



REKABET FORUMU

HUKUK-EKONOMİ-POLİTİKA

Mayıs 2014

Sayı: 84

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

Editör: Erdal Türkkan

Yazı Kurulu:Uğur Emek,
İbrahim Gül, Göneng
Gürkaynak, Nejdet
Karacehennem, Nurkut
İnan, Ercan Kumcu, Gamze
Öz, Hamdi Pinar, 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

EDİTÖR:

GSM :+905323410739
e-posta:
erdalturkkan@hotmail.com

WEB:

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**

**REKABET POLİTİKALARININ TEMEL SORUNLARI IŞIĞINDA
REKABET DERNEĞİ'NİN ON YILI.....s.2**

MAKALELER

***Dr.Özgün ÖZTUNC**

**REKABETİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'UN 15.
MADDESİNİN ANAYASAYA VE AİHS'NE AYKIRILIĞI.....s.5**

***Doç Dr. Nurkut İNAN**

**REKABET KURULU-BAĞIMSIZLIK /ÖZERKLİK
/TARAFSIZLIK..... s.14**

*** Mehmet Anıl ÇETİNASLAN, Yrd. Doç. Dr. Gamze ÖZ**

**REKABET OTORİTELERİNİN KARARLARININ ETKİ
ANALİZİ: KARARLARIN OLASI ETKİLERİNİN
DEĞERLENDİRİLMESİ HAKKINDA OECD
'NİNYÖNLENDİRİCİ REHBERİ.....s.24**

***Prof. Dr. Erdal TÜRKKAN**

**İŞLEM MALİYETLERİNİN REKABET SÜREÇLERİNİN VE
POLİTİKALARININ ŞEKİLLENDİRİLMESİNDEKİ
ROLÜ.....S.27**

TOPLANTI DUYURUSU..... S.32

Duyuru: Rekabet Derneği İki Dalda En İyi Makale

Ödülü Verecek.....s.33

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 bulunmaktadır. 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. Mertaşk Kilçiler, Doç. Dr. Nurkut İnan, Yard. Doç. Dr. Gamze Aşçıoğlu Öz, Yard. Doç. Dr. Hamdi Pinar, 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**REKABET POLİTİKALARININ TEMEL SORUNLARI IŞIĞINDA
REKABET DERNEĞİ'NİN ON YILI****Prof. Dr. Erdal TÜRKKAN** (erdalturkkan@hotmail.com)

Rekabet Derneği (R.D.), bundan 10 yıl önce 2004 yılı Mayıs ayında kuruluşunu tamamlayarak bugüne kadar faaliyetlerini sürdürebildi. Bu süre içinde Türkiye’de hem rekabet ortamında, hem rekabet kültüründe hem de rekabet politikalarında önemli değişimler oldu. Rekabet Derneği, bu değişim ve gelişmeleri en yakından takip eden sivil toplum kuruluşu olma ayrıcalığına sahip oldu. Bu değişimleri pek çok alanda olduğu gibi “iki adım ileri, bir adım geri” özdeyişi çerçevesinde değerlendirmek mümkündür. Rekabet Derneği’nin faaliyetlerini ve etkinliğini de bu bağlamda değerlendirmek gerekir..Bu yazının amacı bu ileri ve geri adımları değerlendirmeye çalışmak olacaktır. Yazıda önce ileri adımlar daha sonra da geri adımlar ışığında R.D. nin faaliyetleri ana hatlarıyla ele alınacaktır.

Rekabet Derneğinin kurulduğu yıllarda Türkiye’de rekabet politikaları konusunda bilgi birikimi oldukça sınırlı düzeyde bulunuyordu. Bu bilgiler esas itibariyle Rekabet Kurumu bünyesinde, dar ve dağınık bir akademik ve profesyonel çevrede toplanıyordu. Derneğin amaçlarından birisi bu kıt bilgilere sahip olan kişileri bir araya getirerek, sürekli ve etkin bir tartışma platformu oluşturarak rekabet politikalarının sağlıklı bir temel üzerinde gelişmesine katkı sağlamak olmuştur. Dernek bu amaca ulaşmak için bir yandan aylık tartışmalı toplantılar düzenlemiş, diğer taraftan da bir elektronik dergi çıkarma yoluna gitmişti. Dernek tüzüğünde öngörülen şekilde Rekabet Kurulu’ndan ayrılan üyelerin tamamının Dernek bünyesinde doğal üye olarak katkıda bulunmaya devam etmesi hedefi ise ancak kısmi olarak gerçekleştirilebilmişti.

Bugün gelinen nokta itibariyle Türkiye’de rekabet politikaları ile ilgili bilgi birikimi çok önemli ölçüde genişlemiştir. Rekabet kurumunda iyi yetişmiş uzman sayısının artması yanında, gerek akademik çevrelerde gerekse profesyonel çevrede ciddi bir bilgi birikimi oluşmuştur. Buna paralel olarak Türkiye’de son on yılda rekabet politikaları konusunda çok sayıda kitap ve makale yayınlanmış, rekabet mevzuatına daha fazla açıklık ve etkinlik kazandıracak çalışmalar yapılmış, onlarca dava sonuçlandırılarak uygulama alanında da küçümsenemeyecek bir tecrübe birikimi sağlanmıştır. Şüphesiz Rekabet Derneği’nin Ankara ve İstanbul’da yürüttüğü faaliyetler bu bilgi birikiminin oluşmasına mütevazı bir katkı sağlamıştır.

Rekabet Derneğinin kurulduğu yıllarda rekabet politikası paydaşları arasındaki bilgi iletişim kanallarında önemli tıkanıklıklar ve darlıklar söz konusu idi. Rekabet Kurumu’nun paydaşlarla ilişkileri oldukça sınırlı bir düzeyde kaldığı gibi bilgi ve tecrübe birikimine sahip akademik ve profesyonel çevreler arasında da iletişim oldukça sınırlı bir düzeyde bulunuyordu. Bu boşluğu doldurmak amacıyla Rekabet Derneği tüzüğünde bir Rekabet Danışma konseyi kurulması öngörülmüştü.Zaman içinde bu konuda da önemli mesafeler alınması söz konusu olmuştur. Şüphesiz bu alanda Rekabet Kurumu’nun yaptığı çabalar hiçbir şekilde göz ardı edilemeyecek önemdedir. Ancak Rekabet Derneği de bu konuda bilinçli ve kararlı çabalar göstermiş ve özellikle de Rekabet Kurumu ile bilgi alışverişinin

gelişmesine sistematik bir biçimde katkıda bulunmaya çalışmıştır. Son yıllarda Rekabet Derneği ile Rekabet Uzmanları Derneği'nin ortaklaşa düzenledikleri toplantılar bu açıdan büyük yararlar sağlamıştır. Rekabet Kurumu'nun bu kanalları sürekli ve etkin hale getirmeyi stratejik bir hedef olarak belirlemesi ve yeni Rekabet Yasa taslağında bu konuda kurumsal tedbirler öngörülmesi olumlu gelişmeler olarak kabul edilebilir.

Rekabet Derneği'nin kurulduğu yıllarda bağımsız düzenleyici kurumlar arasındaki ilişkiler oldukça sorunlu ve sınırlı düzeyde bulunuyordu. Rekabet Derneği, bu konuda da katkıda bulunmayı amaçladığı için, Tüzükte bu kuruluşlarda görevini tamamlayan başkanların Derneğin doğal üyesi olması esası kabul edilmişti. Bağımsız düzenleyici kuruluşlar arsında diyalog ve işbirliğinin gelişmesi konusunda Rekabet Kurumu önemli çabalar sarf etmiş ve bu alanda bazı ilerlemeler sağlanmıştır. Ancak bu açıdan alınan mesafenin yeterli olduğunu söylemek mümkün değildir. Ayrıca maalesef Rekabet Derneği'nin bu konudaki çabaları da oldukça cılız ve yetersiz kalmıştır. Özellikle doğal tekellerde düzenlemelerin rekabeti veya etkinliği destekleyecek doğrultuda gerçekleştirilmesi gerektiği için bu konuda mutlaka daha kapsamlı yeni atılımların yapılması büyük önem taşımaktadır.

Rekabet Derneği'nin kurulduğu yıllarda, rekabet politikalarının esas hedefi olan teşebbüsler ve düzenleyici kamu kuruluşları rekabet yasasının getirdiği yükümlülükler konusunda minimum bilgilere bile sahip bulunmuyordu. Zaman içinde yapılan araştırmalar ve verilen cezalar teşebbüslerin rekabete uygun davranma eğilimlerini artırıcı etkiler yapmıştır. Ayrıca Rekabet Kurulu'nun bu alanda yaptığı özel çabalar (çeşitli bilgilendirici yayınlar ve rekabet mektupları) rekabete uygun davranma beceri ve eğilimini arttırmıştır. Öyle ki bazı büyük kuruluşlar doğrudan rekabet politikası konusunda uzmanlaşmış elemanlar istihdam etmeye başlamıştır. Rekabet Derneği de bu konuda etkin olmaya çalışmış ve teşebbüs birlikleriyle yapılan toplantılarla bu konudaki farkındalığın artırılmasına katkı sunmaya çalışmıştır. Ancak bu konuda alınan mesafelerin yeterli olduğunu söylemek mümkün değildir. Özellikle de Rekabet Derneği çeşitli nedenlerle bu alanda gereken ölçüde etkili olamamıştır. Şüphesiz gelecekte bu konuya daha fazla öncelik verilmesi gerekmektedir.

Rekabet Derneği'nin kuruluşundan bugüne geçen on yıl içinde Türkiye maalesef rekabet politikaları konusunda geri adımlar da atmıştır. Bu geri adımlar tamamen Hükümetin bazı hatalı yaklaşımlarından kaynaklanmaktadır.

İlk olarak son on yılda Rekabet Kurumu da dahil olmak üzere düzenleyici, kuruluşların bağımsızlığında ciddi gerilemeler yaşanmıştır. Bu yaklaşımın temelinde hükümetin her alanda söz ve etkileme gücüne sahip olmasını demokrasinin bir gereği gibi görülmesi anlayışı yatmaktadır. Oysa bağımsız düzenleyici kuruluşlar Hükümetin hakim gücünü kötüye kullanma eğilimini frenleyen temel demokratik müesseseler olarak kabul edilebilir. Esasen bağımsız düzenleyici kurumların varlık nedeni ilgili rekabet kurallarının ve ekonominin etkin işleyişini sağlayıcı düzenlemelerin siyasi mülahazalardan uzak bir biçimde tarafsız, tavizsiz ve öngörülebilir biçimde uygulanmasını sağlamaktır. Bağımsız düzenleyici kuruluşlar ekonomide güven ortamı yaratılmasının olmazsa olmaz koşuludur. Ayrıca özellikle Rekabet Kurumu'nun hükümetin yaptığı düzenlemelerin rekabete uygun bir biçimde yapılmasını sağlama (rekabet savunuculuğu) görevi vardır. Bu görevi gerektiği biçimde yapılabilmesi için bağımsızlık büyük önem taşımaktadır. Rekabet Derneği daima düzenleyici kuruluşların bağımsızlığını savunmuş, bu alanda geri adımların değil daha ileri adımların atılması gereğinin altını çizmiştir.

