILS, W.P.J. (2007) "The European Commission's 2006 Guidelines on Antitrust Fines: A Legal and Economic Analysis", *World Competition*, No:30(2), http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=962654

AVRUPA BİRLİĞİ

ATAD Kararları

- Joined Cases C-189/02 etc., Dansk Rorindustri and Others v. Commission (Pre-insulated Pipes) [2005] ECR I-5425
- Case C-301/04 P, Commission v. SGL Carbon (Graphite Electrodes) [2006] ECR I-5915
- Case C-3/06 Groupe Danone v. Commission (Belgian Beer) [2007] (henüz yayımlanmamıştır)
- Case C-328/05 P, SGL Carbon v. Commission (Specialty Graphite) [2007] (henüz yayımlanmamıştır)
- Case C-76/06 P, Britannia Alloys & Chemicals Ltd. v. Commission (*Zinc Phosphate*) [2007] (henüz yayımlanmamıştır).

İDM Kararları

- Joined Cases T-236/01 etc., Tokai Carbon Co. Ltd. and others v. Commission (Graphite Electrodes) [2004] ECR II-1181
- Case T-38/02 Groupe Danone v. Commission (Belgian Beer) [2005] ECR II-4407
- Joined Cases T-71/03 etc., Tokai Carbon and others v. Commission (Specialty Graphite) [2005] (henüz yayımlanmamıştır)
- Cases T-33/02 etc., Britannia Alloys & Chemicals Ltd. v. Commission (*Zinc Phosphate*) [2005] ECR II-4973

Komisyon Kararları

- Sugar (1973) OJ L140/17
- Cartonboard (1994) OJ L243/1
- Pre-insulated Pipes (1999) OJ L24/1
- Graphite Electrodes (2002) OJ L100/1
- Citric Acid (2002) OJ L239/18
- Vitamin (2003) OJ L6/1
- Zinc Phosphate (2003) OJ L153
- Belgian Beer (2003) OJ L200/1

- Methionine (2003) OJ L255/1
- Food Flavour Enhancers (Nucleotide) (2004) OJ L75/1
- Carbonless Paper (2004) OJ L115/1
- Industrial Copper Tubes (2004) OJ L125/50
- Sodium Gluconate (Commission Press Release IP/01/1355 of 19 March 2002)
- Plasterboard (Commission Press Release IP/02/1744 of 27 November 2002)
- Specialty Graphite (Commission Press Release IP/02/1906 of 17 December 2002)
- Sorbates (Commission Press Release IP/03/1330 of 02 October 2003)
- Carbon and Graphite (Commission Press Release IP/03/1651 of 03 December 2003)
- Organic Peroxides (Commission Press Release IP/03/1700 of 10 December 2003)
- Copper Plumbing Tube (Commission Press Release IP/04/1065 of 3 Sep. 2004)
- Spanish Raw Tobacco (Commission Press Release IP/04/1256 of 20 October 2004)
- Monochloroacetic Acid (Commission Press Release IP/05/61 of 19 January 2005)
- Industrial Bags (Commission Press Release IP/05/1508 of 30 November 2005)
- Rubber Chemicals (Commission Press Release IP/05/1656 of 21 December 2005)
- Hydrogen Peroxide and Perborate (Commission Press Release IP/06/560 of 3 May 2006)
- Acrylic Glass (Commission Press Release IP/06/698 of 31 May 2006)
- Road Pavement Bitumen (Commission Press Release IP/06/1179 of 13 September 2006)
- Copper Fittings (Commission Press Release IP/06/1222 of 20 September 2006)
- Synthetic Rubber (Commission Press Release IP/06/1647 of 29 November 2006)
- Elevators and Escalators (Commission Press Release IP/07/209 of 21 February 2007)

TÜRKİYE

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu Kararları

- 26.05.2005 günlü, E:2004/9503, YD. İtiraz:2005/284 sayılı karar
- 25.01.2007 günlü, E:2006/4606, YD. İtiraz:2006/1458 sayılı karar
- 08.03.2007 günlü, E:2006/1381, YD. İtiraz:2006/1575 sayılı karar

Danıştay 10 uncu Dairesi Kararları

- 19.11.2003 günlü, E:2001/2278, K:2003/4479 sayılı karar
- 24.11.2004 günlü, E:2004/9503 sayılı karar

Danıştay 13 üncü Dairesi Kararları

- 22.06.2005 günlü, E:2005/938, K:2005/3245 sayılı karar
- 06.11.2006 günlü, E:2006/4606 sayılı karar

Rekabet Kurulu Kararları

- Adıyaman LPG, 26.11.1998 tarih ve 93/750-159 sayılı karar
- Ege Çimento I, 17.06.1999 tarih ve 99-30/276-166(a) sayılı karar
- İstanbul Ekmek, 27.10.1999 tarih ve 99-49/536-337 sayılı karar
- Reklam Yerleri I, 01.02.2000 tarih ve 00-4/41-19 sayılı karar
- Ankara Ekmek I, 29.08.2000 tarih ve 00-32/338-192 sayılı karar
- PÜİS/TABGİS, 18.09.2000 tarih ve 00-35/392-219 sayılı karar
- Ankara Motor Yenileme, 27.02.2001 tarih ve 01-10/100-24 sayılı karar
- İzmir Otobüs, 05.06.2001 tarih ve 01-26/256-72 sayılı karar
- Bodrum Su, 22.01.2002 tarih ve 02-04/39-20 sayılı karar
- Gübre, 08.02.2002 tarih ve 02-07/57-26 sayılı karar
- Tıbbi Sarf Malzemeleri I, 06.06.2002 tarih ve 02-36/396-164 sayılı karar
- Karbogaz, 23.08.2002 tarih ve 02-49/634-257 sayılı karar
- Yonga Levha I, 06.09.2002 tarih ve 02-53/685-278 sayılı karar
- Reklam Yerleri II, 21.10.2002 tarih ve 02-64/803-325 sayılı karar
- Yonga Levha II, 25.02.2003 tarih ve 03-12/135-63 sayılı karar
- Yangın Sigortaları, 30.10.2003 tarih ve 03-70/844-366 sayılı karar

- Seramik, 24.02.2004 tarih ve 04-16/123-26 sayılı karar
- Konya Sürücü Kursları I, 03.03.2004 tarih ve 04-18/154-36 sayılı karar
- Ankara Yapı Laboratuarları, 01.04.2004 tarih ve 04-23/251-55 sayılı karar
- Toz Alçı, 08.04.2004 tarih ve 04-25/279-61 sayılı karar
- Bilişim Ürünleri, 20.05.2004 tarih ve 04-36/414-105 sayılı karar
- Ankara Kitap Dağıtım, 24.06.2004 tarih ve 04-43/533-130 sayılı karar
- Kütahya Ekmek, 17.08.2004 tarih ve 04-54/750-187 sayılı karar
- Konya Otobüs, 18.08.2004 tarih ve 04-55/751-188 sayılı karar
- Ege Çimento II, 02.12.2004 tarih ve 04-77/1108-277 sayılı karar
- Ege Hazır Beton, 02.12.2004 tarih ve 04-77/1109-278 sayılı karar
- Ankara Ekmek II, 18.01.2005 tarih ve 05-06/52-21 sayılı karar
- Trafik Sinyalizasyon, 10.03.2005 tarih ve 05-13/156-54 sayılı karar
- Kastamonu Tüp, 07.04.2005 tarih ve 05-22/259-75 sayılı karar
- Ankara Kahveciler, 05.05.2005 tarih ve 05-30/372-91 sayılı karar
- Maya III, 23.09.2005 tarih ve 05-60/896-241 sayılı karar
- Demir Çelik, 14.10.2005 tarih ve 05-68/958-259 sayılı karar
- Kastamonu Otobüs, 09.02.2006 tarih ve 06-11/143-33 sayılı karar
- Gazbeton, 30.05.2006 tarih ve 06-37/477-129 sayılı karar
- Nevşehir Otobüs, 31.05.2006 tarih ve 06-38/478-130 sayılı karar
- Şanlıurfa Otobüs, 06.06.2006 tarih ve 06-40/504-131 sayılı karar
- Kaş Dalış Merkezleri, 07.06.2006 tarih ve 06-41/507-132 sayılı karar
- Alanya Tekne Turu, 22.06.2006 tarih ve 06-45/570-154 sayılı karar
- Marmara Çimento II, 02.10.2006 tarih ve 06-68/926-265 sayılı karar
- Marmara Hazır Beton, 02.10.2006 tarih ve 06-68/927-266 sayılı karar
- Akdeniz Çimento II, 03.10.2006 tarih ve 06-69/930-267 sayılı karar
- Akdeniz Hazır Beton, 03.10.2006 tarih ve 06-69/931-268 sayılı karar
- Bartın Otobüs, 26.12.2006 tarih ve 06-94/1191-357 sayılı karar
- Sağlık Bakanlığı İhalesi, 19.01.2007 tarih ve 07-07/43-12 sayılı karar

- Tıbbi Sarf Malzemeleri II, 16.03.2007 tarih ve 07-24/236-76 sayılı karar
- Manisa Kuyumcular, 28.03.2007 tarih ve 07-28/255-88 sayılı karar
- Şanlıurfa Kuyumcular, 28.03.2007 tarih ve 07-28/256-89 sayılı karar
- Denizli Dershane, 09.05.2007 tarih ve 07-39/420-166 sayılı karar
- Konya Sürücü Kursları II, 26.07.2007 tarih ve 07-62/761-263 sayılı karar

EK-1: ABD Uygulamalarında Ceza Miktarının Belirlenmesi

Ceza miktarının belirlenmesine ilişkin yöntemin açıklandığı Cezalandırma Rehberi'ne²⁴² göre, nihai ceza miktarına ulaşılması için öncelikle temel ceza miktarının hesaplanması gerekmektedir. Temel cezanın belirlenmesinde, sürecin basitleştirilmesini sağlamak amacıyla bir varsayımdan hareket edilmekte ve ticaret hacminin (*volume of commerce*)²⁴³ %20'sinin cezaya esas miktar olarak alınacağı düzenlenmektedir.

- Temel ceza miktarının belirlenmesinin ardından suç skoru (*Culpability Score*) belirlenmektedir. Bu aşamada beşten başlanarak Rehber'de yer verilen unsurlar ve bu unsurlara verilen puanlar ışığında suç skoruna ulaşılmaktadır. Örneğin, üst düzey yönetimin eyleme katılmasına ve şirketin personel sayısına bağlı olarak 1'den 5'e kadar puan eklenmektedir. İhlalin tekrarlanmasına bağlı olarak 1 veya 2 puan kadar artırma yapılmaktadır. Daha önce verilen bir mahkeme kararına aykırı davranma veya öngörülen şartlara uyulmaması halinde yine 1 veya 2 puan ekleme yapılmaktadır. İncelemenin engellenmesi durumunda 3 puan eklenmektedir. İhlalin, antitröst kurallarına uyum programına rağmen gerçekleştirilmesi halinde 3 puan çıkartılmaktadır. Son olarak eylemi bildirme, soruşturma kapsamında tam işbirliği ve sorumluluğun kabul edilmesi durumunda, 1, 2 veya 5 puan çıkartma yapılmakta ve suç skoruna ulaşılmaktadır²⁴⁴.

-
-
-
-
-

²⁴² U.S. Sentencing Guidelines Manual § 2R1.1, 1.11.2006.

²⁴³ Rehberde göre ticaret hacmi, ihlali gerçekleştiren teşebbüsün, ihlalden etkilenen mal ve hizmet ticaretinin hacmidir.

²⁴⁴ U.S. Sentencing Guidelines Manual § 8C2.5.

• Dikkate Alınacak Unsur	• Koşullar	• Eklenecek miktar
• Üst Düzey Yönetimin Katılması Veya İhlale İzin Vermesi	• Personel sayısı 5.000'den fazla	• +5
	• Personel sayısı 1.000'den fazla	• +4
	• Personel sayısı 200'den fazla	• +3
	• Personel sayısı 50'den fazla	• +2
	• Personel sayısı 10'dan fazla	• +1
• Daha Önce İşlenen Suçlar	• Hüküm giyilen kriminal bir suçun on yıldan önce tekrarlanması veya medeni veya idari olarak hüküm verilen bir suçun iki veya daha fazla tekrarlanması	• +1
	• Hüküm giyilen kriminal bir suçun beş yıldan az bir sürede tekrarlanması veya idari olarak hüküm verilen bir suçun iki veya daha fazla tekrarlanması	• +1
• Verilen Karara veya Talimatlara Uyulmaması	• Mahkeme kararına uyulmaması veya şartlı tahliye hükümlerinin ihlali	• +2
	• Şartlı tahliye hükümlerinin ihlali	• +1
• İncelemenin Engellenmesi Uyum Programları	•	• +3
	• Uyum programına rağmen ihlalin gerçekleştirilmesi	• -4
	• İhlalin bildirilmesi, soruşturma kapsamında tam işbirliği, sorumluluğun kabul edilmesi	• -5
• Eylemi Bildirme, İşbirliği, Sorumluluğun Kabul Edilmesi	• Soruşturma kapsamında tam işbirliği, sorumluluğun kabul edilmesi	• -2
	• Sorumluluğun kabul edilmesi	• -1

• Ceza miktarının hesaplanmasında kullanılacak **minimum ve maksimum çarpanlar** ise suç skorundan elde edilmektedir. Dolayısıyla minimum ve maksimum çarpanlar suç skoruna karşılık gelen sayılardır²⁴⁵.

•

²⁴⁵ U.S. Sentencing Guidelines Manual § 8C2.6.

<i>Suç Skoru</i>	<i>Minimum Çarpan</i>	<i>Maksimum Çarpan</i>
10 veya fazla	2.00	4.00
9	1.80	3.60
8	1.60	3.20
7	1.40	2.80
6	1.20	2.40
5	1.00	2.00
4	0.80	1.60
3	0.60	1.20
2	0.40	0.80
1	0.20	0.40
0 veya az	0.05	0.20

• Minimum ve maksimum çarpanların cezaya esas miktarla çarpılması suretiyle ceza aralığı belirlenmektedir²⁴⁶. Bu çerçevede süreç şu şekilde özetlenebilir:

- Ticaret Hacminin $< \text{Takdir edilebilecek ceza miktarı} < \text{Ticaret Hacminin } \%20\text{'si} \times \text{min. çarpan}$
 maks. çarpan

Rekabet ihlalleri için çarpanın 0.75'den düşük olamayacağı belirtilmektedir²⁴⁷. Bu durumda rekabet ihlalleri için ceza miktarı aralığı ticaret hacminin %15'i (%20 x 0.75) ile %80'i (%20 x 4) arasında olacaktır.

Ceza Miktarının Hesaplanmasına İlişkin Bir Örnek Olay²⁴⁸: Mitsubishi Kararı²⁴⁹

2001 yılının Şubat ayında, Mitsubishi'ye, beş yıl boyunca, ABD ve dünya çapında fiyatları ve satış miktarlarını belirleyen Graphite Electrodes karteline taraf olduğundan, 134 milyon Dolar ceza verilmiştir. Mitsubishi'ye verilen cezanın belirlenmesinde öncelikle "etkilenen ticaret hacmi"ne bakılmıştır. Bu çerçevede, Mitsubishi'nin pazarda iştirakleri aracılığı ile elde ettiği gelirler ve yaptığı satışlar dikkate alınarak, etkilenen ticaret hacmi

²⁴⁶ U.S. Sentencing Guidelines Manual § 8C2.7.

²⁴⁷ U.S. Sentencing Guidelines Manual § 2R1.1.

²⁴⁸ Hammond, Scott D., "A Review of Recent Cases and Developments in The Antitrust Division's Criminal Enforcement Program" The 2002 Antitrust Conference: Antitrust Issues In Today's Economy, Presented at The Waldorf Astoria, New York March 7, 2002; (s. 4-5)

²⁴⁹ U.S. v. Mitsubishi Corporation, Crim. No. 00-033

175.450.000 ABD Doları olarak hesaplanmıştır. Bu miktarın %20'si olan 35.090.000 ABD Doları temel ceza miktarı olarak belirlenmiştir. Bu hesaplamanın ardından suç skoru belirlenmiştir. Temel düzey 5 olarak esas alınmış, 200'den fazla çalışanın olması ve üst düzey yönetimin ihlale katılması dikkate alınarak 3 puan eklenmiştir. Daha önce gerçekleşen ihlaller göz önüne alınarak 2 puan daha ekleme yapılmıştır. Uyum programı bulunmadığı ve suç kabul edilmediği için eksiltme yapılmamış ve toplam suç skoru 10 olarak belirlenmiştir. Bu skora karşılık gelen çarpanlar 2 ve 4 olduğundan, ceza aralığı bu çarpanlar ve temel ceza miktarının çarpımı olan 70.180.000-140.360.000 ABD Doları arası olarak tespit edilmiş; ceza miktarı ise 134.000.000 ABD Doları olarak belirlenmiştir. Miktarın bu aralığın üst sınırına yakın belirlenmesinde, ihlalin ağırlığı, elde edilen haksız kazancın geri alınması ve caydırıcılığın sağlanması amaçları etkili olmuştur.

Temel Ceza Miktarının Hesaplanması

→İlgili pazarda ihlal süresi
boyunca Mitsubishi'nin iştiraki
aracılığı ile yaptığı satışların ve
doğrudan yaptığı satışların toplamı = 175.450.000 ABD Doları
= 35.090.000 ABD Doları
→Temel ceza miktarı (*etkilenen
ticaretin %20'si*)

Suç Skorunun Belirlenmesi

→ Temel seviye = 5
→ 200'den fazla çalışanın
bulunması ve üst düzey +3
yönetimin ihlale katılması +2
→ İhlalin tekrarı-"suç geçmişi" 0
→ Uyum programının 0
bulunmaması = 10
→ Sorumluluğun kabul
edilmemesi
→ Toplam suç skoru

Minimum ve maksimum	2.0-4.0
çarpanlar	
Uygulanabilecek ceza miktarı	= 70.180.000-140.360.000
aralığı	
(temel ceza miktarı x çarpanlar)	
Uygulanan Ceza	134.000.000

EK-2: AB UYGULAMALARINDA CEZA MİKTARININ BELİRLENMESİ

Bazı varsayımlar altında 1998 Rehberi ve 2006 Rehberi'ne göre ceza miktarının nasıl belirlendiği açıklanabilir²⁵⁰.

- İhlalden etkilenen satışların 100 milyon Avro,
- İhlalin süresinin 7 yıl,
- Teşebbüsün toplam cirosunun 25 milyar Avro,
- İhlalin 3. defa tekrarlandığı,
- Hafifletici bir unsurun bulunmadığı,
- Teşebbüsün pişmanlık programından yararlanmadığı varsayılın.

2006 Rehberi Kapsamında Ceza Miktarının Hesaplanması **2006 Rehberi'ne Göre Ceza Miktarının Belirlenme Süreci**

Satışların değerinin %30'una kadar miktar x süre + giriş ücreti
(Satışların değerinin % 15'i ile %25'i arasında) = temel ceza
Temel ceza → ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurlar → caydırıcılık için
miktarın arttırılması → diğer esaslar → nihai ceza

Varsayımlar Altında Ceza Miktarının Hesaplanması

²⁵⁰ Julian M. Joshua, "The European Commission's New Fining Guidelines and How They May Affect Cartel Enforcement", *George Mason Law Review Antitrust Symposium Antitrust Issues in a Global Marketplace*, 13.12.2006

→ **Temel Ceza Miktarının**

Hesaplanması

- Satışların oranı: $100 \times \%30$ 30 milyon,
 - Sürenin dikkate alınması: 30×7 210 milyon,
 - Giriş ücreti: $100 \times \%25$ 25 milyon,
- =235 milyon

Temel ceza miktarı

→ **Temel Ceza Miktarının**

Ayarlanması

- Ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurların dikkate alınması: $235 + (470) = 705$ milyon
- İhlalin tekrarı: temel ceza miktarı + (temel ceza miktarı $\times \%200$) $705 \times 2 = 1410$ milyon
- Caydırıcılık için ayrıca artış 2.5 milyarın altında kaldığından dikkate alınmayacak
- Diğer Esaslar, %10 üst sınır

Pişmanlık Programının Dikkate

Alınması

Nihai Ceza Miktarı

1.410 milyon

1998 Rehberi Kapsamında Ceza Miktarının Hesaplanması

1998 Rehberi'ne Göre Ceza Miktarının Belirlenme Süreci

Ağırlık + ağırlığın %10'una kadar süre = temel ceza miktarı
Temel ceza miktarı → ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurlar → diğer esaslar (pişmanlık programı, üst sınır, diğer) → nihai ceza miktarı

Varsayımlar Altında Ceza Miktarının Hesaplanması

→ **Temel Ceza Miktarı**

30 milyon

- Caydırıcılık için artış $30 \times 2 = 60$ milyon
- Sürenin dikkate alınması: $60 + (60 \times \%70) = 102$ milyon

→ **Ağırlaştırıcı ve hafifletici
unsurların dikkate alınması**

İhlalin tekrarı (temel ceza miktarının
%50 arttırılması)

= 150 milyon

→ **Pişmanlık Programının Dikkate
Alınması**

→ **Diğer Esaslar, %10 sınırı**

2.5 milyarın altında
kaldığından dikkate
alınmayacak

= **150 milyon**

Nihai Ceza Miktarı

EK-3: ABD, AB ve HOLLANDA'DA CEZA MİKTARININ BELİRLENME SÜRECİ

	AB (2006)	AB (1998)	Hollanda	ABD
Temel Ceza	İhlalin son olarak gerçekleştiği yılda, ihlal konusu üründen elde edilen cironun (satışların değeri-value of sales) %30'una kadar bir miktar alınmaktadır. İhlalin niteliği, pazar payları, anlaşmanın uygulanıp uygulanmadığı, coğrafi alanın büyüklüğü gibi unsurlar dikkate alınarak belirlenen oran, ihlalin süresi ile çarpılmaktadır. Ayrıca bu miktara karteller için satışların değerinin %15-25'i arası giriş ücreti (entry fee) eklenmektedir.	İhlalin özelliğine, pazardaki etkisine, coğrafi pazarın büyüklüğüne göre hafif, ağır ve çok ağır şeklinde ayırım yapılmaktadır. İhlalde bulunanların ekonomik güçlerinin, özellikle tüketiciler olmak üzere diğer oyunculara verebileceği zararın dikkate alınması ve cezaların caydırıcı düzeyde olması gerekmektedir. Süre: 1 yıldan az: Artış yok, 1-5 yıl arası: %50, 5'ten fazla: Her yıl için %10.	Tüm ihlal süresince ve ihlale ilişkin olarak yapılan işlemlerden elde edilen cironun (turnover involved) %10'u alınmaktadır. Etkilenen ciro hesaplanamazsa tüm ciro esas alınmaktadır. Hakim durum ve ihale paylaşımı için özel durumlar öngörülmektedir. Kriter: İhlaller az ağır, ağır ve çok ağır şeklinde sınıflandırılmaktadır. Olayın ekonomik etkisine (ürünlere, pazara, firmalara, pazar paylarına, rakiplere ve tüketicilere zarara) bakılmakta, buna göre; ağır olmayan: max 1, ağır: max 2, çok ağır: 1.5-3 arası şeklinde katsayı belirlenmekte ve yukarıdaki miktarla çarpılmaktadır (Böylece ilgili cironun %30'una kadar belirlenebilecektir).	Cezanın hesaplanmasına başlangıç noktası teşkil edecek miktarın, teşebbüsün ilgili ürün pazarında ihlal süresince yaptığı tüm satışların (etkilenen ticaret-volume of commerce) %20'si olduğu kabul edilmektedir.

Ağırlaştırıcı Etkenler	-Tekrar (%100 artacak), -İşbirliğinin reddi ve incelemenin engellenmesi, -Lider rolü, -Teşvik	-Tekrar, -İşbirliği yapılmaması, -Soruşturmanın engellenmesi, -Lider rolü, -Teşvik, -Objektif olarak hesaplanabildiği durumlarda, cezanın ihlalden elde edilen kazancı aşacak şekilde artırılması	-Tekrar, -İncelemenin engellenmesi -Lider rolü, -Teşvik	-Tekrar, -İncelemenin engellenmesi, -Firmanın büyüklüğü, -Üst yönetimin katılımı, -Mahkeme kararlarının ihlali
Hafifletici Etkenler	-İhlale son vermek (karteller hariç), -İhmal, -Etkinin kısıtlı olması, -İşbirliği, -Kamu otoritelerinin rolü	-İhlale son verilmesi, -Niyet (ihmal), -Anlaşmanın uygulanmaması, -İşbirliği, -Pasif rol, -Bilgi eksikliği,	-İhlale son vermek, -İşbirliği, -Zararın tazmini	-Eylemin kabul edilmesi, ihlalin bildirilmesi, -İşbirliği

<p>Diğer Uygulama Esasları</p>	<p>-Caydırıcılık için artış yapmak, -Kazancın da hesaplanabilmesi halinde dikkate alınması mümkündür.</p>		<p>İhlalin niteliğine, firmanın büyük firma olmasına göre tüm ciro alınabilecek, caydırıcılık için arttırılabilecek, teşebbüs birliği için ayarlamalar yapılabilecek, orantısallık ilkesi gereğince, birden fazla ihlal olması halinde, her bir ihlal türü için ayrı ceza uygulanması yerine, ihlallerin tümü için ceza uygulanabilecektir.</p>	<p>Suç katsayısına karşılık gelen maksimum ve minimum çarpanlar rehberde yer alan tablodan bulunmaktadır. Cezaya esas olan miktar, bu katsayılarla çarpılmak suretiyle ceza aralığı belirlenmektedir. Rekabet ihlallerinde bu katsayının en az 0.75 olacağı düzenlenmiş, böylece cezaların ihlalden etkilenen ticaret hacminin minimum %15'i; maksimum %80'i olması sağlanmıştır. Belirlenen aralıkta, Rehber'de yer verilen ve daha önce aralığın hesaplanmasına esas olan unsurlar ışığında ceza belirlenmektedir.</p>
<p>Cezanın Belirlenmesine İlişkin Son Hususlar</p>	<p>-Yasal sınır (%10), -Leniency, -Ödeme kapasitesi, -Rehber'de öngörülen yöntemden ayrılmak ve sembolik ceza uygulamak mümkündür.</p>	<p>-Yasal sınır (%10), -Leniency, -Ekonomik yapı, -Kazanç ve ödeme kapasitesi, -Sembolik ceza uygulanması mümkündür.</p>	<p>-Yasal sınır (%10), -Bazı durumlarda (ödeyememe durumu) Rehber'de öngörülen yöntemden ayrılmak mümkündür -Sembolik ceza uygulanması mümkündür.</p>	<p>-Üst sınır (%80)</p>

Dr. Mustafa ATEŞ (Rekabet Kurulu Üyesi)- Sayın Gökşin Kekevi ve Uzman Yardımcısı Esin Aygün'e bu tebliğleri için teşekkür ediyoruz. Farklı bir yerden farklı bir bakış açısı getirdiler. İçimizden birileri bizi eleştirdi. Eleştirdiği konularda haklı olabilirler arkadaşlar. Tabii, bizim Sayın Başkanımız Profesör Kaldırımcı'nın bir sözü var: Bu bir öğrenme sürecidir. Rekabet hukuku 1890'lı yıllarda kodifikasyona başlıyor. Evveliyatı var. Sayın Gamze Öz İngiliz mahkemelerinin içtihatlarından bahsetti. Uygulamada etkinliğin sağlanmasını ancak 60'lı yıllardan sonra görüyoruz. Avrupa Birliği 1957'de düzenlemesini yapmış. Tali düzenlemelerin yapılaş tarihlerine bakarsanız, 80'li yıllara kadar dayanıyor. Rekabet Kurumunun geçen hafta 11'inci Kuruluş Yıldönümünü kutladık. Hatalarımız olacaktır mutlaka; ama eleştirilere de açığız. Bu şunu gösteriyor: Rekabet Kurumunda demokrasi var. Biz arkadaşlarımızın fikirlerine, düşüncelerine saygı duyuyoruz. Eleştirerek doğru yolu bulacağımıza inanıyoruz. Tabii, bu arada, elimizdeki enstrümanlar da bizi ne derece isabetli kararlar vermeye götürüyor; o da ayrı bir tartışma konusu. Nitekim, 23 Ocak'ta yürürlüğe giren İdari Para Cezalarıyla İlgili Kanunda pişmanlık programı ilk defa bizim Türk rekabet hukuku sistemine girdi. Bu hükümlerin uygulanması amacıyla arkadaşlar bir yönetmelik hazırlıyorlar. Yakında gündeme gelecek. Bu yönetmelikte, pişmanlık programının uygulanmasıyla ilgili hükümler yer alabileceği gibi, idari para cezalarında etkinliğin sağlanması amacıyla elimizde sağlam kriterler olacak; objektif, genel, gayri şahsi, ama aynı zamanda olay bazında isabetli karar verebilmemize de imkân sağlayacak hükümler söz konusu yönetmelikte yer alacak. Dolayısıyla, bundan sonrası için biz umutluyuz. Daha yerinde kararlarımız olacak.

Şimdi, "Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Kapsamının Belirlenmesinde Pazar Payı" isimli tebliğleri için iki tane arkadaşımıza söz vereceğim. Diğer konuşmacıların özgeçmişine ilişkin bir bilgi gelmediği için onları veremedim; kendilerinden özür diliyorum.

Bu arkadaşlarımızın kısaca özgeçmişlerinden bahsedeceğim.

Avukat Sinan NAİPOĞLU, 1998 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun oldu. 2002 yılında Londra Westminster Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Ticaret Hukuku Anabilim Dalında yüksek lisans yapmış. Hâlen Londra Westminster Üniversitesi Hukuk Fakültesinde İşleyen Piyasa Ekonomisinin Oluşmasında Kurumsal Yönetişim ve Rekabet Hukukunun İşlevi konulu Doktora teziyle hukuk çalışmasına devam ediyor. 2002 yılından bu yana İstanbul Üniversitesi İşletme Fakültesinde İşletme Hukuku, 2004'ten bu yana da Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesinde İngilizce Hukuk Terminolojisi ve Rekabet Hukuku derslerini veriyor. 2004'ten bu yana İstanbul

Barosu Staj Eğitim Merkezinde Avrupa Birliği ve Avrupa İnsan Hakları Hukuku Bölüm Başkanlığı görevini sürdürüyor.

Deniz Ulaş GÖÇEN, 2006 yılında İstanbul Üniversitesi İşletme Fakültesi İngilizce İşletme Bölümünden mezun olmuş. Hâlen İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi son sınıf öğrencisi ve aynı zamanda İstanbul Üniversitesi Avrupa Birliği Anabilim Dalında yüksekisans öğrencisidir.

**DIKEY ANLAŞMALARLA İLİŞKİN
GRUP MUAFİYETİ KAPSAMININ BELİRLENMESİNDE
PAZAR PAYININ ÖNEMİ**

Av. Sinan NAİPOĞLU*, Deniz Ulaş GÖÇEN**

I. GİRİŞ

25.05.2007 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan ve 01.07.2007 tarihinde yürürlüğe giren 2007/2 sayılı Tebliğ, 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği’nde (“2002/2 sayılı Tebliğ”) değişiklik yaparak Avrupa Birliği’nde 2000 yılından bu yana dikey anlaşmalara ilişkin olarak uygulanmakta olan pazar payı eşiği kriterinin Türk rekabet mevzuatına girmesini sağlamıştır. Ancak 2007/2 sayılı Tebliğ’de bu oranın, önceki tartışma metinlerinde ve Avrupa Birliği’nin (“AB”) mehzaz tüzüğünde %30 olarak öngörülmesine rağmen, %40 olarak belirlenmiş olması; pazar payı eşiği ile hedeflenenin ne olduğu ve bu eşiğin neye göre belirlenmesi gerektiği sorularını gündeme getirmiştir. Tebliğimizde bu soruların yanıtlarını ararken, genel olarak rekabet politikasının oluşturulmasında, özelde ise marka içi rekabete/dikey anlaşmalara ilişkin rekabet kurallarının kapsamının belirlenmesinde her ülkenin ekonomik yapısının ayrıca göz önünde bulundurulması gerektiği düşüncesinden yola çıkmıştır.

Bu amaçla, öncelikle piyasa ekonomisinin temel dinamikleri ile rekabet kurallarının ilişkisi kurularak, bu tespitler çerçevesinde Türkiye’nin konumu değerlendirilmiştir. Ardından dünyadaki ekonomik sistemler küçük ve büyük piyasa ekonomileri ayrımı altında karşılaştırılarak, bu ayrıma göre Türkiye’nin ekonomik yapısı değerlendirilmiştir. Türkiye’nin rekabet geçmişi ile ekonomik yapısının birbirleri ile ilişkileri çerçevesinde ele alındığı bu iki bölümü, rekabet hukukundaki yatay ve dikey anlaşma ayrımı ile Türk ve AB rekabet mevzuatlarında dikey anlaşmalara ilişkin düzenlemelerin incelendiği bölümler izlemiştir; sonraki bölümde ise 2002/2 sayılı Tebliğ’in yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yaklaşık beş yıl boyunca pazar payı eşiği kriterinin benimsenmemiş olmasının olası nedenleri üzerinde durulmuştur. Son iki bölümde ise; 2007/2 sayılı Tebliğ ile getirilen %40’lık pazar payı eşiğinin teorik boyutta tartışılmasının ardından, konu ile ilgili çeşitli Rekabet Kurulu kararlarına yer verilerek tartışma konusu somutlaştırılmaya çalışılmıştır.

* İstanbul Üniversitesi İşletme Fakültesi Hukuk Bölümü ve Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi

** İstanbul Üniversitesi Avrupa Birliği Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi

II. PİYASA EKONOMİSİ, REKABET KURALLARI ve TÜRKİYE

Piyasa ekonomisinin, bir ekonomik sistem olarak ortaya çıkışı 18. yüzyılın sonlarına dayanmaktadır. Piyasa ekonomisinin mucidi olarak kabul edilen Adam Smith, ilk kez 1776 yılında İngiltere’de yayınlanan “Ulusların Zenginliği” adlı kitabında görünmez el teorisini ileri sürmüştür, kamu gücünün (devletin) piyasalardaki fiyatları belirlemesinin veya bazı teşebbüslere imtiyazlar vermesinin yanlış olduğunu, iktisadi etkinliğin ancak giriş ve çıkışların serbest olduğu rekabetçi piyasaların oluşması ile sağlanabileceğini ileri sürmüştür. Adam Smith’e göre, fiyatların kamu müdahalesi olmaksızın arz ve talebin kesişmesiyle oluşmasına imkan tanınması halinde, piyasaların görünmez bir el tarafından düzenlenmesi mümkün olacaktır. Sağlanacak serbest rekabet ortamında tüm teşebbüslerin karlarını maksimize etmek için en kaliteli ürün/hizmeti, en az maliyetle üreterek, en yüksek fiyatla ve en çok sayıda satmak için rekabet etmeleri sonucunda yeni buluş ve teknolojik gelişmelere yönelinecek; bu da ülke kaynaklarının en verimli şekilde kullanılması ve dağılımını, yani ülke ekonomisinin bir bütün halinde kalkınarak toplumsal refahın sağlanmasını temin edecektir.¹

Piyasa ekonomisi, Anglo-Amerikan ülkelerinde (A.B.D. ve İngiltere) ekonomik sistem olarak iki yüz yıla yakın bir süredir uygulanmaktadır. Bu zaman zarfında piyasa ekonomisinin de bazı kırılma noktaları, içsel sorunları olduğu ortaya çıkmıştır. Zira teşebbüsler kar maksimizasyonu olan amaçlarını her zaman rekabet ederek gerçekleştirmek yerine, kartelleşme ve tekelleşme yoluna giderek de ulaşmaya çalışabilmekte, bu da piyasa ekonomisini bir ekonomik sistem olarak benimseyen ülkeleri, kaynaklarını en verimli şekilde değerlendirme amacından uzaklaştırabilmektedir. Ekonomik sistem olarak piyasa ekonomisini, içsel sorunlarından kaynaklanan sıkıntıları tecrübe edecek kadar uzun zamandır uygulayan devletler, teşebbüslerin rekabeti engelleyici eylem ve işlemlerine karşı çeşitli düzenlemeler yapma yoluna gitmişlerdir. A.B.D.’de 1890 yılında yürürlüğe giren Sherman Act ile 1914 yılında çıkartılan Clayton Act, İngiltere’de 1956 yılında çıkartılan Fair Trade Act ve nihayet 1957 yılında imzalanan Roma Antlaşması’nda öngörülen rekabet kuralları, piyasa ekonomisinin zaman içerisinde görülen kırılma noktalarına destek amacıyla oluşturulmuştur. Başka bir deyişle, A.B.D. ve Avrupa’da rekabet kuralları piyasa ekonomisi deneyiminin bir ürünü olup, piyasa ekonomisinden beklenen faydanın elde edilmesinde bir araç olarak benimsenmiştir.

Türkiye’deki duruma bakarsak, piyasa ekonomisi batı ekonomilerine kıyasla Türkiye için oldukça yeni sayılabilecek bir kavramdır. Sanayileşme

¹ Smith, Adam, The Wealth of the Nations, Oxford/New York 1998, sf. 292.

sürecine 18. yüzyılın ikinci yarısından itibaren başlamış Avrupa karşısında Türkiye’de Osmanlı döneminde milli bir özel sektör hiç olmadığı gibi, Cumhuriyet’in kurulmasının ardından 20. yüzyılın ilk yarısına kamu/özel sektör karma ekonomi sistemi uygulaması hakim olmuş², Türk ulusal özel sektörü ise ancak 1950 yıllarından itibaren belirlemeye başlamıştır.³ 1980 yılında alınan 24 Ocak Kararları sonrasında, Türkiye Cumhuriyeti 1982 Anayasası ile ekonomik sistem olarak resmen açık ekonomiyi (piyasa ekonomisini) benimsemiş ve Türk özel sektörünün ekonomideki etkisi güçlenme eğilimi göstermiştir.⁴

Yukarıda değinilen tarihsel dezavantajlar nedeniyle, piyasa ekonomisi ile oldukça geç tanışan Türkiye’deki teşebbüsler, doğal olarak piyasa ekonomisinin kırılğanlıklarına destek amacıyla oluşturulan rekabet kurallarıyla da çok kısa sayılabilecek bir süredir muhataptır. Piyasa ekonomisinin ekonomik sistem olarak kabul edildiği 1982 Anayasası’nın, 167. maddesinde devlete piyasalarda doğacak kartelleşme ve tekelleşmeleri önleme görevini yüklemiş olmasına ve gelişmiş batı ekonomileri ile Avrupa Birliği üye devletlerinde rekabet kurallarının kamu gücü tarafından uygulanmasına uzun sayılabilecek bir süredir geçilmiş olmasına rağmen, Türkiye 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı’nın 39. maddesindeki taahhüdü gereğince Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu (“Rekabet Kanunu”) 07.12.1994 tarihinde kabul etmiş, Rekabet Kurulu ise ancak 27.02.1997 tarihinde atanabilmiştir. Rekabet Kurumu’nun faaliyetlerine 05.11.1997 tarihinde başlamasıyla birlikte Türkiye’deki teşebbüsler de rekabet hukuku uygulamasıyla ve rekabet kurallarına muhalefet etmeleri halinde öngörülen idari ve hukuki yaptırımlarla tanışmışlardır.

Bu noktada; Rekabet Kanunu’nun kabul edilmesinin, Türkiye’deki özel sektörü oluşturan teşebbüslerin serbest piyasa ekonomisinin kırılğanlıklarından yararlanarak, rekabeti bozucu faaliyetler gerçekleştirmelerinden kaynaklanmadığına dikkat çekilmelidir. Zaten bu zemini hazırlayacak bir piyasa ekonomisi geçmişi bulunmayan ve serbest piyasa ekonomisinin batıdaki haliyle yerleşmediği Türkiye’de rekabet kurallarının kabul edilmesi, esas olarak Türkiye’nin Avrupa Birliği ile olan ilişkilerinden kaynaklanmaktadır. Zira o dönemki adı ile Avrupa Ekonomik Topluluğu’na tam üyeliği öngören ve 12 Eylül 1963 tarihinde imzalanan Ankara Anlaşması ve 23.11.1970 tarihinde imzalanan Katma Protokol hükümleri doğrultusunda Avrupa Birliği ile gümrük birliğine geçişi temin eden 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi (Gümrük Birliği) Kararı, Türkiye’ye rekabet ve dış ticaret politikaları konusunda AB mevzuatı ile

² Tokgöz, Erdiç, Türkiye’nin İktisadi Gelişme Tarihi, Ankara 1999, sf. 55-56

³ Tokgöz, sf. 121-126

⁴ Tokgöz, sf. 174 vd.

uyum sağlama yükümlülüğü getirmekte idi. Ankara Anlaşması'nda öngörülen takvimin aksamış olması neticesinde, tam üyelik hedefini teminat altına alacağı düşüncesiyle Türkiye, gümrük birliğini (sanayi mallarının serbest dolaşımını) AB'ye üye olmadan önce kabul etmiştir.⁵ AB ile ilişkilerde ilk defa ve istisnaen karşılaşılan bu durum (AB'ye üye olmadan gümrük birliğine geçiş), Türkiye'nin AB'ye üye olmaksızın kendi pazarını üye devletlere açması sonucunu doğurduğu, böylece AB'nin Türkiye'nin üyeliği ile elde edeceği ekonomik menfaatleri baştan elde etmiş olduğu ve üstelik gümrük, rekabet ve ticaret politikaları açısından birtakım ek yükümlülükler altına girdiği gerekçeleri ile eleştirilmektedir.⁶ Ancak Türkiye'nin 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'ndan kaynaklanan yükümlülüğü gereği kabul ettiği ve AB rekabet mevzuatı ile genel olarak uyumlu olan Rekabet Kanunu'nun serbest piyasa ekonomisi geçmişi az olan Türkiye'de piyasa ekonomisi ilkelerinin yerleşmesini temin etmede etkili bir araç teşkil ettiğinin unutulmaması gerektiği kanaatindeyiz. Tamamen milli özel sektörlerin faaliyetine bırakılan piyasalara Büyük Buhran ve İkinci Dünya Savaşı'nın ardından kamu teşebbüslerini de katan A.B.D. ve Avrupa ülkelerinden farklı olarak, Türkiye'nin Cumhuriyet'in ilk dönemlerinde biraz da zorunlu olarak kapalı ve devlet eliyle kalkınmaya yönelik bir ekonomik sistem geleneğinden geldiği dikkate alındığında, rekabet kurallarının Türkiye'nin ekonomik yapısı üzerindeki etkisi daha da belirginleşmektedir. Nitekim Türkiye'de şu an dahi rekabete dayalı piyasa ekonomisinin yerleşmesinin önündeki en büyük güçlüklerin başında, Türkiye'nin böyle bir rekabetçi gelenekten gelmeyişi yatmaktadır. Bunun en tipik görünümü, libelleşme sürecinde başvurulan başlıca araçlardan biri olan özelleştirmelerin, 1980'lerden 1990'ların ortalarına kadar rekabet kurallarının yokluğunda yapılmış olmasıdır. Zira özelleştirme öncesinde devletin tekelinde olan sektörler, özelleştirme ile birlikte bu kez özel teşebbüslerin tekeline gerekli koruyucu düzenlemeler yapılmaksızın bırakılmıştır. İşte bu noktada takip edilen rekabet politikası, bilhassa önem kazanmaktadır. Bu bağlamda özellikle devletin birçok piyasanın kurucusu olması nedeniyle devlet tekelinde olan monopol sektörler ile yine devlet eliyle kurulan teşebbüslerden oluşan oligopol sektörlerin yaygın olduğu Türkiye piyasasında rekabetçi bir ortamın tesis edilmesi, özel teşebbüslerin ve piyasa ekonomisinin iki yüzyıla yakın süre boyunca var olması nedeniyle nispeten daha çok sayıda aktörün faaliyet gösterdiği A.B.D. ve Avrupa piyasalarından farklılık arz etmektedir. Dolayısıyla rekabet kurallarının uygulanmasında Türkiye piyasasının kendine has yapısının ayrıca dikkate alınması zorunluluğu doğmaktadır. Bu doğrultuda, Türkiye ekonomisinin

⁵ Çakmak, Haydar, Avrupa Birliği Türkiye İlişkileri, Ankara 2005, sf. 115-116

⁶ Karluk, S. Rıdvan, Avrupa Birliği ve Türkiye, İstanbul 2005, sf. 697-698

yapısal özelliklerinin ve bu yapı ile uyum gösterebilecek rekabet politikasının ana hatları ile ortaya konulmasının zorunlu olduğu kanaatini taşımaktayız.

III. KÜÇÜK PİYASA EKONOMİLERİNİN REKABET POLİTİKASI ve TÜRKİYE

Piyasa ekonomisinin büyüklüğü, ülkelerin uygulaması gereken rekabet politikası üzerinde önemli etkiye sahiptir. Küçük piyasa ekonomisi, “piyasalarının çoğunluğunda sadece az sayıdaki rakibi destekleyecek egemen ve bağımsız bir ekonomi” olarak tanımlanabilir. Bu doğrultuda; piyasa ekonomisinin büyüklüğü, nüfusun büyüklüğü, nüfusun (coğrafi) dağılımına ve piyasalardaki hukuki/idari ve fiili giriş engellerinin varlığına göre belirlenir.⁷ Monaco veya Liechtenstein gibi ülkelerin, düşük nüfuslu olmalarına rağmen nüfusun eşit dağılımı ve giriş engellerinin uzunca bir süredir olmaması nedeniyle büyük piyasa ekonomisi karakteri taşıdığı savunulabilir. Bu durum esasen (giriş engelleri bakımından) söz konusu ülkenin bulunduğu uluslararası çevreye de bağlıdır. Zira içinde bulunduğu uluslararası çevreye entegre olmuş ülkeler, dışa açık ve daha az giriş engelinin bulunduğu piyasalara sahiptir. Buna mukabil, çok daha yüksek nüfuslu İsrail ve Avustralya, birçok pazardaki yoğunlaşmış piyasa yapısı nedeniyle küçük piyasa ekonomisi sayılır.⁸

Günümüzde küreselleşme süreci ile birlikte; başta mal ve sermaye hareketleri olmak üzere üretim faktörlerine ilişkin sınırlar hızla ortadan kalkarken uluslararası ticaret artmakta ve birçok şirket çok uluslu hale gelmektedir. Böyle bir ortamda, piyasanın ulus devlet modelindeki ulusal pazarları aşarak dünya ölçeğine çıktığı, küreselleştiği dikkati çekmektedir.⁹ Başka bir deyişle, coğrafi pazar birçok sektör açısından artık “tüm dünya” olarak tanımlanabilir hale gelmiştir.¹⁰ Ancak küreselleşmenin ekonomik yönünü teşkil eden bu gelişmelerin özellikle siyasal koşullar ve devlet politikaları çerçevesinde hala çeşitli sınırlamalar ile karşılaştığı da bir gerçektir. Bu sınırlamaların bir kısmını kamu yararını ilgilendiren çevre (hava ve su kirliliği), sağlık (gıda üretim teknikleri ve standartları) ve istihdam (işçi hakları) konularındaki düzenleme ve denetimler oluşturmakta olup¹¹, rekabet

⁷ Gal, Michal S., Competition Policy for Small Market Economies, Cambridge, Massachusetts, and London, England, 2003, sf. 1

⁸ Gal, sf. 2 (Gal’in aktardığı verilere göre; İsrail 6 milyon, Avustralya ise 19.5 milyon nüfusa sahiptir.)

⁹ Fox, Eleanor, “Rekabet Hukukunun Önemi ve Küreselleşen Dünyadaki Yeri”, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara, Kasım 2005, sf. 124

¹⁰ Karakoç, K. Oğuz, Rekabet Kurallarının Uluslararasılaşma Süreci ve Uluslararası Örgütlerin Politikaları, Ankara 2003, sf. 16

¹¹ Porter, Michael E., Rekabet Stratejisi, Çev: Gülen Ulubilgen, İstanbul, 2007, sf. 16.

politikasının bu alanda geriye çekilmesi gerektiği kabul edilebilir. Öte yandan gerek vergi ve teşvik politikaları ile, gerekse bir alıcı veya tedarikçi olarak yürüttüğü politikalar ile piyasalara giriş engeli yaratabileceği gibi, piyasalardaki mevcut rekabet ortamını da doğrudan veya dolaylı olarak etkileyebilir.¹² Bu açıdan devlet politikaları, piyasadaki aktörlerin kontrolü dışında olduğundan; piyasadaki aktörler arasındaki rekabetin istenilen seviyede olmasının önünde engel teşkil ettiği ölçüde, birçok piyasanın yoğunluklu karakterini korumasına yol açabilmektedir. Bu nedenle birçok ülke ekonomisi halen “küçük piyasa ekonomisi” olarak adlandırılabilir. Dolayısıyla küçük piyasa ekonomileri açısından nasıl bir rekabet politikasının izlenmesi gerektiği hususu, küreselleşme dönemini yaşadığımız şu günlerde dahi hala önemini korumaktadır.

Küçük piyasa ekonomilerinin özel olarak kendisi için hazırlanmış bir rekabet politikasına ihtiyacı vardır; zira bu ekonomilerde “görünmez el” büyük piyasa ekonomilerine kıyasla çok daha zayıftır.¹³ Küçük piyasa ekonomilerinde nüfusun geniş coğrafi alana yayılması sonucunda bölgesel pazarların oluşması, rakiplerin her bir bölgesel pazara girmesini güçleştirebileceğinden bir “pazara giriş engeli” sayılabilir. Ancak küçük piyasa ekonomilerinin tipik özelliği, birçok pazarda monopolistik veya oligopolistik bir pazar yapısına rastlanmasıdır. Bununla birlikte, tüm pazarlarda yüksek oranda yoğunlaşmaya rastlanması şart değildir. Küçük piyasa ekonomilerinde de bazı teşebbüsler, dünya arenasında yarışabilir durumda olabilir. Ancak bu tür teşebbüsler istisnai olduklarından, buldukları ülkenin ekonomisinin “küçük piyasa ekonomisi” olarak tanımlanması gerektiği gerçeğini değiştirmezler.¹⁴

Yukarıda anlatılmaya çalışılan tarihsel nedenlerle Türkiye ekonomisinin, milli gelir açısından halihazırda dünyanın en büyük 17. ekonomisi durumundaysa da¹⁵, teşebbüslerin piyasa ekonomisi ve rekabet olgusu ile çok kısa bir süre önce tanışmış olması, hala birçok pazarın monopolistik veya oligopolistik olan yapısı ve hukuki olmasa da idari ve fiili piyasaya giriş engellerinin nispeten yüksek olması nedeniyle, “büyük piyasa ekonomisi” olarak nitelendirilmesi kanaatimizce olanaklı değildir.

¹² Porter, sf. 35-36.

¹³ Gal, sf. 4-5.

¹⁴ Gal, sf. 2.

¹⁵ <http://www.imf.org> (Uluslararası Para Fonu'nun aktardığı –gerçekleşen- verilere göre USD cinsinden milli gelir sıralamasında 2004 yılında 21., 2005 yılında 19. ve 2006 yılında 17. sırada yer alan Türkiye, Uluslararası Para Fonu'nun tahminlerine göre 2007 yılında 17. sırada yer almış ve 2008 yılında da bu konumunu koruyacaktır. Uluslararası Para Fonu verilerinin, süreç içerisinde ülke verilerinin daha net hale gelmesi nedeni ile değişiklikliğe uğrayabildiği göz önünde tutulmalıdır.)

Bu tespit, Türkiye açısından uygulanması gereken rekabet politikasının belirlenmesi bakımından oldukça önemlidir. Zira küçük piyasa ekonomilerinin, büyük piyasa ekonomileri için öngörülen kuralları sorgulamadan kendi hukuk düzenine adapte etmesi, kendi rekabet politikası bakımından çoğu zaman yerinde olmayabilir. Örneğin küçük piyasa ekonomilerinde, yoğunlaşmalar dinamizmin ve üretimde etkinliğin sağlanması için gerekli olabilir.¹⁶ Zira az sayıda birkaç büyük aktörün bulunduğu piyasalarda varolabilmek için, küçük ve orta ölçekli aktörlerin markalar arası düzeyde birleşmesi veya ortak girişim ya da stratejik işbirliği kurması süreç içerisinde kaçınılmaz hale gelmektedir. Ancak bu durum, rekabetin kısıtlı olduğu pazarlardaki rekabet ortamının korunması veya sağlanması amacıyla o pazardaki aktörlerin davranışlarının kontrol edilmesi ihtiyacını arttırabilecektir. Üstelik küçük piyasa ekonomilerinin ulusal dünya aktörleri (national champions) yaratmak amacıyla bazı pazarlardaki yoğunlaşmaları teşvik ettiği de dikkate alındığında, söz konusu yüksek yoğunluklu pazarlardaki aktörlerin davranışlarının daha yakından izlenmesi adeta zorunlu hale gelmektedir. Diğer bir deyişle, küçük piyasa ekonomilerinde markalar arası rekabetin arttırılabilmesi, kontrollü bir yoğunlaşma ortamını gerektirebilmektedir.

Öte yandan marka içi ilişkiler açısından, üretim zincirinin üst seviyesinde yer alan teşebbüslerin alt seviyedeki teşebbüslere dayatabileceği koşullar da, her zaman büyük piyasa ekonomilerinde görüldüğü gibi markalar arası rekabeti arttırıcı yönde olmayabilir.

Dolayısıyla küçük piyasa ekonomilerinde rekabet politikası ekonomideki dezavantajların azaltılması için önemli bir araçtır. Bununla birlikte, bu yönde bir rekabet politikasının yaratılması ve yürütülmesi, büyük piyasa ekonomilerine kıyasla küçük piyasa ekonomileri için daha maliyetlidir. Ancak rekabet politikasının küçük piyasa ekonomilerine yüklediği maliyet, piyasadaki teşebbüslerin davranışlarının kontrolünün önemini azaltmamaktadır.¹⁷

IV. YATAY ve DİKEY ANLAŞMALAR

Rekabet hukukunda anlaşmalar yatay ve dikey olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Yatay anlaşmalar, üretim/hizmet zincirinin aynı seviyesindeki teşebbüsler arasında yapılan anlaşmalar olarak tanımlanmaktadır. Genel kabul

¹⁶ Nitekim genel olarak “büyük piyasa ekonomisi” olarak tanımlanabilecek AB’de dahi yoğunlaşmaların denetimi 1957 tarihli Roma Antlaşması’nda öngörülmemiş, bu antlaşmanın imzalanmasından uzun yıllar sonra 1989 yılında çıkarılan Birleşme ve Devralmaların Kontrolü Tüzüğü ile düzenlenmiştir.

¹⁷ Gal, sf. 6-7.

gören görüşe göre, farklı markaların ürün/hizmetlerini pazarlayan teşebbüsler arasındaki (markalar arası) rekabetin sınırlandığı yatay anlaşmalardaki rekabet sınırlamaları, ekonomi üzerinde kural olarak olumsuz etkiler doğurmakta, ancak istinai hallerde (örneğin AR-GE anlaşması yapılması) olumlu etkilerinin bulunması söz konusu olabilmektedir.¹⁸ Bunun doğal bir sonucu olarak, rekabeti kısıtlayıcı hükümler içeren yatay anlaşmalar, Rekabet Kanunu'nun 5. maddesinde öngörülen muafiyet rejiminden (bireysel veya grup muafiyeti) ancak istinai hallerde yararlanabilmektedirler.

Üretim/hizmet zincirinin farklı seviyelerindeki (tedarikçi, üretici, toptancı, perakendeci v.s.) teşebbüsler arasında yapılan anlaşmalar ise rekabet hukukunda dikey anlaşma olarak nitelendirilmektedir. Münhasırlık (tek elden satın alma veya tedarik) ve benzeri yükümlülüklerle, aynı markanın çeşitli seviyelerinde faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki (marka içi) rekabetin sınırlandığı dikey anlaşmaların¹⁹ ekonomi üzerindeki olumsuz etkileri rekabeti sınırlayıcı yatay anlaşmalara kıyasla daha kabul edilebilir düzeyde olabilmektedir²⁰. Bilindiği üzere; Rekabet Kanunu'nda rekabeti sınırlayıcı hükümler içeren anlaşmalar açısından yatay ve dikey ayrımı yapılmamış, ancak Rekabet Kanunu'nun 4. maddesi ile rekabeti sınırlayıcı her türlü (yatay veya dikey) anlaşmalar yasaklandıktan sonra, 5. maddede öngörülen ikisi olumlu, ikisi olumsuz toplamda dört şartın birlikte sağlanması durumunda, bu anlaşmalara Rekabet Kurulu'nca verilecek bir karar ile bireysel muafiyet veya çıkarılacak bir tebliğ ile grup muafiyeti tanınabileceği düzenlenmiştir.

¹⁸ Sanlı, Kerem Cem, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Ankara 2000, sf. 92-93

¹⁹ Dikey anlaşmalar genel olarak dağıtım ve tedarik anlaşmalarını kapsayacak şekilde kullanılacak, motorlu taşıtlar veya deniz taşımacılığı gibi özellikli sektörler bundan sonrası için değerlendirme dışında tutulacaktır.

²⁰ Sanlı, sf. 93

Yatay Rekabet

Dikey Rekabet

	Marka A	Marka B	Marka C	Marka D	Marka E
Tedarikçi	(T 1)	(T 2)	(T 3)	(T 4)	(T 5)
Üretici	(T 6)	(T 7)	(T 8)	(T 9)	(T 10)
Toptancı	(T 11)	(T 12)	(T 13)	(T 14)	(T 15)
Perakendeci	(T 16)	(T 17)	(T 18)	(T 19)	(T 20)

Gerçekten de, markalar arası rekabet sınırlamaları içeren yatay anlaşmaların rekabet üzerindeki olumsuz etkileri, rekabeti sınırlayıcı hükümler içeren dikey anlaşmalara oranla çok daha üst düzeydedir. Zira üretim/hizmet zincirinin aynı seviyesinde faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki rekabeti (yatay rekabeti) sınırlayıcı anlaşmalar, İngilizce’de “bottleneck” olarak tabir edilen “darboğaz” oluşturmakta ve ilgili pazarda rekabetin tamamen ortadan kalkması sonucunu doğurabilmektedir. Örneğin toptancı seviyesindeki teşebbüsler (T11, T12, T13, T14, T15) arasında rekabeti sınırlayıcı bir kartel anlaşmasının yapılması durumunda, perakendeci teşebbüslerin (T16, T17, T18, T19, T20) hiçbirinin sözkonusu mal/hizmete normal piyasa şartlarındaki fiyattan ulaşma şansı kalmayacak ve ilgili pazarda rekabet tamamen ortadan kalkacaktır.

Oysa Marka C’nin üretim/hizmet zincirinin farklı kademelerinde faaliyet gösteren üretici T8 ve toptancı T13 teşebbüsleri arasında rekabeti sınırlayıcı hükümler içeren bir dikey anlaşma yapılması halinde, Marka C’nin perakendecisi T18’in diğer markaların (Marka A, B, D, E) toptancılarının (T11, T12, T14, T15) münhasır perakendecisi olma imkanı bulunmaktadır. Bir başka deyişle, markalar arası (yatay) rekabetin üst seviyede olması halinde, dikey rekabete getirilen münhasırlık ve benzeri rekabet kısıtlamalarının rekabet üzerindeki olumsuz etkisi sınırlı ölçüdedir.²¹ A, B, C, D, E markaları arasındaki rekabetin üst seviyede olması halinde; dikey rekabete getirilen münhasırlık, bölge sınırlaması v.b. sınırlamalar içeren anlaşmalara, rekabet otoritelerince

²¹ Sanlı, sf. 94

yapılan düzenlemeler (grup muafiyeti) ile bireysel muafiyete ihtiyaç kalmaksızın grup halinde muafiyet tanınabilmektedir.

Yukarıda açıklanan nedenle, rekabet otoritelerince yatay rekabeti sınırlayıcı hükümler içeren kartel anlaşmalarına çok daha sert bakılmaktadır. Rekabet hukuku bakımından en eski hukuki düzenlemeye sahip olan A.B.D.'de ise rekabeti sınırlayıcı hükümler içeren yatay kartel anlaşmaları per se yasaklanmakta, bu anlaşmaları akdedenler için hürriyeti bağlayıcı yaptırım (hapis cezası) dahi öngörülmektedir. AB Rekabet Hukuku'nda ise yatay rekabeti sınırlayıcı anlaşmalara taraf teşebbüsler yıllık gayrisafi gelirlerinin %10'una kadar para cezasına çarptırılmaktadır.²² AB Komisyonu, rekabeti sınırlayıcı yatay anlaşmalara ancak istisnai hallerde bireysel muafiyet tanımakta (European Night Services-Channel Tunnel²³) ve sadece AR-GE ve uzmanlık anlaşmaları bakımından grup muafiyeti tanınması söz konusu olmaktadır. Rekabet Kurulu yatay rekabeti sınırlayıcı hükümler içeren anlaşmalar için yapılan bireysel muafiyet taleplerini çoğunlukla olumsuz yönde karara bağlamış²⁴ ve yakın zamana kadar yatay anlaşmalara sadece araştırma-geliştirme faaliyetlerinin yürütülmesi bakımından geçerli olan "AR-GE Tebliği" ile grup muafiyeti tanımıştır.²⁵

Rekabeti kısıtlayıcı dikey anlaşmaların ekonomi (iktisadi etkinliğin sağlanması) üzerinde olumsuz olduğu kadar olumlu etkilerinin de olduğu genel kabul gören görüştür. Buna rağmen, dikey anlaşmaların rekabet hukuku açısından nasıl değerlendirilmesi gerektiği hususunda başlıca iki görüş bulunmaktadır.. Bunlardan ilkinin en ateşli savunucusu olan A.B.D.'deki Şikago Okulu dikey anlaşmaların (yeniden satış fiyatı tespiti ve mutlak bölge koruması içerse dahi) rekabeti kısıtlayıcı hiçbir etkisinin mevcut olmadığını ve kural (per se) olarak hukuka uygun sayılması gerektiğini savunmaktadır.²⁶ A.B.D. mahkemelerinin içtihatlarında ise dikey anlaşmaların yeniden satış fiyatının tespiti içermesi halinde kural olarak (per se) yasaklandığı, fakat teşebbüslerin *önemli bir pazar gücü olmadığı durumlarda*, fiyat dışındaki rekabet

²² Regulation EC No: 1/2003

²³ European Night Services v. Commission [1998] ECR II-3141. Bu davada dört trenyolu işletmecisinin oluşturduğu Ortak Girişim Şirketi'ne (European Night Service) Roma Antlaşması madde 81(3) uyarınca bireysel muafiyet tanınmıştır.

²⁴ Bkz. Rekabet Kurulu'nun 27.05.1999 tarih ve 99-26/290-138 sayılı LPG Kararı

²⁵ 23.01.2008 tarihinde yürürlüğe giren 2008/2 sayılı Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği ile 01.02.2008 tarihinde yürürlüğe giren 2008/3 sayılı Sigorta Sektörüne İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği de, yatay anlaşmalara grup muafiyeti sağlanabilecek koşullara yer vermektedir.

²⁶ Ekdi, Barış, "Dikey Anlaşmalar Yoluyla Piyasanın Kapatılması", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-II, Kayseri 2004, sf. 97

sınırlamalarının kural olarak (per se) yasaklanmadığı ve genellikle hukuka uygun bulunduğu gözlemlenmektedir.²⁷ Buna mukabil, AB Rekabet Hukuku'nda dikey anlaşmaların ekonomi üzerinde olumlu olduğu kadar, rekabeti kısıtlayıcı olumsuz etkilerinin de (pazara giriş olanağını zorlaştırmak gibi) olduğu görüşü kabul görmüştür. Diğer bir ifadeyle, AB Rekabet Hukuku'nda ve Rekabet Kanunu'nun sitematiği açısından rekabeti sınırlama amacı güden dikey anlaşmalar, (Roma Antlaşması md. 81, Rekabet Kanunu md. 4 uyarınca) hukuka aykırı kabul edilmiş; ancak bu anlaşmalar için bir muafiyet rejimi (Roma Antlaşması md. 81/3 ve Rekabet Kanunu md. 5) öngörülmüştür.

V. TÜRK VE AB REKABET HUKUKU'NDA DİKEY ANLAŞMALAR İLİŞKİN DÜZENLEMELER

AB Rekabet Hukuku'nda Roma Antlaşması'nın imzalandığı 1957'den sonra paralel ithalatın önlenmesine ilişkin oldukça tartışmalı "Consten and Grundig" davaları²⁸ ile önem kazanan dikey anlaşmalar ile ilgili olarak, ilk kez 1983 yılında AB Komisyonu tarafından tek elden dağıtım ve tek elden tedarik ilişkisi grup muafiyeti tüzükleri ve sonrasında 1988 yılında da franchise anlaşmalarına ilişkin grup muafiyeti tüzüğü çıkartılmıştır.²⁹ Hangi tür tek elden dağıtım, tedarik ve franchise anlaşmalarının grup muafiyetinden yararlanabileceğini oldukça detaylı bir şekilde düzenleyen bu tüzükler yaklaşık 17 sene boyunca yürürlükte kaldıktan sonra, yerlerini 1 Temmuz 2000 tarihinde yürürlüğe giren 2790/99 sayılı Tüzük'e³⁰ bırakmışlardır. Farklı dikey anlaşma türlerine ilişkin muafiyet rejimlerini ayrı ayrı düzenleyen önceki tüzüklerin formalistik olması yönündeki eleştiriler de dikkate alınarak çıkarılan ve dolayısıyla daha liberal düzenlemeler içeren 2790/99 sayılı Dikey Anlaşmalar Tüzüğü, sadece yeniden satış fiyatının tespiti ve mutlak bölge sınırlaması gibi sınırlı sayıda şartları içermeyen dikey anlaşmalara grup muafiyeti tanınmasını öngörmektedir.³¹

Türkiye'de ise dikey anlaşmalar (tek elden dağıtım, tek elden satın alma ve franchise anlaşmaları), Rekabet Kurumu'nun 05.11.1997 tarihinde teşkilatını oluşturarak faaliyetine başladıktan hemen sonra Rekabet Kanunu'nun 5. maddesinin son fıkrasına dayanarak çıkardığı grup muafiyeti tebliğlerine konu olmuştur.³² 1997 ile 2002 arasında yaklaşık 5 yıl yürürlükte kalan bu tebliğler,

²⁷ Aslan, Yılmaz, Rekabet Hukuku, Bursa 2002, sf.121

²⁸ 56/54 ve 58/64 Consten and Grundig v. Commission [1966] ECR 299

²⁹ Regulation 1983/83 OJ [1983] L 173/1, Regulation 1984/83 OJ [1983] L 173/5 ve Regulation 4087/88 OJ [1988] L 359/46

³⁰ Regulation 2790/1999 OJ [1999] L 336/21

³¹ Whish, Richard, Competition Law, London 2001, sf. 565

³² 2002/2 sayılı dikey anlaşmalara ilişkin grup muafiyeti tebliğinden önce de 1997/3 sayılı Tek Elden Dağıtım Anlaşmaları, 1997/4 Tek Elden Satın Alma Anlaşmaları ve

AB Rekabet Hukuku'nda 1983 ile 2000 yılları arasında yürürlükte kalan tüzüklerden esinlenerek hazırlandıkları için sözleşme serbestisi ilkesini büyük ölçüde sınırlandıran ve dağıtım anlaşmalarına adeta çelik bir korse giydiren bir yapıdaydılar. Türkiye'nin 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın 39. maddesi uyarınca rekabet mevzuatını AB rekabet mevzuatına uyumlaştırma taahhüdünün bir gereği olarak Rekabet Kurulu'nca 14.07.2002 tarihinde 2002/2 sayılı Tebliğ çıkartılmıştır.

2790/99 sayılı Tüzük'ten esinlenilerek çıkarılan 2002/2 sayılı Tebliğ ve bu tebliğe ilişkin Kılavuz, genel olarak AB Rekabet Hukuku ile paraleldir. Yakın zamana kadar bunun başlıca istisnasını, 2790/99 sayılı Tüzük'te olduğunun aksine dikey anlaşmalar için herhangi bir pazar payı eşliğinin Türk rekabet mevzuatında bulunmaması oluşturmaktaydı. Zira Rekabet Kurumu 2002/2 sayılı Tebliğ'i çıkarırken, Rekabet Kanunu'nun 5. maddesindeki iki olumlu (dağıtımda etkinliğin sağlanması ve tüketici yararı) şartın yanısıra, iki olumsuz şartın (rekabetin ortadan kalkmaması ve rekabetin zorunlu olandan fazla sınırlanmaması) sağlanmasında sağlayıcının veya tek alıcının pazar payının etkisiz olduğu ve 2790/99 sayılı Tüzük'te öngörülen %30'luk pazar payı eşliğinin gereksiz olduğu görüşü hakim olmuştur. Diğer bir deyişle, 2002/2 sayılı Tebliğ ile öngörülen yeniden satış fiyatının belirlenmemesi, mutlak bölge sınırlaması getirilmemesi ve anlaşma süresinin 5 yıl ile sınırlı olması gibi şartlara uyulması halinde, sağlayıcının veya tek alıcının ilgili pazardaki pazar payından bağımsız olarak grup muafiyetinden doğrudan yararlanabileceği ve pazar payı belirli bir oranın üzerindeki teşebbüsler açısından dahi herhangi bir ön (ex-ante) incelemeye gerek olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

VI. DİKEY ANLAŞMALAR AÇISINDAN PAZAR PAYI EŞİĞİNİN 25.05.2007 TARİHİNE KADAR ÖNGÖRÜLMEMİŞ OLMASININ OLASI NEDENLERİ

Piyasa ekonomisi ve rekabet kurallarının benimsenmesine ilişkin yukarıda değinilen tarihsel süreç, doğal olarak dikey anlaşmaların düzenlenmesi bakımından da farklı değildir. Uzun yıllar boyunca piyasa ekonomisinin uygulanması sonucunda rekabet kültürüne sahip üye devletlerin oluşturduğu Avrupa Birliği'nde 1983 ile 2000 yılları arasında 17 yıl süreyle yürürlükte kalan ayrıntılı tüzüklere paralel olarak çıkarılan 1997/3, 1997/4 ve 1998/7 sayılı Tebliğler, ülkemizde sadece 1997 ile 2002 yılları arasındaki 5 yıllık dönemde yürürlükte kalmış, sonrasında yerlerini 2790/99 sayılı Tüzük'e paralel olarak tüm dikey anlaşmaları kapsayan 2002/2 sayılı Tebliğ'e bırakmışlardır.

1998/7 Franchise Anlaşmaları Grup Muafiyeti Tebliğleri çıkartılmış, 2002/2 sayılı şemsiye tebliğ ile tüm dikey anlaşmalara (motorlu taşıtlar hariç olmak üzere) grup muafiyeti tanınma şartları düzenlenmiştir.

Rekabet Kurulu, 2002/2 sayılı Tebliğ'i çıkartırken tercihini; Avrupa Birliği'nde 2790/99 sayılı Tüzük'te öngörülen ve belli bir pazar gücüne sahip teşebbüsler için bireysel muafiyeti zorunlu kılan %30'luk pazar payı eşiğini koymama yönünde kullanmıştır. Rekabet Kurulu'nun 2002/2 sayılı Tebliğ'de başlangıçta herhangi bir pazar payı eşiği getirmemesinin, anılan Tebliğ'in yürürlüğe girdiği dönemde mevcut olan bazı nedenlerden kaynaklandığı belirtilmektedir.

1. Karteller ve Tekellerle Mücadeleye Öncelik Verilmesi: Rekabet otoriteleri, kaynaklarını daha verimli kullanmak adına son yıllarda önceliklerini yatay rekabeti kısıtlayıcı kartel anlaşmalarına ve hakim durumdaki teşebbüslerin rekabete aykırı davranışlarına vermişlerdir. Bu doğrultuda; 2002/2 sayılı Tebliğ'de herhangi bir pazar payına yer verilmeyişinin başlıca sebebinin Rekabet Kurulu'nun dikey anlaşmalara ilişkin iş yükünün hafifletilerek markalar arası rekabeti sınırlayıcı kartellere ve hakim durumun kötüye kullanılmasına karşı daha etkin mücadele etmesinin sağlanması olduğu belirtilmiştir.³³ Gerçekten de 2002/2 sayılı Tebliğ'in kabul edildiği dönemde AB'de muafiyetten faydalanmak için bildirim zorunluluğu kaldırılmış olmasına rağmen yürürlükte olan Rekabet Kanunu'nun 10. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, 4. madde kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararların Rekabet Kurulu'na bildirilmesi yükümlülüğü halen bulunduğundan³⁴; 2002/2 sayılı Tebliğ'de oranı ne olursa olsun herhangi bir pazar payı eşiğinin öngörülmesi halinde bu eşiği aşmış aşmadığı konusunda tereddüt yaşayan her teşebbüsün Rekabet Kurulu'na başvurarak menfi tespit ve bireysel muafiyet talebinde bulunması gündeme gelebilecekti. Öte yandan 2002/2 sayılı Tebliğ'de pazar payı eşiğinin öngörülmemiş olmasının, Rekabet Kurulu'nun iş yükünü arttırmamak gayesine –savunulduğu kadar– hizmet etmediği de ileri sürülmüştür.³⁵ Zira 2002/2 sayılı Tebliğ'deki koşullara uygun olup belirli bir pazar payı eşiği de getirilmediği için grup muafiyetinden yararlanan teşebbüslerin, ilgili pazarda sahip oldukları pazar gücüne dayanarak markalar arası rekabeti kısıtladıkları gerekçesiyle, muafiyetin geri alınması süreci

³³ Gürzumar, Osman Berat, "2002/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliğ Çerçevesinde Dikey Anlaşmalar", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu – 1, Kayseri 2003, sf. 104.

³⁴ Rekabet Kanunu'nun 02.07.2005 tarihinde yürürlükten kaldırılan 10. maddesinin 1. fıkrası şöyle idi: "4 üncü madde kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar yapıldıkları tarihten itibaren bir ay içinde Kurula bildirilir. Bildirilmemiş anlaşmalara muafiyet hükümleri uygulanmaz. Zamanında yapılmamış bildirimlere muafiyet verilmesi halinde muafiyet, bildirim tarihinden itibaren geçerlidir."

³⁵ Karakurt, Alper, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Politikasında Münhasır Dikey Anlaşmalar, Ankara 2005, sf. 189-190.

işletilebilecek ve yine benzeri bir iş yükü ile karşılaşılacaktır. Bununla birlikte, muafiyetin geri alınması süreci, Rekabet Kurulu'na şikayet üzerine veya re'sen başlatılabilecek olduğundan, teşebbüslerin -bildirim yükümlülüğünden dolayı- dikey anlaşmalarını Rekabet Kurulu'na bildirdiği vakalara kıyasla daha az sayıda kalacağı da bir gerçektir.

2. Muafiyetin Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Açısından Koruma Sağlamaması: 2002/2 sayılı Tebliğ yürürlüğe girdiği tarihte herhangi bir pazar payı eşiğinin öngörülmemiş olması, hakim durumdaki teşebbüslerin pazar güçlerinden yararlanarak dikey anlaşmalar vasıtası ile gerçekleştirdikleri dışlayıcı veya sömürücü faaliyetlerin Rekabet Kanunu'nun 6. maddesi kapsamında değerlendirilmesinin önünde bir engel teşkil etmemektedir. Başka bir deyişle, 2002/2 sayılı Tebliğ'de herhangi bir pazar payı eşiği öngörülmediğinden dikey anlaşmalara ilişkin gerekli koşulları sağlayarak grup muafiyetinden yararlanan hakim durumdaki teşebbüslerin, pazar güçlerine dayanarak söz konusu dikey anlaşma vasıtası ile alıcı veya tedarikçilerine rekabete aykırı şartlar dayatmak suretiyle Rekabet Kanunu'nun 6. maddesini ihlal etmesi mümkündür. Dolayısıyla 2002/2 sayılı Tebliğ'e pazar payı eşiği eklenmesini öngören 2007/2 sayılı Tebliğ'in kabul edilmesinden önce de, teşebbüslerin pazar gücünün dikey anlaşmalar vasıtası ile rekabetin sınırlanması hususunda göz önünde bulundurulduğu savunulabilir.³⁶ Ancak teşebbüslerin yaptığı dikey anlaşmaların Rekabet Kanunu'nun 6. maddesi kapsamında değerlendirilmesi için, öncelikle bahse konu teşebbüslerden birinin ilgili pazarda hakim durumda olması gerekmektedir. Bu açıdan bakıldığında, bir teşebbüsün hakim durumda olması için pazar payının 2790/99 sayılı Tüzük'te öngörülen %30 oranındaki veya 2007/2 sayılı Tebliğ ile değişik 2002/2 sayılı Tebliğ'de öngörülen %40 oranındaki eşiği geçmesi yeterli olmadığı gibi, ilgili pazardaki rakiplerin pazar payları da dikkate alınmakta, yani mutlak ve nisbi pazar payı birlikte değerlendirilmektedir. Üstelik pazar payının mutlak ve nisbi olarak yüksek olmasının yanısıra, pazara giriş engelleri de ayrıca göz önünde bulundurulmaktadır. Dolayısıyla, dikey anlaşmalar vasıtası ile hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin olarak, daha detaylı bir "pazar gücü analizinin" yapılması gerekmektedir. Bununla beraber, piyasanın yoğun olması dikey anlaşmalar vasıtası ile rekabetin sınırlanması (mesela piyasanın kapatılması) ihtimalini arttırırken³⁷, özellikle pazar gücü birbirine yakın az sayıda aktörün bulunduğu piyasalar bakımından hakim durumun kötüye kullanılması yasağına başvurularak rekabet ortamının korunmasının her durumda mümkün olmadığı da dikkatten kaçırılmamalıdır.

³⁶ OECD Raporu: "Competition Law and Policy in Turkey", 2005, sf. 20

³⁷ Ekdi, sf. 107.

3. Muafiyetin Geri Alınma İmkanının Saklı Tutulması: 2002/2 sayılı Tebliğ'in ilk halinde, 2790/99 sayılı Tüzük'ün aksine herhangi bir pazar payı eşiği öngörülmemiş olmakla birlikte, anılan Tüzük ile paralel olarak Tebliğ ile tanınan grup muafiyetinin soruşturma açılan teşebbüslerden bireysel olarak veya belirli nitelikteki dikey anlaşmalar için topluca geri alınması imkanı saklı tutulmuştur. Böylece, Rekabet Kanunu'nun 5. maddesindeki koşulları sağlamadığı somut durumda tespit edilen dikey anlaşmalara tanınan grup muafiyeti Rekabet Kurulu'nca verilecek bir karar ile geri alınabilecektir. Ayrıca, belirli özellikleri taşıyan dikey anlaşmaların 2002/2 sayılı Tebliğ'deki şartları sağlıyor olmasına rağmen Rekabet Kanunu'nun 5. maddesindeki genel muafiyet koşullarını sağlamayabileceği, dolayısıyla bunlar için her seferinde bireysel değerlendirme yapılması gerektiği dikkate alınarak; bu tür dikey anlaşmaların bir grup halinde, Rekabet Kurumu'nca yayımlanacak bir tebliğ ile 2002/2 sayılı Tebliğ'deki grup muafiyeti kapsamının dışına çıkarılması da mümkündür.³⁸ Ancak Rekabet Kanunu'ndan bildirim yükümlülüğünün çıkarılmasının ardından; Rekabet Kurulu'nun, 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden yararlanmakla beraber, somut durumda Rekabet Kanunu'nun 5. maddesindeki koşulları taşımayan dikey anlaşmalardan haberdar olma ihtimali azaldığından, grup muafiyetinin geri alınması imkanı da aynı ölçüde sınırlanmıştır.

4. Ortak Pazar Hedefinin Bulunmaması: 2002/2 sayılı Tebliğ'de herhangi bir pazar payı eşiğinin öngörülmemiş olmasının diğer bir sebebi olarak; Türkiye'nin, ulusüstü bir yapılanma olan AB'nin aksine, bir ortak pazar oluşturma hedefinin bulunmaması da gösterilmektedir.³⁹ Nitekim AB'de ulusal düzeydeki münhasır satış anlaşmalarının, ancak 2790/99 sayılı Tüzük'te öngörülen %30'luk pazar payı eşiği geçmeleri halinde grup muafiyeti dışında kalması bunu destekleyici niteliktedir.⁴⁰ Zira gerek belirli bir üye ülke ile gerekse de belirli bir pazar payı ile sınırlı olan münhasır satış anlaşmalarının ortak pazar hedefine aykırı düşmediği kabul edilmektedir. Oysa Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne üye olmadığı müddetçe böyle bir ortak pazar oluşturma hedefinin bir parçası olmadığı ve bu nedenle pazar payı eşiği uygulamasının Türkiye'de benimsenmesinin ortak pazar oluşturma kaygısından kaynaklanmadığı savunulmaktadır. Ne var ki; Türkiye'nin AB'ye olası üyeliği öncesinde (AB ile müzakere aşamasında) AB ortak pazarına entegre olabilmemesini sağlayacak şekilde, mevzuatını AB mevzuatı ile uyumlaştırması gerektiği de göz ardı edilmemelidir.

³⁸ OECD Raporu, sf. 20

³⁹ Gürzumar, sf. 98

⁴⁰ Karakurt, sf. 151.

VII. 2007/2 SAYILI TEBLİĞ İLE 2002/2 SAYILI TEBLİĞ'E GETİRİLEN PAZAR PAYI EŞİĞİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Önceki bölümde sayılan nedenlere rağmen, Türkiye'nin 2002/2 sayılı Tebliğ'i herhangi bir pazar payı eşiği olmaksızın beş yıl boyunca uygulamış olmasını –özellikle de bildirim yükümlülüğünün sona ermesinin ardından- ekonomik yapısı itibariyle savunmak güç görünmektedir. Bunun da ötesinde 2007/2 sayılı Tebliğ'in 2002/2 sayılı Tebliğ'de yaptığı değişiklik ile nihayet dikey anlaşmalar açısından pazar payı eşiği uygulamasına geçilmiş olmakla birlikte, bu kez de pazar payı eşiğinin oranı üzerinde tartışma doğmuştur. Zira 25.05.2007 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak 01.07.2007 tarihinde yürürlüğe giren 2007/2 sayılı Tebliğ, Avrupa Birliği'nin ve üye devletlerin uyguladığı %30 oranındaki eşik yerine, %40 oranındaki eşiğin 2002/2 sayılı Tebliğ metnine girmesini düzenlemiştir. Bu noktada pazar payı eşiği uygulamasının Türkiye açısından gerekliliğini ve Türkiye'de pazar payı eşiğinin hangi oranda uygulanmasının daha yerinde olacağını ortaya koyabilmek amacıyla; Türk ulusal özel sektörünün yapısı bakımından, marka içi rekabet sınırlamalarının ancak markalar arası rekabetin güçlü olduğu pazarlarda olumlu ekonomik sonuçlar doğurduğu gerçeğinden hareketle bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Konuya öncelikle ülke ekonomileri açısından bakarsak; üçüncü bölümde açıkladığımız büyük ve küçük piyasa ekonomileri ayrımının, dikey anlaşmalar için pazar payı eşiği öngörülmesi hususunda önem taşıdığı belirtilmelidir. Bu doğrultuda Avrupa Birliği'ne 01.05.2004 tarihinden önce üye olan devletlerin genellikle “büyük pazar ekonomisi” olarak nitelendirilebilecek gelişmiş ülkeler olmaları nedeniyle Türkiye açısından belirleyici olamayacağı dikkate alındığında, bu ülkeler ile bir kıyaslama yapılmasının yerinde olmayacağı kanaatindeyiz. Öte yandan AB'ye 01.05.2004 ve 01.01.2007 tarihlerinde üye olan ülkelerin ekonomik yapıları itibariyle Türkiye'ye daha benzer olmaları nedeniyle, bu ülkelerdeki dikey anlaşmalara ilişkin düzenlemelerde hangi oranda pazar payı eşiğinin öngörüldüğü önem arz etmektedir. AB'ye beşinci genişleme sürecinin sonunda 01.05.2004 tarihinde üye olan devletlerden Slovenya⁴¹ 1999, Slovakya⁴² 2000, Çek Cumhuriyeti⁴³ 2001 ve Letonya⁴⁴ ise 2004'den beri dikey anlaşmalara ilişkin grup muafiyetinde %30'luk pazar payı eşiğini uygulamaktadır. AB'ye altıncı genişleme süreci sonunda 01.01.2007

⁴¹ <http://www.sigov.si/uvk/util/bin.phpid=2004090613063680>

⁴² <http://www.antimon.gov.sk/files/10/2004/2790-1999.pdf>

⁴³ <http://www.compet.cz/English/HS/Vyhlasaky/vyh1198.htm>

⁴⁴ http://www.competition.lv/uploaded_files/ENG/E0807.pdf

tarihinde üye olan Romanya⁴⁵ ve Bulgaristan⁴⁶ ile Türkiye gibi halihazırda AB'ye aday olan Hırvatistan'ın⁴⁷, 2004 yılı içerisinde yapılan dikey anlaşmalara ilişkin grup muafiyeti düzenlemelerindeki değişikliklerle, 2790/99 sayılı Tüzük'te öngörülen %30'luk pazar payı eşliğini benimsediği göze çarpmaktadır.

AB'ye son iki genişleme sürecinde üye olan ülkelerin ekonomik yapılarının ayrıntılı olarak incelenmesi bu çalışmanın kapsamını aşacaktır. Ancak bu ülkelerin S.S.C.B.'nin dağıldığı 1990'lı yıllara kadar S.S.C.B.'ye bağlı Orta ve Doğu Avrupa ülkeleri olarak planlı ekonomik sistemi benimsemeleri ve serbest piyasa ekonomisine S.S.C.B.'nin dağılmasının ardından geçmiş olmaları nedeniyle, ekonomik yapıları bakımından Türkiye ile daha fazla ortak noktaları bulunduğu söylenebilir. Bununla birlikte, bu ülkelerin planlı ekonomik sistemi benimsedikleri dönem öncesinde Batı Avrupa ülkeleri ile ortak bir ekonomik geçmişi paylaştığı da göz ardı edilmemelidir. Dolayısıyla dikey anlaşmalara ilişkin pazar payı eşliği uygulaması açısından, Türkiye'nin ekonomik yapısının kendine has özellikleri dikkate alınarak değerlendirme yapmanın önem taşıdığı kanaatindeyiz.

İkinci ve üçüncü bölümlerde değinildiği üzere, Türkiye'de hala pek çok pazarın yoğunluğu oldukça yüksektir. Cumhuriyet'in ilk yıllarında özel sermayenin yetersiz, hatta yok denecek seviyede olması nedeniyle, pek çok sektör devlet eliyle kurulmuştur. Karma ekonomik sistem uygulanmaya çalışılmakla birlikte, özellikle 1929 yılında yaşanan Büyük Buhran sonrası yabancı sermayenin de ülkeden tamamen çekilmesi üzerine, Türkiye'de devletçilik uygulamaları kurumlaştırılmaya başlanmıştır. Nitekim 1934-1938 yılları arasında uygulanan Birinci Beş Yıllık Sanayi Planı da bu politika doğrultusunda hazırlanmıştır. Bu dönemde devlet eliyle çeşitli sanayi sektörlerinde (kimya, kağıt-selüloz, tekstil, madencilik, demir-çelik, seramik) pek çok fabrika ve işletme kurulmuş, az sayıda da olsa özel sermaye tarafından kurulmuş olanların bir kısmı ise ayakta kalmakta güçlük çektikleri için devletleştirilmişlerdir.⁴⁸ Türkiye'de özel sektör ancak 1950'lerden başlayarak varlık göstermeye başlamıştır. Dolayısıyla Türkiye'nin serbest piyasa

⁴⁵ 09.08.2002 tarihli Dikey Anlaşmalar Grup Muafiyeti'nde değişiklik yapan ve 29.04.2004 tarihinde yürürlüğe giren Yeni Dikey Anlaşmalar Grup Muafiyeti'nin 7. maddesinde %30 pazar payı eşliği öngörülmüştür. <http://www.competition.ro/pdf/Reg.pdf>

⁴⁶ <http://212.122.167.220/system/storage/Vert.agr.-English.doc>

⁴⁷ 16.04.2004 tarihinde yürürlüğe giren Dikey Anlaşmalar Grup Muafiyeti'nin 5. maddesinde %30'luk pazar payı eşliği öngörülmüştür. http://www.crocompet.hr/eng/pdf/uredbe/VERTICAL_AGREEMENTS_29_November.pdf

⁴⁸ Örneğin özel kesimce kurulmuş olan bazı şeker fabrikaları, özellikle yönetim ve sermaye yetersizliği nedeniyle, Türkiye Şeker Fabrikaları A.Ş.'nin denetimine bırakılarak devletleştirilmişlerdir. Tokgöz, sf. 58-69.

ekonomisine geçişini simgeleyen 24 Ocak Kararları'nın alındığı 1980 yılı öncesinde sadece otuz yıllık bir özel sektör geçmişi bulunduğu, bu özel sektörün de yapısal olarak devletten tam anlamıyla bağımsız olmadığına dikkat çekilmelidir.

24 Ocak Kararları'nın ardından 1982 Anayasası ile serbest piyasa ekonomisi modelini resmen benimseyen Türkiye, dışa açılma sürecine girmiştir. Ancak, bu dönemde özel sermayenin artış göstermesine ve kamu iktisadi teşebbüs ve teşekküllerinin özelleştirmeler yolu ile özel kesime bırakılmaya başlanmasına rağmen, özelleştirmelerin ilgili sektörlerde yeterince serbestleşme ve etkinlik yaratmadığı da dikkat çeken diğer bir husustur. Bu noktada 24 Ocak 1980 tarihinden Rekabet Kurumu'nun faaliyete geçerek Rekabet Kanunu'nu uygulamaya başladığı 05.11.1997 tarihine kadar geçen yaklaşık 17 yıl boyunca çok sayıda özelleştirme gerçekleşmiş olmakla beraber⁴⁹, bu özelleştirmelerin herhangi bir rekabet denetimine tabi olmadığı vurgulanmalıdır. Bu nedenle her ne kadar 1982 Anayasası ile birlikte serbest piyasa ekonomisine resmen geçilmiş olsa da, bu serbestleşme sürecinde 1982'den önceki -rekabetin çok sınırlı olduğu- tekeli zihniyetten sıyrılınmadığından, özelleştirmeler yoluyla hakim durum yaratan veya mevcut bir hakim durumu güçlendiren devralmaların gerçekleşmesi mümkün olabilmektedir. Üstelik bu şekilde piyasaya hakim olan özel teşebbüslerin Rekabet Kurumu'nun faaliyete geçerek Rekabet Kanunu'nu uygulamaya başladığı 05.11.1997 tarihine kadar, piyasadaki rekabeti bozması veya kısıtlamasının (özellikle hakim durumlarını kötüye kullanmalarının) önünde de herhangi bir denetim mekanizması ve uygulaması olmadığı da belirtilmelidir. Böylece ikinci bölümde de belirttiğimiz üzere daha önce devletin tekelinde olan sektörler, bu kez özel sektörün hakimiyetine bırakılmakta, sektörün rekabete açılmasına yönelik sistemli bir yapısal değişiklik gerçekleştirilmemektedir.

Öte yandan Rekabet Kanunu'nun kabul edilip Rekabet Kurumu'nun faaliyete geçmesinin ardından gerçekleşen özelleştirmelerin de piyasada yeterince etkinlik ve rekabet yaratmaya yönelik olmadığı da söylenebilir. Bu hususta son dönemde gerçekleşen Türk Telekom ve TEKEL özelleştirmelerinin karşılaştırmalı olarak ele alınmasının faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Rekabet Kurumu, Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin Özelleştirilmesi Hakkında Görüşü'nde "Türk Telekom'un bir bütün olarak devrinin, şebeke

⁴⁹ Özelleştirme İdaresi'nin verilerine göre, 1985-1990 yıllarında 646, 1991 yılında 244, 1992 yılında 423, 1993 yılında 566, 1994 yılında 412, 1995 yılında 515, 1996 yılında 292 ve 1997 yılında ise 466 olmak üzere 1985-1997 döneminde toplam 3564 özelleştirme yapılmıştır. Yıllar itibarıyla özelleştirme verileri için bkz. http://www.oib.gov.tr/program/uygulamalar/yillara_gore.htm

erişim hizmetlerinde kablo TV altyapısı ile yerel telefon şebekesinden oluşan çifte tekelin devamına yol açacağı ve altyapı rekabetinin tesisi hedefiyle tamamen zıt bir uygulama oluşturacağı” gerekçesiyle “kablo TV altyapısının ve (bu altyapı hariç) Türk Telekom’un farklı teşebbüslere satılması suretiyle bir özelleştirme yapılması” önerisine yer vermiştir.⁵⁰ Bu önerinin (söz konusu görüşteki diğer öneriler ile birlikte) Özelleştirme İdaresi tarafından dikkate alınarak yapılan özelleştirme işlemi neticesinde, Rekabet Kurulu tarafından verilen Özelleştirme Nihai Bildirim Kararı’nda Türk Telekom’un %55 hissesinin devredilmesine izin verilmiştir.⁵¹ Bu kararın ardından TELKODER ve TİD tarafından yapılan şikayet üzerine Rekabet Kurulu tarafından yapılan değerlendirmede, alt yapı hizmetinin Türk Telekom’dan ayrı bir tüzelkişi tarafından sağlanması amacıyla TNet A.Ş.’nin kurulmuş olmasını yeterli bulmuş, ADSL hizmetinin çevirmeli ağdan daha karmaşık olması nedeniyle müşteriler açısından soruna neden olmaması için satış kanallarının daha uzun süreli eğitime gereksinim duyduğu ve bu nedenle ADSL hizmetinin TNet A.Ş. tarafından 01.06.2006 tarihinden itibaren satışa başlanması gerekçesini de kabul etmiştir.⁵² Ancak Rekabet Kurulu, kararda sabit telefon hizmeti ile altyapı hizmetinin iki ayrı şirket tarafından sağlanması gerektiğini belirtmiş olmakla beraber, bu hizmetlerin tek kontrol altında verilmemesi hususuna değinmemiştir. Dolayısıyla Türk Telekom’un özelleştirilmesinin ardından her ne kadar görece olarak olumlu sonuçlar (kalite, verimlilik vs.) elde edilmişse de, sektörün yeterince rekabetçi bir yapıya kavuştuğunu söylemek güçtür.

TEKEL özelleştirmesinde ise, Türk Telekom özelleştirmesinde izlenen ayrıştırma yönteminin talep edilmesinde yeterince ısrarlı olunmadığı ileri sürülmektedir.⁵³ Her ne kadar Rekabet Kurulu’nun Tekel (Sigara) Özelleştirilmesi’ne İlişkin Öngörüsü’nde ayrıştırma yönteminin uygulanmasının daha rekabetçi bir yapı elde edilmesini sağlayacağı belirtilmiş olsa da⁵⁴, Rekabet Kurulu’nun henüz gerekçesi yayımlanmamış olan 27 Mart 2008 tarih ve 08-26/284-91 sayılı kararı ile TEKEL’in tütün biriminin bir bütün olarak devralınmasının, hakim durum yaratılması veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesi yoluyla ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde azalması

⁵⁰ Rekabet Kurumu 2. Dairesi’nin 04.08.2004 tarihli Türk Telekomünikasyon A.Ş.’nin Özelleştirilmesi Hakkında Görüşü, sf. 78.

⁵¹ Rekabet Kurulu’nun 21.07.2005 tarih ve 05-48/681-175 sayılı Türk Telekom Özelleştirme Nihai Bildirim Kararı, sf. 18-20.

⁵² Rekabet Kurulu’nun 07.06.2006 tarih ve 06-41/521-141 sayılı TELKODER/TİD-TTAŞ Kararı, sf. 4.

⁵³ OECD Raporu, sf. 56-57.

⁵⁴ Rekabet Kurulu’nun 21.09.2004 tarihli TEKEL (Sigara) Özelleştirmesine İlişkin Öngörüsü, sf. 3

sonucuna yol açmayacağı gerekçesiyle söz konusu devralmaya izin verilmesine karar verilmiştir.⁵⁵ Türk Telekom ve TEKEL özelleştirmelerinin de ortaya koyduğu üzere, Türkiye’de özelleştirmeler yoluyla rekabetçi piyasalar yaratma hedefinin gerçekleşmesinde yaşanan sorunlar, piyasaların yoğunluklu yapılarını korumalarına yol açmaktadır.

Diğer bir konu ise, yukarıda belirtilen sürece bağlı olarak, Türkiye’deki özel teşebbüslerin özellikle pazar güçleri arttıkça kendilerini merkez konumda görerak, alıcılarını veya tedarikçilerini kendilerinin birer uzantısı olarak değerlendirmeleridir. Başka bir deyişle dikey ilişkideki teşebbüslerin aslında birbirinden bağımsız teşebbüsler oldukları ve hatta dikey ilişkinin alt veya üst zincirindeki teşebbüslerin bu zincirin farklı seviyelerindeki teşebbüslerin faaliyet gösterdiği piyasalara giriş yapabileceği, dolayısıyla potansiyel rakip olarak görülmesi gerektiği yeterince algılanmış değildir.

Bu hususta, bayiler üzerinden bir örnek verilebilir. Bayiler, acentalardan farklı olarak üreticilerin sağladığı ürünleri kendi nam ve hesabına satan, dolayısıyla ürünün satılmamasından doğan ticari riski bizzat üstlenen bağımsız teşebbüslerdir. Dolayısıyla üreticinin, bayiye fiyat dayatması rekabet kurallarının en tipik ihlallerinden birini oluşturmaktadır. Oysa ki, Türkiye’de bayiler kimi zaman ürün için nasıl fiyat tespit edeceğini dahi üreticiye danışabilmektedir. Bu bağlamda, dikey ilişkide kendisini merkezde konumlandıran pazar gücü sahibi teşebbüslerin, alıcı ve tedarikçilerinin de bu algılamayı inkar etmemesi nedeniyle, diğer rakip teşebbüslere geçiş yapma ve hatta dikey ilişkinin farklı seviyelerindeki (alt-üst) pazarlara girme olanaklarını sınırladıkları söylenebilir. Böylece dikey ilişkide kendisini merkezde konumlandıran pazar gücü sahibi teşebbüslerin piyasada adeta “baba” rolünü üstlendikleri, dikey ilişkinin diğer seviyelerinde yer alan teşebbüslerin ise adeta bu “baba” teşebbüslere muhtaç olduğu yönünde bir görüş hakim olmaktadır. Bununla birlikte, bu hakim görüşün ortaya çıkmasında, Türkiye’deki küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin genellikle modern işletme tekniklerini takip etmemeleri ve uygulamamaları nedeniyle, mal veya hizmet tedarik ettikleri pazar gücü sahibi teşebbüslerin yönlendirmesi olmadığı takdirde birbirleri ile kıyasıya fiyat rekabetine girerek üreticinin kurduğu dağıtım ağının çökmesine neden olma riskinin bulunduğu da göz ardı edilmemelidir. Ancak bu riskin varlığı dahi, Türkiye piyasalarında marka içi rekabetten feragat edilmesi için bir gerekçe oluşturmamaktadır.

⁵⁵ Rekabet Kurumu resmi sitesinin anasayfasında (www.rekabet.gov.tr) yayımlanan karar duyurusu, Yayım/ziyaret tarihi: 03.04.2008.

Yukarıda saydığımız tüm bu etkenler neticesinde, dikey ilişkide pazar gücüne sahip olan teşebbüslerin dikey ilişkinin diğer seviyelerindeki teşebbüslere dilediği koşulu dayatması, hatta bunun bir hak olarak görülmesi söz konusu olabilmektedir. Burada can alıcı olan nokta, dikey ilişkide “baba” fonksiyonunun üstlenilmesi için bu fonksiyonu üstlenen teşebbüsün ilgili pazarda “hakim durumda” olmasının şart olmamasıdır. Zira yüksek yoğunluklu piyasalarda birden fazla teşebbüs bulunsa bile, bunların sayısı ve rekabet potansiyeli istenen rekabetçi ortamı sağlayacak derecede olmadığından, piyasada yatay seviyede yer alan teşebbüslerin her biri ayrı ayrı dikey ilişkinin diğer seviyelerindeki teşebbüslere dilediği şartı dayatabilecek ölçüde pazar gücüne sahip olabilmektedir. Dördüncü bölümde yer verdiğimiz tabloda T1, T2 ve T3 teşebbüslerinin sırasıyla %25, %30 ve %35 pazar payına sahip olduğu ve pazar payı kıstası haricindeki koşulların sağlandığı varsayıldığında, bu piyasanın kuvvetle muhtemel yüksek yoğunluklu bir piyasa olduğu sonucuna varılacaktır. Böyle bir durumda, söz konusu teşebbüslerden herhangi birisinin hakim durumda olma ihtimali zayıf kabul edilebilir veya bunlardan herhangi birisinin hakim durumda olması, diğer ikisinin pazar gücünün bulunmadığı anlamına gelmeyecektir. Dolayısıyla T1, T2 ve T3’ün sırasıyla T6, T7 ve T8’e dikey anlaşmalar vasıtasıyla birtakım ek yükümlülükler ve kısıtlamalar getirmesi halinde; T6, T7 ve T8’in bu ek yükümlülükler ve kısıtlamalar karşısında yukarıda açıkladığımız piyasa yapısının yoğunluklu olması ve rekabet kültürünün bulunmayışı nedenleriyle kendi tedarikçisi haricindeki diğer bir tedarikçiye geçiş yapmasının oldukça güç olduğunu belirtmek mümkündür.

İşte bu noktada, dikey anlaşmalar bakımından pazar payı eşliğinin önemi açıkça ortaya çıkmaktadır. Zira herhangi bir pazar payı eşliğinin bulunmaması veya bu eşliğin piyasanın yoğunluklu yapısının gerektirdiği seviyenin üzerinde olması halinde, piyasada önemli bir pazar gücüne sahip olan teşebbüslerin dikey anlaşmalar vasıtası ile rekabeti sınırlandırmasına rağmen dikey anlaşmalara ilişkin grup muafiyetinden yararlanması gündeme gelecektir. Bunun başlıca sakıncası ise, küçük piyasa ekonomilerinde marka içi rekabetin istenilen seviyede olmamasının, markalar arası rekabeti de olumsuz yönde etkilemesidir.

Nitekim 2007/2 sayılı Tebliğ ile 2002/2 sayılı Tebliğ’e getirilen %40’lık pazar payı eşliği yukarıda verdiğimiz örnekteki gibi durumlarda, etkisiz kalacaktır. Zira ilgili pazarda %40 pazar payını aşmadığı halde önemli bir pazar gücüne sahip teşebbüsler bulunması halinde, bunlar 2002/2 sayılı Tebliğ’deki diğer koşulları da yerine getirmek şartıyla grup muafiyetinden otomatik olarak yararlanacaktır. Bu durum, pazar payı eşliğinin çoğunlukla hakim durumda olan teşebbüsler açısından sonuç doğurması anlamına gelmektedir.⁵⁶ Zira rekabet

⁵⁶ Whish, sf. 579.

hukukunda genel olarak kabul edildiği üzere %40 ve üzerinde pazar payına sahip teşebbüsler, birtakım ek faktörlerin de etkisi ile hakim durumda kabul edilebilmektedir.⁵⁷ Dolayısıyla %40'lık pazar payı eşiği, Rekabet Kanunu'nun 6. maddesine tabi olan hakim durumdaki teşebbüsler açısından sadece sonradan (ex-post) denetim yerine önceden (ex-ante) denetimi getirmiş olması bakımından önem taşımaktadır. Zira özellikle küçük piyasa ekonomilerinde pazar gücüne sahip teşebbüslerin dayatmacı faaliyetleri neticesinde piyasayı geri dönülmesi güç bir şekilde daha yoğunluklu hale getirebileceği dikkate alındığında, sonradan (ex-post) denetimin gerekli tedbiri sağlamayacağı açıktır.⁵⁸ Bununla birlikte, pazar payı eşiği uygulamasından beklenen tek faydanın, ex-ante denetime geçilmesi olmadığı; esas olarak, hakim durumda olmayıp ilgili pazarda önemli bir piyasa gücüne sahip olan teşebbüslerin rekabeti sınırlandırarak piyasayı daha yoğunluklu hale getirecek faaliyetlerde bulunmalarını önleyecek şekilde ön-denetim yapmak olduğu veya olması gerektiği kanaatindeyiz. Bu husus, özellikle Türkiye gibi küçük piyasa ekonomilerindeki gerek marka içi gerekse markalar arası rekabetin yerleşmesi bakımından can alıcı bir öneme sahiptir.

VIII. TÜRK REKABET HUKUKU UYGULAMASINDA DİKEY ANLAŞMALAR

Gerek A.B.D. gerekse AB Rekabet Hukuku'nda hakim olan görüşe göre dikey anlaşmaların piyasadaki markalar arası (yatay) rekabeti olumlu yönde etkisinin olumsuz etkilerinin önüne geçebilmesi için, o pazarda markalar arası rekabetin yüksek seviyede olması gerekmektedir. Bu bağlamda, piyasa ekonomisi ve piyasa ekonomisinin doğru işlemlerini sağlayan rekabet kuralları ile Türkiye'den önce tanışmış olan ve markalar arası (yatay) rekabetin çok daha güçlü olduğu Avrupa Birliği'nde, 2790/99 sayılı Tüzük ile %30'luk pazar payı eşiği konulmasına rağmen, Türkiye'de 2002/2 sayılı Tebliğ'de yaklaşık beş yıl boyunca herhangi bir pazar payı eşiğinin öngörülmemiş olması ve nihayet 2007/2 sayılı Tebliğ ile pazar payı eşiği uygulamasına geçilmesine rağmen Avrupa Birliği ve üye devletlerinde olduğu gibi %30 yerine %40 oranında bir pazar payı eşiğine yer verilmesi dikkat çekicidir. 2002/2 sayılı Tebliğ'e getirilen %40'lık pazar payı eşiğini değerlendirirken Rekabet Kurulu'nun gerek 2007/2 sayılı Tebliğ öncesinde gerekse sonrasında aldığı başlıca kararları incelemek gerekmektedir.

⁵⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Naipoğlu, Sinan, "Rekabet Hukukunda Hakim Durum ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması", İstanbul Barosu Dergisi Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, İstanbul, Kasım 2007, sf. 103-104. Ayrıca bkz. Whish, sf. 155-156.

⁵⁸ Ekdi, sf. 130.

A. 2007/2 Sayılı Tebliğ Öncesindeki İlgili Rekabet Kurulu Kararları

Rekabet Kurulu 2007/2 sayılı Tebliğ öncesinde de dikey anlaşmalara ilişkin bazı kararlarında açıkça veya zımnen ilgili teşebbüsün pazar payını dikkate almıştır. Rekabet Kurulu, son dönemde pazar gücüne vurgu yaparak Benkar Tüketici Finansmanı ve Kart Hizmetleri A.Ş.'ye⁵⁹, Frito Lay Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş.'ye⁶⁰, Efes Pazarlama ve Dağıtım Ticaret A.Ş. ile Bimpaş (Tuborg) Bira ve Meşrubat Pazarlama A.Ş.'ye⁶¹ ve son olarak Yemek Sepeti Elektronik İletişim Tanıtım Pazarlama Gıda Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'ne⁶² ilişkin olarak 2002/2 sayılı Tebliğ uyarınca dikey anlaşmalara tanınan grup muafiyetinin geri alınmasına karar vermiştir. Biz, konumuzla ilgisi bakımından burada özellikle Efes-Tuborg Kararı ile Benkar Kararı'na değineceğiz.

1. Benkar Kararı

Rekabet Kurulu, Benkar Kararı'nda 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden yararlanan Benkar'ın Rekabet Kanunu'nun 5/1(c) maddesinde sayılan "ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması" koşulunu sağlamadığı tespitini yaparken, Benkar'ın piyasada geçmiş pazar payını yitirmesine rağmen hala önemli bir pazar gücüne sahip olduğu gerekçesine yer vermiştir. Rekabet Kurulu, taksitli alışveriş kartları pazarında çok sayıda teşebbüsün faaliyet göstermesine rağmen, ilk üç teşebbüsün toplam pazar payının %86 olduğuna dikkat çekerek pazarın yoğunluklu olduğunu belirtmiş ve Benkar'ın pazar payının tek başına %35 civarında olması nedeni ile halen ciddi bir pazar payının bulunduğu vurgu yapmıştır.⁶³ Rekabet Kurulu'nun %35 pazar payını dikey anlaşmalar vasıtası ile rekabetin kısıtlanmasının bir aracı olarak değerlendirmesi, hakim durumda olmamakla birlikte önemli bir pazar gücüne sahip teşebbüslerin yaptığı dikey anlaşmalarda pazar payının önemine işaret etmektedir.

2. Efes-Tuborg Kararı

Rekabet Kurulu, Efes-Tuborg Kararı'nda 2002/2 sayılı Tebliğ ile sağlanan grup muafiyetinden yararlanan Efes ve Tuborg teşebbüslerinden bu grup muafiyetinin geri alınmasına karar verirken⁶⁴, pazar payı kriterini zımnen de olsa dikkate almıştır. Efes-Tuborg Kararı, Türkiye'deki piyasaların

⁵⁹ Rekabet Kurulu'nun 15.08.2003 tarih ve 03-57/671-304 sayılı Benkar Kararı

⁶⁰ Rekabet Kurulu'nun 04.05.2004 tarih ve 04-32/377-95 sayılı Frito-Lay Kararı

⁶¹ Rekabet Kurulu'nun 22.04.2005 tarih ve 05-27/317-80 sayılı Efes-Tuborg Kararı

⁶² Rekabet Kurulu'nun 20.09.2004 tarih ve 04-60/869-206 sayılı Yemek Sepeti Kararı

⁶³ Benkar Kararı, sf. 28. Ayrıca bkz. Ekdi, sf. 129.

⁶⁴ Efes-Tuborg Kararı, sf. 48-49

yoğunluklu yapısının dikey anlaşmalar üzerindeki etkisini göstermesi bakımından incelenmeye değerdir. Rekabet Kurulu, söz konusu kararda ilgili pazara ilişkin yaptığı değerlendirmede; Efes'in (Efpa) %77 pazar payı ile hakim durumda olduğu, Tuborg'un (Bimpaş) ise %22-23 pazar payı ile önemli bir pazar gücüne sahip olduğu, giriş engellerinin yüksek olduğu ve paralel davranışların oluşmasına müsait düopolistik bir yapı sergileyen bira pazarında teşebbüsler arasında etkin bir rekabetin olmadığı tespitine yer vermiştir.⁶⁵ Rekabet Kurulu, Efes ve Tuborg tarafından benzer nitelikte dikey sınırlamalar (özellikle rekabet etmeme yükümlülüğü ve bu etkiyi doğuran diğer hükümler) içeren anlaşmaların toplu etkisinin gerek açık gerekse kapalı satış noktalarını içeren ilgili pazarlarda yüksek bir orana ulaşması ve nihai satış noktaları ile akdedilen anlaşmaların azami süresinin 5 yıla kadar uzayabilecek şekilde düzenlenmesi nedeniyle anılan pazarın önemli bir bölümünde rekabeti ortadan kaldırdıkları gerekçesiyle, her iki teşebbüsten de muafiyetin geri alınmasına karar vermiştir.⁶⁶

Efes-Tuborg Kararı'nın en önemli noktası, %77 pazar payı ile bira pazarında hakim durumda olan Efes'in yanısıra, %22-23 oranında pazar payı bulunan Tuborg'tan da muafiyetin geri alınmış olmasıdır. Tuborg'un, AB Komisyonu tarafından hazırlanan Katılım Ortaklığı Belgesi uyarınca Türkiye'nin dikey anlaşmalara ilişkin mevzuatını AB rekabet mevzuatına uyumlaştırma yükümlülüğü çerçevesinde, 2790/99 sayılı Tüzük'teki %30'luk pazar payı eşiğinin kendisi açısından yapılacak değerlendirmede dikkate alınması gerektiğini gündeme getirmesi üzerine, Rekabet Kurulu şu tespitte bulunmuştur: "AB'de olduğu gibi 2002/2 sayılı Tebliğ'de de pazar payı eşiği öngörülmüş olsaydı, Bimpaş (Tuborg) grup muafiyetinden yararlanmaya devam edecek ve şu anda olduğu gibi muafiyetin geri alınıp alınmaması hususu tartışılacaktı."⁶⁷ Rekabet Kurulu'nun söz konusu karardaki diğer bir önemli tespiti ise, "kapalı satış noktalarındaki münhasırlık uygulamalarına ilişkin olarak AB Rekabet Hukuku'nda örnek kararlara rastlanılamamasının ana nedeni(nin), ... AB'nde üreticilerin, büyük ve güçlü konumdaki perakende zincirlerine münhasırlık taleplerini büyük çoğunlukla kabul ettirememeleri..." olduğudur.⁶⁸ Rekabet Kurulu'nun bu tespitleri, 2002/2 sayılı Tebliğ'de öngörülmesi gerektiğine inandığımız pazar payı eşiği oranını –aşağıda tartışacağımız üzere- belirlemede yol gösterici niteliktedir.

⁶⁵ Efes-Tuborg Kararı, sf. 7-9

⁶⁶ Efes-Tuborg Kararı, sf. 13-14

⁶⁷ Efes-Tuborg Kararı, sf. 41

⁶⁸ Efes-Tuborg Kararı, sf. 42

B. 2007/2 Sayılı Tebliğ Sonrasındaki İlgili Rekabet Kurulu Kararları

Rekabet Kurulu, 2007/2 sayılı Tebliğ'in kabul edilmesinin ardından dikey anlaşmalara ilişkin pazar payı eşiğini uyguladığı çeşitli kararlar almıştır. Bunlar arasında, özellikle EAE Elektrik Asansör End. İnşaat San. ve Tic. A.Ş.⁶⁹, Mey İçki Ticaret ve Sanayi A.Ş.⁷⁰, Coca-Cola Satış ve Dağıtım A.Ş.⁷¹, Johnson & Johnson Sıhhi Malzeme San. ve Tic. Ltd. Şti.⁷² hakkında alınan kararlar sayılmalıdır. Aşağıda bu kararlardan Mey İçki, Coca Cola ve Johnson & Johnson kararlarına değineceğiz.

1. Mey İçki ve Coca-Cola Kararları

Rekabet Kurulu, gerek Mey İçki Kararı'nda gerekse Coca-Cola Kararı'nda, ilgili pazarlarda hakim durumda olduğunu tespit ettiği Mey İçki ve Coca-Cola'nın 2007/2 sayılı Tebliğ ile değişik 2002/2 sayılı Tebliğ'deki %40 oranındaki pazar payı eşiğini aşması nedeniyle grup muafiyetinden yararlanamayacağını tespit etmiştir. Rekabet Kurulu bunun yanısıra, Mey İçki ve Coca-Cola'nın münhasırlık anlaşmaları ve uygulamalarının Rekabet Kanunu'nun 5. maddesindeki gerekli koşulları taşımaması nedeniyle bireysel muafiyetten de yararlanamayacağına karar vermiştir. Rekabet Kurulu, her iki kararda da münhasırlık uygulamalarının kapama etkisine yol açtığına dikkat çekerek, gerek rakı pazarının gerekse kolalı/gazlı içecekler pazarının tamamına yakınında rekabetin ortadan kalkmasına yol açacağı sonucuna varmıştır.⁷³

2. Johnson & Johnson Kararı

Rekabet Kurulu, bu kararda Johnson & Johnson'ın Öz-Sel ile yaptığı sözleşme uyarınca sözleşme konusu ürünleri münhasıran Öz-Sel'e sağlamanın, tek alıcıya sağlama yükümlülüğü niteliğinde olduğunu tespit ettikten sonra, Öz-Sel'in fentanyl etken maddeli beşeri ilaç alım pazarındaki pazar payının %30'ları aşmadığı ve bu nedenle 2007/2 sayılı Tebliğ ile değişik 2002/2 sayılı Tebliğ'deki %40'lık pazar payı eşiğinin altında kalması nedeniyle Johnson & Johnson ile Öz-Sel arasındaki sözleşmenin grup muafiyetinden yararlanabileceğine karar vermiştir.⁷⁴ Bu karar, Türkiye rekabet mevzuatında pazar payı eşiğinin, AB rekabet mevzuatındaki gibi %30 yerine, %40 olarak belirlenmesi nedeniyle ortaya çıkabilecek uygulama farkını ortaya koyması bakımından önem taşımaktadır.

⁶⁹ Rekabet Kurulu'nun 22.08.2007 tarih ve 07-66/810-305 sayılı EAE Elektrik Kararı

⁷⁰ Rekabet Kurulu'nun 10.09.2007 tarih ve 07-70/863-326 sayılı Mey İçki Kararı

⁷¹ Rekabet Kurulu'nun 10.09.2007 tarih ve 07-70/864-327 sayılı Coca-Cola Kararı

⁷² Rekabet Kurulu'nun 08.11.2007 tarih ve 07-85/1050-409 sayılı Johnson&Johnson Kararı

⁷³ Mey İçki Kararı, sf. 20-23; Coca-Cola Kararı, sf. 85 vd.

⁷⁴ Johnson & Johnson Kararı, sf. 4-5

C. Rekabet Kurulu Kararları Işığında Pazar Payı Eşiğinin Değerlendirilmesi

Yukarıda özetle aktardığımız Rekabet Kurulu kararları ışığında, 2007/2 sayılı Tebliğ'de pazar payı eşiğinin %40 olarak kabul edilmesinin aşağıdaki sonuçları doğurduğu kanaatindeyiz:

- 2007/2 sayılı Tebliğ ile 2002/2 sayılı Tebliğ'e getirilen %40 oranındaki pazar payı eşiği, Türkiye'de esas ve ağırlıklı olarak hakim durumda olan teşebbüsler açısından uygulama alanı bulabilecektir.
- Hakim durumda olmamakla birlikte ilgili pazarda önemli bir pazar gücüne sahip olan teşebbüsler, 2007/2 sayılı Tebliğ ile 2002/2 sayılı Tebliğ'e getirilen %40 oranındaki pazar payı eşiğine takılmayabileceği gibi; bu tür teşebbüslerin pazardaki güçlerinden yararlanarak dikey ilişkinin diğer seviyelerindeki teşebbüslere dayatacağı şartlar -hakim durumda olmamaları nedeniyle- Rekabet Kanunu'nun 6. maddesi kapsamında da denetlenemeyebilecektir. Bu tür uygulamaların denetimi ancak -2007/2 sayılı Tebliğ öncesinde olduğu gibi- 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında ve fakat sonradan (ex-post olarak) yapılabilecektir.

IX. SONUÇ

Türkiye'nin serbest piyasa ekonomisi ile 1980'de tanışmış olması bir yana, milli özel sektörünü dahi ancak 1950'lerden bu yana oluşturmaya başlaması nedeniyle, genç ve küçük bir piyasa ekonomisi olduğu dikkate alındığında, Türkiye'de pek çok sektörün hala yüksek yoğunlukta bulunması daha net anlaşılabilir. Bu durumun en önemli neticelerinden biri ise, markalar arası rekabetin istenilen seviyede olmadığı hallerde, rekabeti sınırlayıcı dikey anlaşmaların marka içi rekabet üzerinde ve dolaylı olarak da markalar arası rekabet üzerinde olumsuz etkiler yaratmasıdır. Zira markalar arası rekabet istenilen seviyede olduğu takdirde, marka içi rekabetin sınırlandırılması belirli bir ölçüde göz ardı edilebilirken, markalar arası rekabetin oldukça düşük olduğu yüksek yoğunluklu piyasalarda (küçük piyasa ekonomilerinde) marka içi rekabetin sınırlandırılması markalar arasındaki rekabeti de azaltıcı yönde etki gösterebilmektedir.

Nitekim markalar arası rekabetin oldukça yüksek seviyede olduğu A.B.D.'de, rekabeti sınırlayıcı yatay anlaşmalar bakımından, oldukça sert bir yaptırım olan hapis cezasının uygulanması, rekabeti sınırlayıcı dikey anlaşmalara daha ılımlı yaklaşılması sonucunu doğurmuştur. Hapis cezasının uygulama alanı bulmadığı AB rekabet mevzuatında ise dikey anlaşmalar 17 yıl

boyunca detaylı grup muafiyeti tüzükleri ile oldukça sıkı bir denetime tabi tutulmuş, ancak 2790/99 sayılı Tüzük'ün yürürlüğe girmesi ile birlikte dikey anlaşmalar açısından nispeten daha ılımlı bir grup muafiyeti rejimine geçilmiştir. Oysa ki, A.B.D. ve AB ülkelerinin aksine Türkiye, serbest piyasa ekonomisi tecrübesi oldukça az olması bir yana, dikey anlaşmalara ilişkin 2002/2 sayılı Tebliğ'i de 5 yıl gibi (AB'ye kıyasla) çok kısa bir süre içerisinde kabul ederek dikey anlaşmalara ilişkin muafiyet rejimini hafifletmiştir. Üstelik 2002/2 sayılı Tebliğ, 2007/2 sayılı Tebliğ'in yürürlüğe girdiği tarihe kadar da herhangi bir pazar payı eşiği dahi olmadan, yani hakim durumda olmasa dahi önemli bir piyasa gücüne sahip olan teşebbüslerce pazar güçlerine bağlı olarak piyasalara müdahale edilme ihtimali göz ardı edilerek uygulanmıştır.

