

The logo of TUSIAD (The Union of Chambers and Commodity Exchanges of Turkey) is displayed in a bold, dark blue, sans-serif font. The letters 'T', 'U', 'S', 'I', 'A', and 'D' are all in uppercase. The 'I' and 'A' are slightly narrower than the other letters, and the 'D' has a rounded bottom. The logo is positioned in the upper left corner of the page, which has a white background. The rest of the page is decorated with a geometric pattern of overlapping triangles in various shades of blue, creating a modern and professional look.

TUSIAD

YATIRIM ORTAMININ
İYİLEŞTİRİLMESİNDE
REKABET HUKUKUNUN ROLÜ



© 2022, TÜSİAD

Tüm hakları saklıdır. Bu eserin tamamı ya da bir bölümü, 4110 sayılı Yasa ile değişik 5846 sayılı FSEK.'nu uyarınca, kullanılmazdan önce hak sahibinden 52. Maddeye uygun yazılı izin alınmadıkça, hiçbir şekil ve yöntemle işlenmek, çoğaltılmak, çoğaltılmış nüshaları yayılmak, satılmak, kiralanmak, ödünç verilmek, temsil edilmek, sunulmak, telli/telsiz ya da başka teknik, sayısal ve/veya elektronik yöntemlerle iletilmek suretiyle kullanılamaz.

Rapor Tasarım: Sonntag Agency

Ekim 2022

Yayın No: TÜSİAD-T/2022-10/629

Meşrutiyet Caddesi, No: 46, 34420, Tepebaşı/ İstanbul

Telefon: (0 212) 249 07 23 * Telefax: (0 212) 249 13 50

www.tusiad.org

İçindekiler

ÖZGEÇMİŞLER	05
ÖNSÖZ	06
I. Giriş ve Kavramsal Çerçeve	08
II. Yazın ve Yöntem	12
A. Uluslararası Kuruluş/Örgütlerin Raporları	12
B. Yazın (Akademik Literatür)	16
C. Yöntem	20
III. Rekabet Hukuku Yasaklamaları Açısından Değerlendirme	22
A. 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun	22
B. İkincil Düzenlemeler	23
C. Rekabet Kurulu Kararları	26
1. Genel Çerçeve ve Bazı Çekinceler	26
2. Hata ve Tutarlılık Kavramları Hakkında	26
3. Değerlendirme	27
a. Genel Tespitler	27
b. Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar	30
c. Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması	32
d. Birleşme ve Devralma Denetimi	33

İçindekiler

IV. Rekabet Hukuku İncelemeleri ve Yaptırımlar	36
A. Kavramsal Çerçeve	36
B. İnceleme Süreci	37
1. Rekabet İhlali İddiası ile Başlayan İdari Süreç	37
a. Bilgi İsteme	39
b. Yerinde İnceleme	40
c. Ticari Sırların Korunması	43
d. Şikâyetçinin Konumu	44
2. Muafiyet Başvurusu	45
3. Birleşme ve Devralma İçin İzin Başvurusu	46
C. Yaptırım Sistemi	47
1. Kamu Hukuku Yaptırımları	47
a. Kanuni Düzenlemeler	47
b. Yaptırım Politikası Hakkında	49
2. Özel Hukuk Yaptırımları	53
V. Sonuç ve Öneriler	55
A. Sonuçlar	55
B. Öneriler	58
Ek 1: Ankete Katılanların Unvan ve Sektörlere Göre Dağılımı	62
Ek 2: Şirket Yöneticileri ve Rekabet Uzmanlarına Gönderilen Anket Soruları	63

Özgeçmişler

Dr. Zeynep Ayata

Zeynep Ayata Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi ve Jean Monnet Kürsüsü başkanıdır. Oxford Üniversitesinde Politika, Felsefe ve Ekonomi lisansından sonra Paris Sorbonne Üniversitesinde hukuk lisansı yapmış, Avrupa Kolejinden (Bruges) hukuk yüksek lisans derecesi ve Ankara Üniversitesinden özel hukuk alanında doktora almıştır. Araştırma alanları arasında Avrupa Birliği hukuku, Türkiye ve Avrupa Birliği rekabet hukuku, hukukun ekonomik analizi ve teknoloji, dijitalleşme ve yenilikçiliğin hukukla etkileşimi bulunmaktadır. Dr. Zeynep Ayata Max Planck Enstitüsü, İnovasyon ve Rekabet Merkezi, Cambridge Üniversitesi Tıp, Yaşam Bilimleri ve Hukuk Merkezi, Britanya Karşılaştırmalı Hukuk ve Uluslararası Hukuk Enstitüsünde misafir öğretim üyesi olarak bulunmuştur. Halen dijitalleşmenin hukuki boyutu üzerine Avrupa Birliği tarafından desteklenen bir Jean Monnet Aksiyonu ve hukuk ve yenilikçilik üzerine bir TÜBİTAK projesi yönetmektedir. Küresel Hukuk Fakülteleri Derneğinin (LSGL) Hukuk ve İşletme çalışma grubunun ve Rekabet Hukuku Akademik Derneğinin (ASCOLA) Doğu Akdeniz bölgesi başkanıdır. Avrupa Birliği hukuku, rekabet hukuku ve hukuk ve teknoloji alanlarında yazılmış çok sayıda uluslararası ve ulusal eserleri bulunmaktadır.

Doç. Dr. Kerem Cem Sanlı

Kerem Cem Sanlı, 1997 yılından bu yana İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde öğretim elemanı olarak çalışmaktadır. 2007 yılında medeni hukuk alanında yardımcı doçent, 2017 yılında ise doçent olmuştur. Medeni hukuk dışında, rekabet hukuku ve hukukun ekonomik analizi alanında lisans ve yüksek lisans dersleri vermektedir. Ayrıca 2010 yılından bu yana Rekabet Hukuku ve Politikası Uygulama ve Araştırma Merkezi direktörlüğünü yürütmektedir. 1996 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden lisans, 1999 yılında Marmara Üniversitesi SBE Özel Hukuk Programı'ndan yüksek lisans, 2000 yılı Harvard Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden yüksek lisans ve 2006 yılı Marmara Üniversitesi SBE Özel Hukuk Programı'ndan doktora derecelerine sahiptir. Harvard Üniversitesi Hukuku Fakültesi, Kaliforniya Üniversitesi Berkeley Hukuk Fakültesi, Hamburg Max Planck Enstitüsü, Münih Max Planck Enstitüsü, Columbia Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde konuk araştırmacı/öğretim üyesi sıfatıyla araştırmalar yapmıştır. Rekabet hukuku, medeni hukuk ve hukukun ekonomik analizi alanlarında yayımlanmış muhtelif kitapları ve akademik çalışmaları mevcuttur.

Önsöz

TÜSİAD, özel sektörü temsil eden sanayici ve iş insanları tarafından 1971 yılında Anayasamızın ve Dernekler Kanunu'nun ilgili hükümlerine uygun olarak kurulmuş kamu yararına çalışan bir dernek olup gönüllü bir sivil toplum örgütüdür.

TÜSİAD, insan hakları evrensel ilkelerinin, düşünce, inanç ve girişim özgürlüklerinin, laik hukuk devletin, katılımcı demokrasi anlayışının, liberal ekonominin, rekabetçi piyasa ekonomisinin kurum ve kurallarının ve sürdürülebilir çevre dengesinin benimsendiği bir toplumsal düzenin oluşmasına ve gelişmesine katkı sağlamayı amaçlar.

TÜSİAD, Atatürk'ün öngördüğü hedef ve ilkeler doğrultusunda, Türkiye'nin çağdaş uygarlık düzeyini yakalama ve aşma anlayışı içinde, kadın erkek eşitliğini siyaset, ekonomi ve eğitim açısından gözetken iş insanlarının toplumun öncü ve girişimci bir grubu olduğu inancıyla, yukarıda sunulan ana gayenin gerçekleştirilmesini sağlamak amacıyla çalışmalar gerçekleştirir.

TÜSİAD, kamu yararına çalışan Türk iş dünyasının temsil örgütü olarak, girişimcilerin evrensel iş ahlaki ilkelerine uygun faaliyet göstermesi yönünde çaba sarf eder küreselleşme sürecinde Türk rekabet gücünün ve toplumsal refahın, istihdamın, verimliliğin, yenilikçilik kapasitesinin ve eğitimin kapsam ve kalitesinin sürekli artırılması yoluyla yükseltilmesini esas alır.

TÜSİAD, toplumsal barış ve uzlaşmanın sürdürüldüğü bir ortamda, ülkemizin ekonomik ve sosyal kalkınmasında bölgesel ve sektörel potansiyelleri en iyi şekilde değerlendirerek ulusal ekonomik politikaların oluşturulmasına katkıda bulunur Türkiye'nin küresel rekabet düzeyinde tanıtımına katkıda bulunur, Avrupa Birliği (üyeliği sürecini desteklemek üzere uluslararası siyasal, ekonomik, sosyal ve kültürel ilişki, iletişim, temsil ve iş birliği ağlarının geliştirilmesi için çalışmalar yapar Uluslararası entegrasyonu ve etkileşimi, bölgesel ve yerel gelişmeyi hızlandırmak için araştırma yapar, görüş oluşturur, projeler geliştirir ve bu kapsamda etkinlikler düzenler.

TÜSİAD, Türk iş dünyası adına bu çerçevede oluşan görüş ve önerilerini Türkiye Büyük Millet Meclisine (TBMM), hükümete, diğer devletlere, uluslararası kuruluşlara ve kamuoyuna doğrudan ya da dolaylı olarak basın ve diğer araçlar aracılığı ile ileterek yukarıdaki amaçlar doğrultusunda düşünce ve hareket birliği oluşturmayı hedefler.

TÜSİAD, misyonu doğrultusunda ve faaliyetleri çerçevesinde ülke gündeminde bulunan konularla ilgili görüşlerini bilimsel çalışmalarla destekleyerek kamuoyuna duyurur ve bu görüşlerden hareketle kamuoyunda tartışma platformlarının oluşmasını sağlar.

Rekabet hukuku kurallarının şeffaf, tutarlı ve öngörülebilir bir şekilde uygulanması ekonomik davranışları etkilemekte ve ekonomik gelişmeye katkı sağlamaktadır. Bu doğrultuda, rekabet hukukunun yatırım ortamının iyileştirilmesinde önemli bir rolü bulunmaktadır. Rekabet hukuku alanında mevzuatı yakından takip etmek ve Türkiye’de rekabet mevzuatının etkin uygulanması için önerilerde bulunmak amacıyla faaliyetler yürüten TÜSİAD Rekabet Hukuku Çalışma Grubu, “Yatırım Ortamının İyileştirilmesinde Rekabet Hukukun Olası Rolü Projesi”ni başlatmıştır. Söz konusu proje ile rekabet hukukunda mevcut ve geliştirilmeye açık uygulamaların tespit edilmesi, bunların rekabetçi davranışları artıracak şekilde revize edilmesinin yatırım ortamına olası olumlu etkilerinin ortaya konulması hedeflenmektedir.

Raporun hazırlanmasında, çok yönlü bir araştırma yapılması amacıyla öncelikle akademik yazın ve uluslararası örgütlerin çalışmalarında bu konunun işleniş şekli, kullanılan kriterler ve yöntemler incelenmiştir. Bu sayede Türkiye’de yürütülecek ampirik çalışmaların temeli ve aşamaları belirlenmiş, uzman görüşleri alınmış, yaygın anketler ve derinlemesine mülakatlar yapılmıştır.

Bu rapor, Koç Üniversitesi Öğretim Üyesi Dr. Zeynep Ayata ve İstanbul Bilgi Üniversitesi Öğretim Üyesi Doç. Dr. Kerem Cem Sanlı tarafından hazırlanmıştır. Raporun yayına hazırlanmasında TÜSİAD Genel Sekreter Yardımcısı Melda Çele, TÜSİAD Sürdürülebilirlik ve Yatırım Ortamı Direktörü Gaye Sarioğlu, Uzman Fatmanur Sarı Ulusoy, Uzman Yardımcısı Gizem Ergün ve Uzman Yardımcısı Ece Filizel katkı sağlamıştır.

I. Giriş ve Kavramsal Çerçeve

Hukuk sistemi ile yatırım ortamı ve ekonomik gelişme arasında göz ardı edilemez bir ilişki vardır. Hukuk kurallarının şeffaf, tutarlı ve öngörülebilir bir şekilde uygulanması, yatırım ortamını iyileştirmek suretiyle ekonomik gelişmeye katkı yapar. Bu önerme, rekabet hukuku kuralları açısından da evleviyetle geçerlidir. Rekabet hukuku, herhangi bir istisna olmaksızın tüm endüstrilerde çok çeşitli ekonomik davranışları düzenlemekte ve caydırıcı yaptırımlar aracılığı ile ekonomik aktörlerin (teşebbüslerin) davranışlarını esaslı şekilde etkilemektedir. Geniş bir çerçevede sadece rakipler arasındaki anlaşmalar değil tedarik zincirinin farklı aşamalarındaki dağıtım ya da tedarik anlaşmaları ve hatta tek yanlı davranışlar rekabet hukukunun konusunu oluşturmaktadır. Diğer yandan devralma ya da ortak girişim veya iş birliği anlaşmaları gibi stratejik yatırım kararları ve indirim, promosyon ve fiyatlama gibi gündelik ticari kararlar da rekabet hukuku kurallarından etkilenebilmektedir. Bu çerçevede, rekabet hukukunun yatırım ortamını etkileme potansiyeli oldukça yüksektir.

Rekabet hukukunun yatırım ortamını nasıl ve hangi açılardan etkilediğini açıklamadan önce, yatırım ortamı ve bunun iyileştirilmesi kavramlarından ne anlaşılması gerektiğini açıklamak yerinde olacaktır. Yatırım ile değer artırıcı her türlü ekonomik faaliyet kastedilmektedir. Bu anlamda yatırım kavramı, üretim amacıyla imalathane veya araştırma geliştirme yatırımları gibi kalıcı ve uzun dönem pozitif etkileri olabilecek ekonomik faaliyetleri içerdiği gibi kısa dönem etkileri olan değer artırıcı karar ve davranışları da kapsamaktadır. Yatırım ortamı da bu

kararları etkileyen faktörler (ya da değişkenler) bütünüdür ve hukuk kuralları da bu değişkenlerden önemli bir tanesidir. Bu anlamda (rekabet) hukuk(u), değer artırıcı faaliyetleri özendiren, kaynakların ekonomik aktiviteye tahsis edilmesini kolaylaştırıyorsa veya buna engel olmuyorsa yatırım ortamının iyileştirilmesine katkı sağlıyordur. Aksi söz konusuysa, rekabet hukuku değer artırıcı olmasına rağmen yatırım kararlarını caydırıyor ya da kaçınılması mümkün olmasına rağmen yatırımlar üzerinde ilave maliyetler yaratıyorsa, yatırım ortamını kötüleştiriyordur.

İlk bakışta teşebbüslerin ticaret özgürlüğünü sınırlaması, yasaklar öngörmesi nedeniyle rekabet hukukunun yatırım kararları önünde engel teşkil ettiği düşünülebilir. Netice olarak her bir yasak, bazı davranışları sınırlar, onların yapılmasına neden olur. Nitekim rekabet hukuku teşebbüsler arasındaki bazı anlaşmaların yapılamamasına veya birleşme ve devralmalarda olduğu gibi bazı eylem ve işlemlerin Rekabet Kurumuna ("Kurum") bildirilmesine neden olmakta ve teşebbüsler yapmayı düşündükleri yatırımlardan rekabet hukuku riskleri nedeniyle vazgeçebilmektedirler. Keza teşebbüsler hukuka uyum (*compliance*) sağlamak adına, sürekli bir kaynak ayırmak durumunda kalabilmekte bu da yatırım maliyetlerini artırmaktadır. Ancak rekabet hukukundan kaynaklanan bu davranış değişiklikleri ve ilave maliyetler, başka ekonomik faydaların elde edilmesine hizmet etmektedir. Rekabet hukukunun teşebbüsler üzerinde yarattığı bu maliyetler, son tahlilde piyasaları daha rekabetçi hale getirmekte ve bundan, teşebbüsler de dahil olmak üzere tüm toplum

yararlanmaktadır. Dolayısıyla rekabet hukuku kuralları sosyal açıdan net maliyete neden olan davranışlara müdahale ettiği ölçüde, teşebbüslerin özgürlüklerine müdahale edilmesi, yatırım ortamını kötüleştirmemekte bilakis iyileştirmektedir. Zira bir yatırım kararından rekabet hukuku nedeniyle vazgeçilmiş veya anılan karar uyarlanmışsa, vazgeçilen yatırımın rekabeti azaltması nedeniyle ekonomik açıdan katma değerli bir yatırım olmaması beklenmektedir. Bunun için rekabet hukuku yasaklarının, sosyal maliyete neden olan ve refahı artıran (ya da rekabet karşıtı ve rekabetçi) davranışlar arasındaki sınırı iyi bir şekilde çizmesi gerekmektedir.

Bu nokta, rekabet hukuku ile yatırım ortamı arasındaki ilişkiye de genel bir çerçeve çizmektedir. Rekabet hukukunun yatırım ortamına pozitif katkı yapabilmesi için ekonomik açıdan değer taşıyan yatırımları özendirilmesi veya engel olmaması ancak sosyal maliyete neden olan davranış ve kararları da caydırabilmesi gerekmektedir. Bunu yaparken de rekabetçi piyasa hedefinin gerektirdiğinden daha fazla bir maliyete ya da riske neden olmaması şarttır. Rekabet hukuku bunu başarılı bir şekilde yapabildiği ölçüde piyasaları daha rekabetçi hale getirmekte; rekabetçi piyasalar ise, ekonomik refaha önemli katkı yaptığı gibi yatırım ortamını da iyileştirmektedir. Piyasa ekonomisinin temel taşlarından olan rekabet, performans ve verimliliğe (ekonomik liyakate) dayalı bir düzen kurulmasını sağlar. Bu düzen de yatırım ortamının arzu edilen sonuçlar üretmesi için

elzemdir. Aşağıdaki başlık altında ele alındığı üzere; rekabet hukukunun varlığı, genel olarak yatırım ortamı açısından pozitif bir unsur olarak değerlendirilmekte ve özellikle yabancı yatırımları teşvik etmektedir¹.

Bu genel çerçevede, rekabet hukuku ile yatırım ortamı arasındaki ilişki iki temel düzlemde incelenebilir: “Hukukun muhtevası” (*substantive law*) ve “hukukun uygulanması” (*procedure and enforcement*). Bunları birbirinden tam olarak ayırmak mümkün değilse de bu tasnif yatırım ortamı ile rekabet hukuku arasındaki ilişkiyi incelemeyi kolaylaştırmaktadır.

Hukukun muhtevası ile kastedilen, rekabet hukukunun yasakladığı davranışlardır. Bu kavram, rekabet hukuku yasaklamaları olarak da adlandırılabilir. Bunun da en azından iki alt boyutu vardır. Birincisi, pozitif hukuk açısından maddi rekabet hukuku kurallarıdır². Bu kurallar temelde Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da (“Rekabet Kanunu” veya “Kanun”) yer almakla birlikte, bunlardan ibaret değildir. İkincil düzenlemeler, yani tebliğ, yönetmelik ve kılavuzlar da maddi rekabet hukukunun parçasıdır ve açıklandığı üzere³, rekabet hukukunda bu düzenlemeler son derece önemlidir. Hukukun yasakladığı davranışlar, yatırım ortamı üzerinde negatif veya pozitif etki yapabilir. Örneğin, değer artırmasına rağmen, hukuk kuralı davranışı yasaklıyor ya da sınırılıyorsa, bu yatırım ortamını negatif etkilemektedir (“yanlış kural”). Burada kural ile sadece Rekabet Kanunu değil, aynı

¹ Bkz. aşağıda. III/A.

² Bkz. aşağıda III/B.

³ Bkz. aşağıda III/A ve B.

zamanda ikincil mevzuat da kastedilmektedir. Dolayısıyla ikincil mevzuattaki kuralların “yanlış” olması da yatırım ortamını olumsuz etkilemektedir. İkinci alt boyut ise kuralların yorumuna ilişkindir⁴. Kuralın hatalı yorumlanması, örneğin, kuralın değer artırıcı yatırımları yasaklayacak şekilde yorumlanması (“yanlış yorum” ya da “Tip I hata⁵”) veya kuralın aynı ya da benzer olaylarda tutarlı olmayacak şekilde yorumlanması (“tutarsız yorum” veya “tutarsız uygulama”) yine yatırım ortamını olumsuz etkilemektedir⁶. Esasen yanlış kural ile yanlış yorum arasında önemli bir fark yoktur. Her ikisi de değer artırıcı yatırımları buna bağlı olarak da rekabeti ve yatırım ortamını olumsuz etkilemektedir. Ancak sorunun çözümü farklıdır: Sorun, ilkinde yasal düzenleme ile diğerinde ise doğru yorum ile çözümlenmektedir. Tutarsız yorum ise yaratacağı belirsizlik nedeniyle teşebbüsler üzerinde önemli bir risk faktörüdür. Teşebbüsler, hangi davranışın yasak kapsamına girdiğini kesin olarak bilemeyecekleri için hukuk kuralları onları gerektiği gibi güdüleyemez ve muhtemelen bu teşebbüsleri faydalı davranışları gerçekleştirmekten de alıkoyar.

Rekabet hukuku kurallarının geniş ve belirsiz kapsamı (“çerçeve norm” - “blanket norm”), kuralın kendisinden (lafzından) ziyade, yorumu daha önemli kılmaktadır. Bu nedenle, özellikle Rekabet Kurulu (“Kurul”) ve mahkemelerin re-

kabet hukukunu nasıl yorumladıkları ve bunu ne ölçüde tutarlı bir şekilde gerçekleştirdikleri yatırım ortamının iyileştirilmesi açısından büyük önem taşımaktadır. Hatta teşebbüsler bakımından, kuralın refahı artırıcı özelliğinden ziyade, belirsizlik faktörü daha önemlidir. Kuralın refah artırıcı olup olmadığı daha tartışmalı bir unsur iken tutarlılık ve belirlilik, karar alma ve davranış üzerinde doğrudan etki yapmak suretiyle kaçınılmaz olarak ön plana çıkmaktadır. Bu bağlamda, kuralın belirli ve herkese eşit bir şekilde uygulanması, yatırım ortamının iyileşmesi açısından hayati öneme sahiptir. Nitekim bu çalışma esnasında elde edilen veriler, bu hususu teyit etmektedir.

Hukukun uygulanması ile kastedilen ise yaptırımlar da dahil olmak üzere, yasakların amaca ulaşması için öngörülen kurallar ve gerçekleştirilen idari ya da yargısal işlem ve eylemlerdir⁷. Bu çerçevede, Kurumun inceleme araştırma usulü ve idari para cezalarının tatbiki ile yatırım ortamı arasında derin bir ilişki vardır. Rekabet hukukunun tatbiki ile elde edilmek istenen amaca ulaşmak için rekabet hukuku sisteminin gerekli olmayan (ölçüsüz) maliyet ve risk yaratmaması asıldır. Bu çerçevede, usulü ve yaptırımları belirleyen kuralların amaca uygun olmaları gerekmektedir. Ancak bu yeterli değildir. Aynı zamanda, Kurumun inceleme yetkilerini kullanırken ve/veya yaptırım uygularken ölçülü

⁴ Bkz. aşağıda III/C.

⁵ Hata ile iki senaryo kastedilmektedir. İlki, yasaklayıcı normun, yorum yoluyla, aslında rekabet karşıtı olmayan bir davranışa müdahale etmesi ve bu davranışı yasak kapsamına almasıdır. Bu “tip I hata” olarak adlandırılır. Diğer senaryo ise rekabet karşıtı bir davranışın, hukuka uygun görülmesi ve dolayısıyla herhangi bir yaptırıma tabi tutulmamasıdır. Bu da “tip II hata” olarak adlandırılmaktadır.

⁶ Bkz. aşağıda III/C/2.

⁷ Bkz. aşağıda IV.

davranması ve belirsizlik yaratacak, tutarsız ve eşitlikçi olmayan uygulamalardan kaçınması gerekmektedir. Örneğin, yerinde inceleme veya bilgi isteme yetkilerinin gereğinden fazla kullanılması ya da bu yetkinin kullanımı esnasında (fayda/maliyet dengesini gözetmeksizin) ölçülü olmayan uygulamalar yapılması, yatırım ortamını negatif etkileyen unsurlar olarak düşünülebilir. Yaptırımların ölçüsüz büyüklükte olması ya da tutarsız ve belirsizlik yaratacak bir şekilde uygulanması da aynı şekilde yatırım ortamını olumsuz etkilemektedir. Maddi hukuk kadar, usul hukuku kurallarının tatbikinde de şeffaflık ve öngörülebilirlik önemli prensiplerdir ve idare bu kurallara uyduğu ölçüde yatırım ortamı ve tüm paydaşlar olumlu etkilenmektedir.

Maddi hukuk ve usul hukuku ayırımında, yatırım ortamı ile rekabet hukuku arasındaki ilişkinin aşağıdaki parametreler çerçevesinde incelenmesi mümkündür.

- Maddi hukuk kurallarının yani yasaklamaların lafzı ("yanlış kural")
- Maddi hukuk kurallarının yorumu
 - ❖ Belirsizlik ("tutarsız yorum")
 - ❖ Yanlış yorum ("yanlış yorum" veya "Tip I ve Tip II hata")
- Hukuk kurallarının belirli prensipler (ölçülülük, belirlilik ve eşitlik) doğrultusunda uygulanması
 - ❖ İnceleme ve araştırma yetkilerinin kullanımı
 - ❖ Yaptırımlar

Aşağıda bu ayrımlar çerçevesinde Türk rekabet hukukunun yatırım ortamının iyileştirilmesine olan katkısı incelenecektir. Bununla birlikte, mevcut durumda rekabet hukukunun aksayan ya da geliştirilebilecek yönlerinin olup olmadığı öncelikli olarak ele alınacak ve bu çerçevede yatırım ortamının iyileştirilmesine pozitif katkı yapmasının mümkün olup olmadığı sorusu yanıtlanacaktır. Dolayısıyla bu çalışmadaki ana sorun, mevcut rekabet hukukunun, yatırım ortamının iyileştirilmesi açısından gelişmeye açık yönlerinin olup olmadığının belirlenmesidir. Bu yönlerin veya özelliklerin belirlenmesi, konunun kamuoyunda tartışılmasına ve tartışma ortamının da süreç içerisinde rekabet hukukunun gelişimine ve dolayısıyla yatırım ortamının iyileşmesine katkı yapması beklenebilecektir. Aşağıda bu alandaki akademik literatür değerlendirilmekte ve bu literatür çerçevesinde varılan sonuçlar aktarılmaktadır.

II. Yazın ve Yöntem

A. ULUSLARARASI KURULUŞ/ÖRGÜTLERİN RAPORLARI

OECD

OECD 2006 yılında yayımladığı “Policy Framework for Investment – A Review of Good Practices”⁸ başlıklı raporunda ekonominin yatırım çekme ve yatırımının faydalarını maksimize etme yeteneğini artırmayı, rekabet politikasının gelişime katkılarından biri olarak belirtmektedir. Yatırım ortamı ve rekabet hukuku ilişkisinde diğer uluslararası çalışmalara referans olan bu rapor, rekabet politikasının sadece yatırım miktarını artırmadığını, aynı zamanda -hatta daha da önemli olarak- yatırımın kalitesini artıracaklarını, yeni ve daha etkin teknolojilere ve katma değeri fazla ürünlere yatırımı artırarak büyümeyi sağlayacağını ifade etmektedir.

OECD raporunda en fazla vurgu yapılan konulardan biri rekabet hukukunun şeffaf ve uygulamasının öngörülebilir olması gerekliliğidir. Ayrıca, kararların tarafsız ve tutarlı olması da son derece önemlidir. Bu önermeye göre, şeffaflık ve öngörülebilirlik yatırımcıların üstlendiği belirsizliği ve dolayısıyla riski azaltarak yatırım ortamının gelişmesine katkı yapacaktır. Rekabet otoritelerinin yabancı yatırımın ülkeye gelmesini engelleyebilecek rekabet karşıtı davranışlara karşı dikkatli olması ülkenin yatırım ortamına katkı sağlayabilmektedir. Yarattıracak güven ortamı uluslararası sermayeyi çekecektir.

OECD raporu, bir ülkede rekabet politikasının etkin bir şekilde uygulanabilmesi için rekabet otoritesinin yeterli kaynağa ve politik desteğe sahip olması gerektiğini vurgulayarak, güçlü bir siyasi kararlılığın olmadığı durumlarda rekabeti ve dolayısıyla yatırımı teşvik etme çabalarının başarısızlığa uğraması olasılığına da dikkat çekmektedir. Diğer taraftan, raporda öngörülebilirliğin sağlanması için özellikle rekabet otoritelerinin şeffaf ve tarafsız karar vermelerinin önemine dikkat çekilmektedir. Aksi takdirde tutarsız bir uygulama oluşacaktır ve buna bağlı olarak yatırımcının hem maliyeti hem de karşılaştığı riskler artacaktır. Bu nedenle rekabet otoritelerinin siyasi baskıdan yalıtılması etkin ve adil bir rekabet uygulaması ve yatırım ortamının iyileştirilmesi için gereklidir⁹.

Rapor’da rekabet karşıtı davranışların ülkede yapılan yatırımı olumsuz etkileyeceğine dair somut örnekler sunulmaktadır. Bu bağlamda, yüksek pazar gücüne sahip bir teşebbüsün tedarikçileri ve toptancılarıyla münhasırlık anlaşmaları yapmasının, pazara girişi ve dolayısıyla yatırımı olumsuz etkileyebileceğine, bir yıkıcı fiyatlama tehdidinin alt ve üst pazarlardaki olası yatırıma ket vurabileceğine, sağlıklı bir yatırım ortamının sağlanabilmesi için yatırımı engelleme/azaltma ihtimali olan kuralların tespiti ve kaldırılması gerekliliğine değinilmektedir¹⁰. Dolayısıyla rekabet otoritelerinin kararlı bir şekilde rekabetçi olmayan davranışları önleme iradesini ortaya koyması yatırım ortamı üzerinde önemli ve pozitif bir etki yapacaktır.

⁸ OECD, Policy Framework for Investment – A Review of Good Practices, Chapter 4 - Competition Policy, s. 89-101, 2016.

⁹ OECD, 2016, s. 91-92

¹⁰ OECD, 2016, s. 92-93

Dünya Bankası

Rekabet Kanunu'nun kabulünden yaklaşık 20 yıl ve bu Kanunu uygulamakla yükümlü otorite olan Kurumun tesis edilmesinden 16 yıl sonra Dünya Bankası, Türkiye'de rekabet politikalarının gelişimi ve pazarların rekabetçi yapısı ve verimliliği açısından kapsamlı bir değerlendirme yapmıştır¹¹. Gerek rekabet otoritelerinin ve devlet kurumlarının, gerekse iş dünyasının görüşlerini yansıtan bu raporun temel konularından biri Türkiye'nin aday bir ülke olarak Avrupa Birliği ("AB") ile uyumlaştırma amacıyla yaptığı reformların kapsayıcılığı, etkinliği ve uygulama düzeyidir.

