



REKABET FORUMU

HUKUK-EKONOMİ-POLİTİKA

Ocak 2019, Sayı: 122

Rekabet Derneği, 20 Mayıs 2004 tarihinde kurulmuş bir sivil toplum örgütüdür. Derneğin amacı Türkiye’de rekabet ortamının ve rekabet kültürünün gelişmesine katkıda bulunmaktır.

Bu dergide ileri sürülen görüşler yazarlarına ait olup Rekabet Derneği’ni bağlayıcı değildir.

Web: www.rekabetderneği.org

REKABET YASASINDA REKABETİN TANIMININ DEğİşTİRİLMESİ İHTİYACI

Prof. Dr. Erdal Türkkkan (erdalturkkan@hotmail.com)

4054 sayılı Rekabet Yasası’nın uygulanmasında karşılaşılan sorunlar ve rekabet ortamındaki bazı değişmeler bu yasada bazı köklü değişiklikler yapılmasını gerekli kılmaktadır. Bu konu daha önce çeşitli boyutlarıyla tartışılmış ancak istenilen bir sonuca bağlanamamıştır. Bu konunun yeniden gündeme gelmesi olumlu bir gelişmedir. Ancak yapılması düşünülen değişikliklerin hangi amaca ne ölçüde hizmet edeceği önem kazanmaktadır. Bu yazının amacı rekabet yasasında yapılacak bir değişiklikte rekabetin tanımını yapan maddenin değiştirilmesinin rekabet politikalarının etkinleştirilmesi açısından olmazsa olmaz ve stratejik öneme sahip bir konu olduğunu ortaya koymaya çalışmaktır. Bu yazıda önce rekabetin tanımında yapılması gereken değişiklik önerisi kısaca ortaya konulacak, bundan sonra rekabetin tanımında toplumsal refah artışına atıf yapılmasının ve rekabet sürecine kamunun sınırları çizilmemiş bir biçimde müdahil olmamasının önemi ve muhtemel etkileri vurgulanacaktır.

1) Rekabetin Tanımında Yapılması Gereken İki Değişiklik

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 3. Maddesinde rekabet, “ Mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış” olarak tanımlanmıştır. Bu tanım, teşebbüslerin özgürce karar vermesine vurgu yaptığı için çok anlamlı ve kapsamlıdır. Ancak bu tanımda belirsizlik yaratan iki husus bulunmaktadır:

Bunlardan birincisi rekabetin amacının belirtilmemiş olmasıdır. Rekabetin amacının belirtilmemiş olması, uygulamada özellikle muafiyet rejiminin kapsamının ve ihlallerin belirginlik kazanması açısından önem kazanmaktadır. Bu çerçevede mevcut yasada yapılacak değişikliklerin bu belirsizlikleri mutlaka gidermesi gerekmektedir. Mevcut

tanıma “Toplumsal refahı arttırmaya yönelik” ifadesinin eklenmesi bu belirsizliğin giderilmesi açısından yeterli olacaktır. Bu çerçevede yeni tanım, “Mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında toplumsal refahı arttırmaya yönelik özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış” şeklini alacaktır. Bu değişikliğin yararları ve gerekliliği aşağıda açıklanacaktır.

Belirsizlik yaratan ikinci husus ise, tanımda kamu müdahalelerinin rekabeti kısıtlayabilecek etkilerine atıf yapılmamış olmasıdır. Bu durum, kamu idaresinin rekabeti etkileyen kararlarının nasıl değerlendirileceği açısından önemlidir. Bu çerçevede kamu iktisadi teşebbüsleri kapsam dahilindedir. Ancak rekabeti çok önemli ölçülerde etkileyen kamu idaresinin aldığı kararlar kapsam dışı kalmaktadır. Bu sakıncanın giderilmesi açısından tanıma “kamunun müdahil olmadığı” gibi bir ifadenin konulması anlamlı olacaktır. Bu çerçevede rekabetin nihai tanımı aşağıdaki şekli alacaktır.

Rekabet “mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında toplumsal refahı arttırmaya yönelik özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan, kamunun müdahil olmadığı bir yarışır.”

