



# REKABET FORUMU

## HUKUK-EKONOMİ-POLİTİKA

**Mart 2014**

**Sayı: 82**

**Sahibi:** Rekabet  
Derneği adına  
Av.İbrahim Gül  
Ayda Bir Yayınlanır.

**Editör:** Erdal Türkkan

**Yazı Kurulu:**Uğur Emek,  
İbrahim Gül, Gönenç  
Gürkaynak, Nejdet  
Karacehennem, Nurkut  
İnan, Ercan Kumcu, Gamze  
Öz, Hamdi Pınar, Kubilay  
Atasayar, Müfit Sonbay,  
Nahit Töre, , Uğur Özgöker,  
Yavuz Ege, Yılmaz Aslan.

**GENEL MERKEZ:**

**Yazışma Adresi:** Tuna  
Caddesi No:27/2 Kızılay  
Çankaya ANKARA  
TURKEY  
**GSM:+90.533 6272474;**  
**İrtibat**  
**Tel:+ 90.312 435 6813**  
**Faks:+90 312 4356816**  
**e-posta:**  
[rekabetgenel@gmail.com](mailto:rekabetgenel@gmail.com)

**EDİTÖR:**

**GSM :+905323410739**  
**e-posta:**  
[erdalturkkan@hotmail.com](mailto:erdalturkkan@hotmail.com)

**WEB:**

[www.rekabetderneği.org](http://www.rekabetderneği.org)  
**Banka:**TC Ziraat Bankası  
0795 Necatibey Şubesi  
Hesap No: 647 654  
**VERGİ No:**Ankara  
Başkent Vergi  
Dairesi:7340430101

**İSTANBUL ŞUBESİ:**

**Başkan:** Av. Dr. Kemal  
Erol

**Adres:** Süleyman Seba  
Caddesi, Spor Apt. No  
62/4 Akaretler/  
Valideçeşme -BEŞİKTAŞ  
34357 İSTANBUL  
**Telefon:**212- 236 53 00

### İLK YAZI

**\*Prof. Dr. Erdal TÜRKKAN**

**SİYASİ KUTUPLAŞMANIN GİRİŞİMCİ GÜVENLİĞİNE VE  
REKABET ORTAMINA YANSIMALARI .....s.2**

### MAKALELER

**\*Av. İsmet CANTÜRK**

**KURUMSAL ÖZERKLİĞİ SONLANDIRAN DÜZENLEMELER  
.....s.7**

**\* Doç. Dr. Mustafa ATEŞ**

**REKABET HUKUKUNDAKİ “ANLAŞMA” VE BORÇLAR  
HUKUKUNDAKİ “SÖZLEŞME” KAVRAMLARI  
ÜZERİNE.....s.10**

**\*Prof. Dr. Erdal TÜRKKAN**

**REKABET İHLALLERİNDE CİROYA DAYALI İDARİ PARA  
CEZASININ SAKINCALARI VE KATMA DEĞER KRİTERİ  
:BASİTLEŞTİRİLMİŞ BİR ANALİZ.....s.17**

### DÜNYADA NELER OLUYOR

**Doç. Dr.Gamze ÖZ, Özge GÜNER , Mehmet Anıl  
ÇETİNASLAN**

**REKABET HUKUKU VE POLİTİKASINDA DÜNYADA NELER  
OLUYOR.....21**

**Duyuru: Rekabet Derneği İki Dalda En İyi Makale**

**Ödülü Verecek.....s.24**

**Bu dergide yer alan yazıların telif hakları yazarlarına aittir.**

**Kaynak gösterilerek alıntı yapılabilir.**

#### Rekabet Derneği Hakkında Kısa Bilgi

Rekabet Derneği 20 Mayıs 2004 tarihinde kuruluşunu tamamlamış bir sivil toplum örgütüdür. Derneğin amacı Türkiye’de rekabet ortamının ve rekabet kültürünün gelişmesine katkıda bulunmaktır. Derneğin Genel Merkezi Ankara’da olup İstanbul Şubesi 10 Mart 2005’ten itibaren faaliyete geçmiştir. Dernek Rekabet Kurumu’nun eski başkan ve üyeleri, rekabet ve regülasyon üzerine çalışan üniversite öğretim üyeleri, bazı gazeteci, sanayici, bankacı ve hukukçular tarafından kurulmuştur. Tüm düzenleyici kurumların eski başkanları Derneğin tabii üyesidir.

Derneğin Yönetim Kurulu: Av. İbrahim Gül (Başkan), Av. Müfit Sonbay (İl.Başkan), Prof. Dr. Erdal Türkkan, , Av. Merttaşk Kılıçlar, Doç. Dr. Nurkut İnan, Yard. Doç. Dr. Gamze Aşçıoğlu Öz, Yard. Doç. Dr. Hamdi Pınar, Onur Arı ve Av. Ömür Kasımay’ dan oluşmaktadır.

Derneğin İstanbul Şubesi Av. Dr. Kemal Erol Başkanlığında faaliyetini sürdürmektedir. Dernek aylık Rekabet Forumu’nu elektronik olarak yayınlamakta ve düzenli aylık bilimsel toplantılar düzenlemektedir.

## İLK YAZI

# SIYASİ KUTUPLAŞMANIN GİRİŞİMCİ GÜVENLİĞİNE VE REKABET ORTAMINA YANSIMALARI

**Prof. Dr. Erdal Türkkan**

Türkiye 30 Mart 2014 yerel seçimleri öncesinde, tarihinde görülmemiş bir siyasi kutuplaşma ve cepheleşmeye sahne olmaktadır. Bu durum siyasi rekabeti ve sosyal huzuru bozucu etkiler yanında iktisadi rekabet ortamını da ciddi bir biçimde tahrip etme ve girişimci güvenliğini sarsma potansiyeline sahip görünmektedir. Çünkü Sayın Başbakan ve Hükümetin ekonomik alanda sahip olduğu hakim gücü (büyük yetkileri), karşı cephede yer aldığını düşündüğü girişimcilere karşı kötüye kullanmak istediği yönündeki iddialar ve olguların sayısı giderek artış göstermektedir. Bu yazının amacı genel olarak aşırı siyasi kutuplaşma ve cepheleşmenin hangi yollarla rekabet ortamını nasıl bozabileceği sorusuna cevap aramaktır.

Siyasi kutuplaşma ve cepheleşme ortamında hükümetin kendi saflarında yer almadığını düşündüğü girişimcileri cezalandırmak amacıyla kullanabileceği çok sayıda önemli araç veya “sopa” vardır. Bu yazıda bu araçların neler olduğu, bunları kullanmanın muhtemel etkileri üzerinde durulacak ve çözüm yolları sorgulanacaktır. Hükümetin karşı cephede yer aldığı için cezalandırmak istediği girişimcilere karşı kullanabileceği en önemli araçlardan birisi **vergi denetimleri yoluyla cezalandırma**dır. Türkiye’de vergi idaresinin bağımsız olmaması ve vergi mevzuatının en deneyimli vergi uzmanlarının bile tam olarak hakim olmadığı dağınık ve belirsizliklerle dolu bir yapıda olması, siyasi iktidarlara bu sopayı etkin bir biçimde kullanma imkanı vermektedir. Vergi denetiminin “masum” bir yöntem olması bu silahın kullanımını ayrıca kolaylaştırmaktadır. Ancak bu alanda bir ayrımcılık yapıldığı konusunda gazetelere yansımış çok sayıda iddia bulunmaktadır. Vergi denetimi sopasının birkaç kez kullanılması bile karşı cephedekileri “sindirme” için yeterli olabilmektedir. Ayrıca kötü niyetli bir vergi denetiminin teşebbüsleri çok zor durumda bırakarak çıkış etkisi veya rekabette geri kalma etkisi yaratması da mümkündür. Aslında hükümetin siyasi amaçla belli mal ve hizmetlerden alınan vergileri aşırı düzeyde arttırması da piyasadan çıkışa zorlama ve piyasaya girişleri engelleme veya sınırlama etkisi yaratabilir. Alkollü içkilerle ilgili vergi oranlarını bu kapsamda değerlendirmek mümkündür.

Özellikle geniş bir taraftar grubuna sahip hükümetlerin karşı cephede yer aldığını düşündüğü teşebbüslere karşı kullanabileceği bir başka araç **boykot çağrısı ve itibarsızlaştırma sopası**dır. Hükümetin medya üzerinde önemli bir etki ve yönlendirme gücüne sahip olması nedeniyle, bu sopanın da rekabeti ciddi bir biçimde bozacak etkiler yaratması mümkündür. Geçmişte de kullanılan bu sopayı Hükümet açıkça bazı gazetelere, bazı çok mağazalı büyük teşebbüslere, okul, dersane ve öğrenci yurtlarına vs. karşı kullanmıştır. Boykot çağrısı hedef alınan teşebbüslerin pazar kaybına yol açmasına, itibar kaybına uğramasına sebep olabilir. Bu durum firmaların marka değerini ve borsa değerinin düşmesine, ciddi pazar kayıpları yaşamasına neden olabileceği gibi diğer kamu özel kuruluşlarla

ilişkilerinde de negatif ayrımcılığa uğramasına neden olabilir. Boykot çağrısının rekabeti bozucu etkileri de tartışmaya değmeyecek kadar açıktır.

Hükümetin kötüye kullanabileceği bir başka araç düzenleyici ve denetleyici kuruluşların **verdiği idari para cezası sopası**dır. Düzenleyici ve denetleyici kurumların bir bölümü prensip olarak hükümetten bağımsız bir statüye sahiptir. Ancak özellikle son yıllarda yapılan yasal değişikliklerle bu bağımsızlık önemli ölçüde budanmış ve bu kurulların karar mekanizmalarına hükümete yakın kişiler atanmıştır. Şimdilik rekabet Kurumu dışında bağımsız düzenleyici kurallardan söz etmek mümkün görünmemektedir. RTÜK'ün muhalif televizyon kanallarını sistematik olarak cezalandırıp daha vahim ihlallerin yapıldığı hükümete yakın kanalları kayırdığı iddialarının ciddiye alınmaması mümkün görünmemektedir. Maalesef SPK'nın adı da bu tür ayrımcılık iddialarında gündeme gelmiştir. Diğer taraftan tüm düzenleyici ve denetleyici kuruluşlar bağımsız statüde değildir. Bu çerçevede bir gecede amaca uygun düzenlemelerin yapılabilirdiği veya idari telkinle veya resen (hükümete yaranma amaçlı) kovuşturmaların açılması söz konusu olabilmektedir. Ayrıca mevcut düzenlemelerde belli bir piyasayı ve o piyasadaki teşebbüsleri cezalandırmaya yönelik değişikliklerin yapılması mümkündür. Yaşanan birkaç örneğin bile teşebbüs güvenliğini sarsması ve bu yolla rekabete zarar vermesi söz konusudur.

Cepheleşme ortamında hükümetin sahip olduğu bir başka cezalandırma aracı **ruhsat ve izin sopası**dır. Yerel düzeydeki en basit ruhsat ve izinlerin bile merkezi yönetimin yetki alanına çekilmesi bu silahın siyasi amaçla kullanımına imkan vermektedir. Bu silah, ruhsat iptali, ruhsat vermeme veya ruhsatı geciktirme ve zorlaştırma biçimlerinde kullanılabilir. Rekabet açısından bu durum, giriş engeli çıkarma, çıkışa zorlama veya rekabette geri duruma düşme gibi sonuçlar doğurabilmektedir. Maalesef kutuplaşma sürecinde bu silaha da oldukça sık başvurulduğu görülmektedir. (İlçki satma ruhsatları, Koza Altın örneği) bu silahın kullanıldığının göstergeleri olarak değerlendirilmektedir. Burada da az sayıda örneğin bile bir "sindirme" etkisi yaratması mümkündür. Diğer taraftan ortaya çıkan iddialar, maalesef yerindeliği tartışılmayacak iptal ve geciktirmeleri de tartışılır bir duruma sokmaktadır.