Kanaatimizce Türk rekabet politikası açısından, markalar arası rekabetin nispeten yüksek olduğu A.B.D. ve Avrupa ülkelerinin aksine, marka içi rekabetin daha fazla korunmaya ihtiyacı bulunmaktadır. Dolayısıyla Rekabet Kurumu'nun, Türkiye'de tarihsel nedenlerle geç kalınan rekabet kültürünün oluşturulması açısından marka içi rekabete özel bir önem atfetmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Markalar arası rekabetin nispeten üst seviyede olduğu büyük piyasa ekonomisi niteliğindeki AB ülkelerinde dahi marka içi rekabetin 17 yıl boyunca tek elden dağıtım, tek elden tedarik ve franchise tüzükleri ile detaylı olarak düzenlenmesine ve -halihazırda yürürlükte olan 2790/99 sayılı Tüzük dönemine kıyasla- daha sıkı denetlenmesine rağmen; Türkiye, marka içi rekabetin sıkı bir denetime tabi olduğu bu süreci 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'ndan doğan yükümlülükleri gereği sadece 5 yıl içinde tamamlamak zorunda kalmıştır. Dolayısıyla yüksek yoğunluklu bir piyasa yapısına sahip Türkiye'de, marka içi rekabetin halihazırda AB'ye kıyasla daha sıkı bir şekilde denetlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu doğrultuda; sadece yeniden satış fiyatının tespiti ve mutlak bölge sınırlaması gibi sınırlı sayıdaki yapılmaması gerekenleri (siyah liste) sıralayan dikey anlaşmalara ilişkin grup muafiyeti sistemi çerçevesinde, Türk rekabet mevzuatında %40 yerine AB'deki %30'luk pazar payı eşiğinin dahi altında bir eşiğin (örneğin %20 veya 25) ve hatta pazar payı eşiğinin yanısıra Türkiye'deki piyasaların yüksek yoğunluklu yapısını dikkate alan bir ciro eşiğinin (1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'dekine benzer şekilde) öngörülmesinin, marka içi rekabetin artırılması için uygun bir araç olduğu görüşündeyiz.

Başka bir deyişle 2007/2 sayılı Tebliğ ile 2002/2 sayılı Tebliğ'e getirilen %40'luk pazar payı eşiğinin, mehzaz 2790/99 sayılı Tüzük'te öngörülen %30'luk pazar payı eşiğinden farklı olmasının ötesinde, Türkiye piyasalarının yapısal özellikleri nedeniyle oldukça yüksek bir oran teşkil ettiği ve marka içi

rekabet açısından yeterli korumayı saėlamayacaėı dűşüncesindeyiz. Zira bu haliyle söz konusu pazar payı eűiėi, esas olarak hakim durumda olan teűebbűsler bakımından uygulama alanı bulacak olup; Türkiye'nin yüksek yoğunluklu ve teűebbűslerin alt pazarlara indikçe iűletme bilgisinin azaldıėı piyasa yapısının, hakim durumda olmasa da önemli bir pazar gücüne sahip pek çok teűebbűsün faaliyet göstermesi imkanını vermesi nedeniyle, bu teűebbűslerce yapılan dikey anlaşmaların da önceden (ex-ante) denetime tabi olması gerektiėi görüşünderiz.

Ayrıca bu denetimin teűebbűslerin gerek pazar paylarının gerekse cirolarının dikkate alınarak (iki kademeli inceleme ile) yapılmasının, teűebbűslerin piyasa gücünü daha isabetli ve temsil edici şekilde tespit edilmesini saėlayacaėı kanaatindeyiz. Pazar payı ve ciro eűiklerinin - Türkiye'nin yoğunluklu pazar yapısı ile uyumlu olarak- düşük seviyede tutulmak suretiyle, dikey rekabetin daha fazla disiplin altına alınabileceėi ve bunun da yatay rekabetin artırılmasında olumlu bir etkiye sahip olacaėı dűşüncesindeyiz.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

ASLAN, Yılmaz, Rekabet Hukuku, Ekin Kitabevi, Bursa 2002

ÇAKMAK, Haydar, Avrupa Birliği Türkiye İlişkileri, Platin Yayınları, Ankara 2005

GAL, Michal S., Competition Policy for Small Market Economies, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England, 2003

KARAKOÇ, K. Oğuz, Rekabet Kurallarının Uluslararasılaşma Süreci ve Uluslararası Örgütlerin Politikaları, Rekabet Kurumu, Ankara 2003

KARAKURT, Alper, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Politikasında Münhasır Dikey Anlaşmalar, Rekabet Kurumu, Ankara 2005

KARLUK, S. Rıdvan, Avrupa Birliği ve Türkiye, Beta Basım, İstanbul 2005

PORTER, Michael E., Rekabet Stratejisi, Çev: Gülen Ulubilgen, Sistem Yayıncılık, İstanbul 2007

SANLI, Kerem Cem, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu, Ankara 2000

SMITH, Adam, The Wealth of the Nations, Oxford University Press, Oxford/New York 1998

TOKGÖZ, Erdinç, Türkiye'nin İktisadi Gelişme Tarihi, İmaj Yayıncılık, Ankara 1999

WHISH, Richard, Competition Law, Butterworths, London 2001

TEBLİĞLER/MAKALE VE KONFERANS METNİ

EKDİ, Barış, "Dikey Anlaşmalar Yoluyla Piyasanın Kapatılması", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - II, Rekabet Kurumu, Kayseri 2004

FOX, Eleanor, "Rekabet Hukukunun Önemi ve Küreselleşen Dünyadaki Yeri", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu, Ankara Kasım 2005

GÜRZUMAR, Osman Berat, "2002/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliğ Çerçevesinde Dikey Anlaşmalar", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - I, Rekabet Kurumu, Kayseri 2003

NAİPOĞLU, Sinan, "Rekabet Hukukunda Hakim Durum ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması", İstanbul Barosu Dergisi Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, İstanbul Kasım 2007

RAPOR

OECD Raporu: “Competition Law and Policy in Turkey”, 2005

İNTERNET KAYNAKLARI

<http://212.122.167.220/system/storage/Vert.agr.-English.doc>

<http://www.antimon.gov.sk/files/10/2004/2790-1999.pdf>

<http://www.compet.cz/English/HS/Vyhlasaky/vyhl198.htm>

http://www.competition.lv/uploaded_files/ENG/E0807.pdf

<http://www.competition.ro/pdf/Reg.pdf>

http://www.crocompet.hr/eng/pdf/uredbe/VERTICAL_AGREEMENTS_29_November.pdf

<http://www.imf.org>

http://www.oib.gov.tr/program/uygulamalar/yillara_gore.htm

<http://www.sigov.si/uvk/util/bin.phpid=2004090613063680>

KARARLAR/GÖRÜŞLER

ATAD’ın 56/54 ve 58/64 Consten and Grundig v. Commission [1966] ECR 299 sayılı Kararları

ATAD’ın European Night Services v. Commission [1998] ECR II-3141 sayılı Kararı

Rekabet Kurulu’nun 27.05.1999 tarih ve 99-26/290-138 sayılı LPG Kararı

Rekabet Kurulu’nun 15.08.2003 tarih ve 03-57/671-304 sayılı Benkar Kararı

Rekabet Kurulu’nun 04.05.2004 tarih ve 04-32/377-95 sayılı Frito-Lay Kararı

Rekabet Kurumu 2. Dairesinin 04.08.2004 tarihli Türk Telekomünikasyon A.Ş.’nin Özelleştirilmesi Hakkında Görüşü

Rekabet Kurulu’nun 20.09.2004 tarih ve 04-60/869-206 sayılı Yemek Sepeti Kararı

Rekabet Kurulu’nun 21.09.2004 tarihli TEKEL (Sigara) Özelleştirmesine İlişkin Öngörüsü

Rekabet Kurulu’nun 22.04.2005 tarih ve 05-27/317-80 sayılı Efes-Tuborg Kararı

Rekabet Kurulu’nun 21.07.2005 tarih ve 05-48/681-175 sayılı Türk Telekom Özelleştirme Nihai Bildirim Kararı

Rekabet Kurulu'nun 07.06.2006 tarih ve 06-41/521-141 sayılı
TELKODER/TİD-TTAŞ Kararı

Rekabet Kurulu'nun 22.08.2007 tarih ve 07-66/810-305 sayılı EAE Elektrik
Kararı

Rekabet Kurulu'nun 10.09.2007 tarih ve 07-70/863-326 sayılı Mey İçki Kararı

Rekabet Kurulu'nun 10.09.2007 tarih ve 07-70/864-327 sayılı Coca-Cola Kararı

Rekabet Kurulu'nun 08.11.2007 tarih ve 07-85/1050-409 sayılı
Johnson&Johnson Kararı

Rekabet Kurulu'nun 27.04.2008 tarih ve 08-26/284-91 sayılı TEKEL Kararı

SORU ve CEVAPLAR

Av. Murat ÖZSUNAY- Üç değerli birlikte sunum yapan tebliğci, cezaları mukayese ettiler ve eğer doğru anladıysam, “bu cezaların tabi olduğu mevzuat aynı, ama uygulamada kimisine orantısız bir şekilde fazla, kimisine orantısız bir şekilde az ceza kesilmiş, neden bazısına bu kadar az, neden bazısına bu kadar çok” anlamında da bir eleştiri getirdiler. Eğer doğru anladı isem bunun sebebini de sormak istiyorum. Bu kimin önüne geldiyse ona göre mi farklı çıkmış, neden bir yeknesaklık yok? Eğer sorun sadece mevzuat değil de, bu mevzuatın somut olaylara uygulanmasından kaynaklanıyorsa, o zaman, -belki abartılı olacak- bir keyfilik mi söz konusu? Eğer öyleyse, bu acaba Kuruma da bir eleştiri mi anlamına geliyor? Teşekkür ederim.

İsmail Hakkı KARAKELLE (Rekabet Kurulu Üyesi)- Dikey anlaşmalara ilişkin sunuma yönelik bir-iki değerlendirmem olacak. Birisi şu: 2002’de pazar payı eşliğinin getirilmemesinde, siz bir cümleyle söyleyip geçtiniz, üzerinde durmadınız, diğer faktörlerin üzerinde daha ağırlıklı durdunuz, diğer faktörler o kadar önemli değildi, asıl önemli faktör bildirim zorunluluğuydu. Eğer bir eşik, -hem bildirim zorunluluğu varken, çünkü herhâlde bu salondaki herkes biliyor ki, bildirim zorunluluğunun, aynı zamanda bir de yaptırımı var, bildirmeme hâlinin yaptırımı var. Toplulukta böyle bir şey yoktu- o tarihte aynı zamanda bir eşik de olması hâlinde bir dizi güçlüklerle karşılaşacaktık. Teşebbüsler bir dizi zorlukla karşılaşacaklardı. O eşığı aşma ihtimali olan yüzde 30 diyelim, 40 diyelim, önemli değil, o civardakilerin hepsi, bize başvuruda bulunacaktı; halbuki hedeflenen bu değildi.

İkincisi, “15 Temmuz 2005’te yayınlandı, niye hemen yapılmadı?..” Bunu söylemek haksızlık olur. Hemen arkasından yapılabilecek bir iş değildi. Kurum hemen arkasından hazırlığa başladı. Bu tür tebliğ düzenlemeleri akşamdan sabaha yapılamaz; yapılmamalı da ayrıca. 2007/2 sayılı tebliğ, -burada onu bilenler var- uzunca bir zaman diliminde olmuştur; iyi ki de öyle olmuştur. Bizim Kurum mevzuat yaparken, dışarıya açıyor, web sitesinde duyuruyor, toplantılar yapıyor, çalıştaylar yapıyor, bazen sempozyumlara konu ediliyor ve ardından Kurul son şeklini veriyor. Doğrusuda bu. 2005’in hemen arkasından yapılamazdı.

Üçüncüsü, son bölümde muhtemelen zamanın yetersizliği nedeniyle, süratle geçtiniz; tekrarında fayda var. “Toplulukta yüzde 30 varken, Türk piyasaları daha yoğunlaşmış piyasalardır, siz yüzde 40 yaptınız, yanlış yaptınız, eğer Topluluktan ayrılacaksanız aşağıya doğru ayrılmalıydınız, bırakın yüzde

30'u, yüzde 20 olmalıydı"; bu nokta önemli. Sayın Başkan izninizle, bu konudaki görüşlerimi söyleyip bitiriyorum.

Prensip olarak, evet, yoğunlaşmış piyasalarda bunun aşağıya doğru olması lazım, yukarıya değil. Ama şunu gözden kaçırmayalım ya da en azından kişisel olarak ben öyle düşünüyorum: Bu sonuçta bir yöntem sorunudur. Biz yüzde 100'den geliyoruz. Bizim daha önceki tebliğimiz, tebliğdeki koşulları taşıması kaydıyla yüzde 100'e muafiyet tanıyan bir düzenlemedir. Şimdi yüzde 40'a çektik. Taslağı tartışmaya yüzde 30 olarak açmıştık; sizler ilgili ve bilgili kimselersiniz, biliyorsunuz. Süreçte 30'dan 40'a çıktık. Bizi, -o tarihte ben idareyedim, şimdi Kurulda bulunuyorum- Kurulumuzu da etkileyen şey şuydu: 40'ı 30'a indirmek daha kolay. Neticede bunlar ikincil düzenlemeler ve Kurul kararıyla olan düzenlemeler. 40'ı uygulayıp eğer 40'ta bu sizin söylediğiniz mahzurlarla karşılaşılırsa 30'a indirilmesi daha kolay, ama 100'den 30'a inip, ardından 40'a çıkmak daha zor. Beni ikna eden buydu. O süreçte bir teşebbüs yetkilisi bunu söylemiştir, beni ikna etti; birçok arkadaşımı da ikna etti. O tebliğin bir numaralı Uzmanı Tarkan'dır. Salonda olması lazım. O süreçte büyük ölçüde bundan etkilendik. Burada önemli olan nokta şu: Bu sonuçta bir yöntem sorunu. Yüzde 100 de yapabilirsiniz, öbürünü de yapabilirsiniz. Türk Rekabet Otoritesi yüzde 40'la doğru taktiksel bir tercihte bulunmuştur diye düşünüyorum. Yani sizden orada ayrılıyorum. Ama, yanılıyorsak telafisi kolay; 30'dan 40'a çıkması zor.

Sayın Başkan, müsamahanıza sığınarak en başta söylemem gereken bir-iki cümleyi daha eklemek istiyorum. "Dikey anlaşmalar kategorik olarak önemsizdir, kategorik olarak dikey anlaşmalarla yapılan sınırlamalar önemsizdir" cümlesine ben de hararetle karşı çıkıyorum. Bu doğru değil. Buna şunu eklemek lazım: Rekabeti sınırlayan bir dikey anlaşma örneğinin münhasırlık içeren bir dikey anlaşma ciddi bir pazar gücüyle destekleniyorsa çok daha tehlikeli, bazı durumlarda kartel kadar tehlikelidir. Rekabet Kurulunun Turcell kararı, Rekabet Kurulunun Karbogaz kararı, -şimdi aklıma gelenleri söylüyorum- buna işaret eder. Sanıldığı gibi, yeniden satış fiyatını belirlemesi filan nedeniyle değil, asıl sebep münhasırlıkla kapama etkisidir. Buna verdiğimiz bir örneği izninizle paylaşmak istiyorum. Türkiye'nin, büyük marketlerden Hakkâri'nin dağındaki bakkala kadar yaklaşık 145 bin son satış noktasının varolduğu söyleniyor. Bunların tamamını bir sıvı yağcının, bunların tamamını bir deterjancının, bunların tamamını bir kolalı içecekçinin kapattığını düşünün, oraya ne yeni giriş olabilir, ne de tüketici bakımından bir seçim serbestisi olabilir. Bu en az karteller kadar, hatta kartellerden daha tehlikeli sonuçları olan uygulamalardır; o nedenle de yasaklanmalıdır, aksi davranış cezalandırılmalıdır.

Toplulukla bir ilgisi var, pazar eşiğiyle ilgili değil. Neyle ilgili? Pasif satışlarla ilgili. Hakikaten, -bu konuda soruysa size bu soru olsun ve lütfen o konudaki düşüncelerinizi söyleyin- Topluluğun üstünde durduğu kadar bizim pasif satışların engellenmesi üzerinde durmamıza gerek yoktur. Rekabet Kurulu ilk kararlarında bunun üzerinde fazlaca durmuştur; yanlış yapmıştır. Daha sonraki kararlarında bundan ayrılmıştır; doğru bir iş yapmıştır. Topluluk gerçekten Tek Pazar hedefi nedeniyle pasif satışların engellenmesinin yasaklanmasına bizden fazla önem vermiştir; onlar için doğrudur. Oysa biz tek bir ulusal pazarız çok şükür. Burada pasif satışın engellenmesi sanıldığı kadar ya da Toplulukla kıyaslandığında onlar kadar mahzurlu değildir diye düşünüyorum.

Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY- Bütün sunumların son derece mükemmel olması nedeniyle herkese teşekkür ederim. Benim sorum Ayhan Beye yönelik bir soru olacak; çünkü, onun sunduğu konuyla ben birkaç kez özel olarak meşgul oldum.

Son görünüm, yani bu alandaki son yaklaşımlar şöyle: Bir Amerikan modeli var, bir de Alman modeli. Alman modeli: Almanların Rekabet Kısıtlamalarıyla Savaşım Kanununun 7'nci "Nobelde!"sinde getirilen çözüm. Amerikan modeli: Hukuka aykırı rekabet kısıtlamaları nedeniyle zarar meydana geldiği vakit bireysel zarar görenlerin başvuruları yanında belediyelerin, eyaletlerin, şunların bunların da tazminat talebinde bulunabilmeleri ve asıl önemlisi de, "Classaction" adı verilen kitle adına dava açabilme imkânının Amerika'da giderek yayılması. Amerikan "Antitrust" mevzuatı üzerine eser yazanların söylediklerine göre, "Amerikan uygulamasında, bu kitle adına açılan davalarda birtakım hukuk büroları âdeta, bir tür gangsterveri davranışlarla teşebbüslerin üzerine akbaba gibi çullanıyorlar ve sonuçta da çok haklı olmayan büyük paralar elde edip, çok kez de yargı dışı birtakım temaslarla 'Settlement' yapmak suretiyle büyük gelirler sağlıyorlar ve bu gelirlerin çok ufak bir bölümü kitleye intikal ettiriliyor" deniyor. Amerikan uygulaması hâlen bu merkezde.

Bu modelin biraz Avrupa rekabet hukukuna intikaliyle ilgili yaklaşımlar var. Hemen söyleyeyim; bu yaklaşımlara şu anda, -ben, Milletlerarası Ticaret Odasının Rekabet Komisyonu çerçevesinde yapılan çalışmaları aktarmak isterim- büyük bir reaksiyon var, Avrupa teşebbüsleri ve özellikle Topluluğa üye olan devletlerin ilgili kuruluşları bakımından.

Burada acaba kitle adına dava Türkiye'ye intikal ettirilebilir mi veya bunu tavsiye eder misiniz; çünkü Türkiye'de de tüketicileri oldukça önemli ölçüde etkileyen uygulamalar var. Buna nasıl bir çözüm önerirsiniz, yani Amerikan modeli mi, Alman modeli mi ya da başka bir çözüm mü?

Ayşe ODMAN BOZTOSUN- Hakikaten büyük bir zevkle takip ettim. Bütün konuşmacılara çok teşekkür ediyorum. Konular birbirlerini tamamladı. Birazdan yapacağım yorumlar bu sayede daha da yerine oturacak diye ümit ediyorum.

Bir kere, bu sempozyumlarda çok güzel bir gelişme var. Dünyadaki, Avrupa Birliği'ndeki gelişmelerin Türk hukukuna yansımaları muhakkak değerlendiriliyor. Artık bu özgünlüğü tebliğlerde görmek beni çok mutlu ediyor. Bu nedenle ayrıca bu etkinliğin uygulamaya katkısının arttığını düşünüyorum. Tabii ki, bizlere de katkıda bulunuyor. Akademisyen olarak biz de, buradan çıkarak araştırmalar yapıyoruz.

Bir ufak konuyu daha ifade edeyim. Ben, Rekabet Kurumu'nun uzman ve uzman yardımcısı kadrosuyla gurur duyuyorum. Geçenlerde bir bilimsel çalışma için internette araştırma yaparken, Avrupa Birliği'nde çok yeni çıkan yatay olmayan birleşmeye ilişkin kılavuza görüş bildiren üç rekabet otoritesinden birinin Türk Rekabet Kurumu olduğunu gördüm. Gayet teknik, çok özlü, başarılı bir görüştü. Göğsüm kabardı; çok mutlu oldum. Burada da yine görüyoruz hakikaten demokratik bir ortam olduğunu; en sıkı eleştiriler Kurumun içinden geliyor. Bu da sistemin sağlığını gösteriyor.

Ufak bir yorum yaparak bitireceğim. Bir kere, ben hakikaten Sayın Arı, Sayın Kekevi ve Sayın Aygün'ün tebliğinden çok etkilendim. Bu konuda, kartellere uygulanacak cezanın miktarı konusunda bir yol gösterici düzenlemenin olmaması şoke edici bir durum, büyük bir sorun. Sayın idare hukukçularımız da buradalar. Acaba bu durum İdarenin keyfiliği sonucunu mu doğuruyor, yani bu noktaya mı gidiyoruz? Bu sorunun yanıtını birlikte araştırabiliriz. Yarın üçüncü oturumda bu konu tartışılacak, tabii farklı bir noktadan, yani Rekabet Kurulu'nun düzenleme yapma yetkisinin sınırları belki biraz tartışılacak. Meseleye bir de tersinden bakmak gerekiyor. Düzenleme yapmayınca da son derece keyfi ve hukuk açısından sakıncalı sonuçlar doğurabilecek uygulamalara gidiyoruz.

Buradan hemen grup muafiyeti tebliğine atlıyorum. Rekabet Kurumu bu konuda çok aktif davrandı. Ben 90'lı yıllardan beri bunu eleştiriyorum. Tamam, biz Avrupa Birliği'nden esinlendik, mevzuattan esinlendik, ancak bu grup muafiyeti düzenlemelerini benimsemek zorunda değiliz. Hatta, bildiğim kadarıyla çeşitli toplantılarda, yani Avrupa Birliği'yle yapılan toplantılarda Kurum'un temsilcileri de bunu savundular, böyle bir zorunluluğumuz olmadığını. Mevzuatla uyumlaştırma yolunda bir taahhüdümüz olduğunu, ama bunun grup muafiyetlerini aynen kabul etmek anlamına gelmediğini, hatta grup muafiyeti çıkarmak zorunda olmadığımızı sanırım hepimiz kabul ediyoruz.

Peki, dikey anlaşmalara ilişkin böyle bir grup muafiyeti tebliği çıkarılırken ve yine Avrupa Birliği'ndeki düzenlemeye benzer bir de pazar payı eşiği getirilirken, kartellere ilişkin, yani bence çok daha temel bir sorunda, ciddi bir hukuk ihlalinde bu konuda yol gösterici düzenleme olmamasını nasıl açıklayacağız? Acaba bizim öncelikli ihtiyacımız hangisi, yani Kurum düzenleme yaparken önceliklerini nasıl belirliyor? Bunu merak ediyorum.

Bir senaryo öngörelim. Grup muafiyeti yerine hiç düzenleme yapılmasaydı ne olurdu? Dikey anlaşmaların hepsinin Kurula bildirildiğini düşünelim. Bu konuda istatistiki veri sahibi değilim ama, acaba Kurumun faaliyete geçişinden beri, dikey anlaşmaya ilişkin grup muafiyeti tebliğinin öncesinde kaç dikey anlaşma bildirildi? Hepsi bildirilse ne olurdu? Bu konuda artık teşebbüsler yeterince bilgi sahibi oldular, yani neyi kesinlikle yapmamaları gerektiğini zaten biliyorlar. Bu bir kılavuzla da yapılabilir; yani siyah liste. Bunu bir kılavuza koyun. Pazar payı eşiği olmasın. Kurul bunu dikkate aldığında, baktı, yüzde 20'nin diyelim veya yüzde 30'un, yüzde 40'ın üzerinde pazar payı gördü mü bu meseleyi daha ciddi ele aldı. Bu sorun böyle çözülemez miydi? Genel olarak Kurum'un bir veri eksikliği içerisinde olduğunu biliyoruz. Piyasalarla ilgili sağlıklı verilere ulaşmakta sanırım Türkiye uygulamasında ciddi sorun yaşıyoruz. Bu yaklaşım Kurum'un elindeki verileri artırmaz mı, yani çeşitli piyasalar konusunda, dikey anlaşmalara ilişkin, daha çok bireysel muafiyet bildirimini size yapılırsa çapraz bilgi sahibi olmaz mısınız, yani grup muafiyeti olmasa ve size bildirim yapılırsa, bu size, piyasalarla ilgili veri elde etme konusunda daha çok katkı sağlamaz mı?

Arada Sayın Kortunay'ın tebliğiyle ilgili kendisiyle görüşüyorduk; o da çok ilginç bir şey söyledi: "Cezalar o kadar düşük kalıyor ki, maalesef bu karteller elde ettikleri kârdan cezayı rahatlıkla çıkarıyorlar." Özel hukuk yaptırımları konusunda eğer bir gelişme olursa, -ki bunun da muhakkak toplu davaların Türk hukukunda öngörülmesiyle mümkün olabileceğini söyledi- kartellere etkin mücadeleye bir katkısı olacaktır. Şu anda Rekabet Kurumu açısından kartel konusunun çok daha öncelikli olduğu şu güzel tebliğ düzeninden de ortaya çıkıyor. Sorunlarımızı tartışıyoruz.

Hüseyin COŞGUN (Rekabet Kurumu Uzman Yardımcısı)- Benim sorum Sayın Kortunay'a olacak. Rekabeti kısıtlayıcı uygulamalar içinde ya da anlaşmaya taraf olan teşebbüslerin daha sonra birbirlerine karşı tazminat davası açabilmesi yönünde andığınız iki karardan çıkardığım, bunun mümkün olduğu şeklinde. Ben bunun, -Türkiye uygulamasında zaten henüz bu noktaya gelemedik- Kuruma yapılan başvurularda dahi, özellikle bizim kanunumuzun 9'uncu maddesindeki başvuruda meşru menfaat aranması koşulu nedeniyle sıkıntı yaratabileceğini düşünüyorum. Bugüne kadar Kurulun "meşru menfaat

yoktur” diye reddettiği bir başvuru olmadı; ama bu konu bir dosyada tartışıldı. Ben bu konudaki değerlendirmenizi almaya çalışıyorum, şu bilgiyle beraber: Bildiğim kadarıyla Yargıtay, özellikle Rekabet Kurulu kararıyla sabit olmadıkça bir ihlalin sabit olduğunu kabul etmiyor ve bu nedenle bir tazminat hükmü kurmuyor, bekletici mesele yapma eğilimi var. Bu meşru menfaati daha da, daha doğrusu, bu kapsamda değerlendirdiğimizde, “kendisi rekabeti sınırlayıcı bir anlaşmaya taraf olan teşebbüsün, o anlaşmanın diğer tarafını Rekabet Kurumuna şikâyet etmesinde bir menfaati yoktur, dolayısıyla bu başvuru usulden reddedilmiştir” dediğimizde özel hukuk uygulamasını da otomatikman kapatmış olmuyor muyuz? Bu madde hakkındaki görüşlerinizi paylaşırsanız sevinirim.

Hilal YILMAZ (Rekabet Kurumu Uzmanı)- Ben, cezalar konusunda tebliğ sunan arkadaşlarıma, şu an hazırlanmakta olan ceza yönetmeliğinde önplana çıkması gereken hususların neler olması gerektiğini sormak istiyorum, görüşlerini merak ediyorum.

Yrd. Doç. Dr. Metin İKİZLER- Ben de Ayhan Beyin bir konuyu daha iyi açmasını rica edecektim. Aslında daha önce söylenen şeylerle bağlantılı bir şey söyleyeceğim. Çalışmanızda aslında o konuyu biraz belirtmişsiniz; bu tazminat davalarının istenmesi. Bizzat rekabet sınırlaması içerisinde bulunan teşebbüsün tazminat davası açması zannediyorum çok sınırlı bir durumda söz konusu olabilir. Çalışmanızda da zaten şöyle bir ifade var: “Dikey kartel anlaşmalarında sözleşme koşullarını empoze eden taraf ve yatay kartel anlaşmalarının üyeleri tazminat talep edemeyeceklerdir.” Dolayısıyla, zaten yatay karteller bir kenara gitti. Dikey kartel anlaşmalarında, sözleşme koşulları empoze edilen taraf ancak tazminat isteyebilecektir. Bu da aslında bir bakıma bir sözleşme özgürlüğünün içerisinde değerlendirilemeyecek bir durum gibi. Sözleşme koşulları kendisine empoze edilmiş. Daha çok sanki tek taraflı tedbirlerle yahut da tek taraflı kararlarla, davranışlarla ilgili bir durum gibi geldi bana. Aksi takdirde zaten bizim Medeni Kanunumuzun 2’nci maddesi, dürüstlük kuralı, hakkın kötüye kullanılması kuralı konuda bir tazminat açılmasına zannediyorum izin vermeyecektir. Bir bu konuda sizin daha açıklayıcı bilgilerinizi rica edecektim.

Acaba sınıf davası mı daha iyi olur yahut derneklerin, birliklerin açacakları davalar mı daha iyi olur yahut da bunlara dava hakkı verilip verilmemesi mi gerekir? Eğer olayı somutlaştırırsak diyoruz ki, dolaylı alıcı olarak tüketicilerin dava açmaları meselesi var. Zaten doğrudan alıcıların dava açmalarında, onlar bu maliyeti tüketicilere yansıttıkları için bu davanın reddedilme ihtimali var. Dolaylı alıcılar açısından baktığımız zaman da, bunların dava açmaları aslında pek de öyle göz önünde, görünen bir şey değil. Rekabetin sınırlanmasından dolayı bir buzdolabının fiyatının 50 lira artmış

olduğunu farz edelim; tüketicinin 50 lira ya da bunun 3 katı için bir dava açması, böyle bir sürece girmesi pek beklenemez. O yüzden, zannediyorum ya sınıf davası ya da derneklere, birliklere bir dava hakkı tanımak gerekir.

Türk Ticaret Kanununun 56 ve devamı maddelerinde, haksız rekabet açısından tüketici derneklerine, birliklerine en azından bir dava açma hakkı tanınıyor. Sınıf davasındansa, bu yön dikkate alınarak acaba derneklere, birliklere dava açma hakkı tanımak hukukumuz açısından daha mı anlaşılır, daha mı uygun olur diye görüşlerinizi almak istiyordum.

Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI (Rekabet Kurumu Başkanı)- Sayın Başkan, çok teşekkür ederim. Bu oturumda çok değerli açıklamalar yapan arkadaşlarımı da kutluyorum, tebrik ediyorum.

Bazı katılımcıların cezalara ilişkin olarak, özellikle kartel cezalarında yeknesak bir uygulama yokluğuna işaret ettiğine dair değerlendirmelerine, bunun sebebinin ne olabileceğine dair sorularına da nispeten cevap teşkil etmek üzere birkaç hususa kısaca işaret etmek istiyorum, her ne kadar bu konuda soruya muhatap olan arkadaşlarımız cevaplar verecekse de.

Kısaca üzerinde durmak istediğim husus şudur: Muhtemelen benzer şeyleri de arkadaşlarımız da paylaşıyor; tabii ki bir ikincil düzenleme eksikliği ortada ve muhtemelen en anlamlı, en somut belirleyici unsur bu olsa gerek. Cezaların nasıl verileceğine ilişkin, hangi durumlar olduğunda artırılacağına, hangi durumlar söz konusu olduğunda azaltılabileceğine ilişkin standart uygulamaya esas teşkil edecek ya da yeknesak bir yaklaşıma zemin teşkil edecek bir ikincil düzenlemenin şimdiye kadar Kurumsal açıdan ortaya konulamaması bir eksiklik ve muhtemelen en anlamlı açıklama, cevap bu.

“Kartel tespiti yapıldıktan sonra bazı dosyalarda yüzde şu kadar verildi, bazı dosyalarda yüzde bu kadar verildi.” Tabii, aynı unsurlar varsa bir kıyas yapılabilir, bir yeknesaklık olmadığına hükmedilebilir ve/fakat dosyanın içerisine girilmedikçe, dosyanın ayrıntılarına inilmedikçe bu hükümler biraz boşlukta da kalabilir; bu tehlikeye ben işaret etmek istiyorum. Aksi takdirde, biraz daha ileri götürülürse bu bir niyet okuma olur; yani, Kurulun zaman zaman, istediği zaman şu şekilde, istediği zaman bu şekilde karar verdiği gibi belki yanlış bir anlayış ortaya çıkabilir.

Bunu şunun için söylüyorum: Ben bu süreci 5 yıldır yaşadım, 6’ncı yıla adım attık. 5 yıl içinde arkadaşlarımızın sözünü ettiği dosyaların hemen hepsinin müzakeresinde bulundum. Tabii ki, bütün dosyalarda, diyelim ki, gönlümden geçen, doğru olduğunu düşündüğüm belki kararlar verilmemiş olabilir; ama sistematik bu, yani sistem bu şekilde işliyor. Şöyle bir şey: Prosedürü biliyorsunuz; soruşturma açılıyor ve o süreçte uzman arkadaşlarımız görev

yapıyor, raporlarını hazırlıyorlar ve Kurula getiriyorlar. Bir talep dile getirildi, bir tespit yapıldı. Kurul müzakere ediyor, değerlendiriyor.

Tabii, “kartel” kavramının içini yine belki iyi okumak lazım. Hangi kartel, hangi türler? Nitekim, cezaların belirlenmesinde kartelin niteliği tabii ki önemli olacak. Devletin elinin olduğu kartel türleri var; devlet dahliyle, müdahalesiyle kartelvari bir yapı içinde çalışan teşebbüslerden söz edebiliriz. Arkadaşımız az önce, diyelim ki, “küçük piyasa ekonomisi” gibi Türkiye’nin kendi şartlarına özgü bir konuya işaret etti. Tabii ki öyle. Standart bir kartel yok. Bir kartel tanımı her ne kadar olsa bile, kartel algılaması farklı olabiliyor.

Bizim Kurulumuzun kompozisyonuna dikkat ederseniz; Danıştay’dan üyemiz var, Yargıtay’dan üyemiz var, Sanayi Bakanlığı temsilcimiz var, Kurumun içinden arkadaşlarımız var, daha önceki dönem için söylüyorum, 11 kişilik dönemde DPT kökenli arkadaşımız vardı, Üniversitelerarası Kuruldan arkadaşlarımız vardı ve ağırlıklı olarak hukukçu idiler. Kompozisyonda öteden beri hukukçu arkadaşlarımız çoğunluğu teşkil ediyor diyebiliriz. Bunlar, bu mesleği icra ederken yaklaşım tarzlarını, doğru bildiklerini Kurul ortamına da tabii ki getiriyorlar, yansıtıyorlar, kendi bildiklerince doğru bir karar vermeye çalışıyorlar ve bu doğrudur, normali de budur. Raportör arkadaşlarımızın tespitinin, talebinin Kurulca aynen benimsenmemesi kadar tabii bir şey yoktur. Eğer olsaydı mekânîk bir süreç olurdu, diyelim ki, rekabet ihlaline ilişkin bir karar sadece bir zabıta meselesi olurdu. Bir kural var, bir kanun maddesi var, o kanun maddesine istinaden bir çalışma yapılıyor ve akabinde Kurul kararı meşrulaştırıyor, tabii resmileştiriyor; ama bunu bir müzakere atmosferinde yapıyor. Müzakere atmosferinde kesinlikle uzman arkadaşlarımız etkin; her adımda soruları cevaplandırıyorlar, değerlendirmelerini tekrar ediyorlar veya zaman zaman da, “tabii, böyle de olabilir” diyorlar.

Dolayısıyla, sanki sübjektif olabilecek unsurların belirleyiciliğini, varlığını akla getiren yorumları doğru anlamak gerekir. İşin tabiatında bu var; insanların farklılığı var, olayların farklılığı var. İyi niyetli çabalar sonucu böyle bir tablo ortaya çıkıyor. İkincil düzenleme niye yok; bunu ikame etmek üzere bunu söylemiyorum. Bu bir eksiklikte ve şimdi biz bunları tabii tartışıyoruz ve Kurumda da bu yönde ciddi bir çaba var.

Ben hem katılımcı arkadaşlara, hem herkese olayın bir kavramsal boyutunun, bir algı boyutunun olduğunu hatırlatmak istiyorum. Ben işletmeciyim, olaya hep öyle bakıyorum; öbür arkadaşımız hukukçu olarak bakıyor; bir diğer arkadaşımız başka bir açıdan bakıyor. “Tat şekerde değil, dilimizde” diye bir söz var; bu çok önemli. “Homoeconomicus” diye neoklasik teorinin, biliyorsunuz, temel yapı taşı vardır. Homo-economicus; yani, bir insan alıyorsunuz, bu insan sevmeyecek, bu insan nefret etmeyecek, bu insan

yorulmayacak, hep menfaatini düşünecek. Hayır, teorik tutarlılık adına Homoeconomicus belirlenir. Ama, gerçek hayatta canlı kanlı bir insan vardır, bildiğimiz, tanıdığımız bir insan vardır; dosyalar da biraz böyledir. Bir kartel prototipi vardır, bir kartel tanımı, algılaması vardır; ama “bütün karteller şöyledir, bütün cezalar böyle olmalıdır” gibi genellemeleri tabii kimse yapamaz, kimse de yapmamalı. Arkadaşlarımızın da yaptığını söylemiyorum. İşin tabiatında biraz bu görüntüyü, bu tabloyu oluşturacak özellikler, unsurlar var.

Mustafa Beyin hatırlatmasından cesaret alarak tekrar söylüyorum; tabii ki toplumsal bir öğrenme süreci içindeyiz. Avukatlarımız da öğreniyor, Kurul üyelerimiz de öğreniyor, tabii ki, belki en fazla, en çok uzmanlarımız öğreniyor ve öğrenecekler. 10 yıllık bir Kurumda nihai manada söz sahibi olan birtakım gurulardan falan bahsetmek mümkün değil. Türkiye’de Rekabet Otoritesi dediğimiz şey belki kolektif bir şuur olursa ortaya çıkabilecektir. Hepimiz parça parça kendi imkânlarımız, yetkinliğimiz çerçevesinde bu ortak paydada buluşmalıyız. Bu öğrenme sürecinin devam ettiğini, pozitif enerji üretmemiz gerektiğini ve sistemin bu şekilde geliştirileceğini düşünüyorum. Sayın Başkan tekrar teşekkür ediyorum. Herkese başarılar diliyorum.

Oturum Başkanı- Sayın Kaldırmacı’ya ben de teşekkür ediyorum. En son üç arkadaşına daha söz hakkı vereceğim, ondan sonra cevaplara geçeceğiz.

Av. Hikmet KOYUNCUOĞLU- Esasen sevindirici bir gelişme olan, Rekabet Kurumunun bu kadar yoğun katılımından dolayı herhâlde söz hakkı biraz geç geliyor; fakat bunu mümkün olduğu kadar düzgün, net ve kısa değerlendirmeye çalışacağım.

Özel hukuk uygulamalarının konuşulduğu bir noktada avukatların Birliğini temsilen geldiğim bu toplantıda birkaç kelam etme hususiyetimiz açıkçası mevcut. Ayhan Beyin konuşmasını bu açıdan çok önemsedim, özellikle Türkiye modellemesini, AB özel hukuk uygulamalarının Türkiye’ye olan modellemesini çok önemsedim. İçlerinden iki tane öneriye açıkçası bir sorum, bir de naçizane katkı olacak.

Özellikle, ilk önce “Public enforcement” başlaması, yani kamu rekabet otoritesinin başlattığı sürecinin daha sonra mahkemeler önüne gelmesinin ve kesin delil olarak kullanılmasının daha doğru olduğunu birkaç arkadaşım daha bahsetti. Kendisi vurguladı ki, çoğu AB üye devletinde de durum böyle.

Türkiye uygulamasını göz önüne alırsak, daha önceki birçok toplantıdaki Danıştay süreçleri, kesinleşme süreçleri, ben bir Avukat olarak, kesinleşmiş bir Rekabet Kurulu kararını mahkeme önüne kesin delil olarak getirmem için herhâlde bayağı bir süre daha bekliyor olmam lazım. “Private enforcement” bu işin diğer yarısı olduğuna göre, bu işi, öbür tarafını bu kadar

konuşarak nasıl hâlledeceğiz onu merak ediyorum. İşin meslek birliği tarafı, tüketici birlikleri tarafı, özel uygulamaları tarafı bu kadar bu işin. Bu arada şunu da söylemem lazım: “Yargıtay’da bekletici sorun dendi” deniyor; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda bekletici sorunlar sınırlı sayıda belirtilmiştir. Rekabet Kurumunun kararında bekletici sorun olarak bir mahkemenin karar vermesi şu anda hukuken esasen mümkün değil. Bunun önünün açılması lazım. Beni bu anlamda bekleten bir karar karşısında, bunun benim önüme ne zaman geleceğini ben açıkçası çok merak ediyorum ve yorumları bekliyorum.

İkinci husus: “Passing-on defense”i kabul edelim, dolayısıyla, zarar ve direkt zarara uğrayanın, ikisinin birden husumet yöneltebileceğini kabul edelim, bir de 3 katı zararı koyalım; o zaman ben ciddi bir tazminat sorunuyla, adaletsiz bir durumla karşı karşıya kalınacağını düşünüyorum.

Benim buradaki naçizane önerim: Aynen müteselsil alacaklı gibi, birlikte alacaklı gibi, kendi iç ilişkilerindeki zarar nispetinde, dolaylı zarar görenle direkt zarar görenin kendi içerisindeki kusur oranına, zarar oranına mütemadiyen tahsil ettiği oranda sorumluluktan diğerini bertaraf etmesi; böyle bir müteselsil alacak, birlikte alacak kurumu geliştirilirse belki bunun önüne geçilebilir. Aynı anda husumet yöneltebilmesi anlamında da “Private enforcement”in önü açılabilir, iki taraf da husumet yöneltebilir diye düşünüyorum.

Ali ILICAK (ACT İstanbul Danışmanlık Şirketi Temsilcisi)- Sayın Başkan dedi ki, “biz Kurul olarak tabii ki bir takdir hakkına sahibiz ve bunun üzerinde raportörün etkisi sınırlı olmak durumundadır.” Doğru. Demir-Çelik kararını hatırlıyorum; üzerinde oldukça çalıştığımız da bir karardı. Orada raportör arkadaşlar, rekabetin hem amaç, hem de etki olarak sınırlandırılmı iddia etmişlerdi ve Kurul da aynen bunu kabul etti. Sonucunda verilen ceza binde 1.5 oranında, o da ağırlaştırılmış olan, yani yerinde inceleme yapılmasına izin vermeyen bir şirkete verilen bir cezaydı. Diğerleri bunun da altında kaldı. Bu kararın sonucunda Türkiye Demir-Çelik üreticilerine Amerika Birleşik Devletleri’nde bir antidamping soruşturması açılmaya kalkışıldı. Rekabet Kurumu hem amaç, hem etki olarak Demir-Çelik üreticilerinin rekabeti sınırladığına hükmetti, hem de aslında kararda fiyatların etkisinin sadece uyumlu bir şekilde hareket ettiğini ve yukarı doğru hareket ettiğini söylüyordu. Halbuki kararda, eğer yanlış hatırlamıyorsam, miktarın kısıtlandığını falan ya da hurda alımında beraber yapıldığına ilişkin etkiler gösterilmiyordu. Yanlış hatırlıyorsam düzeltin. Buna rağmen Amerikan Antidamping Otoritesinin de eline delil verecek şekilde, ne yazık ki bu şekilde sonuç gelişti, bir karar ortaya çıktı. Bunun sonucunda da binde 1.5’lik bir ceza yansıdı. Burada ben bir çelişki görüyorum. Her zaman söylendiği gibi olmuyor. Bunun üzerine bir de ikincil

düzenlemeden bahsediyoruz. Bu ikincil düzenlemenin sonucunda aslında, Sayın Başkanın sorun olarak ortaya koyduğu mekânikleşme, bir otomatikleşme durumu herhâlde daha da ortaya çıkacaktır. Yapılan tespit nedir? Amerikan sistemindeki gibi olacaksa, Avrupa sistemindeki gibi olacaksa, “büyük şirket, skor puanı şu kadar, rekabet uyum programı yapılmamış, skor puanı bu kadar, ihlal tekrar edilmiş, biraz daha ağırlaştırıcı bir unsur” ve Danıştay da herhâlde, bunlara uyulmadığı zaman, ortadaki ikincil mevzuata uyulmadığı zaman bozma gerekçesi olarak, benim kendi kişisel düşünceme göre kendisinin aradığı fırsatı daha da bulacak. Sabah Gamze Hanım da bahsediyordu; rekabet kuralları, Rekabet kurumları bütün dünyada bir yeknesaklaşıyor, tek bir rekabet politikasından bahsetmek mümkün. Biz Türkiye’de, özellikle baktığımızda, kartellere ve hâkim durumdaki firmalara karşı uygulanan bir rekabet politikasının varlığını Danıştay kararları sayesinde görebiliyor muyuz göremiyor muyuz; ondan çok emin değilim. Çünkü, Sayın Haluk Arı sorduğu soruda, hiçbirisine ceza kesilmediğini, -kendisi benden daha yakın takip ettiği için ona atf yapıyorum- kesinleşmiş bir Rekabet Kurulu kararı, en azından cezalar açısından olmadığını belirtti. Böyle bir durumda eğer Danıştay’ın eline bu kozlar daha da verilecekse ya da rekabet uzmanı arkadaşlarımın yaptığı sunuşlarda olduğu gibi, kartellere karşı çok fazla kısıtlayıcı bir yaklaşımda bulunulmazsa ve “bırakınız yapsınlar, bırakınız geçsinler”in izleri kendi rekabet politikamızda görülmeye devam edecekse, bence bütün bunların sonucunda Mevlevî ayininden alınarak söylenecek tek bir söz, “dilın bal bal demekte, ağzına tat gelmez ey ihvan” olacaktır herhâlde.

Oturum Başkanı- Tebliğ sunum sırasına göre konuşmacılara sözü bırakıyorum.

Yrd. Doç. Dr. Ayhan KORTUNAY- Öncelikle tüm sorular için gerçekten teşekkür ediyorum. Buraya gelirken, aynı konuda doktora tezi yazan bir asistan arkadaşımıza, Kayseri’den bir şey ister misin diye sordum. “Evet Hocam” dedi. Herhâlde Kayseri’den mantı veya pastırma isteyecek diye düşündüm. “Hayır Hocam, ben de aynı konuda tez yazıyorum, mümkün olduğunca eleştirileri alıp getirirseniz benim için çok iyi olur” dedi. Sorulan sorular da gösteriyor ki, bu konuda oldukça eleştiriler gelecek ve arkadaşımızın tezine de katkı sağlayacak. Bir teşekkürüm de bunun için.

Öncelikle Özsunay Hocamızın sorusuyla başlamak istiyorum. Gerçekten tazminat davası çok önemli bir konu. Neden önemli? Burada sadece zararın tazmini söz konusu değil. Ayşe Hanımın da söylediği gibi, -arada konuştuğumuz- tazminat davası açılmadığı için teşebbüsler elde ettikleri kârları Rekabet Kurumunun verdiği cezaları finanse etmekte kullanıyorlar. Bir taraftan alıyoruz

öbür tarafa veriyoruz. Kurul harıl harıl çalışsa bile değişen çok fazla bir şey olmuyor. O yüzden tazminat davaları çok çok önemli.

Peki, tazminat davalarını nasıl geliştireceğiz? Kısmen değinmeye çalıştım ama, bu konuda en önemli araç kuşkusuz toplu dava imkânları. Tüketiciler nihai anlamda, son tahlilde esas zararı taşımak zorunda olan kişiler; ancak, küçük meblağlar için tüketicilerin dava açmasını beklemek akılcı bir yaklaşım değil.

Çözüm: Amerikan modeli var, Alman modeli var, bir de, Amerikan modelinin biraz değiştirilmiş şekli olan İsveç modeli var. Amerikan modelinin sakıncalarını Hocam da söylediler: Avukatlarca kötüye kullanılma riski çok fazla. Hatta, bu konuyla uğraşan avukatlar var ve “Star Anwalte” olarak adlandırılıyorlar.

Peki, ne yapmak lazım? O zaman ikinci modele, Alman modeline bakalım; o da, “Verbandsklage” denilen birliklerin tazminat davası açabilme imkânı. Buradaki özel bir durum şu: Hükmedilen tazminat birliklere değil, hazineye devredilebiliyor. Esasen, 2005 yılında yapılan değişiklikten önce Monopol Komisyonu bu konuya işaret etmişti; demişti ki, “hükmedilen tazminatın en azından bir kısmı birliklere verilsin ki, teşvik, motivasyon olsun, birlikler de bu tazminatı yine kötüye kullanmasın, birliğin amacı için harcama şartı getirelim, böylece olası riskleri de, kötüye kullanma ihtimalini de bertaraf edelim.” Bu öneri dikkate alınmadı. O yüzden şimdi Alman hukukunda değinilen husus şu: “Evet, biz Verbandsklage’yi getirdik, ama haksız rekabet hukukundaki gibi çok fazla işlevsellik kazanmadı, sebep de, tüketici birliklerinin motivasyonunun olmaması, çünkü, hükmedilecek tazminattan herhangi bir pay almamaları sebebiyle çok sınırlı bir uygulama alanı buldu.” Sanıyorum bu konudaki görüşlerime Sayın Hooghof da katılacak.

Peki, biz ne yapabiliriz? Toplu dava imkânının getirilmesi bence şart. Belki Monopol Komisyonunun getirdiği önerileri değerlendirebiliriz; çünkü onların da motivasyona mutlaka ihtiyaçları var. Şunu yapmamalıyız: Kesinlikle toplu dava imkânına kapıları kapatmamalıyız. Mutlaka ve mutlaka toplu dava imkânının bir şekilde getirilmesi lazım. Belki bu anlamda İsveç modeli de tartışılabilir. Ben önerimde ona değindim. Evet, avukatların kötüye kullanması söz konusu olabilir ama, en azından elde edilen menfaatin teşebbüslerde kalmasından daha iyidir; çünkü avukatlar hiç değilse vergi verirler. Bir kısmının kamuya yeniden geri dönme imkânı sağlanmış olur. Bence, hiç vermemektense, Class action veya Verbandsklage modeline yer vermek gerekir diye düşünüyorum. Bu konuyla ilgili yine Metin Bey bir soru sormuştu. Sanıyorum cevap teşkil etti veya eklemem gereken bazı şeyler varsa hatırlatabilirsiniz.

Yrd. Doç. Dr. Metin İKİZLER- Yalnızca ben, özellikle şu konunun bizzat sizin tarafınızdan da vurgulanmasını istedim, çünkü yanlış anlaşılmalara neden olabilecek: Rekabetin sınırlanmasına katılanların dava açma imkânı çok az, çok sınırlı, dikey anlaşmalarda, daha doğrusu dikey kartellerde de ancak kendisine bu sınırlama empoze edilmişse bu sınırlama; yoksa diğer durumlarda, rekabeti sınırlandıran kişinin tazminat davası açması mümkün değil.

Yrd. Doç. Dr. Ayhan KORTUNAY- Kesinlikle katılıyorum. Fazla vaktim olmadığı için değinemedim; ATAD kararının devamında şunu söylüyor: “Burada tazminat talebinde bulunabilecek olan taraf, kendisine sözleşme koşulları empoze edilmiş olan taraftır, yoksa, ‘hiç kimse hukuka aykırı fiilinden dolayı menfaat elde edemez’ ilkesi gereği rekabet ihlalinde önemli derecede sorumluluk sahibi olan teşebbüse bu imkânın verilmemesi gerekir” diyor. Gerçekten, yanlış anlaşılması bakımından bunun altının çizilmesi lazım.

Hüseyin Beyin sorusu: “Acaba kartel üyeleri dava açabilir mi?” Açmasında hiçbir mahzur yok. Aslında Rekabet Kurumunun kararını da beklemeye gerek yok. Bekletici mesele yapılması yönünde Yargıtay’ın kararları olmakla birlikte, henüz bir soruşturma başlamamışsa pekâlâ tazminat davası zaten açılabilir.

Kurula başvurulursa, menfaat yokluğundan dolayı reddedilebilir mi? Ben böyle bir ihtimal görmüyorum; çünkü, burada menfaat, rekabet ihlalinin ortaya çıkmasında zaten.

Acaba şunu mu demek istiyorsunuz; dikey anlaşmanın tarafı veya yatay anlaşmanın tarafı Kurula başvurursa, “sizin bir menfaatiniz yok, bir soruşturma açılmasın” diyecek.

Hüseyin COŞGUN- Kastettiğim bireysel menfaat yokluğuydu Hocam. Şöyle bir açılımı olabilir tabii ki; “bireysel olarak menfaatiniz yok, sizin açınızdan rekabetin yeniden tesisi mümkün değil.” Kurumumuz açısından özellikle bu, daha çok dikeyde sona ermiş ilişkilerde karşılaşılan bir durum oluyor. Örneğin distribütörlük anlaşması bittikten sonra distribütör şikâyette bulunuyor, bir dikey ilişkide mevcut bir kısıtlama nedeniyle. Her neyse. “Bireysel menfaatiniz yok, bu yüzden başvurunuzu reddediyorum” diye başvuruyu reddedip resen harekete geçme yolunun işletilmesi gibi belki.

Yrd. Doç. Dr. Ayhan KORTUNAY- Önemli olan burada Kurulun rekabet ihlali yönünde karar vermesi. Zaten böyle bir karar varsa, zarar gören karara dayanarak veya dayanmadan tazminat davası açabilecek. Çok şükür ki, Rekabet Kurulu kararları bu anlamda bağlayıcı değil; yani mahkeme yine tazminat talebini pekâlâ kabul edebilir.

Metin Beyin bir diğerk sorusu: “Böyle bir dikey anlaşmanın tarafı sonradan zarara uğradığı gerekçesiyle tazminat davası açarsa hakkın kötüye kullanılması sayılmaz mı?” Bence olmaz; çünkü, başta hâkim durumda olan teşebbüs birtakım koşulları empoze ediyor, esas durumunu kötüye kullanan bence o. Hukukun burada mağdurun yanında olması gerekir diye düşünüyorum.

Hikmet Beyin sorusu: “Uzun süren davalar sebebiyle Kurum kararını beklemek ne kadar doğru?” Benim sunduğum çözüm önerileri aslında zincirin birer halkası. Burada zaman aşımının durması prosedürü getirilirse davacılar rahatlayacaktır. Siz Kuruma başvuruyorsunuz, 3 yıl da sürse zaman aşımı süresi işlemeyeceği için yine tazminat davası açma hakkına sahipsiniz. Ha, bu süre uzundur; doğru. Belki bürokratik birtakım çözümlerle bu aşılabilir. Dolayısıyla, burada bir sorun olacağını düşünmüyorum.

Saniyorum “passing on defence”le ilgili bir sorunuz vardı. Saniyorum bizim getirdiğimiz öneriyi biraz eleştiriyorsunuz. “Hem zararın intikali savunması olacak, hem zarar gören herkes dava açabilecek, 3 katı tazminat da olunca ne olacak” şeklinde bir soru yöneltilmişti. Bence burada toplu dava imkânı getirilirse, dolaylı alıcıların dava açma imkânına kavuşması sistemi rahatlatacaktır diye düşünüyorum.

3 katı tazminat zaten tartışılması gereken bir konu, iki tarafı keskin bir bıçak. Bunu ayrıca tartışmamız lazım. Avrupa Birliği “2 katı” diyor. Niye 3 katı, 2 katı olabilir mi; bunu tartışmamız lazım. 2 katı tazminat yerine acaba idari yaptırımları artırarak bunu telafi edebilir miyiz? Bunların da tartışılması lazım. Zaten tebliğimizin amacı da bütün bunları tartışmaya açmaktı.

Haluk ARI- Soruları ben cevaplandıracağım; eksik olan yerleri de arkadaşlarım tamamlayacaklar. Sayın Başkanın ve salondakilerin de müsahahasına sığınarak korsan tebliğ gibi olmayacak ama biraz uzun konuşacağım söyleyeceğim.

Öncelikle bir teşekkür ederek Ayşe Hocamın söylediklerinden başlayacağım. Futbol tabiriyle bize çok güzel ortalar yaptı ve ben onları da kullanarak cevap vermeye çalışacağım. Öncelikle övgü dolu sözleri için teşekkürler.

Ben kendi adıma olsaydı bu tevazuyu gösterirdim, ama burada onu göstermeyeceğim; OECD’nin ve AB Komisyonu’nun raporlarıyla tescil edilmiş bir durum bu aslında, 10 yılda Kurumun geldiği nokta. Burada tevazu göstermek, en başta burada olan arkadaşlarıma, -ilginç bir şekilde, Kurumdan ayrılmış olan, burada emeği geçen, onların yanında kıdemli uzmanlar ve uzman

yardımcıları şeklinde karşıda sıralanmışlar- onlara ve tabii Kurul üyelerimize, - sona kalmak anlamında değil- haksızlık olacaktır.

Cezalara ilişkin düzenleme olmaması kesinlikle bir eksiklik. Bunun hiçbir şekilde muhasebesi yapılmaz, açık bir şekilde eksiklik. Bugün tüm ülkelerde cezalara ilişkin ikincil düzenlemelerin kılavuzların olduğunu görüyoruz. Bizle yaşıt olan bir Kurum var: Hollanda Rekabet Kurumu; 97 veya 98 yılında kuruldu, 10-11'inci yılını dolduruyor. Yanlış hatırlamıyorsam 6 yıldır -ilk olarak 2001 veya 2002'de kabul edildi- cezalara ilişkin rehberlere sahip. Zaten Avrupa Birliği'nin en atak Rekabet Otoritelerinden birisi olarak gösteriliyor. Dolayısıyla, olması gerekiyor. Niçin gerekiyor? Tebliğimizde de var o. Yanılmıyorsam onun mücadelesi Amerika'da 90 yıla yakın sürdü. 1890'da Sherman Act çıktı ve ilk ceza rehberi, -aslında bu rehber sadece karteller için çıkarılmadı, tüm suçlara uygulanma kabiliyetini haiz- 1991'de yayınlandı. O dönem boyunca DOJ'nin (ABD Adalet Bakanlığının), yaptığı bir mücadele vardı: Hâkimlerin takdir yetkisinin kısıtlanması. Bu mücadele niçin yapılıyordu? Şu an çok komik geliyor ama, rodeo yarışı düzenleme cezası, öğle yemeğinde kartellerin kötülüğü üzerine konuşma yapma cezası, yardım kuruluşlarında çalışma cezası gibi o dönemde, yani 1960'a kadar olan dönemde uygulanan yaptırımlara bir son vermek gerekiyordu. ABD'de ilk hapis cezası 1960'ta verildi. Esin sunumunda söyledi; ABD'de 10 milyon dolarlık ilk para cezası 1994'te geldi. DOJ bu nedenle, -aslında 1940'lardan itibaren başlayan ve Adalet Bakanları'nın ısrarcı olduğu- diretiyordu, "hâkimlerin takdir yetkileri kısıtlansın ve cezalar caydırıcı olsun" diye. "Yale Law Journal"ın neredeyse bir sayısı bu öğle yemeğinde konuşma yapma cezası üzerine yapılan eleştirileri içeren makalelerle dolu, nasıl böyle bir karar olabilir diye soruyor yazarlar. 1974 tarihli bir karar. En son 2004 yılında yapılan değişiklikle bugün ABD'de hapis cezasının üst sınırı 10 yıla çıkarılmış olduğu dikkate alınırsa gelinen noktanın önemi daha iyi anlaşılacaktır. Dolayısıyla caydırıcı cezalara ve cezaların nasıl uygulanacağını gösteren düzenlemelere sahip olmak bir zorunluluktur; yani olması gereken budur.

Mütercim tercüman arkadaşlar nasıl çevirecekler bilmiyorum ama çok sevdiğim bir söz var, "debbağ sevdiği deriyi yerden yere vurmuş" diye. İnsanların ve kurumların hayatında durup bir muhasebe yapması gereken zamanlar var. Kurumların mutlaka bu muhasebeyi yapmaları gerekiyor, bu 10'uncu yıl, 15'inci yıl, 20'nci yılda olabilir. Bizim yaptığımız, bu muhasebenin yapılmasıdır. Bir hakkı teslim etmek lazım. Gelinek nokta itibarıyla Rekabet Otoritesi, 10 yıllık Rekabet Kurumu son derece başarılıdır, ABD'nin ilk 50 yılıyla, Komisyonun ilk 20-30 yılıyla karşılaştığımızda kesinlikle başarılıdır. O dönemki verilen cezaları ortaya koyduğumuzda çok yüksek cezalar verilmiştir; Türkiye ölçeğinde baktığımızda çok yüksek cezalardır. Göreceli

olarak yüksek olan bu cezalara bakıp da ileriye dönük karar vermek yanıltıcı olacaktır, 10 yılda gelinen noktayı yadsımak olacaktır, en hafif deyişle küçümsemek olacaktır, ulaştığımız bilgi birikimini küçümsemek olacaktır, bu şekilde değerlendirmek aldığımız övgüleri küçümsemek olacaktır. Bizim bugünkü tebliğimizle yaptığımız, o muhasebenin yapılmasıdır. Bugüne kadar böyle geldik, başarılıydık, iyi de oldu. Verilen bilgi, geldiğimiz, ulaştığımız bilgi birikimi, şayet geriye dönüp baktığımızda, Çimento, Demir-Çelik gibi kartellere verilen cezaların olması gereken cezalar, bugün çağdaş rekabet otoritelerinin kullandığı parametreler kullanılarak ölçüldüğünde son derece komik kalıyorsa, o zaman biz gideceğimiz yönü ona göre belirlememiz gerekiyor. Biz Sigorta soruşturması yaptık; toplam 3 trilyon civarında bir ceza verildi. Hazinesinden bir arkadaşla tanışmıştım, -o dönemde biz Hazine Sigortacılık Genel Müdürlüğüne sıkça gidip gelmiştik- “yahu, siz ne kadar yüksek cezalar verdiniz, biz 50 milyar ceza verirsek acaba ne olur diye düşünüyoruz,” demişti. Hazinesinin bu verdiği cezayla Kanun’u ihlal etmekten elde edilen menfatin bir alakası yok. Sigorta şirketlerinin elde ettikleri kârın, ortaya koydukları, kazandıkları haksız kazancın muhasebesi yapılmıyor. Bizim kriterimiz nedir? Bizim sunumumuz, hazırladığımız tebliğ onu gösteriyor; elde edilen, kartelin elde ettiği kâr çok büyüktür, verilecek ceza da bununla orantılı olmalıdır; kriter budur. Yoksa, idam cezası da hiçbir şekilde caydırıcı değildir demek mümkündür. Olsaydı bugün hiç kimse adam öldürmüyor olurdu veyahut da idam caydırıcı değil diye adam öldürmeye 2 yıl ceza verirsek herhâlde cinayetten geçilmezdi; bunda da şüphe yok.

Kıscacası bizim kriterimiz budur; geldiğimiz yeri küçümsememek, ama ileriye dönük olarak baktığımızda, olması gereken kriterler bakımından durumu ortaya koymak. Gökşin onu detaylı olarak anlattı ama, “Supreme Court”un yaptığı çok sevdiğim bir değerlendirme var. “Supreme Court” bunu tekelleşme davasında yapıyor; diyor ki, “Amerikan şirketlerinin birinci hedefi rakibini yok etmek, piyasa dışına atmak olmalıdır.” Bu değerlendirmeyi hiçbir kartel kararında göremezsiniz. Yasaklanma nedeni budur, daha ağır cezalandırılma nedeni budur. Zaten orada hedef, kendi iç büyümesiyle tekel olması, piyasa gücü elde etmesi, büyümesi. Karteller bakımından bu değerlendirme hiçbir şekilde yapılmaz. Orada açık bir şekilde ihlaldir; değerlendirme yoktur. Siz bir araya gelmiş fiyat tespit etmişseniz, bu ihlaldir. Adam Smith işadamlarının biraraya gelmelerinin halkın zararına sonuçlar doğuracağını daha 1779 gibi erken söylemişti, ama 2000’li yıllardan itibaren literatürde verilen zararın ne ölçüde olduğu çok tartışılmaya başlandı. Dolayısıyla, cezalandırmada ağırlıklı olan kartellerdir. Rehberlerin de esas olarak, kartellere verilecek cezanın belirlenmesi, artırılması için çıkarılması gerekiyor. Öncelik bu muydu değil miydi; onlar, politika yapıcı olan Kurulun tercihindedir. O konuda bir şey

söyleyemeyeceğiz. Ama hiçbir şey için geç kalınmış değildir. Bir şekilde bunun çıkması, yapılması gerekiyordu, ancak tercih bakımından bize söz düşmez.

Murat Beyin sorusu: “Neden bazılarında yüksek, bazılarında düşük?” Değil. Biz aslında hepsini eleştiriyoruz, hepsinin düşük olduğunu düşünüyoruz. Eksik olan bir şey, buradaki “neden düşük, neden yüksek”te bizim eleştirdiğimiz asıl nokta, tutarlılığın olmaması; kararlarda en büyük ihtiyaç duyduğumuz şey de bu aslında tutarlılık, şeffaflık, belirlilik. Komisyon Rehberini çıkarmaya iten, zorlayan ATAD’ın vermiş olduğu kararlardır. Cezalandırma süreci şeffaf olmalıdır, cezalandırma süreci belirli olmalıdır ve verilen cezalar tutarlı olmalıdır diye kararlarda uyarılmıştır ve bu baskılarla Komisyon Rehber çıkarmak zorunda kalmıştır. Biz, şu ana kadar verilen bütün kartel cezalarının düşük olduğunu ve bunların ideal olan seviyelere yükseltilmesi gerektiğini, ancak sadece cezaların yükseltilmesini değil, dediğimiz gibi, esas olarak tutarlılığın sağlanması gerektiğini söylüyoruz. Bütün kartellere, -Ali İlcak’ın sorusuna da geliyoruz- yüzde 2 ceza verilmesi belki bir anlamda çok katı bir uygulama, yani bizim kılavuzda önerdiğimiz şekli alırsak, yüzde 2 ceza verilmesi. Ama, küçükte teşebbüs için de büyük teşebbüs için de aynı işlemi yapıyorsunuz. Böylece küçük teşebbüsler, cirosu düşük olduğu için daha az cezaya, büyükler ise daha fazla cezaya muhatap olacak. Bunun diğer yönü de, sayın İlcak’ın dediği, evet, belki katı bir uygulama olacak veya Danıştay bunu belki bozma nedeni olarak kullanacak. Korkunun da ecele faydası yok. Bunun olması gereken bir şey olduğunu kabul ediyorsak mutlaka sistem böyle olmalı. Cezalara ilişkin bir ikincil düzenlemenin mevcudiyeti şeffaflığı, tutarlılığı, belirliliği ve caydırıcılığı sağlamak yanında, yargısal denetime de bir kolaylık sağlayacak. Yargı görecektir; hangi kriterler dikkate alınarak nasıl ceza verilmiş? Ve değerlendirmesini de bu hususları gözetererek yapabilecek.

Bu süreçte çok önemli bazı handikaplarımız var. Sabah sorduğum soru da bununla bağlantılıydı. Ben bunu sadece Rekabet Kurulu kararları açısından değil, o amaçla sordum zaten, bütün idari yargı denetimine tabi olan kararlar açısından düşünüyorum. Şekil denetimi yapılırken görülen bir eksiklik nedeniyle esasa veya diğer denetim unsurlarına bakılmaksızın, sadece şekildeki eksiklikten dolayı kararın bozulması çok büyük problem yaratıyor. ATAD bu süreci nasıl işletiyor? Kararı şekil ve esas bütün yönleriyle inceliyor, değerlendiriyor ve ardından “bunu usulden bozuyorum” diyor. Siz elinize kararı alınca tüm aksaklıkları görebiliyorsunuz. Bizim idari yargı sistemimizde de olması gerekenin bu olduğunu, Danıştay veya idare mahkemelerinin sadece şekil yönünden kararı bozmakla yetinmeyip, esasını da incelemelerini ve böylece daha etkin ve kısa sürede sonuçlanabilecek bir yargısal sürecin olması gerektiğini düşünüyorum.

Sayın Hilal Yılmaz'ın sorusu, ceza yönetmeliğinde önplana çıkması gereken hususlardı. Kılavuz aslında buna ilişkin bir gösterge; ihlalin süresi, takdir yetkisinin kısıtlanması, cezaların caydırıcı olması, tutarlılığı sağlayacak şekilde bir düzenleme yapılması gibi ilkeler. Zannediyorum cevaplandırmadığım soru kalmadı.

Oturum Başkanı- Haluk Arı'ya bu açıklamaları için ben de teşekkür ediyorum. Son konuşmacı Avukat Sinan Naipoğlu.

Av. Sinan NAİPOĞLU- 2 soru var. Ayşe Odman'ın söylediği bir şey var. Gerçekten o, bu fikri ve sınai haklara ilişkin grup muafiyeti tezi, 240/96'nın Türkiye'de uzun süre çıkmamasını destekler, ilk kendi Doktora tezinde de zaten bunun hemen çıkarılmaması gerektiğini, Türkiye'de belirli bir seviyeye geldikten sonra yapılması gerektiğini ilk savunanlardan. Benim de kendi şahsi düşüncem, -zaten o yüzden bir parça ayrılıyorum Rekabet Kurulunun politik tercihlerinden- ilk başlangıç noktasından kaynaklanıyor. Büyük piyasa ekonomilerinde, daha az yoğunluklu, markalar arası rekabetin daha yoğun olduğu ekonomilerde dahi 17 sene, bu hem siyah, hem gri, hem beyaz listeyi içerir, yani daha dar bir kalıba sokan, âdeta bir çelik korse giydirilen tebliğler yürürlükte kalmasına rağmen Türkiye'de bunlar sadece 5 sene uygulanarak, bunun sonrasında bir tek siyah listeyi içerir grup muafiyeti tebliğine geçilmesini eleştiriyorum; benim eleştirim bu yönde. Bunu bir kenara bıraktıktan sonra, "biz 2007'de yüzde 100'den yüzde 40'a indik" eleştirisi kendi içinde tutarlı olsa da, benim bu başlangıçta, yani yüzde 100'de de olmaması gerektiği düşüncemin biraz aksine oluyor; benim söylemeye çalıştığım şey o.

Müsaade ederseniz bir tespit de bulunayım. Yüzde 30 ve 40 fark ediyor. Daha önce Benkar kararında fark etmedi ama, eğer yüzde 30 ya da 40 olarak konulmuş olsaydı Benkar kararında Benkar'a bir ihlal cezası çıkacaktı. Yine aynı şekilde "Johnson & Johnson" kararında da yüzde 30 civarında olduğu söyleniyor. Onu tam bilemiyorum; çünkü "civarında" ifadesi var. Dolayısıyla zaman zaman fark edilebiliyor.

Bunların hepsinin ötesinde bir de şu fark ediliyor: Yine Ayşe Odman'ın söylediği şey; bunlar başvursaydı ne olurdu, niye bildirim zorunluluğu olmadığı için pazar payı eşliğini getirmedik? Bence de fazla bir şey olmazdı; çünkü, en azından o aşamada yüzde 40 öngörülmüş olsaydı, mesela bugün Mey İçki ve Coca-Cola, 5 yıllık uygulamaları neticesinde bireysel muafiyet şartlarına haiz olmadıkları tespitinin yapıldığı davalar açısından, daha doğrusu incelemeler açısından, dosyalar açısından bir cezaya tabi olurlardı, idari para cezasına çarptırılmış olurlardı. Ben mesela Coca-Cola örneğini biraz biliyorum. Eminim ki, 2002'de daha erken başvururdu, Rekabet Kurumunun resen bir pazara el

atmasını beklemezsiniz daha erken bireysel muafiyete başvurup, dikey rekabeti daha üst seviyeye çekmek için bazı fırsatlar sağlanmış olurdu.

Yalnız, -burada bir paragraf ekliyorum ve sözlerimi bitiriyorum- bunların hepsi, bu eleştirilerin hepsi aslında bazı açmazlardan ya da bazı sıkıntılardan kaynaklanan şeyler. Mesela bir kartele, cirosu büyük olana yüzde 2 para cezası verilmiş, aynı şeyi yapana yüzde yarım verilmiş. Niye diye bakıyorsunuz; çünkü onun cirosu 4'te 1'i, yani onun ekonomik yapısı buna mümkün değil.

Tabii, şimdi biz biraz, rekabet kültürünü ve rekabet anlayışının olmamasından dolayı işletmeleri de isyan ettirmeden bir rekabet politikası uygulamaya çalışıyoruz. Neden? Çünkü, aslında kartellerden gerçek zararı gören tüketicilerden böyle bir talep yok. Tüketiciler, kimse Rekabet Kuruluna, "bu kartellerden bizi kurtarın, bizi soyuyor bu arkadaşlar, niye siz bunlara böyle yapıyorsunuz" demiyor. Bunun denmediği noktada, o tüketiciler de siyasetin bir parçası olduklarına göre, hepsinin oy verme hakkı olduğuna göre, siyasi otoriteler de bunları dikkate almak durumunda kalıyorlar. İşte, küçük piyasa ekonomisi olmanın en önemli noktalarından bir tanesi bu. Ne yazık ki, -çok bağlantılı değil gibi gelebilir ama bence bağlantılı- 45 milyon oy verenin, buna mukabil 8.5 milyon sigortalı çalışanın, yani stopaj yükümlüsünün, 1 milyon da serbest meslek şeyi veren kişilerin olduğu bir ortamda bu sistemi çok fazla oturtamıyorsunuz, daha doğrusu siyasi olarak yapabilecekleriniz sınırlı kalıyor.

Bu açıdan bence Rekabet Kurulunun hakkını teslim etmek lazım. Rekabet Kurulu büyük ihtimalle, -bu dengeleri en doğru tartabilecek noktada- işletmeler ve Türkiye'deki ekonomi politikası açısından bu dengeyi kurmaya çalışıyor. Ben o anlamda her seferinde şeyi söylemeye çalışıyorum; Rekabet Kurumu bence eleştirileri en doğru olarak göğüsleyebilen ve en güzel tepkileri aldığımız kurumlardan. Tabii, biz mesleğimiz icabı devlet kurumlarıyla çok iç içe oluyoruz. O anlamda ben de Rekabet Kurumunu her zaman hem ziyaret etmekten, hem de çalışmaktan çok mutlu olduğumu bu vesileyle söylemiş olayım.

REKABET HUKUKUNDA
GÜNCEL GELİŞMELER SEMPOZYUMU-VI

4-5 Nisan 2008
KAYSERİ

III. OTURUM

Oturum Başkanı
Doç. Dr. Murat ŞEN

Doç Dr. Murat ŞEN (Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekan Yardımcısı)- Bu üçüncü oturumda ele alacağımız konu, “Normlar Hiyerarşisi Bağlamında Rekabet Kurulunun Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi” olacak.

Önce, çok değerli konuşmacılarımız Rekabet Uzmanı Sayın Haluk Arı, Doçent Doktor Sayın Ender Ethem Atay, kendi tebliğ konularıyla alakalı konuyu farklı boyutlarıyla ele alacaklar, daha sonra konunun açılımını siz kıymetli konuklarımızla birlikte gerçekleştirmiş olacağız.

Sözü edilen konu, Rekabet Kurulunun düzenleyici işlem yapma yetkisi hem Rekabet Kurulu bakımından, hem de Rekabet Kurulunun düzenleyici işlemlerine tabi olan kişiler açısından, iki yönden de çok önem arz eden bir konu. Özellikle Türk ceza hukukundaki son gelişmeler, yine idare hukukundaki yeni gelişmeler çerçevesinde konunun daha ilgi çekici hâle geldiğini düşünüyoruz.

Bu “panel” ismini verdiğimiz üçüncü oturumda genel hatlarıyla şu sorulara cevap bulmaya çalışacağız:

- * Bir Bağımsız İdari Otorite niteliğindeki Rekabet Kurulunun düzenleyici işlem yapma yetkisinin hukuki dayanakları nelerdir? Öncelikle cevaplandırılması gereken soru bu olacak.
- * Kendisine verilen bu yetkiyi hangi sınırlar içerisinde kullanabileceğini tartışacağız.
- * Bu çerçevede hukukun genel ilkeleri, Anayasanın ve kanunların ilgili hükümleri, Rekabet Kurulunun düzenleyici işlem yapma yetkisini nasıl etkileyecek? Bu sorunun da cevabını bulmaya çalışacağız.
- * Hakkında genel bir kanuni düzenleme bulunan bir konuda Kurulun kısıtlayıcı, yasaklayıcı nitelikli düzenleyici işlem yapabilir yapamayacağını bu oturumda öğrenmiş olacağız.

Şubat ayında yürürlüğe giren, 2008’in Ocak’ın 23’ünde kabul edilen 5728 Sayılı Kanunla birtakım değişiklikler oldu. Sayın Haluk Arı bu çerçevede, “5728 Sayılı Kanunla Rekabet Kuruluna Verilen Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik Çıkarma Yetkisinin, Suç ve Cezada Kanunilik İlkesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi” konusunu anlatacak.

**REKABET KURULU'NA 5728 SAYILI KANUNLA VERİLEN,
CEZALARA İLİŞKİN YÖNETMELİK ÇIKARMA YETKİSİNİN
KANUNİLİK İLKESİ BAĞLAMINDA
DEĞERLENDİRİLMESİ**

M. Haluk ARI*

İlk olarak, açık bir şekilde bilmediğim bir şeyi asla doğru olarak kabul etmem. İkinci olarak, doğru çözüme ulaşmak için incelediğim konuyu mümkün olduğu ölçüde küçük parçalara ayırır, ondan sonra analiz ederim. Üçüncü olarak, küçükten başlayarak büyüğe doğru adım adım ilerleyerek düşüncelerimi netleştirmeye çalışırım. Nihayet, son olarak, her durumun sonucunu ortaya koyar ve genel olarak gözden geçiririm.

Descartes

GİRİŞ

İnsanların bir arada yaşamaları, kaçınılmaz olarak toplumsal ve ekonomik birçok ilişkinin kurulması sonucunu doğurmaktadır. Bu ilişkilerin kaosa neden olmamaları ve sosyal barışın korunması için, belirli kurallarla düzenlenmeleri gerekmektedir. İnsan doğası gereği, sadece düzenleme getiren bir kurala uyumun söz konusu olmayacağı düşüncesi ise kuralın yaptırımı bağlanmasını zorunlu kılmaktadır.

Toplumsal ve ekonomik alanda yaşanan gelişmeler devletin müdahale alanını genişletmekte, toplumsal düzeni korumak konusunda idarenin bazı yetkilerle donatılmasını gerektirmektedir. Özellikle suç denilen ve münhasıran ceza hukuku alanına giren hukuka aykırılık hallerine ilişkin anlayışın zaman içinde değişmesi neticesinde, bazı hukuka aykırı fiillerin idare tarafından kovuşturma yapılarak yaptırımı bağlanmasıyla da artan ve çeşitlenen idarenin

* Rekabet Uzmanı. Çalışmadaki görüşler yazara ait olup, Rekabet Kurumu'nu bağlamamaktadır. Çalışmayı gözden geçiren Rekabet Uzmanı Ebru ÖZTÜRK'e teşekkür ederim.

yaptırım uygulama yetkisi, ortaya birçok soru işareti ve çözümlenmesi gereken sorun çıkarmaktadır.

Başta vergi hukuku, rekabet hukuku gibi alanlar olmak üzere, idareye giderek daha yaygın bir şekilde yaptırım uygulama yetkisinin tanınması, “İdari Ceza Hukuku”, “Cezaî İdare Hukuku”, “Düzene Aykırılıklar Hukuku” gibi farklı adlarla anılan ve ceza hukukundan bağımsız bir disiplinden söz edilip edilemeyeceği konusunu gündeme taşımaktadır. Hem idare hem de ceza hukukunun karakteristik özelliklerini haiz olan bu alanda, ceza hukukuna özgü kanunilik, belirlilik, adil yargılanma hakkı, *ne bis in idem* gibi genel ilkelerle, iştirak, içtima, teşebbüs, tekerrür gibi hususların ne derece geçerli olacağı ilk anda sayılabilecek başlıca tartışmalı konulardır. Tebliğimiz, bu sorunlu hususların başında gelen kanunilik ilkesinin, genelde idarenin uyguladığı yaptırımlar bakımından ve özelde ise 5827 sayılı Kanun’la¹ Rekabet Kurulu’na (Kurul) verilen cezaların uygulanmasına ilişkin yönetmelik bakımından uygulanmasını tartışmayı amaçlamaktadır.

Tebliğ’in birinci bölümünde, idare ile ceza hukukunun kesiştiği noktada yer alan ve bu iki alandan beslenen idari ceza hukukunun ortaya çıkışı ve kavramsal düzeydeki tartışmalar ele alınacaktır. Ceza hukukuna özgü, suç ve ceza gibi kavramların ve genel ilkelerin bu alanda ne ölçüde geçerli olduğu, tartışmaların önemli bölümünü teşkil etmektedir. Esasa ilişkin tartışmalarda yaşanan karmaşa bir ölçüde, kavramlar üzerinde bir uzlaşma olmamasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, öncelikle nerede durduğumuzun görülmesi uygun olacaktır.

İkinci bölümde, idari yaptırımlar bağlamında tartışmalı konular arasında en başta gelen ve ceza hukukunun genel ilkelerinden biri olarak, bugün artık evrensel düzeyde kabul görmüş, suç ve cezaların kanuniliği ilkesi incelenecektir. Kanunilik ilkesinin hangi ihtiyaçtan doğduğu, kapsamı, zaman içinde geçirdiği değişme bu bölümde yer alan başlıca konulardır.

Üçüncü bölümde ise, önce, idare tarafından konulan suç ve cezaların bu ilke karşısındaki durumu, öğretisi ve yargı kararlarıyla yansıtılmaya çalışılacaktır. Bu bilgiler ışığında, Kurul’a, 5728 sayılı Kanun ile 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da (4054 sayılı Kanun) yapılan değişikliklerle verilen, cezalara ilişkin yönetmelik çıkarma yetkisinin durumu değerlendirilecektir.

¹ 8.2.2008 tarih ve 26781 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan, 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.

1. İDARİ CEZA HUKUKU ve İDARİ YAPTIRIMLAR

İdarenin kendisine verilen görevleri yerine getirebilmesi için yaptırım uygulama yetkisi ile donatılması gerekmektedir. Çeşitlenen toplumsal ve ekonomik ilişkiler nedeniyle idare tarafından uygulanan yaptırımların yaygınlaşmasının yanı sıra, suç olmaktan çıkarma akımının bir sonucu olarak, önceden klasik ceza hukuku anlamında suç kabul edilen bazı fiillerin kabahat olarak tanımlanarak idare tarafından cezalandırılması da idarenin yaptırım sahasını genişletmektedir. Böylece ceza hukukundan ayrı olarak bir idari ceza hukukunun var olup olmadığı, klasik ceza hukukuna ait kavramlar olan suç ve ceza gibi terimlerin, idare tarafından yaptırım uygulanan fiiller ve yaptırımlar için kullanılıp kullanılmayacağı, ceza hukukuna ilişkin genel ilkelerin ne ölçüde idare tarafından yaptırım uygulanırken dikkate alınacağı gibi tartışmalar gündeme gelmektedir.

1.1. İdari Ceza Hukuku ve Suç Olmaktan Çıkarma

İdarenin toplumsal düzeni korumak ya da bozulan toplumsal düzeni telafi edebilmek amacıyla, bireylere idari nitelikli bir cezayı tatbik etmesi durumunda, idari ceza hukukundan bahsedileceği belirtilmektedir². İdarenin uyguladığı yaptırımlar, “İdari Ceza Hukuku”, “Cezai İdare Hukuku” ve “Düzene Aykırılıklar Hukuku” gibi farklı adlar altında anılmaktadır³. İdari ceza hukuku ise sosyal düzeni korumak ve bu amaçla düzeni bozucu davranışları önlemek için idareye verilen yetkilerin nasıl kullanılacağını, sosyal düzeni bozucu davranışların neler olduğunu ve bunları önleyici ne gibi ceza ve önlemlerin uygulanabileceğini gösteren hukuk dalı olarak tanımlanmaktadır⁴.

Bugün, idari ceza hukuku adı altında anılanların önemli bir bölümünü, suç olmaktan çıkarma akımının sonucu olarak, artık ceza kanunları kapsamında suç olarak değerlendirilmesi uygun görülmeyen bazı eylemlere, idare tarafından kovuşturma yapılması ve yaptırım uygulama yetkisinin verilmesi neticesinde ortaya çıkan kuralların oluşturduğu görülmektedir⁵. Suç olmaktan çıkarma

² Mahmutoglu, F. M. “Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi, İstanbul 1995, s. 53

³ Oğurlu, ceza hukukuna özgü kavramların kullanılmasının kavram karmaşasına neden olarak, sakınca yaratabileceğini belirtmekte ve idari ceza hukuku yerine “idari yaptırım hukuku” kavramının kullanılmasını önermektedir. Oğurlu, Y. “İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış ve İdari Yaptırım-Ceza Yaptırımı Ayrımı”, A. Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:III, Sayı:1, s.146-148

⁴ İçel ve Donay, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım 1. Kitap, Beşinci Bası, s. 31

⁵ Bu tür idari yaptırımlar, genel olarak Alman hukukundan esinlenen bir kavram olan “Düzene Aykırılıklar Hukuku” adıyla anılmaktadır. Oğurlu, bu ayrımı şu şekilde

akımının esas itibari ile iki yönü bulunmaktadır. İlki, suç kavramına yaklaşımın zaman içerisinde değişmesi nedeniyle artık işlevi kalmamış bulunan eylemlerin suç olmaktan çıkarılarak, bunlar için başkaca herhangi bir kamusal yaptırım öngörülmemesi (*décriminalisation*); bir diğer yönü ise fiilin suç olma niteliğini kaybettiği kabul edilmekle birlikte, hukuka aykırılığının devam etmesi neticesinde ceza hukuku alanı dışına çıkarılarak, sadece idari yaptırımlar uygulanmasının uygun görülmesidir (*dépénalisation*)⁶.

Suç olmaktan çıkarma hareketlerinin çeşitli gerekçeleri bulunmaktadır. Başta gelen nedenler arasında, önemsiz sayılabilecek bazı ihlaller nedeniyle, mahkemelerin iş yüklerinin aşırı derecede artması ve bu durumun zaman kaybına yol açarak yaptırımların etkinliğini zayıflatması gösterilmektedir⁷. Bir başka önemli gerekçe, bu eylemlerin ceza kanunlarında yer almasının, kişisel özgürlüklerin ancak zorunlu hallerde kısıtlanabileceği ve ceza hukukunun toplumsal düzeni korumak için son araç olabileceği yönündeki çağdaş düşünce ile çelişmesidir⁸. Zira ceza hukuku yaptırımlarının hukuka aykırı fiillerde kullanılacak son çare olduğu, diğer hukuk dallarındaki mevcut yaptırımların yetersiz olması halinde, devletin, fiili ceza yaptırımı ile karşılayacağı, diğer

açıklamaktadır: “Alman Hukuk literatüründe de tam olarak İdari Ceza Hukuku olarak tercüme edilebilecek bir kavram olan “Verwaltungsstrafrecht” tamlaması idari yaptırımları konu edinen bir hukuk dalı anlamında kullanılmaktadır...Düzene Aykırılıklar Hukuku’nu da içeren bu kavram, kriminal içerik taşımayan ve dolayısıyla ceza tehdidi içermeyen, ancak bununla beraber idari ihlal eylemi şeklinde ortaya çıkan hukuk ihlalleri ve karşılığında uygulanabilen yaptırımları konu edinen hukuk dalı olarak tanımlanmaktadır. Ancak kavramın idari yaptırım sisteminin tümünü kapsayıcı şekilde olmadığı anlaşılmaktadır. Tanımdan Düzene Aykırılıklar Hukukunun temel yaptırımının para yaptırımı olduğu, diğer idari yaptırımların ise Düzene Aykırılıklar Hukukuna dahil edilemeyeceği anlaşılmaktadır. Düzene Aykırılıklar Hukuku, İdare Hukukundan çok, Ceza Hukukuna yakın ve oradan beslenen, kabahat olmaktan çıkarılan belirli eylemleri konu edinen ve Alman Hukuk sisteminde yeni bir dal olarak gelişme gösteren bir alanı ifade etmektedir.”, Oğurlu, Y., İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma, Ankara 2001, s. 30-31

⁶ Mahmutoğlu, s. 13; Özen, M. “Rekabet ve Ceza Hukuku”, s. 245-246, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve bu Kanun'da değişiklik yapılmasına ilişkin taslak: sempozyum bildiriler - tartışmalar - panel (7-8 Ekim 2005) içinde, Ankara 2006, Özen bu ayrımı suç olmaktan çıkarmanın mutlak ve nisbi sonuçları olarak tanımlamakta ve üçüncü bir yön olarak kovuşturmadan ayrılmayı (*diversion*) saymaktadır. Ayrıca bkz. Yargılama Düzeninde Kalite, Tüsiad Raporu, Kasım 1998, s.72 [http://www.tusiad.org/tusiad_cms.nsf/LHome/05D36BC5D355E888C225733F002F8B79/\\$FILE/yargilama.pdf](http://www.tusiad.org/tusiad_cms.nsf/LHome/05D36BC5D355E888C225733F002F8B79/$FILE/yargilama.pdf) ;

⁷ Oğurlu, “İdari yaptırımlara...”, s. 156; Mahmutoğlu, s. 13;

⁸ Mahmutoğlu, s. 13

hukuk dallarıyla önlenebilecek fiillerin suç kapsamına alınması suretiyle cezalandırılmasının hak ve özgürlüklerin orantısız biçimde sınırlandırılması anlamına geleceği belirtilmektedir⁹. Bu görüşü tamamlayıcı nitelikte bir başka gerekçe ise “her sosyal sapmanın suç haline getirilmesinin suç enflasyonuna neden olduğu ve yapılan yargılamalar sonucunda verilen cezaların yetersizliğinin adalete olan güvenin sarsılmasına yol açtığı” düşüncesidir¹⁰.

Suç olmaktan çıkarma ve dolayısıyla idari ceza hukuku ve genel ceza hukuku ayırımının teorik temelleri ilk kez 18. yüzyılda Almanya’da ortaya çıkmış ve oradan İtalya, Avusturya, Fransa gibi birçok ülkeye yayılarak, geçtiğimiz yüzyılda da kanun hareketlerinde gözlenmiştir¹¹. Örneğin, Almanya’nın 1952 yılında çıkarmış olduğu “Düzene Aykırılıklar Kanunu” ile kabahat olarak kabul edilen fiiller suç olmaktan çıkarılarak, ceza kanununun kapsamı dışına alınmış ve bu eylemlerin kovuşturma ve cezalandırılmasında idare yetkili kılınmıştır¹².

Geç de olsa ülkemizi de etkileyen suç olmaktan çıkarma eğiliminin, 1980’lerle ilk izlerinin görüldüğü ve özellikle son yıllarda hız kazandığı görülmektedir¹³. Dikkat çeken ilk kapsamlı düzenleme, 24.4.2003 tarih ve 4854 sayılı “Bazı Kanunlardaki Cezaların İdari Para Cezalarına Dönüştürülmesine Dair Kanun”dur. 51 kanundaki, çok sayıda hürriyeti bağlayıcı ceza ve adli para cezası öngören suçun yaptırımının idari para cezasına dönüştürüldüğü kanunda, yetkili makam, kanun yolu ve tahsile ilişkin hükümlere de yer verilmiştir.

⁹ Yalçın, İ. Tüm Yönleriyle Kabahatler Hukuku, Ankara 2007, s. 24

¹⁰ Yalçın, s. 23

¹¹ Mahmutoğlu, s. 20-40

¹² Yalçın, s. 32-33; İçel ve Donay, s. 31; Özen, s.246.

¹³ Yukarıda değinilen suç olmaktan çıkarmanın gerekçelerine ilişkin öne sürülen görüşlerin, ülkemizde bu alandaki son adım olan 5728 sayılı Kanun’un genel gerekçesinde aynen şu ifadelerle yer aldığı görülmektedir: “Bazı ihlallerin cezaî yaptırıma bağlanması, çeşitli sakıncalar doğurabilmektedir. Bu ihlallerin suç olarak kalması yargılama sürecinde iş yükünü artırmakta ve zaman kaybına neden olmaktadır. Bu ise ceza hukuku yaptırımlarında aranan caydırıcılık gücünü ciddi şekilde zayıflatmaktadır. Suç olmaktan çıkarılan ancak toplumsal düzeni bozduğuna inanılan haksızlık oluşturan davranışlar, devlet idaresi tarafından cezalandırılabilir idarî bir yaptırıma bağlanmalıdır. Gelişen sosyal, siyasal ve ekonomik koşullar karşısında suç politikalarında da bir değişimin yaşanması kaçınılmaz bir gerçektir. Tasarıyla, bu değişim ve ilkelere uygun olarak haksızlık oluşturan hareketin niceliği ve bunun toplumsal ve siyasal yaşamdaki etkileri göz önünde tutularak bazı fiillerin yaptırımı idarî yaptırım olarak değiştirilmiş, bazıları da kabahat nevinden olan yaptırım çeşidinden çıkartılarak suç karşılığı bir ceza yaptırımına dönüştürülmüştür.”, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss56m.htm>

İkinci kapsamlı adım ise 30.3.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ile atılmıştır. Kabahatler Kanunu toplum düzenini, genel ahlakı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak amacıyla; kabahatlere ilişkin genel ilkelere, kabahatler karşılığında uygulanacak olan idari yaptırımların türleri ve sonuçlarına, kabahatler dolayısıyla karar alma sürecine ve idari yaptırım kararlarının yerine getirilmesine ilişkin esasları belirlemiştir. 5326 sayılı Kanun'da kabahat, öngörülen amaca paralel olarak, "kanunun karşılığında idari yaptırım öngördüğü haksızlık" olarak tanımlanmış ve 16 ncı maddede yer alan "kabahatler karşılığında uygulanacak olan idari yaptırımlar, idari para cezası ve idari tedbirlerden ibarettir" hükmü ile kabahatler için öngörülen yaptırımlar belirlenmiştir.

Kabahatler Kanunu'nun 3 üncü maddesinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi üzerine, 5560 sayılı Kanun ile hem iptal kararına uygun olarak düzenleme yapılmış hem de Kabahatler Kanunu'nun uygulanmasından doğan tereddütleri gidermek amacıyla, bu alanda bir adım daha atılmıştır. En son olarak ise 23.1.2008 tarihinde kabul edilen 5728 sayılı Kanun ile aralarında 4054 sayılı Kanun'un da bulunduğu çok sayıda kanunda, temel ceza yasaları olarak adlandırılan "Türk Ceza Kanunu", "Kabahatler Kanunu" ve "Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun"a uyum sağlamak amacıyla değişiklikler yapılmıştır.

Bazı fiillerin, bu şekilde ceza kanunu kapsamından ve böylece suç olmaktan çıkarılması, suçlar ile kabahat veya düzene aykırılıklar olarak adlandırılan bu fiiller arasındaki farkın ne olduğu, nasıl belirlendiği sorusunu akla getirmektedir. Bir başka deyişle suç ile kabahat arasındaki ayrım nitelik farkından mı yoksa nicelik farkından mı kaynaklanmaktadır? Konunun korunan hukuksal yarar, hukuka aykırılık, fiilin maddi konusu gibi muhtelif yönlerden oldukça tartışmalı olduğu belirtilmelidir¹⁴. Bir fiilin suç olarak nitelendirilmesinin toplumdan topluma ve zaman içinde farklılık göstermesi nedeniyle, suçlar ile kabahatler arasında niteliksel olarak kesin bir sınır çizmenin söz konusu olmadığı yönündeki baskın görüşe katılmaktayız. Nitekim rekabet hukuku açısından bakıldığında örneğin karteller için ABD, İsrail, Norveç, İngiltere gibi ülkelerde hapis cezası öngörüldüğünü, buna karşılık Türkiye, Almanya gibi ülkelerdeki yaptırımın idari para cezası olarak kabul edildiğini görüyoruz¹⁵. Bu nedenle, suçlar ile idari suçlar veya kabahatler arasındaki ayrımın, esas olarak niceliksel olduğu, kanun koyucunun suç

¹⁴ Tartışmalarla ilgili detaylı bir okuma için bkz. Mahmutoglu, 56-93; Dönmezer ve Erman, Cilt I, s. 352-359

¹⁵ Yine ülkemizde, bir kartel türü olduğu kabul edilen ihaleye fesat karıştırılmasının Türk Ceza Kanunu'nda suç olarak tanımlanması da buna ilişkin bir başka örnektir.

politikasına bağılı olarak daha çok pratik nedenlerle şekli bir ayırım yapıldığı ve kanun koyucunun bazı hukuka aykırılıkları daha az önemli görerek idari yaptırıma bağladığını kabul etmek daha doğru olacaktır¹⁶.

1.2. İdari Yaptırımlar

İdari yaptırımları en basit haliyle, organik ayırma uygun şekilde, idare tarafından uygulanan yaptırımlar olarak tanımlamak mümkündür. Nitekim Anayasa Mahkemesi de idari yaptırım, “idarenin bir yargı kararına gerek olmaksızın yasaların açıkça verdiği bir yetkiye dayanarak idare hukukuna özgü yöntemlerle doğrudan doğruya bir işlemi ile uyguladığı yaptırımlarla, verdiği cezalar” olarak tanımlamıştır¹⁷.

Tanım bakımından fonksiyonel ölçüt benimsendiğinde bir uzlaşma sağlanabilmekle birlikte, idari yaptırımlardan söz edildiğinde ilk dikkat çekici husus, önceki bölümde olduğu gibi ve esasen oradaki tartışmanın bir sonucu olarak, terminolojiye ilişkin gerek öğretide gerekse uygulamada bir birliğin olmamasıdır. İdari yaptırımların ceza hukukundan esinlenerek ceza olarak adlandırılıp adlandırılmayacağı, fiile suç denilip denilemeyeceği gibi hususlarda görüş birliğine ulaşılamamıştır. Ceza hukuku kapsamından çıkarılan hukuka aykırılık hallerinin de bu karışıklığı artırdığı görülmektedir.

Her ne kadar ceza hukukuna ait kavramların kullanılmasının sakıncalarına işaret eden çok sayıda yazar bulunsa da kavramlarda bir birlik sağlanamadığı ve idari yaptırım, idari ceza, idari ihlal, idari suç, düzene aykırılık, yaptırım, idari para cezası, kabahat gibi farklı adların kullanıldığı görülmektedir. Terminoloji konusunda hassas olunması gerektiği uyarısını yapan Mahmutoğlu, “idari ceza hukuku kapsamına giren eylemlerin artık gerçek anlamda suç olarak kabul edilmemeleri ve ayrı bir hukuksal rejime tabi tutulmaları terimlerin seçiminde yol gösterici olmalıdır. Öyle ise, idari yaptırım ve tedbirlere konu olan bu davranışların ceza hukukuna özgü temel kavramlarla açıklanmasından özellikle kaçınılmalıdır. Başka bir ifade ile gerçek anlamda suç izlenimi doğurabilecek terimler tercih edilmemelidir. Bu çerçevede, idari suç,

¹⁶ Yalçın, s. 22-23; Dönmezer ve Erman, s. 410; Mahmutoğlu, s. 86-93; Hafizoğulları, Z. (2005) Türk Ceza Hukuku Ders Notları, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2005, <http://www.abchukuk.com/dersnotlari/cezagenel2.doc>, s. 4-10. Nitekim Oğurlu da “Farklı adlarla isimlendirilmelerine karşın İdarenin kendine özgü bir yaptırım sistemi olduğu ortadadır. İdari Ceza Hukuku, Cezai İdare Hukuku ve Düzene Aykırılıklar Hukuku gibi farklı adlandırmalarla ifade edilmek istenen, İdarece saptanan belirli eylem ve davranışlar ile İdarece uygulanan yaptırımlar sistemidir.” demek suretiyle bir anlamda bu yaklaşımı doğrulamaktadır.

¹⁷ Anayasa Mahkemesi, 23.10.1996 tarih, E.1996/48, K.1996/41 sayılı Karar ve 21.9.2004 tarih, E.2002/100, K.2004/108 sayılı Karar

idari kabahat ve idari ceza gibi terimlerin kullanılması bizce doğru değildir.” diyerek, artık kendine özgü bir hukuk dalı olan bu alan bakımından, “Düzene Aykırılıklar Hukuku”, “düzene aykırılık”, “para yaptırımı” ve yaptırım gibi terimlerin kullanılmasının daha doğru olacağını savunmaktadır¹⁸. Bu görüşte olan bir diğer yazar Oğurlu ise benzer şekilde terminoloji konusuna dikkat çeken Gölcüklü, Özay gibi yazarları da hatırlatarak idari ceza yerine “idari yaptırım”, idari suç yerine ise “idari ihlal” kavramını tercih etmektedir¹⁹.

Diğer tarafta ise, idari ceza terimini kullanmayı tercih eden Kunter, “idari suç denilen de suçtur, idari ceza denilen de cezadır. Mesele hepsine hakim yetiştirememekten doğmuştur. Şu veya bu makamın karar vermesi, onların niteliğine te’sir etmez. Hepsi suçtur ama, kimisini hakim şu usulle, kimisini İdare bu usulle cezalandırır. Gerçi terminoloji meselesi ama, hakim ve idarenin verdiği ortak tarafını belirten ve haksız fiil ile tazminattan ayıran bir terime de ihtiyaç vardır. Bu da bizce cezadır.”²⁰ derken, fiilin hukuka aykırılığını daha güçlü vurgulaması nedeniyle pratik bir yol benimsemiştir. Kanaatimizce de özellikle cezai niteliği ağır basan parasal yaptırımlar göz önüne alındığında, idari para cezası tabirinin kullanılması, fiilin hukuka aykırılığını etkili bir şekilde gösterdiği için daha uygun olacaktır.

Kavramlara ilişkin öğretilerdeki görüş farklılığı, uygulamada da mevcuttur. Anayasa Mahkemesi’nin yukarıda yer verilen tanımında, idarenin uyguladığı yaptırımları “ceza” olarak adlandırmıştır. Diğer taraftan Kabahatler Kanunu’na baktığımızda ise idari yaptırımlar arasında, “idari para cezaları”nın sayıldığını görüyoruz. Kabahatler Kanunu’nun genel gerekçesinde de açıkça “idari suç” tabiri kullanılmaktadır: “*Kabahatleri suç olmaktan ve ceza kanunlarının kapsamı dışına çıkarma eğiliminin bir sonucu olarak; çeşitli hususlarda düzenleme getiren özel kanunlarda bazı fiiller karşılığında idari yaptırımlar*

¹⁸ Mahmutoglu, s. 97-101. Yazarın kitabının bu sayfalarında diğer yazarlarca kullanılan farklı kavramların bir özeti verilmektedir.

¹⁹ Oğurlu, s. 145, 149. Yazar aynı şekilde idari suç yerine de “idari ihlal” terimini önermekte ve kullanmaktadır.

²⁰ Kunter’den nakleden Mahmutoglu, s.97. Benzer şekilde Hafizoğulları da “*Öte yandan, burada, “idari ceza” ile müeyyidelendirilmiş olan hukuka aykırı fiillerle, yani “idari suçlar” ile ceza ile müeyyidelendirilmiş olan hukuka aykırı fiilleri, yani “suçları” aynı tutmamak gerekmektedir. Bunlar, yukarıda belirtildiği üzere, özde aynı olan, ama biçimde farklı olan fiillerdir. Kısacası, müeyyidenin türü, hukuka aykırı fiilin türünü de belirlemektedir. Böyle olunca, kanun koyucunun, hukuka aykırı fiillerden “ceza müeyyidesi” ile cezalandırdığı fiiller suç, buna karşılık “idari ceza müeyyidesi” ile cezalandırdığı fiiller “ idari suç” olmaktadır.*” diyerek, suçlar ile idari suçlar arasında sadece şekli bir ayırım olduğuna işaret etmektedir Hafizoğulları (2005), <http://www.abchukuk.com/dersnotlari/cezagenel2.doc>.

öngörülmektedir. Başka bir deyişle, bu fiiller, “idari suçlar” olarak tanımlanmaktadır. Bu fiiller karşılığında, genellikle parasal nitelikte bir yaptırım öngörülmektedir. Ancak, bu yaptırım, bir ceza hukuku yaptırımı olan “adli para cezası” değil; idari yaptırım olarak “idari para cezası” niteliği taşımaktadır.” ifadelerine yer verilmiştir²¹. Gerekçede, idare tarafından uygulanan parasal yaptırımları, mahkemeler tarafından verilen para cezalarından ayırma gayreti dikkat çekmekte ve öncekiler için “idari para cezası” tabiri kullanılmaktadır.

Esasen Kabahatler Kanunu’nda, kabahat için “kanunun karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlaşılır.” tanımının getirilmesi, önceden ceza hukukunda daha hafif hukuka aykırılık hallerini cürümlerden ayırmak için kullanılan bir terimi dönüştürerek, bir anlamda mevcut kavram karmaşasına katkıda bulunmakla birlikte, terminolojide birlik sağlamaya da hizmet edebilecektir. Nitekim Özen, Kabahatler Kanunu’ndan sonra idari bir yaptırım gerektiren fiiller için, artık kabahat terimini kullanmanın gerekliliğini şu şekilde izah etmektedir: “Gerçekten Kabahatler Kanunu, bu kanun dışında idari yaptırma bağlanan fiilleri ‘kabahat’ olarak nitelendirmektedir. Bu Kanun’dan önce idari yaptırma bağlanan fiiller ‘idari suç’ olarak nitelendirilirken, 5326 sayılı Kanun ile bu fiiller için ‘kabahat’ ismi de kabul edilmiş bulunmaktadır. 765 sayılı TCK döneminde kabahat fiilleri ceza hukuku anlamında suç oluştururken, 5237 sayılı yeni TCK ile birlikte suç tek bir kategoriden oluşmakta ve kabahat şeklinde bir suç türü bulunmamaktadır. Böylece ‘kabahat’ artık idari suç için kullanılan bir terim halinde gelmiş bulunmaktadır.”²². Özen’in de belirttiği gibi, pratik olarak kabahat terimi artık bir farklılığı belirtmekte ve “suç” kavramının, ceza kanunu anlamında hukuka aykırılık teşkil eden fiiller için geçerli olan teknik bir terim olduğuna vurgu yapmaktadır²³. Bununla birlikte gerek mevzuatta halen farklı isimlerle anılan yaptırımlar gerekse yazarlar arasında bir görüş birliği olmaması nedeniyle, kabahat teriminin, idari yaptırma bağlanan ihlaller için kullanılmasının kısa zamanda gerçekleşmeyeceği beklenmelidir.

²¹ Yurtcan, E., Kabahatler Kanunu ve Yorumu, İstanbul, 2005, s.64-65.

²² Özen, s. 248. Ancak Hafızoğulları (2007) “kabahatlerin idare hukukunun konusunu değil, düzenlenişleri bakımından adli işlemler olduklarından, hala ceza hukukunun konusunu oluşturduğu” görüşündedir. http://www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/Ceza_Hukuku.doc

²³ Bununla birlikte Kabahatler Kanunu’nun 1 inci maddesindeki “toplum düzenini, genel ahlakı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak” amacından bahsedilmesi nedeniyle, bunların dışında kalan haller bakımından kullanılacak kavramlar bakımından belirsizliğin halen devam ettiği söylenebilir.

1.3. İdari Yaptırımların Türleri

İdare, para cezasından faaliyetin durdurulmasına kadar geniş bir yelpazede yaptırım uygulamaktadır. Ancak Kabahatler Kanunu'nda da yer verilen sistematige uygun olarak idari yaptırımları idari para cezaları ve idari tedbirler²⁴ olarak iki ana gruba ayırmak mümkündür. Konunun kapsamı itibariyle, burada sadece idari para cezalarına değinilecektir.

İdari yaptırımlar arasında en yaygın olanlarından idari para cezası, “toplumsal düzene aykırılık oluşturan eylemler nedeni ile yasanın açıkça izin verdiği durumlarda idarenin yargı organına başvurmadan kendisinin bizzat uyguladığı ve bir miktar paranın alınması biçiminde gerçekleştirilen mali nitelikli yaptırımlar”²⁵ şeklinde tanımlanmıştır. Tanımda, idari para cezasının bazı ayırıcı özellikleri dikkat çekmektedir. Bunlar kısaca, idarenin para cezası verebilmesi için kanunla açıkça yetkilendirilmesi gerektiği ve idarenin bir yargı kararına ihtiyaç olmaksızın para cezasını tatbik edebilmesidir.

Suç olmaktan çıkarılan birçok hukuka aykırılık halinin idari para cezası ile karşılandığı görülmektedir. Diğer yandan devletin ekonomik hayata giderek artan müdahalesinin bir sonucu olarak ortaya çıkan, Rekabet Kurulu'nun da aralarında olduğu düzenleyici otoritelerin de başta para cezaları olmak üzere, muhtelif idari yaptırımlar uygulama yetkisi ile donatılmış oldukları dikkat çekmektedir. Dünyadaki genel eğilime paralel olarak, özellikle bu tür kurumlar tarafından uygulanan para cezalarının yükseklikleri kayda değerdir. İdari para cezalarının yüksekliği ise hukuki niteliklerinin tartışılmasını gerektirmektedir.

1.4. İdari Yaptırımların Hukuki Niteliği

İdari yaptırımlar, özellikle teknik ve karmaşık düzenlemelerin olduğu alanlarda, etkili bir cezalandırma aracı olarak görülmektedir. Ayrıca idari yaptırımların, baştan yargıç müdahalesine gerek olmaması, usul açısından basit ve hemen uygulanabilir nitelikte olması ve sosyal açıdan kabul edilebilir oluşu gibi avantajlara sahip olduğu da kabul edilmektedir²⁶. Ancak, özellikle yüksek miktarlara ulaşan para cezaları veya bazı hallerde girişim özgürlüğünün ortadan kaldırılması olarak yorumlanabilecek faaliyetin durdurulması gibi yaptırımlar, idare tarafından uygulanan bu yaptırımların hukuki niteliğini tartışmalı hale getirmektedir. Tartışmaların odak noktasını, genel olarak bu alan bakımından ceza hukukunun genel ilkelerinin geçerli olup olmadığı ve idare tarafından yaptırım uygulanırken bu ilkelere uyulmasının gerekip gerekmediği sorusu

²⁴ Kanun'da idari tedbirler mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirler olarak sayılmıştır.

²⁵ Anayasa Mahkemesi, 23.5.2001 tarih, E.2001/232, K.2001/89 sayılı Karar.

²⁶ Tan, s. 99

oluşturmaktadır. İşte idari yaptırımlar karşısında kişilere güvence sağlamak adına gerek yargı kararları gerekse kanuni düzenlemelerle esasa ve usule yönelik bazı ilkelerin benimsenmeye çalışıldığı görülmektedir²⁷.

İdari cezaların tabii oldukları hukuki rejim ve ceza hukuku prensiplerinin idari cezalara uygulanabilirliği konusunda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) kararları ile çizilmiş olan bir çerçeve mevcuttur. AİHM, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6 ncı maddesi²⁸ bağlamında, cezai kavramının özerk bir nitelik arz ettiğini vurgulayarak, sözleşmeye taraf olan devletlerin, bir yaptırımı iç hukukta idari yaptırım olarak adlandırmalarının sadece göreceli bir anlamı olduğunu, ithamın niteliği ve uygulanabilecek cezanın şiddeti de dikkate alınmak suretiyle, ceza yaptırımı yanının ağır bastığı karara vardığı disiplin cezaları ve bazı para yaptırımları için, Sözleşme'nin adil yargılanmayı içeren 6 ncı maddesinin uygulanması gerektiğini kabul etmektedir²⁹. Buna göre, iç hukukta idari para cezası olarak adlandırılan bir yaptırımın, niteliğine bakılarak ceza hukuku alanında değerlendirilmesi söz konusu olabilecektir. Nitekim Wils de AİHS'nin 6 ncı maddesi anlamında kriminal sözcüğünün, amacı caydırıcılık ve cezalandırıcılık olan yaptırımlara işaret ettiğini belirterek, 1/2003 sayılı Tüzük'te³⁰ öngörülen cezaların bu ölçüt çerçevesinde kriminal nitelik taşıdığını reddetmenin imkansız değilse de zor olduğunu ifade etmektedir³¹.

AİHS'nin 6 ncı maddesi kapsamındaki “ceza alanının” belirlenmesinde AİHM'nin “organik” değil, “maddi” yorumu benimsemesinin sonucu olarak, bağımsız idari otoritelerin uyguladığı yaptırımların da “ceza alanına” girdiğinin ve söz konusu kararların mahkeme olmayan bağımsız idari otoriteleri, Sözleşme'nin 6 ncı maddesi gereklerine uymaya henüz zorlamasa da teşvik ettiğinin kabul edildiği belirtilmektedir³². Ancak Tan, bu görüşe katılmayanların olduğunu da belirterek, “Sözleşmenin 6&1 maddesindeki güvencelerin bağımsız

²⁷ Tan, s. 100

²⁸ AİHS'nin 6 ncı maddesi adil yargılanma hakkını güvenceye almaktadır ve kişinin, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili olarak çıkan uyuşmazlıklarda, gerekse cezai sorumluluğunu gerektiren suçlamalarda bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, makul bir sürede yargılanması isteme hakkını tanımaktadır.

²⁹ AİHM'nin 8.6.1976 tarihli Engel and Others v. the Netherlands ve 21.2.1984 tarihli Öztürk v. Germany kararları

³⁰ Council Regulation (EC) No. 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ L 1 of 4.1.2003.

³¹ Wils, P.J.W., “The Principle of *Ne Bis in Idem* in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis”, 2003, World Competition, 26(2), s. 133

³² Tan, s. 108

idari otoritelere uygulanabilirliği konusunda ilke bazında olmasa da, denetimin kapsamı ve hangi aşamada yapılacağı konusundaki belirsizliklerin sürdüğünü de vurguladıklarını” aktarmaktadır³³.

Akıllıoğlu ise AİHM kararları çerçevesinde idari yaptırımlar karşında bireylere tanınan ek güvenceler bağlamında, idari yaptırımlar bakımından dikkate alınacak ilkeleri şu şekilde saymaktadır: “İdari yaptırımlar, bir kimsenin uyma sorumluluğu altında bulunduğu kurallara uymaması sonucunda verilen para cezası veya diğer türden (özgürlüğü kaldıranlar hariç) idari işlemlerdir. Kanunilik ilkesi gereği hangi tür davranışların idari yaptırım doğurabileceği ve yaptırım türleri önceden kanunla belli olmalıdır. İdari yaptırımlar çerçevesinde kanıtlama yükümü İdareye düşer. Kuşku halinde birey bu durumdan yararlandırılır. Cezaların geriye yürümezliği, lehe olan yeni hükmün uygulanması, aynı suçtan iki kez ceza verilememesi ilkeleri bu alanda da geçerlidir. İlgilinin yaptığı ihlal birden çok idari makamın yetki alanına girmekteyse, her biri ayrı ayrı toplumsal menfaatlerin korunması ile görevli olan idareler aynı kimseye aynı fiil nedeniyle ayrı ayrı idari cezalar tayin edebilir.”³⁴

İdare hukuku ile ceza hukukunun kesiştiği noktada yer alan idari yaptırımların, kişi hak ve özgürlüklerini ilgilendirmeleri, bireylere belirli yükler getirmeleri, katı biçim koşullarına tabi olmaları gibi yönleriyle ceza hukukundan etkilenmeleri, doğrudan alınmaları ya da esinlenmeleri yadsınacak bir durum değildir³⁵. Ancak idare hukukunun özelliklerini de taşımaları dolayısıyla, kendine özgü nitelikleri olan bu yaptırımların uygulanmasında, sıkı sıkıya ceza hukuku ilkelerine bağlı kalmanın da mümkün olmadığı açıktır. Zira idari yaptırımların ceza hukukundaki yaptırımlarla aynı rejime tabi tutulmaları, idari yaptırımların etkinliğini azaltabilecek ve bu yaptırımların tercih edilmesi ile öngörülen amaçtan uzaklaştıracaktır. Bu nedenle kişilere güvence sağlanması ihtiyacıyla, idari yaptırımlara başvurmayı haklı kılan gerekçeler arasında bir denge kurmak için “genel ceza ilkelerinin idari cezaların niteliği ile bağdaştığı ölçüde uygulanması”³⁶ nın kabulü daha doğru bir yaklaşım olacaktır.

³³ Tan, s. 108

³⁴ Akıllıoğlu, T., “İnsan Hakları ve Yönetim Hukuku: Avrupa Yönetim Hukukunun Oluşmasında Avrupa İnsan hakları Mahkemesi Kararlarının Rolü”, <http://www.idare.gen.tr/akillioglu-insan.htm> , 6.3.2008

³⁵ Oğurlu, s. 175

³⁶ Tan, s. 103

2. SUÇTA ve CEZADA KANUNİLİK İLKESİ

2.1. Tanımı ve Tarihçesi

Kısaca kanunilik ilkesi olarak adlandırılan, suç ve cezaların kanuniliği (*nullum crimen, nulla poena sine lege*³⁷) ilkesinin özü, kanun tarafından suçun, yani ne gibi eylemlerin yasaklandığının hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde belirtilmesi ve aynı şekilde kanunun ihlal edilmesi halinde uygulanacak yaptırımın da yine kanun ile gösterilmesidir. Ancak aşağıda görüleceği üzere, kanunilik ilkesinden sadece bu anlaşılmamakta ve bu ilkenin farklı yönleri bulunmaktadır. Suçun kanunda tanımlanıp cezanın gösterilmemesi veya tam tersinin söz konusu olması durumunda ortaya konulan amaca ulaşılması kabil olmayacağı için bu iki ilke genel olarak birlikte anılmaktadır. Bu ilkeler, bireyin özgürlüğünün sınırlarını önceden bilmesi ve böylece toplum içi davranışlarını buna göre düzenleme olanağı yemsi yönünden bireysel özgürlüğün en esaslı güvencesi olarak görülmektedir³⁸.

Kanunilik ilkesinin hukuk metinlerinde görülmesi için 18. yüzyıla kadar beklemek gerekmiştir. Ancak bu tarihten önce, doktriner tartışmaların varlığı dikkat çekmektedir. Bu dönemde kanunilik ilkesi Voltaire, Montesquieu, Rousseau, Hobbes gibi Aydınlanma Çağı'nın yazarlarınca ve Beccaria, Feuerbach gibi hukukçularca da üzerinde durulan temel bir husus olmuş ve bir anlamda hukuki altyapısı hazırlanmıştır. Nitekim henüz 17. yüzyılda Hobbes "Bir fiilin icrasından sonra yapılan bir kanun onu suç haline getiremez. ...Kanundan önce yapılan fiiller için kanun geriye yürümez." diyerek kanunilik ilkesini kanunun geriye yürümeyeceği bağlamında dile getirmiştir³⁹.

İlkenin, yasal bir metin olarak ilk ortaya çıkışının ise Avusturya'da Kral II. Joseph tarafından çıkarılan 1787 tarihli Ceza Kanunu'nda yer alan "*Sadece mevcut kanunda suç olarak sayılanlar yasadışı eylemler olarak kabul edilecek ve işlem göreceklerdir.*" hükmü ile olduğu kabul edilmektedir⁴⁰. Kara Avrupası bakımından kanunilik ilkesinin dönüm noktasını Fransız İhtilali oluşturmaktadır.

³⁷ İlk defa Alman hukukçu Feuerbach tarafından kullanıldığı belirtilen (Mokhtar, A., "Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege: Aspects and Prospects", Statute Law Review 26(1), s.46) bu Latince terim ilkenin sembolü olmuştur. *Nullum crimen sine lege* suçun kanunla belirlenmesini, *nulla poena sine lege* ise cezanın kanunla belirlenmesini ifade etmektedir.

³⁸ İçel, K. ve S. Donay, s.81

³⁹ Mokhtar, s.47; Alacakaptan, U. İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi, Ankara, 1958, s.5;

⁴⁰ Glaser, S., "Nullum Crimen Sine Lege", Journal of Comparative Legislation and International Law, 3rd Ser., Vol.24, No.1 (1942) s.30; Hall, J. "Nulla Poena Sine Lege", Yale Law Journal, Vol.47, Num.2, December 1937, s. 168; Mokhtar, s. 46.

1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nin 7. maddesinde yer alan “hiç kimse önceden yayınlanmış bir kanuna göre suç teşkil etmeyen bir fiilden dolayı cezalandırılmaz” ifadesiyle kanunilik ilkesi pozitif hukuka girerek kendine sağlam bir yer edinmiştir⁴¹. Bildiri'nin yarattığı atmosfer içerisinde, 1791 tarihli Fransız Anayasası'nın başlangıç hükümlerine alınan kanunilik ilkesine, 1810 yılında Fransız Ceza Kanunu'nda, 1813 tarihli Bavyera Ceza Kanunu'nda yer verilmiş ve oradan da Avrupa'da diğer ülkelere yayılmıştır⁴².

Hakimlerin keyfi uygulamalarına⁴³ aşırı bir tepki şeklinde ortaya çıkan kanunilik ilkesi, önceleri son derece katı bir şekilde uygulanmıştır. Öyle ki kanunun lafzına sıkı sıkıya sadakat gösterilmesi gerektiği gerekçesiyle, hakimler adeta bir memura dönüştürülmüştür⁴⁴. Nitekim Dönmezer ve Erman, bu dönemin önde gelen isimlerinden Montesquieu'nun “Cumhuriyet rejimlerinde hakimlerin kanun metinlerine sadık kalmaları gerektiğini, bu rejimlerin esasında bir vatandaşın aleyhinde kanunun yorumlanarak uygulanamayacağını”; “hakimin ancak kanun sözlerini tekrarlayan bir ağızdan ibaret bulunması gerektiğini”, Beccaria'nın ise “hakimlerin kanunları yorumlayamayacaklarını, çünkü onların kanun koyucu olmadıklarını” belirttiklerine yer vermiştir⁴⁵. Görüldüğü üzere geçmiş dönemde yapılan uygulamalara duyulan şiddetli tepkinin getirdiği nokta, kanunilik ilkesinin tamamlayıcısı olan kıyas yasağının yanında, yorumun da yasaklanması olmuştur.