Son on yılda rekabet politikalarında atılan bir diğer geri adım, ihale yasasında yapılan çok sayıda değişiklik ile Hükümet'in kamu ihalelerinde rekabetçi yaklaşımlardan hızla uzaklaşması konusunda olmuştur. Rekabet Derneği bu konuda da kamu ihalelerinde rekabetin önemini her fırsatta belirtmiş ve savunmuştur.

Son on yılda rekabet politikalarında atılan bir diğer önemli geri adım, hükümetin ekonomik alanda sahip olduğu yetkileri (gücü), siyasi mülahazalarla bazı teşebbüsleri cezalandırma ve bazılarını ödüllendirme algısı yaratacak şekilde kullanma eğiliminde olduğunu gösteren çok sayıda belirtinin ortaya çıkmış olmasıdır. Bu belirtiler özellikle 2013 de yaşanan Gezi, olayları ve 17 Aralık sonrasında ciddi biçimde su yüzüne çıkmış ve miting meydanlarında açıkça ifade edilir hale gelmiştir. Girişimcinin hukuk güvenliğini sarsan bu durum, Türkiye'de rekabet politikalarını anlamsız hale getirebilecek vahamettir. Bu yaklaşım Rekabet Derneği'nin performansını çok olumsuz etkilemiş, faaliyetlere katılım talepleri karşısında pek çok üye "Türkiye'de rekabetin ne önemi kaldı?" sorusunu telaffuz etmeye başlamıştır. Aynı dönemde Hükümet'in kuvvetler ayrılığı ilkesini göz ardı ettiği algısını yaratan mevzuat değişikliklerini yapması, twitter ve youtube erişim yasaklarını getirmesi ve güvenliği özgürlükler aleyhine genişletme niyetini net biçimde ortaya koyan başka eylemleri, rekabetçi serbest piyasa ekonomisini hedefleyen rekabet politikalarının anlamını yitirdiği algısını kuvvetlendirecek etkiler yaratmıştır. Türkiye'nin dünyada basını özgür olmayan ülkeler kategorisinde değerlendirilmeye başlanması bu algının sadece yurt içinde değil, yurt dışında da kuvvet kazandığını göstermektedir. Bu durum Türkiye'nin sahip olduğu en önemli zenginliklerden birisi olan "A.B. ye tam üyeliğe hazırlanan ileri demokrasiyi ve rekabetçi piyasa ekonomisini hedefleyen ülke olma imajını ve "Yeni Türkiye" hedefini ciddi biçimde tartışmalı ve şüpheli hale getirmiştir. Rekabet Derneği Hükümet'in rekabet ortamını zedeleyen yaklaşımlarına karşı da yapıcı ve samimi, eleştirilerini ortaya koymuştur. Rekabet Derneğinin kurulduğu yıllarda Türkiye kamu yardımlarının şeffaflığı ve rekabete uygunluğu açısından da oldukça geri bir noktada bulunuyordu. Zaman içinde bu alanda düzenleme yapılması eğilimleri ortaya çıkmış, ancak gerekli adımlar bir türlü atılamamıştır. Bu konu da, Rekabet Derneği'nin dikkatle izlediği hususlar arsında yer almıştır. Mevcut durum bir açıdan eski durumdan daha kötü olmasa da hükümetin rekabetçi bir ekonomiye inancı olmadığı konusundaki kuşkuları daha da arttırıcı nitelikte gözükmektedir.

Rekabet Derneği önümüzdeki yıllarda bu sorunlar çerçevesinde önceliklerini yeniden belirleyerek katkı yapmaya devam edecektir.

MAKALE**REKABETİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'UN 15. MADDESİNİN ANAYASAYA VE AİHS'NE AYKIRILIĞI****Dr. Özgün Öztunç** (Özgün Hukuk)

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (RKHK) 15nci maddesi "**yerinde inceleme**" konusunu düzenleyen hükümdür.

Buna göre;

"Kurul, bu Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirirken gerekli gördüğü hallerde, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinde incelemelerde bulunabilir. Bu amaçla teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin:

- a) Defterlerini, her türlü evrak ve belgelerini inceleyebilir ve gerekirse suretlerini alabilir,*
- b) Belirli konularda yazılı veya sözlü açıklama isteyebilir,*
- c) Teşebbüslerin her türlü mal varlığına ilişkin mahallinde incelemeler yapabilir.*

İnceleme, Kurul emrinde çalışan uzmanlar tarafından yapılır.

Uzmanlar incelemeye giderken yanlarında incelemenin konusunu, amacını ve yanlış bilgi verilmesi halinde idarî para cezası uygulanacağını gösteren bir yetki belgesi bulundurlar.

(Ek: 01.08.2003-4971/ 25. Md.) *İlgililer istenen bilgi, belge, defter ve sair vasıtaların suretlerini vermekle yükümlüdür. Yerinde incelemenin engellenmesi veya engellenme olasılığının bulunması durumunda sulh ceza hakimi kararı ile yerinde inceleme yapılır."*

15. maddedeki yükümlülüklere aykırılık halinde uygulanacak yaptırımın ne olacağı Kanun'un hem 15inci maddesinde hem de 16ncı maddesinde düzenlemiştir. Buna göre;

istenilen bilgiyi vermeyen ve/veya yerinde incelemede istenilen incelemenin yapılmasına engel olan teşebbüslere “idari para cezası” uygulanacaktır¹.

Danıştay inceleme konusu olan 15nci maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığı kanaatindedir. Zira, yapılan bir kısım soruşturmalarda, soruşturulan müteşebbisler, 15nci maddenin "a", "b" ve "c" bentlerinin Anayasaya Aykırı olduğu iddiasıyla, iptalleri için Anayasa Mahkemesine başvurulmasını Danıştay'dan talep etmiş olsalar da; Danıştay bu talepleri Anayasa'nın 152nci maddesi kapsamında reddetmiştir.

Danıştay bir kararında² “.. Davacı tarafından; 4054 sayılı Kanun'un 15. maddesinin "a", "b" ve "c" bentlerinde yer alan 'Kurul, bu Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirirken gerekli gördüğü hallerde, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinde incelemelerde bulunabilir. Bu amaçla teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin: a) defterlerini, her türlü evrak ve belgelerini inceleyebilir ve gerekirse suretlerini alabilir, b) Belirli konularda yazılı veya sözlü açıklama isteyebilir, c) Teşebbüslerin her türlü mali varlığına ilişkin mahallinde inceleme yapabilir’ kuralının, Anayasa'nın 'Konut Dokunulmazlığı" başlıklı 21. maddesinde yer alan ' Kimsenin konutuna dokunulamaz, Milli Güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplerle bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış mercii yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili mercii kararı yirmidört saat içinde görevli hakim onayına sunulur. Hakim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar, aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar' kuralına aykırı olduğu ileri sürülmüşse de, **Dairemizce davacının Anayasa'ya aykırılık iddiası**

¹Makalenin konusu sınırlandırılmıştır. Zira,RKHK’un 15inci maddesi kapsamında yapılan yerinde inceleme esnasında, soruşturma yapılan teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin incelenme ve kopyalanmasına izin verme yükümlüğü getirilmiş olmasının, delil vermeye zorlanması olup olmayacağı (zira istenilen “her türlü evrakın” incelenmeye sunulmaması halinde idari para cezası öngörülmüştür) ve durumun da, Anayasanın 38/5nci maddesine aykırılık teşkil edip etmeyeceği hususu burada tartışma konusu yapılmamıştır. Diğer bir ifade ile,RKHK’un 14 ve 15nci maddeleri kapsamında talep edilen bilgi, belge ve evrakın sunulmaması halinde veya teşebbüsün bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoymaya izin vermemesi hali için idari para cezası öngörülmüş olması durumunun Anayasamızın 38/5nci maddesinin ihlali (NEMO TENETUR İLKESİ) olup olmadığı durumu tartışılmamıştır.

²Danıştay 13. Dairesi’nin 26.03.2013 tarihli, 2009/5890 E ve 2013/847 K sayılı kararı.

ciddi bulunmayarak işin gereği görüldü" denilmek suretiyle, Danıştay, RKHK'nun 15nci maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir.

Keza, Anayasa'nın 152nci maddesindeki *"..Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse.."* hükmü uyarınca, Danıştay, mefhumu muhalif kuralı kapsamında, Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunmayarak RKHK'nun 15nci maddenin a, b ve c bentlerin Anayasa'ya aykırı olmadığına kadar vermişlerdir.

Bahsi geçen Danıştay kararı için, Danıştay İdari Dava Genel Kurulu'nun temyiz incelemesi daha neticelenmemiş ve bu çerçevede de, dava dosyası bireysel başvuru kapsamında da, Anayasa Mahkemesi önüne gelmiş değildir.

Ancak, ihtilafın, Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmesi halinde, RKHK'nun 15nci maddesinin aşağıda detaylı olarak açıklayacağımız nedenler ile iptal edileceği kanısındayız.

RKHK madde 15, Anayasamızda düzenlenen temel hak ve özgürlükleri ihlal eden bir hükümdür. Her ne kadar, Danıştay yukarıda bahsi geçen kararında, RKHK'nun 15nci maddesini sadece Anayasa'nın "Konut Dokunulmazlığı"nın düzenlendiği 21nci maddesi bakımından ele almış olsa da, söz konusu madde, hem "konut dokunulmazlığını" hem "haberleşme hürriyetini" hem de bir kısım uluslararası sözleşme hükümlerini ihlal eden bir maddedir. Zira, Rekabet Kurumu Uzmanları, söz konusu madde hükmüne dayanarak, sadece konut dokunulmazlığını ihlal etmemekte aynı zamanda, teşebbüslerin ve teşebbüslerde çalışan yöneticilerin, elektronik postaları dahil her türlü dijital verilerini inceleyerek kopyalarını almakta ve aynı zamanda da, kişilerin bilgisayarlarına ve serverlarına kendi yazılım programlarını yüklemek suretiyle de, "kelime", "cümle" ve/veya "dosya" araması yapmak suretiyle, kişilerin haberleşme hürriyetlerini açıkça ihlal etmektedirler.

Bilindiği üzere, Anayasamızın "Temel Hak ve Ödevler" Başlıklı 2. Kısımında yer alan "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması" başlıklı 13. maddesinde, "Özel Hayatın Gizliliği" başlıklı 20. maddesinde³, "Haberleşme Hürriyeti" başlıklı 22. maddesinde,

³GÖREN, Zafer/ İZGİ, Ömer:" Türkiye Cumhuriyeti AnayasasınınYorumu" sayfa 257 aynen" 3 Ekim 2001 tarihli Anayasa Değişikliğinin Değerlendirilmesi, ... Ayrıca, 'Kanunun açıkça gösterdiği hallerde' ibaresinin yerine 'Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri ve birkaçına bağlı olarak' ibaresi getirilerek ilk metinde yer alan 'basit yasa kaydı' 'nitelikli yasa kaydı' haline getirilmiştir. Yani yasa koyucunun gelişigüzel, keyfi sınırlama yapması

“Milletlerarası Anlaşmaları Uygun Bulma” başlıklı 90. maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin “Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı” başlıklı 8. maddelerinde, Haberleşme Hürriyeti ile Özel Hayatın Gizliliği düzenlenmektedir.

