



REKABET KURUMU

**TÜRK REKABET HUKUKU
UYGULAMASI İÇİN
“HUKUK VE İKTİSAT”
PERSPEKTİFİNDEN
“AMAÇ”
TARTIŞMASI**

Av. Gönenç GÜRKAYNAK

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

SUNUŞiii

TÜRK REKABET HUKUKU UYGULAMASI İÇİN “HUKUK ve İKTİSAT” PERSPEKTİFİNDEN “AMAÇ” TARTIŞMASI

1. GİRİŞ	1
1.1. Çalışmanın Amacı.....	1
1.2. Çalışmanın Savı.....	3
1.3. “Rekabet Sürecinin Korunması”, “İktisadi Etkinliğin Sağlanması” ve “Toplumsal Refahın Sağlanması” Arasındaki Araç-Hedef-Amaç İlişkisi	4
2. REKABET HUKUKU “ARAYIŞI”	5
3. “REKABET HUKUKUNUN AMACI” KAVRAMININ AYRIŞTIRILMASI ve BU KAVRAMIN SOSYOEKONOMİK ŞARTLARLA İLİŞKİSİ	6
3.1. Rekabet Hukuku’nun Amaçları Hakkındaki Tartışma.....	6
3.2. Rekabet Hukuku’nun “Amaçları”, “İşlevleri” ve “Sonuçları” Arasındaki Fark	11
4. REKABET HUKUKU’NUN AMACI, İŞLEVLERİ ve SONUÇLARI	13
4.1. Tek Pazarın Entegrasyonu Amacı: Türk Rekabet Hukuku ile AB Rekabet Hukuku Arasındaki Amaç Farkı	13
4.2. Enflasyonla Mücadele Rekabet Hukuku’nun Amaç Olabilir mi?.....	15
4.3. “Tüketicinin Korunması” Rekabet Hukukunun “Amacı” mıdır? “Tüketici Refahının Arttırılması”nın Bir Amaç Olarak Farkı Nedir?	24
4.4. Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelerin Korunması.....	30
4.4.1. ABD Rekabet Hukuku’nda	30
4.4.2. Avrupa Birliği Rekabet Hukuku’nda.....	36
4.4.3. Türk Rekabet Hukuku’nda	43

4.4.4. “Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelerin Korunması”nın Rekabet Hukuku’nun Amacı Olmaya Genel Olarak Elverişsizliği	48
4.5. Rekabet Hukuku’na Geçici Olarak İthal Edilen Amaçlar	55
4.6. Toplumsal Refahın Sağlanması Amacı	60
4.6.1. Refahın Bölüşülmesi Meselesi ve Rekabet Hukuku.....	63
4.6.2. İktisadi Etkinliğin Sağlanması Amacı	75
5. SONUÇ: TÜRKİYE’DE ANLAMLI BİR REKABET POLİTİKASI İÇİN DOĞRU “AMAÇ” ve “REKABET HUKUKU” ANLAYIŞI.....	98
KAYNAKÇA	101

SUNUŞ

Bu kitapla Türkiye'deki rekabet hukuku uygulamaları için "amaç" perspektifinin belirginleşmesi ve ilgili tartışmaların olgunlaşması süreçlerine katkıda bulunabilmeyi umuyorum. Hemen başlangıç bölümlerinde yer verildiği üzere, bu kitapta bir tezi açıkça ortaya koymakta ve desteklemekteyim. Öte yandan, kanımca Türk rekabet hukuku uygulaması için şu aşamada asıl önemli ve yararlı olan, "amaç" konusunda farklı tezlerin ortaya çıkması ve bunların tartışılmasıdır. Kitap, Türk rekabet hukuku uygulamasında "amaç" meseleleri ile ilgili bir tartışma açılmasına katkıda bulunabilirse amacına ulaşmış olacaktır. Bildiğim kadarıyla, bu kitap Türk rekabet hukuku için "hukuk ve iktisat" yaklaşımını doğrudan kullanan ilk çalışmadır. Bu bakımdan bu kitapla ilgili bir diğer umudum, Türk rekabet hukukunda "hukuk ve iktisat" disiplinine özgü yaklaşımların artırılması yönünde bir adım atılabilmesine katkı yapmasıdır.