Cezada kanunilik ilkesinin katı bir şekilde uygulanması, hakime takdir hakkı tanınmaksızın her suç için tek ve sabit bir cezanın öngörülmesi sonucunu doğurmuştur. Ancak bu uygulama, cezaya konu olan eylemin ve failin durumunu dikkate almadığı için, tüm hallerde aynı cezaların uygulanması nedeniyle adalet duygusunu zedeleyici olmuştur. Bu nedenle, cezanın kişiselleştirilmesine olanak tanımak amacıyla, çağdaş ceza hukukunda olduğu üzere, cezanın alt ve üst sınırlarının kanun tarafından belirlenmesi ve bu aralık içinde hakime bir takdir hakkı tanınması esası kabul edilmiştir⁴⁶. Bu gerekçenin yanında, suçluluğun artışı, işleniş şekilleri, parlamentonun yavaş çalışması ve olağanüstü hallerin yasama organını kanunları uygulayan yürütme ve yargı

⁴¹ İçel ve Donay, s.81, Glesen, s.30

⁴² Glaser, s.30; Hall, s. 169; Mokhtar, s. 46, Alacakaptan, s. 5.

⁴³ Esasen bu dönemlerde kuvvetler ayrılığı ilkesinin geçerli olmadığı ve kuralların krallar gibi yöneticiler tarafından konularak, hakimlerin de krallar tarafından atandığı dikkate alındığında, tüm erklerin tek kişide toplanması nedeniyle hakim denildiğinde idarenin de anlaşılması gerektiği belirtilmelidir.

⁴⁴ Alacakaptan, s. 11

⁴⁵ Dönmezer ve Erman, s.173.

⁴⁶ Soyarslan, s.27-28; Dönmezer ve Erman, s.21-22

lehine yetki vermeye zorlaması, kanunilik ilkesinin katı bir şekilde uygulanmasından vazgeçilmesine yol açan diğer etkenlerdir⁴⁷.

Anayasa ve kanunlara girmesinin ötesinde, hukukun genel prensiplerinden biri olarak evrensel bir kabul gören kanunilik ilkesi, uluslararası sözleşmelere de girmiştir. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (m.11/2) ve İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi (m. 7/2) bunlar arasındadır.

2.2. Kanunilik İlkesinin İçeriği

Her ne kadar en dar ve basit haliyle suç ve cezaların kanunla belirlenmesi olarak tanımlansa da, kanunilik ilkesinden ne anlaşılması gerektiği, bir başka deyişle kapsamının ne olduğu konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Önceki bölümde de değinildiği üzere “kıyas yasağı”, “kanunların geriye yürümemesi”⁴⁸ gibi kavramlarla yorumlanması yanında, kanunilik ilkesine kanunun açık ve belirli olması, suç ve cezanın devletin hangi erki tarafından konulacağını belirlemesi gibi farklı anlamlar yükleyenler de bulunmaktadır⁴⁹.

Sadece suç ve cezaların kanunla tanımlanması olarak anlaşılması halinde, kanunilik ilkesi, bireylere istenilen korumayı sağlamaya yetmemektedir. İlkenin bu şekilde dar anlaşılması, yargı ve yürütme karşısında bireye güvence sağlamakla birlikte, yasama tarafından gerçekleştirilecek keyfi uygulamalara engel olmayacaktır⁵⁰. Aksi durumun kabulü halinde kanun koyucunun fiilin işlenmesinden sonra çıkarılacak bir kanunla, söz konusu fiili suç olarak tanımlaması ve böylece, failin geçmişte yapmış olduğu eylemi dolayısıyla cezalandırılmasının yolunu açması mümkündür. Bireysel özgürlüğe büyük bir tehdit oluşturabilecek bu durumu önleyecek en büyük güvence, kanunların geriye yürümeyeceğinin kabul edilmesidir. Buna göre, failin, fiili işlediği zaman yürürlükte bulunan kanun hükümlerine göre cezalandırılması gerekmektedir. Bu ilke uyarınca, kanunun önceden suç saymadığı bir fiili suç haline getiren hükümler uygulanmadığı gibi, fiile uygulanacak maddi kuralı değiştirmeyip sadece cezayı ağırlaştıran kanunlar da geçmişe yürütülmeyecektir. Ancak bu ilkenin de mutlak bir şekilde uygulanmadığı belirtilmelidir. Sonradan yürürlüğe

⁴⁷ Soyarslan, s. 27; İçel ve Donay, s.82.

⁴⁸ Bu ilke esas itibarıyla kanunların zaman bakımından uygulanmasını belirlemekle birlikte, kanunilik ilkesi bakımından da tamamlayıcı bir unsur olarak kabul edilmektedir.

⁴⁹ Westen, P. “Two Rules of Legality in Criminal Law”, Law and Philosophy, (2007) 26, 230-233.

⁵⁰ Bu anlamda kanunilik ilkesi düzenleme yapmak konusunda sınırsız bir yetkiye sahip olan yasama organı için dahi sınırlama getiren bir ilke durumundadır.

giren kanunun sanığın lehine hükümler getirmesi halinde, kanun geçmişe yürüyecek ve kendisinden önce işlenen suçlara uygulanabilecektir.

Geriye yürümeme kuralının, suçun unsurları veya cezanın sonuçlarındaki değişikliklerle, suç veya cezaya etki eden hallere de uygulanması gerektiği, örneğin ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenlerdeki bir değişikliğin failin zararına sonuçlar doğurması halinde, geçmişe yürürlü olarak uygulanmasının kanunilik ilkesine ters düşeceği belirtilmektedir⁵¹. Ayrıca, bu ilkenin, maddi anlamda kanun olarak kabul edilen ve kanundan alınan yetkiye dayanarak suç hükümleri koyan tüzük, yönetmelik, kararname ve yönetmelik gibi düzenlemeler bakımından da geçerli olduğu ve bu tür düzenlemelerin, failin durumunu kötüleştiren hükümler içerdikleri hallerde geçmişe uygulanmayacakları ileri sürülmektedir⁵².

Kanunilik ilkesini tamamlayıcı bir diğer önemli ilke, kıyas yasağıdır⁵³. Kıyas yasağı, kişilerin özgürlüklerinden mahrum edilmesine ilişkin sonuçlara yol açması nedeniyle, ceza hukukunun diğer hukuk dallarından ayrılan yönünün önemli görünüşlerinden biridir. Zira medeni hukukta, hakime kanun koyucu gibi hareket ederek kural koyma yetkisi tanınmış iken, ceza hakiminin bu anlamda kısıtlanması gerektiği kabul edilmiştir. Önceki bölümdeki tartışmalar çerçevesinde kıyası, kanunda açık bir şekilde suç olarak tanımlanmayan bir fiilin, kendisine bazı yönlerden benzer olan bir başka fiile ilişkin hüküm kapsamında değerlendirilmesi olarak tanımlamak mümkündür. Böylece kıyas yoluyla kanunda açıkça tanımlanmamış olan bir fiil için kural yaratılmaktadır. Kıyasa başvurulması, esasen kanunda suç olmayan bir fiilin, haksızlık içerdiği için cezalandırılması gerektiği anlayışına dayanmaktadır.

Kanunilik ilkesine yüklenen bir başka anlam ise suç ve cezaların ancak yasama organı tarafından çıkarılan kanunlarla belirlenebileceğidir. Konunun bu yönü hem ceza hukukunun kaynakları hem de yasama yetkisinin devredilmezliği ilkeleri ile yakından ilişkilidir. Yürütme organına güvensizliğin bir ifadesi olarak, suç ve cezaların ancak yasama organı tarafından konulması gerektiği savunulmuştur. İlkenin bu yönü bakımından, kanunun şekli anlamda anlaşılması gerektiği, maddi anlamda kanun olarak kabul edilen tüzük, yönetmelik gibi idarenin genel düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza konulamayacağı kabul edilmektedir. Ancak, zamanın gerekleri icabı, kanunilik ilkesinin bu yönüyle de artık eskisi gibi katı bir şekilde yorumlanmadığı, aşağıda detaylı olarak

⁵¹ İçel ve Donay, s.101.

⁵² İçel ve Donay, s.101.

⁵³ Nitekim 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun gerekçesinde kıyas yasağı "suçta ve cezada kanunilik ilkesinin doğal bir sonucu" olarak tanımlanmaktadır.

görülebileceği üzere, idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza konulabileceğinin kabul edildiği görülmektedir.

Her ne kadar ilk ortaya çıkışı itibarıyla, hakimlerin sonsuz takdir yetkilerine ve bu yetkinin neden olduğu şiddete bir tepki olsa da, kanunilik ilkesi, zaman içinde devletin tüm erklerinden gelebilecek keyfi zorlamalar karşısında, bireysel özgürlüğün güvencesi halini almış ve evrensel bir düzeyde kabul görmüştür. Ancak kanunilik ilkesi denilince, ne tek bir şeyin anlaşıldığını ne de her zaman aynı şekilde uygulandığını söylemek mümkün değildir. Farklı yorumlarıyla hukuk devleti olmanın olmazsa olmaz koşulu olarak görülen kanunilik ilkesinin içerik ve sonuçlarına ilişkin olarak İçel ve Donay tarafından yapılan şu sıralama, buraya kadar anlatılanları özetlemektedir⁵⁴:

- a) *Suç teşkil eden eylemleri ve cezalarını ancak yasama organı kanunlarla saptayabilir.*
- b) *Suçları saptayan kanun hükümlerinin tanımları belirli olmalı, yani açık ve seçik nitelik göstermelidir (nullum crimen sine lege certa); Farklı anlamlara gelen kaypak ve çok kapsamlı terimler kullanılmamalıdır.*
- c) *Hakimin örneksime (kıyas) yolu ile suç yaratılmasına izin verilmemelidir (nullum crimen sine lege stricta).*
- d) *Kanunun açıkça izin verdiği ve cezasını da gösterdiği durumlar dışında yürütme organının suç yaratma yetkisi olmamalıdır.*
- e) *Ceza kanunları failin zararına olarak geçmişteki olaylara uygulanmamalıdır (nullum crimen sine lege praevia).*
- f) *Gelenek ve göreneklere (örf ve adet) dayanarak bir eylem cezalandırılmamalıdır (nullum crimen sine lege scripta)*

2.3. Türk Hukukunda Kanunilik İlkesi

Cumhuriyet öncesi dönemde Türk hukukunda kanunilik ilkesinin varlığı konusunda çeşitli görüşler öne sürülmekte, açık olmamakla birlikte Tanzimat Fermanı'nın ilkenin söz edildiği ilk metin olduğu ve 1876 Anayasası'nda da ilkenin benimsenmiş olduğu kabul edilmektedir⁵⁵. Cumhuriyet döneminde ise 1924 Anayasası'nın doğrudan olmasa bile dolaylı olarak kanunilik ilkesini içerdiği, 68 inci maddesinde yer alan "*hukuku tabiiyetinden olan hürriyetin herkes için hududu, başkalarının hududu hürriyetidir. Bu hudut ancak kanun marifetiyle tesbit ve tayin edilir.*" hükmü dolayısıyla kabul edilmektedir.

⁵⁴ İçel ve Donay, s. 82-83.

⁵⁵ Dönmezer ve Erman, s. 30; İçel ve Donay, s. 86, Soyarslan, s. 28-34

Türk hukukunda kanunilik ilkesi, ilk defa açık bir Anayasa hükmü olarak, tamamlayıcı diğer ilkelerle birlikte, 1961 Anayasası'nın 33 üncü maddesinde yer almış ve bazı değişikliklerle bu hüküm 1982 Anayasası'nda da muhafaza edilmiştir. İlkenin yer aldığı, 1982 Anayasası'nın "Suç ve cezalara ilişkin esaslar" başlıklı 38 inci maddesi şöyledir:

Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkûmiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır.

Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.

Anayasa'nın madde gerekçesinde ise ilkeden ne anlaşılması gerektiği ve ne şekilde değerlendirileceği konusuna açıklık getirilmiştir⁵⁶:

Birinci fıkra herkesçe bilinen "kanunsuz suç olmaz" ilkesini koymuştur... Bu hükme göre suç ve cezalar ve güvenlik tedbirleri ancak yasama tasarruflarıyla konulabilecektir. Keza, gene bu kural uyarınca, kanunun suç olarak öngörmediği ve ceza koymadığı bir fiil sebebiyle de kimse cezalandırılmayacaktır. Bu hüküm kanun koyucunun "açık suç hükmü" koymasına yani "fiili" bildirmeden suç konusunu gösterip bunun müeyyidesini belirtmesine engel değildir. Mesela Türk Parasının Kıymetinin Korunması Hakkında Kanun'un yaptığı gibi bu gibi hallerde ne yasama yetkisi devredilmiş ne de "kanunsuz suç olmaz" ilkesi ihlal edilmiştir.

Ceza kanunlarımıza baktığımızda ise, ilk defa 1926 tarihli Ceza Kanunu'nda rastlanan kanunilik ilkesine⁵⁷, 765 sayılı Eski Ceza Kanunu'nda ve 5237 sayılı yeni Ceza Kanunu'nun 2 nci maddesinde de yer verildiğini görüyoruz:

- (1) *Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.*
- (2) *İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.*
- (3) *Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz*

⁵⁶ İçel ve Donay, 67. dipnot, s. 89

⁵⁷ Glaser, s. 32

Böylece kanunilik ilkesi hem Anayasa hem de kanun düzeyinde sadece suç ve cezalar bakımından değil, güvenlik tedbirleri bakımından da kabul edilmiş⁵⁸, kıyas yasağı getirilmiş ve belirlilik ilkesine yer verilmiştir. Yasama yetkisinin devredilmezliği ile de ilişkilendirilen kanunilik ilkesinin güvence fonksiyonu, ceza kanununun söz konusu maddesinin gerekçesinde de açık bir şekilde vurgulanmıştır:

Kanunun amacına ilişkin maddesinde ifade edilen kişi hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınabilmesi için, hangi fiillerin suç teşkil ettiğinin kanunda açık bir şekilde belirlenmesi gerekir. Aynı şekilde, suç işlenmesi dolayısıyla verilecek ceza ve tedbirlerle, cezaya mahkûmiyetin hukukî sonuçları ve bu yaptırımların süre ve miktarlarının da kanunla düzenlenmesi zorunludur.

Anayasamızda da ifade edilen ve evrensel nitelikteki “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesinin gereği olarak suçların tanımlanması ve ceza hukuku yaptırımları koyma yetkisine sadece Türkiye Büyük Millet Meclisi sahiptir. Yine Anayasamıza göre yasama görevi, devredilmesi mümkün olmayan bir yetkidir. Bireyin maddî ve manevî varlığı üzerinde derin etkiler doğuran suç ve cezaların, ancak ulusal iradeyi temsil eden organ tarafından yapılacak kanunla düzenlenebilmesi, kişi hak ve özgürlüklerine sağlanan en önemli anayasal garantilerden birini oluşturmaktadır.

Suç olarak tanımlanan ve ceza hukukunun alanına giren hukuka aykırılıklar bakımından benimsenen bu katı yaklaşımın, yukarıda ayrıntılı olarak tartışılan ve suç olmaktan çıkarılarak idari yaptırıma bağlanan kabahatler bakımından aynı şekilde muhafaza edilmediği görülmektedir. Kabahatler Kanunu’nun 4 üncü maddesinde kanunilik ilkesi;

- (1) *Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir.*
- (2) *Kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenebilir.*

şeklinde ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere Ceza Kanunu’nda idarenin suç ve ceza koyamayacağı kabul edilmesine karşın, kabahat oluşturacak fiillerin belirlenmesi konusunda belirli koşullara uyulmak kaydıyla idareye bir yetki tanınmaktadır. Nitekim bu durum söz konusu maddenin gerekçesinde “*Madde*

⁵⁸ Kanunilik ilkesinin emniyet tedbirlerini kapsayıp kapsamadığı hakkında bkz. Alacaktan s. 28-29

metninde, suçta kanunilik ilkesine nazaran, kabahatler açısından daha esnek bir sistem kabul edilmiştir. Buna karşılık, ikinci fıkrada, idari yaptırımlar açısından, cezada kanunilik ilkesine paralel bir hükme yer verilmiştir.” denilmek suretiyle açıkça ifade edilmiştir⁵⁹.

3. İDARENİN SUÇ ve CEZA KOYMASI ve KANUNİLİK İLKESİ

Ne şekilde adlandırılırsa adlandırılınsın, idari ceza hukuku ve idari yaptırımlardan bahsedildiğinde, en çok tartışılan hususların başında kanunilik ilkesinin ne şekilde uygulanacağı gelmektedir. Konu, özellikle ilkenin suç ve cezaların kanunla konulması gerektiği yönüyle, idarenin suç ve ceza koyup koyamayacağı açısından önem taşımaktadır⁶⁰. İdarenin giderek daha fazla alanda yaptırım uygulama yetkisine sahip olması, suç olmaktan çıkarılan hukuka aykırılık hallerinin artması ve suç ile kabahat arasındaki sınırların kesin olmaması gibi nedenlerle, bu yeni alanda, kavramlarda yaşanan karmaşa, kanunilik ilkesinin ne şekilde uygulanacağına dair farklı görüşlerin ortaya çıkmasına yol açmaktadır.

3.1. Öğretide İdarenin Suç ve Ceza Koymasına Yaklaşım

Öncelikle idareye suç koymak ve yaptırım uygulamak hususunda yetki verilmesinin, giderek genişleyen faaliyetlerini yürütebilmek üzere, bir anlamda zorunluluk nedeniyle kabul edildiğini hatırlayalım. Dönmezer ve Erman, idari işlemler yoluyla suç konulabilmesinin dört temel gerekçeye dayandırıldığını belirtmektedir⁶¹:

- a) *Yürütme gücüne kanunların uygulanması maksadiyle düzenleme yetkisi tanınunca, bu yetki sonucu meydana getirilecek metinleri ceza müeyyideleri ile karşılamak ve bu bakımdan da kanunun yetki verebilmesini kabul etmek zorunludur; aksi takdirde yürütme gücü kendisine verilen görevi yerine getiremez.*
- b) *Bir çeşit ve sürekli nitelik gösteren sosyal ilişkiler dışında, bir çok münasebet şekilleri, mahalli özellikler ve yine bunların bazıları durum, şart ve zamana göre değişiklikler gösterir. Bu konuların bazılarının düzenlenmesini idari organlara bırakmak gerekir.*

⁵⁹ Yurtcan, s.6

⁶⁰ Bölüm boyunca görülecektir ki, bu çalışma kapsamındaki suç ve ceza koyma halleri, kimi halde idarenin kim halde de yürütmenin suç ve ceza koyması olarak tanımlanmaktadır. Her ne kadar idare ile yürütme organı aynı anlama gelmese de idarenin yürütme organının bir bölümü olduğu göz önüne alınarak, çalışmamız boyunca idare ve yürütme ifadeleri kullanıldığında her ikisinin de anlaşılması gerektiğini belirtmeliyiz.

⁶¹ Dönmezer ve Erman, Cilt I, s. 141-142.

- c) *Kanunların sosyal gerçekler yönünden mahalli özellikleri karşılayacak surette esnek olmaları her zaman mümkün değildir; aslında kanunlar bir çeşit ve genel olmak gerekir, bu yönden de, idari organlara söz konusu yetkiyi tanımak suretiyle, mahalli özelliklere yer verilmesi şarttır.*
- d) *“...Bazen o derece değişebilen ihtiyaçlar bulunabilir ki, kanun koyucunun bu değişiklikleri takip etmesi ve gah bir fiili suç sayıp kanuna koyması, gah durum değiştiği için suç olmaktan çıkarıp kanunu ilga etmesi imkansız bir durum arzedebilir; Parlamentoların kanun yapma tekniği pek ağır işlediği için bu gibi hallerde de yürütme organına bazı fiilleri suç olarak tarif etme yetkisi verilmek mecburiyetinde kalınmaktadır.”*

İdarenin giderek artan fonksiyonlarını yerine getirebilmesi için uygun yaptırım araçlarıyla donatılmış olması zorunluluğu genel kabul gören bir olgu olmakla birlikte, suç ve cezaların da idare tarafından konulup konulmayacağı hususunda bir görüş birliğine varılmış değildir. Bir kısım yazarlar yürütme organının kanunun verdiği yetkiye dayanarak düzenleyici tasarruflarla suç yaratabileceğini savunmaktadır. Bu yazarlardan Dönmezer ve Erman, kanunilik ilkesinin yürütme organının işlemleri ile ne şekilde bağdaşabileceğinin çerçevesini şu şekilde çizmektedir⁶²:

“...yürütme gücünün düzenleyici işlemleri ile suç yaratılması, bunu kabul eden ülkelerde bile sıkı bir takım şartlar altında kanunun sınır ve kapsamını tayin edip sınırlamak suretiyle yürütme gücüne vermiş bulunduğu bir yetkiye dayanmakta ve bir takım zorunluluk ve gereklerden doğmaktadır. Yetkinin böylece kanuna ve kanun koyucunun iradesine dayanması dolayısıyla söz konusu hallerde kanunilik prensibinden ayrılmış sayılamaz; çünkü kanunilik prensibi Ceza hukukunda tek kaynağın kanun koyucunun iradesi olduğunu belirler. Böylece kanun koyucu irade ettiğinde, sıkı bir takım şartlara

⁶² Dönmezer ve Erman, Cilt I, s. 28-29; Açıkça ifade edilmemekle birlikte, Gözübüyük ve Tan'ın da bu görüşe yakın oldukları söylenebilir. Yazarlar, Anayasa'da yasa ile düzenlenmesi gerektiği öngörülen bir konuda, yasa ile yapılacak düzenleme ve idarenin yetkisine bırakılacak alanın, Anayasa Mahkemesi kararlarından hareketle “yürütmeye düzenleme yetkisi veren bir kuralın, yasama yetkisinin devri şeklinde yorumlanmaması için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir” hususlarına riayet edilmesi kaydıyla belirlenebileceğini belirtmektedirler. Yürütmenin yetkileri bağlamında benimsedikleri bu görüşü, kanunilik ilkesi özelinde inceledikleri bölümde ise kabul ettikleri çerçevenin belirtildiği Anayasa Mahkemesi'nin aşağıda da değinilecek olan kararlarına yer vermeleri, tarafımızca, destek şeklinde yorumlanmıştır. *Gözübüyük ve Tan, s. 116-121.*

uyularak, yürütmenin düzenleyici işlemleri ile suç yaratılması, prensibe esas itibariyle aykırı olmaz. Kaldı ki, söz konusu düzenleyici işlemlerin yürürlüğe girebilmeleri için, önceden neşir ve ilan edilmeleri gerektiğinden, kanunilik prensibinin sosyal ve filozofik esasının bertaraf edilmiş olmadığı ileri sürülebilir.”

Dönmezer ve Erman'ın yaklaşımının özünü, kanun tarafından bir yetkinin verilmesi halinde, idarenin suç yaratabileceği oluşturmaktadır. Benzer görüşte olan bir başka yazar Tan, bu durumu “hukuki dayanak” olarak adlandırmaktadır ve idari yaptırımlar söz konusu olduğunda, kanunilik ilkesinin, ceza hukukundaki gibi katı bir şekilde uygulanamayacağını savunmaktadır⁶³:

Aşağıda açıklanacağı gibi, ceza hukukunda olduğu gibi ‘suç ve cezaların yasallığı ilkesi’ni idari yaptırımlar konusunda tam olarak uygulamak zor olduğundan ‘hukuki dayanak’ demeyi yeğledik. Bununla beraber, idari yaptırımlarda da yasal dayanak bulunması gerektiğini belirten yargı kararları vardır.

Ancak, yasallık ilkesinin idari yaptırımlar konusunda, ceza hukukunda olduğu gibi, katı biçimde uygulanmadığı veya uygulanamayacağı da bir gerçektir. Bir başka deyişle, bu ilkenin idari yaptırımlar konusunda yumuşatılarak uygulandığı söylenebilir. Balta’ya göre ‘genel cezadan farklı olarak idari cezaların hepsi de bir kanuna dayanmak gerekmez. Bunların hukuksal dayanakları konusuna göre değişir; bunlar arasında kanuna dayanması gerekenler bulunduğu gibi düzenleyici işlemlerin yeterli olduğu haller de vardır. Halbuki genel cezalarda kanunsallık –yani bir kanuna dayanma- esastır’. Bunun nedeni olarak da, idarenin yaptırım uyguladığı kişilerin, kamu görevlisi statüsünde bulunma, sözleşmenin tarafı olma, idareden izin alarak bir faaliyette bulunma veya kamu hizmetinden yararlanan gibi idare ile özel bir ilişki içinde bulunması gösterilmektedir.

Bu gruba dahil olan yazarlardan Soyarslan, idarenin, gerek belirli bir olayın idari suç olarak nitelendirilmesinde gerekse fiile uygulanacak cezanın takdir ve tespit edilmesinde geniş bir takdir yetkisine sahip olması dolayısıyla, idari yaptırımlar bakımından kanunilik ilkesinin gerekli olmakla birlikte, adli cezalarda olduğu ölçüde katı olmadığını belirtmektedir⁶⁴. Günay ise genel cezaların suç ve cezaların kanuniliği ilkesi uyarınca mutlaka kanunla konulduklarını belirttikten sonra, “Oysa idari cezalar, korudukları idari düzenin kanun konusu olması halinde kanunla konulurlar. Bunun dışında, idari cezaların

⁶³ Tan, T., “İdari Yaptırımlar ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ndeki Güvenceler”, Hukuk Kurultayı 2004, İnsan Hakları 2, s.104, <http://www.hukukkurultayi.org/2004.html>

⁶⁴ Soyarslan, s.145

düzenleyici işlemler (örneğin yönetmelikler) ile konması da mümkündür.” demek suretiyle yönetmelikle ceza konulabileceğini kabul etmektedir⁶⁵.

Kabahatler Kanunu’nda benimsenen daha esnek kanunilik ilkesi nedeniyle, Yurtcan da idarenin genel düzenleyici işlemleri ile kabahat koymasının mümkün olduğu görüşündedir. Yazar, Kabahatler Kanunu’nun kanunilik maddesini şu şekilde yorumlamaktadır:

Maddenin 2. fıkrası, kabahatlerin yasallığı ilkesine açıklık getirmektedir ve bir ilke koymaktadır: Kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenebilir. Bu husus idare için kesin bağlayıcılık taşır. Yukarıda açıklamaya çalıştığım gibi, idare genel düzenleyici işlemlerle kabahatleri düzenleyebilir. Ancak bu yetki, toplum düzenini, genel ahlaki, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak amacıyla sınırlıdır. Başka bir anlatımla, idare yönetmelik ya da tüzükle kabahat koyma yetkisini kullanabilecektir. Fakat yaptırım türü, süre ve miktarın mutlaka bir yasada yer alması kaçınılmazdır. Bu kapsam ve içerikte bir düzenlemenin yasada yer almadığı bir durumda, idare genel düzenleyici işlemle kabahat koyamaz; bu hukuka aykırı olur⁶⁶.

Kabahatler Kanunu’nun benimsediği sistem çerçevesinde, idarenin genel düzenleyici işlemleri ile kabahat koyabilme yetkisini kabul eden Yurtcan’ın, düzenleyici işlemler olarak yalnızca Anayasa’da yer alan tüzük ve yönetmeliği saymasının, kısıtlayıcı, bilinçli bir tercih olup olmadığı ise anlaşılammaktadır⁶⁷. Buna karşılık, yine bu gruba dahil olan yazarlardan Yalçın’ın, tüzük ve yönetmelik yanında diğer düzenleyici işlemlerle de kabahat yaratılmasının mümkün olduğunu kabul ettiği görülmektedir: “*Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi, TCK 2/2 maddesindeki ‘idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz’ düzenlemesinden farklı olarak, kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle doldurulabilecektir. Bir başka ifadeyle, idare çerçeveyi, KHK, tüzük, yönetmelik, sirküler, tebliğ gibi, kanunun amacına, koruduğu değere uygun*

⁶⁵ Günday, s. 162. Günday’ın kabul ettiği görüşün büyük ölçüde İçel ve Donay’ın aşağıda değinilecek olan “teknik anlamda suç” ile “idari suç” ayrımına tekabül ettiği söylenebilir.

⁶⁶ Yurtcan, s. 5.

⁶⁷ Yavuzdugan da diğer düzenleyici işlemlerin bilinmeyebileceği gerekçesiyle, tüzüklerle ve Resmi Gazete’de yayımlanmış olmaları kaydıyla yönetmeliklerle suç ihdas edilebileceğini kabul etmek ve diğer düzenleyici işlemlerle suç ihdasına izin vermemek sorunun çözümü için uygun olacağını savunmaktadır. Yavuzdugan, S., “Anayasa Mahkemesinin Yürütme Organının Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisine Yaklaşımı”, AÜEHFD, C. VIII, s.3-4 (2004), s.244.

olarak, mevcut koşulları dikkate alarak, kural koyup, aynı şekilde değiştirebilecektir.”⁶⁸

İdarenin suç ve ceza koymasına karşı çıkanlar, idarenin sahip olduğu kendine has özelliklerin kanunilik ilkesinin bireye sağladığı güvenceyi bertaraf ettiğini, düzene aykırılık teşkil eden eylemlerin nitelendirilmesinde ve uygulanacak yaptırımın seçiminde farklı alternatifler arasında idarenin geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunu, idarenin hakimler gibi içeriği önceden yasalarca saptanmış kurullarla bağlı olmadığını gerekçe göstermektedirler⁶⁹.

Suç ve cezaların ancak kanunla konulabileceğini savunanlardan İçel ve Donay, yasama organının yavaş işleminin kabul edilebilir bir gerekçe olmadığını, Anayasa Mahkemesi'nin bu görüşünün kabulü halinde, yasama organının yerine yürütmenin kanun koyucu gibi ikame edilmesi ve yürütmenin tüm konuları düzenlemeye yetkili kılınmasının yolunun açılacağını, “teknik anlamda suç yaratan yasa hükümleri dışındaki tasarrufların Anayasa'ya aykırı” olduğunu savunmaktadır. Ancak yazarlar, “ *teknik anlamda suç tabirini bilhassa kullanmış bulunuyoruz. Gerçekten bütün hukuka aykırı fiiller suç teşkil etmemektedir. Bu nedenle bir idari tasarrufla 'idari bir suç' yaratılması mümkündür. İdari ihlaller, gerçek anlamda kamusal nitelikte suç olmadıklarından bunların düzenleyici tasarruflarda yer alması mümkündür.*” demek suretiyle “teknik anlamda suç” ile “idari suç” arasında bir ayırım yapmaktadırlar⁷⁰. Bu görüş çerçevesinde, suç olmaktan çıkarıldıkları için artık ceza kanunu kapsamında değerlendirilme olanağı kalmayan, dolayısıyla “teknik anlamda suç” olmayan kabahatlerin de idarenin düzenleyici işlemlerine konu olabileceğini kabul etmek mümkündür.

Bazı yazarlar ise konuyu “açık norm” ya da “beyaz hüküm” açısından ele almaktadırlar. “Müeyyidesi olan, ancak hükmü ileride idarenin düzenleyici bir işlemi ile doldurulacak norm”⁷¹ şeklinde tanımlanan açık ceza normları ile idarenin suç yaratıp yaratamayacağı tartışılmaktadır. Özgenç bu tür hükümler yoluyla suçta kanunilik ilkesinin dolanıldığını ve bu nedenle bu düzenlemelerin Anayasa'nın 38 inci maddesine aykırılık teşkil ettiğini savunmaktadır⁷². Hafizoğulları ise açık ceza normunun varlığı halinde, normun içeriğinin idarenin

⁶⁸ Yalçın, s. 54;

⁶⁹ Bu görüşler için Mahmutoglu, s.104-105.

⁷⁰ İçel ve Donay, s. 122

⁷¹ Hafizoğulları (2007), <http://www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/CezaHukuku.doc>

⁷² Özgenç, s. 96

genel düzenleyici işlemleri ile doldurulabileceğini belirterek, idarenin suç koyabileceğini kabul etmektedir⁷³.

3.2. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay Kararlarında Kanunilik İlkesi ve İdarenin Suç ve Ceza Koyması

Anayasa Mahkemesi'nin, kanunilik ilkesinin hemen hemen aynı şekilde yer aldığı 1962 Anayasası'ndan bu yana, idareye yetki veren kanunlar bakımından istikrarlı bir tutum izlediği görülmektedir. Başta Bakanlar Kurulu olmak üzere, idareye suç yaratma konusunda yetki veren 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 526 ncı maddesi, 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetinin Korunması Kanunu, 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine İlişkin Kanun, kanunilik ilkesinin sıkça tartışıldığı başlıca kanunlardır. Nitekim konuya ilişkin ilk tartışma 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine İlişkin Kanun dolayısıyla olmuş ve Yüksek Mahkeme daha sonra birçok kararında kullanacağı bir değerlendirme yapmıştır: *Yasama organı kanun yaparken bütün ihtimalleri gözönünde bulundurarak teferruata ait hükümleri de tesbit etmek yetkisini haiz ise de; zamanın gereklerine göre sık sık değişik tedbirler alınmasına veya alınan tedbirlerin kaldırılmasına ve yerine göre tekrar konmasına lüzum görülen hallerde yasama organının yapısı bakımından ağır işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında gerekli tedbirleri almasının güçlüğü karşısında kanun koyucunun esaslı hükümleri tesbit ettikten sonra ihtisas ve idare tekniğine taallük eden hususların düzenlenmesi için Hükümete yetki vermesi yasama yetkisini kullanmaktan başka bir şey değildir. Şu hale göre bu durumu yasama yetkisinin yürütme organına bırakıldığı anlamına almak doğru olamaz⁷⁴.*

Anayasa Mahkemesi bu kararda ayrıca, kanun ile yetkilendirilen Bakanlar Kurulu'nun düzenlemesinin, Dönmezer ve Erman'ın da işaret ettiği üzere, kişilerin önceden bilgilendirilmesi amacıyla yayımlanmış olması koşulunu da vurgulamıştır: *Müsaadesiz sokulduğu takdirde cezasının ne olacağı kanunda açıkça gösterilmiştir. Maddenin ceza yönünden uygulanması için Bakanlar Kurulunca belirtilecek emniyet bölgeleri ile tesbit olunacak madde ve*

⁷³ Yazar bu görüşü hem ceza normunun kaynakları açısından hem de “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesi açısından savunmaktadır: “Bu bağlamda olmak üzere, tartışılacak konu, idarenin açık ceza normlarını dolduran düzenleyici işlemlerinin bilinmemesinin, mazeret sayılıp sayılmayacağı meselesidir. Genel kanaat, açık ceza normlarını dolduran idarenin düzenleyici işlemlerinin (ör. m. 186, 195, vs.), ceza kanunu hükmünde olduğudur. Bunların bilinmemesi, mazeret sayılmamaktadır”. Hafizoğulları (2007), <http://www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/CezaHukuku.doc>

⁷⁴ Anayasa Mahkemesi, 10.12.1962 tarih, E.1962/198, K.1962/111 sayılı Karar. Aynı yönde 8.12.2004 tarih E.2004/84, K.2004/124

eşyanın önceden kişilere duyurulmak üzere yayınlanması şarttır. Nitekim 4/10347 sayılı kararlarla birinci ve ikinci emniyet bölgeleri ve bu bölgelere girecek madde ve eşyanın neler olduğu 29/5/1958 gün ve (9918) sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin, yine 1918 sayılı Kanun'a ilişkin bir başka kararında, yürütme organı tarafından alınan kararın yayımlanmış olmasını bireylere güvence sağlamak bakımından önemli ve gerekli bir koşul olarak gördüğü anlaşılmaktadır: *Bu maddenin kişilere uygulanabilmesi için; emniyet bölgesinin ve bu bölgede beyana bağlı mallarla beyan şartlarının idare makamlarınca daha önce alınacak kararlarla belli edilmesi ve kararların kişilere duyurulması gerekecektir. Kararlar ve tebliğler, Resmi Gazete ile yayınlanmakta ve ayrıca mahallerinde ilan edilmekte olduğuna göre, kişi kanunla yükletilen zorunluluğun ne olduğunu uyulmadığı takdirde ne ceza verileceğini önceden bilmekte ve böylece de kişi güvenliği sağlanmış olmaktadır. Bu sebeplerle sözü edilen hükmün suçta kanunilik prensibini bozduğu itirazı yersiz görülmüştür⁷⁵.*

Kanunilik ilkesinin en çok tartışıldığı hususlardan biri, eski TCK'nın 526 ncı maddesidir. Açık ceza normunun tipik bir örneği olarak kabul edilen bu madde ile yetkili makamlarca alınan emirlere uymama halinde, ceza verilmesine olanak sağlayan genel bir yetki kuralı getirilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu maddeye ilişkin olarak, yukarıda yaptığı değerlendirmeyi de tekrar etmek suretiyle; "...526. maddenin birinci fıkrasında suçun ne gibi eylemleri kapsadığı açıkça belirtildiğine ve cezası da önceden saptandığına göre itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 33. maddesi ile Türk Ceza Kanununun 1. maddesindeki "kanunsuz suç ve ceza olmaz." ilkesine de uymayan bir yönü yoktur." diyerek Anayasa'ya aykırılık iddiasını reddetmiştir⁷⁶.

Yüksek Mahkemenin benimsemiş olduğu bu yaklaşımın, 1982 Anayasası döneminde de devam ettiği gözlenmektedir. Nitekim 1117 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanununun anayasaya aykırılığı iddiası ile açılan iptal davasında, 18 yaşından küçüklerin maneviyatı üzerinde muzır tesir yapacağı anlaşılan mevku te ve mevku te tanımına girmeyen diğer basılmış

⁷⁵ Anayasa Mahkemesi, 29.11.1963 tarih, E.1963/298, K. 1963/283 sayılı Karar. Aynı yönde; Anayasa Mahkemesi, 8.10.1998 tarih, E.1997/53, K. 1998/62 sayılı Karar ve 16.1.1963 tarih, E.1962/232, K.1963/9 sayılı Karar. Anayasa Mahkemesi'nin 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetinin Korunması Kanunu açısından benzer değerlendirmeleri yaptığı kararlar için bkz. Anayasa Mahkemesi, 28.3.1963 tarih, E.1963/4, K.1963/71 sayılı Karar. Aynı madde için 1982 Anayasası döneminde verilen karar, Anayasa Mahkemesi, 8.10.1998 tarih, E.1997/53, K.1998/62 sayılı Karar.

⁷⁶ Anayasa Mahkemesi, 7.6.1973 tarih, E.1973/12, K.1973/24 sayılı Karar.

eserlerin, yürütme organı tarafından oluşturulan bir Kurul tarafından belirlenmesini; “Yukarıda (a) fıkrasında yapılan değerlendirmede de işaret edildiği gibi “...basılmış eserlerin küçükler için muzır olup olmadığı hususunda...” Kurul’un yapacağı incelemede 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu’ndaki genel amaç ve ilkeleri açıklayan yeterli düzeyde ayrıntılı ve açık öğeleri içeren maddeleri gözönünde bulundurma zorunluluğu vardır. Bu maddelere aykırılık, yayım suçu doğurmaktadır. Suçu oluşturan eylemin nitelikleri açıklanmıştır. Bu durumda suç ve cezanın yasallık ilkesinin ihlal edildiği savı yerinde görülmemiştir.” gerekçesiyle Anayasa’ya aykırı bulmamıştır⁷⁷.

Anayasa Mahkemesi’nin dikkat çekici bir kararı ise 213 sayılı Vergi Usul Yasası’nın 3239 sayılı Yasa’nın 21. maddesiyle değişik, “Mükerrer 257. maddesi”nin birinci fıkrasının Anayasa’ya aykırılığına ilişkin yapılan itirazda görülmektedir. Yüksek Mahkeme, artık istikrar kazanmış olan görüşünün yanında, vergi idarelerince verilen para cezalarının “teknik anlamda ceza olmadığı” değerlendirmesiyle, idari yaptırımlar bakımından farklı bir bakış açısı içeren bir gerekçeyle, kanunilik ilkesine aykırı görmemiştir⁷⁸:

Yasama organının, ilkeleri belirttikten sonra, uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin hususların düzenlenmesi işi ile yürütme organını görevlendirmesi de yasama yetkisini kullanmaktan başka bir şey değildir. Anayasa’nın 107. ve 113. maddelerinde, yürütme organının gösterilen esaslara uygun olmak koşuluyla, tüzükler ve yönetmelikler çıkararak düzenleyici hukuksal tasarruflarda bulunabileceği kabul edilmiştir. Ancak, yürütme organının bunun dışında, yasanın buyruğuna uyararak genel nitelikte hukuksal tasarruflarda bulunması da idare hukuku esaslarına uygundur. Bunun aksini kabul etmek, yürütmenin çalışmalarını çok dar ve işlemesi güç bir çerçeve

⁷⁷ Anayasa Mahkemesi, 11.12.1987 tarih, E.1986/12, K. 1987/4 sayılı Karar.

⁷⁸ Anayasa Mahkemesi, 15.10.1991 tarih, E.1990/29, K. 1991/37 sayılı Karar. Yüksek Mahkeme, vergi cezaları bakımından bir başka kararında ise suç ve idari suç arasında bir ayırım yapmıştır (25.5.1993 tarih, E.1993/3, K.1993/20):

Vergi hukukunda, vergi suçları ve cezaları; mali ve idari suç ve cezalar, ceza hukuku alanında ve anlamındaki suç ve cezalar olarak iki kategoriye ayrılmaktadır.

Malî ve idari nitelikteki suç ve cezalarda eylem ve yaptırım, idari yöntemlerle saptanmaktadır. Vergi idaresince suç olarak saptanan filler için yargı kararına gerek olmadan, vergi idarelerince ceza verilmektedir. Bu tür suçların yaptırımı, mali ve idaridir.

Anayasa’nın 38. maddesinin sekizinci fıkrasındaki "idare kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz." kuralından da idarî ve malî nitelikteki vergi suç ve cezaları ile maddî ceza hukuku anlamındaki vergi suç ve cezalarının birbirinden farklı kurumlar olarak öngörüldüğü anlaşılmaktadır.

içerisine sokmak gibi bir sonuç doğurur ki, bunun da Anayasa'nın amacına ve ruhuna uygun düşmeyeceği, idare işlevlerinin isterleriyle bağdaşmayacağı açıktır.

Bu durumda incelenen kural, vergi kayıp ve kaçacağını önlemek amacıyla Maliye ve Gümrük Bakanlığı'na yetki vermekle yasadışı suç oluşturma olanağı vermediğinden Anayasa'nın 38. maddesine de aykırı değildir. Ayrıca, vergi idarelerince verilen para cezalarının teknik anlamda ceza niteliğinde olmadığı, idari birer yaptırım niteliğinde olduğu hususundaki düşünceler de gözetildiğinde belge düzenine ilişkin idari düzenlemelere aykırı davranış suç değil, birer disiplin suçu, hattâ bir tür mali kolluk önlemi olarak değerlendirilebilir. Bu durumda kanunsuz suçtan sözedilemez.

Anayasa Mahkemesi yine 1918 sayılı Kanun'un 25. maddesinin 5.6.1985 günlü, 3217 sayılı Kanunla değişik ikinci fıkrasında yer alan "...İthalat ve ihracat rejimi kararlarıyla yasaklanmış olması" ibaresinin Anayasa aykırılığı iddiasıyla açılan davada, cezanın kanuniliği ile suçun kanuniliği arasında bir ayırım yapmıştır. Cezanın türü ve miktarının yasada açıkça belirlenmiş olması nedeniyle kanunilik ilkesine aykırılık olmadığı sonucuna ulaşılırken, malın ithal veya ihracının Bakanlar Kurulu kararıyla belirlendiği ve dolayısıyla suçun kanunla saptanmadığı gerekçesiyle suçun yasallığı ilkesine aykırılık iddiasını kabul etmiştir⁷⁹:

Dayanağını Anayasa'nın 38. maddesinin oluşturduğu ve Türk Ceza Yasası'nın 1. maddesinde yer alan, "Kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesinin esası, yasa tarafından, suçun, yani ne gibi eylemlerin yasaklandığının hiçbir şüpheye verilmeyecek biçimde belirtilmesinden ve buna göre cezanın yasayla belirlenmesinden ibarettir. Kişinin, yasak eylemleri ve bunların cezalarını önceden bilmesi gerekir. Bu durum, kişinin temel hak ve özgürlüklerinin güvencesidir. Bu nedenle de Anayasa'nın kişinin temel hak ve ödevlerine ilişkin bulunan ikinci bölümünde bu güvenceye yer verilmiştir.

Cezanın yasallığı ilkesi, bir suça uygulanacak yaptırım türlerinin, ölçülerinin, hangi sınırlar içinde uygulanacağını, nelerin ne ölçüde hafifletici veya ağırlaştırıcı neden olacağını yasakoyucu tarafından kurala bağlanmasını zorunlu kılmaktadır.

1918 sayılı Yasa'nın 25. maddesinin değişik ikinci fıkrasında bu fıkra göre verilecek cezaların türü ve miktarı açıkça belirlenmiştir. Bu nedenle

⁷⁹ Anayasa Mahkemesi, 6.7.1993 tarih, E.1993/5, K. 1993/25 sayılı Karar, aynı yönde 18.1.1996 tarih, E.1995/28, K. 1996/2 sayılı Karar, 27.9.1994 tarih, E.1993/42, K.1994/72 sayılı Karar.

fıkranın "cezanın yasallığı" yönünden Anayasa'nın 38. maddesine aykırılığı savı yerinde değildir.

Bakanlar Kurulu'nca bir malın ithal veya ihracının yasaklanması ile eylem suç oluşturmaktadır. Böylece itiraz konusu kuralda suç saptanamamakta, suç olma niteliği Bakanlar Kurulu kararına bırakılmaktadır. Bu ise Anayasa'nın 38. maddesinde öngörülen "suçun yasallığı" ilkesine aykırıdır.

Anayasa Mahkemesi, 4487 sayılı Kanun'un 26. maddesiyle 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanun'a Eklenen 47/A maddesinin Birinci, İkinci ve Beşinci Fıkralarına ilişkin yapılan itirazı;

Dava konusu kurallarda, idari para cezalarının konusu, sebebi, sınırları, maksadı ve uyulmaması halinde Kurul'ca uygulanacak yaptırımın aşağı ve yukarı sınırları, idari para cezası uygulanmasındaki süre ve usul, paranın ödeneceği yer ve öngörülen süre içinde ödenmemesi halinde takip ve tahsilinde izlenecek yol açık olarak gösterilmiş, bu idari kararlara karşı yargı yoluna başvurulmasını engelleyen bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Ayrıca birinci fıkrada belirtilen Kurul'ca alınan genel ve özel nitelikteki kararların alınması, Sermaye Piyasası Kanunu ve diğer kanunlara dayanarak alınmış olduğundan, yasallık ilkesine aykırılıktan sözedilemez.

ifadeleriyle kanunilik ilkesine aykırı bulmamıştır⁸⁰.

Anayasa Mahkemesi yeni bir kararında⁸¹ ise “Maddenin birinci fıkrasının birinci tümcesinde yer alan ve iptali istenen "... ve bu Kanunun uygulanmasına ilişkin düzenleyici işlemlere ..." ibaresi ile, idareye, suç ve ceza oluşturma yetkisi verilmemiştir. İdareye düzenlemesi için bırakılan husus, Yasa'da sayılan uyarma, para ve belge iptali cezalarının uygulanmasına ilişkin usul ve esasların belirlenmesidir.” gerekçesiyle kanunilik ilkesine aykırılığın olmadığına karar vermiştir. Bir başka kararda⁸² ise cezanın kanunda

⁸⁰ Anayasa Mahkemesi, 26.12.2003 tarih, E.2000/8, K. 2003/104 sayılı Karar. Anayasa Mahkemesi 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 33 üncü maddesinin beşinci fıkrasına ilişkin olarak ise “Dava konusu kuralla getirilen yaptırımların, belirsizlik içerdiği için farklı yorumlanabilecek yayın ilkelerine aykırılık nedeniyle uygulanacağı ve suçla ceza arasındaki adil dengeyi de bozucu nitelikte olduğu ileri sürülmekte ise de aykırı davranılmasının yaptırım uygulanmasını gerektireceği yayın ilkelerinin içeriği, öğreti ve yargı kararlarıyla belirlenmiştir. Ayrıca, ihlâli yaptırıma bağlanan yayın ilkeleriyle korunmak istenen hukuki yararın büyüklüğü de gözetildiğinde suçla ceza arasında bulunması gerekli adil dengenin bozulduğundan da söz edilemez.” gerekçesiyle Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırılık görmemiştir.

⁸¹ Anayasa Mahkemesi, 8.12.2004 tarih, E.2004/84, K. 2004/124 sayılı Karar.

⁸² Anayasa Mahkemesi, 19.1.2006 tarih, E.2005/99, K. 2005/8 sayılı Karar.

öngörülmeyip, yönetmelik ile belirlenen cezanın kabul edilmesini kanunilik ilkesine aykırı bulmuştur: 4733 sayılı Yasa'nın 8. maddesinin ikinci fıkrasında, satış belgesi almadan satış yapanlar için öngörülen "ruhsat harcının on katı tutarında ağır para cezası ile cezalandırılır" hükmü uyarınca, ceza miktarının saptanmasında ölçü olarak alınan ruhsat harcının, Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkilerin Toptan ve Perakende Satışı ile Satış Belgelerine İlişkin Yönetmelik'e göre belirlenmesi, Anayasa'nın 38. maddesindeki cezanın yasallığı ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi'ne benzer şekilde Danıştay da idarenin yaptırım uygulama yetkisinin yasada açıkça yer alması koşulunu aramakta, yasada açıkça belirtilmemiş olması halinde, idarenin kıyas yoluyla yaptırım uygulayamayacağını belirtmektedir. Danıştay 1. Dairesi yerel yönetim birliklerinin ceza yönetmeliği çıkarma yetkisinin bulunup bulunmadığına ilişkin istişari görüşünde;

Bu hükümlerin incelenmesinden, belediyeler ve il özel idareleri organlarına, yasalarda belli edilmiş eylemleri yapanlara, gösterilen miktarlarda ceza verme yetkisinin verildiği görülmektedir. Buna karşılık, yerel yönetimlerin kurdukları birliklerin hangi eylemlere ne kadar ceza verebileceklerini gösteren bir ceza uygulaması yapmalarını öngören herhangi bir yasal düzenleme bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, Anayasa'nın 38 inci maddesinin üçüncü fıkrasında ifadesini bulan "kanunsuz suç veya ceza olmaz" ilkesinin bir gereği olarak, yasaların açıkça düzenleme yapmadığı bir konuda, başka ceza hükümlerinin kıyasen uygulanmasının mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Açıklanan nedenle yerel yönetim birliklerinin ceza yönetmeliği çıkarmak ve buna aykırı davrananlara herhangi bir ceza uygulaması yapmak yetkisinin bulunmadığı

sonucuna ulaşmıştır. Karardan, Tan'ın ifade ettiği "hukuki dayanak" görüşü doğrultusunda, kanunda dayanağının olması halinde, idarenin fiile ve cezaya ilişkin düzenlemeleri yapabileceği ve bunun kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceği anlaşılmaktadır. Danıştay, bir başka kararında ise bu kez bir genelgeye aykırılık nedeniyle para cezası verilmesini, Genelge'nin yasa ve yönetmeliğin uygulanması amacıyla çıkarılmış olduğu için yasal dayanağının bulunmadığı ileri sürülemeyeceği gerekçesiyle hukuka uygun bulmuştur⁸³. Buna karşılık Danıştay yakın tarihli bir başka kararında⁸⁴ ise Tütün, Tütün Mamulleri

⁸³ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 28.4.2005 tarih, E.2003/730 K.2005/284 sayılı Karar.

⁸⁴ Danıştay 13. Dairesi, 25.12.2006 tarih, E.2005/9375 K.2006/4919 sayılı Karar.

ve Alkollü İçkiler Piyasası Düzenleme Kurumu'nun uygulamış olduğu idari yaptırımın kanuni dayanağının olmadığından bahisle, kararı iptal etmiştir:

Suç ve cezalar, Anayasa'ya uygun olarak yasayla konulabileceğinden, bir hukuk devletinde, cezai niteliği haiz olan idari yaptırımın da dayanağının yasayla düzenlenmesi gerekli bulunmaktadır.

Yukarıda yer alan Yasa hükümleri uyarınca Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkiler Piyasası Düzenleme Kurumu'na, Yasa'nın gösterdiği çerçevede tütün ve tütün mamulleri piyasası ile ilgili düzenlemeler yapma yetkisi verilmesine, Kanun'da adli kovuşturmalara ilgili olarak suç ve cezalar belirlenmesine karşın, Kurum'a idari yaptırım uygulama konusunda bir yetki verilmediği görülmekte olup, idarenin yasal belirleme ve dayanak olmadan herhangi bir davranışın yaptırım gerektirdiğini takdir edip kendi düzenleme yetkisi çerçevesinde bu konuda kural koyması hukuk devleti ilkesine uygun düşmeyeceğinden, Yönetmeliğin 15. maddesinin 6. fıkrasının son cümlesi uyarınca satış belgesinin askıya alınması veya iptal edilmesi yolundaki idari yaptırım uygulanmasına ilişkin dava konusu düzenleme, 4733 sayılı Kanun'a aykırı bulunmaktadır.

3.3. Öğretideki Görüşlerin ve Yüksek Mahkeme Kararlarının Değerlendirilmesi

“Herkes için, her çeşit keyfiliğe karşı bir teminat olan”⁸⁵ kanunilik ilkesi hukuk devletinin vazgeçilmez bir unsurudur. Diğer taraftan teknoloji, ekonomik ve toplumsal alanda yaşanan hızlı gelişmelere yasama organının ayak uydurmada yaşadığı zorluk, idarenin yetkilerinin genişlemesini zorunlu kılmıştır. Bugün bu iki durumdan da geriye dönüşün söz konusu olmayacağı açıktır. Bir başka deyişle ne kanunilik ilkesinden vazgeçmek, ne de idarenin yetkilerini kısıtlamak mümkün gözükmemektedir. Dolayısıyla bu iki durum arasında bir denge sağlamaktan başka bir çözüm yolu bulunmamaktadır. Bu ise bir yandan idarenin keyfi davranabileceğine yönelik endişelerin göz ardı edilmemesi, bir yandan da toplumsal sorunları çözebilmek için belirli ölçüde idareye hareket serbestisi tanınması ile mümkün olabilecektir.

Gerek öğretide gerekse uygulamada baskın olan görüş, kanunda açıkça yetkilendirilmesi kaydıyla idarenin suç ve cezalara ilişkin genel düzenleyici işlemlerinin kanunilik ilkesinin ihlali olarak değerlendirilmeyeceği yönündedir. Tan'ın “hukuki dayanak” olarak adlandırdığı ve esasen normlar hiyerarşisinin bir yansıması olan bu çözüm makul görünmektedir. Böylece, kanun koyucunun açık ve belirli bir şekilde çizmiş olduğu çerçeve içinde, idareye hareket

⁸⁵ Hafizoğulları (2007), <http://www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/CezaHukuku.doc>

serbestisi tanınabilecektir. Anayasa'nın 38 inci maddesinin gerekçesinde yer alan “*Bu hüküm kanun koyucunun ‘açık suç hükmü’ koymasına yani ‘fiili’ bildirmeden suç konusunu gösterip bunun müeyyidesini belirtmesine engel değildir.*” ifadesinden, Anayasa koyucunun da bu yaklaşımı öngörmüş olduğu anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesi de kararlarında bu tür durumlarda, kanunilik ilkesine aykırılık olmadığını onaylamıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin suçların kanuniliği bakımından daha esnek bir yaklaşımı, buna karşılık cezaların kanuniliği bakımından daha katı bir yaklaşımı benimsediğinin de altı çizilmelidir.

Bu noktada, idarenin yapacağı düzenlemelerin sınırları bakımından, İçel ve Donay'ın işaret ettiği teknik anlamda suçlar ile idari suç olarak adlandırılan hukuka aykırılıklar arasında bir ayırım yapılmasının gerekliliğine dikkat edilmelidir⁸⁶. Zira idari suç olarak tabir edilen hukuka aykırılık halleri, ceza hukuku anlamında suç olarak kabul edilmemektedir. Bu durumun gerek muhakeme usulü açısından gerekse hukuki sonuçları açısından önemli farkları olduğu unutulmamalıdır. Muhakeme bakımından, ceza hukukunda iddia ve karar makamlarının farklı olması, tarafsız hakim ilkesi, sıkı savunma hakları, suçluluğun şüpheye yer bırakmayacak derecede sabit olması gibi kurallar geçerlidir. Buna karşın, taslak halinde bulunan Genel İdari Usul Kanunu Taslağı'nı saymazsak, bu sayılan ilkelerin idarenin cezalandırma sürecinde aynı ölçüde yer almadığını görmekteyiz. Diğer yandan sonuçları açısından da idari cezaların sicile işlenmemesi, tekröre esas kabul edilmemesi, teşebbüs, içtima gibi kurumlar bakımından ceza hukukundan farklı olduğu bilinmektedir. Bu farklılıklar gözetilmeksizin, ceza hukukunun genel ilkelerinin idari suçlar bakımından da aynı şekilde uygulanması gerektiğini savunmak kolay olmayacaktır.

Kabahatler Kanunu'nun benimsemiş olduğu kanunilik ilkesinin, öğretisi ve Anayasa Mahkemesi kararlarındaki bu yaklaşımın bir yansıması olduğu görülmektedir. Zira yukarıda da değinildiği üzere, söz konusu kanun, kabahat olarak adlandırılan idarenin yaptırım uyguladığı hukuka aykırılık halleri bakımından esnek bir kanunilik ilkesi benimsemiştir. Buna göre kapsam ve koşulları kanunla belirlenmek kaydıyla, idare, genel düzenleyici işlemleri ile hükmün içeriğini doldurabilecek, yani hukuka aykırılık teşkil eden fiilleri belirleyebilecek, ancak uygulanacak olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı her halde kanunla saptanmış olacaktır.

⁸⁶ Nitekim yukarıda görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi, bu ayrımı vergi cezaları bakımından yapmıştır.

Kanunilik ilkesini, çerçevesi kanunla çizilmiş olması halinde dahi, idarenin genel düzenleyici işlemlerle suç ve cezaları düzenleyemeyeceği şeklinde yorumlamak, ilkenin farklı yorumlarının göz ardı edilmesine yol açacağı gibi, tek hedefinin yürütme organı olduğu şeklinde anlaşılmasına neden olarak kapsamını daraltacaktır. Bu anlamda idarenin yapacağı genel düzenleyici işlemleri bakımından ilkenin kıyas yasağı, kanunların geçmişe yürümemesi, açıklık ve belirlilik gibi yönlerinin terk edilmesi gibi bir durum söz konusu olmamaktadır. Özellikle kıyas yasağı ve geçmişe yürümeme kurallarına aykırı şekilde, idare tarafından düzenleme yapılarak ceza verilmesi durumunda, işlemin iptalinin gerekeceği tabiidir.

Diğer taraftan kanunilik ilkesi bireyler için çok önemli bir güvence olmakla birlikte, tek güvence değildir. Hukuk devleti olmanın olmazsa olmaz koşulu olan, anayasal düzeyde kabul görmüş, kanunilik ilkesine eşdeğer diğer bazı ilkelerin varlığı da bireysel güvence ile idarenin işlemleri arasındaki dengeyi sağlamaya yardımcı olacaktır. Bu bağlamda, Anayasa'da kanunilik ilkesi ile birlikte yer alan, idarenin hürriyeti bağlayıcı ceza veremeyeceğine ilişkin hüküm, bireysel özgürlüğe yönelik ilk akla gelen korumadır. Bir başka önemli nokta ise idarenin her türlü işlemine karşı kanun yolunun açık olmasıdır. Her ne kadar idarenin uygulamış olduğu yaptırım, idari kararların icrailiği ilkesi uyarınca, araya bir yargı kararı girmeksizin uygulanma kabiliyetini haizse de yaptırıma muhatap olanların kanun yollarına başvurabilme haklarının varlığı, idarenin keyfi uygulamalarına karşı güvence sağlamaktadır. Yargı organının yapacağı denetimin ise, öncelikle, idarenin yapmış olduğu işlemin yasal dayanağının olup olmadığı noktasına yoğunlaştığı, yukarıdaki kararlardan görülmektedir. İdare, üst norm olan kanuna dayanmaksızın herhangi bir düzenleme yapamamakta, yapmış olduğu işlemler yargıdan dönmektedir.

Sonuç olarak kanunilik ilkesinin idari ceza hukuku bakımından klasik ceza hukukunda olduğu gibi katı bir uygulama şeklinde değil, ancak bu alanın özellikleri ile bağdaştığı ölçüde uygulanmasını kabul etmek, bu bağlamda temel ve belirleyici unsurların kanunla düzenlenmesi kaydıyla, idareye düzenleyici işlemlerle normun içeriğini doldurma yetkisini tanımak, bireysel özgürlüklerle zamanın gerekleri arasında bir denge sağlayacaktır.

3.4. Kanunilik İlkesi ve Rekabet Kurulu'nun Ceza Yönetmeliği

23.1.2008 tarihinde kabul edilen 5728 sayılı Kanun ile kabahatleri suç olmaktan çıkarma eğiliminin devamı niteliğinde, ancak bununla sınırlı kalmayarak, "haksızlık oluşturan hareketin niceliği ve bunun toplumsal ve siyasal yaşamdaki etkileri göz önünde tutularak bazı fiillerin yaptırımını idari

yaptırım olarak değiştirilmiş”tir⁸⁷. Yapılan değişiklikler içerisinde, 4054 sayılı Kanun’un çeşitli hükümleri de yer almaktadır. Bunlar arasında çalışma konumuzu ilgilendiren, 5728 sayılı Kanun’un 472 nci maddesi ile 4054 sayılı Kanun’un 16 ncı maddesinin başlığı ile birlikte değiştirilmesidir⁸⁸. “İdari para cezası” başlığını taşıyan söz konusu madde ile usule ilişkin bir takım ihlaller ve 4054 sayılı Kanun’un maddi hükümlerinin ihlali halinde uygulanacak idari para cezaları bakımından önemli değişiklikler yapılmıştır. Yapılan değişiklikte, Kanun’un 16 ncı maddesinin son fıkrasında getirilen “*Bu maddeye göre verilecek idarî para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususlar, işbirliği halinde para cezasından bağışıklık veya indirim şartları, işbirliğine ilişkin usul ve esaslar Kurulca çıkarılacak yönetmeliklerle belirlenir.*” hükmü ile de Kurul’a, cezalara ve pişmanlık programlarına ilişkin olarak yönetmelik çıkarma yetkisi verilmiştir. Bu bölümde, çalışmamızın esas konusu olan söz konusu yönetmeliğin kanunilik ilkesi çerçevesinde değerlendirmesi yapılacaktır. Kurul’un cezalara ilişkin hususları yönetmelikle düzenleyip düzenleyemeyeceği, cezanın hesaplanmasında Kanun’da sayılan hususlarla bağlı olup olmadığı, bunların ne ölçüde cezaya etki edeceğini belirlemede serbest olup olmadığı gibi sorular cevaplanması gerektiğini düşündüklerimizdir.

İlk olarak, gerek 5728 sayılı Kanun’un 4054 sayılı Kanun’u değiştiren diğer maddelerinde gerekse idari para cezalarına ilişkin 16 ncı maddesinde, 4054 sayılı Kanun’un yasak içeren maddi hükümleri olan 4, 6 ve 7 nci maddelere ilişkin herhangi bir değişiklik getirilmediği belirtilmelidir. Bu nedenle suçta kanunilik ilkesi açısından değerlendirme yapılmasını gerektirecek yeni bir durum bulunmamaktadır ve değerlendirme, cezada kanunilik ilkesi bakımından yapılacaktır.

Bilindiği üzere, 4054 sayılı Kanun’da, rekabeti kısıtlayıcı nitelikte oldukları için idari yaptırım gerektiren birtakım hukuka aykırılık halleri düzenlenmiştir. Yukarıda değinildiği üzere, söz konusu ihlallerin, Kabahatler Kanunu kapsamında kabahat niteliği taşıdığına ve değerlendirme yapılırken adı geçen kanunun göz önüne alınması gerektiğine şüphe bulunmamaktadır. Kabahatler Kanunu’nun ise Türk Ceza Kanun’undan daha esnek bir kanunilik ilkesi getirmiş olduğu, ancak yine kendi içinde bir ayırım yaparak suçta kanunilik ilkesi bakımından daha esnek, buna karşın cezada kanunilik ilkesi bakımından katı bir yaklaşımı benimsemiş olduğu hatırlatılmalıdır. Buna göre, kanunilik

⁸⁷ 5728 sayılı Kanun’un Genel Gerekçesi, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss56m.htm>

⁸⁸ 4054 sayılı Kanun’da yapılan diğer değişiklikler, 17 nci maddedeki süreli para cezaları, 18 ve 19 uncu maddelerin yürürlükte kaldırılması ve 55 ile 60 ıncı maddelerdedir.

ilkesinin düzenlendiği Kabahatler Kanunu'nun 4 üncü maddesi uyarınca, idarenin uygulayacağı yaptırımın türünün, süresinin ve miktarının her halde kanun tarafından belirlenmesi gerekmektedir. 4054 sayılı Kanun'un 16 ncı maddesine bu açıdan baktığımızda yaptırımın türünün ve miktarının kanunda belirtilmiş olduğunu görüyoruz⁸⁹. Yaptırımın türü, başlıkta da yer aldığı üzere idari para cezasıdır. 4054 sayılı Kanun'un muhtelif hükümlerinde de örneği görüleceği üzere, idarenin çok çeşitli şekillerde yaptırım uygulama olanağı bulunmaktadır. Ancak 4054 sayılı Kanun'un 16 ncı maddesi bakımından bir sınırlama getirilmiş ve Kurul'a idari para cezası dışında bir yaptırım uygulama olanağı tanınmamıştır. Kurul, 4054 sayılı Kanun'un 4, 6 ve 7 nci maddelerinin ihlal edildiğini tespit etmesi halinde, 16 ncı madde çerçevesinde öngörülen tek yaptırım türü olan idari para cezasını uygulayacaktır. O halde Kurul tarafından çıkarılacak yönetmelikle, idari para cezasından başka bir cezanın veya yaptırımın -söz gelimi teşebbüsün faaliyetinin geçici veya sürekli olarak durdurulmasının- getirilmesi halinde kanunilik ilkesine aykırılık itirazı yapılabilecektir.

Kabahatler Kanunu'nda cezaların yasallığı bakımından aranan bir diğer koşul olan, yaptırımın miktarının kanunla belirlenmesi koşulunun da 4054 sayılı Kanun'un 16 ncı maddesi bakımından karşılanmış olduğu görülmektedir. Zira Kanun'un 16 ncı maddesinin üçüncü fıkrası "*Bu Kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir.*" hükmünü amirdir. Buna göre idari para cezası şeklinde olan yaptırımın miktarı, teşebbüs veya teşebbüs birliğinin nihai karar tarihinden bir önceki yıl cirosunun yüzde onu ile sınırlanmıştır. Böylece cezanın miktarı bakımından bir üst sınır getirilmiş, Kurul'a, hiç ceza vermemek ile teşebbüs veya teşebbüs birliğinin, nihai karar tarihinden bir önceki yıl cirosunun yüzde onuna kadar para cezası uygulamak arasında bir takdir yetkisi tanınmıştır⁹⁰. Hükmün bu hali nedeniyle Kurulca çıkarılacak yönetmelikte, cironun %10'undan fazlasına tekabül edecek şekilde bir düzenleme yapılması halinde, kanunilik ilkesine aykırılık söz konusu olacaktır. Böylece cezanın türü ve miktarının kanunla belirlenmiş olması

⁸⁹ Kanun'un 16 ncı maddesinde düzenlenen idari para cezalarının, tek seferde uygulanan ve süreye ilişkin bir unsur içermeyen niteliği nedeniyle, Kabahatler Kanunu'ndan kanunilik ilkesi bakımından varlığı aranan bu koşul değerlendirmede dikkate alınmamıştır.

⁹⁰ Hükmün bu hali, Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda değinilen ve cezanın alt ve üst sınırlarının kanunla belirlenmiş olması koşulunu arayan kararları ile de paraleldir.

dolayısıyla, cezaların kanunililiği ilkesi bakımından aranan koşullar sağlanmış bulunmaktadır.

Bu noktada belirtilmelidir ki, söz konusu hususlara ilişkin olarak düzenleme yapılamayacak olması, kanunilik ilkesi yanında normlar hiyerarşisinin de gereğidir. Bilindiği üzere Türk hukukunda idarenin en yaygın düzenleyici işlem türü olduğu kabul edilen yönetmeliklerin, kanun ve tüzüklerin uygulanmasını göstermek ve bunlara aykırı olmamak üzere çıkarılması gerekmektedir. Danıştay da bu durumu "...yönetmeliklerle yasalara aykırı veya yasa hükümlerini değiştirici nitelikte hükümler sevk edilmesi de olanak dışıdır" diyerek açıkça vurgulamıştır⁹¹. Bu durumda cezanın türü ve miktarının kanun tarafından belirlenmiş olması dolayısıyla, cezada kanunilik ilkesinin gereklerinin karşılandığı ve Kurul'un çıkaracağı yönetmelikte bu iki unsur bakımından üst norm tarafından çizilen çerçeveyi aşamayacağı anlaşılmıştır.

İkinci adım olarak, "...idari para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususlar..." ifadesi bağlamında, yönetmelikle düzenlenecek hususun değerlendirmesi yapılmalıdır. 16 ncı maddenin son fıkrasının düzenleme yapılmasını işaret ettiği yer, maddenin dördüncü fıkrasında yer alan "*Kurul, üçüncü fıkraya göre idarî para cezasına karar verirken, 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 17 nci maddesinin ikinci fıkrası bağlamında, ihlalin tekrarı, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlalin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususları dikkate alır.*" hükmüdür. Bu durumda düzenlemenin içeriğinin ve ne anlama geldiğinin belirlenmesi öncelikli konudur. Burada da ilk anda akla gelen başlıca sorular, Kurul'un fıkroda sayılan hususlarla bağlı olup olmadığı, ilave unsurları değerlendirmeye dahil edip edemeyeceği, sayılanların temel cezanın belirlenmesine yarayan unsurlar mı yoksa hafifletici ve ağırlaştırıcı etkenler mi oldukları, cezanın belirlenmesinde ne ölçüde uygulanacaklarıdır. Ceza hukuku dikkate alındığında, çalışma konumuz bakımından, söz konusu hususların temel cezaya mı ilişkin olduklarına yoksa ağırlaştırıcı-hafifletici etken mi olduklarına göre farklı sonuçlara ulaşılması mümkün olduğu için, her iki hale ilişkin değerlendirme yapılması yerinde olacaktır.

Öncelikle, ister temel cezaya ilişkin olsunlar, ister ağırlaştırıcı-hafifletici etken olsunlar, söz konusu unsurların mahiyetinin, cezaların kişiselleştirilmesine yarayan araçlar olduğu konulmalıdır. Belirli bir hukuka aykırılık haline ilişkin olarak, cezanın maktu şekilde değil, alt ve üst sınırlarının verilmiş olduğu

⁹¹ Gözübüyük ve Tan, s. 132

hallerde, cezanın kişiselleştirilmesi, failin, fiiline uygun şekilde cezalandırılmasını sağlamaktadır. Ceza hukukunda sabit cezalar sisteminin uygun bir yöntem olmadığına anlaşılmasından sonra, cezanın bir aralık olarak belirlenerek hakime takdir yetkisi tanınması esasına geçilmiş ve cezanın kişiselleştirilmesi olarak adlandırılan bu işlem de belirli kurallara bağlanmıştır. Öncelikle, belirlenen aralıkta hakim, 5237 sayılı TCK'nın 61 inci maddesinde sayılan hususlar çerçevesinde temel ceza miktarını belirlemekte, sonra suçun temel şekline nazaran daha ağır veya daha az cezayı gerektiren hallerin varlığı durumunda önce artırma daha sonra ise indirme yapılarak nihai ceza miktarı hesaplanmaktadır.

4054 sayılı Kanun'un 16 ncı maddesinde sayılan hususlara bakıldığında, tekerrür hali hariç olmak üzere⁹², her ne kadar aralarında kesin bir ayırım olmasa da, uygulama bakımından esas olarak, ağırlaştırıcı-hafifletici etkenlerden ziyade ceza hukukundaki temel cezanın belirlenmesine ilişkin hallere benzerlik gösterdiği dikkat çekmektedir⁹³. Temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınan unsurları tartışırken, kanunilik ilkesinin katı bir şekilde uygulanmasını gerektiren, Türk Ceza Kanunu'na bakmak yol gösterici olacaktır. Mülga 765 sayılı Kanun'un 29 uncu maddesinde temel cezanın belirlenmesine ilişkin ölçütler sıralanırken, "gibi hususlar" denilmiş olması nedeniyle, sayılanların tahdidi olmadığı ve hakimın temel cezayı belirlerken maddede sayılmayan başka unsurları da dikkate alabileceği kabul edilmişken⁹⁴, 5237 sayılı Kanun'un 61 inci maddesindeki ölçütlerin sınırlı sayıda oldukları ve hakimın bunlarla bağlı olduğuna dikkat çekilmektedir⁹⁵. Buradan hareketle, 16 ncı maddede sayılanların, ağırlaştırıcı-hafifletici unsurlar olmayıp, tek bir aşamada uygulanacak temel cezanın belirlenmesine yönelik olan unsurlar olduğu kabul edilirse, fıkra da yer alan "...gibi hususları" ifadesi dolayısıyla, sayılanların tahdidi olmadığı ve benzer nitelikte başka etkenlerin de cezanın takdirinde dikkate alınabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır.

Söz konusu unsurların, sadece temel cezaya ilişkin olmadığı ve fakat aynı zamanda ağırlaştırıcı ve hafifletici etken oldukları kabul edildiğinde ise Türk ceza hukukunda bir ayırım göze çarpmaktadır. Kanunilik ilkesinin sıkı bir

92 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda tekerrürün artık ağırlaştırıcı etken olarak kabul edilmediğine dikkat çekilmelidir: *Tekerrür, cezanın ağırlaştırılması nedeni olarak görülmediği için, cezanın belirlenmesi açısından Tasarıda benimsenen sıralamada yer alan tekerrür çıkarılmıştır.* <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc>

⁹³ Kanun'un sistematüğinde önce bir temel ceza ardından da ağırlaştırıcı-hafifletici etkenler çerçevesinde cezanın farklılaştırılmasını öngören bir sistem getirilmemiş olması da bu tespiti doğrulamaktadır.

⁹⁴ İçel, K. ve diğerleri, İçel Yaptırım Teorisi, s. 146, İstanbul 2002; Özgenç, s.644-645.

⁹⁵ Özgenç, s. 644-645.

şekilde uygulanmasının gerekli olduğu suçlar bakımından dahi, 5237 sayılı Kanun'un 62 nci maddesi ile kanuni indirim nedenlerinin yanında, genel bir kategori olarak takdiri hafifletici etkenlerin varlığı kabul edilmiştir. Söz konusu maddede sayılan hususların tahdidi olmaması nedeniyle, hakim, benzer nitelikte başka unsurları dikkate almak suretiyle cezada indirim yapabilir. Ceza hukuku bakımından ortaya çıkan bu durumun, idari yaptırımlar bakımından da kabul edilmesine bir engel yoktur. Dolayısıyla, Kanun'un 16 ncı maddesinde sayılmayan bir hususun, cezanın daha az verilmesin gerekçe olması, bir başka deyişle cezada indirim nedeni olması mümkündür.

Ağırlaştırıcı etkenlere gelince, durumun tartışmaya daha açık olduğu kabul edilmelidir. Zira ağırlaştırıcı etkenler bakımından, sadece kanuni ağırlaştırıcı etkenlerin varlığı kabul edilmekte ve sanık aleyhine olarak ve kanunilik ilkesinin güvence fonksiyonu ile çeliştiği için, ceza kanunlarında takdiri ağırlaştırıcı etkenlere yer verilmemektedir⁹⁶. Öte yandan, Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında yer verdiği, cezanın yasallığı ilkesine ilişkin *"Cezanın yasallığı ilkesi, bir suça uygulanacak yaptırım türlerinin, ölçülerinin, hangi sınırlar içinde uygulanacağına, nelerin ne ölçüde hafifletici veya ağırlaştırıcı neden olacağına yasakoyucu tarafından kurala bağlanmasını zorunlu kılmaktadır."* tanımı da değerlendirme sırasında dikkate alınmalıdır. Her ne kadar bu tanım çerçevesinde ilk anda Yüksek Mahkeme'nin ağırlaştırıcı ve hafifletici sebeplerin mutlaka kanunla düzenlenmesini aradığı akla gelmekteyse de, görüldüğü üzere gerek eski ceza kanununda gerekse yeni ceza kanununda takdiri hafifletici nedenlere yer verilmiş ve bunların sınırlayıcı olmadığı da belirtilmiştir. "Sanığın lehine yorum" ilkesi çerçevesinde kabul gören bu yaklaşım, bizce de olması gerektir ve göstermektedir ki Yüksek Mahkeme'nin tanımı, daraltıcı yoruma dayanan mutlak bir durumu işaret etmemekte, somut olay bakımından değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Ağırlaştırıcı etkenlerin kanunilik ilkesine tabi olmasının, ceza kanunu bakımından özel bir anlam taşıdığına ve sıkı bir şekilde uygulanması gerektiğine şüphe bulunmamaktadır. Bu durumun en önemli nedeni, ceza hukukunda ağırlaştırıcı etkenlerin uygulanması halinde, fiile tatbik edilen maddede öngörülen cezanın aşılmasının mümkün olmasıdır. Zira ceza kanunu bakımından ağırlaştırıcı etkenler uygulanırken dikkat edilmesi gereken kural, maddede belirtilen üst sınırın değil, cezanın türü için kanunda öngörülen azami sınırın aşılmasıdır⁹⁷. Bu önemli nokta nedeniyle, ceza hukukunda ağırlaştırıcı

⁹⁶ İçel ve diğerleri, s. 161

⁹⁷ Bu kuralın sadece ağırlaştırıcı etkenler bakımından değil, hafifletici etkenler için de geçerli olduğu, örneğin hafifletme nedeniyle asgari sınırın altına düşülerek ceza verilemeyeceği belirtilmelidir.

etkenlerin ve ne ölçüde cezanın ağırlaştırılacağına, kanunla belirlenmesi kanaatimizce bir zorunluluktur. Dönmezer ve Erman'ın, kanunda belirlenen sınırların aşılmamış olması halinde, ağırlaştırıcı etkenin varlığından bahsedilemeyeceğine dair söyledikleri esasen tam da bu duruma ilişkindir⁹⁸: “Her ne kadar bazı yazarlar (mesela Garraud, II, 709 ve not 1) hakimin cezanın aşağı sınırından daha yüksek bir cezaya hükmetmesi halinde, takdiri ağırlaştırıcı sebeplerin bulunduğunu iddia etmekte iseler de, bu durum aşağı ve yukarı sınırları olan cezalar sisteminin zorunlu bir sonucudur: Cezanın aşağı sınırı gibi, yukarı sınırı da **temel cezadır**; ağırlaştırıcı sebep ise bu temel cezanın üstüne çıkılmasını gerektirir. Bu sebeple aşağı sınırdan yukarı doğru çıkılarak temel cezanın takdiren tesbiti halinde yukarı sınırın üstüne çıkmadıkça, bir ağırlaştırıcı sebebin varlığından ve özellikle takdiri ağırlatıcı sebeplerin bulunduğundan sözedilemez.”

Ağırlaştırıcı -ve hafifletici- etkenlerin ceza hukukundaki bu uygulanış şekilleri dolayısıyla, kanunla belirlenmeleri gerekliliğine katılmakla birlikte, aynı katı uygulamanın, genelde idari para cezaları ve özelde de 4054 sayılı Kanun'un 16 ncı maddesi bakımından geçerli olmadığını düşünüyoruz. İdari para cezalarına baktığımızda ya maktu bir miktar olarak ya da bir aralık şeklinde belirlenmiş olduğunu görürüz⁹⁹. Cezanın aralık olarak belirlenmesi halinde -ister tek aşamada belirlenen temel ceza olarak kabul edilsin, ister önce temel ceza belirlenip ardından ağırlaştırıldığı kabul edilsin- idarenin kanunda öngörülen sınırın üstünde bir ceza uygulamasının mümkün olmadığı açıktır. Ancak belirlenen aralık içerisinde idare, kanunda açıkça belirtilmese dahi, fiile ve kuralı ihlal edene ilişkin hususları dikkate alarak takdir yetkisini kullanmak suretiyle cezayı kişiselleştirebilecektir. İdarenin, kendisine tanınan üst sınıra kadar ceza vermek konusunda yetki sahibi olduğu kabul ediliyorsa, bu sınırın altında bir miktarın önce temel para cezası olarak kabul edilerek ardından ağırlaştırılmasının da, üst sınır aşılmamış olmak kaydıyla aynı yetki içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda yer verilen kararları ile de uyumlu olacağı kanaatini taşıdığımız bu durum, cezanın tür, miktar ve süresinin kanunla belirlenmiş olması kaydıyla, artık kanunilik ilkesi ile ilgili değil, idarenin takdir yetkisinin kullanılmasına ilişkindir. İdareye kanunla belirlenmiş aralık içerisinde ceza verme yetkisi tanımak, ancak idarenin bu yetkiyi sadece bireysel işlemlerde kullanabileceğini savunmak, kanaatimizce idareyi gereğinden fazla kısıtlayacağı gibi, iyi idare, şeffaf yönetim gibi çağdaş gereklere de aykırı düşecektir. İdarenin takdir yetkisi

⁹⁸ Dönmezer ve Erman, Cilt II, s. 344, dipnot.35

⁹⁹ Yukarıda görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi, SPK'nın 2-10 milyar TL arasında para cezası verme ve RTÜK'ün 1 ile 12 kez yayın durdurma yetkileri bakımından Anayasa'ya aykırılık görmemiştir.

verilen durumlarda, bunu ne şekilde kullanacağını gösteren bir düzenleme yapması, bilakis yaptırımın uygulanması sürecine şeffaflık sağlayacağı için bireyler için daha fazla bir güvence getirecektir. Böylece kanunilik ilkesinin tamamlayıcısı olarak görülen açıklık, belirlilik gibi ilkelerle de uyum sağlanacaktır.

Kurul, 4054 sayılı Kanun'un 16 ncı maddesinin gerek değişiklikten önceki gerekse bugünkü halinde, teşebbüs veya teşebbüs birliğinin cirosunun %10'una kadar ceza uygulamak yetkisini haizdir ve hiçbir şekilde bu sınırın aşamayacağı malumdur. Her iki halde de idari para cezasının belirlenmesinde dikkate alınan hususlar örnek kabilinden olmak üzere sayılmış olduğu için, Kurul, önüne gelen somut olayda başta Kanun'da sayılanlar olmak üzere çeşitli unsurları göz önüne alarak, kendisine tanınan takdir yetkisi çerçevesinde karar verebilmektedir. Bu anlamda, yönetmelik ile yapılacak olanı da, Kurul'un bireysel olaylar bakımından sahip olduğu takdir yetkisini, bir düzenleyici işlemlerle gelecekteki bütün benzer olaylar için ortaya koyması olarak görmek gerekmektedir. Cezalandırma sürecine şeffaflık sağlayacak olan böyle bir yönetmelikle takdir yetkisinin somutlaştırılması, eşitlik ilkesi bakımından da bir gereklilik olarak görülebilir¹⁰⁰. Yargısal denetim açısından da kolaylık getirecek bu düzenleme, teşebbüsler ve bireyler açısından öngörülebilirliği ve hukuk devletinin olmazsa olmazlarından belirliliği sağlayacaktır.

Yukarıdaki değerlendirmemizi desteklediğini düşündüğümüz iki tane Danıştay kararına burada yer verelim. İlk örnek, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun 4673 sayılı Kanunla değişik 2 nci maddesinin (f) ve (g) bendleri¹⁰¹ hükmünde öngörülen, cezalara ilişkin yönetmelik çıkarma yetkisidir. Telekomünikasyon Kurumu, çıkarmış olduğu "Ulusal Dolaşım (Roaming) Anlaşması Yapılması ile İlgili Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik" in "İdari Ceza ve Müeyyideler" başlıklı 17 nci maddesinde, 406 sayılı Kanun'un (f)

¹⁰⁰ Özbudun, E., Türk Anayasa Hukuku, 6. Baskı, Ankara, 2000, s. 230

¹⁰¹ 406 sayılı Kanun'un anılan bentleri aynen şöyledir: "f) **(Değişik: 12/5/2001 - 4673/2 md.)** Kurum; Türk Telekom dahil işletmecilerle imzaladığı sözleşmelerin ve verdiği genel izin ve telekomünikasyon ruhsatlarının şartlarına uyulmasının sağlanması için gereken tedbirleri almaya, faaliyetlerin mevzuat ile görev ve imtiyaz sözleşmesi, telekomünikasyon ruhsatı veya genel izin şartlarına uygun yürütülmesini izleme ve denetlemeye, aykırılık halinde ilgili işletmecinin bir önceki takvim yılındaki cirosunun %3'üne kadar idari para cezası uygulamaya, milli güvenlik, kamu düzeni veya kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi amaçlarıyla gerekli tedbirleri almaya, gerektiğinde tesisleri tazminat karşılığında devralmaya ya da ağır kusur halinde imtiyaz sözleşmesini, telekomünikasyon ruhsatını ya da genel izni iptal etmeye yetkilidir.

g) Yukarıdaki hükümlerin, cezaların ve 4 üncü maddede belirtilen ilkelerin uygulanma esaslarını göstermek üzere yönetmelikler çıkarılır."

bindine istinaden, uygulanacak para cezalarına ilişkin hükümlere yer vermiştir. Yönetmelik maddesinde, 406 sayılı Kanun'da öngörülen, cironun %3'üne kadar verilebilecek cezaların hangi hallerde, ne şekilde uygulanacağını düzenlediği görülmektedir. Konu, Telekomünikasyon Kurulu'nun söz konusu hükme istinaden vermiş olduğu para cezasına karşı açılan bir davada Danıştay'ın önüne gelmiş ve bu arada, 17 nci maddenin 406 sayılı Kanun'a aykırılığı dolayısıyla iptali de talep edilmiştir. Danıştay Onüçüncü Dairesi, *Ulusal dolaşım (roaming)'in, telekomünikasyon hizmetinin yerine getirilebilmesi ve telekomünikasyon sektörünün serbest rekabete açılabilmesindeki önemi gözönüne alınarak, düzenlemeyle; eksik ya da yanıltıcı bilgi ve belge verilmemesi gibi usuli eksiklikler nedeniyle daha az bir ceza, ulusal dolaşım yükümlülüğünün yerine getirilmemesi ya da kesintiye uğratılması nedeniyle daha fazla olarak ve %1'den aşağı olmamak ve Kanun'da öngörülen %3 oranındaki cezayı da aşmamak üzere işletmeciyeye idari para cezası verilebilmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Yönetmeliğin 17. maddesinin 406 sayılı Kanun'a aykırı bir yönü görülmediğinden, davacı şirketin bu maddeye ilişkin iddiaları yerinde bulunmamıştır*¹⁰². gerekçesiyle, 17 nci maddeye ilişkin iptal talebini reddetmiştir. Danıştay kararında öne çıkan hususları; cezaların 406 sayılı Kanunla öngörülmüş olduğu, yönetmelik çıkarma yetkisinin Telekomünikasyon Kurumu'na verilmiş olması ve çıkarılan Yönetmelik'in 406 sayılı Kanun'da öngörülen %3'lük tavanı aşmamış olması olarak sıralanmak mümkündür. Danıştay bir başka kararında ise yine 406 sayılı Kanun'un 2(f) maddesi uyarınca çıkarılmış olan bu kez "Telekomünikasyon Kurumu Tarafından İşletmecilere Uygulanacak İdari Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" çerçevesinde uygulanmış olan para cezasında hukuka aykırılık görmemiştir¹⁰³. Görüldüğü üzere Danıştay her iki kararda da yönetmelikle düzenleme yapma yetkisinin kanunda yer alması dolayısıyla, yönetmelikle somutlaştırılan cezalarda hukuka aykırılık görmemiştir.

Değerlendirmeyi, Kurul tarafından çıkarılacak yönetmeliğin en yakın örneği olarak gösterilebilecek, AB'nin 1998 ve 2006 tarihli kılavuzları¹⁰⁴ ve

¹⁰² Danıştay 13. Dairesi, 13.12.2005 tarih, E.2005/1716 K.2005/5892 sayılı Karar.

¹⁰³ Danıştay 13. Dairesi, 22.6.2006 tarih, E.2005/6376 K.2005/1131 sayılı Karar.

¹⁰⁴ AB'de, Komisyon tarafından uygulanan cezaların dayanağı, 1/2003 sayılı Konsey Tüzüğü'dür. Tüzük'te Roma Antlaşması'nın 81 ve 82 nci maddelerinin ihlal edilmesi halinde cironun %10'una kadar ceza uygulanacağı ve cezanın takdirinde ihlalin ağırlığının ve süresinin dikkate alınacağı kabul edilmiştir. Buna karşılık yayımlanan Rehber'de ayrıntılı düzenlemelerle cezaların ne şekilde hesaplanacağı gösterilmiştir.

Almanya¹⁰⁵, İngiltere¹⁰⁶, Hollanda¹⁰⁷ gibi bazı üye ülkelerde yürürlükte olan kılavuzların durumuna bakarak sonlandıralım. Söz konusu kılavuzlarda, yayımlanma amacının, Konsey Tüzüğü ve üye ülke kanunlarında yer alan cezalara ilişkin hükümlerin, şeffaflığı, belirliliği ve tutarlılığı sağlamak amacıyla, takdir yetkisini somutlaştırılması olduğu belirtilmektedir. Sayılan tüm düzenlemelerin ortak yanı, öncelikle temel ceza miktarının belirlenmesi, daha sonra bu temel ceza miktarına sırasıyla, önce ağırlaştırıcı sonra hafifletici etkenlerin uygulanması suretiyle nihai ceza miktarının bulunması sürecini içermeleridir¹⁰⁸. 1998 tarihli Kılavuz döneminde, Komisyon Kılavuzu'nun yasal bir dayanağının olmadığı ve özellikle kanunların geriye yürümezliği açısından kanunilik ilkesine aykırı olduğu, açılan çeşitli davalarda ileri sürülmüştür. Ancak Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, 17/62 sayılı Tüzük döneminde çıkarılmış olan 1998 tarihli Kılavuz'un, 17/62 sayılı Tüzük'le getirilmiş olan %10'luk ciro eşiğini aşılmaması ve cezanın belirlenmesinin Tüzük'te öngörülen ihlalin ağırlığı ve süresi esas alınarak yapılmış olması nedeniyle, yasallığında herhangi bir tereddüt olmadığını belirtmiştir¹⁰⁹. ATAD, ayrıca, Komisyon'un belirli bir dönemde belirli bir ceza düzeyi uygulamış olmasının, her zaman aynı düzeyde ceza uygulamak zorunda olduğu anlamına gelmeyeceğini, bu nedenle Kılavuz ile cezaların daha yüksek belirlenmesinin kanunların geriye yürümezliği ilkesine aykırılık teşkil etmediğini de vurgulamıştır.

¹⁰⁵ Alman Rekabet Kanunu'nun 81 inci maddesine göre cezanın teşebbüsün cirosunun %10'unu aşmaması gerekmektedir ve ceza verilirken ihlalin ağırlığı ve süresi dikkate alınmalıdır.

¹⁰⁶ İngiltere Rekabet Kanunu'nun 36 ncı maddesine göre, rekabet kanununu kasten veya ihmalen ihlal eden teşebbüsler cirolarının %10'una kadar cezalandırılacaklardır. Kanun'un 38 inci maddesi ise Adil Ticaret Komisyonu'nun cezaların belirlenmesine ilişkin olarak bir rehber yayımlamasını gerektirmektedir.

¹⁰⁷ Hollanda Rekabet Kanunu'nun 57 nci maddesine göre, ihlalin ağırlığı ve süresi dikkate alınarak, 450.000 avro veya nihai karardan bir önceki yıl cirosunun %10'una kadar ceza uygulanabilmektedir.

¹⁰⁸ Kurum tarafından hazırlanarak görüşe açılmış olan "4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. ve 6. Maddesinde Yasaklanmış Olan Davranışları Gerçekleştiren Teşebbüs ve Teşebbüs Birliklerine Verilecek Para Cezasının Belirlenmesine İlişkin Kılavuz Taslağı" da aynı esasa göre hazırlanmıştır.

¹⁰⁹ Case C-189/02 Dansk Rørindustri A/S v. Commission. Aynı yönde, Case T-23/99 LR af 1998 A/S v. Commission; Case C-167/04 P JCB Service v Commission; Case C-3/06 P Danone v. Commission

SONUÇ

Bu çalışmanın iki temel çıkış noktası bulunmaktadır: Birincisi, kanunilik ilkesi bireyin devlet karşındaki en önemli güvence olduğunun kabulüdür. Bu anlamda, ceza hukukunun genel ilkelerinden olan kanunilik ilkesi, devletin yasama, yürütme ve yargı erklerinden gelebilecek, özellikle hürriyeti kısıtlayıcı nitelikteki her türlü keyfi davranışa karşı, evrensel düzede kabul görmüş bir koruma sağlamaktadır. İkincisi, yasama organının hızlı gelişen toplumsal ve ekonomik olaylar karşısında ağır kalması nedeniyle, idarenin bu alanlarda düzenleme yaparak belirli koşullarda suç ihdas etme ve yaptırım uygulama yetkileriyle donatılmasının gerekliliğidir. Bu ikinci durumda, idari ceza hukuku, düzene aykırılıklar hukuku gibi adlarla adlandırılan ve ceza hukuku ile idare hukukunun özelliklerini taşıyan, kavramları ve niteliği tartışmalı olan bir alandan bahsediyoruz. İdarenin ceza verirken ceza hukukunun genel ilkelerini ne şekilde uygulayacağı, bu alanın güncel ve ilgi çekici tartışmalarındandır. Çalışmamız ise tam bu noktada, devletin keyfi uygulamalarına karşı bir tepki sonucu doğan kanunilik ilkesinin, içinde bulunduğumuz hukuk düzeninin ortaya koyduğu bir zorunluluğun gerekleriyle nasıl bağdaştırılacağı sorusuna, rekabet hukuku özelinde bir cevap bulunmasına ilişkindir. Metin içerisinde değinilen hususlar çerçevesinde ulaştığımız sonuçlar kısaca şunlardır:

1. İdari yaptırımlar;

- İdarenin görevlerini yerine getirebilmesi bakımından bir zorunluluktur;
- Çerçevesi kanunla çizilmek kaydıyla idare suç koyabilir;
- Her ne kadar idari yaptırıma konu olan eylemler teknik anlamda suç olarak kabul edilmeseler de, ceza hukukunun genel ilkelerinin, idari yaptırımlar bakımından da uygun olduğu ölçüde uygulanması genel kabul gören yaklaşımdır.

2. Kanunilik ilkesi;

- Devletin keyfi uygulamalarına karşı bireyin en önemli güvencesidir;
- Kanunilik ilkesinden, sadece suçun ve cezanın kanun ile belirlenmesi değil, kanunların aleyhe olarak geriye yürümezliği, kıyas yasağı, açıklık, belirlilik gibi tamamlayıcı ilkeler de anlaşılmaktadır;
- Bir tepki olarak ortaya çıkması nedeniyle, başta katı bir şekilde uygulanmasına karşın, zaman içinde değişerek idarenin suç koyabilmesine olanak tanınması suretiyle, suçta kanunilik bakımından daha esnek, buna karşın cezanın mutlaka kanunla belirlenmesi

gerektiği yaklaşımının muhafazası nedeniyle cezada kanunilik bakımından daha katı bir hal almıştır.

3. 5728 sayılı Kanun'un 472 nci maddesi ile değişik, 4054 sayılı Kanun'un 16 ncı maddesi;

- Suçta kanunilik ilkesine ilişkin bir değişiklik içermemektedir;
- Cezanın türünün ve miktarının kanunla belirlenmiş olması dolayısıyla, öğretide ve Yüksek Mahkemelerin kararlarında benimsenmiş olan yaklaşıma paralel olarak, Kabahatler Kanuna yansıyan, cezada kanunilik ilkesi anlayışına uygundur;
- Kanunla belirlenmiş olan idari para cezasının üst sınırı olan bir önceki yıl cirosunun %10'unu aşmamak üzere, idari para cezalarının tespitinde dikkate alınacak hususların Kurulca çıkarılacak yönetmelikle belirlenmesi, idarenin bireysel olaylarda sahip olduğu takdir yetkisinin geleceği dönük olarak benzer nitelikteki tüm olaylar bakımından somutlaştırılmasıdır ve bu nedenle kanunilik ilkesine aykırı değildir.

Son söz: *Barika-i hakikat, müsademe-i efkardan doğar.*

Namık Kemal

KAYNAKÇA

AKILLIOĞLU, T., “İnsan Hakları ve Yönetim Hukuku: Avrupa Yönetim Hukukunun Oluşmasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Rolü”, <http://www.idare.gen.tr/akillioglu-insan.htm>

ALACAKAPTAN, U., İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi, Ankara, 1958, <http://auhf.ankara.edu.tr/auhf-yayinlari-arsivi/ugur-alacakaptan/ingiliz-ceza-hukukunda-suc-ve-cezalarin-kanuniligi/ingiliz-ceza-hukukunda-suc-ve-cezalarin-kanuniligi.pdf>

DÖNMEZER, S. ve S. ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt I-II-III, İstanbul 1997.

GLASER, S., “Nullum Crimen Sine Lege”, Journal of Comperative Legislation and International Law, 3rd Ser., Vol.24, No.1 (1942)

GÖZÜBÜYÜK, Ş. ve T. TAN, İdare Hukuku, Genel Esaslar, Ankara 2004.

GÜNDAY, M., İdare Hukuku, Ankara 1998

HAFIZOĞULLARI, Z., (2005), Türk Ceza Hukuku Ders Notları, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2005, <http://www.abchukuk.com/dersnotlari/cezagenel2.doc>.

HAFIZOĞULLARI, Z., (2007), Türk Ceza Hukuku Ders Notları, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2007-2008, <http://www.abchukuk.com/dersnotlari/cezagenel2.doc>.

HALL, J., “Nulla Poena Sine Lege”, Yale Law Journal, Vol.47, Num.2, December 1937,

İÇEL, K. ve diğerleri, Yaptırım Teorisi, İstanbul 2002.

İÇEL, K. ve S. DONAY, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım I. Kitap, Beşinci Bası, İstanbul 2006.

MAHMUTOĞLU, F.S., Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi, İstanbul, 1995.

MOKHTAR, A., “Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege: Aspaects and Prospects”, Statute Law Review 26(1), 41-55

OĞURLU, Y., İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma, Ankara 2001

OĞURLU, Y., “İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış ve İdari Yaptırım-Ceza Yaptırımı Ayrımı”, A. Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:III, Sayı:1

- ÖZBUDUN, E., Anayasa Hukuku, 6. Baskı, Ankara, 2000.
- ÖZEN, M., “Rekabet ve Ceza Hukuku”, s. 245-246, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve bu Kanun'da değişiklik yapılmasına ilişkin taslak: sempozyum bildiriler - tartışmalar - panel (7-8 Ekim 2005), Ankara 2006
- ÖZGENÇ, İ., Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2006
- SOYARSLAN, D., Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi, Ankara, 1990.
- TAN, T., “İdari Yaptırımlar ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ndeki Güvenceler”, Hukuk Kurultayı 2004, İnsan Hakları 2, <http://www.hukukkurultayi.org/2004.html>
- WESTEN, P., “Two Rules of Legality in Criminal Law”, Law and Philosophy, (2007) 26
- WİLS, P.J.W., “The Principle of *Ne Bis in Idem* in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis”, 2003, World Competition, 26(2)
- YALÇIN, İ., Tüm Yönleriyle Kabahatler Hukuku, Ankara, 2007
- YARGILAMA DÜZENİNDE KALİTE, Tüsiad Raporu, Kasım 1998, (Prof. Dr. Erdoğan Teziç, Prof. Dr. Yıldızhan Yayla, Prof. Dr. Köksal Bayraktar, Prof. Dr. Erdener Yurtcan, Prof. Dr. Selçuk Öztekin, Prof. Dr. Süheyl Batum, Prof. Dr. Nemci Yüzbaşıoğlu,) [http://www.tusiad.org/tusiad_cms.nsf/LHome/05D36BC5D355E888C225733F002F8B79/\\$FILE/yargilama.pdf](http://www.tusiad.org/tusiad_cms.nsf/LHome/05D36BC5D355E888C225733F002F8B79/$FILE/yargilama.pdf)
- YAVUZDUGAN, S., “Anayasa Mahkemesinin Yürütme Organının Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisine Yaklaşımı”, A. Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VIII, s.3-4 (2004)
- YURTCAN, E., Kabahatler Kanunu ve Yorumu, İstanbul, 2005

NORMLAR HİYERARŞİSİ, ERKLER HİYERARŞİSİ İKİLEMİ ve DÜZENLEYİCİ DENETLEYİCİ KURUMLAR

Doç. Dr. Ender Ethem ATAY*

GENEL OLARAK

Hukuk devletinin varlığından söz edebilmek için; devletin kanuna karşı davranmaması¹, devletin her zaman bir hukuki metin gereğince davranması² ve devletin normlar hiyerarşisine saygılı olması gerekir. Bu husus hukuki örgütlenmenin anayasallaştırılması yoluyla olur. Bu düşünce, en temel olanların en fazla bağlayıcılık özelliğine sahip olduğu hukuki bir piramidin varlığını peşinen kabul etmiştir. Bu anlayış en temel olanların en bağlayıcı olduğu hukuki bir piramidin mevcudiyetini benimsemektedir. Söz konusu hiyerarşi uyumsuzluk durumunda tam yetkili bir mahkemece belirlenir. Bir başka ifadeyle hukuk devleti niteliğini taşıyan bir devlette anayasaya saygının ve normlar hiyerarşisinin teminatı olan anayasa yargısı bulunur. Nihayet öze ilişkin sonuncu bir ölçüt olarak hukuk devleti özelliğini haiz bir ülkede, hukuk gerçek hak ve iyi bir toplum için temel olarak değerlendirilen normlara saygılıdır. Söz konusu hukuk insan hakları normlarınınca inşa edilmelidir. Dolayısıyla hukuki araç hukuk devletinin yatay siyasal gücünün müdahalesinin içinde ortaya çıkar ve hukuk devletine yapılan referansla biçimlenir.

Demokratik çağdaş anlamda anayasa kavramı, anayasaya uygunluğun denetlenmesini teyit ettiği için normlar hiyerarşisi teorisi üzerine inşa edilmiştir. Teori, normlar hiyerarşisi düzeninin kabulünü öngörmektedir. Hukuk düzeni birliğinin bir sonucu olarak bir normun geçerliliği diğer bir normun belirlediği şekle uygunluğuna bağlıdır. Dolayısıyla geçerliliğin kaynağı, ilk normun geçerliliğinin temeline oluşturur. Bu anlamda normlar arasındaki sıralama, anayasal kuruluşun temelini örgütlenme yapısı ile uyumlaştırır.

Kuvvetler ayrılığı ilkesi³ 1982 Anayasası'nın başlangıcındaki düzenleme⁴ dolayısıyla anayasal bir ilke, en azından anayasallık bloğuna⁵

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ABD Öğretim Üyesi.

¹ nihil contra legem.

² omnia secundum legem.

³ *La théorie de la séparation des pouvoirs.*

⁴ “Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medenî bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu...”

dâhildir. Eğer normlar hiyerarşisi hukuk kuralları arasında ilişkinin dikey bir ilişki olması olgusuna dayandırılıyorsa, kuvvetler ayrılığı zorunlu olarak yasama, yürütme ve yargı organları arasında hiyerarşik anlamda bir ilişkiyi devre dışı bırakır. Bu erkler arasında yatay ilişkiden bahsedilmeksizin normlar hiyerarşisi genellikle teorik olarak işlevsel ve organik bir bağımsızlık ve özgünleşme anlamında bir öngörude bulunmuştur. Hukuk düzeninde altta yer alan normun geçerliliğinin üst norma uygunluğuna bağlanması olgusunun aksine kuvvetler ayrılığı bir erkin diğerine bağlılığı anlamı taşımamaktadır. Kuvvetler ayrılığının temelini oluşturan “*kuvvetin kuvvetle durdurulması*” varsayımının kabulü halinde kuvvetlerin eşitliği de kabul edilmiş olur. Böylece sadece hukuk normlarının piramit şeklindeki bir örgütlenmeye bağlı kalındığı ve fakat kuvvetler arasında bu anlamda bir ilişkinin bulunmadığı sonucuna ulaşılır.

Özetle normlar arasında hiyerarşinin varlığı kuvvetler arasında da bir hiyerarşinin bulunduğu anlamına gelmez. Bu çerçevede içinde klasik kuvvetler ayrılığı ilkesinde işlevlerin hiyerarşize edilmesi özelleştirilmiş otoritelerin arasında bir denge tesis edilmesinin kabulünü doğurur. Normlar arasındaki hiyerarşik bir yapılanma teorik olarak dahi kuvvetler arasında biri birine bağımlılık anlamı taşımaz. Tek bağımlı kılma yasama ve yürütme yetkileri anlamında söz konusu edilebilir ve fakat bu organlar arasında bağımlılıktan bahsedilemez. Hukuki normların yapılanması piramit şeklindeki bir şemaya cevap verebiliyorsa, siyasi anlamda kuvvetlerin oluşturulması somut bu üç halkanın üzerinde daha fazla düşünülmesine neden olur.

Burada kuvvetler arasında üstlük-altlık yönünde bir etkinliğin inkârı söz konusu edilmemektedir. Bu anlamdaki üstünlük olgusu siyasi kurumlar arasındaki nitelikler ile bu kuvvetlerin yarattığı hukuki tasarrufların doğasının bir sonucu olarak kabul edilmektedir. Çünkü kanun yapma etkinliğinin kanunu uygulama etkinliğine eşit olduğunu ileri sürmek anlamsız, yerinde olmayan bir iddiadır.

Anayasa farklı hukuki normlar arasında bir altlık üstlük sıralaması ve bu normları kabul eden kuvvetlerin ayrılığını öngördüğünden normlar arasındaki hiyerarşik yapılanmanın normları yaratan organlar üzerinde etkisi ile karşı karşıya kalınması ve normların dikey yapılanmasının hangi yöntemle bu kuvvetleri etkileyebileceğinin analizi gerekmektedir. Bu durumda siyasi erklerin

(Anayasa, Başlangıç, Paragraf 4) “Türkiye Cumhuriyeti, ... başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir.” (Anayasa, madde 2)

⁵ İdare Hukukundaki hukukilik bloğuna (*le bloc de légalité administrative*) benzeyen anayasalık bloğu (*le bloc de constitutionnalité*) yazılı ve yazılı olmayan Anayasa Yargısınınca anayasal değer tanınmış normların tamamını içerir. Bu normlar kamu otoriteleri, idare ve yargının tamamına empoze edilir.

içinde normu kabule yetkili organının hukuk kuralının derecesinden ayırt etme noktasına ulaşılır.

Ulusal temsile ilişkin bütün değerlendirmeler bir yana bırakıldığında, yasama erkinin doğası gereğince yürütme erkinden üstün olduğunun kabulünü haklı kılacak herhangi bir neden bulunmamaktadır. Milli iradeyi temsil yetkisinin erklerden birine verilmiş olması erklerin arasında bir hiyerarşinin sürekliliğini zorunlu kılacaktır. Dolayısıyla erkler ile erklerin oluşturduğu normların biri birinden ayrıştırılması zorunludur. Hukuk normlarının dikey sıralanması ile siyasi erklerin teorik yatay sıralanmasının uyumlaştırılması hiçbir şekilde otomatik olarak sağlanmamaktadır. Bu iki yaklaşım arasında uygunluğun tesisi mümkün değilmiş gibi ortaya çıkmaktadır.

Bu bağlamda 1961 ve özellikle de 1982 Anayasası iki yaklaşımı uyumlaştırmaya çalışmaktadır. Bu gayret ikili güçlüğün varlığına sebebiyet vermektedir. Bu nokta **öncelikle** uyum sağlama anlamında hukuk normlarının dikey sıralanması ile siyasi erklerin teorik olarak yatay sıralanması şeklinde tanımlanmaktadır. **İkinci olarak** norm oluşturmada yürütmenin görev niteliğiyle birlikte yetki olarak tanımlanması maddi anlamda norm oluşturma anlamında yürütmenin elini güçlendiriyor gibi değerlendirilmektedir. Belirli bir ölçüye kadar norm koymada maddi ölçütten hareketle yürütme erkinde yetkili olduğu gündeme getirilmeye başlanmıştır. Bu anlamda normun tanımlanmasında artık sadece erkler ayrımı yeterli görülmemektedir. Ancak kuvvetler ayrılığının organik niteliğinin kabulü ile normatif yetkinin maddi ölçüte göre paylaşımının uyumlaştırılmasındaki zorluk varlığını korumaktadır. Bu anlamda temel sorun siyasi erklerin örgütlenmesi ile hukuk normlarının düzeninin nasıl uyumlaştırılabileceğidir. Dolayısıyla hukuk normlarının yeniden şekillendirilmesi alanının siyasi erkler üzerindeki etkilerinin incelenmesi gerekmektedir.⁶

I- KUVVETLER AYRILIĞI İLKESİNDE KUVVETLER HİYERARŞİSİ OLGUSU⁷

Kuvvetler ayrılığı ilkesinin klasik anlamda kabul eden Duguit ve Montesquieu'ye göre; ilke ikili bir niteliğe⁸ yani organik ve işlevsel (fonksiyonel) özgünlüğe dayanmaktadır. Organik olarak devletin örgütlenmesi birçok yapı veya birbirinden kesin ayrılmış otoriteler arasında paylaştırılmıştır.

⁶ DEPUSSAY Laurent: “Hiérarchie des normes et hiérarchie des pouvoirs”, RDP, 2007, sh.422-424.

⁷ DEPUSSAY Laurent: *agm*, sh.426-428; GÜNEŞ Turan: *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*, Ankara 1965, sh.7 vd.

⁸ Spécialisation.

İşlevsel (fonksiyonel) olarak her organın işlevi yasama, yürütme veya yargı işlevlerinden biri olmak üzere belli bir devlet yetkisine karşılık gelmektedir. Montesquieu kuvvetlerin ayrılığının yasama ve yürütme organları arasında gerçekleştiğini belirtmektedir.

Bu bağlamda kural konması anlamında her iki erkin diğerine oranla dengeyi sağlayıcı mahiyetteki yetkisi ne olmalıdır? Yürütme erkinin yasamanın girişimini engelleyemediği durumlarda despotik bir rejim söz konusu olur. Bu nedenle kuvvetler ayrılığı doktrini devlet erkleri ve işlevleri arasında bir dengenin oluşturulması zorunluluğuna dayandırılmalıdır. Erklerin hiyerarşik bir yapılanması, erklerin ayrılmasıyla bağdaştırılamaz. Bu netice Duguit ve Montesquieu birlikte Carré de Malberg tarafından da ifade edilmektedir. Ancak Malberg'e göre devlet organları arasında eşitliğin bulunduğu iddiası gerçekleştirilemeyecek bir olgudur ve bir varsayım olmanın ötesine geçemez. Bu nedenle her organın işlevine bağlılığından söz edilebilir. Bu husus Duguit ile Kelsen arasındaki çatışmayı ortaya koymaktadır.

Normlar hiyerarşisinin kabulü dolayısıyla alt sırada yer alan kurallar üst sırada yer alanlara saygı göstermek durumundadır. Bu da söz konusu işlevler arasında ve bunun doğal bir sonucu olarak kurumsal organlar arasında bir hiyerarşinin varlığının kabulünü gerektirir. Malberg bu durumu "işin doğasından kaynaklanan zorlamanın sonucu olarak işlevler arasında oluşturulan hiyerarşi karşı konulamaz bir şekilde organlar arasında bir eşitsizliğin doğumuna neden olur." şeklinde ifade edilmiştir. Yazara göre Montesquieu teorisinde işlevler ve organlar arasında bir hiyerarşiden bahsetmemesine rağmen açık bir şekilde yasama erkinin yürütme erkinin üzerinde olduğunu ileri sürmekle devletin işlevlerinin eşit nitelikte olmadığını kabul etmektedir. Malberg kanunun üstünlüğünün içi boş bir değerlendirme olmadığını belirtmektedir. Çünkü geleneksel olarak bu erkin kanunun maddi olarak uygulamasını gerçekleştirdiğinden yasama erkine bağlılığından söz etmektedir.

Troper'e göre Montesquieu yürütme erkinin yasamaya tâbi kılınması dolayısıyla erkelerin ayrılığını istememektedir. Dolayısıyla erk kavramı işlevsel ve organik veçheleri birlikte ifade etmektedir. Devletin işlevleri arasındaki doğasından kaynaklanan eşitsizliğin varlığı organların ve erklerin eşitsizliği anlamında değildir.

Kuvvetler ayrılığı ilkesine getirilen bir diğer eleştiri de ilkenin yürütmenin işlemlerinin yasamanın işlemlerine nazaran maddi anlamda daha sınırlı olduğu üzerine inşa edilmiş olduğu iddiasının kabul edilemezliğidir. Çünkü ilke kanunların genelliği ilkesine dayanmaktadır. Bu varsayım XIX. Yüzyılda egemen olan düşüncenin bir ürünü olarak kanunun düzenleme alanının maddi anlamda sınıra tâbi olmadığı anlayışına dayanmaktadır. Maddi görüş

uyarınca yürütmenin işlemleri sistematik olarak yasamanın işlemlerine (kanunlara) mi bağlıdır? Yasama organına tanınan bu anlamdaki bir yetki aynı zamanda yürütme organına da tanınmamıştır. Eğer kanun her alana müdahale edebiliyorsa bunun anlamı uygulama düzenlemesinin aynı alan için alınacağıdır. Kanunun uygulama alanında genişleme yapıldığı ölçüde uygulama düzenlemesinin maddi anlamında ve alanında bir genişleme olur. Bu durum bir paradoks olarak yürütmenin düzenleme alanının sınırını açıklamaktadır. Eğer yasama organının yetki alanı sınırsız ise aynı şekilde yürütmenin uygulamaya ilişkin düzenleme alanı da sınırsızdır. Ayrıca yasamanın her şeyi düzenlemesi mümkün değildir. Bunun nedeni yürütmenin yasamanın iradesi ve tercihine bağlı olası kuşkusudur ve yürütme bu anlamda şu veya bu alana müdahale edebilmektedir. Ancak netice itibarıyla yürütmenin bizzat yaptığı uygulamalara yasamanın bağlılığı gibi bir sonuçla da karşı karşıya kalınmaktadır. Yasama müdahalede bulunacağı, düzenleyeceği alanı belirler. Kanunlar yasama organınca fakat parlamentonun iradesi ve işlemiyle oylanır. Parlamentonun iradesi yürütmenin inisiyatifine bağlıdır.

Carré de Malberg erklerin eşitliği iddiasına ilişkin eleştirisini erkler ayrılığı ilkesinin egemenliğin ve erklerin parçalanması anlamını taşıması ve devletin tekliği noktası üzerine oturtmaktadır. Bu eleştiri yadsınacak nitelikte değildir. Nitekim Montesquieu'ya göre devletin yetkisinin maddi işlevinin organlara tanınması ve işlevlerin bağımsız, eşit nitelikli organlar arasında paylaşılması devleti felç edebilir ve hatta devletin birliğini ortadan kaldıracaktır. Malberg bu anlayışı benimseyerek yasama erkinin iki parçadan oluştuğunu ve bunların birbiri içine girmiş ve birbirini engelleyebilme yetkisini haiz halkalar gibi olduğunu ifade etmektedir.

Bu iki halkadan hangisi yürütme ya da yasama erkine daha fazla sahip olacaktır? Bu anlamda Montesquieu gibi Malberg de devlet yetkilerinin her birinin biri diğerinden kesinkes ayrılmış organlara verilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu anlamda yasama erki yürütme işlevine hiçbir şekilde müdahalede bulunmamalıdır, aksi takdirde yürütme erkinin ortadan kalkması söz konusu olabilir. Ancak yürütme erki kendi açısından işlevini yürütmesi anlamında yasama erki ile iç içe girmiştir. Bu nedenle devlet yetkilerinin parçalanmasından ziyade işbirliği içinde yürütülmesi esası kabul edilmelidir.

Özetle kuvvetler ayrılığı birçok organ arasında farklı işlevlerin paylaşılmasını ifade eder ve fakat egemenliğin birden fazla parçaya bölünmesi anlamını taşımaz. Bu çerçevede devlet yetkilerinin kullanılmasında üst organ kabul edilemez. Ancak kuvvetlerin ayrılığı ile devletin birliği ilkelerinin uyumlaştırılması söz konusu edilebilir. Egemenliğe sahip olan devlettir. Birden

fazla erkin mevcudiyeti egemenliğin bölünmüşlüğü anlamını taşımaz. Egemenliğin millete/halka aidiyetine ilişkin ilke bu anlamda göz ardı edilemez.

Ancak devlet içinde yetkilerin kullanılması anlamında üstün bir organın gerekliliği de söz konusudur. Devletin birliğinin sağlanması anlamında bir iradenin öncelikle varlığı gerekir. Dolayısıyla bu iradeyi izhar edecek organın üstünlüğü işin doğasından kaynaklanmaktadır. Bu husus Malberg tarafından dile getirilmekle birlikte ondan önce benzer düşüncenin Jellinek tarafından da savunulduğu bilinmektedir. Bu tartışmaya ilişkin devletin birliğinin erklerin yatay ve dikey gerçekleştirilmesi ile korunabileceği ve bu anlamda egemenliğin kaynağı millet/halktır ve hukuki anlamda yetkili organlar eliyle yürütülür. Egemenliğin bir parçasının bir organ aracılığıyla kullanılması bu organın bu anlam ve alanda mutlak yetkisi olduğu şeklinde anlaşılabilir ve algılanamaz.

Erklerin yatay ve dikey yapılanması hukuk normlarının arasındaki ilişki anlamında söz konusu edilebilir. Burada erklerin olası hiyerarşisi ve piramidi içinde normların sıralaması ve aralarındaki ilişkinin sorgulanması gerekir. Devletin örgütlenmesinde bir erkin yeri anayasada öngörülen yetkilendirme işlevi veya hangi normun kimin tarafından hazırlanacağı sorununun çözülmesi gerekir.

Hukuk normunun geleneksel kabulüne bağlılık söz konusu ise, sorun normatif işlemin şekliyle doğan organik anlamdaki değeridir. Bu yargı geleneksel kuvvetler ayrılığı ilkesi üzerinde organik, işlevsel ve şekli ölçütlerin kullanılmasıyla doğrulanabilir. Bu kurumsal yapıda meclis/parlamento hukuki değeri haiz normatif işlemlerin kabulüne yetkilidir. Yürütme alt düzenlemeler ile kanunun uygulanmasını sağlayacak önlem ve düzenlemeleri yapma anlamında yetkilidir. Yargı hukuk sùjeleri arasında hak ve yükümlülük anlamında ortaya çıkan uyumsuzlukların çözümünü yönünde yorumda bulunma ve son sözü söyleme yetkisi ile donatılmıştır. Bu çözümün kuvvetler ayrılığı ilkesine yüklediği anlam maddi işlevsel farklılık olma özelliği yanında şekli yetkilerin derecelendirmesi anlamı taşıdığı kuşkusuzdur. Sonuç olarak bu ayrılık işlevi sadece işlevsel bir ayrılık değildir. Her üç erk aynı içeriği taşıyan kuralların belirlenmesine ilişkindir. Burada paylaşım bir derecelendirmeye ilişkindir.

Kabul edilen normların ve bunları oluşturmada yetkili erklerin arasında yapılan mukayesede doktrin erklerden yasama organına üstünlük tanınması yönünde tercihte bulunmaktadır. Bir başka deyişle yasama erki devletin üst erkidir. Bu anlamda Locke bu anlayışı benimseyen ilk düşünür olup O'na göre devlet için en üst erk yasamadır ve diğer erkler bu erke bağlıdır. Benzer düşünceye Rousseau ve Montesquieu'da da gözlemlemekteyiz.

Montesquieu'ya göre yürütme erkinin yetkisi anlamında bu yetkinin doğasından kaynaklanan bir sınır söz konusu olup tekrar bu erkin sınırlandırılması için bir gayret sarf etmek boşuna bir çabadır. Jelinek ise temsili demokratik bir sistemde devlet organlarının en üstünde en üst karar alabilme yetkisine sahip olma dolayısıyla yasamanın yer aldığını belirtmektedir. Carré de Malberg'te söz konusu anlayışa taraftar olmakta ve erkler hiyerarşisinde yasama erkinin en üst derece bulunduğunu ifade etmektedir. Yazara göre yasama ve yürütme erki arasındaki farklılık işin doğasından kaynaklanmakta ve hukuk kurallarının değeri ve hukuk kuralını kabul etme yetkisine sahip olma arasındaki doğrudan ilişkiden hareketle yasama yürütmenin üstünde yer almaktadır. Yasama organının düzenlemesi olan kanun kanunun uygulamasını gösteren düzenleyici kurallara üstün gelir. Böylelikle hukuki işlemlerin şekli erklerin sınıflandırılmasının temel ölçütü niteliğine dönüşmüş olur. Bu görüşlerle Kelsen'in normativist kuvvetler ayrılığı anlayışı arasında paralellik kurulabilir. Çünkü Kelsen'e göre hukuk düzeninde en üst hukuk normu yaratan erk aynı zamanda en üst erktir.⁹

Yasama organının üstün erk olma özelliğinin kabulü ile birlikte özellikle Fransız hukukunda kanuna özgü bir alanın varlığı anayasa ile öngörülmüştür. Bu kabulün diğer anlamı yürütme organına bir düzenleme alanının tanındığıdır. Bu kabulün gerekçesi olarak normun şekli anlamdaki kabulünün günümüzde geçerliliğini yitirdiğidir. Dolayısıyla hukukun kaynağı anlamında kuralın hukuki değerinin ve üstünlüğünün sadece normu oluşturan erke göre belirlenmesi her zaman söz konusu edilemez. Bu anlayış yürütme yetkisini kullanan erkin lehine sadece normu yaratan erke göre hukuki değerinin belirlenmesi tekeline bir nokta koymuştur. Maddi ölçüt bu anlamda belli bir ölçüde şekli ölçütün yerini almış ve erklerin sıralaması da bu anlamda değişmiştir. Fransız Anayasasında öngörülen bu düzenleme yürütme erkinin her yer ve her alanda varlığı bu erke düzenleme alanı tanımada her durum için bir imkân tanımaktadır. Yürütme erkine tanınan bu otonom düzenleme alanında yetkilerin kullanılmasında bir hiyerarşik yapılanma söz konusudur. Bu yapılanma normu koyan otoritenin seçim modeline göre tespit edilmektedir.¹⁰

⁹ **DEPUSSAY Laurent:** *agm*, sh.429-432.