Cepheleşme ortamında kullanılabilecek bir başka araç da **kamu ihalelerinden, kamu alımlarından ve kamu gayrimenkul satış ve tahsislerinden dışlama sopası**dır. Kamu ihale yasasında, hükümetin inisiyatif gücünü genişleten çok sayıda değişiklik yapılmış olması ve Sayıştay denetiminin etkisini azaltan yasal düzenlemeler bu alanda keyfi davranma marjını önemli ölçüde genişletmiş durumdadır. Kamunun bu şekilde girişleri engellemesi, kendi cephesinde gördüğü teşebbüslere suni bir üstünlük ve hızlı gelişme potansiyeli sağlaması, karşı cephede görülen veya yandaş görünmeyen kuruluşların piyasadan tamamen çıkmasına yol açması söz konusu olabilmektedir. Cepheleşme etkisinin ihale iptallerine kadar uzandığının ve ihaleye fesat karıştırma boyutlarını da kazandığı yönündeki iddia ve emareler konunun vahametini artırıcı niteliktedir.

Cepheleşme ortamında kullanılabilecek bir başka araç da **spesifik amaçlı yasal düzenleme sopası**dır. Burada yasalar yoluyla bazı alanlarda **girişim özgürlüğünün tamamen veya kısmen ortadan kaldırılması** söz konusudur. Bunun en son örneği dersanelerin yasaklanması ile ilgili yasal düzenlemedir. Bu düzenlemenin hükümetin belli bir muhalif grubu cezalandırmak amacıyla yaptığı

inancının yaygın olması, durumu daha da vahim hale getirmektedir. Alkollü içki düzenlemesini de bu kapsamda değerlendirmek mümkündür. Her iki örnekte de girişim özgürlüğünün siyasi mülahazalarla sınırlandırılması ve mevcut teşebbüslerin kanun değişikliği ile piyasadan çıkmaya zorlanması söz konusudur.

Cepheleşme ortamında siyasi iktidarın kullanabileceği bir başka araç da **destek vermede ayrımcılık sopası**dır. Bu açıdan kamunun elinde çok geniş bir araç kutusu vardır. Kamu teşviklerinden yararlanmada zorluk çıkarılması her zaman mümkündür. Bunun yanında kamu bankalarından kredi temininde ayrımcılık yapma imkanı daima var olagelmıştır. Başbakanın ve bakanların açılış törenlerine katılması, girişimcilerin yurt dışı gezilere davet edilip edilmemesi, spesifik sorunların çözümünde kendilerine randevu verilip verilmemesi bile rekabeti hissedilir boyutta bozacak etkiler yaratabilir. Bu bağlamda TUSİAD, TUSKON gibi işveren kuruluşlarının dışlanması rekabet ortamı açısından vahim bir tablo yaratmaktadır. Türkiye’de devletin vergi gelirlerinin % 10 una yakın bir kısmını tek başına sağlayan bir teşebbüsün bir saygın yabancı ortağın da katılacağı açılış töreni konusunda Sn. Başbakan’dan randevu almak için Sn. Barzani’yi araya koyma ihtiyacını duyması durumun ne kadar vahim ve skandal düzeyine ulaştığının bir göstergesi sayılabilir. Cepheleşme ortamında hükümetin mevcut boşluklar ve imkanlardan yararlanarak **yargıyı etkilemeye çalışarak yandaş olmayan girişimcileri cezalandırması** da söz konusudur. Yargı bağımsızlığının kısıtlı olduğu bir ortamda bu araç gerek girişimci güvenliği gerekse rekabet ortamı açısından endişe verici bir husustur. Son zamanlarda maalesef bu yönde de bazı girişimlerin olduğu anlaşılmaktadır.

Cepheleşme ortamında hükümetin kullanabileceği en önemli araçlardan birisi de hasım olarak kabul edilen kişi, kurum ve kuruluşların bireysel güvenliklerinin **kolluk güçleri tarafından yeterli ölçüde korunmaması** durumudur. Kutuplaşma ortamında hükümet yandaşlarının hasım kuruluşlara saldırı yapması ve tacizde bulunması olasılığı çok yüksektir. Bu tür durumlarda kolluk güçlerinin doğrudan Hükümet yetkililerinin, valilerin veya emniyet amirlerinin talimatıyla zamanında ve etkin koruma müdahalesinde bulunmaması maalesef söz konusu olabilmektedir. Samanyolu TV ye yapılan taciz saldırılarının ve fiziki saldırıya dönüşen protestolar karşısında çok yakında konuşlanan güvenlik görevlilerinin seyirci kalması bu durumun ibret verici bir örneğidir. Bu şekilde korku salınmasının girişim özgürlüğünün ihlali olma yanında ciddi bir insan hakları ihlali olduğu açıktır.

Nihayet hükümetin yukarıda belirtilen tehditleri gündeme getirerek girişimcilerin rekabet güçlerini doğrudan etkileyecek müdahalelerde bulunması da söz konusu olabilir. Medya kuruluşlarında bazı yöneticilerin ve çalışanların görevden uzaklaştırılması bu türden bir etkidir. Bu tür müdahalelerin özellikle medya sektöründe yaygın bir biçimde uygulandığı artık bir sır değildir.

Hükümetin yukarıda tanımlanmaya çalışılan eylemlerinden bazıları özellikle de boykot ve itibarsızlaştırma çabaları bazı misillemelere ve büyük protestolara konu olabilir. Bu durum şüphesiz bu tür eylemlerin negatif sonuçlarının daha da derinleşmesine ve ülkenin yönetilemez hale gelmesine neden olabilecektir.

Hükümetin kullandığı devlet gücü ve yetkisini pozitif ayrımcılık yaparak kendi yandaşları lehine kullanması da hem girişimci güvenliğini hem de rekabet ortamını bozucu niteliktedir. Diğer bir ifade ile kutuplaşma ve cepheleşme sadece hasım olarak görülenlere baskı yapma biçiminde değil, yandaşlara ek avantaj sağlam

biçiminde de tezahür edebilmektedir. Her iki durumda da rekabetin ciddi olarak bozulması söz konusudur.

Yukarıda kısmen değinilen örnekler büyük bir olasılıkla iktidarın cezalandırıcı tedbirlerinin küçük bir kısmını yansıtmaktadır. Aynı şekilde hükümetin yandaş girişimcilere yaptığı pozitif ayrımcılığın da çok sayıda iddiaya konu olduğu bilinmektedir. Bu nedenle bu vahim durum karşısında atılması gereken ilk adım gerçek tablonun ortaya çıkmasını sağlamaktır. Bunun için de başta özgür basın olmak üzere, sivil toplum örgütlerine ve cezalandırıcı davranışlara muhatap olan teşebbüslere büyük görevler düşmektedir. Hükümetin hakim gücünü kendisine düşman ilan ettiği teşebbüslere karşı nerede nasıl ve ne ölçüde kullandığı, nerelerde kimlere karşı pozitif ayrımcılık yaptığı da kapsamlı bir biçimde ortaya konulmalı ve kapsamlı bir biçimde incelenmelidir. Girişimci güvenliğini sarsan örneklerin az sayıda olması bile durumun vahametini ve etkilerini zayıflatıcı nitelikte olmayacaktır. Çünkü girişimci güvenliği çok kolay sarsılan bir olgudur ve bu sarsılmanın etkisinin yıllarca devam etmesi söz konusu olur.

Girişimci güvenliğini sarsan olaylardan büyük bir bölümü açıkça kamu oyunun gözleri önünde cereyan etmektedir. Bu eylemlerden bir bölümü de yasa dışı yollardan yapılan dinlemelerle ortaya çıkmış bulunmaktadır. Bunların bir bölümü de iddia veya tahmin niteliğindedir. Kaynağı ne olursa olsun bu tür iddiaların mutlaka araştırılması ve sonuçlandırılması gerekmektedir. Aksi halde bunlar “şuyuu vukuundan büyük” sayılan olgular olarak rekabet ortamına ve genel olarak ekonomiye daha derin zararlar verebilecektir. Ayrıca bazı hallerde hükümetin her türlü eyleminin haksız yere bu kategoride değerlendirilmesi engellenemeyecektir. Dolayısıyla bu durum kamu kurumlarına güvenin de sarsılmasına ve bunların işlevlerin etkin olarak yapamamalarına neden olacaktır.

Şüphesiz Hükümetin, kendisine karşı yapılan yasal olmayan eylem ve davranışlara karşı kendisini savunma hakkı vardır. Esasen bu savunma hakkı çok yaygın bir biçimde kullanılmaktadır ve kullanılmalıdır.. Burada sorun **kanunun suç saymadığı, ancak hükümetin bir “vatana ihanet” gibi değerlendirdiği tutum ve davranışların da yargı yoluna baş vurulmadan cezalandırılmak istenmesinden** kaynaklanmaktadır. Hükümete muhalif olmak, hükümetin önemseddiği değerlerden farklı değerlere inanmak ve farklı görüşleri savunmak bir suç değildir. Ayrıca bir Hükümet’in Meclis çoğunluğuna sahip olması da devletin hakim gücünü istediği kimseyi istediği şekilde cezalandırma veya ödüllendirme yetkisini vermez. Şayet böyle bir yola gidilirse ne özgürlükçü demokrasiden ne de rekabetçi piyasa ekonomisinden bahsetmek mümkün olmayacaktır.

Genel olarak girişimci güvenliği bireysel güvenlikten bağımsız değildir. Girişimciler tedirgin eden her şey onların paydaşlarını ( çalışanlar, müşteriler, girdi temin eden kuruluşlar gibi) da tedirgin edecektir. Zarar görenlerin yasal yollardan hakkını araması her zaman mümkün olamamakta, uzun zaman almakta ve etkisiz kalabilmektedir. Ayrıca yargının zafiyetleri nedeniyle bu durum, güvenin tazelenmesi yerine güvensizliğin daha da derinleşmesine neden olabilecektir.

Sonuç itibarıyla çözüm, gerek siyasi alanda gerekse ekonomik alanda rekabetin adil bir biçimde işletilmesinde aranmalıdır. Bunun için de hukuk devletinin tüm kurum ve kurallarıyla işletilmesi gerekmektedir. Girişimci güvenliğinin tam olarak

sağlanamadığı bir ülkede ekonominin sürdürülebilir bir gelişme göstermesi beklenemez. Bir ülkede bir siyasi partinin tek başına çoğunluğa sahip olması güven verme açısından yeterli değildir. Güvenin en önemli koşulu muhalefetin eleştirilerine açık olma ve muhalefete saygı gösterme hatta gerektiğinde muhaliflerin haklarını da korumadır. Bir ülkenin sahip olduğu en önemli zenginlik güven ortamının varlığıdır. Güven ortamının ve özellikle de girişimci güveninin sarsılması kısa, orta ve uzun vadede çok büyük maliyetler ve kayıplar getirebilecek bir olgudur. Bu nedenle bu konuda en fazla hassasiyet göstermesi gerek bizatihi Hükümettir.