Burada kamunun müdahil olmadığı kavramına açıklık getirmek için “kamunun piyasa yetersizliklerini giderme dışında” ibaresinin eklenmesi de mümkündür. Bu eklemenin yapılması, piyasa yetersizliği (market failure) kavramının çok iyi tanımlanmış ve sınırları iyi çizilmiş bir kavram olması açısından güven verici olacaktır. Bu çerçevede nihai ve yol gösterici özelliği yüksek olan tanım şudur:

Rekabet, mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında toplumsal refahı arttırmaya yönelik özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan, kamunun piyasa yetersizliklerini giderme dışında müdahil olmadığı bir yarışır.

2) Rekabetin Tanımında Toplumsal Refaha Atıf Yapılmasının Önemi

Rekabetin tanımında toplumsal refaha atıf yapılması çeşitli açılardan önem kazanmaktadır:

Muafiyet sisteminin daha rasyonel bir temele oturtulması: Muafiyet sisteminde bir anlaşmanın rekabet yasasının ihlal yaptırımları ile karşılaşmaması için gerekli koşullar ortaya konulmuştur. Bu koşullar: a) Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması, b) Tüketicinin bundan yarar sağlaması, c) İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması, d) Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması şeklinde sıralanmıştır. Dikkat edilecek olursa bu koşullar arasında, “tüketiciye zarar vermemek koşuluyla üreticinin bundan yarar sağlaması” gibi bir ifade yer almamaktadır. Oysa toplumsal refah, üretici artışı ile tüketici artışının toplamından oluşmaktadır. Teorik olarak teşebbüslerin hem tek başına hem de belli anlaşmalar çerçevesinde tüketici artışı azaltmadan üretici artışı

arttıracak girişimlerde bulunması mümkündür. Ancak mevcut yasada bu dinamiğin harekete geçirilmesi imkanı tanınmamıştır. Böylece teşebbüslerin toplumsal refahı arttırabilecek çok sayıda imkanı değerlendirmesinin bizatihi rekabet otoritelerince engellenmesi söz konusudur. İşte rekabetin tanımında toplumsal refahı arttırma amacına açık atıf yapılması bu çelişkinin ortadan kaldırılması açısından büyük ve birinci derecede önem kazanmaktadır. Maalesef üretici artığının tüketici artığında bir azalmaya yol açmadan arttırılmasının muafiyet sistemine dahil edilmemesi olgusu belki bir iki istisna ile gelişmiş ülkelerin rekabet düzenlemelerinde de mevcut değildir. Bu durum, rekabet yasalarını hazırlayanların ekonomik konulardaki formasyon eksiklikleri ile açıklanabilir.

-Rekabete inancın ve rekabet kültürünün güçlendirilmesi: Hem tüketicilerin hem de teşebbüs sahiplerinin rekabeti önemsemesi için rekabetin toplumsal refahın çok boyutlu olarak arttırılmasına olan inancın güçlü olması gerekmektedir. Rekabetin tanımında toplumsal refaha atıf yapılması rekabet kültürünün hızla gelişmesi açısından çok önemli bir rol oynama potansiyeline sahiptir.

-Güvenli liman etkisi: Rekabetin tanımında toplumsal refaha atıf yapılmasının teşebbüsler açısından güvenli bir liman teşkil etmesi de mümkündür. Rekabet yasasının varlığının iş dünyası açısından yaratabileceği en önemli tehditlerden birisi, teşebbüslerin toplumsal refahı arttırma potansiyeline sahip bazı girişimlerini ve projelerini, rekabete aykırı olur düşüncesiyle iptal etmeleri veya kısıtlamalarıdır. Rekabet tanımında toplumsal refahı arttırma amacının açıkça vazedilmesi, teşebbüslerin hareket alanını genişleten bir etki yaratacaktır.

Yeni Teknolojik Gelişmelere Uyumun Sağlanması: Yeni teknolojik gelişmeler, özellikle de blok zincir teknolojisi teşebbüsler arası ilişkilerde bugün öngörülmesi mümkün olmayan yeni gelişmelerin olmasına gebe dir. Bu gelişmeler karşısında klasik rekabeti koruma anlayışının yetersiz kalması olasıdır. Toplumsal refahı arttırma referansı, bu tür muhtemel zorlukların aşılması açısından da yararlı olacaktır.