¹⁰ Yürütme yetkisinin otonom bir alanının varlığının kabulünde, yürütme erkinin kendisi bizzat yasama işlevini yüklediği için yasama düzenlemelerinin içeriği ile bağlı olmadığı Fransız Hukukunda kesindir. Yürütmenin düzenleme yetkisi anlamında otonom olması, düzenlemede bulunduğu alan içinde kanun koyucun müdahalede bulunmadığı veya yasama erkinin 1958 Fransız Anayasası'nın 34. maddesindeki yetkisini tükettiği anlamını taşır. (**MONİN Marcel:** “*Réflexions à l'occasion d'un anniversaire: trente ans hiérarchie des normes*”, Recueil Dalloz 1990.)

II- KUVVETLER AYRILIĞI İLKESİ / TEORİSİ ve GÜNÜMÜZDEKİ ANLAMI¹¹

İlke veya teori Locke ve Montesquieu tarafından ortaya konulmuş olup egemenlik yetkisinden kaynaklanan uygulamalara bağlı kötüye kullanmaları engellemek ve keyfiliği sınırlamak için devletin içinde bulunan farklı işlevlerin biri birinden ayrılmasını amaçlamaktadır. Bu teori XVII. ve XVIII.¹² Yüzyıl siyasi felsefesine bağlı olarak geliştiğinden¹³ hukuki olmaktan ziyade siyasi bir hüviyet taşır. Fikir babalarının teoriyi hürriyetin güvencesi gibi görmesi¹⁴ dolayısıyla teori genellikle demokratik rejimlerde ileri sürülmekte ve az çok katı bir şekilde uygulamaya aktarılmaktadır.

Ülkemizde teori yürütme ve daha sonra da yasamanın yetkisinin sınırlandırılması ve yargının yetkisinin bu iki erke karşı güçlendirilmesi şeklinde gelişme göstermiştir. Ancak bu gelişim trendinde zaman zaman yargının yetkisinin de çerçevesinin çizilmesi gerekliliği söz konusu edilmiştir.

¹¹ **TROPER Michel:** *Pour une théorie juridique de l'Etat*, "Chapitre XIV Actüalité de la séparation des pouvoirs", Léviathan-PUF, Paris 1994, sh.224-236.

¹² XVIII. Yüzyıl hukukçularına göre erki elinde bulunduran herkes veya her kuruluş bunu kötüye kullanma eğilimindedir. Bundan çıkan neticede erki elinde bulunduranlar yetkilerini kendi kendilerince sınırlandırmayacaklarıdır. Bu nedenle erki elinde bulunduranlara bir sınırlandırmanın empoze edilmesi gerekir. Aksi takdirde rejim despotizmin pençesine düşer. Dönemin hukukçuların göre gerçekte sadece kuvveti kuvvet durdurabilir (*le pouvoir arrête le pouvoir*). Kuvvetler ayrılığı ilk anayasaları oluşturanların da hedefi ve amacı olan hak ve hürriyetler için en iyi güvence yöntemidir. (**COUDEVYLLE Andrée:** *Précis de droit public*, elipses, Paris 2005, sh.39)

¹³ **TEZİÇ Erdoğan:** *Anayasa Hukuku*, 10.B., Beta, İstanbul 2005, sh.393.

¹⁴ **ÖZBUDUN Ergun:** *Türk Anayasa Hukuku*, 8.B., Yetkin Yayınları, Ankara 2005, sh.169; "Kuvvetler ayrılığı ilkesini ortaya koyanlar, nereden gelirse gelsin, yönetimde baskıyı (istibdatı) önleyecek bir yol aramaktadırlar. Bunun çözümünü de, kuvvetlerin tek bir elde toplanmamasında bulurlar." (**TEZİÇ Erdoğan:** *age*, sh.394) Kuvvetler ayrılığı ilkesi hükümetin olası keyfiliklerine karşı idare edilenlerin haklarını savunarak hürriyetlerin güvence altına alınmasını amaçlar. Montesquieu 1748 tarihli Kanunların Ruhu (*l'Esprit des lois*) adlı eserinde bireylerin haklarının erki elinde bulunduran herkes veya her organın bunu kötüye kullanma eğilimi dolayısıyla çiğnendiğini ifade etmektedir. Hürriyetin erkin kötüye kullanılmasına karşı korunması için bu kötüye kullanmayı frenleyecek bir çözüm bulunmalıdır. Egemenlik erki tanımı dolayısıyla her şeyin üzerindedir. Bu nedenle hiçbir şey söz konusu erki durdurmada yeterli olamaz. Kuvveti kuvvetle durdurmak mümkün olabileceğinden kuvvetlerin paylaşılması ve yetkilerin farklı erklerle dağıtılması gerekir. Böylelikle erklerin karşılıklı olarak biri birlerini dengelemesi mümkün olabilir. (**GEORGES Philippe, SIAT Guy:** *Droit public*, 12ème édition, Dalloz-Sirey Edition, Paris 2001, sh.28-29)

Fransa’da ise teori kamu kudreti karşısında yargı yetkisine sınırlama getirilmesi bir kenara bırakıldığında; bazen yasamanın bazen de yürütmenin lehine sınırlandırma getirildiği görülmektedir. Fransız cumhuriyet modelinde erk (kuvvet/*pouvoir*¹⁵) kamusal nitelikli bir şey, bir girişimin için uygulamaya konulan bir irade gibi anlaşılmaktadır. Sınırlandırılmadan uzak Fransız cumhuriyetindeki erk, tam yetkili bir erk, devletin bir yetkisidir. Fransız anlayışında hükümet edebilme erki kavramı öncelikli olarak tercih edilir ve kullanılır. Bu sistemde millet ve onun organlarına karşı güven ön planda tutulmaktadır. Millet her şeyden önce mevcuttur ve bütün erklerin, yetkilerin kaynağı millettir. Fransız anlayışına göre kuvvetler ayrılığı ilkesinin anlamı; gücün güçle sınırlandırıldığı kuralı ile organlar arasında paylaşımın güvence altında bulundurulması nedeniyle kuvvetlerin bir pastanın parçaları gibi birbirinden net ve katı bir şekilde ayrılması, farklı organlar arasında paylaşılması söz konusu değildir. Erk tektir ve millet aittir, parçalanmaz. Bu sistemde keyfiliğin önüne nasıl geçileceği sorusunun cevabı fonksiyonlar ayrılığıdır. Erk veya egemenlik ülkenin savunması, yasama, yargılama, idare etme, vergi toplama gibi bütün fonksiyonları kapsar, ifade eder ve keyfiliğe karşı korunma bu fonksiyonların tek bir kişiye bağlanmaması, birçok organ arasında paylaşılmasıyla sağlanır. Fransız sistemi yasama ve yürütme arasındaki her türlü ihtilafa karşı bir isyandır. Zamana göre farklılık göstererek bazen yasama, bazen de yürütme diğerine galebe gelir ancak bu durum süreklilik arz edecek şekilde devam etmez. Bu modelde yargıç bir erk değil bir otoritedir. Bu durum yargının alt sırada bulunduğu anlamına gelmez. Kendi görev alanında büyük bir otorite ve hatta egemendir. Yargı sistemde karşı güç olma işlevini yüklenmemiştir, milli irade karşısında sıkışmıştır.¹⁶

Geleneksel kuvvetler ayrılığı teorisine göre farklı siyasal rejimler içerisinde üç temel erk biri birinde ayrılmaktadır: Genel kurallarının oluşturulması işlevi yasamaya, bu kuralların uygulanmasının sağlanması yürütmeye ve uyuşmazlıkların çözülmesi işlevi de yargıya verilmiştir. Mutlak monarşilerdeki söz konusu işlevlerin birbirine karışmış olması ve tek elde toplanmasına tepkiden hareketle ileri sürülen kuvvetler ayrılığı teorisi, söz konusu kuvvetlerin belirlenmesi yöntemlerinde olduğu kadar işlevlerinde de birbirinden bağımsız ve farklı organlar marifetiyle yürütülmesini savunmaktadır. Bu anlamda organlardan her biri üç kuvvetten birine dönüşür ve yasama yetkisi halkın temsilcilerden oluşan meclislere, yürütme Devlet Başkanı ve hükümet

¹⁵ “Fransızca’da Pouvoir kelimesi hukuk dilinde üç ayrı anlam taşımaktadır. Bunlardan biri kuvvet yahut iktidar, diğeri yetki, üçüncüsü de organdır. Montesquieu şüphesiz ki burada organı kastetmiyor. Fakat bir kuvvet mi, yoksa yetkiden mi bahsettiğini kestirmek mümkün değildir.” (GÜNEŞ Turan: *age*, sh.7, dipnot 4)

¹⁶ ZOLLER Élisabeth: *Introduction au droit public*, Dalloz, Paris 2006, sh.173 vd.

üyelerine, yargı gücü de mahkemelere tanınır. Teorinin kurucusu Montesquieu'ye göre teori farklı kuvvetlerin dengelenmesinin sağlanmasını amaçlar ve kuvvetin kötüye kullanılmaması için kuvvetin kuvvetle durdurulması gerekir.

1787 yılında üç kuvvetin katı şekilde biri birinden ayrılması ve fakat karşılıklı olarak kuvvetlerin biri birini kontrol edebilme araçlarına sahip olduğu başkanlık sistemini yaratan Amerikan Anayasasını hazırlayanlardan esinlenilerek fren ve denge doktrini ileri sürülmüştür. Burada karşı güçlerin ve yöntemlerin varlığı teorinin özetini ifade etmektedir. Her bir kuvvetin kendisine tanınan ayrıcalıkların kötüye kullanılmasının önüne geçilmesi amacıyla, Amerikanın kurucuları federe ve federal organlar arasında katı bir yetki paylaşımını öngörmüşlerdir. Aynı şekilde yasama yetkisini iki meclis arasında paylaştırmışlar, yasamanın hazırladığı metinler üzerinde Başkana veto hakkı tanımışlar ve paralel bir düzenlemeyle Senato'ya Başkanın yetkisine binaen gerçekleştirdiği atamalar ve yürütmenin hazırladığı anlaşmalara itiraz edebilme hakkını vermişlerdir.

Kuvvetler ayrılığı ilkesi ve temel hak ve hürriyetlerin korunması arasında doğrudan bir ilişki söz konusudur. Bu anlamda 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin 16. maddesine göre "*Kuvvetler ayrılığının tanımlanmadığı, hakların güvence altına alınmadığı bir toplumda anayasa yoktur.*" Bu anlamda kuvvetler ayrılığı ilkesi kişinin doğal haklarının ayrılmaz bir parçası olarak ortaya çıkmış olur. Söz konusu üç kuvvetin biri birlerinin üzerinde karşılıklı olarak kullandıkları denetimler kişilerin doğal haklarına yönelik tehlikelerden korunmasını sağlar. Aynı zamanda kuvvetler ayrılığı despotizm ve tek kişinin erkleri elinde toplamasına yönelik girişimlere bir engeli oluşturmaktadır. Çünkü bu ilke gereğince hiçbir kimse egemenlikten kaynaklanan yetkilerin tamamını kendi elinde toplayamaz.

Başlangıçta kuvvetler ayrılığı ilkesinin katı bir şekilde uygulaması söz konusu iken günümüzde genellikle kuvvetlerin işbirliğinden söz edilmektedir. Çünkü kuvvetlerin katı biçimde ayrılığı uygulaması kurumların biri birlerini felç etmesi sonucunu da doğurabilir. Bu nedenle özellikle yasama ve yürütme kuvvetleri arasında işbirliği ve yürütmenin yasamayı feshetmesi, yasamanın da hükümeti devirmesi gibi biri birlerine karşı kullanabilecekleri yöntemler geliştirilmiştir. Kuvvetler arasındaki bu işbirliği ve yakınlaşmada yargının ayrıcalıklarını koruması ve diğer iki kuvvetten farklı bir konumda kalması işin doğasının bir gereğidir.¹⁷

¹⁷<http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/institutions/approfondissements/que-est-ce-que-etat-droit.html>

Günümüzde ilke 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nde öngörüldüğünden farklı bir anlam taşımaktadır. XIX. ve XX. yüzyılda geçerli olan geleneksel Fransız doktrininin ilkeye ilişkin açıklamalarından ulaşılan sonuçlardan ilki **erklerin bağımsızlığını** ifade etmektedir. Buna göre uygulamada erklerden birini oluşturan kişilerin diğerini belirlemediği ve özellikle de keyfi olarak görevinden uzaklaştıramadığı karşılıklı bağımsızlığa sahip organ ve otoritelerin yaratılması gerekir. Bu değerlendirmenin sonucu olarak günümüzde özellikle parlamenter rejimler için kabul edilen bir takım uygulamalar yasaktır. Örneğin yürütme organının üyelerinden biri parlamentoda söz alıp, konuşamaz.

İlkenin ikinci sonucu **erklerin ihtisaslaşmasıdır**. Buna göre devletin yasama, yürütme ve yargı olarak adlandırılan üç işlevi bulunur ve bu işlevleri yürüten organların diğerinin işlevine katılması söz konusu değildir. Her bir organ işlevlerini gerçekleştirme anlamında güç veya zorunlu yetkiye sahiptir.

Geleneksel bu doktrinden hareketle siyasi rejimleri sınıflandırmak mümkündür. Bu ilkeye dayanmayan rejimler "***despotik rejimler***" sınıfına dahildir. İlkenin uygulandığı rejimler "***liberal rejimler***" sınıfına dahil olup ilkenin katı veya yumuşak uygulamalarına göre alt gruplara ayrılmıştır. **Buna göre ülkemizin siyasi rejimi özellikle 1961 Anayasasından itibaren "yumuşak kuvvetler ayrılığı" ve "kuvvetlerin işbirliği"ne dayanan bir rejimdir.**

İlkenin katı uygulamasına karşı getirilen en ciddi eleştiri **ilk olarak**, egemenliğin nasıl üç parçaya bölünebileceği noktasında yoğunlaşmaktadır. Egemenliğin tekliği ilkesi ya varlığını koruyacak, ya da imha edilecektir. **İkinci olarak** eleştirilen husus ilkenin hürriyetleri gerçekleştirme anlamında etkisiz, yetersiz kalacağıdır. Çünkü uygulamada kuvvetler arasındaki denge tam anlamıyla gerçekleştirilemez ve biri diğerine üstünlük sağlar. Bu anlamda hürriyetin güvence altına alınması gerçekleştirilemez ve kuvvetler bir diğerini frenleyemez. Bu da devletin felç olması, anarşi ve darbelerin gerçekleşmesine davetiye çıkarır. **Üçüncü olarak** getirilen eleştiriye göre ilke demokrasi kavramıyla bağdaşmaz. Zira yasama gücü halkın iradesiyle seçimler sonucunda belirlenen kişiler tarafından kullanılacaksa, bu güce karşı gelecek bunu frenleyecek yürütme ve yargı gücünden kaynaklanacak girişimler anti demokratik olur. Halkın hürriyetinin gerçekleşmesi yasama gücünün temsilcileri aracılığıyla kullanılmasıyla sağlanır; yoksa sınırlamasıyla bu amaca ulaşılamaz.

Özetle **ihhtisaslaşmış organlar arasındaki dengenin sağlanması ancak yasama ve yürütme güçlerinin eşitliği halinde söz konusu olabilir.** Ancak bu varsayım gerçeği tam yansıtmaz. Çünkü bu iddia, kanun yapma işlevi ile kanunu uygulama işlevinin eşit olduğunu ileri sürdüğü için anlamsızdır. Kuşkusuz birinci gücün ikinciye bağımlı olması gerekir. Burada işlevlerin hiyerarşik

anlamda sıralamasının yapılmasında üst işlevi yerine getiren gücün diğerinin üzerinde olması gerekir. Böylece organlar arasındaki hiyerarşik bir yapılanmada bağımlı kılınan gücün diğerinin frenlemesi, dengelemesi söz konusu olamaz. Yasama erki emreder ve benzetmek gerekirse yasama bu anlamda beyin ve vücut, yürütme onun bir kolu olarak bu iradeyi maddi hayata işlemleri ve eylemleri ile aktarır. Yasama erki doğası gereğince sınırsız, buna karşılık yürütme erki kanunun maddi anlamda uygulamasını sağlamaktan ibarettir. Bu anlayışa bağlı olarak “*hürriyet kanunun müsaade ettiği her şeyi yapabilmektir*”¹⁸ şeklinde bir formülle özetlenmiştir.

Geleneksel doktrinin ileri sürdüğü kuvvetler ayrılığının ortaya koyduğu çıkmazların aşılması amacıyla günümüzde hakim olan eğilim; ilkenin yeniden yorumlanarak yeni bir şekil verilmesi yönündedir.¹⁹ Bu anlamda kural koyma anlamında esas itibariyle iki organ söz konusudur: Bunlar parlamento, Cumhurbaşkanı ve hükümettir. Artık mutlak anlamda norm yaratma iradenin ortaya konulması işlevi ve bunun uygulanması işlevinin ayrılığından söz edilemez. Teknik anlamda yürütme olarak nitelendirilen güç norm koyma işlevine katılmakta ve bu anlamda parlamentonun tek başına norm oluşturma işlevine bir sınırlama getirilmektedir. İkinci olarak yasama erkine gerek parlamentonun içinde oluşturulan mekanizmalarla ve gerekse anayasa yargısı aracılığıyla kontrol işlevine hayatiyet kazandırılmasıyla bir sınırlama getirilmektedir.

Yasama yürütme erkinin işlevi anlamındaki geleneksel kuvvetler ayrılığı ilkesinden kaynaklanan ikilemin aşılması için genel iradenin somutlaşmasının artık sadece parlamento tarafından gerçekleştirilemediğinin kabulü gerekmektedir. Günümüzdeki genel irade anlayışı, oluşumunun niteliğine

¹⁸ “Hürriyet başkasına zarar vermeyen her şeyi yapabilme gücüdür; bu nedenle herkesin doğal haklarının kullanmasının sınırı toplumun diğer üyelerinin aynı haktan faydalanmayı sağlayan sınırdır. Bu sınır ancak kanunla belirlenir.” (1789 *İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi*, madde 4). “Her Türk hür doğar, hür yaşar. Hürriyet, başkasına muzır olmayacak her türlü tasarrufatta bulunmaktır. Hukuku tabiiyeden olan hürriyetin herkes için hududu başkalarının hududu hürriyetidir. Bu hudut ancak kanun marifetiyle tesbit ve tâyin edilir.” (1924 *Anayasası*, madde 68)

¹⁹ “(G)ünümüzde kuvvetler veya iktidarların ayrılığı deyimi kullanılırken kastedilen ve pozitif hukuk verilerine göre kastedilmesi gereken, gerçekte fonksiyonlar ayrılığıdır... Fonksiyonlar ayrılığından söz edilirken, burada fonksiyon deyiminin tamamen hukuki anlamda kullanılmakta olduğunu belirtmek gerekir... (K)amu hukukunu birinci derecede ilgilendiren fonksiyonlar, devletin maddi anlamda fonksiyonları değil, hukuki anlamda fonksiyonlarıdır. ... (D)evletin hukuki sonuçlar doğuran faaliyetleri, onun hukuki fonksiyonlarını meydana getirir.” (ÖZBUDUN Ergun: *age*, sh.171)

bakılmaksızın normun yaratılmasına katılanların tümünün, egemen halk iradesinin temsilcileri olarak kabulünü gerektirir.²⁰

III- KUVVETLER AYRILIĞI İLKESİNİN 1982 ANAYASASI'NA GÖRE ANLAM VE İÇERİĞİ

1961 Anayasası gibi 1982 Anayasası da yumuşak kuvvetler ayrılığı, kuvvetlerin eşitliği ve dengesi ilkesi üzerine oturtulmuş, parlamenter hükümet sistemini benimsemiştir. Bu durum yasama ve yürütme erkleri arasında yetki paylaşımı sorununun çıkmasına neden olmuştur. Bu iki anayasa 1924 Anayasasından farklı olarak yürütme organını yasama organının emri altında olan bir erk gibi düzenlememiştir. Ayrıca mukayeseli hukukta olduğu gibi ülkemizde de yürütme organının güçlendirilmesi eğilimi söz konusudur. Ekonomi, maliye ve teknik alanda yaşanan hızlı gelişim ve değişim yaşamının bu alanda düzenleme yapmasına yeterince imkân tanımamaktadır.²¹ Teknik alan

²⁰ **TROPER Michel:** *age*, sh.236.

²¹ “Anayasa’nın 7. maddesinde yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne ait olduğu, bu yetkinin devredilemeyeceği kuralı yer almaktadır. Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa’nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir. Bununla birlikte, yasada temel esasların belirlenmesi koşuluyla, uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların düzenlenmesinin yürütmeye bırakılması Anayasa’ya aykırılık oluşturmaz.... Anayasa’nın 7. maddesinde “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez” denilmektedir. Buna göre, yasa koyucunun temel ilkeleri koymadan, çerçeveyi çizmeden yürütmeye yetki vermemesi, sınırsız, belirsiz bir alanı yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir. Yasa ile yetkilendirme Anayasa’nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamına gelmez. Yasa koyucu gerektiğinde sınırlarını belirlemek koşuluyla bazı konuların düzenlenmesini idareye bırakabilir. Bu bağlamda, sık sık değişik önlemler alınmasına veya bunların kaldırılmasına gerek görülen ekonomik, teknik veya benzeri alanlarda temel kurallar saptandıktan sonra ayrıntıların düzenlenmesinin idareye verilmesi, yasama yetkisinin devri olarak nitelendirilemez... Anayasa’nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, “Kimse, kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz”, üçüncü fıkrasında da “ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur” denilerek “suç ve cezanın yasallığı” ilkesi getirilmiştir. İdarenin faaliyetleri çok çeşitli ve değişken olduğundan disiplin cezasını gerektirecek fiiller ile haklarında uygulanacak disiplin cezalarının yasa ile belirlenmesi güç ve hatta olanaksızdır. Bu nedenle memuriyet statüsüyle ilgisi bulunmayan Polis Meslek Eğitim Merkezi öğrencilerine ilişkin disiplin, suç ve cezalarının yasalarla yönetmeliklere bırakılması Anayasa’nın 38. maddesine aykırılık oluşturmaz.” (AYM, 23.02.2006, E. 2005/42, K. 2006/27)

“Anayasa’nın 7. maddesine göre, yasama organı Anayasal sınırlar içinde kalmak kaydıyla, herhangi bir alanı düzenleme yetkisine sahip bulunmaktadır. Ekonomik

olarak nitelendirilecek bazı alanlarda yasama yetkisinin kullanılması için doğası gereğince mümkün olamamaktadır.²²

Geçici ve arızı durumlarda karar alınması gerektiğinde bu anlamda yasama organının devreye girmesi ve düzenleme yapması her zaman gerçekleşmemekte özellikle ekonomik önlemler anlamında bu husus ağırlıklı bir şekilde gündeme gelmektedir. Olağanüstü durumlarda yasama organının düzenlemede bulunması bu organın yapısından kaynaklanan özelliği gereğince yeterli olamamaktadır. Parlamenter sistem gereğince yasama organı yürütme organının tercihlerinin normatif düzenleme konusu yapması olgusuyla karşı karşıya kalmakta ve parlamento Hükümetin inisiyatifine göre düzenleme yapmaktadır. Yürütme erkinin yasama erkinin işlevine katılması yürütmenin düzenleme alanının genişlemesine neden olmaktadır. Sosyal devlet ilkesinin kabulü aynı zamanda yürütme organının işlevinin genişlemesi sonucunu doğurmuştur.²³

Yasama organı, herhangi bir sahayı anayasaya uygun olması şartı ile düzenleyebilir. Bu düzenlemede bütün ihtimalleri göz önünde bulundurarak teferruata ait hükümleri de tespit etmek yetkisini haiz ise de; zamanın gereklerine göre sık sık değişik tedbirler alınmasına veya alınan tedbirlerin kaldırılmasına ve yerine göre tekrar konulmasına lüzum görülen hallerde yasama organının yapısı bakımından ağır işleme ve günlük olayları izleyerek

olayların niteliği, gelişen koşul ve durumlara göre sık sık değişik önlemler alma, bunları kaldırma ve süratli biçimde hareket etme zorunluluğu, yasama organının yapısı ve işleyiş biçimi yasama organının yürütme organını yetkilendirmesini gerekli kılabılır. Bu gibi durumlarda yasama organı, temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakabilir. İtiraz konusu kurala bu açıdan yaklaşıldığında; serbest bölgelerin yer ve sınırlarının hangi yöntem izlenerek kurulacağı, serbest bölgeyi kuracak kamu veya özel kuruluşun ne şekilde belirleneceği, serbest bölgenin yönetim usul ve esaslarının ne olacağı, işletici kuruluşun idareyle ve bölgede faaliyette bulunanlarla ilişkileri gibi hususların zamana, günün koşullarına, yabancı devletlerin uygulamalarına göre sık sık değişebilecek teknik konular olduğu düşünülerek, yasa koyucu tarafından kanunla 3218 sayılı Yasa'nın amacının yer aldığı 1. maddesiyle çizilen yasal çerçeve içinde kalmak suretiyle ve yürürlükteki diğer yasal kurallara aykırı olmamak üzere, Bakanlar Kurulu'na yasayla tanınan yetki, yasama yetkisinin devri şeklinde nitelendirilemez." (AYM, 29.12.2004, E. 2002/39, K. 2004/125, **RG**, 25.10.2005, S.25977)

²² Yasama erkinin işleyiş prosedüründen kaynaklanan yavaşlık ve konjonktürel zorunluluklar bu erkin geleneksel yetkilerinden yoksun bırakılmaksızın yürütmeye reform yapmaya ve yasamanın yerini almaya imkân tanıyacak şekilde tekniklerin oluşturulmasıyla sonuçlanmıştır. (**MONİN Marcel: agm**)

²³ **KUZU Burhan: Anayasa Hukukumuzda Yürütme Organının Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi ve Güçlendirme Eğilimi**, İstanbul 1987, sh.15-27.

zamanında tedbir almasının güçlüğü karşısında esaslı hükümleri tespit ettikten sonra ihtisasa, ve idare tekniğine taalluk eden hususların düzenlenmesi için Hükümeti görevlendirmesi de yasama yetkisini kullanmaktan başka bir şey değildir.²⁴

1961 Anayasası'nın 5, 6 ve 7. maddelerinin ortak gerekçesinde “kanun olmayan yerde Türk Hukukunda yürütme yoktur. Yürütme organı kaynağını kanundan almayan bir tasarrufta bulunamaz.” denmiştir. 1982 Anayasası'nın “Yürütme yetkisi ve görevi” başlığını taşıyan 8. maddesine göre: “*Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.*”

Maddenin gerekçesine göre: “1961 Anayasası düzenlenirken, Türkiye’imizde, fert hak ve özgürlükleri için tehlikelerin devamlı suretle yürütme kuvvetinden geldiği gözlemlenmektedir. Esasen modern çağlarda, 1215 Magna Carta’sından beri, ferdin, Devlet Başkanının sultanından kurtulup özgür olabilmesi için yaptığı mücadelede hedef daima yürütme kuvveti olmuştur. Fert, yürütme kuvvetinin yetkilerini birer birer kopararak, onu mümkün olduğu ölçüde yetkisiz kılmak istemiştir. Bundan dolayı da bütün hukuk düzeni, Devlet Başkanına ve yürütme kuvvetine karşı bir mücadele şeklinde gelişmiştir. 1961 Anayasası, bu felsefeye sadık kalarak, Yürütmeyi devlet yönetiminde, bütün faaliyetlerinde yasama kuvvetine bağlı, yasamaya tâbi bir kuvvet olarak düzenlemiş idi. Halbuki modern hayatta, yürütme kuvveti, Devletin beyni, hareket gücünün kaynaklandığı motorudur. Bundan dolayıdır ki, 1961 ilâ 1980 arasındaki devrede, karar almak kudretinden yoksun hükümler görülmüştür. İşte bu duruma son vermek için, yürütme yasamaya tâbi bir organ olmaktan çıkarılmış, her iki kuvvetin Devlet faaliyetlerinin düzenlenmesinde eşitlik ve denklik içinde işbirliği yapmalarını öngören parlamenter hükümet sistemi bütün gerekleriyle uygulanmaya konmuştur. Bu nedenle, yürütme, 1961 Anayasasında olduğu gibi, bir görev olmaktan çıkarılmış, gerekli yetkilere sahip ve kanunların kendisine verdiği görevleri yerine getiren bir kuvvet olarak düzenlenmiştir.”

“Anayasa'nın 7. maddesine göre, yasama yetkisi, Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir, bu yetki devredilemez. Bir düzenleyici işlem mevcut yasa hükümlerini değiştirebiliyor veya yürürlükten kaldırabiliyorsa, bu işlem yasa niteliğinde veya gücündedir. Anayasa'nın 7. maddesinin açıklığı karşısında, yasama organı, başka bir organa, mevcut yasa kurallarını değiştirme ya da kaldırma yetkisi veremez. Anayasa'ya göre yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına, genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilemez. Yasada temel esasların belirlenmesi koşuluyla, uzmanlık ve teknik

²⁴ AYM, 28.03.1963, E. 1983/4, K.1963/71; 16.06.1964, E.1963/101, K.1964/49.

konulara ilişkin ayrıntıların düzenlenmesinin yürütmeye bırakılması Anayasa'ya aykırılık oluşturmaz.”²⁵

Anayasanın Başlangıç kısmında da: “Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medenî bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu,” denilmektedir.

Anayasa Mahkemesi'ne göre:

“Kuvvetler ayrılığı ilkesi, sadece yasama, yürütme ve yargı işlevlerinin ayrı organlara verilmesini değil, bazen tek bir kuvvetin çeşitli organlar arasında bölüşülebilmesini de içerebilir. Bu bağlamda, “özerk” statüye sahip kamu kuruluşları oluşturulmasının amacı, kuşkusuz söz konusu kuruluşları genel idare içinde ayrıcalıklı veya dokunulmaz kılmak değil, onların özellik gösteren işlevlerini çoğulcu demokrasi anlayışı içinde ve daha iyi biçimde yerine getirmelerini sağlamaktır.”²⁶

Bu düzenlemeler hem doktrinde²⁷ hem de Anayasa Mahkemesi kararlarında norm koyma anlamında asli yetkinin TBMM'de olduğu ilkesini değiştirmedigi, yürütmenin özerk bir düzenleme alanına sahip bulunmadığı ve fakat doğrudan anayasadan kaynaklanan bir takım yetkilerinin bulunduğu şeklinde yorumlanmaktadır. Anayasanın bu düzenlemeleri idarenin kanuniliği ilkesini kaldırmamıştır. Kanunla düzenlenmiş veya düzenlenmesi gereken alanlarda yürütmenin yasamaya bağılılığı devam etmektedir. Anayasanın 91, 115 ve 124. maddelerindeki düzenlemelerde öngörülen düzenleyici işlem türlerinde yürütmenin asli düzenleme yetkisinin bulunmadığı öngörülmektedir.²⁸

²⁵ AYM, 27.11.1997, E. 1997/37, K. 1997/69.

²⁶ AYM, 01.06.2005, E. 2004/60, K. 2005/33.

²⁷ Örneğin Turgut TAN'a göre; “... yürütmenin yeni anayasadaki düzenleniş biçiminden hareket ederek, yürütmenin yasaya bağılı olmamasının kural olduğu, “idarenin kanuniliği” ilkesinin de ortadan kalktığı ve tüzük ve yönetmeliğin de “kanuna bağılı istisnai düzenleyici işlem türleri” olduğu görüşüne katılmak olanaksızdır. Aslında yeni anayasada “idarenin kanuniliği” ilkesine bağılılığını sürdürmektedir. Nitekim, anayasa “idare kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.” (m.123) genel kuralını koyduktan sonra; tüzükler (m.115), yönetmelikler /m.124), merkezi idare (m.126), mahalli idareler (m.127) ve kamu hizmeti görevlileri ile ilgili genel ilkeleri (m.128) düzenlerken de hep yasal düzenlemelerden yeni anayasada da “yürütmenin yasamanın türevi olduğu kuralının büyük ölçüde” korunduğunu göstermektedir. (TAN Turgut: “1982 Anayasası Yönünden Yürütme Görevi ve Yetkisinin Niteliği (Güçlü Devlet ya da Güçlü Yürütme)”, Anayasa Yargısı, Ankara 1984, sh.35-36)

²⁸ Bkn. İZGİ Ömer, GÖREN Zafer: *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, C.I*, Ankara 2002; “Anayasada yer alan üç düzenleyici işlem türünden hiçbiri, asli bir

“1982 Anayasasının 8. maddesine yürütme görevi ve yetkisi ile ilgili olarak “... Anayasa ve Kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.” hükmü yer almakta keza Anayasanın 124. maddesinde yönetmeliklerle ilgili olarak “Başbakanlık, Bakanlıklar ve Kamu tüzel kişilerin kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler.” denilmektedir. Bugün için Türk Kamu Hukukunda yürütme yetkisi ve görevi Kanun Koyucunun belli konularda gereklilik kuralları koyarak çerçeveyi çizmesi, uygun veya zorunlu görmesi halinde onların uygulanması yolunda sınırları belirlenmiş alanlar bırakması, idarenin ancak bu alanlar içinde takdir yetkisine dayanmak suretiyle yasalara aykırı olmamak üzere bir takım kurallar koyarak yasanın uygulanmasını sağlaması biçiminde anlaşılmaktadır. (AYM, 18.06.1985, E. 1985/3, K.1985/8, **RG**, 18.10.1985, S.18902)

1961 Anayasası döneminde de konuya aynı şekilde bakılmaktaydı. Nitekim ...'in 1965 basımlı Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri adlı kitabında konu, “hukuk düzeninin yaratılmasında ... İlk söz, ilk adım Büyük Millet Meclisine ait bulunmaktadır. Devletin Anayasadan veya kurucu organdan sonra düzenini kuran, bu düzenin maddi alanda tespit eden yasama, organıdır. Bu organ tarafından hukuk alanı içine alınmayan herhangi bir sosyal vakia hukuk için mevcut olmayan bir sahadır, boş bir sahadır. Binaenaleyh bu sahada yapılacak bir Devlet faaliyeti, bir işlem mevcut değildir. Bugün vatandaşların birbirleriyle konuşmasını, barışmasını ve darılmasını öngören bir kanun yoktur. Binaenaleyh insanların sokaklarda birbirlerini selamlaması veya selamlamaması hukuka yabancı bir olaydır. Böyle olunca da Devlet hukukuna yabancı olan sahada, yürütme organının da yapacağı herhangi bir işlem bahis konusu olamaz. Yürütmenin faaliyette bulunması için böyle bir yasama başlangıcına ihtiyaç bulunduğu içindir ki, yürütme anayasamızda müştak bir yetki olarak vasıflandırılmıştır. İnsan ilişkilerinin ve sosyal tezahürlerin belli bir alanı hukuk düzeni içine sokulduktan sonradır ki yürütme başlayacaktır.”, “Anayasa yürütme organının işlem yapma yetkisini ancak Kanunun çizdiği sahaya inhisar ettirmiştir. Yargılama dışında, Devletin hukuki faaliyette bulunması daha önce yasama organınca da bu sahanın Devlet Hukuku düzeni içine alınmasına bağlıdır.” (sayfa 42-47) şeklinde açıklanmıştır.

Görüldüğü üzere Kamu Hukukumuzda idarenin bir konuda düzenleyici işlem tesis edebilmesi için; Kanunun bir hizmet alanını ele alması, o hizmet alanı ile ilgili ana esasları belirlemesi ve sınırlamalar getirecek ise o sınırları çizmesi zorunlu olmaktadır. Kanunla bu belirleme yapıldıktan sonradır ki, idare o hizmet dalında ve çizilen sınırlar dışına çıkmadan düzenleme yapmak suretiyle tesis edeceği işlemlerle hizmeti yerine getirebilecektir. Yürütme yetki ve görevinin “Kanunlara uygun olarak” kullanılması veya 1961 Anayasası'nın deyimini ile “Kanunlar çerçevesinde” yerine getirilmesinin anlamının da böyle anlaşılması gerekmektedir.

düzenleme yetkisinin aracı olarak kullanılmaya elverişli değildir.” (ÖZBUDUN Ergun: *age*, sh.181)

Bu açıklamadan anlaşılacağı üzere, yönetmeliğin kanuna aykırı olması mümkün olmayacağı gibi yönetmelikle bir hak inşası veya bir hakkın ortadan kaldırılması da mümkün değildir. Oysa 2955 sayılı GATA Kanunu'nun özellikle 40. maddesi hükmüne göre yürürlüğe konulan Yönetmeliğin 74. maddesinin son tümcesi olan "son sınıfta 2 yıl üst üste başarısız olanlara (2) yarıyı ek süre tanınmaz" hükmü açıkça kanuna aykırı bulunmaktadır. Ayrıca kanunla tanınan bir hakkı ortadan kaldıracak niteliktedir. Dava konusu işleme dayanak yapılan Yönetmelik hükmü kanununa aykırı olduğuna göre bu hükme dayanılarak tesis edilen okuldan çıkarma işleminin de hukuki dayanağının bulunmadığı anlaşılmaktadır."²⁹

1982 Anayasası'nın yürürlüğe girmesinden sonraki tarihli kararlarında Anayasa Mahkemesi yürütme organına giderek daha geniş bir düzenleme alanı tanımaktadır. Bu değerlendirme değişikliğinin nedeni 1982 Anayasası'nın yürütme erkine tanıdığı nitelik ve yerdir. Anayasa Mahkemesi kararlarında istikrar kazanan görüşe göre Anayasanın yürütmeye doğrudan düzenleme yapma yetkisi tanıdığı alanlar³⁰ dışında yürütmenin yetki olarak düzenlenmiş olmasının yürütmenin kanuna dayanmayan bir yetki kullanamayacağı ilkesi üzerinde bir etkisi olmadığını belirtmektedir. Kanunlarla düzenlenmeyen bir alanda yürütme subjektif hakları etkileyecek kural koyamaz. Kanun koyucu genel kuraları belirleyip idareye takdir yetkisine göre düzenleyeceği bir alan bırakırken, yine anayasada öngörülen idarenin yargısal denetiminin etkinliğini engellemeyecek objektif kurallar öngörmelidir.³¹

Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında, Anayasada yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilemeyeceği, yürütmenin düzenleme yetkisinin sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetki olduğu, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemeyeceğinin, yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasanın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yürütmenin düzenlemesine bırakmaması gerektiği belirtilmiştir. Aynı şekilde yine Anayasanın, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atamaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceğine ilişkin 128. maddesine ve idarenin kanunla düzenleneceğine ilişkin 123. maddesine göre kamu görevi gören yerlerin kuruluş ve görevleri çalışma ve denetim esaslarının ve çalışanlarının nitelikleri, atama yöntemleri ve

²⁹ AYİM.Drl.Krl., 24.09.1987. Karar No: 87/129, **AYİMKD**, N0:7.

³⁰ Anayasa madde 73, 107, 121, 122, 123 ve 167.

³¹ **TAN Turgut**: "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yürütmenin Düzenleme Yetkisi", Anayasa Yargısı, C.3, Yıl 1987, Ankara 1987, sh.203 vd.

hak ve yükümlülüklerini belirleme konusunda idareye yasayla yetki verilmesinin Anayasaya aykırı olduğun Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtilmektedir.

Anayasa Mahkemesinin Konuya İlişkin İctihatları:

“Anayasa’nın 7. maddesinde, “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.” denilmektedir. Buna göre, Anayasa’da yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa’da öngörülen ayrık durumlar dışında, yürütme organına yasalarla düzenlenmemiş bir alanda genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Ayrıca, yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa’nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkelerin konulması, çerçevenin çizilmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın bırakılmaması gerekir. Anayasa’nın 38. maddesindeki “kanunsuz suç olmaz” ilkesi gereğince hangi eylemin suç sayılacağına yasa ile belirlenmesi zorunludur. İtiraz konusu kuralla kimi malların ithali konusunda Bakanlar Kurulu’na yetki verilerek idarî düzenlemelerle suç oluşturulmasına olanak tanınması yetki devri niteliğinde olduğundan Anayasa’nın 2. ve 7. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.”³²

“1982 Anayasasının 8. maddesinde yürütme sadece görev olmaktan öteye bir yetki olma gücüne de kavuşturulmuştur. Sözü edilen maddeye ilişkin gerekçede “... yürütme yasamaya tâbi bir organ olmaktan çıkarılmış her iki kuvvetin Devlet faaliyetlerinin düzenlenmesinde eşitlik ve denklik içinde işbirliği yapmalarını öngören parlamenter hükümet sistemi bütün gerekleriyle ortaya konmuştur. Bu nedenle, yürütme 1961 Anayasasında olduğu gibi bir görev olmaktan çıkarılmış, yürütme gerekli yetkilere sahip ve kanunların kendine verdiği görevleri yerine getiren bir kuvvet olarak düzenlenmiştir.” denilerek idarenin gerekli bazı yetkilere sahip kılındığı vurgulanmıştır. Yürütmeye bir yetki olma gücünü veren esaslar Anayasanın muhtelif maddelerine serpiştirilmiş durumundadır. Bunlardan düzenleme ile ilgili olarak yeni Anayasanın getirdikleri olağanüstü haller ve sıkıyönetim sürecince Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun sözü edilen hallerin gerekli kıldığı durumlara hasren kanun hükmünde kararname çıkarmak, Bakanlar Kurulunun, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflik, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içerisinde değişiklik yapmak, dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla, ithalat, ihracat ve dış ticaret işlemler üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek mali yükümlülükler koymak ve bunları kaldırmaktan gibi hususlardır. Yürütmenin, tüzük ve yönetmelik çıkarmak gibi klasik düzenleme yetkisi, idarenin kanuniliği ilkesi çerçevesinde sınırlı ve tamamlayıcı bir yetki durumundadır. Bu bakımdan Anayasada, ifadesini bulan yukarıdaki ayrık haller dışında, yasalarla,

³² AYM, 18.01.1996, E. 1995/28, K. 1996/2.

düzenlenmemiş bir alanda, yürütmenin sübjektif hakları etkileyen bir kural koyma yetkisi bulunmamaktadır. Yasa ile yetkili kılınmış olması da sonuca etkili değildir.”³³

“Kaynağı ve temeli yasada bulunan hususlarda ayrıntıyı bakanlığın saptaması konunun doğası gereğidir. Yasa koyucu genel kurallarla yetinip sonrasını yönetimin takdirine bırakabilir. Bu düzenleme, yönetimin yargısal denetimini engellemeyecek nesnel kurallarla gerçekleştirilir. İptali istenen bendin temel hususları, ilkeleri içermesi, yönetime biçim ve sürelerin tespitini bırakması, yönetimin de yasayla saptanan ilkeleri göz ardı edemeyeceği gerçeği karşısında Anayasa’nın 7. maddesine aykırılıktan söz edilemez.” “...Yasayla düzenlenmesi gereken konuların Bakanlar Kurulu’nun yönetsel düzenlemesine bırakmak, sözleşme usul ve esasları yanında ücretin de bu yolla saptanmasına olur vermek, yasama yetkisinin devri niteliğindedir.”

“... Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarında birçok kez açıklandığı üzere, yürütmenin tüzük ve yönetmelik çıkarmak gibi klasik düzenleme yetkisi, yönetimin yasallığı ilkesi çerçevesinde sınırlı ve tamamlayıcı bir yetki durumundadır. Bu bakımdan Anayasa’da öngörülen ayrık durumlar dışında yasalarla düzenlenmemiş bir alanda yasa ile yetkili kılınmış olsa da yürütmenin sübjektif hakları etkileyen bir kural koyma yetkisi bulunmamaktadır. Öğretideki görüşler de bu doğrultudadır. Hakkında yasa bulunmayan konularda tüzük ve yönetmelik çıkarılamayacağına göre doğrudan Anayasa’ya dayanan böyle bir düzenlemenin de yapılamaması gerekir. Yetkili organ ve makamlar, düzenleyici işlemler için Anayasa’da dayanak aramak zorundadırlar. Serbestçe ve diledikleri gibi, özerk düzenleme yetkisi değil ancak türevsel ve bağımlı, daha açık bir anlatımla yalnız yasaya dayanan düzenleme yetkisi tanınmıştır. Anayasa’nın yürütmeye-yönetime tanıdığı düzenleme yetkisinin yinelenen niteliği karşısında, bu sınır aşılarak yapılacak düzenlemeler Anayasa’ya aykırılık oluşturur.”³⁴

“Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası döneminde; 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Yasa’ya 6829 sayılı Yasa’yla eklenen “Ek 1. madde”nin birinci fıkrasındaki “Kaçakçılığın men ve takibi için lüzum görülen yerlerde İcra Vekilleri Heyeti kararı ile emniyet bölgeleri ihdas olunur.” kuralının Anayasa’ya aykırı olmadığını belirleyen 10.12.1962 günlü, Esas: 1962/198, Karar: 1962/111 sayılı red kararında; “Yasa koyucunun temel kurallar saptandıktan sonra uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususların düzenlenmesi için Hükümete yetki vermesi, yasama yetkisini kullanmaktan başka bir şey değildir. Bu koşullar altında yürütme organının görevlendirilmesi yasama yetkisinin devri olarak nitelendirilemez.” yargısını açıklamıştır. Yürütmenin, tüzük ve yönetmelik çıkartmak gibi klasik düzenleme yetkisi, idarenin yasallığı ilkesi içerisinde sınırlı ve tamamlayıcı bir yetki durumundadır. Anayasa’da belirtilen kimi ayrık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda yürütmenin öznel hakları etkileyen bir kural koyma yetkisi bulunmamaktadır. Yasa ile yetkili kılınmış olması da yasama organının belirlediği kapsam ve sınırlar içinde türevsel bir yetkinin kullanılması anlamına gelir.” “...

³³ AYM, 13.06.1985, E.1984/14, K.1985/7, **RG**, 24.08.1985, S.18852.

³⁴ AYM,19.04.1988, E. 1987/16, K. 1988/8.

Yürütme organının, yönetmelik dışında yasanın buyruğu, kapsam ve sınırı içinde genel nitelikli hukuksal tasarruflarda bulunması idare hukuku kurallarına aykırı düşmemektedir. Bu nedenle savunulan ve amacı belirli bir yetkinin Anayasa'nın 124. maddesine aykırı bir yönü de görünmemiştir." "... Yürütmenin, tüzük ve yönetmelik çıkartmak gibi klasik düzenleme yetkisi, idarenin yasallığı ilkesi içerisinde sınırlı ve tamamlayıcı bir yetki durumundadır. Anayasa'da belirtilen kimi ayırık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda yürütmenin öznel hakları etkileyen bir kural koyma yetkisi bulunmamaktadır. Yasa ile yetkili kılınmış olması da yasama organının belirlediği kapsam ve sınırlar içinde türevsel bir yetkinin kullanılması anlamına gelir. İtiraz konusu kurallar Maliye Bakanlığı'na verilen vergi kayıp ve kaçığı önlemek amacıyla tutulmakta olan defter ve belgelere ilaveten defter tutulmasını ve belge düzenlenmesini belirleme yetkisinin, yasada amacının ve sonuçlarının belirlenmiş olması, günlük olayların izlenmesine, teknik ya da ayrıntıya ilişkin konuların düzenlenmesine yönelik bulunması karşısında yasama yetkisinin devri niteliğinde değildir. Ayrıca, 1982 Anayasası'nda yürütmenin görev olmaktan öteye bir yetki gücüne sahip bulunması, yasama ile yürütmenin eşitlik ve denklik içinde işbirliği içinde bulunması Maliye ve Gümrük Bakanlığının İdarenin bir hizmet birimi durumunda bulunması da gözetilmelidir. Bu nedenle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 6., 7. ve 8. maddelerine aykırı bulunmamıştır."

"... Anayasa'nın, Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerinin yönetmelik çıkarabileceğini öngören 124. maddesine aykırılık iddiasına gelince: Anayasa'nın 6. maddesi "kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak ve bunlara aykırı olmamak üzere" yönetmelikler çıkarılması yetkisiyle ilgilidir. Olayda ise itiraz konusu kural Maliye Bakanlığı'na vergi kayıp ve kaçığı önlemek amacıyla ilave defter tutulması ve belge düzenlenmesini belirleme yetkisini içermektedir. Amacı ve sınırları yasada belirlenen ve vergi kaçırmayı önlemek amacını güden bu yetki, belge düzenlenmesine ilişkindir. Yürütme organının, yönetmelik dışında yasanın buyruğu, kapsam ve sınırı içinde genel nitelikli hukuksal tasarruflarda bulunması idare hukuku kurallarına aykırı düşmemektedir. Bu nedenle savunulan ve amacı belirli bir yetkinin Anayasa'nın 124. maddesine aykırı bir yönü de görünmemiştir." "... Yasama organının, ilkeleri belirttikten sonra, uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin hususların düzenlenmesi işi ile yürütme organını görevlendirmesi de yasama yetkisini kullanmaktan başka bir şey değildir. Anayasa'nın 107. ve 113. maddelerinde, yürütme organının gösterilen esaslara uygun olmak koşuluyla, tüzükler ve yönetmelikler çıkararak düzenleyici hukuksal tasarruflarda bulunabileceği kabul edilmiştir. Ancak, yürütme organının bunun dışında, yasanın buyruğuna uyarak genel nitelikte hukuksal tasarruflarda bulunması da idare hukuku esaslarına uygundur. Bunun aksini kabul etmek, yürütmenin çalışmalarını çok dar ve işlemesi güç bir çerçeve içerisine sokmak gibi bir sonuç doğurur ki, bunun da Anayasa'nın amacına ve ruhuna uygun düşmeyeceği, idare işlevlerinin isterleriyle bağdaşmayacağı açıktır."³⁵

"İdarenin objektif düzenleyici tasarruflarına ilişkin kurallar Anayasa'nın 115. ve 124. maddelerinde düzenlenmiştir. Anayasa'nın 115. maddesinde, kanunların

³⁵ AYM, 15.10.1991, E.1990/29, K.1991/37, **AMKD**, S.27, C.2, sh.618-619.

uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere Bakanlar Kurulu'na tüzük çıkarma yetkisi verilmiştir. 124. madde ile de yasa ve tüzüklerin uygulanması sağlanmak üzere Başbakanlık, Bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerine yönetmelik çıkarma yetkisi tanınmıştır. İdarenin genel düzenleme yetkisi kuşkusuz tüzük ve yönetmelikle sınırlı değildir. Uygulamada yürütme organı ve idare, tüzük ve yönetmelik dışında kararname, talimat, yönerge, genelge, sirküler, karar, tebliğ gibi değişik adlar altında idari düzenlemeler yapmaktadır. Tüzük ve yönetmeliklerin biçimsel özellikleri saklı kalmak koşuluyla bütün idari düzenlemelerin anayasal ve hukuksal temelleri aynıdır. Anayasa'nın 73. maddesinin 3. fıkrasına göre vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümler yasa ile konulabilir. Bu konuda maddenin son fıkrasında belirtilen ayrık durumlarda Bakanlar Kurulu'na yetki devrinde bulunulabilir. Ancak, vergi ve mali yükümlülüklerle ilişkin yasalarda uygulamaya yönelik kuralların idari düzenleyici metinlere bırakılması yasama organının takdir alanı içindedir. Yasa koyucu bu tür kuralları vergi yasalarında ayrıntılı düzenleyebileceği gibi, çerçevesini belirleyerek idari düzenlemelere de bırakabilir. İtiraz konusu fıkra ile Bakanlığa verilen yetki, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler getirilmesine ilişkin olmadığı gibi yasama yetkisinin devri niteliğinde de değildir.”³⁶

“Anayasa'nın 7. maddesinde, yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin olduğu belirtilerek bu yetkinin devredilemeyeceği öngörülmüştür. TBMM'nin yürütme organına hangi konularda ve koşullarda düzenleme yetkisi verebileceği tek tek sayılmış ve sınırlanmıştır. Bunlar; vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muafık, istisna ve indirimleriyle oranlarına ilişkin kurallarında aşağı ve yukarı sınırlarının belirlenmesi koşuluyla düzenleme yapılması, ekonomik, ticari, teknik ve idari anlaşmaların kanunla uygun bulunmasına gerek görülmeden onaylanması, dış ticaret işlemleri üzerine ek mali yükümlülükler konması, olağanüstü hal ve sıkıyönetim süresince bu hallerin gerekli kıldığı konularda kanun hükmünde kararname çıkarılması gibi konulardır. Bunlar dışında yasalarla düzenlenmemiş bir alanda yürütme organının sübjektif hakları etkileyen kural koyma yetkisi bulunmamaktadır. Yürütmenin tüzük ve yönetmelik çıkartmak gibi klasik düzenleme yetkisi idarenin yasallığı ilkesi içerisinde sınırlı ve tamamlayıcı bir yetkidir. Yasa koyucu, belli konularda gerekli kuralları koyacak, çerçeveyi çizecek yasaların uygulanmasını sağlamak için idareye belli düzenleme alanı bırakabilecektir. İtiraz konusu kurallarda Elektrik Enerjisi Fonu için ayrılması gereken payın miktar ve oranının açıkça belirtilmemiş olması, getirilen mali yükümlülüğün aşağı ve yukarı sınırlarının saptanmadan yürütme organına bu konuda yapılacak düzenlemeler için yetki verilmesi yasama yetkisinin devri niteliğindedir.”³⁷

“Vergi ve benzeri malî yükümlülüklerle ilişkin uygulamaya yönelik kuralların idarî düzenleyici metinlere bırakılması yasama organının takdir alanı içindedir. Yasa koyucu bu tür kuralları kendisi ayrıntılı biçimde düzenleyeceği gibi, çerçevesini belirleyerek ayrıntıları idarenin düzenlemesine de bırakabilir. Anayasa'nın 115. ve

³⁶ AYM, 26.06.1996, E. 1996/5, K 1996/26.

³⁷ AYM, 28.09.1995, E.1995/24, K.1995/52

124. maddelerine göre idare, yasa ile yetkili kılındığı konularda objektif düzenleyici kurallar koyabilir. 115. maddeye göre, kanunların uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere Bakanlar Kurulu'nca tüzük, 124. maddeye göre de, Başbakanlık, Bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerin, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak koşuluyla yönetmelikler çıkarılabilir. İtiraz konusu kuralla Bakanlığa tanınan düzenleme yetkisi, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülük getirilmesine ilişkin olmadığı gibi, yasama yetkisinin devri niteliğinde de değildir.”³⁸

IV- NÖRMLAR HİYERARŞİSİ KAVRAMININ ANLAMI, İÇERİĞİ ve İŞLEVİ

1- Genel Olarak

Normlar hiyerarşisi bir ülkede yürürlükte bulunan ve fakat aynı hukuki değeri haiz olmayan kurallar arasındaki sıralamayı, kademelendirmeyi açıklar. Böylece normların zaman bakımından uygulanmasında karşılaşılan aynı olguya birden fazla normun uygulanmasının söz konusu olduğunda, bu normlardan hangisine öncelik tanınması gerektiği sorununun çözümünü sağlar. Normlar hiyerarşisi aynı zamanda oluşturulan normu gerçekleştiren organın yetkisinin sınırını belirler. Norm ihdas eden kamu gücü kendisine tanınan alanın dışına çıkınca tesis ettiği norm hukuka aykırı olur. Kısacası normlar hiyerarşisi bir normun geçerliliği ve uygulanabilirliği sorunun çözümü için yürürlükteki normlar arasında bir hiyerarşi oluşturmuştur. Bu hiyerarşi gereğince her normun varlık sebebi bir başka ve üst sırada yer işgal eden bir başka normdur. Altta ki norm geçerliliği ve uygulanabilirliğini üstteki normdan alır.

Normlar düzeni yani iç hukuk anlamında normların sıralanmasını ifade eden normlar hiyerarşisi anayasa ve anayasa ile aynı hukuki değeri haiz ve anayasallık bloğu olarak adlandırılan kurallar, uluslararası hukuk, kanun ve kanun hükmünde kararname, hukukun genel ilkeleri, kendi içinde hiyerarşik bir sıralamanın bulunduğu düzenleyici işlemler, usule ilişkin genel düzenlemeler ve örf ve adet kurallarıdır. Normlar söz konusu olunca hiyerarşi kavramı hukuki normlar arasında varolan üstünlük ilişkisi ve normların geçerliliği için uymak zorunluluğunun bulunduğu uygunluk ilişkisinin tamamını ifade eder.³⁹ Normlar bir piramit şeklindedir ve bu piramidin içerisinde her bir normun işgal ettiği belli ve genellikle de yapımcısının normatif otoriteler hiyerarşisinde işgal ettiği makam tarafından tanımlanmış bir yeri bulunmaktadır. Altta ki norm uygulamak

³⁸ AYM, 29.01.1997, E. 1996/11, K. 1997/4.

³⁹ **ROUQUETTE Rémi**: *Dictionnaire du droit administratif*, Le Moniteur, Paris 2002, sh.393.

durumunda olduğu üst norm bünyesinde bir temel bulur ve ona uygun olmak zorundadır. Aksi takdirde hukuka aykırı nitelik taşır.⁴⁰

Normlar hiyerarşisi ilkesi hukukun genel ilkelerinden biri olmanın yanında aynı zamanda da anayasal bir ilkedir. Anlamı alt sırada yer alan bir norm üst sırada yer alan bir başka norma aykırı olamamasıdır. Bununla birlikte gözden uzak tutulmaması gereken bir husus da vardır ki o da, üstteki bir norm alttaki yer alan norma açıkça belirtmek şartıyla ayrıksı düzenlemede bulunabilme yetkisi tanıyabilmesidir.⁴¹

Devletin işlevlerini gerektiği gibi yerine getirebilmesi herkesin kurallara uyması şartına bağlıdır. Bu kurallar hak yaratır, hürriyetleri tanır ve yükümlülükler getirir. Aynı konuya ilişkin birden fazla kuralın bulunması söz konusu olabilir. Bu gibi durumlarda hangi normun diğerine oranla öncelik taşıdığı sorunu gündeme gelir ve bu durumda normlar hiyerarşisi kavramına başvurulması zorunluluğu doğar. Burada ilke altta yer alan normların / kuralların üstte yer alan normlara / kurallara uymasındır. Bir başka ifadeyle alttaki normlar, üstteki normlara aykırı olmazlar.

Hukuka uygunluğun sağlanması ilkesi gereğince her hukuk normu, normlar hiyerarşisinde üst norm niteliğini taşıyan yürürlükteki normların tamamına uygun, en azından bunlarla bağdaşması gerekir. Bu ilkenin göz ardı edilmesi hukuki düzensizliğin kaynağı olmakla kalmaz aynı zamanda hukuka aykırı metni tesis eden makamın sorumluluğuna da neden olur. Bundan dolayı getirilen yeni düzenlemelerin büyük bir özenle daha önceden yürürlüğe konulmuş metinlerin hiyerarşisiyle uyum içerisinde bulunması mutlak bir kuraldır.

Hukuk normları aralarında uyumlu bir düzen oluştururlar. En somut ve detaylı olanı en genel olanların belirginleştirilmesi işlevini yüklenir ve fakat genel nitelikte olanların aksi içerik taşıyamaz. Üst normlara aykırılığın önlenmesi için tepeden tavana doğru sıralanan bu hiyerarşize düzen ayrıntılı düzenleme yapabilme seviyesinin her norm açısından belirlenmesine imkân tanır. Böylece normların tamamının düzene sokulması gerçekleştirilir ve bireyin hak ve hürriyetleri güvence altına alınmış olur. Dolayısıyla hiçbir norm kendisinin üzerinde yer alan diğer normlara aykırı olamaz. Bundan dolayıdır ki, idari bir karar sırasıyla idarenin düzenleyici işlemlerine, kanuna, uluslararası anlaşmalara ve anayasaya uygun olmak zorundadır.

⁴⁰ **TRUCHET Didier:** *Le droit public*, PUF, Que sai-je?, N0:1327, Paris 2003, sh.49.

⁴¹ **GOFFAUX Patrick:** *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, Bruylant, Bruxelles 2006, sh.130.

Normlar hiyerarşisi kavramı, her normun takip ettiği norm ve bunun üstünde yer alan düzenleme serisinin bütününe yapılan yollama (referans gösterme) işlemini ifade eder. Kavram altta yer alan normun, bir üstte yer alan norma tâbi olması anlamına gelir. Böyle bir değerlendirme üst normun altta yer alan normun geçerliliğinin bir kaynağını oluşturduğunu varsaymayı gerektirir. Altta yer alan bir normun uygulanabilmesi için, kabulünde üst norm tarafından empoze edilen prosedüre uyulması zorunludur. Böylece normlar hiyerarşisi denetimi daha çok alttaki normun üst normca öngörülen şartlara uygunluğunun doğrulanması anlamındaki usuli bir denetime tekabül eder. Dolayısıyla bir normun geçerliliği şekli geçerlilik koşullarına uyulmasına bağlıdır.

Normlar hiyerarşisi Carré de Malberg'e göre büyük bir ölçüde organların hiyerarşisine göre belirlenir. Normu oluşturanın kamusal niteliği kuralın hukuki sahiplerine bağlıdır. Asli kurucu güç zirvede olduğundan anayasanın en üst norm olması doğaldır. Parlamento anayasanın altında, kanun bir alt sırada vb. şeklinde bir sıralama yapılmaktadır. Normlar hiyerarşisini normativist bakış açısıyla açıklayan Kelsen'e göre hukuk sisteminin veya hukuki düzen tamamı normların bütünlüğünü oluşturur.

2- Kelsen'e Göre Normlar Hiyerarşisi⁴²

Kelsen hukuki otonomiye⁴³ savunmakta ve hukukun saf bir özelliğe sahip olması ve bu anlamda da dini, etik, siyasi, sosyolojik, psikolojik değerlerden yani hukuka yabancı unsurlardan arındırılması gerektiğini belirtmektedir. Hukuk biliminin amacı hukukun geliştirilmesi ve iyileştirilmesi değil, tanımlanmasıdır. Kelsen'e göre hukuk biliminden⁴⁴ değil, pozitif hukuk biliminden⁴⁵ söz edilebilir ve pozitivist hukukçu hukukun tanımlamasını yapabilir hukukun değeri hakkında hüküm verme anlamında hareketsiz olmalıdır. O'na göre hukuk sosyal bir bilim değil, normatif bir bilimdir. Normatif bilimler sebep ilkesini⁴⁶ değil, hesap verme ilkesini⁴⁷ kullanırlar. Pozitif hukuk konulan, iradi bir hukuktur.⁴⁸ İradi bir işleme riayet için işlemleri hazırlayanların tamamı hiyerarşiye uygun hareket etmelidir. Bu nedenle iradi işleme saygı gösterilmesinin sağlanması için normun hazırlanmasında belirli usullere uyulmalıdır. Böylece söz konusu usuller hiyerarşinin iradi işleme

⁴² **KELSEN Hans:** *Théorie pure du droit*, (Traduit par Charles EISENMANN), Dalloz, Paris 1962, tirage 1989; **TEZİÇ Erdoğan:** *age*, sh.80-82.

⁴³ l'autonomie du juridique.

⁴⁴ la science du droit.

⁴⁵ la science du droit positif.

⁴⁶ le principe de causalité.

⁴⁷ le principe d'imputation.

⁴⁸ Le droit positif est un droit posé, donc volontaire.

taşınması, dönüştürülmesine imkân tanır. Bu nedenle normun varlık sebebinin olmazsa olmaz şartı⁴⁹ objektif bir geçerliliğini bulunmasıdır.

Bir normun objektif geçerliliği oluşturulmasındaki usullere bağlıdır. Norm konulması sırasında üst normun usulüne uygun olduğu ölçüde geçerlilik kazanır. Bunun anlamı normun kanunun anayasaya, düzenleyici işlemlerin kanuna uygun olması zorunluluğudur. Hukuki işlemler usul kurallarına saygı göstermesi gerekir. Kelsen bu nedenle ileri sürdüğü teorisine Hukukun Saf Teorisi⁵⁰ ismini vermiş bu yolla normu sübjektif değerlerden arındırmış ve ulusal hukuk düzeninin tanımını yapmıştır.

Kelsen'e göre iç hukuk devletin hukukudur, hukuk devletin içinde bulunduğu bir sistemde hukuk gücü, iradi ve zorlama niteliklerini taşır ve temel norma bağlıdır. Hukuk devlettir ve devlet ile hukuk aynı fenomendir (olgudur). Pozitif normatif düzen geçerli olduğu sınırlar içerisinde bireylerin tutum ve davranışlarını kurala bağlar. Bu anlamda devlet siyasi idari bir örgüt olarak güç kullanma, zorlama yetkisini elinde bulundurur. Devlet hukuki şekil içinde hukuken belirlenmiş yöneticilerin yetkilerini ancak yine hukuken belirlenmiş yönetilenler üzerinde kullanabildiği pozitif hukuki bir düzendir. Dolayısıyla devlet ancak bir hukuk devleti olabilir. Hukuk devleti bu anlamda güçlü ve iradidir.

Devletin gücü bir düzen yaratıp bireye belli tutum ve davranışta bulunmayı empoze etmesi, buna zorlaması ve normlarla normatif düzenini uyulması anlamında zorlayabilmesinden kaynaklanır. Devlet aynı zamanda iradidir. Normatif düzeninin objektif geçerliliği iradi olmayı gerektirir ve bu da iradi işlemlerin hiyerarşisine saygı göstermeyi sağlayan usuli geçerliliklerdir. Hukuk devleti zorlama yetkisine de sahiptir. Bu özellik devleti devletle ilgisi olmayan sosyal bir grubun normatif düzeninden ayırır. Devletin normatif düzeni devletin iradesini geçerli yaptırım aracılığıyla empoze ettirdiği zorlayıcı bir düzendir. Söz konusu düzen hiyerarşize edilmiş statik ve dinamik özelliğe sahiptir. Statik özelliği her normun üst norm ile uyumlu bir içeriğinin olması anlamına gelir. Dinamikliği ise her normun ancak üst norm tarafından belirlenmiş bir usule uygun konulabilmesidir.

Bu düzen piramit şeklinde hiyerarşize edilmiş bir düzendir. Bu yapılanma işlemlerin iradi temelinden hareketle başlar ve derece derece siyasi idari hiyerarşiye yani en üst otoritenin iradesine kadar çıkar. Bu anlamda sayıca çok olan siyasi idari otoritenin iradesine kadar giden işlemlerdir. Ancak sayıca

⁴⁹ condition sine qua non de son existence.

⁵⁰ Théorie pure du droit.

az olan iradi işlemler temel normdan⁵¹ kaynaklanan anayasal normlara bağımlı kılınmıştır.

Kelsen'in normativist teorisinde hukuk düzeninin oluşumu ve kuralların kademelendirilmesi varsayıma dayanan temel norma dayanmaktadır. Temel normun varlığı teknik bir zorunluluktan kaynaklanmaktadır. Temel normun niteliği ve kanıtlanması hukuk ilminin dışındadır. Bir normun geçerliliği üst bir normun geçerliliğine bağlı kılınması iç hukukta normlar hiyerarşisinin zirvesini işgal eden anayasanın geçerliliği sorununu gündeme getirir. Kelsen'e göre anayasanın geçerliliği bir varsayımdır (hipotezdir). Temel norm bu anlamda şu şekilde formüle edilmektedir: “**Kurucu gücün emirlerine riayet edilmesi zorunludur.**” Bu tespit teknik bir niteliği taşır bu anlamda dini ve ahlaki bir zorunluluktan söz edilemez. Dolayısıyla burada sadece işlevsel bir zorunluluk söz konusudur.

Kelsen'e göre iç hukuk için geçerli olan bu hukuki düzen uluslararası hukuk içinde geçerlidir. Bu noktada hangi hukuk düzeninin diğeri üzerine üstün geleceği sorunu gündeme gelir. Kelsen tercihini uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğü yönünde açıklamaktadır. Bu açıklamada üstün kılınan hukuk düzeninin etkinliği söz konusu edilir.

Kelsen ilk olarak hukukçuların iç hukukun uluslararası hukuka veya bunun aksine bir hükümde bulunma hakkı olmadığını belirtmektedir. Çünkü bu yöndeki bir tercih siyasi ve ideolojik bir nitelik taşır. Daha sonra Kelsen uluslararası hukukun üstünlüğünü birçok ulusal düzenin arasında bir koordinasyon ve sınırlandırılmış olma nedeni dayandırarak açıklamaktadır. Bu zorunluluğun kaynağı uluslararası hukukun ulusal hukuklar arasında işbirliğini ve sınırlandırmayı gerçekleştirmesidir. Uluslararası hukuk, evrensel hukuki bir topluluğu bir araya getirmesi dolayısıyla üstündür. Söz konusu topluluk uluslararası hukukun temel normu üzerine inşa edilmiştir. Bu norm BM'in kuruluş tarihi olan 1945 yılına kadar devletlerin yükümlülüklerine riayet etmelerinin gerekçesi olarak gösterilen *pacta sunt servanda* ilkesine dayandırılmıştır. Bu tarihten sonra evrensel hukuk düzeni piramit şeklinde hiyerarşize bir şekilde örgütlenmiş BM'in normlarına uyulması anlamındaki teknik zorunluluğa bağlanmaktadır.

Sorun etkinlik ilkesine⁵² başvurulacak çözümlenmelidir. Uluslararası hukuk zorunlu olarak iç hukukun üstündedir ve bu da bir devletin belirlenmiş halkın etkili bir şekilde kontrol eden hükümetin meşruiyeti uluslar arası normlarla belirlenen kurallar üzerine oturtulmasına bağlıdır. Bu anlamda

⁵¹ Grundnorm.

⁵² Le principe de l'effectivité.

uluslararası normlara saygı gösterilmesini hükümetler sağlayabilirler. Bir devletin kurucuları yöneticilerinin meşru ve hukukiliğine bağlıdır.

Burada varlığını devam ettiren sorun, uluslararası hukuk düzeninin de yaptırım uygulama anlamında uluslararası hukukun hale primitif özelliği dolayısıyla söz konusudur. Uluslararası hukuk ulusal hukuklar gibi gelişmiş bir hukuk değildir. Kelsen'e göre hukuk toplumsal barışın sağlanması anlamında ortak hukuk kurallarını tekelinde bulduran bir güç kullanmaya ilişkin sosyal bir tekniktir. Uluslararası hukuk devletler tarafından yaratılmış ve devletlerce uygulanması sebebiyle merkezi bir hukuk değildir ve bu özelliği dolayısıyla iç hukukta farklıdır. Ama her şeye rağmen uluslar arası ulusal hukuklar gibi hukuk gerçek bir hukuktur.

3- Normlar Hiyerarşisinin İşlevi

Genel bir ifadeyle hukuk devleti kamusal erklerin hukuki normların bütününe tanımlanan temel ilkeler uyarınca işlevlerini yerine getirmesidir. Böylelikle özü itibarıyla aynı şeyleri ifade eden idarenin kanuniliği/hukukiliği, hukukun üstünlüğü⁵³ kavramı oluşturulur. Hukuk devletinin kısaca hiç kimsenin kanunun / hukukun üzerinde olmadığı şeklinde de tanımlanması mümkündür. Daha genel bir ifade ile bu kural kamusal yetkinin keyfi şekil ve uygulamalarına karşı bireyleri koruyacak hukuk kurallarını bütün olarak bir grup altında toplar. Hukuk devletinin varlığından söz edebilmek için devletten kaynaklanan yükümlülüklerin resmi, kişilik dışı, emredici ve yaptırım içermesi gerekir. Bir başka deyişle kanunun herkes tarafından bilinmesi, kanunun uygulanmasından kimsenin istisna edilmemesi, Kanunun hükümlerinin gerçek anlamda uygulanıyor olması ve kanunun ihlâl edilmesi durumunda bir yaptırımın uygulanması gerekir.

Hukuk devletinde hukuk kurallarının kendi içerisinde açık bir şekilde hiyerarşik yapılanmasının varlığı şartı aranır. Bu nedenle kolluğa ilişkin bir karar kanuna eşdeğerde değildir. Ülkede hukuk normlarının hiyerarşik düzeninde anayasa en üstte yer alır. Daha sonra uluslararası anlaşmalar, kanunlar ve düzenleyici işlemler gelir. Kamusal idarelerce günlük işlemlerin yürütülmesi amacıyla tesis edilen idari işlemlerin tümü bu hukuk düzeninde en alt basamakta bir yer işgal eder. Bu nedenledir ki kamu görevlisi veya memurların yetkisi bu hiyerarşik yapılanma gereğince sınırlandırıldığından mutlak değildir. Bu anlamda karşılaşılan bir yetki sınırının aşımı durumunda birey tesis edilen işlemin düzeltilmesi ve / veya tazminini üst hiyerarşik normları kullanarak talep edebilir. Yargıç davacının bu anlamdaki talebinin

⁵³ la légalité administrative ou rule of law ou primauté du droit.

içeriğini inceledikten sonra üst hiyerarşik normlara yollamada bulunarak kararını verir.

Hukuk devleti kamu kudretinin hukuka bağımlı kılındığı kurumsal bir sistem olarak tanımlanabilir. Kaynağı Alman Hukukundaki *Rechtsstaat* terimi bulunan kavram XX. yüzyılın başında Avusturyalı hukukçu Hans Kelsen tarafından yeniden tanımlanmıştır. Buna göre: Kamu kudretinin sınırlarının bulunduğu bir tarzda hukuk normlarının hiyerarşisinin bulunduğu devlet, hukuk devletidir. Bu yöntemde her kural geçerliliğini üst normlara olan uygunluğundan alır. Böyle bir sistemde hukuk normları önünde hukuk subjelerinin eşitliği ve bağımsız yargının mevcudiyeti olmazsa olmaz koşulu olarak değerlendirilmektedir.

Normların hiyerarşisi hukuk devletinin en önemli güvencelerinden birini oluşturur. Bu çerçevede devletin farklı organlarının yetkileri net ifadelerle belirlenir ve bu organlarca oluşturulan normların geçerliliği ancak üst normların tamamına uygun düşüyor olma şartına bağlıdır. Bu piramit şeklindeki yapılanmanın en üst noktasında anayasa yer alır. Anayasayı uluslararası yükümlülükler, kanunlar ve idarenin düzenlemeleri izler. Söz konusu piramidin temelinde idari işlemler veya özel hukuk kişilerin arasında akdettikleri sözleşmeler bulunur.

Hukuki bu düzen ayırım yapılmaksızın bütün kişilere uygulanır. Özel kişiden farklı olmaksızın devlet, hukukilik ilkesini tanımamazlıktan gelemez. Üst normlara uymayan bütün normlar ve kararlar hukuki bir yaptırıma tâbidir. Hukuku yaratan devlet bu kurala tâbidir ve oluşturduğu kuralların düzenlilik işlevi bu yolla teyit edilir ve hukuka uygunluğu ortaya konulmuş olunur. Böyle bir modelde farklı hukuk sùjelerinin eşitliği yürürlükteki normlara uygulanışı varsayımının geçerliliğine dayanır.

Hukuk devletinin varlığının ikinci şartı hukuk subjelerinin eşitliğidir. Bu şart her kişi ve kuruluşa üst hukuk normuna uymayan hukuk normunun uygulanmasına karşı koyabilme hakkı tanır. Böylece bütün kişiler ve kuruluşlar hukuki kişilik niteliğine kavuşmuş olur. Bu anlamda öncelikle gerçek kişilerden sonrada tüzel kişilerden söz edilir.

Devlet bizzat bir tüzel kişilik olarak değerlendirilmektedir. Devletin işlemlerinin, kararlarının diğer kişilerinkisin de olduğu gibi hukuka uygunluk ilkesine saygılı olması gerekir. Bu ilke anayasanın düzenlemelerine uygulanışı öncelikli olarak gerektirir ve böylelikle hukuka uygunluğa tâbi kılınarak kamusal erkin işlemlerinin çerçevesi belirlenir. Bu çerçevede devletin üzerinde ağır bir yük söz konusudur; yaptığı düzenlemelerin ve aldığı kararların yürürlükteki üst hukuk normlarının tamamına uygun olması gerekir. Bu anlamda

söz konusu düzenlemelerin ve kararların hiçbir ayrıcalıktan yararlanması ve üst normlardan, hukukun temel ilkelerinden sapmaların olması kabul edilemez. Özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri bizzat devletin kendisinin oluşturduğu kuralları ileri sürerek kamusal otoritelerin kararlarına itiraz edebilirler ve bu çerçevede doğal olarak yargının rolü ön planda yer alır ve yargı bağımsızlığı kesinlikle söz konusu olmalıdır.

Hukuk kurallarının uygulanması sürecinde uygulama alanının zamana ve mekana ilişkin olanlarının belirlenmesi bütün uyumsuzlukların çözümünde yeterli değildir. Birbiriyle yarışma halinde bulunan birçok hukuki normun belirli bir anda aynı mekanda uygulanabilirliği söz konusu olabilir. Bu uyumsuzluğun çözümü için hukuk sistemi bir kuralın diğerine üstünlüğünü sağlayarak hukuk normları arasında bir hiyerarşi oluşturmaya yönelik kuralları uygulamaya koyar. Burada her kurala yapıcısının niteliğine göre bir yer tahsis edilir. Sonuç olarak altta yer alan kural, üstteki kural önünde eğilme zorundadır. Bu sistemin etkinliği normlar hiyerarşisi ilkesine saygı göstermeyi güvence altına alan denetim mekanizmalarının kurulduğu durumlarda çok daha etkili olabilmektedir.⁵⁴

4- Normların Sıralanması

Normlar hiyerarşisi hukuk normlarının farklı seviyeler işgal etmesi dolayısıyla bunlar arasındaki ilişkilerde üstlük-astlık kurallarının oluşturulmasına imkan sağlar. Normlar hiyerarşisini savunanlara göre bu yolla hukuk kurallarının hazırlanması sürecinde her organın işlevinin belirginleştirilmesi sağlanır. Böylelikle daha anlaşılır ve makul bir hiyerarşinin kabulü sonucunda kural koyma / ihdas etme anlamında kimin neyi yapabileceğinin tanımlanması kolaylaşır. Bu görüş taraftarları iç hukukta normlar hiyerarşisi tesisine bir hukuk düzeninin örgütleneceğini de belirtmektedirler. Bu yolla kural koyma yetkisinin organlar arasında dağılımı da sağlanmaktadır.

Normlar hiyerarşisi kuralların seviyesinin belirlenmesi işlevini üstlenmiştir. Bu yolla her bir normun kabulünde izlenecek prosedür belirginleşir ve aynı şekilde devlet organlarına tanınacak temsil yetkisi netleşir, somutlaşır.

Bütün normlar aynı hukuki değer ve güce sahip değildir. Normların bir kısmı genel nitelikli olup kapsamına giren olayların tamamına; diğer kısmı ise, özel durumlara uygulanabilir. Bu durumun tespitinde normların hiyerarşik yapılanmasını sağlanması gerekir. Normun iyi bir şekilde uygulanabilirliği, diğer normlar karşındaki yerinin belirlenmesi ile mümkündür. Bu bağlamda

⁵⁴ **FRYDMAN Benoît, RORIVE Isabelle:** *Introduction au droit et à la méthodologie juridique*, ULB, 4ème éd., Bruxelles, Tirage 2007-08/1.

anayasa ilkeleri ve anayasallık bloğu, uluslararası hukuk anlamında anlaşmalar ulusal hukukta kanun ve diğer hukuki metinler şeklinde bir sınıflama yapılmaktadır.

Türk hukuku açısından normlar hiyerarşisi Anayasada 11. maddede anayasanın bağlayıcılığını müteakiben anayasanın üstünlüğünü “*Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.*” düzenlemesiyle üst normun anayasa olduğu vurgulanmaktadır. Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasına göre: “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*” Bu düzenleme ile kanun=milletlerarası andlaşma formülü en azından temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalar açısından sonuncu lehine bozulmuştur.

Anayasada normlar hiyerarşisi **tüzüklere** ilişkin 115. maddedeki “*Bakanlar Kurulu, kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak ve Danıştayın incelemesinden geçirilmek şartıyla tüzükler çıkarabilir.*” düzenlemesinde söz konusu edilmiştir. 124. maddede düzenlenen **yönetmelikler**le ilgili hükümde; “*Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler.*” ve “**Kanunsuz emir**” başlığını taşıyan 137. maddenin 1. fıkrasında: “*Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir.*” hükümlerinde normlar hiyerarşisi adı zikredilmeksizin anayasal düzeyde tanınmış ve güvence altına alınmıştır.

Olağan dönemler için öngörülen bu sıralama Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı, içtihadı birleştirme kararlarının kanunlar gibi benzer olayla açısından bağlayıcılığı, Anayasanın KHK ile ilgili düzenlemesi ve 90/son maddesinde yapılan değişiklik ve nihayet kurallar hiyerarşisi dışında kalan işlemler dolayısıyla mutlak bir anlam taşımaz.⁵⁵

⁵⁵ “Anayasa uyarınca ve uygulamada belli bir hukuki rejime bağlanmamış işlemlerde kurallar hiyerarşisi dışında kalmaktadır. Bunlar: Cumhurbaşkanının resen imzaladığı kararlar (m.105), Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun olağanüstü hal ilan etmesi (m.119, 120) ve bunların TBMM tarafından onaylanmasıdır.” (TEZİÇ Erdoğan: age, sh.83)

Normlar hiyerarşisinden ancak katı anayasaya sahip rejimlerde söz edilebilir. Yazılı anayasanın normlar hiyerarşisine egemen olabilmesi ve yasa koyucunun kabul ettiği kanunun geçersizliğine ilişkin düşünce nispeten yeni sayılan bir düşüncedir. Nitekim bu anlamda yazılı anayasa fikri ve uygulaması da yeni sayılabilir. Bu anlamda ilk yazılı anayasa 1787 tarihli Amerikan Anayasasıdır. Bu anayasayı daha sonra Fransız anayasaları takip etmiştir. Ülkemiz açısından ise ilk yazılı anayasamız 1876 tarihli olup onu 1921, 1924, 1961 ve 1982 Anayasaları izlemiştir.

Kıta Avrupası hukukunda ve ülkemizde anayasa kavramı devlet kurumlarının işlevlerinin yönetildiği, düzenlendiği bir metindir. Söz konusu metin kuvvetler arasında çıkacak ihtilafları önleyecek ve her bir kuvvetin görevlerini gerçekleştirebilmelerine imkân tanıyacak bir statüyü öngörür. Dolayısıyla anayasa kurumsal bazda minimum bir konsensüsü ifade eder. Demokrasiler için toplumun düzenlenmesine ilişkin kuralların yaygınlaştırılması anlamındaki demokratik tartışmanın içindeki temel hukuki yapı anayasa ile düzenlenir. Federal bir devlette anayasa devletin kuruluşunu sağlar ve devleti kuranların arasındaki ilişkiyi tanımlar.

Hukuki bir metin olan anayasa devlet erklerinin ayrıcalıkları ve yetkilerinin sınırlarını belirtir. Bu metin egemenlik iradesini halka tanıyarak devlet otoritesinin temelini oluşturur ve bu otoritelerin hangi yöntemlerle iradelerini açıklayacaklarını öngörür. Anayasa zamanla şekillenen uygulamaların derlenmesi olup, kuralcı ve emredici⁵⁶ bir değere sahiptir. Anayasa neyin yapılması gerektiği ve kamu erkinin neye, hangi hukuki yolu izleyerek kanalize edileceğini belirtir. Metnin maddeleri düzenlemeleri sayarak bir kurallar düzeni oluşturur ve bu düzen egemen erkin uygulanabilme koşullarını tanımlar. Bu nedenledir ki, anayasa normlar hiyerarşisinin zirvesinde yer alır. Anayasa devlet yetkilerini kullanacakları belirlediği gibi, bu yetkililerin nasıl belirleneceğinin usullerini de düzenler. Farklı devlet erklerinin yetkileri ve statüleri belirler. Anayasaların asli eğilimi devlet çerçevesinde kamusal erklerin uygulama işlevinin kurulması ve örgütlenmesi ile kamusal erkler dışında kalan diğer bütün güçlere emretmektir.⁵⁷ Diğer bir ifadeyle, hukuki piramidin en üst noktasında bulunan anayasa sınırlarını çizdiği alan dışında hiçbir yetkinin bulunmadığı hukuki çerçeveyi, hükümet edenlere, yönetenlere empoze eder. Bu özelliğiyle anayasa temel hukuki değer niteliğini taşır ve üst hukuk normu

⁵⁶ prescriptive et impérative.

⁵⁷ Bu nedenledir ki, “*Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü*” başlığını taşıyan 11. maddede Anayasa hükümlerinin yasama, yürütme ve yargı organlarını ile idare makamların yanında **diğer kuruluş ve kişileri** de bağlayan temel hukuk kuralları olduğu belirtilmiştir.

hüviyetiyle kendisine uyulmasını emreder. Bunun sonucu olarak devletin şu veya bu otoritesinin şu veya bu şekilde anayasanın bir hükmünü çiğnemesi durumunda bu otoritenin işlemi hukuki geçersizliği prosedürünün harekete geçirilmesine yol açabilir.⁵⁸ Anayasa yargısı ve idari yargıda görülen iptal davası bu amacı gerçekleştirmeye yönelik yöntemlerdir.

Özetle bir otorite karar alma anında, sürecinde; alacağı kararın hukuki anlamda üstünde yer alan normlara, metinlere uygun davranması gerekir. İç hukukta normlar hiyerarşisine göre bir sınıflandırma yapıla gelmektedir. Buna göre normların en üst noktasında anayasa bulunur. Bu husus Anayasamızın 11. maddesindeki Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesiyle hüküm altına alınmıştır. Anayasanın üstünlüğü anayasanın doğasından kaynaklanmaktadır. Anayasa erkleri belirleyen anayasa koyucunun gücünün somutlaşmış halidir. Bu sebeplerdir ki, Belçika Anayasası'nın 187. maddesinde; "*Anayasa ne tamamen ne de kısmi olarak askıya alınabilir.*" 188. maddesinde; "*Anayasa yürürlüğe girdiği tarihten itibaren uygulanabilir niteliğe sahip olacaktır ve bütün kanunların, kararnamelerin, düzenlemelerin ve diğer işlemlerin anayasaya aykırı olanları yürürlükten kaldırılmıştır.*" ve 33. maddesine göre "*Her türlü yetkinin kaynağı Ulustur. Bütün erkler anayasada kurulan şekle uygun kullanılır.*" hükümleri öngörülmüştür.⁵⁹

Anayasayı parlamentonun hazırlayıp, oylayarak kabul ettiği kanunlar ve kanun hükmünde kararnameler (Fransız Hukukunda ise Hükümetin kararnameleri) izler. Kanunların anayasaya uygunluğu Anayasa Mahkemesi tarafından sağlanır. Farklı hukuki dereceleri işgal eden düzenleyici işlemlerin hukuk düzenindeki önemlerinden hareketle bir sınıflandırmanın yapılması mümkündür. Kanun hükmünde kararnamelerin statüsü ve buna ilişkin farklı değerlendirmeler bir yana bırakıldığında, uygulama alanının çok dar olmakla birlikte Cumhurbaşkanı kararnamesi yürütme organının düzenlemeleri arasında en üst dereceyi alır.

Kanun geleneksel norm türüdür ve hak ve yükümlülükler yaratır. Herkese uygulanıyor özelliği dolayısıyla genel, sürekli ve ancak bir başka kanunla değiştirilebilir. Kanun milletvekillerinin teklifi veya bakanlar kurulu tasarısı şeklinde parlamentonun önüne gelip, oylanır ve kabul edilir. Anayasaya veya üst hukuk normlarına uygunluğu anayasa yargısınca gerçekleştirilir. Yürürlüğe girmesiyle birlikte kanun idareye, hakimlere, bireylere yani ayırım yapılmaksızın herkese uygulanır. Genellikle öngördüğü düzenlemelere riayet edilmediği durumlar için yaptırım öngörmektedir.

⁵⁸ **GOYARD-FABRE Simone:** *L'Etat figure moderne de la politique*, Armand Colin, Paris 1999, sh.47-48.

⁵⁹ **FRYDMAN Benoît RORIVE Isabelle:** *age*, sh.26.

Anayasanın düzenlemelerinden hareket edildiğinde daha sonra tüzükler, Bakanlar Kurulu kararname ve aynı organın çıkardığı yönetmelikler, müşterek kararname, diğer kamu tüzel kişilerinin hazırladıkları yönetmelikler ve adları farklılıklar gösteren düzenlemeler biri birlerini izlerler. İdarenin gerçekleştirdiği düzenleyici işlemler sadece kendilerinin üzerinde yer alan metin ve normlara uygun olmakla yetinemez aynı şekilde yargı içtihatlarıyla dile getirilen hukukun temel ilkeleriyle de uyum içinde bulunması gerekir.

Düzenleyici niteliği taşımayan hizmet içi yazışma, mektup, not özellikle yayımlama ve ilan edilmişse, idare edilenlerin idareye karşı ileri sürebilecekleri bir takım haklara sahip olduğu kabul edilmektedir.

İdarenin düzenleyici işlemleri idari yargı yerlerince hukukilik denetimine tâbi kılınmıştır. Bazı durumlarda idarenin etkinlikleri uluslararası bir çerçeveyi ilgilendirmekte veya bu alana müdahalede bulunabilmektedir. Bu gibi durumlarda söz konusu etkinlikleri için idare kanuna eş veya kanunun üstünde bir değeri haiz onanmış ve yürürlüğe girmiş anlaşmalara uygun hareket etmek zorundadır. Avrupa Birliği'ne üye ülkeler açısından Birlik Hukukunun üye ülkelerde doğrudan uygulanabilme niteliğini taşıyan düzenlemelerine ilgili devlet idarelerinin uygun davranma zorunlulukları söz konusudur. Aksi durumun varit olması halinde idari yargı önüne getirilen uyuşmazlık dolayısıyla uluslararası hukuk kaynaklı düzenlemeye uyulmamasına ilişkin idarenin tutum ve davranışı hukuka aykırı ilan edecektir.

İdari otoriteler siyasi otoritelerden kaynaklanan anayasa, kanun veya uluslararası normlara veya hiyerarşik anlamda üstlerince tesis edilen normlara yani üst norm hüviyeti taşıyan mevcut kuralların tamamına uymak zorundadır. Bu husus İdare Hukukunda hukukilik veya kanunilik terimleriyle tanımlanan hukuki bir kavramı ifade eder. Bir başka deyişle, idare normatif misyonu çerçevesinde hukukilik bloğu yani siyasi kamusal güç veya hiyerarşik anlamda üst idari organlarca oluşturulan üst hukuki değeri haiz kuralların tamamına saygı göstermekle yükümlüdür. Bu geniş anlamdaki hukuka uygunluk ilkesi doğal olarak bizi bir yandan idarenin normlar piramidinin üstünde yer alan anayasa, uluslararası kurallar ve kanunlara diğer yandan da kendisinin tesis ettiği düzenlemelere bağımlı kılması noktasına götürür. Hukuki ve siyasi anlamda Türk Hukukundaki gelenek kanuna temel kural değerini yani hukukun kaynağın kaynağı olma özelliğini tanımaktadır. Bu geleneğin temelinde meclisin üstünlüğü yönündeki tarihsel süreç yatmaktadır.

Bir kanunun varlığı durumunda anayasaya veya uluslararası anlaşmalara saygı gösterilmesi kural olarak ikincil derecede söz konusudur. Kanunun varlığı halinde Anayasanın kurallarının uygulanmasına ikincil derecede önem atfedilir. Zira idarenin ve idari yargıcın kanunun hükmünü göz ardı etmesi hukuken söz

konusu değildir. Burada kanunun Fransız Hukukundaki ifadesiyle ekran rolü üstlendiği söylenebilir. Anayasaya aykırı bir kanunun uygulanmaması ancak idari yargı yerlerince defî yoluyla sorunun Anayasa Mahkemesi'nin önüne götürülmesi halinde söz konusu olabilir. Uluslararası anlaşmanın insan haklarına ilişkin olduğu durumlarda kanun hükmünün göz ardı edilmesi Anayasanın 90. maddesi uyarınca mümkündür. İdare kanunun bulunmadığı durumlarda anayasa ve uluslararası anlaşmaların düzenlemelerine doğrudan uygun hareket etme zorundadır.

V- DANIŞTAY KARARLARINDA NORMLAR HİYERARŞİSİ

“Çağdaş İdare Hukuku öğretisinde, idarenin kanunları uygulamak göreviyle başlayan ve kural koyma yetkisine kadar uzanan geniş bir faaliyet ve hareket alanına sahip olduğu kabul edilmektedir ki, bu alanın kapsam ve sınırını, yukarıda verilen tanımlarda geçen “yönetim işlevi” ile “düzenleme yetkisi” kavramları belirlemektedir. “Yönetim işlevi”, idarenin tüm faaliyetlerinin, tutum ve davranışlarının ortak konusunu ve hakim niteliğini gösteren ve varlık nedenini oluşturan kavramdır. İdare etme eylemi, ihtiyaçların belirlenmesi ve giderilmesi ya da kişilerin, malların ve değerlerin korunması için yapılması gereken ve genellikle kamu hizmeti adı verilen etkinliklerde bulunulması anlamını taşır ve yönetim işlevinin içeriğini oluşturur. Bu geniş kapsamlı hareket alanı nedeniyle, yönetim işlevinin olumsuz tanımı da verilebilir. Buna göre; yasama ve yargı fonksiyonları ile hükümet etme faaliyeti dışında kalan tüm kurumsal işler, yönetim işlevini meydana getirir. “Düzenleme yetkisi” kavramı ise, Türk Hukukunda kaynağını ve hukuksal dayanağını Anayasa'da bulmaktadır. Bu bağlamda, yürütme organının düzenleme yetkisi, Anayasanın ve yasama organının çizdiği sınırlar içinde ve bu sınırlara aykırı olmamak kayıt ve şartıyla gerçekleşebilir. Öğretide, yürütmenin düzenleme yetkisinin olağan, özerk ve asli olmadığı; aksine, ikincil nitelikte, türevsel ve bağlayıcı olduğu görüşünün egemen olmasının nedeni de budur.

TC Anayasası'nın 8. maddesindeki, “Yürütme yetkisi ve görevi... Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.” düzenlemesi, yürütme organının yasama organına bağımlı olarak, türevsel nitelikte düzenleme yetkisine sahip olduğunun en önemli göstergesidir. Yürütme, doğrudan doğruya Anayasadan kaynaklanan yetkileri dışında, ancak yasa koyucunun çerçevesini çizip, biçimlendirdiği alanlarda, kanunlara göre ve kanunlardan aldığı yetkilere dayanarak, kanunların uygulanmasını sağlamak amacıyla düzenlemelerde bulunabilir. Dolayısıyla, kanunlara uygun olarak kullanılacak olan yürütme yetkisi, özerk düzenleme yetkisini içermez ve sadece türevsel ve bağımlı düzenleyici işlemler yapılmasına olanak verir.”⁶⁰

Danıştay içtihatlarına göre Anayasanın 124. maddesine göre yönetmelikler ancak yasaların ve tüzüklerin uygulanmasını göstermek üzere çıkarılabilir. Yönetmelikle yapılan düzenlemenin hukuka uygunluğu için

⁶⁰ Dan.7.D., 26.09.2002, E.2002/3190, K.2002/2962.

düzenlenen hususlarda, daha önce kanun veya tüzükle yapılmış bir düzenlemenin varlığının şarttır. Aksi halde yönetmeliklerin yasal denetiminin yapılmasının, üst hukuk normları olan kanun ve tüzüklere uygun olup olmadığının değerlendirilmesinin olanaksız olur.

“Objektif, soyut ve genel nitelikte kuralları ile bir konuyu düzenleyen yasa koyucunun önceden ortaya çıkabilecek bütün olayları belirleyip onların özelliklerine göre düzenleme yapması beklenemez. Bu nedenle idarenin Anayasanın 124. maddesinde öngörülen genel düzenleme yetkisini kullanarak ilgili Kanunun amaç ve kapsamı çerçevesinde yaptığı yönetmelik, (tebliğ, genelge) gibi objektif düzenlemelerin genel bir tanımla yasal düzenlemeler olarak kabulü gerekir. 3984 sayılı Kanunla Radyo ve Televizyon yayın faaliyetlerini düzenlemek amacıyla özerk ve tarafsız olarak kurulmuş bir kamu tüzel kişisi olan Radyo ve Televizyon Üst Kurulu’nun Kanunla öngörülen kuruluş amacı ve verilen görev sınırları içinde, genel düzenleme yetkisini kullanarak çıkardığı yönetmelikler de, yukarıda açıklandığı gibi genel bir anlatımla yasal düzenleme kapsamındadır. Yayıncı Kuruluşların, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu’nun çıkardığı belirtilen nitelikteki genel düzenleyici işlemlerine uygun yayın yapmaması “yasalara saygılı olma” ilkesini ihlali niteliğindedir.”⁶¹

“... Telekomünikasyon hizmetleri ve altyapısı ile ilgili olarak bu konuda görevli işletmelerin mevzuata uygun olarak faaliyetlerini yürütmelerini denetlemek, bu hususta ilgili makamları harekete geçirmek ve gereken hallerde Kanunlarda öngörülen yaptırımları uygulamak hususlarında Telekomünikasyon Kurumu’na görev verilmiş, ayrıca Kurum’a telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve alt yapısının işletilmesi ile ilgili olarak sektörün faaliyetlerini tam bir rekabet ortamı içinde gerçekleştirmelerini sağlamak konusunda yetki verilmiştir... Tebliğ hükümleriyle amaçlananın, telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesinde ve alt yapının işletilmesinde getirilen objektif kriterlerle etkin piyasa gücüne sahip işletmecilerin belirlenmesi, rekabet edebilme gücü daha zayıf işletmelerin etkin piyasa gücüne sahip işletmecilerden ayrı tutularak bir takım ek yükümlülüklerin getirilmesi, böylece sektörün tam bir rekabet ortamı içerisinde faaliyetini sürdürmesini sağlamak olduğunun anlaşıldığı, Kurum’un görev alanı ile ilgili olarak hazırladığı Tebliğ hükümlerinin, dayanağı Yönetmelik ile 406 sayılı Kanun ve 2813 sayılı Kanun hükümlerine aykırı bir yönünün görülmediği, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır...”⁶²

“... Türk hukuk sisteminde yönetmelikler, normlar hiyerarşisinde yasa ve tüzükten sonra gelmekte oldukları gibi yönetmeliklerle yasalara aykırı veya yasa hükümlerini değiştirici nitelikte hükümler sevk edilmesi de olanak dışıdır. Anayasanın 124. maddesi yönetmeliklerin, kanunların ve tüzüklerin “uygulanmasını sağlamak” üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla çıkarılabileceğini vurgulamak suretiyle bu hususa yeterince açıklık getirmiş bulunmaktadır. Kaldı ki, hâkimlik ve

⁶¹ Dan.10.D., 08.12.2003, E.2002/5616, K.2003/4846, **Dan.Kar.Der.**, S.5.

⁶² Dan.13.D., 13.12.2005, E.2005/107, K.2005/5889.

savcılık mesleği ne atanacaklarda aranacak niteliklerin belirlenmesi “uygulama” sorunu olmadığı için bu hususun yönetmelikle belirlenmesi bu bakımdan da Anayasaya aykırı düşmektedir. Anayasanın hâkimlik ve savcılık mesleğini düzenleyen 140. maddesinin 3. fıkrasında, hâkimler ve savcılarla ilgili öteki konuların yanı sıra bunların nitelikleri ve atanmalarının da “kanunla” düzenleneceğinin açıkça belirtilmiş olması dava konusu Yönetmelik hükmünü bu bakımdan da hukuksal dayanaktan yoksun bırakmaktadır.”⁶³

Üst normda düzenlemenin ayrıntılarının yapılması anlamında ismen belirli bir düzenleyici işlem çıkarılarak uygulamanın buna göre gerçekleştirilmesi öngörülmüşse, söz konusu düzenleyici işlem çıkarılmadığı sürece uygulama ancak üst normdaki ifadelerle göre gerçekleştirilir. Ayrıca üst normda öngörülen düzenleyici işlemin altında yer alan bir düzenleyici işlemle (örneğin tüzüğün yerine yönetmelik, yönetmeliğin yerine tebliğ veya genelgeyle düzenlemenin yapılması gibi) uygulamanın gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Aksi halde öngörülen düzenleyici işlem ve buna bağlı olarak gerçekleştirilen uygulamalar hukuka aykırı olur. Nitekim Danıştay 1. Dairesine göre;

“... maddede yazılı konuların tüzükle düzenleneceği belirtildiğine göre, bu konuların tüzük dışında yönetmelik veya başka bir işlemle düzenlenmesi ve kanuna aykırı böyle bir düzenlemenin uygulanması olası değildir.”⁶⁴

İdareler tarafından görev alanına giren konularda yönetmelikler yapılırken dayanağı yasanın bütününe bağlı kalınması zorunlu olduğu gibi yasayı ve yasanın amacını aşar veya yasa konusu alanlara girer nitelikte düzenleme yapma olanağı bulunmamaktadır.

“... Anayasa'nın 124. maddesi gereği Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerinin, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak koşuluyla yönetmelikler çıkarabileceği açıktır. Yönetmelikler, yasa tekniğine uygun olmaması ve güçlükler bulunması nedeniyle yasal düzenlemelerde yer almayan ancak idarenin işleyişi ve kamu yararı için önceden belirlenmesi zorunlu bulunan teknik konu ve ayrıntıları yasal çerçeve içerisinde kalmak koşuluyla düzenleyebilir. Kamu idaresi tarafından görev alanına giren konularda yönetmelikler yapılırken dayanağı yasanın bütününe bağlı kalınması zorunlu olduğu gibi yasayı ve yasanın amacını aşar veya yasa konusu alanlara girer nitelikte düzenleme yapma olanağı da bulunmamaktadır...”⁶⁵

İdari yaptırım uygulamalarını öngören düzenleyici işlemlerin (örneğin idari para cezası uygulanmasını öngören yönetmelik kuralının) yasal

⁶³ Dan.5.D., 25.05.1988, E.1987/2545, K.1988/1659, **Dan.Der.**, S.72-73.

⁶⁴ Dan.1.D., 12.11.1992, E.1992/343, K.1992/349, **Dan.Der.**, S.87.

⁶⁵ Dan.13.D., 24.01.2006, E.2005/75, K.2006/474, **Dan.Der.**, S.113.

dayanağı bulunmalıdır. Yasada yer almayan bir yükümlülük düzenleyici işlemlerle getirilemez.⁶⁶

“Anayasanın “Eğitim ve Öğretim Hakkı ve Ödevi” Başlıklı 42. maddesinde, kimsenin eğitim ve öğretim haklarından yoksun bırakılamayacağı, öğrenim hakkının kapsamının kanunla tespit edilip düzenleneceği kurala bağlanmıştır. Davaya konu edilen düzenlemede ise, 2547 sayılı Yasada bu konuda herhangi bir kısıtlayıcı hükme yer verilmediği halde dikey geçiş sınavlarına başvuracak adaylarda en çok beş yıl önce mezun olmuş olmak şartı ile kısıtlayıcı bir hüküm getirilmiş bulunmaktadır. Bilindiği üzere kanun ve tüzüklerin uygulanmasına açıklık getirilmek üzere çıkarılan yönetmeliklerin, yasaya uygun hükümler içermesi zorunlu olup yasayla getirilmeyen kısıtlayıcı kuralların yönetmelikle getirilmesi mümkün olmadığından, dikey geçiş sınavına girebilme hususunda kısıtlama getiren davaya konu yönetmelik maddesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”⁶⁷

Koruma kurulu kararlarının kesin olduğu, itiraz edilemeyeceği yolundaki yönetmelik kuralları geçerli değildir. “...2863 sayılı Yasada koruma kurulu kararlarına karşı doğrudan dava açılabilmesi yolunda bir hükmün yer almaması karşısında bu kurul kararlarına karşı aynı kurula 11. maddede öngörülen şekle uygun biçimde yapılacak bir başvurunun dava açma süresini durduracağı ve konuya ilişkin yönetmeliğin bu hususa ilişkin hükmünün 11. maddenin uygulanmasını engellemeyeceği açıktır.”⁶⁸

“... İdare Hukukunda normlar hiyerarşisinde yönetmeliklerden sonra gelen genel düzenleyici işlemlerden olan genelgeler bir yönetmeliğe dayalı olarak hazırlanır ve yönetmelik hükümlerine açıklık getirilmek suretiyle uygulamaya geçirilmesi amaçlanır.”⁶⁹

Alt normla yapılan düzenlemelerde üst normun düzenlemeleri ve içeriğini bertaraf edecek düzenlemelerin getirilmesi mümkün değildir. Danıştay’ın içtihatlarında bu husus istikrarlı bir şekilde vurgulanmaktadır.

“... Alt düzeydeki bir düzenleyici işlemle, dayanağı olan ve üst norm niteliğindeki Yasa ve Yönetmelik hükümlerinin göz ardı edilemeyeceği normlar

⁶⁶ Dan.İDD, 23.02.2006, E.2004/2733, K.2006/54, **Dan.Der.**, S.113.

⁶⁷ Dan.8.D., 07.10.2005, E.2004/2430, K.2005/3943, **Dan.Der.**, S.111. “...Yasanın verdiği böyle bir hakkın yönetmelikle ortadan kaldırılması hukuka aykırıdır. Dava konusu işleme gelince; dayanağı yönetmelik kuralı hukuka aykırı olup iptali gerektiğine göre işleminde yasal dayanağı kalmamaktadır.” (Dan.8.D., 09.06.1994, E.1994/3, K.1994/1744.)

⁶⁸ Dan.6.D., 05.03.1993, E.1993/168, K.1993/1743, **Dan.Der.**, S.88.

⁶⁹ Dan.5.D., 06.05.2003, E.2002/1895, K.2003/1891, **Dan.Kar.Der.**, S.3.

hıyerarşisinin bir gereği(dir)... Talimat hükümleriyle yasa ve yönetmelik hükümlerine aykırı düzenleme getirilmesi mümkün değildir...”⁷⁰

“...Olayda, davalı idare tarafından 657 sayılı Yasanın 48/B maddesi ile kendisine verilen özel şartları belirleme yetkisi kullanılmış ise de, bu yetkinin normlar hiyerarşisinde yer alan bir düzenleme ile yani kanun, tüzük, yönetmelik gibi bir normla yapılması gerekmektedir. Bu kapsamda kamu personeline ilişkin bir düzenlemenin sınav ilanıyla yapılması hukuka aykırılık oluşturmaktadır...”⁷¹ “... Normlar hiyerarşisi gereği daha alt düzeyde bir genel düzenleyici işlem niteliğindeki kararlarla üst norm olan açık yasa hükmünün göz ardı edilmesi mümkün değildir.”⁷²

Üst hukuk normuna aykırı bulunan yönetmelik hükmüne hukuki bir değer yüklemek suretiyle hüküm kurulmasında isabet bulunmamaktadır. “... Anayasa'nın 124. maddesiyle Başkanlık, Bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerine kendi görev alanlarını ilgilendiren konularda yönetmelik çıkarma yetkisi verilmiştir. İdareler bu yetki çerçevesinde yönetmelik çıkarabilecekleri gibi, kamu hizmetinin daha etkin ve verimli yürütülmesi amacıyla yönetmeliklerde değişiklikler de yapabilirler. Yönetmeliklerin anayasa, yasa, tüzük ve hukukun genel ilkelerine aykırı hükümler içermemesi ve öngörülen şekil şartına uyularak çıkarılması dışında; söz konusu düzenleme yetkisinin kullanılmasına kamu hukuku yönünden herhangi bir engel bulunmadığı açıktır...Yasa ile getirilen düzenleme adı geçen Yönetmelik ile genişletilmiş olup; Yasa'da açıkça sayılan görevler dışında başka görevler için de bu koşulun getirilmesi suretiyle yasaya aykırı düzenleme yapıldığı açıktır. Dava konusu olayda, Teknisyen Yardımcısı olan davacının, genel idare hizmetleri sınıfındaki memur kadrosu için yapılan görevde yükselme sınavında başarılı olduğu konusunda taraflar arasında bir uyuşmazlık bulunmadığı tartışmasızdır. 2577 sayılı İYUK'un 7/4. maddesinde yer alan “düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olmasının, bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olmayacağı” yolundaki hüküm karşısında; dava konusu 01.02.2001 günlü, 31315 sayılı işlemin dayanağı olan Emniyet Teşkilatında Görevli Memurların Nitelikleri ve Atanma Usulleri ile Görevde Yükselme Esaslarına Dair Yönetmeliğin 6/c maddesi 657 sayılı Yasaya aykırı olduğu halde, bu madde hükmü “ihmal edilmemek”, bir başka anlatımla, bu madde hükmüne “hukuki bir değer yüklemek” suretiyle, anılan maddeye dayanılarak tesis edilmiş olan dava konusu

⁷⁰ Dan.2.D., 27.03.2006, E.2004/2524, K.2006/970., **Dan.Der.**, S.113. Yönerge kuralları dayandığı yönetmeliğe aykırı olamaz. (Dan.8.D., 14.12.1992, E.1991/2939, K.1992/3465) “... Ancak, bahsi geçen tebliğlerin, dayalı buldukları Bakanlar Kurulu kararnamelerine ve onların getirdiği esaslara uygun hükümler taşıması gerekmekte; diğer bir deyişle tebliğlerin, dayanaklarını oluşturan Bakanlar Kurulu kararnamelerine aykırı hükümler taşıması gerekmedir...” (Dan.10.D., 20.03.1984, E.1982/4170, K.1984/604) Genelge ile kanun ve tüzük uygulamasının askıya alınması mümkün değildir. (Dan.10.D., 16.11.1989, E.1987/1017, K.1987/2139, **Dan.Der.**, S.78-79.)

⁷¹ Dan.12.D., 08.11.2006, E.2006/970, K.2006/4488, **Dan.Der.**, S.115.

⁷² Dan.1.D., 24.02.1995, E.1995/31,K.1995/45, **Dan.Der.**, S.91.

işlemin iptali istemiyle açılan işbu davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.”⁷³

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu “kanunda mevcut olan kural aşılarak ve kanun ile belirlenen amaca aykırı olarak yönetmelikle düzenleme yapılamayacağı” belirtilmiştir.⁷⁴ Aynı yönde olmak üzere Danıştay 5. Dairesi; “İdareler bu yetki çerçevesinde yönetmelik çıkarabilecekleri gibi, kamu hizmetinin daha etkin ve verimli yürütülmesi amacıyla yönetmeliklerde değişiklikler de yapabilirler. Yönetmeliklerin Anayasa, yasa, tüzük ve hukukun genel ilkelerine aykırı hükümler içermemesi ve öngörülen şekil şartına uyularak çıkarılması dışında; söz konusu düzenleme yetkisinin kullanılmasına kamu hukuku yönünden herhangi bir engel bulunmadığı açıktır.” denilmek suretiyle “üst hukuk normuna aykırı bulunan yönetmelik hükmüne hukuki bir değer yüklemek suretiyle hüküm kurulamayacağı” belirtilmiştir.⁷⁵

“... Yasaların uygulanmasını göstermek içine çıkartılan tüzük, yönetmelik ve talimatların dayalı oldukları yasalara aykırı düzenlemeler öngöremeyecekleri İdare Hukukunun ilkelerindedir... Normlar hiyerarşisinde daha alt sırada bulunan dava konusu genelgeyle Yönetmeliğin seçme sınavına yönelik hükümlerinin 2001 yılına mahsus olmak üzere uygulanmamasına karar verilmek suretiyle sınav usulünün ortadan kaldırılarak sınavı kazanamayan veya sınava girmeyenlere de Yönetmelik hükümlerine aykırı biçimde Anadolu liseleri öğretmenliğine atanma önceliği tanınarak 2000 yılındaki sınavı kazananların Yönetmelikle korunan haklarının ihlal edilmesinde hukuka ayarlık bulunmamaktadır.”⁷⁶

“... Yasaların uygulanmasını göstermek için çıkartılan tüzük, yönetmelik ve talimatların dayalı oldukları yasalara aykırı düzenlemeler taşıyamayacağı İdare Hukuku ilkelerinden olup düzenleyici işlemin dayanağı olan üst norm kuralına aykırı olması durumunda, bu düzenleme iptal edilmemiş ya da iptali istenilmemiş olsa bile bu düzenlemeye dayalı olarak tesis edilen bireysel işlemlerin hukuka uygunluk denetiminin yapılabileceği tabiidir. 209 sayılı Yasanın yukarıda anılan 5. maddesinde, personelin katkısıyla elde edilen döner sermaye gelirlerden yapılacak ek ödemeler konusunda “o birimde görevli personel” olması yeterli görülmüş, anılan personelin kadrosunun ait olduğu kurum açısından herhangi bir ayrıma yer verilmemiştir. Dolayısıyla idarece bir üst norm olan yasa hükmü gözetilmeksizin, yasada öngörülmemen bir sınırlamanın bir alt norm kuralı olan yönerge ile getirilmesinde ve aynı birimde görevli personel arasında ayırım yapılarak kadrosu Bakanlığa ait olmayan personelin ek ödmeden faydalandırılmaması sonucunu doğuran düzenlemeye dayalı olarak tesis edilen dava konusu işlemde hukuka ayarlık

⁷³ Dan.5.D., 10.11.2005, E.2002/3255, K.2005/5075, **Dan.Der.**, S.112.

⁷⁴ Dan.İDDGK, E. 1995/346, K.1997/509.

⁷⁵ Dan., 5.D., E.2002/3255, K. 2005/5075.

⁷⁶ Dan.2.D., 17.02.2006, E.2004/1650, K.2006/527, **Dan.Der.**, S.113. “... İdari tasarrufların, dayanak aldıkları üst düzenlemelere uygun hükümler taşıması gerektiği açıktır...” (Dan.10.D., 15.10.1991, E.1991/348, K.1991/2845, **Dan.Der.**, S.84-85.)

bulunmayıp bu işlemin iptali istemiyle açılan davayı reddeden idare mahkemesi kararında yasal isabet görülmemiştir.”⁷⁷

“... Yasaların uygulanmasını göstermek için çıkartılan tüzük, yönetmelik ve talimatların dayalı oldukları yasalara aykırı düzenlemeler taşıyamayacakları İdare Hukuku ilkelerindedir.⁷⁸ 657 sayılı Yasanın 209. maddesinde Devlet memurlarının tedavi giderlerinin ödenmesi konusunda tedaviye resmi tabip raporuyla lüzum gösterilmesi gerektiği açıkça hükme bağlanmış, başkaca bir koşul veya sınırlama getirilmiştir...Belirtilen durumlara göre, resmi tabip raporunda gösterilen lüzum ve zorunluluk üzerine yapılan tedavilere ait işitme cihazı giderlerinin kısıtlanacağı yolunda mevzuatta açık bir hüküm olmadığı halde 1991 Mali Yılı Bütçe Kanununun 4. ve 13. maddelerinin Maliye ve Gümrük Bakanlığı’na verdiği sınırlama yetkisi dışına çıkılarak düzenlenen 1991 Mali Yılı Bütçe Uygulama Talimatı’nın 15. maddesinde kısıtlayıcı hüküm getirilmesinde ve buna dayalı işlemde hukuka ve mevzuata uyarlık bulunmamaktadır.”⁷⁹

⁷⁷ Dan.11.D., 10.03.2006, E.2003/4284, K.2006/1102, **Dan.Der.**, S.113.

⁷⁸ “...Yukarıda yer alan mevzuat hükümleri ile olay birlikte irdelendiğinde, 6245 sayılı Kanunun 37. maddesinde de mesleki bilgilerini arttırmak amacıyla memuriyet mahalli dışında açılan kurs veya okullara gönderilenlere, bu Kanuna göre geçici görev yolluğu verileceği açıkça hüküm altına alınmasına karşın, normlar hiyerarşisi ilkesine aykırı bir şekilde, sözü edilen Kanun hükmüyle çelişen düzenleme esas alınarak tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gibi, aksi yönde hüküm kuran Mahkeme kararında da hukuki isabet görülmemiştir.” (Dan.5.D., 10.01.2005, E.2001/4875, K.2005/8, **Dan.Der.**, S.109.)

⁷⁹ Dan.5.D., 21.10.1991, E.1991/1997, K.1991/1956, **Dan.Der.**, S.84-85. “...Yasaların uygulanmasını göstermek için çıkartılan tüzük, yönetmelik ve talimatların dayalı oldukları yasalara aykırı düzenlemeler taşıyamayacakları İdare Hukuku ilkelerindedir. 1992 yılı Bütçe Uygulama Talimatının dava konusu 15. maddesi hükmü ise, tedavi ücretleri kapsamındaki işitme cihazı bedelinin Emekli Sandığına karşılanması esasını öngören yasa ve tüzükle getirilen düzenlemeye aykırı biçimde, işitme cihazı bedelinin bir bölümünü ilgililere yüklemektedir. Davalı Bakanlıkça ileri sürülenin aksine 1992 yılı Bütçe Yasasında, işitme cihazı bedelinin bir bölümünün emeklilere ödettirilmesi yolunda bir hükme yer verilmemiştir. 5434 sayılı Yasanın geçici 139. maddesi ve Tüzükle yapılan düzenlemeyi herhangi bir şekilde kaldırmayan 1992 yılı Bütçe Yasası sadece tedavi ücretlerinin Sağlık Bakanlığı görüşü doğrultusunda Maliye ve Gümrük Bakanlığınca belirlenmesi hükmünü taşımaktadır. 5434 sayılı Yasanın 139. maddesi ve Tüzükle yapılan düzenlemeden kaynaklanan tedavi giderleri kapsamındaki işitme cihazının piyasa rayicine göre saptanacak bedelinin Emekli Sandığına ödenmesi zorunluluğunu ortadan kaldırıp, cihaz bedelinin bir bölümünü emeklilere yükleyen dava konusu bütçe uygulama talimatı hükmünde ve anılan Talimat hükmünde belirtilen miktarın esas alınması yolunda verilen sandık Yönetim Kurulu Kararında ve bu Yönetim Kurulu Kararı dayanak alınarak davacı isteminin reddi yolunda tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır...” (Dan.10.D., 15.06.1992, E.1992/4697, K.1993/2485.)

Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulacağından, kadastro yenileme harcı ilgili yönetmelik maddesi uyarınca istenemez.⁸⁰

VI- TÜRK VE FRANSIZ HUKUKUNDA YÜRÜTME ERKİNİN DÜZENLEME YAPMA YETKİSİNİN ALANI

Yürütme genel olarak yasama işlemlerinin uygulanmasını sağlayan erk olarak değerlendirilmektedir. Ancak bu durum yürütmenin düzenleme yapma yetkisinin bulunmadığı anlamına gelmez. Yürütme erkinin öncelikle anayasanın öngördüğü düzenleyici işlemleri tesisi anlamında herhangi bir sıkıntısı söz konusu olamaz. Anayasanın amir hükümlerini hayata geçirme anlamında yürütmenin kendi görev alanıyla ilgili konularda düzenleme yapabileceğinin de kabulü gerekir. Hukuk sistemimizde Fransız Hukukunda⁸¹ olduğu gibi düzenleme yetkisi anlamında yürütmeye tanınmış otonom (muhtar) bir alan bulunmamaktadır. Söz konusu bu alan Fransız doktrini ve Danıştay'ına göre 1958 Anayasası öncesinde kamu hizmetlerinin içişleri ve idari kolluk alanlarında söz konusudur.

Türk hukukunda yürütme kural olarak kanunun öngördüğü alanları düzenlemek için düzenleyici işlem yapmaktadır. Ancak uygulamadan kaynaklanan zorunluluk veya eşyanın tabiatından doğan düzenleme yetkisi⁸² 1961 Anayasası döneminde Danıştay ve Anayasa Mahkemesi'ne göre; anayasanın verdiği yürütme görevinin aynı zamanda yürütme yetkisini de içerdiği ve dolayısıyla yürütme organı sadece kanunları uygulayan bir organ olmayıp, kamu düzeninin gerektirdiği yani devletin hareketsiz kalamayacağı durumlarda kanun olmasa da idari düzenleyici işlem olabilir sonucuna varmıştır.⁸³

1958 tarihli Fransız Anayasası'nın 34. maddesine göre: "*Parlamento tarafından oylanan kanun aşağıdaki konulara ilişkin kuralları belirler:*

⁸⁰ Dan.9.D., 24.05.2006, E.2005/2498, K.2006/2080, **Dan.Der.**, S.113.

⁸¹ Bkn. **KUZU Burhan**: *age*, sh.42 vd.; **STIRN Bernard**: *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, LGDJ, Paris 1995; **TEZİÇ Erdoğan**: *age*, sh.20-25.

⁸² Düzenleme yetkisinin eşyanın tabiatından kaynaklanabilmesi, kanun koyucunun her şeyi düzenlemesi imkânsızlığı, kamu hizmetinin iyi işletilmesi, kamu düzeninin sağlanması ve takdir yetkisinin objektifleştirilmesi ihtiyacı ile açıklanmaktadır. (**GÖZLER Kemal**: *İdare Hukuku, C.I*, Ekin Kitabevi, Bursa 2003, sh.1021-1025) Belirtilen bu açıklamaların aynı zamanda yürütme organının güçlendirilmesi görüşüne dayanak yapıldığının vurgulanması yararlı olur.

⁸³ **KUZU Burhan**: *age*, sh.55.

- Medeni haklar ve kamu hürriyetlerini uygulamaları için vatandaşlara tanınan temel güvenceler, Mili Savunma amacıyla kişisel ve mali anlamda öngörülen yükümlülükler,
- Vatandaşlık, kişisel durum ve kişisel ehliyet, evlilik rejimi, bağış ve mirası,
- Suç ve cezalar ile bunlara uygulanacak yaptırımlar; ceza muhakemesi, af, yeni yargı düzeni oluşturulması ve yargıçların statüsü,
- Vergi ve vergi benzeri her türlü mali yükümlülüklerin matrahı, oranı ve yöntemleri, para basımına ilişkin rejim.