Bu çalışma pek çok üstadımın, meslektaşımın, yakınımın ve dostumun desteğiyle son halini alabilmiştir. Öncelikle, benimle bu çalışma konularını usanmadan tartışacak sabrı gösteren ve çalışmamın bugünkü halini almasında emeği olan ağabeyim Refet Soykan Gürkaynak'a ve değerli dostum Dr. Serdar Dalkır'a teşekkür ederim. Ayrıca, çalışmayı detaylı biçimde inceleyecek vakti ayıran Prof. Dr. Turgut Tan'a ve anonim hakeme de teşekkür ederim.

Beni Harvard Üniversitesi'nde "hukuk ve iktisat" yaklaşımlarıyla tanıştıran ve asistanı olmaktan gurur duyduğum Profesör Louis Kaplow'a, benimle yayınlanmamış eserlerini paylaşarak, bana kaynak göstererek yahut ilgili konuları benimle tartışarak bu çalışmama doğrudan veya dolaylı olarak katkıda bulunan Ian Forrester QC'a, Dr. Gerrit Schohe'ye, Mark Powell'a, Profesör Eric Rasmusen'e, Prof. Dr. Erinç Yeldan'a, Prof. Dr. İ. Yılmaz Aslan'a, Şehnaz C. Şensoy'a ve David P. Bailey'e de teşekkür borçluyum.

Ayrıca, çalışmadaki pek çok cümleye anlam bakımından büyük katkısı olan annem Prof. Dr. İpek Gürkaynak'a ve çalışmanın gelişimi boyunca benden desteğini ve görüşlerini esirgemeyen babam Prof. Dr. Mehmet Rüştü Gürkaynak'a teşekkür ederim. Beni daima ve sınırsız bir biçimde teşvik edip destekleyerek amaçlarımı var eden ve mümkün kılan eşim Av. Serra Başoğlu Gürkaynak, hayatımdaki her projeye ilgili olarak yaptığı gibi, bana bu çalışmayla ilgili tüm konularda da sonuna kadar destek olmuştur. Burada ona ancak bu çalışma üzerindeki görüşleri ve çalışmanın her aşamasındaki desteği için teşekkür edebilirim.

Eğer Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Sayın İsmail Hakkı Karakelle'nin nazik daveti ve teşviki olmasaydı, bu kitabın Rekabet Kurumu tarafından yayınlanması muhtemelen yalnızca bir uzak düşünceden ibaret olacaktı. Sayın İsmail Hakkı Karakelle'ye ve bir yılı aşkın bir süreye yayılan çalışmamın çeşitli aşamalarında bana daima destek olan Rekabet Kurumu İkinci Daire Başkanı Sayın Halil Baha Karabudak'a teşekkür etmeyi zevkli bir görev sayıyorum. Ayrıca, bu kitabın okuyuculara ulaşacağı son haline getirilmesi için gerekli tüm teknik desteği veren Basım ve Yayın Müdürü Sayın Tülay Çöl'e ve Mutlu Özbek'e de tüm emekleri için teşekkür ederim.

Şüphesiz, yukarıda ismini andığım kişilerin bu kitapta savunduğum görüşlerin tamamını veya bir kısmını benimsediğini varsaymak hatalı olacaktır. Ayrıca, bu kitaptaki hataların sorumluluğu da yalnızca bana aittir. Bugüne kadar pek çok değerli tez çalışması yayınlamış olan Rekabet Kurumu'nun ilk defa bir özgün eseri kitap olarak basma kararı alan Yayın Komisyonu vasıtasıyla gösterdiği güvene layık bir ürün ortaya koyabildiğimi umarım.