Dünya Bankası, OECD çalışmalarında da özellikle vurgulandığı gibi iç piyasalardaki rekabeti, teşebbüslerin de uluslararası rekabetçiliğini sağlayabilmek için kritik bir unsur olarak görmektedir. Teşebbüsler, faaliyetlerinde kullandıkları girdilerin birçoğunu iç pazardan tedarik ettikleri için (taşıma, enerji vb.) bu girdileri sağlayan üst pazarlarda rekabetin sınırlı olması, teşebbüsler bakımından maliyetlerin yükselmesine ve uluslararası rekabetçiliklerinin düşmesine yol açabilmektedir. Dünya Bankası raporunun da vurguladığı bilimsel çalışmalar rekabetçi bir ortamda faaliyet gösteren teşebbüslerin inovasyon yapma ve üretkenliklerini artırma ihtimalinin daha yüksek olduğunu ortaya koymaktadır. Nihayetinde, rekabet politikaları ile tüketiciler bakımından da düşük fiyatlar, artan kalite, daha iyi iş imkanları vb. önemli faydaların

ortaya çıkması mümkündür. Rapor, ayrıca üretkenliğin düşük olduğu ülkelerin lider ülkelerle aralarındaki farkı kapatma hızlarının da rekabet politikalarına bağlı olabileceğini ortaya koyan ampirik çalışmalardan örnekler vermektedir. Bu doğrultuda, rekabetçi olmayan politikaların ekonominin tamamında çeşitli kanallarla refah düşüşüne yol açtığını, özellikle artan ürün maliyetleri, düşük üretkenlik ve inovasyon gibi önemli konularda olumsuz etkiler yarattığını ifade etmektedir.

Raporda da dikkat çekildiği üzere, Türkiye'nin bu dönemde Kuruma verdiği önem hiç de azımsanmayacak bir seviyededir. Nitekim, Clougherty'nin¹² yaptığı bir çalışmaya göre 32 ülke arasında 1992-2007 arasında rekabet kurumuna ayrılan bütçenin en çok arttığı ülke Türkiye'dir. Ancak üzerinde durulması gereken nokta, bu dönemin Kurumun kuruluş yatırımlarını kapsamaması ve aynı bütçe oranlarının takip eden dönemlerde devam etmemesidir.

Dünya Bankası raporu, Türkiye'de rekabeti sınırlandıran çeşitli faktörleri detaylı olarak sıralamaktadır. Raporun önemle vurguladığı bazı noktalara bu raporda kısaca yer verilecektir.

Bunların birçoğu devletin doğrudan müdahalesi ve/veya düzenlemesi ile ilgilidir. Rapora göre, eğer Türkiye daha iyi bir rekabet ortamına sahip olursa, bu çok ciddi bir verimlilik artışı sağlayacak ve sonuçta Türkiye'de yaşayanların

¹¹ World Bank, Republic of Turkey Reform for Competitiveness Technical Assistance: Fostering Open and Efficient Markets through Effective Competition Policies, 2013.

¹² Joseph A. Clougherty, Competition Policy Trends and Economic Growth: Cross-National Empirical Evidence, International Journal of the Economics of Business, C: 17, S: 1, s. 111-127, 2010.

refahına ve yaşam standardının artışına çok büyük bir katkı olacaktır. Dünya Bankası'nın tahminlerine göre bu şekilde fiyat-maliyet hesaplamalarında %10'luk bir azalma ile diğer bütün şartlar sabit kalsa bile yıllık büyüme hızında %4,5'lik bir artış sağlanacaktır. Dünya Bankası'nın bu öngörüsü ekonomik büyüme ve refah artışı ile rekabet politikasının ilişkisine dair Türkiye özelinde görülebilecek en somut tespiti ortaya koymaktadır.

Rapor, sağlıklı bir rekabet ortamının yaratılmasında görülen bazı engellere de işaret etmektedir. Türkiye, ürün piyasalarında OECD içinde en yaygın fiyat kontrolü yapan ülke olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca fiyata müdahalenin mekanizmaları da çok net olarak belirlenmiş değildir. Rapor döneminde birçok hizmet rekabete açık değildir ve bu anlamda uluslararası pratiklerden çok ciddi olarak ayrılmaktadır. Avukatlık, muhasebecilik gibi birçok hizmet alanında giriş sınırlamaları dışında çoğunlukla asgari ücretlerin belirlenmesi, ulaşım gibi bazı hizmetlerde kontrollerin fazla olması, yine bazı hizmet alanlarında reklam yasaklarının olması işleyebilir rekabet koşullarının oluşmasını zorlaştırmakta ve uluslararası rekabete açılmayı nerdeyse imkansızlaştırmaktadır. Rapor, sadece hizmet sektöründe düzenlemelerin kaldırılmasının %1 büyümeyi sağlayacağı iddia edilmektedir. Rapora göre birçok piyasada müteşebbisler için giriş engelleri bulunmaktadır. Özellikle; devletin ekonomik faaliyetleri, örneğin kamu iktisadi teşebbüslerinin piyasada aktör olarak egemen olduğu durumlarda, özel sektör üzerinde dışlama etkisi yaratmaktadır. Rapor, vur-

gulanan en önemli noktalardan birinin devlet desteklerini denetleme mekanizmalarının çok zayıf olması ve hatta gerekli denetimlerin yapılmaması olduğu söylenebilir. AB müktesebatına uyum çerçevesinde bazı norm ve yaptırımlar öngörülmüş olsa da bu mevzuat hala yürürlüğe girmemiştir ve rekabet politikasının önemli bir alanı olan devlet destekleri Türkiye'de denetlenmemektedir.

Raporda, Kurumun sektörel düzenleyici otoriteler ve devlet kurumlarına karşı rekabet savunuculuğu (*competition advocacy*) faaliyetlerinde zayıf kaldığı ifade edilmektedir. Kurum tarafından sektör seviyesinde rekabet karşıtı düzenleme ve yasalara karşı bildirilen görüşlerin bağlayıcı olmaması bunun sebeplerinden biri olarak görülebilir. Kurumun bu kurumlarla ilişkisi kurma kapasitesini artıracak adımlar atması gerektiği, ancak bu şekilde kendi fonksiyonunun sadece tekelleşmeyi kontrol etmek değil, aynı zamanda ekonomik büyümeyi sağlamak ve refahı yaymak olduğu düşüncesini benimsetebileceği vurgulanmaktadır.

Raporda ayrıca, Rekabet hukuku uygulamasının son yıllarda güçlendiği ve OECD raporundan farklı olarak Kurumun idari ve operasyonel bağımsızlık, personel eğitimi ve rekabet hukuku kurallarının uygulanması bakımından olumlu geri dönüş aldığı belirtilmektedir. Rapor, Ekonomik Analiz ve Araştırma Dairesi'nin olmasını da Kurumun daha ekonomik yaklaşımlar geliştirmesinin yolunu açacağına dair bir işaret olarak görmektedir. Buna mukabil rapor, Kurumun yapısının uzmanlıklar açısından da tam yeterlilikte olmadığına işaret etmekte, pek

çok hukuk yüksek lisansı derecesi olan uzman bulunsa da yalnızca 20 hukuk lisansı olan uzmanın yüksek lisans derecesinin olduğunu ve hukukçu kadro sayısının yeterli olmadığını belirtmektedir.

Türkiye'nin anti-tekel (*antitrust*) politikasının hala tamamlanmamış olduğunu belirten Dünya Bankası'nın bu konudaki temel tezi, pazar ekonomisinin de rekabeti ve rekabetçi politikaların uygulamalarını güçlendirerek büyümeyi ve refahı artıracığıdır. Bu çerçevede belirtildiği üzere, Dünya Bankası profesyonel hizmetleri rekabete açmayı ve devlet yardımlarını kontrol ederek rekabeti zorlaştıran etkilerini azaltmayı önermektedir.

Son olarak, Kurulun yeteri kadar bağımsız olmayabileceğini vurgulayan rapor, bunun sebebi olarak Kurumun aktivitelerinin bakanlığın gözetimi altında olmasını (*supervise*) ve Kurul üyelerinin atanma yöntemini göstermektedir.

Avrupa Komisyonu 2021 Türkiye Raporu

Avrupa Komisyonu'nun 2021 Türkiye raporu na göre Türkiye, uzun zamandır var olan bir kanuna ve kurumsal işleyişe sahip olduğu için rekabet politikası alanında belirli düzeyde hazırlıklıdır. Türkiye aday ülke olduğundan beri rekabet mevzuatının AB müktesebatına uyumu konusunda bazı ilerlemeler kaydedilmiştir. Kanun, Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 101 ve 102. maddeleri ile uyumludur.

Türkiye, rekabet hukukunu daha da uyumlaştırmak için Haziran 2020'de Kanun'da yaptığı değişikliklerle birleşme ve devralmalarda etkin

rekabetin önemli ölçüde azaltılması testine, "de minimis" kuralına ve taahhütler ve uzlaşma prosedürlerine ilişkin düzenlemeler yapmıştır. "De minimis" kuralına ve taahhüt prosedürüne ilişkin ikincil mevzuat ise Mart 2021'de yürürlüğe girmiştir.

Rapora göre kurumsal çerçevesi açısından AB'nin mütakabil organı ile son derece uyumlu olan Kurumun idari ve mali özerkliğinin olmasına rağmen üyelerinin Cumhurbaşkanı tarafından doğrudan atanıyor olması, bağımsız yargı niteliği açısından endişe oluşturmaktadır. Rapor, Kurumun soruşturmalara ve baskınlara yol açan şikâyetlere ilişkin ayrıntılı verileri yayımlamamasının uygulama kapasitesinin şeffaflığını zedelediği kanaatindedir. Rapora göre, "Kurumsal ve düzenleyici ortam daha da zayıflamıştır ve öngörülebilirlik, şeffaflık ve düzenlemelerin uygulanması ile ilgili sorunlar kalıcı olmaya devam etmiştir". Rekabet ortamı için önemli olan "piyasadan çıkış" hâlâ maliyetli ve yavaştır. Özellikle fiyat belirleme mekanizmalarında devlet müdahaleleri devam etmektedir. Her ne kadar devlet destekleri ile ilgili mevzuat halen AB müktesebatı ile oldukça uyumlu olsa da desteklerin uygulama kuralları, yürütmesi ve şeffaflığına yönelik eksiklikler bulunmaktadır. Halen bu destekler üzerindeki yasal çerçeve tarım, balıkçılık ve hizmet sektörlerini kapsamamaktadır. Ayrıca devlet proje bazlı yatırım programında ve farklı zamanlarda çıkarılan teşvik programlarında (örneğin: Teknoloji Odaklı Sanayi Hamlesi Programı) devlet desteklerini uygulamaktadır. Devlet Desteklerinin İzlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanun'un yürürlüğe sokulma tarihi sonradan kaldırılmış ve

Cumhurbaşkanı'na süresiz erteleme yetkisi verilmiştir. Bağımsız bir devlet destekleri otoritesi olmaması, destek programlarının bir envanteri bulunmaması ve bu programlara erişimin şeffaf olmaması; Türkiye'de bu kanunun uygulanması, uygulama kapasitesi ve şeffaflık konusunda endişe yaratmaktadır.

Yetersiz rekabet, medya sahipliğindeki yoğunlaşma ve düzenleyici makamların bağımsız olmaması nedeniyle bu alandaki gerileme devam etmiştir. Uluslararası alım eşik değerlerinin üzerindeki ihalelerde, uluslararası katılımcılara karşı rekabeti bozucu yerli fiyat avantajı mal alımlarının %56'sına, yapım işlerinin %60'ına, danışmanlığın %20'sine ve hizmet ihalelerinin %71'ine uygulanmaktadır ve bu oranlar toplam değerinin sırasıyla %53, %57, %24 ve %70'ine tekbül etmektedir.

Enerji kaynaklarının çeşitlendirilmesine rağmen enerji sektöründe, özellikle akaryakıt fiyatları çerçevesinde, rekabet ve fiyatlandırma mekanizmaları ile ilgili sorunlar devam etmektedir.

B. YAZIN (AKADEMİK LİTERATÜR)

Rekabetin normatif olarak düzenlenmesinin yatırım ortamını nasıl etkilediği, küresel düzeydeki ilk yasal düzenleme olan Sherman Yasası'ndan bu yana hem kuramsal olarak hem de uygulamada çok tartışılmaktadır. Bu tartışmalar iki temel ve zıt görüşe dayanmaktadır. Bir yanda, piyasadaki rekabetçi yapının müdahalesiz korunması gerektiğini ancak bu şekilde di-

namik bir yatırım ortamı oluşacağını, bu tür bir piyasanın hem ürün hem de hizmet alanında yenilikleri teşvik edeceğini ve böylelikle hem tüketicinin hem de üreticinin refah ve ekonomik büyümeden pay alacağını savunan kuramlar karşımıza çıkmaktadır. Bu görüşler son dönemlerde yeni teknolojileri geliştiren büyük teşebbüslerin yenilikçi yapılarının korunması tartışmaları ile tekrar gündeme gelen Schumpeter tarafından savunulmaktadır. Schumpeter tekeli yapıların yenilik avantajı oluşturduğunu iddia ederek müdahale konusunda dikkatli olunması gerektiğini savunmuştur.¹³

Karşıt görüş ise farklı bir "kamu çıkarı" anlayışı ile hareket etmektedir. Bu yaklaşıma göre piyasalarda hiçbir düzenleme olmazsa yenilikçi ve refahı sağlayıcı bir yarışmanın yerini iktisadi gelişmeyi zora sokan davranışlar alacaktır. Sadece kâr amacı ile hareket eden, girişim özgürlüğünü kısıtlayan ve dışlayıcı eylemlerde bulunan teşebbüslerin bulunduğu pazarlarda hem tüketici hem de girişimci zarar görecektir, yenilik yapmak ve ekonomik büyümeyi ve refahı sağlamakta zorluklar oluşacaktır.

Yeni tartışmalarda her ikisi de göz önüne alınarak devletin müdahalesinin yönü ve miktarının önemine dikkat çekilmektedir. Devlet burada ikili bir yapı oluşturmak durumundadır. Bir yandan girişim özgürlüğü ve tüketici hakları, çalışma barışı gibi temel hak ve özgürlükleri korumak diğer yandan da piyasa mekanizmasını işletmek, yatırım ortamını iyileştirerek ekonomik büyümeyi ve refahı sağlamak gerekmektedir.

¹³ Joseph Alois Schumpeter, Capitalism Socialism and Democracy, 1942.

Bu görüşle uyumlu biçimde Rekabet Kanunu'na dayanılarak kurulan Rekabet Kurumu, misyonunu "kartelleşmeyi ve tekelleşmeyi engellemek, tüketici faydasını artırmak, piyasa mekanizmasının sağlıklı bir şekilde işlemesine katkı sağlamak, uluslararası rekabet gücünün artırılmasına katkıda bulunmak, giriş engellerini azaltarak yatırım ortamının sağlıklı işlemlerini temin etmek" olarak ifade etmektedir. Ayrıca, vizyon belgelerinde rekabet hukuku ve uygulamasının amacı "sürdürülebilir kalkınmayı, çeşitliliği, verimliliği, kaliteyi" desteklemek olarak belirtilmektedir.

Rekabet hukukunun ve uygulamasının ekonomik büyüme ve yatırım ortamına etkisinin ne olacağı konusu literatürde tartışmalıdır. Son yirmi yılda bu konuya ilişkin hem ampirik hem de kuramsal birçok çalışma yapılmıştır. Rekabet hukuku ve ekonomik büyüme ve refah ilişkisine dair incelemeler ve akademik yazında yer alan araştırmalar genellikle (makro istatistik veriler, algı araştırmaları gibi) ampirik verilere dayanmaktadır. Bunlara daha yakından baktığımızda birçoğunun tek bir ülkenin incelenmesine veya farklı ülkelerin uluslararası kıyaslamalı analizlerine dayandığı görülmektedir. Bu araştırmalarda kullanılan yöntemler ise çok farklılaşmaktadır.

Buccirosi ve diğerleri¹⁴ toplam üretkenlik faktörü (total factor productivity – TFP) ile rekabet politikası göstergeleri (competition policy indicators – CPI) arasındaki ilişkiyi çok yönlü bir karşılaştırmalı yöntem kullanarak çalışmıştır. Bu çalışmada, OECD'nin en gelişmiş 12 ülkesinde (Kanada, Çek-

ya, Fransa, Almanya, Macaristan, İtalya, Japonya, Hollanda, İspanya, İsveç, İngiltere ve ABD) ve 22 sanayi üzerinde toplanan 1995 ve 2005 yılları arasındaki zaman, sanayi ve ülke verilerini karşılaştırarak çok yönlü bir analiz yapmayı amaçlamışlardır. Yazarlar, toplam faktör verimliliği ile rekabet politikasının niteliğini (quality of competition policy) ölçmeye yönelik geliştirdikleri rekabet politikası göstergeleri oluşturulurken üç faktörü; etkileyebilecek aşağıdaki özellikleri incelemeye almaktadır. Becker'ın¹⁵ optimal caydırıcılık teorisinden yola çıkarak oluşturdukları üç faktör: yaptırımların büyüklüğü, yakalanma olasılığı ve hata oranıdır. Bu faktörleri etkileyebileceğini düşündükleri göstergeler ise: (1) rekabet otoritesinin politik ve ekonomik çıkarlardan bağımsızlık derecesi, (2) rekabet hukuku itilaflarında hâkim (karar verici) ve savcının (soruşturmacı) birbirinden ayrılması, (3) hukuka uygun ve hukuka aykırı davranışlar arasındaki sınırı belirleyen kuralların sosyal refah üzerindeki etkilerine yakınlığı, (4) rekabet otoritesinin soruşturma yetkilerinin kapsamı, (5) şirketlere ve çalışanlarına verilebilecek toplam cezanın seviyesi, (6) rekabet otoritesinin sertliği (toughness), yani aktiflik seviyesi ve şirket ile çalışanlarına verilen cezaların boyutu ve (7) rekabet otoritesinin finansal ve insan kaynaklarının kalitesi ile miktarıdır. Bu göstergelere dayanarak toplanan verileri, üç olası ihlal (kartel, diğer rekabeti azaltan anlaşmalar ve hâkim durumun kötüye kullanılması ve birleşme/devralma politikası) için ayrı ayrı değerlendiren çalışma rekabet politikasının kalitesi ile üretkenlik arasında önemli ve olumlu bir ilişki olduğu sonucuna varmaktadır.

¹⁴ Buccirosi et al., Competition Policy and Productivity Growth: An Empirical Assessment, The Review of Economics and Statistics, C: 95, S: 4, s. 1324-1336, 2013.

¹⁵ Gary Becker, Crime and Punishment: An Economic Approach, Journal of Political Economy, C: 76, S: 2, s. 169-217, 1968.

Kendisinden sonra yapılan birçok eserde de kullanılacak bir çalışma yapan Voigt¹⁶ algı endeksleri yerine dört objektif indikatör kullanmıştır: Rekabet hukukunun temeli ve içeriği (Anayasada rekabet kavramı yer alıyor mu? Özel bir hukuki alt yapı öngörülmüş mü? Rekabet kanununun uygulama süresi nedir? Rekabet hukuku hangi ihlalleri kapsıyor?), rekabet hukukunun ekonomik düşünceye dayanma derecesi (rekabet otoritelerinin formel hukuk kurallarını ve/veya ekonomik kuramları kullanma derecesi), rekabet kurumları bakımından *de jure* bağımsızlık (iktidarların rekabet kurallarını ve hükümlerini belirleme yetkileri, yönetimlerin seçilme koşulları ve görev süreleri gibi) ve *de facto* bağımsızlık (bütçeleri, soruşturma açma yetkileri, karar yetkileri gibi). Yazar bu göstergeleri belirlemek üzere dünyada 140 rekabet otoritesine gönderilen 30 soruluk ankete verilen cevaplar sonucu bir sıralama oluşturmuştur. Görüldüğü üzere, Voigt'un yaklaşımı oldukça kurumsaldır ve mümkün olduğu kadar objektif verilere dayanmaktadır.

Aynı şekilde kurumsallaşma kriterleri ile hareket eden bir başka çalışma yapan Bolaky¹⁷, rekabet hukuku uygulamasının etkinliğini dolaylı bazı veriler aracılığıyla ölçmüştür. Kullandığı kriterler genel devlet etkinliği, hukukun üstünlüğü, yolsuzluk derecesi gibi ülkenin genel ekonomik ve siyasi durumunu yansıtanların

yanı sıra, rekabet otoritesinin kurumsallaşması (kurumun kendi yapısı, hukuki alt yapısı, hukuki uygulamadaki etkinlik) gibi rekabet hukukuna yönelik unsurları da kapsamaktadır. Rekabet hukukunun ne kadar süredir uygulandığını da dikkate alan çalışma Dünya Ekonomik Forumu'nun rekabet politikası algılama endeksinde (perception index on antitrust policy) de yararlanmaktadır. Aynı zamanda çalışma, rekabet hukukunun varlığının girişimciler için olası bir sinyal etkisinin de olabileceği düşüncesini benimsemektedir. Bu çalışmada, Bolaky önce Dünya Ekonomik Forumu'nun bir anketle belirlediği algılama endeksine dayalı olarak rekabet hukukunun etkinliğini, daha sonra rekabet hukukunun etkinliğinin piyasalardaki rekabetin derecesine etkisinin olup olmadığını ve son olarak da piyasalardaki rekabetin derecesinin büyümeye etkisini incelemektedir. Benzer bir çalışmada, Dünya Ekonomik Forumu'nun algı endeksleri ve Dünya Bankası endekslerinden faydalanıp genel devlet etkinliği ve rekabet hukukunun uygulanma süresi kullanılarak rekabet hukukunun etkinliğini ölçen bir analizi ise Minago¹⁸ yapmaktadır.

Ma¹⁹ ise özellikle ülkenin rekabet hukukunu uygulama etkinliği/kapasitesi ile büyüme arasındaki ilişkiyi incelemiştir. Bu bağlamda teorik olarak bir ülkedeki rekabet otoritesinin yetkinliği ve güvenilirliğinin ihlallerin takibi, tespiti ve

¹⁶ Stefan Voigt, The Economic Effects of Competition Policy—Cross-Country Evidence Using Four New Indicators, The Journal of Development Studies, C: 45, S: 8, s. 1225-1248, 2009.

¹⁷ Bineswaree Bolaky, The Effectiveness of Competition Law in Promoting Economic Development, International Journal of Economics and Finance Studies, C: 5, S: 1, s. 33-43, 2013.

¹⁸ Tilsa Oré Minago, Assessing Competition Policy on Economic Development, Revista Economía, Fondo Editorial - Pontificia Universidad Católica del Perú, C: 36, S: 71, s. 9-56, 2013.

¹⁹ Tay-Cheng Ma, The Effect of Competition Law Enforcement on Economic Growth, Journal of Competition Law & Economics, C: 7, S: 2, s. 301-334, 2011.

kanıtlanması (dolayısıyla hukukun etkili bir şekilde uygulanabilmesi) için yeterli insan kaynağı ve finansal kaynağın bulunması gibi faktörlere bağlı olduğu varsayımından hareket etmektedir. Özellikle yeterli büyüklükte insan kaynağı olmasını oldukça önemli gören bu çalışma, rekabet hukuku uygulamasının hukuki analizin yanında bunu tamamlayan üst düzeyde ekonomik analiz gerektirdiğini savunmaktadır. Bu doğrultuda, insan kapasitesinin/etkinliğinin eksikliği rekabet hukukunun gerektiği düzeyde uygulanamamasına (underenforcement of competition law) yol açabilecektir. Çalışmanın ampirik kısmında ise bir ülkedeki rekabet hukukunun kapsamı (scope) ve uygulama etkinliği (efficiency) değişkenleri ve bunların nasıl tanımlandığı konuları ele alınmıştır. Ancak kapsam değişkeni rekabet hukukunun fiilen ne kadar uygulandığını içermemektedir. Kapsam değişkeni, rekabet hukuku kurallarına göre ihlal teşkil edebilecek davranışların kapsamının genişliğini belirtmektedir fakat bir teşebbüsün rekabetçi olmayan bir davranış sonucu soruşturmaya tabi tutulup cezalandırılma olasılığıyla ilgili bir bilgi vermemektedir.

Young ve Shughart II²⁰ ise rekabet hukukunun teşebbüslere olan iki olası etkisini teknoloji şoku ve fiyat artışı (markup) şoku olarak tespit etmiş ve hangisinin gerçekleştiğini incelemiştir. Young'a göre eğer rekabet hukuku yaptırımları

teşebbüslerin optimal üretim yöntemlerini bozuyor ve rekabetçi pazar güçlerini olumsuz etkiliyorsa burada teşebbüslerin bir teknoloji şoku tecrübe ettikleri söylenebilmektedir. Fiyat artışı şoku ise rekabet hukuku yaptırımlarının teşebbüslerin pazar gücünden kaynaklanan bozuluklara müdahale etmesi ve düşük rekabetin yol açtığı tüketici fazlası kaybını (deadweight loss) ortadan kaldırması olarak anlaşılmaktadır. Young, bu göstergeleri kullanarak 1947'den 2003'e kadar ABD rekabet kurumlarının kararlarını otoritelerin bütçeleri ile birlikte analiz etmektedir.

Sama,²¹ Dünya Ekonomik Forumu tarafından uzun yıllardır yapıp yayımlanan 100 değişkenin 12 alanda yorumlandığı araştırmayı kullanmaktadır. Bu 12 alandan birini rekabet kuralları oluşturmaktadır. Sama'nın araştırması dünya çapında 15.000 iş insanına gönderilen ankete gelen cevaplara ve ülkeler için toplanan bazı makro ve mikro ekonomik verilere dayanmaktadır. Sama kendi çalışmasında Dünya Ekonomik Forumu'nun 5 göstergesini kullanmaktadır: yerel rekabetin derecesi, piyasadaki yoğunlaşmanın derecesi, anti-tekel politikanın etkinliği, ülkenin tamamında rekabetin derecesi ve ürün piyasası etkinliği. Ayrıca yukarıda detaylı olarak bahsedilen Voigt tarafından geliştirilen rekabet hukukunun kurumsal yapısını inceleyen göstergeleri de kullanmaktadır.

²⁰ Andrew Thomas Young & William F. Shughart II, The Consequences of the US DOJ's Antitrust Activities: A Macroeconomic Perspective, Public Choice, C: 142, S: 3/4, s. 409-422, 2010.

²¹ Danilo Sama, The Effectiveness of Competition Policy: An Econometric Assessment in Developed and Developing Countries, Munich Personal RePEc Archive, Paper No. 103086, 2013.

²² Mark Dutz & Aydın Hayri, Does More Intense Competition Lead to Higher Growth?, World Bank Development Research Group, Policy Research Working Paper, No. 2320, 2000.

Dutz ve Hayri²² ise 53 ülkedeki 3.000 şirket yöneticisine ülkelerindeki rekabet hukuku politikasının rekabeti olumlu yönde etkileyip etkilemediğini sorduğu araştırmasında, rekabet uygulamaları ile ekonomik büyüme arasındaki ilişkiyi yöneticilerin algıları üzerinden analiz etmektedir.

Özetle, yazında öne çıkan çalışmaların iki temel göstergeyi kullanarak rekabet hukuku ve uygulaması ile yatırım ortamı ve ekonomik büyüme arasındaki ilişkiyi inceledikleri görülmektedir: kurumsal yapılar ve farklı paydaşlar ile yapılan ampirik araştırmaların sonuçları. Bu tespit ışığında bu rapor için yürütülen araştırmada da hem kurumsal çerçeve ve normatif düzen incelenmiş, hem de çoklu bir ampirik yöntem ile yönetici ve uzmanların algılarının ölçülmesi hedeflenmiştir.

C. YÖNTEM

Rapor, yazarların akademik yaklaşımı ile uygulamada çalışan uzmanların ve TÜSİAD üyelerinin temsil ettikleri şirketlerin yöneticilerinin görüşlerini birleştirmeyi amaçlamıştır. Bu nedenle farklı tekniklerin kullanıldığı, çok katmanlı ve çok yönlü bir araştırma yöntemi izlenmiştir.

Araştırma süreci dört aşama içermektedir:

- 1) TÜSİAD Rekabet Hukuku Çalışma Grubu üyelerinden kapsamlı görüş alınması
- 2) Şirket yöneticileri ve rekabet hukuku danışmanlarına çevrimiçi anket yapılması
- 3) Üst düzey yöneticilerle derinlemesine mülakat yapılması

4) TÜSİAD Rekabet Hukuku Çalışma Grubu üyeleriyle çalıştay yapılması

Birinci aşamada TÜSİAD Rekabet Hukuku Çalışma Grubu üyelerinden yatırım ortamının iyileştirilmesi amacıyla yönelik olarak Türk rekabet hukukunda ve uygulamasında olumlu buldukları ve/veya sorunlu gördükleri temel konuları ele aldıkları kapsamlı görüşler toplanmıştır. Bu kapsamda akademisyenlerden, rekabet hukuku danışmanlığı hizmeti veren avukatlardan ve otomotiv, gıda, enerji ve bankacılık sektöründe çalışan kurum içi rekabet hukuku uzmanlarından oluşan 12 üyeden görüş toplanmıştır.

Üyelerden özellikle rekabet hukuku hükümlerinin rekabetçi davranışları özendirmesi ve rekabet karşıtı davranışları caydırması konularına ilişkin görüş istenmiştir. Bu sürecin amacı daha sonra yapılan ampirik çalışmalara uygulamada yer alan avukat ve kurum içi ve kurum dışı danışmanların tespitleri çerçevesinde yön vermektir. Nitekim yönetici ve rekabet uzmanlarına yöneltilen kapsamlı çevrimiçi anket soruları bu görüşlerde yer alan tespitler ışığında hazırlanmıştır.

Araştırmanın ikinci aşamasını oluşturan anketlerle, yaygın biçimde veri toplanması mümkün olmuştur. Şirket yöneticileri ve kurum içi rekabet danışmanları için farklılaştırılmış iki anket hazırlanmış, çevrimiçi olarak gerçekleştirilen bu anketlerde rekabet hukuku ve uygulamasına ilişkin 30 soru sorulmuştur. Ankete 18 kurum içi rekabet danışmanı ve 47 yönetici olmak üzere toplam 65 kişi katılmıştır. Anket sorularının

²² Mark Dutz & Aydın Hayri, Does More Intense Competition Lead to Higher Growth?, World Bank Development Research Group, Policy Research Working Paper, No. 2320, 2000.

hazırlanmasında çalışma grubu üyelerinden alınan görüşlerin yanı sıra, uluslararası kuruluşların raporlarında ve akademik çalışmalarda görülen yöntemler ve ampirik bulgular da dikkate alınmıştır. Anketler tamamen anonim olarak yapılmış, katılanlardan yalnızca kendilerine ve şirketlerine ilişkin genel bilgiler istenmiştir. Ankete katılanların unvan ve sektörlerine göre dağılımı Ek 1'de belirtilmiştir.