Kanun aynı şekilde aşağıdaki kuralları da belirler:

- Genel ve mahalli seçim rejimi,
- Kamu kurumu kategorilerinin yaratılması,
- Devletin askeri ve sivil kamu görevlilerine tanınan temel güvenceler,
- İşletmelerin devletleştirilmesi ve kamu sektöründeki işletmelerin mülkiyetinin özel sektöre transferi.

Kanun aşağıdaki konuların temel ilkelerini belirler:

- Ulusal savunmanın genel örgütlenmesi,
- Mahalli idarelerin serbest yönetimi, yetkileri ve kaynakları,
- Eğitim konuları,
- Çevrenin korunması,
- Çalışma, sendikal ve sosyal güvenlik hakları.

Mali kanunlar bir organik kanunla öngörülen çekinceler ve şartlar dahilinde devletin yükümlülükleri (harcamaları) ve kaynaklarını belirler. Sosyal güvenliğin finansmanı kanunları mali dengenin genel şartlarını belirler ve öngörülen harcamalar gereğince bir organik kanunla öngörülen çekinceler ve şartlar dahilinde harcamaların hedeflerini tespit eder. Planlama kanunları devletin ekonomik ve sosyal etkinliğinin hedeflerini tespit eder. Bu maddenin düzenlemeleri organik bir kanunla belirginleştirilecek ve tamamlanacaktır.”

Yukarıda belirtilen konular kanunla düzenlenmesi gereken hususlardır. Ancak kanunun konusu Anayasanın diğer maddelerinde⁸⁴ de kanuna yapılan gönderme ve Anayasa Konseyinin ön denetimi sırasında yaptığı genişletici yorum dolayısıyla bu liste sınırlı değildir.

Fransız Anayasasının 37. maddesine göre: “*Kanunun düzenlediği alanın dışındaki konular düzenleme niteliğine sahiptir. Yasama metni şeklinde bir düzenlemeyle bu konulara müdahale edilebilmiş ise Danıştay’ın kararname ile alınan görüşü sonrasında değişiklik yapılabilir. Anayasanın yürürlüğe*

⁸⁴ Anayasa madde 66 ve 73.

girmesinden sonra söz konusu düzenlemelerin metinleri eğer Anayasa Konseyi'nin bir önceki fıkra gereğince düzenleyici niteliği haiz bulunduğu açıklanmış ise ancak değiştirilebilecektir.” 37-1 madde hükmüne göre; “Belirli bir konu ve belirli bir süre için kanun veya düzenleyici işlem deneme mahiyetinde düzenlemeler içerebilir.”

Fransız Anayasası düzenlemeleri çerçevesinde kanun ile düzenleyici işlemler arasında çizilen sınır, düzenleyici işlem alanının kanun koyucuya karşı korunması Anayasa Konseyi, düzenleyici işlemle kanunun alanına girilmesi de Danıştay tarafından denetlenmektedir.

Anayasanın 41. maddesine göre; “*Bir öneri veya değişikliğin kanunun alanına girmediği veya 38. madde uyarınca öngörülen delegasyona aykırılığı yasama prosedürü sırasında belirirse, Hükümet bunun kabul edilemezliğini ileri sürebilir. Hükümet ile ilgili meclisin başkanının uzlaşamaması halinde, taraflardan birinin talebi üzerine, sekiz gün içinde kararını verir.”*

Fransız Anayasası'nın 21. maddesine göre Başbakan Hükümetin işlerini yönetir. Ulusal savunmadan sorumludur. Kanunların uygulanmasını sağlar. 13. maddenin düzenlemeleri saklı kalmak üzere düzenleme yetkisini kullanır.

Anayasamızda yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi öngörülmüştür. Bu ilke yürütme yetkisinin sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşımaktadır. Anayasanın düzenlemelerinde birçok alan ve konunun kanunla düzenleneceğinden söz edilmektedir. Bu gibi durumlarda yürütmenin düzenleyici işlem yapabilme yetkisinin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerekir. Kanunla düzenleme zorunluluğunun bulunduğu alanlarda Fransız Hukukundan farklı olarak Türk Hukukunda otonom düzenleme alanının bulunmaması dolayısıyla, düzenleyici işlem gerçekleştirilemez. Buna bağlı olarak kanunun münhasıran düzenlemesi gereken alanların neler olduğunun belirlenmesi gerekir.

Anayasada belirtilen kanunla düzenlenir ifadesinin anlamı genel esaslarının kanunda yer almasıdır. Bu anlamda Fransız Anayasası'nın 3. fıkrasında kanunun genel ilkelerini belirttiği alanlarla Türk Hukukundaki genel kuralın benzediği rahatlıkla söylenebilir. Genel ilkeler düzenleme konusuna ilişkin asli ve zorunlu unsurların kanunda düzenlenmesi anlamına gelir. Dolayısıyla uzmanlık yani ihtisas gerektiren konularla idare tekniğine ilişkin hususların düzenlenmemiş olması genel esasların kanunda yer alması zorunluluğunun çiğnenmesi anlamını taşımamaktadır. İlkelerin bu çerçevede belirtilmesinde mümkün olduğu ölçüde somutlaştırma yönteminin uygulanmasında yarar bulunmaktadır. Soyut ve müphem ifadelerin kullanılması halinde yasama yetkisinin devredildiği yönünde bir değerlendirme ve Anayasa

Mahkemesi kararıyla karşılaşma ihtimali söz konusu olur. Anayasa Mahkemesi kararlarına göre “kanun koyucu esaslı hükümleri tespit ettikten sonra vereceği yetki; ihtisas ve idare tekniğine ilişkin olmalı, amaç ve hedef belirlenmeli, sınır ve çerçevesi çizilmeli, objektif nitelik taşımali ve keyfi uygulamalara yol açacak nitelikte olmamalıdır.”⁸⁵

Temel hak ve hürriyetlere ilişkin konular anayasa gereğince kanunla düzenlenmelidir. Özellikle bir sınırlama söz konusu ise 13. maddenin emredici düzenlemesi uyarınca kanunla düzenlemede bulunulmalıdır. Ancak yürütmenin kolluk yetkisini kullanmak amacıyla kamu düzeninin korunmasının gerektiği durumlarda anayasanın ve hukukun temel ilkelerine riayet etmek suretiyle düzenlemede bulunabilmesinin kabulü gerekir. Suç ve cezaların kural olarak kanunla öngörülmesi gerekir. Anayasanın, hukukun ve Ceza Hukukunun temel ilkesi olan bu durum İdare Hukuku anlamında mutlak değildir. Cezaların yani yaptırımların kanuniliği ilkesi Ceza Hukukundaki anlamıyla İdare Hukukunda uygulanır. Ancak suçların kanuniliği ilkesi mutlak olmayıp bu alanda idarenin düzenleyici işlem tesis etmesi mümkündür.⁸⁶

Anayasamızda yasama yürütmeye istisnai olarak yetkisini devrettiği düzenlemeler bulunmaktadır.

- Anayasanın “vergi ödevi” başlığını taşıyan 73. maddesine göre: “*Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır. Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Bakanlar Kuruluna verilebilir.*” Bu düzenleme ile verginin kanuniliği ilkesi belirtilmekle birlikte Bakanlar Kurulu düzenleme yapabilme anlamında yetkilendirilmektedir.⁸⁷
- Anayasanın 90. maddesinin 3. fıkrasına göre: “*Milletlerarası bir andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticarî, teknik veya idarî andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunluluğu yoktur; ancak, bu fıkra göre yapılan ekonomik, ticarî veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren andlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz.*”

⁸⁵ KUZU Burhan: *age*, sh.64.

⁸⁶ Bkn. SOYASLAN Doğan: *Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi*, Kazancı, İstanbul 1990.

⁸⁷ Bkn. GÜNEŞ Gülsen: *Verginin Yasallığı İlkesi*, Alfa, İstanbul 1998.

- Anayasanın “İdarenin bütünlüğü ve kamu tüzelkişiliği” başlıklı 123. maddesine göre: “*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir. İdarenin kuruluş ve görevleri, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır. Kamu tüzelkişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur.*”⁸⁸
- Anayasanın “Piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi” başlıklı 167. maddesinin 2. fıkrasına göre: “*Dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek malî yükümlülükler koymaya ve bunları kaldırmaya kanunla Bakanlar Kuruluna yetki verilebilir.*”

VII- DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KURUMLAR⁸⁹ ve DÜZENLEME YETKİSİ

İdare Hukukunda tek taraflılık⁹⁰ üzerine inşa edilmiş olan geleneksel yöntemler, araçlar günümüzde tamamıyla yok olmamış ve fakat inkâra gidecek ölçüde yoğun bir eleştiriye maruz bırakılmışlardır. Öncelikle müdahaleci devletin gündeme getirilmesi düzenlemenin işgal ettiği yer ile ilgilidir. Kural olarak regülasyon kavramına burada düzenleme kavramının modernleştirilmesi işlevi yüklenmektedir. Regülasyon kavramı en yalın ifadeyle yöneten devletten⁹¹ kabul edilir nitelikte kararlar vermek amacıyla kendi kendini sınırlanmış tarafsız bir devlet olan, güvence sağlayan devlet⁹² anlayışına geçişi açıklamaktadır. Düzenleyici ve denetleyici kurumlar (bağımsız idari otoriteler /BİO’lar) bu anlamdaki zihniyet değişikliğinin bir ifadesidir. Nitelik, etkinlik, şeffaflık gibi kavramlara başvuran ve bunları hayata geçiren regülasyon, içerik itibariyle düzenleme kavramından daha geniş ve kapsayıcıdır.

1980’li yılların başından itibaren kuralsızlaştırma⁹³ iradesi ekonomi sektöründe kamu politikalarının süreklilik arz eden bir konusu olmuştur. Kuralsızlaştırma birinci anlamına göre en basit ifadeyle ekonomiye uygulanacak metinlerin sayıca azaltılması olarak değerlendirilmektedir. Burada kurala bağlama değil, aşırılıkların düzenlenmesi esaslı ön plana çıkmaktadır. Çok fazla

⁸⁸ Bkn. **ATAY Ender Ethem: İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, sh.119 vd.

⁸⁹ Bkn. **ATAY Ender Ethem: age**, sh.307 vd.; **ATAY Ender Ethem: Fransız İdare Hukukunda Bağımsız İdari Otoriteler ve Türk Hukukuna Uygulanabilirliği Sorunu**, Yayınlanmamış doçentlik çalışması, Ankara 2000.

⁹⁰ Unilatéralité.

⁹¹ Etat gé rant.

⁹² Etat garant.

⁹³ Déréglementer.

düzenlemede bulunulması etkinliğe zarar verir ve hukuki anlamda güvensizliğe yol açar. Daha radikal bir bakış açısına göre ekonomik alanda düzenlemede bulunulması maliyeti artırıcı ve üretimde verimliliği düşürücü niteliği dolayısıyla zarar verici, ekonomiyle bağdaşmayan bir durumdur.

1980’li yıllardan itibaren ekonomik liberalizmin gelişmesi regülasyonun gelişimi ile sonuçlanmıştır. Ekonominin örgütlenmesi misyonunu yüklenen devlet söz konusu gelişimle birlikte birtakım sektörlerde farklı BİO’lar kurma yükümlülüğünü hissetmeye başlamıştır. Bu durum hizmetten yararlananlara ve tüketicilere söz hakkı tanımaya başlamış ve daha fazla saydamlık ile aktörlerin daha fazla rekabet serbestisi içinde bulunmasına yöneldiği kamusal etkinliklerin yöntemlerinde yeniliklere neden olmuştur.⁹⁴

BİO’lar anglo-sakson hukuku kaynaklıdır. Kıta Avrupa’sında Avrupa Birliği üyesi ülkelerde söz konusu hukukun regülasyon kurumları ile devletin girişimci mülkiyeti arasında bir ayırım yapmaya zorlaması nedeniyle sayıca artış göstermektedir. BİO’lar dikey örgütlenme yönteminden yatay örgütlenme modeline geçişin de bir ifadesidir. Bu anlamda iki amaç güdülmektedir: **İlk olarak** BİO’lar serbest piyasa ekonomisinin işleyişi ve hürriyetlerin hassas alanlarında hükümetin etkinliğinin ortadan kaldırılmasına en azından asgari seviyeye indirgenmesine yardımcı olur. Bir başka ifadeyle BİO’lar regülasyon ile politika arasındaki organik ilişkiyi keser. **İkinci olarak** belirlenmiş sektörlerde otoregülasyonun oluşturulması ve hızlandırılmasına imkân tanır.

BİO’lar hiyerarşik denetime tâbi kılınmamış oluşumu, örgütlenmesi ve işlevleri anlamında bağımsız olarak düzenlenmiş kamusal devlet kuruluşlarıdır. BİO’lar insan hakları alanında önemli bir rol oynamaktadırlar. İdare edilenler, işletmeler ve idareler arasında belirli sektörler için kurulmuş bağımsız bir tarzda faaliyette bulunabilen organlardır. Oluşturulma amaçlarına bağlı olarak BİO’ların bazıları gerçek anlamda bir düzenleme yetkisine; diğerleri ise, sadece ahlaki anlamda bir etkileme güçleri bulunan, cezalandırma ve talimat verme yetkisinden mahrum kuruluşlara verilen addır. BİO’lar yargıdan önce ve fakat yargının yerini almaksızın yargıdan daha hızlı bir şekilde karar verebilmektedir. Aynı şekilde BİO’lar yargı yerlerinin bağımlı oldukları düzenlemelerden de istisna edilmiştir.⁹⁵

BİO kavramında geçen “*idari*” kelimesi tek taraflı idari işlem tesis edebilme yetkisine sahip olmalarından, “*otorite*” kelimesi BİO’ların sadece hukuki yetkilerle donatılmadığı aynı zamanda sorumlu oldukları sektörde ahlaki bir otorite olduklarını ifade etmek için kullanılmaktadır. BİO’lar faaliyet alanı

⁹⁴ COLIN Frédéric: *Droit public économique*, Gualino éditeur, Paris 2005, sh.73.

⁹⁵ MADIOT Yves: *Les droits de l’homme*, MA Edition, Paris 1987.

anlamında tek bir otorite olabilecekleri gibi kurul halinde de olabilirler. Kurul halinde BİO'lar için komite, komisyon ve konsey kavramlarından biri kullanılmaktadır. Ülkemizde BİO'lar ya "kurum" ya da "kurul" terimlerinden biriyle tanımlanmaktadır. "**Bağımsızlık**" kavramıyla BİO'ların her türlü hiyerarşik ve vesayet denetimi dışında kalmaları anlatılmaktadır. Kanunla oluşturularak BİO'lara bir güvence sağlanmakta ve ayrıca da oluşumunda üyelerinin üst düzey yöneticileri, yargıçlara yer verilmesi, belirli süre için seçilmeleri ve fakat azledilememeleri bağımsızlıklarını güvence altına almak içindir. Bağımsızlıkları genel anlamda devlete, idareye, bürokrasiye ve ekonomik baskılara karşı söz konusudur.

BİO'ların temel ortak özelliği bunların işlevlerini hassas olarak nitelendirilen alanlarda icra etmeleridir. Haberleşme ve iletişim alanlarında kurulmalarındaki amaç siyasi erklerin manipülasyonlarına veya tekel oluşumuna karşı kişilerin haklarının korunması, ekonomik ve mali alanlarda ise serbest piyasa ekonomisinde pazarın regülasyonu, bürokrasiye karşı mücadele etmek ve kamu hizmetinin işlevindeki gelişime uyum sağlamaktır. Bağımsızlıkları üyelerinin hukuki statüleri ve emir vermeleri veya hakem gibi uyuşmazlıkları çözümleyebilmeleridir. Merkezi idarenin hiyerarşisi ve denetimine tâbi değildir.⁹⁶

Günümüz idari yapılanması iyi bir uyum içinde varlığını sürdürmesi amacıyla geleneksel anlamda hiyerarşi ve idari vesayet terimleriyle ifade edilen iki özelliği ile açıklanmaktadır. Bu yapılanmaya son dönemlerde düzenleyici ve denetleyici kurumlar, regülasyon kurumları, üst kurullar veya BİO'lar olarak adlandırılan yasama tasarrufu ile oluşturulan özel yetkilerle donatılmış kuruluşlar eklenmiştir. Söz konusu kuruluşlar bazen bireyin yönetime katılım hakkını kullanmasına imkân tanımayı, bazen de idare edilenlere karar mekanizmasını işgal eden yöneticilerin bağımsız statüsü olduğundan bahisle güvenceli bir durumda yaratmayı amaçlamaktadırlar.

Bu kurumların orijini Amerikan Hukuku olup 1929 ekonomik krizinde ekonomik modellerinin sürekliliği ve mali piyasaların güvenliğinin sağlanması ve mali bilgilerin şeffaflığının gerçekleştirilmesi amacıyla kurulmuşlardır. Bu bağlamda hem Türk Hukuku hem de Fransız Hukukunda⁹⁷ mali piyasalarda asli söz sahibi olan Sermaye Piyasası Kurumu Amerikan modeline göre oluşturulmuştur. Düzenleyici ve denetleyici kurumlar grubuna dahi edilen Ombudsman İşveç modeli olup Fransız Hukukuna 1973 tarihinde Médiateur de

⁹⁶ **CHAGNOLLAUD Dominique, QUERMONNE Jean-Louis:** *Le gouvernement de la France sous la Vème République*, Fayard, Paris 1996, sh.530.

⁹⁷ Söz konusu kurumlar 1967 tarihli Commission des opérations de Bourse ve bunun yerini 2003 yılında alan Autorité des marchés financiers'dir.

la République ülkemize ise 2006 tarihli Kamu Denetçisi Kurumu⁹⁸ başlığı altında kurulmuştur.

Günümüzde Avrupa Birliği üyesi ülkelerin rekabete açık sektörlerinde BİO'ların ortaya çıkmasında Birlik Hukukunun kaynaklık yaptığından söz edilmektedir. Burada zorunluluğun kaynağı bir sektörün teknik niteliği, arabuluculuk işlevinin bağımsızlığı ve güvence altına alınması ve insan haklarıdır. Avrupa Birliğinden kaynaklanan bu zorunluluk üye ülkelerde kendi ihtiyarlarıyla yabancı ülke örneklerinden hareketle oluşturdukları BİO'ların yanında; Birlik Hukukundan kaynaklanan zorunluluk dolayısıyla idari kararlar alan regülasyon kurumları oluşturulmasına neden olmuştur. Bunun sebebi üye ülkelerin bağımsız organlar oluşturarak üçüncü kişilerin pazar ağına girebilmelerine imkân sağlamaktır.⁹⁹

BİO'ların oluşumunda refah devleti kavramı ve uygulamasının krize girmesi ve devletin yapısal ve işlevsel anlamda modernleşmeye ihtiyaç duyması da neden olarak gösterilmektedir. Ayrıca yeni sorunların incelenip, çözümlenmesinde yasama erkinin tarafsızlaştırma istek ve iradesi ile geleneksel idari yapının kredi kaybetmesi BİO'ların oluşum ve sayıca artışı için gösterilen diğer nedenlerdir. BİO'ların kesinlikle nitelikli bir etkinlik sunduğu ve merkezi idarenin ve yargısal işlevin fevkinde bir etkinlik yürüttükleri kabul edilmektedir. BİO'ların oluşturulmasının arka planında ekonominin dışa açılması, ekonomik anlamda kamu kudretinin yükümlülüklerinden kurtulması, pazarın kuralsızlaştırılması¹⁰⁰ liberal devletin ekonomik etkinlikleri regüle etme anlayışı yatmaktadır.

BİO'ların özgün bir statüsü mevcuttur. Genel ilkedden ayrılmış, istisna tutulmuş idari bir otorite niteliğine sahip BİO'lar bakanlıktan kaynaklanan idari hiyerarşinin kurallarına bağımlı değildir. İcrai karar vermeleri yanında danışma işlevi de yüklenmişlerdir. Esas olarak icrai kararlar alırlar. Yükümlülüklerini ifa edebilmeleri için icrai karar yetkisine sahiptirler. Bu özellikleri nedeniyle tamamıyla danışma işlevi yüklenmiş yani gerçek anlamda etkileme gücünden yoksun idari kuruluşlardan farklılaşırlar. BİO'ların bu özelliği yeni bir durum değildir. Sınav jürileri gibi geleneksel idari yapı içinde görülen otonom özelliği haiz idari otoriteler karar alma yetkisiyle donatılmıştır.

BİO'lar izin, vize, ruhsat, emir, yaptırım gibi kişisel nitelikli işlem tesis edebildikleri gibi normların oluşumuna önerilerini içeren hazırladıkları yıllık

⁹⁸ 28.09.2006 tarih ve 5548 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, **RG**, 13.10..2006, S.26317.

⁹⁹ **JAN Pascal**: *Institutions administratives*, 3ème édition, Litec, Paris 2007, sh.125.

¹⁰⁰ déréglementation.

raporları marifetiyle dolaylı yoldan katılabilmektedir. BİO'ların düzenleyici işlem yapabilme yetkisi de söz konusudur. Misyonlarını yerine getirebilmeleri için BİO'lara belirli şartlara riayet etmek üzere denetimi altında bulunan sektörün işleyişi ile ilgili olarak düzenleyici işlemler yapabilirler.

BİO'lar Düzenleyici ve bireysel işlem tesis edebilirler. Bir başka deyişle kamu tüzel kişisi olma özellikleri dolayısıyla Anayasanın 124. maddesi anlamında yönetmelik çıkarabilirler. Ayrıca icrai karar alan bütün idareler gibi diğer düzenleyici işlem yapabilirler.¹⁰¹ Zaten bu kurul ve kurumların asli varlık sebebi ve faaliyetleri ilgili oldukları sektörlerin ikincil mevzuatını oluşturmaktır. Ancak düzenleyici işlem yaparken idarenin düzenleme yetkisine ilişkin genel sınırlama ve kurallara uyması gerekir. Bunlara kanunla tanınan düzenleme yapma yetkisi sırasında da bu hususa dikkat edilmesi gerekir.¹⁰²

¹⁰¹ "...Öte yandan, Anayasa Mahkemesi'nin bir çok kararında da belirtildiği gibi, sosyal devlet ekonomik açıdan müdahaleci devlettir. Anayasamız, mülkiyet hakkını, özel girişim özgürlüğünü kabul etmekte, aynı zamanda bütün çağdaş anayasalarda olduğu gibi kamu yararı amacıyla bunlara sınırlamalar getirilebilmesini ve özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini sağlayacak önlemlerin alınmasını öngörmektedir. Anayasanın "*kişilerin ve toplumun refah huzur ve mutluluğunu sağlamak*" görevini Devlete veren 5. maddesi, "*özel teşebbüslerin millî ekonominin gerekleri ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri*" almakla görevlendiren 48. maddesi, "*ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı, özellikle sanayi ve tarımın yurt düzeyinde dengeli ve uyumlu biçimde hızlı gelişmesini, ülke kaynaklarının döküm ve değerlendirmesini yaparak verimli şekilde kullanılmasını*" planlama görevi veren 166. maddesi ve Devletin "*para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı önlemleri alacağını*" öngören 167. maddesi hükümleri, Devletin gerektiğinde ekonomik hayata müdahale edebileceğini göstermektedir.

Bu bağlamda tütün, Tütün Mamulleri Alkollü İçkiler Piyasası Düzenleme Kurumu, Yasanın gösterdiği çerçevede tütün, tütün mamulleri ve alkollü içkiler piyasası ile ilgili düzenlemeler yapma yetkisine sahiptir. Ayrıca Kurulun, söz konusu piyasa ile ilgili kamu yararı amacıyla yaptığı düzenlemeler ve sınırlamalar ise yargı denetimine tâbidir. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasanın 2. ve 167. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir." (AYM, 20.11.2003, E.2002/32, K.2003/100)

¹⁰² "Yasayla düzenleme ilkesi, düzenlenen konudan yalnız kavram, ad ve kurum olarak söz edilmesi değil, bunların yasa metninde kurallaştırılmasıdır. Kurallaştırma ise, düzenlenen alanda temel ilkelerin konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade eder. Ancak bu koşulla uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların belirlenmesi yürütme organının takdirine bırakılabilir. Anayasada yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle Anayasada öngörülen ayırık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi

23.10.2004 tarih ve 25622 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan “İnternet, Televizyon, Faks ve Telefon Gibi Elektronik Ticaret Araçları Kullanılarak Yapılan Tütün Mamulleri Ve Alkollü İçki Satışlarına Dair Tebliğ”in iptali için Danıştay’da açılan davada 13. Daire aşağıdaki kararı vermiştir:

“Düzenleyici kurumların ilgili buldukları sektörde düzenleme, denetleme görevi üstlendikleri, bu kuruluşların temel işlevinin, toplumsal ve ekonomik yaşamın temel hak ve özgürlükler ile yakından ilişkili alanlardaki kamusal ve özel kesim etkilerini, bir takım kurallar koyarak düzenlemek, konulan kurallara uyulup uyulmadığını izlemek ve denetlemek bulunduğu tartışmasıdır. Bu bağlamda Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkiler Düzenleme Kurumu, yasanın gösterdiği çerçevede tütün, tütün mamulleri ve alkollü içkiler piyasası ilgili düzenlemeler yapma yetkisine sahiptir. Dava konusu tebliğin dayanağı olan ve tütün ve tütün mamulleri ile alkol ve alkollü içkilerin iç ve dış ticareti, dağıtımını, satışı konularının Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkiler Düzenleme Kurumu tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenmesini öngören 4733 sayılı Kanunun 9. maddesinin (B) fıkrası esas alınarak yürürlüğe konulan “Tütün Mamulleri, Alkol Ve Alkollü İçkilerin Toptan Ve Perakende Satışı İle Satış Belgelerine İlişkin Yönetmelik”te, yurtiçinde üretilen ve

verilemez. Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasanın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yürütmenin düzenlemesine bırakmaması gerekir.

Anayasanın 123. maddesinin birinci fıkrasında, idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği belirtilmektedir. Maddenin gerekçesinde, “İdarenin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenleneceği ilkesinin bir sonucu olarak, kamu tüzel kişilerinin de ancak kanunla veya kanunun açık yetki vermesi halinde idari işlemle kurulabileceği öngörülmektedir” denilmektedir. 4733 sayılı Yasayla oluşturulan Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkiler Piyasası Düzenleme Kurumu idarenin bütünlüğü içinde, yasayla kurulmuş kamu tüzel kişisidir. Kurumun hizmet birimlerinin de idarenin kanuniliği ilkesi gereğince yasayla kurulması gerekirken yönetmelikle düzenlenmesi Anayasaya aykırılık oluşturur.

Öte yandan, Anayasanın 128. maddesinin ikinci fıkrasına göre, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri yasayla düzenlenir. Memurların görev ve sorumlulukları ile kadro ihdasının, mutlaka yasayla yapılması önemli bir güvencedir. 4733 sayılı Yasanın 4. maddesinde Kurum hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevlerin, hizmet sözleşmesi ile istihdam edilen personel eliyle yürütüleceği hükme bağlanmakla birlikte, idari hizmet birimlerinin nelerden oluşacağı, görev ve yetkilerinin kapsamı ve niteliği hakkında her hangi bir düzenleme yapılmamış, hizmet birimlerinin görev ve sorumlulukları, kadro unvan ve sayıları ile kurum personelinin emeklilik statülerinin belirtilmesi açısından durumlarına ilişkin düzenleme yasayla yapılmayıp yönetmeliğe bırakılmıştır. Açıklanan nedenlerle, 4733 sayılı Yasanın 9. maddesinin A bendinin (2) numaralı alt bendi, Anayasanın 7., 123. maddesinin birinci fıkrası ve 128. maddesi ikinci fıkrasına aykırıdır. Kuralın iptali gerekir.” (AYM, 20.11.2003, E.2002/32, K.2003/100)

ithal edilen tütün mamulleri ile alkol ve alkollü içkilerin toptan ve perakende satışları ve satış belgelerine ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiş bulunmaktadır...

Bu durumda piyasayı düzenlemek, denetlemek ve kural koymakla görevlendirilen idarenin, toplumu tütün mamulleri ile alkollü içkilerin zararlı etkilerinden koruyabilme hedefi, her aşamada denetimin gerçekleştirilmesini zorunlu kıldığından, tütün mamulleri ve alkollü içkilerin satış yönteminin belirlenmesi hususunda düzenlemenin takdirinin idareye tanınması ve bu doğrultuda, her türlü mamulü ve alkollü içkinin perakende satışının, Kurumdan satış belgesi almış olanlar tarafından, satış belgesinde yazılı işyerlerinde doğrudan tüketicilere yapılması, bu işyerlerinden internet, televizyon, faks ve telefon gibi elektronik ticari araçlar kullanılarak, her türlü tütün mamulü ve alkollü içki satışı ile satılan ürünün kapıdan teslim edilmesi şeklindeki uygulamaların mümkün bulunmadığının dava konusu Tebliğe öngörülmesinde, dayanağı mevzuata aykırılık görülmemektedir.”¹⁰³

Danıştay bu kararıyla Kurumun tebliğ adı altında düzenleme yapma yetkisinin olduğunu ve tebliğle üst normlara ilişkin açıklayıcı hükümler getirmesinin hukuka uygun olduğuna hükmetmiştir. Danıştay bir diğer kararında yine aynı Kurumun işlemi dolayısıyla işlemle birlikte işlemin dayanağı olan Tütün Mamulleri İle İlgili Fabrikaların Kurulmasına, Bu Mamullerin Üretimine, İç Ve Dış Ticareti Ve Denetlenmesine İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin bazı maddelerinin iptaline ilişkin davada aşağıdaki kararı vermiştir: Anayasanın 124. maddesi hükmü ile;

“4733 sayılı Kanunun 9/B fıkrasındaki hüküm birlikte değerlendirildiğinde, düzenleyici kurumların ilgili buldukları sektörde düzenleme, denetleme görevi üstlendikleri, bu kuruluşların temel işlevinin toplumsal ve ekonomik yaşamın temel hak ve özgürlükler ile yakından ilişkili alanlardaki kamusal ve özel kesim etkilerini, bir takım kurallar koyarak düzenlemek, konulan kurallara uyulup uyulmadığını izlemek ve denetlemek bulunduğu tartışmasızdır. Bu bağlamda Dava Konusu Yönetmeliği yayımlamakla, tütün, tütün mamulleri ve alkollü içkiler piyasası ile ilgili düzenleme yapma yetkisine sahip olan davalı kurumun, ilgili bulunduğu sektörde, Anayasa ve Kanun’un kendisine tanıdığı bu yetkiyi kullandığı görülmektedir.

Dava konusu Yönetmeliğin 9. maddesinde firmaların uygun bulunan projelerine proje tadilat izni uygunluk belgesi verileceği, üretim dışı bırakılan makine ve teçhizatın, tasfiye işlemine tâbi tutulacağı ve hurdaya ayrılacağına dair hükmün, 4733 sayılı Yasanın yukarıda belirtilen 3/e maddesiyle Kurula verilen, kanunun uygulamasıyla ilgili sektörel düzenlemelerin yapılması görevi kapsamında sektörün özelliği göz önünde bulundurularak, denetleme görevini de yerine getirmesi ve kaçak üretim yapılmasının engellenmesi amacıyla Yönetmeliğe konulduğu anlaşıldığından, anılan düzenlemede kanuna aykırılık görülmemiştir. Üretimden satışa sektörel düzenleme yapma yetkisi Kanunla davalı Kuruma verildiğinden, Kanunda ayrıca,

¹⁰³ Dan.13. D., 27.12.2005, E.2005/5715, K.2005/6198.

proje tadilat izni verileceğine dair kuralın yer almaması dava konusu düzenlemeyi kusurlandırıcı mahiyette görülmemiştir.”¹⁰⁴

Ancak söz konusu davada Mahkeme kanunda öngörülmeyen yaptırımın Yönetmelikte getirildiği düzenlemeyi hukuka aykırı bularak iptal etmiştir.

Danıştay 13. Dairesi İzmir İli, Alsancak ...bitişiği... çatısında bulunan cep telefonu baz istasyonunun kaldırılması yolundaki başvurunun reddine ilişkin işlem ile bu işlemin dayanağını oluşturan “10kHz-60 GHz Frekans Bandında Çalışan Sabit Telekomünikasyon Cihazlarından Kaynaklanan Elektromanyetik Alan Şiddeti Limit Değerlerinin Belirlenmesi, Ölçüm Yöntemleri Ve Denetlenmesi Hakkında Yönetmeliğin iptaline ilişkin davada aşağıdaki kararı vermiştir:

“Kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip bir kamu kurumu olan Telekomünikasyon Kurumu’nun, 4502 sayılı Kanunla değişik 2813 sayılı Kanun ve 406 sayılı Kanun’un kendisine tanıdığı görevlerle ilgili olarak yönetmelik çıkarma yetkisi bulunduğu tartışmasızdır. Kurum tarafından çıkarılan dava konusu Yönetmeliğin, düzenleniş amaç ve kapsam itibarıyla, telekomünikasyon hizmeti ve telekomünikasyon altyapısı işletimi ile doğrudan ilgili bulunduğu, sabit telekomünikasyon cihazlarının kuruluşunu, teknik özelliklerini, işletilmesini, oluşturduğu elektromanyetik alan limiti değerlerini, ölçüm yöntemlerini, denetimlerini düzenleyerek bu cihazların belli hukuk disiplini altına aldığı ve böylece sabit telekomünikasyon cihazları ilgili getirdiği düzenlemenin Kurumun görev alanına girdiği sonucuna ulaşılmıştır.

Ayrıca Dairemizin 28.06.2005 tarih ve E:2005/8999, K:2005/3329 sayılı kararında belirtildiği üzere; dava konusu Yönetmeliğin yürürlüğe konulmasından önce, hazırlık aşamasında Telekomünikasyon Kurumu tarafından, Çevre Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı, Ulaştırma Bakanlığı da dahil olmak üzere, diğer kamu kurum ve kuruluşları ile Yönetmelik taslağının birçok kez müzakere edilerek, bu kurum ve kuruluşlara kendi mevzuatları ile belirlenen görev alanları ile ilgili görüş bildirmelerine imkan tanındığı ve en son Başbakanlığın koordinasyonu ile ilgili Bakanlık ve kuruluşlarca müzakere edilerek Yönetmeliğe nihai şeklinin verildiği görülmüştür. Bu durumda davaya konu Yönetmeliğin çıkarılması konusunda, kendi görev alanı ile doğrudan ilgili bulunması nedeniyle Telekomünikasyon Kurumu’nun yetkili bulunduğu ve söz konusu Yönetmeliğin müşterek hazırlanıp müşterek çıkarılarak yayımlanmasını gerektirecek bir yasal zorunluluktan da söz edilemeyeceği açık olup, davacıların yetki itirazı yerinde görülmemiştir.”¹⁰⁵ Söz konusu Yönetmelikle ilgili açılan bir başka davada da 13. Daire: “Yönetmeliğin 16. maddesiyle elektromanyetik alan limiti değerlerinin uluslar arası standartlara uygun olarak saptandığı anlaşıldığından, sözü edilen kurallarda hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Bu bağlamda, kendi görev alanı ile ilgili olarak

¹⁰⁴ Dan.13. D., 30.12.2005, E.2005/91, K.2005/6267.

¹⁰⁵ Dan. 13. D., 09.12.2005, E.2005/158, K.2005/5816.

dava konusu Yönetmeliği çıkaran Telekomünikasyon Kurumu'nun, cihazların kurulması, işletilmesi ve kullanılması sırasında Yönetmeliğe uygunluğunun Kurum tarafından denetiminde, limit değerlere uygun olarak baz istasyonlarının çalışıp çalışmadığının denetimi hususunda üçüncü şahıslara başvurma imkanı getirmesinde, bu imkan dahilinde limit değerlerin aşılması halinde idari yaptırımların kurala bağlanmasında, dolayısıyla Yönetmeliğin 17., 18., ve 19. maddelerinde 406 sayılı Kanun ve 2813 sayılı Kanuna aykırı bir yön görülmemiştir.”¹⁰⁶

SONUÇ

Günümüzde bir kısım hukukçular normlar hiyerarşisi ifadesinin kriz içinde bulunduğunu¹⁰⁷ ifade etmektedirler. Normlar hiyerarşisi kavramı normun derecesine saygı gösterildiği ve normun üst norma göre yürürlük kazandığı hukuk sisteminin parçalarının tamamını ifade etmektedir. Kavram tedricen hukuk lisanına yerleşmiş ancak tekrar tartışma konusu edilmiş ve iki neden dolayısıyla sarsıntı yaşamaktadır. Bunlardan birincisi hukukun kaynaklarının sayıca artışıdır. Diğer ise hukuka uygunluk denetimi anlamında ortaya çıkan artış ve denetim kapsamındaki genişlemedir. Sarsıntının temelini oluşturan ikinci neden yargıçları normların oluşturulması ve uygulaması anlamında gittikçe artan bir rol üstlenmesini teşvik etmekte, yönlendirmektedir. Yargıçlar aracılığıyla kamu kudretini kullanarak hukuku kim söyleyebilme yetkisiyle donatıldığının belirlenmesi yapılmaktadır.

Normlar hiyerarşisi kuvvetler ayrılığı ilkesine bağlı olarak ortaya çıkmıştır. Kuvvetler ayrılığı ilkesi anlamında kuvvetlerin işlevleri sonucu oluşan normlar arasında bir hiyerarşik yapılanma kabul edilebilir. Ancak kuvvetler arasında bir hiyerarşik yapılanmanın bulunduğunu söylemek günümüzde artık mümkün değildir. Normlar hiyerarşisi hukukun kaynaklarının açıklanması ve sıralanmasında kullanılan bir müessesedir. Normlar hiyerarşisi yardımıyla kuralların zaman açısından uygulanmasında karşılaşılan sorunların çözümlenmesi mümkün olmaktadır.

Düzenleme yapma yetkisi idarenin örgütlenme, faaliyette bulunma işlevleriyle birlikte idare işlevinin bir parçasıdır. Bu parçanın içerik ve kapsamının iyi belirlenmesi idarenin işlevlerini iyi yürütmesine imkan tanıyacaktır. Kanunun olmadığı yerde idare olmaz ilkesinin katı bir şekilde uygulaması günümüz uygulaması ve anlayışına tam manasıyla uygun düşmemektedir.

Düzenleyici ve denetleyici kurumlar idarenin bir parçası olmaları ve hukukumuzda tüzel kişiliğe sahip olmaları dolayısıyla düzenleyici işlem yapma yetkisine sahiptirler. Düzenleme yapma yetkisinin kapsamı ilgili mevzuatlarında öngörüldüğü alanla sınırlıdır.

¹⁰⁶ Dan. 13. D., 29.06.2005, E.2005/957, K.2005/3330.

¹⁰⁷ La hiérarchie des normes est en crise.

KAYNAKÇA

- ATAY Ender Ethem:** *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.
- ATAY Ender Ethem:** *Fransız İdare Hukukunda Bağımsız İdari Otoriteler ve Türk Hukukuna Uygulanabilirliği Sorunu*, Yayınlanmamış doçentlik çalışması, Ankara 2000.
- CHAGNOLLAUD Dominique, QUERMONNE Jean-Louis:** *Le gouvernement de la France sous la Vème République*, Fayard, Paris 1996.
- COLIN Frédéric:** *Droit public économique*, Gualino éditeur, Paris 2005.
- COUDEVYLLE Andrée:** *Précis de droit public*, elipses, Paris 2005.
- DEPUSSAY Laurent:** “*Hiérarchie des normes et hiérarchie des pouvoirs*”, RDP, 2007.
- FRYDMAN Benoît, RORIVE Isabelle:** *Introduction au droit et à la méthodologie juridique*, ULB, 4ème éd., Bruxelles, Tirage 2007-08/1.
- GEORGES Philippe, SIAT Guy:** *Droit public*, 12ème édition, Dalloz-Sirey Edition, Paris 2001.
- GOYARD-FABRE Simone:** *L'Etat figure moderne de la politique*, Armand Colin, Paris 1999.
- GÖZLER Kemal:** *İdare Hukuku, C.I*, Ekin Kitabevi, Bursa 2003.
- GÜNEŞ Gülsen:** *Verginin Yasallığı İlkesi*, Alfa, İstanbul 1998.
- GÜNEŞ Turan:** *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*, Ankara 1965.
- İZGİ Ömer, GÖREN Zafer:** *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, C.I*, Ankara 2002.
- JAN Pascal:** *Institutions administratives*, 3ème édition, Litec, Paris 2007.
- KELSEN Hans:** *Théorie pure du droit*, (Traduit par Charles EISENMANN), Dalloz, Paris 1962, retirage 1989.
- KUZU Burhan:** *Anayasa Hukukumuzda Yürütme Organının Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi ve Güçlendirme Eğilimi*, İstanbul 1987.
- MADIOT Yves:** *Les droits de l'homme*, MA Edition, Paris 1987.
- MONIN Marcel:** “*Réflexions à l'occasion d'un anniversaire: trente ans hiérarchie des normes*”, Recueil Dalloz 1990.

ÖZBUDUN Ergun: *Türk Anayasa Hukuku*, 8.B., Yetkin Yayınları, Ankara 2005.

ROUQUETTE Rémi: *Dictionnaire du droit administratif*, Le Moniteur, Paris 2002.

SOYASLAN Doğan: *Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi*, Kazancı, İstanbul 1990.

STIRN Bernard: *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, LGDJ, Paris 1995.

TAN Turgut: “1982 Anayasası Yönünden Yürütme Görevi ve Yetkisinin Niteliği (Güçlü Devlet ya da Güçlü Yürütme)”, Anayasa Yargısı, Ankara 1984.

TAN Turgut: “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yürütmenin Düzenleme Yetkisi”, Anayasa Yargısı, C.3, Yıl 1987, Ankara 1987.

TROPER Michel: *Pour une théorie juridique de l'Etat*, “Chapitre XIV Actüalité de la séparation des pouvoirs”, Léviathan-PUF, Paris 1994.

TEZİÇ Erdoğan: *Anayasa Hukuku*, 10.B., Beta, İstanbul 2005.

TRUCHET Didier: *Le droit public*, PUF, Que sai-je?, N0:1327, Paris 2003.

ZOLLER Élisabeth: *Introduction au droit public*, Dalloz, Paris 2006.

<http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/institutions/approfondissements/qu-est-ce-que-etat-droit.html>

SORU ve CEVAPLAR

Yrd. Doç. Dr. Ayhan KORTUNAY- Öncelikle her iki tebliği için teşekkür ederim. Çok istifade ettik. Sayın Arı, armut hikâyeleri çok faydalı oldu; şahsım adına bunu söyleyebilirim. Devamı da gelir umarım.

İlk sorum şu: Maksimum ceza uygulama yetkisi cironun yüzde 10'uyla sınırlı. Peki, acaba teşebbüsler daha fazla menfaat elde etmişlerse ne olacak, -atıyorum- cironun yüzde 20'si oranında bir menfaat elde etmişlerse ne olacak? Almanya'da buna ilişkin bir çözüm önerisi getirilmiş; o da şu: Teşebbüsün elde ettiği menfaat eğer para cezası, artı ödenen tazminatların üzerindeyse Kartel Dairesi veya birlikler, bu fazla menfaatin Hazineye iadesi konusunda talep sahibi. Hukukumuzda böyle bir şey düşünülebilir mi?

Teşebbüs birliklerine bildiğim kadarıyla yine cirosu üzerinden bir ceza uygulanıyor. Hatta en son, yanlış hatırlamıyorsam Manisa Kuyumcular Odasına ilişkin bir ceza var. Tabii, teşebbüs birliğinin, odanın cirosu çok düşük olduğu için uygulanacak ceza da çok komik kalmış durumda. Acaba, böyle bir durumda teşebbüs birliğinin değil de, teşebbüs birliğine üye teşebbüslerin ve ihlale katılan teşebbüslerin cirosu dikkate alınabilir mi; bunu sormak istiyorum.

Av. Murat ÖZSUNAY- Ben çok kısa bir not ilave etmek istiyorum, bir de ardından çok minik bir sorum olacak. Sayın Arı çok doğru olarak 6'ncı madde, adil yargılanma hakkı bakımından AİHM'den bahsetti. Gerçekten, Strazburg mahkemesi, sizin iç hukukta bunu ne olarak nitelendirdiğinizle ilgilenmez, kabaca içeriğine bakar ve bunun bir cezai anlamda suçlama olup olmadığına ve müeyyidelerine bakar. Buna bir ilave yapmak istiyorum: Devletin üç klasik erki var: Bunlardan bir tanesi yargı. 6'ncı madde bakımından Strazburg, bu yargılamayı yapan makamın yargı olmasını da aramıyor, "I... an independent tribunal" diyor. Bunun iç hukukta yargı erki olarak tanımlanmış olmasına gerek yok. Yaptığı faaliyet eğer Strazburg'un standartlarına göre bir yargılama faaliyetiye ve birisi suçlanıyor ise, o zaman birtakım standartlar getiriyor. Rekabet Kurulunun iç hukukta yargı erki içerisinde olmadığı kuşkusuz. Ama, onun üzerinde bir de, yargı yolu açık olduğu için Danıştay var. Danıştay'ın yargı erki olduğunda veya yargı erkinin organlarından biri olduğunda şüphe yok. Acaba Danıştay'ın yaptığı yargısal üst inceleme diyelim, konunun detayı bakımından, -tabii şekli ve usuli incelemeyi yapması çok daha kolay- ne derece sağlıklı oluyor sayın konuşmacıların düşüncesine göre? Onlar yetki açısından incelemeyi kolayca yapabilirler, fakat diğer konularda da özlü

bir inceleme yapabiliyorlar mı? Bunun için acaba daha uzmanlaşmış yargıçlar olması gerekir mi? Bu konudaki düşüncelerini almak istiyorum.

Bağlayarak da şunu söyleyeyim: 6'ncı maddeye göre bağımsız ve tarafsız olması gerekiyor. Resen incelemede Rekabet Kurulu bir yerde, bu söylediğim teknik açıdan çok doğru olmasa da, hem savcı, hem yargıç, yani hem sizi suçluyor, hem de yargılıyor. Tabii bu 6'ncı madde anlamında kesinlikle tarafsız ve bağımsız bir organ sayılamaz; ama Danıştay için aynı şeyi söyleyemeyiz tabii ki.

Bir Katılımcı- Öncelikle, iki gün boyunca sunum yapan tüm tebliğ sahiplerine teşekkür etmek istiyorum. Ethem Hocamızın da zaman zaman atıfta bulunduğu Telekomünikasyon Kurumunda Uzman Yardımcısı olarak çalışmaktayım. Bununla birlikte yine sorum Ethem Hocaya olacak.

Hocamızın da bahsettiği gibi, genel anlamıyla normlar hiyerarşisi denildiğinde akla, bir alt normun üst norma uygunluğu gelmekte. Bununla birlikte, genel anlamıyla sektörü ya da Kurumun faaliyet alanını düzenleyen genel kanunda herhangi bir şekilde açıkça yasaklanmamakla birlikte, açıkça da yetki verilmemiş bir hususta kanunun amaç ve kapsam maddeleri çerçevesinde herhangi bir düzenleme yapılmasının normlar hiyerarşisine bir aykırılık teşkil edip etmediği konusunda bilgi sahibi olmak istiyorum. Bununla birlikte, tabii, Hocamız bu konuya ilişkin birtakım değerlendirmelerini tebliği kapsamında sundu, fakat sunumunun sonunda, bunu, yürütme organı derken, Bakanlar Kurulu olarak yorumladığını da ifade etti. Bu konudaki düşüncelerini öğrenmek istiyorum.

Fatma ÇELİK (Rekabet Uzman Yardımcısı)- İlk sorum Sayın Arı'ya. İdare hukukunun ilke ve kurallarının uygun düştüğü ölçüde idari ceza hukukunda da uygulanabileceğini öğrendik. Benim sorum bu savunma hakkıyla ilgili. CMK'de öngörülen, müdafinin veya mağdurun hakları ne ölçüde rekabet soruşturmalarında şikâyeti için uygulanabilir; bunu merak ediyorum.

İkinci sorum da Sayın Atay'a. Temel hak ve hürriyetlerin yürütme düzenlemeleriyle kısıtlanamayacağını öğrendik. Bu konuyu daha genel olarak düşünürsek, 2001 Anayasa değişikliklerinde temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel sınırlama sebeplerinin de kaldırılmış olması karşısında, bizim kanunumuzda da sözleşme yapma yükümlülüğü öngören, işte, hâkim durumun kötüye kullanılması durumunda sözleşme yapma zorunluluğu öngörebiliyor Rekabet Kurumu, bu düzenlemenin, 48'inci maddede sözleşme özgürlüğüyle ilgili sınırlama sebebi öngörülmemiş olması karşısında nasıl bir hâle düştüğünü değerlendirebilirse teşekkür ederim.

Yrd. Doç. Dr. Metin İKİZLER- Özellikle normlar hiyerarşisi konusunda yeni gelişmelerden bayağı bilgi sahibi olduk. Ben de şimdi bunun bir başka açılımı üzerinde durmak istiyorum, bu konudaki görüşlerinizi almak istiyorum.

Biliyorsunuz; yargı organları kanunları uygulamakla yükümlüdürler. Özellikle bundan önce birçok alanda, ama Nüfus Kanunu alanında da gördük; bir mahkeme, önüne gelen yönetmelik ya da tebliği eğer kanuna uygun görmüyorsa bunu uygulamaz, doğrudan kanun hükmünü esas alarak karar verir.

Ben şunu merak ediyorum: Bu gelişmelerin, yani yürütmeye geniş yetki verilmesinin acaba yargı konusunda bir yansıması var mı? Örneğin bu konuda, tıpkı kanunlarda olduğu gibi, nasıl ki bir mahkeme, eğer kanunu Anayasaya uygun görmüyorsa, kendi bu konuda ancak Anayasa Mahkemesine başvurabiliyorsa, acaba, bir yönetmeliği ya da tebliği kanuna uygun görmüyorsa, bunu uygulamamak yerine, Danıştay'a yahut da başka bir kuruma bunun değiştirilmesi için ya da bunun iptali için başvurması mı gerekir? Bu konuda acaba Fransız hukukunda bir açılım var mı? Bu konularda bilgi verirseniz teşekkür ederim.

Ayşe ODMAN BOZTOSUN- Panel konusu olarak bu konuyu belirlerken Rekabet Kurumu'nun bir sorununu da saptadığımızı düşünmüştük. Ben konuyu biraz da o açıdan değerlendirmek ve hem sayın konuşmacılarımızın, hem de diğer katılımcılarımızın görüşlerini de almak istiyorum.

2002 yılında bir Perşembe Konferansı'nda konuşma yaparken bu teknoloji transferine ilişkin grup muafiyeti çıkarılması o zaman bile gündemdedi, en azından sıradaki konular arasındaydı. Biliyorsunuz, grup muafiyeti çıkardığınız, muafiyetteki koşulları taşıyan anlaşmaların bildirim yükümlülüğü yoktur (o zamanki sistem açısından söylüyorum.) Orada şöyle bir endişe dile getirilmişti (hatta sanırım Sayın Karakelle bu endişeyi dile getirmişti): "Grup muafiyetinde yasaklanan faaliyetleri saptadığımızda, -teknoloji transferiyle ilgili olarak söylüyorum- örneğin lisans sözleşmeleri ile ilgili bir kanuni düzenleme varsa, biz acaba burada bu kanuni düzenlemenin aksine hareket etmiş olur muyuz, yani bu grup muafiyeti tebliğiyle kanunla tanınan bir imkânı bertaraf etmiş oluyor muyuz, böylece de kanuna, -ki orada ortada kanun da yok aslında, bunlarla ilgili fikri mülkiyet düzenlemeleri halihazırda kanun hükmünde kararnamelerdir- bu kanun hükmünde kararnameye aykırı bir düzenleme yapmış olur muyuz?" idi soru. Bu soru yıllar sonra tekrar gündeme geldi. Bu konuda tebliğ çıkarılmadan önce, -biliyorsunuz, Rekabet Kurumu'nun güzel bir uygulaması var, kamuyla paylaşıyor, hem bilim adamlarının, hem uygulayıcıların bu konuda görüşlerini alıyor- ben de görüşlerimi iletmıştim. Yapılan görüşmelerde, bu konunun hâlen sorun olarak

devam ettiğini gördüm. O zaman biz bu konuyu uzman arkadaşlarla da tartışmıştık ve birtakım çözümler yapmıştık. Örneğin bu lisans sözleşmelerine ilişkin patent hukukunda düzenleme var, marka hukukunda düzenleme var; bunlar kanun hükmünde kararname. Lisans sözleşmelerine ilişkin düzenlemede de şöyle diyor: “İnhisari lisans şudur” diyor ve tanım veriyor, sadece inhisari lisansa ilişkin tanımlama var. Biliyorsunuz, grup muafiyetlerinde de, yasaklanan faaliyetler kapsamında, inhisari lisans başlığı altında değerlendirilebilecek, işte, “şuraya satabilirsiniz, şuraya satamazsın” gibi sözleşme hükümlerinin yasaklanması gündeme gelebilir. Rekabet Kurumu bu şekilde düzenlemeler yaparsa, acaba ilgili fikri mülkiyet düzenlemesinin aksine düzenleme yapmış olur mu?

Ben sadece bir görüş belirtip sorunu tartışmaya açmak istiyorum. Sayın Atay da belirttiler; kanuni düzenlemenin, bağımsız idari otoritenin düzenleme yapma yetkisinin çerçevesini çizmesi gerekiyor ki, sınırlar belirlensin. Bağımsız idari otoritenin yaptığı düzenlemenin de o çerçeveye uygun olması gerekiyor. Dolayısıyla, ben kanuna uygunluğu bu şekilde anlıyorum. Herhangi bir kanunda, bu verdiğim örnekte olduğu gibi, lisans sözleşmelerinin genel olarak düzenlenmiş olması, Kurul’un bu konuda düzenleme yapmasını kesinlikle engellemez; çünkü amaçlar farklı. Kurul orada ne yapıyor? “Eğer sen Rekabet Kanunu’na aykırı olmayan bir düzenleme yapmak istiyorsan bu kurallara uyacaksın, ha, yapmayabilirsin, bu hemen senin anlaşmanın otomatik olarak Rekabet Kanunu’na aykırı olacağı anlamına gelmez, bize gelirsün, bireysel olarak başvurursun, yine değerlendiririz” diyor. Dolayısıyla, ben bu tür düzenlemelerde böyle bir sıkıntı olduğunu düşünmüyorum. Örneğin, bu da değil, dağıtım anlaşmalarını düşünün. Acenteliğe ilişkin hükümler Türk Ticaret Kanunu’nda var. Orada da münhasırlık öngörülmüş, yani münhasırlık olursa ona ilişkin birtakım hükümler var. Biraz evvel belirttiğim nedenden dolayı bu tür hükümlerin öngörülmüş olmasının Rekabet Kurulu’nun düzenleyici işlem yapma yetkisini sınırlandırmadığını düşünüyorum. Ama, tabii, konu tartışmaya değer.

Oturum Başkanı- Değerli açıklamalarınız için biz teşekkür ediyoruz. Başka soru sormak isteyen yok. Evet, soru faslını kapatmış oluyoruz. Sorulara cevap vermeleri için tebliğ sırasına göre tebliğ sahiplerine söz hakkı veriyorum. Buyurun Sayın Arı.

Haluk ARI- Teşekkürler Sayın Başkan. Sırasıyla gideceğim. Ayhan Hocamın sorusundan başlayayım: “Maksimum ceza yüzde 10, bunun üzerinde bir kâr elde edilmesi hâlinde başka bir olanak var mı?”

Bundeskartellamt’ın Ceza Rehberi şu an önümde. Aslında, Alman Rekabet Kanununda da yine üst sınır olarak cironun yüzde 10’u belirlenmiş.

İdari İhlaller Kanunu gibi çevirebileceğimiz bir kanun var. Başka bir kanuna atfen yapılıyor bu sözünü ettiğiniz artış. Türkiye’de benim bildiğim, bize bu imkânı sağlayabilecek bir düzenleme yok, yani en azından dikkatimizi çeken bir düzenleme olmadı, fazladan elde edilen kârı geri alabilecek. Arkadaşımız Esin dün sunumunda söyledi; ABD’de de benzer bir düzenleme var. Sherman Act’e baktığımızda, cezanın üst sınırı 100 milyon dolar; ama Ceza Kanununda, kârın veya zararın 2 katına kadar ceza uygulanabileceği kabul edilmiş. Dolayısıyla, mahkemelerin kârın veya zararın 2 katına kadar ceza uygulama yetkileri var. Bizim kanunumuz bakımından, kanunda zaten bu imkân söz konusu değil ama, başka düzenlemeler bakımından da bu olanağı sağlayabilecek bir düzenleme bilgim dahilinde değil.

İkinci sorunuz, teşebbüs birliğine üyelerin cirolarının toplamının yüzde 10’una kadar ceza uygulanması gerektiği hakkındaydı. İyi haber: Kanun değişti, artık uygulanabilme olanağı geldi denebilir. Biz bunu internet sitesinde görüşe açtığımız kılavuz taslağında düzenlemiştik. Ancak o tarihte hukuki altyapısı yoktu. Şimdi yapılan değişiklikle 16’ncı maddede diyor ki, “teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin...” Zaten bunun yapılması bir anlamda zorunluluk. Bir kartelin teşebbüs birliği eliyle kurulması hâlinde, o zaman sadece teşebbüs birliğine ceza uygulanacak. Teşebbüs birliklerinin ise cirosu diye bir şey söz konusu değil, cirosundan bahsedemiyoruz, gelirleri vardır. Özellikle de Türkiye’deki duruma baktığımızda, teşebbüs birliklerinin dernek şeklinde örgütlendiklerini, sanayi odası şeklinde örgütlendiklerini görüyoruz. Onların gelirleri üyelerden alınan aidatlardan oluştuğu için son derece düşük bir miktar üzerinden cezalandırılıyorlar Bu nedenle de, bizim kanunumuz açısından bu önemli bir sorundu. 5728 Sayılı Kanunda yapılan değişiklikle, şu andan itibaren teşebbüs birliklerinin veya birlik üyelerinin toplam cirolarının esas alınmasına olanak tanınmıyor, Avrupa Birliği’nde olduğu üzere veya diğer üye ülkelerin bir kısmında olduğu üzere. Bizim açımızdan oldukça sevindirici bir gelişme.

Ben bu sefer de Murat Bey’e teşekkür edeceğim; güzel bir pas yaptı. Gökşin’le yol boyunca yaptığımız bir konuşmayı paylaşacağım.

Sunumda da aslında üstü kapalı olarak söylediğim gibi, rekabet hukuku özellikle kartellerin cezalandırılması söz konusu olduğunda ceza hukuku alanına giriyor ve birkaç nedenle de olması gereken budur: Birincisi, verilen cezaların yüksekliği; ikincisi, çünkü sunumda da arkadaşlarımız altını çizdiler, delil elde etmedeki zorluklar. Bugün artık iletişimin dinlenilmesi olmazsa delil elde etmek çok zor. Bunun için ne gerekiyor? Ceza Kanunu anlamında bir ceza, özellikle de hapis cezasının olması gerekiyor. Ancak bunun, yani kartellere hapis cezasının, biraz iddialı olduğunu kabul etmeliyiz. Öte yandan bir noktadan sonra da

tartışmaya başlamamız kaçınılmaz olacak. Bu aslında, kanun koyucunun bir tercihidir. Kanun koyucu ikna olursa, “bu ihlalleri ben sadece idari para cezasıyla önleyemiyorum, yaptırım olarak hapis cezasını kabul etmem gerek” diyebilecek. Bunlar olmadığı anda dahi bir rekabet mahkemesinin kurulması gerektiğini konuşuyorduk biz; yol boyunca gelirken bunu tartıştık. Bir rekabet mahkemesi kurulmalı, fikri ve sınai haklar mahkemesi gibi; bu zorunluluk, yani olmalı mı olmamalı mı tartışmasının ötesine geçen bir şey, bu bir zorunluluk. Her aşamada da o mahkeme yetkili olmalı. Yerinde incelemeye gideceksiniz; o mahkemeden yerinde inceleme yetkisinin alınması gerekiyor. Yine, uzman mahkeme olacak bu ve rekabet hukuku ile ilgili konulara tamamen orası karar verecek. Böyle bir yapı, sizin de dediğiniz gibi, teknik anlamda değil ama, Kurulun hem savcı, hem hâkim konumunda olmasını da engeller. Bugünkü Kurulun bir mahkeme hâline dönüştürülmesi bu sorunu belki çözecektir. Bunlar burada şu anda aklıma geldiği şekilde söylediğim görüşler ancak farklı alternatiflerin olduğunu biliyoruz. Aslında diğer ülkelerde bu söylediğimize benzer uygulamalar var ve onlara bakılması yol gösterici olacaktır. Belki Kurul Kurumdan tamamen ayrılacak ve bir mahkeme halini alacak ve bu durumda Kurum, iddiayı mahkemeye götüren organa dönüştürülecek. Bunun mutlaka bir an önce tartışılması gerekiyor ki, sağlıklı bir yapı kurulabilsin.

Ayrıca Danıştay’ın 13’üncü Dairesinin bugünkü iş yükü bunu kaldırmaya yeterli değil. Bütün üst kurulların işlerine bakıyor. Her biri birbirinden çok farklı alanlar. Bu kadar görevin olduğu bir yerde maalesef ki, hepsinin değerlendirilmesinin aynı ölçüde yapılması mümkün olamaz. 13’üncü Daireye baktığımızda; Telekomünikasyon Kurumu, Sermaye Piyasası Kurulu, Rekabet Kurumu, EPDK vesaire, vesaire, bunların hepsine bakıyor ve hepsinin çok ayrı teknik özellikleri var. Ethem Hocam çok güzel bir şekilde vurguladılar; bunların her birini bir kalıba sokmak nasıl mümkün değilse, her birine aynı yerde sağlıklı bir şekilde bakılmasını beklemek de aslında çok söz konusu değil.

O nedenle ben, sizin önerinizi de diyeyim, şiddetle destekliyorum. Uzmanlaşmış yargıçların olduğu veya Kurulun o hâle dönüştürüldüğü bir yapılanmanın mutlaka yapılması gerekiyor. Yavaş yavaş da artık kartellere ilişkin yaptırımların ve kartellerin ortaya çıkarılması sürecinin ceza hukuku alanına ait bir konu olduğunun tartışılarak biraz daha ceza yönünün ağır bastığı, hapis cezası gibi yaptırımların uygulandığı, ve buna ilişkin inceleme yetkilerin kullanıldığı bir yapının tartışılması gerekiyor.

Sayın Fatma Çelik’in sorusu: “Müdafinin, mağdurun hakları ne ölçüde şikâyetçi için de uygulanabilir?” Evet, ceza hukukunun genel ilkeleri uygulanabildiği ölçüde geçerli olmalı. Burada aynı ölçüde, ceza hukukunda olduğu gibi uygulanabilir mi; ondan şüpheliyim. Başımıza gelen birçok olay var;

zaten bunlar da biliniyor. Biz şikâyetçinin iddialarıyla zaten bağlı değiliz. Bakıyoruz, farklı konular var onları inceliyoruz, ancak şikâyetçinin iddiasını reddediyoruz. O sürece ne şekilde, nasıl müdahil olacak? Bazen şikâyetçi sadece ihbarcı olarak kabul ediliyor, söylediği iddialar bakımından. Biraz tartışmalı bir süreç. Örneğin dosyaya girişi nasıl olacak? Rekabet hukukuna girdiğimizde, orada ciddi şekilde, bir ceza mahkemesinde olduğundan çok daha fazla problemlili bir alandan bahsediyoruz. Şirketlerin ticari sırlarlarının bulunduğu dosyalar ne şekilde şikâyetçiye açılacak? Açılmaması bu sefer daha büyük bir soruna neden olacak. Çok daha tartışmalı, daha hassas bir alan olduğu için çok rahat bir şekilde şikâyetçinin bu süreçte müdahil sıfatıyla diyeyim, dosyaya dahil olmasının kabul edilmesi bana biraz problemlili geliyor ama, o, daha detaylı olarak düşünülüp tartışılması, değerlendirilmesi gereken bir konu.

Bu söylediklerimize baktığımızda, burada esas olan, bizim ceza hukuku alanına da girdiğimizi düşünürsek, daha çok hakkında soruşturma yürütülen teşebbüslerin sahip olması gereken haklardan ve onlara ilişkin düzenlemelerden bahsediyoruz aslında.

Yine Murat Bey söylediler. Dilimiz Fransızca olmayınca bu konulara ilişkin Fransızca yazılmış birçok makaleyi okuma olanağı olmuyor. Turgut Hocamızın makalesinde vardı, bu söylediğinizin aynısı var; yine, başka birkaç kaynaktan okudum, bunu diyor. Fransız Anayasa Konseyi de zannederseniz, -bir yerde okumuştum- rekabet otoriteleri bakımından da, artık bunlar bir şekilde yarı yargısal kurumlar oldukları için ceza mahkemesi gibi hareket etmelidirler'i söylüyorlar. O tartışma yapılıyor; rekabet otoriteleri bundan sonra ne şekilde davranacaklar, elleri ne şekilde bağlanacak, yoksa bağlanmalı mı bağlanmamalı mı? Yarı yargısal olmaları veyahut da bu anlamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6'ncı maddesi anlamında şey kabul edilmeleri bunları ne ölçüde mahkemelerin tabi olduğu statüye koyacak; evet, tartışılıyor. Ama Türkiye'de bu tartışmalar için henüz oldukça erken.

Ben yine Ayşe Hocamın söylediklerine karşı da fikrimi söyleyeyim. Belki Ethem Hocam o konuyu daha detaylı anlatacaktır. Özellikle de şey konusunda tecrübeli olduğumuz için, inhisari lisanslar, yani teknoloji transferi tebliğinde maalesef o engeli çok yaşadık, yani düzenleme yaparken, kılavuzu hazırlarken. Topluluktan alıyorsunuz, kılavuza bir hüküm konuyor, bakıyorsunuz, bunu buraya koyduğumuzda, aynı konuda KHK'da yetki verilmiş veya düzenleme yapılmış olduğu için, iki mevzuat arasında bir çatışma çıkacak. Nasıl koyacağız, nasıl bağdaştıracacağız? Siz diyorsunuz ki, inhisari lisanslar aykırıdır; KHK inhisari lisans veriyor. İnhisari lisansın ne olduğu da belli değil, yani kapsamı belli değil. O süreci Hocam, -Hocamızın kitabından yararlanmıştık, kitabında çok güzel aktarıyor- daha da iyi bilirler. Aslında

Avrupa Topluluğunda dahi çok uzun mücadelelerden sonra alan belirlenmiştir, inhisari lisansların neye ait olduğu, hakkın kapsamına nelerin dahil olduğu, nelerin dahil olmadığı? Bizim bir tebliğiyle oradaki düzenlemeyi pas geçmemiz, bertaraf etmemiz diyeyim, şu anki hukuk sistemimizde çok mümkün görünmüyor, yani hem normlar hiyerarşisi, hem de... Burada yine zikredeceğim; TMMOB kararında Danıştay, Mimar ve Mühendis Odaları Kanununda yönetmelik çıkarma yetkisinin verilmesini, “fiyat yönetmeliği de, fiyat da düzenlenebilir, bu alan içindedir” şeklinde bir sonuca ulaştı. Oysaki, bizim iddiamız hep şuydu: (Belki sizin söylediğimize o cevap olacaktır) Açık bir şekilde kanun yetki vermiyorsa biz o alanda soruşturma yapabiliriz, ceza verebiliriz, düzenleme de yapabiliriz anlamına geliyor bu. Orada genel olarak TMMOB’a bir yönetmelik çıkarma yetkisi veriliyor. TMMOB’da bir asgari ücret tarifesi çıkarıyor. Bu, avukatlık asgari ücret tarifesinden farklı. Kanunda düzenlenen bir şey değil. “Yönetmelik çıkarma yetkisi verilmiştir, istediği alanı istediği gibi düzenleyebilir” diye Danıştay bizim verdiğimiz kararı iptal etti; yönetmeliğe dayanan asgari ücret belirlemeye ilişkin kararı. Dolayısıyla, bunu da aklımızda tuttuğumuzda, biz, inhisari lisanslar aykırıdır dersek, -inhisari lisans özelinde söylüyorum- muhtemelen o düzenlemenin iptal edilme olasılığı yüksek olacaktır. İkincil düzenlemeyle, kanunla verilen bir hakkın bir tebliğiyle tamamen ortadan kaldırılmasının kanaatimce biraz daha sıkıntılı bir alan olduğunu düşünüyorum.

Oturum Başkanı- Açıklamalara ilişkin soru sormak isteyen varsa tekrar alabiliriz.

Ayşe ODMAN BOZTOSUN- Bu panel oturumunun konusuna ilişkin bir diğer seçenek de, sözleşme yapma özgürlüğüne Rekabet Kurumu’nun müdahalesinin sınırlarıydı aslında; ancak onu inşallah ileriki senelerde tartışırız. Konu belki biraz bununla da bağlantılı.

Tamam, borçlar hukukumuzdaki genel düzenleme sözleşme yapma özgürlüğü üzerine kurulu, sözleşme serbestisi, ama bunun sınırları yine genel olarak belirtilmiş. Bunun sınırlarını biliyoruz; Borçlar Kanunu 19, 20, kanuna, ahlâka, adaba aykırılık.

Bu çerçevede tabi siz şimdi diyorsunuz ki, “biz tebliğiyle yapıyoruz, orada kanuna aykırılık, sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurur” vesaire. Ben de burada şunu söylüyorum: Tebliğler, özellikle grup muafiyeti tebliğleri açısından, bunlar nitelikleri gereği o alanda kanunla tanınan özgürlüğü ortadan kaldıran düzenlemeler değil; zaten grup muafiyeti tebliği düzenlemesindeki sıkıntı da burada. Nitelikleri bence olayın çözümüne uygun değil. Halbuki, kılavuz şeklinde düzenleme kabul edilse, yani bağlayıcı düzenleme değil de, kılavuzlar yapılırsa, yol gösterici düzenleme şeklinde, “biz sadece piyasadaki

aktörlere yol gösteriyoruz, böyle yaparsanız bizim sizi olumlu değerlendirme olasılığımız daha yüksektir” şeklinde, belki de bu ara durumdan kurtulur Rekabet Kurumu diye düşünüyorum. Meseleler aslında bu şekilde biraz da birbirine bağlı.

Tabii, ben yine ilk konuşmamda söylediklerimde ısrarlıyım. Burada ben, bu düzenleme yapıldığı düşünülen hususlarda, tebliğle bir nevi yol gösteren düzenleme, yani, “böyle yaparsanız biz hiç müdahale etmeyiz” demenin bir sıkıntı doğuracağını düşünmüyorum.

Oturum Başkanı- Sorunuz Sayın Arı’ya ise alalım.

Hüseyin COŞGUN- Özellikle kanunumuzun 16’ncı maddesinde yapılan yeni değişikliğin getirebileceği bazı sonuçlar hakkında Haluk Beyin görüşlerini almak istiyorum.

Burada, kanunumuzdaki ifadede, “veya bu birliklerin üyelerine” ile bağlanıyor. Dolayısıyla, az evvel işaret edilen ciro problemi, daha doğrusu cezanın etkinsizliği bu yolla bertaraf edilmeye çalışılıyor; amacın bu olduğu kanısındayım. Özellikle bu uygulama taraf tespiti açısından bir sıkıntı yaratabilir mi? Soruşturmaya başlarken tüzel kişi olarak bir teşebbüs birliğine taraf sıfatıyla soruşturma başlatıyoruz, bu çerçevede gerekli işlemleri yapıyoruz ama, idari para cezasının verilmesi söz konusu olduğunda, o teşebbüs birliğinin üyesi olmakla beraber soruşturmada ismi “taraf” olarak geçmeyen üyelere de bir yaptırım söz konusu olabilecek mi, yani burada bir “taraf” problemiyle karşılaşabilir miyiz?

Yrd. Doç. Dr. Metin İKİZLER- Öncelikle şunu bir söyleyeyim: Bence, Rekabet Kurumu soruşturmasını yaparken, az önce bahsettik, hem iddia eden, hem yargılayan, tamam, öyle gözüküyor ama, aslında bir taraf olarak değerlendirmesine hiç gerek yok. Bu konuda aslında uzmanlara, araştırmacılara, soruşturmacılara da belki daha fazla düşen bir nokta var. Soruşturma yapıldığı zaman, soruşturma yapılan yerde sadece illa ki aleyhe olan şeyler değil, en az o samimiyetle, şevkle teşebbüslerin lehine olan noktaların da araştırılması gerekir. Bu konuda yapılan araştırmada bence Kurum tamamıyla tarafsız bir noktada rahatlıkla bulunabilir. Kendisine bir soruşturma konusu gelmiştir, gidilen yerde muhakkak ki, aleyhe olan şeyler elbette ki araştırılacak, ama aynı şevkle rahatlıkla teşebbüsün lehine olan şeyler de araştırılabilir. Zaten bizim hukukumuzda savcıların da aslında görevi budur. Bir savcı araştırma yaptığı zaman illa ki, muhakkak o kişinin aleyhine olan noktaları değil, eğer lehine noktalar görmüşse bunu da rahatlıkla değerlendirebilir. Görüşüm olarak ilk önce bunu söyleyeyim.

İdarenin düzenleyici işlemler yaparken bazen gerçekten hukukumuzda yetkilerini çok fazla aştığı noktalar olabiliyor kanaatime göre. Örneğin Telekomünikasyon Kurumundan bahsedilmişti. Şu an bir tasarı vardı; tasarı henüz yasalaşmadı bildiğim kadarıyla. Ondan önce, Telekomünikasyon Kurumu, Telsiz ve Telgraf Kanununa dayanarak, internetten gönderilen SPAM'lerle ilgili, yığın iletilerle ilgili tebliğ çıkarıyor. Baktığımız zaman, dayanağı Telsiz ve Telgraf Kanunu. Bu kanun zamanında SPAM ileti zaten hemen hemen yoktu. Hiç dayanağı olacak bir noktası yok; ama buna dayanarak, kendisine yetki alarak bu konuda SPAM'lerle ilgili, biraz da Avrupa mevzuatına uygunluk olsun diye çıkartmış olduğu tebliğler var. Bunların uygulanabilmesi, bu anlamda kanuni dayanağı olarak onun görülebilmesi mümkün değil. Bunu bir söylemek istiyorum.

Aslında o benim yargıyla ilgili bahsettiğim noktanın, -şu an için gerçi çok farklı bir nokta, çok ileri bir nokta- bir de Rekabet Kurumuyla bağlantılı noktası var. İleride acaba bu konuda bir şey geldiği zaman, mesela Rekabet Kurumunun düzenlendiği bir tebliğin hükmünün yasaya aykırı görülerek uygulanmaması, mahkemelerde dikkate alınamaması noktası, -yani Rekabet Kurumuyla belki bağlantılı noktasıdır- acaba böyle bir konuda, -dediğim gibi, o sorumu belki tekrar etmiş oluyorum- yargı, diyelim ki, ilerideki bir aşamada belki bir tebliği iptal edemeyip, bunun yerine bir üst makama bekletici sorun yaparak, bu yürütmenin genişlemesinin bir sonucu olarak, "bu tebliği uygulayayım mı uygulamayayım mı" diye sorması mı gerekir?

Dr. Nagehan ÖZSEYHAN- Haluk Beye çok teşekkür ediyorum. Hakikaten, ben de bir Avukat olarak, bu konuda savunma yaparken çok güçlük çekiyorum. Bir örnek kararımız vardı. Ceza hukukunun içtimali ilkelerini uyguladığımız bir kararda, -karşı tarafın avukatı bir idare hukuku profesörüydü- her ne kadar ceza hukukuna benzese de, bir idari yaptırım olduğunu, ceza hukuku ilkelerinin asla uygulanmayacağına ilişkin duruşmada yarım saat konuşmuştu. Başka duruşmalardaysa, tamamen artık Kabahatler Kanunu bu tür eylemleri kapsamalıdır, kesinlikle ceza hukukunun ilkelerinin uygulanması gerektiği söyleniyor. Yine, Danıştay'ın kararlarına baktığımızda, ceza hukuku ilkelerinin kıyasen uygulanacağına ilişkin kararlar var, aksi yapıda kararlar da var.

Haluk Beye şunu sormak istiyorum: Madem artık bağımsız idari otoriteler bu kadar fazlasıyla ceza veriyorlar, bu ilkelerin kıyasen uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin somut bir düzenleme yapmak gerekir mi; bu konudaki düşüncelerinizi merak ediyorum.

Yrd. Doç. Dr. Ayhan KORTUNAY- Çok kısa tutmaya çalışacağım. Haluk Beyin tespiti son derece doğru; hukukumuzda böyle bir düzenleme yok.

Ben şunu demek istemişim: “De lege ferenda.” Şiddetle bunun üzerinde durulması lazım. Aksi takdirde, teşebbüsün elde ettiği menfaatlerin fazla olması hâlinde biz yine başladığımız noktaya geri dönmüş olacağız, teşebbüse ceza vermemiş konumuna geleceğiz; yani teşebbüsler elde ettikleri menfaatten cezayı finanse edecekler, dolayısıyla ceza uygulamanın hiçbir anlamı kalmayacak. Bunun yapılacak bir yasa değişikliğinde mutlaka ve mutlaka dikkate alınması lazım.

Bir de, inhisari lisans konusunda şunu söylemek istiyorum: (Ben de naçizane 2003 yılında AB ve Alman rekabet hukukunda teknoloji transfer sözleşmelerine ilişkin bir Doktora tezi yazmışım) İnhisari lisans her ne kadar rekabeti kısıtlıyor ise de, biliyorsunuz, 81/3’üncü maddede muafiyet koşulları arasında, teknolojinin gelişmesini teşvik etmesi hâlinde muafiyet tanınabileceği söyleniyor. Bu anlamda inhisar lisans aslında, buluş sahibinin ödüllendirilmesi, dolayısıyla teknolojinin gelişmesinin teşvik edilmesi esasına dayandığı için doğrudan muafiyet kapsamına giriyor. Dolayısıyla bir sorun yok. Avrupa’da da inhisar lisans uygulaması zaten var. Bu konuda açıklama yapmak istedim.

Deniz Ulaş GÖÇEN (İstanbul Üniversitesi Avrupa Birliği Anabilim Dalı Öğrencisi)- Benim sorum Haluk Beye olacak. Az önceki yanıt kısmında şöyle bir ifadesi oldu: Açıkça kanunla verilmeyen bir yetki kullanılarak rekabet ihlal edilmişse, bu durumda aslında Rekabet Kurumunun ceza verme yetkisinin olduğunu, fakat Danıştay’ın TMMOB kararında, yönetmeliğe dayanılarak yapılmış bir ihlal tespitinin, Rekabet Kurulunun verdiği bu yöndeki ihlal tespitinin iptal edildiğini belirttiler.

Affınıza sığınarak sorumdan önce şöyle bir tespit yapmak isterim: Hukuka uygun olarak yürürlükte bulunan bir ikincil mevzuatın, kanundan yetki alması nedeniyle iptal edilmediği müddetçe o ikincil mevzuata dayanılarak yapılan işlem ve eylemlerin de hukuka uygun olduğunun kabul edilmesi beklenmelidir ve zannederseniz Danıştay’ın da tespiti bu yönde. Buna benzer birkaç karar daha incelediğimi hatırlıyorum. Sadece tebliğden veya yönetmelikten yetki alarak bir rekabet ihlali yapıldığı tespitinde bulunduğu kararlarını hatırlıyorum Rekabet Kurulunun.

Burada Rekabet Kurulu, bu şekilde bir tespit yapmak yerine, - zannederseniz şimdi kanun taslağında da var- bu ikincil mevzuatların iptal edilmesi talebi ile Danıştay’a başvurma yolunu neden işletmiyor? Çünkü şöyle bir durum var: Şu an taslakta getirilmesi öngörülüyor ama, benim kanaatim, yine affınıza sığınarak söylemek isterim, zaten Rekabet Kanununun amaç ve kapsam maddesine dayanılarak böyle bir imkânının olduğunu düşünüyorum. Dolayısıyla, şu anda da bu imkânı işletebilirken, neden bu imkânını işletmiyor;

iş yükünden mi kaynaklanıyor, bu iş yükü gerekçesine sığınmamak amacıyla mı bu konuda yeni bir madde öngörülüyor?

Haluk ARI- Deniz'in sorusundan başlayayım. Deniz bizde staj da yapmıştı. O zaman da gayet güzel sorular soruyordu, şimdi de güzel sorular soruyor. Ben bu durum için “duvara çarpmak” deyimini kullanacağım, zira söylediğiniz yolu denedik. Ancak orada da, dava açma ehliyetimiz olmadığı için, -yanılmıyorsam İYUK'nin 2'nci maddesiydi- Danıştay, yönetmeliğin iptali amacıyla açtığımız davayı reddetti.

Bir Katılımcı- Dava ehliyetimiz yok diye.

Haluk Arı- “Dava ehliyetiniz yok” diye. Akif Bey bunu 26 Mart'taki 11'inci Kuruluş Yıldönümü Sempozyumunda anlatmıştı.

Danıştay kararlarını takip etmeye gerek yok; basını takip etsek, kimlerin Danıştay'da davacı olabildiğini, hangi davalarda davacı olabildiğini görebiliyoruz, o konuda fikrimiz oluyor.

Bu şekilde, -benim bildiğim kadarıyla Deniz, Hukuk Fakültesi son sınıf öğrencisi aynı zamanda, dolayısıyla idare hukukunu biliyor, zaten söyledikleri de ona işaret ediyor- bizim orada dava ehliyetimizin olmaması açıkçası bizde çok büyük bir hayal kırıklığı yarattı.

Böyle bir konuda bizim olmayacaksa kimin olacak, yani Rekabet Kurumu, 4054 Sayılı Kanunu uygulamakla yükümlü olan Kurum davacı olamıyorsa, bu şeyi kim savunacak? Maalesef orada da, yani ne ceza verebiliyoruz, ne iptalini isteyebiliyoruz. Taslak Kanunumuzda bu konuda bir düzenleme var ve umarım bizim ihtiyacımızı görecek.

Ayhan Hocam söyledi. Hemen oraya bir not düşeyim. O yorum yaptı, değerlendirme yaptı: “Şiddetle üzerinde durulmalı.” Onu destekleriz. Ben onu yanlış anlamışım. Biz de kesinlikle destekleriz. Burada bizim açımızdan, bizi destekleyen gayet güzel şeyler söyleniyor. “Şu olmaz mı”, “rekabet mahkemesi kurulsun”, “cezalar artırılsın”; gayet güzel, biz bunu sonuna kadar destekleriz. Avrupa Topluluğunda Komisyon hatta, -inhisar lisanslar bakımından söyleyeyim- bir adım daha ileri gidiyor, 81/3'e bile gitmiyor; diyor ki, “inhisari lisanslar birçok hâlde zaten rekabeti teşvik edicidir ve bu nedenle 81/1 kapsamına dahi girmez.” Daha da ileri adım; 81/3'e bile gitmeden, “ihlal bile değildir”e geliyor, “muafiyet alıyor” aşamasına bile gitmiyor. Bizde inhisari lisansı, Ayşe Hocamın da söylediği gibi, o kadar geniş yorumlamamak lazım. Yoksa, söylediğiniz gibi geniş yorumlama yaptığımızda borçlar hukukundak sözleşme serbestisine de çarpabiliriz. İnhisar lisansın kapsamının belirlenip,

“sadece inhisari lisans verilmesi aykırıdır.” Çünkü, inhisari lisansın içine her şey konabiliyor.

Metin Beyin bir yorumu vardı. Biz lehe ve aleyhe olan bütün hususları araştırıyoruz zaten. Hiçbir yere, -kafamızda- “burası ihlal etmiştir” diye bir önyargıyla gitmiyoruz. İncelemeye gittiğimizde bütün delilleri topluyoruz, ihlalse ihlal, değilse zaten “değil” diye birçok kararımızda bunu gösteriyoruz. Dolayısıyla, o anlamda, sizin de söylediğiniz gibi, biz de lehe ve aleyhe olan bütün bilgi ve belgeleri topladığımız için, belki, hani, şikâyetçinin mutlak bir anlamda burada muhatap veya müdahil olmasına da gerek olmayabilirim diye anlıyorum ben.

Sayın Hüseyin Coşgun’un sorusu vardı. “veya bu birliklerin üyelerine...” Bu, nasıl uyguladığınıza bağlı. Komisyonda da var, İspanya, Almanya gibi ülkelerde de var. Nasıl uygulayacaksınız? Uygulamada bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Dolayısıyla, her halükârda teşebbüs birliğinin tüm üyelerine verilecek diye bir şey yok. Olayın gereklerine göre -ki bunun örneklerini Komisyon kararlarında ve ATAD içtihatlarında görmek mümkündür- teşebbüs birliğine, sadece üyelere veya hem üyelere ve hem de birliğe ceza verilmesi söz konusu olabilmektedir.

Soruşturma 1000 üyesi olan bir teşebbüs birliğine açılmışsa, 1000 tane üyenin cirosunu almaya gerek yok, teşebbüs birliğinin cirosu alınır, yeterlidir. Ama buradaki asıl sorun şu: kartelin teşebbüs birliği kararı gibi sunulmasından kaynaklanıyor. Bu tür hâllerde, cezanın düşük olmasını engellemek için burada da soruşturma taraflara açılacak, teşebbüs birliğine zaten ceza verilmeyecek, üyelerin cirolarının toplamı esas alınacak.

Doç. Dr. Ender Ethem ATAY- Bir açıklama yapma zorunluluğu duyuyorum; idari para cezaları verilmesi sırasında azami had belirtilmiş olmasında ölçülülük prensibine riayet etmek gerekecektir. Dolayısıyla, ölçülülük prensibinin uygulanması anlamında da düzenleyici otoritelerin bir düzenleme yapma zorunluluğu söz konusudur. Aksi takdirde, yapılan işlemde hukuka aykırılık hep gündeme gelecektir. Bu çerçevede verilen cezanın, o azami haddin dışında kâr elde edilmesi ve sair, bir ölçütün getirilmesi zorunludur. Bu anlamda da bir kanuni düzenleme olmadan böyle bir ölçütün getirilmesi mümkün değil, en azından sürekli tartışmaya açık bir düzenleme olur ve bunun da hukuk düzenini altüst etme ihtimali her zaman söz konusu olabilir. Dolayısıyla bu alanda düzenleme yapılırken hukuki güvenliği ihlal etmememiz gerekecektir.

Sayın Özsunay’ın sorusuna gelince; bilindiği üzere hukukun bir ulusal, bir de uluslararası boyutu var. Uluslararası boyutta hukukun evrensel prensipleri ortaya konulur. Bu evrensel prensiplerden bir kısmı uluslararası kuruluşlar ve

yargı yerlerince açıkça ifade edilmiştir. Mesela Uluslararası Adalet Divanı'nın bir kararında çok güzel ifade edildiği üzere; "bir devlet bir milletlerarası anlaşmaya imza koymuşsa, daha sonra bu anlaşmanın uygulaması aşamasında kendi iç hukukunu, velev ki, bu iç hukuk hükmü anayasa hükmü de olsa bunun aykırılığını iddiadan bahisle, o hükmün, milletlerarası anlaşmanın uygulanmasını bertaraf edemez, böyle bir yola gidemez, medeni bir ülke bunu yapamaz." Bu düşünce Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mahkemesi kararlarında da söz konusudur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne siz taraf olduktan sonra artık o Sözleşmenin getirmiş olduğu hukuk düzeninin dışında iç hukukta düzenleme yapamazsınız; bu tür bir düzenlemeyi anayasana da koyamazsınız. Koyarsanız, gider orada geri döner. Biz devlet güvenlik mahkemelerini bu sebepten dolayı anayasamızdan ve hukuk sistemimizden kaldırmak zorunda kaldık.

Tabii, orada ceza hukukuyla ilgili temel ilkeyi, ölçütü de söylüyor ve bir ayırım yapıyor. Bu ayırımıda "hürriyeti bağlayıcı cezalar ve bu anlama gelen yaptırım mahiyeti olan diğer cezalar"ın verilmesinde ceza hukukunun temel ilkelerine uygun davranılması zorunludur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi diyor ki, "yaptırım mahiyetinde olanlara ben, iç hukukta tercih hakkını nasıl kullandığına karışmam, ancak, idari bir makam da bu anlamda bir yaptırım uyguluyorsa; ceza hukukunun temel prensiplerini uygulamak zorundadır." Burada ceza hukukunun temel prensiplerini açıklamaya gerek yok. Benzer şey bizim hukukumuzda da var. Yüksek yargı yerlerimizden hem Anayasa Mahkemesi, hem de Danıştay kararlarında denilmektedir ki: "Bir hukuki tasarrufa, o tasarrufu yapan makamın vermiş olduğu isim tasarrufu denetleyen yargı yerini bağlamaz, söz konusu yargı yeri tasarrufun içeriğine bakar ve buna göre hükmünü verir." Dolayısıyla, bu çerçevede olaya baktığımız zaman sorunu biraz daha rahat çözebiliriz.

Uzmanlaşmış yargı meselesi; tabii, bunu tebliğimde yazmadım ama, şu anda aklıma geldi. Bilindiği gibi Rekabet Konseyi Fransız hukukunda da bir idari otorite olarak görülmekte ve nitelendirilmektedir. Fakat ilgili kanunun düzenlemesi gereğince bu idari otoritenin kararlarına karşı Paris İstinaf Mahkemesi'nde dava açılır. Paris İstinaf Mahkemesi, bildiğiniz gibi, adli yargının içinde yer alan bir mahkemedir. Bu düzenlemenin Anayasaya aykırılı iddiası da Anayasa Konseyi'nin önüne getirilmiştir. Anayasa Konseyi şunu söylüyor: "Bizde adli yargı-idari yargı ayrımı söz konusudur, bu anayasallık bloğuna dahildir, bu çerçeve içerisinde, -Fransız Anayasasında idari yargıdan hiç söz etmez, adli yargı hak ve hürriyetlerin koruyucusu gibi gösterilir- biz idari yargıyı Anayasada yazsak da yazmasak da, bizim 1700'lü yıllardan itibaren tarihsel gelişmemiz içerisinde idari yargı sistemi vardır, dolayısıyla asıl olan, idari uyuşmazlıkların idari yargıda çözümlenmesidir. Ancak yasa koyucunun

burada, uyuşmazlığın mahiyetinin özelliği gereğince, doğası gereğince bir idari uyuşmazlığın adli yargı yerlerinde çözümlenmesi tercihini kullanmasına karışmayız, bunun sebebi de, yargının işlevini iyi yerine getirmesidir. Bu çerçevede baktığımız zaman, rekabet hukukuna ilişkin hukuk kurallarının oluşumu özel hukuk menşelidir. Dolayısıyla, özel hukuk menşeli olan kuralları idari makamlar tatbik ediyor diye bunu mutlak surette idari yargıya vermek gerekmez. Bu çerçeve içerisinde yapılan tercihe ben Anayasa Konseyi olarak saygı duyarım. Bu anlamdaki düzenlemenin Anayasaya aykırılığı yoktur. Ancak, Anayasa Konseyi -burada başka bir şey getiriyor- böyle bir tercihi kullanmanın da bir sınırı olduğunu açıkça vurgulamaktadır. Netice itibarıyla idari bir işlem olduğu için, idari yargının davacıya veya taraflara tanıdığı hakları adli yargı düzeninde de tanıman lazım” diyor. Bu çerçevede içerisinde sözü edilen güvence nedir? Bu sorunun cevabı idari işleme karşı yürütmenin durdurulması güvencesidir. Anayasa Konseyi önüne getirilen bu düzenlemede yürütmenin durdurulmasına ilişkin bir hüküm olmadığından, Anayasaya aykırılığına hükmedilmiştir. Bu karardan sonra ne yapılmıştır? Kanun koyucu bu çerçevede hemen bir düzenleme yapmış ve yine Paris İstinaf Mahkemesinin Rekabet Konseyi kararlarının denetlesin demiş ve fakat İstinaf Mahkemesi başkanına, somut olayın mahiyetine göre yürütmenin durdurulması kararı verebilme yetkisini tanımıştır.

Burada rekabet hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların bir uzman mahkeme tarafından çözülüp çözülmeyeceği ayrı bir tartışma konusudur. Orada başka bir tartışma konusu daha söz konusudur. Bu düzenleyici ve denetleyici kuruluşların ilk ortaya çıktıklarında, “quasi juridictionnel”, yarı yargısal mahiyetinden dolayı şöyle bir görüş ileri sürülmüştür: “Bunlar ihtisas komisyonudurlar ve üyelerinin her biri de neredeyse yargıç teminatına benzer teminatlarla donatılmıştır. Hatta Bağımsız İdari Otoritelerin üyelerinin bir kısmı da yargıçlardandır. Bu sebeptendir ki, hem Fransız hem de Türk hukuk sisteminde Bağımsız İdari Otoritelerin üyelikleri için Danıştay’dan, Yargıtay’dan, Sayıştay’dan vesaireden birtakım üyelerin gönderilmesi söz konusudur. Bu üyeler uzman kişilerdir ve yapmış oldukları işler bir uzmanlık ve teknik gerektiren konulardır. Buna ilaveten Bağımsız İdari Otoriteler birde yargı yöntemine benzer usulle süreci işletiyorlar. Öyleyse, bu kararlara karşı yargı yolu kapatılsın, böyle bir yargı yoluna gidilmesin.” Bu argüman ve düşünce hemen Fransa da bir taraftar buluyor ve “doğru” bir açıklama ve düşüncedir deniliyor. Hemen ondan sonra başka bir sorgulamaya ve açıklamaya geçilmiş ve söz konusu görüşün kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Buna göre; “Bağımsız İdari Otoritelerin işlevleri hukuk devletinde diğer idari otoritelerin işlevlerinde olduğu gibi idari bir işlevdir. Dolayısıyla, idari işlev olduğu için, nasıl ki,

idarenin bütün işlemleri yargı denetimine tabidir, Bağımsız İdari Otoritelerin işlevlerinin de yargısal bir denetime tabi olması gerekir.”

Bu çerçevede baktığımız zaman, Rekabet Kurumunun ihtisas kurumu niteliği kuşkusuzdur. İşin esasında yargısal usullere benzer usulleri kullanacak ama burada Rekabet Kurumunun işlemlerini yargı işlevini bertaraf edecek bir düzenleme konusu ederek yargı denetiminden bağışık tutmak, hukuk devleti mantığına uygun düşmez. Ancak, yargılama işlevinde bu ne derecede başarılı gerçekleştiriliyor sorusunun cevabı ayrı bir tartışma konusudur. Teorik anlamda böyle bir yöntem hem normlar hiyerarşisi, hem de hukuk bütünlüğü açısından bana pek uygun gelmiyor.

Bir başka soru; kanunun amaç ve kapsamından hareketle o kanunu uygulamak durumunda olan idarenin düzenleme yapabilme yetkisinin olup olmadığı yönünde. Burada da bir sıkıntı var. Kanunun amaç ve kapsamını çok geniş tutarsanız Anayasanın bir başka hükmünü ihlal edersiniz, yasama yetkinin devredilmezliği ilkesini ihlal edersiniz. O zaman amaç ve kapsamında çok muğlak kelimeler kullanırsanız, anlamı çok geniş bir şekilde olursa Anayasa Mahkemesine takılırsanız; Anayasa Mahkemesi der ki, “burada bir yasama yetkisinin devredilmesi bulunmaktadır.” Öyleyse, o zaman, kanun yapma tekniği açısından bu işin çok belirgin hâle getirilmesi gerekir. Bu çerçeve içerisinde, -az önce Fransa örneğini vermemin arkasında yatan sebep- teknik, ekonomik, mali konulardaki hususlarda yürütmeye otonom bir düzenleme alanı verirsiniz çok daha rahat hareket kabiliyetiniz olur. Aksi takdirde, her şeyi yasamadan beklerseniz sorun yaşanır. Ancak, “bu sorunu da yargı çözsün” dersiniz, o zaman, yargının hukuk yaratması gibi bir yöntem gündeme gelir ve sorun farklı bir mecraya taşınmış olur. Tabii, yargıda hukuk yaratacaktır. Fakat orada başka bir sorun ortaya çıkar: Yargı hukuk yaratırken yasamanın yetkisini kullanacak mı, yargının hukuk yaratmadaki kullanacağı yetkinin sınırı ne olmalıdır? Hiç kuşkusuz yargı yasama yetkisini kullanamaz. Yargının görevi somut olay bazında hukukun ne olduğunu söylemektir. Bunun ötesine geçemez. Nitekim Fransızlar bu anlamda sorunu ikiye ayırıyorlar: Normal yargıçlar “kanunun ağzıdır”, Anayasa yargıcısı ise “Anayasanın ağzıdır” diyorlar. Kanundaki düzenlemenin yorumlanmasını hukuk düzeniniz ve hukukun evrensel prensiplerini dikkate alarak hukuku yaratırsınız. Yoksa siz, herhangi bir düzenleme yokken kanun koyucu gibi bir düzenleme yaparsanız, o zaman da yargıçlar hükümetine gidilir ki, o da istenen bir netice değil.

Bir başka husus: “Yürütme temel hak ve hürriyetlere ilişkin düzenleme yapabilir mi?” Yapamaz. Niçin yapamaz? Anayasanın 13’üncü maddesi gayet sarıh bir şekilde diyor ki, “temel hak ve hürriyetlere ilişkin düzenlemelerin mutlaka kanunla olması lazım.” Söz konusu kanunda da uyulması gereken

ölçütler belirtilmiştir. Buna göre; kanunla da olsa temel hak ve hürriyetin özüne dokunamayacaksın, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olacaksın, ölçülülük ilkesine uyacaksın, laiklik topluma uyacaksın vesaire. Olaya bu çerçevede bakılması gerekir diye düşünüyorum. Atladığım soru var mı bilmiyorum. Varsa beni uyarın. Ben genel anlamda cevaplar verdim.

Oturum Başkanı- Eşitliği bozmama bağlamında, Atay'ın cevaplarına ilişkin sorusu olan varsa alabiliriz.

Yrd. Doç. Dr. Metin İKİZLER- Hocamızdan özellikle şunu öğrenmek istemiştik: Bu yürütmenin yetkisinin genişletilmesine ilişkin yeni düşüncelerde acaba, yargının bu konudaki fonksiyonuyla ilgili bir gelişme var mı? Mesela, biliyorsunuz, şu an bizim uygulamamız şöyle: Yargı özellikle kanunu uygular, kanun eğer Anayasaya uygun değilse Anayasa Mahkemesine başvurur; ama, bir tebliği kanuna uygun görmüyorsa bu tebliği uygulamaz, direkt kanuna göre problemi çözer. Acaba bu genişleme anlayışı çerçevesinde şöyle bir kurum ilerisi için düşünüyor mu; tebliği de mahkeme iptal edemesin, aynen kanunda olduğu gibi, örneğin Danıştay'a başvursun, Danıştay'ın kararına göre tebliği uygulasin ya da uygulamasın gibi bir anlayış var mı?

Doç. Dr. Ender Ethem ATAY- Orada, adli yargıda yer alan mahkemelerin idari bir tasarrufu, olayları uygulaması söz konusu edilmektedir.

Daha önce bizim İdari Yargılama Usulünde “yorum davası” yöntemi vardı. Yorum davası yöntemiyle bu sorun çözülebilirdi; fakat, maalesef yorum davası o kanunun uygulamada olduğu dönemde çok fazla işletilen bir mekânizma olmadığı için onu kaldırdık. Şu anda öyle bir boşluk var. Bundan dolayı biz diyoruz ki, kural olarak idari işlemleri denetleme yetkisi idari yargı yerlerine aittir, fakat adli yargı yerleri, önüne gelen somut uyuşmazlıkla ilgili olarak işlemi iptal etme yetkisi yoktur, fakat işlemin hukuka uygunluğunu değerlendirip, o somut olayla bağlı olmak üzere değerlendirmesini yapabilir. Yorum davasının yürürlükte olduğu dönemdeki gibi sorunun Danıştay'a göndererek, “bu işlem hukuka uygun mudur değil midir” yöntemi yok. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun değişikliğine ilişkin bir Komisyon vardı. O Komisyonda ben, yorum davasının tekrar İdari Yargılama Usulü Kanunu'na konması gerektiğini savundum; fakat pek fazla taraftar bulamadığım için, ilk önce yazıldı, fakat daha sonra çıkardılar. Zaten şimdi o tasarının akıbeti de belli değil. Belki orada böyle bir yöntemle sorun çözümlenebilir diye düşünüyorum.

REKABET HUKUKUNDA
GÜNCEL GELİŞMELER SEMPOZYUMU-VI

4-5 Nisan 2008
KAYSERİ

IV. OTURUM

Oturum Başkanı
İsmail Hakkı KARAKELLE

İsmail Hakkı KARAKELLE (Rekabet Kurulu Üyesi)- Programın bu son oturumunda konuşmacılara söz vermeden önce belirtmek istediğim birkaç nokta var: Birincisi, Ünal Hocayla başladı, o önce bir 40 dakika, sonra 35 dakika dedi, bu oturum için sunuşlar en fazla 30 dakika olsun diyorum. “En fazla”nın altını çiziyorum. Diğer bir deyişle, 30 dakikadan önce bitirene niye bitirdin, biraz daha konuş demeyeceğiz, hatta belki memnun olacağız. Öte yandan, 30 dakika dolmuş ve sunuşunu yapan henüz bitirememişse, eğer cümlelerini toparlamak üzereyse ona müdahale etmeyeceğiz. Ama bazı toplantılarda olduğu gibi 20’nci dakikada, “şimdi esas konumuza gelelim” derse, orada müdahale edeceğiz. Şimdiden onu söyleyelim.

Dünkü oturumlar bakımından izninizle bütün tebliğ sahiplerini ayrı ayrı kutluyorum ve teşekkür ediyorum. Akademik seviyenin ne kadar yüksek olduğu hem tebliğler, hem tartışmalar bakımından herhâlde söz götürmez bir gerçek.

Geçen yılki toplantıda bir vesile söz alıp kürsüye çıktığımda, Ankara’dan buraya geldiğimiz 300 küsur kilometrenin her kilometresine değdi demiştim. Geçen yıl küsuratı bilmiyordum, şimdi öğrendim, 30’muş. Yeni kitaba daha düzgün geçsin diye, şu ana kadarki tebliğler bakımından 330 kilometrenin her kilometresi değdi diyorum. Umuyorum şu andan itibaren de öyle olacak.

Bu oturumumuz enteresan. Niçin enteresan? Sempozyumun 6’ncı yılımızdayız ve iktisatla ilgili, iktisadi analizle ilgili, iktisadi analizin rekabet hukukundaki yeri ve önemine ilişkin ilk oturum. Tabii, dileğimiz, bu oturumların bundan sonra sayılarının artması.

Bir dileğimi de salonla paylaşmak istiyorum, özellikle de, sempozyumların hazırlığında aktif yer aldığını bildiğim için Ayşe Hanımın da duymasını isteyerek. İktisatla ilgili, rekabet hukukunda iktisadın yeriyle ilgili Kayseri sempozyumlarına benzer toplantıların yine periyodik olarak yapılmasına başka bir üniversitemiz talip olabilir. Pamukkale’den arkadaşımız buradaydı. Pamukkale, Çukurova veya herhangi başka bir üniversitemiz böyle bir sempozyuma talip olabilir. Sadece dileğimi söylüyorum. Bu da bir alternatif olarak ortaya çıkabilir. Ama, tabii ki bu, burada da iktisatla ilişkin oturumların yapılmasına engel değil.

Size sevindirici bir haber daha vereyim. Beni kürsülerde, mikrofon arkasında görenler bakımından bu önemli; bu defa önümde mikrofon olmasını hiçbir şekilde istismar etmeyi düşünmüyorum, ondan rahat olabilirsiniz. “Mikrofonu buldu İsmail Hakkı Karakelle, biz onu tanırız, elinden bir daha zor kurtuluruz” diye düşünmeyin, öyle olmayacak, en azından planım böyle. Umarım bu sözüme sadık kalırım.

Programa geçiyoruz. İzninizle bir konuda sizden yetki istiyorum. Eldeki programa göre, ilk iki tebliğ sunulacak, sonra bir çay-kahve arası verilip Erol Hocaya geçeceğiz. Bu konuda bana bir inisiyatif tanınmanızı istiyorum. İki tebliği, -arkadaşlarımla konuşma fırsatı bulamadım, yemekte birlikte değildik- ne kadar sürede sunacaklar bilmiyorum. Bu sözlerimden asla sunuşlarını kısaltmaları yönünde bir şey anlamasın lütfen. Birinci sözüme sadığım, “maksimum 30 dakika” sözüne. Eğer makul bir sürede ilk iki tebliğ biterse izninizle Erol Hocayı da dinleyelim, çay-kahve arasına sonra çıkalım.

Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI- Oylama yapıyorsan...

İsmail Hakkı KARAKELLE (Rekabet Kurulu Üyesi)- Teşekkür ediyorum Hocam. Herkes sizin gibi başını salladı. O zaman daha fazla zaman kaybetmeden sözü, “Sanayi İktisadında Yeni Ampirik Açılımlar” başlıklı tebliğin sahibi Fırat İnceoğlu’na bırakıyorum.

Fırat İnceoğlu’nu merak ediyordum; çünkü adını 2-3 yıldır duyuyorum, fakat bir türlü tanışma fırsatı olmadı. İzak Hocadan duymuştum; Sabancı Üniversitesinde İzak Hocayla çalışıyordu. Bizim 6’ncı dönem uzman yardımcılarımızın derslerinde yer aldı. Belki koşturmaktan bağışlasın kendisi, o dersleri sırasında da bir fırsatını bulup gidip tanışma mümkün olmadı. Adını duyuyordum; buraya gelirken de merak ediyordum. Ekrem’den, Tarkan’dan ricacı oldum beni tanıştırmı diye. Toplantıya başlamadan önce tanışmış oldum. Toplantının âdeti üzerine süratle, hele böyle bir genç akademisyen olunca da özgeçmişinden söz etmek gerekli; tanımayanlar olabilir.

Fırat İnceoğlu lisansını Boğaziçi Üniversitesi İktisat Bölümünde yapıyor ve 99 yılında mezun oluyor. İktisatla ilgili yüksek lisans ve Doktorasını 2004’te Boston Üniversitesinde yapıyor. Tez konusu; Yeni Teknoloji Ürünlerinin Oligopol Piyasalardaki Analizi. 2004’ten bu yana Sabancı Üniversitesi Sanat ve Sosyal Bilimler Fakültesinde çalışıyor. Uzmanlık alanı sanayi iktisadı. Verdiği dersler; Sanayi İktisadı, Ekonometri ve Mikroekonomi. Söz sizin Sayın İnceoğlu; buyurun.

SANAYİ İKTİSADINDA YENİ AMPİRİK AÇILIMLAR

Dr. Fırat İNCEOĞLU*

ÖZET

Ampirik sanayi iktisadında 80'li yılların ortalarından itibaren Ekonometri alanındaki ve bilgisayar teknolojisindeki gelişmelerle beraber çok ciddi atılımlar gerçekleşmiştir. Özellikle talep sistemlerinin tahmininde teori bazlı, giderek daha gelişmiş ve gerçekçi modeller kullanılmaktadır. Firmaların güvenilir olduğu düşünülmemen maliyet ve karlılık verilerinin kullanımına hemen hemen son verilmiş, bu rakamlar piyasa dengesi kavramı ve kar maksimizasyonu varsayımından yola çıkarak hesap edilmeye başlanmıştır. Bu notun amacı Sanayi İktisadı'nın ampirik uygulamalarının son 40-50 yıl içerisinde geçirdiği ciddi değişimi gözden geçirmek ve bu değişimin günümüzde ve gelecekte ekonomi politikası, özellikle de rekabet politikası için ne tip uygulama alanları yarattığına bir ışık tutmaktır.

GİRİŞ

Sanayi İktisadı, sınırlı sayıda iktisadı ajanın (genellikle aynı piyasa içerisindeki firmalar) davranışlarını ve bu davranışların yol açtığı piyasa neticelerini modelleyerek tasvir ettiğinden uygulamalı iktisat alanları arasında Oyun Teorisini ve oyun teorisi araçlarını en yoğun olarak kullanan iktisat alanıdır (Fudenberg ve Tirole, 1989). Sanayi İktisadı alanındaki teorik çalışmalar 1960'lı yılların başlarından itibaren Oyun Teorisindeki gelişmeleri yakın olarak takip edip geliştirilen yeni kavram ve teknikleri analizlerine dahil ederken, ampirik çalışmaların teoriyle olan bağlantısının kurulması oldukça gecikmiştir. Özellikle 80'lerin sonundaki bilgisayar devriminin de sağladığı imkânlar sayesinde giderek daha karmaşık ve teori bazlı ampirik modeller geliştirilmeye ve test edilmeye başlanmış, nasıl oluşturulduğu ve nelere işaret ettiği gibi sorulara net cevaplar verilemeyen indirgenmiş şekil yaklaşımı yerine temelleri iktisat ve oyun teorisine dayanan ve oyuncuların davranışlarını direk olarak modelleyen yapısal ekonometrik metotlara olan talep artmıştır.

Bu notun amacı Sanayi İktisadı'nın ampirik uygulamalarının son 40-50 yıl içerisinde geçirdiği ciddi değişimi gözden geçirmek ve bu değişimin günümüzde ve gelecekte ekonomi politikası, özellikle de rekabet politikası için ne tip uygulama alanları yarattığına ışık tutmaktır. Günümüz rekabet politikasının, Avrupa Birliği (A.B.) ve Amerika Birleşik Devletleri (A.B.D.) gibi

* Sabancı Üniversitesi, Sanat ve Sosyal Bilimler Fakültesi. inceoglu@sabanciuniv.edu

öncü bölgelerde bile, ampirik sanayi iktisadındaki en son gelişmeleri birebir takip edip uyguladığını söylemek güçtür. Bu gecikmenin ana sebepleri olarak giderek artan veri gereksinimleri, karmaşık modelleme ve ekonometrik tahmin metotlarının hem nicelik hem de nitelik açısından yüksek işgücü gereksinimleri (zaman kısıtlaması içerisindeki rekabet otoritesi için özellikle bağlayıcı olan) gösterilebilir.

Ampirik Sanayi İktisadının Tarihsel Gelişimi

İlk Çalışmalar ve Yapı-Davranış-Performans Paradigması

Sanayi İktisadı alanındaki ilk çalışmalar belli başlı sektörlerin çok detaylı örnek olay araştırmalarından ibaretti. Bu çalışmalar çok zaman almaları, az sayıda sektörü kapsamaları ve araştırmayı yapanın belirli sübjektif kriterlerine göre değerlendirmeleri gibi ciddi dezavantajlar içeriyordu. Bain'in (1951) öncü nitelikli endüstriler arası yatay kesit çalışması ile kısa zamanda çok sayıda sektör için objektif kriterlere dayanan bir analiz yapmanın mümkün olduğu görüldü. Bunu takiben 1960'ların başından 1980'lerin ortasına kadar çok sayıda endüstriler arası araştırma yapılmıştır.¹

Literatürde Yapı-Davranış-Performans (YDP) adını alan bu metot, çeşitli sanayi dallarından toplanan benzer verilerin bir araya getirilmesi ile piyasa yapısının firma davranışı, firma davranışının piyasa performansı, ve hem direk hem de önceki iki bağlantı ile dolaylı olarak bir piyasa yapısının o piyasanın performansı üzerindeki varsayılan etkisini ölçmeye yönelik çalışmalar üretti. Burada bahsedilen piyasa yapısı genel itibari ile bir piyasadaki firma sayısı ve yoğunlaşma ile ölçülürken (Herfindahl, CR4 gibi nümerik yoğunlaşma ölçütleri), performans piyasanın sosyal verimlilik açısından ne kadar arzu edilebilir bir seviyede olduğu ile ölçülür. Piyasa performansını değerlendirmek için genelde fiyat, fiyat-maliyet farkları, firmaların karlılık oranları gibi ölçütler kullanılır. Örneğin yüksek karlılık oranları bir piyasanın tam rekabetçi dengeden uzak olduğunu gösterdiği için zayıf piyasa performansı olarak değerlendirilmiştir.

Firma davranışı ise genel olarak piyasa yapısına bağlı, performanstan ise bağımsız olarak görülmektedir. Buna göre, firmaların davranışı herhangi bir piyasa yapısı altında sabittir (örneğin tam rekabetçi fiyatlandırma, uyumlu eylem-kartel oluşturma vs.). Bu varsayımlar altında endüstriler arasındaki yoğunlaşma farkına bakarak piyasa performansının nasıl değiştiği üzerine çıkarımlar yapılmaya çalışılmıştır. Beklenen sonuç daha yüksek yoğunlaşma gözlemlenen piyasalarda performansın daha düşük olması; yani göreceli fiyat-

¹ Bu konuya dair çok detaylı bir inceleme için bakınız Schmalensee (1989).

maliyet farklarının yüksek olması, karlılık oranlarının daha yüksek olması veya genel olarak firmaların piyasa gücünün daha yüksek olmasıdır.

Yaklaşık çeyrek yüzyılı kapsayan bir zaman diliminde yapılan yüzlerce araştırma arasında yukarıda bahsedilenlere yakın sonuçlar elde edenler çıkmakla beraber genel anlamda piyasa yapısı ve performansı arasında ancak zayıf bir istatistikî ilişki bulunmuştur. Piyasa konsantrasyonu ile performansı arasında belli varsayımlar arasında net teorik çıkarımlar yapılabilirken bu çıkarımlar ampirik testlerinin beklenen sonuçları vermemesi kullanılan metodolojinin sorgulanmasına yol açmıştır. Öncelikle, piyasa performansını ölçmek için kullanılan kar veya fiyat-maliyet marjları firmaların kendi açıkladığı maliyet rakamlarına dayanmaktadır. Burada söz konusu sorun öncelikle çoğu maliyet ve kar ölçütünün bahis konusu iktisadi kavramlarla örtüşmediği not edilmiştir.²

Ayrıca firmaların karlılığı arttıkça bazı mali sebeplerden (vergilerde kaçma vs.) karlarını düşük gösterme motivasyonlarının arttığı da yine gözlemlenmiştir. Bu sebeplerden dolayı dışarıdan kolayca gözlemlenemeyen ve denetlenemeyen maliyet (özellikle marjinal maliyet) ve karlılık verilerinin kullanımı konusunda ciddi soru işaretleri ortaya çıkmıştır. Ancak YDP çalışmaları ile ilgili asıl problem firma davranışını verili olarak almalarından kaynaklanmaktadır. İktisat teorisinin açıkça öngördüğü şekilde her nasıl bir piyasanın yapısı performansı ve firma davranışlarını etkiliyorsa, aynı şekilde piyasa performansı ve firma davranışları da piyasa yapısı üzerinde önemli bir etkidir. Bir piyasadaki firma sayısı o piyasadaki aktörlerin (örneğin hâkim durumdaki firmalar) davranışlarına bağlı olabilir. Piyasaya giriş engelleri, uyumlu eylem, hâkim durumun kötüye kullanılması gibi davranışlar piyasa yoğunluğunu direkt olarak belirler. Bu davranışların aynı zamanda piyasanın performansını da etkilediğini göz önünde bulunduracak olursak, bir piyasa performansı ve yapının aslında eşzamanlı olarak belirlendiğini ve piyasa yapısını dışsal bir değişken olarak kullanmanın hatalı sonuçlara yol açabileceğini görmek mümkün olacaktır. Son olarak, her ne kadar birbiriyle alakalı da olsalar farklı endüstrilerin karşılaştırmasından piyasa yapısı ve performansı üzerine genel geçer bulgulara varmanın çok sağlıklı sonuçlar doğurmadığı düşünülmektedir. Piyasalar arası kurumsal farkların aranan ilişkiyi bulandırması çok muhtemel gözükmektedir. Benzeri bir eleştiri de YDP araştırmalarında firma bazında değil am endüstri seviyesinde makro verilerin kullanılmasına yöneliktir. Küçük ve büyük firmaların muhtemel davranış ve üretim teknolojilerinin farklı olacağı beklendiğinden, endüstri ortalamaları üzerinden yorumlarda bulunmak hatalı sonuçlar doğuracaktır.

² Kapital maliyetlerinin ölçümü bu bağlamda en ciddi sorunu teşkil etmektedir. Bkz. (Schmalensee 1989).

Elde edilen (veya elde edilemeyen) sonuçlardan bağımsız olarak YDP metodolojisine yöneltilen eleştirilerin bir başka kaynağı da beklenen sonuçlar elde edilse bile bunların iktisadi açıdan yorumlanmasının zor olmasıdır. Eğer piyasa yoğunluğu ve performansı arasında negatif bir ilişki tespit edilirse (daha yoğun piyasalarda daha zayıf, daha az arzulanır bir performansın gözlemlenmesi durumu) bunun firmaların hâkim durumunun yarattığı ve rekabet politikası tarafından ele alınması gereken bir kusur mu olduğu yoksa piyasaların Schumpeter-vari bir evrimi sonucunda güçlü ve verimli firmaların ayakta kaldığı (ve müdahale gerektirmeyen) bir sonucu mu olduğu net değildir. İkinci durum hâkim durumun verimlilik sinyali verdiği olumlu bir senaryo çizerken ilk durum ise hâkim durumun giriş engelleri veya uyumlu eylem gibi bir piyasa kusuruna işaret etmektedir.

Bu sebeplerden dolayı 80'li yılların başından itibaren YDP yaklaşımı ile yapılan araştırmalar giderek seyrekleşmiştir. Oyun teorisinin sanayi iktisadı modellerine tam olarak yerleşmesinin de etkisiyle firma davranışlarını ve maliyet, kar gibi ölçümü zor değişenleri verili almaktan ziyade modelleyip tahmin etmeye çalışan yapısal bir ampirik anlayış kabul görmeye başlamıştır.

Yeni Ampirik Sanayi İktisadı

YDP yaklaşımının tersine, tek bir veya birbirine benzer az sayıdaki endüstrinin incelendiği bu yeni yaklaşımın temel ilkelerini Bresnahan (1989) şöyle özetler:

- Fiyat-maliyet marjları gözlemlenebilir kabul edilmez; özellikle firmaların marjinal maliyetleri gözlemlenemez. Maliyetler gerektiği takdirde firma davranışı ve piyasalar arası farklardan tahmin edilmeye çalışılır.
- Her bir endüstri kendine has özelliklere sahiptir. Kurumsal farklar firma davranışını olduğu kadar araştırmacının ölçüm tekniğini de etkiler. Bu sebeple bu yeni yaklaşımın uygulayıcıları endüstriler arası karşılaştırmalardan çıkarımlara varmaktan kaçınırlar.
- Firma ve piyasa davranışı tahmin edilecek birer bilinmeyen parametre olarak görülürler. Davranışları modelleyen denklemlerin parametrelerini doğrudan davranışsal açıdan yorumlamak mümkündür.
- Dolayısıyla piyasa gücü tahmini açık temellere dayanmaktadır. Tam rekabetçi piyasa hipotezi eldeki verilerin işaret edebileceği alternatiflerden biridir.

Yeni Ampirik Sanayi İktisadı (YASİ) yaklaşımı indirgenmiş ilişkilerdense, doğrudan iktisat teorisini temel alan yapısal modellere önem verir. Bu sayede yukarıda da belirtildiği gibi modelin tahmin edilen parametrelerinin iktisadi açıdan ne anlama geldiği açık olacaktır. İndirgenmiş denklemlerden oluşan bir modelde ise parametrelerin tahmin edilen değerlerinin hangi iktisadi güçlerin nasıl bir etkileşiminden ortaya çıktığı açık değildir.

Tam rekabetçi olmayan piyasalardaki etkileşimleri incelemek için gereken üç ampirik temelden bahsedilebilir (Akerberg v.d. 2006): 1. Piyasa talep sistemlerinin tahmini, 2. Üretim fonksiyonu tahmini, ve 3. Uzun vadeli yatırımların dinamik etkilerinin tahmini. Bu çalışmada modern ampirik sanayi iktisadının temel taşlarını oluşturan bu konulardan piyasa talep sistemlerinin modellenmesi ve tahmini detaylı şekilde ele alınacaktır. Tam rekabetçi olmayan piyasaların gelişimini analiz etmek ve olası politikaların etkilerini çözümlmek için yukarıda sayılan ampirik temellere ek bilgiler gerekmektedir. Bunlardan en önemlileri ele alınan piyasaya en uygun denge kavramının ne olduğu ve ekonomik model neticesinde ortaya çıkması olası dengeler arasından hangisinin seçileceğidir. Bu çalışma, farklı denge kavramları arasındaki veya çoklu denge durumundaki seçim metotlarına değinmeyecektir.³

Talep Sistemleri Tahmini

Talep fonksiyonu tahminlerinin kullanım alanları çok çeşitlidir. Her şeyden önce bir piyasada, maliyetleri doğrudan etkileyemeyen her türlü değişikliğin karşılaştırmalı bir analizinin yapılabilmesi için talep sistemlerinin tahminine ihtiyaç vardır (örneğin rekabet düzeyindeki bir değişim). Değişimin statik bir analizi için genellikle rekabetin şekli üzerine bir varsayım yapmak gerekir (çoğunlukla fiyat veya üretim miktarları üzerinden bir Nash dengesi). YASİ yaklaşımının teorik temellere dayanması firmaların kar maksimizasyonu hipotezi altında üretim maliyetlerinin hesaplanmasına olanak tanımaktadır. Özetle, bir Nash fiyat dengesi altında firmaların marjinal geliri marjinal maliyetlerine eşit olacaktır. Marjinal gelir de denge fiyatı artı talep parametrelerinin bir fonksiyonu olarak hesaplanabilir. Böylece elde edilen marjinal maliyetler talep fonksiyonu ve Nash dengesi varsayımı ile birlikte piyasadaki değişiklik sonrası durumun (yeni dengenin) hesaplanmasına olanak tanır.