Av. Gönenç GÜRKAYNAK

TÜRK REKABET HUKUKU UYGULAMASI İÇİN “HUKUK ve İKTİSAT” PERSPEKTİFİNDEN “AMAÇ” TARTIŞMASI

1. GİRİŞ

1.1. Çalışmanın Amacı

Rekabet hukuku üzerinde çalışan ve bu alanın belli meselelere yaklaşımı konusunda düşünce üreten bir kimsenin ilk olarak karar vermesi gereken konu, bu hukuk alanında neyi amaçladığı ve bu alandaki uygulamadan ne gibi bir fayda beklediğidir. Buna bağlı olarak, rekabet hukuku sahasında yapılacak herhangi bir analizin sıhhati için birinci önkoşul, bu analiz yapılırken belirli ve tutarlı bir rekabet hukuku tanımının ve anlayışının daima akılda tutulmasıdır. Bu sebeple, bu tanım yapılırken ihtiyaç duyulan en önemli unsur olan rekabet hukukunun “amacı” kavramı büyük önem kazanmaktadır.

Uygulanmaları esnasında sıklıkla “amaç” sorunuyla karşı karşıya kalınmayan başka bazı hukuk alanlarından farklı olarak, rekabet hukukunun anlamlı ve tutarlı bir biçimde uygulanabilmesi için “amaç” meselesine nasıl yaklaşıldığının büyük önemi vardır. Politika kararlarının özellikle önem arz ettiği hukuk alanları olan vergi hukuku, iş hukuku, tüketici hakları, fikri ve sınai haklar, çevre hukuku ve benzeri alanlarda bile, ilgili politika kararlarını mevzuatın nasıl uygulanacağı sorunundan bir ölçüde ayırmak mümkündür. Oysa, ayrıntılı hükümlerle düzenlendiği halde, Türk rekabet hukuku uygulamasını ve genel olarak herhangi bir rekabet hukuku rejimindeki uygulamayı o hukuk rejimiyle ilgili politika kararlarından bir an için bile soyutlamanın imkanı yoktur.

Dolayısıyla, Türkiye’de bir rekabet politikası oluşturulurken “amaç” perspektifini daima göz önünde bulundurmak ve rekabet politikasını oluşturacak kararları doğru bir rekabet hukuku anlayışına göre almak önem arz edecektir. Aynı şekilde, eğer Türk rekabet hukuku rejimi gibi rekabet hukuku politikasını yeni yeni oluşturmaya başlayan bir hukuk sisteminde bazı rekabet politikası tercihleri sorgulanacaksa, bu sorgulamalara girişmeden evvel rekabet hukuku uygulaması ile neyin amaçlandığını özenle ortaya koymak ve “rekabet hukuku”nun nasıl tanımlandığına dikkatle yaklaşmak gerekecektir.

“Amaç” kavramının önemi bununla da sınırlı değildir. 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un¹ ülke dışı uygulanması meselesinden (Erol, 2000; 154-156) başlayıp Türkiye’de üzerinde çalışılan özelleştirmelerle rekabet hukuku uygulamasının dayanışma içine girmesinin nasıl sağlanacağına (Öz, 1999; 4)² kadar pek çok başka konu bile “amaç” kavramının doğru tanımlanmasını gerektirmektedir.

Ayrıca, Türkiye’nin Avrupa Birliği’ne tam üyelik yolunda ilerlediği, Avrupa Birliği ve ABD makamlarının pazarların işleyişini denetlerken işbirliği olanaklarını her geçen gün biraz artırdığı ve hem ticarete hem de rekabete etki eden unsurlardan pek çoğunun belirlenmesinde ulusal sınırların anlamsızlaşabildiği şu dönemde, Türk rekabet hukuku uygulamasının uluslararası alandaki rolünü sancısız ve anlamlı bir biçimde yerine getirebilmesi için de, amacın ne olduğu tartışmasının olgunlaşmaya başlaması gerekmektedir. Bir başka deyişle, “pazarların uluslararası nitelik kazanması, rekabet hukuku normlarının uygulanma alanını değiştiren bir durum olarak, rekabet hukukunun amacının açıklığa kavuşmasını gerekli kılmaktadır” (Gerber, 1988; 694).