Girişimci güvenin sağlanması ve hükümetin sahip olduğu hakim gücün kötüye kullanımının engellenmesi için bu hakim gücü dengeleyecek mekanizmaların varlığı büyük önem taşımaktadır. İleri demokrasilerde hükümetin hakim gücünü dengeleyecek çok sayıda mekanizma vardır. Bağımsız yargı, Muhalefet partileri, parti içi muhalefet, seçim sistemi, Anayasa mahkemesi, Danıştay, Yargıtay, Sayıştay gibi yüksek yargı organları, bağımsız düzenleyici kuruluşlar, tarafsız Cumhurbaşkanı bizatihi kamu kesiminde oluşturulmuş mekanizmalardır. Bunun yanında özgür medya, internet platformları, sivil toplum örgütleri, ve en önemlisi protesto ve itiraz hakları güvence altına alınmış olan özgür bireyler hükümetin hakim gücünü kötüye kullanmasını engelleyecek dengeleyici mekanizmalardır. Tüm aksaklıklarına rağmen bu mekanizmalar Türkiye’de önemli ölçüde gelişmiştir. Bu nedenle aşırı siyasi kutuplaşmanın yarattığı sakıncalar mutlaka bir ölçüde telafi edilecektir. Burada önemli olan husus bu yanlışlardan ne kadar bedel ödeyerek geri döneceğidir.

Girişimci güvenliğinin tehdit altında olduğu, düzenleyici kamu kurumlarının tarafsızlığına güvenin kaybolduğu bir ortamda adil rekabetten de söz etmek mümkün olmaktan çıkacaktır. Bu durumda rekabet savunucularına büyük görevler düştüğü de açıktır.



## MAKALE

# KURUMSAL ÖZERKLİĞİ SONLANDIRAN DÜZENLEMELER

**Av.İsmet CANTÜRK**

### Giriş

Bilindiği gibi, kurumsal özerkliğin varlık nedenlerinin en önemlisi, yerleşmiş geleneksel bürokratik yapının işleyişinden, iş ve hizmet üretme anlayışından farklı bir konumda olmasıdır. Geleneksel bürokratik yapılanmamızda, hiyerarşik düzen, onay ve hizmetin ivedi işlenmesini engelleyen işlemlerin çokluğu, etkinliği ve üretkenliği geciktiren nedenlerdir. Kurumsal özerklikte, kamu hizmetinin işleyişindeki verim, ivedilik, saydamlık ve etkinlik öncelikli nedenlerdendir. Kuşkusuz bu önceliklerin gerçekleştirilmesi de, siyasi otoritenin etki, baskı ve talimatlarının söz konusu olmadığı ve idari yapının siyasallaştırılamayacağı bir ortamın yaratılmasına bağlıdır.

Kurumsal özerkliğin önemli niteliklerinden birisi de, geniş bir uzmanlık alanı yaratarak, kendi alanlarındaki hukuku yaratmaya ve içtihat üretmeye öncülük etmeleridir. Oysa, bürokratik yapı içindeki kurumların hukuk ve uzmanlık alanı yaratması, içtihat üretmesi söz konusu olamaz. Kaygı ile belirtmek gerekirse, geleneksel bürokratik yapımız, kurumsal özerkliği benimseyemediği gibi, siyasi otoritenin yaklaşımları da, bu kurumları yaşatmak bir yana, geleneksel bürokratik yapı içinde sıradan kurumlara dönüştürme uygulamaları içinde olagelmıştır. Bugüne değin, 4054 sayılı Yasada yapılan düzenlemelerin temelinde, kurumsal özerkliğin sonlandırma anlayışı yatmaktadır.

Günümüzde hukukun üstünlüğünü benimsemiş ülkelerde, vesayet anlayışına dayalı uygulamalar, yerini kurumsal özerkliğin esas alan yapılanmalara bırakmıştır. Kurumsal özerklik, toplumu ve hukuku vesayet baskısından kurtaran, bürokratik yapının siyasallaşmasını engelleyen ve devleti hukukun üstünlüğüne taşıyan yollardan birisidir. Ülkemizi, çağımızın öngördüğü hukukun üstünlüğüne ve bilgi toplumuna, idari ve mali vesayetin uygulayıcısı konumundaki geleneksel bürokratik kurumlarla değil, girişim gücünü ve rekabet kültürünü geliştirmiş, evrensel hak ve özgürlükleri özümsemiş özerk kurumlarla taşıyabiliriz. Sistem ve yapıyı çağdaşlaştıranın başlıca yolunun bu olduğu görüşündeyiz.

### Kurumsal özerkliğin sonlandırıcı düzenlemeler

Rekabet Kurumu'nun varlık nedeni, 4054 sayılı Yasanın 20 nci maddesinde açıkça belirtilmiştir. Buna göre, mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde teşekkülünün ve gelişmesinin temini ile bu Kanunun uygulanmasını gözetmek ve Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirmek üzere kamu tüzel kişiliğini haiz idari ve mali özerliğe sahip Rekabet Kurumu teşkil edilmiştir.

Görüldüğü gibi, Rekabet Kurumu, kendisine verilen görevleri, idari ve mali özerklik statüsü içinde yerine getirecektir. Bu statünün zedelenmesi, kaldırılması

durumunda, Kurumun varlık nedeninden söz etmek de güçleşecektir.Yasa koyucu bu nedenle, Kurumun görevini yaparken bağımsız olacağını ,hiçbir organ,makam,merci ve kişinin Kurumun nihai kararını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremeyeceğini öngörmüştür. Özerklik soyut bir kavram değildir.Sağlanan mali olanaklar ve güvence altına alınan yasal düzenlemelerle her türlü etki ve baskıdan uzak, sağlıklı hizmet üreten kurumları öngörür.Rekabetin Korunması Hakkındaki Yasanın ilk düzenlemesindeki hükümlerle, Kurumun, idari ve mali özerkliğinin güvence altına alındığını görmekteyiz. Gerçekten, Yasanın , özellikle 20, 24,27,34 ve 39 ncu maddeleriyle Kurumun idari ve mali özerkliği somut bir yapıya kavuşturulmuştu. 4054 sayılı Yasada yapıla gelen değişikliklerle ,Kurumun idari ve mali özerkliğinden söz etmek olası değildir.

Rekabet Kurumunun karar organı olan Rekabet Kurulu'nun teşekkülüne ilişkin 22 nci maddesi, bu son tasarı ile üçüncü kez değiştirilmiş olacaktır.Bu üç değişikliğin hiçbirinde gerekçe yoktur. "Ben yaptım oldu." anlayışı ile doğrudan yürütme organına bağımlı bir istencin ürünüdür.Oysa,yasa değişiklikleri,bir zorunluluk ve gereksinimin ürünüdür.Hukuka bağlı devlet yapısında, yasa yapma ve değişikliklerinin belirli ilkeleri ve teknikleri vardır. Özellikle son yıllarda bu zorunlu kuralların göz ardı edildiğini görmekteyiz.Bilindiği gibi, 4054 sayılı Yasanın 22 nci maddesinin ilk düzenlemesinde Rekabet Kurulu 11 üyeden oluşmakta idi.Bu yapılanmada,siyasal otoritenin üstünlüğü söz konusu değildi.Yasa koyucu,bu yapının bozulmamasına özel bir önem vermişti.Bu durum,maddenin gerekçesinde de aynen

***" Kurumun en üst ve önemli organı Rekabet Kuruludur.Bu Kanun uyarınca rekabetin korunmasına ilişkin tedbir ve düzenlemelerle, bu kanuna aykırılık hallerinde nihai karar verme yetkisi Rekabet Kuruluna aittir. Bu itibarla, Kurulun oluşumu önem arz etmektedir.Kurul üyelerinin her türlü siyasal baskıdan bağımsız çalışabilmelerini temin etmek amaçlanmıştır. Bunun için Kurulun toplam üyelerinin ancak dördü siyasal otorite tarafından belirlenmektedir."***

Rekabetin Korunması hakkındaki Yasanın 22 nci maddesindeki bu ilk değişiklikle Kurul,11 üyeden yediye indirilmiş,Rekabet Kurumuna tanınan dört üyelik iki ile sınırlandırılmış,Üniversiteler arası Kurul kontenjanı kaldırılmış,Sanayi ve Ticaret Bakanlığına tanınan iki üyelik bire düşürülmüştür.Böylece,bu düzenleme ile üye seçimi ve atanmasında Bakanlar Kurulunun üstünlüğü söz konusu olmuştur.Başka bir anlatımla,Kurulun yedi üyesinden beşinin doğrudan Bakanlar Kurulunca atanması gerçekleştirilmiştir.

Kurul kontenjanının dörtten ikiye düşürülmesi ,ve ***" Rekabet Kurulunca gösterilecek adayların en az yarısının Rekabet Kurumunun uzmanlık sıfatını kazanmış meslek personeli arasından seçilmesi zorunludur."*** hükmünün maddeden çıkarılarak,Kurum içinden seçilme koşulunun kaldırılmış olması,bundan böyle Kurul'un siyasal otoritenin istenci doğrultusunda oluşturulacağını başka bir göstergesi olmuştur. Kuşkusuz,bir kurum,kendi içinden yetişmiş nitelikli insan gücü ile yenilenebildiği sürece başarılı ve saygın bir konuma ulaşır.

Yasanın anılan 22 nci maddesindeki bu değişiklikle de yetinilmemiş,24.10.2011 tarihli KHK ile ikinci değişiklik gerçekleştirilmiştir.Bu değişiklikle,siyasal otoritenin etkisi daha da güçlendirilmiştir.Bu değişiklikte,Danıştay ve Yargıtaya sadece kendi içinden aday gösterme zorunluluğu getirilmiş, bu iki Yüksek Mahkemenin aday yeğleme olanağı sınırlandırılmıştır.



Siyasal otoriteyi bu ikinci değişiklik de tatmin etmemiş, TBMM’de görüşülmekte olan Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısının 10 ncu maddesiyle 4054 sayılı Yasanın 22 nci maddesi üçüncü kez değişikliğe uğramaktadır.Tasarı ile öngörülen değişiklik aynen “**Üyeler,23 üncü maddedeki şartları taşıyanlar arasından Bakanlar Kurulunca atanır. Bakanlar Kurulu; üç üyeyi Bakanlığın, bir üyeyi Adalet Bakanlığının,bir üyeyi Kalkınma Bakanlığının , bir üyeyi Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakanlığın ve bir üyeyi Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinin her boş üyelik için kendi kurumları içinden veya dışından göstereceği ikişer aday arasından atar.Adalet Bakanlığı kontenjanından atanacak üyenin hukuk fakültesi mezunu olması,Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakanlık kontenjanından atanacak üyenin sermaye piyasaları,bankacılık veya finans alanında deneyim sahibi olması,Bakanlık kontenjanından atanacak üyelere birisinin ise Kurumda başkan yardımcısı, hizmet birimi yöneticisi veya meslek personeli olarak çalışmış olması şarttır.” hükmünü içermektedir.Görüldüğü gibi,bu değişiklikle Danıştay ve Yargıtay kontenjanları kaldırılmakta,diğer üyeler ise Odalar ve Borsalar Birliği kontenjanları dışında,idari yapı içinden belirlenmektedir. Açıkça görüldüğü gibi, bu değişiklikle Rekabet Kurumu,adeta Gümrük ve Ticaret Bakanlığına bağlı bir genel müdürlük konumuna sokulmaktadır.**

Anayasa Mahkemesinin , kurumsal özerlikle ilgili 21.09.2004 gün ve 2004/109 sayılı kararının,siyasal otorite tarafından göz ardı edilmemesi gerekirdi.Anayasa Mahkemesi bu kararında,**özerk kurumların, genel idare içindeki diğer kurumlardan farklı bir statü içinde bulunduğunu ve bu konumlarının Anayasaya uygun olduğunu tescil etmiş ve özerkliğin başlıca temel öğelerine de kararında yer vermiştir. Buna göre,özerk kurumların karar organlarının belirlenmesi ve atanmasında siyasal otoritenin etkisinin bulunmaması,üye seçimlerinin yerinden yönetim ilkesi ile uyumlu olması,özerk yapının bozulmaması,Bakanlar Kurulu’nun doğrudan üye atamaması temel ölçüler olarak belirlenmiştir.** Yapılagelen değişikliklerin ,Anayasa Mahkemesinin bu kararı ile uyuşmadığı ortadadır.