Talep fonksiyonu tahminlerinin bir diğer uygulama alanı ise özellikle regülasyon altındaki piyasalardaki (telekomünikasyon, elektrik, sağlık vs.) fiyat ve benzeri kontrol mekanizmalarındaki değişikliklerin değişik demografik, gelir

³ Ampirik sanayi iktisatçıları ya da genel anlamda ekonometriciler, bu konulara yeni el atmaktadırlar. Detaylı bir özet için bkz. Akerberg v.d. (2007)

veya coğrafi grupların tüketici refahı üzerindeki etkisini ölçmektir. Temsili tüketici davranışı üzerinden hareket eden toptan talep tahminleri bu detaylı incelemenin yapılmasına olanak vermemektedir.

Son olarak talep fonksiyonlarının tahmin edilmesinin sanayi iktisadı konuları bağlamındaki bir kullanımı da yeni ürün ve malların sosyal refaha olan katkısını ölçmektir. Talep tahminleri firmaların piyasaya yeni ürün sokma ve var olan ürünlerini geliştirme kararlarını analiz etmek için olduğu kadar reklam veya kalite gibi tüketici tercihlerini doğrudan etkileyen faktörlerin de analizinde önemli bir rol oynamaktadır.

Yakın bir zaman değin (YASİ yaklaşımının büyük ölçüde benimsenmesine dek) talep sistemlerinin tahmini, temsili tüketicinin davranışını taklit eden ve topyekûn piyasa verilerini kullanan araştırmalara dayalıydı. Toplam tüketim miktarının ortalama fiyatlara regresyonundan talep fonksiyonunun parametreleri tahmin edilmeye çalışılıyordu. Bu analizlerin en ciddi handikapı tahmin edilen talep fonksiyonlarının sadece o piyasa için açıklayıcı olmasıdır. Bu tip ortalama talep tahminlerinin yerini alana mikro-davranışsal modeller ise (Pakes 1986) tüketicilerin gelir, yaş, hane halkı sayısı gibi özelliklerinin dağılımını talep fonksiyonu hesabının içine entegre etmektedir. Bu sayede aynı yapı ve metodu farklı piyasalarda (tüketicilerin gelir dağılımları farklı olan piyasalarda) veya aynı piyasa için farklı zamanlarda kullanmak mümkün olmaktadır. Heterojen tüketici modellerinin bir diğer avantajı da daha önce belirtildiği üzere piyasadaki içsel değişikliklerin veya iktisadi politikaların değişik tüketici gruplarının refahı üzerindeki etkilerini inceleme imkanı vermesidir.

Bunlara ilaveten, talep sistemlerinin ölçülmesinde eski tip metotların kullanımında ortaya çıkan ve yeni bir yaklaşıma gitme ihtiyacı yaratan önemli bir sorun daha vardır. Bu sorun eski tip modellerin tüketici tercihlerini piyasadaki ürünlerin özellikleri üzerinden değil doğrudan doğruya ürünlerin kendileri üzerinden ifade etmelerinden kaynaklanmaktadır. Ampirik bir araştırmada incelenen piyasaların çoğunda birbirine ikame olan çok sayıda ürün bulunmaktadır. Bu nedenle, talep sisteminin ürünler cinsinden kurulması tahmin edilmesi gereken aşırı fazla parametre ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Basit bir örnekle, J adet ürünün olduğu bir piyasada j ürününe olan talep J adet ürünün fiyatlarının ve gelirin bir fonksiyonu olacaktır. Böyle bir talep sisteminde tahmin edilmesi gereken parametre sayısı (J^2) var olan veritabanının altından kalkabileceğinin muhtemelen ötesinde olacaktır. Yakın zamanda böyle bir talep sisteminin ve öngördüğü talep esnekliklerinin tahmin edilebilmesine yönelik iki farklı yöntem önem kazanmıştır.

Bu metotlardan ilki Berry (1994) ve Berry, Levinsohn, Pakes (1995) ile yaygınlık kazanan "ürün özellikleri" yaklaşımıdır. Bu yaklaşımın ana prensibi tüketici tercihlerini ve dolayısıyla talebini ürünlerin özellikleri cinsinden modellemektir. Örneğin, bir tüketicinin herhangi bir arabayı tüketmekten elde edeceği net artık bu arabanın fiyatı, motor gücü, ağırlığı gibi özelliklerine bağlı olacaktır. Böylece her bir arabaya olan talep aynı değişkenlerle açıklanacağından tahmin edilmesi gereken parametre sayısı toplam özellik sayısı ile sınırlıdır. Son 10-15 yılda bu alanda yapılan çalışmalar giderek daha zengin ve gerçekçi ikame olanaklarının modellenmesini sağlamıştır. Bu gelişmeler arasında heterojen tüketicilerin farklı ürün özelliklerini farklı değerlendirmeleri özel olarak belirtilebilir. Ayrıca bu yaklaşım kesikli seçim (discrete-choice) tekniklerindeki gelişmeler sayesinde tüketicilerin bir veya birkaç adet talep ettikleri ürünlere olan talebi modellemekte de ciddi aşamalar kaydedilmesini sağlamıştır.

Aşırı parametre sayısı engelini aşmak için geliştirilen ikinci tip yöntem ise Hausman, Leonard ve Zona (1994) tarafından sunulan çok-aşamalı bütçeleme yöntemidir. Bu yöntemde göre ürünler öncelikle belirli özelliklerine göre çeşitli alt gruplara ayrılırlar. Örneğin, otomobil piyasasında her bir araba spor, sedan ve hatchback sınıflarına ayrılabilir. Daha sonra talep üç aşamada tahmin edilir. Öncelikle her bir grup için ayrı bir talep fonksiyonu tahmini yapılır. Ürünlerin üç gruba ayrıldığı deminki örneğe devam edecek olursak spor arabalar ayrı bir piyasa gibi ele alınıp fiyat esneklikleri hesaplanır. Bu aşamada hesaplanması gereken parametre sayısı (ürünler alt gruplar arasında eşit dağılımı) $(J/3)^2=J^2/9$ olacaktır. Daha sonra ürüne yapılan toplam harcamanın alt gruplar arasındaki dağılımı (gruplar-arası talep esneklikleri) tahmin edilir. Son olarak da ürünün kendi (alt seviyelerdeki sonuçlardan hesaplanan) fiyat endeksine olan esnekliğinin ölçüldüğü topyekun talep tahmini yapılır. Çok-aşamalı bütçeleme yöntemi tahmin edilmesi gereken parametre sayısını azaltırken bazı kuvvetli varsayımların yapılmasını gerektirir. Bunların başında farklı alt gruplardaki ürünlerin ikamelik oranlarına getirilen kısıtlamalar ve ürünlerin gruplara ayrılmasındaki subjektivite vardır.

Yukarıda bahsedilen iki yöntemden "ürün özellikleri" yaklaşımının hem daha esnek bir modellemeye izin vermesi, hem de tamamen ekonomik teoriye dayalı olarak geliştirildiğinden piyasa yapısındaki değişiklikleri modelin içine daha düzgün bir biçimde yerleştirebildiğinden ampirik iktisatçılar tarafından giderek daha çok tercih edildiği gözlemlenmektedir. Özellikle dinamik talep sistemleri modellerinin önem kazanmaya başlaması işe bu yöntemin daha da öne çıkacağını söylemek mümkündür.

Rekabet Politikasına Olası Katkılar

Bir rekabet otoritesinin ele aldığı herhangi bir vakada ilk vermek isteyeceği karar ilgili ürün pazarının tanımı ve sınırları olacaktır. İki firmanın birleşme talebini değerlendirirken veya hâkim durumda olduğu iddia edilen bir firmanın davranışlarını incelerken, rekabet otoritesi ilgili ürünün diğer kaç ürünle ve ne derecede ikame olduğunu tespit etmek durumundadır. Yukarıda bahsi geçen yöntemlerle tahmin edilen bir talep fonksiyonu (veya sistemi), piyasa dengesi hakkında yapılacak bir varsayımla hem ürünler arası fiyat esnekliklerinin hem de firmaların marjinal maliyetlerinin hesaplanmasını sağlayacaktır. Böylece bahis konusu firma (veya bir birleşme durumunda firmalar) için bir "tekel testi" geliştirilebilir. Basitçe, firmanın bir ürününün fiyatını diğer firmaların tepkisinden bağımsız olarak ufak ama belirgin bir miktar arttırmak isteyip istemeyeceğine bakılabilir.

Daha genel olarak bakacak olursak, ampirik sanayi iktisadı yöntemlerindeki hızlı gelişim sayesinde rekabet otoritelerinin piyasa tanımı ve yoğunluk değişimi odaklı analizlerden, daha iktisadi temellere dayanan, rekabet ve sosyal refah etkilerinin direk olarak modellenmesine dayanan yöntemlere başvurması mümkündür. Talep ve maliyet fonksiyonlarının tam ölçekli bir tahmini neticesinde, elde edilen yapısal parametreler ile örneğin bir birleşme neticesinde fiyatların alacağı seyir, veya varsayılan bir uyumlu eylem altında firmaların hangi fiyatları seçeceği simülasyon alıştırmaları ile taklit edilebilir.⁴

Özetle, tahmin edilen talep ve maliyet fonksiyonları kar maksimizasyonu varsayımı altında firmaların yeni optimal stratejilerinin belirlenmesini sağlayacaktır. Buradan hareketle, olası yapı veya davranış değişikliğinin tüketici ve sosyal refah sonuçlarını hesaplamak mümkündür.

Bu tip bir yöntemin kullanılmasında akılda tutulması gereken birkaç nokta vardır. İlk olarak, simülasyon sonuçlarının güvenilirliği her şeyden önce talep ve maliyet tahminlerinin doğruluğuna bağlıdır. Bu tahminlerin yapılmasına olanak veren parametrik varsayımlar sonuçları önemli ölçüde etkileyebilirler. İkincisi, elde edilen bulgular genellikle firmaların davranışlarının değişmediği varsayımı altında geçerlidir. Örneğin, iki firmanın birleşmesinin fiyatlar üzerindeki etkisini taklit etmeye çalışan bir alıştırma birleşme sonrası piyasadaki rekabet düzeyinin aynı kalacağı varsayımını içerir. Halbuki birleşmelerin dolaylı bir etkisi olarak firmaların ortak hareket kapasitelerinin ciddi olarak arttığı söylenebilir. Son olarak, piyasa yapısının veya firma davranışlarının değişmesinden fiyatlandırma harici değişkenlerin de etkilenmesi beklenir.

⁴ Özellikle birleşme simülasyonları üzerine detaylı bir değerlendirme için bkz. Whinston (2006).

Ancak şu ana değin bu tip simülasyon çalışmalarında piyasaya giriş, kapasite seçimi, Ar-Ge yatırımları gibi stratejilerin tepkisi hesaba katılmamıştır.

Peters (2003) bu simülasyon yöntemlerinin daha önce gerçekleşmiş altı adet havayolu birleşmesinin fiyatlar üzerindeki etkilerini ne derece tahmin ettiklerini test etmiştir. Birleşen firmaların ortak fiyat belirlediği durumdaki optimal fiyatlarını tahmin ederek birleşmenin fiyatları ne kadar artırdığına bakar ve bunları gerçek fiyat değişimleriyle karşılaştırır. Tablo 1'deki sonuçlara bakılacak olursa, birleşmelerin fiyatlar üzerindeki etkilerinin sınırlı bir başarıyla tahmin edilebildiği görülür (sütün 2 tahmin edilen değişiklik, sütün 4 ise gerçek fiyat değişikliğini gösteriyor).

Birleşme	Tahmin %	MM değişim %	Gerçek Değişim %
NW-RC	19.8	-10.1	7.2
TW-OZ	20.8	-1.0	16.0
CO-PE	6.4	20.5	29.0
DL-WA	7.6	6.0	11.8
AA-OC	4.7	7.6	6.5
US-PI	12.7	6.7	20.3

Kaynak: Peters (2003)

Peters daha sonra gözlemlenen fiyatların marjinal maliyetlerdeki nasıl bir değişim ile tutarlı olduğunu hesaplamış ve marjinal maliyetlerdeki olası değişimi de hesaba katınca birleşme sonrası fiyatları tekrar tahmin etmiştir. Tablo 1'deki üçüncü sütündeki değerler, marjinal maliyetlerdeki değişimin fiyatlar üzerindeki etkisi göstermektedir. Görüldüğü üzere birleşme ile maliyetlerin düşmesi hipotezi ile birleştirilince simülasyon sonucu elde edilen net fiyat değişimi gerçek değerlere çok daha yaklaşmıştır.⁵

Sonuç ve İleriye Dönük Gelişmeler

Ampirik sanayi iktisadında 80'li yılların ortalarından itibaren Ekonometri alanındaki ve bilgisayar teknolojisindeki gelişmelerle beraber YASİ yaklaşımının kabul görmeye başlaması ile çok ciddi atılımlar gerçekleşmiştir. Özellikle talep sistemlerinin tahmininde teori bazlı, giderek daha gelişmiş ve gerçekçi modeller kullanılmaktadır. Firmaların güvenilir olduğu düşünülmeyen maliyet ve karlılık verilerinin kullanımına neredeyse son verilmiş, bu rakamlar

⁵ Fiyatlardaki değişime alternatif bir açıklama olarak birleşme sonrası, marjinal maliyetler yerine firma davranışındaki bir farklılaşmadan bahsetmek mümkündür. Bu iki hipotezi birbirinden ayırmak şu aşamada mümkün gözükmemektedir.

piyasa dengesi kavramı ve kar maksimizasyonu varsayımından yola çıkarak hesap edilmeye başlanmıştır.

Şu aşamada, ampirik sanayi iktisadında son yıllarda ciddi bir ilgi gören ve ileride yaygın olarak kullanılması beklenen yöntemler olarak dinamik modellerin tahmini ile yarı-parametrik ve parametrik olmayan talep sistemleri veya üretim fonksiyonlarının tahmini gösterilebilir. İlk tip araştırmalar, piyasa ve söz konusu ürünün doğası gereği, firma ve tüketicilerin kararlarını tek aşamalı (statik) olarak değil, şu anki ve gelecek kazanımlarını içeren dinamik bir optimizasyon sonucu aldıklarını esas alır. Firmaların yatırım kararlarını, tüketicilerin dayanıklı mallara olan taleplerini, standart veya teknoloji yarışlarını incelerken iktisadi ajanların kararlarını dinamik bir mekanizmanın ürünü olarak verdiklerini göz ardı etmek tahminlerin güvenilirliğini düşürmektedir. Dinamik modellerin tahmininde şu an için görülen darboğaz bu modellerin çok ciddi bilgisayar işlem gücü ve zaman gereksinimleridir.

Yarı-parametrik veya parametrik olmayan modelleme ve tahmin yöntemleri talep sistemi, üretim fonksiyonu ve benzeri iktisadi ilişkilere getirilen ve çoğu zaman kolaylık sağlamaktan başka bir açıklaması bulunmayan parametrik kısıtlamalardan (örneğin doğrusal veya logaritmik denklemler) kaçınmak için geliştirilmiştir. Şu anda çok yaygın olarak kullanılmasa da hali hazırdaki birkaç uygulama gelecek için umut vaat etmektedir. Bu tahmin yöntemleri de dinamik modeller gibi bilgi işlem kapasitesi artıkça daha yaygın kullanılmaya başlayacaktır. Ancak parametrik kısıtlamalara gitmemenin dezavantajı olarak bu tip serbest tahmin yöntemlerinin çok yüksek veri gereksinimleri görülmektedir (bu yöntemlerin verimliliği gözlem sayısı ile çok ciddi anlamda artmaktadır).

KAYNAKLAR

- Akerberg, D., L. Benkard, S. Berry, A. Pakes (2007). "Econometric Tools for Analyzing Market Outcomes." In Heckman, J.J. (Ed.), *Handbook of Econometrics*, Elsevier Amsterdam.
- Bain, J.S. (1951). "Relation of Profit Rate to Industry Concentration: American Manufacturing, 1936-1940," *Quarterly Journal of Economics*, 65, 293-324.
- Berry, S., J. Levinsohn, and A. Pakes (1995). "Automobile Prices in Market Equilibrium," *Econometrica*, 63(4), 841-890.
- Berry, S. T. (1994). "Estimating Discrete-Choice Models of Product Differentiation," *RAND Journal of Economics*, 25 (2), 242-262.
- Fudenberg, D., J. Tirole (1989). *Game Theory*, MIT Press.
- Hausman, J., G. Leonard, J.D. Zona. (1994). "Competitive Analysis with Differentiated Products," *Annales D'Economie et de Statistique*, 34, 159-180.
- Pakes, A. (1986). "Patents As Options: Some Estimates of the Value of Holding European Patent Stockes," *Econometrica*, vol. 54, pp. 755-784.
- Peters, C. (2003). "Evaluating the Performance of Merger Simulation: Evidence from the U.S. Airline Industry," Working Paper #32, Northwestern University, Center for the Study of Industrial Organization
- Scmalensee, R. (1989). "Inter-Industry Studies of Structure and Performance." In Scmalensee, R. ve R.D. Willig (Eds.) *Handbook of Industrial Organization* Vol. 2, Elsevier, Amsterdam.

İsmail Hakkı KARAKELLE (Rekabet Kurulu Üyesi)- Biz de Sayın İnceoğlu'na teŖekkür ediyoruz.

Ŗimdi sözü bir Rekabet Uzmanına, Ekrem Kalkan'a veriyorum. Ekrem Kalkan bize, “Talep Esnekliklerinin Rekabet İktisadındaki Önemi ve Bazı Tahmin Yöntemleri” başlıklı bir tebliğ sunacak. Ekrem Kalkan 1997 yılında ODTÜ İktisat Bölümünü bitirmiş. 97'de Kurumumuzda Rekabet Uzman Yardımcısı olarak başladı. Ancak, 2000 yılında ücretsiz izin alarak Kanada'da, Montreal'de “Türk İmalat Sanayi Sektöründe Rekabet Yoğunluğunun Ölçülmesi” konulu çalışmasıyla yüksek lisans programını tamamladı. 2002 yılında, “Yatay Birleşmelerin Değerlendirilmesinde İktisadi Tekniklerin Kullanılması” konulu bir uzmanlık teziyle Kurumumuzda Rekabet Uzmanı oldu.

Hâlen ODTÜ Doktora programına devam ediyor. Epeyce kolayladığı sanıyorum. Kolayladığı konusunda umuyorum yanılmıyorum. Hâlen 2'nci Dairemizde Uzmandır. Söz sizin Sayın Kalkan; buyurun.

TALEP ESNEKLİKLERİNİN REKABET İKTİSADINDAKİ ÖNEMİ ve BAZI TAHMİN YÖNTEMLERİ

Ekrem KALKAN⁶⁹⁴

Rekabet Uzmanı

ÖZET

Talep esnekliği, iktisat biliminin hemen her alanında teorik ve ampirik çalışmalarda sıkça yer alan bir kavramdır. Rekabet hukukuyla ilgili iktisadi analizlerde ise, özellikle pazar tanımı yapılması, pazar gücünün tespiti, birleşme/devralmaların etkilerinin incelenmesi, rekabet ihlallerinden doğan zararların tahmini gibi konularda talep esnekliklerinin hem varsayımsal seviyeleri üzerinden değerlendirmeler yapılmakta hem de ampirik olarak tahmin edilen değerleri karar vericilerin değerlendirmelerine sunulmaktadır. Ancak talep esnekliklerinin özellikle ekonometrik yöntemlerle tahmin edilmesi hem yeterli yöntem bilgisi hem de veri gereklilikleri sebebiyle oldukça kapsamlı çalışmalar gerektirmektedir. Bu yazıda, talep esnekliklerinin ekonometrik olarak tahmin edilmesi amacıyla geliştirilen bazı modellerin değerlendirilmesi ve talep esnekliklerinin rekabet hukuku uygulamalarındaki rolü hakkındaki bazı fikirlerin açıklanması amaçlanmaktadır. Somut olarak ise SSNIP testi ve birleşme simülasyonuna ilişkin bazı sayısal örneklere yer verilecektir.

1. GİRİŞ

Rekabet hukuku ile iktisat bilimi arasındaki ilişki iki temel başlıkta irdelenebilir. Birincisi, iktisat biliminin, toplumların bir rekabet yasasına sahip olmalarını gerektiren iş dünyası davranışlarının neden ve sonuçlarını teorik anlamda açıklama çabasıdır. Tarihsel süreç açısından bakıldığında, özellikle A.B.D.’de rekabet ihlallerinin zararları sonuçları toplumsal seviyede hissedildiği ve rekabet yasaları için kamuoyu oluştuğu dönemlere neredeyse eş zamanlı olarak iktisat bilimi tarafından bu davranış biçimlerinin teorik düzeyde analizleri yapılmaya başlanmıştır. Başlangıçta Marshall, Walras, Cournot gibi bilim adamlarının çalışmalarıyla başlayan ve ilerleyen yıllarda yapılan katkılarla

⁶⁹⁴ Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi ile Rekabet Kurumu tarafından ortaklaşa düzenlenen “2008 VI. Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu” yöneticilerine beni sempozyuma konuşmacı olarak davet etmelerinden ötürü teşekkürlerimi sunarım. Yazıda ve sunuşta ileri sürülen görüşler –hatalarıyla beraber- tamamen şahsıma ait olup, Rekabet Kurumu’nu bağlayıcı nitelikte değildir. Ayrıca, yazının hazırlanması aşamasında her zaman olduğu gibi yardımını esirgemeyen Dr. Serdar Dalkır’a teşekkür ederim.

kartel, tek el, eksik rekabet, stratejik davranış gibi konularda geliştirilen teorik açıklamalar, rekabet hukukunun iktisadi gerekçelerini ortaya koymuştur. Rekabet hukuku ile iktisat arasındaki ikinci temel ilişkisi ise, daha pratik düzeyde iktisadın, hukuki karar süreçlerine iktisadi analizlerle katkı sağlama çabaları bağlamında ortaya çıkmaktadır. İktisadın bu ikinci ilişki çerçevesinde sağladığı destek, özellikle ampirik analizlerle gündeme gelmektedir.

Rekabet hukuku uygulamalarında iktisadi analize duyulan ihtiyaç son 10 yılda ABD ve AB’de açıkça vurgulanmakta ve kurumsal yapılanma bu yönde geliştirilmektedir. Bu hususun en belirgin örneklerini, 1997 tarihli A.B.D. Yatay Birleşme Rehberi ile AB’nin 139/2004 sayılı Yoğunlaşma Tüzüğü’nde ve 82. madde hakkındaki Tartışma Metni’nde görmek mümkündür.

Rekabet hukuku değerlendirmelerinde sıklıkla rastlanan iktisadi kavramlardan birisi “talep esnekliği” kavramıdır. Bir piyasanın genel talep esnekliği, veya bir firmanın kendi talep esnekliği ya da çapraz talep esnekliği gibi değişik türleri de olan bu kavram, rekabet hukukunun temel konuları olan pazar gücü ve pazar tanımı gibi hususlarda teorik ve ampirik bir değerlendirme kriteri oluşturmakta ve karar vericiler için önemli bir araç olmaktadır.

Bu yazıda öncelikle talep esnekliklerinin rekabet hukuku analizlerinde, özellikle pazar tanımı, hakim durumun tespiti, birleşme işlemlerinin etkilerinin tahmin edilmesi gibi hususlarda sağladığı analitik çerçevenin ana hatlarına yer verilecektir. Talep esnekliklerinin bir analiz aracı olarak kullanıldığı bir diğer alan ise son dönemlerde rekabet iktisadı literatüründe gelişmekte olduğunu takip ettiğimiz “rekabet ihlallerinden doğan zararların tahmin edilmesi” alanıdır. Ancak, talep esnekliklerinin bu konudaki kullanımları yazının kapsamı dışında tutulmuştur.

Yazının izleyen bölümlerinde ise talep esnekliklerinin ampirik olarak tahmin edilmesi amacıyla kullanılan ekonometrik modellerin bazıları izah edilmeye çalışılacaktır. Elbette ekonometrik modeller, üzerinde çalışılan konuların özelliklerine göre farklılaşabilmekte ve ampirik gereklilikler çerçevesinde değişik uygulamalara konu olabilmektedirler. Tebliğ’de izah edilmeye çalışılan modeller ise konuların özelliklerinden arındırılmış halleriyle sunulacaktır.

Çalışmanın son bölümünde ise, yatay birleşme işlemlerinin fiyatlar üzerine olan etkilerinin değerlendirilmesinde talep esnekliklerinin ne şekilde ele alınacağını göstermeye yönelik bir “birleşme simülasyonu” örneğine yer verilecektir. Bu bölümde, tarafımızca yapılacak olan simülasyon çalışmasına bir girdi olarak girecek olan talep esneklikleri için literatürde daha önceden belli bir

piyasaya yönelik olarak başka yazarlarca tahmin edilmiş olan değerler kullanılacaktır.

2. TALEP ESNEKLİĞİ TANIMLARI

Bir ürünün “kendi talep esnekliği”, söz konusu ürün fiyatındaki %1’lik değişimin ürüne olan talepte yüzde kaç değişikliğe yol açacağını ifade etmektedir. Matematiksel olarak şu şekilde gösterilebilir:

$$\varepsilon_i = \frac{\partial q_i}{\partial p_i} \frac{p_i}{q_i}$$

Ürünler arasındaki “çapraz talep esnekliği” ise bir ürünün (i) fiyatındaki %1’lik fiyat değişiminin diğer ürünlere (j) olan talepte yüzde kaçlık değişikliğe yol açacağını göstermektedir ve şu şekilde ifade edilebilir:

$$\varepsilon_{ji} = \frac{\partial q_j}{\partial p_i} \frac{p_i}{q_j}$$

Bazı ürünlerin toplamından oluşan belli bir piyasa söz konusu olduğunda “ürün talep esnekliği” yerine “piyasanın talep esnekliği” kavramından bahsetmek mümkün olacaktır.

$$\varepsilon = \frac{\partial q}{\partial p} \frac{p}{q}$$

3. PAZAR GÜCÜNÜN TESPİT EDİLMESİNDE TALEP ESNEKLİKLERİNİN YERİ

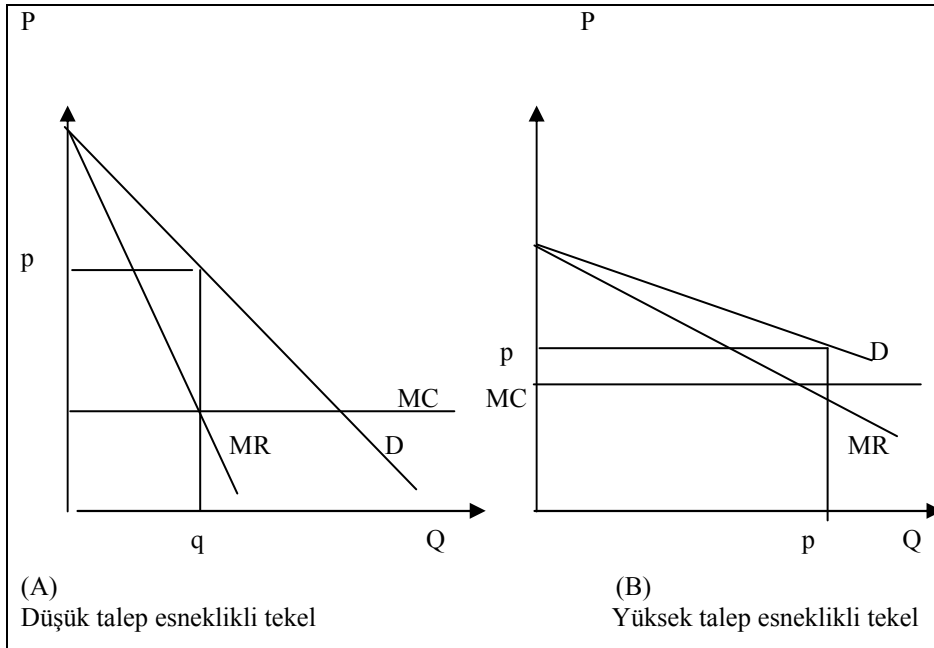
İktisat literatüründe “pazar gücü”, bir teşebbüsün fiyatlarını rekabetçi seviyelerden (örn. marjinal maliyetlerinden) yukarıda belirleyebilme yeteneği, imkanı veya kapasitesi olarak tanımlanmaktadır. Bu anlamda “pazar gücü” kavramı rekabet politikasının en temel kavramlarından birisini oluşturmaktadır.

Hukuki sonuç doğuracak bir karar verilmeden önce belirli tespitler ışığında bir teşebbüsün “hakim durumda” olup olmadığına karar verilmesi gerekmektedir. Nitekim, bir teşebbüsün hakim durumda olması halinde yapılacak değerlendirmeler ile hakim durumda olmaması halinde yapılacak değerlendirmeler çok farklı sonuçlar verebilecektir. İlgili teşebbüsün “pazar gücünün” seviyesinin bir ölçüm veya tahmin sonucu belirlenebilmesi bu teşebbüsün hakim durumda bulunup bulunmadığını tespit etme açısından önemli bir değerlendirme kriteri olarak önem kazanmaktadır.

Hakim durum tespiti yapılırken çoğu zaman öncelikli kriter olarak teşebbüslerin pazar payları dikkate alınmaktadır. Ancak, “pazar payı” herhangi bir sebepten dolayı çok yüksek olan bir teşebbüsün, ekonomik pazar gücünün görece zayıf olduğunun gösterilmesi durumunda söz konusu teşebbüsün hakim durumda bulunmadığı şeklinde bir tespitin yapılabileceği durumlar da söz konusu olabilir. Örneğin, bir piyasada %90 pazar payına sahip bir teşebbüs, sattığı ürünün niteliği, müşterilerinin talep yapısı (çok esnek talep) ya da piyasanın özellikleri (girişlere açıklığı vb.) gereği ciddi anlamda pazar gücüne sahip olmayabilir. Bu durumda ilgili teşebbüs hakkında hakim durum tespit yapılmadan önce “pazar gücü” anlamında bir ölçümün yapılması gerekli ve faydalı olacaktır.

Pazar payı kriterinin hakim durum tespiti yaparken yetersiz kalabileceği bir duruma örnek olarak aşağıdaki grafik incelenebilir. Her iki şekilde de izah edilmeye çalışılan firmaların 100% pazar payına sahip tekel niteliğinde firmalar olduğu varsayalım. (A) şeklindeki firma, sahip olduğu düşük talep esnekliği sayesinde fiyatlarını marjinal maliyetlerinden oldukça yüksek seviyelerde belirleyebilirken, (B) şeklindeki tekel firma, yüksek talep esnekliği sebebiyle fiyatlarını (A) firması kadar yüksek marj içerecek şekilde belirleyememektedir.

Grafik 1: Talep Esnekliği ve Pazar Gücü İlişkisi



Bu şekillerden de görüleceği gibi, pazar gücü kavramı ile piyasanın talep esnekliği arasında doğrudan bir bağlantı bulunmaktadır. Bu bağlantı matematiksel bir ifade ile Lerner endeksi (LI) vasıtasıyla gösterilebilir. Lerner endeksi, fiyat ile marjinal maliyet arasındaki oranı ifade etmektedir. Bir firmanın homojen ürünler ürettiği ve rakipleri ile üretim miktarı üzerinden rekabet ettiği varsayımı altında karını maksimize ettiği noktada, firmaya ilişkin Lerner endeksi, firmanın pazar payı ve piyasa talep esnekliği arasındaki orana eşit olacaktır.

$$LI_i = \frac{p_i - mc_i}{p_i} = \frac{s_i}{\varepsilon} \quad (1)$$

s_i : i firmasının pazar payı

ε : pazarın genel talep esnekliği

p_i : i firmasının fiyatı

mc_i : i firmasının marjinal maliyeti

Dolayısıyla, bir firmanın pazar payının yüksek olması halinde bile, pazarın talep esnekliğinin yüksek olması durumunda yüksek pazar gücüne sahip olmayabileceği öngörülebilir.

İlgili pazarın genelindeki toplulaştırılmış pazar gücüne ilişkin bir endekse (L) ise pazardaki teşebbüslere ait Lerner endekslerinin pazar payları ile ağırlıklandırılmış şekliyle toplanması sonucunda ulaşılabileceği mümkündür.

$$L = \sum_{i=1}^n s_i L_i = \sum_{i=1}^n s_i \frac{s_i}{\varepsilon} = \frac{HHI}{\varepsilon} \quad (2)$$

HHI : Herfindahl-Hirschman Endeksi

HHI, ilgili pazardaki teşebbüslerin pazar paylarının yine kendi pazar payları ile ağırlıklandırılarak toplanması sonucunda elde edilen bir yoğunlaşma endeksidir.

Yukarıda yer verilen (1) ve (2) numaralı eşitlikler kullanılarak, firma düzeyinde pazar gücünün bir tahminin yapılması mümkün olabilecektir. Bu tahmini yapabilmek için, endüstri seviyesindeki Lerner endeksi (L) ve pazardaki teşebbüslerin pazar paylarının bilinmesi yeterlidir.

Firma düzeyinde pazar gücünün tahmin edilmesine yönelik bir çalışma aşağıdaki örnek çerçevesinde incelenebilir. Literatürdeki bazı çalışmalara

göre⁶⁹⁵, endüstri seviyesindeki Lerner endeksinin (L) ekonometrik olarak tahmin edilmesi aşamasında firma düzeyinde verilere ihtiyaç olmadığı bilinmektedir. Endüstri seviyesinde Lerner endeksinin tahmini için zaman serisi halinde; endüstri seviyesinde,

- kapital stoğu (K) ya da bunun mümkün olmadığı durumlarda sabit sermaye yatırımları (I) veya enerji tüketimi,
- çalışanlara yapılan ödemeler (L)
- ara girdilere yapılan ödemeler (M)
- ve satışlar (S)
- faiz oranları ve genel fiyat seviyeleri

gibi verilere ulaşılabilmesi yeterli olmaktadır. Bu veriler toplulaştırılmış olarak TÜİK tarafından kamuya açık şekilde yayınlanmaktadır. Ayrıca rekabet otoritesince tanımlanacak “ilgili ürün pazarı”nın kapsamına göre bu pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerden talep edilebilir.

Hesaplamalarda bilinmesi gerekli olan bir diğer veri ise ilgili teşebbüslerin piyasa paylarıdır. Bu veri de yine rekabet otoritesinin yetkileri dahilinde elde edilebilir ya da bazı durumlarda açık kaynaklardan ulaşılabilir.

Bu verilerin varlığı halinde, firma bazında pazar gücünün tahmin edilmesine ilişkin hesaplamalar aşağıdaki örnek çerçevesinde yapılabilir. İlgili piyasada 5 teşebbüsün olduğu ve pazar paylarının aşağıdaki tablodaki gibi olduğunu varsayalım:

⁶⁹⁵ - Hall, Robert, “The Relation between Price and Marginal Cost in U.S. Industry”, *Journal of Political Economy*, vol. 96, 1988, 921-947.

-Martins, J. O., Scarpetta, S. ve Pilat, D. “Mark-up Ratios in Manufacturing Industries: Estimates for 14 OECD Countries” *OECD Economics Department Working Papers*, No.162, 1996, 1-47.

-Kalkan, E., 2000 “Lerner Index Estimates For Turkish Manufacturing Industries”, 4. *ODTÜ Ekonomi Kongresinde Sunulan Tebliğ*.

Tablo 1:Pazar Payları ve Endüstri Seviyesinde Lerner Endeksi Verileri Kullanılarak Firma Bazında Pazar Gücü Tahmin Edilmesi

Firmalar	Pazar Payları (S_i)	Firmanın Pazar Gücü $L_i = \frac{p_i - c_i}{p_i} = \frac{s_i}{\varepsilon}$	Firmanın Fiyat/Marjinal Maliyet Aralığı $\frac{p_i}{c_i}$
A	0.45	0.60	2.50
B	0.25	0.33	1.50
C	0.15	0.20	1.25
D	0.10	0.13	1.15
E	0.05	0.07	1.07
Toplam	1.00		
HHI= $\sum_{i=1}^5 S_i$	0.548		
Önceden Hesaplanan Endüstri Seviyesinde Lerner Endeksi $L=0,40$		$\varepsilon = \frac{HHI}{L} = \frac{0.548}{0.40} = 1.37$	

Özetle, firma bazında detaylı verilerin bulunmasının zorluğu karşısında, endüstri seviyesinde toplulaştırılmış veriler ve firmaların pazar payları kullanılarak firma düzeyinde pazar gücünü tahmin etmek mümkün olmaktadır. İlk aşamada, dipnot 2’de referansları verilen çalışmalardaki yöntemler ya da başka teknikler kullanılarak piyasanın genel pazar gücü ölçülür. Daha sonra, bu ölçüm ve HHI yoğunlaşma endeksi kullanılarak pazarın talep esnekliği tahmin edilir. Son aşamada ise, ilgili firmanın pazar payı piyasa talep esnekliğine bölünerek firma bazında pazar gücü elde edilmeye çalışılır.

Bu yöntemin sorunlu noktalarından birisi ise, ilk aşamada tahmin edilmeye çalışılan Lerner endeksine ilişkin “endüstri” ile rekabet otoritesi tarafından tanımlanan “ilgili ürün pazarı”nın örtüşüp örtüşmeyeceğidir. TÜİK tarafından kullanılan sanayi sınıflandırmaları her zaman rekabet otoritesinin tanımladığı “ilgili ürün pazarı” ile uyumlu olmamaktadır. Firma bazında doğru bir tahmin yapabilmek amacıyla ilgili endüstri Lerner endeksinin konusu olan faaliyet alanını veya sanayi sınıflandırmasını “ilgili ürün pazarı” ile örtüşecek şekilde daraltmak veya seçmek gerekmektedir.

4. İLGİLİ PAZARIN TANIMLANMASINDA TALEP ESNEKLİKLERİNİN YERİ

Rekabet hukuku uygulamalarında bir teşebbüsün hakim durumda olup olmadığı belirlemek amacıyla yapılan değerlendirmelerin başında üzerinde hakim durum analizi yapılacak bir ilgili pazarın belirlenmesi gelmektedir. Yukarıdaki analizlerde, söz konusu teşebbüslerin faaliyet gösterdikleri “ilgili pazarın” sınırları net olarak çizildiği varsayılmaktadır. Halbuki bu işlem bazı durumlarda oldukça detaylı çalışmaları gerektirmektedir. Talep esneklikleri “ilgili pazarın” belirlenmesi aşamasında da önemli yer tutmaktadır. İzleyen bölümde talep esnekliklerinin bu konuda ne şekilde değerlendirildiği üzerinde durulacaktır. Ancak, inceleme konusunu bir birleşme/devralma işlemi veya hakim durumun kötüye kullanılması hallerine ilişkin olup olmadığına bağlı olarak ilgili pazarın tanımlanmasında kullanılan yöntemler farklılaşmaktadır. Literatürde Selofan Yanılgısı olarak da bilinen husus göz önüne alındığında, ilgili pazarın tanımlanırken birleşme/devralma işlemlerinde “cari fiyat seviyelerinin”, hakim durumun kötüye kullanılması incelemelerinde ise “rekabetçi fiyat seviyelerinin” dikkate alınması gerekmektedir.

“Rekabetçi fiyat” seviyelerinin ne olması gerektiği hususunun açık olmaması sebebiyle hakim durum davalarında ilgili pazar tanımlanması aşamasında bazı zorluklara yol açmaktadır. İzleyen bölümlerde talep esnekliklerinin ilgili pazarın tanımlanmasıyla ilgili olarak geliştirilen teknikler (SSNIP test gibi) dahilinde kullanımına yer verilirken inceleme konusunun bir birleşme/devralma işlemi olduğu varsayılmaktadır.

Ayrıca, aşağıdaki açıklamalarda “ilgili pazar” kavramı içindeki “ilgili ürün pazarı” ve “ilgili coğrafi pazar” şeklindeki ayrım göz ardı edilecek ve değerlendirmeler sadece ilgili ürün pazarı etrafında yapılacaktır. Talep esnekliklerinin “ilgili ürün pazarının” tanımlanmasına ilişkin kullanımları büyük ölçüde “ilgili coğrafi pazarın” tanımlanması ile ilgili olarak da geçerlidir.

Rekabet hukukunda “ilgili pazarın” tanımlanmasında dikkate alınan kriterlerin başında söz konusu ürünler (veya bölgeler) açısından talep ve arz ikamesinin varlığı veya derecesidir. İlgili pazar, tüketiciler veya kullanıcıların taleplerini karşılamaya yönelik olarak birbirleri üzerinde rekabet baskısı oluşturabilen ürünlerden oluşmaktadır. Dolayısıyla ilgili pazarın tanımlanması temelde alternatif ürünler arasındaki rekabet derecesinin ölçülmesi ile ilgilidir. Talep ikamesi kavramı, belli bir ürünün fiyatındaki artış karşısında tüketicilerin ya da kullanıcıların diğer alternatif ürünleri belli oranlarda tercih edip etmeme hususunu ifade etmektedir. Arz ikamesi ise, yine bir ürünün fiyatındaki artış

sonucunda, başka bir alanda faaliyet gösteren üreticilerin üretim süreçlerini hızlı ve düşük masraflarla söz konusu ürünü sağlamaya yönelik olarak değiştirerek söz konusu ürün karşısında rekabet baskısı kurup kuramayacakları hususunu içermektedir. Her iki kavram da görüldüğü gibi, ürünler veya üreticiler arasındaki rekabet baskının varlığını ve derecesini belirlemeye yönelik değerlendirmeler yapmaya işaret etmektedir.

İlgili pazarın belirlenmesine dair değerlendirmelerde, “ürün özelliklerinin” de dikkate alınması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak kanımızca, bu husus talep ve arz ikamesi kavramlarının değerlendirilmesinden ayrı bir başlık olarak görülmemelidir. Temel olarak “ürünler arasındaki rekabet baskısının” varlığının değerlendirilmesinin esas oluşturduğu ve bu sebeple “ürün özelliklerinin” talep ve arz ikamesi değerlendirmesi içinde ele alınması gerektiği düşünülmektedir.

Aşağıdaki bölümde, ilgili pazarın belirlenmesinde talep esnekliklerinin ne şekilde kullanıldığına ilişkin bir örneğe yer verilecektir. Bu örnekte, rekabet otoriteleri tarafından ilgili pazarın belirlenmesine ilişkin olarak önerilen⁶⁹⁶ SSNIP (Small But Significant Non-Transitory Increase In Prices⁶⁹⁷) testinin dar kapsamlı bir örneği izah edilmeye çalışılacaktır.

Söz konusu örneğe geçmeden önce, SSNIP testinin kavramsal tanımına yer vermek faydalı olacaktır. SSNIP testine göre, belli bir ürünün tek başına bir ilgili pazar oluşturup oluşturmadığına karar verebilmek için, bu ürünle ilgili varsayımsal bir tekelin fiyatlarında %5-%10 gibi küçük ama önemli ve kalıcı artış yapması durumunda karlılığında fiyat artışı öncesindeki duruma göre bir azalmanın olup olmayacağı araştırılmaktadır. Eğer, fiyat artışı, ürünün talep esnekliğine bağlı olarak, ürünün talebinde ciddi oranda azalmaya sebep oluyor ve bu sebeple karda düşüşe yol açıyorsa söz konusu ürünün tüketiciler açısından önemli ikame edilebilir alternatiflerinin bulunduğu kabul edilmekte ve ilgili ürün pazarının söz konusu üründen daha geniş olacağı kanaatine varılmaktadır. Eğer fiyat artışı karda azalmaya yol açmıyorsa, bu ürün tek başına bir ilgili pazar olarak kabul edilmektedir. Fiyat artışının karlı olmadığı tespit edildiğinde bir sonraki aşamaya geçilerek, varsayımsal tekelin önceki ürünle birlikte alternatif ürünler arasından en yakın ikame edilebilir ürün üzerinde de tekol olduğu durum incelenmektedir. Bu durumda varsayımsal tekelin her iki ürünün

⁶⁹⁶- U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, “1992 Horizontal Merger Guidelines, [With April 8, 1997, Revisions To Section 4 On Efficiencies]”
- EC Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law.

⁶⁹⁷ SSNIP testinin Türkçe karşılığı için önerimiz şu şekildedir: Fiyatlarda küçük ama önemli, kalıcı artış sınaması.

de sağlayıcısı olarak kabul edilmesiyle birlikte yeniden ilk ürünlerdeki fiyat artışının karda düşüş yaratıp yaratmayacağı araştırılmaktadır. Birinci ürünün fiyatının artması sonucunda ikinci ürüne yönelik talebin yeni durumda her iki ürünün de sağlayıcısı olan tekel tarafından karşılanması söz konusu olacağından toplam karda azalma görülmeyebilir. Bu durumda bu iki ürünün “en dar anlamda” birlikte ilgili pazarı oluşturduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Bir başka deyişle, ilgili pazar bu iki ürünün birlikte oluşturduğu pazardan daha dar değildir. Şayet, fiyat artışı yine karlı olmuyorsa üçüncü aşamaya ürün listesine en yakın alternatif ürünün eklenmesiyle devam edilmektedir.

Yukarıda izah edilmeye çalışılan SSNIP testinin basit bir uygulaması aşağıdaki sayısal örnekte gösterilmeye çalışılmıştır. Bu örnek üzerinde durulurken, A ürününde faaliyet gösteren iki teşebbüsün birleşmek istedikleri ve rekabet otoritesi tarafından ilgili ürün pazarının A ürünü ile sınırlı olup olmadığını araştırdığı şeklindeki bir senaryodan yola çıkılabilir. Rekabet otoritesi B ve C ürünlerinin SSNIP testi yaklaşımı dahilinde A ürününe ikame edilebilir olup olmadığını araştırmaktadır. Bu bağlamda, teste tabi tutulan fiyat, maliyet ve talep esnekliği gibi kavramlar firma düzeyinde olmayıp, A ürününe ilişkin endüstri düzeyindeki veriler olarak ele alınmaktadır.

Örnekte yer verilecek ürünlerin kendi ve çapraz talep esnekliklerinin aşağıdaki tablodaki gibi olduğunu varsayıldığında, A ürünündeki %1’lik fiyat artışının bu üründe %2’lik talep azalmasına yol açtığı, bunun karşısında B ve C ürününe olan talebin sırasıyla %0.3 ve %0.2 artacağı bilinmektedir. Benzer şekilde, B ürününün fiyatındaki %1’lik artışın bu ürünün talebinde %1.3’lük azalmaya yol açacağı, A ve C ürünlerine olan talebi sırasıyla %0.4 ve % 0.9 oranında artıracığı varsayılmaktadır.

Tablo 2: Ürünlerin Kendi ve Çapraz Talep Esneklikleri

Ürünler	A	B	C
A	-2	0.3	0.2
B	0.4	-1.3	0.9
C	0.7	0.8	-1.2

Örnek çerçevesinde incelenmekte olan birleşme işleminin A ürününde faaliyet gösteren teşebbüsler arasında olması sebebiyle SSNIP testinin bu sektör üzerinden başlatılması yerindedir.

SSNIP testi öncesinde ürünlerin fiyat, maliyet, miktar ve kar verileri Tablo 3’de gösterilmektedir. Buna göre, A ürününde 10 YTL’lik birim fiyat, 5.5 YTL’lik birim maliyet ile 1000 adet ürün satışı yapılmakta ve toplam 4500YTL kar elde edilmektedir. Tablo 3’ün sağdan birinci ve ikinci kolonlarında ise

izleyen tablolarla karşılaştırılmak üzere A, B ve ürünlerindeki toplam karlar yer almaktadır.

Tablo 3: SSNIP Testi Öncesi A,B,C Ürünlerinde Fiyat, Maliyet, Miktar ve Kar Verileri.

Ürün	Fiyat	Birim Maliyet	Miktar	Kar	Toplam Karlar	
					<i>A+B</i>	<i>A+B+C</i>
A	10	5.5	1000	4500		
B	14	11	700	2100	6600	
C	15	8	600	4200		10800
Ort. Piyasa fiyatı	12.52		2300			

A ürünüde tekel olduğu varsayılan bir teşebbüsün fiyatlarını %10 artırdığı düşünüldüğünde, A'ya olan talep 1000 adetten 900 adede düşecek, bunun karşısında B'nin talebi 700'den 721'e, C'nin talebi de 600'den 827'ye çıkacaktır. A'nın karının 4500 YTL'den 4400'e düşmesi sonucunda, %10'luk fiyat artışının A tekeli için karlı olmadığı görülmektedir (**Bkz. Tablo 4**). Bu veri üzerine, A ürünü ile ikame edilebilecek rakip ürünlerin bulunduğu, dolayısıyla A'nın tek başına bir ilgili ürün pazarı oluşturmadığı ve ilgili ürün pazarının daha geniş olması gerektiği yönünde kanaat oluşmaktadır. Bu durumda, SSNIP testinin ikinci aşamasına geçilebilir ve varsayımsal tekelin hem A hem de B ürünlerinin sağlayıcısı olduğu varsayılabilir. Bu aşamada A ile birlikte değerlendirilecek ikinci ürünün neden C yerine B olarak seçildiğinin de izah edilmesinde fayda bulunmaktadır. Yukarıdaki talep esneklikleri tablosundan da görüleceği üzere, tüketiciler tarafından B ürünü A ürününe C ürününden daha yakın bir alternatif olarak algılanmaktadır. A'nın B ile olan çapraz esneklik değerinin 0.3, C ile olan çapraz esneklik değerinin 0.2 olması sebebiyle bu değerlendirmeyi yapmak mümkündür.

Tablo 4: SSNIP Testi, A Ürünüde %10'luk Fiyat Artışının Etkileri

En Dar Pazar Tanımı	Fiyat	Birim Maliyet	Miktar	Kar	Toplam Karlar	
					<i>A+B</i>	<i>A+B+C</i>
A	11	5.5	800	4400		
A+B	14	11	721	2163	6563	
A+B+C	15	8	612	4284		10847
Ort. Piyasa fiyatı	13.16		2133			

SSNIP testinin ikinci aşamasında, yukarıdaki esneklik tablosundan da görüleceği gibi, A'daki fiyat artışının B'nin talebini çapraz esneklik oranında

artıracağı bilinmektedir. Yeni durumda A ile B ürünlerinin sağlayıcısı tekelin A'nın fiyatının %10 oranında artırması sonucunda toplamda 6563 YTL kar elde edeceği, ancak bu toplamın A ve B ürünlerinin ayrı teşebbüslerce sağlandığı duruma göre toplamda elde edilen kardan (6600 YTL) daha düşük kaldığı görülmektedir. Bir başka deyişle, B ürünü A ürününe ciddi manada ikame edilebilir olmasına rağmen her iki ürünün de sağlayıcı olan varsayımsal tekelin fiyatını karlı biçimde artıramadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda sadece A ve B ürünlerinin birlikte bir ilgili pazar oluşturmadığı ve başka rakip ürünlerin de aynı ilgili pazarda bulunabileceği sonucuna varılmaktadır.

SSNIP testinin üçüncü aşamasında, varsayımsal tekelin ürün kümesine C ürünü de eklendiğinde, A'nın fiyatındaki %10'luk bir artış sonucunda varsayımsal tekelin toplam karının tek ürünlü teşebbüslerin toplamda elde edeceklerinden daha fazla olacağı görülmektedir ($10847 > 10800$). Bu durumda A, B ve C ürünlerine ciddi manada rekabet baskısı yaratan başka ürünlerin bulunmadığı ve ilgili ürün pazarının en dar anlamda A, B ve C ürünlerinden oluştuğu kanaatine varılabilir.

5. TALEP ESNEKLİĞİ TAHMİNİNE İLİŞKİN MODELLER

Birleşmenin fiyat etkilerinin tahmin edilmesinde talep esnekliklerinin bilinmesinin çok önemli bir yeri bulunmaktadır. Bu sebeple, bir sonraki bölümde birleşme etkilerinin ölçülmesine ilişkin açıklamalara geçmeden önce bu bölümde kısaca talep esnekliklerinin tahminine yönelik olarak geliştirilen modellerden bahsetmek faydalı olacaktır.

Talep esnekliklerinin tahmin edilmesine yönelik çok sayıda sayısal yöntem mevcuttur. Ancak bu amaç doğrultusunda geliştirilen ekonometrik modellerin her birinin bir diğerine nazaran avantajlı ve dezavantajlı yönleri bulunmaktadır. Dolayısıyla birleşme etkilerinin hesaplanmasına geçilmeden önce, talep esnekliklerinin ekonometrik olarak tahmin edilmesi aşamasında söz konusu piyasanın ya da ürünlerin özelliklerine en uygun modelin belirlenmesi gerekmektedir.

Model seçiminde karşılaşılan en önemli sorunlardan birisi, tahmin edilecek parametre sayısının kaç olduğu ile ilgilidir. Örneğin, ilgili piyasada 20 adet ürün bulunuyorsa, bunların hem kendi talep esneklikleri hem de çapraz esnekliklerinin bir arada tahmin edilmesi durumunda, modeldeki diğer parametrelerle birlikte, 400'den fazla parametrenin tahmin edilmesi gerekecektir. Tahmin edilecek parametre sayısının bu derece yüksek olduğu durumlarda eldeki gözlem sayısının kaç olduğuna göre parametre varyanslarında sorunlar yaşanabilir. Bu soruna literatürde "boyutsallık sorunu" (dimensionality problem) adı verilmektedir. Bu sorunu aşmak amacıyla bazı parametreler

üzerine çeşitli kısıtlar getirilerek tahmin edilecek parametre sayısını azaltmak mümkündür. Ancak bu çözümle birlikte ürünler arasındaki ikame edilebilirlik ilişkileri de konulan kısıtlar çerçevesinde sınırlanmış olacaktır.

Talep esnekliklerinin tahmin edilmesinde kullanılan ekonometrik modellerin incelenmesine genel adı “kesikli tercih modelleri” (discrete choice models) olarak bilinen bu modeller ile başlanabilir. Bu modeller içinde tahmin yönteminin görece kolaylığı ile bilinen “logit modeli”⁶⁹⁸, modelin arkasında yatan “ilgisiz alternatiflerin bağımsızlığı”(Independence of Irrelevant Alternatives) varsayımı sayesinde, tahmin edilecek çapraz esneklik parametrelerinin sayısında azalma sağlayabilmektedir. Logit modelinde, her ürün için sadece bir çapraz esneklik tahmin edilmekte ve bu çapraz esnekliğin diğer ürünler karşısında sabit olduğu şeklindeki kısıt kabul edilmektedir($\varepsilon_{BA} = \varepsilon_{CA} = \varepsilon_{DA}$). Bu durumda, A ürünündeki fiyat artışı sonucunda B,C ve D ürünlerine kayacak olan talep bu ürünlerin pazar payları oranında dağılacaktır. İlgili piyasanın özelliklerinin bu şekildeki bir talep yapısına sahip olduğunun kabul edildiği durumlarda logit modellerinin kullanılması “boyutsallık sorununu” aşmakta faydalı olabilecektir.

Logit modellerinin parametreler üzerine koyduğu kısıtların ilgili piyasa yapısına uygun olmadığı durumlarda yine “kesikli tercih modellerinin” birer versiyonu olan ve daha esnek yapıya sahip “gruplu logit”⁶⁹⁹ (nested logit) ve “rassal katsayılar”⁷⁰⁰(random coefficients) modelleri kullanılabilir. “Gruplu logit” modelinde birbirleri ile ikame edilebilirlik derecesi diğer ürünlere göre daha yakın olduğu kabul edilen bazı ürünler ayrı bir grup içinde değerlendirmeye alınır. Aynı grup içindeki ürünler arasındaki çapraz talep esneklikler üzerine herhangi bir kısıt konulmamakla beraber, bir grubun diğer gruplara karşı olan çapraz esnekliklerinin tüm diğer gruplar için aynı olduğu varsayılmaktadır. Bir anlamda gruplar arasında “ilgisiz alternatiflerin bağımsızlığı” varsayımının varlığı korunmaktadır. “Rassal katsayılar” modelinde ise, tüketicilerin ve ürünlerin özellikleri modellemeye konu olmaktadır. Bu modelde, talep esneklikleri, logit modelinde olduğunun aksine pazar payları yerine tüketici ve ürün özellikleri tarafından belirlenmektedir.

⁶⁹⁸ Werden, G. ve Froeb, L. 1994, “The Effects of Mergers in Differentiated Products Industries: Logit Demand and Merger Policy”, *The Journal of Law, Economics and Organization*, Vol. 10, 407-421.

⁶⁹⁹ Ivaldi, M. ve Verboven, F. 2005, “Quantifying the Effects from horizontal Mergers in European competition Policy”, *International Journal of Industrial Organization*, Vol.23, 669-691.

⁷⁰⁰ Nevo, A. 2000, “A Practitioner’s Guide to Estimation of Random-Coefficients Logit Models of Demand”, *Journal of Economics and Management Strategy*, Vol.9, 513-548.

Tüketicilerin heterojen yapısını yansıtması ve talep parametrelerinin üzerine kısıt getirmemesi gibi olumlu özelliklerinin yanında “rassal katsayılar” modelinin teknik manada zorluk seviyesi diğer modellere göre daha yüksektir⁷⁰¹.

Ayrıca, yukarıda sözü edilen tüm “kesikli tercih” modellerinde söz konusu ürünlerin tek adet olarak satın alındığı şeklinde bir varsayım yapılmaktadır. Model seçiminde ilgili piyasanın ve tüketici tercihlerinin bu özelliğe uygun olup olmadığı da dikkate alınmalıdır.

“Kesikli tercih” modellerinin talep parametreleri üzerine koyduğu kısıtların ilgili piyasa yapısına uygun olmadığı durumlarda daha esnek yapıya sahip olan “doğrusal talep” ya da “sabit esneklikli talep” modelleri kullanılabilir. Ancak bu modellerinin de bazı olumsuz yönleri bulunmaktadır. “Doğrusal talep” modeli negatif talep miktarı tahmin edilmesine yol açabilmektedir⁷⁰². “Sabit esneklikli talep” modeli ise, adından da anlaşılacağı gibi esnekliklerin her fiyat seviyesinde sabit olduğunu varsaymaktadır. Halbuki yüksek fiyat seviyelerinde esneklikler mutlak değer olarak büyüyecektir.

Talep esnekliklerinin tahmini alanında oldukça sık kullanılan bir diğer model ise AIDS (Almost Ideal Demand Systems) modelidir⁷⁰³. Ürün bazında, şehir veya bölge ve zaman düzleminde toplulaştırılmış verilerin kullanılmasına imkan sağlayan AIDS modelinin en önemli özellikleri arasında;

- fayda maksimizasyonu kavramından türetilmiş olması,
- talep parametreleri üzerine ikame özelliklerini sınırlayıcı kısıtlar koymayarak oldukça esnek bir yapıda olması,
- teknik açıdan tahmin edilmesinin görece zahmetsiz olması ve
- mikro iktisat teorisinin gerektirdiği simetri ve homojenlik özelliklerinin test edilmesine kolaylık sağlaması

sayılabilir.

⁷⁰¹Pofahl, G.M., 2006, “Essays on Horizontal Merger Simulation: The Curse of Dimensionality, Retail Price Discrimination, and Supply Channel Stage-Games”, Ph.D Dissertation, Texas A&M University, s.35-36.

⁷⁰² Werden, G. 1996, “Simulating the Effects of Differentiated Products Mergers: A Practitioners’ Guide”, Julie A. Caswell ve R.W. Cotterill tarafından derlenen *Strategy and Policy in the Food System: Emerging Issues, Proceedings of NE-165 Conference: Washington D.C.*, s.99-100.

⁷⁰³ Deaton, A., ve Muellbauer, J., 1980, “An Almost Ideal Demand System”, *American Economic Review*, Vol.70, 312-326.

Aşağıda yer verilecek olan “birleşme simülasyonu” örneğinde bir girdi olarak kullanılan talep esnekliklerinin AIDS modeli ile tahmin edilmiş olması sebebiyle bu model hakkında bir miktar daha açıklama yapmak faydalı olacaktır. Diğer yandan AIDS modelinin pratikte tahmin edilmesi ile ilgili teknik seviyedeki detayların bu yazının kapsamını aşması sebebiyle model hakkındaki aşağıda yer verilen açıklamalar konunun sadece ana hatlarını içermektedir.

AIDS modelinde her ürün için aşağıdaki denklem tahmin edilmektedir. N adet ürün için her bir denklemin değişkenlerinin ve katsayılarının anlamları da aşağıda yer almaktadır:

$$s_i = a_i + b_{i1} \ln p_1 + b_{i2} \ln p_2 + \dots + b_{in} \ln p_n + \beta_i \ln \left(\frac{M}{P} \right) + \mu_i \quad (3)$$

s_i : i ürününün harcamalar üzerinden hesaplanmış pazar payı

a_i : i ürünü için sabit terim

b_{in} : n ürününün fiyatının i ürününün pazar payına etkisini gösteren fiyat katsayıları

$\ln p_i$: i ürününün logaritmik fiyatları

β_i : i ürünü için reel harcama katsayısı

M : toplam harcamalar

P : bir fiyat endeksi

μ_i : hata terimi

P değişkeni ile gösterilen fiyat endeksi ise modelin orijinal halinde şu şekilde türetilmiştir:

$$\ln P = \alpha_0 + \sum_{k=1}^n \alpha_k \ln p_k + \frac{1}{2} \sum_{k=1}^n \sum_{j=1}^n \ln p_k \ln p_j \quad (4)$$

Fiyat endeksinin yukarıda ifade edilen formda olması sebebiyle AIDS modelinin orijinal hali doğrusal olmayan (non-linear) bir yapıdadır. Doğrusal modellerin tahmin edilmesinin görece daha basit olması sebebiyle literatürde modeldeki P değişkeni için farklı fiyat endeksleri kullanılarak AIDS modeli doğrusal hale getirilmekte ve tahmin edilmesi görece kolaylaştırılmaktadır. “lnP” fiyat endeksinin yerine kullanılması sıklıkla önerilen Stone endeksi aşağıdaki gibidir:

$$\ln P^S = \sum_{i=1}^n s_i \ln p_i \quad (5)$$

Modelde tahmin edilen katsayılar doğrudan talep esnekliklerini vermemektedir. Ancak talep esneklikleri bu katsayıların kullanıldığı bazı

formüller aracılığı ile hesaplanmaktadır. Esnekliklere ilişkin formüller aşağıdaki gibidir⁷⁰⁴:

“i” ürününün kendi talep esnekliği:

$$\varepsilon_{ii} = \frac{b_{ii} - \beta_i s_i}{s_i} - 1 \quad (6)$$

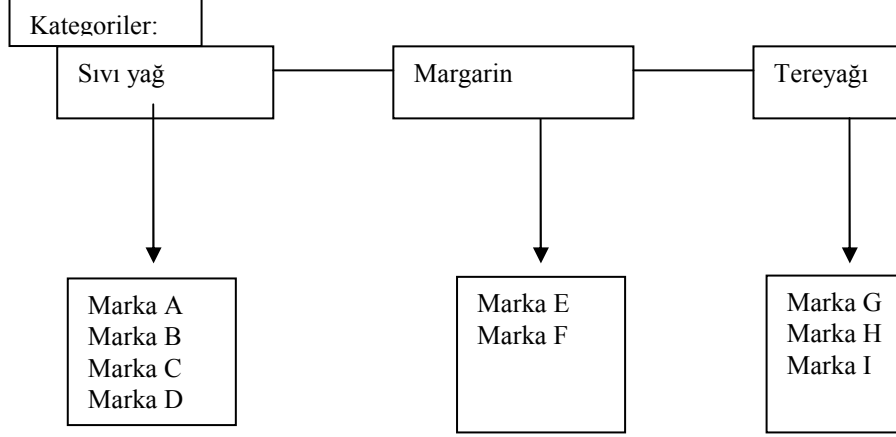
“i” ürününün “j” ürününün fiyat değişimi karşısındaki esnekliği:

$$\varepsilon_{ij} = \frac{b_{ij} - \beta_i s_j}{s_i} \quad (7)$$

İlgili piyasada çok sayıda ürününün bulunduğu durumlarda ise “çok-aşamalı bütçeleme” (multi-stage budgeting) adı verilen yöntemle, tahmin edilecek parametre sayısı azaltılabilir ve bu yolla “boyutsallık” sorununa bir çözüm bulunabilir. Bu yöntemde, yine AIDS modeli kullanılarak üst ürün gruplarına yapılan harcamalar da modellenmektedir. Örneğin, yağ piyasasında bulunan ürünlerin marka bazında talep esnekliklerini tahmin etmeyi amaçlayan bir çalışmada iki aşamalı bir modelleme yapıldığında, birinci aşamada sıvı yağlar, margarinler ve tereyağı kategorileri arasındaki ilişki, ikinci aşamada ise bu kategoriler içindeki her bir marka arasındaki ilişki modellenenilir. Bu aşamalar aşağıdaki grafikte örnek olarak gösterilmektedir:

⁷⁰⁴ Green, R. ve Alston, J.M. 1990, “Elasticities in AIDS Models”, American journal of Agricultural Economics, Vol 72, 442-445.

Grafik 2: İki aşamalı talep tahmini örneği



İlk aşamadaki ürün kategorileri arasındaki ilişki aşağıdaki gibi ifade edilebilir:

$$\log q_k = \alpha_k + \gamma_{k1} \ln \pi_1 + \gamma_{k2} \ln \pi_2 + \dots + \gamma_{km} \ln \pi_m + \theta_k \ln M + \omega_k \quad (8)$$

q_k : k kategorisine olan talep miktarı

π_k : k kategorisinin fiyat endeksi

M : toplam harcama

ω_k : hata terimi

İkinci aşamada ise marka bazında yapılacak modelleme ise tek aşamalı AIDS modeline çok benzer şekilde yapılabilir.

$$s_i = a_i + b_{i1} \ln p_1 + b_{i2} \ln p_2 + \dots + b_{in} \ln p_n + \beta_i \ln \left(\frac{E}{P} \right) + \mu_i \quad (9)$$

s_i : i ürününün harcamalar üzerinden hesaplanmış pazar payı

a_i : i ürünü için sabit katsayı

b_{in} : n ürününün fiyatının i ürününün pazar payına etkisini gösteren fiyat katsayıları

$\ln p_i$: i ürününün logaritmik fiyatları

β_i : i ürünü için reel harcama katsayısı

E : i ürününün dahil olduğu kategorideki toplam harcamaları

P : bir fiyat endeksi

μ_i : hata terimi

İki aşamalı AIDS modeli sonucunda ulaşılabilecek talep esneklikleri ise aşağıdaki gibi hesaplanabilir⁷⁰⁵:

$$\varepsilon_{ii} = \frac{b_{ii} - \beta_i s_i}{s_i} - 1 + (1 + \delta)(s_i + \beta_i) \quad (10)$$

$$\varepsilon_{ij} = \frac{b_{ij} - \beta_i s_j}{s_i} + (1 + \delta)\left(1 + \frac{\beta_i}{s_i}\right)s_j \quad (11)$$

Aşağıdaki bölümde bir biçimde tahmin edilmiş talep esnekliklerinin yatay birleşme işlemlerinin etkilerinin ölçülmesinde ne şekilde kullanılacağına ilişkin bir simülasyon örneğine yer verilecektir.

6. YATAY BİRLEŞME İŞLEMLERİNİN ETKİLERİNİN İNCELENMESİNDE TALEP ESNEKLİKLERİNİN YERİ: BİRLEŞME SİMÜLASYONU ÖRNEĞİ

6.1. Simülasyon Senaryosu ve Tekniği

Rakip teşebbüslerin birleşmelerinin hem ürün fiyatlarına hem de endüstrinin ortalama fiyatı üzerine veya daha geniş anlamda refah seviyeleri üzerine olan etkilerinin ölçülmesinde kullanılan yöntemlere literatürde “birleşme simülasyonları” adı verilmektedir.

Bu bölümde bir örneğine yer verilecek simülasyon çalışmasında aşağıdaki varsayımların geçerli olduğu kabul edilmektedir:

- 1) A, B, C, D, E ve F ürünleri aynı ilgili pazarda kabul edilen ama nitelikleri gereği belli oranlarda farklılaşma gösteren ürünlerdir.
- 2) Bu ürünleri sağlayan teşebbüsler fiyat seviyeleri üzerinden rekabet etmektedirler (Bertrand tipi rekabet). Bertrand tipi rekabet varsayımı altında teşebbüslerin sağlayacakları miktarlar kendilerinin ve rakiplerinin fiyatlarına bağlıdır: $q_i = q_i(p_i, p_{-i})$.
- 3) B ve C ürünleri aynı teşebbüs (Taraf 1) tarafından sağlanmakta iken, diğer ürünler birleşme öncesinde ayrı teşebbüslerce sağlanmaktadır.
- 4) A ürününü sağlayan teşebbüs (Taraf 2) ve Taraf 1 birleşmek istemektedirler.
- 5) Pazar payları, talep esneklikleri ve maliyetler, birleşme sonrasında kısa vadede hemen değişiklik göstermemekte, ancak birleşme

⁷⁰⁵ Hausman J. ve Leonard G., 2002, “The Competitive Effect of New Product Introduction: A Case Study”, *The Journal of Industrial Economics*, No:3, s.250.

sonrasında oluşacak yeni fiyatlar eşliğinde orta vadede değişmektedirler.

Yukarıda yer verilen varsayımlar ve senaryo altında, Taraf 1 ve Taraf 2'nin birleşmelerine ilişkin olarak aşağıdaki tespitler yapılabilir.

- 1- Taraflar ve ürünleri, birleşme öncesinde birbirlerine karşı rekabet baskısı oluştururken, birleşme işlemi sayesinde bu rekabet baskısı birleşme sonunda ortaya çıkacak yapı tarafından içselleştirilecektir.
- 2- Bu sayede, A'nın fiyat artışı sonucunda B ve/veya C ürününe doğru kayan talep, birleşme sonrasında yine aynı teşebbüs tarafından karşılanacak ve ortaya çıkan ekonomik kazanç aynı elde toplanacaktır. Benzer şekilde, B'nin veya C'nin fiyat artışı birleşme öncesinde A ürünü tarafından rekabet baskısı ile karşılanırken, birleşme işlemi ile bu baskı ortadan kaldırılacak ve B'den ve/veya C'den A'ya kayan talep birleşme ile ortaya çıkan yeni oluşum tarafından karşılanacaktır.
- 3- Bu durumda A, B ve C ürünlerinin birleşme sonrasında fiyatlarında belli oranlarda artışlar gözlenecektir. Fiyat artışları, bu ürünlerden kayan taleplerin ne kadarının birbirlerine doğru olacağı ile (ya da çapraz talep esneklikleri ile) orantılı biçimde yüksek olabilecektir.

Söz konusu birleşme işlemine ilişkin basit bir fiyat simülasyonu şu şekilde yapılabilir.

- 1) Öncelikle, ilgili piyasadaki teşebbüslerin pazar payları ve birleşme taraflarının kendi ve çapraz talep esneklikleri ekonometrik olarak tahmin edilir. Bu hesaplamalarda birleşme işlemi öncesindeki fiyat ve miktar verileri kullanılır.
- 2) Piyasadaki teşebbüslerin herbiri için kar maksimizasyonunu bulmak için birinci derece koşulları hesaplanır:

$$\pi_A = (p_A - c_A) \cdot q_A(p_A, p_{-A}) \quad (12)$$

$$\frac{\partial \pi_A}{\partial p_A} = q_A + (p_A - c_A) \frac{\partial q_A}{\partial p_A} = 0 \quad (13)$$

$$\pi_{B+C} = (p_B - c_B) \cdot q_B(p_B, p_{-B}) + (p_C - c_C) \cdot q_C(p_C, p_{-C}) \quad (14)$$

$$\frac{\partial \pi_{B+C}}{\partial p_B} = q_B + (p_B - c_B) \frac{\partial q_B}{\partial p_B} + (p_C - c_C) \cdot \frac{\partial q_C}{\partial p_B} = 0 \quad (15)$$

$$\frac{\partial \pi_{B+C}}{\partial p_C} = q_C + (p_C - c_C) \frac{\partial q_C}{\partial p_C} + (p_B - c_B) \cdot \frac{\partial q_B}{\partial p_C} = 0 \quad (16)$$

B ve C ürünleri aynı teşebbüs tarafından sağlandığı için bu teşebbüsün kar fonksiyonu hem B hem de C ürününün fiyatına göre maksimizasyona tabi tutulmaktadır. Aynı ayrı teşebbüslerce sağlanan D, E, F ve G ürünleri için hesaplanması gereken birinci derece koşulları, A için bulunan koşula benzeyecektir.

Yukarıdaki eşitlikler üzerinde kısa bazı matematiksel bazı eklemeler yapılması sonucunda aşağıdaki eşitlikler elde edilebilir:

$$\frac{\partial \pi_A}{\partial p_A} = s_A + m_A \varepsilon_{AA} s_A = 0 \quad (17)$$

$$\frac{\partial \pi_{B+C}}{\partial p_B} = s_B + m_B \varepsilon_{BB} s_B + m_C \varepsilon_{CB} s_C = 0 \quad (18)$$

$$\frac{\partial \pi_{B+C}}{\partial p_C} = s_C + m_B \varepsilon_{BC} s_B + m_C \varepsilon_{CC} s_C = 0 \quad (19)$$

Bu eşitliklerin sağ tarafındaki ifadeler şu anlamlara gelmektedir:

s_i : i firmasının satışlar üzerinden pazar payı,

m_i : i firmasının kar marjı

ε_{ij} : j firmasındaki %1'lik fiyat artışının i firmasının talebindeki yüzde değişimi gösteren çapraz talep esnekliği

Birleşme öncesindeki durum için yukarıdaki denklemler matris notasyonları ile aşağıdaki gibi ifade edilebilir:

$$s + \text{diag}(E') \cdot \text{diag}(S) \cdot m^o = 0 \quad (20)$$

$$\begin{bmatrix} s_A \\ s_B \\ s_C \\ s_D \\ s_E \\ s_F \end{bmatrix} + \begin{bmatrix} \varepsilon_{AA} & 0 & 0 & 0 & 0 & 0 \\ 0 & \varepsilon_{BB} & \varepsilon_{CB} & 0 & 0 & 0 \\ 0 & \varepsilon_{BC} & \varepsilon_{CC} & 0 & 0 & 0 \\ 0 & 0 & 0 & \varepsilon_{DD} & 0 & 0 \\ 0 & 0 & 0 & 0 & \varepsilon_{EE} & 0 \\ 0 & 0 & 0 & 0 & 0 & \varepsilon_{FF} \end{bmatrix} \cdot \begin{bmatrix} s_A & 0 & 0 & 0 & 0 & 0 \\ 0 & s_B & 0 & 0 & 0 & 0 \\ 0 & 0 & s_C & 0 & 0 & 0 \\ 0 & 0 & 0 & s_D & 0 & 0 \\ 0 & 0 & 0 & 0 & s_E & 0 \\ 0 & 0 & 0 & 0 & 0 & s_F \end{bmatrix} \cdot \begin{bmatrix} m_A \\ m_B \\ m_C \\ m_D \\ m_E \\ m_F \end{bmatrix} = \begin{bmatrix} 0 \\ 0 \\ 0 \\ 0 \\ 0 \\ 0 \end{bmatrix}$$

s : Birleşme öncesi harcamalar üzerinden hesaplanmış pazar payları vektörü

E' : Birleşme öncesi esneklik matrisinin transpoze hali

S : Birleşme öncesi harcamalar üzerinden hesaplanmış pazar payları matrisi

m^o : Birleşme öncesi kar marjları vektörü, $\frac{p_i - c_i}{p_i}$

Birleşme öncesinde, pazar payları ve esneklik bilgileri verili olduğu durumda yukarıdaki denklem sistemi “birleşme öncesi kar marjlarını (m)” bulmak üzere çözülebilir.

Birleşme sonrasında A, B ve C ürünleri aynı teşebbüsün portföyünde olacağı için, bu teşebbüsün kar fonksiyonu bu ürünlerin fiyatlarına göre maksimize edildiğinde, bir başka deyişle $\frac{\partial \pi_{A+B+C}}{\partial p_A} = 0, \frac{\partial \pi_{A+B+C}}{\partial p_B} = 0, \frac{\partial \pi_{A+B+C}}{\partial p_C} = 0$

denklemleri hesaplandığında, yukarıdaki esneklik matrisinin içeriği aşağıdaki şekilde oluşacaktır. Buna ilave olarak, pazar paylarına ve kar marjlarına ilişkin vektörler ve matris de **birleşme sonrası** duruma göre yazıldığında yeni denklem sistemi şu şekilde gerçekleşecektir:

$$\sigma + \text{diag}(\hat{E}') \cdot \text{diag}(\Sigma) \cdot m^s = 0 \quad (21)$$

$$\begin{bmatrix} \sigma_A \\ \sigma_B \\ \sigma_C \\ \sigma_D \\ \sigma_E \\ \sigma_F \end{bmatrix} + \begin{bmatrix} \varepsilon_{AA} & \varepsilon_{BA} & \varepsilon_{CA} & 0 & 0 & 0 \\ \varepsilon_{AB} & \varepsilon_{BB} & \varepsilon_{CB} & 0 & 0 & 0 \\ \varepsilon_{AC} & \varepsilon_{BC} & \varepsilon_{CC} & 0 & 0 & 0 \\ 0 & 0 & 0 & \varepsilon_{DD} & 0 & 0 \\ 0 & 0 & 0 & 0 & \varepsilon_{EE} & 0 \\ 0 & 0 & 0 & 0 & 0 & \varepsilon_{FF} \end{bmatrix} \cdot \begin{bmatrix} \sigma_A & 0 & 0 & 0 & 0 & 0 \\ 0 & \sigma_B & 0 & 0 & 0 & 0 \\ 0 & 0 & \sigma_C & 0 & 0 & 0 \\ 0 & 0 & 0 & \sigma_D & 0 & 0 \\ 0 & 0 & 0 & 0 & \sigma_E & 0 \\ 0 & 0 & 0 & 0 & 0 & \sigma_F \end{bmatrix} \cdot \begin{bmatrix} m_A^s \\ m_B^s \\ m_C^s \\ m_D^s \\ m_E^s \\ m_F^s \end{bmatrix} = \begin{bmatrix} 0 \\ 0 \\ 0 \\ 0 \\ 0 \\ 0 \end{bmatrix}$$

σ : Birleşme sonrası pazar payları

\hat{E}' : Birleşme sonrası esneklik matrisinin transpoze hali

m_i^s : Birleşme sonrası kar marjları = $\frac{p_i^s - c_i^s}{p_i^s}$

Yukarıdaki denklem sisteminde eş zamanlı olarak çözülmesi gereken pazar payları ve esnekliklerin, fiyatlara bağlı olması sebebiyle sistem “doğrusal olmayan” (non-linear) bir yapıdadır. Ancak bu yazıda tarafımızca doğrusal çözüm tercih edilmektedir. Doğrusal çözüm için, pazar paylarının ve esnekliklerin birleşme sonrasında kısa vadede değişmediği şeklinde bir varsayım yapmak gerekli olmaktadır. Birleşme sonucunda fiyatlarda yaşanacak değişimler ancak orta vadede pazar paylarını ve esneklikleri etkileyecektir. Bu sebeple doğrusal çözüm sonucunda ilk aşamada elde edilen fiyat artışları kullanılarak ikinci aşamada yeni pazar payları ve esneklikler hesaplanabilir ve denklem sistemi yeniden ikinci dönemde fiyatlar için tekrar çözülebilir. Aşağıda yer verilecek olan sayısal örnekte bu yöntem izlenecektir.

6.2. Simülasyon Uygulaması

Bu bölümdeki simülasyon uygulamasında “iki aşamalı bütçeleme” (two-stage budgeting) çerçevesinde AIDS modeli ile tahmin edilerek Rubinfeld ve Epstein tarafından yayınlanan talep esneklikleri veri olarak kullanılacaktır⁷⁰⁶.

İlk olarak, birleşme öncesinde denge durumunda (Nash-Bertrand dengesi) teşebbüslerin ürünlerine ilişkin kar marjları hesaplanacaktır. Daha sonra A, B ve C ürünlerini sağlayan teşebbüslerin yatay olarak birleşmelerinin fiyatlarda hangi oranda değişikliğe yol açacağı incelenecektir. Yukarıda yer verildiği gibi kısa vadede marjinal maliyetler, pazar payları ve esnekliklerin sabit kaldığı varsayıldığından, birleşme sonrasında sadece birleşme konusu ürünlerin fiyatlarında değişimler beklenmektedir. Denklem sistemlerinin doğrusal çözümü için gerekli olan bu varsayım, ikinci dönemde (orta vade) esnetilecek ve birleşme sonrasında ortaya çıkacak yeni fiyatların, pazar paylarını ve esneklikleri değiştirmesine imkan tanınacaktır. Böylece ikinci dönemde yeni pazar payları ve yeni esneklikler eşliğinde yeni dengede oluşacak fiyat artışları tahmin edilecektir.

Simülasyon örneğine ilişkin hesaplamalar MATLAB programı ile yapılmıştır. Söz konusu MATLAB çıktıları ekte yer almaktadır. EK-1 komutları gösterirken, EK-2 ise çözüm dökümlerini içermektedir.

⁷⁰⁶ Technical Report, Effects of Mergers Involving Differentiated Products, COMP/B1/2003/07, 2004., http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/studies_reports/effects_mergers_involving_differentiated_products.pdf

Tablo 5: Başlangıç Verileri

		Esneklik Matrisinin Transpoze Hali (Satırlar: Fiyat; Sütunlar: Miktar)					
Ürünler	Pazar payı	A	B	C	D	E	F
A	0.071	-3.780	0.151	0.213	0.144	0.291	0.277
B	0.251	0.551	-3.341	1.659	0.422	0.400	0.586
C	0.179	0.539	1.173	-3.803	-0.011	0.486	0.463
D	0.137	0.260	0.210	-0.023	-2.007	0.313	0.156
E	0.093	0.375	0.139	0.247	0.217	-2.580	0.043
F	0.269	0.999	0.574	0.651	0.293	0.100	-2.416

Tablo 5'te ürünlerin birleşme öncesi pazar payları ve talep esneklikleri yer almaktadır. Daha önce de belirtildiği gibi, esneklikler Rubinfeld ve Epstein tarafından yayınlanmış bir çalışmadan alınmıştır. Yazarlarca talep esnekliklerinin AIDS modeli kullanılarak tahmin edildiği bildirilmektedir. Söz konusu çalışmada ürün adları açıkça yer almasına rağmen bizim çalışmamızda ürün adlarının kolaylık sağlaması bakımından harflerle ifade edilmesi tercih edilmektedir.

Tablo 5'teki esneklik matrisi şu şekilde okunabilir: A ürününün fiyatı %1 arttığında, bu ürüne olan talep %3.78 azalacak, buna karşın B ürününe olan talep %0.151 artacaktır.

Tablo 6: Birleşme Öncesinde Denge Durumunda Esneklikler

Esneklik Matrisinin Transpoze Hali (Satırlar: Fiyat; Sütunlar: Miktar)						
	A	B	C	D	E	F
A	-3.780	0	0	0	0	0
B	0	-3.341	1.659	0	0	0
C	0	1.173	-3.803	0	0	0
D	0	0	0	-2.007	0	0
E	0	0	0	0	-2.580	0
F	0	0	0	0	0	-2.416

Birleşme öncesinde B ve C ürünleri aynı teşebbüs tarafından sağlandığı için bu ürünlerin çapraz esneklikleri kar maksimizasyonu denklem sistemine girmektedirler (Tablo 6'da koyu yazılı olanlar).

Yukarıdaki Tablo 5'deki pazar payları ve Tablo 6'daki esneklikler (20) no'lu denklem sistemine girilip, sistem kar marjları için çözüldüğünde birleşme öncesi dengede kar marjları aşağıdaki gibi bulunabilir:

Tablo 7: Birleşme Öncesi Dengele Kar Marjları

Ürünler	Birleşme Öncesi Kar Marjları ($m^{\bar{o}}$)
A	0.2646
B	0.4633
C	0.4633
D	0.4983
E	0.3876
F	0.4138

Tablo 8: Birleşme Planı Dahilinde Taraflarca Algılanacak Esneklik Matrisinin Transpoze Hali

Birleşmenin Hemen Öncesindeki Duruma İlişkin Esneklik Matrisinin Transpoze Hali (Satırlar: Fiyat; Sütunlar: Miktar)					
A	B	C	D	E	F
-3.780	0.151	0.213	0	0	0
0.551	-3.341	1.659	0	0	0
0.539	1.173	-3.803	0	0	0
0	0	0	-2.007	0	0
0	0	0	0	-2.580	0
0	0	0	0	0	-2.416

Yukarıdaki Tablo 8'den de görüleceği gibi birleşen taraflar A, B ve C ürünlerini birleşme sonrasında birlikte sağlayacakları için, birleşme sonucu ortaya çıkacak teşebbüsün kar fonksiyonu her üç ürününün fiyatına göre maksimize edilecektir. Bu durumda denklem sistemine bu üç ürünün çapraz esneklikleri de girecektir. (21) no'lu denklem sistemi bu yeni matris girilerek çözüldüğünde, birleşme sonrasında kısa vadede oluşacak kar marjları şu şekilde hesaplanabilir:

Tablo 9: Birleşme Sonrası Kısa Vadede Kar Marjları (m^s)

Ürünler	Birleşme Sonrası Kısa Vadede Kar Marjları (m^s)
A	0.4055
B	0.4952
C	0.4998
D	0.4983
E	0.3876
F	0.4138

Bu aşamada eski ve yeni kar marjları karşılaştırılarak birleşme sonucunda kısa vadede ortaya çıkacak fiyat artış oranı hesaplanabilir:

$$m_0 = \frac{p^0 - c}{p^0} \quad (22)$$

$$m_1 = \frac{p^1 - c}{p^1} \quad (23)$$

$$\frac{p^1}{p^0} = \frac{1 - m^0}{1 - m^1} \quad (24)$$

Tablo 10: Birleşme Sonrası Kısa Vadede Fiyat Artış Oranları

Ürünler	Birleşme Sonrası Kısa Vadede Fiyat Artış Oranları (p1/p0)
A	1.237
B	1.063
C	1.073
D	1.000
E	1.000
F	1.000
Piyasa ortalaması	1.046

Kısa vadede, birleşen teşebbüslerin rakipleri ile fiyat rekabet yaptıkları ve karlarını maksimize ettikleri varsayımı altında birleşme konusu ürünlerden A'nın fiyatında %23'lük, B'nin fiyatında %6.3'lük, C'nin fiyatında ise %7.3'lük artışlar olacağı tahmin edilmektedir. Kısa vadede, pazar paylarında ve esnekliklerde değişiklik olmayacağı varsayılmaktadır. Bu sebeple, birleşme dışında kalan teşebbüslerin fiyatlarında herhangi bir değişiklik gözlenmeyecektir. Bu durumda **piyasadaki fiyat artışının**, pazar payları ile ağırlıklandırılarak hesaplandığında, **ortalamada % 4.6** olacağı tahmin edilmektedir.

Birleşmenin etkileri orta vadede piyasada hissedilmeye başladığı zaman, yeni fiyatlar pazar paylarını ve talep esneklikleri değiştirecek ve böylece teşebbüslerin denge fiyatları değişecektir. Yeni pazar payları ve yeni esneklikler, talep modelindeki katsayılar kullanılarak hesaplanabilir. Yeni veriler eşliğinde teşebbüslerin yeni dengede birleşme öncesindeki duruma göre fiyat artış oranı aşağıdaki tabloda gösterilmektedir:

Tablo 11: Orta Vadede Piyasa Dengesi

Ürünler	Pazar Payları	Orta Vadede Esneklik Matrisinin Transpoze Hali (Satırlar: Fiyat; Sütunlar: Miktar)						Fiyat Artış Oranı p1/p0
		<i>A</i>	<i>B</i>	<i>C</i>	<i>D</i>	<i>E</i>	<i>F</i>	
A	0.034	-6.754	0.154	0.224	0.137	0.260	0.247	1.059
B	0.245	1.140	-3.399	1.744	0.401	0.357	0.522	1.033
C	0.170	1.115	1.201	-3.946	-0.010	0.434	0.412	1.035
D	0.144	0.538	0.215	-0.025	-1.956	0.280	0.139	1.026
E	0.104	0.777	0.142	0.260	0.206	-2.410	0.038	1.046
F	0.302	2.067	0.588	0.684	0.279	0.089	-2.262	1.051

Birleşme taraflarının toplam pazar payları %50'den %45'e düşmektedir. Birleşme konusu ürünlerin fiyat artışları kısa vadedeki etkilere göre daha düşük seviyelerde kalmaktadır. Örneğin, A ürününün fiyatları ilk dönemde %23.7 kadar artış göstermişken, yeni dönemde birleşme öncesine göre %6 kadar yukarıda seyredecektir. Bunun yanında, birleşme taraflarının fiyat artışlarına piyasadaki diğer teşebbüsler de orta vadede fiyat artışı yaparak cevap verecekler ve **piyasanın ortalama fiyat artışı % 4** olarak gerçekleşecektir. Orta vadedeki piyasa fiyatındaki bu %4'lük ortalama artış oranı, birleşmeden hemen sonraki dönemin artış oranından (%4.6) çok farklı gerçekleşmemektedir.

6.3. Yoğunlaşma Oranları

Simülasyon çalışması sonuçları ışığında, birleşme işlemlerinin değerlendirilmesinde rekabet otoriteleri tarafından sıklıkla kullanılan yoğunlaşma oranları hakkında da bazı değerlendirmeler yapmak mümkündür. “Yapısal” ya da “geleneksel yaklaşım” olarak adlandıracağımız değerlendirme yöntemi çerçevesinde birleşme sonrasına ilişkin yoğunlaşma oranlarının hesaplanmasında genellikle birleşme öncesi pazar payı verileri kullanılmaktadır. Bu yaklaşım yukarıdaki örneğe uygulandığında, HHI (Herfindahl-Hirschman Index) seviyesinin birleşme sonucunda 2897'den 3508'e çıkacağı tahmin edilmektedir.

Tablo 12 : HHI ve HHI'daki Değişim

	Birleşme Öncesi	Birleşme Sonrası (Geleneksel Yaklaşım)	Birleşme Sonrası (Simülasyon Yaklaşımı)
HHI	2897	3508	3250
HHI değişim		611	352

Halbuki, simülasyon çalışmasının da ışık tuttuğu gibi, orta vadede birleşme taraflarının birleşme öncesindeki toplam pazar payları %50 yerine %45 olarak gerçekleşecektir. Bu durumda, birleşme sonrasındaki yoğunlaşma seviyesini ölçerken birleşme öncesindeki toplam pazar paylarını dikkate almak bir miktar sapmaya yol açmaktadır. Örneğin, geleneksel yaklaşım dahilinde HHI'daki değişim 611 olarak hesaplanırken, simülasyon yaklaşımı sonucunda orta vadede ulaşılabilecek pazar paylarına göre HHI'daki değişim 352 seviyesinde olacaktır. Diğer yandan bu seviyeler her iki durumda da, ABD Yatay Birleşme Rehberi'nde yer verilen eşiklerin çok üzerinde kalmaktadır. Sonuç olarak, HHI üzerinden yapılacak değerlendirmelerde, birleşme sonrasına ilişkin ölçümlerde birleşme öncesindeki pazar paylarına dayanılmaması, bunun yerine yapılabildiği ölçüde simülasyon çalışmalarıyla tahmin edilecek birleşme sonrası pazar payı dağılımlarının kullanılmasının daha uygun olacağı düşünülmektedir.

6.4. Simülasyon Sonuçlarının Özeti

Yukarıda yer verilen senaryo çerçevesinde yapılan simülasyon çalışması sonucunda özetle aşağıdaki bilgiler karar vericilerin değerlendirmelerine sunulabilir.

- 1) Altı ürünlü söz konusu piyasanın en yüksek pazar payına sahip olan iki ürünü elinde bulunduran teşebbüs, bu ürünlere ikame edilebilirlik anlamında üçüncü sıradaki ürünü sağlayan teşebbüsle birleşmek istemektedir. Bu anlamda, birleşme konusu ürünler birbirlerine en yakın ikame edilebilir ürünlerden oluşmamaktadır.
- 2) Birleşme öncesinde tarafların toplam pazar payları %50'dir. Ancak, birleşme sonucunda orta vadede toplam pazar paylarının %45 olacağı tahmin edilmektedir.
- 3) Bu oranlar ışığında, HHI seviyesi orta vadede 3250, HHI'daki değişim ise 352 seviyesinde olacaktır. Bu seviyeler ABD Yatay Birleşmeler Rehberinde "önemli pazar gücünün" varlığına işaret eden eşikleri aşmaktadır.
- 4) Bununla birlikte, orta vadede maliyetlerde bir değişim olmadığı durumda, birleşme konusu ürünlerin fiyatları %3-6 arasında artış gösterecektir. Piyasa fiyatının ortalama artış oranı da % 4 civarında olacaktır.

Bu tür verilerin karar vericilerin birleşme işlemleri ilgili olarak yapacakları değerlendirmelere somut ve ekonomik gerekçeler sunma yönünde katkı sağlayacağı düşünülmektedir. Örneğin, karar vericiler önceki uygulamalarında toplamda %45'lik pazar payını işleme izin verilebilir bir oran

olarak değerlendirmiş olmalarına rağmen, bu veriler ışığında ilgili piyasada fiyatların %3'ün üzerinde artmasını tüketici refahı üzerine olumsuz etki edecek bir durum olarak değerlendirebilir ve söz konusu işleme izin vermemeyi tercih edebilirler.

Özetle, simülasyon çalışmalarının karar vericilerin birleşme işlemlerine ilişkin politika belirleme ve uygulama yönündeki işlevlerine büyük ölçüde katkı sağlayacaktır.

6.5. Dinamik Etkinlik ve Elden Çıkarma Koşulu

Simülasyon örneğimizde yer verilmemiş olmasına rağmen, marjinal maliyetlerde yaşanacak olası değişimler de denklem sistemlerindeki yerlerine konularak “birleşmenin dinamik etkinlik” anlamındaki etkileri de çözüme dahil edilebilir. Ayrıca, birleşme taraflarına ait bazı ürünleri birleşme sonunda “elden çıkarma koşulu” (divestiture) getirilmesi durumunda birleşme sonrasında oluşacak fiyat artışları da ayrıca hesaplanabilir. Bu işlem, basitçe denklem sistemlerindeki esneklik matrisinin içindeki birleşme taraflarının bazı ürünlerine ilişkin esneklik değerlerinin bir kısmını sıfıra eşitleyerek yapılabilir. Bu yönde yapılacak analizleri bir başka çalışmanın konusu olarak belirlemenin şimdilik yeterli olduğu düşünülmektedir.

7. SONUÇ

Son zamanlarda rekabet hukuku alanında yürütülen tartışmalarda iktisadi analizlerin mümkün olduğu ölçüde değerlendirmelere dahil edilmesi yönünde genel bir kanaat olduğu görülmektedir. Elbette dava incelemelerine katkı sağlayacak iktisadi analizlerin derinliği, detay düzeyi ya da teorik ve/veya ampirik yönü her davanın özelindeki ihtiyaçlara binaen ortaya çıkacaktır. Söz konusu kanaat her davada mutlaka iktisadi analizin yer alması gerektiği şeklinde algılanmamalıdır. Nitekim, iktisadi analizlerin hazırlanması ve karar vericilerin değerlendirmelerine sunulması belli bir zaman ve birikim gerektirmektedir. Çoğu zaman davalar hızlıca karar verebilecek özellikte olmaktadır. Ancak diğer yandan rekabet hukukunun 10 yıllık Türkiye deneyimi incelendiğinde pazar tanımı, hakim durum tespiti veya birleşmelerin hakim durum yaratma veya mevcut hakim durumu güçlendirme olasılıkları gibi temel kavramların ele alındığı davaların neredeyse hiçbirinde iktisadi analizlere gereken önemin verilmediği veya verilemediği görülmektedir. Bu durumun muhtelif sebepleri olabilir. Yazımızın amacı bu sebepleri tartışmak olmadığı için bu konuda değerlendirme yapmak şu aşamada uygun değildir. Ancak, rekabet hukuku uygulamamızda iktisadi analizlerin kullanılması yönündeki bireysel ve kurumsal adımları atmanın zamanının geldiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bu ihtiyaç özellikle 4054 sayılı Kanun'da 139/2004 sayılı AB Yoğunlaşma Tüzüğü'ne

paralel biçimde birleşme/devralma işlemlerinin değerlendirilmesinde “rekabetin önemli ölçüde azaltılması” kriterinin benimsenmesi halinde daha belirgin olarak uygulayıcıların karşısına çıkacaktır.

Bu yazıda, iktisadi analizin rekabet hukuku uygulamalarında ne şekilde kullanılabileceğine ilişkin bazı örneklere yer verilmeye çalışılmıştır. Çoğu zaman akademik iktisat literatüründe kullanılan anlatım dilinin anlatılmak istenenin çok ötesinde karmaşıklaşması birçok rekabet hukuku uygulayıcıları açısından sorunlu bir alanı oluşturmaktadır. Halbuki, hukuku ve iktisadi birlikte anlamak ve uygulamak zorunda olan bizim gibi uygulayıcılar açısından iktisadi anlatımın pratik amaçlara yönelik olarak basitleştirilerek ifade edilmesinde fayda bulunmaktadır. Ancak iktisatçı okuyucuların da analizlerin arkasında yatan hususları değerlendirebilmelerine imkan sağlamak amacıyla bir miktar teknik anlatım zaruri olmuştur. Bununla birlikte bu yazıda, rekabet hukuku uygulamasında her kesimden uygulayıcı için oldukça önemli bir yeri olan talep esnekliklerinin eldeki davalar özelinde pratik olarak ne şekilde değerlendirileceğine ilişkin nicel örnekler sergilenmeye çalışılmıştır. Söz konusu örnekler pazar tanımı yapılması, hakim durum tespiti ve birleşme işlemlerinin fiyatlar üzerine olan etkilerinin ölçülmesi konularına yönelik olarak hazırlanmıştır. Özellikle birleşme işlemlerinin değerlendirilmesinde karar vericilerin geleceğe ilişkin tahminlere ihtiyaçları bulunması sebebiyle “birleşme simülasyonlarının” nasıl yapılacağı hakkındaki bölüme geniş yer ayrılmıştır. Zaman kısıtı sebebiyle birleşme simülasyonlarında “dinamik etkinlik analizi” ve “elden çıkarma koşulu getirme” gibi konuların incelenmesi gelecekteki çalışmalara bırakılmıştır. Yazının ortaya attığı sorulara cevap verebilecek nitelikte olup olmadığı hakkında görüş ve yorumları alabilmek gelecekteki çalışmalarımız için ışık tutacaktır.

KAYNAKÇA

Deaton, A., ve Muellbauer, J. 1980, "An Almost Ideal Demand System", *American Economic Review*, Vol.70, 312-326.

EC Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law, Official Journal C 372, 09.12.1997

Epstein, R.J. ve Rubinfeld D.L. 2004, Technical Report for DG Competition, European Commission. http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/studies_reports/effects_mergers_involving_differentiated_products.pdf

Green, R. ve Alston, J.M. 1990, "Elasticities in AIDS Models", *American Journal of Agricultural Economics*, Vol 72, 442-445.

Hall, R. 1988, "The Relation between Price and Marginal Cost in U.S. Industry", *Journal of Political Economy*, vol. 96, 921-947.

Hausman J. ve Leonard G. 2002, "The Competitive Effect of New Product Introduction: A Case Study", *The Journal of Industrial Economics*, No:3, 237-263.

Ivaldi, M. ve Verboven, F. 2005, "Quantifying the Effects from horizontal Mergers in European competition Policy", *International Journal of Industrial Organization*, Vol.23, 669-691.

Kalkan, E., 2000, "Lerner Index Estimates For Turkish Manufacturing Industries", 4. ODTÜ Ekonomi Kongresinde Sunulan Tebliğ.

Martins, J. O. and Scarpetta, S. ve Pilat, D. 1996, "Mark-up Ratios in Manufacturing Industries: Estimates for 14 OECD Countries" *OECD Economics Department Working Papers*, No.162, 1-47.

Nevo, A. 2000, "A Practitioner's Guide to Estimation of Random-Coefficients Logit Models of Demand", *Journal of Economics and Management Strategy*, Vol.9, 513-548.

Pofahl, G.M. 2006, "Essays on Horizontal Merger Simulation: The Curse of Dimensionality, Retail Price Discrimination, and Supply Channel Stage-Games", Ph.D Dissertation, Texas A&M University.

U.S. Department of Justice and Federal Trad Commission, "1992 Horizontal Merger Guidelines, [With April 8, 1997, Revisions To Section 4 On Efficiencies]"

Werden, G. 1996, "Simulating the Effects of Differentiated Products Mergers: A Practitioners' Guide", Julie A. Caswell ve R.W. Cotterill tarafından derlenen *Strategy and Policy in the Food System: Emerging Issues, Proceedings of NE-165 Conference*: Washington D.C.

Werden, G. ve Froeb, L. 1994, "The Effects of Mergers in Differentiated Products Industries: Logit Demand and Merger Policy", *The Journal of Law, Economics and Organization*, Vol. 10, 407-421.

Ek 1: Birleşme Simülasyonu Örneği İçin Komutlar

```
S=[0.071      0.000  0.000  0.000  0.000  0.000
0.000  0.251  0.000  0.000  0.000  0.000
0.000  0.000  0.179  0.000  0.000  0.000
0.000  0.000  0.000  0.137  0.000  0.000
0.000  0.000  0.000  0.000  0.093  0.000
0.000  0.000  0.000  0.000  0.000  0.269]

E=[-3.7796   0.1506  0.2135  0.0000  0.0000  0.0000
0.5506 -3.3413  1.6590  0.0000  0.0000  0.0000
0.5387  1.1725 -3.8027  0.0000  0.0000  0.0000
0.0000  0.0000  0.0000 -2.0068  0.0000  0.0000
0.0000  0.0000  0.0000  0.0000 -2.5797  0.0000
0.0000  0.0000  0.0000  0.0000  0.0000 -2.4164]

postm1=inv(E*S)*(-diag(S))
B=[-0.1970   0.0400  0.0390  0.0190  0.0270  0.0720
0.0400 -0.5820  0.2990  0.0560  0.0370  0.1510
0.0390  0.2990 -0.5000 -0.0030  0.0450  0.1190
0.0190  0.0560 -0.0030 -0.1390  0.0290  0.0380
0.0270  0.0370  0.0450  0.0290 -0.1470  0.0090
0.0720  0.1510  0.1190  0.0380  0.0090 -0.3890]

prem0=[0.2646
0.4633
0.4633
0.4983
0.3876
0.4138]

p1p0=exp(log(1-prem0)-log(1-postm1))

s=diag(S)
s1=s+B*(log(p1p0))
%%%%calculate and copy new S1 and E1 from Excel
E1=[-6.753702624   0.154285714   0.224357017   0   0   0
1.139708455   -3.398673469   1.743728714   0   0   0
1.115102041   1.20122449   -3.945930711   0   0   0
0   0   0   -1.955841996   0   0
0   0   0   0   -2.409904031   0
0   0   0   0   0   -2.262090096]

S1=[0.0343   0   0   0   0   0
0   0.245   0   0   0   0
0   0   0.1703   0   0   0
0   0   0   0.1443   0   0
```

```

0      0      0      0      0.1042  0
0      0      0      0      0        0.3019]
postm2=inv(E1*S1)*(-s1)
p2p0=exp(log(1-prem0)-log(1-postm2))
s2=s1+B*(log(p2p0))
E2=[-7.4075    0.1516  0.2207  0.0000  0.0000  0.0000
1.2692 -3.3564  1.7155  0.0000  0.0000  0.0000
1.2418  1.1800 -3.8983  0.0000  0.0000  0.0000
0.0000  0.0000  0.0000 -1.9408  0.0000  0.0000
0.0000  0.0000  0.0000  0.2026 -2.4277  0.0000
0.0000  0.0000  0.0000  0.0000  0.0000 -2.2825]
S2=[0.0308    0      0      0      0      0
0      0.2494  0      0      0      0
0      0      0.1731  0      0      0
0      0      0      0.1466  0      0
0      0      0      0      0.1029  0
0      0      0      0      0      0.2971]
postm3=inv(E2*S2)*(-s2)
p3p0=exp(log(1-prem0)-log(1-postm3))
s3=s1+B*(log(p3p0))

```

Ek 2 : Simülasyon Sonuçları (Ek:1'deki komutların uygulanmasıyla elde edilen sonuçlardır.)

```

>>
S =
0.0710    0      0      0      0      0
0  0.2510    0      0      0      0
0      0  0.1790    0      0      0
0      0      0  0.1370    0      0
0      0      0      0  0.0930    0
0      0      0      0      0  0.2690

E =
-3.7796  0.1506  0.2135    0      0      0
0.5506 -3.3413  1.6590    0      0      0
0.5387  1.1725 -3.8027    0      0      0
0      0      0 -2.0068    0      0
0      0      0      0 -2.5797    0
0      0      0      0      0 -2.4164

postm1 =
0.4055
0.4952

```

0.4998
0.4983
0.3876
0.4138

B =

-0.1970	0.0400	0.0390	0.0190	0.0270	0.0720
0.0400	-0.5820	0.2990	0.0560	0.0370	0.1510
0.0390	0.2990	-0.5000	-0.0030	0.0450	0.1190
0.0190	0.0560	-0.0030	-0.1390	0.0290	0.0380
0.0270	0.0370	0.0450	0.0290	-0.1470	0.0090
0.0720	0.1510	0.1190	0.0380	0.0090	-0.3890

prem0 =

0.2646
0.4633
0.4633
0.4983
0.3876
0.4138

p1p0 =

1.2370
1.0631
1.0731
1.0000
1.0001
1.0001

s =

0.0710
0.2510
0.1790
0.1370
0.0930
0.2690

s1 =

0.0343
0.2450
0.1703
0.1443
0.1042
0.3019

E1 =

-6.7537	0.1543	0.2244	0	0	0
1.1397	-3.3987	1.7437	0	0	0
1.1151	1.2012	-3.9459	0	0	0
0	0	0	-1.9558	0	0
0	0	0	0	-2.4099	0
0	0	0	0	0	-2.2621

S1 =

0.0343	0	0	0	0	0
0	0.2450	0	0	0	0
0	0	0.1703	0	0	0
0	0	0	0.1443	0	0
0	0	0	0	0.1042	0
0	0	0	0	0	0.3019

postm2 =

0.3058
0.4802
0.4812
0.5112
0.4148
0.4421

p2p0 =

1.0593
1.0324
1.0345
1.0263
1.0466
1.0508

s2 =

0.0308
0.2494
0.1731
0.1466
0.1029
0.2971

E2 =

-7.4075	0.1516	0.2207	0	0	0
1.2692	-3.3564	1.7155	0	0	0
1.2418	1.1800	-3.8983	0	0	0

```
0 0 0 -1.9408 0 0
0 0 0 0.2026 -2.4277 0
0 0 0 0 0 -2.2825
```

S2 =

```
0.0308 0 0 0 0 0
0 0.2494 0 0 0 0
0 0 0.1731 0 0 0
0 0 0 0.1466 0 0
0 0 0 0 0.1029 0
0 0 0 0 0 0.2971
```

postm3 =

```
0.2963
0.4836
0.4841
0.5154
0.4734
0.4381
```

p3p0 =

```
1.0451
1.0393
1.0404
1.0352
1.1629
1.0432
```

s3 =

```
0.0365
0.2501
0.1755
0.1483
0.0878
0.3019
```

İsmail Hakkı KARAKELLE (Oturum Başkanı)- Ekrem Kalkan'a çok teşekkür ediyoruz. Şimdi sözü Erol Hocamıza vereceğim.

Sizlerce de şaşırtıcı olmayacağı üzere Erol Hocayı tanıtmaya kalkmayacağım. Çok uzunca zamanınızı almış olurum ve gereksiz bir zaman alma olur. Şu anda kendisi Bilgi Üniversitesinde Mütavelli Heyeti Üyesi ve aynı Üniversitenin İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesinde Öğretim Üyesi.

Salonda ola ki, Erol Hocanın şimdi söyleyeceğim özelliğini bilmeyen tek bir kişi bile varsa, -olduğunu zannedmiyorum, ama ihtimale yönelik söylüyorum- bizim elimizdeki bu kanunun, uygulamaktan sorumlu olduğumuz 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun hazırlığı, -tabii o kanunun varlığıyla ve Kurumun varlığıyla bu sempozyumlar oldu- 1990'lı yılların başında yapıldı. O hazırlık Komisyonunun tek iktisatçı Üyesiydi Sayın Katırcıoğlu. O tarihlerde Sayın Katırcıoğlu, Koalisyon Hükümetinde yine yakın bir tarihte, Sadun Hoca kadar yakın değilse de yakın bir tarihte kaybettiğimiz, bence politik kimliği kadar ve belki daha fazla bilim insanı kimliğiyle anılması gereken Erdal İnönü Beyin Danışmanıydı. Ben Erol Hocayı öyle tanımıştım. Daha önce yoğunlaşmalarla ilgili çalışmalarından biliyordum. Bu kanun ve Tüketici Kanununun hazırlık sürecinde bize sadece iktisatçı olarak destekte bulunmadı aynı zamanda siyasetçilere, -ama Erdal Beyin de bir şans olduğunu herhâlde teslim etmek lazım, fakat Erol Hoca da bir şanstı- diğer siyasilere, bu kanunların, bu düzenlemelerin ne kadar önemli olduğunu sabırla anlatan bir Hocamızdı. Evet Hocam, söz sizin; buyurun.

EKONOMİDE İKİLİ YAPI ve REKABETİ SINIRLAYICI ANLAŞMALAR HAKKINDA GÖRÜŞ

Prof. Dr. Erol KATIRCIOĞLU

İstanbul Bilgi Üniversitesi İ.İ.B.F Öğretim Üyesi

EKONOMİDE İKİLİ YAPI

Modern ekonomiler kendi tarihleri içinde gelişirken, biri, sermaye yoğun ileri teknolojiler kullanan, daha çok dış piyasaları dikkate alarak üretim yapan, ileri-geri entegrasyonunu tamamlamış “büyük firmalar” ile; diğeri ise daha çok emek yoğun teknolojiler kullanarak iç pazar için üretim yapan ve boyları bakımından “küçük” firmalardan oluşan “ikili” bir yapı özelliği gösterirler. Bu yapısal özellik yalnızca Türkiye gibi “gelişmekte olan” ülkelerde değil aynı zamanda gelişmiş ülkelerde de görülen bir özelliktir.¹ Nitekim Türkiye ekonomisinin yapısal özellikleri üzerine yapılan önemli bir çalışma McKinsey Global Institute’in Şubat 2003’de yayınlanan araştırmasıdır.² Bu çalışmada Türkiye ekonomisinin “ikili” bir yapı özelliği gösterdiği açık bir biçimde ortaya konmaktadır. Örneğin;

“Türkiye’de, incelediğimiz sektörlerde işgücünün yaklaşık yarısını istihdam eden ve verimlilik seviyesi ABD’deki seviyenin yüzde 62’sine ulaşan **modern bir kesim** vardır. Fakat bu modern kesimin yanında, incelediğimiz sektörlerde işgücünün diğer yarısını istihdam eden ve ABD’deki seviyenin dörtte birinden düşük verimlilik seviyelerinde çalışan **geleneksel bir kesim** vardır.” (Age. s: 31).

Bir başka yerde: “Mevcut düşük verimlilik seviyesinin ve potansiyel seviyeye ulaşmak amacıyla yapılması gerekenlerin anlaşılması için, altyapı ve bireysel bankacılık dışında **tüm sektörlerde kendini gösteren ikili yapının anlaşılması şarttır.**” (Age. S.38). Bu ikili yapının oyuncularının niteliklerini ise aşağıdaki satırlarda şöyle ifade edilmektedir:

¹ Bkz. Averitt, R., 1968. **The Dual Economy**: The Dynamics of American Industry Structure. Norton, New York ve

Bowring, J., 1986. **Competition in a Dual Economy**. Princeton University Press, Princeton. Ayrıca bkz. “Dual market structures and the likelihood of repeated ties-evidence from pharmaceutical biotechnology”, N. Roijackers, J. Hagedoorn, ve H.van Kranenburg **Research Policy** 34 (2005) 235–245.

² **Türkiye, Verimlilik ve Büyüme Atılımının Gerçekleştirilmesi**, McKinsey & Company, 2003, İstanbul

“Türkiye’nin modern kesimi, işletmelerine önemli teknolojiler ve birçok verimli uygulama kazandırmış olan oyuncularını içermektedir. (...) Öte yandan, geleneksel kesim nisbeten daha sınırlı bir teknoloji ve düşük standartlaşma veya ölçek ekonomileriyle faaliyet göstermekte ve genellikle daha düşük kaliteli ürün ve hizmetler sunmaktadırlar. (Age. s: 39).

Modern ekonomilerde bu ikili yapının ortaya çıkış biçimleri kimi zaman “modern” ve “geleneksel” ayrımı ile ifade edilebileceği gibi kimi zaman da “formel” ve “enformel” ayrımıyla da ifade edilir. Eğer konu, teknoloji, verimlilik, büyüme gibi reel konuları içeriyorsa iktisatçılar daha çok “modern-geleneksel” ya da “merkez-çevre” ayrımını tercih ederlerken; eğer konu, piyasa sisteminin meşruiyeti, vergi gelirleri ve sosyal güvenlik ödemeleri gibi konularla ilgiliyse “formel-enformel” ayrımını tercih ederler. Her ne kadar her durumda bu ayrımların karşılıkları birbirleriyle örtüşmese de “modern “kesimin “formel”, geleneksel kesimin ise “enformel” olduğu genel olarak kabul edilir.

Ekonomide İkili Yapı ve Rekabet Kuralları

Ekonomik yapıda “ikili yapı”nın varlığı ile rekabet kuralları arasında ilişki kuran çalışmalar çok değildir. Bu çalışmalardan biri, Rekabet Kurumu’nun uzmanları Burak Büyükkuşoğlu ve Murat Çetinkaya’ya aittir.³ Yazarlar bu çalışmalarında “enformel sektörler” in nedenleri, maliyetleri ve yararları konusunda bazı tesbitler yaptıktan sonra konuyu rekabet kurallarının uygulanmasıyla ilişkili olarak yorumlamışlar ve Rekabet Kurumu’nun vermiş olduğu 15 kararı bu çerçevede değerlendirmişlerdir.

Ekonomik alanın bir kısmının “enformel” olmasının, bir başka deyişle bir kısım işletmelerin “kayıtdışı” kalabilmelerinin bir ekonomi üzerinde çeşitli olumsuzlukları vardır. Enformelliği ya da kayıtdışılığı, işletmelere önemli maliyetler yaratan bazı yasal yükümlülüklerin (vergi, istihdam ve üretim alanındaki gibi) yerine getirilmemesi olarak tanımlarsak, bu durum hem genel ekonomi açısından ve hem de mikroekonomi açısından sorunlar çıkardığı ortadadır. Oysa biz bu çalışmada, gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerde enformel sektörün yarattığı sorunları değil⁴, daha çok enformel sektörün

³ Burak Büyükkuşoğlu and Murat Çetinkaya, “**The Impact of The Informal Sector On The Effective Enforcement Of Competition Law And Policy: Extracts From The Decisions Of Turkish Competition Authority**”, Fifth United Nations Conference To Review All Aspects Of The Set Of Multilaterally Agreed Equitable Principles And Rules For The Control Of Restrictive Business Practices, Antalya, Turkey, November 2005.

⁴ Bu konuda kapsamlı bir tarama için bkz. K. Gerxhani, (2004) “The Informal Sector in Developed and less developed Countries: A Literature Survey”, **Public Choice** 120: 267-300.

varlığının rekabet yasalarının uygulanmasında ne tür sorunlar ortaya çıkardığı ile ilgilidir.

Bir ekonomide enformel sektörlerin varlığı rekabet kurallarının uygulanması açısından iki temel sorun çıkarır:

- 1- “İlgili ürün pazarın”ın tanımıyla ilgili sorunlar
- 2- “Haksız rekabet” sorunları.

1- İlgili Ürün Pazarının Tanımıyla İlgili Sorunlar: Bu sorunlardan biri “enformel” sektörün varlığı halinde ilgili ürün pazarının tanımlanmasının hem arz yönünden hem de talep yönünden zorlaşmasıdır. Bunun nedeni ise açıktır ki enformelliğin ya da kayıtdışılığın varlığı halinde pazarın sınırlarının “muğlak”laşmasıdır. Bu “muğlak”laşmanın bir nedeni, kayıtdışılıktan dolayı istatistiklerin gerçek pazarın sınırlarının çizilmesinde yetersiz kalması ise, diğeri de yine bazı işletmelerin kayıtdışı kalmasının hangi tür ürünlerin ilgili ürün pazarı içinde sayılması gerektiğine karar vermenin zorlaşmasıdır. Birinci nedenle ilgili olarak FTC’nin Başkanı Kovacic şunları söylüyor:

“Rekabet otoriteleri genellikle resmi devlet istatistiklerini kullanır ve fakat bu devlet verileri ithalat gibi ya da resmi olarak kendini bir işletme olarak kaydetmemiş olan enformel sektördeki firmalar gibi önemli faaliyet alanlarını içermez. Bu durumda piyasa paylarının hesaplanması, piyasaya katılanların kimler olduğu ve faaliyetlerinin boyutları verilerin doğru veriler olmamasından dolayı sorunludur. Böylece hakim durumda olmayan bir firmayı hakim bir firma imiş gibi nitelenmek mümkün hale gelir”⁵.

Hakim durumda olmayan bir firmayı, enformelliğin yarattığı bilgi eksikliğinden kaynaklanan bir nedenle “hakim” durumda görmek ve giderek cezalandırmak olasılığı rekabet yasalarının uygulanmasında ciddi bir eksiklik anlamına gelecektir. İkinci nedenle ilgili olarak da bu satırların yazarının daha önce Rekabet Kurumu’na sunduğu bir görüşte de belirttiği gibi;

“İlgili ürün pazarının tesbitinde, pazardaki oyuncuların yalnızca “merkez”deki değil, aynı zamanda “çevre”deki firmaları da kapsamaları gerekir. Bir başka deyişle Türkiye’de, Batı ekonomilerinde görülen sınırları belirgin piyasalar yerine, “geleneksel” firmaların da içinde yer aldığı sınırları “muğlak” piyasalar vardır. Bu nedenle de istatistiki kaygılarla ve çoğu kez tanımları gelişmiş ülke pazarları için geliştirilmiş kapsamlarla yapılmış piyasa tanımları,

⁵ W.E. Kovacic, **Building the Institutional Foundation for Effective Competition Policy Systems**, Institutionalality and Competition Policies, Catholic University of Peru, Lima, Peru, May 2005. s.7.

özellikle “antitröst pazarı”nın tanımlanması için yeterli değildir. Kaldı ki o pazarlarda da benzer sorunlar vardır”⁶.

Aynı şekilde: “Yukarıdaki örnekler de gösteriyor ki Türkiye ekonomisinin hala “gelişmekte olan” bir ülke olması, piyasaların da ileri Batı ülkelerindeki benzerlerinden hala farklı olması anlamına geliyor. Batı ekonomilerinde nisbeten belirgin olan piyasa sınırları, burada oldukça “muğlak”laşmış durumda. O nedenle de, özellikle “hakim durum” analizlerinde “ilgili ürün pazarı”nın tayininde büyük dikkat göstermek, titiz incelemeler yapmak gerekmektedir.”⁷

2- Enformel Sektörün Yarattığı “Haksız Rekabet” Sorunları:

Enformel sektörün varlığının yarattığı haksız rekabet sorunları esas olarak enformelliğin yani kayıtdışılığın sağladığı maliyet avantajlarının rekabet sürecinde formel sektördeki firmaların aleyhine kullanılabilmesiyle ilgilidir. Nitekim yukarıda sözünü ettiğimiz Büyükkuşoğlu ve Çetinkaya da bu noktayı şöyle destekliyorlar:

Bunun da ötesinde enformel sektörden vergi toplamak imkansız olduğundan vergi gelirlerinin erozyona uğraması sözkonusu olur. Ek olarak da enformel sektördeki firmalar, formel sektördeki rakipleri karşısında haksız bir rekabet üstünlüğü elde ederler.⁸

Yazarların bu çerçevede yaptıkları en önemli tesbitler ise şunlardır:

(...) Büyük ölçüde enformel faaliyetlerin olduğu piyasalarda, formel firmalar, kendilerini enformel rakipleri karşısında adil olmayan ticaret koşulları içinde korumasız hissettiklerinde, bir araya gelerek fiyat belirleme ya da pazar paylaşmak gibi rekabetçi olmayan yatay bir davranışa yönelebilirler. Hatta bu rekabetçi olmayan uygulamalar formel firmaların mesleki dernekleri tarafından da yönlendirilip uygulanabilirler. Bu gibi durumlar, antitröst otoritelerinin karar verme prosedür ve süreçleri üzerinde bir engel oluştururlar. Bu tür faaliyetlerden dolayı antitröst otoriteleri tarafından suçlanan firmalar ise, ilgili ürün pazarındaki bu enformellikleri öne çıkarırlar.⁹

Bir başka yerde de;

(...) Eğer bir ekonomide geniş bir enformel sektör var ise, bu, daha fazla enformellik için bir teşvik anlamına gelir. Bunun da ötesinde, rekabet

⁶ Bkz. E. Katırcıoğlu, **İlgili Ürün Pazarı'nın Tesbitine İlişkin Görüş**, Rekabet Kurumun'na Frito Lay soruşturması kapsamında sunulan görüş. Ekim 2003.

⁷ Age.