Anket sürecine paralel olarak üçüncü aşamayı oluşturan derinlemesine mülakat süreci yürütülmüştür. Mülakatlar, TÜSİAD üyesi şirketlerin üst düzey yöneticileri ile gerçekleştirilmiştir. Mülakatlarda yöneticilere 6 çerçeve soru yöneltilmiştir:

1. Rekabet hukukuna uyum iradesine sahip olan bir teşebbüsün bu çabası rekabet hukuku uygulamasında karşılık bulmalı mı? Evet ise nasıl bulmalı?
2. Rekabet Kurumunun yeterince rekabet savunuculuğu yaptığını düşünüyor musunuz? Yeterli değilse bunu hangi araç ve yöntemlerle yapması gerekir?
3. Düzenleme yaparken Kurumun paydaşların katılımına açık bir süreç yürüttüğünü düşünüyor musunuz?
4. İdari para cezalarının uygulanmasına ilişkin bir sorun görüyor musunuz? Görüyorsanız sorunların ne şekilde giderileceğini düşünüyorsunuz?
5. Anketlerde Rekabet Kurumunun işlem ve kararları sonucunda faaliyet gösterilen pazarda rekabet açısından olumlu sonuçlar doğurmadığı görüşü hâkim. Bunun sebebi ne olabilir? Durumun düzeltilmesi için ne yapılmalıdır?
6. Rekabet Kurumunun bağımsızlığı konusunda ne düşünüyorsunuz? Bunun yatırım ortamının iyileştirilmesi bakımından ne gibi riskler barındırdığını düşünüyorsunuz?

Bu aşamada, uluslararası örgütlerin ve akademisyenlerin ampirik çalışmalarından esinlenilmiştir. Bu doğrultuda, çerçeve sorular üzerinde tartışarak, yöneticilerin Türkiye'de rekabet hukuku uygulaması ve yatırım stratejileri arasındaki ilişkiye yönelik algılarını ölçmek amaçlanmıştır.

Sonuncu aşamada, TÜSİAD Rekabet Hukuku Çalışma Grubu üyeleriyle bir çalıştay gerçekleştirilmiştir. 40 kişinin katıldığı çalıştayda üyelerle öncelikle rekabet hukuku ve yatırım ortamı ilişkisi konusunu ele alan akademik çalışmalar ve uluslararası raporlar aktarılmıştır. Daha sonra çevrimiçi anketin sonuçları detaylı biçimde paylaşılmıştır. Çalıştayın ikinci yarısında, derinlemesine mülakatlarda yöneticilere yöneltilen sorular, katılımcılarla 10'ar kişilik gruplar halinde derinlemesine irdelenmiştir. Gruplardan aynı zamanda "Yatırım ortamının iyileştirilmesine yönelik, Türk rekabet hukuku uygulamasında değiştirilmesi gereken temel husus ne olurdu?" sorusunu tartışmaları istenmiştir. Gruplar halinde yapılan tartışmalarda varılan sonuçlar ortak bir oturumda açıklanmış ve tüm katılımcılarla çalıştay çıktıları paylaşılmıştır.

Sonuç olarak, rapor kapsamında çok katmanlı ve farklı araştırma yöntem ve araçlarını barındıran bir yol izlenmiştir. Bu kapsamda rekabet hukuku uzmanlarının görüşleri kadar teşebbüs yöneticileri gibi uygulamayı gözlemleyen kişilerin algılarının da ölçülmesi hedeflenmiştir. Dolayısıyla ampirik veriler ve elde edilen sonuçlar çeşitlilik ve farklılık gösterebilmiştir. Raporda bu bulgular farklılıklar ve vurgular korunarak tutarlı bir sistematikte sunulmuştur. Rapor, yazarları tarafından, yukarıdaki süreç de dikkate alınarak, akademik görüş ve değerlendirmeler çerçevesinde kaleme alınmıştır.

III. Rekabet Hukuku Yasaklamaları Açısından Değerlendirme

A. 4054 SAYILI REKABETİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN

Türk maddi rekabet hukukunun temel kaynakları Rekabet Kanunu'nda yer almaktadır. Kanun'un 4. ve 5. maddeleri rekabeti sınırlayıcı anlaşmaları, 6. maddesi hâkim durumun kötüye kullanılmasını ve 7. maddesi de birleşme ve devralma denetimini düzenlemektedir. Bu kuralların her biri farklı davranışları yasaklamakla birlikte, yasaklamalar özü itibarıyla ekonomik yoğunlaşma (ya da kartelleşme ve tekelleşme) sorununu ele almaktadır. Bu yasakların etkin bir şekilde tatbik edilmesinin, piyasaları daha rekabetçi hale getirdiği ve rekabetin de ekonomik performansı artırarak, piyasaların fiyat, ürün çeşitliliği, kalite, inovasyon gibi parametreler açısından tüketici lehine sonuçlar sağlama- sına imkân verdiği düşünülmektedir.

Rekabet hukukunun tatbiki ve rekabetçi piyasaların sağlanması hedefi ile yatırım ortamı arasında yakın bir ilişki vardır. Piyasalarda rekabetin egemen olması, ekonomik performansı başarının temel ölçütü haline getirmekte ve herhangi bir teşebbüs, ancak üstün performans sergilediği takdirde kârlılık ve başarı elde

etmektedir. Rekabet hukuku bu yönüyle, fırsat eşitliğinin sağlanmasına da katkı sağlamaktadır. Bunun yanı sıra kartel ve tekellerin rekabeti azaltan, dışlayıcı ve giriş engelleri doğuran davranışlarının yasaklanması, rekabet etme özgürlüğünü korumakta ve girişimciliği ve yatırımları teşvik etmektedir. Fırsat eşitliği, ekonomik performans ve rekabet etme özgürlüğü prensipleri çerçevesinde belirlenen oyun kuralları da hukuk güvenliği ve öngörülebilirliği sağlamaktadır. Tüm bu özelliklerin de yatırım ortamının iyileşmesine son derece pozitif katkı sağladığı düşünülmekte ve dolayısıyla rekabet hukukunun tatbikinin ekonomik büyüme ve yatırım ortamının iyileşmesini olumlu yönde etkilediği çeşitli çalışmalarda ortaya konmaktadır²³.

Rekabet hukukunun tüm bu arzu edilen sonuçları sağlaması ve yatırım ortamına pozitif katkı yapabilmesi için, Kanun'daki kuralların buna uygun içeriğe (söze) sahip olması gerekmektedir. Daha açık bir deyişle, yasaklar (ekonomik performansa dayanan) rekabetçi davranışları özendirmeli, buna karşılık rekabet karşıtı davranışları caydırmalıdır. Aksi halde, rekabetçi davranışların yasaklanması veya tekellerin (performansa dayanmayan) dışlayıcı davranışları

²³ Bu yöndeki örnek çalışmalar için bkz. ikinci bölümde detaylı olarak yer verilen Bineswaree Bolaky, The Effectiveness of Competition Law in Promoting Economic Development, International Journal of Economics and Finance Studies, C: 5, S: 1, s. 33-43, 2013; Buccirossi et al., Competition Policy and Productivity Growth: An Empirical Assessment, The Review of Economics and Statistics, C: 95, S: 4, s. 1324-1336, 2013; Danilo Sama, The Effectiveness of Competition Policy: An Econometric Assessment in Developed and Developing Countries, Munich Personal RePEc Archive, Paper No. 103086, 2013; Jerg Gutmann & Stefan Voigt, Lending a Hand to the Invisible Hand? Assessing the Effects of Newly Enacted Competition Laws, Political Economy - Development: Political Institutions eJournal, 2014; Mark Dutz & Aydın Hayri, Does More Intense Competition Lead to Higher Growth?, World Bank Development Research Group, Policy Research Working Paper, No. 2320, 2000; Niels Petersen, Antitrust Law and the Promotion of Democracy and Economic Growth, Journal of Competition Law and Economics, C: 9, S: 3, s. 593-636, 2013; Tay-Cheng Ma, The Effect of Competition Law Enforcement on Economic Growth, Journal of Competition Law & Economics, C: 7, S: 2, s. 301-334, 2011; Tilisa Oré Minago, Assessing Competition Policy on Economic Development, Revista Economía, Fondo Editorial - Pontificia Universidad Católica del Perú, C: 36, S: 71, s. 9-56, 2013.

na müdahale edilmemesi durumunda yatırım ortamı olumsuz etkilenmektedir. Tekellerin ve kartellerin egemen olduğu, yoğunlaşmanın yüksek olduğu endüstrilerde yeni yatırımlar, inovasyon ve ekonomik büyüme kaçınılmaz olarak azalmaktadır. Bu sadece yabancı değil yerli girişimcileri de değer yaratan ekonomik aktivitelere girişmekten caydırmaktadır.

Kanun'daki yasaklar bu açıdan değerlendirildiğinde, şu temel tespit yapılabilir: Kanun'daki üç yasak, çok geniş ve hatta belirsiz ifadeler içermekte ve bu yasakların lafzı (sözü), kendi başına, hangi davranışların yasaklandığı hususunda net bir fikir vermemektedir. Dolayısıyla salt Kanun metnini dikkate alarak, hangi davranışların yasaklandığını belirlemek güçtür. "Çerçeve norm" olarak da adlandırılan bu yasakların içeriği, ancak "yorum" yoluyla belirlenebilmektedir. Tabiatıyla bu özelliğin, hukuk uygulaması bakımından çeşitli olumlu ve olumsuz yansımaları vardır. Örneğin; bu tip kuralların belirsizlik yarattığı, ikincil mevzuatı ve içtihatları ön plana çıkardığı kolaylıkla söylenebilmektedir. Ancak bunun inceleme konumuz açısından temel yansıması şudur: Kanun'daki hükümler, en azından lafzen, piyasaların daha rekabetçi kılınması ve yatırım ortamının iyileştirilmesi yönünden herhangi bir olumsuzluk içermemektedir. Zira hükümlerin lafzı, yorum ve uygulama açısından belirleyici değildir. Bu hükümlerin lafzen değil, amaca göre yorumlanması gerektiği genel kabul görmektedir. Bu nedenle de yatırım ortamının iyileştirilmesi açısından Kanun hükümlerinde bir değişiklik ihtiyacı da bulunmamaktadır. Nitekim bu yasaklar, AB hukukundan iktibas edilmiştir ve Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Anlaşma'nın

("ABİHA") 101 ve 102. maddelerinde ve Yoğunlaşmaların Denetimine dair 139/2004 sayılı Tüzük hükümlerinde de büyük ölçüde ayniyet gösteren bir lafız söz konusudur. AB rekabet hukukunun uygulanmaya başlandığı 1960'lı yıllardan bu yana da 101 ve 102. maddelerde herhangi bir değişiklik yapılmamış, maddelerin değiştirilmesi hususunda bir tartışma da yaşanmamıştır. Süreç içerisinde bu hükümlerin yasakladığı davranışlar farklılaşmış, yani maddelerin kapsamı değişmiş; ancak bu yorum yoluyla ve ikincil düzenlemeler ile gerçekleşmiştir. Türk hukukundaki durum da benzerdir.

B. İKİNCİL DÜZENLEMELER

Rekabet Kanunu'nda yer alan hükümlerin çerçeve norm vasfı, doğal olarak ikincil düzenlemeleri ve yorum faaliyetini önemli kılmaktadır. Türk rekabet hukukuna bakıldığı zaman da ikincil düzenlemelerin (genel düzenleyici işlemler) önemli bir yer tuttuğu görülmektedir. Yasaklayıcı normların nasıl yorumlanması ve anlaşılması gerektiği, bu normların hangi davranışları yasakladığı hususunda yol gösterici mahiyette kapsamlı ikincil düzenlemeler yürürlükte. Bilhassa Kanun'un 4. maddesinin büyük ölçüde bu düzenlemeler ışığında belirlendiğini, yorum açısından bu düzenlemelerin son derece önemli olduğunu belirtmek gerekmektedir. Dikey Anlaşmalara İlişkin 2002/2 sayılı Tebliğ, bu Tebliğe dair Kılavuz ve Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, bu bağlamda akla gelen temel düzenlemelerdir. Tebliğ, yönetmelik ve kılavuzlardan oluşan bu düzenlemelerin tamamı, Kurul tarafından hazırlanmakta ve yürürlüğe konmaktadır. Tabiatıyla bu ikincil düzenleme yapma yetkisi ile Kurul, yasakların yorumun-

da belirleyici hale gelmekte ve Kurulun hukuk politikası tercihlerini doğrudan hayata geçirmesine imkân verilmektedir. Öte yandan bu düzenlemeler açısından da AB rekabet hukuku mehzaz hukuk vasfına sahiptir. Hatta önemli kısım ikincil düzenlemelerin AB hukukundaki kılavuz veya tüzüklerin çevirisi mahiyetinde olduğu söylenebilir.

Yasakların yorumunda taşıdığı önem nedeniyle, ikincil düzenlemelerin amaca uygun bir muhtevaya sahip olması şarttır. Piyasaların rekabetçi hale getirilmesi için bu düzenlemelerin rekabet karşıtı davranışları yasak kapsamına almaları, buna karşılık performans ve verimliliğe dayanan rekabetçi davranışları caydırmamaları gerekmektedir. Bu amaca hizmet ederken de öngörülebilirliği ve hukuk güvenliğini sağlayacak açıklıkta olmaları önem taşımaktadır. Bu açılardan değerlendirildiğinde, bu düzenlemelerin (ve ikincil düzenleme yapma yetkisinin), genel olarak amaca uygun olduğu söylenebilir. Belirtildiği üzere, Kurul bu düzenlemeler açısından AB hukukundan yararlanmakta; AB hukukunda da bu düzenlemeler titiz ve zahmetli bir yasama sürecinden geçerek yürürlüğe girmektedir. Özellikle son 20 yılda egemen olan ekonomik temelli yaklaşım (more economic approach) çerçevesinde bu düzenlemelerin, daha esnek, rasyonel ve bütünsel bir tutarlılık içerecek şekilde kaleme alındığı tespiti yapılabılır. Ayrıca bu düzenlemeler, özellikle kılavuzlar, son derece aydınlatıcı özellik taşımakta ve bu sayede hukuk güvenliğine hizmet etmektedir.

Bu önerme, bu düzenlemelerde yer alan tüm hükümlerin isabetli olduğu anlamına gelmemektedir. Zira, münferit bazı hükümler eleştiri-

ye açık olduğu gibi, amaca aykırı denebilecek ve değiştirilmesi son derece faydalı olabilecek bazı maddeler de bulunmaktadır. Örneğin, 2017/3 sayılı Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyet Tebliği'nin 5/4. fıkrasındaki süre hükmü, sağlayıcı ve dağıtıcı arasında akdedilen tüm anlaşmaları içermektedir. Oysa buradaki süre hükmünün, sadece ciddi anlamda batık maliyet yatırımı yapan dağıtıcı ve/veya servisleri kapsamaması gerekmektedir. Diğer dağıtım ilişkilerinde, alıcıların korunması gereken bir yararı yoktur. Bu nedenle bu hükmün varlığı, rekabeti artırmamakta ve yatırım ortamına da herhangi bir pozitif katkı sağlamamaktadır.

Ancak istisnalar dışında, bu düzenlemelerin genel olarak (amaca uygun olmalarının yanı sıra) yasakların muhtevasındaki belirsizliği azaltarak yatırım ortamına olumlu katkı yaptığını belirtmek gerekmektedir. Nitekim Kurul, AB hukukundaki yasama gelişmelerini takip etmekte ve ikincil düzenlemeleri genellikle gecikmeksizin hayata geçirmektedir. Burada üç açıdan Kurul uygulaması eleştiri konusu olabilir. Bunlardan ilki, bu düzenlemelerin hazırlanma ve yürürlüğe giriş süreçleri açısından, paydaşların katılımının sağlanması ve tartışma ortamının yaratılması gerekliliğidir. Bunların yasaklayıcı normların yorumundaki işlevi ve bazı hallerde yaygın düzenleyici etkileri dikkate alındığında, sürecin şeffaf ve katılıma açık olması önemlidir. Genellikle ikincil düzenlemelerin hazırlanma süreçlerinde Kurul bu ilkelere önem vermektedir. İkincil düzenleme taslak halindeyken kamuoyu ile paylaşılmakta ve görüşler alınarak metne son hali verilmektedir. Bazı durumlarda da konu ile ilgili çalıştay ve konferans gibi karşılıklı etkileşim ve tartışma zemini

barındıran etkinlikler yapılmaktadır. Ancak son dönemde bazı yasal düzenleme çalışmalarında paydaş katılımının ve tartışma ortamının tam olarak sağlanamadığı görülmektedir. Örneğin, 2002/2 sayılı Tebliğ'de yapılan pazar payı eşğine dair değişiklik ve Yerinde İncelemelerde Dijital Verilerin İncelenmesi Hakkında Kılavuz bu çerçevede zikredilebilir. Hatta (her ne kadar bu düzenleme Kurum tarafından yapılmamış da olsa) 2020 yılında yapılan Kanun değişikliği de bu yaklaşıma örnek olarak verilebilir. Benzer şekilde dijital platformların neden olduğu rekabet sorunlarının hukuken düzenlenmesine yönelik olarak, Ticaret Bakanlığı ve Rekabet Kurumu bünyesinde ayrı yasama çalışmaları yapılmaktadır. Bu yasama çalışmaları da yeterli derecede katılımcı ve şeffaf yürütülmemektedir. Nitekim Ticaret Bakanlığı bünyesinde hazırlanan bir yasa, yeterli kamuoyu istişaresi yapılmaksızın 2022 yılında yasalaşmıştır²⁴. Son olarak, Mart 2022'de Kuruldan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ ve Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuzlar'da yapılan değişiklik bu duruma örnektir. Her ne kadar yapılan değişikliklerin yerinde ve gerekli olduğu kanaatine varılsa da çalışmalar, kamuya açıklanan bilgiler uyarınca, paydaşların görüşleri ve katılımı olmadan yürütülmüştür. Rapor için yapılan araştırma kapsamında da çalıştay katılımcıları, mevzuat çalışmalarının paydaşların katılımına yeterince açık olmadığını ifade etmiştir. Bu bağlamda, fikir alışverişinin önemine dikkat çekilmiş ve çalışmaların daha uzun zaman tanınarak yapılmasının gerektiği belirtilmiştir. Ayırı-

ca paydaşlardan yalnızca görüş alınmasının da yeterli olmadığı, arama toplantıları gibi karşılıklı fikir alışverişini sağlayan farklı katılım araçlarının daha sık ve düzenli kullanılması önerilmiştir. Yine çalıştayda yapılan değişikliklere ilişkin gerekçe ve görüşlerin yayınlanmasının yol gösterici ve faydalı olacağı ifade edilmiştir.

Paydaş görüşlerindeki ikinci eleştiri, bazı konularda değişiklik ihtiyacı kendisini hissettirmiş olmasına rağmen, Kurulun bu konuda bir adım atmamış olmasıdır. Dikey anlaşmalar hakkındaki yasal düzenlemeler bu duruma iyi bir örnektir. Dağıtım ilişkileri, 2002 yılından bu yana aynı tebliğ ile düzenlenmektedir. Oysa geçen 20 yıllık sürede dağıtım ilişkilerinde köklü ekonomik değişimler yaşanmıştır. Organize perakende ile birlikte önce alıcı gücü sorunu ortaya çıkmış, akabinde e-ticaretin gelişimi ile birlikte dağıtım ilişkileri son derece karmaşık bir hale gelmiştir. Dolayısıyla 2002/2 sayılı Grup Muafiyeti Tebliği, tebliğe dair Kılavuz'da yapılan 2018 yılı değişikliğine rağmen ekonomik ihtiyaçlara yanıt vermekten uzaktır. Özellikle mehz AB hukukunda 2010 yılında yeni bir tüzük çıkarıldığı ve 2022 yılı içerisinde de önemli yenilikler öngören ve oldukça kapsamlı bir tüzüğün yürürlüğe girdiği düşünülürse, bu radaki değişiklik ihtiyacının ağırlığı görülecektir.

Üçüncü eleştiri, bazı durumlarda Kurulun kendi çıkardığı düzenlemeleri tam olarak göz önünde bulundurmamasıdır. Bu konu, raporun "Rekabet Kurulu Kararları" bölümünde detaylı olarak ele alınmaktadır.

²⁴ Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair 7416 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler, dijital platformlar açısından önemli yükümlülükler öngörmektedir. Bkz. Resmi Gazete S. 31889, Tarih: 1.7.2022.

C. REKABET KURULU KARARLARI

1. Genel Çerçeve ve Bazı Çekinceler

Yasaklayıcı normların vasfı, Kurulun ve mahkemelerin yorumunu önemli kılmaktadır. Yukarıda, ikincil düzenlemelerin bu çerçevede oynadığı rolü ele aldık. Bu düzenlemeler Kurul tarafından yapılacak yorumun da çerçevesini çizmekte ve dolayısıyla rekabet hukukunun hem amaca uygun hem de tutarlı ve öngörülebilir bir şekilde tatbik edilmesini kolaylaştırmaktadır. Rekabet hukukunun amaca uygun ve tutarlı tatbik edilmesi de bir yandan piyasaları rekabetçi kılmakta diğer yandan da yatırım ortamının iyileşmesine katkıda bulunmaktadır. Bu başlık altında Kurulun rekabet hukuku yasaklarını ne ölçüde tutarlı ve amaca uygun şekilde yorumladığı hususundaki çıktılar ele alınmaktadır.

Bir hususu baştan belirtmekte yarar bulunmaktadır: Hukukun somut bir olaya ne ölçüde doğru (hatasız) uygulandığının tespiti, basit bir konu değildir. Salt Kurul kararında yer alan veriler, karara varılırken elde edilen ve değerlendirilen bilgilerden bir kısmıdır. Ayrıca kararlarda bazı önemli veriler ticari sır gerekçesi ile karartılmaktadır. Bu nedenle, salt Kurul kararı üzerinden yapılan bir değerlendirme, aslında eksik bilgi altında yapılmaktadır. Böyle bir durumda ise Kurul tarafından somut olayda hatalı (veya hatasız) değerlendirme yapıldığı yargısına varırken ihtiyatlı davranmak gerekmektedir. Ayrıca Kurulun önüne gelen her olayda tamamen tutarlı ve/veya hata yapmaksızın karar verdiğini söylemek gerçekçi değildir. Her idari otorite gibi, Kurulun hatalı yorum yapması ya da değişen kamu politikası öncelikleri çerçevesinde,

kendi kararlarında benimsediği prensiplerden zaman zaman sapması mümkün olabilmektedir. Nitekim Avrupa Komisyonu ve hatta Adalet Divanı da tutarsız ve/veya hatalı karar verdiği yönünde eleştirilmektedir. Dolayısıyla bu başlık altında, münferit hata senaryolarından ziyade, çeşitli başlıklar çerçevesinde, genel bir (hata ve/veya tutarsızlık) eğilimin varlığına işaret eden (ve önemli görülen) durumlar ele alınmaktadır. Sonuç olarak, bu bölümde, Kurulun (tutarlılık/hata açılarından) genel performansı hakkında analiz yapılmayacaktır. Zira bu türden bir analiz, Kurulun faaliyete başladığı 1997 yılından bu yana verilen tüm kararlar üzerinden (bir referans almak suretiyle) yapılabilir. Bu türden bir değerlendirme ise bu raporun kapsamını aşacaktır. Burada, özellikle son yıllardaki uygulama eğilimleri dikkate alınarak ve gerçekleştirilen anket ve çalıştay sonuçlarından yola çıkarak genel bazı çıkarımlar yapılacak, yatırım ortamının iyileşmesine katkısı olabilecek bazı konular değerlendirilecektir.

2. Hata ve Tutarlılık Kavramları Hakkında

Tip I hataların sık olması, rekabetçi davranışların caydırılmasına (*over deterrence*) ve bu da değer yaratan eylem ve işlemlerden vazgeçilmesine neden olmaktadır. Örneğin, rekabetçi bir fiyatlama, Kanun'a aykırı görülme riski taşıyorsa teşebbüsler bu fiyatlamadan vazgeçerek fiyatlarını yükseltebilir. Rekabet hukukunun sadece rekabetçi olan ve dolayısıyla meşru bir davranışı hukuka aykırılık kapsamına alması değil; hukuka aykırı olan bir davranışın, olması gerekenden daha ağır bir hukuka aykırılık kategorisine dahil edilmesi de Tip I hata kapsamında görülebilir. Bu da tüketici refahını olumsuz etkiler. Tip II hataların yaygınlığı ise, rekabet hukukunun

gereğinden az tatbikine neden olur (under deterrence). Örneğin, rakiplerin birbirleriyle ticari açıdan hassas bilgileri değişmelerine rağmen, bir nedenden ötürü bunun ihlal kapsamında görülmemesi, bu tür eylemler için caydırıcılığın azalmasına ve teşebbüslerin danışıklı ilişkiler kurmasına neden olabilir. Bu da piyasada rekabet karşıtı bir denge kurulmasına neden olabilir. Bu hatalar, kavramların ve kuralların yanlış yorumundan kaynaklanabileceği gibi, ispat standardının olması gerektiğinden aşağı veya yukarı seviyede belirlenmesinden de kaynaklanabilir. Gerçi her senaryoda ispat ve hukuki yorumda hataya düşülmesini birbirinden ayırmak kolay değildir. Ancak yine de ayırmak gerekirse, yıkıcı fiyatlandırma için maliyet altında fiyatlama koşulunu aramaksızın, eylemin hukuka aykırı olduğuna karar vermek yanlış yoruma, teşebbüsün maliyetlerini yeterince incelemeksizin ihlal isnadında bulunmak yanlış ispat standardına örnek gösterilebilir.

Hukukun tutarlı şekilde uygulanması ile kastedilen, Kurulun (ve mahkemelerin) önüne gelen benzer olaylarda, aynı yönde karar vermeleridir. Tutarlı uygulama (kararlar) teşebbüsler için yol gösterici olmaktadır. Rekabet hukukunun tutarlı uygulanması ile ortaya çıkan hukuki prensipler, kesintiye uğramaksızın tatbik edildiği takdirde, teşebbüsler bu prensipleri dikkate alarak davranışlarını uyarlayabilirler. Öngörülebilirlik ve hukuk güvenliği ise belirsizliğin neden olduğu riski (primini) ve uyum maliyetlerini azaltır. Aksi durum yani öngörülebilir olmadığı durum, teşebbüslerin uyum çabalarını olumsuz etkiler ve genellikle olması gerekenden daha fazla uyum yatırıma neden olur.

Pratikte “hata” ile “tutarlı uygulama” arasında yakın bir ilişki vardır. Zira genelde hatalı yorum, aynı zamanda tutarsız uygulamaya işaret etmektedir. Ancak bu şekilde olması zaruri değildir. Zira sistematik hatalar, hukukun tutarlı bir şekilde yanlış yorumlanmasına yol açabilir. Örnekleme gerekirse, Kurul, bir nedenden ötürü, (rekabet karşıtı olmasına rağmen) yeniden satış fiyatının makul bir uygulama olduğu yönünde bir kanaate sahip ise ve önüne gelen dosyalarda, ispat standardını yüksek uygulamak suretiyle ihlalin olmadığına hükmedip şikayetleri reddediyorsa burada yorum hatası olmasına rağmen, tutarsızlık yoktur. Nitekim teşebbüsler ticari davranışlarını, bu içtihat tutarlılığını dikkate alarak kararların öngördüğü prensibe uyumlu hale getirebilmektedir. Rekabet hukukunun amacı açısından uygun bir sonuç olmasa da son tahlilde bu türden bir uygulama öngörülebilirlik sağlamaktadır. Hatta bu açıdan, “hatalı ancak tutarlı uygulamanın”, “tutarsız” uygulamalara kıyasla yatırım ortamına etkisi açısından daha az olumsuz etkisinin olduğu söylenebilir.

3. Değerlendirme

a. Genel Tespitler

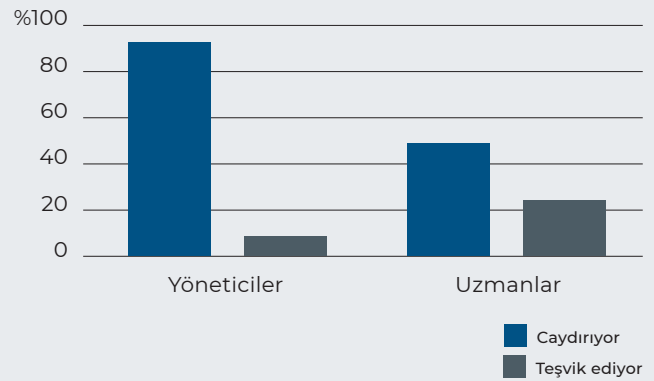
Hata ve tutarlılık açısından değerlendirildiği zaman, Kurul uygulamalarının, yatırım ortamını genel olarak olumlu etkilediği görülmektedir. Anket sonuçları da bu yönde bir görüş ortaya koymuştur. Yöneticilerin %77’si Kurum uygulamaları sebebiyle herhangi bir yatırım planlamasından vazgeçilmediğini belirtmiştir. Bu yüksek oran Kurul uygulamalarının yatırım ortamı üzerinde ciddi bir olumsuz etkisi olmadığının bir göstergesi olarak kabul edilebilir. Kurul, kararlarında, ikincil mevzuatı genel olarak gözettiği gibi

kendi içtihat birikiminden de yararlanmakta, sıklıkla aynı konu hakkında verdiği daha önceki kararlara gönderme yapmaktadır. Bu yaklaşım, içtihat tutarlılığına hizmet etmektedir. Doğal olarak bu da öngörülebilirlik ve hukuk güvenliği-ne hizmet etmektedir. Keza kararların kapsamı, sistematigi, kararlardaki veri zenginliği ve ekonomi biliminden yararlanma eğilimi gibi faktörler, hata riskinin minimumda tutulması kaygısının ön planda olduğuna işaret etmektedir. Kanun'da detaylı olarak düzenlenen savunma hakkının (üç yazılı ve bir sözlü savunma hakkı), bu sonuca önemli katkısı olduğu da söylenebilir. Kurum uzmanları tarafından ileri sürülen iddialara karşı, soruşturulan teşebbüsler kendilerini savunmakta; bu yargı benzeri "çekışmeli" süreç, doğrunun ortaya çıkmasına ve hukukun da asgari hata ile uygulanmasına olanak sağlamaktadır.