Özellikle, 22 Mayıs 2004 tarih ve 5170 Sayılı Kanun ile Anayasamızın 90ncı maddesine eklenen “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır*” maddesi ile Temel Hak ve Özgürlükleri düzenleyen sözleşme hükümleri Kanun hükümlerimizden üstün hale getirilmiştir ⁴. Böylelikle, Türkiye İç Hukuku bakımından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hükümleri kanunlarımızdan üstün tutulmuştur ⁵.

Bu bağlamda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesi “*Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda gerekli olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir*” hükmü gereğince, komisyon ve Mahkeme maddede söz konusu olan haklara resmi makamların müdahale ettiğine dair bir şikayet başvurusu geldiği zaman üç aşamalı bir inceleme ve irdeleme yapmışlardır ⁶.

Bu organlar; a) şikayete konu olay ve işlemin maddedeki kavramlardan birine (özel hayat, konut gibi) dahil bulunup bulunmadığını; yani hükmün “uygulanabilirliğini” saptamakta; müteakiben, b) bu soruya olumlu yanıt verilmesi halinde, yapılan işlem ya da

engellenerek ancak Anayasada belirlenen özel nitelikli sınırlama nedenlerine dayanılarak sınırlama yapabilmesi sağlanmıştır. Böylece değişiklikten sonra 20nci madde, 13ncü madde ile birlikte değerlendirildiğinde, bu temel hakkın 3 Ekim 2001 tarihli değişiklikten sonraki metninden sayılan nedenlere benzer nedenlerle ve yasa ile sınırlanabileceğini öngören AİHS madde 8 ile de uyum içindedir”.

⁴Ayrıca, bilindiği üzere, 23 Ocak 2003 gün ve 4793 Sayılı Kanun ile CMUK’na 327nci maddesine bir bend eklenerek “ Ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması, Bu halde muhakemenin iadesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararının kesinleştiği tarihten itibaren 1 yıl içinde istenebilir” hükmü getirilmiştir.

⁵Süheyb Batum “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İÜHF Yayını, İstanbul 1993 sayfa 53-55’te “ Anayasamızın 90. Maddesi kapsamında Türkiye’nin iç hukuku bakımından AİHS kanunlara eş tutulmuş” denilmektedir. Ancak, en son yapılan değişik ile AİHS kanunlardan üstün hale gelmiştir.

⁶GÖLCÜKLÜ, Feyyaz/GÖZÜBÜYÜK,Şeref: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması” 3. Baskı sy. 331

alınan önlemin bir müdahale teşkil edip etmediğini araştırmakta; ve niyahet c) bu soruya da olumlu yanıt verilmesi durumunda, vaki müdahalenin 2. fıkra önünde “meşruluk kazanıp kazanmadığı” saptanmak suretiyle sonuca varmışlardır.

Yani, üçüncü aşama olan “müdahalenin meşruluğu” irdelemesinde, alınan kısıtlayıcı önlemin “kanuniliği” (“yasayla öngörülen”), “güdülen amacın meşruluğu” ve şikayet konusu müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekliliği” araştırılmaktadır.

Yasada öngörülen veya yasaya uygun olma koşulunun Mahkeme İçtihadındaki anlamı, hak ya da özgürlüğe müdahale teşkil eden önlem veya işlemin ulusal hukukta yasal dayanağının bulunması demektir.

Sözleşme’nin meşru sayıp izin verdiği müdahaleler (kısıtlamalar veya istisnalar) kurala (hak ya da özgürlüğe sahip olma) getirilen “istisna” olduğu cihetle dar yoruma tabidirler ⁷. Bu itibarla, Sözleşme’nin 2nci fıkrasındaki müdahale nedenleri sarih ve sınırlı sayımdır ⁸.

Gerek Anayasamızda ve gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde açıkça kanun ile saptanmış sınırlar kapsamında konutların konut dokunulmazlığına ve haberleşmenin gizliliğine müdahale edilebileceği, aksi bir durumun varlığının ise, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin “Adil Yargılanma İlkesi”nin (usul hukuku alanındaki dürüstlük ⁹) düzenlendiği 6nci maddesi ile “Özel Hayatın Gizliliği İlkesi”nin düzenlendiği 8nci madde hükümlerine aykırı olacağı belirtilmiştir.

Bu çerçevede, Bugün kamu hukukunda, "sadece açıkça yetki verilen hususlarda kamu görevlisi aktif bir işlem yapabilir", görüşü kabul edilmektedir.

Bu kapsamda, Rekabet Kurumu uzmanlarının da yerinde inceleme hususunda Kanunun açıkça kendilerine yetki verdiği ölçüde bu görevi yerine getirmeleri esas olmalıdır. Halbuki aşağıda daha detaylı açıklanacağı üzere, Rekabet Kurumu uzmanları

⁷GÖLCÜKLÜ, Feyyaz/GÖZÜBÜYÜK,Şeref:s. 372 (<http://www.echr.coe.int>adresinde; Mah. K. KlassveÖte/Almanya, 06.09.1978; Handyside/İngiltere 07.12.1976 vs).

⁸<http://www.echr.coe.int>adresinde“ Mah. K. De Wilde, OomsveVersyp/Belçika, 18.06.1971, Golder/İngiltere 21.02.1975 vs”

⁹KUNTER/ YENİSEY:“ CezaMuhakemesiHukuku” 1. Kitapsayfa 27 aynen “Ceza Muhakemesinin Temelİlkeleri. I- Adil (dürüst) Yargılanma (Fair Trial) İlkesi: Ceza Muhakemesi Anayasamızın 38. maddesine 2001 yılında 4709 numaralı Kanun ile eklenen “adil yargılanma ilkesi” (due process veya fair trial) doğrultusunda şekillenmektedir. Amerikan Hukukunun temel ilkesi olan “due process” iki açıdan ele alınır: maddi hukuk anlamındaki dürüstlük ve usul hukuku alanındaki dürüstlük”.

sulh ceza hakimlerinden alınmış olan kararların uygulanması sırasında müteşebbis veya müteşebbis yöneticilerinin özel hayata yönelik olarak yapmış oldukları itirazlarda hem hakim hem de savcı rolünde hareket etmektedirler.

Örnek vermek gerekirse; yerinde inceleme sırasında teşebbüse ait bir masanın çekmecesinde ki mektupların kişinin özel mektubu olduğu yönünde bir itiraz ileri sürmesi halinde, Rekabet Kurumu uzmanları bu itirazı kendileri değerlendirmektedir. Halbuki bu gibi itirazların ileri sürüldüğü durumlarda yetkililerin nasıl davranması gerektiği hususu Ceza Muhakemesi Kanunu ve Adli Kolluk Yönetmeliği'nde düzenlenmiş iken; rekabet hukukunda bu konuya ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Bu durum ise kamusal çıkar ile bireysel çıkarın karşı karşıya gelmesi yani hakların yarışması durumunu ortaya çıkarmaktadır. Anayasanın aradığı güvenceler sağlanamadığından da hemen hemen her şeyin kamusal menfaat veya kamusal çıkar olduğunu ileri sürmek suretiyle, temel hak ve özgürlükler kapsamında korunması gereken bireysel hak ve özgürlükler ihlal edilmektedir.

Halbuki, bireylerin anayasal olarak sahip olduğu bu hak ve özgürlükler toplum çıkarlarıyla çatışmadan kullanılabilir hale getirilmelidir. Dolayısıyla konumuz bakımından haberleşme hürriyeti zararlı unsurlarından arındırılmak suretiyle kişi ve kamu yararına kullanılabilir bir hale getirilmelidir. Yani hürriyetin olumlu içeriği tespit edilmelidir. Bundan sonra, ne tür hareketlerin bu hürriyeti ihlal edeceği açıkça belli olmalı ve gerekli koruma tedbirlerinin hangi hallerde alınabileceği gösterilmelidir. Bu anlamda da anılan hak ve hürriyetler ve bunlara getirilen sınırlama sebepleri düzenlenmek suretiyle aynı zamanda bu hak ve hürriyetler teminata da kavuşturulmuş olmaktadır. Her konuda olduğu gibi haberleşme hürriyeti konusunda da öngörülen düzenleme kesin bir şekilde obje ile fonksiyon halinde olmak zorundadır. Düzenlemeye konu olacak müessesenin gerçek anlamı, fonksiyonu bilinmeden herhangi bir düzenleme işlemine girişmek mümkün olmayacağı gibi, soyut bir zeminden hareketle yapılacak düzenleme işlemi de olumlu bir sonuç vermeyecek, hatta faaliyeti, amaçtan sapma gibi tehlikeli bir alana kayabilecektir.¹⁰

Rekabet Kurumu uzmanları, RKHK'nun 15'de düzenlenen "yerinde inceleme" maddesinin, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "arama" ve "el koyma" maddelerinden çok

¹⁰GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: Kitle Haberleşme Hukuku, s. 15.

farklı olduğunu ve bu nedenle de, yapılan işlemlerin Ceza Muhakemesi Kanunu kapsamındaki "arama" veya "el koyma" işlemlerinden hukuken farklı olduğunu iddia ederek, işin hukuki vahametini daha da ortaya koymaktadırlar.

Halbuki, RKHK'nun 15nci maddesi kapsamında, kişinin konutunda veya bilgisayarında yapılan "arama" ve "el koyma" işlemlerinde, Anayasa'nın sağlamış olduğu güvencelerin, kişilere sağlanması, Anayasal bir zorunluluktur.

Öncelikle ve önemle belirtmek gerekir ki, RKHK'un 15nci maddesinde düzenlenen yerinde inceleme işleminin şekli konusunda, incelemeye tabi tutulan teşebbüslerin ulaşabileceği herhangi bir yasal düzenleme (yönetmelik veya tebliğ) mevcut değildir. Konu, Anayasamızın özel hayatın gizliliğini düzenleyen 20nci maddesi ve konut dokunulmazlığını düzenleyen 21nci maddesi ile ilgili olması nedeni ile bahsedilen Anayasa hükümlerinde öngörülen asgari güvencelerin sağlanması gerekmektedir. Buna göre, Anayasamızın hem 20nci hem de 21nci maddesi, arama ve elkoyma işlemleri için **hakim kararı** aramaktadır. Yalnızca gecikmesinde sakınca bulunan haller ile sınırlı olmak ve kanuni düzenlemeye dayanmak şartları ile yetkili kılınmış olan merci kararı ile gerçekleştirilebilecektir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki "arama" ve "elkoyma" işlemleri ile ilgili düzenlemeler incelendiğinde ise, yukarıda değindiğimiz Anayasa hükümlerinin esas alındığı görülmektedir. Ancak, Anayasamızda öngörülen ve yukarıda değindiğimiz hususların RKHK madde 15 için dikkate alınmamış olması madde hükmünü Anayasaya aykırı kılmaktadır.