Üstelik, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde ve dışında Türk pazarlarını etkileyecek biçimde ticari faaliyet gösteren tüm tacirlerin de Türk rekabet hukuku uygulamasında sağlıklı bir amaç perspektifinin yerleşmesinde büyük menfaatleri vardır. Neticede yarı-cezai nitelik arz eden rekabet hukuku uygulamasının herhangi bir amaca hizmet edebilmesi ve kendi kendisinin düşmanı halini almaması için, bu hukuk alanındaki uygulamanın “öngörülebilir” olması büyük önem taşımaktadır. Rekabet hukuku uygulamasına bu özelliği kazandırmanın başlıca yolu ise belirgin ve olgunlaşmış bir “amaç” perspektifi etrafında birbiriyle tutarlı kararların alınmasıdır. Rekabet hukukunun, nasıl bir amaç perspektifi benimsenirse benimsensin, amacına ulaşabilmesi için, müteşebbislerin pazarda kendine güven içinde ticari faaliyette bulunabilmeleri ve zaten ticaret hayatının doğasında olan riskin üzerine bir de hukuk eliyle getirilen suni bir riskin altında kalmamaları gerekir. Rekabet hukuku ancak açık prensipler dahilinde ve anlamlı bir “amaç” perspektifiyle uygulanırsa kendi başına bir “risk” olmaktan çıkıp ticari kararlara sağlıklı biçimde dahil edilebilecek bir veriye dönüşecektir.

Yukarıda bahsedilen tutarlılık ve öngörülebilirlik ile de ilgili olarak, “amaç” kavramının nasıl şekillendiğinin rekabet hukuku muhakeme sürecinde

¹ 13 Aralık 1994 tarih ve 22140 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Çalışmanın geri kalanında, “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun”, “Türk Rekabet Kanunu”, “4054 Sayılı Kanun” yahut “RKHK” olarak anılacaktır.

² “Arzu edilmemekle birlikte, özellikle uygulamada ortaya çıkan bazı sonuçlara bakıldığında, özelleştirmenin sonuçları ile rekabet hukukunun amaçlarının çatışması da mümkün olabilmektedir” (Öz, 1999; 4).

izlenecek usule de etkisi olduğu tespit edilmelidir. Zira, “Rekabet Kanunu’ndaki usul hükümlerine egemen olan (ve olması gereken) ilkelerin belirlenmesi, ortaya çıkan usuli sorunların çözümü, genel ifadeyle kanunun yorumu, Rekabet Kanunu’nun amacı ile doğrudan ilişkilidir” (Yılmaz, 1999; 89). Dolayısıyla, rekabet hukuku muhakeme sürecini “olması gereken”e yaklaştıracak prensipleri oluştururken de net ve olgun bir “amaç” perspektifine ihtiyaç vardır.

Tüm bu sebeplerle, “Nasıl bir rekabet hukuku?” sorusuna cevap aradığımız bu çalışmayla, Türk rekabet politikasındaki hakim karakterin ve tercihlerin bir yandan oluşturulduğu bir yandan da sorgulandığı şu yıllarda yapılmasının özellikle önemli olduğunu düşündüğümüz bir tartışmaya katkıda bulunmayı umuyoruz. Bu kitap, rekabet hukukunun öncelikli amacının ekonomik olduğunu ortaya koymak ve Türk rekabet hukuku politikasının şekillendirilmesi sürecinde benimsenecek doğru amaç perspektifini tartışmaya açmak için yazılmıştır. Bu kitapta yine Türk rekabet hukukunda tartışılması gereken pek çok alt konu yer alacak olmakla beraber, asli gayretimiz Türk rekabet hukuku uygulaması için “amaç” tanımını doğru yapmak ve böylece rekabet hukukunu doğru parametrelerle tanımlamak olacaktır. Kısaca, amacımız “amaç”ı berraklaştırmaktır.