Rekabetin Korunması Hakkındaki Yasanın 22 inci maddesinde yapılagelen bu değişikliklerin,Kurumsal özerkliği sonlandırma amacı taşıdığı açıktır.Yasama organında,Anayasa Mahkemesinin ,konuya açıklık getiren kararının dikkate alınacağı ve kurumsal özerkliğin varlığının korunacağı umudunu taşımak istiyorum. 25.02.2014

## MAKALE

# REKABET HUKUKUNDAKİ “ANLAŞMA” VE BORÇLAR HUKUKUNDAKİ “SÖZLEŞME” KAVRAMLARI ÜZERİNE

**Doç. Dr. Mustafa ATEŞ (\*)**

Anlaşma, genel ve soyut bir kavram olarak, asgari iki süjenin birbirini anlamış olması keyfiyetini ifade eder. Genel kullanımı dışında “anlaşma” sözcüğüne daha farklı muhtevalar da yüklenebilmektedir. Anlaşmanın farklı muhtevaya büründüğü alanlardan biri de rekabet hukukudur. Nitekim anlaşma rekabet hukukunun temel kavramlarından biri olarak kabul edilmekte olup, kendisine çok önemli hukuki sonuçlar bağlanmış bir kavramdır. Bu hukuk disipliniinde anlaşma, en az iki tarafın iştirakini gerektiren, rekabet üzerinde olumsuz sonuçlara yol açtığı veya açabilecek olması nedeniyle rekabet hukukunun yasakladığı ve kendisine yaptırım niteliğinde bazı sonuçlar atfedilen hukuka aykırı bir davranış şeklidir.

Genel ve soyut bir kavram olarak sözleşme ise, en az iki tarafın karşılıklı olarak birbirine söz vermiş olması keyfiyetini ifade etmektedir. Ancak hukukta, anlaşma kavramı gibi, sözleşme kavramına da genel anlamından çok daha farklı bir muhteva yüklendiği görülmektedir. Nitekim hukuki bir kavram olarak sözleşmenin, *“belirli bir hukuki sonuç doğurmaya yönelik olarak iki tarafın karşılıklı birbirine uygun irade beyanlarından oluşan hukuki bir muamele”* şeklinde tanımlandığı görülmektedir.<sup>1</sup> Sözleşme, bir borçlar hukuku kavramı olmakla birlikte, soyut ve genel bir kavram olarak, borçlar hukukunun yanı sıra, eşya hukuku, miras hukuku, şahıs ve aile hukuku gibi özel hukuk disiplinlerinin yanı sıra idare hukuku gibi kamu hukuku alanına dâhil hukuk disiplinleri kapsamında da kullanılan bir terimdir. Mamafih, birçok hukuk sistemi sözleşmeyi bir borçlar hukuku müessesesi olarak düzenlemiştir. Hukukumuzda da, Türk Borçlar Kanunun (TBK) 1. ve devamı maddelerinde sözleşmenin tanımından kurulmasına, şekline, muhtevasına ve çeşitlerine kadar sözleşme kavramıyla ilgili muhtelif hususların ayrıntılı bir şekilde düzenlendiği görülmektedir.

Rekabet hukukunda kullanılan anlaşma kavramı ile borçlar hukukunda kullanılan sözleşme kavramının uygulamada zaman zaman eş anlamlı olarak veya birinin diğerinin yerine de kullanıldığı görülmektedir. Günlük hayatta borçlar hukuku kapsamında olan bir hukuki muamele veya ilişki için anlaşma tabiri kullanıldığı gibi, rekabet hukukunun kendisine sonuç bağladığı tipik bir davranış olan “anlaşma” yerine “sözleşme” tabiri de kullanılabilir. Oysa teknik-hukuk bakımından bu iki kavramın birbirine karıştırılmaması ve yerli yerince kullanılması gerektiği anlaşılmaktadır.

Nitekim 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK), rekabeti sınırlandırıcı çok taraflı davranışların en başında “anlaşma” kavramına yer vermiş ve

(\*) Rekabet Kurulu E. Üyesi

<sup>1</sup> **Fikret Eren**, *Borçlar Hukuku – Genel Hükümler*, C.I, 3. Bası, Ankara 1989, 263.

bu kavramı ilgili bütün maddelerde kullanmıştır.<sup>2</sup> Buna mukabil borçlar hukukunda karşılıklı mutabakatı ifade eden akit, mukavele, sözleşme ve kontrat gibi kavramlar Rekabet Kanununda kullanılmamıştır. Kanun koyucu 4054 sayılı Kanunun yalnızca bir yerinde “sözleşme” tabirini kullanmıştır; orada da bu sözcüğü “anlaşma” tabiriyle birlikte zikretmiştir.<sup>3</sup> Mevzuat AB rekabet hukuku düzenlemelerinde de Türkçe karşılığı “anlaşma” olan “*agreement*” teriminin kullanıldığı, buna mukabil bağlayıcı mahiyetteki irade uyuşmaları için kullanılan “*contract*” sözcüğüne yer verilmediği görülmektedir.<sup>4</sup> Bu da bize, anlaşma sözcüğünün rekabet hukuku bakımından özel bir öneminin bulunduğunu, bu hukuk alanına özgü teknik bir kavram olarak kanun koyucu tarafından özellikle tercih edildiğini göstermektedir.

Nitekim uygulama ve öğretide, anlaşma kavramının özel hukukta kullanılan sözleşme kavramını aşan bir kavram olduğu; herhangi bir borç doğurmasa da, tarafların iktisadi faaliyetlerinde karar verme özgürlüğünü sınırlayan her türlü mutabakatın anlaşma kavramı kapsamında değerlendirileceği kabul edilmektedir. O nedenle bu makalede, anlaşma ve sözleşme kavramları mukayeseli olarak kısaca ele alınmakta ve teknik hukuki kavramlar olarak benzeştikleri ve ayrıştıkları noktalara temas olunarak, bu iki kavramın hukuki mahiyetlerinin daha iyi anlaşılabilmesine katkı sağlanması hedeflenmektedir.<sup>5</sup>

Bu çerçevede hemen belirtelim ki sözleşme, bu müessesenin temelini oluşturan Borçlar Kanununda tanımlanmadığı gibi,<sup>6</sup> anlaşma kavramı da onun temel yasal dayanağını oluşturan RKHK’nda tanımlanmış değildir. Sadece 4054 sayılı Kanunun 4. maddesinin gerekçesinde, “*Maddenin amacı bakımından anlaşma, Medeni Hukukun geçerlilik koşullarına uymasa bile tarafların kendilerini bağlı hissettikleri her türlü uzlaşma ya da uyuşma anlamında kullanılmıştır. Anlaşmanın yazılı veya sözlü olmasının önemi yoktur.*” şeklinde anlaşma kavramının mahiyetine işaret olarak kabul edilebilecek iki cümleye yer verilmektedir.<sup>7</sup> Bu sebeple, yukarıda da ifade edildiği üzere, ilk bakışta algılandığının aksine, rekabet hukukundaki “anlaşma” ile özel hukuktaki “sözleşme” birçok bakımdan farklılıkları olan iki kavramdır.

Her şeyden önce sözleşme, genellikle birbirinden farklı menfaat ve amaçlarla hareket eden kişiler arasında hukuki bir sonuç doğurmak ve özellikle bir borç ilişkisi kurmak, mevcut bir borçta değişiklik yapmak, ya da onu büsbütün ortadan kaldırmak için yapılan anlaşma,<sup>8</sup> bir irade mutabakatıdır. Rekabet hukuku anlamında anlaşma

<sup>2</sup> Anlaşma kavramı 4054 sayılı Kanunun 1, 2, 4, 5, 8, 10, 13, 16 ve 56. maddelerinde kullanılmıştır.

<sup>3</sup> Kanunun 57. maddesinde yer alan “*Her kim bu Kanuna aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engeller, bozar, ya da kısıtlarsa..*” şeklindeki ibareden de görüldüğü üzere “sözleşme” kelimesinin yanında “anlaşma” sözcüğü de kullanılmıştır.

<sup>4</sup> **Kerem Cem Sanlı**, *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2000, 144, dnt. 23.

<sup>5</sup> Yazarın yayıma hazırlanmakta olan bir kitabında “anlaşma” kavramı rekabet hukuku perspektifinden ayrıntılı bir şekilde analiz edilmektedir.

<sup>6</sup> TBK md. 1’de “*Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur.*” Şeklinde bir hükme yer verilmekle birlikte, bu hükmün sözleşmeyi tanımlamak yerine, ne şekilde kurulmuş sayılacağını gösterdiği açıktır.

<sup>7</sup> AB rekabet hukuku uygulamasında da anlaşma genel olarak; “*en az iki taraf arasındaki irade uyuşması olup, tarafların iradelerini ortaya koyması kaydıyla şekli önem taşımayan mutabakatlardır.*” şeklinde tanımlanmıştır. Case T-41/96, *Bayer v. Commission* [2000] ECR II-3383, para. 69.

<sup>8</sup> **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 65.

ise, rekabet hukuku normu yönünden sonuç doğuran birden çok kişinin iradeleri arasındaki uyumdur, uyuşmadır.

Görüldüğü gibi, anlaşma ve sözleşmenin ortak unsurları, en az iki tarafın varlığını gerektirmeleri ve tarafların belli bir sonuca matuf iradeleri arasındaki uyum ve uyuşmadır. Diğer bir deyimle, anlaşmadan söz edilebilmesi için en az iki süjenin bulunması şart olduğu gibi, sözleşme olarak adlandırılan hukuki ilişkinin kurulabilmesi için de en az iki süjenin iradesine ihtiyaç vardır. Çok basit ifadeyle, *“en az iki tarafın hukuki bir sonuca yönelik birbirine uygun ve karşılıklı irade beyanlarına sözleşme”* denilmektedir.<sup>9</sup>

Sözleşmenin en az iki tarafının bulunması gerekli olmakla birlikte, anlaşmalarda olduğu gibi, tarafların ikiden fazla kişi olması da mümkündür. Ancak sözleşme bakımından taraf kavramı, *“bir sözleşmeyi yapmaya katılan ve dolayısıyla sözleşmenin hukuki sonuçlarını kendi hâkimiyet alanlarında gerçekleştirip bundan etkilenen kişileri”* ifade etmektedir.<sup>10</sup> Anlaşmanın tarafı ise, rekabet hukuku normunun kendisine sonuç bağladığı bir konuya ilişkin olarak irade beyanında bulunanı veya başkaları tarafından böyle bir konuya yönelik olarak açıklanan iradeye katılmayı ifade eder. Kısaca anlaşmada taraf kavramı, rekabet hukukunun sonuca bağladığı hukuki bir işlem veya eylemin bir “parçası olmayı” ifade eder. Rekabet hukukunda anlaşmanın tarafı için “teşebbüs” şeklinde teknik bir tabir kullanılmaktadır. RKHK teşebbüsü; *“Piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan, gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler”* şeklinde tanımlamaktadır (md. 3).<sup>11</sup> Buna göre hukuk düzeninin aradığı hukuki işlem ehliyetinin şartlarını taşıyan her gerçek ve tüzel kişi sözleşmeye taraf olabildiği halde, anlaşmaya taraf olabilmek için teşebbüs niteliğini haiz olmak şarttır. Bu çerçevede sözgelimi, bir mal veya hizmetin nihai anlamda tüketicileri olan kişiler teşebbüs sayılmayacakları için, kural olarak, RKHK’nun 4. maddesi kapsamına dâhil bir anlaşmaya taraf olamazlar.