RKHK madde 15 ne Anayasamızın öngördüğü güvenceleri ne de Ceza Muhakemesi Kanunu'nda "arama" ve "elkoyma" işlemleri için öngörülen güvenceleri sağlamaktan çok uzaktır. Halbuki, burada yapılan işleme verilen adın ne olduğuna (yerinde inceleme veya arama elkoyma mı olarak adlandırıldığı) değil; işlemin niteliğine bakmak ve dolayısıyla da RKHK madde 15 ile aslında Ceza Muhakemesi Kanunu kapsamında "arama" ve "elkoyma" işlemleri yapıldığını kabul etmek gerekir.

Ayrıca, Ceza Muhakemesi Kanunu konut aramasından farklı olarak spesifik olarak bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve el koyma konusunu ise 134ncü maddesinde özel olarak düzenlemiştir.

Halbuki, Rekabet Kurumu uzmanları bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve el koyma işlemini RKHK'un 15nci maddesi kapsamında görmekte bu neden ile de teşebbüslerin ve teşebbüslerde çalışan yöneticilerin, elektronik postaları dahil her türlü dijital verilerini inceleyerek kopyalarını almakta ve aynı zamanda da, kişilerin bilgisayarlarına ve serverlarına kendi yazılım programlarını yüklemek suretiyle de, "kelime", "cümle" ve/veya "dosya" araması yapmak suretiyle, kişilerin haberleşme hürriyetlerini açıkça ihlal Bu konunun, diğer delil vasıtalarından farklı niteliği dikkate alınarak, RKHK'da özel olarak düzenlenmiş olması gerektiği kanaatindeyiz.

Konunun daha iyi tahlil edilebilmesi amacıyla, AİHM'in 1412 Sayılı CMUK ilgili vermiş olduğu bir kararına değinmek isteriz.

Şöyle ki; 1412 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu dönemde, telefonla yapılan haberleşmenin denetlenmesi konusundaki düzenleme, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 91. Maddesi ve Posta İşletme Rehberi'nin 4. maddesinden ibaretti. Bu dönemde doktrinde, adli amaçlı telefon dinlemelerin 1412 sayılı CMUK'nın postada el koymaya ilişkin 91. maddesindeki "sair mersule" kavramının kıyas veya geliştirmeci yorum yoluyla uygulanarak yapılabileceği düşünülüyordu ve uygulamada da bu yola gidilmekteydi.

Söz konusu Kanunun 91. Maddesinde "Sanığa gönderilen mektuplar ve sair mersuleve telgrafların posta ve telgrafhanede zaptı caizdir.... " şeklinde düzenlenen postada el koymaya ilişkin hükümlerin, "kıyasen" telefon dinleme bakımından da uygulanabileceği düşüncesinde olanlar vardı. Ancak, 6 Aralık 2005 tarihinde sonuçlanan Mehmet Şirin Ağaoğlu davasında, bu durumun AİHS'ne aykırı olduğu yönünde hüküm kuruldu. AİHM hükmünde, ***"başvurucunun telefon konuşmalarının dinlenmesinin haberleşme özgürlüğüne kesin bir müdahale olduğuna işaret ederek; yalnızca bir yasanın varlığının bu tedbire başvurmak için tek başına yeterli olamayacağını, diğer taraftan CMK'un 91 ve 92nci maddelerindeki hükümlerden iletişimin***

denetlenmesi yetkisinin açık ve net bir şekilde anlaşılamayacağını, halbuki bu tedbire yetki veren hükümlerin açık olması gerektiğini belirtmiştir.¹¹

Mahkemenin bu kararı gereğince yeni yasal düzenlemeler yapılması zorunluluğu doğmuş ve bu yönde gerekli düzenlemeler yapılmıştır. RKHK'un 15nci maddesindeki, "her türlü evrak ve belgeleri" ifadesi 1412 sayılı Kanun'un 91nci maddesindeki "sair mersule" kavramına benzemektedir. Bu durumda, Rekabet Kurumu görevlilerinin kullanmakta olduğu yetkilerin 15nci madde kapsamında açık ve net olarak anlaşılamaması nedeni ile 15nci madde AİHS'ne aykırıdır ve bu aykırılığı giderici bir düzenleme yapmak gerekmektedir.

¹¹Doç .Dr. GELERİ, Aytekin, Türkiye'de İletişimin Denetlenmesi, Ankara, 2010, s. 18 ve 19'dan aynen alınmıştır, <http://www.sucveceza.org/Makale/Turkiyede%20iletisimin%20Denetlenmesi.pdf>, son ziyare tarihi 24.03.2014.

REKABET KURULU–BAĞIMSIZLIK /ÖZERKLİK /TARAFSIZLIK

Doç Dr. Nurkut İNAN

Genel Olarak

Rekabet Kurulu’nun görevi Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’u (RKHK) uygulamak ve genel olarak serbest piyasa ekonomisi rejiminde rekabeti korumak,sağlamak ve sürdürmektir. Kurulu’un bu genel amaçları arasında temel görevi ise, rekabeti sınırlayan teşebbüsler hakkında soruşturma yürütmek ve gerekirse ceza vermektir.

RKHK ve daha genel düzeyde Kabahatler Kanunu, Kurul’un bu görevini yerine getirirken nasıl davranacağını göstermektedirler. Özellikle RKHK bu konuda ayrıntılı usul hükümlerine sahiptir. Diğer bir deyimle, Kurul’un bu yetkisine yargı benzeri bir süreç diyebiliriz.

Durum böyle olduğuna göre, aynen bir mahkeme gibi Kurul’un bağımsızlığı ve tarafsızlığı büyük önem kazanmaktadır. Bu nedenle RKHK’nun20. maddesinde, Anayasamızın 138. maddesine paralel olan aşağıdaki hüküm bulunmaktadır (Fıkra 3):

“Kurum görevini yaparken bağımsızdır. Hiçbir organ, makam, merci ve kişi Kurumun nihaî kararını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremez.”¹²

Şüphesiz, Kurul’un bağımsızlık ve tarafsızlığını sağlamak için bu hüküm tek başına yeterli değildir. Bunları sağlamak için her şeyden önce Kurul’un özerk olması yani

¹² “Rekabet Kurumu” deyimini Rekabet Kurulu ve kuruluşun tüm idarî kadrolarını içeren yapı anlamına gelir. Kurul ise nihaî karar organıdır. Bağımsız, özerk ve tarafsız olması gereken Kurum değil **Kurul’dur**. Bu nedenle maddedeki “Rekabet Kurumu” ibaresinin “Rekabet Kurulu” olarak anlaşılması gerekir.

hükümet ve bakanlıklar gibi siyasal ve/veya diğer idarî makamlara bağlı olmaması gerekir.

Bu özerklik ve bağımsızlığı sağlamak için üç konuda özel düzenleme gerekir:

- Kurul üyelerinin seçimi ve atanması
- Kurul başkanının ve ikinci başkanının seçimi ve atanması
- Hükümetin, belirli bir bakanlığın ya da başka bir makamın (yargı hariç) Kurul üzerindeki denetim hakkının belirlenmesi

Şimdi bu üç hususu ayrı ayrı inceleyelim.

I. Kurul üyelerinin seçimi, atanması ve görevlerinin sona ermesi

A. Seçim ve atama

1. Düzenlemelerdeki gelişme

Rekabet Kurulu Başkan ve İkinci Başkan dâhil belirli sayıda üyeden oluşur. Kurul'a bağımsız ve özerk diyebilmek için, üyelerin çoğunluğunun siyasal iktidar (Hükümet) seçilip atanmaması gereklidir.

RKHK'nun Kurul üyelerinin belirlenmesine ilişkin hükmü iki kez değiştirilmiştir. Halen TBMM'de bulunan tasarıda da bu maddenin değiştirilmesi öngörülmektedir. Önce ilgili 22. Maddenin ilk haline bakalım:

"Kurulun Teşekkülü

MADDE 22. — Rekabet Kurulu biri Başkan, biri İkinci Başkan olmak üzere toplam 11 üyeden teşekkül eder. Bakanlar Kurulu, dört üyeyi Rekabet Kurulunun, iki üyeyi Sanayi ve Ticaret Bakanlığının, bir üyeyi Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığının bağlı olduğu Devlet Bakanlığının, birer üyeyi ise Yargıtay, Danıştay, Üniversitelerarası Kurul ile Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinin her boş üyelik için kendi kurumları içinden veya dışarıdan göstereceği ikişer aday arasından seçer ve atar.

Rekabet Kurulunca gösterilecek adayların en az yarısının Rekabet Kurumunun uzmanlıksıfatını kazanmış meslek personeli arasından seçilmesi zorunludur.”

RKHK'nun Resmî Gazete'de yayınlandığı 13 Aralık 1994 tarihinde 22. Madde yukarıdaki gibiydi.

Maddeye göre üyelerin tamamının atanması Bakanlar Kurulunca yapılmasına karşın, 11 üyeden sadece üç tanesi ilgili Bakanlıklarca belirlenmekte, diğerleri (8 üye) için ikişer aday Rekabet Kurulu (dört üye), Yargıtay, Danıştay, Üniversitelerarası Kurul ve TOBB (biri üye) gösterilmekte idi. Daha da önemli olarak, Rekabet Kurulu'nun göstereceği adaylardan en az yarısının Rekabet Kurumu Uzmanlarından olması öngörülmüştü. Kısacası, 11 Üyeden sadece üç tanesi siyasal iktidar tarafından belirleniyordu.

Madde 2005 yılında değiştirildi:

“MADDE 22 - (Değişik: 5388 - 2.7.2005 / m.3) Rekabet Kurulu, biri Başkan biri İkinci Başkan olmak üzere toplam yedi üyeden teşekkül eder.

Bakanlar Kurulu; iki üyeyi Rekabet Kurulunun, bir üyeyi Sanayi ve Ticaret Bakanlığının, bir üyeyi Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığının bağlı olduğu Devlet Bakanlığının, birer üyeyi ise Yargıtay, Danıştay ile Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinin her boş üyelik için kendi kurumları içinden veya dışarıdan göstereceği ikişer aday arasından seçer ve atar.”

Bu değişiklik ile Kurul'daki üye sayısı yediye indirilmiştir. Rekabet Kurulu'nun göstereceği aday sayısı ikiye inmiş, Üniversitelerarası Kurul'un aday gösterme hükmü kaldırılmıştır. Ayrıca ve kanımca önemli bir husus da Kurul'un göstereceği adayların, bir tanesinin bile Kurum uzmanları arasından olması hükmünün maddeden çıkarılması olmuştur. Buna karşılık, yedi kişilik Kurul'un iki tanesi siyasal iktidar tarafından doğrudan atanmaktadır. Yani çoğunluk yine hükümet dışındaki kurumların adaylarındadır.

Şimdi, RKHK'nun 22. Maddesinin halen yürürlükte olan durumuna bakalım.

“MADDE 22- (Değişik: KHK/661 - 24.10.2011 / m.54) Rekabet Kurulu, Kurumun karar organı olup biri Başkan biri İkinci Başkan olmak üzere toplam yedi üyeden oluşur.