⁸ B. Büyükkuşoğlu and M. Çetinkaya. Age. S. 5

⁹ B. Büyükkuşoğlu and M. Çetinkaya. Age. S.6

yasasını, rekabet otoritelerinin etki alanı dışında kalan enformel ve kayıtdışı rakiplerin olduğu gerçeğine rağmen formel firmalara uygulamak adil bir tutum olmayabilir. Bu da, rekabet yasasının ciddi boyutlarda enformelliğin olduğu sektörlerde uygulanmasının isatennen sonuçları doğurmayacağı anlamına gelir¹⁰

Dünyada ve Türkiye’de Enformel Ekonomi

Enformel ekonomi geniş olarak tanımlandığında yalnızca vergiden ve sosyal güvenlik primlerinden kaçınmanın yanısıra sektörle ilgili belirli yasal standartlara uymama biçimindeki faaliyetleri de kapsar. Yukarıda da belirttiğimiz gibi bu yapısal özellik yalnızca gelişmekte olan ülkelerde değil gelişmiş ülkelerde de görülen bir durumdur. Üstelik zaman içinde bu tür enformel faaliyetlerin azalması beklenirken özellikle 1990’lardan sonra her iki ülke gurubunda çok sayıda ülkede artışlar gözlenmiştir.¹¹ Enformel sektörlerin artması ve yaygınlaşmasının önemli bir nedeni “küreselleşme” olgusudur. Küreselleşme, ülkeler ve firmalar arasında rekabeti artırırken, rekabetin artması da bazı firmaların enformel sektörlerle yönelmesi sonucunu yaratmaktadır. **Bu nedenle de bir ekonomide rekabet ne denli yüksekse o ekonomideki firmaların enformel sektöre yönelmeleri de o denli güçlü olmaktadır.**¹² Rekabet ve enformel sektör arasındaki ilişki doğal olarak rekabetin kar marjları üzerindeki azaltıcı etkisiyle ilgilidir. Her hangi bir pazarda rekabetin artışı fiyatlar üzerinde bir baskı oluşturur. Bu baskı karşısında kar marjları erirken, eriyen kar marjlarına verilebilecek cevaplardan biri de kayıtdışına çıkarak vergi ve sosyal güvenlik primlerini ödememek ya da uyulması gereken standartlara uymayarak daha düşük kaliteli ürünleri piyasaya sürmek olarak ortaya çıkar.¹³ Böylelikle azalan maliyetler, rekabetin baskısıyla kaybedilen kar marjlarının yeniden kazanılmasını mümkün kılar. Dolayısıyla rekabetin artışı ekonominin

¹⁰ B. Büyükuşoğlu and M. Çetinkaya. Age. S. 12

¹¹ F. Schneider and F. Savasan, **The Size of Shadow Economies of Turkey (and of her Neighbouring Countries) Including an Informal Hiring and Sectoral Analysis of the Turkish Shadow Economy**, Ocotber 2005

¹² L. Karlinger, “The Underground Economy in the Late 1990s: Evading Taxes, or Evading Competition?” March, 2006. homepage.unive.ac.at/lilianeckarlinger/Links.html. Bu önerme gelişmekte olan ülkelerdeki “ikili yapı” dikkate alınarak şöyle de genişletilebilir: **Bir ülkede ikili yapı ne denli yaygın ve rekabet ne denli yüksekse o ülkede enformel sektöre yönelme de o denli yüksek olmaktadır.**

¹³ Aslında rekabet artışının sonucu düşen kar marjlarına verilebilecek ekonomik olarak meşru cevap ya yeni ürünler ortaya koyarak fiyatlarda, ya da yeni teknolojilere geçerek maliyetlerde avantaj yaratmak olmalıdır. Ne var ki her iki alan da fazladan bir çabayı gerekli kılar.

marjındaki firmaların bazılarının kayıtdışına çıkmasına yani enformelliği seçmesine neden olur.

Türkiye’de enformel sektörün yaygınlığı bir çok bakımdan dikkati çeken boyutlardadır. Nitekim Kayıtdışı Ekonomi Özel İhtisas Raporu durumun ne ölçüde vahim olduğunu açık bir biçimde ifade etmektedir:

“Ülkemizde son yıllarda kayıtdışı ekonominin büyük boyutlara ulaştığı ve giderek büyüdüğü bir gerçektir. Toplumdaki çeşitli çevreler bu sorunun çözümü konusunda çeşitli öneriler getirilmekte ve bu çerçevede bazı düzenlemeler de yapılmaktadır. Ancak bugüne kadar bu sorun çözülemediği gibi birbirini besleyen mekanizmalar içinde sürekli büyümektedir.”¹⁴ 1989-1991 yılları arasındaki vergi verilerini kullanarak yapılan çalışmalardan bu yıllarda kayıtdışı ekonomi GSMH’nın yaklaşık yüzde 37’si olarak hesaplanmıştır.¹⁵ Bir başka çalışmada ise bu oran bu kez GSYİH üzerinden hesaplanmış ve 1999/2000 dönemi için yüzde 32.1, 2004/05 dönemi içinse yüzde 35.2 olarak bulunmuştur.¹⁶

Yukarıdaki alıntılardan anlaşılacağı gibi, Türkiye ekonomisi son yıllarda uygulanan ekonomi politikaların sonucu küreselleşmenin daha fazla etkisi altına girmiştir. Küreselleşmenin etkisinin artması ise piyasalarda rekabetin artması sonucunu doğururken aynı zamanda enformelliğin ve kayıtdışılığın artmasına da neden olmuştur. Küreselleşmenin arttırdığı rekabetle baş edemeyen ve genellikle teknoloji başta olmak üzere çeşitli bakımlardan yetersiz olan işletmelerin kayıtdışılığa kayması anlaşılabilir bir olgudur ama yarattığı ekonomik ve sosyal sorunlar dikkate alındığında da kabul edilebilir bir olgu değildir.

Enformelliğin Yaygınlaşmasının Rekabet Kuralları Bakımından Yeniden Değerlendirilmesi

Yukarıda, bir ekonomide enformelliğin ortaya çıkmasının ve yaygınlaşmasının formel sektördeki firmalar bakımından bir “haksız rekabet sorunu” yarattığından söz etmiştik. Nitekim, Büyükkuşoğlu ve Çetinkaya’nın çalışmalarında da enformel yapının varlığı halinde formel sektördeki firmaların “haksız rekabete” uğrayabilecekleri belirtilmişti. Enformel sektördeki firmaların

¹⁴ **Kayıtdışı Ekonomi** Ö.İ.K. Raporu. VIII. BYKP, Ankara 2001. s. 10.

¹⁵ Bu ortalama şu çalışmalardan hesaplanmıştır. O.Altuğ. “Kayıtdışı Ekonomi”, Asomedy, Aralık1993, s: 26-40; T. Derdiyok, “Türkiye’nin Kayıtdışı Ekonomisinin Tahmini”, Türkiye İktisat, Mayıs 1993, 14: 54-63. A.Temel, A. Şimşek ve K. Yazıcı Kayıtdışı Ekonomi, Tanımı, Tespit Yöntemleri ve Türk Ekonomisindeki Büyüklüğü, DPT, Ankara 1994.

¹⁶ F. Schneider and F. Savasan, Age. S.11.

kayıtdışı kalarak rekabet üstünlüğü elde etmeleri karşısında formel sektördeki firmaların bir araya gelerek kartel kurmalarının rekabet otoriteleri için bir çok sorun yaratacağı ortadadır. Nitekim sözünü ettiğimiz yazarlar da bu durumu konu etmekte ve böyle durumların da olduğu bazı araştırmaları özetlemektedirler. Fakat açıktır ki formel sektördeki firmaların karşılaştıkları “haksız rekabet” karşısında tepkileri yalnızca “rekabeti engelleyici bir anlaşma” yapmak olamaz. Olamaz çünkü “formel” bir yapının “enformel” bir yapı karşısında ortaya koyacağı tepki formel yapı içindeki firmalar arasında “rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma” yapmak olabileceği gibi, sonucu sektörde ve “ekonomide etkinliği artırmak amaçlı işbirliği” yapmak da olabilir. **“Rekabeti sınırlayıcı anlaşma yapmak” ne denli “gayri meşru” ise “ekonomide etkinliği artıracak işbirlikleri” arayışı içinde olmak da o denli “meşru”dur.** Bu nedenle de ekonominin “ikili” bir yapı özelliği gösteren ülkelerde rekabet kurallarının uygulanması bu ikili yapıyı dikkate alan bir biçimde gerçekleştirilmelidir. Çünkü böyle bir ekonomide, bir ucu **rekabeti bozmak amaçlı** görüşmeler, konuşmalar, kararlar ve anlaşmalar ile diğer ucu **ekonomik etkinliği artırmaya yönelik** görüşmeler, konuşmalar, kararlar ve anlaşmaların yer aldığı geniş ve “muğlak” bir alan vardır.

Dolayısıyla enformel sektörün yaygınlığı, yalnızca formel sektör bakımından bir “haksız rekabet” sorunu değil ama aynı zamanda rekabet yasaları çerçevesinde bir rekabet sorunu da yaratmaktadır. Bu rekabet sorunu, enformelliğin, Rekabet Yasası’nın 4. maddesinde “Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar” başlığı altında konu edilen hukuka aykırı ve yasak sayılan eylemler konusunu “muğlak” hale getirmesi ve hangi işbirliklerinin rekabeti bozucu hangilerinin ise ekonomik etkinliği artırıcı olduğunun anlaşılmasını zorlaştırmasıyla ilgilidir.

Nitekim benzer bir muğlaklıkla karşılaşan Amerikan Federal Ticaret Mahkemesi, işletmeler arasında ekonomik etkinliği artıracak ve fakat “Sherman Act” bakımından yasal bulunmayan bazı işbirliklerinin ayırılabilmesi için 2000 yılında yeni bir tüzük yayımlamıştır. **“Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors”** adlı tüzük gerek işdünyasına ve gerekse antitröst otoritelerine, küreselleşmeyle ortaya çıkan yeni rekabet ortamında karşılaşılan “muğlak” lığı giderecek ölçüleri sağlamaktadır.

SONUÇ

Türkiye ekonomisi “ikili” bir yapıya sahiptir. İkili yapı bir nitelemeye göre “formel-enformel” olarak adlandırılabilir. Aslında bütün çağdaş ekonomilerde de benzer bir özellik varsa da gelişmekte olan ülkelerde bu özellik daha da yaygın ve derindir. Küreselleşmenin yarattığı yeni ekonomik ortam rekabetin artmasına neden olduğundan bu ikili yapının enformel ayağındaki işletmeleri daha da enformelliğe ve kayıtdışılığa itmektir. Buna karşılık aynı süreç kayıtdışılık karşısında formel kesimdeki işletmeleri, karşılaştıkları “haksız rekabet” karşısında kendilerini savunmaya ve bu haksızlığa karşı çözüm yolları bulmaya yöneltmektedir. Bu süreçte, işletmeler arasında yapılan görüşmelerin ve konuşmaların Rekabet Yasası’nın 4. maddesinde konu edilen hukuka aykırı eylemlerle karıştırılma olasılığı ortaya çıkmaktadır. Bir başka ifadeyle, kayıtdışılığın varlığı yalnızca “haksız rekabet” sorunu değil aynı zamanda rekabet yasasının 4.maddesi üzerinde bir “muğlak”lık yaratarak bir “rekabet sorunu” da ortaya çıkarmaktadır. Bu durumun da hem rekabet otoritesinin işini zorlaştırdığı ve hem de işletmeleri yasalar karşısında kırılğan bir konuma ittiği açıktır.

İsmail Hakkı KARAKELLE (Rekabet Kurulu Üyesi)- Biz de Erol Hocamıza çok teşekkür ediyoruz. Daha önce verdiğiniz yetkiden aldığım cesaretle bir yetki daha istiyorum. 1.5 saat oldu. Toplantı bakımından zamanı iyi kullandığımızı zannediyorum. Mümkünse benim aklımdan bir şey geçiyor; ama sizin eğiliminizi dikkate almak istiyorum. Yola gidecekler var. Bir de, belki sığağı sığağına soru-cevapları alsak ve çay-kahveye öyle çıksak diyorum. Benim bir küçük sırrım vardır, daha önceki toplantılarda izleyenler bilirler; mümkünse toplantının başında salonda bulunanları sayarım. Başladığımızda biz dahil salonda 49 kişiydik. Salondan 15 kişi ayrıldı, -her ayrılana ben eksi atarım- 4 kişi de salona girdi. 11 kaybımız var. 38 kişiyiz. Görevliler ve ihtiyaç için gidip gelenler sayıma dahil değil. Onları takip ettim, onları kayda almadım. Şimdi 38 kişiyiz. Çay-kahve arası için dışarıya çıktığımızda geriye kaç kişi döneriz? Bilmiyorum.

Ne dersiniz? Hemen sığağı sığağına soru-cevaplara geçsek derim. Kafa sallayanların daha fazla olduğunu görüyorum. Bir kısmı hiçbir şey demiyor. Onları oy kullanmıyor sayıyorum.

Evet, şimdi soru ve cevaplara geçiyoruz. Unutulur diye söylüyorum; kayıtlara geçeceği için lütfen ismimizi ve kurumumuzu söyleyelim.

SORU ve CEVAPLAR

Hilal YILMAZ (Rekabet Uzmanı)- Ben Erol Hocaya bir soru sormak istiyorum. Yanlış anlamadıysam sunumunda, kayıt dışı ekonomideki firmaların maliyet avantajları nedeniyle fiyatlarının düşük olacağı; bu nedenle de, kayıt içindeki şirketlerin kartel kurarak buna cevap vereceğinden bahsetti. Ayrıca standart belirleme anlaşmalarından bahsetti. Standart belirleme anlaşmalarını kartel olarak saymak mümkün değildir. Bu anlaşmalar, pazara giriş engelleri yaratmıyorsa muafiyet dahi alabilir. Ayrıca şöyle bir çelişki de var sanki: Kayıt içindeki şirketler kartel kuracaklarsa, kartel kurmanın amacı, fiyatları yükseltmek gibi tekeli elde etmek, rekabeti kısıtlamak istemektedir. Bu durumda, yani fiyatları yükseltmek isteyeceklerse, zaten fiyatları düşük olan öbür kayıt dışındaki şirketlerle rekabet imkânları hiç kalmayacaktır. Dolayısıyla, kayıt içindeki şirketlerin kayıtdışılığa cevap olarak kartel kurması konusunda kastettiği nedir; biraz açarsa sevinirim.

Gökşin KEKEVİ (Rekabet Uzmanı)- Benim ilk önce Fırat Hocaya bir sorum var, aynı zamanda Ekrem'e de. Fırat Hoca sunumunun 11'inci slaydını anlatırken, iktisadi modeller kullanılarak uyumlu eylemin tespit edilebileceğine dair bir ifade kullandı. Ekrem de konuşmasının girişinde 4'üncü madde çerçevesindeki bir Kurul dosyasından bahsetti.

Ekrem KALKAN- Hatırlayamadım doğrusu.

Gökşin KEKEVİ- İsim vermek gerekirse, zannederseniz Turkcell'le Telsim arasındaki bir dosyaydı o, sizin Raportör olduğunuz bir dosyaydı.

Ekrem KALKAN- Evet, evet.

Gökşin KEKEVİ- O dosyada, temel olarak az çok iktisadi modeller kuruyordunuz; ama sonuçta o dosyada ihlal kararı çıkmadı.

Ekrem KALKAN- Doğru. Tamam.

Gökşin KEKEVİ- Sonuç kısmında da şunu söyledi: "Şimdi Kurumda HHI kullanılıyor, coğrafi pazarlar bakımından iktisadi modeller kullanılıyor, daha bundan başka alanlarda da kullanılabilir" dedin. Herhâlde bunu söylerken de kastettiğin alanlardan bir tanesi uyumlu eylemin tespitiydi. İlk girişindeki cümleye bağlı olarak söylüyorum.

Dünyada, Amerika Birleşik Devletleri'nde, Avrupa Birliği'nde hem uygulamada, hem de pratikte "oligopolistik bağımlılık savunması" diye bir kavram var. Bu savunmaya göre, teşebbüslerin tek taraflı hareketleri anlaşma

olarak kabul edilmiyor; tek taraflı olarak, rakibiyle uzlaşması olmaksızın fiyatını artırmışsa bu ihlal olarak kabul edilmiyor. Dolayısıyla, iktisadi modellerle teşebbüslerin tek taraflı olarak fiyat arttırdığı konmuşsa, fiyatların arttığı ortaya konmuşsa, bu tek başına bir ihlal için yeterli değil. Ne gerekiyor? “Plus factors-artı faktörler” denilen bazı bilgi ve belgeler. Bunların çok kuvvetli deliller olmasına gerek yok; örneğin fiyatlar bir toplantı sonrasında artmış olabilir, rakipler birbirleriyle bilgi değiştirmiş olabilir. Ama mutlaka bunlar isteniyor. Uygulamada, Amerika Birleşik Devletleri’nde, Avrupa Birliği’nde, dünyanın önde gelen rekabet hukuku uygulamalarında böyle bir yorum var.

Benim sorum şu: Siz, “bu iktisadi modellerle uyumlu eylem tespit edilebilir” derken, oligopolistik bağımlılık savunması ret mi ediliyor, “herhangi bir artı faktör olmaksızın ihlal ortaya konulabilir mi” diyorsunuz; yani, “iktisat yazınındaki ‘Tacit collusion- gizli uzlaşma’ kavramı rekabet hukukundaki 4’üncü madde ihlali, 81’inci madde ihlali veya Sherman Yasası 1’inci maddesi ihlali olarak değerlendirilebilir mi” deniyor? Birinci sorum bu. Buna bağlı olarak şunu sormak istiyorum: Yalnızca iktisadi model kullanılarak ihlal tespit edilip bir teşebbüse yüzde 10’a varan ceza verilebilir mi ya da hapis cezasının olduğu bir ortamda insanlar hapse gönderilebilir mi? Size yönelik sorum bu.

Ekrem KALKAN- İkinciye anlayamadım.

Göksin KEKEVİ- Birinciyle bağlantılı aslında. İktisadi model kullanılarak ihlal tespiti yapıldıktan sonra bunun bir de yaptırım aşaması var. Hiçbir başka ek bilgi, belge olmadan yaptırım aşamasında yüzde 10’a varan ceza verilebilir mi, insanlar hapse gönderilebilir mi?

Bir de Erol Hocama bir sorum var. Konuşmanızın girişinde Amerika’daki “Leegin” kararından bahsettiniz. Kararda söylenen şu: “Dikey fiyat tespiti artık *per se* ihlal değil, rule of reason analizi yapılacak” Bu karar Amerika ve dünyada şu şekilde yorumlanıyor: “Dikey kısıtlamalarda ‘De jure’ olarak hâlâ fiyat tespitinde ihlal sonucuna ulaşılması mümkün olsa da, de facto olarak artık uygulamada bu ihlal olarak kabul edilmeyecek.” Bundan 30 sene önce bu, “Sylvania” kararında pazar paylaşımı, yani dikey müşteri paylaşımı vesaire için yapılmıştı. *Per se*’den rule of reason’a sokuldu. O günden bugüne uygulamada artık hiçbir dosya kalmadı. 30 sene sonra verilen “Leegin” kararıyla birlikte, artık bunun fiyat tespiti için de geçerli olduğu, yani Sherman Yasası 2’nci madde çerçevesinde bir tekelleşme söz konusu olmadıkça tüm teşebbüslerin de facto olarak dikey fiyat tespitinde bulunabilecekleri sonucuna ulaşıldı.

Bu bir model. Dün, -siz burada yoktunuz- Sinan Naipoğlu da şöyle bir model önerisi sundu: Türkiye için daha sıkı bir dikey kısıtlama modeli; “grup

muafiyeti tebliğinde yüzde 40, bu yüzde 20'lere düşürülmeli, bireysel muafiyet için şirketler gelmeli” dedi. Siz birinciyi anlatırken, yani “Leegin”i anlatırken şu cümleyi de kullandınız: “Dünyada rekabet modeli değişiyor.” Türkiye için hangisine daha yakın duruyorsunuz, yani “Leegin”in getirdiği modele mi daha yakın duruyorsunuz, yoksa, daha sıkı bir dikey kısıtlamalar modeline mi daha yakın duruyorsunuz; bunu sormak istedim.

Murat Şahin ÖCAL (Rekabet Kurumu Araştırma Dairesi Başkanı)- Tüm tebliğ sunanlara içerikli sunumları için teşekkür ederim. Kabul ederlerse Erol Katircioğlu Hocama bir sorum olacak lütfen.

Sunuşunuzda iki defa, Türkiye ekonomisinin yüzde 50'sinin kayıt dışı olduğundan bahsettiniz; ancak, hangi değişken bazında olduğu sizi daha iyi anlamam için önem taşıyor. Eğer çalışan kişi bakımındansa sonuçları farklı, firma sayısı bakımından ise sonuçlar farklı, katma değer itibarıyla ise yine sonuçları farklı olacak. Eğer katma değer açısından böyle bir sorun varsa, yani katma değerın yüzde 50'si merdiven altında üretiliyorsa, bu, merdivenin, izbe sokaklardaki bir pasajın dönen merdiveni değil, plazaların merdiveni olduğu anlamına geliyor. Buradan da şu sonuç çıkıyor ki, bu, siyasi otoritenin tercih ettiği bir politikadır. Kayıt içerisine almak ya da almamak bir iktisat politikası değişkeni olarak benimsenmiştir. Bunu göz önüne alarak, bu siyasi otorite açısından tercih edilen bir şey mi, razı olunan bir şey mi, yoksa katlanılan bir durum mu; değerlendirirseniz sevinirim.

Ali İhsan ÇAĞLAYAN (Rekabet Uzmanı)- Benim birkaç sorum olacak. Fırat Hoca, bizim “yapı-davranış-performans” modeli olarak bildiğimiz “Structure-conduct-performance”den bahsetti ve “artık bu model geçerliliğini yitirdi, “YASİ!”ye (Yeni Ampirik Sanayi İktisadı- New Empirical Industrial Economics) geçtik, politika artık biraz hatta geride kaldı, pek politikalara yansımıyor” dedi. Bir yönden de, Avrupa Birliği'ndeki 2004'teki tüzük değişikliğinden bahsetti Ekrem. Öte yandan, Amerika'da da rekabetin önemli derecede kısıtlanması da dikkate alınıyor, hakeza Avrupa'da “SIEC” testi. Bir yanda şimdi hem Avrupa Birliği'nde, hem de ABD'de HHI kullanımı devam ediyor; hatta bizde neredeyse sadece o kullanılıyor, “CR4” ve HHI. CR4 ve HHI, bildiğiniz gibi, “SCP”den türetilmiş metotlar. Hem “YASİ”nin kullanılması, hem de SCP'nin kullanılması “Double check” midir, çelişki midir, bunu nasıl yorumluyorsunuz; birinci sorum bu.

“Politika olarak ülkede ölçek ekonomisine ulaşmak gerekiyorsa, -biraz daha “Soft” veya yumuşak bir yaklaşımla- birleşme ve devralmalara izin vermek gerekir” diyoruz; öte yandan da, birleşme ve devralmalar sonucu, Ekrem de çok güzel bir şekilde gösterdi, fiyatlar artabiliyor da, düşebiliyor da, pazar payı düşmüş olsa bile fiyatlar artabiliyor. Bu durumda, politika tercihi olarak bir

yandan ölçek ekonomisine sahip olarak küresel rekabette güçlenmek, yani o rekabet içinde varolmak, öte yandan da, iç pazarda da fiyatların artışına belki müsaade mi edeceğiz; yani böyle bir ikilem yok mu?

Yine Fırat Hocaya bir sorum olacak. Volvo-Scania davasından hareketle, -temyiz aşamasında ne oldu tam bilmiyorum, siz biliyorsanız o konuda bilgilendirirseniz sevinirim- özellikle Gökşin sorusundan da aklıma şey geldi, bu veri paylaşımı konusu. Sadece iktisadi verilerden hareketle Rekabet Kurumu bir önaraştırma ya da soruşturma başlattığı takdirde firmaların savunmalarını almak gerekecek, firmalar da tabii ki, sizin hangi modeli, hangi dataları kullandığınızı görmek isteyecekler. Burada birtakım hukuki sorunlar yaşar mıyız yaşamaz mıyız bilmiyorum. Bunu bir hazıruna açmak lazım, bunu tartışmak lazım; bu çünkü çok ciddi bir sorun. Yarın biz iktisadi verileri kullanmaya başladığımız zaman, ticari sır mıdır, maliyetler, hepsi gündeme gelecek. Siz de gayet iyi biliyorsunuz; mikroiktisat fiyat teorisidir; özellikle de İngilizce kitaplarda zaten “Price theory” olarak geçer. Bu noktada bizim firma bilgilerine ihtiyacımı var, sektör ortalamalarına değil. Bunlar da varsa da diğeri de var. O da, günlük esasına dayanarak elde edilen bilgiler. Diğeri zaten bize firma bilgilerini vermiyor. Biz bu bilgileri nasıl toplayacağız? 14’üncü, 15’inci madde kapsamında belki toplanabilir ama, o da, Ex-ante denetim ve Ex-post denetim anlamında bizi ne takım sıkıntılara sokabilir; yani biraz oralarda sorunlar var gibi geliyor. Özellikle biz Ex-ante denetim yapmak istiyorsak bu yönüyle, ikincisi de, bir birleşme ve devralmaya izin verilmiş ya da 5 sene önce bir soruşturma yapılmış, sonuçları ne olmuş, piyasada ne gibi değişiklikleri olmuş, bunun takibi nasıl yapılacak; bu konuları bir tartışmak istiyorum.

Ali ILICAK- Ekrem Kalkan Bey dedi ki; “tabii, bu iktisadi araştırmalara, iktisadi analizlere bizim daha fazla zaman ayırmamız ve hız vermemiz için tarafların da, taraf temsilcilerinin de bu konuda bizi teşvik etmesi gerekiyor, ittirmesi gerekiyor, çünkü önce onlar başlayacak ki, biz de oradan devam edelim.” Doğru diyor. 2005 ve 2006 yıllarında Kurulun herhangi bir kararına yansımadağı için dosyalarına, arşivlerine, farelerin eleştirel kemiriciliğine terk edilmiş iki tane iktisadi analiz var. İkisinin de altında Profesör Doktor Erol Katırcıoğlu’nun imzası bulunuyor.

Bu denendi. Birkaç iktisadi modelleme kuruldu. Adlarını vermemde herhâlde bir sakınca yok. Birisi “Demir-Çelik” davasında, öbürküsü de “Akdeniz Bölgesi Çimento” davasında yapıldı.

Demir-Çelik davasında, temsil edilen firmalar aslında pazarın yarısından fazlasını oluşturuyordu. Ona güvenerek, en azından onların bilgileri kullanılarak bir “3 SLS” modeli kullanılmıştı. Çimento davasındaki çok daha basitti; iki firmanın birlikte fiyat arttırmasının, -bir sürü şey var da, özetle böyle diyebiliriz-

aslında başka nedenlerden de kaynaklanabileceğini göstermeye çalışan bir çalışmaydı.

Siz birleşme ve devralmalardan bahsettiniz ama bu işin bir de tabii, rekabetin sınırlanmasına yönelik soruşturmalarda da iktisadi analizlerin kullanılmasına, belki ileriki dönemlerde hapse atırılması mümkün olacağına göre belki onlara da yer vermek gerekir.

Evet, bunlar daha da fazla yapılabilir, her ne kadar soruşturma elimize son 1.5 senede böyle bir fırsat geçmemesine rağmen soruşturma sürecine ilişkin sorunlar var. Yeni kanun değişikliğinde bu sorunlar giderilmek yerine daha da ağırlaştırılıyor aslında. Nedir o? Teşebbüsler, yani taraflar, kendileri hakkında açılan soruşturmalardan ancak ve ancak tam olarak soruşturma raporunun kendilerine tebliğ edilmesinden sonra haberdar oluyorlar. Bu da, işlem başladıktan sonra iyi ihtimalle 6 ay, ilk başta da 2 ay yaparsak, 8 ay, kötü ihtimalle 1.5 yıl sonrasına ancak tekabül edebiliyor ve 1 aylık bir süre de var. Bu önemli. 1 ayda dünyalar yaratılır. Daha kötüsü; ek görüş hazırlamakla görevli olan raportör arkadaşların bunları değerlendirmek için 15 günlük bir süreleri var. Demir-çelik davasında, yanlış hatırlamıyorsam, çok haklı olarak bu 15 gün süre içinde raportör arkadaşların bunların üzerine bir ek görüş belirtme imkânı olmamıştı ve bu yüzden de muhtemelen karara yansımada. Soruşturma raporu ya da ek görüşe yansımaya bir unsurun Kurul kararlarına yansıdığı biz çok çok nadiren görebiliyoruz. Bunun birkaç da testi oldu. İkinci savunma süresi içinde verilmediği için ek görüşe yetişmeyen bir teşebbüsün savunmasının kararda tamamen yok sayıldığına ilişkin geçen sene bir şey oldu, test yapma olanağı oldu aslında. Bu birincisi. Soruşturma süreci, bu analizlerin en azından, o kadar büyük emekler harcanarak yapıldıktan sonra değerlendirilmesini ve Kurulun kararına yansımaları, onlar tarafından da incelenmesini kolaylaştıracak, belki raportör ek görüşüne yansımaları bayağı zorlaştırıyor.

İkincisi de; silahların çok eşit olduğundan bahsetmek mümkün değil burada. Neden? 14'üncü, 15'inci maddelere göre, edinilen bilgilerde Kurulun, olması da gereken mutlak bir yetkisi var; her türlü veriyi en azından soruşturulan taraflardan veyahut belki soruşturulmayan taraflardan da toplayabilir. Ama, savunmasını yapan tarafların böyle bir hakları olmadığı gibi, böyle bir yetkileri olmadığı gibi, böyle bir şey talep edildiğinde, verilen tarihsel olmasına rağmen, yani 2005 senesindeki bir soruşturma için 2000-2005 arasındaki veriler artık eskimiş, -bu ayrı bir tartışma, hani, hâlâ ticari sır olur-olmaz, onu açmak istemiyorum- olmasına rağmen bunlar paylaşılmadığı için, bir kere, aynı analizlerin karşı taraf tarafından, hiç olmazsa Kurul tarafından yapılan analizlerin karşı taraf tarafından sağlanmasını yapmak mümkün değil. Bu konuda da, veri yokluğundan zaten tarafların böyle işlere girişmeleri hakikaten

zor oluyor; ama, yeni kanun tasarısında, Rekabet Kurulunun yaptığı şeylerde bunların daha da zorlaştırıldığını görüyoruz. Savunma kısmını eğer Kurulun önünde yapıp da Kurulun asıl karar merci olmasını sağlayıp, ondan sonra temyiz aşamasında Danıştay'ın bunları nasıl değerlendireceği ve kesilen o cezaların ya da ileride verilmesi mümkün olabilecek olan hapis cezalarının yargı tarafından değerlendirilmesi işini, önüşama olarak Kurulda bunların tartışılmasını sağlayabilse, yani Kurul önüne gelmeden bile teşebbüslerden alınan savunmayı sembolik hâle getirmek yerine, onlara ek görüş hazırlamak gibi imkânların ortadan kaldırılması, belki soruşturma sürecini hızlandırmak amacıyla yapılan bir değişikliğin, Danıştay'ın önünde, Danıştay hâkimlerinin bunları değerlendirmesini daha da zorlaştıracakını düşünüyorum. Şu hâliyle bile aslında Kurul bunlara dayanarak karar alsa, bırakın tarafın savunmasını, onların da Danıştay hâkimleri tarafından nasıl değerlendirileceği hakkında bir fikrimiz yokken, bu yeni kanun tasarısının çok daha zorlaştıracakını düşünüyorum. Ama bu, iktisadi analizlerin önünü açmaz.

Hatırlarsanız, buradaki bütün meslektaşların ilk öğrendiği şey “United” davasındaki ilgili pazarın nasıl tanımlanacağıydı. O en enteresan gelen şey, -bir ilham üzerine yapılmış bir pazar tanımlaması- diyor ki, hepinizin bildiği gibi, “yaşlıların ve çocukların yemesi açısından bir kolaylık teşkil ettiği için muz diğer ürünlerden ayrıldı, diğer meyvelerden, dolayısıyla, muz, kendi başına bir ilgili ürün pazarıdır.” Oradaki bir raportörün ya da Komisyon üyelerinin, genel müdürün, neyse, düşüncesi üzerine yapılmış. Şimdi olsa, mesela son seneki Kurul kararlarına baksak, hem Coca-Cola, hem de Dandy Sakız kararında olduğu gibi, herhâlde elma, portakal ve muz fiyat korelasyonlarına bakılırdı. İşte, karşı taraftan bunu zorlayan birisi olsa belki senin yaptığın PCS modelleri yapılacak, bundan sonraki “Buck Rogers” 25'inci yüzyıl dönemlerine geçebilirsek, o zaman da onlar olacak. Bunun için de, bir yandan harcanan emeğin de karşılığının görülebilme ihtimalinin olması gerekiyor. Yoksa, bütün bunlar teşebbüsler için bir maliyet; hem zaman maliyeti, hem danışmanlık maliyeti, hem de bir motivasyon sorunu.

Prof. Dr. Faruk ANDAÇ (Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekan Yardımcısı)- Sayın Katırcıoğlu güzel bir konuya değindi. Benim de üstünde en çok hassasiyetle durduğum konu “kayıt dışı istihdam.” Bu konuda alınması gereken önemler epeyce var ama, ben bunların bir tanesinin üzerinde duracağım. Bilmiyorum bu konuda görüşleri neler olur?

Ben toplu sözleşmelerde resmi arabulucu olarak bulunuyorum. Toplu sözleşme yaptığım işletmelerde, sendikal faaliyetlerinden dolayı sendikalıların taleplerinin vermiş olduğu maliyetler oldukça yüksek oluyor. Halbuki, aynı işletmeyle benzer bir diğer işletme, sendikası olmadığından ve kayıt dışı

çalıştığından dolayı maliyetleri bir haylice düşük oluyor. Bu nedenle, sendikalar bu işletmelerle toplu sözleşme yaparken, yani sendikası bulunan işletmelerde oldukça zorlanmaktadırlar. Diyorlar ki, “karşı taraftaki, benim rakibim daha az ücret ödeyerek işçi çalıştırıyor, benim işçilerime bu kadar ücreti vermem söz konusu olamaz.” Böylece burada bir haksız rekabet söz konusu. Bu nedenle, karşı taraf, kayıt dışı çalıştıran taraf daha kârlı bir duruma geçmiş oluyor. Ben bunun önlemlerinden birisini bundan daha önceki makalelerimde, yazılarımda da belirttim; hatta bakana da ilettim, sendika yöneticilerine de ilettim. Sendikalara üyelik zorunluluğı getirilmesini istedim. “Closed shop”, “Union shop” adı altında Amerika’da bazı işletmelerde, hatta Japonya’da bazı işletmelerde bu uygulanmaktadır. Halbuki, bizim Anayasamızın 51’inci maddesi bunu engelliyor; çünkü, “sendikaya girmek serbesttir” diyor. Herhangi bir kayda bağlamamış; “serbesttir” diyor. Halbuki, biliyorsunuz, esnaf ve sanatkârlar, ticaret erbabı, sanayici herhangi bir işletme açmaya başladığı zaman odaya girme zorunluluğı var, bir odaya girmeden o işletmesini işletme imkânı yok. Böyle bir durumda, işçinin de işe girmesi hâlinde, sendikaya girmesinin bir sakıncası olmadığı kanaatindeyim.

Bunun özgürlüklerle de pek ilgisi de yok. Burada çoğulcu sendikacılık söz konusu. İstedığı sendikaya girebilmesi öngörülebilir. Üstelik, bu sendikalar da birbirleriyle rekabet edeceklerinden dolayı işçilerin lehine bazı hükümler de çıkabiliyor. Böyle olunca, bizim bu kayıt dışı istihdamı ortadan kaldırabilmemiz gereklidir. Kayıt dışı istihdamı mutlaka kaldırmamız lazım; çünkü, bunun ferdi yararı var ama, toplumsal çok büyük zararı var. Sosyal Sigortaların bugün çökmesinin nedenlerinden birisi, gerek primlerinin yatırılmamış olması, gerekse kayıt dışından dolayı sigortalı sayısının az olmasıdır, gerekse de, vergi konusunda, Gelir Vergisinde bir haylice kayıp vardır. Yeni parayla 85 milyar liralık bir kayıp olduğunu söylerler. Böyle bir durumda kayıt dışını kaldırmak için bu sendikalaşmayı zorunlu hâle getirmemizde siz bir sakınca görüyor musunuz? Bu konuda siz nasıl bir görüş ortaya koyabilirsiniz? Bunu eğer aydınlatırsanız teşekkür ederim.

Ayşe ODMAN BOZTOSUN- Evet, iktisatla ilgili bir oturumun bu sempozyuma dahil olmasının ne kadar yararlı olduğunu bizzat uygulamayla gördük. Zaten daha önceki sempozyumlarda sunulan bazı tebliğlerde bunun önemi vurgulanmıştı. Uyumlu eylemle ilgili ve hukuk-ekonomi yaklaşımını benimseyen tebliğler de olmuştu. Doğrusu ben hukukçu olarak çok sıkılmadım

Oturum Başkanı- İyi, çok güzel. Oturum amacına ulaşmış.

Ayşe ODMAN BOZTOSUN- Tabii, cahil cesareti. Kendimce takip edebildiğimi düşündüm diyeyim. Sorumu Sayın İnceoğlu’na soracağım.

Daha çok hangi tip davranışlarda sanayi iktisadının bu ampirik sisteminden yararlanabiliriz? Örneğin bir kartel açısından sanki açıkladığımız yöntem çok bir şey ifade etmeyecekmiş gibi geliyor; ancak, birleşmeler açısından çok daha önemli katkılar sağlayabilir. Genelde bu hukuk-ekonomi yaklaşımını benimseyen bu literatürde de birleşmelere ilişkin denetlemenin öngörüsül, ileriye görmeye çalışan denetlemeler olduğu, o yüzden daha sorunlu olduğu belirtiliyor. Sanırım bu yapılan örneksemelerin de bu açıdan bir yararı var.

Bir de, -yine yanılmıyorsam bir makalede okumuştum- hiç ellenilmemiş, devlet tarafından müdahale edilmemiş, birleşme yapılmış, ondan sonra piyasanın durumu nasıl olmuş; yani bunun gözlemlenmesiyle acaba sanayi iktisadında birtakım veriler elde edilebiliyor mu? Tarih tekerrürden ibarettir diyeyim. Geçmişe bakılıp, birleşmeden önceki piyasa nasıldı, birleşmeden sonraki piyasa nasıldı? Acaba bu örneklerden giderek de birtakım çıkarımlar yapılabiliyor mu, bu yaklaşım kullanılıyor mu? Genel olarak bu ampirik analizler olmadan, özellikle birleşme konusunda sağlıklı sonuçlara varılmasının mümkün olmadığını düşünüyorum. Biz hukukçular araçsız kalıyoruz. İktisadi bir veri olmadan, genel bir bilgi sahip olduk ama, şu olmalı, bu olmalı, en optimal nokta nedir? Sanırım bunu belirlemede eksik kalırız.

Oturum Başkanı- Hocam, cevaplara bu kez sizden başlayalım mı?

Prof. Dr. Erol KATIRCIOĞLU- Olur.

Oturum Başkanı- Kısa ve özet değerlendirme yapabilirsek, tekrardan kaçınabilirsek iyi olur. Söz sizin; buyurun Hocam.

Prof. Dr. Erol KATIRCIOĞLU- Teşekkür ederim. Tabii, bazı sorular gelince kendimi tam anlatamamış olduğumu anlıyorum.

Bir kere, bu kayıt dışılıkla ilgili olarak söylediğim, daha doğrusu formel sektörden, enformel sektörden kaynaklanan haksız rekabete karşılık vermek üzere yapabilecekleri davranışı söylemek istedim. Bunun bir ekstremi kartel kurmaktır, bir ekstremi de, standartlar aklıma geliyor; çünkü en azından enformel sektörün, -bir marka yaratmak olabilir belki, biliyorum- rekabetten o rekabet avantajını kullanamaz hâle getirilmesine yönelik bir davranış modunu varsayıyorum.

Demin söylemeye çalıştım ama en azından kabaca ne demek istediğimi anlatabilirim sanıyorum. Bazı durumlar olabilir ki, o bazı durumlar, bir kartel anlaşması yapılmış gibi algılanabilir, ama gerçekte, aslında olan şey, demin verdiğim örneği devam ettireyim, liste fiyatlarını belirlediklerini düşünelim, bir maliyet artışı oldu ve formel sektördeki firmalar liste fiyatlarını belirlediler.

Rekabetin eğer gizli iskontolarla yapıldığı bir piyasa yapısı özelliği var ise, o zaman, aslında bu liste fiyatlarının dondurulmuş olması, belirlenmiş olması, rekabetin bitmiş olduğu anlamına gelmez. Dolayısıyla da liste fiyatlarının bir anlamda kendisini izleyen, izlemek durumunda olan enformel sektördeki firmaları yanıltmaya yönelik olmak üzere bir taktik araç olarak kullanılmış olma ihtimali dahi olabilir. Dışarıdan baktığımızda, liste fiyatlarının tespitine ilişkin bir görüşme yapılmıştır ve dolayısıyla da 4'üncü madde anlamında ceza da verebilirsiniz; ama benim demek istediğim, onun arka planına da bakmak gerekir. Çünkü, bazı modellerle açıklanabilecek durumlar olabilir ki, o da, söylediğim gibi, bir aracı kullanarak, yani rekabette liste fiyatı düşmüş olan bir aracı kullanarak rakip firmaların ya da enformel sektörden gelen rekabetin savuşturulmasına yönelik bir ilişki ortaya çıkmış olabilir.

Burada esas itibarıyla söylemek istediğim şey: Eğer kartel kurmuşlar ise, tabii ki, burada söylenecek bir şey yok, 4'üncü maddeyi uygulayacaksınız. Benim kastettiğim, Case'nin niteliği bazen öyle bir biçimde gelebilir ki, onun arka planındaki iktisadi mantığa biraz yaklaşmak gerekir diye düşünüyorum. O da, haksız rekabetin yarattığı sorunu aşmak için formel sektördeki firmaların bir reaksiyonu olarak ortaya çıkabilir.

Unutmamak lazımdır ki, enformalitenin ortaya çıkması formel sektördeki firmaların suçu değildir. Sonuç olarak bu ekonominin genel bir durumudur ve bu genel durumun sonucunda bu insanlar koca fabrikalar kurmuşlar, büyük yatırımlar yapmışlar ve/fakat devletin kayıt dışılığı ortadan kaldıramamasından dolayı ortaya çıkan bir haksız rekabet ilişkisi içinde zor duruma düşmüş olabilirler. Dolayısıyla da, esas itibarıyla böyle bir gerekliliği vurgulamak için söyledim.

Kayıt dışılıktan devam edecek olursak, -Murat, senin sorundu- yüzde 50 kayıt dışılığı, istihdamla ilgili bir ölçü olarak yapılan bir çalışmadan bildiğim bir rakam olarak söyledim ama, son 10 yıldır vergileri kullanarak, diğer değişkenleri kullanarak Türkiye'yle ilgili yapılan çalışmaların tümünde aslında yüzde 40'ın üzerinde bir kayıt dışılık gözüküyor zaten. Bu en son istihdam verileri kullanılarak yapılan çalışma yüzde 50'ye tekabül ediyor; başka yazarlar da yüzde 50'ye referans veriyorlar. Dolayısıyla, ben öyle bir anlamda söyledim.

Belki kayıt dışılığı yaratan asıl sebeplerle ilgili birkaç şey söylemek lazım ki, ondan sonraki soruların bazısına da, belki Faruk Beyin sorusuna da oradan bir cevap üretebilirim. Bir bakıma, "kayıt dışılık siyasi bir tercih midir" diye sormuş oldun. Evet, bir bakıma öyle ama nasıl bir tercih? Eğer endüstriyel yapı demin ifade etmeye çalıştığım merkez çevre düalizmi içinde oluşmuş ise ve merkezdeki büyük şirketler -ki bunların çoğu aile şirketleri- kendi bankaları aracılığıyla mevduat pazarını kontrol ediyorlarsa ve kategori olarak KOBİ

niteliğindeki şirketler yatırım yapmak için gerekli fonları bulamıyorlar ise, o zaman kayıt dışılık çok makul bir şeydir. Ben öyle bir firmanın sahibi olsam herhâlde kayıt dışı olurum diye düşünüyorum. Buradaki sorun esas itibarıyla, endüstriyel yapının organizasyonunun bir anlamda ürettiği adil olmayan bir kaynak dağılımı meselesidir.

Faruk Beyin sorusu: “Bu nasıl çözülür, acaba sendikal zorunluluk getirilse olabilir mi?” Doğrusunu isterseniz, iş hukuku açısından bu mümkün müdür bilemiyorum. Ben hukukçu değilim. Şunu söyleyebilirim: Bir kere, kayıt dışılığı yok etmenin birçok önerisi getiriliyor; özellikle vergiciler çok uğraşıyorlar. İktisatçı olarak benim kanaatim; kayıt dışılığı ortadan kaldırmanın birinci yolu, bir kere, bu amorf ve büyük şirketler lehine oluşmuş olan, bu holding türü örgütlenmeyle aile şirketi yapılarını bu koşullarda hâlâ çabalayan bir sanayi yapısının, sanayi sektörünün varlığıyla ilgilidir diye düşünüyorum. Bu sektör yapısı çözülmedikçe zaten kayıt dışılık söylediğimiz düzeylere gelemeyiz gibi geliyor bana. Öyle sanıyorum ki, bugün Türkiye’deki ekonomik sorunların birçoğunun altında yatan, bu yapının, bu Batı’da çok da görmediğimiz veya Batı’da gördüklerimiz itibarıyla oluşmuş olan ilişkilere benzemeyen ilişkiler içinde olan bir merkez ve çevre yapılanması bence kayıt dışılığın temel nedenlerinden bir tanesi ve bu değişmediği sürece de çok bir şey olmayacaktır diye düşünüyorum.

“Siyasi tercih midir”; belki tersten söyleyecek olursak, siyaseten bunu çözememekten dolayı bir tercihtir. Bu bir tarafıyla siyaseten bu çözülebilir bir şeydir; ama çözülememesi bir siyasi tercihin işareti olarak düşünülebilir.

İhsan’ın sorusu: “Gevşek bir birleşme tüzüğü fiyatların artmasına yol açmaz mı?” Tabii ki, genel bir prensipten söz ettim, ama başka şeylere de bakmak zorundasınız. Yumuşak bir birleşme tüzüğü uygulamanız makul bir şey ama mesela o sektörün, -o sektör hangi sektörsene kadar yarışmacı (Contestable), olup olmadığına bakmanız gibi, ne kadar dış ticarete açık olup olmadığına bakmanız gibi, o yanlarını değerlendirmek lazım. Ancak o koşullarda bir anlamda anlamlı olur diye düşünüyorum.

Bu “Ligin!” kararıyla ilgili olarak, “Türkiye için önemli mi” dediniz. Doğrusu, yine esas itibarıyla bu kararı örnek olarak vermemin sebebi, Batı dünyasında küreselleşmeyle birlikte ortaya çıkan rekabet baskısının yarattığı yeni formların hukuku nasıl etkilediğine ilişkindi. Türkiye’yi düşündüğümüzde, Türkiye’nin iktisadi yapısı ve ilişkileri böyle değil. İktisat kitaplarında bize anlatılan veya bizim anlattığımız piyasa mekânizmaları Türkiye’de kurulmuş değil. Dolayısıyla, özellikle dikey ilişkiler itibarıyla bakarsak çok sorunlu bir endüstriyel yapımız olduğu bence gözüküyor. Yine anladığım kadarıyla Rekabet Kurumunun genel yaklaşımı çok yumuşak olmakla birlikte, bayağı bir

yumuşaklık var, hatta bu “Ligin!” kararına neredeyse yakın düşen yanları da var sanıyorum, ama mesela Otomotiv tebliğinde de, bir bakıma o tartışmalar içinde de gördüğümüz, merkez firmalarla bağlı firmalar arasındaki bayilik ilişkileri içinde veya servis ilişkileri içinde baktığımızda, rekabetin orada yaratılmasına yönelik uygulamaların çok zorla gittiğini görüyoruz. Dolayısıyla, esas itibarıyla böyle bir şeyi önermem.

Ekrem KALKAN- Doğrusu bana çok da soru gelmedi. Gökşin, Fırat’la paylaşacağımız yarım bir soru sordu.

Oturum Başkanı- Sen de yarım cevaplayıver.

Ekrem KALKAN- Gökşin’in sorusu; “oligopolistik bağımlılık savunması yapılıyor. O da nedir? Biz zaten piyasada 3-4 firmayız, az sayıda olmaktan dolayı belli bir şeffaflık (Transparency), var, kim ne yapsa herkesin haberi oluyor. Aramızda kartel yok ama fiyatlar da benziyor. Oligopolistik bağımlılık böyle bir şey. Siz bu fiyat benzerliğinden yola çıkıp da, ‘kartel kurdunuz, ceza hak ediyorsunuz’ diyebilir misiniz ve buna iktisadi analizler ışık tutarsa bunun ağırlığı ne olur” gibi bir soruydu.

Bence şuradan başlamak lazım: İktisatçıyız ama, hukuktan başlamak lazım; uyumlu eylem meselesini iyice bir masaya yatırmak gerekiyor. Bu ciddi bir konu. Karine meselesi var. Şunu söyleyeyim: Hiç iktisadi analiz yapmayalım. Uyumlu eylem için, “işte burada bir uyumlu eylem tespit ettik” diyebilmeniz için ne derece hukuki delilleriniz olacak; bunu çok iyi tartışmak ve sabitleştirmek gerekiyor. Tabii, burada iktisat şöyle bir şey değil: İroni yaptım ya demin, şapkadan tavşan çıkarma meslek olarak bizim işimiz değil. Şöyle de bir şey yok: “Bir indeks yaratacaksınız, 5’ten yukarıdaysa kartel var, 4.5’se değil”; böyle bir gösterge yok. O bütün delilleri, yani uyumlu eylemin kendisinin ne olduğunu, herkesin üzerinde mutabık olduğu belli bir koşullar kümesi kurabilirsek, onun için de iktisat herhâlde şey yapacak, -zaten kanunda da örnek olarak verilmiş ya, hani, maliyetlerden kaynaklanmamış bir artırım var, nedenini gerçekten göremiyoruz, maliyet değil, genel enflasyon seviyesi değil, bir kriz değil, bir mücbir sebep değil bu fiyat oluşumu- bütün bu maliyet değişimlerinin datasını falan alıp ya da kriz dönemlerine birer endikatör koyup ya da yapısal değişim dönemlerine birer endikatör koyup, yapısal değişimlerin kırılma noktalarının istatistiksel olarak anlamlı olup olmadığını test edecek. Buna ekonometride “Chow test” deniyor, Chow diye bir vatandaşın icat ettiği bir test olması itibarıyla. Kriz dönemleri test ediliyor, savaş dönemleri test ediliyor. Burada, maliyetlerdeki değişimlerin fiyatlara yansıma oranı, Chow test bağlamında belki test edilirse... Ben bunu teknik, böyle olsun diye söylemiyorum ama aklıma ilk gelen bunlar.

Uyumlu eylemin önce kendisini tartışalım. Uzmanlık tezlerimiz var; iyi başlangıçlar. Ne olduğunu anlayalım, sonra iktisat buna hangi şeyden yardım edecek; bu dediğim bağlamda da çalışmaları takip edelim.

Ali'nin dediklerinden, -Ali İhsan'ın dediğine de aslında biraz değineceğim- şunu anlıyorum: Veri paylaşımı nasıl olacak? Taraflar biraz mağdur durumda olabilir? İsmail Hakkı Beyin önerdiği bir başka sempozyumun tartışmasını da isterseniz ben burada "iktisadi usul" diye belirleyeyim. İktisadi usulü de orada tartışalım. Önemli.

Belki biraz kesenin ağzını açmak gerekecek; Kurum olarak da öyle. Veri toplayan şirketler var malumunuz. Onlara, onlardan ne istediğimizi çok iyi anlatacağız, çok iyi veri toplamalarını sağlayacağız, bedel olarak pazarlık edeceğiz. O verileri kullanabiliriz. Onlar tarafların ticari sırrı olmayacak dolayısıyla, öyle bir sorunu baypas etmiş olacağız. Kurumun verisi olacak, ama taraflara iddiada bulunduğumuz için paylaşabiliriz, mahkemeye de verebiliriz. Verisi toplanamayan sektörler olursa zaten yapacak bir şey yok. Veri olmadan bizim analizlerimiz yok.

Verisi toplanabilen sektörler sınırlı mı? Hızlı tüketim malları sektörü, yani 3'üncü Dairemizin konusu olan sektörler mesela sınırlı değil. Onlar şu anki teknolojilerde, kasalardan geçirilen o tarayıcıların makinelerine birer yazılım yerleştirmekle kayda alınıyor. Kaç liradan ne alınmış, hangi paket alınmış, toplamda ne kadar alınmış, hangi marketten alınmış, o market hangi ilde; mesela bütün hızlı tüketim ürünleri için böyle bir veri seti, mesela Real'da gördüğünüz her şeyin datası oradan toplanabilir. Bunlar toplanıyor ve satışa sunuluyor, sonuçta veri satılıyor. Türkiye'de var mı? Var, -isim vermeyelim- bazı firmalar var. Amerika'da bu çok şey durumda; hatta üniversitelerle işbirliği içindeler, çünkü üniversiteler onlar için çok iyi bir müşteri. Bir sorun olmuş. Geçen aylarda Amerika'dan "Coteril" adında bir davetlimiz vardı. Bayağı tecrübeli bir kişi. Bir firmadan üniversite olarak veri alıyorlarmış. Tabii, üniversitede bunları akademik olarak harmanlayıp, analizler yapıp raporluyorlarmış. Sonra veri satan firma gelmiş, "kusura bakma, bundan sonra sana veri satmıyorum" demiş. Mal vermeyi reddetmiş. Neden diye sormuş. "Sen benim müşterilerim hakkında, mesela süt üreticileri hakkında, zararlı faaliyetlerini ortaya sergiliyorsun, süt üreticileri artık benden rapor almıyorlar" demiş. Artık oradaki dinamikler görüyorsunuz ne kadar ilerlemiş. Belki böyle şeyler ileride olabilecek.

Ali'nin dediği kısımlar (tarafların yeterince savunma hakları olmayacak, masrafa girecekler), gerçekten büyük usul meselesi. Ben bir şey demeyim; ona yetkin değilim. Dediğim gibi, "iktisadi analizin kullanılma usulleri" başlıklı bir sempozyuma konu etmekte fayda var.

Dr. Fırat İNCEOĞLU- Ben de öncelikle Gökşin Beyin sorduğu uyumlu eylem tespitiyle ilgili bir çift laf edeyim. Kartel tespiti aslında normalde teorik olarak mümkün olmayabilir, eğer kartel devamlı yüksek fiyat seçiyorsa. O zaman iddia edebilir ki, “bizim fiyatlarımız yüksek, çünkü maliyetlerimiz yüksek.” Ben çok detayına giremedim ama, sonuçta yaptığımız tahminlerde, talep tahminlerinde, fiyat belirleme tahminlerinde bir varsayım var. Firmalar şöyle bir oyun oynuyor: Denge bu, Nash dengesi ya da bu denge ya da uyumlu eylem içerisindeler, kartel oluşturmuşlardır; ondan başlayarak maliyetleri tahmin ediyoruz. Bu ikisinden birinin ucundan tutmak zorundayız: Ya maliyetleri bileceğiz, nasıl bir şey içerisindeler ya da nasıl bir denge içerisindeler, nasıl bir rekabet içerisindeler; ona göre maliyetleri hesaplayabileceğiz. Normalde, yani devamlı yüksek fiyat tutan bir karteli tespit etmek mümkün değil. İşte, tespit edilemezlik (Indistinguishable), diye bir teorem var. Yalnız, tabii gerçekte, pratikte böyle olmuyor. Karteli geçelim. Uyumlu eylem içerisindeki firmalar genelde çok fiyat dalgalanmaları içerisinde oluyorlar; tetikleme, cezalandırma stratejileri, -en azından teoride ve pratikte de gözlemleniyor- içerisine giriyorlar ve fiyatlarda bir dalgalanmalar gözüküyor. Ekrem Beyin de dediği gibi, eğer bu fiyatlardaki dalgalanmalar maliyet dalgalanmalarıyla tutarlı değilse ya da piyasadaki taleple gelen, dışarıdan şoklarla tutarlı değilse o zaman bir şey söylemek mümkün. Aslında hep fiyatlar yüksek kalsa, evet, hiçbir şey söyleyemeyiz. Ama, fiyatlardaki dalgalanmalar nasıl bir dengeyle, piyasa dengesiyle tutarlı; onu ölçmemiz mümkün ve o yapılıyor. Daha çok fiyat rekabeti, tam Bertrand rekabeti cinsinden mi hareket ediyorlar, yoksa birlikte mi hareket ediyorlar; bunu ayırt etmeye çalışan modeller var. Neticede söylenen ne? Bu tip bir uyumlu eylem içinde olmaları daha muhtemel gözüküyor ya da gözüküyor; söylenen bu. Sonuçta iktisatçılar olarak, “evet, böyle olmuştur” dememiz mümkün değil. Bu fizik değil. Sosyal bir bilim olmanın problemi orada. Gözlemleyemediğimiz çok fazla şey var ama, davranışları daha çok bu yönde ya da şu yönde tutarlı diyebiliyoruz.

Cezalandırma kısmına ben hiç girmeyeyim; çünkü sonuçta bu bir tahmin.

Ali İhsan Beyin, Yapı-davranış-performans yerine yeni sanayi iktisadı modelleri kullanımını önerdim. Dedim ki, daha basit tekniklerle bu yeni, daha komplike, daha zaman alan teknikler bir arada kullanılsa daha iyi olur; herhâlde benim görüşüm o olurdu. Herfindahl indeksine bakmak ya da Herfindahl indeksindeki olası değişime bakmak ile bir birleşme simülasyonu yapmak tam birbirinin yerine geçecek araştırmalar değil. Bir kere, zaten Herfindahl indeksindeki değişime bakarsanız çok çok minimal bir değişim vardır. Hiç boşu boşuna 2 haftanızı tam yapısal modellemeye, ampirik bir analize gömmezsiniz, ona hiç ihtiyaç bile kalmaz. Başlangıçta mutlaka betimsel, basit, iktisadi teori

açısından çok güçlü temellere dayanmasa bile basit analizlere mutlaka yer var. Ondan sonra, bir şüphe uyandırdığı takdirde bence bu işe vakit yatırmaya ya da efor yatırmaya ihtiyaç var. O yüzden, tam birbirlerinin yerine geçecek şeyler değil. Beraber ya da sırayla yapılması daha doğru diye düşünüyorum.

“Mikro veriler nereden bulunacak”; bu güzel bir soru. Tabii, biz iktisatçılar olarak ya da akademisyen iktisatçılar olarak burada haksız bir eleştirimiz var herhâlde. Biz, herhangi bir piyasayı alıp bu piyasayı inceleyelim demiyoruz, verisini bulduğumuz piyasayı inceliyoruz. Ha, şöyle bir veri tabanı var, bu piyasayı inceleyelim diyoruz. Sizin için öyle bir şey söz konusu değil tabii, Rekabet Otoritesi için. “buna veri bulduk, hadi bu adamları inceleyelim” demiyorsunuz. Onun için, o konuda öyle bir haksız bir durum, benim eleştirim var, doğru.

“Veriler nereden bulunacak?” Eğer akademisyenler ya da araştırmacılar, piyasa analistleri bir piyasayı incelemek istiyorlarsa verileri nereden buluyorlar? Eğer kendin toplayamıyorsan, eğer bütün şirketlerin, bütün ürünlerin datasını, verisini toplayamıyorsan ve toplamış birisi varsa satın almak en büyük cevap. İşte, Ekrem Beyin dediği gibi, o konuya bir bütçe ayrılması belki daha doğru olabilir.

Ayşe Hanımın sorusuna geçeyim; “uygulamalar nasıl daha mümkün” dedi. Uyumlu eylem tespiti evet zor, problemlidir. Fiyatlarda hakikaten çok başka şeylerle açıklanamayacak dalgalanmaları görmek lazım. Rekabet Kurumunun bu konuda verdiği, tartışılan kararı da var, biliyoruz.

O zaman, geniş ölçekli ampirik analizler için ne tip uygulamalar daha mümkün? Birleşme simülasyonları, evet, çok daha mümkün ya da dikey ilişkiler, dikey fiyat kısıtlamalarına bakmak daha mümkün. Neden? Çünkü, buradaki davranış çok belli: İki firma birleşecek. Gizli bir şey yok. Uyumlu eylem içine girdiler mi girmediler mi; orada belirsizlik yok. Bu firmalar birleşecekler. Birleşirlerse ne olur; söylemek mümkün. A firması B firmasına ya da dağıtıcısına diyor ki, “fiyatlarını şurada tut.” Bunun etkilerini direkt hesaplamamız mümkün. O yüzden, davranışın belli olduğu alanlarda uygulama, bu tip teknik analiz yapmak çok daha mümkün. Muafiyetlerin tespiti mesela bu tip analizlere dayandırılabilir.

Oturum Başkanı- Bu oturumun Başkanı sıfatıyla oturumu bitirmeden önce, bu toplantıyı düzenleyenlere her zaman olduğu gibi, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesinden başta Ayşe Hanım olmak üzere, Dekan Yardımcımız Murat Şen Hocamıza ve diğer bütün Fakültenin çalışanlarına ve buraya katkıda bulunan Üniversite görevlilerine teşekkür ediyorum. Kurumumuzdan Hakan Sabuncu Başkanlığındaki Eğitim Müdürlüğüne teşekkür ediyorum. Mütercim

tercümanlara herkes teşekkür etti. Ben de teşekkür ediyorum. Tabii sizlere, bu oturumu dikkatle izleyen, 38'den sonra saymadım, kaç kişi olduk bilmiyorum-herkese ayrı ayrı teşekkür ediyorum. Tabii, tebliğ sahiplerine, bu üç tebliğ sahibimize ayrı ayrı teşekkür ediyorum.

İktisada ciddi bir giriş oldu. Arkadaşların sorularından, biraz benim baskımla yarım kalan sorularından ve cevaplarından anlaşılıyor ki, bu hakikaten tam bir sempozyumluk ayrı bir konu, rahat rahat konuşulması gereken bir konu.

İzninizle, en büyük teşekkürü Başkanımız Sayın Kaldırımçı'ya, Hocamıza yapmak istiyorum. Hemen herkes biliyor ama bilmeyenler bakımından söyleyelim. Hocamız buralı, Kayserili. Anadolu'nun ortasındaki bir vilayetten olacaksınız, o vilayete iki günlüğüne geleceksiniz, eşinizi dostunuzu, hısımınızı, akrabanızı ihmal ederek iki gün, tam gün, sabahdan akşama kadar burada oturacaksınız. Bunun zorluğunu bilenler bilir. Bilmeyenlere de bilenler anlatsın. Hoca, her çay arasını ve yemek arasını telefonlarda, hısım akrabasının, eşinin dostun buluşma ve bir araya gelme tekliflerini reddetmekle geçiriyordu; o kıvranımlarını görüyordum. Bu tutumu, bir Kurum Başkanının iki gün buraya zaman ayırışı, hem de kendi memleketinde zaman ayırışı her türlü teşekkürün üstünde.

Hocamızı sadece teşekkür ederek bırakmak istemiyoruz; madem bu saate kadar bekledi, Ayşe Hanımın ve Murat Beyin de izniyle sempozyumumuzun kapanış konuşmasını yapmak üzere kürsüye davet ediyorum. Buyurun Hocam.

Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI- Sayın Başkan, çok teşekkür ediyorum. Bu oturumda konuşmacı olarak bulunan arkadaşlarımızı da tebrik ediyorum.

Esasen Sayın Katırcıoğlu Hocamıza, Sayın İnceoğlu'na ve Ekrem Beye basit sorularım vardı; ama soru sormaktan vazgeçeceğim. O hakkımı demin belki kullanmam lazımdı. Kapanışta pek uygun olmaz. Yine de, "sanayi iktisadı" kavramı kafama takıldı, onu Sayın İnceoğlu'na hatırlatmak istiyorum. Bir dönem, 60'lı yıllarda, 70'li yıllarda "sanayi toplumu", sonra "bilgi toplumu" olduk vesair gibi, o tartışmalarla biraz aklım karıştı; bilgi, enformasyon üretilen bir çağda "sanayi" lafı daha ziyade demir-çelik üretimini, çimento üretimini vesaireyi hatırlatıyor.

Efendim, tekrar huzurunuzdayım. En başta, sağ olsunlar söz verdiler ve en sonunda da yine söz aldım. İki de esasen zor görev. İkisinde de, tabii ki tebrik ederek söze başlamak durumundayım, başta bunu yaptım. Tabii ki, teşekkür etmem gereken insanlar var; ama belki hepsini unutabilirim. O yüzden, müsaade edin topluca, emeği geçen herkese ve sizlere, bu 6'ncı Sempozyumun

artık sonuna geldiğiniz bu dakikalarda teşekkür etmek istiyorum, hepinizi tebrik etmek istiyorum, sabrınız için, öğrenme heyecanını tatmak için burada bulunduğunuz için. Ben biraz öyle tanımlamaya çalışıyorum.

Tabii, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu olunca, rekabet hukukunun “rekabet politikası” anlamında da kullanıldığını bildiğimiz için, niye acaba işin iktisadi yönüne zaman zaman atıf yapılmıyor ya da yeterince iktisadi boyut üzerinde durulmuyor diye kafamıza bir soru da takılıyordu. Bu sorunun cevabını bugün biraz bulduk; hatta öyle bulduk ki, “paralel bir sempozyum programı, paralel bir gelenek de bir başka üniversitede, bir başka ortamda niye olmasın” gibi bir sonuç çıktı. Doğrusu bu teklif, bu talep benim de çok hoşuma gitti. Sayın Katırcıoğlu Hocamıza da öğleden sonraki ilk karşılaştığımızda, sabahleyin de ifade etmiştim, böyle bir şey olsa demiştim. Sonuç güzel.

Efendim, konuşulanların, buradaki müzakerelerin camiamıza nispi de olsa yeni ufuklar kazandıracağını ümit ediyorum, buna inanıyorum. Zannedirim benim bu düşünceme, ümidime siz de katılırsınız.

İyi bir çizgi oluştu, iyi bir gelenek başlatıldı. Emeği geçenlere tekrar çok teşekkür ediyoruz. Bu işbirliğinin, bu çizginin ya da geleneğin derinleştirilmesi, etkinleşmesi artık hepimizin ortak sorumluluğu hâline geldi.

Bu tartışmalar sonunda şunu anladık: Rekabeti, tabiri caizse yönetmek mevkinde, -turnak içinde kullanıyorum- rekabet düzenini oluşturmak, rekabetçi bir düzeni işletmek sorumluluğuyla, yükümlülüğü ile karşı karşıya olan insanların dikkat etmeleri gereken bir kısım temel hususlar var.

Ben 20 yıl kadar önce teoriyi şimdiki kadar anlamlı bulmuyor idim; itiraf edeyim. Zaman geçtikçe, mesela son 15 yıldır, 20 yıldır, hatta Kuruldaki son 5 yıllık görevimde zaman zaman hep dile getirmeye çalıştığımız husus şu: İyi bir teori kadar pratik bir şey yoktur. İnanın, çok somut, çok somut, elle tutulur hukuki analizler dahi veya tek başına iktisadi analizler dahi gerçeği yakalamak konusunda bize yeterince yardımcı olamayabiliyor; çünkü, eğer teoride hukukun ve iktisadın ve de şimdi üzerinde durmadığımız başka alanların birlikte ele alınması, düşünülmesi gerekiyor ise, siz gerçeği bölemezsiniz. Farkında olmadan gerçek bölünebiliyor. Tek başına hukukta, -bütün bunlar turnak içinde, ihtirazi kayıtlarla konuşuyorum, lütfen yanlış anlaşılmasın- tek başına ekonomide kalırsanız gerçeği yakalayamayabilirsiniz; çünkü gerçeği bölmüş olabilirsiniz. Halbuki gerçek bölünmez ve gerçek parçalarıyla anlaşılmaz; gerçek ancak bütüncül bir bakış açısıyla anlaşılabilir. İnsan gerçeğini anlamamız için, bu canlı varlığı anlamamız için, evet, bütün organların birlikte olduğu bir sistem ilişkisi içinde, bütün organların birbiriyle etkileşim

içinde olduğu bir yapıyı düşünmek zorundasınız, varsaymak zorundasınız. Gözü, kalbi, kemikleri ayırttığınızda insanı anlayamazsınız. Rekabetin de böyle, - çok konuşulan bir alan, fazla uzatmak istemiyorum- disiplinler arası bir yaklaşım gerektirdiğini, sistem yaklaşımı çerçevesinde anlaşılması gerektiğini tabii ki kabul etmemiz lazım. Hatta, 20'nci yüzyılda, geldiğimiz 21'inci yüzyılda metodoloji olarak sosyal bilimlerde hususen geldiğimiz noktada tartışmaları biliyorsunuz. "Monist" bir yaklaşım, tekçi bir yaklaşım, bir sebep-sonuç ilişkisi, determinizm artık demode oldu, 100 yıl geride kaldı. "Şu sebep şu sonucu doğurur"; hayır, "şu sebepler, şu sebeplerle birlikte şu sonucu doğurabilir", "doğurur" da değil, "doğurabilir." Determinizm yerine ihtimaliyet mantığı egemen oldu, benimsendi. O yüzden de, ara sıra espri yapıyorum, çok da seviyorum, iyi bir aydındır, Alev Alatlının romanına atıflar yapıyorum. O, "saçaklı mantık" falan diyor. Saçaklı mantık; yani, bir sebep pek çok farklı sonuca yol açabilir, bir sonuç pek çok farklı sebepten kaynaklanabilir. Dolayısıyla, 18'inci, 19'uncu yüzyıldaki o pozitivist, aydınlanmacı dönemdeki yaklaşımı tabii ki, hiçbir zaman andırmayacak yeni bir değerlendirme yaklaşımı içinde olmak zorundayız. Eğer bunun derecesini artırırsanız biraz gerçekten kopuyorsunuz.

Tek ayakla koşulmaz, tek kanatla uçulmaz. Eğer hukuk-iktisat meselesiye, -biraz abarttığımı da düşünebilirsiniz, ben biraz da rahatım, çünkü ne iktisatçıyım, ne hukukçuyum, işletmeciyim, iki tarafı da anlamaya, dinlemeye, öğrenmeye çalışıyorum, hep de öğrenmeye çalışıyorum- anlamak, doğrusu, Erciyes'in tepesine çıkmak gibi ya da Everest'in tepesine çıkmak gibi sizi gerçeğe ulaştıracak bir yöntem gibi algılanırsa heyecan verici ve ben bu heyecanı zaman zaman yaşıyorum.

Kestirmeden gideyim. Mesleğinizin veya ihtisasınızın tuzakları vardır, insan zihninin tuzakları vardır. Bir eğitimci beyefendiye bir soru sordunuz mu, işte, "ilkokul eğitimi çok önemlidir, yetişkinleri de eğitmek lazım" falan diye söze başlar, hayatı, dünyayı öyle görür. Ceza yargıcına böyle bir soru sordunuz mu alacağınız cevapları tahmin edebilirsiniz; politikacı için de öyle, bir mühendis için, bir doktor için de öyle. Rekabetçiye sorsak, bir rekabetçi için pekâlâ bu anlayışı, bu yaklaşımı acaba nasıl somutlaştırırız? Ben, rekabetçinin, - diğerlerinin de illa böyle düşünmeyeceğini söylemek istemiyorum- şu basitlikle konuşmaması gerektiğini düşünüyorum: Yahu, rekabet dediğimiz olay bir toplumsal olaydır, aynı zamanda bir organizasyon olayıdır, bir hukuk meselesidir, bir ekonomidir, bir psikolojidir, hatta bir tür, Erol Katırcıoğlu Hocanın müsamahasına sığınarak söylüyorum, konjonktür meselesidir. Yüzlerce aktörün olduğu bir yerde, küçük küçük işletmelerinin olduğu bir yerde, ölçek ekonomisinin tanımlanmadığı, maliyetlerin çok yüksek olduğu, teknolojinin geri olduğu bir ortamda neyin rekabeti; hadi buyurun. Hukuk, kanunumuz var,

yönetmeliklerimiz var; neyin rekabeti? Rekabet olmaz. Olmayan bir şeyin nesini konuşacağız? Tabii, buradan çok kötümser sonuçlar çıkmasın ya da çok olumsuz sonuçlar çıkmasın ama şunu kastediyorum: Tam da Erol Beyin söylediği gibi, bu bir derece meselesidir. Kesinlikle bir prototip yoktur, kavramların içi kesinlikle aynı değildir. Kavramı tanımlayabiliriz ama hayat ile buluştururken, gerçek ile buluştururken kesinlikle biri diğerine benzemeyecektir. O yüzden, çünkü tartışmalar sırasında, yanlış anlaşılmasına ümit ederek ben bir şeyler söyledim. Hani kartel? Kartele ceza vereceğiz. İşte, o yüzden ikincil bir düzenleme, nispi bir yeknesaklık sağlayacak falan. Ama hangi kartel, bu hangi kartel? Bu bir derece, puan meselesi. Bir puan fark eder; 49 sınıfta kalır, 50 sınıfı geçer. O marjinal özelliğin, unsurun ne kadar çok farklı sonuç doğurabileceğine tipik örnekler var. 99'a kadar yükselirsiniz, 1 puan almadığınız için kazanamazsınız, sınıfı geçemezsiniz, barajı geçemezsiniz. 1 puan; marjinal bir unsur, bir adımlık yol. Ama tepeye çıkmadınız. Tepeye çıkmayınca da etrafi oradan göremezsiniz. Hangi kartel, hangi sektörde, hangi dönemde, nasıl bir ülkede, nasıl bir sosyolojik zeminde, nasıl bir hukuki ortamda?

Bu açıdan, hukukta olduğu kadar iktisadi alanda da, tam da Ekrem Beyin söylediği gibi, bir metodoloji tartışmasının olması gerektiğini ben çok istiyorum. Hatta, Mayıs ayında böyle bir toplantıyı hemen yapabilir miyiz diye Hocama söyledim.

Rekabet teorisine iktisadi analizi, biraz da Sayın İnceoğlu'nun ve Ekrem Beyin yaptığı gibi, belki çok teknik, ilk planda hemen onlarla başlamadan acaba nasıl sokarız? Tabii ki, birleşme ve devralmalarda, tabii ki hâkim durumun kararlaştırılmasında uygun tekniklerin ne olabileceği belli. Ama, rekabet meselesine iktisadi bütünüyle; maliyetiyle, verimliliğiyle, işletme politikalarıyla, toplumsal düzeyin artık ne olup ne olmadığıyla ve de ekonometrik, istatistik yöntemlerle sokmak durumundayız. Eğer gerçek varsa iktisatta, peki, bazı kararlarımızın tartışılabilir olduğu ortaya çıkıyor. Sayın Ekrem Bey konuşurken, Sayın İnceoğlu konuşurken ve Sayın Katırcıoğlu konuşurken, “peki, bunlar gerçek mi, bunlar önemli mi” diye kendi kendime sordum. Biliyorum önemli olduğunu. Peki. O zaman geriye dönüp Türkiye’de rekabet tartışmalarına bir bakalım, alınan kararlarımıza bir bakalım, yaptığımız değerlendirmeleri yeniden gözden geçirelim. Tabii ki, gerçektir bunlar, gerçeğin bir parçası. Eğer bu parçayı bütüne ilave edemezsek rekabet gerçeğini yakalayamayız, Erciyes’in tepesine çıkamayız, Everest’in tepesini göremeyiz. Ha, belki Everest’in tepesine hiçbir zaman çıkamayacağız, ayrı bahis ama, o yolda ilerlemek anlamında söylüyorum.

Biz bütünü ve parçayı birlikte görmek durumundayız. Rekabet eğer sonuçta bir bütünsel, iktisadi temellerini, hukuki temellerini, sosyolojik

temellerini, hatta konjonktürü, -“hatta” diyorum- ülkenin belki topyekûn makro göstergelerini birlikte düşünmek durumundayız. Bu, belki de zamanı gelecekti, şimdi konuşulacaktı; şimdi o noktadayız. Geçenki toplantınızda Merkez Bankası yönetimiyle hatta nispi bir diyalog da sağlandı. Devlet İstatistik Enstitüsünün yöneticileri epey bir zamandan beri, “tamam Hocam, istiyorsanız bütün verileri biz sizin emrinize hazır edebiliriz, bir işbirliği de yapabiliriz” dediler. Ama, şimdi metodoloji meselesi geldi. Tabii, nasıl bir yöntemle acaba iktisadi analizi, iktisat bilgisini rekabet teorisine, rekabet uygulamalarımıza dahil edebiliriz; bunu bir iyice her hâlde konuşmalıyız.

Kurul Üyesi olarak şunu da söyleyeyim: 5 yıldır kendimi hep bir laboratuvar ortamında gördüm, orayı zaman zaman bir laboratuvar gibi gözledim. Tabii, hep de pasif bir laboratuvar teknisyeni olarak değil, müdahil olarak etkilemeye çalışarak, doğru bildiğimi anlatmaya çalışarak veya bazı iddiaları anlamaya çalışarak bu çabayı, gerçeğe ulaşma çabasını ben şahsen gösterdim.

Arkadaşlarımızın da, Kurul üyelerinin de, bir karar nasıl oluşuyor? Dün birazcık dokundum. Çok farklı saiklerle, kişisel farklılık, mesleki hassasiyetler, alışkanlıklar; eyvallah, eyvallah, tabii, bütün insanlar böyle. Hatta basmakalıp yargılar, hatta peşin hükümler, hatta duygusallıklar, dahası da var, her şeyi de bilmiyoruz, bir de öyle vaka var. Bilginin sınırları arttıkça bilmediklerimiz daha çoğalıyor; bunun farkına varıyoruz. İnsanlar karar veriyor, insanlar bir mekânizma içinde tartışıyor, konuşuyor, bir oylama yapılıyor, karar veriliyor. Tekrar ediyorum; herkes kendi kararını herhâlde önce vicdanında sorgulamaktadır. Çünkü, vicdanla barışık yaşamamak o kadar zor bir şey ki, kendi vicdanınızla ters düştüğünüzde uykunuz kaçır, uyuyamazsınız, kendinize güveniniz kalmaz. Bu çok zor bir şey. Kastı mahsusla, kötü niyetle vesair, onları şey dışı tutuyorum, yani bu değerlendirmenin dışında tutuyorum, böyle bir şeyin olmadığını kabul ediyorum. Onun dışındakiler tamamen hakikaten tabii insani sebeplerden, mevzuatımızla ilgili sebeplerden, Kurumsal kapasitemizle ilgili sebeplerden kaynaklanıyor. Zaman zaman arkadaşlarımızla konuşuyoruz; yıllardır bu mesele vardı, niye şimdi gündeme geldi? İşte, zamanı geldi, evet, hakikaten de öyle. Bu da normal, bu da çok normal.

Rekabet Kurumu genç bir Kurum. Rekabet Kurumunun 100 yıllık geleneği yok. Rekabet Kurumu hem de, hatta kıyaslamalar yaparsak, toplumsal, diğer kurumlara göre belki en başarılı Kurumlardan biri. Batı’daki ortalamalarla aramızdaki açık çok fazla değil, öyle kabul etmek lazım, başka alanlardakinden daha fazla değil. Batı dünyasında biraz örnek aldığımız, öncü olarak kabul ettiğimiz, kendileri gibi olmak istediğimiz standartlarla kıyasladığımızda biz çok gerilerde değiliz ve bu başarı hanemize yazılmalıdır. Burada kalmamalıyız;

sürekli sistemi, -tekrar bu lafı ettiğimi hatırlatayım- her alanda geliştirmeliyiz. Metodoloji anlamında, politika anlamında, mevzuatımız anlamında, çalışma tarzımız, uygulamalarımız anlamında, ilişkilerimiz anlamında, Kurumsal, organizasyonel yapı ve işleyiş itibarıyla sistemimizi geliştirmek durumundayız. Ben tekrar hepinize saygılarımı, sevgilerimi sunuyorum. Herkese başarılar diliyorum. Bu çizginin daha nice yıllar daha da başarısını artırarak devam etmesini diliyorum.

Oturum Başkanı- Sayın Başkanımıza çok teşekkür ediyoruz. Saat tam 17.00, Planlanan 16.30'du. Biz 45 dakika geç başlamıştık malum. 15 dakika erken bitirmiş olduk; onu teyiden söylüyorum.

Bir sempozyumu bitiriyoruz. Önemli bir kısım ayrılacak, yola gidecek. Herkese ayrı ayrı iyi yolculuklar diliyorum. Yeniden teşekkür ediyorum.

Gelecek yıl yine buluşmak üzere herkese ben de iyi günler diliyorum, teşekkür ediyorum.

**REKABET HUKUKUNDA
GÜNCEL GELİŞMELER SEMPOZYUMU-VI
4-5 Nisan 2008
KAYSERİ**

**YARIŞMAYA GÖNDERİLEN ve
YAYINLANMAK İÇİN UYGUN BULUNAN
DİĞER TEBLİĞLER**

*Bu kısımda, Değerlendirme Kurulu puanlaması sonucunda
ilk üçe giremeyen ve Sempozyumda sunulmayan, ancak
Değerlendirme Kurulu tarafından incelenerek
yayınlanmak için uygun bulunan tebliğler yer almaktadır.*

AB MICROSOFT VAKASI BAĞLAMINDA BİRLİKTE İŞLERLİK KAYGILARININ KAPSAMI

TEK TARAFLI OLARAK LİSANS VERMEYİ REDDETME HALLERİNİN YARGISAL ANLAMDA AT ANTLAŞMASININ 82. MADDESİ KAPSAMINDA ELE ALINMASINA YÖNELİK BİR TARTIŞMA

M. Bilal ÜNVER, Ayhan TÖZER

ÖZET

Fikri mülkiyet haklarından (FMH) yararlanmada antitröst incelemesinin ne ölçüde uygulanması gerektiği tartışması Microsoft vakasıyla birlikte AB gündeminde yeni bir ifade buluyor. Komisyon tarafından, alışılmadık bir *istisnai şartlar* testine dayalı olarak Eylül 2007’de alınan kararın İlk Derece Mahkemesi (İDM) tarafından onaylanması, *Microsoft*’un zorunlu lisans vermesi konusundaki belirleyici unsurların uygunluğu konusunda çoğu zihinde soru işaret bıraktı. Yaygın tepki, yeni ekonomi pazarlarının kendine has yönlerine ve/veya uzun vadede tüketiciye verilebilecek olası zararlara ilişkin oldu. Yeni ekonomi olgusu bakımından kısa vadeli rekabet ve uzun vadeli etkinlik arasında nasıl bir denge kurulacağı hususu temel kaygı olarak algılanmışsa da, birlikte işlerliğin nasıl optimize edileceğine ilişkin kaygıların söz konusu tartışmalara *Microsoft* kararıyla birlikte eklendiği söylenebilir. Bu yüzden birlikte işlerlik çözümleri, halihazırda sektöre özel kurullarla düzenlenmekte olan ağ endüstrilerine özgüdür. Buna karşın, Komisyonun kararı, Yazılım Direktifinin sınırlı amaçlara yönelik kaynak kod dönüştürme hakkı üzerine kurulu olan birlikte işlerlik rejiminin yerine geçecek yeni bir birlikte işlerlik politikası rejimi üretmeye çalışmakta, en azından bunun yolunu açmaktadır. Komisyonun anlayışı çerçevesinde uygulandığı takdirde, önceden koyulmuş kurallardan bu şekilde bir sapma, merkezîyetçi ve yenilikçi olmayan bir pazar ortaya çıkaracaktır. Ayrıca Komisyonun Magill-IMS Health kararlarına ilişkin söz konusu “*istisnai şartlar testine*” dahil ettiği yeni unsurlar, örneğin “özendirici unsur dengeleme testi”, yeni bir yenilik politikası modeli ortaya çıkarıp, FMH konusunda belirsiz bir ortam yaratabilir. Bu çalışma ile, zorunlu lisans verme konusunda *Microsoft* formülünün Avrupa düzeyinde kabul edilmesi halinde, daha parçalanmış bir pazar ve düzenleyici yapının önlenemez olduğunun gösterilmesi amaçlanmaktadır. Bu çalışma, AT içtihadının ve yenilik

* Bu makalede yer alan görüş ve ifadeler Telekomünikasyon Kurumu’na değil, yazarına aittir.

parametrelerinin ışığında, Microsoft formülünün sektöre özgü birlikte işlerlik ve fikri mülkiyet rejimi kurallarına yönelik ileride orantısız hak ihlallerine yol açabileceği sonucuna varmıştır.

Anahtar Kelimeler: Microsoft, tek taraflı olarak lisans vermeyi reddetme, birlikte işlerlik, yenilik, istisnai şartlar

İÇİNDEKİLER

- I. Giriş
- II. İDM ve Komisyonun *Microsoft* Vakasına İlişkin Bulguları: ‘Lisans Vermeyi Reddetme’ Analizinde Farklı Yönde Bir Adım
 - II.A. Olgular ve Genel Bakış
 - II.B. Zorunluluk
 - II.C. Rekabetin Ortadan Kaldırılması
 - II.D. “Objektif Gerekçe”den Yoksunluk
 - II.E. “Yeni Ürün” Testi
 - II.F. “Yeni Ürün Testi”ne karşılık “Özendirici unsur dengeleme testi”
 - II.G. Çözümün Kapsamı
- III. Komisyonun Yeni Birlikte İşlerlik Politika Tasarımı: Nasıl ve Ne Kadar Rasyonelleştirmeli?
 - III.A. Microsoft Formülünün Rasyonelitesi ve Ana Parametreleri
 - III.B. Yeni Birlikte İşlerlik Politikası Tasarımının Etkileri: Hukuki Ortamın Parçalanması ve Uzun Vadeli Etkiler
 - III.C. Komisyon'un Tartışma Belgesi: Microsoft Formülünü Empoze Etmeye Yönelik Bir İşaret Mi?
- IV. Sonuç

I. Giriş

Microsoft, fikri mülkiyet haklarının (bundan böyle FMH) söz konusu olduğu antitröst incelemeleri bakımından ortaya koyduğu kendine özgü pek çok özellik bakımından alışılmadık bir aşamayı temsil etmektedir. FMH ve rekabet politikası arasındaki ilişkiye dair AT Antlaşmasının 82. Maddesi bağlamındaki klasik sınırların ötesine geçen Komisyonun *Microsoft* kararı,¹ yazılım endüstrisinde faaliyet gösteren oyuncular bakımından “takipçi yenilik (follow-on innovation)” ve “birlikte işlerlik” lehine güçlü sinyaller vermektedir. Avrupa Toplulukları Adalet Divanının (bundan sonra ATAD) nihai olarak ne diyeceğinden bağımsız olarak düşünürsek, Avrupa Toplulukları İlk Derece Mahkemesinin (bundan sonra İDM), *Microsoft* dışındaki çalışma grubu işlemcilerinin Windows PC’ler ve sunucularla birlikte işlerliğini sağlayacak ara yüzleri açıklamayı reddeden *Microsoft*’u suçlu bulan Komisyon kararını desteklemesi hiç şüphesiz AT içtihadının bir parçası sayılacaktır. Öte yandan, önceden yerleşmiş olan Topluluk hukuku ilkelerinin genel olarak ve özellikle de bilişim teknolojisi alanında nasıl anlaşılacağı ve uygulanacağı konusunda halihazırda başlamış olan tartışmalar İDM’nin Komisyonun kararını destekler nitelikteki kararıyla da² sona ermemiştir.

Hem Komisyonun kararının, hem de İDM’nin kararının merkezinde *Microsoft*’un, rakiplerinin kullanıcılarının Windows altyapılı kullanıcılarla etkili bir şekilde iletişim kurması için gerekli olan ve Windows alan mimarisinin altyapısında yer alan istemci/sunucu ve sunucu/sunucu iletişim protokollerine ilişkin teknik özellikleri açıklamaması yer almaktadır. Bu tür bir iletişimin gerçekleştirilebilmesi için, Komisyon 82. Maddenin uygulanmasına başvurarak, *Microsoft*’un bu reddetme tutumunu kötüye kullanım olarak değerlendirdi. Komisyon 24 Mart 2004 tarihli kararında *Microsoft*’un “*Birlikte işlerlik bilgisini*³ çalışma grubu sunucu işletim sistemi ürünleri⁴ geliştirmek ve dağıtmakla ilgilenen tüm teşebbüslere vermesini” şart koştu.

¹ AT Antlaşmasının 82. Maddesi kapsamındaki bir işlemle ilgili 24.03.2004 tarihli Komisyon Kararı (Case COMP/C-3/37.792 *Microsoft*), <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/decisions/37792/en.pdf>. (bundan sonra “Komisyonun *Microsoft* kararı”).

² 17 Eylül 2007 tarihli İlk Derece Mahkemesi (Temyiz Organı) Kararı, *Microsoft - Komisyon*, (Case T-201/04), Bakınız <http://curia.europa.eu/en/content/juris/index.htm>. (bundan sonra “İDM’nin *Microsoft* kararı”).

³ ‘Birlikte işlerlik bilgisi’ Komisyon kararında şu anlamda kullanılmıştır: “*Microsoft*’un Windows çalışma grubu işlemcileri tarafından dosya, baskı, grup ve kullanıcı yönetim hizmetlerinin, Windows alan kontrolörü hizmetleri, Aktif Dizin hizmetleri ve Grup Politikası Hizmetleri de dahil olmak üzere, Windows çalışma grubu ağlarına sağlanması

Büyük önem taşıyan bir husus da, Komisyon ne dört bölümlü analiz çerçevesinde, *Magill*,⁵ *IMS Health*⁶ gibi ‘lisans vermeyi reddetme’ vakalarının ortaya attığı ‘istisnai şartlar’ testini uygulamış, ne de Microsoft’un davranışını salt bir ‘anlaşma yapmayı reddetme’ vakası gibi, ‘pazar sonrası’ çatışmadan kaynaklanan dışlayıcı bir eylem olarak ele almıştır. Daha ziyade ‘yeterli birlikte işlerliğin olmamasının’ çalışma grubu işlemcisi işletim sistemleri pazarındaki rekabet ortamında yol açtığı *riskli noktalar* üzerine odaklanmıştır. Kararını özellikle ‘tüketicilere dolaylı olarak zarar verilmesine’⁷ atıfta bulunarak 82(b) Maddesine⁸ dayandıran Komisyon, ihtiyaç duyduğu desteği, 17 Eylül 2007’de⁹ karar veren İDM’den bulmuştur.

İDM yazılım endüstrisinde takipçi yenilik lehinde açık sinyaller verirken, 82(b) Maddesinin uygulamasını da daha önceki ‘lisans vermeyi reddetme’ vakaları anlamında değil, daha mota mot bir anlamda yorumlamıştır. İDM tarafından da onaylanan Komisyonun gerekçesi, emsallerden bir adım öteye giderek, kabaca formüle edilmiş bir ‘lisans vermeyi reddetme’ doktrinine yaklaşmaktadır. Komisyonun¹⁰ gözünde bu durumun, vurgulanan diğer konularla (rekabetin tamamen ortadan kalkması, gelecek yenilik teşviklerinin sınırlanması gibi) birlikte değerlendirildiğinde, Microsoft’un davranışını

için kullanılan protokollerin tam ve doğru teknik özellikleri” Komisyonun *Microsoft* kararı, *supra* note 1, Madde 1(1)).

⁴ Komisyonun *Microsoft* kararı, *supra* note 1, Madde 5(a). Çalışma grubu sunucu işletim sistemleri, küçük ve orta büyüklükteki ağlarda birbirine bağlı oldukça az sayıdaki istemci PC’sine, ofis çalışanları tarafından günlük işlerinde kullanılan temel altyapı hizmetlerini sunmak için tasarlanan ve pazarlanan işletim sistemleridir (örn. Dosya ve yazıcı paylaşımı, güvenlik ve kullanıcı kimliği yönetimi) (Komisyon’un *Microsoft* kararı, *supra* note 1, paragraf 53).

⁵ C-241-242/91 P, *RTE and ITP vs. Commission* [1995] ECR I-743, [1995] 4 CMLR 718 davaları (bundan sonra “*Magill* kararı”)

⁶ C-418/01 sayılı *IMS Health GmbH & Co. OHG v NDC Health GmbH & Co KG*, 29 Nisan 2004 tarihli Karar, [2004] 4 CMLR 1543 (bundan sonra “*IMS Health* kararı”)

⁷ Komisyonun *Microsoft* kararı, *supra* note 1, paragraf 704.

⁸ AT Antlaşmasının 82 (b) Maddesi, yasaklanan kötüye kullanım uygulamalarının tükenmemesine ilişkin bir örnek olarak “üretimin, pazarların veya teknik gelişmenin tüketicilerin aleyhine sınırlanması”nı içermektedir.

⁹ İDM’nin *Microsoft* kararı, *supra* note 2, paragraf 643.

¹⁰ Komisyonun bakış açısı aşağıdaki paragrafta görülebilir: “Bu nedenle, Avrupa Mahkemelerinin içtihadı, Komisyonun belirli bir reddetme vakasının etrafındaki koşulların tamamını analiz etmesi gerektiğini ve kararını bu kapsamlı incelemenin sonuçlarına dayalı olarak alması gerektiğini öngörmektedir. (Komisyonun *Microsoft* kararı, *supra* note 1, paragraf 558). Ayrıca bakınız: İDM’nin *Microsoft* kararı, *supra* note 2, paragraf 312-336.

çevreleyen ‘tüm koşulları’ yansıttığı görülmektedir. Sonuç olarak denebilir ki, yalnızca Komisyon değil İDM de, hakim durumdaki bir firmanın FMH koruması altındaki birlikte işlerlik verilerini temin etmeyi tek taraflı olarak reddetmesi hakkındaki antitröst soruşturmasında herhangi bir ciddi kısıtlamayı dikkate almadıkları bir tutum sergilemiştir.

Ayrıca, Komisyonun ‘birlikte işlerlik bilgilerini vermeyi reddetmeyi’ içeren hakim durumun kötüye kullanılması vakalarıyla ilgili olarak nasıl hareket edeceği konusundaki genel bakış açısını belirleyen Tartışma Belgesi¹¹ dikkate alındığında, Komisyonun Microsoft’un reddine ilişkin değerlendirmesi, birlikte işlerlik verilerinin FMH koruması altında olup olmamasına bakılmaksızın farklı bir muamele ortaya koymaktadır¹². Bu özel farklı muamelenin, *pazarı kendine bağlama (market tipping)* ile güçlü ağ etkileri arasında Komisyonun bir bağ kurması ile ilgili olup olmadığı net değilse de, Komisyonun *Microsoft* vakasında ortaya koyduğu tespitleri ve buna ilişkin çözüm yolları ‘lisans vermeyi reddetme’ ile ilgili mevcut içtihattan ayrılmakla kalmayıp, aynı zamanda kendi içinde yeni bir birlikte işlerlik politikası tasarımı da ortaya koymaktadır. Bununla birlikte, Komisyonun yaratmaya çalıştığı bu birlikte işlerlik ortamı - genel rekabeti canlandırmak ve takipçi yeniliği artırmak amacıyla dahi olsa - Yazılım Direktifinin halihazırda oluşturmuş olduğu ortama aykırıdır.

Eksik olan birlikte işlerliğin sağlanması konusunda antitröst soruşturmasının rolünün olup olmadığı veya ne ölçüde olduğu, *Microsoft* vakasının ortaya koyduğu bir politika sorusu olarak karşımızda dursa da, öncelikle cevaplanması gereken sorular, ‘hakim durumdaki firmanın lisans vermeyi reddetmesine verilecek cezaya yönelik 82. Madde çerçevesinde yerleşmiş kuralların ne olduğu,’ ayrıca ‘Microsoft’un FMH korumalı birlikte işlerlik bilgilerini vermeyi reddetmesinin 82. Madde kapsamında ceza almayı hak edip etmediğidir’. Söz konusu soruları tartışmayı ve tek taraflı olarak lisans vermeyi reddetmenin antitröst açısından değerlendirilmesinin hangi zeminde yapılması gerektiğine açıklık getirmeyi amaçlayan bu çalışma, son olarak birlikte işlerlikle ilgili FMH vakalarının nasıl ele alınacağı konusunda katkıda bulunmaya çalışmaktadır.

¹¹ Avrupa Komisyonu Rekabet Genel Müdürlüğü, 82. Maddenin dışlayıcı kötüye kullanımlara uygulanması hakkındaki Rekabet Genel Müdürlüğü tartışma belgesi, Kamuoyu görüşü, Brüksel, Aralık 2005, (bundan sonra “Tartışma Belgesi”), paragraf 241-242 [http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005 .pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf)

¹² Burada Komisyon şu görüşü savunmaktadır “[Birlikte işlerlik] bilgileri ticari sır kabul edilse dahi, bu tür bilgi vermeyi reddetme durumlarında, [fikri mülkiyet haklarının lisansını vermeyi reddetme vakalarına] uygulanan yüksek müdahale standartlarının aynısının uygulanması yerinde olmayabilir (Tartışma Belgesi, *ibid*, Paragraf 242).

İDM'nin verdiği kararda Microsoft'un davranışını yeniden değerlendirmeye eğilmemesi, daha çok Komisyonun tespitinin açıkça yanlış veya 82. Madde kapsamında olup olmadığını değerlendirmeye odaklanmasından yola çıkarak, bu çalışmada, Komisyonun kararının analiz edilmesine nispeten daha fazla ağırlık verilmiştir. Bu anlamda ilk bölüm, Microsoft'un reddinin antitröst yükümlülüğü ile sonuçlanmasına neden olan analitik yaklaşımın unsurlarını ele almaktadır. Bu bakımdan, hem Komisyonun hem de İDM'nin görüşleri açıklamaya dahil edilmekte, diğer taraftan da Topluluk emsallerinin başlıca eşikleri genel tartışmayı yönlendirmektedir. Bunun yanında, son olarak farklı tarafların karşıt görüşleri arasındaki ayrımı göstermek için pratik ve endüstriyel gerekçelerin yanı sıra yenilik parametreleri de analize dahil edilmektedir.

İkinci bölüm Komisyonun *Microsoft* kararının öngörülememiş veya hafife alınmış etkilerini ele almaktadır. Şöyle ki, *Microsoft* formülünün teşvik ettiği 'takipçi yeniliği' canlandırma amacına uygun da olsa, *FMH* sistemleri ve aynı zamanda düzenlenen ağlar için oluşturulmuş halihazırdaki birlikte işlerlik rejimi(leri)nin, örneğin Yazılım Direktifinin ilgili hükümlerinin, gücünün önemli ölçüde azalabileceği öne sürülmektedir. Komisyonun getirdiği ve İDM'nin de onayladığı çözüm yolunun, birlikte işlerlik bilgilerinin hangi koşullar altında ve ne ölçüde ifşa edileceğini belirleyen mevcut sektörel kuralları olduğu kadar yenilik seviyesini de optimize etme etkisine sahip olduğu eleştirisi yöneltilmektedir. Bu bakımdan çalışma, düzenlenen endüstrilerde olduğu kadar *FMH* sisteminde de benzer hak ihlallerini engellemek üzere, rekabet hukuku uygulamasının *Magill-IMS Health* kriterleri ile sınırlı tutulması gerektiğini ve Microsoft'taki gibi bir "mantıksallık kuralı" analizi yerine "modifiye per se yasallık" testinin öngördüğü takdir marjı ile yetinilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır.

II. İDM ve Komisyonun *Microsoft* Vakasına İlişkin Bulguları: 'Lisans Vermeyi Reddetme' Analizinde Farklı Yönde Bir Adım

II.A. Olgular ve Genel Bakış

Microsoft vakası Sun Microsystems (Sun)'ın Microsoft'un ilgili ara yüz bilgisini (Microsoft dışındaki çalışma grubu işlemci işletim sistemleri ile Windows istemci PC işletim sistemlerinin birlikte işlerliği için temel teşkil eden teknik özelliklerin bir bütünü) açıklama talebini Kabul etmeyerek, 82. Maddeyi ihlal ettiği iddiasıyla ortaya çıkmıştır. Sun, Komisyona yaptığı başvuruda, bir çalışma grubu işlemci işletim sistemi sağlayıcısı olarak gerçek anlamda rekabet edebilmesi için gerekli olduğunu savunduğu bilgileri açıklamayan Microsoft'un kötüye kullanımda bulunduğunu iddia etmiştir.

Sun'ın başvurusuna cevaben Komisyon iki soruşturma açmış, 1 Ağustos 2000, 30 Ağustos 2001 ve 6 Ağustos 2003 tarihlerinde olmak üzere Microsoft'a üç ayrı uyarı belgesi göndermiştir. Bu arada, vakanın etrafında gelişen olgular hakkında yeterli bilgiye ulaşabilmek için Komisyon tarafından bir de pazar araştırması yapılmıştır. Neredeyse beş yıl süren geniş kapsamlı bir incelemeyi de içeren tüm bu idari işlemler neticesinde, Komisyon Microsoft'un reddinin hakim durumu kötüye kullanmak olduğu tespitine ulaşarak, Microsoft'un Windows çalışma grubu işlemcileri tarafından dosya, baskı, grup ve kullanıcı yönetim hizmetlerinin Windows çalışma grubu ağlarına sağlanması için kullanılan protokollerin tam ve doğru teknik özelliklerini açıklamasını şart koşmuş, ayrıca 82. Maddenin ihlalden¹³ dolayı 479 Milyon Euro tutarında para cezası vermiştir.

Microsoft kararının, 'lisans vermeyi reddetme' analizinin nasıl yapılacağı konusunda yol gösterici olan *IMS Health*¹⁴ kararından bir ay önce alınması da dikkate değerdir. *IMS Health* vakası, pazara yeni giren bir firmanın (NDC Health) hakim durumdaki bir firma olan ve farmasötik ürünlerine ilişkin bölgesel satış verilerini ilgili girdilerini farmasötik toptancılarından satın alarak ve onları da söz konusu yapıya dahil ederek temin etmekte olan (*IMS Health*)'e ait telif korumalı veritabanını ('1860 brick structure')¹⁵ kullanma girişimi ile ortaya çıktı. NDC Health'in söz konusu yapıyı kullanma girişiminin ardından, *IMS Health* tarafından açılan ulusal dosya, ulusal mahkeme tarafından 234. Madde kapsamında ATAD'a taşındı. ATAD, ilgili Topluluk içtihadından yola çıkarak, hakim durumdaki bir firmanın lisans vermeyi reddetmesi durumuna ilişkin özellikleri ortaya koyan üç unsur ortaya koydu:

[I]çtihadı göre, belirli bir işin yapılabilmesi için vazgeçilmez olan bir ürün veya hizmete erişim sağlama konusunda telif hakkına sahip olan bir teşebbüsün bunu reddetmesinin kötüye kullanma olarak değerlendirilebilmesi için üç *kümülatif* şartın yerine getirilmesi yeterlidir; söz konusu reddin potansiyel müşteri talebine sahip yeni bir ürünün çıkmasına engel olması,

¹³ Komisyonun *Microsoft* kararı, *supra* note 1, 5(a) Maddesi. Komisyonun kararında, 82. Maddenin ihlali yalnızca Microsoft'un birlikte işlerlik bilgilerini vermeyi reddetmesine değil, Windows istemci PC işletim sistemini almak için aynı zamanda Windows Media Player'I da alma şartı getirerek gerçekleştirdiği bağlama (tying) stratejisine de dayandırılmıştır. Bununla birlikte, Microsoft'un bu ikinci kötüye kullanım davranışı bu çalışmanın kapsamı dışındadır.

¹⁴ *IMS Health* kararı, *supra* note 6.

¹⁵ Söz konusu veritabanı Almanya genelinde 1860 ayrı coğrafi bölgede yerleşik olan eczanelerden toplanmış bilgileri içeriyordu.

haksız olması ve örneğin ikincil bir pazardaki rekabeti engellemesi.¹⁶

IMS Health vakasında, ATAD bir kez daha lisans vermeyi reddetmenin tek başına bir hakim durumun kötüye kullanılması¹⁷ olmadığını tasdik etmiş, FMH kullanımının yalnızca ‘istisnai şartlarda’ kötüye kullanım içerebileceği görüşünü savunmuştur.¹⁸ *IMS Health* sonrasındaki dönemde ‘lisans vermeyi reddetme’ analizi bakımından fark yaratan unsur, daha önce hakim durumun kötüye kullanımı olup olmadığına karar vermek için alternatif bir test olarak kullanılmış olan ‘yeni ürün testinin’ iyileştirilmesidir.¹⁹ Bunun yanında, ‘yeni ürün’ kavramından ne anlaşılması gerektiği de *IMS Health* formülünce açıklığa kavuşturulmuştur.²⁰

Komisyonun kararının *IMS Health*’ten sonra alınması durumunda, ortaya farklı bir kararın çıkıp çıkmayacağından bağımsız olarak, Komisyonun açıklamasının, ilgili kararı da içeren AT içtihadının çok ötesine geçtiği açıktır. Her ne kadar Komisyon kararının *IMS Health* kararından ayrı tutulacağı varsayılabilir de, hakim durumdaki bir firmanın tek taraflı olarak lisans vermeyi reddetmesi durumunu değerlendirmek ve kötüye kullanım iddiasını hak edip etmediğine karar vermek için halen birtakım yerleşmiş kriterler mevcuttur. Söz konusu kriterler aşağıdaki gibi sıralanabilir:

¹⁶ *IMS Health* kararı, *supra* note 6, Paragraf 38.

¹⁷ *IMS Health* kararında, ATAD’ın görüşü şu şekilde olmuştur:

“Yerleşik içtihadı öre, çoğaltma konusundaki münhasır hak, kullanıcı haklarının parçasını oluşturmaktadır; dolayısıyla, lisans vermeyi reddetmek hakim durumdaki bir teşebbüs tarafından gerçekleştirilse dahi tek başına hakim durumun kötüye kullanımı olamaz” (*IMS Health* kararı, *supra* note 6, Paragraf 34).

Ayrıca, bu olgu hem *Magill* hem de *Volvo* kararlarında desteklenmektedir (*Magill* kararı, *supra* note 5, Paragraf 49; Case 238/87, *AB Volvo v. Eric Veng (UK) Ltd.* [1988] ECR 6211, [1989] 4 CMLR 122 (bundan sonra “*Volvo* kararı”), Paragraf 8).

¹⁸ *IMS Health* kararı, *supra* note 6, Paragraf 35.

¹⁹ Kötüye kullanımın tespitinde, İBD’nin verdiği bir karar olan *T. Ladbroke* (Dava T-504/93, *Tiercé Ladbroke SA v. Commission* [1997] ECR II-923, [1997] ECR II-923, [1997] 5 CMLR 309, 131. Paragraf, bundan sonra “*T. Ladbroke* kararı”), *Magill*’deki ‘istisnai şartlar’ (kümülatif değil) alternative koşullar bütünü olarak yorumlamaya müsaittir. Komisyon, *T. Ladbroke* gerekçesinden yola çıkarak, *IMS Health* vakasında, ‘yeni ürün testini’ lisans vermeyi reddetmenin kötüye kullanım olması için bir koşul olarak algulamamıştır. AT Antlaşmasının 82. Maddesine uygun bir işleme ilişkin 2002/165/EC sayılı Komisyon Kararı, 2002 O.J. (L 59) 18 (Case COMP D3/38.044-NDC Health/IMS: Geçici Tedbir, 180. Paragraf)

²⁰ Bakınız aşağıdaki: “II. E. ‘Yeni Ürün’ Testi”.

- (i) Bir (alt pazar) faaliyetini gerçekleştirmek için *zorunlu* bir girdinin varlığı,
- (ii) Reddetme sonucunda alt pazardaki *rekabetin tamamen ortadan kalkması*,
- (iii) Reddetmenin *objektif bir gerekçeden* yoksun olması, ve
- (iv) (Potansiyel müşteri talebine sahip) *yeni bir ürünün* ortaya çıkmasının engellenmesi.

Komisyonun kendisini, içtihadta halihazırda belirlenmiş olan kurallara bire bir uymak zorunda görmemesi, *Microsoft* vakasında izlediği yolu şekillendirmiştir.²¹ ‘İstisnai şartlar’ testi ile bağlantılı olarak, AT rekabet kuralları kapsamında FMH sahiplerine tanın serbestlik, yukarıda verilen kriterlerin genişletilmesine olanak tanıyan Komisyonun tutumu tarafından daraltılmıştır. Aşağıda açıklanan bu tür bir perspektif ‘lisans vermeyi reddetme’ analizinde yeni parametrelerin hesaba katılmasını sağlayarak aslında ‘modifiye bir per se’ analizi yerine ‘mantıksallık kuralı’ analizi ortaya çıkarmaktadır.²²

Aynı şekilde İDM, *IMS Health* vakasında ortaya konan kriterlerin otomatik olarak uygulanmasının vakaya uygun olmadığı yönündeki Komisyon görüşüne karşı çıkmamıştır,²³ *IMS Health* formülünün esasını genişletmiştir, ayrıca istisnai şartların yerine gelmesi için benzer anacak yine de kendine özgü üç bölümlü bir test sunmuştur.²⁴

1. ilk olarak, reddetme *komşu bir pazarda belirli bir faaliyetin yerine getirilmesi için zorunlu* olan bir ürün ve hizmet ile ilgilidir;
2. ikinci olarak, reddetme *söz konusu komşu pazardaki etkin rekabeti engelleyecek* niteliktedir;

²¹ İctihadın yerleşik kurallarının karar alma sürecinde ne ölçüde dikkate alınması gerektiğine ilişkin Komisyonun görüşü aşağıdaki öngörüsünden anlaşılabilir:

“Genel bir not olarak, *istisnai şartlara* ilişkin kapsamlı bir liste sağlanması yönünde bir yaklaşımın inandırıcılığı yoktur ve bu tür bir yaklaşım, herhangi bir bilgi vermeyi reddetme vakası Komisyon tarafından değerlendirilirken, dikkate alınması gereken istisnai nitelikte pek çok başka şartın göz ardı edilmesine sebep olacaktır.” (Komisyonun *Microsoft* kararı, *supra* note 1, Paragraf 555).

²² Bakınız: Mehmet Bilal Unver, Does A ‘Rule of Reason’ Analysis Emerge out of Interoperability-Centric Concerns Under EC Law?: A Critical Analysis in Light of EU *Microsoft* Case, *International Journal of Communications Law and Policy*, Issue 12, Winter 2008, Paragraf 405-406, http://www.ijclp.net/12_2008/pdf/unver.pdf

²³ Bakınız: İDM’nin *Microsoft* kararı, *supra* note 2, Paragraf 312-336.

²⁴ İDM’nin *Microsoft* kararı, *supra* note 2, Paragraf 332.

3. üçüncü olarak ise, reddetme potansiyel tüketici talebine sahip *yeni bir ürünün ortaya çıkmasına engel olmaktadır*.

Söz konusu test ciddi anlamda bir farklılığa işaret etmese de, testin nasıl yorumlanacağı sorusuyla karşı karşıya kalındığında daha önceden oluşturulmuş analitik bağlamdan sapma gösteren bir yol göze çarpmaktadır. Özellikle ‘etkin rekabetin engellenmesi’ ve ‘yeni bir ürünün ortaya çıkmasının engellenmesi’ kriterleri Mahkemenin geniş yorumu nedeniyle etkisiz hale gelmektedir; diğer bir deyişle, birinci kriter rakiplerin dışarıda bırakılması yerine rekabet riski ile yetinen yapısal bir bakış açısına eşitlenmekte, ikincisi ise, endüstrideki gelecek yenilik teşvikleri - bunlardan yeni ürün elde etme amacı dolayısıyla - fazla vurgulamaktadır. Sonuç olarak, Komisyonun görüşlerinin neredeyse tamamı, biraz farklı bir biçim de olsa da, İDM’nin kararına hakim olmuştur.

Öncelikle belirtmelidir ki, Komisyonun analizinde kötüye kullanım olduğu sonucuna varmasının başlıca nedeni Microsoft’un PC İşletim Sistemi pazarında tekel benzeri bir hakim duruma sahip olmasıdır.²⁵ Tekel benzeri konumu dolayısıyla, Komisyon Microsoft konusunda İDM’nin de onayladığı özel bir sorumluluk yüklemektedir.²⁶ “Microsoft’un reddinin kötüye kullanım olarak değerlendirilmesi halinde, kötüye kullanım Microsoft’un istemci PC

²⁵ IDC (International Data Corporation)’ın rakamlarına göre, 2000 yılında Microsoft’un *yeni istemci PC işletim sistemi lisansları* konusundaki pazar payı birim sevkıyatlara göre ölçüldüğünde % 92.1, gelirlere göre ölçüldüğünde ise % 92.8’dir. 2001’de bu rakam birim sevkıyatlara göre ölçüldüğünde % 93.2, gelirlere göre ölçüldüğünde % 95.4’tür. 2002 yılında daha da artarak, birim sevkıyatlara göre ölçüldüğünde % 93.8, gelirlere göre ise % 96.1 seviyesine ulaşmıştır (Komisyonun *Microsoft* kararı, *supra* note 1, Paragraf 431). Komisyonun görüşü, “[M]icrosoft, % 90’ın üzerindeki pazar paylarıyla neredeyse pazarın tamamına sahiptir – dolayısıyla tam bir tekel konumuna yaklaşmaktadır ve *belirgin bir şekilde* hakim duruma sahip olduğu söylenebilir” (Komisyonun *Microsoft* kararı, *supra* note 1, Paragraf 435). Aynı şekilde, Komisyon şu sonuca varmıştır: “reddedilen bilginin rekabet açısından değeri Microsoft’un istemci PC işletim sistemi pazarındaki pazar gücünden kaynaklanmaktadır” (Komisyonun *Microsoft* kararı, bakınız: *supra* note 1, Paragraf 567). Ayrıca bakınız: İDM’nin *Microsoft* kararı, *supra* note 2, Paragraf 392, şu ifadeye yer vermektedir: “Mahkeme ilk olarak, Microsoft’un Windows istemci PC ve çalışma grubu sunucu işletim sistemleri arasında kurmuş olduğu çok kısıtlı teknolojik ve ayrıcalıklı bağlantıların ve Windows’un kendisinin, kurumlarda yer alan *hemen hemen tüm* istemci PC’lerde mevcut olması ışığında, Komisyonun tartışma konusu olan kararının 697. açıklayıcı paragrafında yer alan, Microsoft’un Windows alan mimarisini ‘*çalışma grubu bilgisayarılığında fiili standart*’ haline getirme imkanın sahip olduğu tespitinin doğru olduğuna karar vermiştir”.

²⁶ Komisyonun *Microsoft* kararı, *supra* note 1, 787. Paragraf; İDM’nin *Microsoft* kararı, *supra* note 2, Paragraf 775.

işletim sistemi pazarındaki hakim durumundan kaynaklanmaktadır²⁷,” şeklinde bir ifade de bulunan Komisyon, Microsoft’un pazar gücüne *neredeyse* belirleyici bir rol yükleyerek, geleneksel antitröst değerlendirmesinin aksine bir tutum sergilemiştir.²⁸ Geleneksel antitröst değerlendirmesinde pazar gücü olduğunun tespit edilmesi halinde sadece ‘hakim durumun kötüye kullanımı’ olup olmadığına yönelik bir sonraki analize geçilir. Güçlü dolaylı ağ etkileri de hesaba katılırsa,²⁹ Microsoft’un (ileri seviyede) bir hakim duruma sahip olması, gelecekte tek tip bir Windows tabanlı işletim sistemi ortamı olmasına ilişkin olarak hem Komisyonun hem de İDM’nin kaygılarını artırmış görünmektedir.³⁰ Açıkça görülmektedir ki, Topluluk kurumlarının kaygılarını taşıdığı rekabeti tehdit eden unsurların en başında, Microsoft’un *pazarı kendine bağlama*

²⁷ Komisyonun *Microsoft* kararı, *supra* note 1, Paragraf 567 ve 787.

²⁸ Bunun dışında, Komisyonun Bilişim Teknoloji endüstrisindeki pazar tanımları genel olarak hakim durumun kötüye kullanıldığının tespit edilmesini sağlamayacak kadar dardır (Bakınız: Sofia Bune ve Bill Batchelor, Reform of Art. 82 EC Treaty: How will it affect the IT industry?, *Computer and Telecommunications Law Review*, Vol. 12: Issue 1: 2006, s. 22. Ayrıca Bakınız: Steve Anderman, EC Competition law and intellectual property rights in the new economy, *The Antitrust Bulletin*, Summer-Fall 2002, s. 291-292).

²⁹ Komisyon *Microsoft* vakasına özgü (dolaylı) ağ dışsallıklarının önemini aşağıdaki gibi açıklamaktadır:

“Esas olarak, Windows istemci PC işletim sistemi ve onun üzerine yazılmış çok sayıda uygulama arasındaki dinamik, *kendi kendini güçlendiren bir süreçtir*. Diğer bir deyişle, uygulama geliştiriciler hakim durumdaki (yani Windows) istemci PC işletim sistemi platformu üzerine uygulama geliştirme yönünde *zorlayıcı bir ekonomik* teşvik altındadır, çünkü potansiyel pazarın daha büyük olacağını bilirler” (Komisyonun *Microsoft* kararı, *supra* note 1, Paragraf 458; ayrıca bakınız: Paragraf 450).

³⁰ Buna karşın Cotter, (dolaylı) ağ etkileri ile zorunlu açıklama yükümlülüğü (veya *zorunlu unsur doktrini*) uygulama ihtiyacı arasındaki ilişki üzerinde durduktan sonra, hakim durumdaki bir FMH sahibini iddia edilen zorunlu unsurları paylaşmaya zorlamanın gerekçelendirilmesi için ağ teorisine başvurmanın getirdiği sorunları ortaya koymaktadır. Her yere yayılmış durumda olan *Microsoft* işletim sistemleri gibi ürünlerin pazarı kendine bağlamak gibi güçlü ağ etkilerine sahip olduğunu veya teknolojik anlamda bunların daha alt seviyede ürünler olduğunu varsaymaktan kaçınmaya herkesçe özen gösterilmesi gerektiğini de ileri sürüyor. Ona göre, “ağ etkileri teknolojik olarak daha alt seviyedeki bir rakibin hakim duruma gelmesini sağlasa dahi, teknolojik olarak hangi standartların üstün olduğunu ve hangilerinin etkinlik yaratmadan pazarı kendine bağlama sonucunda pazarda pay elde ettiğini değerlendirme hususunda, hakimlerin veya diğer kamu görevlilerinin yetkinliği de net değildir” (Thomas F. Cotter, Intellectual property and the essential facilities doctrine, *The Antitrust Bulletin*, Spring 1999, s. 239-240).

ihtimali yer almaktadır.³¹ Ağırlıklı olarak tüketicilere yönelik (dolaylı) zararları önleme üzerine kurulu olan bu yaklaşımlar, Topluluk içtihadı çerçevesinde daha önceden belirlenmiş olan kurallardan bir sapma ortaya koymaktadır.³²

İlgili vakalar içtihadın iki ana başlığı olan ‘anlaşma yapmayı reddetme’ ve lisans vermeyi reddetme’ vakalarına ayrılabilir, ki bunların birbiriyle çakışan unsurları olduğu gibi her birinin kendine has yönleri de vardır. İçtihadın söz konusu başlıklarının ortak unsurları olarak ‘birlikte işlerlik, ‘rekabetin ortadan kalkması’ ve ‘nesnel gerekçe olmayışı’ sayılabilir; ‘yeni ürün testi’ sadece ‘lisans vermeyi reddetme’ analizine özgüdür. Aşağıda, Komisyon ve İDM’nin sunduğu gerekçelerin davanın özel niteliklerine ne kadar uygun olduğu kadar, söz konusu unsurların *Microsoft* vakasında ne ölçüde dikkate alındığı da değerlendirilmektedir.

³¹ Komisyon ve İDM’nin görüşünü destekleyen Messina şu şekilde düşünmektedir: “[Bazı yüksek teknoloji piyasalarının ‘pazarı kendine bağlamaya’ yönelik eğilimleri dikkate alınacak olursa, günümüzde birlikte işlerlik bilgilerine erişim sağlanamaması, sunucu yazılım pazarını yakın gelecekte Microsoft’un tekeli haline getirecektir” (Michele Messina, Article 82 and the New Economy: Need for Modernisation?, *The Competition Law Review*, Vol. 2, Issue. 2, March 2006, s. 95). Bununla birlikte, pazarı kendine bağlama olasılığının, etki temelli analiz perspektifiyle veya dışlayıcı faaliyetlerin rekabetçi etkilerini rekabete aykırı etkileriyle kıyaslayan tüketici refahı yaklaşımıyla açıklanması olası görünmemektedir. Bakınız: Valentine Korah: Intellectual Property Rights and the EC Competition Rules, *Hart Publishing*, 2006, s. 166, ’nın ifade ettiği gibi “bilgi veya lisans vermeyi reddetmeye ilişkin geçmiş vakalar hakkında daha uzun bir tartışma ve daha iktisadi bir teori görmek isterdim. Komşu pazarların Windows lehinde hareket etmesi tehlikesi konusunda kararın daha açık temellere dayanmasını isterdim”.

³² Bu bakış açısı Komisyon tarafından aşağıdaki şekilde açıklanmaktadır:

“Ayrıca, Antlaşmanın 82. Maddesinin yalnızca tüketicilere doğrudan zarar verebilecek kötüye kullanımları değil, Antlaşmanın 3(f) Maddesinde öngörüldüğü gibi, etkin rekabet yapısını zedelemek suretiyle *dolaylı* olarak da zarar verebilecek olanları kapsadığı içtihadta yerleşmiştir” (Komisyonun *Microsoft* kararı, *supra note 1*, Paragraf 704).

Ayrıca bakınız: İDM’nin *Microsoft* kararı, *supra note 2*, Paragraf 643. McMahon Komisyonun bakış açısının aksine bir görüş benimsemektedir ve bunu *yapısal* yaklaşım olarak tarif etmektedir. Bu yaklaşımda ‘tüketici refahı’na odaklanan etki temelli bir yaklaşımın tersine, tüketicinin seçme hakkının zarar görmesi vurgulanmaktadır: “Yapı, sonuçları kesinlikle etkileyebilmektedir; buna karşın, davranışın tüketici refahı (ve etkinlik) üzerindeki etkisini daha yakından incelemeksizin yalnızca bu noktaya odaklanmak, ağ ortamlarında ve daha genel anlamda rekabet hukukunda sorun teşkil eder.” (Kathryn McMahon, Interoperability: “Indispensability” and “Special Responsibility” in High Technology Markets, *Tulane Journal of Technology and Intellectual Property*, Spring 2007, s. 143).