Bununla birlikte, bazı konularda, özellikle son dönemde, istisna denebilecek fakat yatırım ortamını olumsuz etkileyebilecek uygulamaların gözlemlendiği tespit edilmiştir. Anket sonuçlarında da buna işaret eden bulgular yer almaktadır. Tespit edebildiğimiz kadarıyla temel sorunlardan biri, ispat standardıdır. Son dönemdeki ihlal kararlarında Kurulun, görece düşük bir ispat standardı benimsediği ve az sayıda ve yeterli niteliğe sahip olmayan deliller ile ihlal sonucuna ulaşıldığı yönünde yaygın eleştiriler mevcuttur. Nitekim bu husus saha çalışmalarındaki sonuçlara da yansımıştır. Somutlaştırmak gerekirse, anket katılımcılarının Kurum ile ilişkilerindeki süreci ve deneyimi 11 kriter perspektifinden (1'den 5'e kadar bir skala üzerinden) değerlendirmeleri istendiğinde yöneticilerin ve rekabet hukuku uzmanlarının ortalamada

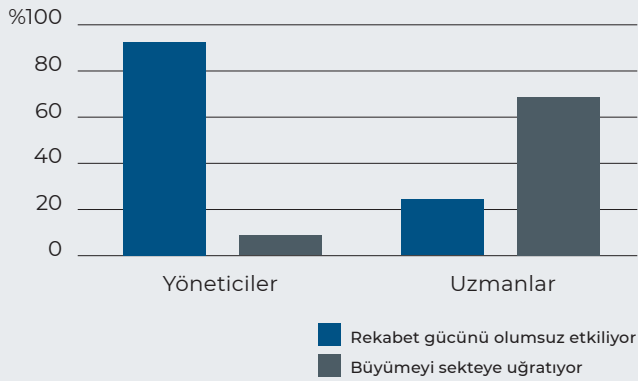
en düşük puanı "ispat eşiği standardına uyum" kriterine verdikleri görülmüştür. Ayrıca derinlemesine mülakatlarda yöneticiler de ispat standardının olması gerektiğinden aşağıda olduğunu ifade etmiştir. Dolayısıyla mevcut uygulama açısından ispat standardının nerede olması gerektiği hususunun iyileştirilmeye açık alanlardan biri olduğu söylenebilir.

Bunun haricinde Kanun'un 4. maddesi bağlamında, kartel vasıflandırması, rakipler arasındaki bilgi değişimi ve yeniden satış fiyatının tespit edilmesi; Kanun'un 6. maddesi tahtında ise aşırı fiyatlandırma gibi uygulamalar, Kurulun zaman zaman tutarlı olmayan ve hatalı kararlar verdiği konulara örnek verilebilir. Bunlar ayrı başlıklar halinde raporun devamında ele alınmaktadır. Ancak öncesinde, genel uygulama ile ilgili yapılan anket sonuçlarını değerlendirmek isabetli olacaktır. Hata yönünden ele alındığında, araştırma kapsamında yapılan ankete katılan yöneticilerin %83'ü ve rekabet hukuku uzmanlarının %50'si rekabet hukuku kurallarının rekabetçi ve ticari açıdan makul gözükken davranışları da caydırdığını belirtmiştir (Tablo 1).



Tablo 1: Rekabet hukuku kurallarının rekabetçi ve ticari açıdan makul gözükken davranışları da etkilediğini düşünüyor musunuz?

Bu yönde görüş belirten yöneticilerin %90'ı bu durumun şirketlerin rekabet güçlerini olumsuz yönde etkilediğini ifade etmiştir. Rekabet hukuku uzmanlarının ise %67'si bu durumun şirketlerin büyümelerini sekteye uğrattığını belirtmiştir (Tablo 2).

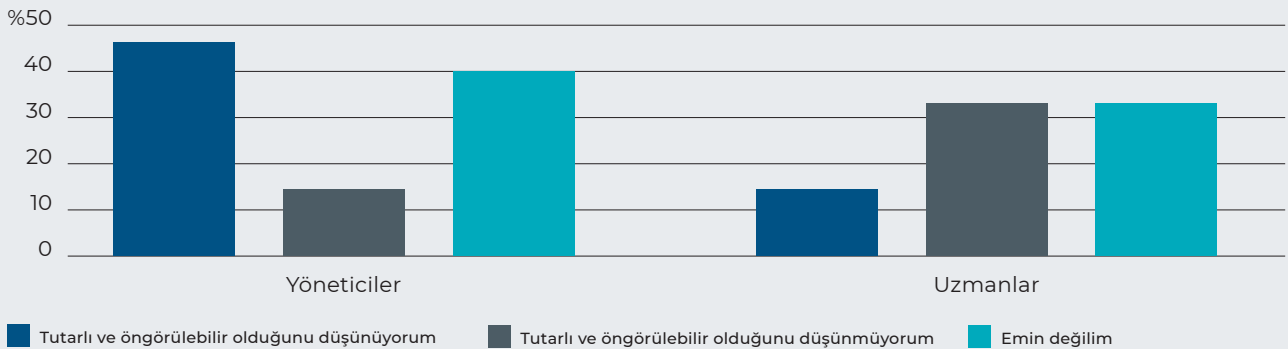


Tablo 2: Rekabet hukuku kurallarının rekabetçi ve ticari açıdan makul gözükken davranışları da caydırması sizce ne gibi sonuçlar yaratabilir?

Bu sonuç en azından yönetici ve rekabet uzmanlarının algısının Kurul kararlarında Tip I hata gözlemlendiği yönünde olduğunu göstermektedir. Ayrıca, anket katılımcıları bu hataların değer yaratabilecek davranışlardan

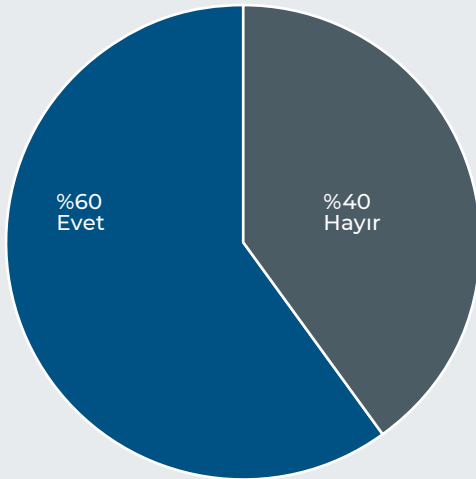
vazgeçilmesine ve büyümenin bir ölçüde engellenmesine neden olduğu görüşünü de ortaya koymuştur. Özellikle daha katı olarak nitelendirilebilecek son dönemdeki rekabet hukuku uygulamasının bir sonucu olduğu düşünülen bu algı, son derece dikkate değerdir.

Tutarlılık açısından bakıldığında ise “Türkiye’de rekabet hukuku uygulaması ile ilgili genel olarak ne düşünüyorsunuz?” sorusuna yöneticilerin %45’nin “Tutarlı ve öngörülebilir olduğunu düşünüyorum.” şeklinde cevap verdikleri görülmektedir. Bu oran rekabet hukuku uzmanlarına yapılan ankette ise %17’dir. Rekabet hukuku uzmanlarının %33’ü tutarlı ve öngörülebilir olmadığını düşünüyorum derken, yönetici anketinde bu oran %15 olmuştur. Her iki ankette de katılımcıların önemli bir kısmının bu soruya “emin değilim” şeklinde yanıt verdiği görülmektedir. Yönetici anketinde “emin değilim” şeklinde cevap veren katılımcıların oranı %40 olurken, rekabet hukuku uzmanlarında bu oran %33 olmuştur (Tablo 3).



Tablo 3: Türkiye’de rekabet hukuku uygulaması ile ilgili genel olarak ne düşünüyorsunuz?

Diğer yandan tutarlılık, çalıştay katılımcılarının rekabet hukuku uygulamasına ilişkin tespit ettikleri en temel üç sorundan biridir. Buna paralel olarak, Kurulun Kanun hükümlerinin içeriğini doldurma noktasında gereken öngörülebilirliği sağlamadığı görüşü de anket sonuçlarında yer almaktadır. Sadece rekabet hukuku uzmanlarına sorulan “Rekabet Kurumu’nun şirketlere yaptığı açıklamalar, ikincil mevzuat çalışmaları ve verdiği kararlar ile öngörülebilirliği sağladığını düşünüyor musunuz?” sorusuna %60 oranında uzman “hayır” cevabını vermiştir. Dolayısıyla sadece tutarlılık değil, öngörülebilirlik açısından da bir ölçüde sorun olduğu yönünde kanaat vardır. Bu iki konu birbiriyle yakından alakalıdır (Tablo 4).



Tablo 4: Rekabet Kurumunun şirketlere yaptığı açıklamalar, ikincil mevzuat çalışmaları ve verdiği kararlar ile öngörülebilirliği sağladığını düşünüyor musunuz?

Sonuç olarak Kurul, pratikte bazı hallerde tutarlı ve/veya yol gösterici olmayan ve dolayısıyla hukuk güvenliğini zedeleyecek kararlar verebilmektedir. Bu önerme, her bir yasaklama hükmü tahtında kısaca aşağıdaki bölümlerde açıklanmaktadır.

b. Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar

Kanun’un 4. maddesi, rekabeti sınırlayıcı anlaşmaları (muafiyet şartları olmadığı sürece) yasaklamaktadır. Maddenin temel hedefi, hiç şüphe yok ki kartel anlaşmalarıdır. Bu anlaşmalar amaç itibarıyla yasaklandığı gibi, açık ve ağır ihlal kapsamında kabul edilmektedir. Bu önemine rağmen Kanun, kartel kavramına yer vermemiştir. Ancak 2008 yılında kabul edilen Ceza²⁵ ve Pişmanlık²⁶ Yönetmelikleri, kartel kavramını tanımlayarak, pozitif hukuka dahil etmiştir. Tanım net bir şekilde, dört konuda rakipler arasında yapılan anlaşmaları kartel olarak belirtmekte ve Ceza Yönetmeliği bu anlaşmalar için daha ağır bir para cezası öngörmektedir. Dolayısıyla Ceza Yönetmeliği açısından, karteller ve diğer ihlaller ayırımı yapılmıştır. Ancak Ceza Yönetmeliği’nin yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde, Kurulun bazı kararlarında Ceza Yönetmeliği’ndeki tanımı göz ardı ettiği, kartel tanımına uymasına rağmen, bazı anlaşmaları kartel olarak vasıflandırılmadığı görülmektedir²⁷. Kurul kararlarında, kartel vasfını taşımalarına rağmen bu anlaşmaları yatay anlaşma olarak nitelendirmiş ve diğer ihlal kate-

²⁵ Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik.

²⁶ Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik.

²⁷ Bu konuda çok sayıda örnek verilebilir. Bkz. mesela 12 Banka (Karar Sayısı: 13-13/198-100, Karar Tarihi: 08.03.2013); Citroen Bayileri (Karar Sayısı: 10-60/1274-480, Karar Tarihi: 23.09.2010); Peugeot Bayileri (Karar Sayısı: 12-20/557-141, Karar Tarihi: 12.04.2012); Sinop Hazır Beton (Karar Sayısı: 16-05/117-52, Karar Tarihi: 18.02.2016) kararları. Diğer kararlar ve değerlendirme için Harun Gündüz, Rekabet İhlallerine İlişkin Soruşturmalar ve Para Cezaları: Rekabet Kurulunun Son 20 Yılına Bilançosu, İstanbul 2018, s. 49 Tablo 7.

gorisi üzerinden idari para cezası vermiştir. Dolayısıyla Kurulun hukuku hatalı (Tip II hata) ve aynı zamanda tutarlı olmayacak şekilde uyguladığı tespiti yapılabilir. Nitekim çalıştay katılımcıları da bazı kararlarda kartel vasıflandırılması yapılmasına rağmen ceza hesaplamasında karteller için verilmesi gereken cezaların uygulandığını dile getirmiş, bu durumun bir tutarsızlık olarak görülebileceğine dikkat çekmiştir. Yakın dönemde, yani son 2-3 yıllık uygulamaya, bakıldığı zaman Kurulun bu yorum tutarsızlığını terk ettiği, kartel nitelendirmesi konusunda daha tutarlı bir uygulamanın olduğu söylenebilir.

Uygulama açısından tereddüt doğuran diğer bir konu, rakipler arasında bilgi değişimidir. Bu anlaşmalar (ve hatta uyumlu eylemler), Kanun'un 4. maddesi kapsamında ele alınmaktadır. Yatay İş Birliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, bu anlaşma tipini açıkça ele almakta ve bilgi değişiminin hangi şartlarda 4. maddeye aykırı olacağını ve değerlendirmenin nasıl yapılacağını kapsamlı şekilde düzenlemektedir. Dolayısıyla yorumda yol gösterici bir ikincil mevzuat bulunmaktadır. Kurul kararlarına bakıldığı zaman ise bu konuda tam bir tutarlılık içermeyen, muhtelif açılardan hatalı değerlendirmeler yapıldığı görülmektedir. Açık bir şekilde ticari açıdan hassas bilgilerin rakipler arasında paylaşımı bazı kararlarda hukuka uygun görülürken²⁸, bazı kararlarda amaç açısın-

dan hukuka aykırı değerlendirilmektedir²⁹. Diğer yandan, ticari açıdan hassas veri kategorisinde yer almayan piyasa verilerinin toplu olarak paylaşılmasını konu edinen endüstri genelindeki bazı uygulamalar açısından da benzeri bir yaklaşım söz konusudur. Özellikle son dönemde teşebbüs birlikleri tarafından yapılan bazı bilgi değişimi başvuruları, muafiyet şartlarını taşımadıkları gerekçesiyle reddedilmektedir³⁰. İktisadi literatürde ve ikincil düzenlemelerde bir değişiklik olmamasına rağmen bilgi değişimine dair bu yaklaşım değişikliği, dikey ilişkilerde dahi kendisini göstermektedir. Son dönemde, rakip değil müşteriden elde edilen bilgilerin dahi rekabeti kısıtlayıcı etkileri olabileceğine dair bazı analizler Kurul kararlarında yer almaktadır³¹. Bu değerlendirmeler, tip I hata riskini içermesinin yanı sıra bilgi değişimi gibi yaygın pratiği olan bir konuda hukuk güvenliği yönünden de risk oluşturmaktadır.

Yeniden satış fiyatının tespiti, Kanun'un 4. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir. Sağlayıcının yeniden satıcının fiyatına müdahale etmesi, marka içi fiyat rekabetini sınırladığı gibi aynı zamanda üst piyasada kartelleşmeyi kolaylaştırabilmektedir. Nitekim bu nedenden ötürü dikey anlaşmaları düzenleyen 2002/2 sayılı Tebliğ, yeniden satış fiyatının tespit edilmesi halinde, dikey anlaşmanın grup muafiyetinden yararlanmayacağını öngörmektedir. Dikey Anlaşma-

²⁸ Bkz. bu konuda Soğutucu Gaz (Karar Sayısı: 11-28/568-181, Karar Tarihi: 04.05.2011); Hidrojen Peroksit (Karar Sayısı: 11-05/88-31, Karar Tarihi: 25.01.2011); Uluslararası Nakliyeciler Derneği (Karar Sayısı: 10-10/94-42 Karar Tarihi: 28.01.2010) kararları.

²⁹ Mesela bkz. Sigorta (Karar Sayısı: 20-06/61-33, Karar Tarihi: 23.01.2020). Ayrıca Un (Karar Sayısı: 21-01/18-08, Karar Tarihi: 07.02.2021) ve Otomotiv (Karar Sayısı: 11-24/464-139, Karar Tarihi: 18.04.2011) kararlarında rakipler arasındaki hassas bilgi değişimi, amaç itibarıyla hukuka aykırı görülmüş ancak yine de etkiye de bakılmıştır.

³⁰ Örneğin SERFED (Karar Sayısı: 20-38/526-234, Karar Tarihi: 20.08.2020); İMDER (Karar Sayısı: 20-50/688-302, Karar Tarihi: 19.11.2020); İSDER (Karar Sayısı: 20-50/688-302, Karar Tarihi: 19.11.2020) ve İnşaat Sanayicileri Derneği (Karar Sayısı: 18-03/31-18, Karar Tarihi: 18.01.2018) kararları. Ayrıca benzer olarak bazı bilgi değişimi başvurularına da sınırlayıcı bazı şartlar getirilerek süreli izin verme yoluna gidilmiştir. Türk Liman İşletmecileri Derneği (Karar Sayısı: 19-40/655-280, Karar Tarihi: 14.11.2019) kararı.

³¹ Bkz. kısa süre önce verilen perakende kararı (Karar Sayısı: 21-53/747-360, Karar Tarihi: 28.10.2021).

lara ilişkin Kılavuz da buna paralel açıklamalar içermektedir. Kurul uygulamasına bakıldığında ise 2017 yılına kadar yeniden satış fiyatının tespiti karşı çeşitli hukuki gerekçeler ile son derece toleranslı yaklaşıldığı³² ancak bu dönemden sonra, zıt bir yaklaşımla bu uygulamaların amaç itibarıyla hukuka aykırı görüldüğü ve hatta “açık ve ağır ihlal” kapsamında değerlendirildiği görülmektedir³³. Üstelik yeniden satış fiyatının tespiti uygulamasının ispatı için aranan koşullar, Kılavuz ile de uyumlu olmayacak şekilde esnetilmiş, salt ekonomik deliller ile hukuka aykırılık sonucuna varılabilmektedir³⁴. Bu içtihat değişikliği bir ölçüde idari yargı tarafından verilen kararların sonucu olsa da tamamen bu gerekçe ile izah edilemez³⁵. Tip I hata riski içeren bu yaklaşımın, yatırım ortamını negatif etkilemesi riskinin düşük olmadığına kanaat getirilebilir.

c. Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması

Kanun'un 6. maddesi, hakim durumun kötüye kullanılmasını düzenlemektedir. Bu çerçevede hâkim durumda olmak değil bu durumun

kötüye kullanılması yasaklanmaktadır. Kötüye kullanma, çerçevesi belirli olmayan, muğlak ve bu nedenle de yoruma açık bir ihlal tipidir. Farklı sınıflandırmalar yapılması mümkün olmakla birlikte, genellikle dışlayıcı ve sömürücü olmak üzere ikili bir sınıflandırma çerçevesinde ele alınmaktadır. Dışlayıcı kötüye kullanma, piyasanın rekabetçi yapısını olumsuz etkileyen ve genellikle de rakipleri dışlayarak veya disipline ederek rekabeti zayıflatan bir uygulama tipidir. Kapsamına, yıkıcı fiyatlandırma, bağlama uygulamaları ve münhasırlık gibi çok çeşitli eylem tipleri girmektedir. Diğer kötüye kullanma tipi olan sömürücü kötüye kullanma açısından ise temel eylem tipi, aşırı fiyatlandırma.

Aşırı fiyatlandırma, mehzadan farklı olarak Kanun'daki örnek kötüye kullanma halleri arasında açıkça düzenlenmemiştir. Ancak buna rağmen, bu uygulama, Kurulun ilk kararlarından bu yana kötüye kullanma kapsamında kabul edilmektedir³⁶. Kurulun uygulamasına bakıldığında ise muhtemelen büyük ölçüde iktisat li-

³² Kurulun YSFT'ye karşı daha toleranslı bir yaklaşım sergilediği 2017 öncesi kararlarına örnek olarak bkz. Dagi (Karar Sayısı: 09-33/725-165, Karar Tarihi: 15.7.2009) ve Yatsan (Karar Sayısı: 10-60/1251-469, Karar Tarihi: 23.9.2010) kararları. Kurulun 2017'den sonra YSFT'ye karşı daha katı tutumunu ortaya koyan örnek kararları için bkz. Henkel (Karar Sayısı: 18-33/556-274, Karar Tarihi: 19.9.2018) ve Sony (Karar Sayısı: 18-44/703-345, Karar Tarihi: 22.11.2018) ve Maysan Mando (Karar Sayısı: 19-22/353-159, Karar Tarihi: 20.06.2019) kararları.

³³ Bkz. mesela Henkel (Karar Sayısı: 18-33/556-274, Karar Tarihi: 19.09.2018); Sony (Karar Sayısı: 18-44/703-345, Karar Tarihi: 22.11.2018) kararları. Açık ve ağır ihlal kavramı, 2020 yılındaki Kanun değişikliği ile mevzuatımıza girmiş ve yeniden satış fiyatının tespiti, tereddüde yer bırakmayacak şekilde açık ve ağır ihlal olarak pozitif hukukumuzda düzenlenmiştir. Bu konuda bkz. Rekabeti Kayda Değer Ölçüde Kısıtlamayan Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Kararlarına İlişkin Tebliğ, m. 4/a, ayrıca, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasına Yönelik Önerilerde ve Soruşturmalarda Sunulacak Taahhütlere İlişkin Tebliğ, m. 4/a.

³⁴ Bkz. Akaryakıt Bayileri (Karar Sayısı: 20-14/192-98, Karar Tarihi: 12.03.2020) kararı. Hemen belirtelim bu karar kapsamında yeniden satış fiyatını tespit etmektен ötürü Kanun'u ihlal ettiği kabul edilen bir teşebbüs bakımından Rekabet Kurulu kararı iptal edilmiştir. Bkz. Ankara 7. İdare Mahkemesi, E. 2021/60, K. 2021/1364, Karar Tarihi: 30.06.2021

³⁵ Kurul kararlarına bakıldığı zaman, 2017 yılı öncesi dönemde Kurulun bazı hallerde aslında ihlali tespit ettiği (veya en azından rekabet hukukuna aykırı bir durum olabileceği yönünde değerlendirmeler yaptığı) ve buna rağmen soruşturma açmayarak Kanun'un 9/3. maddesi uyarınca teşebbüse görüş göndermeyi tercih ettiği görülmektedir. Dolayısıyla buradaki rekabet karşıtı problemin, yaptırım uygulanarak değil daha basit, hızlı ve maliyetsiz bir yöntem ile çözümlenebileceği düşüncesinin Kurul kararlarında etken olduğu söylenebilir. Ancak 9/3 kararlarının idari yargı tarafından iptal edilmeye başlanması ile birlikte, bir olasılık, Kurulun politika değişikliğine gitmesinde idari yargının etkisi olduğu iddia edilebilir. Diğer bir ifade ile, 9/3 yerine soruşturma açmak durumunda kalmaması, Kurulun yeniden satış fiyatının tespiti uygulamaları ile ilgili, incelemeyi ihlal ile sonuçlandırmasına yol açmış olabilir. Açıkçası biz bu kanaati paylaşıyoruz. Buradaki politika değişikliği usuli olmaktan ziyade muhtevaya ilişkindir.

³⁶ Bkz. Belko (Karar Sayısı: 01-17/150-39, Karar Tarihi: 06.04.2001) kararı.

teratüründeki yaklaşıma bağlı olarak, aşırı fiyata istisnai hallerde müdahale edilmiş, bu konudaki şikayetler genellikle reddedilmiştir. 2014 yılında verilen bir ihlal kararı³⁷ ile tekrar gündeme gelen bu uygulama, bilhassa son 2-3 yıllık dönemde yine Kurul kararlarına konu olmuş, bunun neticesinde bazı soruşturmalar açılmış ve ihlal kararları verilmiştir³⁸. Halihazırda tartışmalı olan bu uygulamanın, hangi şartlarda ihlale sebebiyet vereceği hususunda yol gösterici bir içtihat birikimi oluşmamıştır³⁹. Nitekim ihlal kararlarından biri idari yargıda iptal edilmiş ve Kurul, bu iptal kararı uyarınca yeniden soruşturma açarak ihlal olmadığına hükmetmiştir⁴⁰. Bu alanda bir kılavuzun olmaması ve özellikle fiyata müdahale konusunda kamu otoritelerinin daha istekli oldukları dikkate alındığında, bu alanda önemli bir belirsizlik riski olduğu söylenebilir.

Diğer yandan, özellikle son dönemde dijital piyasalarda gözlemlenen yoğunlaşma sorunları nedeniyle, bu piyasaların Kurul tarafından hassas bir şekilde incelendiği de belirtilmelidir. Kurul bu piyasaları daha iyi anlamak için dijital platformlara ilişkin önce Ön Rapor, akabinde de Nihai Rapor hazırlamış⁴¹ ve çok sayıda so-

ruşturma açmış ve hatta ihlal kararı vermiştir⁴². Kurulun uygulamaları esasen büyük ölçüde global eğilimlere paraleldir. Dünyada da dijital platformlara karşı, kapsamlı bir rekabet hukuku müdahalesi söz konusudur. Ancak buradaki eylem tiplerinin henüz yeni olması ve rekabet karşıtı etkilerinin neler olduğu hususunda belirsizlik yaşandığı dikkate alınır, bu piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüsler açısından yol gösterici bazı kurallara ihtiyaç duyulduğu da açıktır. Bu nedenle bu sektörlerde müdahale edilirken, rekabet hukuku alanındaki belirsizliğin göz önünde tutulması, rekabet karşıtı olduğu düşünülen davranışların tespiti halinde dahi, doğrudan yaptırım uygulamak ve hatta -geçici- tedbir uygulamaktan kaçınılması, bunun yerine (taahhüt gibi) daha toleranslı tedbirlerin uygulanması isabetli olur.

d. Birleşme ve Devralma Denetimi

Rekabet Kanunu'nun 7. maddesi, rekabeti önemli ölçüde azaltan birleşme ve devralmaları düzenlemektedir. Birleşme ve devralma ile kastedilen, ekonomik aktivite yapmaya imkân veren varlıkların iktisadi kontrolünün, kalıcı olarak el değiştirmesidir. Bu bir varlık satışı olabileceği

³⁷ Bkz. TÜPRAŞ Kararı (Karar Sayısı: 14-03/60-24, Karar Tarihi: 17.01.2014).

³⁸ Bkz. Sahibinden (Karar Sayısı: 18-36/584-285, Karar Tarihi 01.10.2018); Antalya Liman İşletmeleri (Karar Sayısı: 20-48/666-291, Karar Tarihi: 05.11.2020) kararları.

³⁹ Bu husus Kurul kararlarında da belirtilmektedir. Bkz. Antalya Liman İşletmeleri (Karar Sayısı: 20-48/666-291, Karar Tarihi: 05.11.2020) kararı, para. 317.

⁴⁰ Bkz. Ankara 6. İdare Mahkemesi 2019/946. E., 2019/2625 K. sayılı kararı (Karar Tarihi: 18.12.2019). Sahibinden Kararı (Karar Sayısı: 21-34/475-237, Karar Tarihi: 08.07.2021)

⁴¹ Nihai Rapor ile ilgili olarak bkz. <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Guncel/e-pazaryeri-platformlari-sektor-inceleme-609e9ad4f1bbec11a-2220050568595ba>

⁴² Bkz. mesela Google kararları bu eğilimin örneği olarak gösterilebilir. Google Mobil İşletim Sistemi (Karar Sayısı: 18-33/555-273, Karar Tarihi: 09.09.2018), Google Çevrimiçi Alışveriş Karşılaştırma (Karar Sayısı: 20-10/119-69, Karar Tarihi: 13.02.2020), Google Reklamcılık (Karar Sayısı: 20-49/675-295, Karar Tarihi 12.11.2020) ve Google Yerel Arama ve Konaklama (Karar Sayısı: 21-20/248-105, Karar Tarihi: 18.04.2021) hakkında verilen kararlar, Kurulun, bu piyasalardaki sorunlara özel bir hassasiyet gösterdiğine işaret etmektedir. Yine bu eğilim ile ilgili olarak, Kurulun, olağan şartlarda pek sık başvurmadığı geçici tedbir mekanizmasını bu sektörde kullanmasıdır. Trendyol (Karar Sayısı: 21-46/669-334, Karar Tarihi: 30.09.2021) ve Facebook hakkında verilen karar geçici tedbir kararları (Karar Sayısı: 21-02/25-10, Karar Tarihi: 11.01.2021) bunun örnekleridir.

gibi bir hisse satışı ya da uzun dönem kiralama sözleşmesi yolu ile gerçekleşebilir. Bu işlemlerin denetlenmesinin temel nedeni, işlem sonucunda ortaya çıkan piyasa yapısının yoğunlaşma riskini artırmasıdır. Dolayısıyla teşebbüsler, bu türden bir işlem yaptıkları durumda, 2010/4 sayılı Tebliğ uyarınca Rekabet Kurumuna bildirimde bulunmakta ve Kurul, bu işlemi, henüz uygulamaya geçmeden denetlemektedir. Burada temel husus ise, işlemin hâkim durum yaratarak veya güçlendirerek ya da başka bir şekilde rekabeti önemli ölçüde azaltıp azaltmadığıdır. İşlem rekabeti azaltıyor ve taahhüt vermek suretiyle bu sorun giderilemiyorsa işlem izin verilmemekte, daha doğrusu işlem yasaklanmaktadır. Öte yandan işlemlerin önemli kısmı genellikle herhangi bir rekabetçi endişe görülmeksizin izin almaktadır.

Kanun'un 7. maddesinin uygulanmasında bir sorun olduğu söylenemez. Kurul 7. maddedeki hukuka aykırılık testini, ikincil mevzuata uyumlu şekilde tatbik etmektedir. Nitekim anket sonuçlarında da bu alanda bir sorun olduğuna dair bir bulgu yoktur. Ancak bilindiği üzere, Kanun 2020 yılında önemli bir değişikliğe uğramış ve 7. maddedeki hukuka aykırılık testi değişmiştir. Benimsenen "etkin rekabetin önemli ölçüde azaltılması" (significant impediment to effective competition- SIEC) testi, her ne kadar esaslı bir değişiklik getirmese de hâkim durum testinin kapsamadığı bazı senaryoları içermekte ve Ku-

rula da daha geniş bir takdir yetkisi sağlamaktadır. Dolayısıyla, Kurulun da kararlarında bu yetkiyi özenli bir şekilde kullanması, özellikle ilk verdiği kararlarda bu test ile (hâkim durum yaratmayan veya güçlendirmeyen) hangi senaryoların hangi şartlar altında 7. maddeye aykırı olacağını netleştirmesi gerekmektedir. Aksi halde öngörülebilirlik ve tutarlılık sağlamak mümkün olmayacaktır.

Bilindiği kadarıyla Kanun değişikliği sonrasında bu konuda verilmiş tek bir ihlal kararı vardır ve bu karar da etkin rekabetin önemli ölçüde azaltılması testinin yorumu bakımından yol gösterici olmaktan uzaktır⁴³. Daha açık bir ifadeyle, somut işlemin neden etkin rekabeti azalttığı veya etkin rekabetin hangi durumlarda azaldığına dair tatmin edici açıklama yapılmaksızın işlem yasaklanmıştır. Özellikle Kanun değişikliği sonrasında ilk uygulama olması nedeniyle, Kurulun yeni hukuka aykırılık testi açısından öngörülebilirliği sağladığını söylemek güçtür. Dolayısıyla önümüzdeki dönem açısından 7. madde tahtında verilecek kararlar, hukuk güvenliğinin sağlanmasında büyük önem taşıyacaktır.