Bakanlar Kurulu; üç üyeyi Bakanlığın, bir üyeyi Kalkınma Bakanlığının, bir üyeyi Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinin her boş üyelik için kendi kurumları içinden veya dışından göstereceği ikişer aday arasından, birer üyeyi ise Yargıtay ve Danıştay'ın kendi kurumları içinden göstereceği ikişer aday arasından atar. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı kontenjanından gelecek üyelerden birisi, Kurum personeli arasından atanır.”

RKHK'nun tarihindeki en önemli değişiklik budur. Halen,özerkliğin olmazsa olmaz koşulu olan ve Kurul üyelerinin çoğunluğunun siyasal iktidar tarafından atanmaması ilkesi tersine çevrilmiş bulunmaktadır. Yedi üyenin dördü bakanlıklarca gösterilen adaylar arasından atanmaktadır. Bu dört üyenin sadece bir tanesi Kurum personeli arasından olacaktır. Üstelik bu üyenin uzman olması da şart değildir. Diğer üç üyelik için TOBB, Yargıtay ve Danıştay aday göstereceklerdir.

Kurul üyelerinin seçimi konusunda bir değerlendirme yapmadan önce TBMM gündeminde bulunan RKHK'nun değiştirilmesi için hazırlanmış olan kanun tasarısının da incelenmesi yararlı olacaktır.

Tasarıya göre RKHK'nun 22. Maddesinin aşağıdaki biçimde değiştirilmesi önerilmektedir (M. 22 Fıkra II):

“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.”

Tasarıdaki bu hüküm, durumun vahametini daha da artırmaktadır. Yargıtay ve Danıştay’ın aday gösterme hakları kalmamıştır. Yedi üyenin altısı için değişik bakanlıklar aday gösterecektir. Bunlardan sadece bir tanesi Kurum personeli olacaktır. Kalan tek üye için de TOBB aday gösterecektir.

2. Değerlendirme

Rekabet Kurulu üyelerinin atanmasında ilgili hükümler çok önemli (ve vahim) değişikliklere maruz kalmıştır. Siyasal iktidarın seçeceği üyeler Kanun’un ilk halinde 11 üyede 3 iken, bu sırasıyla 7’de 2 ve nihayet 7’de 4 olmuştur. Halen durum böyledir. Ancak TBMM’deki tasarıda yine önemli bir değişiklik önerilmekte ve Kurul’un 7 üyesinden 6’sının çeşitli bakanlıklar tarafından belirlenmesi öngörülmektedir. Üstelik bu hüküm Rekabet Kurulu’nun aday gösterme hakkını da ortadan kaldırmıştır.

Yürürlükteki Kanun’un kanımca özerkliği ortadan kaldıran 22. Maddesi önemli ölçüde sakıncalı iken, Tasarı, Rekabet Kurulu’nu tamamen bağımlı hale getirmektedir. Bu hüküm yürürlüğe girer ve uygulanmaya başlarsa, Kurul’un tüm kararları şüphe ile malul olacaktır.

B. Görevin sona ermesi

1. Düzenlemelerdeki gelişme

Rekabet Kurulu üyelerinin görevlerinin sona ermesine ilişkin düzenleme, Kurul’un özerkliği için son derecede önemlidir. Eğer siyasal iktidara Kurul üyelerini görevden alma

yetkisi verilirse, üyeleri başlangıçta kim seçerse seçsin, özerklik tamamen ortadan kalkar. Bu nedenle görevin sona ermesine ilişkin düzenleme kanımca, üyelerin seçimi konusundaki hükümlerden daha önemlidir.

RKHK'nun bu konuyu düzenleyen 24. Maddesinin ikinci fıkrası bugüne kadar değişmemiştir:

“Kurul Başkan ve üyelerinin süreleri dolmadan herhangi bir nedenle görevlerine son verilemez. Ancak, Kurul kararı ile atanmaları için gerekli şartları kaybettikleri veya durumlarının bu Kanunun 25 inci maddesine aykırı düştüğü anlaşılan ya da Kanunla verilen görevle ilgili olarak suç işledikleri mahkeme kararı ile sabit olan Kurul Başkan ve üyelerinin görevleri sona erer.”

Görülüyor ki atama makamının (hükümet) üyeleri görevden alma yetkisi yoktur. Bu hüküm Kurul'un özerkliği ve bağımsızlığı açısından büyük bir güvencedir.

TBMM'deki tasarıda bu düzenlemenin şöyle değiştirilmesi önerilmektedir:

“Devlet Memurları Kanununun 48 inci maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (5) numaralı alt bendinde öngörülen suçlarla ilgili olarak haklarında ceza davası açılan Kurul Başkan ve üyelerinden görevi başında kalması sakıncalı görülenler, Bakanlar Kurulu tarafından tedbiren görevden uzaklaştırılabilir. Görevden uzaklaştırılan Kurul Başkan ve üyeleri hakkında Devlet Memurları Kanununun ilgili hükümleri uygulanır. Bu şekilde geçici olarak boşalan üyeliklere, tedbiren görevden uzaklaştırılan üye göreve dönünceye kadar ve her halükârda söz konusu üyenin üyelik süresini geçmemek üzere 22 nci ve 23 üncü maddelerdeki şartları taşıyanlar arasından Bakanlar Kurulunca atama yapılabilir.”

Maddede atıf yapılan Devlet Memurları Kanunu'nun yukarıda gösterilen hükmü de şöyledir:

“(Değişik: 5728 - 23.1.2008 / m.317) Türk Ceza Kanunu'nun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla

süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, (...) () zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkum olmamak”*

Tasarıdaki bu hüküm yürürlükteki düzenlemeden iki bakımdan önemli ölçüde farklıdır. Yürürlükteki hükmün suçlar açısından kapsamı genişletilmiştir. Ayrıca, daha da önemli olarak, ceza davası açılmış olması halinde, cezanın kesinleşmesi beklenmeden, Bakanlar Kurulu ilgili üyeyi tedbire görevden alabilecektir.

2. Değerlendirme

Üyelik görevinin sona ermesine ilişkin yürürlükteki hüküm ile Tasarı hükmü arasındaki fark daha ayrıntılı biçimde incelenebilir. Ancak her iki hükmün de özerklik/bağımsızlık açısından önemli bir sakınca oluşturmadığı kanaatindeyim. Tasarıda mevcut Bakanlar Kuruluna verilen görevden alma yetkisi hem bir ceza davasının açılması koşuluna bağlıdır, hem de geçici bir tedbirdir. Bir ceza davasının açılması halinde, görevden alınan üye beraat etmesi halinde görevine dönecektir. Ayrıca, beraat edip görevine dönen üyenin devlet aleyhine tazminat hakkı doğacağı da unutulmamalıdır.

II. Başkan ve İkinci Başkan'ın seçimi

Başkan ve İkinci Başkan'ın seçimine ilişkin RKHK'nun 22. Maddesinin ilk hali aşağıdaki gibiydi:

“Bakanlar Kurulu, Kurulun göstereceği üç aday arasından birisini Başkan olarak görevlendirir. İkinci Başkanı Kurul üyeleri kendi aralarından seçer.”

2005 değişikliğinde bu hüküm aynen korundu. Halen yürürlükte olan 2011 değişikliğinde ise hüküm şöyledir:

“Bakanlar Kurulu, Kurul üyeleri arasından Başkan ve İkinci Başkanı atar.”

RKHK'nun 1994'de yürürlüğe giren ilk halinde Kurul Başkanı'nı Kurul'un göstereceği üç aday arasında Bakanlar Kurulu atayacaktı. İkinci Başkan'ı da doğrudan Kurul seçecekti. Kanun'un 2005 değişikliğinde bu hüküm aynen korundu.

Halen yürürlükte olan 2011 Değişikliğinde ise hüküm değiştirildi. Bu hükme göre, Bakanlar Kurulu hem Başkan'ı hem de İkinci Başkan'ı, Kurul üyeleri arasında doğrudan atar. Kurulun Başkan için aday gösterme ve İkinci Başkan'ı doğrudan seçme yetkileri kaldırılmıştır.

TBMM'deki tasarıda ise, bu konuda bir değişiklik önerilmemektedir.

Sonuç olarak, Kurul ve Kurumda önemli yetkilere sahip olan Kurul Başkanının doğrudan Bakanlar Kurulu tarafından atanmasının özerklik açısından önemli bir sakınca yarattığı kanısında olduğumu söyleyebilirim.

III. Kurul üzerinde denetim hakkı

Rekabet Kurulu'nun Sayıştay'ın denetimine tâbi olduğu açıktır. Ancak bu denetim malî işlemler ve kaynakların kullanılması ile sınırlıdır. Kısacası parasal denetimdir. Bu durum hem doğaldır hem de kanımca gereklidir.

Buna karşılık Kurul idarî vesayet kapsamında değildir ve olmamalıdır. Bu konu Kanun'un 20. Maddesinin ikinci fıkrasından anlaşılmaktadır:

"Kurumun ilişkili olduğu Bakanlık, (Değişik ibare: KHK/661 - 24.10.2011 / [m.53](#))

"Gümrük ve Ticaret Bakanlığıdır".

Madde "bağlı olduğu" ifadesini değil "*ilişkili olduğu Bakanlık*" ifadesini kullanmıştır. Bu ifade Bakanlığın Kurum üzerinde idarî denetim (kontrol) hakkının olmadığını gösterir.

Yakın zamana kadar, ben hukukî durumun böyle olduğunu sanmaktaydım. Kısa bir süre önce,görünüşte RKHK ile ilgisi olmayan bir yasal düzenlemenin varlığını öğrendim.

Aslında bu yazıyı kaleme almamın temel nedeni de bu oldu.

27 Eylül 1984 tarihli ve 3046 sayılı Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında Kanun, tüm bakanlıkların kuruluş ve görevlerini belirler. Bu Kanun'un 19A maddesi şöyledir:

“MADDE 19/A- (Ek: KHK/643 - 3.6.2011 / m.2) Bakanlık bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşları (10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (III) sayılı cetvelde yer alan kurumlar dahil) Başbakanın teklifi ve Cumhurbaşkanının onayı ile, Başbakanlıkla veya diğer bakanlıklarla ilgilendirilebilir. Söz konusu kuruluşların özel kanunlarında bağlı, ilgili ve ilişkili olunan bakanlığa ya da bakana verilen yetki ve görevler ilgilendirilen bakanlık veya bakan tarafından kullanılır ve yerine getirilir.(Ek cümle: KHK/649 - 8.8.2011 / m.45) “Bakan, bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların (5018 sayılı Kanuna ekli (III) sayılı cetvelde yer alan kurumlar dâhil) her türlü faaliyet ve işlemlerini denetlemeye yetkilidir.”

Maddenin yukarıda altı çizili son cümlesi 2011 yılında eklenmiştir. Cümlede konumuzla ilgili olmayan 5018 Sayılı Kanun'a bağlı (III) sayılı cetvele gönderme yapılmaktadır. Bu cetvele baktığımızda burada Rekabet Kurulu'nun da yer aldığını görmekteyiz.