II.B. Zorunluluk

'Zorunluluk' testi, esas olarak zorunlu unsur doktrininde³³ yer alan ve 'lisans vermeyi reddetme' analizinin en temel ve yerleşik parçalarından biridir. Zorunlu unsur vakalarında, hakim durumdaki teşebbüslerin 'kapıları tutması' (gate keeper position) söz konusu olurken,³⁴ lisans vermeyi reddetme

³³ Anlaşma yapmayı reddetme olgusu bir kötüye kullanım olarak bir dizi Mahkeme kararının neticesinde oluşmuşsa da (özellikle *Commercial Solvents* and *Telemarketing* kararları), zorunlu unsur doktrininin gelişimi Komisyonun pazarların rekabete açılmasındaki öncü rolü ile yakından ilişkili olarak gerçekleşmiştir. 'Zorunlu unsur doktrini'nin özünde şu vardır: bir işletme pazardaki rekabet için hayati bir varlık arz eden 'zorunlu bir unsura' sahip olduğu takdirde - söz konusu unsur daha önce herhangi bir üçüncü tarafa sunulmamış olsa dahi - AT 82. Madde bu unsurun üçüncü taraflara açılmasını öngörür. (Bakınız: Pierre Larouche, *Competition Law and Regulation in European Telecommunications*, Hart Publishing, 2000, s. 165-167). Önemli bir husus da, Komisyonun alt pazar ürünlerinin yeterli miktarda tedarik edilmesini sağlayarak pazar koşullarını şeffaf ve rekabetçi hale getirmek ve bunu sürdürmek amacıyla, zorunlu unsur doktrinini antitröst vakalarına uygulama konusunda fazlasıyla istekli davranmış olmasıdır. Liman kullanımına izin verilmeyen veya hakim durumdaki liman sahiplerine ait feribotlara uygulananlara göre makul olmayan şartlarda izin verilen feribot işletmecileri tarafından yapılan şikayetler üzerine ortaya çıkan ilgili iki vakada (*Sealink Harbours Ltd/B&I Line plc* ve *Sea Containers/Stena Sealink*), Komisyon hakim durumdaki teşebbüsü sahip olduğu 'zorunlu unsuru' paylaşmamasından dolayı suçlu buldu. Aynı şekilde, *HOV SVZ/MCN* vakasında Komisyon demiryolu hizmetlerini de 'zorunlu' olarak nitelendirdi ve *European Night Services* vakasında da bunların demir yolu taşımacılığı işletmecileri için 'gerekli' olduğuna işaret etti. Zorunlu unsur vakalarının en özgün niteliklerinden biri de - davranışlara bakılmaksızın-genellikle anlaşma yapma yükümlülüğü ile ilgili olarak, işlerin yürütmesini engelleyen türden unsurların kontrolünden kaynaklanan 'özel sorumluluk' tur (Bakınız: Larouche, s. 204-211). Larouche bu yükümlülüğün farklı niteliğini 'pazar tanımı', 'rekabet kaygısı', 'müdahale gerekçesi' ve zorunlu unsur doktrinine ilişkin 'çözüm yolları' ve 'anlaşma yapmayı reddetme' vakalarına dikkat çekerek açıklamaktadır. Larouche'a göre, 'pazar tanımı' 'pazar yapılanması' halini almaktadır; 'rekabet kaygısı' 'zorunluluk' analizine kaymaktadır; 'müdahale gerekçesi' olması için kötüye kullanım davranışına artık gerek yoktur ve 'çözüm yolları' genellikle bir varlığın üçüncü taraf erişimine açılması için getirilir. Ayrıca bakınız: Richard Whish, *Competition Law*, 5th ed., Butterworths, 2003, s. 670 "İşlerin yürütülmesini engelleyebilecek bir unsuru kontrol eden teşebbüsler 'ileri boyutta hakim duruma' sahip olarak değerlendirilebilir, bunun sonucu olarak 'yalnızca' hakim durumda olan firmaların yükümlülüklerine oranla daha fazla sorumluluğa sahip olmalıdır".

³⁴ N. Nicolinos, *Access Agreements in the Telecommunications Sector-Refusal to Supply and the Essential Facilities Doctrine under EC Competition Law*, *European Competition Law Review*, No. 8, 1999, s. 404. Ayrıca bakınız: Mehmet Bilal Unver, *Essential Facilities Doctrine under EC Competition Law and Particular Implications of*

vakalarında zorunlu olduğu öne sürülen (fikri) ürünler çoğunlukla fiili anlamda bir tekel meydana getirir. Uygulamada, FMH korumasında olsun veya olmasın, zorunlu bir girdiden mahrum bırakılan bir rakibin söz konusu girdiye erişim sağlayamamaktan dolayı işlerini yürütemez durumda olması ve rakipleri ile etkin bir şekilde rekabet edemiyor olması gerekir. Gerek *Telemarketing*³⁵ gibi anlaşma yapmayı reddetme vakalarında, gerekse *Magill*³⁶ gibi lisans vermeyi reddetme vakalarında, ‘zorunluluk’ üçüncü taraf erişiminin sağlanmasının ön koşulu olarak yargı tarafından onaylanmıştır.³⁷

the Doctrine for Telecommunications Sectors in EU and Turkey (Middle East Technical University, Social Sciences Institute, European Studies, MSc Thesis), Ankara, 2004, s. 17-22, <http://etd.lib.metu.edu.tr/upload/12605496/index.pdf>

³⁵ *Telemarketing* vakasında ATAD, herhangi nesnel bir gerekçe olmadan, ‘satış sonrası pazarda’ rekabet edebilmek için zorunlu olan bir hizmetin sağlanmasında hakim duruma sahip olan bir teşebbüsün söz konusu ürünü vermeyi reddetmesinin-şayet bu alt pazarı kendine saklaması anlamına gelecekse-mümkün olamayacağını onaylamıştır (Bakınız: Case 311/84, *Centre Belge d’Etudes du Marché-Télémarketing v. Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion SA and Information Publicité Benelux SA* [1985] ECR 3261[1986] 2 CMLR 558).

³⁶ *Magill* kararı, *supra* note 5.

³⁷ *Magill* vakasında (RTE, BBC ve ITP) TV şirketlerinin haftalık TV rehberlerine koyulan ‘haftalık program bilgileri’ bu tür bir rehberin hazırlanmasında *zorunlu* olan bir hammadde olarak kabul edilmişken, *Telemarketing* vakasında ‘yayıncılık’ bir yan faaliyetin (telemarketing hizmetlerinin) gerçekleştirilebilmesi için *zorunlu bir hizmet* olarak ifade edilmiştir.

ATAD tarafından *Oscar Bronner*³⁸’da sunulan kriterler, Mahkemenin reddedilen unsurun (ulusal dağıtım ağına erişim) posta dağıtımı ve büfe gibi alternatiflerden daha avantajlı ve uygun olması ile tatmin olmadığını ortaya koyarak, ‘zorunluluk’ testini daha üst seviyelere taşımıştır. Mahkemenin bakış açısına göre, zorunlu unsur doktrinin uygulanabilmesi için her rakibin nesnel bir şekilde incelenmesi gerekmektedir. ATAD’a göre, erişimin ‘zorunlu’ kabul edilebilmesi için, en azından, zorunlu olduğu iddia edilen unsura sahip olan teşebbüsle karşılaştırılabilir büyüklükte ‘nesnel bir rakibin’ söz konusu unsurun aynısını veya benzerini yapmasının ekonomik olarak mümkün olmadığını tespit edilmesi gereklidir.³⁹

Daha sonra, *IMS Health* vakasında, telif hakkı olan bir veri tabanında (‘1860 brick structure’),⁴⁰ zorunluluk testi yapılırken, ek birtakım unsurlar da değerlendirmeye alınmıştır; örn. öncekiler hariç kullanıcı bağımlılığı, ikame edilebilir olmama. ATAD’ın *Oscar Bronner* vakasında ‘zorunluluk’ kriterini güçleştirmesine rağmen *IMS Health* vakasında daha geniş bir yaklaşım izleme eğiliminde olması, FMH koruması altında olan ürünlerin en azından Mahkeme

³⁸ Case C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co KG and Others v. Mediaprint Zeitungs-und Zeitschriftverlag GmbH & Co KG and Others* [1998] ECR I-7791, [1999] 4 CMLR 112 (bundan sonra “*Oscar Bronner judgment*”). *Oscar Bronner* Avusturya’da bir günlük gazetenin (*Oscar Bronner*) yayımcısının, o dönemde Avusturya günlük gazete pazarında hakim durumda olan bir başka yayımcı (*Mediaprint*) tarafından işletilen mevcut tek ulusal teslimat planına dahil olma girişimiyle ortaya çıkmıştır. *Oscar Bronner* kararında, ATAD, doktrinin yerleşik konumdaki teşebbüslerin oluşturduğu mevcut unsurlardan yararlanabilmek isteyen rakiplerden yana kullanılması yönündeki eğilimleri zayıflatmıştır. Mahkemenin doğal tekel olgusundan yola çıkan ve zorunlu erişime izin verilmesi yönündeki *iktisadi temelli* yaklaşımı, (Bakınız: Mats A. Bergman, *The Bronner Case-A Turning Point for The Essential Facilities Doctrine?*, *European Competition Law Review*, No. 2, 2000, s. 61) talepte bulunan şahsın işletmesinin devam etmesi için söz konusu unsurun (“gerçek veya potansiyel bir ikamesi bulunmadığından dolayı”) *zorunlu* olduğunu öngörülmektedir. *Oscar Bronner*’a göre, reddedilen unsurun tek başına veya başka bir rakibin yardımıyla sağlanamaması anlamında zorunlu unsur doktrinin uygulanması için, her rakibin nesnel bir şekilde incelenmesi gerekir (Bakınız *Oscar Bronner* kararı, paragraf 45-46). Bu bakış açısına göre, *Oscar Bronner* kararı, zorunlu unsur doktrinine uygulanan koşulların optimize edilmesi konusunda bir dönüm noktası kabul edilecektir. (Bakınız: Sébastien J. Evrard, *Essential Facilities in the European Union: Bronner and Beyond*, *Columbia Journal of European Law*, Vol. 10, 2004, s. 23; Katarzyna A. Czapracka, *Where Antitrust Ends and IP Begins – On the Roots of The Transatlantic Clashes*, *International Journal of Communications Law & Policy*, Issue 11, Autumn 2006, s. 21).

³⁹ Bakınız Larouche, *supra* note 33, s. 196.

⁴⁰ Söz konusu veritabanı Almanya genelinde 1860 ayrı coğrafi bölgede yerleşik olan eczanelerden toplanmış bilgileri içeriyordu.

nezdindeki özel durumunu kanıtlar niteliktedir. İkinci kararda ATAD şu görüşü ortaya koymaktadır:⁴¹

Bronner'ın 43. ve 44. paragraflarına göre şu açıktır ki, bir ürün veya hizmetin herhangi bir teşebbüsün belirli bir pazarda işini yürütebilmesi için zorunlu olup olmadığının belirlenmesinde, daha az avantajlı olsa dahi alternatif çözüm oluşturan başka ürünler veya hizmetlerin bulunup bulunmadığı, ayrıca bu pazarda faaliyet göstermeyi amaçlayan bir teşebbüsün alternatif ürünler veya hizmetleri, mümkünse diğer teşebbüslerle işbirliği içinde, meydana getirmesini imkansız veya makul olmayan ölçüde zor hale getirebilecek teknik, yasal veya ekonomik engellerin bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir...

Anlaşmazlık konusu işlemlerde bunun söz konusu olup olmadığını, kendisine sunulan deliller ışığında belirlemek ulusal mahkemenin görevidir. Bu bakımdan, Başsavcının 83. ve 84. Maddelerdeki görüşünde belirttiği gibi, “*telif korumasında olan ‘1860 brick structure’ veritabanının iyileştirilmesinde farmasötik laboratuvarlarının yüksek düzeydeki katılımını-ispattandığı varsayılarak-özellikle teknik seviyede olmak üzere, söz konusu yapıya yönelik bir kullanıcı bağımlılığı meydana getirdiği dikkate alınmalıdır.* Bu gibi durumlarda, fikri mülkiyet hakkı korumasında olan yapı dışındaki yapılarda sunulan farmasötik ürünlerin bölgesel satış araştırmalarını elde etmek için, söz konusu laboratuvarlar muhtemelen olağandışı kurumsal ve finansal çaba göstermek zorunda kalacaktır.

Söz konusu alıntılardan anlaşıldığı üzere, FMH korumalı mevcut yapıya *kullanıcıların bağımlı olması* Mahkeme tarafından söz konusu yapının *zorunlu* olup olmadığının tespitinde belirleyici bir faktör olarak kabul edilmiştir. Mahkemenin konuya olan yaklaşımı, söz konusu bağımlılığı, iş hayatında herhangi bir yapısal değişikliği ortadan kaldıracak *ekonomik bir engel* olarak değerlendirmek şeklinde yorumlanabilir.⁴² Bununla birlikte, genel anlamda, yerel telefon ağları ya da enerji iletim ağları gibi doğal tekel özellikleri taşıyan, dolayısıyla pazara girmek için kaçınılmaz olarak ihtiyaç duyulan zorunlu altyapının aksine, FMH (ekonomik) batık maliyetler bakımından aşılmaz bir

⁴¹ *IMS Health* kararı, *supra* note 6, paragraf 28-29.

⁴² Bakınız: Daniel Kanter, *IP and Compulsory Licensing on Both Sides of the Atlantic - An Appropriate Antitrust Remedy or a Cutback on Innovation*, *European Competition Law Review*, Vol. 27, Issue 7, 2006, s. 353.

engel teşkil etmekten uzaktır.⁴³ Bu bakımdan, FMH vakalarında zorunluluk kriterinin yerine getirilmesi diğerlerine kıyasla, örn. Fiziki altyapı ile ilgili olanlar, daha kolay kabul edilecektir.⁴⁴

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, ‘zorunluluk’, pazara yeni giren teşebbüslerin çoğunlukla hakim durumdaki üründen farklı özelliklere sahip ürünlerini pazarlamaya çalışırken karşı karşıya kaldıkları yapısal veya davranışsal veya bunların her ikisini de içeren bazı zorlukları ifade eder. Burada söz edilen zorluklar, FMH erişimi sağlamayı amaçlayanların hakim durumdaki mevcut ürünün aynısını yapmasının makul olmayacak ölçüde zor olmasını ifade ederken, bir ürünün ‘zorunlu’ kabul edilebilmesi için genellikle *gerçek veya potansiyel ikamesinin bulunmaması* şartı aranır.

Microsoft vakasına dönecek olursak, Komisyonun tespitinde ve İDM’nin kararındaki ‘zorunluluk’ kavramı ATAD’ın önceki kurallarıyla yerleşen anlayışla aynı anlam veya çıkarıma sahip değildir. Microsoft’un açıklamadığı ara yüz bilgilerinin ‘zorunlu’ olduğunu öne süren birkaç görüş dışında,⁴⁵ Komisyonun söz konusu sonuca ulaşmasına neden olan iktisadi temelli bir analiz söz konusu değildir. Aslında herkes, ilgili pazarda (çalışma grubu işletim sistemleri ile ilgili pazar) gerçek anlamda yer alan (ya da yer alabilecek durumda olan) rakiplere dayalı bazı değerlendirmeler görmeyi beklerdi. Ancak, Komisyon dikkatini birlikte işlerlik bilgileri ile Microsoft’a göre diğer şirketlerin kendisiyle rekabet etmelerini sağlayabilecek ve Sun’ın talep ettiği birlikte işlerlik bilgilerinin yerine geçebilecek diğer araçlar arasındaki karşılaştırmaya yöneltmiştir. Komisyon karşılaştırmalı analizinde Microsoft’un iddiaları üzerine, üç ayrı teknik araç kategorisinden söz

⁴³ Ayrıca bakınız: Christopher Stothers, IMS Health and its Implications for Compulsory Licensing in Europe, *European Intellectual Property Review*, Vol. 26, No. 10, 2004, s. 471, “Fikri mülkiyet haklarının çoğu ekonomik olarak pazara erişim sağlamak için zorunlu değildir ve lisans alma talebi karşılanmamış bir tarafın bunun aksini kanıtlaması zorlu bir mücadele gerektirecektir. Ancak, fikri mülkiyet hakkının pazara girmek için gerçek anlamda gerekli olan bir standardın kullanımını engellemesi veya potansiyel olarak, patent veya diğer fikri mülkiyet haklarının sayısının fazla oluşunun pazara girişi engellemesi gibi istisnai şartlar bunun dışındadır”.

⁴⁴ Bu manada, ATAD, FMH konulu vakaların meydana getirdiği teknik ve iktisadi engeller üzerinde çok fazla durmamış, onun yerine, örn. kullanıcı bağımlılığı ve müşteri katılımının yüksek seviyede olması gibi diğer faktörleri dikkate alarak, ikincil pazar oluşturma ve müşteri memnuniyeti üzerinde durmuştur. Bu husus, mahkemenin zorunluluk kriterini değerlendirmek için (erişimin engellendiği unsur olan) gazete sevkiyat açısından ikinci bir tane daha meydana getirmenin iktisadi ve teknik yönlerinin vurgulandığı *Oscar Bronner* vakasıyla benzerlik göstermektedir (Bankız: *supra* note 38).

⁴⁵ Bakınız: Komisyonun *Microsoft* kararı, *supra* note 1, paragraf 666, 692 ve 712.

etmektedir: (Windows tarafından desteklenen açık endüstri standartlarının kullanılması; istemci PC’de kullanılan istemci yazılımının dağıtımı; ve Microsoft ürünlerinin tersine mühendisliğinin yapılması), ve bunların hiçbirinin çalışma grubu sunucuları işletim sistemi pazarında Microsoft’la rekabet etmek isteyen şirketler için geçerli bir çözüm olmadığı sonucuna varmıştır.⁴⁶

İDM’nin analizi (Microsoft çalışma grubu sunucu işletim sistemlerine gömülü olan ara yüzlerle ilişkin olarak) zorunluluk konusunda benzer bir çerçeve çizmektedir. Mahkeme ‘zorunluluğun’ farklı seviyelere sahip bir olgu olduğu ve ideal birlikte işlerlik seviyesinin Microsoft dışında bir çalışma grubu sunucu işletim sistemi kullanan bir sunucunun Aktif Dizin kullanan bir Windows alanında alan kontrolörü olarak çalışmasını ve diğer alan kontrolörleriyle çok asıllı replikasyon gerçekleştirmesini sağlaması gerektiği görüşündedir.⁴⁷

Öte yandan, çok miktarda birlikte işlerlik bilgisinin açıklanmasını gerektiren İDM ve Komisyon yaklaşımları, söz konusu yazılım verilerinin hangi bağlamda ve ne ölçüde zorunlu olduğu sorusunu yanıtızsız bırakmaktadır. Sürekli anlamda aşılabilir bir giriş engelinden söz edilebilir mi yoksa yenilikçi ürünlerin bir süre sonra aşabileceği geçici bir problem mi söz konusu? Çözüm yoluna ilişkin herhangi bir zaman sınırının olmaması ve güncelleme zorunluluğunun bulunmaması dikkate alınır,⁴⁸ Komisyon tarafından birinci anlayışın benimsendiği kabul edilebilir. Bununla birlikte, yeni ekonomi pazarlarını diğerlerinden ayıran farklı değişkenler ve yenilik parametrelerinin bu analitik bağlamda geçerli olduğu düşünülebilir. Yazılım pazarlarının dinamik yapısı göz önünde bulundurulursa, ikinci yaklaşım FMH ile ilgili bir (yazılım) ürününe ilişkin zorunluluk analizi için daha uygundur. Aksi takdirde, ileri ürün(lere) dayalı bir tür statik bakış açısı tercih edilirdi; yeni fikirler, farklı know-how, ticaret sırları, vs. ya da takipçi yenilik değil.

Microsoft bulmacasının yenilik tarafını başka analizlere bırakırsak, yukarıda sözü geçen iki çatallı soruyu dikkate almayan Komisyon, acaba zorunluluk testini ATAD’inkiyle, örn. Magill, Oscar Bronner, benzeştiremez miydi? Bu bakımdan, (Microsoft dışındaki çalışma grubu işlemcileri ve

⁴⁶ Bakınız Komisyonun *Microsoft* kararı, *supra* note 1, paragraf 667-691.

⁴⁷ İDM’nin *Microsoft* kararı, *supra* note 2, paragraf 390. Bununla birlikte, bahsi geçen durumun gerçekleştirilebilmesinin “çalışma grubu sunucularının ağ kullanıcılarına hizmet sunma etkinliği üzerinde etkili olacağı” yönündeki Mahkeme görüşü (İDM’nin *Microsoft* kararı, *supra* note 2, paragraf 413) çözüm yolunun politika boyutunu ortaya koymaktadır ve bu boyut etkinliğin artırılmasıyla daha ilgili, rakiplerin tutunabilmesi ile ise daha az ilgilidir.

⁴⁸ Bakınız: Komisyonun *Microsoft* kararı, *supra* note 1, Madde 5(b). Ayrıca bakınız: Aşağıdaki “II.G The scope of the Remedy”.

Windows istemci PC'leri arasında birlikte işlerlik sağlayan ara yüz bilgisine ilişkin) zorunluluğun Microsoft'la rekabet etmek isteyen herhangi bir gerçek rakip için, örn. *Oscar Bronner* manasında, aynı şekilde hayati öneme sahip olup olmadığı sorusu Komisyonun açıklamasında güçlükle cevap bulacaktır. *Microsoft*'un, FMH ile ilgili vakalar olan *Magill* ve *IMS Health* ile ilişkilendirilebileceği dikkate alınrsa, ATAD'ın ikinci olarak sözü edilen vakalardaki anlayışının, Komisyonun *Microsoft* vakasındaki anlayışıyla bağdaştırılması yine de güçtür. Bu açıdan, Komisyonun zorunluluk analizini üç bölümlü inceleme ile sınırlı tutması, tespitini eksik ve tartışılır hale getirmektedir.

'Zorunluluk' testinin yerine getirilmesine ilişkin geri plandaki analiz dikkate alınrsa, ATAD'ın yerleşik kuralları konusunda ne Komisyon ne de İDM'nin kendilerini karmaşık bir tartışmaya dahil etmedikleri görülmektedir. Bununla birlikte, *Microsoft* AT emsallerinden tamamen soyutlanamaz. Zorunluluk testi bağlamında, *Microsoft* analizinin iki içtihat başlığı olan 'anlaşma yapmayı reddetme' örn, *Commercial Solvents* ve *Telemarketing* ve 'lisans vermeyi reddetme' örn. *Magill* ve *IMS Health*, karşısında yalnız kaldığı söylenebilir.

II.C. Rekabetin Ortadan Kaldırılması

Hakim durumdaki hak sahibinden lisans isteyen bir üçüncü kişi, lisans emri olmadığı zaman zorunlu girdinin elde edildiği birincil pazarla ilişkili olan ilgili pazara ürününü getiremeyeceğini kanıtlamak zorundadır. Bu komşu pazara girememe durumunun hakim durumdaki firma tarafından 'rekabetin ortadan kaldırılması' olduğu iddia edilir ve lisans vermeyi reddetmediği takdirde hakim durumdaki firma karşısında var olabilecek potansiyel rekabet kısıtlarının ortadan kaldırılması anlamına gelmektedir.

Bu tür bir dışlama davranışı *Commercial Solvents* davasında⁴⁹ tam anlamıyla görülebilir. Bu davada hakim durumda bulunan bir hammadde (amino-butanol) tedarikçisi bir türevin de (tüberküloz tedavisinde kullanılan bir ilaç olan etambutol) üreticisi olmaya karar vermiş ve alt piyasada (türev piyasasında) faaliyetlerini sürdürmek için amino-butonala ihtiyaç duyan mevcut bir üreticiye teknik ya da ekonomik bir gerekçe belirtmeksizin söz konusu maddeyi tedarik etmeyi reddetmiştir. Bu tedarik etmeyi reddetme, alt piyasada ortaya çıkabilecek potansiyel rekabet kısıtlarının ortadan kaldırılması anlamına

⁴⁹ Cases 6 and 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano Spa and Commercial Solvents Corp v. Commission* [1974] ECR 223 [1974] 1 CMLR 309 (Bundan sonra "Commercial Solvents kararı" olarak anılacaktır).

geliyordu ve ATAD'ın firmayı suçlu bulmasına neden oldu. Mahkeme şu şekilde karar verdi:

Bu tür bir davranış Antlaşmanın 3(f) [şu anda 3(g)] Maddesinde ve daha detaylı olarak 85 ve 86. Maddelerinde [şu anda 81 ve 82] yer alan amaçlara ters düştüğü için hammadde pazarında hakim durumda bulunan ve bu hammaddeyi kendi üretimi için ayırma amacıyla bu hammaddelerin üreticisi olan bir müşteriye tedarik etmeyi reddeden ve dolayısıyla müşteri yönünden bütün rekabeti ortadan kaldırma riski yaratan bir teşebbüs 86. Madde (şu anda 82. Madde) bağlamında hakim durumunu kötüye kullanmaktadır.⁵⁰

Yeni bir müşteriye tedarik etmeyi reddetme durumuyla ilgili olan *Magill* davası, söz konusu kriterin AT hukuku bağlamında “lisans vermeyi reddetme” analizinin ayrılmaz bir parçası olduğunu gösteren önemli olaylardan biridir. *Magill* davasında İrlandalı üç televizyon şirketi bir yayımcının (Magill) o dönemin bütün program listelerinden oluşan bir haftalık rehber oluşturmak için ihtiyaç duyduğu haftalık program listelerini vermeyi reddetti. Magill'in amacı televizyon şirketlerinin kendi rehberlerinde yayınladıkları program detaylarından oluşan yeni çok kanallı bir rehber oluşturmaktı. Televizyon şirketlerinin haftalık listelerini vermeyi reddetmesi Magill'in haftalık televizyon dergileri pazarına girmesini engelledi ve söz konusu pazardaki oligopol yapı devam etti.

“Rekabetin ortadan kaldırılması” kavramı “zorunlu bir girdi” ile yakından ilişkilidir ve genellikle rekabetin ortadan kaldırılması zorunlu girdinin tekel ya da Magill vakasında olduğu gibi oligopol yapının elinde bulunmasından kaynaklanır. Öte yandan FMH ile ilgili vakalarda hakim durumda bulunan hak sahibi tarafından rekabetin ortadan kaldırılıp kaldırılmadığını anlamak daha karmaşık bir süreçtir çünkü zorunluluk testi sonuca ulaşmak için tek başına yeterli değildir. Konu ayrıca FMH'nin münhasırlığı ile rekabet politikasının hedefleri arasındaki kesişimi yani FMH'nin çekirdeğine ne kadar girilebileceği sorununu da içermektedir.⁵¹ AT hukukunda bu sorunun cevabı *Magill-IMS*

⁵⁰ Commercial Solvents kararı, *supra* not 49, paragraf 25.

⁵¹ Ancak hakim durumdaki bir firmanın bir yan faaliyet yürütmek için kritik öneme sahip olmayan bir FMH ile korunan bir ürüne lisans vermemesi AT hukukunda ilke olarak yasal kabul edilmektedir. Bunun nedeni, AT içtihadının reddetme eylemi sonucu “rekabetin ortadan kaldırılması” endişelerinin üst piyasadan alt piyasaya doğru kaldırma etkisi olduğu zaman geçerli olacağını kabul etmesidir. Ek bilgi için bakınız: Steve Anderman, EC Competition Policy and IPRs, in Steve Anderman (eds.), Cambridge

Health formülasyonunda bulunmuştur. Bu formülasyona ana unsur olarak, “lisans vermeyi reddetme” davranışını geleneksel “anlaşma yapmayı reddetme” ve ABD tipi “lisans vermeyi reddetme” analizinden ayıran, “yeni ürün testi” eklenmiştir.⁵²

Ancak rekabetin ortadan kaldırılması, tek başına olmasa da, lisans vermeyi reddetme davranışına, şüphesiz, kötüye kullanıcı nitelik kazandırmaktadır. Bu kriterin kanun uygulayıcıların amaçlarına ulaşmak için kendi ihtiyaçlarına göre içini dolduracağı soyut bir kriter olmadığını belirtmek gerekir. AT içtihadı ışığında “rekabetin ortadan kaldırılması” kavramı pazara yeni girecek olanların pazar dışında bırakılması sonucuyla yakından ilgilidir. Bu “olası”dan ziyade “çabuk” etkinin (piyasaların tamamen kapanması⁵³ ya da dışlayıcı etki⁵⁴ olarak da adlandırılabilir) sonuçları alt piyasayı kendisi için ayıran hakim durumdaki firmanın neden olduğu “dara kaybı” olarak ortaya çıkar.

University Press, *The Interface between Intellectual Property Rights and Competition Policy*, 2007, s. 54-62.

⁵² Aslında FMH’nin münhasırlığı ABD antitröst hukukunda “lisans vermeyi reddetme” analizinde kullanılan ana parametrelerden biri olarak kabul edilmemektedir. ABD antitröst otoriteleri, Adalet bakanlığı ve Federal Ticaret Komisyonu, bu durumu şu şekilde açıklamaktadır:

Kurumlar genellikle başka bir biçimde soyut ya da somut mülkiyet içeren bir davranışa uyguladıkları antitröst ilkelerini fikri mülkiyet içeren davranışa da uyguluyorlar. Bu, fikri mülkiyetin bütün açılarından diğer mülkiyet türleriyle aynı olduğu anlamına gelmez. Fikri mülkiyeti diğer mülkiyet türlerinden ayıran, kötüye kullanmanın kolay olması gibi, önemli özellikleri vardır. Bu özellikler standart antitröst analizinde dikkate alınabilir ve temelde farklı olan ilkelerin uygulanmasını gerektirmez. (U.S. Dep’t of Justice & Fed. Trade Comm’n, *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property* (06.04.1995), paragraf 2.1, <http://www.ftc.gov/bc/0558.pdf>)

Adı geçen ABD kurumlarının Nisan 2007’de yayınladığı yeni bir rapor aynı yaklaşımı göstermektedir. (U.S. Dep’t of Justice & Fed. Trade Comm’n, *Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition* (2007), s. 1-5). <http://www.usdoj.gov/atr/public/hearings/ip/222655.pdf>

⁵³ Christian Ahlborn, David S. Evans and A. Jorge Padilla, *The Logic & Limits of the “Exceptional Circumstances Test” in Magill and IMS Health*, *Fordham International Law Journal*, Cilt 28, Nisan 2005, s. 1124.

⁵⁴ James S. Venit, *Article 82: The Last Frontier: Fighting Fire with Fire?*, *Fordham International Law Journal*, Cilt 28, Nisan 2005, s. 1169. Venit’e göre Topluluk Mahkemelerinin rekabet ihtimali yerine mutlak bir dışlama davranışı öngörmelerinin nedeni ordoliberal rekabet hukuku yaklaşımına dayanmaktadır. Bu yaklaşıma göre “anlaşma yapma yükümlülüğünün getirilmesi ticari özgürlük üzerinde ciddi bir saldırıdır ve ordoliberal yaklaşım tereddütsüz ve dogmatik bir şekilde buna karşıdır.” (s. 1177).

Microsoft'a geri dönersek Topluluktaki emsallerine dayanan tipik biçiminde *kanıt temelli analiz* bulunamamıştır. İlginçtir ki Komisyon ve İDM en azından *Microsoft* davasında “rakiplerin dışlanması” ve “rekabetin anında ortadan kaldırılması” kavramlarını “anlaşma yapmayı reddetme analizi” için zorunlu unsurlar olarak kabul etmemiştir. Komisyona göre “rekabetin anında ortadan kaldırılması gerekli değildir” çünkü “bu yaklaşım güçlü ağ etkilerinin olduğu ve bu nedenle rekabetin ortadan kaldırılmasını engellemenin zor olacağı bir pazar için uygun olacaktır.”⁵⁵ Böyle bir paradigma İDM tarafından da benimsenmiş gibi görünmektedir. İDM ikincil piyasada rekabetin ortadan kaldırılması yönündeki risklerin gerçekleşmesinin adı geçen kriteri yerine getireceğini ima ederek şu şekilde görüş belirtmektedir:

“Komisyonun bu piyasada rekabetin ortadan kaldırılacağı yönünde risk olduğu sonucuna varmak için daha fazla gerekçesi vardı çünkü pazarın bazı özellikleri çalışma grubu sunucuları için Windows alan kuruluşları gelecekte rakip işletim sistemlerine geçmekten caydırabilirdi.”⁵⁶

“Rekabetin anında ortadan kaldırılması” kavramı yerine Komisyon bulgularını “rekabetin ortadan kaldırılması riski”ne⁵⁷ dayandırmaktadır ve bu riskle bağlantılı olarak *Microsoft*'un rakiplerine karşı getirdiği “güçlü rekabetçi dezavantajlar” Komisyon tarafından *Microsoft*'un davranışının kötüye kullanıcı özelliğini kanıtlayan temel göstere olarak kabul edilmiştir.⁵⁸ Komisyonu böyle bir kriteri desteklemeye iten faktörün “piyasa evrimi” ve birlikte işlerlik avantajları” arasındaki *nedensel bağ* olduğu söylenebilir.⁵⁹ Bu bakımdan rekabetin ortadan kaldırılmasıyla ilgili güçlü kanıtlardan ziyade mevcut pazar eğilimlerine dayanan *ileriye dönük öngörüler* İDM'nin ve Komisyon'un politika seçimlerini belirlemektedir.

II.D. “Objektif Gerekçe”den Yoksunluk

Bütün “anlaşma yapmayı reddetme” ve “lisans vermeyi reddetme” vakalarındaki başka bir ortak nokta hakim durumdaki firmanın reddetme davranışı için “objektif gerekçe” bulunup bulunmadığının değerlendirilmesidir.

⁵⁵ Komisyonun *Microsoft* kararı, *supra* not 1, paragraf 622.

⁵⁶ İDM'nin *Microsoft* hakkındaki hükmü, *supra* not 2, paragraf 619. Ayrıca bakınız paragraf 357.

⁵⁷ Komisyon'un *Microsoft* kararı, *supra* not 1, paragraflar 585-589.

⁵⁸ Ayrıca bakınız Komisyon'un *Microsoft* kararı, *supra* not 1 paragraf 589 ve 704. Killick “güçlü rekabetçi dezavantajı” *Magill* ve *IMS Health* vakasındaki koşullara kıyasla daha düşük bir eşik olarak tanımlamaktadır. (Bakınız Killick J., *IMS and Microsoft Judged in the Cold Light of IMS*, *Competition Law Review*, 2004, s. 40)

⁵⁹ Komisyon'un *Microsoft* kararı *supra* not 1, paragraf 781.

Bütün bu vakalarda İDM, FMH ile korunan ya da korunmayan zorunlu/gerekli unsuru alt piyasada bulunan bir rakibe tedarik etmeyi reddetmenin, bu davranışın objektif bir gerekçesi olmadığı takdirde kötüye kullanma anlamına geleceğini açıkça belirtmiştir. Bu bakış açısıyla, herhangi bir objektif gerekçe ortaya çıkar ve hakim durumda bulunan teşebbüsün davranışının kötüye kullanıcı niteliğini dengelerse anlaşma yapma yükümlülüğü ya da zorunlu lisans verme 82. Maddeye aykırı olacaktır.⁶⁰

Mikro düzeyde (objektif) gerekçeler, olgulara dayalı olaylardan ve pratik kanıtlardan oluşmaktadır. Örneğin eğer bir firma erişim sağlamanın mevcut bir düzenleyici programı ihlal edeceğini ispat edebilirse meşru bir ticari gerekçenin varlığı iddia edilebilir.⁶¹ Yasal ya da inhisari haklarla ve bazı teknik engellerle, diğerlerinin yanı sıra, radyo kanallarının tahsisinde (frekans spektrumu) olduğu gibi birçok bayinin sınırlı kaynaklar için rekabet ettiği durumlarda karşılaşılabılır. Mikro düzeyde, zorunlu olduğu iddia edilen unsura erişimin reddedilmesinin herhangi bir gerekçeye dayanmadığını kanıtlama yükü esas olarak davacıdır.⁶² Makro meşru ticari gerekçeler belirli bir firmaya ait değildir ama “genel politika önerileri”ni oluştururlar.⁶³ Bu tür gerekçeler sosyal politikalar ile kamu ve rekabet politikaları tarafından şekillendirilir ve pratik ve münferit nedenlere bakılmaksızın tasarlanırlar.

AT Hukukunda sadece FMH’ye sahip olmanın, *istisnai durumlar* adı verilen testteki diğer koşullar karşılandığı zaman, hakim durumdaki hak sahibinin tek taraflı olarak lisans vermeyi reddetme davranışına karşı ileri sürülebilecek bir “objektif gerekçe” olarak görülmediği açıkça belirtilmektedir. Bu durum madalyonun öbür yüzündeki şu gerçeği göstermektedir: hakim durumdaki bir teşebbüsün sadece “lisans vermeyi reddetmesi” hakim durumun

⁶⁰ Objektif gerekçe “anlaşma yapmayı/lisans vermeyi reddetme” vakalarında geçerli olan diğer kriterlerin aksine içtihatla fazla detaylı işlenmemiştir. Bakınız Ekaterina Rousseva, The Concept of ‘Objective Justification’ of an Abuse of a Dominant Position: Can it help to Modernise the Analysis under Article 82 EC?, Competition Law Review, cilt 2, sayı 2, Mart 2006, s. 37, “Anlaşma yapmayı reddetme durumunda objektif gerekçeye pek çok kez atıfta bulunulsa da içtihat, gerekçelerin kesin kapsamına çok az ışık tutmaktadır.” Bakınız ayrıca Paul-John Loewenthal, The Defence of ‘Objective Justification’ in the Application of Article 82 EC, World Competition, Cilt 28, No. 4, 2005, s. 476, “Objektif gerekçe 82. Maddenin uygulanmasında sıkça bahsedilen ama nadiren değer verilen bir savunmadır.”

⁶¹ J. T. Soma, D. A. Forkner and B. P. Jumps, The Essential Facilities Doctrine in the Deregulated Telecommunication Industry, Berkeley Technical Law Journal, Cilt 13, No: 565, 1998, s. 573.

⁶² *İbid*

⁶³ *İbid*

kötüye kullanılması anlamına gelmez. Buluşun karşılığının ikinci piyasada birinci piyasada olduğu kadar serbestçe münhasır kullanım olduğunu tanıyan pozitif fikri mülkiyet hakkı gerekçesi AT rekabet hukukundaki gerekçe testine dahil edilmemişti.⁶⁴ Aslında hakim durumdaki firma, yeni ürününü göstererek FMH kullanımıyla ilgili karşı (kaldıraç etkisi) iddiaları dengeleyeceği bir rekabet hukuku aracına sahip değilmiş gibi görünmektedir.⁶⁵

Öte yandan Komisyonun *Microsoft* kararındaki “objektif gerekçe” testi FMH ile korunan bir ürünü vermeyi reddetme davranışını gerekçelendirmek için pozitif nedenler konusunda fikir vermektedir.⁶⁶ Bu amaçla Komisyon hak sahiplerinin bütün yenilik teşviklerinin zorunlu lisans vermeyi haklı gösterecek kadar artmadığı durumlarda yenilik teşviklerinin gereksiz yere ortadan kaldırılacağını meşru bir şekilde iddia etmelerinin yolunu açmaktadır.⁶⁷ Bu tür bir denetim, kötüye kullanma amacıyla lisans vermeyi reddetme davranışının tespit edilmesine karşı *dengeleyici* bir iddia olarak işlev görse de, AT içtihadına göre “objektif gerekçe” testinin bir parçası olarak kabul edilmiş gibi görünmektedir.

II.E. “Yeni Ürün” Testi

Tipik bir anlaşmayı reddetme testi, esas olarak, potansiyel rakipleri alt piyasanın dışına itilmiş hakim durumdaki firmanın reddetme davranışının dışlayıcı niteliğine dayanmaktadır. Ancak AT içtihadına göre böyle bir dışlayıcı davranış, hakim durumdaki bir ürünün konu olduğu durumlarda reddetme davranışının kötüye kullanıcı olduğu sonucuna varmak için yeterli değildir. *Magill-IMS Health* doktrinine göre FMH ile korunan girdiye erişimi engellenen rakibin söz konusu girdiye erişim sağlandığı zaman yeni bir ürün üretip üretemeyeceği ile ilgili bir inceleme yapılması gerekmektedir. *Magill-IMS Health* kriterleri hakim durumdaki bir firmanın FMH ile korunan ürününe lisans

⁶⁴ Steve Anderman, “Microsoft in Europe”, 22 Mayıs 2002 tarihli konuşma, s. 14, <http://www.ftc.gov/opp/intellect/020522anderman.pdf>

⁶⁵ Bakınız Stothers, *supra* not 43, s. 471, “Hakim durumdaki tarafın yeni ürün veya hizmetleri tedarik etmeye başlayarak zorunlu lisans ihtiyacını atlatması ya da sona erdirmesinin mümkün olup olmadığı belirsizdir. Yani alt piyasadaki yenilik potansiyeli üçüncü taraflar kendi yeniliklerinden faydalanacağı için düşük olmaya devam edecektir.” Ayrıca bakınız: Kanter *supra* not 42, s. 354.

⁶⁶ Bakınız Komisyon’un *Microsoft* kararı, *supra* not 1, paragraf 783. Komisyon formülasyonuna göre böyle bir gerekçenin meşru olabilmesi için “(hakim durumdaki bir firmaya verilen) tedarik emrinin yenilik yapma eğilimi üzerindeki olası negatif etkileri (*Microsoft* dahil) endüstrinin tamamındaki yenilik düzeyi üzerindeki pozitif etkilerden az olmalıdır.” Bu formülasyonla ilgili tartışma makalenin “II.E ‘Yeni Ürün Testi’” başlıklı bölümünde yer almaktadır.

⁶⁷ *Ibid.*

vermeyi reddetmesinin muhtemel ürünlerin alt piyasalarda ortaya çıkmasını engelleyip engellemediğini özellikle vurgulamaktadır.

Ancak *IMS Health*'e kadar “yeni ürün” kavramının nasıl sınırlanacağı açık değildi. *IMS Health* vakasında ATAD adı geçen kavramın içeriğini doldurmaları için kanun uygulayıcılarına anlaşılır bir fikir sunan bir perspektif hükmü verdi. Mahkemeye göre lisans vermeyi reddetme davranışının kötüye kullanıcı olması için:

Lisansı isteyen teşebbüs [...] kendisini esas olarak ikincil pazara telif hakkı sahibi tarafından sunulan malların ve hizmetlerin aynen üretilmesiyle sınırlamayı amaçlamaz ancak hak sahibinin sunmadığı ve müşteri talebi potansiyeli olan yeni mal ve hizmetleri üretmeyi [...] amaçlar.⁶⁸

Öncelikle *Magill*'deki standardı koruyan Mahkeme, klonların ve benzer şekilde tasarlanmış ürünlerin üretilmesinin teşvik edilmesi pahasına daha fazla rekabet için ödün vermemiştir. Bu durum şu şekilde yorumlanabilir: Mahkeme dinamik etkinliklerden elde edilen uzun vadeli rekabet kazanımlarının statik etkinliklerden elde edilecek kısa vadeli rekabetçi yararlarından *daha üstün olduğunu* düşünmüştür. Zorunlu lisans vermenin *tüketici refahı üzerindeki negatif ve pozitif etkilerini* değerlendiren Mahkemenin lisans verme emrine yukarıda bahsedilen geliştirilmiş “yeni ürün testi”nin uygulanması için zorunlu lisans vermenin *tüketici refahı üzerindeki* negatif etkilerin pozitif etkilerden daha fazla olması gerektiğini düşündüğünü söylemek daha doğru bir yorum olacaktır. Daha farklı bir şekilde ifade etmek gerekirse, ATAD zorunlu lisansı, lisansın beklenen sosyal yararlarının fazla, yenilik yapmaya yönelik teşviklerin azalmasıyla ortaya çıkan negatif etkilerin az olduğu durumlarla sınırlamaktadır.⁶⁹ Bu nedenle ATAD, zorunlu lisans vermeyi, fikri ürünlerin açıklanmasıyla ortaya çıkan ve giderek artan yararlar getirdiği zaman kabul etmektedir ve “klonlar” ya da “bana da” ürünlerini değil yeni ürünleri dahil

⁶⁸ *IMS Health* vakasındaki hüküm, *supra* not 6, paragraf 49.

⁶⁹ Ahlborn, Evans ve Padilla, *supra* not 53. Yazarlar “yeni ürün testi”ni ATAD’ın istisnai koşullar testinin temel bir parçası olarak görmektedir. ATAD’ın istisnai koşullar testinin refah açısından olası açıklımlarını bulabilmek için ekonomik analize hata maliyeti çerçevesi çizen yazarlar lisans vermeyi reddetmenin “istisnai koşullar” dışında yasal kabul edildiği “modifiye *per se* yasallık ilkesi”nin hakim durumdaki şirketler tarafından lisans vermeyi reddetme davranışının antitröst incelemesinde en uygun yöntem olduğu sonucuna varmışlardır. Analitik yaklaşımlarına göre bunun nedeni bu standarda göre zorunlu lisans vermenin üçüncü tarafların yenilik yapması üzerindeki pozitif etkilerinin yenilik eğiliminin azalmasından kaynaklanacak olası zararlardan daha fazla olmasıdır (s. 1110).

ettiği “yeni ürün testi”nde ısrar etmektedir⁷⁰. Basitleştirilmiş bir test (Baş hukuk sözcüsünün önerdiği gibi)⁷¹ yerine böyle gelişmiş bir testi tercih eden ATAD’ın zorunlu lisans için eşikleri yükseltme yönünde bir yaklaşım benimsediği söylenebilir. Bu bakış açısıyla, Mahkemenin tutumu sadece “istisnai durumlar”ın nasıl uygulanacağına ilişkin süregelen tartışmalara son verilmesi değil aynı zamanda *Magill* ilkesinin sadece FMH vakalarında uygulanan belirli bir eşğin benimsendiği bütün benzer durumlara genişletilmesi anlamına da gelmektedir.

Ancak Komisyon’un *Microsoft* değerlendirmesi “yeni ürün” testini göz ardı ederek taraflar yani Microsoft ve Sun arasındaki çatışmayı çözme amaçlayan bir yaklaşım yerine endüstri çapında bir araştırmayı temsil etmektedir. Komisyonun araştırmasını yürüttüğü özel yöntemde Microsoft’un reddetme davranışının *yeniliğini başarılı bir şekilde pazarlamak isteyen rakiplerin beklentilerini sınırladığı ve [...] onların yeni ürünler geliştirmekten caydırdığı*⁷² ve böylelikle *tüketicilerin zararına olacak şekilde teknik gelişmelerini kısıtladığı* düşünülmektedir.⁷³ Komisyon’un rekabetçi yapı üzerindeki ortadan kaldırılma risklerine dayanarak ortaya çıkan ve bu risklerin gelecekteki yenilikler ve tüketici tercihleri üzerindeki dolaylı etkilerini

⁷⁰ Steve Anderman, Does the Microsoft Case Offer a New Paradigm for the ‘Exceptional Circumstances’ Test and Compulsory Licenses under EC Competition Law?, *Competition Law Review*, cilt 1, sayı 2, 2004, s. 13. Anderman’ a göre ATAD’ın çözümü “ilk bakışta yenilik konusundaki ortak çıkarlarına dayanarak rekabet hukuku ve fikri mülkiyet hakları arasında hileli bir arabuluculuk öneriyor gibi görünmektedir” (Anderman *supra* not 64, s. 17).

⁷¹ Hukuk sözcüsü Tizzano’ya göre

“Bu koşullar gerçekleştiği zaman bile, fikri mülkiyet hakkının ve hak sahibinin ekonomik özgürlüğünün korunması ile diğer tarafta serbest rekabetin korunmasından elde edilecek çıkar arasındaki denge ayarlanırken, bana göre, denge *yalnızca lisans vermeyi reddetme tüketicilerin zararına olacak şekilde ikincil pazarın gelişimini engelliyorsa* rekabetin korunmasından yana olacaktır. Daha ayrıntılı olarak, bence, lisans vermeyi reddetme sadece talep eden teşebbüs kendisini esas olarak fikri mülkiyet hakkı sahibi tarafından ikincil pazarda üretilen mal ya da hizmetlerin aynısını üretmekle sınırlandırmak istemiyorsa ama hak sahibinin ürettikleriyle rekabet ettiği halde var olan mal ya da hizmetlerden tatmin olmayan müşterilerin taleplerine cevap verecek *farklı nitelikli* mal ya da hizmetleri üretmeyi istiyorsa kötüye kullanıcı nitelikli olabilir. (Hukuk Sözcüsü Tizzano’nun görüşü dava C-418701, 2 Ekim 2003, paragraf 62 bakınız: <http://curia.europa.eu/en/content/juris/index.htm>)

⁷² Komisyon’un *Microsoft* kararı, *supra* not 1, paragraf 694.

⁷³ Komisyon’un *Microsoft* kararı, *supra* not 1, paragraf 693-701.

inceleyen analitik yaklaşımı *ürüne dayalı* “yeni ürün testi”nin yerini alabilir. Bu kesin *yerini alma etkisi* göz önünde bulundurulduğunda bu yaklaşım, dolaylı ağ etkilerinin yalnızca giriş engelleri değil aynı zamanda duvarları ardındaki kötüye kullanma davranışlarını tespit etmek için kanıt bulma konusunda zorluklara neden olduğu ağa dayalı yazılım endüstrileri için kabul edilmiş gibi görünmektedir.⁷⁴

Bu kıyaslamaya dayanarak Komisyon, (hakim durumdaki firma bakımından) objektif gerekçenin olmadığını kanıtlamak için yeni bir *özendirici unsur dengeleme testi* kabul etti. Komisyona göre “tehlikedeki piyasa kapanmasının kapsamının detaylı bir şekilde incelenmesi, *bir tedarik emrinin Microsoft’un yenilik yapma eğilimi üzerindeki olası etkilerinin bütün endüstrideki (Microsoft dahil) yenilik düzeyi üzerindeki pozitif etkiden daha az olduğu* sonucunu ortaya çıkardı. Yani Microsoft’un yenilik yapma eğiliminin korunması belirtilen istisnai durumları karşılayacak bir objektif gerekçe oluşturmamaktadır.”⁷⁵

Yukarıda anlatılan denge testi, hakim durumdaki tedarikçi için getirilen lisans emrinin (zorunlu açıklama) negatif etkileri ile aynı emrin bütün endüstrideki pozitif etkilerini kıyaslayan bir dengeleme analizi içermektedir. Pozitif etkiler negatif etkilerden daha fazlaysa, lisans emrinin 82. maddeye göre haklı gerekçeleri olduğu kabul edilir. Temel olarak iki aşamalı⁷⁶ bir test içeriyor gibi görünse de aslında “özendirici unsur dengeleme testi” bundan daha

⁷⁴ Böyle bir bakış açısını teşvik eden Messina 82. Maddenin “yeni ürün testi”nin sıkı bir uygulaması olmadan ve “ürün farklılaştırmasıyla” karşılandığını düşündüğü *IMS Health* kriterlerine dayanarak uygulanmasını desteklemektedir. Ağ etkilerini içeren yeni ekonomi piyasaları söz konusu olduğunda ekonomiye dayalı yaklaşımı beğenmemekte ve rekabet kanunu uygulamasının geleneksel politika yaklaşımını şu şekilde savunmaktadır: “Uzun vadeli bir analizin ters etkileri rekabetin tamamı ortadan kaldırılıncaya kadar bekliyor olacaktır ve bu şekilde tüketicilere ve endüstriye tamir edilemez şekilde zarar vermektedir. “ (Messina, *supra* not 31, s. 98). Karşıt görüş için bakınız McMahon *supra* not 32, s. 171, “İleri teknoloji piyasalarında kötüye kullanma davranışı yerleşik tekelin yerini alabilecek piyasaya yeni giren şirketler üzerindeki “özel yazılım” tehdidi gibi, zararlarla değerlendirilmelidir. Bu tür tehditler Komisyon tarafından *Microsoft* kararında incelenmiştir ancak tehditler yeterince teorileştirilmediği için ve fazla spekülasyon olduğu için olası kabul edilmemiştir.”

⁷⁵ Komisyon’un Microsoft kararı, *supra* not 1, paragraf 783.

⁷⁶ Dengeleme uygulaması öncelikle tedarik emrinin Microsoft’un yenilik yapma eğilimi üzerindeki etkisinin değerlendirilmesini gerektirir; ikinci olarak olası negatif etki tedarik emrinin endüstrinin tamamındaki pozitif etkiye karşı değerlendirilmesini öngörmektedir (Simonetta Vezzoso, The Incentives Balance Test in the EU Microsoft Case: A Pro-innovation “Economics-based” Approach, *European Competition Law Review*, 27(7), 2006, s. 384-385).

fazlasını gerektirmektedir çünkü öncelikle bu test bir lisans emrinin etkilerinin bedavacılık ortamının etkileriyle kıyaslanmasını ve her iki taraf yani hakim durumdaki teşebbüs ve endüstrinin tamamı açısından (*ex ante* ve *ex post*) yenilik yapma eğilimindeki değişikliğin değerlendirilmesini gerektirir.⁷⁷ İkinci olarak araştırma, zorunlu lisansı doğrulayan başlangıçtaki koşulların devam edip etmediğinin takip edilmesi için zamana yayılmalıdır. Bu ikinci aşamada ilk aşamaya göre daha fazla ekonomik analiz gerekmektedir çünkü analizin ikinci aşamasına diğer faktörlerin yani yazılım endüstrisinin (gelişen) parametreleri ve yenilik açısından tarafların başlangıçtaki istekleri eklenmelidir.⁷⁸

Bu bakış açısıyla, lisans vermeyi reddetme davranışının gerekçelendirilebilir olup olmadığını değerlendirmek için kullanılan yeni denge testi, yeniliğin benimsenmesi bakımından *ex ante* ve *ex post* etkinlikler arasında fazlasıyla karmaşık bir dengeleme analizi anlamına gelmekte ve dolayısıyla rekabet hukukunun uygulanması bakımından önemli zorluklara neden olmaktadır. Doğru bir şekilde uygulandığı varsayıldığında “özendirici unsur dengeleme testi” mahkemelerin detaylı ekonomik analiz yapmalarını gerektirdiğinden⁷⁹ rolü “lisans vermeyi reddetme” analizinde şimdiye kadar uygulanan diğer kriterlerden daha sonra gelecektir⁸⁰.

⁷⁷ Komisyonun analizi ilk bakışta konuya yaklaşımında böyle bir anlayışı yansıtmaktadır (Komisyon’un Microsoft kararı, *supra* not 1, paragraf 724).

⁷⁸ Vezzeso yazılım endüstrisindeki teşvik mekanizmalarına ve yenilikleri teşvik edecek süreçlere değinmektedir. Vezzeso’nun endüstrideki yeniliklerin harekete geçirilmesi bakımından değindiği ana konular *bireylerin ve firmaların motivasyonu, açık kaynak yazılım hareketi, tescilli ve açık yazılım sistemleri arasında rekabetçi dinamikler ve yazılım ürünleri arasındaki tamamlayıcılıktır*. Bu tartışmalardan sonra *Microsoft* kararının zorlu uygulama safhasını hatırlatarak şu sonuca varmıştır: “Açıklama zorunluluğu sayesinde çalışma grubu sunucusu yazılımı piyasasında daha rekabetçi yenilik beklenebileceği muhtemeldir. Ancak *çalışma grubu sunucusu piyasasındaki yenilik dinamiklerinin* ve açıklama lisans programının gerçek koşullarının davanın çözüm safhasından önce daha dikkatle incelenmesi gerekirdi” (Vezzeso, *supra* not 76, s. 387-388).

⁷⁹ “Özendirici unsur dengeleme testi”nin ekonomik bakış açısı ile daha kapsamlı bir analizi için bakınız: François Lévêque, Innovation, Leveraging and Essential Facilities: Interoperability Licensing in the EU Microsoft Case, World Competition, Cilt 28, No. 1, 2005, s. 71-91.

⁸⁰ Geradin’e göre (yeni) test “*marjinal*” bir rol oynamalıdır yani azalan *ex ante* etkinlik bakımından erişim sağlamanın maliyetinin erişim sağlamanın *ex post* yararlarından açıkça daha az olup olmadığının doğrulanmasını amaçlamalıdır (Damien Geradin, Limiting the cope of Article 82 of the EC Treaty: What can the EU learn from the U.S. Supreme Court’s Judgment in Trinko in the wake of Microsoft, IMS, and Deutsche

Yeni *özendirici unsur dengeleme testinin* sadece ekonomik açımları değil aynı zamanda yasal gerekçeleri de dikkatli bir geçmiş çalışması gerektirmektedir. *Özendirici unsur dengeleme testinin* zorunlu lisans koşullarının gerekçelendirilmesinde kilit rol oynayan “yeni ürün testi”nin yerini mi alacağı yoksa sadece objektif gerekçenin bulunmamasını kanıtlamak için mi tasarlandığı konusu tek taraflı olarak lisans vermenin reddedilmesi davranışında antitröst değerlendirmesinin üst limitleri bakımından çok önemlidir. Yine de böyle bir antitröst değerlendirmesinde hangi testin kullanılacağı konusunda Komisyonun konumu pek belirli değildir. Komisyonun takipçi yeniliğe verdiği önem göz önünde bulundurulduğunda “yeni ürün testi”nin yapılmasını sağlayan *belirleyici* rolün *Microsoft* formülüyle “özendirici unsur dengeleme” testine geçtiği düşünülebilir.

Özetle, Komisyonun *Microsoft* kararında takip ettiği yukarıda anlatılan politika ATAD tarafından daha önce kullanılan “yeni ürün testi” bakımından daha önce görülmemiş bir yaklaşımı ortaya çıkarmaktadır. Komisyonun gelecekte çıkarılacak ürünleri araştırmak yerine *Microsoft*’un rakiplerinin gelecekteki yenilik yapma eğilimlerini incelemesi, daha önceki hükümleri göz ardı ettiği şeklinde yorumlanabilir.

Öte yandan İDM gelecekteki yeniliklere karşı pozitif bir yaklaşıma sahip olsa da söz konusu gerekliliğin yerine getirilmesi bağlamından “özendirici unsur dengeleme testini” kasıtlı olarak çıkararak ve yeni teste ikinci bir anlam yükleyerek *yeni ürün* gerekliliğini bırakmamıştır.⁸¹ Daha açık bir resim çizilecek olursa, İDM *Microsoft*’un tartışmalı kararda Komisyonun *Microsoft*’un sunduğu objektif gerekçeyi reddederken yeni bir değerlendirme testi uyguladığı iddiasının söz konusu kararın *yanlış yorumlanmasına dayandığını* tespit etmiştir.⁸² Başka bir deyişle, İDM “özendirici unsur dengeleme testi”nin önceki testin yerine geçen bir testten ziyade *Microsoft*’un iddialarını çürütmek için kullandığı ikincil bir araç olarak görmüş ve tek başına bir test olarak tanımlamamıştır.⁸³ Yine de *Microsoft*’un “özendirici unsur dengeleme testi”ne göre incelenmeyi kabul etmemesinin “yeni ürün testi”ni tamamen bırakmasa bile zayıflattığı söylenebilir.

Telekom, *Common Market Law Review*’da yayımlanacak, Aralık 2005, s. 21-22), http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=617263)

⁸¹ İDM’nin *Microsoft* hakkındaki hükmü, *supra* not 2, paragraf 704-712.

⁸² İDM’nin *Microsoft* hakkındaki hükmü, *supra* not 2, paragraf 704.

⁸³ İDM “özendirici unsur dengeleme testi”nin Komisyonun başvuru sahibinin üçüncü taraflara söz konusu teknoloji için erişim verdiği takdirde yenilik eğilimi üzerinde negatif etkiler olacağı iddiasını değerlendirmek ve *Microsoft*’un FMH sistemine göre korumaya dayanan iddiasını reddetmeme çabasının göstergesi olduğunu düşünmektedir. (İDM’nin *Microsoft* hakkındaki hükmü, *supra* not 2, paragraf 696).

II.F. “Yeni Ürün Testi”ne Karşılık “Özendirici Unsur Dengeleme Testi”

Geniş bir bakış açısıyla, *özendirici unsur dengeleme testi*ni lisans vermeyi reddetme davranışına dahil etmenin bazı ciddi açılımları vardır. İlk olarak, “özendirici unsur dengeleme testi”nin “yeni ürün testi” ile yer değiştirmesi olası zorunlu lisans vermenin sosyal ve ekonomik açıdan istenen sonuçları engelleyebilir. Yani “özendirici unsur dengeleme testi”nin uygulanmasıyla belirsiz ve istikrarsız bir ortam oluşacaktır ve bu da İDM’nin *IMS Health* davasında kullandığı hassas denge ile zıtlık oluşturmaktadır çünkü dengeleme yaklaşımında güvenilir bir karakter, “yeni ürün” kavramına sosyal bir yapılandırıcı ekleyerek ve eşiği daha yüksek bir seviyeye çıkararak meşru zorunlu bir lisans verme şemasına dönüşmektedir. Aslında gelişmiş ürünlerle ilgili tahminlere dayalı politika hedefleri, “yeni ürün testi”nin zayıflatılmasının olumsuz etkileri ve “özendirici unsur dengeleme testi”nin yapılması için daha yoğun bir izleme gereksinimi göz önünde bulundurulduğunda uygulayıcıların daha fazla maliyet ödemesine neden olacaktır.

İkincisi, zorunlu lisans vermeden sonra ortaya çıkması beklenen ürünlerin niteliklerini gösteren somut kanıtların olmadığı durumlarda rekabet kanunu uygulamaları ve FMH sistemi lisans emrinin olası sonuçlarından memnun olmayacaktır. Yani böyle bir durumda müdahale edilen pazardaki *ex post* koşulların tüketici ihtiyaçlarına daha önceki koşullardan daha iyi cevap vereceğinden kimse emin olamaz.⁸⁴ Bu şüphe rakip firmaların lisans verme emrinden sonra daha yenilik yapma eğilimi azaldığında daha fazladır. Böyle bir sonuç, birçok rakibin hak FMH ile korunan hakim durumdaki ürüne bağlı olduğu merkezileşmiş pazarlarda kolaylıkla ortaya çıkabilir. Optimal olarak yeniliği teşvik eden bir pazar yapısı elde etmek için ek parametrelerin genel analize dahil edilmesi gerekliliği göz önünde bulundurularak⁸⁵ pazarda optimal yeniliği sağlayan dengeyi kurmak için Komisyonun *Microsoft* kararında kullandığından daha kapsamlı bir detaylandırma gerekmektedir.⁸⁶

⁸⁴ Ayrıca bakınız Ahlborn, Evans ve Padilla *supra* not 53, s. 1146, “böyle bir dengeleme uygulamasının karmaşık olduğunu ve çok fazla ve çok maliyetli yanlış görüşlere neden olabileceğini biliyoruz. Ayrıca Komisyonun *Microsoft* kararında belirttiği koşullar [...], aslında olmaması gereken bir durumda, lisans vermeyi reddetme davranışının kötüye kullanıcı olduğunun tespitine neden olabilir. *Microsoft* davasında belirtilen koşullara göre lisans verilmesini zorunlu hale getirmek *tüketici refahında ve genel olarak toplumsal refahta düşüğe* neden olacaktır.”

⁸⁵ Bakınız Vezzoso, *supra* not 76.

⁸⁶ Bakınız Mark-Oliver Mackenrodt, The Political Economy of Intellectual Property Rights and Competition Policy-Report on a Max Planck Conference on Intellectual

Üçüncüsü, Komisyonun Microsoft'un *gelecekteki* yenilik yapma eğilimiyle ilgili iddiası aslında *döngüsel* görünmektedir⁸⁷. Tabii ki bir şirketi rekabet avantajı sağlayan bir bilgiyi rakibiyle paylaşmaya zorlayan karar bu şirketin üstünlüğünü azaltacak ve rakip şirket ona yetişecek, önceki konumuna geri dönmek için daha iyi faaliyet göstermeye yönelecektir.⁸⁸ Bu döngüsel durum yenilikçi ürünler üreten şirketler pazara girmedikçe devam eder ve takipçi yenilikten sonuç alma bakımından koşulları daha karmaşık hale getirir.

Yukarıdaki nedenler ışığında *özendirici unsur dengeleme testi Magill-IMS Health* doktrini bağlamında istisnai koşulların bir parçası olmaktan ziyade yerleşik “yeni ürün testi”nin yerini alma gibi bir işlevi olmayan tamamlayıcı bir test olarak görülmelidir. “Özendirici unsur dengeleme testi” daha önce belirlenen kuralları bırakmamasına ve İDM'nin kuralları uyarınca Microsoft'un ileri sürdüğü karşı iddiaları çürütmek için kullanılan ikincil bir araç olarak kabul edilmesine rağmen Komisyonun endüstri çapında teşvikleri genel olarak fazla vurgulaması ve “yeni ürün testi”ni göz ardı etmesi yeni ortaya çıkan dengeleme testinin amaçları bakımından kafa karışıklığına yol açmaktadır. Bu bakımdan *özendirici unsur dengeleme testi objektif gerekçenin* olmaması iddiasını güçlendirme amacıyla çelişecek düşüncelerin giderilmesini sağlayacak şekilde daha açık bir temelde kullanılmalıdır. Bu şekilde sağlaştırdıktan sonra Komisyonun “özendirici unsur dengeleme testi” Geradin'in belirttiği gibi⁸⁹ “yeni ürün testi”ne zarar vermeden ikincil hatta marjinal bir araç olarak işlev görecektir.

II.G. Çözümün Kapsamı

Komisyonun *Microsoft* kararında başvurduğu çözümde Komisyonun stratejisi kötüye kullanmanın var olduğuna kanaat getirildiği kararda uygulanan kriterler gibi kendine özgü bir özelliğe sahiptir. Esas olarak, Komisyon açıklama çözümünü temelde Microsoft'un Windows 2000'i çıkarmadan önce rakiplerine verdiği bozulmuş ya da eksiltilmiş bilgilerden ziyade Sun'ın talebini reddetmesi

Property and Competition Law, International Review of Intellectual Property and Competition Law, Cilt 36, No. 1, 2005, s. 114, “Ancak optimal dengeyi sağlamak rekabet politikası için çok zorlu bir görevdir. Bu nedenle hangi pazar yapısının yenilik için en iyisi olacağına dair bilimsel araştırma sonuçsuz kalmıştır.”

⁸⁷ Carsten Reimann, Essential Function vs Essential Facility: Defining the amount of R&D protection in high-tech industries after IMS and Microsoft, The Competition Law Review, Cilt 1, Sayı 2, Aralık 2004, s. 64.

⁸⁸ *Ibid*

⁸⁹ Geradin, *supra* not 80, s. 21-22.

üzerine kurmuştur.⁹⁰ Aslında çalışma grubu sunucusu işletim sistemi pazarında sağlam bir yer edindikten sonra birlikte işlerlik bilgisinin bazı düzeylerini eksik açıklama stratejisini takip etmeye başlamıştır.⁹¹ Ancak Komisyon değerlendirmesinin merkezine Sun'dan gelen yeni bir talebi almış ve birlikte işlerlik bilgilerinin açıklanmasıyla ilgili önlemlerini bu talebi göz önünde bulundurarak geliştirmiştir.⁹²

Söz konusu talep “Sun’ın Solaris üzerinde Active Directory teknoloji setinin tamamına yerel destek sağlaması için gereken bilgilerin tamamını”⁹³ ve Solaris üzerinde COM objelerine yerel destek sağlamak için gereken bilgileri içeriyordu.⁹⁴ Sadece Windows tabanlı spesifik işletim sistemi ürünlerinin yani Active Directory ve COM servislerinin sunulabilmesi için gerekli birlikte işlerlik bilgilerini içeren Sun’ın talebini karşılamak yerine Windows alan mimarisi ile Microsoft’a ait olmayan çalışma grubu sunucusu işletim sistemlerinin birlikte işlerliğini sağlamaya odaklanan Komisyon Microsoft’un kapsamlı bir spesifikasyon seti sağlamasını istedi. Yani Windows alan adı mimarisinin temelini oluşturan istemci/sunucu ve sunucu/sunucu iletişimi protokollerinin bütün spesifikasyonları çözümün kapsamındaydı.⁹⁵ Sun’ın istediği bilginin⁹⁶ küçük bir kısmını ayırmasına rağmen lisans emri açıkça Sun’ın talebini aşmış ve görünen o ki Komisyon tarafından yeni birlikte işlerlik

⁹⁰ Müdahalesinin gerekçesini güçlendirmek amacıyla Komisyon Microsoft’un çeşitli yerlerde daha önceki azalan ya da bozulan açıklama düzeylerini belirtmektedir (Komisyon’un Microsoft kararı, *supra* not 1, paragraf 578-584, 588, 780). “hakim durumun kötüye kullanılmasını tespit etmek için gerekli olmasa da-Magill ya da Bronner’da daha önce tedarik ilişkisi yoktu-bu nedenle daha önceki tedarik düzeyinin bozulması konuyla ilgilidir” cümlesi (Komisyon’un Microsoft kararı, *supra* not 1, paragraf 556) Komisyonun davayı ele alış biçimini göstermektedir, Komisyon kötüye kullanma davranışının var olduğu sonucuna varmak için destekleyici bir olgu olarak Microsoft’tan kaynaklanan bozulmaları dikkate almaktadır. Ayrıca bakınız Komisyon’un Microsoft kararı, *supra* not 1, paragraflar 560-567.

⁹¹ Komisyon’un Microsoft kararı, *supra* not 1, paragraf 588.

⁹² Komisyon’un Microsoft kararı, *supra* not 1, paragraf 185-190.

⁹³ Komisyon’un Microsoft kararı, *supra* not 1, paragraf 185.

⁹⁴ Komisyon’un Microsoft kararı, *supra* not 1, paragraf 188.

⁹⁵ Çözüm hem Windows çalışma grubu sunucusu ve Windows istemcisi PC ile doğrudan bağlantıyı hem de Windows çalışma grubu sunucusu ve Windows istemcisi PC arasında dolaylı olan ve başka bir Windows çalışma grubu sunucusundan geçen bağlantıyı kapsar (Komisyon’un Microsoft kararı, *supra* not 1, paragraf 187).

⁹⁶ Örneğin Sun’ın COM objelerinin çapraz platform taşınabilirliğini kolaylaştıracak bilgileri istemesi emir dışında bırakılmıştır (Komisyon’un Microsoft kararı, *supra* not 1, paragraf 566).

politikası tasarımı yoluyla rakipler arasında adil bir oyun sahası oluşturulması amacı için bir kaldıraç olarak kullanılmıştır.

Talebin hem istemci-istemci hem sunucu-sunucu birlikte işlerliğiyle⁹⁷ ilgili olduğu düşünülse bile *Windows çalışma grubu tarafından Windows çalışma grubu ağlarına dosya, çıktı ve grup ve kullanıcı yönetimi servisleri sağlamak için kullanılan protokoller için spesifikasyonları* açıklama emrine dahil etmek⁹⁸ Sun'ın reddedilen talebini yerine getirmeyi amaçlayan bir müdahaleden öteye geçen geniş bir gerekliliktir.⁹⁹ Kapsamı zaten geniş olan açıklama gerekliliğine *güncelleme gerekliliğini*¹⁰⁰ ekleyerek Komisyon'un Microsoft'un çalışma grubu ağıyla gelecekteki bütün birlikte işlerlik ihtiyaçlarına karşılık verecek aktif bir konuma taşıyan birlikte işlerliği artırıcı bir yaklaşımı takip ettiği söylenebilir.¹⁰¹

Komisyonun kararının etkilerine rağmen, Komisyonun başvurduğu ve İDM'nin desteklediği kriter ve çözümlerin ne "lisans vermeyi reddetme" ne de sadece "anlaşma yapmayı reddetme" analizine uyan benzersiz bir yaklaşımı ortaya çıkardığı açıktır.

Komisyonun esas olarak Microsoft'un daha önce sağladığı açıklamaların bozulmasından çok Sun'ın talebine dayanarak vakayı ele alması göz önünde bulundurulduğunda, *Microsoft* davası tercihen *Magill* ve *IMS Health* kriterlerine göre ele alınabilirdi. Daha açık olarak, *yeni talebin* reddedilmesini içeren bir davayla aynı içeriğe sahip olan *Microsoft* davasının bağlamı *Microsoft* analizini *Magill*'in ortaya çıkardığı *istisnai durumlar* kategorisine sokmaktadır. Bu husus, Microsoft'un elinde tuttuğu birlikte işlerlik verilerinin telif hakları, patent ve tasarım haklarıyla korunduğu düşünülürse daha ikna edici olmaktadır. Ayrıca Komisyonun ve/veya İDM'nin *Microsoft'u* satış sonrası (anlaşma yapmayı reddetme) davası gibi, örneğin *Commercial Solvents*, ele almayı tercih ettiği düşünülse bile *Microsoft* davasında getirilen çözümün sadece bireysel bir sorunu çözmeye yönelik bir müdahalenin ötesinde

⁹⁷ Komisyon'un *Microsoft* kararı, *supra* not 1, paragraf 186.

⁹⁸ Komisyon'un *Microsoft* kararı, *supra* not 1, paragraf 188

⁹⁹ Ayrıca Sun'ın talebini, Komisyonun kararındaki 5(a) maddesine göre "birlikte işlerlik" tanımı ile bağlantılı olarak zorunlu açıklama bilgisi ile kıyaslayın.

¹⁰⁰ Bakınız Komisyon'un *Microsoft* kararı, *supra* not 1, Madde 5(b), "Microsoft Corporation *birlikte işlerlik bilgilerinin* devamlı ve güncel olmasını ve *zamanında* verilmesini sağlamalıdır. "

¹⁰¹ Çözüm nedeniyle *Microsoft çalışma grubu işletim sistemi ürünlerinin geliştirilmesi ve dağıtımında hissesi olan her teşebbüsle* sözleşme yapmak için gelişmiş bir plan hazırlamak üzere *aktif* bir konuma getirilmişti (Komisyon'un *Microsoft* kararı, *supra* not 1, Madde 5(a)).

olması yani birlikte işlerliği artırıcı bir yaklaşım takip edilmesi Topluluktaki emsallerden tamamen farklı olan bir analitik yaklaşımı ortaya çıkarmaktadır.

III. Komisyonun Yeni Birlikte İşlerlik Politika Tasarımı: Nasıl ve Ne Kadar Rasyonelleştirmeli?

III.A. Microsoft Formülünün Rasyonelitesi ve Ana Parametreleri

Rekabet politikasını FMH kurallarından ayıran esas özelliği meşhur “tüketici refahı” amacına ulaşmaya çalışırken bir ürün ya da yenilik modeli için optimal tasarım gibi belirli bir hedefe ulaşmaya çalışmamasıdır. Öte yandan FMH piyasadan belirli bir tepki almaya yani sosyal açıdan optimal olan yenilik miktarını elde etmeye çalışır.¹⁰² Başka şekilde anlatacak olursak, antitröst kanunları tekeli engellemenin ekonomik etkinliğin elde edilmesini sağlayacağını varsayarken fikri mülkiyet kanunu, etkinliğin yalnızca sosyal planlayıcının fikri mülkiyet hakları formülasyonuna girmek için doğru oranda teşvik ve erişim karışımını doğru bir şekilde tahmin ederse erişilebileceğini düşünmektedir.¹⁰³

Genel olarak kabul gördüğü gibi, antitröst kurumları ve mahkemeler lisans sözleşmelerine uygulanacak şartları ve fiyatları belirleyen detaylı zorlayıcı mekanizmaları uygulamamalıdır.¹⁰⁴ Yine de rekabet hukuku araçları vasıtasıyla yapılan detaylı düzenlemelerin öngörülemeyen sonuçlara neden olacağı varsayımı kabul görebilir olsa da tek taraflı olarak lisans vermeyi reddetme davranışının özellikle de hakim durumdaki bir firma karşısında,

¹⁰² Cotter, *supra* not 91, s. 229, David McGowan’dan alıntı, *Regulating Competition in the Information Age: Computer Software as an Essential Facility Under the Sherman Act*, *Hastings Communications & Entertainment Law Journal*, Cilt 18, Sayı 771, s. 775.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ FMH davaları için kıyaslanabilir bir perspektif sunan *Trinko* davasında ABD Yüksek Mahkemesi şirketleri zorunlu ürün ve hizmetleri rakipleriyle paylaşmaya mecbur bırakmak antitröst mahkemelerini *merkezi planlamacılar* olarak hareket etmeye zorlayacağını çünkü fiyat tartışmalarına dahil olacaklarını ve bunun için aslında uygun olmadıklarını belirtmiştir (Geradin, *supra* not 80, s. 7, Verizon Telecommunications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP 540 U.S. 682, 2004’ten alıntı). EFD’nin düzenlenen sektörlerdeki yani yerel telekomünikasyon ağlarındaki uygulamasını reddeden *Trinko* kararı Sherman yasası Bölüm 2’ye göre zorunlu paylaşım taleplerine kesin bir son vermiştir. Mahkemeye göre:

“Önemli bir husus rekabete verilecek zararları caydırmak ve telafi etmek için düzenleyici bir yapının bulunmasıdır. Böyle bir yapı varken antitröst uygulamalarıyla rekabete sağlanan ek yararlar az olabilir ve antitröst kanunlarının böyle ek bir inceleme düşünmesi fazla mantıklı olmayacaktır (paragraf 412).

antitröst açısından değerlendirilmesi birçok nedenden ötürü bırakılamaz.¹⁰⁵ Dışlayıcı nitelikte reddetme davranışının zararlı etkileri olduğu durumlarda hukuksal açıdan güvenilir ve tutarlı bir şekilde uygulanabilecek olan kurallar setinin acil bir ihtiyaç olarak düşünülmesi gerekir. Böyle bir ihtiyaç AT düzeyinde daha zorunludur çünkü Avrupa’da FMH’nin korunmasıyla ilgili genel bir sistem yoktur ve AB rekabet hukuku ve ulusal FMH sistemleri arasındaki kesişim sorunları öngörülebilir gelecekte 82. Maddenin uygulanmasıyla çözülmeye devam edecek gibi görünmektedir.

Bu bakış açısıyla *Microsoft* çözümü Komisyonun AT içtihadında tek olan farklı formülasyonu geliştirilmiş yeni birlikte işlerlik politikası tasarımına bağlı olan bir “rasyonalite” sorunu ortaya çıkarmaktadır. 82. maddenin uygulanması sonucu geliştirilen belirli ilkelerin, örneğin “*tüketicilerin zararına olacak şekilde üretimin, piyasaların ya da teknik gelişimin kısıtlanmasının engellenmesi*”,¹⁰⁶ uygulanmasında her rekabet kanunu uygulayıcısı orantısız bir sonuca neden olmamak için çok dikkatli olmalıdır. Bu konuyu ele almak için “*modifiye per se yasallık*” sistemi oluşturarak tek taraflı olarak lisans vermeyi reddetme davranışında 82. maddenin nasıl uygulanacağını aydınlatmıştır. Bu sisteme göre “*istisnai durumlar*” dışında “lisans vermeyi reddetme” yasal sayılmıştır. Bu sistemde zorunlu lisans verme lisans almak isteyen piyasa çıkaracağı ürünün hakim durumdaki hak sahibinin FMH ile korunan olan ve alt piyasada rekabet etmek için doğal olarak zorunlu/vazgeçilmez bir girdi için lisans vermeyi reddetmesinden dolayı engellediğini kanıtladığı durumlarda uygulanmaktadır.

“*Modifiye per se yasallık*” kuralı maliyetli olsa bile “lisans vermeyi reddetme” vakalarında 82. Maddenin uygulanmasında belirlilik sağlamaktadır. Bu belirlilik düzeyi çok önemlidir çünkü bütün rekabet otoritelerinin ve rekabet hukuku uygulayıcılarının kolaylıkla rotalarını belirleyebilecekleri uygulanabilir bir çerçeve çizmektedir. “*Modifiye per se yasallık*” kuralı ayrıca *Magill* ve *IMS Health* kararları ile güvenilirlik kazanmıştır. Bu kararlar lisans almak isteyenler için zorunlu lisans programına göre benzersiz bir şekilde tasarlanan ürünlerin *seviyelerini yükselttiği* geliştirilmiş bir *yeni ürün* gerekliliği getirmiştir.

Ancak Komisyonun öngördüğü özendirici unsur dengeleme testi yalnızca hakim durumdaki FMH sahipleri açısından değil ayrıca lisans almak

¹⁰⁵ Ağ endüstrilerinde tekel durumundaki bir firmanın dışlayıcı davranışının varsayımsal olarak yasa dışı olarak ele alındığı iddia edilebilir (Toshiaki Takigawa, A Comparative analysis of US, EU, and Japanese Microsoft cases: How to regulate exclusionary conduct by a dominant firm in a network industry, The Antitrust Bulletin, Cilt 50, No. 2, Yaz 2005, s. 246).

¹⁰⁶ Bakınız AT Antlaşması 82(b). Maddesi ya da *supra* not 8.

isteyenler için de yenilik yapma güdülerinin kaybolması konusundaki endişelere yanıt vermekten uzaktır. Hukuki açıdan dengeleme testinin iyi uygulanıp uygulanmamasına bakılmaksızın bu testin ekonomik sonuçları kolayca tahmin edilemez çünkü zorunlu lisans vermenin ardından gelecekteki etkileri öngörerek artan yeniliklerin değerlendirilmesini gerektirmektedir.¹⁰⁷ Aslında Komisyonun lisans emrinin endüstrinin tamamındaki pozitif etkilerin Microsoft'un yenilik yapma eğilimi üzerindeki negatif etkilerden fazla olması koşulunu getirerek eşliği yükseltmesi *özendirici unsur dengeleme testi*ni sadece teşvik edilen (takipçi) yeniliklerin yeterli olmadığı ama endüstri çapındaki yenilikleri optimize etmeyi amaçlayan kapsamlı bir dengeleme testine dönüştürmüştür.¹⁰⁸

Bu bakış açısıyla açılımlarını düşünmeden böyle bir testi ortaya koyan Komisyon AT hukukundaki zorunlu lisans verme kavramının güvenilir karakterini ve stabilize yüzünü inkar etmiş olacaktır. Aynı şekilde tedarik etmeyi reddetme davranışını¹⁰⁹ çevreleyen *koşulların tamamını* göz önünde bulundurma ihtiyacına yaptığı referans Komisyonun kararında temel aldığı yasal standartlarla ilgili şüpheye neden olabilir.¹¹⁰ Sonuç olarak farklı bir birlikte işlerlik yaklaşımı arayan Komisyon 82. Maddeye göre belirlenen temel prensipleri hedeflese de daha önceki ATAD kararları açısından da genel rekabet hukuku politikası açısından da şüpheye açık olacaktır.¹¹¹

III.B. Yeni Birlikte İşlerlik Politikası Tasarımının Etkileri: Hukuki Ortamın Parçalanması ve Uzun Vadeli Etkiler

Yukarıdaki söylemlerin ışığında, Komisyon'un üst kısımda tanımlanan yaklaşımının yeniliği optimize etmeye yönelik (endüstri çapında) bir formülasyon tasarlarken piyasa aktörlerinin eşit düzeyde rekabet edebilmesini

¹⁰⁷ “[Microsoft] Davada Komisyonun yenilik bakımından *ex post* ve *ex ante* yenilikleri dengeleme davranışının adil ve etkin bir şekilde yapılıp yapılmadığına karar vermek dışarıdan bir gözlemci için gerçekten çok zordur” şeklinde kuvvetli iddialar vardır.

¹⁰⁸ Komisyonun üstü kapalı bir şekilde endüstrideki yenilik düzeyinin lisans emrinin pozitif etkilerini (*ex post* etkinlikler) geçecek şekilde yeterli orana ulaşana kadar zorunlu lisans vermenin rekabet politikası çözümü olmaya devam edeceğini kabul ettiği düşünülebilir.

¹⁰⁹ Komisyon'un *Microsoft* kararı, *supra* not 1, paragraf 558 ya da *supra* not 10.

¹¹⁰ Ayrıca bakınız “Technology Transfer and The New EU Competition Rules-Intellectual Property Licensing after Modernisation”, Oxford University Press, 2006, s. 288, “istisnai durumları tanımlamada temel olarak Komisyonun ‘bütünlük’ ya da ‘koşulların tamamı’ kavramlarına dayanması İDM ya da ATAD’dan destek almak için fazla açık uçlu sayılabilir”.

¹¹¹ Komisyon sadece istisnai koşulların zorunlu lisansı garanti edeceğini düşünse de yaklaşımının ATAD’ın modifiye *per se* yasallık” yaklaşımına karşılık *mantıksallık kuralı analizi* olarak nitelendirilebilir.

sağlayacak bir ortam yarattığı ve bu şekilde 82. Maddenin politika hedeflerini ihlal ettiği iddia edilecektir.¹¹² Ancak yeni bir birlikte işlerlik politikası tasarımı aracılığı ile optimizasyona yönelik sözü geçen eylem genel FMH sistemine özgüdür. Komisyon'un endüstri çapındaki yeniliği optimize etmeye yönelik formülasyonu gibi İşletim Sistemi satıcıları arasındaki birlikte işlerlik koşullarını yeniden düzenleme amacı da rekabet hukuku uygulamasının temel hedefleri ile çelişecektir.

Aslında Komisyon'un Microsoft dışındaki çalışma grubu sunucularının Windows kişisel bilgisayarları ve sunucuları ile birlikte işleyebilmesine izin verecek arayüzlere ilişkin ifşa yükümlülüğü sektörel birlikte işlerlik kurallarına aykırı bir çaba olarak görülebilir. Yazılım Yönergesi¹¹³ işte bu nedenle, Avrupa çapında bir birlikte işlerlik ortamı sağlayabilmek amacıyla, kaynak koda dönüştürme¹¹⁴ hakkına ilişkin geçerli koşulları daha önce belirlemiştir. Söz konusu hak, Topluluk Yönergelerini kendi kanunlarına uyarlamak yükümlülüğüne sahip üye devletlerin görevleri kapsamında olan AB telif hakkı mevzuatının istisnalarından birini oluşturmaktadır.

¹¹² *Microsoft* kararı Komisyon'un "[R]akiplerin Windows alan mimarisi ile Windows çalışma grubu işletim sistemlerini sağladığına eşit derecede birlikte işlerlik elde etmesini sağlamayı" amaçladığına işaret etmektedir (Bkz. Komisyonun *Microsoft* kararı, *supra* not 1, paragraf 669). Burada, Komisyon'un *yenilik formülasyonu ile birlikte işlerlik politikası arasında bir bağlantı* kurduğunu belirtmek önemlidir. Komisyon'a göre, "[E]ğer Microsoft'un rakipleri, Microsoft'un sağlamayı reddettiği birlikte işlerlik bilgisine ulaşabilirse, bunu kendi ürünlerindeki gelişmiş özellikleri Windows alan mimarisinin temelinde yatan birlikte işlerlik ilişkileri ağı çerçevesinde tüketiciye sunmakta kullanabilirler" (Komisyon'un *Microsoft* kararı, *supra* not 1, paragraf 695). Bahsedilen bağlantı uygulatma süreci içerisinde de etkilerini hissettirmiştir. Aslında *Microsoft* kararının uygulatılmasını izlemekle görevli olan İzleme Yedini Microsoft tarafından ifşa edilen bilgilerin büyük kısmının yalnızca Windows'a özgü sorunların giderilmesine yönelik olduğu ve *kısıtlı derecede yenilik* anlamına geldiği kanısındadır. Yani, Komisyon paylaşılan birlikte işlerlik bilgisi aracılığıyla yeniliklerin ifşasına büyük önem vermektedir ve Microsoft'un bu noktadaki başarısızlığı nedeniyle Microsoft'un 2005 Aralık ayından beri yaptığı 1500 sayfalık ibrazı esassız bularak reddetmiştir. (*EU Focus*, Cilt 206, 2007, s. 7-8)

¹¹³ Bilgisayar programlarının yasal korunmasına ilişkin 91/250/AET sayılı Yönerge, [1991] OJ L122/42, (bundan sonra "Yazılım Yönergesi" olarak anılacaktır).

¹¹⁴ Bkz: Yazılım Yönergesi, *a.g.e.*, Madde 6.(1). Kaynak koda dönüştürme bir yazılım mühendisi ya da programcının orijinal kaynak koda veya kaynak koda mümkün olabildiğince yakın bir versiyona erişim kazanmasını ve böylece bilgisayar programının temelindeki fikir ve ilkeleri, programın nasıl işlediğini ve programın ara yüzlerini anlayabilmesini sağlar (Tanya Aplin, *Copyright Law in the Digital Society*, Hart Publishing, 2005, s. 166).

Yazılım Yönergesinin kaynak koda dönüştürme hakkını belirleyen 6(1). Maddesi bu istisnai hakkı, birlikte çalışmayan bilgisayar programlarının karşılıklı işlevselliğini sağlama amacına yönelik tersine mühendislik¹¹⁵ eylemleri ile sınırlandırmaktadır. Bu hükme göre, bu eylemlerin "bağımsız olarak yazılmış bir bilgisayar programının diğer programlar ile birlikte işlevliğini sağlamak açısından gereken bilgiyi elde etmek için şart olmaları" kaydıyla, söz konusu programın *reproduksiyonu* ya da *çevrilmesi* için, bir bilgisayar programının hak sahibinden izin alınması gerekli değildir. Yönerge, kaynak koda dönüştürme hakkının uygulanmasını kesin biçimde "orijinal programın birlikte işlevliği sağlamak için gereken kısımları" ile kısıtlamaktadır.¹¹⁶ Ancak yetkisiz kişilerin birlikte işlevliği sağlamak için gereken bilgiye daha önce *kolaylıkla erişebilecek durumda olması* halinde, Yazılım Yönergesinin 6. Maddesini uygulamak mümkün olmayacaktır.¹¹⁷ Atıfta bulunulan şartlar yerine getirilmiş de olsa, söz konusu hüküm "ifadesi bakımından ciddi ölçüde bezerlik taşıyan bir bilgisayar programının geliştirilmesi, üretilmesi veya pazarlanması için, ya da telif hakkını ihlal eden başka bir eylem için" kullanılamaz.¹¹⁸

Kaynak koda dönüştürme hakkına tabi olan ve hak sahibinden izin alınmasını gerektirmeyen eylemler, bağımsız olarak yazılmış ilgili programın sahip olmadığı *işlevlerle* ilişkili olmayan arayüzler hakkında bilgi elde etmeyi kapsamamaktadır.¹¹⁹ Yönergenin kaynak koda dönüştürme hakkını oluşturma gerekçesinin temelinde, bilgisayar programlarının uyumluluğunu sağlayan "işlevsellik" hususu yatmaktadır.¹²⁰ Bilgisayar programları arasında uyumluluk sağlama amacının, kaynak koda dönüştürülmüş arayüz bilgisini kullanarak yeni bir bilgisayar programı yazmayı kapsamadığı vurgulanmalıdır.

Yukarıda verilen bilgiler ışığında, *Microsoft* davasında Komisyon'un kararı ve İDM'nin hükmü, Yazılım Yönergesi kapsamındaki kaynak koda

¹¹⁵ "Tersine mühendislik," analiz edilen programa rakip olacak ya da bu programla ara yüz oluşturacak programlar geliştirmek amacıyla bir bilgisayar programının kodunun ve yapısının incelenmesi suretiyle analiz edilmesi işlemine ilişkin endüstri terimidir. (John Abbot, Reverse Engineering of Software: Copyright and Interoperability, *Journal of Law and Information Science*, Cilt 14, 2003 (yayın tarihi 2005), s. 12).

¹¹⁶ Yazılım Yönergesi, *supra* not 113, Madde 6(1)(c).

¹¹⁷ Yazılım Yönergesi, *supra* not 113, Madde 6(1)(b).

¹¹⁸ Yazılım Yönergesi, *supra* not 113, Madde 6(2)(c).

¹¹⁹ Robert Hart, Interoperability Information and the Microsoft Decision, *European Intellectual Property Review*, Sayı 7, 2006, s. 362.

¹²⁰ Hart Yazılım Yönergesinin öngördüğü uyumluluk seviyesini "çok satıcılı birlikte işlevlik" olarak tanımlamaktadır. Ancak Yönergedeki ifadelerin, bağımsız olarak oluşturulmuş programın birlikte işlemek zorunda olduğu programların bütün unsurlarının tüm işlevlerini yerine getirmesine atıfta bulunmadığını da vurgulamaktadır (A.g.e).

dönüştürme hakkının sınırlarını yeterince dikkate almamaları nedeniyle eleştirilebilir. Aslında kendi birlikte işlerlik politikası seçimini tasarlayan Komisyon, istisnai bir kaynak koda dönüştürme hakkı tanımış olan Yazılım Yönergesinin amacını bir kenara bırakmış gibi görünmektedir. Görüntü bu şekildedir, zira bağımsız olarak yazılmış program(lar)ın işlevselliğine hizmet eden ilgili arayüzlerin izin alınmadan kullanılmasına Yazılım Yönergesinin 6. Maddesi ile izin verilmesine karşın,¹²¹ Komisyon'un kararı Microsoft'a, Windows alan mimarisinin altında yatan tüm arayüz bilgilerini (istemci/sunucu ve sunucu/sunucu haberleşme protokollerinin spesifikasyonlarını) üçüncü taraflara açmasını emretmektedir.¹²²

Herkesin *Microsoft* çözümüne ilişkin endişeye sürükleyecek temel nokta, ifşa yükümlülüğü ile işlevsel klonlamaya izin verilip verilmediğidir. *Windows alan mimarisinin altında yatan protokollere ilişkin tam bir spesifikasyonun*, Yazılım Yönergesinin gerekçesine ters düşen bir şekilde, tüm İşletim Sistemi satıcılarına işlevsel olarak özdeş bir sunucu ürünü geliştirme fırsatı tanıdığı şüphe götürmemektedir.¹²³ İDM'nin "aynı spesifikasyon yazılım mühendisleri tarafından birçok farklı ve yenilikçi şekilde uygulanabilir" şeklindeki tespiti¹²⁴ de Microsoft'un rakiplerinin ifşa yükümlülüğü ile farklı sunucu ürünleri yaratmalarını sağlayacak başka bir spesifikasyonlar bütününi kendi kendilerine geliştirme zorunluluğundan kurtuldukları gerçeğini değiştirmemektedir. Komisyon ve İDM'nin aklındaki gelişmiş ve yenilikçi ürünler düşüncesi bir taraftan rakipleri Microsoft'tan üstün görmeye¹²⁵, diğer

¹²¹ Bkz: Yazılım Yönergesinin 10 - 12. açıklayıcı paragrafları, *supra* not 113.

¹²² Aşağıdaki paragraf Komisyon'un Microsoft'u birlikte işlerlik bilgisini paylaşmaya ne derecede zorlamayı amaçladığını göstermektedir:

"[A]çıklık için, çalışma grubu sunucu işletim sistemlerinde rekabet edebilmek için yalnızca dosya, baskı ve grup ile kullanıcı yönetimine ilişkin temel çalışma grubu sunucusu görevleri gerekli olduğundan, bu Kararda risk altında olan tek ret, Windows çalışma grubu sunucularının Windows istemci PC'lerine çalışma grubu sunucusu hizmetlerini sağlama biçimini organize eden, *Windows alan mimarisinin temelindeki protokollere ilişkin tam bir spesifikasyon* sağlamanın reddedilmesidir" (Komisyonun *Microsoft* kararı, *supra* not 1, paragraf 566).

¹²³ Aynı zamanda bkz: Hart, *supra* not 119, s. 365: "Yönergenin 6. Maddesi anlamı bağlamında birlikte işlerliğin sınırları vardır ve orijinal eserin *işlevsel klonlarını* kapsayacak şekilde genişletilemez. Ancak bu karar ile Komisyon bunu yapmaya çalışmaktadır".

¹²⁴ İDM'nin *Microsoft* kararı, *supra* not 2, paragraf 655.

¹²⁵ Komisyonun bakış açısı rekabetçi bir teşebbüsün yenilik yapmaya bir tekelciden daha yatkın olduğu görüşünü desteklemektedir (Vezzoso, *supra* not 76, s. 388). Aynı zamanda bkz: Lévêque, *supra* not 79, s. 79: "[B]bir tekelin mi yoksa rekabetçi bir firmanın mı

tarafından da çalışma grubu sunucu işletim sistemi satıcılarının iş planlarında işlevsel eşdeğerlik/klonlamanın yeri olmadığı varsayımına dayanmaktadır.¹²⁶ Bu şekilde hem Komisyon hem de İDM, kendilerini yalnızca *ex post* yeniliklerin etkinliğine bağlı bir yenilik formülünü değil, aynı zamanda mevcut birlikte işlerlik çözümlerinin yerini alan bir birlikte işlerlik politika tasarımını kabul eden bir pozisyona sokmaktadır.

Komisyon ile İDM tarafından paylaşılan, farklı hukuk kaynakları - yani AT anlaşması ile Yazılım Yönergesi - arasındaki hiyerarşiye dayalı yapısal perspektifin genel tartışmalar dahilinde, özellikle birlikte işlerliği sağlamaya yönelik hukuki çözümler açısından önemli bir rolü bulunmaktadır.¹²⁷ Farklı kanunlar manzumeleri arasındaki hiyerarşi bir yana, rekabet hukuku uygulamasının belirli piyasa aktörleri arasında birlikte işlerliği sağlamaya ilişkin belirli düzenlemelerden öteye geçip geçmemesi gerektiği oldukça tartışmalı bir alandır. Rekabet hukuku uygulatıcılarının, sektörel kuralların başından beri birlikte işlerlik politikaları tarafından yönlendirildiği halihazırda düzenleme altındaki ağ endüstrilerine ciddi müdahalelerde bulunabileceklerine karar vermeleri halinde, bu tartışma çok daha hararetli bir hal alacaktır.

Örneğin, birlikte işlerliğe ilişkin, uçtan uca bağlanırlığı tehdit eden bir kesintiye yol açacak herhangi bir sorunu önlemek için insanlara birbirleriyle haberleşebilme ortamı sağlayan elektronik haberleşme hizmetleri ve ağları ciddi bir biçimde düzenlenmektedir. 2002 Düzenleyici Çerçevesi kapsamında *uçtan uca bağlanırlığı* sağlamaya yönelik spesifik hükümler bulunmaktadır; hatta bunların bir kısmı düzenleyici kurumlara, normalde erişime ilişkin hususlarda geçerli olan piyasa tabanlı rekabet kurallarını baypas etme hakkı vermektedir.¹²⁸

yenilik yapmaya daha yatkın olduğu iktisatçılar arasında tartışmalı bir konu olmayı sürdürmektedir. Komisyon açısından, rekabet halindeki birçok firmanın yer aldığı bir pazar yapısına kıyasla bir tekelin hakimiyetindeki bir pazar yapısının her zaman daha az yenilik getirdiği anlaşılmaktadır".

¹²⁶ Bkz: İDM'nin *Microsoft* kararı, *supra* not 2, paragraf 702.

¹²⁷ Komisyonun *Microsoft* kararı, *supra* not 1, paragraf 744-748. Komisyon aşağıdaki kanıdadır:

"[Ö]ncelikle bu vakada uygulanan kanunun Yazılım Yönergesi değil Antlaşmanın 82. Maddesi olduğuna dikkat çekmek önemlidir. Topluluk mevzuatına kıyasla ikincil derecede olan Yönergenin 82. Maddenin yerini alması her halükarda mümkün değildir" (Komisyonun *Microsoft* kararı, *supra* not 1, paragraf 744).

Aynı zamanda bkz: İDM'nin *Microsoft* kararı, *supra* not 2, paragraf 227.

¹²⁸ Bkz: Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 7 Mart 2002 tarih ve 2002/19/AT sayılı Yönergesi, OJ 24.4.2002, L 108/7, (bundan sonra "Erişim Yönergesi" olarak anılacaktır) Madde 5(1),

Tartışma haberleşme güvenliği ya da altyapısı ile bağlantılı olduğunda, birlikte işlerliğe ilişkin sorunlar, politika oluşturmayı daha kamuya yönelik bir bağlamda ele alınması gereken bir husus haline getirmekte, bu noktada da birlikte işlerlik hem teknik hem de siyasi bir zorluk olarak anlaşılmaktadır.¹²⁹

Gerçekten de, birlikte işlerlik odaklı politikalar başından beri Avrupa telekomünikasyon düzenleme gündeminin zirvesindeki konulardan biri olmuş ve bu nedenle, örneğin Ara Bağlantı Yönergesi gibi bir dizi Yönergenin hedefi haline gelmiştir.¹³⁰ Zamanla bu gibi politika hedeflerinin genel olarak etkili rekabeti sağlamaya ilişkin hedeflerin gölgesinde kalmasına karşın, ağ ve hizmetlerin birlikte işlerliği halen elektronik haberleşmeye yönelik AB çapındaki düzenlemelerin merkezinde bulunmaktadır. Temel olarak, Avrupalıların daha önce çözmeye uğraştığı birlikte işlerliğe ilişkin sorunlar, piyasa aktörleri arasındaki rekabeti sağlamaya yönelik endişelerin çok ötesine geçen toplumsal ve kamusal unsurlar içermektedir.

Her sektörün kendi birlikte işlerlik politikası tasarımı geliştirdiği dikkate alınır, 82. Maddenin belirli sektörler için uygulanması, özü itibarıyla sektörel gözetimleri yansıtan mevcut birlikte işlerlik rejimlerine alternatif oluşturacak rejimlere yol açmamalıdır. Öte yandan, piyasaya müdahalenin

http://www.europa.eu.int/information_society/topics/telecoms/regulatory/new_rf/index_e_n.htm#reg. Bu hüküm uyarınca, (i) uçtan uca bağlanabilirliğin sağlanması veya (ii) son kullanıcıların Üye Devlet tarafından belirlenen sayısal radyo ve televizyon yayını hizmetlerine erişiminin sağlanması söz konusu olduğunda, ulusal düzenleyici otoritelere, hakim durumda olmayanlarda dahil tüm operatörlere belirli tipte yükümlülükler getirebilme izni verilmiştir. Aynı zamanda, Erişim Yönergesi kapsamında hizmetlerin birlikte işlerliğini sağlamak amacıyla, düzenleyicilerin hakim durumdaki teşebbüslere erişimle ilişkili yükümlülükler getirmesinin yolunu açan bazı hükümler de bulunmaktadır. (Bkz: Erişim Yönergesi, Madde 12(1)(e) ve 12(1)(g)).

¹²⁹ Bkz: Viktor Mayer-Schönberger, *The politics of public safety communication interoperability regulation*, *Telecommunications Policy*, Cilt 29, 2005, s. 833. Schönberger radyo iletişimde birlikte işlerlik sağlamayı hedefleyen genel kamu politikaları ile bu alanda rekabet oluşturmaya çalışan politikalar arasındaki çatışma noktalarını açıklarken kamu güvenliğini sağlamanın üzerinde özellikle durmaktadır. Vardığı sonuç, kamu güvenliğine ilişkin iletişimde birlikte işlerliği sağlamak için hem teknik hem de siyasi inisiyatiflere ihtiyaç olduğu yönündedir.

¹³⁰ Bahsedilen Yönergenin temel amacı "Topluluk kullanıcılarının sosyal ve ekonomik refahı açısından gerekli olan bazı ağların Topluluk içerisinde ara bağlantılarının yapılmasını ve hizmetlerin birlikte işlerliğinin sağlanmasını yeterli ölçüde temin etmek" olarak ifade edilmiştir (Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin, Open Network Provision (OPN) ilkelerinin uygulanması suretiyle evrensel hizmet ve birlikte işlerlik sağlamaya ilişkin telekomünikasyonda birlikte işlerlik hakkındaki 97/33/AT sayılı Yönergesi, [1997] OJ L199/32, Açıklayıcı paragraf 7).

mevcut birlikte işlerlik rejimini bozan bir biçim alması halinde, istenmeyen bazı zararlı sonuçlar ortaya çıkacaktır. Örneğin, rekabet hukukunun endüstriye özgü bir birlikte işlerlik rejimine *teknoloji içi* rekabeti tercih eden bir çözüm yolu ile müdahale etmesi halinde, mevcut rejim kapsamında izlenen *teknolojiler arası rekabet* politikaları kolaylıkla etkilenebilir. İlgili otoriteler arasındaki işbirliği mekanizmaları sayesinde bu tür bir bozulma ile sık karşılaşılmadığı iddia edilse de, sözü geçen çatışma noktaları, rekabet hukuku uygulatıcılarının olası müdahalelerinin sınırlarını yeniden düşünmelerini sağlamalıdır.

III.C. Komisyon'un Tartışma Belgesi: Microsoft Formülünü Empoze Etmeye Yönelik Bir İşaret mi?

Yukarıdaki gözetimlerin rekabet politikaları ile birlikte işlerliğe ilişkin sorunlar arasındaki ilişkiden kaynaklanan genel eğilimleri göstermesine karşın, Komisyon'un 82. Maddenin uygulanmasına dair, farklı bir "birlikte işlerlik" perspektifi ortaya koyan Tartışma Belgesi'nden de bu bağlamda bahsedilmelidir.¹³¹ Komisyon, "birlikte işlerlik için gerekli bilgiyi sağlamayı reddetme" başlığı altında yeni bir "anlaşma yapmayı reddetme" tipi analiz getirmektedir.¹³² Bu sınıflandırma yalnızca Komisyon'un birlikte işlerlik davaları için *özel* bir analitik yaklaşım oluşturma niyetini ortaya koymakla kalmamakta, bu alanda bir müdahale eğilimini de gözler önüne sermektedir. Aslında Komisyon yukarıda anılan başlık ile "FMH lisanslamayı reddetme" arasında bir ayırım gözetmekte ve ikincisine daha hoşgörülü yaklaşmaktadır.

Tartışma Belgesi kapsamında, genel talimatlar gibi, birlikte işlerlik bilgisinin sağlanması da hakim durumdaki teşebbüslerin genel bir görevi olarak kabul edilmemektedir.¹³³ Ancak, "[H]akim durumdaki şirketlerin bile birlikte işlerliği sağlamaya yönelik genel bir yükümlülüğü olmamasına rağmen, birlikte işlerlik bilgisi vermeyi reddederek bir piyasadaki pazar gücünden başka bir piyasa içerisinde yararlanmak hakim durumun kötüye kullanılmasını oluşturabilir"¹³⁴ şeklindeki ifade, normalde gayrimeşru bir davranış olarak görülmeyen pazar gücü kullanımının, birlikte işlerlik bilgisi söz konusu olduğunda, Komisyon tarafından böyle kabul edileceğini kanıtlamaktadır. Ancak "birlikte işlerlik için gerekli bilgiyi sağlamayı reddetmeyi" 82. Madde kapsamındaki lisans vermeyi reddetme analizi bakımından *özel* kılan nokta aşağıdaki önermede gizli görülmektedir:

¹³¹ Tartışma belgesi, *supra* not 11.

¹³² Tartışma belgesi, *supra* not 11, paragraflar 241-242.

¹³³ Tartışma belgesi, *supra* not 11, paragraf 241.

¹³⁴ Tartışma belgesi, *supra* not 11, paragraf 241.

[B]u bilgiler ticaret sırrı olarak kabul edilebilir olsa bile, buna benzer bilgi vermeyi reddetme hallerinde müdahaleye ilişkin daha önceki alt kısımda tanımlanan yüksek standartlarının uygulanması *uygun olmayabilir*.¹³⁵

İlk olarak, yukarıdaki cümle, birlikte işlerlik bilgisi söz konusu olduğunda, ticari sırları zorunlu lisanslama bakımından diğer FMH'den daha üst bir seviyeye yerleştirerek diğer FMH lehine suni bir ayırım yaratmaktadır. Ancak Komisyon'un birlikte işlerlik bilgisi sağlamayı reddetme açısından neden telif hakları ile patentleri ticari sırlar ile eşdeğer muameleye tabi tutmadığı net değildir.

İkincisi, Komisyon "fikri mülkiyet haklarını lisanslamayı reddetme" alt kısmı kapsamındakilere karşı, birlikte işlerlik bilgisi için uygulanacak eşikleri düşürme eğilimindedir.¹³⁶ Bu noktaya ilişkin olarak, Komisyon genel FMH vakaları için geçerli olan hukuki standartların, birlikte işlerlik bilgisine erişimin reddedildiği durumlarda uygulama açısından gereksiz ölçüde yüksek olduğunu ileri sürmektedir. Aslında temel olarak ATAD'ın *istisnai şartlarını* yansıtan bu standartlar, Tartışma Belgesine "yeni ürün testi"ne ilişkin bir gevşetme öngören değişiklikler ile birlikte aktarılmıştır.¹³⁷ İronik olarak, "lisans vermeyi reddetme" analizine ilişkin hukuki standartlar ve genel önermeler, birlikte işlerliğe ilişkin FMH davalarının değerlendirilmesi söz konusu olduğunda Komisyon'u tatmin etmemektedir ve bu tatminsizlik için ciddi bir neden bulunmamaktadır. FMH vakaları arasında birlikte işlerlik verileri temelinde bir ayırım yapmanın herhangi bir gerekçesi olmadığı dikkate alındığında, birlikte işlerlik bilgisi sağlamayı reddetmeye neden özel bir önem verildiğini ve bunun neden nispeten daha kolay bir biçimde antitröst incelemesine tabi tutulduğunu anlamak zordur.

¹³⁵ Tartışma belgesi, *supra* not 11, paragraf 242.

¹³⁶ Tartışma belgesi, *supra* not 11, paragraflar 237-240.

¹³⁷ Yeni ürün testinin kolaylaştırılması, aşağıdaki alıntıdan anlaşılacağı üzere, Komisyonun söz konusu testin gerekli olmadığı ama yeterli olduğu düşüncesi ile bağlantılıdır:

"Rakiplerin takipçi yeniliklerine ilişkin bir temel olarak vazgeçilmez olan FMH teknolojisini lisanslamayı reddetmek, lisansın teknolojinin kolaylıkla saptanabilir yeni mal ve hizmetlerde doğrudan kullanılması amacıyla istenmediği durumlarda bile kötüye kullanma teşkil edebilir" (Tartışma Belgesi, *supra* not 11, paragraf 240).

Aynı zamanda bkz: Czapracka, *supra* not 38, s. 41: "[B]u yorumun kabul edilmesi halinde, yeni ürün testini lisanslamayı reddetme karşısında kısıtlayıcı bir ilke olarak görmek çok zordur."

Komisyon'un birlikte işlerlik vakalarına yönelik taraflı muamele göstermesini *Microsoft* davasındaki hükmüne bağlamak mümkün olsa da, *Microsoft*'un davranışlarına ilişkin hangi unsurların "birlikte işlerlik bilgisi sağlamayı reddetmeyi" daha önemli bir hale getirdiği hakkında herhangi bir açıklama bulunmaması, herkesin tedbire ilişkin endişeler taşınmasına neden olacaktır. Komisyon'un yazılım endüstrisine ilişkin yeni bir birlikte işlerlik rejiminin sonuçlarını dikkatle tartıp tartmadığını bilinmediğini dikkate alırsak, yukarıdaki gözetimlerin ışığında Komisyon tarafından "lisans vermeyi reddetme" analizine yönelik yerleşik kuralların göz ardı edilmesinin maliyeti yalnızca spesifik bir birlikte işlerlik politikası tasarımı ile sonuçlanan bir çözüm yolu seçmenin ötesine geçerek çok geniş bir alanda kapsamlı etkilerde bulunabilecektir. Söz konusu etkiler, yalnızca rekabet hukuku ile sektörel kurallar arasındaki çatışmaları değil, FMH sistemi kapsamındaki kurallar ile 82. Madde kapsamında varılan çözüm yolları arasında ortaya çıkacak açık ihtilafları da kapsayacaktır.

Öte yandan, bahsedilen etkiler, içtihat kapsamındaki adli "modifiye *per se* yasallık" yaklaşımının-özellikle birlikte işlerlik bilgileri söz konusu olduğunda-tek taraflı olarak lisans vermeyi reddetme vakaları için geçerli olmayacağı sonucuna götürmektedir. Bunun nedeni, Komisyon'un hem *Microsoft* kararındaki hem de Tartışma Belgesindeki değerlendirmesinin olağandışı bir analitik yaklaşım sergilemesi ve bu yaklaşım uyarınca ATAD testinin rekabetin ortadan kaldırılması, yeni ürün testi gibi unsurlarına yönelik olarak "mantıksallık kuralı" analizinin yolunu açacak, daha geniş kapsamlı ve modifiye bir içerik sağlanmasıdır.

"Mantıksallık kuralı" analizine göre rekabet hukuku uygulatıcılarına tek taraflı olarak lisans vermeyi reddetme vakalarına müdahaleye ilişkin oldukça kapsamlı bir yetki tanınacak ve hakim durumdaki FMH sahipleri lisans vermeyi reddetmeyi içeren olası eylemlerinin antitröst mesuliyetleri bakımından belirsiz bir konuma sokulacaktır. Ayrıca böyle bir yeni yaklaşımın benzer vakalara geniş çapta uygulanması halinde, yatırımcıların yeni yenilik alanlarına daha az ilgi duyduğu kararsız bir ortam oluşabilir. Tüketicilere dolaylı zarar, rekabetin giderek ortadan kaldırılması gibi yeni kriterlerin ortaya çıkması yeni analizin parçalı yapısını ortaya koymaktadır ki bu durumun beklenen yatırımlar, yenilikler, vb. bakımından ağ endüstrilerine olumlu sinyaller vermesi beklenemez.

Hakim durumdaki firmaların tek taraflı olarak lisans vermeyi reddetmesi durumu için geçerli olacak net kurallara duyulan gereksinim göz önüne alınırsa, tüm "lisans vermeyi reddetme" analizleri dikkatle ve ATAD tarafından belirlenen kriterler ile uyum içerisinde yürütülmelidir. Komisyon'un, Sun ile

Microsoft arasındaki ihtilafı çözmeye çalışırken etki temelli bir analiz tarafından gerekçelendirilmeyen, ancak geleceğe yönelik, açıkça belirlenmiş kurallara dayalı *Magill-IMS Health* kriterlerine aykırı projeksiyonlar içeren bir makro-politika oluşturduğu dikkate alındığında, bu öneri oldukça ikna edici olmaktadır. Geniş geçerliliğe sahip formülasyonları ile getirdikleri zorunlu lisanslamaya uygun güvenceler - yani yeni ürün şartı - dikkate alındığında, bahsi geçen kriterler *Microsoft* tipindeki "mantıksallık kuralı" analizinin olası zararlı sonuçları ilgilenme açısından ideal bir temel oluşturacaktır.

IV. Sonuç

Hakim durumdaki bir FMH sahibinin lisans vermeyi reddetmesinin tek başına 82. Madde kapsamında hakim durumun kötüye kullanılması olmadığı konusunda fikir birliği olmasına karşın, tek taraflı olarak lisans vermeyi reddetmeyi kanun dışı hale getiren belirleyici etkenler açıkça belirlenmiş kurallardan uzun süre yoksun kalmıştır. *Magill* kararı ile tanınabilir analitik bir yaklaşım getirilmesine rağmen, hakim durumdaki bir firmanın tek taraflı olarak lisans vermeyi reddetmesinin 82. Madde kapsamında suç kabul edilmesinin ardında yatan belirleyici etkenler *IMS Health* kararına kadar belirsiz kalmıştır. Zorunlu lisanslamayı gerektiren *istisnai durumlara* ilişkin üç kısımlı testi *kümülatif* olarak değerlendiren ve daha önce *Magill* kararı tarafından oluşturulan "yeni ürün testini" zenginleştiren *IMS Health* kararı, "lisanslamayı reddetme" analizinin değişen yüzünü ortaya çıkarmış ve iyi tanımlanmış bir "lisanslamayı reddetme" doktrinine doğru başka ve önemli bir adım oluşturmuştur.

Ancak *IMS Health* kararından bir ay önce, Komisyon *Magill* formülünün her davanın özelliklerine göre değiştirilip değiştirilmeyeceği tartışmasını alevlendiren *Microsoft* kararını vermiştir. Bu değerlendirmesinde Komisyon ilgili pazardaki *tüm rekabetin ortadan kaldırılması riskinin* reddetme eyleminin yıkıcı niteliğini kabul etme açısından yeterli olduğu hükmüne varmıştır. Öte yandan "yeni ürün testi" göz ardı edilmiş; hakim durumdaki bir firmanın lisans vermeyi reddetmesinin meşruiyetini test etmek için bu test yerine endüstrinin yenilik yapmasına yönelik genel özendirici unsurlerin zayıflatıp zayıflatmadığına bakılmıştır. Bu yaklaşımı desteklemek için, ex post ve ex ante (yenilik) etkinlikleri arasındaki değiş-tokuşun analizini kapsayan bir "özendirici unsur dengeleme testi" getirilmiştir. Bu testin amacı "yeni ürün testi" üzerinde *ikame etkisine* sahip optimal bir yenilik seviyesine ulaşmaktadır.

İDM'nin Komisyon'un kararını onaması yazılım geliştiricilerine takipçi yenilik hakkında açık bir sinyal vermiş, ancak "lisanslamayı reddetme" analizi kapsamında kullanılacak takdir marjının her vakanın özelliklerine göre genişletilebileceğini doğrulamıştır. Kritik olarak, İDM'nin "özendirici unsur

dengeleme testinin" "yeni ürün testinin" yerine geçmediğine ve bu ilk testin Komisyon tarafından yalnızca Microsoft'un FMH korumasına ilişkin iddialarını reddetmek için kullanılmadığına yönelik savları, *Magill-IMS Health* davasının istikrarlı ve güvenilir niteliklerine zarar verebilecek yeni kavramların ortaya çıkabileceği gerçeğini değiştirmemektedir. Özellikle benzer koşullarda başvurulabilecek "özendirici unsur dengeleme testine" ilişkin parçalanmış ve merkezileşmiş bir pazarın ortaya çıkması gibi olası zararlı sonuçlar, takipçi yenilik temelli bir makro politikanın yararlarını dengeleyebilir, hatta bunlara tamamen baskın çıkabilir.

Bu açıdan, Komisyon'un Yazılım Yönergesi ile açık bir uyumsuzluk sergileyen birlikte işlerlik politikası tasarımı, parçalı bir hukuki ortamın ortaya çıkmasına ilişkin gözetimler ile bağlantılı olabilir. *Microsoft* kararındaki Windows alan mimarisinin altında yatan tüm ara yüz bilgilerini kapsayan ifşa yükümlülüğü, Yazılım Yönergesi kapsamındaki kısıtlı kaynak koda dönüştürme hakkı ile karşılaştırıldığında,¹³⁸ Komisyon'un ve İDM'nin *Microsoft* davasındaki antitröst değerlendirmelerinin FMH'nin yanı sıra sektörel kuralların da bozulmasına uzanabilecek kapsamlı etkileri olacağı söylenebilir. Birlikte işlerliğe ilişkin sorunların her sektörde farklı bir anlamı ve kapsamı olduğu dikkate alınır, BT sektöründe belirli bir yenilik seviyesini ve/veya rekabetçi yapıyı sağlamak için yeni bir birlikte işlerlik politikası oluşturmak, müdahale edilen sektörün iç kontrol mekanizmalarını ihlal edecektir.

Ancak, yalnızca Komisyon'un *Microsoft* kararı değil, Tartışma Belgesindeki birlikte işlerlik bilgisine erişimi reddetmeye imtiyazlı bir muamele getiren önermeleri de açık uçlu bir "lisanslamayı reddetme" analizinin ortaya çıkmasına yönelik korkuları artırmaya muktedirdir. Uygun gerekçeler ve/veya ikna edici savlar ortaya konulmadığından, birlikte işlerlik olgusuna dair böyle eşitsiz bir politika izlemek, gelecekteki "lisanslamayı reddetme" vakalarına yönelik olarak oransız çözüm yollarına ilişkin gözetimleri sürdürecektir.

Özetlemek gerekirse, *Magill-IMS Health* davasındaki "yeni ürün testi", özellikle yenilik yapmaya yönelik endüstri çapındaki teşvikleri yükseltmek açısından, zorunlu bir lisanslamanın olası zararlı sonuçlarını ortadan kaldırma potansiyeline sahiptir. Ayrıca "yeni ürün testi" güvenilir, sağlam ve geniş uygulamaya sahip olma niteliklerinin kolaylıkla manipüle edilememesi ve/veya etkisinin azaltılamaması nedeniyle "özendirici unsur dengeleme testine" kıyasla daha fazla tercih edilebilir olacaktır. Anılan ikinci testin lüzumsuz karmaşık ekonomik analizler gerektirmesine karşın ilk testin ürün tabanlı bir formülasyona dayanması bu gerçeği kanıtlamaktadır. Bu nedenle *Magill-IMS*

¹³⁸ Bkz: *supra* not 113.

Health davasındaki açıkça tanımlanmış *istisnai durumlar* dışında tek taraflı olarak lisans vermeyi reddetmeyi suç kabul etmeyen "modifiye *per se* yasallık" yaklaşımı tüm piyasa aktörleri için ekonomik açıdan geçerli ve hukuki açıdan öngörülebilir bir ortam oluşturmaktadır.

Sonuç olarak, 82. Madde kapsamındaki tüm "lisanslamayı reddetme" analizleri ve bunlara eşlik eden çözüm yolları, *Magill-IMS Health* formülasyonuna zarar verecek ve rekabet hukuku dışında kalan yerleşik birlikte işlerlik kurallarını tehdit edecek bir yetki aşımına izin vermemelidir. Aksi halde şimdiye kadar FMH'lerin işletilmesine yönelik *ikinci bir düzenleme kademesi* ve yeniliğin yayılma unsurunun *dış koruyucusu* olarak çalışmayı sürdüren Komisyon rekabet politikası,¹³⁹ bir adım daha atarak FMH sisteminin iç motorları da kapsayan sektörel kuralların üzerindeki birincil düzenleyici mekanizma haline gelecektir.

¹³⁹ Anderman, "Microsoft in Europe", 22 Mayıs 2002 tarihli konuşma, *supra* not 65, s. 23-24.