Sözleşmede tarafların amaçları ve menfaatleri karşı karşıyadır. İstisnaları olmakla birlikte sözleşmenin bir tarafı “borçlu” diğer tarafı “alacaklı” olarak nitelendirilir. Dolayısıyla sözleşmenin taraflarından biri diğerine karşı bir şey vermek, bir şey yapmak veya yapmamak gibi bir edimde bulunmakla yani sözleşme konusu menfaati karşı tarafa sağlamakla yükümlüdür. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde bu durum karşılıklıdır. Yani tabir caiz ise sözleşmede bir menfaat “çakışması” veya çatışmasından söz edilebilir. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde yalnızca bir taraf edim yükümü altında olup, kural olarak, diğer tarafın mukabil bir edimde bulunma yükümlülüğü yoktur. Bu tip sözleşmelerde sadece bir tarafın diğerine menfaat sağlama borcu vardır. Anlaşmalarda ise genellikle tarafların maksat veya menfaatleri karşılıklı değil aynı yöndedir; bu maksat veya menfaat rekabetin kısıtlanmasından beklenen yarar şeklindedir. Fakat menfaatlerin aynı yönde olması keyfiyeti, yatay anlaşmanın tarafları bakımındandır. Dikey anlaşmanın taraflarının menfaatleri genellikle sözleşmenin tarafları gibi karşılıklı olduğu gözlenmektedir.

<sup>9</sup> Ayrıntı için bkz. **Eren**, 262-267.

<sup>10</sup> **Fikret Eren**, *Borçlar Hukuku – Genel Hükümler*, 10. Baskı, İstanbul 2008, 203.

<sup>11</sup> Teşebbüs kavramı ve mahiyeti hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Mustafa Ateş**, *Rekabet Hukukuna Giriş*, Ankara 2013, sh. 197-249.

Anlaşmalarda tarafların rekabeti kısıtlamak gibi bir amacı olmasa ve rekabetin kısıtlanmasından dolayı herhangi bir menfaatleri bulunmasa dahi, anlaşma objektif olarak rekabeti kısıtlayıcı mahiyette ise, taraflar sorumluluktan kurtulamazlar. Çünkü rekabeti kısıtlayıcı nitelikteki bir anlaşma, hukuki mahiyeti itibarıyla kamu düzenine ilişkin bir hukuk normunun ihlali anlamına gelir; bu da açık bir hukuka aykırı davranıştır. O nedenle taraflar, rekabetin ihlali sonucunu doğuran bir mutabakata girerken, bunun hukuka aykırı olup olmadığının bilincinde olup olmamaları önem taşımaz. “Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” prensibi burada da geçerlidir. Aynı şekilde hukuka aykırı sonucun kasıt veya ihmal gibi bir kusurlu hareketin sonucu olup olmamasının da önemi yoktur. Rekabet Kurulunun bir kararında da ifade edildiği gibi; *“Rekabeti engelleyici, sınırlayıcı, bozucu amaç ya da etkinin tarafların kastı ile gerçekleştirilmiş olup olmaması, 4054 sayılı Kanunun 4. maddesinin uygulanabilmesi açısından önem taşımamakta, kasıt, ihmal veya kusur gibi, taraf iradelerine ilişkin sübjektif değerlendirmeler aykırılığı ortadan kaldırmamaktadır.”*<sup>12</sup>

Bunun sonucu olarak denilebilir ki, rekabet ihlalinden doğan *kamusal* sorumluluk bir kusur sorumluluğu değil, kusura dayanmayan objektif bir hukuki sorumluluktur. Faillerin kusurunun olup olmaması veya kusurlarının (kast veya ihmal şeklindeki) derecesi, hukuka aykırılığı ve dolayısıyla ihlali ortadan kaldırmaz. Kusurluluk derecesi, sadece ihlal sayılan davranıştan dolayı uygulanacak yaptırım için ağırlaştırıcı veya hafifletici bir sebep olarak dikkate alınır. Burada önemli olan; rekabetin ihlali şeklindeki zararlı sonuç ile, bu sonucu amaçlayan, fiilen bu sonucu doğuran veya doğurma ihtimali olan davranış arasında illiyet bağının kurulabiliyor olup-olmadığıdır.<sup>13</sup>

Sözleşmede taraf olabilmek için prensip olarak öncelikle hak ehliyetine sahip olmak şarttır. Hak ehliyetine sahip olmak demek, gerçek kişi (TMK md. 8) veya tüzel kişi olmak demektir (TMK md. 47). Anlaşmanın tarafı olmak için gerçek veya tüzel kişi olmak işin tabiatının icabı olsa da, tüzel kişiliği olmayan kişi toplulukları da rekabet hukuku bakımından anlaşmanın tarafı olarak kabul edilebilmektedir. Buna göre henüz tüzel kişilik kazanmamış dernek, vakıf, şirketler veya tüzel kişiliği olmayan birden fazla teşebbüsün bir araya gelmesiyle oluşan topluluk da anlaşma bakımından taraf sıfatını haiz olabilir.<sup>14</sup>

Aynı şekilde, sözleşme yapabilmek için kural olarak fiil ehliyetini haiz olmak, yani hukuki muamele yapabilme kudretine sahip bulunmak gerekmektedir. Bunun için, istisnai haller olsa da, TMK hükümlerine göre ancak ayırt etme (temyiz) gücüne

<sup>12</sup> RKK: 03.07.1999 ve 99-13/99-40 (BİAK Kararı).

<sup>13</sup> Rekabet ihlalinden kaynaklanan özel hukuk sorumluluğu (haksız fiil) yönünden kusurun şart olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Bununla birlikte kamu hukukundan kaynaklanan sorumluluk için kusur şart olmadığı açıktır. Bu tartışma, ayrı bir makalenin konusu olup burada üzerinde durulmayacaktır.

<sup>14</sup> BİAK ve TİAK davaları bunun en somut örnekleridir. BİAK kararında Kurul; Avrupa ülkelerinde uygulanmakta olan okurluk araştırmalarına benzer nitelikte bir araştırmayı gerçekleştirme ve finanse etme amacı ile bir araya gelen reklam ajansları, reklam verenler ve mecra kuruluşları temsilcilerinden oluşan, projenin işletilmesinden ve koordinasyonundan sorumlu olup tüzel kişiliği olmayan ve bünyesinde Uluslararası Reklamcılık Derneği, Reklamcılar Derneği ve Reklamverenler Derneği temsilcilerini barındıran Basın İzleme Araştırma Kurulu (BİAK)’un bir teşebbüs birliği olduğu sonucuna varmıştır. RKK: 4.3.1999 ve 99-13/99-40 (BİAK Kararı). Kurul; Türkiye’de IAA çatısı altında faaliyet gösteren ve üyelerini IAA, RD, RVD ve TV yayıncılarının temsilcilerinin oluşturduğu müşterek endüstri komitesi olan TİAK’ın, 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi kapsamında, belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama etkisini doğurabilecek nitelikte olup tüzel kişiliği haiz olmayan bir teşebbüs birliği olduğu sonucuna ulaşmıştır. RKK: 02.11.2009 ve 09-50/1236-310 (TİAK Kararı).



sahip ergin (reşit) kişiler ile kısıtlanmamış (mahcur olmayan) kişiler sözleşme yapma ehliyetine sahiptir (TMK 9 vd). Sözleşmenin taraflarından birinin sözleşme ehliyetine sahip olmaması halinde, prensip olarak, sözleşmenin geçersiz sayılması gündeme gelebilmektedir.

Buna karşılık, rekabet hukuku anlamında hüküm ve sonuç doğurabilmesi için bir anlaşmanın taraflarının sözleşme ehliyetine sahip olması gerekmez. Temyiz kudreti olmayan bir kimsenin bir teşebbüs adına açıkladığı anlaşma iradesi, ilgili teşebbüsü rekabet hukuku nezdinde ilzam edici sonuç doğurabilir. Zira bir teşebbüs adına irade açıklamasında bulunan kişinin hukuki işlem ehliyeti bulunmasa bile, o teşebbüs, kendisini böyle bir iradenin katıldığı mutabakatla bağlı hissediyor ve ona göre davranıyorsa, 4. madde kapsamında anlaşmanın tarafı olarak bizzatı sorumludur.

Sözleşmenin kurulabilmesi için iradelerin karşılıklı olarak birbirine yöneltilmesi ve değişimi gerekir. Yani sözleşmede bir icabın varlığı ve bu icabın yöneldiği tarafın da bunu kabulü gerekir. Anlaşmaların kurulmasında da aynı durum söz konusudur. Ancak sözleşmede kural olarak taraf iradelerinin sözleşmenin objektif ve subjektif esaslı noktalarında uzlaşmamış olması şarttır. Esaslı noktalarda uzlaşma olmamış ise sözleşmenin kurulamadığından söz edilebilir. Buna mukabil, 4. madde kapsamındaki bir anlaşmanın esaslı unsuru “rekabetin kısıtlanması” olmasına rağmen, anlaşmaya taraf olanların iradelerinin açıkça rekabetin kısıtlanması gibi bir konu üzerinde uzlaşması şart değildir. Taraflardan biri veya her ikisi de rekabeti kısıtlamayı murat etmiş olmasa dahi, kendilerini bağlı hissettikleri herhangi bir uzlaşma istikametinde yaptıkları işlem veya eylemlerden dolayı rekabet sınırlandırılıyorsa, 4. madde kapsamına giren bir anlaşmanın mevcudiyetinden söz edilebilir.

Nitekim Kurulun bir kararında bu hususa ilişkin olarak şu değerlendirmelerde bulunulmuştur: *“Kanun’un 4. maddesi kapsamında bir anlaşmanın varlığını ispat edebilmek için noter onaylı ya da tarafların açıkça imzaladıkları bir belgenin var olması gerekmediği tartışılmaz bir gerçektir. Bu bağlamda, Medeni Hukuk ya da Borçlar Hukuku’na göre geçerli olmayan bir sözleşme de Rekabet Hukuku bakımından bir anlaşma olarak kabul edilebilmektedir. Dikey kısıtlamalar bakımından ise anlaşma kavramı çok daha geniş yorumlanmaktadır. Rekabet Hukuku bakımından bir anlaşmanın varlığına işaret eden en önemli kıstas, teşebbüslerin hareketlerinde kendilerini özgür hissetmeleridir. Eğer bir teşebbüs hareketlerinde kendini özgür hissetmiyor ve belirli bir yönde hareket etme gereğini kabulleniyorsa, o yönde bir anlaşma oluşmuş demektir.”*<sup>15</sup>

Sözleşmenin kurulabilmesi için bazen taraf iradeleri dışında üçüncü bir kişinin iradesinin katılımına da ihtiyaç olabilmektedir. Evlenmenin geçerli olarak kurulabilmesi için nikâh akdinin resmi nikâh memurunun önünde yapılması gibi. Bazen de sözleşme kurulduğu halde hükümlerini doğurabilmesi için bir üçüncü iradenin iştirakine gerek duyulabilir; ya da sözleşmenin kanunun öngördüğü şekle uygun olarak yapılmış olması gerekebilir. Mesela; taşınmaz üzerindeki mülkiyet ve sınırlı ayni hakların devralana geçebilmesi için, sözleşmenin resmi şekilde ve tapu memurunun katılımıyla yapılması ve tapu siciline tescil şarttır. Bazı şirket

<sup>15</sup> RKK: 2.12.2004, 04-77/1108-277 (Ege Çimento). Bu Karar 13. Dairesince usul yönünden iptal edildiği için Kurul aynı konuda 19.10.2006 tarih ve 06-77/992-287 sayılı kararı almıştır.



sözleşmelerinin resmi şekilde yapılması gereği ve belli mercilerden izin alınması şartı, kefalet sözleşmesinin geçerli olması için yazılı olmasının gerekli olması gibi hallerde, öngörülen şekle uyulmaması halinde sözleşme geçersizlik yaptırımına tabidir. Dolayısıyla bu tür sözleşmeler hukuken sonuç doğurmaz.