RKHK'na göre Rekabet Kurulu'nun ilişkili olduğu Bakanlık Gümrük ve Ticaret Bakanlığıdır. Yukarıdaki hükme göre Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Rekabet Kurumu'nun “her türlü faaliyet ve işlemlerini denetlemeye yetkilidir.”

Bu yetkiyi, yerine göre, Bakan dahi tek başına kullanabilecektir. Buradaki vahim sakınca bu denetim yetkisinin kapsamının sınırlı olmamasıdır.

Her ne kadar RKHK'nun 20 maddesini üçüncü fıkrası *“Kurum görevini yaparken bağımsızdır. Hiçbir organ, makam, merci ve kişi Kurumun nihaî kararını etkilemek*

amacıyla emir ve talimat veremez.”demekte ise de, Bakanlığın sınırsız denetim yetkisi yolu ile bu hükmü dolanmak mümkün olabilecektir. Bu sözde “denetim” yolu ile Kurul üzerinde baskı kurmak ve bu yolla Kurul kararlarını etkilemek mümkün görülmektedir. Bakanlığın bu denetim yetkisini 2011’den bugüne kadar kullanıp kullanmadığını bilmiyorum. Bundan böyle de nasıl kullanılacağı hakkında bir tahminim yok. Bildiğim tek şey bu yetkinin Rekabet Kurulu üzerinde Demokles’in Kılıcı gibi durduğudur.

IV. Sonuç

Halen, gerek üyelerin, gerek Başkanların atanmasında Rekabet Kurulu, siyasal iktidarın mutlak kontrolü halindedir. RKHK tasarısının mevcut haliyle yürürlüğe girmesi halinde ise, bu kontrol daha da ağırlaşacaktır. Bunun yanında, daha da vahim olarak, ilgili Bakanlık, aşağı yukarı üyelerinin tamamı Bakanlar Kurulunca belirlenecek olan Kurul’u boğucu bir baskı altına alabilecek, orta dönemde Kurul kararlarını dahi etkileyebilecektir. **Kısacası, Rekabet Kurulu mevcut ve gelecek düzenlemeler açısından kesinlikle özerk ve bağımsız değildir.**

REKABET OTORİTELERİNİN KARARLARININ ETKİ ANALİZİ: KARARLARIN OLASI ETKİLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ HAKKINDA OECD ‘NİNYÖNLENDİRİCİ REHBERİ¹³

Mehmet Anıl ÇETİNASLAN

Yrd. Doç. Dr. Gamze ÖZ

Rekabet Kurumları kararlarının etkileri konusunda çeşitli çalışmalar yapmakta ve bunları yayınlamaktadır. Rekabet Kurumlarının kararlarının olası etkilerinin değerlendirilmesi münferit bir kararın ele alınıp onun ortaya koyduğu sonuçların değerlendirilmesinden oldukça farklıdır. Zira bu şekilde yapılan karar sonrası (*ex post*) etki analizi karar verildikten birkaç yıl sonra bu kararın fiili sonuçlarının gözlemlenmesi gerekir. Bu yazıda konu edilen Etki Analizi ise rekabet otoritelerinin belirli bir dönemde veya belirli bir alanda (örneğin kartel kararları gibi) verdikleri bütün kararların ele alınarak çeşitli varsayımlarla olası etkilerin değerlendirilmesidir. Rekabet otoritelerinin bu türden çalışmalar yapmasının başka nedenleri de olmakla beraber bunların başında hem kamuoyunda ve hem de hükümetlere alınan kararların etkilerinin yansıtılması gelmektedir.

OECD bu çalışmaların nasıl yapılabileceği konusunda rekabet otoritelerinin yönlendirici bir Rehber hazırlamış (Nisan 2014) ve çeşitli ana başlıklara işaret etmiştir. Bu yazıda bu çalışmada yer alan ana başlıklara yer verilmiştir. Bu rehberde, OECD rekabet kurumlarına rekabetçi etki değerlendirme çalışmaları hazırlama sürecinde üzerinde durmaları gereken yaklaşımlara değinerek bu yaklaşımları 4 önemli başlık altında incelemiştir.

1. Değerlendirmenin Kapsamı : Rekabetçi etki değerlendirmelerinin kapsayıcı olması için:

- i) Çalışmaya en azından izin verilmeyen bütün birleşme ve devralmalar dahil edilerek başlanabilir. Daha sonra dikey anlaşmalar, karteller vb kararlar da dahil edilebilir.
- ii) Çalışmada esas alınacak süre (1 veya 2 yıllık süreler) ve dikkate alınacak kararların süreçleri (dava edilenler hariç veya dahil gibi) tutarlı olmalıdır.
- iii) Seçilen tüketici grubu nihai tüketici olabileceği gibi kararın niteliğine göre kullanıcılar da olabilir.

2. Önerilen Genel İlkeler : Rekabetçi etki değerlendirmelerinin kapsayıcı olması için bu başlık altında, rekabet kurumlarının aldıkları kararlar sonucu ortaya çıkacak faydaların hesap edilebilmesi ve rapor edilebilmesine yönelik genel ilkeler önerilmektedir. Bu doğrultuda:

- i) Kararlara ilişkin daha kesin ve somut değerlendirmeler yapmayı mümkün kılacak biçimde olaya özgü verilerin kullanılması gerekir. Bu tür verinin bulunmaması, basit ve hatalı varsayımların oluşturulmasına yol açabilir.
- ii) Rekabet kurumlarının almaktan kaçındığı her kararın iktisadi yaşama negatif etkisi olacağı varsayılmalıdır.
- iii) Öncelikle statik tüketici faydası (fiyat üzerindeki etkiler) etkiler hesaplanmalıdır. Bu etkilerin ölçülebilmesine ilişkin öğretilerde de kabul görmüş araştırma yöntemleri

¹³ OECD’nin Nisan 2014 tarihli Rehber’inden çeviri yapılarak hazırlanmıştır.

olduğundan bunu ortaya koymak görece kolaydır. Aynı şeyi (inovasyon, kalite ve üretkenlik gibi) dinamik etkiler için söylemek mümkün değildir.

- iv) Rekabet otoritelerinin aldığı kararların ve etkilerinin düzenli olarak kamuoyuna duyurulması gerekir. Rekabet kurumlarının alınan kararın etkilerini yayımlaması, ayrıca hesap verilebilirlik ve şeffaflık ilkeleri gereğidir.
- v) Sonuçların hem yıllık hem de üçer yıllık gibi süreler esas alınarak çalışılması ve yayımlanması gerekir. Ayrıca yıllık figürler kullanılarak son üç yılda hazırlanan rekabetçi etki değerlendirmeleri arasında etki ortalamaları bir tür istatistiksel veri olarak da sunulmalıdır.
- vi) Gizlilik ilkesi gereği kısıtlamanın gerekmediği ve eldeki veriler mümkün kıldığı hallerde etki değerlendirmesi karar türlerine göre (karteller için ayrı, birleşme ve devralma kararları için ayrı olmak üzere) ayrıştırılarak duyurulmalıdır.
- vii) Etki analizinde belli değer aralıklarında sayılarla değerler verilerek olası etkiler daha da somut bir biçimde sunulmalıdır. Bu şekilde, yapılan tahminler üzerinde duyarlılık analizi yapmak da mümkün olacaktır.

3. Metodoloji

Değerlendirmeleri uygulanabilir kılmak için rekabetçi etki değerlendirme çalışmaları basit ve kolay anlaşılabilir bir metodolojiye dayanmalıdır.

Kararlar sonucu ortaya çıkacak tüketici faydalarının hesaplanması için her bir kararın fiyat üzerindeki etkileri ve mümkün olduğu hallerde diğer tüketici faydaları (dinamik etkilerin) değerlendirilmelidir. Bunun için de belirli bir verinin kullanılması, bunun mümkün olmadığı hallerde de Rehberde önerilen varsayımların kullanılması önerilmektedir.

3.1. Fiyata ilişkin tüketici faydasının ölçülebilmesi için önerilen basit yöntem etkilenen cironun tespit edilmesi; önlenen/sonlandırılan fiyat artışının belirlenmesi ve fiyat etkisinin tahmini süresi olup, toplam fayda bu üç verinin sonucu olarak ortaya konulacaktır.

3.2. Olaya özgü data kullanılabilir ise mutlaka kullanılmalıdır. Bu veri tahmin edilen faydaları somut bir çerçevede düşünmemize yardımcı kaynaklardır. Ancak bu tür bilgiler genellikle gizlilik veya yasal engeller sebebiyle her zaman kullanılabilir olmayabilir, bu durumda Rehber şu varsayımların kullanılması önermektedir:

i)Etkilenen cironun büyüklüğünü tespit etmek için:

kartel veya hakim durumun kötüye kullanılması kararlarında etkilenen pazardaki şirketlerin soruşturma öncesindeki ciroları toplamı birleşmelerde, etkilenen pazardaki bütün firmaların ciroları dikkate alınmalıdır.

ii)Fiyat üzerindeki beklenen etkiyi tespit etmek için: Olası fiyat etkisi için, kartellerde %10 fahiş fiyat; hakim durumun kötüye kullanılmasında %5 fiyat artışı; birleşmelerde ise %3 fiyat artışı esas alınmalıdır. Alınan kararın fiyat üzerindeki etkisi için kartellerde ve hakim durumun kötüye kullanılmasında 3 yıl; birleşmelerde ise 2 yıl esas alınmalıdır.

Yukarıda belirtilen varsayımlar, rekabetçi etki değerlendirmelerini en etkin biçimde oluşturmaya çalışan rekabet kurumlarının kullandığı varsayımlara dayanmaktadır. Dolayısıyla diğer rekabet kurumlarında kullanılan değerler ve yukarıda belirtilen varsayımlar arasında farklılıklar olabilir.

4. Tahminlerin Açıklanması

Rekabetçi etki değerlendirme çalışmaları, rekabet kurumlarının aldıkları kararların rekabet ve tüketici çevrelerinde oluşturması beklenen faydaların tahmin edilerek belirtildiği çalışmalardır. Bu çalışmalarla birlikte kurumların bu değerlendirmeleri oluştururken kullandıkları metodoloji ve kısıtlar hakkında da kamuoyuna bilgi vermeleri beklenir. OECD' nin hazırladığı Rehberde, rekabet kurumlarının bu hususta yapabilecekleri açıklamalar hakkında da öneriler mevcuttur. Bu önerilerden bir kısmı şöyle özetlenebilir:

İncelemede esas alınan verilerin, *ex ante* veriler olup; olası potansiyel etkilere yönelik olduğu; piyasalara müdahale edilmeyen durumlarda alınan kararların da sonuçları önemli olmakla beraber esas olarak bunlara yönelik analiz yapılmadığı ve yapılan analizlerin daha çok düşük fiyatlarla ortaya çıkan statik tüketici faydalarına ilişkin tahminler olduğu belirtilmelidir. Ölçülmesi çok daha güç olan dinamik etkilerin analize dahil edilmediği ancak bununla beraber bunların da son derece önemli olduğu da açıklamalara dahil edilmelidir. Değerlendirmenin, sayısal verilerle ölçülmesi mümkün olmadığından 'kurumun kararlarının caydırıcı etkisini dikkate almadığı; ancak yapılan etki değerlendirmesinde bu caydırıcı etkinin de şirketlerin rekabet kurallarını ihlal edip etmemek konusundaki kararları bakımından belirleyici olduğuna ilişkin de açıklama yapılmalıdır.