Birleşme ve devralma denetimi açısından ikinci bir konu, küresel rekabetin değerlendirmede dikkate alınıp alınmadığıdır. Günümüzde, özellikle hâkim durumun tespitinde, rekabet otoriteleri tarafından pazar, "küresel" olarak tanımlanabilmektedir.⁴⁴ Ancak Türkiye'de benzer teşebbüs ve faaliyetler açısından böyle bir

⁴³ Bkz. Marport (Karar Sayısı: 20-37/523-231, Karar Tarihi: 13.08.2020).

⁴⁴ Örneğin Avrupa Komisyonu'nun Google/Fitbit (Karar Sayısı: M.9660, Karar Tarihi: 17.12.2020) ve Google Android (Karar Sayısı: AT.40099, Karar Tarihi: 18.07.2018) kararları. Rekabet Kurulu Google'a ilişkin pazar tanımlı kararlarında ilgili coğrafi pazarı Türkiye olarak tanımıştır. Bkz. Karar Sayısı: 21-20/248-105, Karar Tarihi: 08.04.2021; Karar Sayısı: 20-49/675-295, Karar Tarihi: 12.11.2020; Karar Sayısı: 19-38/575-243, Karar Tarihi: 07.11.2019; Karar Sayısı: 18-33/555-273, Karar Tarihi: 19.09.2018.

yaklaşım henüz karşılık bulmamıştır. Türkiye’de faaliyet gösteren şirketlerin birçoğunun küresel ölçekte rekabet ettiği göz önünde bulundurulduğunda, pazarın fazla dar tanımlandığı ve işlemlerin etkilerinin global rekabet gücü ile birlikte analiz edilmesi gerektiği ortaya çıkmaktadır. Nitekim çalıştay katılımcıları etkilerin farklı yönlerinin değerlendirilmesinin yatırımcılar açısından önemini vurgulamıştır. Ankete katılan rekabet hukuku uzmanlarının %33’ü de birleşme devralma politikalarının şirketleri küresel rekabette dezavantajlı duruma düşürdüğü yönünde cevap vermiştir. Bu sonuç Kurulun bu konuda çoğunlukla gerekli hassasiyeti gösterdiğine işaret etmekte, ancak gelecekte bu konunun gündeme gelebileceğini de göstermektedir.

Sonuç olarak, son döneme dair yukarıda belirtilen hususlar dışında, maddi hukuk açısından Türk rekabet hukuku tatbikatı yatırım ortamına pozitif bir katkı yapmaktadır. Ancak yukarıda kısaca ele alınan konulardaki uygulama pratiğinin gözden geçirilmesi, hukukun daha doğru ve öngörülebilir bir şekilde uygulanmasına katkıda bulunacak bu da yatırım ortamı için daha iyi sonuçlar üretecektir. Bu husus anket sonuçlarında da görülmektedir.

IV. Rekabet Hukuku İncelemeleri ve Yaptırımlar

A. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Rekabet hukukunun, yoğunlaşmayı önleyerek piyasalarda rekabet ortamını sağlayabilmesi için etkin bir yaptırım (enforcement) sistemine ihtiyaç bulunmaktadır. Rekabet karşıtı davranışların temel özellikleri düşünüldüğü zaman, etkin yaptırım sisteminin en azından üç özelliğinin olması şarttır. İlk olarak kamu veya toplum yararını koruyacak bir idari otoritenin varlığı gereklidir. Zira rekabet karşıtı davranışlar, örneğin karteller, bireylerden ziyade toplumun geneline zarar vermektedir. Bu özellik ise zarar görenlerin zarar gördüklerini fark etmemelerine veya en azından hukuki himaye vasıtasından yararlanacak güdüye sahip olmamalarına neden olmaktadır. Dolayısıyla bir kamu otoritesinin, kişilerin yerine ve onlar adına, ortaya çıkan toplumsal zararı önlemek üzere hukuku uygulaması gerekmektedir. İkinci olarak, bu otoritenin ihlalleri ortaya çıkaracak yetkilere sahip olması şarttır. Rekabet hukuku ihlallerinin çoğu kez gizli ve karmaşık olması, özel hukuka dayalı himaye vasıtalarının yetersiz kalması sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Dolayısıyla, kamu hukuku (kolluk) yetkileri ve uzmanlık önem taşımaktadır. Rekabet otoriteleri de genellikle geniş kolluk yetkilerine ve hukuk ve iktisat alanlarında uzman insan kaynağına sahiptir. Üçüncü olarak ise caydırıcı yaptırımlara gereksinim vardır. İhlallerin kâr maksimizasyonu güdüsü ile rasyonel olarak (ve çoğu kez kasten) işlenmesi, teşebbüslerin ihlalden elde edeceği olası menfaati ortadan kaldıracak ölçekte yaptırıma ihtiyaç doğurur. Bu da çoğu kez idari

para cezaları ve bazı hallerde hürriyeti bağlayıcı cezalar ile sağlanır.

Rekabet Kanunu'na bakıldığı zaman, kanun koyucunun bu mülahazaları yerinde bir şekilde dikkate aldığı ve kamu hukukuna dayalı etkin bir yaptırım sistemine yer verdiği görülmektedir. Kanun, rekabet hukukunu uygulaması için Kurumu ihdas etmiş (20. madde vd.) ve Kurumu delillere erişimi sağlamasına olanak sağlayan yetkiler (yerinde inceleme ve bilgi isteme) ile donatmıştır (14. ve 15. maddeler). Ayrıca başta idari para cezaları olmak üzere caydırıcılık yaratacak bir yaptırım sistemi de öngörülmüştür (16. madde vd.).

Kanunun uygulanması bağlamında tipik bir inceleme faaliyeti, ihlal iddiasının araştırılmasıdır. Kanun, ön araştırma ve soruşturma safhalarından oluşan aşamalı bir inceleme usulüne yer vermiş ayrıca nihai hükmün, karşılıklı iddiaların ileri sürüldüğü ve tartışıldığı çekişmeli bir süreç neticesinde verileceğini öngörmüştür. Bu süreçte Kurum özellikle yerinde inceleme yetkisi ile ihlal iddiasının gerçekliğini araştırmakta ve toplanan deliller çerçevesinde hukuki bir değerlendirme yapmaktadır. İnceleme neticesinde Kanunun ihlal edildiği sonucuna varılırsa, faille uygulanacak temel yaptırım idari para cezası olacaktır. Kanun, ihlale taraf olan teşebbüs cirolarının %10'una kadar olan miktarda idari para cezasına hükmedebileceğini öngörmektedir ki bu caydırıcılık yaratmak açısından yeterli görülen bir düzenlemedir. İdari para cezasının yanı sıra Kurulun 9/1. madde kapsamın-

da başka tedbirler alması da mümkündür⁴⁵. Kanun, kamu hukukuna dayalı yaptırımların yanı sıra, özel hukuka dayalı yaptırımlar ihdas ederek, ikili bir yaptırım sistemi öngörmüştür. Bu çerçevede ihlalden zarar görenlerin, zararlarını gidermek için haksız fiil esasına dayalı tazminat talep etmeleri imkânı vardır.

Teşebbüslerin yatırım yapma güdülerini, maddi hukukun yanı sıra, inceleme sürecinin nasıl yürütüldüğü ve idari yaptırımların nasıl uygulandığından da etkilenmektedir. İnceleme süreçlerinde teşebbüslere yeterince savunma hakkı verilmemesi veya yaptırım ya da diğer yetkilerin ölçüsüz bir şekilde uygulanması, teşebbüsler arasında ayırım yapılması gibi haller, teşebbüsler için belirsizlik ve/veya ilave maliyetlere neden olabileceği gibi rekabet sürecinin kendisini de olumsuz etkileyebilmektedir. Dolayısıyla inceleme ve yaptırımların, rekabetçi piyasa hedefinin sağlanması açısından ayırmacı olmayacak, ölçülü, tutarlı ve şeffaf bir şekilde uygulanması gerekmektedir. Tüm bu idari karar alma sürecinin yatırımlar üzerindeki etkisi, inceleme ve yaptırımlar ikili ayırımı çerçevesinde çeşitli alt başlıklar altında aşağıda değerlendirilmektedir.

B. İNCELEME SÜRECİ

Bir davranış ya da işlemin Rekabet Kanunu'na aykırı olup olmadığı, menfi tespit, muafiyet, birleşme ve devralma ya da ihlal iddiası gibi farklı

hükümler çerçevesinde incelenebilir. Bunların her birinde farklı idari usuller izlenmektedir. Rekabet hukukuna aykırılık, tipik olarak ihlal iddiası ve bu çerçevede yapılan şikâyet sonucunda inceleme konusu olmaktadır. Aşağıda, önemi binaen ilk olarak bu senaryo daha kapsamlı olarak ele alınmaktadır. Akabinde muafiyet ve birleşme ve devralma başvurularına dair özel bazı hususlara değinilmektedir.

1. Rekabet İhlali İddiası ile Başlayan İdari Süreç

İhlal iddiası ile başlayan idari süreç, bir davranışın veya işlemin, rekabet hukuku ihlali teşkil edip etmediğini ortaya çıkarmak amacıyla, genellikle şikâyet ile başlayan inceleme ve karar sürecidir. İncelemelerin çok önemli bir kısmı şikâyet ile başlamaktadır. Bunun haricinde; ihbar, pişmanlık ve resen de inceleme başlatılabilmektedir. Kurum, önüne gelen şikâyetin Kanun kapsamında olduğu kanaatine varırsa, bununla ilgili bir ön araştırma başlatmaktadır. Bu süreçte, doğal olarak, ihlal iddiasının olgusal gerçekliği ve bunun Kanuna aykırı olup olmadığı araştırılmaktadır. Bu araştırma, öncelikli olarak bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerinin kullanılması ile yapılmaktadır. Pratikte ihlal ile ilgili deliller, teşebbüs mal varlığında yapılan yerinde incelemeler ile elde edilmekte; buradaki deliller, bilgi isteme ve diğer muhakeme ve araştırma faaliyetleri ile toplanan bilgiler ile desteklenerek bir kanaate varılmaktadır. İhlal iddiaları ciddi bulunursa Kurul soruşturma açmakta ve bu safhada, teşebbüslerin savunma hakları

⁴⁵ Kanun'un 6. maddesi kapsamında yapılan bir çalışmada, tüm incelemelerin takriben %96'sının şikâyet ile başladığı tespit edilmiştir. Bkz. Kerem Cem Sanlı, Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması: Sorunlar ve Olası Çözüm Önerileri, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 22

gündeme gelmektedir. Oldukça uzun sürebilen (takriben 1 senenin üzerinde) soruşturma safhasında Kurum iddialarını bir rapor ile temellendirirken, soruşturma muhatabı teşebbüsler de üç yazılı bir sözlü savunma ile ihlal iddialarına karşı savunma haklarını kullanmaktadır. Bu süreç neticesinde de Kurul ihlal iddialarının gerçeği yansıtmadığı kanaatine varırsa şikâyeti reddetmekte ve incelemeyi sonlandırmaktadır. Aksi durumda ise ihlal kararı vererek idari para cezası ve/veya diğer tedbirlere başvurmaktadır.

Öte yandan, Kanun'da 7246 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik neticesinde, artık ihlal şüphesi olsa bile, ihlal kararı vererek incelemenin sonlanması şart değildir. Kurul taahhüt ile de incelemeyi sonlandırabilmektedir (m. 43/3 ve 2021/2 sayılı Tebliğ). Taahhüt, genel olarak ifade etmek gerekirse, tespit edilen rekabet karşıtı sorunun, teşebbüsler tarafından bazı tedbirler alınarak ortadan kaldırılmasıdır. Dolayısıyla inceleme süreci içerisinde verilen taahhütlerin sorunu giderdiği kanaatine varılırsa, Kurul, incelemeyi ihlal kararı vermeksizin sonlandırabilir. Taahhüt müessesesi, yürürlüğe girmesinin hemen akabinde yoğun bir şekilde kullanılmaya başlanmıştır. Diğer yandan, yine 7246 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik neticesinde, incelemenin uzlaşma kararı ile de sonlandırılması mümkündür. Ancak bu ihtimalde Kurul ihlal tespiti yapmakta ve ceza da vermektedir. Ancak uzlaşma, cezanın indirilmesine neden olmaktadır.

İnceleme süreci, ön araştırma evresinde büyük ölçüde tek yanlıdır. Kurum kolluk yetkilerini kullanarak, iddianın gerçekliğini araştırmakta ve bu süreçte incelenen teşebbüsler sürece

pek dahil olmamaktadır. Soruşturma safhasına geçildiğinde ise artık davranışları incelenen teşebbüsler ve sınırlı olarak şikayetçiler sürece dahil olabilmektedir. Buradaki usul, yargılamaya benzetilebilir. Zira Kurumun iddiaları karşısında teşebbüsler de savunma yapma hakkına sahiptir. Savunma hakkı kullanılmaksızın ihlal sonucuna varılamamaktadır. Teşebbüsler bu sayede, davranışlarının gerekçelerini ve piyasanın özelliklerini Kuruma izah edebilmekte ve (genelde var olan) asimetrik bilgi sorunu hafifletilmektedir. Bu, Kurumun ve Kurulun daha doğru bilgi ile karar vermesini sağlamaktadır. Bu etkileşim, sadece Kurumun değil teşebbüslerin de hukukun uygulanması ile ilgili bilgi sahibi olmasına imkan vererek, onların da uyum sürecini daha iyi yönetmesine vesile olabilmektedir. Savunma hakkına yer veren bu idari süreç, Türk idare hukuku açısından atipiktir ve Kurulun inceleme ve kararlarının hem doğruluk olasılığını hem de hukuki ve iktisadi yorum kalitesini artırmaktadır. Dolayısıyla Kanun'un inceleme sürecine dair bu düzenleme tarzı şeffaflık sağladığı gibi rekabet hukukunun amaca uygun bir şekilde tatbikine imkân vermektedir. Sadece savunma hakkının düzenlenmesi açısından değil öngörülen süre sınırlamaları açısından da Kanun hükümleri isabetlidir. İncelemeler, belirsiz bir süre için devam edemez. Hem ön araştırma hem de soruşturma safhası belirli sürelerde tamamlanmak zorundadır. Bu sınırlamalar, belirsizliği azaltarak, teşebbüslerin haklı menfaatlerini himaye etmektedir. Kanun'daki bu düzenleme tarzı hiç şüphesiz yatırım ortamı açısından son derece olumludur.

İnceleme sürecinde savunma haricinde, teşeb-

büslerin menfaatlerini etkileyen çeşitli idari işlemler bulunmaktadır. Örneğin, yerinde inceleme ve bilgi isteme yetkileri ve bu çerçevede toplanan bilgilerdeki ticari sırların korunması bu konuda akla gelen ilk işlemlerdir. Bu işlemlerin ne şekilde yapıldığı, sadece teşebbüslerin süreç ile ilgili maliyetlerini değil aynı zamanda verilecek kararın içeriğini ve kalitesini etkilemektedir. Bu nedenle bu işlemlerin tutarlı, ölçülü ve ayırmacı olmayacak şekilde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği önem taşımaktadır.

a. Bilgi İsteme

Kanun'un 14. maddesi uyarınca Kurum, yaptığı bir inceleme ile ilgili olarak tüm kişilerden bilgi isteme yetkisine sahiptir. Bu yetki, Kuruma, piyasa ve ekonomik ilişkiler hakkında bilgi sahibi olarak inceleme konusu davranışları daha iyi anlama imkânı vermektedir. Bu şekilde Kurum, inceleme konusu teşebbüs ile arasındaki bilgi asimetrisini azaltmaktadır. Kurum ilgili gördüğü her kişiden bilgi talebinde bulunabilir ve kişilerin, Kurumun belirlediği sürede bu bilgileri doğru bir şekilde sağlama yükümlülüğü vardır. Aksi durum, Kanun'un 16. maddesinde belirtilen idari para cezasının tatbikine neden olmaktadır. Bilgi isteme, elde edilen veriler sayesinde bir yandan Kurumun incelemelerini kolaylaştırmakta ve doğru değerlendirme yapmasına imkân sağlamakta ancak diğer yandan teşebbüsler açısından maliyet teşkil etmekte ve bununla paralel olarak ticari sırların kamusallaşması riskini beraberinde getirmektedir. Bu nedenle, Kurumun bu taleplerde hem ölçülü davranması (talep sayısı, kapsam ve verilen süre açısından) hem de elde edilen bilgiyi özenle muhafaza etmesi gerekmektedir.

Pozitif hukuka bakıldığında, düzenlemenin genel olarak isabetli olduğu ve uygulamada da Kurumun bu yetkisini kullanırken, şeffaf davrandığı, aldığı bilgiyi somut bir inceleme için kullandığı ve dolayısıyla da esaslı bir sorun olmadığı söylenebilir. İlerleyen bölümlerde de belirtildiği gibi, çoğu kez ticari sır mahiyeti olan bilgiler, kamusallaşmaması; bu anlamda teşebbüslerin ticari menfaatleri de yeterince korunmaktadır. Ancak burada, biri özellikle son dönemde, yani iki veya üç senedir gözlemlenen, birbiriyle alakalı iki sorundan bahsetmek gerekir. İlki, bilgi isteme taleplerinin artmasıdır. Bu, sadece Kanun'un 4 ve 6. maddelerine dayalı incelemeler için değil 7. madde kapsamında yapılan bildirim başvuruları için de geçerlidir. Kurumun yaptığı inceleme (soruşturma) sayılarındaki artış ve (e-ticaret ve dijital platformlar gibi) bazı endüstrilere dair eksik bilginin varlığı, bilgi isteme sayılarında da doğal olarak bir artışa neden olacaktır. Ancak, bilgi isteme taleplerinin, teşebbüsler açısından ciddi maliyetlere neden olduğu ve bunun da ötesinde hukuki riskler içerdiği hatırlanmalıdır. Bilgi isteme talebinin süresinde yerine getirilmemesi veya eksik ya da yanlış bilgi sağlanması idari para cezası yaptırımına tabidir. Dolayısıyla bilgi talep edilirken, Kurumun bunun teşebbüsler için neden olabileceği maliyetleri dikkate alması, örneğin uygun süre vermesi veya tekrara neden olabilecek bilgi talepleri yöneltmemesi, ölçülülük ilkesi açısından şarttır. Kurumun bilgi isteme aracını kullanımına ilişkin soruda yöneticilerin görüşleri ile rekabet hukuku uzmanlarının görüşlerinin ciddi oranda ayrıştığı görülmüştür. Rekabet hukuku uzmanlarının %93'ü Kurumun bu aracı gerekli

ve ölçülü biçimde kullanmadığını belirtmiştir. Ancak yönetici anketinde katılımcıların %50'si bu soruya olumlu yanıt vermiştir. Öte yandan, derinlemesine mülakatlar kapsamında bilgi isteme aracının son dönemde çok yoğun bir biçimde kullanıldığı ve bu durumun teşebbüsler bakımından çok ciddi bir iş yüküne dönüştüğü de ifade edilmiştir.

İkinci sorun ise teşebbüsün bilgi isteme taleplerini gereği gibi yerine getirmemesi halinde, objektif sorumluluk esaslarının uygulanmasıdır. Dolayısıyla Kurul, teşebbüs tarafından sağlanan bilginin süresinde verilmediğini veya gerçeği yansıtmadığını tespit ederse doğrudan idari para cezası tatbik etmeyi tercih etmekte, teşebbüsün bu usul ihlaline kusur ile sebebiyet verip vermediğini araştırmamaktadır. Bilginin kısa süre içerisinde istendiği (zaman baskısı) ve/veya bilginin kapsamının geniş ve/veya karmaşık olduğu hallerde, bu yaklaşım teşebbüsler için ciddi riskler yaratabilmektedir. Ayrıca, özellikle bilgi talep edilen teşebbüslerin ihlal iddiasının faili olmadığı durumlarda, idari yaptırımlar adaletsiz ve ölçüsüz olma riski taşımaktadır. Kanun'da bilgi isteme talebinin yerine getirilmemesi halinde, objektif sorumluluk esasının uygulanacağına dair bir hüküm yoktur. Oysa bunun bir kabahat olduğu dikkate alınırca Kabahatler Kanunu'nun 9. maddesi gereği, ihlalin ilke olarak kusura bağlı olması gerekmektedir. Mevzuat AB hukukunda 1/2003 sayılı Tüzük, buradaki ihlalin ancak kusur ile işlenebileceğini öngörmektedir (23/1. madde). Bu pozitif hukuk düzenlemeleri karşısında, Kurulun kusur analizi yaptıktan sonra ihlale karar vermesi daha doğru gözükmektedir.

b. Yerinde İnceleme

Rekabet hukuku ihlallerinin ortaya çıkarılması ve delillere erişim açısından herhalde temel yetki, yerinde incelemedir. Kanunun 14. maddesinde düzenlenen bu yetki, Kuruma, teşebbüslerin uhdesinde bulunan ve genellikle elektronik ortamda tutulan yazışma delillerini elde etme imkânı vermektedir. Rekabet hukuku ihlallerinin gizli vasfı nedeniyle bu yetki ihlallerin ortaya çıkarılması açısından hayatidir ve Kurum tarafından sıklıkla kullanılmaktadır. Öte yandan, bu yetkinin nasıl ve ne sıklıkla kullanıldığı, teşebbüslerin ve çalışanların, ekonomik faaliyet ve kişilik hakkını esaslı surette etkilemektedir. Özellikle son dönemde, bu yetkinin kapsamının "de facto" genişlediği dikkate alınırca Kurumun bu yetkiyi kullanırken teşebbüslerin haklı menfaatlerini dikkate alarak süreci ölçülü, eşitlikçi ve şeffaf yürütmesi son derece önemlidir.

Pozitif hukuk açısından bakıldığında, yerinde inceleme Kanun'un 15. maddesinde düzenlenmektedir. 2020 yılı Haziran ayındaki 7246 sayılı Kanun ile, maddede bir ifade değişikliği olmuş ve bilişim sistemlerinde de yerinde inceleme yapılacağı açıkça belirtilmiştir. Esasa dair bir fark yaratmayan bu değişiklik sonrasında da kısa bir süre içerisinde Yerinde İncelemelerde Dijital Verilerin İncelenmesine İlişkin Kılavuz ("Kılavuz") yayımlanmıştır. Yerinde incelemelerin nasıl ve hangi esaslar çerçevesinde yapılacağını açıklayan bir kılavuzun yayımlanması; şeffaflık, tutarlılık ve öngörülebilirlik ilkeleri açısından son derece isabetlidir. Nitekim Kılavuz'un yayımlanmasından sonra inceleme esasları açısından bu Kılavuz'un dikkate alındığı ve özellikle mobil iletişim cihazları (cep telefonları) üzerinden yapılan inceleme-

ler neticesinde önemli ölçüde delil elde edildiği görülmektedir. Soruşturma sayılarındaki artış bir ölçüde bu olgu ile ilişkilendirilebilir.

Ancak Kılavuz'un muhtevası ve yerinde inceleme uygulaması ile ilgili hiç sorun olmadığı sonucuna varılamaz. Kurul uzun süredir yerinde inceleme yetkisine oldukça sık başvurmaktadır. İstatistikler, diğer devletlerin rekabet otoritelerinin uygulamaları ile kıyaslandığında, Kurumun daha fazla yerinde inceleme yaptığını açık bir şekilde göstermektedir⁴⁶. Üstelik, bu yerinde incelemelerin önemli bir kısmında ihlal tespiti yapılmadığı ve hatta soruşturma dahi açılmadığı düşünülürse, Kurulun yerinde incelemeye karar verirken ölçülü davranmadığı şüphesi doğmaktadır. Gerçekleştirilen anketin sonuçları da bu hususu teyit etmektedir. Rekabet hukuku uzmanlarının %60'ı Kurumun yerinde inceleme aracını gerekli ve ölçülü kullanmadığı yönünde yanıt vermiştir. Öte yandan son yıllardaki eğilimin farklılaştığını ve yerinde inceleme sayılarında dramatik bir düşüş olduğunu da belirtmek gerekir⁴⁷. Bu, önceki dönemdeki sayıların yüksekliği dikkate alınır, olumlu bir gelişmedir. Ancak bunun, pandemi olgusundan mı yoksa politika değişikliğinden mi kaynaklandığı hususunda bir değerlendirme yapmak şu an için güçtür.

Yine son dönem istatistiklere bakıldığında, yerinde incelemenin engellenmesi ile ilgili ihlal kararlarının ve idari para cezalarının arttığı net bir şekilde görülmektedir. Örneğin, yerinde in-

celemenin engellenmesi ile ilgili 2020 yılında 2,5 milyon TL ceza verilmişken, 2021 yılında bu rakam 121 milyon TL'ye çıkmıştır. Bu ihlal ile ilgili olarak sadece 2021 yılında, yani Kılavuz'un yürürlüğe girmesinden (18.10.2020) hemen sonra, tespit edilebildiği kadarıyla 12 ihlal tespiti yapılmıştır. Para cezası tutarlarının büyüklüğü de dikkate alınınca, burada bir sorun yaşanıyor olması yüksek olasılıktır.

Teşebbüslerin, yerinde incelemenin gerçekleştirilmesi esnasında, nasıl bir uyum çalışması yapılması gerektiği hususunda bir belirsizlik yaşadıkları, Kılavuz'un varlığına rağmen tam bir uyumun sağlanmadığı görülmektedir. Kararlara bakıldığında da engellenmenin varlığı hususunda uyuşmazlık olduğu (mesela global şirketlerin elektronik ortamdaki verilerine erişim gibi) ve bunların yargıya taşındığı görülmektedir. Dolayısıyla tam bir belirlilik olmadığı ve/veya ikincil düzenlemedeki prensiplere intibakın tam gerçekleşmediği çıkarımı yapılabilir.

Burada özellikle vurgulanması gereken husus şudur: Kanun'un 15. maddesinde bir muhteva değişikliği yoktur. Dolayısıyla Kanun'daki ve Kılavuz'daki düzenlemeler, esasen bir yenilik öngörmemekte; sadece teknolojik imkanların gelişmesiyle birlikte, yerinde incelemenin kapsamında bir değişiklik yaşanmaktadır. Burada karşılaşılan hukuki sorun ise çalışanlara ait kişisel iletişim cihazlarının, neredeyse aynen, teşebbüse ait mal varlığı unsuru gibi yerin-

⁴⁶ Harun Gündüz (2018), s. 23, Grafik 8.

⁴⁷ Rekabet Kurumunun 2021 yılına ait Faaliyet Raporu dokümanında, yerinde inceleme sayılarında 2020 ve 2021 yıllarında takriben %30'luk bir düşüş olduğu belirtilmekte ve kaynakların daha etkin kullanıldığına vurgu yapılmaktadır. Bkz. 2021 Yılı Faaliyet Raporu, s. 11 (bkz. <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/faaliyet-raporlari/faaliyetraporu2021-20220425160848388-pdf>)

de inceleme konusu yapılabilmesi ve özellikle buradaki verilerin bir bütün olarak (dolayısıyla tüm kişisel veriler ile birlikte) bir cihaza aktararak incelenmesidir. Çalışanlara ait cihazlar, teşebbüs mal varlığı kapsamında olmadığı ölçüde, bu uygulamanın hukukiliği tartışmalıdır. Bunun hukukiliğinin yanı sıra çalışanların kişisel verilerinin dolaylı da olsa inceleme konusu varlık haline gelmesi, kamu menfaati ile bireylerin hakları arasında bir çatışma mecrası yaratmaktadır. Bu raporun araştırması kapsamında gerçekleştirilen çalıştayda da yerinde incelemelere ilişkin kural ve kararlar konusunda net kriterler oluşturulması ve öngörülebilirliğin sağlanması gerekliliğine dikkat çekilmiştir. Bu durum, bu çatışma açısından Kurumun kamu çıkarlarına üstünlük tanıyacak şekilde bir tercihte bulunduğu işaret etmektedir. Kanun'daki ifade karşısında bu tercihin hukukiliğinde ve ölçülülüğünde tereddüt etmek için haklı gerekçeler vardır. Bu noktada yerinde incelemelerde rekabet otoriteleri yetki kullanımına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) Delta Pekarny kararına⁴⁸ değinilmesi yerinde olacaktır. İlgili AİHM kararı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını tanıyan 8. maddesine⁴⁹ odaklanmaktadır. AİHM, ölçülülük incelemesi kapsamında söz konusu sınırlamanın demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı üzerinde durmuştur. AİHM'e göre yerinde inceleme mahkeme kararı olmadan yapılmaktaysa bunun hukuki telafisinin mümkün olması ve

etkili bir yargı denetimi yolunun açık olması gerekmektedir. Çek Cumhuriyeti özelinde alınan kararda yerinde inceleme mahkeme iznine dayanmadığı gibi yerinde inceleme kararının tek başına yargıya götürülememesinin ihlal teşkil ettiğine karar verilmiştir. Sonuç olarak AİHM'e göre, eğer yerinde inceleme bir mahkeme izni olmadan yapılmaktaysa, yerinde inceleme yetkisinin kullanılması aleyhine yargıya etkin bir başvuru yolu yoksa ve yerinde incelemede elde edilen belge kopyalarının yok edilmesine ilişkin bir hukuki yükümlülük söz konusu değilse 8. madde ihlal edilmiş olacaktır.