Buna karşılık RKHK'nun 4. maddesi kapsamında bir anlaşmanın kurulabilmesi ve rekabet normunun anlaşmaya bağladığı hukuki sonuçların doğması için tarafların iradelerinin özel bir şekil veya formata uygun olarak açıklanmış olması şart değildir. Resmi şekilde yapılması gereken bir hukuki muamele, ilgili mevzuata aykırı olarak sözlü şekilde yapılmış olsa bile, 4. madde kapsamına giren bir sonuca yol açabilir. Taraflar, yaptıkları anlaşmanın Kanunun öngördüğü şekle uygun yapılmaması sebebiyle geçersiz olduğundan bahisle, 4. madde kapsamına giren bir işlem ve eylemden dolayı sorumlu olmadıklarını iddia edemezler.

Buna göre, mesela aynı pazarda faaliyette bulunan A, B ve C ürettikleri bir mal veya hizmeti daha etkin pazarlayabilmek amacıyla anonim şirket statüsünde bir ortak girişim kurmak istemiş olsunlar. Ancak bu şirketin kuruluş sözleşmesi kanuni şekil şartlarına uygun yapılmadığı takdirde geçersiz sayılması mümkündür. Bu arada Rekabet Kurulu, bu yapının işbirliği doğurucu bir ortak girişim olduğu gerekçesiyle bir inceleme başlatmış olsa, taraflar bu ortak girişim sözleşmesinin şekle aykırılıktan dolayı geçersizliğinden bahisle, 4. madde kapsamında bir anlaşmanın kurulamadığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamazlar.

Diğer yandan 6098 sayılı TBK'nun 27. maddesi<sup>16</sup> (eBK 19 ve 20) hükümlerine göre hukuka ve ahlâka aykırı sözleşmeler kural olarak batıldır. Burada “hukuk”tan kasıt, emredici hukuk normlarıdır. RKHK'nun 4. maddesi de emredici nitelikte hükümlerden biridir. O nedenle birden fazla teşebbüsün rekabeti kısıtlamak amacıyla veya rekabetin kısıtlanması sonucunu doğuracak şekilde yaptıkları sözleşme, Kanunun 5. maddesine göre muafiyet alamayacak nitelikteyse, kural olarak, BK hükümlerine göre geçersizdir.<sup>17</sup> Bu takdirde söz konusu sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulmadığı için taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurması mümkün değildir. Çünkü bu sözleşme hukuk düzeninin onaylamadığı bir işlemdir.

Ancak RKHK'nun 4. maddesine aykırılığı sebebiyle Borçlar Hukuku açısından batıl olan bir hukuki işlem, taraflar hakkında bir hukuki sonuç hâsıl etmese de, Rekabet Kanununda öngörülen yaptırımların uygulanması gibi bir neticeyi beraberinde getirebilir. Bu itibarla taraflar bu sözleşmenin 4. maddeye aykırılığı sebebiyle geçersiz olduğu için bir anlaşmanın varlığından da söz edilemeyeceğini ve dolayısıyla herhangi bir hukuki sorumluluğun da doğmadığını iddia edemezler.

Sonuç olarak denilebilir ki, rekabet hukukundaki anlaşma kavramı, unsurları bakımından benzerlik gösterse de, borçlar hukukundaki sözleşme kavramından farklıdır. Anlaşma, sözleşmeyi de içine alan bir üst kavramdır. Bu bağlamda şunu

<sup>16</sup> 6098 sayılı TBK'nun 27/1. maddesi şu şekildedir: “Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. / Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.”

<sup>17</sup> Bu konuda ayrıntı için bkz. **Osman B. Gürzumar**, “4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 4. Maddesine Aykırı Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçersizlik Rejimi”, *Rekabet Dergisi*, S. 12, 2006, sh. 1-76.

söylemek mümkündür: Esasında medeni hukukta “sözleşme” olarak adlandırılan her “uzlaşma” aynı zamanda rekabet hukuku anlamında bir “anlaşma” sayılabilir; ancak rekabet hukukunun “anlaşma” olarak kabul ettiği her “uzlaşmayı” borçlar hukuku anlamında “sözleşme” olarak nitelendirmek mümkün değildir.

Bu çerçevede; hukuken bağlayıcı veya geçerli olmasa da herhangi bir konuda yapılmış sözleşme, centilmenlik anlaşması, şirket kuruluş sözleşmesi, vakıf senedi ve dernek tüzüğü, protokoller, kontratlar, sözleşme öncesi görüşmeler ve hatta birden fazla teşebbüs arasında iş veya ticarette ahlâki mülâhazalar ileri sürülerek benimsenen “etik prensipler”<sup>18</sup> dahi 4. madde anlamında anlaşma olarak değerlendirilmek suretiyle yaptırıma muhatap kılınabilir.

---

<sup>18</sup> Özel okullar birliğinin okullar arasında öğretmen transferi konusunda benimsediği bağlayıcı olmayan etik ilkeler Kurul Tarafından 4. maddeye aykırı bir centilmenlik anlaşması olarak değerlendirilmiştir. RKK. 03.03.2011 ve 11-12/226-76 (Özel Okullar Kararı). Ayrıca Banka Promosyon Kararında bir banka vekili bankalar arasındaki promosyon ihalelerine teklif vermeme gibi eylemi yasaklayan centilmenlik anlaşmasını, bankaların haksız rekabet yoluyla birbirine zarar vermesini engellemeye dönük olduğunu, bunun temelinde de dürüstlük ve etik ilkelerin bulunduğunu savunmuş, ancak Kurul bu argümanları kabul etmemiştir. RKK: 07.03.2011, 11-13/243-78.

## MAKALE

# REKABET İHLALLERİNDE CİROYA DAYALI İDARİ PARA CEZASININ SAKINCALARI VE KATMA DEĞER KRİTERİ :BASİTLEŞTİRİLMİŞ BİR ANALİZ

**Prof. Dr. Erdal Türkkan**

Rekabet Kurumu ceza yönetmeliği ile ilgili tartışmalar sürüyor. Yeni yönetmelik taslağı eskisine yapılan çeşitli eleştirileri belli bir ölçüde karşılarsa da, bundan böyle daha adil ve etkin (optimum) bir ceza sistemine geçişi sağlayabileceği konusunda iyimser olma imkanı vermiyor. Eski yönetmelikle yeni taslağın ortak noktası her ikisinde de ciroya dayalı bir cezalandırma anlayışının kabul edilmiş olmasıdır. Bu çerçevede karşımıza çıkan soru, ciroya dayalı ceza sisteminin ne ölçüde adil ve etkin olduğudur. Bu soruya cevap verebilmek için iki soruya cevap verilmesi gerekmektedir. Bunlardan birincisi cironun ne ölçüde teşebbüslerin yaptıkları faaliyetten elde ettikleri kazançlarının bir göstergesi olduğudur. Bu soru cezalandırmanın adil ve gerçekçi olması açısından önemlidir. ikincisi ise cironun ne ölçüde rekabet ihlallerinden kaynaklanan teşebbüs kazancının bir göstergesi olduğudur. Bu soru da cezanın etkin ve caydırıcı olması açısından önemlidir. Bu yazıda rekabet ihlallerine yönelik idari para cezalarının tespitinde ciroya dayalı hesaplamaların sakıncaları ve katma değere dayalı ceza sisteminin bu sakıncaların giderilmesinde ne ölçüde yararlı olacağı, basitleştirilmiş örneklerle dayalı olarak tartışılacaktır.

Rekabet ihlallerinde idari para cezalarının ciro esas alınarak uygulanmasının üç önemli nedeni vardır. Bunlardan birincisi cironun bilinirliği yüksek bir kavram olması, ikincisi cironun hesaplanmasının nispeten kolay olması , üçüncüsü de ciro hesabında rekabet açısından önemli bir kavram olan fiyatların doğrudan kullanılmasıdır. Bu nedenle ciroya dayalı ceza hesaplaması yaklaşımı tüm dünyada yaygın bir uygulama bulmaktadır.

Burada yapılması gereken ilk tespit cironun bir kazanç değil, hasılat ölçüsü olduğudur. Diğer bir ifade ile ciro firmanın kazançlarını ve kazançlarındaki değişimleri doğru olarak yansıtan bir kavram değildir. Ciro en basit tanımıyla malın birim fiyatı ile miktarının çarpılması ile elde edilir. Örneğin bir X malının birim satış fiyatı 1 TL ise ve 100 adet satış yapılmışsa ilgili teşebbüsün cirosu  $1 \times 100 = 100$  TL olacaktır. Ciro içerisinde sadece firmanın yaptığı üretimin değeri değil, bu üretimi yapmak için daha önce başka firmalar tarafından üretilmiş malların ve hizmetlerin (madde girdiler veya ara girdiler) değeri de bulunmaktadır. 100 TL lik bir ciro içerisinde o malı üreten firmaların yarattığı gelirin payı kabaca % 1 ile % 99 arasında değişebilir. Ortalama olarak bu değer % 40-50 arasındadır. Ciro içinde firmanın kendi katkısı sektörden sektöre hatta aynı malı üreten firmadan firmaya çok büyük değişiklikler gösterebilir. Birincil sektör denilen balıkçılık hayvancılık gibi sektörlerde katma değer oranı daha yüksek, genel olarak imalat sanayinde bu oran daha düşüktür. Uzmanlaşmış firmalarda veya aracı firmalarda katma değer oranı daha düşük entegre firmalarda daha yüksek olabilir. Bu durumda aynı rekabet ihlali yapan teşebbüslere yönelik olarak cironun örneğin % 1 i oranında bir idari

ceza , bir teşebbüsü çok ağır ve yıkıcı bir biçimde etkilerken diğer bir teşebbüsü çok hafif ve caydırıcı olmayan bir düzeyde etkileyebilir.

Ciro ile ilgili olarak yapılması gereken bir tespit de şudur. *Ciro büyüklüğünü* tayin eden fiyat ve miktar arasında ters bir ilişki vardır. Fiyat artınca miktar düşer, veya miktarın artması için fiyatın düşmesi gerekir. Miktar ve fiyat arasındaki ters ilişki (fiyat esnekliği) piyasadan piyasaya farklılıklar gösterebilir. Bazı piyasalarda fiyat artınca miktarı düşürmeden ciro artışı sağlanabilir (örneğin zorunlu mallar). Bazılarında ise fiyatın artması durumunda miktar daha fazla azalacağından toplam ciroda (hasılat) bir düşüş meydana gelebilir (lüks mallar veya yüksek ikame imkanı olan mallar). Bir tekel bile belli bir noktadan sonra fiyatı arttırmaya devam ederse bir ciro azalması ile karşılaşabilir.

Kısaca ifade etmek gerekirse maliyet, girdi kullanım oranı gibi bilgiler olmadan ciro ve cirodaki değişimler doğru sonuçlara ulaşılmasını sağlayamaz.