MAKALE**İŞLEM MALİYETLERİNİN REKABET SÜREÇLERİNİN VE POLİTİKALARININ ŞEKİLLENDİRİLMESİNDEKİ ROLÜ****Prof. Dr. Erdal Türkkan** (erdalturkkan@hotmail.com)**Giriş**

1990'lerden sonra İşlem maliyeti kavramının rekabet süreçlerinin biçimlenmesinde önemli bir rol oynadığı anlaşılmaya başlanmıştır. Ancak işlem maliyetlerinin varlığının ve azaltılmasının Türkiye'de ve hatta gelişmiş ülkelerde rekabet politikalarının belirlenmesinde hak ettiği ölçüde etkili olduğunu söylemek mümkün değildir. Oysa işlem maliyetleri kavramı rekabet gücünü ve geniş ve dar anlamda rekabet politikalarını çok yönlü olarak ilgilendiren olgu ve ilişkileri ifade etmektedir. Bu yazıda ilk olarak işlem maliyeti kavramı tanımlanacak ve işlem maliyetlerinin boyutlarının hangi faktörlere göre değişkenlik gösterebileceğine kısaca değinilecek; İkinci olarak işlem maliyetlerinin tüketicinin refah maksimizasyonu açısından önemi vurgulanacak; üçüncü olarak işlem maliyetlerinin firmaların piyasalarda rekabet üstünlüğü sağlaması açısından nasıl bir rol oynadığına değinilecek; dördüncü olarak işlem maliyetlerinin birleşme ve devralmaların, teşebbüsler arasındaki dikey ve yatay ilişkilerin ve örgütlenme biçimlerinin şekillenmesindeki rolü kısaca açıklanmaya çalışılacak, bu bağlamda son olarak da Rekabet Kurumu'nun rekabet savunuculuğu çerçevesinde kamunun yarattığı gereksiz işlem maliyetlerinin bertaraf edilmesi konusundaki sorumluluğuna değinilecektir.

1)İşlem Maliyeti Kavramı ve İşlem Maliyetlerini Tayin Eden Faktörler

Nobel ödüllü iktisatçı R. Coase tarafından ortaya atılan işlem maliyeti kavramı¹⁴, en basit tanımıyla, iktisadi karar vericilerin, özellikle firmaların piyasalarda gerçekleştirdikleri her türlü mal ve hizmet alışverişi, işbirliği anlaşmaları ve diğer sözleşmelere ilişkin pazarlık süreçlerinde partner seçimi, pazarlığın sonuçlandırılması ve varılan anlaşmaya riayetin sağlanması konularında katlanmak zorunda oldukları maliyetleri ifade etmektedir¹⁵. Bunlar kısaca, araştırma maliyetleri, pazarlık maliyetleri ve yaptırıma bağlama (anlaşmaya riayeti sağlama) maliyetleri olarak adlandırılmaktadır. Bir örnekle konuya açıklık getirilmek istenirse, ürettiği televizyonu satmak isteyen bir firma önce bunu kimlere nasıl satabileceğini araştırarak belli bir maliyete katlanacaktır. Daha sonra tespit ettiği dağıtıcılarla kendi çıkarlarına uygun bir pazarlık yaparak sözleşme yapacaktır. Son olarak da karşı tarafın sözleşmeye riayet etmesini sağlayacak maliyetlere katlanacaktır. Bu tür maliyetler televizyonu satın alan dağıtıcı firma açısından da söz konusudur. Diğer bir ifade ile işlem maliyetleri hem alıcı hem de satıcı olan taraflar için söz konusudur ve iki tarafın katlandığı işlem maliyetleri birbirinden farklıdır. İşlem maliyetleri tüm alıcılar gibi nihai tüketiciler açısından da söz konusudur. Bir araba satın almak isteyen bir kişi önce hangi arabanın istek ve imkanlarına uygun olduğunu ve bu

¹⁴ Bknz.R.Coote,T.Ulen, Law and Economics Pearson International Ed. S. 91 ve devamı.

¹⁵ Bknz.Erdal Türkkan,İşlem Maliyetleri ve Rekabet, Rekabet Haber Bülteni, 20 Ekim 2005, Rekabet Derneği WEB sitesi.

arabayı nereden temin edebileceğini araştırarak, bundan sonra satıcı ve bir anlamda üretici ile bir anlaşma yapacak daha sonra da gerektiğinde bu anlaşmaya uyumu sağlamak için (örneğin garanti kurallarına uyum gibi) bazı maliyetlere katlanmak durumunda kalabilecektir.

İşlem maliyetleri alıcı ve satıcıya göre değiştiği gibi mal ve hizmetlere ve alışveriş sürecinin diğer özelliklerine göre de değişebilmektedir. Malların standardizasyon düzeyi arttıkça, alışveriş konusundaki düzenlemelerin basitlik ve açıklık özelliği arttıkça, tarafların sayısı azaldıkça, taraflar arasındaki ilişkiler dostane olma niteliği arttıkça, tarafların birbirini tanıma düzeyi arttıkça, taraflar makul davranış gösterebiliyorsa, gayri nakdi yükümlülükler azaldıkça, alışveriş kısa zamanda tamamlanabiliyorsa, izleme süreçleri basitleştikçe, yapılan kontrata riayet edilmemesi durumunda cezalandırma kolaylaştıkça, işlem maliyetleri azalmaktadır. Buna karşılık mal ve hizmetler emsalsiz (tek) veya aşırı farklılaştırılmış ise, alışverişle ilişkili düzenlemeler basit ve açık değilse, sözleşmede taraf sayısı ne kadar fazla ise, taraflar arasındaki husumet düzeyi ne kadar yüksek ise, taraflar birbirini ne kadar az tanıyorsa, tarafların davranışları makul olmaktan ne kadar uzak ise, alışverişin geciktirilmesi imkanı ne kadar yüksek ise, gayri nakdi yükümlülükler ne kadar fazla ise, izleme ne kadar zor ise, kontrata uyulmaması halinde cezalandırma ne kadar zor ise işlem maliyetleri de o ölçüde yüksek olacaktır¹⁶.

İşlem maliyetleri sıfıra yakın olabileceği gibi çok büyük boyutlara da ulaşabilir. Sokakta yürürken rastlanılan simitçiden alınan simidin işlem maliyeti sıfırdır. Ancak satın alınan bir fabrikanın işlem maliyeti bazı durumlarda alım fiyatının önemli bir bölümünü oluşturabilir.

Türkiye işlem maliyetlerinin çok yüksek olduğu bir ülkedir. Bunun nedenlerinden birisi davranışsaldır. Bireylerde ahde vefa alışkanlığı ve uzlaşmaya açık olma anlayışı zayıftır. Bu nedenle firmalar piyasa yoluyla yapmak zorunda oldukları işlemleri sınırlı tutmakta veya organik ilişkiler ağı kurarak (bayilikler vs) gerçekleştirmek zorunda kalmaktadırlar. Diğer taraftan bürokratlar yetkilerini kullanmakta çekingen ve isteksizdir. Rüşvet alma anlayışı nispeten yaygındır ve önlenememektedir. İşlem maliyetlerinin yüksek olmasının bir diğer nedeni ise yasal ve idari düzenlemelerin yasaklayıcı, engelleyici zihniyetle hazırlanmış olması, ayrıca yasaların zamanında ve isabetle uygulanmasında ciddi bürokratik yetersizliklerin ve gecikmelerin olmasıdır.

2)İşlem Maliyetleri ve Tüketici Refahı

İşlem maliyetleri iki şekilde tüketici refahını etkileyecektir. Bunlardan birincisi doğrudan doğruya bir alıcı olarak tüketicinin katlandığı işlem maliyetleridir. Tüketici rasyonel bir satın alma yapabilmek için belli bir araştırma maliyetine, bir pazarlık maliyetine bazen yapılan pazarlık veya kontrata uyulmaması durumunda satıcıya karşı yaptırım uygulama maliyetlerine katlanmak durumundadır. Tüketici bu maliyetleri aşağı çekmek için çeşitli yollara başvurabilir. Tanıdığı ve bildiği işletmelerden alışveriş etmek, bildiği markalar dışında yeni markalara yönelmemek, bazen tüketicinin rekabetten doğan avantajlardan vazgeçmesi anlamına da gelebilir. Ancak bunun rasyonalitesi olası yüksek işlem maliyetlerinden kaçınmaktır.

Bunun dışında üreticilerin katlandıkları işlem maliyetlerinin bir bölümünü veya tamamını tüketicilere yansıtmaları söz konusudur. Bu durumda üreticilerin işlem

¹⁶ Bknz:R.Cooter, T.Ulen. age, s.94

maliyetlerini azaltmak için yaptıkları bazı çabaların tüketiciye de olumlu biçimde yansması söz konusudur. Örneğin hiper ve süpermarketler tüketiciler açısından işlem maliyetlerini önemli ölçüde azaltıcı etkiler yapmaktadır. Tüketici lehine yapılan bazı kamu düzenlemeleri de özellikle yaptırımların yarattığı maliyetleri azaltıcı etkiler yapabilir.

3) Rekabet Üstünlüğü Sağlama Aracı olarak İşlem Maliyetleri

Bazı sektörlerde işlem maliyetlerinin çok yüksek olması şüphesiz firmaları işlem maliyetlerini düşürmek için çaba sarf etmeye zorlayacaktır. Bu çabalar iki yönden gerçekleştirilecektir. Bunlardan birincisi firma ile piyasa arasındaki işbölümünün değiştirilmesidir. Bu durumda şayet bir firmanın satın alma sırasında işlem maliyetleri çok yüksek ise eskiden satın alınan bir mal veya hizmetin firma içinde üretilmesi veya satıcının satın alınması söz konusu olabilir. Aynı şekilde bir firma şayet bir mal veya hizmeti düşük bir işlem maliyeti ve fiyattan firma dışından temin edebiliyorsa o malın üretiminde vazgeçebilecektir. Bu işlemler doğrudan yatırım veya tasfiye biçiminde olabileceği gibi birleşme ve devralmalar yoluyla da yapılabilecektir. İkinci bir yöntem ise firma ile piyasa arasındaki iş bölümünü değiştirmeden piyasa ilişkilerinde yüksek işlem maliyeti yaratan hususlarda rasyonalizasyona gitmektir. Bu durumda rasyonalizasyon, işlem maliyetini yükselten faktörler üzerinde değişiklikler yapma biçiminde olabilir. Örneğin çok sayıda firmadan mal almak yerine az sayıda veya tek firmadan mal almak veya ilgili firma ile uzun vadeli güven ilişkisi oluşturacak sözleşmeler yapmak vs söz konusu olabilir.