-Rekabet ihlalleri ile ilgili savunmalarında güçlü argüman oluşturma etkisi: Rekabet ihlali ile suçlanan teşebbüslerin kendilerini savunurken toplumsal refaha atıf yapmaları her zaman onları suçlamadan arındıracak bir argüman olarak kabul edilmemektedir. Esasen Per Se kuralı böyle bir argümana başvurulmasını da anlamsız hale getirmektedir. Rekabet tanımında toplumsal refahı arttırma amacının açıkça zikredilmesi, per se argümanının arkasında yatan bazı ihlallerin mutlak olarak toplumsal refahı azaltma etkisine sahip olduğu inancının bazı hallerde geçerli olamayabileceği düşüncesinin kabulü anlamına gelmektedir. Bu durumun rekabet savunmalarının daha zengin argümanlarla donatılması yolunu açması, kısaca rekabet yasasının toplumsal refaha katkı potansiyelini arttırması söz konusudur. Aynı avantaj rule of reason anlayışı ile yapılan rekabet ihlali değerlendirmeleri açısından da geçerli olacaktır. Rekabetin tanımında, toplumsal refah artışına atıf yapılması, savunmaların doğru bir tercihle bu konuya odaklanmasını ve güçlenmesini teşvik edecektir.

Rekabet cezalarının meşruiyetinin arttırılması: Rekabet bir amaç değil bir araçtır. Rekabet ihlallerinin cezalandırılmasının nedeni bu ihlallerin toplumsal refahta kısa, orta ve uzun vadede bir azalma yapma olasılığının yüksek olmasıdır. Rekabeti bir amaç olarak ele alan yaklaşımlar sonucunda verilen ağır rekabet cezalarının hakkaniyeti hatta meşruiyeti mutlaka tartışma konusu olacaktır. Rekabetin tanımında toplumsal refaha atıf yapılması ve rekabet cezalarının rekabetin azaltıldığı argümanı yanında toplumsal refahta azalmaya yol açtığı suçlamasına dayandırılması bu cezaların meşruiyetini ve caydırıcılığını arttırıcı etkiler yapacaktır.

De minimis yaklaşımının rasyonel bir biçimde uygulanması :Türk rekabet hukukunda *de minimis* kuralı yer almamaktadır. Bu kuralın uygulanmasında ne tür kriterlerin kullanılacağı konusunda bir uzlaşma eksikliğinin olması bu açıdan açıklayıcı bir faktör olabilir. Rekabetin tanımında toplumsal refaha atıf yapılması bu açıdan da yol gösterici bir etki yapacaktır. Bu atfın yapılması durumunda *de minimis* kuralı, rekabeti etkileme şekli ve düzeyi yerine toplumsal refahı etkileme düzeyi esas alınarak tanımlanabilecektir. Bu şekilde hem çok küçük hem de büyük işletmelerin yaptığı rekabet ihlalleri bu kapsamda değerlendirilebilecektir.

3) Rekabetin Tanımında Kamu Müdahalelerine Atıf Yapılmasının Önemi

Rekabetin tanımında kamu müdahalelerine yapılan atıf da çeşitli açılardan önem kazanmaktadır.

İhlallerde Teşebbüs Kavramının Getirdiği Sınırlamanın Aşılması

Türk rekabet hukukunda en önemli ihlallerin kamu kaynaklı olduğu söylenebilir. Kamu otoriteleri bizatihi rekabeti kısıtlayıcı eylemler yaptığı gibi kamu teşebbüslerini veya özel teşebbüsleri ihlale zorlayan veya teşvik eden davranışlarda da bulunabilmektedir. Ancak bu ihlallere karşı Rekabet Kurumu'nun herhangi bir girişimde bulunması söz konusu olamamaktadır. Çünkü mevcut yasa ancak teşebbüs niteliğini taşıyan kamu ve özel sektör kuruluşları aleyhine girişimde bulunmaya imkan tanımaktadır. Rekabet tanımına konulacak " kamunun müdahil olmadığı" ibaresi Rekabet Kurumu'nun kamu ihlallerine karşı da soruşturma açması imkanını yaratmaktadır.