Diğer taraftan cironun firmanın asıl amacı olan kar ile ilişkisi çok değişken ve heterojendir. Cironun artması karın artması anlamına gelmez. Bazı durumlarda ciro arttığı halde kar azalabilir. Ayrıca ciro üzerinden kar oranları (Kar / ciro) sektörden sektöre hatta aynı piyasadaki firmalar arasında çok büyük farklılıklar gösterebilir. Genellikle büyük miktarlarda satılan mallarda veya birim değeri yüksek mallarda kar / ciro oranı çok düşük, az sayıda satılan mallarda veya birim fiyatı nispeten düşük mallarda kar / ciro oranı daha yüksektir.

Bu koşullar altında ciro ve cirodaki değişimler firmanın kazancını belirlemekten bile uzak olduğu için teşebbüsün bir rekabet ihlalinin doğan kazancını tespit etmek veya tahmin etmek açısından hiç uygun olmayan bir büyüklüktür. Oysa optimal ceza yani adil ve caydırıcı bir ceza verilebilmesi için en sağlam hareket noktası ihlalden doğan kazancın tespitidir. Şayet bu kazanç 15 milyon ise, bu ihlalin yakalanma ve cezalandırılma olasılığı da % 10 yani 1/10 ise ise caydırıcı ve adil bir cezanın en az 150 olması ( $15 \times 10 = 150$ ) gerekmektedir. Şayet ihlalden doğan kazanç 15 milyon , yakalanma ve ceza görme olasılığı da % 50 yani  $\frac{1}{2}$  ise ise minimum adil ve caydırıcı ceza  $15 \times 2 = 30$  olacaktır. Bu durum idari cezalarda yakalanma ve ceza görme olasılığının hesaba katılmasının ne kadar önemli olduğunu gözler önüne sermektedir. Yine bu durum ciroyu esas alarak yapılan kazanç değerlendirmesinin ne kadar büyük yanılgılara yol açabileceğini ortaya koymaktadır.

Bu çerçevede alternatif bir kazanç hesaplama yöntemi olarak katma değer kavramı önem kazanmaktadır. Katma değer, yıllık bazda değerlendirildiğinde bir teşebbüsün bir yıl zarfında yarattığı gelir artışını yani milli gelire yaptığı katkısı ifade eder. Katma değer hesaplanmasında iki yöntem uygulanabilir. Bunlardan birincisi kabaca Katma Değer = (Ciro veya toplam hasılat – üretimde kullanılan madde girdiler) formülüdür. Burada madde girdiler, daha önce üretilen ve üretimde kullanılan her türlü mal ve hizmeti ifade eder. Madde girdiler içine üretim faktörlerine yapılan ödemeler yani işgücü harcamaları, faiz ödemeleri, kira ödemeleri dahil edilmez. Ancak üretimde kullanılan çeşitli hizmet alımları madde girdiler kapsamındadır. Katma değer diğer tanımı ise üretim faktörlerine yapılan ödemelerin toplanmasına dayanır. Katma Değer = Kar + Ücret ödemeleri + net faiz gelirleri + net rant gelirleri. Diğer bir ifade ile katma değer içinde hem firma sahibinin karı, hem üretim sürecinde kullanılan işgücüne yapılan ücret ödemeleri

hem sermayenin karşılığı olan faiz harcamaları, hem de üretimde kullanılan doğal kaynakların karşılığı olan rant (kira) ödemeleri bulunur. Bu çerçevede katma değer cirodan çok farklı bir büyüklük olabileceği gibi ciroya oldukça yakın bir büyüklük de olabilir. Basit bir örnek verelim: Bir X malını 95 TL ye alıp sadece 3 TL işgücü maliyetine katlanarak bu malı 100 TL ye satan bir teşebbüsün ciroso 100 TL olacaktır. Ancak bu firmanın faaliyetinden doğan toplam kazancı yani yarattığı katma değer sadece 5 TL dir . Çünkü 100 TL nin 95 TL lik kısmı daha önce başka bir teşebbüs tarafından üretilmiştir. Şayet aynı mal entegre bir tesiste 5 TL lik bir hammadde alınıp 50 TL iş gücü maliyetine katlanılarak 100 TL ye satılmış olsa idi ciro yine 100 olacak ancak katma değer yani firmanın toplam kazancı veya geliri ise 95 TL olacaktır. Böylece iki ayrı teşebbüste aynı malın ciroso 100 olduğu halde teşebbüslerin birisinin katma değeri veya toplam kazancı sade 5 diğerinkine ise 95 olabilmektedir.

Ciro üzerinden yapılan bir ceza hesaplamasında şayet katma değer oranı çok yüksekse,(yukarıdaki ikinci örnekte olduğu gibi  $95/100=\%95$  ) cironun kullanılmasının çok büyük sakıncası olmayacaktır. Ancak şayet ciro ile katma değer arasında çok büyük bir fark varsa ciro veya katma değer oranı çok düşük ise (yukarıdaki birinci örnekte olduğu gibi  $5/100 = \% 5$ ) ciro üzerinden ceza hesaplaması çok büyük sakıncalar yaratacaktır. Örneğin Cironun  $\% 1$  i oranında 1 TL lik bir ceza, katma değer oranı yüksek olan firmada toplam firma kazancının (katma değer)  $1/95 = \% 1,05$  ini oluşturacak buna karşılık katma değeri 5 olan firmada firmanın toplam kazancının  $1/5 = \% 20$  sini oluşturacaktır.

Aslında katma değer firmanın toplam kazancıdır. Firma sahibinin kazancı değildir. Türkiye’de karın katma değer içindeki payı ortalama  $\% 20$  civarındadır. Şüphesiz katma değerdeki karın oranının daha düşük ve daha yüksek olduğu sektörler ve teşebbüsler de vardır. Böylece katma değeri 95 olan firmanın karı 19 TL ( $95 \times 0,20 = 19$  TL), katma değeri 5 TL olan firmanın karı ise 1 TL ( $5 \times 0,20 = 1$  TL) olacaktır. Bu durumda 1 TL lik bir ceza birinci firmanın karının  $\% 5$  ine ( $1/19 = \%5$ ), ikincisinde ise  $\% 100$  üne ( $1/1 = \%100$ ) tekabül edecektir. Bu durumda cironun  $\% 1$  i oranında bir ceza firma sahibi açısından toplam gelirin (karın ) çok daha yüksek bir kısmına tekabül etmektedir. Ancak yine de katma değer oranı düşük ve yüksek olan teşebbüslerin cezadan etkilenme oranları bire- yirmidir. Yani katma değer oranı düşük bir firma 20 kat daha fazla cezaya muhatap olmaktadır.

Katma değer kriterinin esas önemi ihlalden kaynaklanan kazancın hesabında ortaya çıkmaktadır. Daha önce verdiğimiz örneklerle açıklayalım. Bir teşebbüsün 1 TL fiyatla 100 adet satış yaptığını ve böylece cirounun 100 ( $1 \times 100 = 100$ ) olduğunu varsayalım. Bu firma rakipleriyle anlaşarak fiyatını 1 TL den 1.20 TL ye çıkarmış olsun. Bu durumda ciroso 120 ( $1,2 \times 100 = 120$ ) olacaktır. Diğer koşulların aynı olduğu varsayımı altında ciroda  $\% 20$  lik bir artış meydana gelmiş olacaktır. Bu firmanın yakalanması ve cirounun  $\% 1$  i oranında cezalandırılması durumunda verilen ceza  $120 \times 0,01 = 1,2$  TL olacaktır. Şimdi bu cezanın katma değer oranı farklı olan iki firma üzerine etkisini inceleyelim. Katma değer oranı düşük olan firmada yeni katma değer 25 TL ( $120 - 95 = 25$  TL) olacak yani, katma değer 5 den 25 e çıkacak, böylece toplam kazanç baş kat artış gösterecektir. Katma değer oranı yüksek firmada ise yeni katma değer  $120 - 5 = 115$  olacak ve katma değer 95 den 115 çıkacaktır. Bu firmanın toplam kazancındaki artış ise  $\%21$  civarındadır yani eski kazancın beşte biri oranında bir artış söz konusudur. Bu artışların kara yansması da



benzer oranlarda olacaktır. Bu durumda her iki teşebbüsün bu ihlali yapma konusunda istekliliği aynı olmayacağı gibi, ciro üzerinden verilecek cezanın her iki teşebbüs açısından caydırıcılığı da çok farklı düzeylerde olacaktır.

Yukarıdaki açıklamalar ilk olarak cironun teşebbüs kazancının iyi bir göstergesi olmadığını katma değer kavramının bu açıdan daha elverişli olduğunu göstermektedir. Aynı şekilde yukarıdaki açıklamalar cironun rekabet ihlalinden sağlanan kazancın iyi bir göstergesi olmağını ve dolayısıyla optimum cezanın hesaplanmasında yetersiz kaldığını da ortaya koymaktadır. Ancak ciro kavramının daha tanınan bir kavram olması ve yaygın bir uygulama bulması nedeniyle kullanımından tamamen vazgeçilmesi söz konusu olmayacaktır. Bu durumda rekabet ihlallerine yönelik cezalar hesaplanırken kurulun en azından katma değer oranını göz önüne alması çok yararlı olacaktır. Diğer bir ifade ile katma değer kriteri en azından tamamlayıcı bir kriter olarak göz önüne alınmayı ve ceza yönetmeliğinde yer almayı hak etmektedir. Çünkü cironun farklı sektörlerde aynı suç için farklı cezalara yol açması ve sonuç itibarıyla adaletsiz olduğu kolayca anlaşılabilen çok ağır veya nispeten hafif cezaların verilmesine sebep olması karar mercilerini ciroya göre yapılan hesaplardan önemli ölçüde sapmaya zorlamaktadır. Önemli olan bu düzeltmeler yapılırken sübjektif ölçütler yerine evrensel değeri yüksek olan objektif bir ek ölçünün kullanılmasını sağlamaktır.

Nihayet, ihlallerin yakalanma ve ceza görme olasılığının da iyi tanımlanması ve ceza yönetmeliğinde açıkça yer alması çok yararlı olacaktır. Çünkü optimal ceza teorisine göre, toplam ceza miktarının caydırıcı olması için teşebbüsün ihlalden doğan kazancının bazen on katı veya daha fazlası büyüklüğünde olması gerekmektedir. Şüphesiz bu konu ayrıca tartışılmayı hak eden bir öneme sahiptir.

## DÜNYADA NELER OLUYOR

### REKABET HUKUKU VE POLİTİKASI ALANINDA

#### DÜNYADA NELER OLUYOR?

**Danışman: Doç Dr. Gamze Öz**

**Hazırlayanlar: Özge Güner , Mehmet Anıl Çetinaslan**

Bundan böyle Rekabet Forumunun bu bölümünde “Rekabet Hukuku ve Politikası alanında Dünyada Neler Oluyor?” başlığı altında güncel haber/konulara yer verilecektir.

**Bu Bölüm ODTÜ Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü ADM 4430 Rekabet Hukuku Dersi öğrencileri Özge Güner ve Mehmet Anıl Çetinaslan tarafından Yrd. Doç. Dr. Gamze ÖZ danışmanlığında hazırlanmaktadır.**

Bugün neredeyse hepimizin kullanıcısı olduğu Google bir süredir ABD ve AB rekabet otoritelerinin yakın takibindedir. Aşağıda AB Komisyonunun, geçtiğimiz ay Google soruşturmasında geldiği aşama ile Google’ın üstlendiği taahhütler konusundaki basın açıklamasına özet çeviri olarak yer verilmiştir.