Yerinde inceleme açısından sorunlu olan ikinci husus, avukat-müvekkil yazışmalarındaki gizliliğin korunmasıdır. Avukatlık Kanunu'nun (36. madde) sağladığı koruma doğrultusunda, teşebbüs çalışanı statüsünde olmayan bağımsız avukatlar ile olan yazışmalar, savunma hakkının kapsamında olduğu ölçüde gizlilik ilkesinden yararlanır ve incelemede kullanılamaz. Nitekim Kurulun bu konuda yerleşik denebilecek bir uygulaması da mevcuttur. Ancak, son dönemde Kurul kararlarında, savunma hakkının kapsamı dar yorumlanmış; gizlilik ilkesinin öngörülmesindeki menfaat kısmen göz ardı edilmiştir. Bu yeni yoruma göre, gizlilik ilkesi sadece somut bir ihtilaf veya Kurum incelemesi ile ilgili savunma hakkı kullanılıyorsa uygulama alanı bulacaktır. Devam eden bir inceleme, örneğin ön araştırma ya da soruşturma yoksa, avukat ve müvekkil arasındaki yazışmalar, gizlilik ilkesin-

⁴⁸ AİHM 97/11 Delta Pekarny Karar Tarihi: 02.10.2014

⁴⁹ MADDE 8 Özel ve aile hayatına saygı hakkı "1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. 2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir."

den yararlanamaz⁵⁰. Lafzen makul gözüken bu yorum tarzı pek de isabetli gözükmemektedir. Bir inceleme olsun veya olmasın, avukatların verdiği görüşler, büyük ölçüde teşebbüslerin “hukuka uyum” çabasını yansıtmaktadır. Bu çerçevede, bir uygulama hakkında görüş sorulması ve burada avukatın ihlalin riskine dair değerlendirmesi, devam eden incelemeden bağımsız olarak gizlilik ilkesinden yararlanmalıdır. Ayrıca gizlilik ilkesi çerçevesinde, uyum çabasına bağlı olarak, teşebbüslerin olası ihlal riskini nasıl bertaraf edebileceğine dair tavsiyeler de aynı kapsamda değerlendirilmelidir. Savunma hakkının ve gizlilik ilkesinin dar yorumu, uyum çabalarını sekteye uğrattığı gibi teşebbüsler ve avukatlar arasındaki iletişimin de gizlenmesine neden olabilmektedir. Uyum çabası, bir anlamda rekabet hukukunu ihlal etmemek amacıyla yapılan tedbir ya da özen yatırımları olarak düşünülmürse, bu yorumun sosyal refah açısından arzu edilmediği kolaylıkla görülebilir.

c. Ticari Sırların Korunması

Rekabet hukuku ile ilgili herhangi bir karar ve inceleme süreci, büyük ölçüde teşebbüslerden toplanan bilgiler ile yürütülmektedir. Bu bilgilerin bir kısmı da teşebbüslere ait ticari sırlardan oluşmaktadır. Teşebbüslerin kendilerinden talep edilen bilgileri endişe duymadan sağlamaları için bu bilgilerin, başta rakipler olmak üzere bunlardan menfaat sağlayabilecek kişilerin eline geçmemesi, kamusal hale gelmesi önem taşımaktadır. Bilginin kısmen veya tamamen kamusallaşması, rekabeti olumsuz etkileyeceği gibi teşebbüsler açısından ciddi

bir maliyet teşkil eder ve aynı zamanda bilgi isteme yetkisinin kullanımını etkisizleştirir. Ticari sırların korunması ile çatışan temel menfaat, toplumun ihlaller ile ilgili zamanında ve doğru bilgi edinmeleridir. Ticari sırların mutlak olarak korunması, netice itibarıyla davranışları incelenen teşebbüslerin menfaatlerine ve dolayısıyla da rekabet hukukunun etkin bir şekilde uygulanmasına katkı sağlar. Ancak mutlak koruma, ihlalden zarar gören teşebbüsler, tüketiciler ve aynı zamanda bu uygulamalar ile ilgili bilgi edinmede menfaati olan kişi ve kuruluşların (mesela basın ve bilim dünyası) menfaatlerini olumsuz etkiler. Son tahlilde, Kurum bu bilgiyi salt teşebbüslerin çıkarı için edinmemektedir. Bu durumda, bu iki çıkar grubu arasında uygun bir dengenin kurulması zaruridir.

Pozitif hukuka bakıldığında, Kanun'un ticari sırların ne şekilde korunacağını müstakil olarak düzenlemediği ancak çeşitli hükümlerde ticari sırların himaye edileceğine dair genel bazı hükümler öngördüğü görülmektedir. Ancak Kurul, ticari sırların himayesini 2010/3 sayılı Tebliğ ile özel olarak düzenlemiş ve son derece ayrıntılı hükümler öngörmüştür (bkz. mesela 25/4-6, 47, 53/2). Bu düzenleme, Kurulun konuya hassas yaklaştığının işaretidir ve son derece olumludur. Uygulamada ticari sırların korunmasına büyük önem verildiği ve teşebbüslerin “sır” olarak vassıflandırdığı özel bilgilerin, diğer teşebbüsler ile veya nihai kararda kamu ile paylaşılmadığı görülmektedir. Nitekim gerçekleştirilen anketler de bu sonucu teyit etmektedir. Ticari sırların korunması hususu en olumlu değerlendirilen

⁵⁰ Bkz. Karar Sayısı: 19-04/36-14, Karar Tarihi: 17.01.2019; Karar Sayısı: 16-42/686-314, Karar Tarihi: 06.12.2016.

konuların başında gelmektedir. Her iki anket grubunda da katılanların %80'inden fazlası Kurumun ticari sırlar bakımından gerekli ve yeterli hassasiyeti gösterdiğini belirtmiştir. Bu sonuç, ticari sırların himayesi konusundaki uygulamanın yatırım ortamı açısından son derece pozitif olduğuna işaret etmektedir.

Ancak kararların muhtevası açısından, ticari sırların korunmasına gereğinden fazla hassasiyet gösterildiği; bunun, kararların içeriğini anlamayı güçleştirdiğini ve şeffaflığı zedelediğini belirtmek gerekir. Oysa yukarıda belirtildiği üzere ticari sırların himayesi meşru bir hedef olmakla birlikte; mutlak değildir. Ticari sırlar korunurken kamunun bilgilenmeye dair menfaatinin de önemsenmesi gerekir. Burada özel olarak üç hususun altını tekrar çizmek gerekir. İlk olarak, Kurulun çerçeve norm mahiyetindeki yasakları nasıl yorumladığını anlamak için kararın muhtevasının anlaşılabilir olması gerekmektedir. Bu çerçevede, rakamsal verilerin ve delillerin toptancı bir anlayışla karartılması, burada bilgi edinmeye dair menfaati zedelemektedir. İkincisi, Kurul kararları, hem idari yargı süreci hem de özel hukuk uygulaması açısından anlaşılabilir olmadığı sürece bu yargılama süreçleri etkin bir şekilde kullanılamaz. Son olarak, üçüncü kişilerin kararların muhtevasını bilmekte önemli menfaatleri vardır. Ayrıca kararların muhtevasının açık olması uygulamanın şeffaflığını da güçlendirecektir.

d. Şikâyetçinin Konumu

İhlal iddiası ile başlayan bir inceleme, büyük ölçüde şikâyet ile başlamaktadır. Kanun'un sistemine bakıldığında, rekabet hukukunun ihlal

edildiği iddiası ve bunun ispatı Kuruma aittir. Kurum, kamu adına, iddianın gerçekliğini ve ihlalin varlığını araştırmaktadır. Bu sistem içerisinde şikâyetçinin bir taraf sıfatı yoktur. Süreç, büyük ölçüde Kurum ve eylemleri soruşturulan teşebbüsler arasında geçmektedir. Şikâyet üzerine başlayan bir incelemede, şikâyetçiye bilgi verilmekte ve Kurulun takdiri çerçevesinde sözlü savunma toplantısına katılabilmektedir. Şikâyetçi, ihlalden olumsuz etkilenmişse, Kurum, bilgi isteme yoluyla, ihlal olduğu iddia edilen davranış ve bunun sonuçları ile ilgili bilgi toplamaktadır. Ancak şikâyetçinin yürüten inceleme süreci ile ilgili bilgi alması veya aktif bir katkı sağlaması yolu kapalıdır. Bu yasal düzenlemenin ve Kurul uygulamasının makul gerekçeleri vardır. Gerçekten Kurum kamu ve bu arada ihlalden olumsuz etkilenenler adına inceleme yapmaktadır. İncelemenin amacı, zarar görenlerin menfaatlerini himaye etmek değildir. Burada kamu zararının önlenmesi hedeftir. Şikâyetçinin motivasyonu, kamu menfaatinin himayesi ve gerçeğin ortaya çıkarılması hedefleri ile paralel olmayabilir. Keza özellikle toplumun genelini ilgilendiren ihlaller açısından şikâyetçilerin sürece dahil edilmesi, ciddi yük ve maliyete neden olabilmektedir. Tüm bu gerekçeler, şikâyetçinin "taraf" olarak kabul edilmesinin isabetli olduğunu göstermektedir.

Ancak özellikle ihlalin belirli ve somut bazı teşebbüsleri hedef aldığı dışlayıcı eylemler açısından şikâyetçinin sürece dahil edilmesi, gerçeğin ortaya çıkması açısından önem taşımaktadır. Üstelik bu gibi durumlarda, şikâyetçinin motivasyonu ve menfaati ile kamu menfaati arasında önemli bir paralellik de söz konusudur.

Örneğin, az sayıda teşebbüsün etkilendiği yıkıcı fiyat veya marj sıkıştırması gibi eylemlerde, gerçeğin ortaya çıkarılması açısından, şikâyetçinin menfaati ile kamu menfaati büyük ölçüde örtüşmektedir. Dolayısıyla, bu gibi hallerde şikâyetçinin sürece aktif katılımını sağlayan bazı haklar verilebilir. Örneğin, soruşturma raporunun şikâyetçiye de tebliğ edilmesi veya inceleme sürecinde Kurulun aldığı kararlar hakkında şikâyetçiye bilgi verilmesi ya da sınırlı da olsa dosyaya erişim hakkı sağlanması gibi birtakım haklar tanınabilir. Ayrıca, şikâyetçinin sürece dahil edilmesi, şikâyetçinin genellikle ihlalden zarar gören kişi olduğu da düşünülürse, özel hukuka dayalı haklarının himayesi bakımından son derece önemlidir. Zira Kurul kararı, doğrudan tazminat sorumluluğunun içeriğini etkilemektedir. Bu çerçevede şikâyetçinin sürece aktif olarak katılımı, özel hukuk yaptırımlarının etkinliği bakımından da önemlidir.

2. Muafiyet Başvurusu

Rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar, 5. maddedeki koşulları sağlamaları halinde, 4. madde yasağından muaf tutulmakta, diğer bir deyişle hukuka uygun kabul edilmektedir. Muafiyet hükmünün uygulanması için esasen Kuruma ya da mahkemeye başvurulması gerekli değildir. Kanun, teşebbüslerin muafiyet koşullarının varlığını kendilerinin değerlendirebileceğini öngörmüştür (*self-assessment*). Ancak teşebbüslerin tereddüde düştüğü senaryolarda muafiyet başvurusu ve Kurul kararı önemlidir. Özellikle pek çok teşebbüsün dahil olduğu, piyasa geneli ile ilgili yatay

işlemlerde, Kuruma muafiyet başvurusu yapılması olağan bir uygulama haline gelmiştir.

Kanun, muafiyet başvurusu ile ilgili olarak hüküm öngörmüş ancak incelemenin nasıl yapılacağına ve hangi süre içerisinde tamamlanacağına dair bir düzenleme yapmamıştır. Oysa süre tüm idari işlemlerde olduğu gibi, muafiyet kararları açısından da pratikte önem taşımaktadır. Kanun'daki bu düzenleme boşluğu, uygulamada da muafiyet inceleme sürelerinin uzamasına yol açmaktadır. Nitekim çalıştay katılımcıları da rekabet hukuku uygulamasına ilişkin en önemli sorunlardan biri olarak muafiyet başvurularının sonuçlanma sürelerinin çok uzun olmasını belirtmiştir. Katılımcılar sürelerin uzamasının yatırımcılar açısından caydırıcı olabileceğine dikkat çekmiştir. Özellikle son dönemde, muafiyet kararları bir seneye varan incelemeler neticesinde verilebilmektedir. Belirtmek gerekir ki, endüstrinin genelini ilgilendiren veya politika kararı gerektiren bazı dosyalarda kapsamlı inceleme gerekli görülebilir⁵¹. Ancak bu yaklaşım aynı zamanda değer artırıcı işlemleri caydırabilmektedir. Bu nedenle, Rekabet Kanunu'nda yapılacak bir değişiklikte muafiyet kararları süre açısından düzenlemeye tabi tutulmalıdır. Bu yapılırken de öngörülebilirlik ve hukuk güvenliği sağlamak adına bir tavan süre benimsenmelidir.

Öte yandan yine son dönemde ortaya çıktığı söylenebilecek olan bir başka eğilim, muafiyet başvurularında başvuru için öngörülen (özellikle 5. maddenin "a" bendine⁵² dair) ispat

⁵¹ Bkz. mesela BSH kararı (Karar Sayısı: 21-61/859-423, Karar Tarihi: 16.12.2021) bunun güzel bir örneğidir. Karar neredeyse iki seneye varan bir inceleme neticesinde alınmıştır.

⁵² a) Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması

külfetinin ağırlaştırılması ve büyük ölçüde buna bağlı olarak muafiyet başvurularının reddedilmesidir. Bu özellikle sektör bazlı bilgi değişimi ve bazı dikey anlaşmalarda karşımıza çıkmaktadır⁵³. Kurulun rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların piyasadaki etkilerini gösterirken, bu etkiyi rakam-sallaştırmaması, hatta tam tersine ihlalin varlığı açısından ispat standardını düşürmesi, buna karşılık teşebbüsler açısından bunu ağırlaştırmasının makul bir açıklamasını bulmak güçtür. Bu olumsuz yaklaşım, muafiyet başvuruları yapma hususunda teşebbüsler açısından caydırıcı bir faktör olarak karşılanmaktadır. Muafiyetin hukuk güvenliğinin sağlanmasındaki rolü dikkate alınınca, bu caydırıcılığın hukuk güvenliğini de olumsuz etkilediği ifade edilebilir.

3. Birleşme ve Devralma İçin İzin Başvurusu

Kanun'un 7. maddesi, 2010/4 sayılı Tebliğ'de ("Tebliğ") öngörülen eşikleri aşan birleşme ve devralmaların bildirilmesi yükümlülüğünü getirmiştir. Teşebbüsler, kontrol değişikliğine neden olan ve eşikleri aşan işlemleri Kuruma bildirmekte, Kurul da bu işlemlerin etkin rekabet üzerindeki etkisine göre değerlendirme yapmaktadır. İşlemin rekabet üzerinde olumsuz bir etkisi yoksa izin verilmekte, buna karşılık rekabeti azaltma potansiyeli olan işlemler nihai incelemeye alınmaktadır. Nihai inceleme süreci, Kanunda ayrıca düzenlenmemişse de nasıl yürütüleceğine ilişkin genel rekabet soruşturması hükümlerine atıf yapılmıştır (10/1. madde). Dolayısıyla nihai inceleme süreci de teşebbüs-

lerin savunma haklarına riayet edilerek yürütülmektedir. Netice olarak Kurul, bildirim konusu işlem hakkında yasaklama kararı verebileceği gibi teşebbüslerin taahhütleri sonucunda veya doğrudan izin kararı da verebilir.

Birleşme ve devralma denetimi, Kanundan ziyade Tebliğ ve ikincil mevzuat çerçevesinde yürütülmektedir. Bu düzenlemeler, genel olarak AB rekabet hukukundan iktibas edilmiştir ve etkin bir denetim açısından elverişlidir. Ancak Tebliğ'de benimsenen finansal eşikler, uzun süre değişmemiştir. Basit bazı işlemlerin bile bildirilmesine neden olan ve gerek teşebbüsler gerekse Kurum için iş yükü yaratan bu husus anket sonuçlarına da yansımıştır. Ancak bu Rapor'un kaleme alındığı esnada, 2022/2 sayılı Tebliğ ile beklenen değişiklik yapılmış ve finansal eşikler yükseltilmiştir. Dolayısıyla birleşme ve devralma denetimindeki ciro eşiklerine dair ölçüsüz olan düzenleme, Kurum tarafından düzeltilmiştir. Bu açıdan Kurumun son derece isabetli bir düzenleme yaptığı belirtilmelidir.

Birleşme ve devralma başvuruları açısından diğer önemli husus, incelemenin süratle tamamlanmasıdır. Başvuru devralma işleminin kapanmasından sonra yapılmakta ve işlemin yürütülmesi (kontrolün fiilen el değiştirmesi) için Kurul kararı beklenmektedir. Dolayısıyla, karar süresi (muafiyet senaryosu ile kıyaslandığında) birleşme ve devralma denetiminde daha önemlidir. Nitekim kanun koyucu bu hususu

⁵³ Bkz. mesela sektör genelinde bilgi değişimi anlaşmaları için yapılan başvuruların reddedildiği kararlar için SERFED kararı (Karar Sayısı: 20-38/526-234, Karar Tarihi: 20.08.2020), İSDER kararı (Karar Sayısı: 20-50/687-301, Karar Tarihi: 19.11.2020), İMDER Kararı (Karar Sayısı: 20-50/688-302, Karar Tarihi: 19.11.2020). Öte yandan dikey anlaşmalar açısından önemli bir karar ise, BSH hakkında verilen muafiyetin reddi kararıdır (Karar Sayısı: 21-61/859-423, Karar Tarihi: 16.12.2021).

dikkate almış ve 30 günlük bir süre limiti öngörmüştür (10/2. madde). İşlemin nihai incelemeye alındığı bir durumda ise teşebbüslere bilgi verilmekte ve onların savunmaları alınmaksızın nihai karar verilmemektedir. Dolayısıyla, böyle bir durumda süreler uzamaktadır ancak bu durum, kamusal menfaatin korunması, doğrunun ortaya çıkması açılarından son derece makul görülebilir. Süre konusunda uygulamada önemli bir sorun yaşanmamakla birlikte, çalıştay katılımcıları inceleme sürelerinin (özellikle ilave bilgi isteme yazıları ile) sıklıkla uzadığına ve bu durumun yatırım ortamını olumsuz etkileyebildiğine dikkat çekmiştir.

C. YAPTIRIM SİSTEMİ

Rekabet Kanunu, kamu hukukuna ve özel hukuka dayalı ikili bir yaptırım sistemi öngörmüştür. Temel yaptırım sistemi kamu hukukuna dayanmakta ve caydırıcılık idari para cezaları ile sağlanmaktadır (16. madde). Ancak bunun yanı sıra 56-59. maddeler arasında özel hukuka dayalı yaptırımlara da yer verilmiştir. Yaptırımlar, yatırım ortamı ile yakından ilişkilidir ve iki düzlemde ele alınabilir. İlk olarak yaptırımlar, teşebbüsleri rekabet hukukuna uygun davranmaya güdüleyecek (optimal) ölçekte olmalıdır. Bu, özellikle maddi hukuk yaptırımları açısından şarttır. Ancak, yaptırım ölçeğinin aynı zamanda gereğinden fazla da olmaması gerekir (over deterrence). Rekabet hukuku yasaklarının bazı durumlarda belirsiz olabileceği de dikkate alınır, bu durum teşebbüslerin sosyal veya

tüketici refahı açısından arzu edilmeyen, muhtemelen rekabetçi davranışlardan da vazgeçmelerine neden olmaktadır. Dolayısıyla, yaptırımın gereğinden fazla olması, toplumsal refah açısından arzu edilmez. Öte yandan yaptırımın gereğinden az olmaması da gerekir (under deterrence). Zira bu durumda da caydırıcılığı azalttığı için teşebbüslerin rekabet karşıtı davranışlar sergilemelerine yol açmaktadır. İkinci olarak yaptırımların; ayrımcı olmayacak, şeffaf, tutarlı ve öngörülebilir şekilde uygulanması da gerekmektedir.

Teşebbüslerin, davranışlarının hukuki sonuçlarını bilmeleri, hukuki sonuçların başka teşebbüsler için de aynı olması, sağlıklı bir yatırım ortamı açısından şarttır⁵⁴. Aşağıda kamu hukuku yaptırımları, bu ölçütler ışığında ele alınmakta ve yaptırımların gerek hukuki düzenlemeler ve gerekse uygulama açısından yatırım ortamı ile ilişkisi değerlendirilmektedir.

1. Kamu Hukuku Yaptırımları

a. Kanuni Düzenlemeler

Kanun, kamu hukukuna dayanan üç ayrı yaptırım öngörmüştür: İdari para cezası, yapısal ve davranışsal tedbirler. Tabiatıyla temel yaptırım, idari para cezasıdır (16. madde). Bu ceza, hem maddi hukukun ihlali hem de usul hükümlerinin (yerinde incelemenin engellenmesi, yanlış bilgi verilmesi vb.) ihlallerine bağlı olarak tatbik edilmektedir. Keza Kurul kararının yerine getirilmediği hallerde de süreli idari para cezaları tatbik edilmektedir (17. madde). Tüm bu cezalar,

⁵⁴ OECD, Policy Framework for Investment – A Review of Good Practices, Ch. 4: Competition Policy, s. 91, 2006.

ihlalde bulunan teşebbüsün cirosu temel alınarak tespit edilmektedir. İdari para cezası açısından temel hedef, özel ve genel caydırıcılık yaratılmasıdır. Kanunun bu açıdan amaca uygun hükümler içerdiği söylenebilir. Zira yasaklayıcı normların ihlali halinde, Kurul, teşebbüs cirosunun %10'una kadar idari para cezası uygulama yetkisine sahiptir. Genel olarak bu oran, caydırıcılık açısından yeterlidir. Öte yandan idari para cezası sadece teşebbüslere değil teşebbüs birliklerine ve çalışanlara da uygulanabilmektedir. Bu süljelere yaptırım uygulanma imkânı, ilave caydırıcılık yaratmaktadır.

İdari para cezalarının tatbiki ile ilgili olarak, Kurulun takdir yetkisini nasıl kullanacağı, somut olayda yaptırımın hangi oran esas alınarak belirleneceği tartışma konusu olmuş ve Kurul 2009 yılında Ceza Yönetmeliği'ni ("Yönetmelik") yürürlüğe koymuştur. Bu Yönetmelik, yaptırımların hangi faktörler ışığında belirleneceğini ve bu faktörlerin somut olaydaki ağırlığını belirlemekte ve dolayısıyla Kurulun takdir yetkisini sınırlamaktadır. Yönetmelik, para cezalarının belirlenmesinde; şeffaflık, tutarlılık ve öngörülebilirlik sağlanması amacına hizmet etmekte ve bu sayede yatırım ortamına olumlu bir katkı yapmaktadır. Kanun ve Yönetmelik hükümleri dikkate alındığında, pozitif hukuk açısından yaptırım sisteminin genel olarak olumlu olduğu görülmektedir.

Ancak kamu hukuku yaptırımları ile ilgili olarak, sorunlu bazı alanlar bulunmaktadır. Pozitif hukuk açısından bakıldığında, mevzuatta üç ayrı sorundan bahsetmek mümkündür. Bunlardan ilki "teşebbüs birliğine" uygulanacak idari para

cezasına ilişkindir. Kanun, idari para cezasının belirlenmesinde ciroyu esas almış, bu konuda da bir istisna öngörmemiştir. Ciro teşebbüsler için uygun bir referans olabilir. Ancak teşebbüs birliği açısından bu uygun bir referans değildir. Zira teşebbüs birliği, ekonomik faaliyet yapmadığından ötürü ciro elde eden bir sülje değildir.

İkincisi, çalışan ve yöneticilerin ("çalışanlar") cezalandırılmasına ilişkindir. 2008 yılındaki kanun değişikliği ile birlikte sadece teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin değil, aynı zamanda çalışanların cezalandırılması mümkün kılınmıştır (16/4. madde). Ceza Yönetmeliği'nde de buna paralel düzenleme yapılmıştır (8. madde). Hukuka aykırılığın teşebbüslerde çalışanların kararları neticesinde gerçekleştiği ve bazı senaryolarda, çalışanların bu kararın sonuçlarını tamamen dışsallaştırabildiği dikkate alındığında, bu düzenlemeler son derece olumludur. Teşebbüs çalışanlarının da bireysel sorumlu tutulması, optimal caydırıcılık açısından gereklidir. Ancak uygulamada çalışanların sorumluluğuna dair hükümler nadiren uygulanmıştır. Bunun nedeni, çalışanların ihlalin ortaya çıkmasında ve devamında belirleyici etkilerinin olmaması değildir. Bilakis konunun tartışıldığı bazı kararlarda aksi yönde değerlendirmeler vardır. Bunun olası nedeni, Kanun'un düzenlenme tarzıdır. Kanun, inceleme ve özellikle soruşturma süreci açısından teşebbüsleri esas almıştır. Dolayısıyla çalışanların sorumlu olduğu hallerde, incelemenin nasıl yapılacağı ve bilhassa savunma hakkının nasıl sağlanacağı soruludur. Bu hususun, Kurulun çalışanları sorumlu tutmamasının temel nedenlerinden biri olduğu düşünülmektedir. Bu nedenle, bu hükümlerin işlerlik kazanması

için inceleme sürecinde çalışanların sorumlu tutulması halinde uyulması gereken usul kurallarının neler olacağı ve özellikle çalışanların savunma hakkı açıkça düzenlenmelidir.

Pozitif hukuk açısından bir diğer eleştiri konusu, Ceza Yönetmeliği'nde yer almaktadır. Yönetmelik, idari para cezasının belirlenmesinde, teşebbüs cirosunun esas alınacağını belirtmektedir. Kanun, idari para cezası miktarına üst sınır getirmekte ve teşebbüs cirosunun %10'una kadar belirlenebileceğini öngörmektedir (16/3. madde). Somut olaydaki oranın nasıl tespit edileceği hususunda ise açık bir düzenleme getirmektedir (bkz. 16/5. madde). Ceza Yönetmeliği ise, somut olaydaki yaptırımın belirlenmesinde, teşebbüs cirosunu referans almış, bu konuda bir kapsam sınırlamasına gitmemiştir. Bu hukuki açıdan makul gözükmekle birlikte, (optimal) caydırıcılık sağlamaya yönelik bir yaptırım politikası açısından sorunludur. Bu amaç açısından bakıldığında, yaptırımın ihlalden sağlanacak fayda ve/veya ihlalin neden olduğu zararlar (maliyetler) ile ilişkilendirilmesi isabetlidir. Farklı yaklaşım, gereğinden az veya fazla caydırıcılığa neden olmaktadır. Öte yandan, teşebbüs cirosu kavramı, bazı senaryolarda ihlal ile tam bir ilişki içerisinde değildir. Zira teşebbüs cirosu, teşebbüsün birden fazla piyasada faaliyet gösterdiği hallerde, ihlalle ilişkili olmayan piyasalardan elde edilen ciroları da içermektedir. Dolayısıyla idari para cezasına referans alınan ciro büyüklüğü, olması gerekenden fazla olmaktadır. Özellikle teşebbüs kavramının, kontrol ve ekonomik bütünlük kavramlarına göre belirlenmesi ve dolayısıyla da farklı tüzel kişilikleri bünyesinde barındırması bu sorunu ağırlaştırmaktadır. Bu

sorunu dikkate alan Kurul, Yönetmelik kapsamında buna dair özel bir düzenleme öngörmüş ve ihlalden elde edilen cironun, teşebbüs cirosunun küçük bir kısmını oluşturması halinde bunun bir indirim nedeni olduğunu belirtmiştir. Bu düzenleme, var olan sorunu hafifletse de gerçek anlamıyla bir çözüm değildir. Zira indirim miktarı, somut olayda esas alınması gereken tutar ile nadiren örtüşmektedir. Nitekim anket sonuçları cezaların adil olmadığı yönündeki eleştirileri desteklemiştir. Ankete katılan yöneticilerin hiçbirisi teşebbüslerine uygulanan cezaların adil olduğunu düşünmezken, %67'si söz konusu soruşturmada kendilerine ceza verilmemesi gerektiğini, %33'ü ise kendilerine verilen cezanın orantısız olduğunu ifade etmiştir. Araştırma kapsamında yapılan çalıştayda da katılımcılar cezada temel alınan ciro bakımından daha net kurallar olması gerektiğine dikkat çekmiştir. Özellikle aynı ihlal açısından, farklı piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüslere daha fazla, tek bir piyasada faaliyet gösteren teşebbüslere ise daha az ceza verilmesini hukuken ve adalet açısından eleştirmek mümkündür.

b. Yaptırım Politikası Hakkında

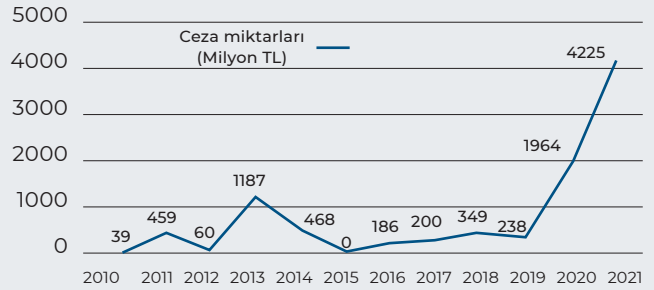
Kurulun, rekabet hukukunun ihlali iddiası ile başlayan bir süreçte, nasıl ve ne ölçekte bir yaptırım uygulanacağı ve hatta yaptırım tatbik edilip edilmeyeceği hususunda geniş bir takdir yetkisi vardır. Kanun ve özellikle Ceza Yönetmeliği takdir yetkisini bir ölçüde kısıtlasa da soruşturma açmak, ihlal tespiti yapmak, ceza miktarını belirlerken cironun hangi oranının esas alınacağını belirlemek gibi hususlar son tahlilde Kurulun takdirindedir. Bu takdir yetkisi, Kurula, kendi öncelik tercihlerini içeren bir yaptırım po-

litikasını uygulama imkânı vermektedir. Politika tercihleri de soruşturma sayılarından ceza miktarlarına pek çok hususu etkileyebilmektedir. Hatta bu tercihler, yasaklayıcı normların yorumlanması ve ispat standardı gibi konuları da etkileyebilmektedir. Kurulun yaptırım politikasını yansıtan her tür işlem ve sonucun incelenmesi bu Rapor'un kapsamında değildir. Ancak burada yaptırım politikası ile ilgili bazı temel tespitlerde bulunulması isabetli olacaktır.

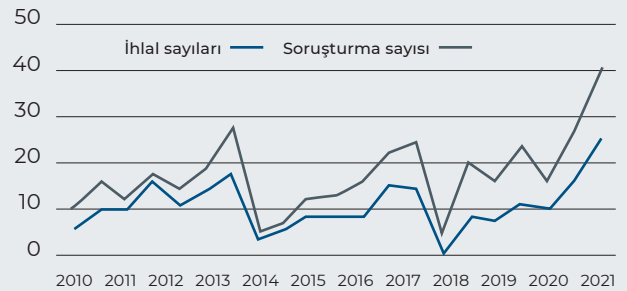
Kurulun, kendi öncelikleri çerçevesinde yaptırım politikası belirlemesi doğal olmakla birlikte, bu politikanın hukuka uygun ve daha da ötesinde, adil, tutarlı ve öngörülebilir olması önemlidir. Kurulun geçmiş dönem uygulamalarına baktığında, genel olarak toleranslı bir yaptırım politikası sergilendiği ve (bazı istisna kararlar bir yana) mümkün olduğu ölçüde ağır yaptırımlardan kaçınıldığı söylenebilir⁵⁵. Bu yaklaşım izlerini, soruşturma açmak yerine Kanun'un 9/3. maddesinin uygulanmasının tercihi, ceza oranları açısından takdir yetkisinin daha düşük orandan kullanılması, ihlali kartel olarak vasıflandırmaktan imtina edilmesi ve daha yüksek ispat standartlarının uygulanması gibi farklı işlem ve davranışlarda göstermiştir. Yerindelik değerlendirmesi yapmaksızın, son yıllarda bunun tersine bir yaptırım politikasının izlendiğini belirtmek gerekmektedir. Nitekim çalıştay katılımcıları da bu duruma dikkat çekmiş, Kurulun son dönemde daha çok soruşturma açtığı ve bu soruşturmaların nispeten daha ağır idari para cezaları ile sonuçlandığını ifade etmişlerdir. Somutlaştırmak gerekirse, ispat standartlarının düşürülme-

si, yüksek miktarda para cezaları uygulanması, bazı eylemlerin ağır ihlal kapsamına alınması, çok sayıda soruşturma açılması gibi eylem ve işlemler yaptırım politikası açısından son dönem karakterize etmektedir. Nitekim aşağıdaki grafikler, bu yaklaşım değişikliğinin göstergeleri olarak yorumlanabilir (Grafik 1, Grafik 2).