4) Rekabet Politikaları Açısından İşlem Maliyetleri

Teşebbüslerin işlem maliyetlerini azaltma çabalarıyla ilgili olarak rekabet politikaları açısından dört sorun ortaya çıkmaktadır.

a) Birleşme Devralmalarla İlişkili Sorunlar

Firmaların özellikle birleşme ve devralmalar ve yeniden yapılanma yoluyla işlem maliyetlerini düşürme çabaları karşısında nasıl bir yaklaşım benimsenecektir? İşlem maliyetlerinin sektörden sektöre, ülkeden ülkeye büyük farklılıklar göstermesi nedeniyle bu soruya genel bir cevap vermek kolay değildir. Ancak birleşme ve devralmaların işlem maliyetlerini nasıl etkileyeceği (bir refah artışına yol açıp açmayacağı) önemli bir kriter niteliğindedir. Şayet birleşme ve devralmaların rekabeti azaltıcı etkilerinin yaratacağı refah kaybı, işlem maliyetlerindeki azalmanın yaratacağı refah kaybından düşük ise bu birleşme ve devralmanın toplumsal açıdan istenilir olduğu söylenebilecektir. Bunun tersi de doğrudur. Şüphesiz bu karşılaştırmaların tatminkar bir biçimde yapılması her zaman kolay olmayacaktır. Ancak bazı hallerde işlem maliyeti argümanı lehte veya aleyhte kullanılabilir. Aslında rekabeti azaltmadığı halde işlem maliyetlerinde önemli azalma yaratabilecek birleşme ve devralmaların da teşvik edilmesi söz konusu olabilir.

b) Firmalar Arası Dikey İşbirliği Anlaşmalarıyla İlgili Sorunlar

Firmalar arsında yapılacak dikey işbirliği anlaşmaları pek çok sektörde ve durumda işlem maliyetlerinin önemli ölçüde azalmasına yol açabilir ve böylece toplumsal refahın artmasına katkıda bulunabilir. Bu durumda dikey işbirliği anlaşmalarının rekabeti bozucu etkileri tartışılırken mutlaka bu anlaşmaların işlem maliyetinin

azalmasından kaynaklanan refahı artırıcı etkileri de göz önünde bulundurulmalıdır.

c)Firmalar Arası Yatay İlişkiler ile ilgili sorunlar

İşlem maliyetlerinin çok yüksek olması firmaların yatay ilişkilerini de teşvik edecek hatta bazı yatay ilişkileri zorunlu kılacak sonuçlar doğurabilir. Bu durum özellikle kamunun sektörle ilgili düzenlemeleri ağır işlem maliyetleri yaratacak şekilde yapması durumunda söz konusu olabilir. Sözleşmelere uyma eğiliminin çok düşük olduğu ve sözleşmelerdeki taahhütlerin yerine getirilmesinde hukukun yeterince etkin olmadığı durumlarda ve sair durumlarda aynı sorunlarla karşı karşıya olan rakip teşebbüslerin bir araya gelerek ortak çözümler üretmeye çalışması söz konusu olabilir. Bu durum tüketiciler açısından da söz konusu olabilir. Türkiye’de sektörel Derneklerin ce tüketici birliklerinin ortaya çıkış hikayelerinde bu tür durumların etkili olduğu çok sayıda örnek mevcuttur. Bu çerçevede firmalar arası yatay ilişkiler incelenirken yüksek işlem maliyetlerinin yaratabileceği etkiler göz önünde bulundurulmalıdır. Bu bağlamda işlem maliyetlerinin düşük olduğu sektörlerde şu veya bu nedenle gerçekleşen yatay ilişkilerin işlem maliyetlerinin yüksek olduğu sektörlerdeki ilişkilerden daha az masum olduğunu söylemek mümkündür.

d) Rekabet Savunuculuğu ve İşlem Maliyetleri

Rekabet Kurumları, rekabet savunuculuğu görevi çerçevesinde kamu düzenlemelerinin rekabete uygunluğunun denetlenmesi ve uyumsuzlukların düzeltilmesi yönünde çaba sarf etmek durumundadır. Burada karşımıza çıkan soru gereksiz yüksek işlem maliyeti yaratan kamu düzenlemelerinin denetlenmesi ve iyileştirilmesi konusunda kimin yetkili ve sorumlu olacağıdır.

Coase, işlem maliyetlerinin sıfır veya çok düşük olması durumunda mevcut yasal düzenlemeler ne olursa olsun pazarlık süreçlerinin toplumsal çıkarlarla uyumlu bir biçimde sonuçlandırabileceğini savunmuştur¹⁷. Bu maliyetlerin belli bir eşiğin üzerinde olması halinde ise toplumun önemli refah kayıplarına uğrayacağı ve yasal ve idari sistemdeki aksaklıkların toplumsal refahı sınırlayıcı etkiler yapabileceği savunulmuştur.

İşlem maliyetleri firmalar arası ilişkilerde ve firma tüketici ilişkilerinde, yani bir piyasada söz konusu olmaktadır. İşlem maliyetleri hem tüketici refahını doğrudan ve dolaylı olarak etkilemekte, hem firmaların piyasa ile iş bölümünü ve ilişki biçimini tayin etmektedir. Yüksek işlem maliyeti yaratan bir düzenleme rekabetin kalitesini ve sanayinin organizasyonunu etkileyecek sonuçlar doğurmaktadır. Örneğin bu tür düzenlemeler teşebbüsler arasında rekabet yerine anlaşmayı, firmaların bağımsız çalışması yerine birleşme ve devralmaları daha avantajlı hale getirebilmektedir. Bu durumda rekabeti korumak ve geliştirmekle görevli olan rekabet otoritelerinin işlem maliyetini etkileyen kamu düzenlemeleri konusunda duyarsız olması beklenemez.

Sonuç

İşlem maliyetlerinin yüksek olduğu sektörlerde ve ülkelerde teşebbüslerin bu maliyetleri aşağı çekmek için çeşitli arayışlar içine girmesi kaçınılmaz görünmektedir. Bu arayışların bir bölümünün rekabeti olumsuz şekilde etkileyecek sonuçlar

¹⁷ Bakınız Erdal Türkkan :İşlem Maliyetleri ve Rekabet ,Rekabet. Heber Bülteni, 20 Ekim 2005, Rekabet Derneği WEB sitesi,

doğurması da söz konusu olabilir. Bu çerçevede rekabet politikalarının dizaynında işlem maliyetleri olgusunun göz önünde tutulması, bu politikaların toplumsal refaha katkı yapacak şekilde uygulanması açısından bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada öncelikli sorun hatalı veya özensiz kamu düzenlemelerinden kaynaklanan işlem maliyetlerinin düşürülmesidir. Bu şekilde teşebbüslerin işlem maliyetlerini azaltmak için başvuracakları rekabeti azaltıcı yönlenmelerin önü kaynağından kesilmiş olacaktır. Bu açıdan Rekabet Kurumu'nun rekabet savunuculuğu işlevini yaparken dar anlamda rekabete uygunluk kriteri yanında işlem maliyetlerini en aza indirme kriterini de göz önünde bulundurması büyük önem taşımaktadır.

İşlem maliyetlerinin düşürülmesi konusunda ilk adımın rekabet otoritelerinin bu konuya daha duyarlı hale gelmesi olduğu açıktır. Oysa sadece Türkiye'de değil gelişmiş ülkelerde de rekabet yasaları ve uygulamalarının bilinçli bir şekilde işlem maliyetlerinin azaltılması anlayışı çerçevesinde yürütüldüğünü söylemek mümkün değildir. Bazı gelişmiş ülkelerde işlem maliyetlerinde önemli azalmalar sağlayabilecek birleşmeler ve devralmalar konusunda kısıtlayıcı tutumlar, firmalar arasında özellikle AR_GE konusunda yapılan işbirliği anlaşmalarını engelleyici tutumlar, muafiyet alanındaki bazı keyfi sınırlamalar varlığını sürdürmektedir. Bu konuda gelişmiş ülkeleri örnek alan Türkiye'nin de bu alanda hassas davranması zorlaşmış olmaktadır. AB ile başlatılan müzakere sürecinin Türkiye'de genel olarak işlem maliyetlerini azaltıcı etkilerinin, çoğaltıcı etkilerinden fazla olduğu söylenebilir. Ancak bazı sektörlerde bu durumun tersi de söz konusu olabilir.

Bu konuda atılması gereken ilk adım şüphesiz işlem maliyetleri kavramı ve olgusunun rekabet politikaları açısından sonuçlarının hakkettiği ölçüde tartışılmasıdır. Ne yazık ki 2014 yılı itibarıyla bu tartışmaların minimum ölçüler içinde bile yapıldığını söylemek mümkün değildir.

TOPLANTI DUYURUSU

1)REKABET DERNEĞİ İSTANBUL ŞUBESİ

Rekabet Derneği İstanbul Şubesi olarak **29 Mayıs 2014, Perşembe günü, 16.00-18.00 saatleri arasında Elit World Prestige Otel (4*)’de**, Friedrich Naumann Vakfı’nın katkılarıyla gerçekleştireceğimiz etkinliğimizde **Rekabet Kurumu Rekabet Başuzmanlarından Mehmet Yanık tarafından “İşletmelerin Pazar Bilgisi Toplama Ve Paylaşma Faaliyetleri Ve Bu Faaliyetlerin Rekabet Hukuku Çerçevesinde Değerlendirilmesi”** konusu ele alınacaktır. Bu etkinliğimizde sizleri de aramızda görmekten mutluluk duyarız.

Toplantı programı aşağıda yer almaktadır.

Toplantı Yeri ve Tarihi : **29 Mayıs 2014, Perşembe, Elit World Prestige Otel (4*), Talimhane, Taksim**

Toplantı Programı :

16.00 - 17.00 : Mehmet Yanık tarafından yapılacak “İşletmelerin Pazar Bilgisi Toplama Ve Paylaşma Faaliyetleri Ve Bu Faaliyetlerin Rekabet Hukuku Çerçevesinde Değerlendirilmesi” konulu sunum

17.00-17.15 : Kahve Molası

17.15-18.00 : Tartışma ve Soru-cevap

Elite World Prestige Hotel (4*)

Şehit Muhtar Cad. No:40 34435 Talimhane - Taksim(Ciner Holding karşısı)

Tel: +90 212 297 13 13 begin_of_the_skype_highlighting +90 212 297 13 13 ÜCRETSİZ end_of_the_skype_highlighting (Pbx)

2) REKABET DERNEĞİ-REKABET UZMANLARI DERNEĞİ TOPLANTISI

Rekabet Derneği ile Rekabet Uzmanları Derneği ortaklaşa olarak “DIŞLAYICI KÖTÜYE KULLANMAYA RK KILAVUZUNUN BAKIŞI” konulu bir paneli 29.05.2014 günü saat:15.00-17.00 arasında Rekabet Kurumu Konferans Salonu’nda düzenleyecektir.

Oturum Başkanı: Prof. Dr. T. Nahit TÖRE-Çankaya Ün.Uluslararası Tic.Böl. Öğrt.Üyesi

Panelistler: 1-Çiğdem TUNÇEL-Rekabet Uzmanı

2-Ahmet Fatih Özkan-Sussex Üniversitesi-Doktora

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.