#### **AB Komisyonunun 5 Şubat 2014 tarihli Basın Açıklaması<sup>19</sup>**

Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkındaki Antlaşma’nın (“ABİHA”) 102.maddesi hakim durumun, bir ya da daha fazla teşebbüs tarafından iç pazarda veya iç pazarın önemli bir bölümünde, herhangi bir şekilde kötüye kullanılmasını üye devletlerarası ticareti etkilediği takdirde yasaklamaktadır. Avrupa Ekonomik Alan Antlaşması’nın (EEA) 54.maddesi de Antlaşmanın tarafı olan ülkelerin (İzlanda, Liechtenstein, Norveç) oluşturduğu ekonomik alan için aynı yasaklamayı içerir.

Özet: Yapılan şikayetler üzerine, Komisyon Mart 2013’te Google’ı aşağıdaki piyasa uygulamaları konusunda uyararak, bu uygulamaların hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan ABİHA’nın 102.maddesini ihlal etmekte olabileceğine işaret ederek bir soruşturma açmıştır:

i) Google’ın özel web arama servisinin diğer rakip web arama servisleriyle karşılaştırıldığında gözle görünür biçimde farklı ve gelişmiş olması (Örneğin, google web arama servisinin restoran, otel ya da diğer ürünlere ait bilgilerin spesifik olarak kategorize edilmesini sağlaması).

Öncelikle, arama sonuçlarının bulunması sırasında Google hizmetinin tanıtımının içeriğinden kullanıcılar haberdar değildirler. Rakip servis sağlayıcılarında bulunan potansiyel olarak ilişkili olan arama sonuçlara kullanıcılar tarafından önemli ölçüde daha az erişilebilmekte hatta bazen hiç erişilememektedir. Örneğin, bu kullanıcılar aynı sonuçlara erişmek için ekranı aşağı kaydırmak ya da alt sekme sonuçlarına bakmak zorunda kalmakta olduğundan, Komisyon bu durumu Google’ın haksız biçimde rakip arama servislerinden kendi lehine kullanıcı çekmesi olarak

<sup>19</sup> EU Commission Press Release dated 5 February 2014. [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-14-116\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-116_en.htm)

yorumlamaktadır.

ii) Üçüncü şahısların rızası olmaksızın orijinal içeriklerin, Google tarafından kendi özel web arama servislerinde kullanılması.

iii) Üçüncü şahıs web sitelerini (yayımcıları) Google üzerinden online arama reklamları edinmeye zorlayan anlaşmalar.

iv) Sözleşmelerde yer alan yükümlülüklerle rakip arama reklam platformlarına online arama reklamları kampanyalarının devredilebilirliğinin önlenmesi

Komisyon bu eylemleri, kullanıcı tercih yelpazesinin daralmasına ve özel arama servisleri ve online arama reklamcılığı alanlarında inovasyonun kısıtlanmasına yönelik ve tüketiciye zarar veren davranışlar olarak değerlendirmektedir.

AB Komisyonu, devam etmekte olan "Online arama ve online reklamcılık faaliyetlerinde tekel oluşturma" piyasasındaki ihlal iddiaları üzerine Google'ın taahhütlerde bulunmasını istemiştir. Google da bu konudaki kaygılara ilişkin taahhütlerini 3 Nisan 2013'de Komisyona iletmış ve Komisyon da ilgililerden bu taahhütlere ilişkin görüşlerini bildirmelerini istemiştir. Bu süreci takiben Komisyon Google'a bazı ek taahhütler de üstlenilmesi gerektiği yönündeki görüşünü iletmış, bu çerçevede Google daha önce önerdiği taahhütlerinde değişiklik yaparak yeni taahhütlerini, Ekim 2013'de Komisyona sunmuştur. Komisyon bu taahhütlere ilişkin olarak da yeniden hem şikayetçilerin ve hem de diğer ilgililerin görüşlerine başvurmuş, bunun sonucunda da yeni taahhütlerinin de piyasaya ilişkin rekabet kaygılarını gidermede yeterli olamayacağı görüşünü Google'a bildirmiştir. Bunun üzerine Google taahhütlerini yeniden revize ederek yeni bir taahhüt paketi önermiştir. AB Rekabet Hukuku Uygulama Tüzüğü'nün (1/2003 sayılı Tüzük ) 9.maddesi, ilgili teşebbüsler tarafından yasal olarak bağlayıcı taahhütler verilmesi neticesinde Komisyon'a devam etmekte olan bir soruşturmayı sonlandırma yetkisi vermektedir. Böyle bir karar ilgili işletmenin AB rekabet hukukunu ihlal edip etmediği konusunda bir hüküm vermez, ancak verilen taahhütler yasal olarak bağlayıcıdır. İlgili şirket taahhütlere uymadığı takdirde, Komisyon sadece taahhüde uyulmaması nedeniyle, herhangi bir ihlal tespiti yapılmasına gerek kalmaksızın, şirketin dünya cirosunun %10'una kadar para cezasına hükmedebilir.

Bu son taahhüdünde Google, kendi web sayfalarında kullandığı özel arama servislerini geliştirmesi durumunda (ör: ürün, otel, restoran vb arama servisleri için) objektif biçimde belirlenecek 3 rakip servis sağlayıcısına da ilgili geliştirmeleri açıkça görülecek ve Google'ın servisleriyle karşılaştırma yapmaya imkan verecek şekilde teşhir edilmesini (görüntülenmesini) garanti altına aldığı taahhüt etmektedir. Bu sayede, arama servislerindeki gelişmeler, farklı arama servislerini kullanan kişiler tarafından kolaylıkla görülebilir ve karşılaştırılabilir olacaktır. Bu prensip, sadece mevcut özel arama servisleri için değil, gelecekte ortaya çıkabilecek servislerde ve bu servislerin sunulmasında da uygulanacak şekilde geçerli olacaktır.

Rekabet politikasından sorumlu Komisyon Başkan Yardımcısı Joaquin Almunia Google'ın bu taahhütlerine ilişkin olarak şu açıklamalarda bulunmuştur:

*"Benim misyonum rekabeti tüketicinin yararına olacak şekilde korumaktır, rekabet edenlerin yararına olacak şekilde değil. İnanıyorum ki uzun süren müzakereler ve zorlu tartışmalar sonucu Google'ın ortaya koyduğu bu taahhütler Komisyon'un rekabete ilişkin kaygılarını karşılayacak niteliktedir. Bu taahhütler bir yandan Google ile rekabet halinde olan diğer servislerin karşılaştırılabilir biçimde sunulmasıyla kullanıcılara kendilerine en uygun alternatifi seçme olanağı sağlarken diğer yandan Google'ın kendi servisini geliştirmesini önlemeyerek onun da kendi servisini geliştirmesine imkan tanıyor. Bu şekilde, hem Google hem de diğer servis sağlayıcıları birbirlerinin ürünlerini geliştirmeye ve yeniliğe açık olmaya teşvik edilmiş*

*olmaktadır. Bu taahhüdün Google bakımından bağlayıcı olması sonucunda gelecek yıllarda rekabet koşulları hızlıca düzeltilmiş ve korunmuş olacaktır."*

Google' ın halihazırda Komisyon'a yapmış olduğu diğer önemli taahhütler de şöyledir:

- Google, dilerlerse içerik sağlayıcılara, Google'ın özel arama servislerinden çekilme hakkı tanıyacak;
- Yayıncılarla olan sözleşmelerinden arama reklamları sağlanmasına ilişkin münhasırlık hükümlerini çıkarılmasını sağlayacak;
- Şirketlerin, rakip arama reklam platformunda kampanya düzenleyebilmesini engelleyen sınırlamaların kaldırılmasını sağlayacak;

Sözkonusu taahhütlerin bir diğer önemli yanı bunların bağımsız bir işlem denetçisi tarafından denetlenecek olmasıdır. Yakın bir zamanda Komisyon Google'ın taahhütlerinin, rekabete ilişkin kaygıları nasıl ve ne kadar giderebileceği konusunda şikayetçileri bilgilendirecek ve onların konuyla ilgili görüşlerini değerlendirdikten sonra nihai kararını verecektir.

## DUYURU

### Rekabet Derneği İki Dalda En İyi Makale Ödülü Verecek

2013 yılında yayınlanan makale, tebliğ vb. eserler arasından Rekabet Hukuku ve Rekabet İktisadı dalında ayrı ayrı en iyi makale ödülü verilmesine karar verilmiştir.

#### a-Rekabet Hukuku Dalında 2013 yılı En İyi Makale Ödülü

Bu dalda en iyi makale ödülünü hak eden eserin belirlenmesi için Doç. Dr. Nurkut İnan başkanlığında dört kişilik jüri oluşturulmuştur. Jüri, 2013 yılında yayınlanan makale, tebliğ

vb. eserleri inceleyip değerlendirecektir. Ayrıca ilgililer **rekabetodulu@gmail.com** e-posta adresine e-posta göndererek makale vb. yayınların değerlendirmeye alınmasını sağlayabilirler. Ayrıntılı duyuru Derneğimiz web sitesinde ve Rekabet Forumu'nda ayrıca yapılacaktır.

Rekabet Hukuku dalında Jüri başkanı ve üyeler şöyledir:

Başkan: Doç. Dr. Nurkut İnan-Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

Üye: Yrd. Doç. Dr. Gamze Aşçıoğlu Öz-Ortadoğu Üniversitesi İİBF Öğretim Üyesi

Üye: Av. Kubilay Atasayar-Rekabet Kurulu Emekli Üyesi

Üye: Şamil Pişmaf -Rekabet Kurumu

#### b-Rekabet İktisadı Dalında 2013 yılı En İyi Makale Ödülü

Bu dalda en iyi makale ödülünü hak eden eserin belirlenmesi için Doç. Dr. Uğur Emek başkanlığında dört kişilik jüri oluşturulmuştur. Jüri, 2013 yılında yayınlanan makale, tebliğ

vb. eserleri inceleyip değerlendirecektir. Ayrıca ilgililer **rekabetodulu@gmail.com** e-posta adresine e-posta göndererek makale vb. yayınların değerlendirmeye alınmasını sağlayabilirler. Ayrıntılı duyuru Derneğimiz web sitesinde ve Rekabet Forumu'nda ayrıca yapılacaktır.

Rekabet Hukuku dalında Jüri başkanı ve üyeler şöyledir:

Başkan: Doç. Dr. Uğur Emek-Kalkınma Bakanlığı

Üye: Yrd. Doç. Dr. Seyit Mümin Cilasun-Atılım Üniversitesi Öğretim Üyesi

Üye: Yrd. Doç. Dr. Fatih Cemil Özbuğday-Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Öğretim Üyesi

Üye: Dr. Ekrem Kalkan-Rekabet Kurumu

Ödüle ilişkin eleştiri ve önerilerinizi lütfen **rdrekabetodulu@gmail.com** e-posta adresine gönderiniz.

## **REKABET FORUMU İÇİN Makale Çağrısı**

Sayın Dernek Üyelerimiz ve Okuyucularımız

Rekabet Forumu, Rekabet Politikaları ve Rekabet Hukuku'nun uygulamaları içinde bulunan tüm kurum, kuruluş ve kişilere gönderilmektedir. Rekabet Forumu'na göndereceğiniz yazılarla Forum zenginleşecek ve etki alanı genişleyecektir.

Değerli Dernek Üyelerimizden ve okuyucularımızdan ricamız, Rekabet Forumu'na, yaptıkları inceleme, araştırma, yorum ve değerlendirmeleri makale boyutunda göndermeleridir. Katkılarınız yalnız Forum'u zenginleştirmekle kalmayacak, aynı zamanda yararlanan çevrenin de genişletilmesini sağlayacaktır.

Rekabet Forumu için yazılarınızı **erdalturkkan@hotmail.com** adresine bekliyoruz.