Bu iki grafik, son dönemde Kurulun daha yüksek miktarda ceza verdiğini ve aynı zamanda ihlal iddiası ile ilgili daha fazla soruşturma açtığını göstermektedir. Nitekim bu konuda çok yakında



Grafik 1: Yıllara göre Kurulun uyguladığı toplam ceza miktarının değişimi Kaynak: Rekabet Kurumu Yıllık Raporları



Grafik 2: Yıllara göre soruşturma ve ihlal sayıları

Kaynak: Rekabet Kurumu Yıllık Raporları

⁵⁵ Krş. Harun Gündüz (2018), s.152, 158, 163, 198.

yapılan bir başka çalışma da benzer sonuçlar ortaya koymaktadır⁵⁶. Bu çalışmaya göre son iki yılda uygulanan para cezası miktarı ABD doları cinsinden dahi (2013 yılı hariç) en yüksek miktardadır. Öte yandan soruşturma sayıları artmakla birlikte, açılan soruşturmanın ihlale dönüşme oranı da (yine bu çalışmaya göre) azalmaktadır.

Yukarıda belirtildiği üzere, Kurulun farklı politika tercihlerinde bulunması olağan görülebilir. Hatta pandemi ve ekonomik kriz gibi olağandışı durumlar, politika değişikliklerini zorunlu kılabilir. Ancak bunun teşebbüsler açısından belirsizlik yarattığı ve bilhassa, maddi hukuku da doğrudan etkileyen farklı yaklaşımların önemli risk unsuru oluşturduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Ankete katılan yöneticilerin %67'si ve rekabet hukuku uzmanlarının %62'si Kurulun yaptırım kararının teşebbüsün faaliyet gösterdiğini pazarda olumlu sonuçlar doğurmayacağını düşündüklerini belirtmiştir. Dolayısıyla bu görüş, son dönemdeki katı yaklaşımın istenilen sonuçları sağlamakta etkili olmayabileceğine işaret etmektedir.

Öte yandan, 2020 yılında 7246 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, yaptırım sisteminde önemli değişiklikler de yapılmıştır. Taahhüt, uzlaşma ve “*de minimis*” müesseseleri kabul edilmiş ve Kurulun yaptırım politikasındaki takdir yetkisi daha da artmıştır. Mevcut durum itibarıyla bu kurumlar henüz çok yeni olduğu için bunların

uygulanmaları ile ilgili yorum ve değerlendirme yapmak güçtür. Bu kurumların kabul edilmesi, incelemelerin süratle sonlandırılması ve kamu kaynaklarının etkin kullanımı açısından son derece isabetli olmuştur. Bu şekilde Kurum, kaynaklarını daha önemli ihlallere ayırabilecek-tir. Öte yandan, yetkinin genişlemesi, Kurula aynı zamanda bu müesseseleri objektif, tutarlı ve amaca uygun bir şekilde uygulama noktasında önemli sorumluluk yüklemektedir. Kısa süre içerisinde, Kurulun bu kurumlara dair ikincil mevzuatı yürürlüğe koymuş olması da bu sorumluluğun yerine getirilmesi bakımından olumlu bir göstergedir.

Ceza Yönetmeliği'nin tatbikinde de bazı sorunlarla karşılaşmaktadır. Yönetmelik, kapsamlı şekilde idari para cezasının hangi yöntem ve parametreler çerçevesinde belirleneceğini düzenlemektedir. Ancak uygulamada, yöntem ve kavramlara dair yorumun isabetli yapılmadığı, tam bir tutarlılığın sağlanmadığı görülmektedir. Bu konuda üç örnek verilebilir. Birincisi, yukarıda da ele alınan, kartel ve diğer ihlal ayrıımıdır. Kurul, özellikle Ceza Yönetmeliği'nin kabul edildiği ilk yıllarda, muhtemelen toleranslı yaptırım politikasının bir sonucu olarak kartel nitelendirmesinden kaçınmış ve açıkça kartel niteliği gösteren bazı davranışları, yatay anlaşma olarak vasıflandırarak diğer ihlaller kategorisi kapsamında değerlendirmiştir⁵⁷. Bunun sonucunda da daha düşük bir idari para cezası

⁵⁶ Ali Ilıcak & Murat Çetinkaya, Rekabet Kurulu Soruşturma Kararlarının Nicel Bir Değerlendirmesi, 2022 (bkz. https://icreconomics.com/wp-content/uploads/2022/02/RK-Kararlarinin-nicel-degerlendirmesi_ICR-Economics-1.pdf, son erişim tarihi 5.3.2022).

⁵⁷ Örneğin Peugeot Bayileri-1 (Karar Sayısı: 10-53/1057-391, Karar Tarihi: 6.8.2010), Toyota Bayileri (Karar Sayısı: 12-58/1556-558, Karar Tarihi: 20.11.2012), Konya Kuyumcular (Karar Sayısı: 13-10/152-75, Karar Tarihi: 14.02.2013) kararları.

tatbik etmiştir. İkincisi, tekerrür kavramına ilişkindir. Geçtiğimiz 13 yıllık uygulamaya rağmen, tekerrürün hangi hallerde uygulanacağı halen belirsizliğini korumaktadır⁵⁸. Kurul ve idari yargı kararları bu konuda yol gösterici olmaktan uzaktır. Üçüncüsü ise yönetme ilişkindir. Kurul temel para cezasını belirledikten sonra, önce ağırlaştırıcı halleri, sonra hafifletici halleri tatbik etmektedir. Oysa bunlar birbirinin ardı sıra değil eş zamanlı uygulanması gereken durumlardır. Ceza Yönetmeliği'nin bu şekilde uygulanması da muhtemelen toleranslı yaptırım politikası tercihinin bir yansıması olarak görülebilir.

Çalıştay katılımcıları da idari para cezalarına ilişkin bazı sorunlara dikkat çekmiştir. Katılımcılar, Kurumun bu kapsamda daha şeffaf olması gerektiğini, halka açık ve kapalı şirketler için bir ayırım yapılması gerektiğini ifade etmiştir. Ayrıca cezalarla ilgili ağırlaştırıcı ve hafifletici sebeplerin ve gerekçelerinin daha net olması gerektiği görüşü de dile getirilmiştir. Anketlerde de Kurulun uyguladığı yaptırımlara ilişkin pek çok soru sorulmuştur. Yöneticilerin %67'si teşebbüslerine açılan soruşturmada ceza verilmemesi gerekirken ceza verildiğini, %33'ü ise verilen cezanın orantısız olduğunu belirtmiştir. Rekabet hukuku uzmanlarının %36'sı teşebbüslerine verilen cezanın benzer durumlarda verilen cezalar ile tutarsız olduğunu, %27'si ceza verilmemesi gerekirken ceza verildiğini, %9'u ise verilen cezanın orantısız olduğunu belirtmiştir. Bu görüşler, cezaların adil olması ve ölçülülüğü konusunda olumsuz bir algı oluştuğunu ortaya koymaktadır.

Ceza Yönetmeliği'nin uygulanması ile ilgili değişilmesi gereken son bir konu da rekabet hukuku uyum programlarıdır. Uyum programı, kısaca, teşebbüslerin rekabet hukuku kurallarına uygun davranmak amacıyla gerçekleştirdikleri faaliyetler olarak tanımlanmaktadır. Burada temelde amaçlanan, rekabet hukuku risklerinin en aza indirilmesidir. Teşebbüs, bu program sonrasında rekabet hukuku açısından riskli durum ve davranışları tespit etmekte ve (ticari tercihlerine göre) muhtelif davranış değişikliklerine gitmektedir. Bu açıdan uyum programı aslında rekabet hukukunun tatbikinin doğal ve arzu edilen bir sonucudur. Bir diğer açıdan bakıldığında uyum, teşebbüsün rekabet hukukunu ihlal etmemek için yaptığı özen yatırımlarıdır. Her halükârda uyum programlarına yapılan yatırım, rekabet hukuku açısından arzu edilen bir durumdur. Ancak yönetici anketi sonuçlarında uyum programlarının beklenen etkiyi sağlamıyor olabileceğine dair bir algı da görülmüştür. Ankete katılan tüm yöneticiler rekabet hukuku alanında uyum programı yürüttüklerini belirtirken, %75'i bu programlara rağmen ticari faaliyetlerinde yoğun biçimde rekabet hukuku endişesi yaşadıklarını belirtmiştir. Dolayısıyla, bu durum Türk rekabet hukuku uygulamasının teşebbüsler açısından tam olarak öngörülebilirlik sağlamadığına işaret etmektedir.

Yaptırım politikası açısından diğer bir sorun, bu tür yatırımların dikkate alınıp alınmayacağıdır. Kurul, şu ana kadarki uygulamada, genel olarak uyum programlarını idari para cezalarını belirlerken dikkate almamıştır⁵⁹. Oysa Ceza Yönet-

⁵⁸ Krş. Harun Gündüz (2018), s.159 vd.

⁵⁹ Bkz. Harun Gündüz (2018), s.164. Diğer yandan rekabet hukukuna uyumun, pozitif bir olgu olarak değerlendirildiği bir karar için bkz. Unilever (Karar Sayısı: 11-16/287-92, Karar Tarihi: 17.3.2011)

meliği; hafifletici halleri tadadi olarak sıralamış, Kurulun takdir yetkisi ile Ceza Yönetmeliği'nde yer almayan haller benimsemesine imkân vermiştir. Nitekim çalıştay kapsamında da uyum programlarının Kurul tarafından daha fazla dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. Katılımcılar uyum programlarının güçlendirilmesinin rekabet hukukunun daha etkin bir şekilde uygulanmasına hizmet edeceği gibi Kurumun iş yükünü de azaltacağını ifade etmiştir.

Bu noktada son olarak değinilebilecek bir husus da rekabet savunuculuğudur. Bilindiği üzere rekabet savunuculuğunun muhtelif görünümleri vardır. Kurum, kamuoyunu rekabet kuralları ve politikası alanında bilinçlendirmeye yönelik olarak, olumlu bir performans sergilemektedir. Bu bağlamda sektör raporları, medya iletişimi ve tanıtım videoları gibi araçlar ile rekabet hukuku bilincinin ve farkındalığın arttırıldığı tespiti yapılabilir. Ancak, Kurumun öncülüğünü yaptığı veya dahil olduğu akademik etkinlikler azalmıştır. Nitekim bu çalıştay katılımcıları açısından dile getirilen bir eleştiri olmuştur. Öte yandan, devlet kurumlarına karşı rekabet savunuculuğu faaliyeti açısından, Kurumun performansı eleştiriye açıktır. Nitekim Dünya Bankası Raporu'nda da yer aldığı üzere, Kurumun özellikle sektörel düzenleyici otoriteler ve devlet kurumlarına karşı rekabet savunuculuğunun güçlenmesi gerekmektedir. 2012 yılında Kurum ile Bankacılık Denetleme ve Düzenleme Kurulu arasında ve 2015 yılında Enerji Piyasaları Düzenleme Kurumu arasında iş birliği protokolleri imzalanmıştır. Bu protokoller bilgi alışverişi, koordinasyon ve iş birliği bakımından önem teşkil etse de Kurulun görüşlerinin bağlayıcı ol-

ması yönünde bir gelişme sağlamamıştır. Bu nedenle Dünya Bankası raporunda da yer alan sorunun giderilmediğini söylemek mümkündür. Nitekim çalıştay katılımcıları da rekabet savunuculuğunun yetersiz olduğuna dikkat çekmiştir. Bu bağlamda katılımcılar Kurumun daha açık ve şeffaf bir yaklaşım sergileyebileceğini, örneğin diğer kamu kuruluşları ve düzenleyici otoriteler ile yapılan çalışmalarının çıktılarının yayınlanmasının rekabet savunuculuğuna katkı sağlayabileceğini ifade etmişlerdir. Ayrıca rekabet savunuculuğunda önemli bir araç olan paydaşlara ve kamuoyuna açık (sempozyum, arama toplantısı vs.) etkinliklerin sayısının son dönemde azaldığını da belirtmiştir.

2. Özel Hukuk Yaptırımları

Rekabet Kanunu'nun ihlal edilmesi, özel hukuk alanında da bazı sonuçlar doğurmaktadır. Kanun, iki sonucu özel olarak düzenlemiş ve bunlara özel bir önem atfetmiştir. Buna göre, Rekabet Kanunu'na aykırı işlemler geçersiz olduğu gibi (56. madde) Kanun'a aykırılık, bir zarara neden oluyorsa, aynı zamanda tazminat sorumluluğuna sebebiyet verebilmektedir (57. ve 58. maddeler). Hiç şüphesiz yaptırım özelliği açısından asıl önemli olan tazminat sorumluluğudur. Kanun koyucu, Türk sorumluluk hukukundan farklı olarak zarar görenlerin zararlarının üç katına kadar tazminat isteyebileceğini öngörerek, caydırıcılık esasına dayalı bir sorumluluk rejimi, idari para cezaları ile bir arada ve ona ilave olarak uygulanma kabiliyetine sahiptir. Hatta pratikte neredeyse her zaman, Kurul kararının ertesinde açılan bir dava (follow-on actions) ile tatbik edilecektir.

Kanun'daki özel düzenlemelere rağmen, tazminat sorumluluğu geçtiğimiz 20 yıllık dönemde etkin bir şekilde uygulanmamıştır. Bunun belki de temel nedeni, Kanun'daki düzenlemenin eksik olmasıdır. Kanun koyucu pek çok husus açısından haksız fiil hukukunun esaslarının uygulanacağını varsaymış, ancak pratikte genel hükümlerin tatbik edilmesinde önemli meseleler ortaya çıkmıştır. Sorumluluğun kurulması da dahil olmak üzere, zararın belirlenmesi, tazminatın takdiri, zaman aşımı ve Kurul ile mahkemeler arasındaki ilişki gibi hususlar halen tartışmalıdır. Örneğin, zaman aşımı açısından haksız fiil sorumluluğundaki sürelerin mi yoksa ihlalin kabahat vasfından hareketle ceza zaman aşımı süresinin mi tatbik edileceği tartışmalıdır. Benzer şekilde, tazminatın belirlenmesinde, hangi unsurların esas alınacağı ve dolayısıyla ne zaman üç katı tazminata hükmedileceği de belirsizliğini korumaktadır. Yargıtay'ın bu hususa dair oturmuş bir içtihadı yoktur. Hatta somut bir olayda üç katına kadar mı yoksa üç katı tazminata mı hükmedileceği dahi belirsizdir. Her iki yönde de görüşler ileri sürülmektedir. 2020 yılındaki Kanun değişikliği sonrasında, bu tartışmaların artacağı da kolaylıkla söylenebilir. Bununla birlikte, muafiyet hükmündeki değişikliklerle birlikte, mahkemelerin de muafiyet analizi yapabilecek olması, Kurul kararı olmaksızın mahkemelerin Rekabet Kanunu'nu uygulayacağı anlamına gelmektedir. Bu ise, Yargıtayın 1999 yılından bu yana benimsemiş olduğu yaklaşım ile çelişki içerisinde. Netice olarak özel hukuk mahkemelerinde etkin ve yerleşik bir uygulamanın olmaması, belirsizliği artırmaktadır. Dolayısıyla meselenin yasal dü-

zenleme yapılarak çözümlenmesi, tartışmaların anlamlı bir şekilde çözüme kavuşturulması ve hukuki belirsizliğin azaltılması açısından zaruridir⁶⁰. Nitekim AB hukukunda da benzer bir yaklaşım sergilenmiş ve 2014 yılında benimsenen Direktif ile, üye ülkeler benzer ilkeleri kabul eden yasal düzenlemeler yapmıştır. Bu direktif esas alınarak bir düzenleme yapılması yatırım ortamına son derece pozitif bir katkı yapacaktır.

Türk hukuku açısından bakıldığında, en azından üç konuda yasal düzenlemenin yapılması, bu alandaki belirsizliği azaltacaktır. Bunlardan ilki, Kurul kararı ile mahkeme yargılaması arasındaki ilişkiye dair açık düzenlemenin yapılmasıdır. Kurul kararının mahkeme açısından bağlayıcı olmayacağı açıktır. Ancak Kurul kararı, Kurumun sahip olduğu kolluk yetkileri ve uzmanlık avantajı nedeniyle önemlidir. Dolayısıyla, Kurumda devam eden bir incelemenin mahkemedeki yargılama açısından etkisi, Kurul kararının ne şekilde dikkate alınacağı gibi hususlarda düzenleme ihtiyacı vardır. İkincisi, üç katı tazminatın hangi şartlar altında uygulanacağıdır. Dolayısıyla mahkemenin takdir yetkisini sınırlandıran ve buradaki sorumluluğun kapsamını netleştiren açık hükme ihtiyaç vardır. Üçüncüsü ise, zaman aşımıdır. Zaman aşımı süresinin ne zaman başlayacağı ve Kurumda yapılan bir işlemin veya Kurul kararının zaman aşımı süresi üzerindeki etkisinin düzenlenmesi gerekmektedir. Her yargılamada zaman aşımı meselesi tartışma konusu yapılmakta ve bu da kaynakların israf edilmesine, özel hukuk yargılamasının etkinliğinin zayıflamasına neden olmaktadır. Açık düzenleme bu sorunu çözecektir.

⁶⁰ Kerem Cem Sanlı, 7246 Sayılı Kanun ile Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Yapılan Değişikliklerin Özel Hukuk Açısından Yansımaları ve Özellikle Muafiyet Hükmü Değişikliği, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Yapılan 2020 Yılı Değişiklikleri: Nedenleri, Kapsamı ve Olası Etkileri (editör: Kerem Cem Sanlı), On İki Levha Yayıncılık, 2022, s. 43-97

V. Sonuç ve Öneriler

A. SONUÇLAR

Yapılan araştırmalarda (anketler, görüşler, çalıştay ve derinlemesine mülakat) edinilen bilgi ve literatür taraması çerçevesinde kaleme alınan bu çalışmada, çıkarılan başlıca sonuç ve tespitler bu bölümde ele alınacak ve sonrasında bazı sorunlara ilişkin özgün önerilere yer verilecektir.

Öncelikle, Kanun'daki yasaklayıcı hükümler, genel içeriğe sahiptir. Bu nedenle, bu yasakların anlaşılmasında ve uygulanmasında ikincil düzenlemeler ve Kurul içtihatları son derece önem taşımaktadır. Pozitif hukuk açısından bakıldığında zaman ikincil düzenlemeler amaca uygundur. AB hukukundan esinlenerek kaleme alınan bu metinler, yasaklamaların ne şekilde yorumlanacağı hususunda yol göstericidir. Ancak buna rağmen, özellikle son dönemde, ikincil düzenlemelerin (hatta Kanun'un) paydaşların katılımı olmaksızın hazırlandığı ve yürürlüğe sokulduğu görülmektedir. Yasama çalışmaları esnasında daha geniş katılımın sağlanması, bilgi asimetrisinin düzeltilmesi ve şeffaflık sağlanması açısından gereklidir.

Kanun'daki yasaklayıcı hükümlerin Kurul tarafından yorumlanmasına ilişkin olarak ise, muhtelif sorunlar vardır. Genel olarak bu konudaki anketler, Kurul kararlarının tutarlı ve yeteri derecede yol gösterici olmadığına işaret etmektedir. Karşılaşılan bir diğer sorun ise ispat standartlarının düşürülmesidir. Tespit edildiği kadarıyla özellikle son dönemde; yenden satış fiyatının tespiti, bilgi değişimi, aşırı fiyatlandırma gibi konularda, öngörülebilirlik

sağlayan, tutarlı yorum ve uygulamanın eksikliği hissedilmektedir.

İnceleme süreci, hukuka aykırı davranışın bulunup bulunmadığına dair gerçekliğin ortaya çıkarılması ve hukukun bu gerçekliğe (olgu ya) uygulanmasını içermektedir. Kanun'daki düzenlemelere bakıldığında; genel olarak hükümlerin amaca uygun olduğu, incelenen teşebbüslerin süreç ile ilgili bilgi edinme ve kendilerini savunma haklarına sahip olduğu, inceleme safhalarının sürelerle bağlı olduğu görülmektedir. Bu özellikler, inceleme süreçlerinde şeffaflık ve belirlilik sağlamaktadır. İnceleme süreci, ihlal iddiası, muafiyet, birleşme ve devralma gibi farklı hükümler bakımından benzer şekilde yürütülmektedir. Tamamında, Kurul, bilgi isteme ve yerinde inceleme gibi yetkileri kullanmakta ve bu süreçte ticari sırların korunması ve taraf menfaatlerinin dengelenmesi gibi konular önem kazanmaktadır. Bu başlıklar açısından konu ele alındığında:

Bilgi isteme yetkisi genel olarak amaca uygun ve şeffaf bir şekilde kullanılmaktadır. Burada iki temel sorun tespit edilmiştir. Bunlardan ilki, bilgi isteme yetkisinin özellikle son dönemde teşebbüsler açısından ciddi maliyet doğuracak şekilde uygulanması, daha açık bir deyişle bilgi isteme taleplerinin sayısının artması ve kapsamının genişlemesidir. İkinci sorun ise bilgi isteme talebinin teşebbüs tarafından gereği gibi yerine getirilmemesi halinde, herhangi bir kusur analizi yapılmaksızın teşebbüslerin idari para cezasına muhatap olmalarıdır. Bu sonuç, özellikle incelemenin muhatabı olmayan teşebbüsler açısından ölçsüz bir risk yaratmaktadır.

Diğer taraftan yerinde inceleme, Kurumun gizli ihlaller ile ilgili delillere erişiminin en önemli araçlarından biridir. Ancak bu yetkinin nasıl kullanıldığı, teşebbüslerin ekonomik faaliyetlerinin devamlılığı ve çalışanların kişilik hakkı açısından önem taşımaktadır. Bu konudaki düzenlemeler, öngörülebilirlik ve şeffaflık sağlamaya hizmet etse de pratikte bu alanda bazı uygulama sorunları vardır. İlk olarak Kurum, diğer otoriteler ile kıyaslandığı zaman yerinde inceleme yetkisini çok daha sık kullanmaktadır. İkincisi, özellikle son dönemde yerinde incelemenin engellenmesi şeklinde ortaya çıkan ihlallerin sayısında ciddi bir artış olmuştur. Bu durum, anket sonuçlarında da vurgulandığı üzere, yerinde inceleme yetkisinin tatbik esasları açısından yeterli öngörülebilirliğin sağlanmadığına işaret etmektedir. Yerinde incelemeyle ilgili bir diğer sorun ise avukat-müvekkil gizliliğinin oldukça dar yorumlanması ve salt devam eden bir inceleme ile ilgili yazışmaların gizlilik imtiyazından yararlanmasıdır. Bu yorum tarzının Anayasa'ya ve AİHS'ye uygunluğu tereddütlü olduğu gibi, teşebbüslerin uyum çabalarını sekteye uğratabilecek etkileri olabilir.

Ticari sırların korunması, Kurumun uygulamalarının en olumlu değerlendirildiği alanlardan biridir. Bu konudaki ikincil düzenlemeler, Kuruma bilgi sağlayan teşebbüslerin ticari sırlarının himaye edilmesi açısından son derece elverişlidir. Ancak sırların himayesi, aynı zamanda toplumun rekabet hukuku tatbikatı ile ilgili bilgi edinme menfaatini sekteye uğratmamalıdır. Kurul kararlarının doğru anlaşılmasında, kamunun ve üçüncü kişilerin önemli menfaati vardır. Halihazırda, teşebbüsler ticari çıkarlarının yeterince korunduğunu belirtmektedir. Ancak mev-

cut durumdaki bu koruma ölçüsünün, aynı zamanda bilgi edinmeyi güçleştirdiği ve şeffaflığı azalttığı yorumu yapılabilir.

Rekabet Kanunu şikâyetçiyi, inceleme sürecinde bir taraf olarak kabul etmemektedir. Oysa şikâyetçi, bilgi sağlayarak, inceleme sürecinde doğru bilginin ortaya çıkmasına katkı sağlayabilmektedir. Kurulun inceleme sürecinde şikâyetçinin konumunu iyileştirmesi, şeffaflığı artıracak gibi, inceleme süreçlerini daha etkin kılma potansiyeli taşımaktadır.

Muafiyet başvuruları açısından temel sorun, Rekabet Kanunu'nda bir süre sınırının öngörülmemiş olmasıdır. Bazı muafiyet incelemeleri uzun sürmekte ve bu durum da belirsizlik yaratmaktadır.

Son olarak, birleşme ve devralma denetimindeki en önemli sorun, işlemlerin bildirilmesi için öngörülen finansal eşiğin son dönemde düşük kalmasıydı. Bu çok sayıda işlemin, gereksiz yere bildirilmesine neden olmaktaydı. Kurul bu ölçüsüzlük sorununu, bu raporun kaleme alındığı esnada çıkardığı bir düzenleme ile isabetli bir şekilde çözümlenmiştir. Buradaki diğer sorun ise Rekabet Kanunu'nda inceleme için bir süre öngörülmesine rağmen, uygulamada bilgi isteme talepleri ile bu sürenin uzatılmasıdır. Bunun yatırımlar açısından belirsizlik yarattığı dile getirilmektedir.

Kamu hukuku yaptırımları, Rekabet Kanunu'ndaki düzenlemeler itibarıyla yeterli ve amaca uygundur. Ciroya bağlı idari para cezalarının caydırıcılık yaratma potansiyeli yüksektir. Kurulun, idari para cezalarına ilişkin çıkarmış olduğu Ceza Yö-

netmeliği de cezanın belirlenmesinde tutarlılık, şeffaflık ve öngörülebilirlik sağlanması açısından son derece isabetli olmuştur. Ancak bu tespitlere rağmen, yaptırımlara dair hem mevzuatta hem de uygulamada bazı sorunlar bulunmaktadır.

Kanuni düzenleme açısından iki temel sorun vardır. Bunlar, teşebbüs birliğine uygulanan yaptırım için ciro kriterinin esas alınması, yönetici ve çalışanların cezalandırılması bakımından da Kanun'daki düzenleme eksikliğidir. Teşebbüs birliklerinin cirosu olmadığı ölçüde ciroya bağlı bir yaptırım, etkisiz olma riski taşımaktadır. Yönetici ve çalışanların da cezaya muhatap olması isabetli bir düzenleme ise de Kanun'da bu süjelere dair inceleme usulü ve en önemlisi savunma hakkı düzenlenmemiştir. Nitekim pratikte de yönetici ve çalışanların nadiren cezaya muhatap olduğu görülmektedir.

Ceza Yönetmeliği açısından temel sorun cezaya esas alınacak cirodur. Yönetmelik teşebbüs cirosunun temel alınacağını belirtmekle birlikte, bu caydırıcılığı merkezine alan hukuk politikası tercihi bakımından isabetli olmadığı gibi somut senaryolarda adaletsiz ve ölçüsüz idari para cezalarına neden olabilmektedir. Nitekim geçmiş dönemde büyük ölçüde bu gerekçeler ile Kurulun Ceza Yönetmeliği hükümlerini tutarlı olmayan şekilde yorumladığı tespiti yapılabilir.

Ceza Yönetmeliği'nin somut olaylara uygulanmasında da bazı sorunlar vardır. Bunlardan ilki şeffaflıktır. Yönetmelik uygulanırken, takdirin hangi ölçütler çerçevesinde yapıldığı yeterli derecede izah edilmemektedir. Diğer meseleler ise bazı kavramların yorumuna ilişkindir. Ör-

neğin tekerrür kavramının neyi ifade ettiği belirsizdir. Cezanın belirlenmesi yöntemi de ceza hukukundaki geleneksel esaslardan farklıdır ve Yönetmelik lafzı ile tam olarak uyumlu değildir.

Uygulamadaki yaptırım politikası ile ilgili de temel sorun ise, politikanın süreç içerisinde ciddi bir şekilde değişmesi riskidir. Kurul yakın zamana kadar (kartel kavramının yorumu, teşebbüs cirosunun büyüklüğüne göre ceza tayini, yüksek ispat standardı, farklı cironun esas alınması gibi tercihler çerçevesinde) toleranslı bir yaptırım politikası izlerken, son birkaç yılda bu politikasını esaslı şekilde değiştirmiştir. Son dönem istatistikleri de buna işaret etmektedir. Bu değişiklik kaçınılmaz olarak belirsizlik yaratmakta ve doğal olarak yatırım ortamı bundan olumsuz etkilenabilmektedir. Yaptırım politikası ile ilgili diğer bir sorun, uyum programlarıdır. Bu programlar, aslında teşebbüsler açısından bir özen çabasıdır. Öte yandan Kurul, yaptırım uygularken bu programları dikkate almamaktadır.

Son olarak Kurumun rekabet savunuculuğu rolü, son dönemde göz ardı edilmiştir. Rekabet hukukunun benimsenmesinde ve yaygınlaşmasında bu misyonun son derece önemli bir yeri vardır.

Özel hukuk yaptırımları açısından ise belirsizlikler mevcuttur. Büyük ölçüde düzenleme eksikliğinden kaynaklanan belirsizlik, yargı içtihatları ile amaca uygun bir şekilde giderilememiştir. Zaman aşımı, tazminatın takdiri, zararın belirlenmesi ve Kurul ve mahkeme kararları arasındaki ilişkinin ne şekilde kurulması gerektiği gibi konular tartışmalıdır. Bu durum hukuk güvenliğini tehdit etmekte, yatırım ortamını olumsuz etkileyebilmektedir.

B. ÖNERİLER

Rapor kapsamında yapılan tüm akademik ve ampirik çalışmalar rekabet hukukunun yatırım ortamının iyileştirilmesi ve ekonomik büyümenin sağlanmasında önemli bir rol oynadığını ortaya koymuştur. Rekabet kurallarının mevcudiyeti başlı başına yatırımcının riskini azaltan ve daha güvenli bir piyasa ortamı yaratan bir unsurdur. Bu tespiti ortaya koyan akademik çalışmalara raporda yer verilmiştir. Ayrıca, özellikle derinlemesine mülakatlarda, üst düzey yöneticiler bu düşüncüyü paylaştıklarını açıkça ifade etmiştir. Bununla birlikte, Türkiye’de 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un kabulünden neredeyse 30 sene geçtiği göz önünde bulundurulduğunda artık kuralların varlığından ziyade mevzuatın yorumuna, piyasa değişkenlerine adaptasyona ve uygulamaya odaklanması gerektiği aşikârdır.