Rekabet Kurumu'nun Bağımsızlığı Gereğinin Ortaya Konulması

Mevcut Rekabet Yasası kamunun rekabeti bozucu davranışlarına karşı bağımsızlığını yeterince güçlendirmemiştir. Şüphesiz Rekabet Kurumu'nun kamu aleyhine soruşturma açabilmesi için Rekabet Kurumu'nun bağımsızlığı önemli bir önkoşuldur. Ancak bu atıf yoluyla kamunun frenlenmesi imkanı belli bir ölçüde de olsa mevcut olacaktır. Çünkü kamunun müdahil olmadığı ibaresi aynı zamanda Rekabet Kurumu'na da bir çeşit bağımsızlığın tanınması gereğini ortaya koymaktadır.

Kamunun Piyasalara M¼dahale Yerine Piyasa Yetersizliklerinin Giderilmesine Odaklanmasının Sağlanması

Teřebb¼slerin bazı faaliyetlerinin rekabeti belli ölç¼de kısıtlasa da toplumsal refahı arttırıcı özelliklerinin ağır bastığı durumlar kamu için de geçerlidir. şüphesiz rekabete aykırı işlemlerde bulunmama kaygısı özel sektör için olduğu kadar kamu için de geçerlidir. Bu açıdan rekabetin tanımında yapılacak değişiklik, toplumsal refahı arttırıcı nitelikteki kamu düzenlemelerinin de önünü açabilecek mahiyettedir. Bu düzenlemeler esas itibariyle kamu mallarının üretimi, dışsalılık sorununun çözümü, piyasalardaki kartelleşme ve tekelleşme eğilimlerinin toplumsal refahı azaltıcı etkilerinin bertaraf edilmesi, asimetrik bilginin yarattığı sorunların çöz¼lmesi gibi kamunun piyasa yetersizliklerini gidermeye yönelik faaliyetler kapsamında olacaktır. şüphesiz, kamunun müdahale alanları belirlenirken piyasa yetersizliği kavramı yanında hükümet yetersizliği (government failure) kavramının da göz önüne alınması gerekmektedir. Kamu müdahalelerinde oy maksimizasyonu kaygılarının ön plana geçebildiği, asimetrik bilgi sorununun kamu için de geçerli olduğu, kamunun hantal ve yüksek maliyetle çalıştığı gibi arg¼manlar bu açıdan önemlidir.

Sonuç itibariyle önerilen değişikliğin yeni rekabet yasasında yer alıp almayacağı rekabet yasasında yapılacak değişikliğin hangi amaca hizmet için yapılacağına bağlıdır. Bu açıdan Birinci olasılık, rekabet yasasının Türkiye’de rekabet ortamının ve rekabet kültürünün gelişmesine ve toplumsal refaha daha fazla katkı yapmasını ve mevcut yasanın ekonomi ve teknolojideki gelişmelere uyumunu sağlamaktır. Önerilen tanım değişikliği bu amaç ile tamamen uyum halindedir. İkinci olasılık ise rekabet yasasının Türkiye’ye özg¼ başkanlık sistemi ile uyumunun sağlanması, bu bağlamda rekabet ortamının ve rekabet kültürünün gelişmesinde başkanın daha fazla söz sahibi yapılması ve yeni bir rekabet anlayışının egemen kılınmasıdır. şüphesiz bu ikinci olasılık önemli belirsizlikler içermektedir. Yasanın hazırlık sürecinde Rekabet Kurumu’nun ve paydaşlarının ne ölç¼de söz sahibi olacağı bu açıdan belirleyici olacaktır. Bu olasılık çerçevesinde rekabetin tanımında yapılacak bir değişikliğin en önemli yararı yeni idare sisteminin, rekabet ile uyumlu olmayan bir anlayış ile davranacağı konusundaki beklentilerin bir ölç¼de bertaraf edilmesine katkı sağlayacak olmasıdır.