Rapor kapsamında, Türkiye’de rekabet hukukunun yatırım ortamı ve ekonomik büyümeyi nasıl etkilediğini tespit etmek için çok yönlü bir araştırma yapılması hedeflenmiştir. Öncelikle akademik yazın ve uluslararası örgütlerin çalışmalarında bu konunun işleniş şekli, kullanılan kriterler ve yöntemler incelenmiştir. Bu sayede; Türkiye’de yürütülecek ampirik çalışmaların temeli ve aşamaları belirlenmiş, uzman görüşleri alınmış, yaygın anketler ve derinlemesine mülakatlar yapılmıştır.

Çalışma kapsamında Türkiye’de rekabet hukuku ve uygulamasının yatırım ortamı ve ekonomik büyümeye olumlu pek çok etkisi tespit edilmiştir. Bunun yanında olumsuz etkiler de

saptanmış ve bu tespitler ampirik çalışmalar ve/veya uzman görüşleriyle desteklenmiştir. Son olarak burada tespit edilen olumsuz etki ve sorunlara ilişkin bazı öneriler sunulacaktır.

Öncelikle, raporda kapsamlı yer bulamamış olan devlet desteklerine değinilmesinde fayda vardır. Raporda, bu konuya ilişkin herhangi bir tespit bulunmamasının temel sebebi 6015 sayılı Devlet Desteklerinin İzlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanunun yürürlüğe girmesinin 2017 yılında süresiz olarak ertelenmiş olması, yani bu alanda hukuken uygulama bulunmamasından kaynaklanmaktadır. Halbuki, Dünya Bankası raporunda vurgulandığı ve Avrupa Komisyonu’nun her raporunda ifade ettiği gibi devlet desteklerinin denetlenmesi adil rekabetin sağlanmasında temel bir unsurdur. Bu konunun etkin biçimde izlenmemesi ve yaptırım olmaması halinde özel sektörün ciddi mağduriyetler yaşaması mümkündür. Ayrıca devlet desteklerinin denetlenmemesi yabancı yatırımcılar açısından risk olarak algılanabilecek ve caydırıcı etki de yaratabilecektir. Bu sebeple, yatırım ortamının iyileştirilmesi için rekabet hukuku politikasının önemli bir unsuru olan devlet desteklerinin denetlenmesinin bir an önce AB mevzuatı ile uyumlu bir biçimde yürürlüğe girmesi ve uygulanması gereklidir.

Rapor kapsamında yapılan çalışmada en fazla dile getirilen konular arasında hukuki öngörülebilirlik ve güvenilirlik yer almıştır. Bu iki ana hukuk ilkesine uyumun azami derecede sağlanması için yasama ve mevzuat değiştirme süreçlerine ilişkin bir öneri getirilebilir. Raporda da ifade edildiği üzere özellikle ikincil mevzuatın

oluşturulmasında süreçler her zaman katılımcı ve şeffaf olmamaktadır. Hukuk kurallarının özümsemesi ve uyumun sağlanması için yasa- ma ve mevzuat oluşturma süreçlerine paydaş- ların ve hatta kamuoyunun dahil edilmesi ge- rekmektedir. Nitekim Avrupa Komisyonu ikincil mevzuat çalışmalarında yalnızca uzmanlara de- ğil yaygın erişim sağlayan dijital araçları da kul- lanarak tüm vatandaşlara görüş verme olanağı sunmaktadır. Türkiye’de de benzer yöntemler izlenmesi, her değişiklik için mümkün mertebe görüş alınması ve görüşlerin daha uzun süreler tanınarak tartışılması yalnızca piyasa aktörleri- nin değişiklikleri özümsemelerini ve kurallara uyumlarını artırmayacak, aynı zamanda diğer kurumların ve tüketicilerin de bilinçlenmesiyle rekabet savunuculuğuna hizmet edecektir.

Yine AB rekabet uygulamasından esinlenerek mevzuat değişikliklerine ilişkin getirilebilecek bir başka öneri de ikincil mevzuatın geçerliliğin- de süre belirlemektir. Bilindiği üzere, AB’de özel- likle muafiyet kurallarına ilişkin düzenlemelerin geçerliliği 10 sene olarak kabul edilmektedir. Bu sayede 10 senelik bir sürenin sonunda kurallar gözden geçirilmekte ve gerekli görüldüğünde köklü değişiklikler yapılabilir. Rekabet politikasının piyasa değişkenlerinden çabuk et- kilenmesi olağandır ve örneğin dijital dönüşüm gibi yeniliklere uyum sağlaması beklenmekte- dir. İkincil mevzuatta düzenli değişiklik ve hatta reform yapılması teşebbüslerin gerçeklerinin göz önünde bulundurulması, ekonomik büyü- menin önünün açılması ve belki de en önemlisi toplumsal refahın sağlanmasına katkıda bulu- nabilir. Bu süreçler yukarıda açıklandığı gibi ka- tılımcı olursa değişen rekabet politikasına uy-

gun kurallar ile piyasada güven artacak, yatırım ve büyüme desteklenecektir.

Teşebbüslerin kuralları özümsemelerinde ve uygulamalarında önemli bir özel inisiyatif de uyum programlarıdır. Bu araştırma kapsamın- da görüş alınan, anket verilen ve derinlemesine mülakat yapılan pek çok teşebbüsün kapsamlı uyum programları yürüttükleri gözlemlenmiş- tir. Ancak bu uyum programları ve sonuçları Ku- rul tarafından soruşturma veya diğer işlemlerde göz önünde bulundurulmamaktadır. Araştırma katılımcılarının da ifade ettiği üzere, bu inisiyatif ve çabanın olumlu etkilerinin takdir edilmesi ve farklı süreçlere yansması hukuka uygun davra- nışların teşvikinde ve güvenli yatırım ortamının sağlanmasında önemli bir rol oynayacaktır. Bu nedenle, uyum programlarının farklı işlemlerde dikkate alınması ve özellikle soruşturmalarda ceza takdirinde gözetilmesi yerinde olacaktır.

Hukuka uyum çabalarının önemli bir parçası da teşebbüslerin kurum dışı avukatlarının yü- rüttükleri çalışmalar ve programlardır. Bu ça-lışmalar avukat-müvekkil gizliliği çerçevesinde değerlendirilmelidir, zira savunma hakkının ayrılmaz bir parçasıdır. Bu ilişki çerçevesinde oluşturulan belge ve yapılan yazışmaların so- ruşturmalarda delil olarak kullanılması uyum çabalarını sekteye uğratabileceği gibi teşeb- büslerin güven ortamından uzaklaşmasına neden olabilir. Ancak Kurul, geçmiş dönemde aldığı bazı kararlarda bu yazışma ve belgeleri gizlilik ilkesi kapsamında değerlendirmemiştir. Kurulun, kamu yararı ile gizlilik ilkesinin çatıştı- ğı bu alanda, yine salt kamu yararını gözetmesi, rekabet hukukunun amacına hizmet etmedi-

ği gibi teşebbüsler açısından belirsizlik ve risk yaratmaktadır. Bu nedenle, bu yorum tarzının gözden geçirilmesi, savunma hakkının geniş yorumlanması ve uyum çabalarının desteklenmesi yatırım ortamının iyileştirilmesi açısından olumlu katkı sağlayacaktır.

Teşebbüslerin veri ve belgelerine ilişkin sıkça dile getirilen bir başka sorun da yerinde inceleme kapsamında dijital ortamlarda yapılan incelemelerdir. Her ne kadar bu konuda bir kılavuz yayımlanmışsa da rapor kapsamında yapılan araştırma bulguları bu konuda yeterince açık ve öngörülebilir bir uygulama olmadığı algısını ortaya koymuştur. Çalışanların mal varlığı ve kişisel verileri bakımından oluşabilecek hukuki sorunlar da göz önünde bulundurularak, çalışanlara ait cihazların yerinde inceleme kapsamı dışında tutulması ve gerekli görüldüğü hallerde inceleme yapılması için yargı kararı şartı getirilebilir. Böylece AİHM içtihadıyla uyumlu bir uygulama oluşturularak bireysel hakların korunması bakımından çekinceler ortadan kaldırılabilir. Bu düzenlemenin ikincil mevzuatta açık bir kural ile getirilmesi ise hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik sağlayacaktır.

İdari para cezalarına ilişkin sıkça dile getirilen bir konu da cezaya temel alınacak cironun belirlenmesidir. Kurulun geçmişte aldığı bazı kararlarda yalnızca soruşturma konusu ekonomik faaliyet ve ihlal ile alakalı pazar yerine teşebbüsün tüm cirosu ve/veya Türkiye dışı faaliyetlerinin cirosunu temel alarak ceza uygulaması teşebbüsler tarafından adil olmayan bir uygulama olarak değerlendirilmiştir. Bu şekilde ceza miktarlarının yükselmesi elbette teşebbüslerin

ekonomik büyümelerini etkilemektedir. Bu konuda net, tutarlı ve açık kurallar olması Kurulun güvenilirliğini artıracaktır. Bu nedenle, yaptırımların daha adil ve eşitlikçi uygulanması açısından Ceza Yönetmeliği'nin, teşebbüs cirosu yerine ilgili piyasa cirosunu esas alması daha doğru olacaktır. Nitekim Avrupa Komisyonu'nun uygulaması bu yöndedir.

Sağlıklı bir yatırım ortamının sağlanmasında önemli bir unsur da ölçülülük ilkesine bağlı kalınmasıdır. Bu noktada, bilgi isteme aracına ilişkin bir öneri getirmek mümkündür. Araştırmalarımızın da ortaya koyduğu üzere Kurul, son dönemde bilgi isteme aracını daha yoğun kullanmaya başlamış ve bu alanda bazı ağır yaptırımlar da uygulamıştır. Bu bağlamda teşebbüslere uygun süreler verilmesi ve bu tedbirin yalnızca gerekli hallerde kullanılması için daha iyi gerekçelendirilmesi yerinde olacaktır. Ayrıca bilgi istenen teşebbüsün ihlal faili olmadığı durumlarda veya kısa sürede istenen bilgilere eksik veya geç verilmesi halinde daha toleranslı bir değerlendirme yapılabilir. Bu bağlamda, bilgi isteme talepleri ilgili teşebbüs veya kişi tarafından gerektiği gibi yerine getirilmiyorsa, Kurulun usule aykırı davranıldığı sonucuna varırken, bir tür kusur analizi yapması ölçülü bir hukuk uygulaması açısından gereklidir. Kanun kusura yer vermemiş olmakla birlikte, yorum yoluyla sorumluluğun kusur esasına dayandırılması mümkündür ve bu yönde bir yorum yatırım ortamına olumlu etki edecektir.

Araştırma kapsamında ortaya koyulan görüşler, yönetici ve rekabet uzmanlarının büyük çoğunluğunun Kurulun ticari sırların korun-

masında gerekli hassasiyeti gösterdiğini düşündüğü yönündedir. Ancak son dönemde ceza değerlendirmelerinde ve sektör raporlarında dahi rakamsal verilerin, oranların ve değerlendirmelere esas olan bazı bilgilerin gizlendiği görülmektedir. Bu uygulama şeffaflık, hesap verilebilirlik ve güvenilirlik açısından sorun doğurabilmekte ve kamu menfaatiyle çelişebilmektedir. Bu nedenle, rekabet hukukunun uzun vadedeki gelişimi ve rekabet hukukuna uyumun sağlanması açısından bu konuda iyi bir dengenin kurulması gereklidir. Burada amaç, teşebbüslerin çıkarlarını göz ardı etmek ve ticari sırlarını ifşa etmek değildir. Yalnızca kamunun menfaati olan alanlarda basit bazı tedbirler ile kararlardan daha fazla bilgi edinmek ve aynı zamanda ticari sırları hi-maye etmek mümkündür. Örneğin, (1 veya 2 sene gibi) belirli bir süre önce yayımlanmış kararlardaki rakamsal veriler açıklanabilir. Sektör raporlarının belirli bir teşebbüse ait olmayan veya hangi kişi veya kuruluşu ilgilendirdiği açık bir şekilde anlaşılamayan kısımlarına ilişkin verilere yer verilebilir. Bu doğrultuda, ticari sırlar ve kamu menfaati konusunda optimal bir dengenin sağlanması, şeffaflık sağlayarak rekabet hukukunun ve yatırım ortamının gelişimine katkı sağlayacaktır.

Ek 1

ANKETE KATILANLARIN UNVAN VE SEKTÖRLERE GÖRE DAĞILIMI

UNVAN	
Rekabet Uzmanı	(U): 18
Yönetici	(Y): 47

SEKTÖRLER	
Telekomünikasyon	(Y: 2, U: 4)
Enerji	(Y: 3, U: 1)
Gıda	(Y: 1, U: 3)
Hızlı Tüketim Malları	(FMCG) (Y: 3, U: 1)
Kimya	(Y: 3)
Otomotiv	(Y: 2, U: 1)
Sağlık	(Y: 3)
Üretim ve Mühendislik	(Y: 2, U: 1)
Alkollü İçki	(Y: 1, U: 1)
Beyaz Eşya	(Y: 2)
Danışmanlık	(Y: 1, U: 1)
E-Ticaret	(Y: 2)
Hukuk	(Y: 1, U: 1)
Perakende	(Y: 2)
Bankacılık	(Y: 1)
Finans	(Y: 2, U: 1)
Endüstriyel Otomasyon	(Y: 1)
Gayrimenkul	(Y: 1)
Havacılık	(Y: 1)
Hazır Giyim	(Y: 1)

Ek 2

ŞİRKET YÖNETİCİLERİ VE REKABET UZMANLARINA GÖNDERİLEN ANKET SORULARI

YÖNETİCİ ANKETİ

1) Şirketinizde kaç yıldır çalışıyorsunuz?

2) Hangi birim/bölümde çalışıyorsunuz?

3) Şirketinizdeki görevinizin düzeyi nedir?

- a) Orta düzey
- b) Üst düzey

4) Şirketiniz yabancı ortaklı mıdır?

- 4.1 Cevabınız evet ise
- a) Kontrol yabancı ortaklıkta
 - b) Ortak kontrol
 - c) Kontrol Türk ortaklıkta

5) Rekabet Kurumuna hiç başvuruda bulundunuz mu?

- Evet
- Hayır

5.1 Cevabınız evet ise ne tür bir başvuruda bulundunuz?

- a) Muafiyet/menfi tespit
- b) Birleşme/devralma
- c) Şikâyet
- d) Diğer (Belirtiniz)

5.2 Başvurunuzda yeterli ve zamanında sonuç aldınız mı?

- Evet
- Hayır

Cevabınız hayır ise ne tür sorunlar yaşadınız?

UZMAN ANKETİ

1) Şirketinizde kaç yıldır çalışıyorsunuz?

2) Şirketiniz yabancı ortaklı mıdır?

2.1 Cevabınız evet ise

- a) Kontrol yabancı ortaklıkta
- b) Ortak kontrol
- c) Kontrol Türk ortaklıkta

3) Rekabet Kurumuna hiç başvuruda bulundunuz mu?

- Evet
- Hayır

3.1 Cevabınız evet ise ne tür bir başvuruda bulundunuz?

- a) Muafiyet/menfi tespit
- b) Birleşme/devralma
- c) Şikâyet
- d) Diğer (Belirtiniz)

3.2 Başvurunuzda yeterli ve zamanında sonuç aldınız mı?

- Evet
- Hayır

Cevabınız hayır ise ne tür sorunlar yaşadınız?

4) Rekabet Kurumu şirketinizle ilgili bir işlem yaptı mı?

- Evet
- Hayır

6) Rekabet Kurumu şirketinizle ilgili bir işlem yaptı mı?

Evet

Hayır

6.1 Cevabınız evet ise Rekabet Kurumu şirketinizle ilgili ne tür bir işlem yaptı?

a) Soruşturma

b) Bilgi isteme

c) Diğer (Belirtiniz)

6.2 Bu işlem sırasında size yeterli, zaman, bilgi ve iletişim imkânı verildi mi?

Evet

Hayır

Cevabınız hayır ise

a) Hangi konu(lar)da yetersizlik olduğunu düşünüyorsunuz? (Belirtiniz)

b) İşlem sürecinde ne tür sorunlar yaşadınız ve/veya işlem sonucuna ilişkin ne tür soru işaretleri taşıdınız? (Belirtiniz)

6.3 Sorunun orijinali:

Bu işlem(ler) sürecinde ilişkide bulunduğunuz Kurum yetkililerinin işinizi anlamaya yönelik bir motivasyona sahip olduğunu düşünüyor musunuz?

Evet

Hayır

Cevabınız hayır ise hangi alan(lar)da eksiklikler olduğunu düşünüyorsunuz? (Belirtiniz)

4.1 Cevabınız evet ise Rekabet Kurumu şirketinizle ilgili ne tür bir işlem yaptı?

d) Soruşturma

e) Öneri

f) Bilgi isteme

g) Diğer (Belirtiniz)

4.2 Bu işlem sırasında size yeterli bilgi verildi mi?

Evet

Hayır

Cevabınız hayır ise hangi konu(lar)da yeterli bilgi alamadınız? (Belirtiniz)

4.3 Bu işlem sırasında size yeterli zaman ve iletişim imkânı verildi mi?

Evet

Hayır

Cevabınız hayır ise

a) Hangi konu(lar)da yetersizlik olduğunu düşünüyorsunuz? (Belirtiniz)

b) İşlem sürecinde ne tür sorunlar yaşadınız ve/veya işlem sonucuna ilişkin ne tür soru işaretleri taşıdınız? (Belirtiniz)

4.4 Bu işlem(ler) sürecinde ilişkide bulunduğunuz Kurum yetkililerinin yeterli bilgi ve donanımda olduğunu düşünüyor musunuz?

Evet

Hayır

Cevabınız hayır ise hangi alan(lar)da eksiklikler olduğunu düşünüyorsunuz? (Belirtiniz)

7) Rekabet Kurumunun şirketinizin ticari sırları bakımından gerekli ve yeterli hassasiyeti gösterdiğini düşünüyor musunuz?

Evet

Hayır

Cevabınız hayırsa ne tür sorunlar yaşadınız?

8) Rekabet Kurumunun şirketlere yaptığı açıklamalar ve verdiği bilgiler ile öngörülebilirliği sağladığını düşünüyor musunuz?

Evet

Hayır

Cevabınız hayır ise

a) Rekabet Kurumu'nun hangi konularda açıklama yapmasını/bilgi vermesini isterdiniz? (Belirtiniz)

b) Rekabet Kurumu'nun ne şekilde bilgi vermesi/açıklama yapması gerektiğini düşünüyorsunuz? (Belirtiniz)

9) Rekabet Kurumunun Bilgi İsteme aracını gerekli ve ölçülü biçimde kullandığını düşünüyor musunuz?

Evet

Hayır

10) Rekabet Kurumunun Yerinde İnceleme aracını gerekli ve ölçülü biçimde kullandığını düşünüyor musunuz?

Evet

Hayır

4.5 Sorunun orijinali:

Bu işlem(ler) sürecinde ilişkide bulunduğunuz Kurum yetkililerinin işinizi anlamaya yönelik bir motivasyona sahip olduğunu düşünüyor musunuz?

Evet

Hayır

Cevabınız hayır ise hangi alan(lar)da eksiklikler olduğunu düşünüyorsunuz? (Belirtiniz)

5) Rekabet Kurumunun şirketinizin ticari sırları bakımından gerekli ve yeterli hassasiyeti gösterdiğini düşünüyor musunuz?

Evet

Hayır

Cevabınız hayırsa ne tür sorunlar yaşadınız?

6) Rekabet Kurumunun şirketlere yaptığı açıklamalar, ikincil mevzuat çalışmaları ve verdiği kararlar ile öngörülebilirliği sağladığını düşünüyor musunuz?

Evet

Hayır

Cevabınız hayır ise

a) Rekabet Kurumu'nun hangi konularda açıklama yapmasını/bilgi vermesini isterdiniz? (Belirtiniz)

b) Rekabet Kurumu'nun ne şekilde bilgi vermesi/açıklama yapması gerektiğini düşünüyorsunuz? (Belirtiniz)

11) Rekabet Kurumu ile ilişkilerinizde süreci ve deneyiminizi aşağıdaki kriterler perspektifinden nasıl değerlendirirsiniz? (Lütfen skalada değerlendiriniz: 1 en kötü 5 en iyi)

- Güven telkin eden
- Bilgi veren
- Şeffaf
- Yeterli savunma süresi tanıyan
- Zamanında karar veren
- Açık ve anlaşılabilir bir karar sunan
- Yol gösterici, öneri getirici
- İspat eşiği standardına uyan
- Yerinde incelemelerde ölçülülük ilkesine uyan
- Ticari sır kavramında sınır ve ölçüyü koruyan
- Gerekli ölçüde dosyaya erişim hakkı tanıyan

12) Şirketiniz bugüne kadar soruşturma sonucunda ceza aldı mı? (Birden fazla ise lütfen sayı belirtiniz.)

Evet

Hayır

(Buraya kutucuk açılacak sayı belirtmeleri için)

12.1 Kurumunuza verilen ceza ile ilgili değerlendirmeniz nedir?

- a) Verilen ceza adildi
- b) Ceza verilmemesi gerekirdi
- c) Verilen ceza orantısızdı
- d) Verilen ceza, benzer durumlarda verilen cezalar ile tutarsızdı
- e) Verilen cezaya ilişkin olumsuz bir değerlendirilmem bulunmuyor
- f) Diğer (Belirtiniz)

7) Rekabet Kurumunun Bilgi İsteme aracını gerekli ve ölçülü biçimde kullandığını düşünüyor musunuz?

Evet

Hayır

8) Rekabet Kurumunun Yerinde İnceleme aracını gerekli ve ölçülü biçimde kullandığını düşünüyor musunuz?

Evet

Hayır

9) Rekabet Kurumu ile ilişkilerinizde süreci ve deneyiminizi aşağıdaki kriterler perspektifinden nasıl değerlendirirsiniz? (Lütfen skalada değerlendiriniz: 1 en kötü 5 en iyi)

- Güven telkin eden
- Bilgi veren
- Şeffaf
- Yeterli savunma süresi tanıyan
- Zamanında karar veren
- Açık ve anlaşılabilir bir karar sunan
- Yol gösterici, öneri getirici
- İspat eşiği standardına uyan
- Yerinde incelemelerde ölçülülük ilkesine uyan
- Ticari sır kavramında sınır ve ölçüyü koruyan
- Gerekli ölçüde dosyaya erişim hakkı tanıyan

10) Şirketiniz bugüne kadar soruşturma sonucunda ceza aldı mı?

Birden fazla ise lütfen sayı belirtiniz.

(Birden fazla ise lütfen sayı belirtiniz.)

Evet

Hayır

(Buraya kutucuk açılacak sayı belirtmeleri için)

12.2 Karar sonrasında yargı yoluna başvurdunuz mu?

Evet

Hayır

12.2.1 Cevabınız evetse yargı kararı lehinize oldu mu?

Evet

Hayır

12.3- Hakkinızda yapılan işlemin (ve Rekabet Kurulu kararı) sonucunun faaliyet gösterdiğiniz pazarda rekabet açısından olumlu sonuçlar doğurduğunu/doğuracağını düşünüyor musunuz?

Evet

Hayır

13) Rekabet Kurulu kararlarının idari yargı tarafından gerektiği ölçüde denetime tabi tutulduğunu düşünüyor musunuz?

Evet

Hayır

14) Şirketiniz herhangi bir yatırım planlamasından Rekabet Kurumu uygulamaları sebebiyle vaz geçti mi?

Evet

Hayır

14.1 Cevabınız evet ise bu yatırımın genel niteliği neydi ve niye vazgeçtiniz? (Belirtiniz)**15) Şirketiniz rekabet hukukuna uyum konusunda özel bir program (uyum yöneticisi/eğitim vs.) yürütüyor mu?**

Evet

Hayır

10.1 Kurumunuza verilen ceza ile ilgili değerlendirmeniz nedir?

h) Verilen ceza adildi

i) Ceza verilmemesi gerekirdi

j) Verilen ceza orantısızdı

k) Verilen ceza, benzer durumlarda verilen cezalar ile tutarsızdı

l) Verilen cezaya ilişkin olumsuz bir değerlendirilmem bulunmuyor

m) Diğer (Belirtiniz)

10.2. Karar sonrasında yargı yoluna başvurdunuz mu?

Evet

Hayır

10.2.1 Cevabınız evetse yargı kararı lehinize oldu mu?

Evet

Hayır

11) Rekabet Kurulu kararları bakımından etkin bir (idari) yargı denetimi olduğunu düşünüyor musunuz?

Evet

Hayır

12) Rekabet Kurulu nihai kararı sonucunda faaliyet gösterdiğiniz pazarda rekabet açısından olumlu sonuçlar doğurduğunu/doğuracağını düşünüyor musunuz?

Evet

Hayır

15.1 Soruya yanıtınız evet ise, uyum çabalarına rağmen, ticari faaliyetlerinizin rekabet hukukuna aykırı olduğu endişesini taşıyor musunuz?

- Evet
Hayır

16) Genel olarak Türkiye’de rekabet hukuku uygulaması ile ilgili ne düşünüyorsunuz?

- a) tutarlı ve öngörülebilir olduğunu düşünüyorum
b) tutarlı ve öngörülebilir olmadığını düşünüyorum
c) Emin değilim
d) Diğer (belirtiniz)

17) Rekabet hukukunun tatbikinde, bazı mal veya hizmetler için geçerli olan global rekabetin Rekabet Kurumu tarafından ne derece dikkate alındığını düşünüyorsunuz?

- a) Yeteri kadar dikkate alınıyor
b) Yeteri kadar dikkate alınmıyor; Türkiye coğrafyası ile sınırlı daha dar bir piyasa tanımlanıyor
c) Emin değilim
d) Diğer (Belirtiniz)

18) Rekabet hukuku kurallarının rekabetçi ve ticari açıdan makul gözükken davranışları da etkilediğini düşünüyor musunuz?

- a) Evet, bu davranışları da caydırdığını düşünüyorum
b) Evet, bu davranışları da teşvik ettiğini düşünüyorum
c) Herhangi bir etkisinin olduğunu düşünmüyorum
d) Diğer (Belirtiniz)

13) Şirketinizin herhangi bir yatırım planlamasından Rekabet Kurumu uygulamaları sebebiyle vaz geçti mi?

- Evet
Hayır

Cevabınız evet ise bu yatırımın genel niteliği neydi ve niye vazgeçtiniz? (Belirtiniz)

14) Şirketiniz rekabet hukukuna uyum konusunda aktif bir program yürütüyor mu?

- Evet
Hayır

14.1 Cevabınız evet ise, bu duruma rağmen, ticari faaliyetlerin yürütülmesinde rekabet hukuku endişesi yoğun bir şekilde yaşanıyor mu?

- Evet
Hayır

Evet ise kısaca nedenini belirtiniz:

15) Genel olarak Türkiye’de rekabet hukuku uygulaması ile ilgili ne düşünüyorsunuz?

- a) tutarlı ve öngörülebilir olduğunu düşünüyorum
b) tutarlı ve öngörülebilir olmadığını düşünüyorum
c) Emin değilim
d) Diğer (belirtiniz)

18.1 Rekabet hukuku kurallarının rekabetçi ve ticari açıdan makul gözükken davranışları da caydırması sizce ne gibi sonuçlar yaratabilir?

- a) Şirketlerin rekabet güçlerini olumsuz yönde etkiliyor
- b) Şirketlerin büyümelerini sekteye uğrattıyor
- c) Bir fikrim yok
- d) Diğer (Belirtiniz)

19) Birleşme ve devralma politikasının, özellikle Türkiye'deki şirketler bakımından, nasıl bir etkisi olduğunu düşünüyorsunuz?

- a) Şirketlerin büyümesinde olumlu bir etkisi oluyor
Şirketlerin belli bir ölçeğe ulaşmaları önünde bir engel oluşturuyor
- b) Şirketleri küresel rekabette dezavantajlı konumuna düşürüyor
- c) Herhangi bir etkisi olduğunu düşünmüyorum
- d) Diğer (Belirtiniz)

20) Rekabet Kurulu kararları ve uygulaması sizce Türkiye'deki yatırım ortamını ne şekilde etkiliyor?

Bu kısımda sizin yönetici olarak genel fikirlerinizi almak istiyoruz. Lütfen yazarken küresel etkileşimleri ve ülkeye sermaye girişlerini de görüşlerinize yansıtınız.
(sınırlı alan tanınacak)

16) Rekabet hukukunun tatbikinde, bazı mal veya hizmetler için geçerli olan global rekabetin Rekabet Kurumu tarafından ne derece dikkate alındığını düşünüyorsunuz?

- a) Yeteri kadar dikkate alınıyor
- b) Yeteri kadar dikkate alınmıyor; Türkiye coğrafyası ile sınırlı daha dar bir piyasa tanımlanıyor
- c) Emin değilim
- d) Diğer (Belirtiniz)

17) Rekabet hukuku kurallarının rekabetçi ve ticari açıdan makul gözükken davranışları da etkilediğini düşünüyor musunuz?

- a) Evet, bu davranışları da caydırdığını düşünüyorum
- b) Evet, bu davranışları da teşvik ettiğini düşünüyorum
- c) Herhangi bir etkisinin olduğunu düşünmüyorum
- c) Diğer (Belirtiniz)

17.1 Rekabet hukuku kurallarının rekabetçi ve ticari açıdan makul gözükken davranışları da caydırması sizce ne gibi sonuçlar yaratabilir?

- n) Şirketlerin rekabet güçlerini olumsuz yönde etkiliyor
- o) Şirketlerin büyümelerini sekteye uğrattıyor
- p) Bir fikrim yok
- q) Diğer (Belirtiniz)

18) Birleşme ve devralma politikasının, özellikle Türkiye'deki şirketler bakımından, nasıl bir etkisi olduğunu düşünüyorsunuz?

a) Şirketlerin büyümesinde olumlu bir etkisi oluyor

Şirketlerin belli bir ölçeğe ulaşmaları önünde bir engel oluşturuyor

b) Şirketleri küresel rekabette dezavantajlı konumuna düşürüyor

c) Herhangi bir etkisi olduğunu düşünmüyorum

d) Diğer (Belirtiniz)

19) Rekabet Kurulu kararları ve uygulaması sizce Türkiye'deki yatırım ortamını ne şekilde etkiliyor?

Bu kısımda sizin teşebbüs ve rekabet hukuku sorumlusu olarak genel fikirlerinizi almak istiyoruz. Lütfen yazarken küresel etkileşimleri ve ülkeye sermaye girişlerini de görüşlerinize yansıtınız.

TUŚIAD