1.2. Çalışmanın Savı

Bu kitap, içeriğinde Türk rekabet hukukuna ve genel olarak rekabet hukukuna ilişkin pek çok düşüncemizi barındırmakla beraber, temelde şu savı ortaya koymaktadır: Kanımızca, rekabet hukukunda birden fazla “amaç” benimsenemez. Rekabet hukukunun amacı “toplumsal refahın sağlanması”dır. Bu sebeple rekabet hukukunda hedef “iktisadi etkinliğin korunması”dır. Kendisi bir araç olan “rekabet hukuku” disiplinde başka “amaç” benimsendiğinde, bizim asıl amaç olarak ortaya koyduğumuz “iktisadi etkinliğin korunması suretiyle toplumsal refahın teminat altına alınması” amacından taviz verilmesi kaçınılmazdır. Bu, kanımızca, yanlış bir rekabet politikası tercihidir.

Türk rekabet hukukunun yegane uygun amacı toplumsal refahı sağlamak olarak kabul edildikten sonra, bu amaca ulaşmak için iktisadi etkinlik hedeflenirken, tüm analizlerde en başta dinamik etkinliğin değerlendirilmesi ve özellikle birleşme ve devralma analizlerinde maliyet etkinliğinin de dinamik etkinlikle beraber öncelikli olarak (dağılım etkinliği mülahazalarından evvel) göz önüne alınması gereklidir (Tüm bu kavramlar kitabın ilerleyen bölümlerinde açıklanacaktır).

1.3. “Rekabet Sürecinin Korunması”, “İktisadi Etkinliğin Sağlanması” ve “Toplumsal Refahın Sağlanması” Arasındaki Araç-Hedef-Amaç İlişkisi

Yukarıdaki paragrafta bu çalışmanın ana savı olarak ortaya koyduğumuz düşüncenin geliştirilmesinde ve sunulmasında özellikle iktisat biliminde kullanılan bazı ayırım ve tezlerin yardımına da başvuruyoruz. Bunlardan ilki yukarıda bu çalışmanın savı açıklanırken kullanıldığı için, “amaç”, “hedef” ve “araç” ayırımını hemen ortaya koymak gerekir.³ Kanımızca, sağlıklı bir “amaç” analizi sonrasında elde edilecek bir rekabet hukuku tanımında, yalnızca “rekabet sürecinin korunması”, “iktisadi etkinliğin korunması” ve “toplumsal refahın korunması” kavramlarının yeri vardır. Bu kavramlar rekabet hukukunun amaç analizinde zaman zaman birbirlerinin yerine geçerek genel bir “amaç” başlığı altında kullanılsalar da, aslında aralarında baştan açıklanması gereken ve daha farklı bir ilişki mevcuttur.⁴

“Rekabet süreci, toplumsal kaynakların optimal etkinlik noktasında kullanılmasını sağlayarak refahı maksimize eder” (Whish, 1993; 2). Rekabet sürecinin korunması fikri, yani aslında rekabet hukuku, bir araçtır.⁵ “Kuşkusuz düzenleme politikalarının hedefi rekabet değildir, rekabeti veya rekabet politikasını bazı amaçlara ulaşmak için kullanılabilen en önemli araçlardan

³ Aşağıda 3.2. numaralı başlık altında ayrı bir “amaç”, “işlev” ve “sonuç” ayırımına yer verilecektir. Bu ayırım, “amaç”, “hedef” ve “araç” ayırımından tamamen farklıdır. O ayırma gerek duymamızın sebebi, rekabet hukuku tanımında yer vereceğimiz ve “amaç” analiziyle ilgisini kabul ettiğimiz kavramların farklı rollerini açıklamak değil, aslında “amaç” olmayan ve rekabet hukuku tanımında yer almayacak olan kavramları ayırtmaktır.

⁴ Bu çalışmanın geri kalanında da, zaman zaman bu üç kavramdan “amaç” olarak söz edilecektir.

⁵ Aşağıda 4.6.2.2. numaralı başlık altında açıklanacak sebeplerle, rekabet hukuku rekabeti bir süreç olarak ele alıp korumalıdır. Rekabet hukuku, rakipleri korumanın bir aracı olmadığı gibi, rekabeti başlı başına bir değer olarak görüp salt bir kavram olarak korumanın aracı olarak da düşünülmemelidir. ABD Adalet Bakanlığı ile Federal Ticaret Komisyonu’nun yaklaşımını kullanacak olursak, “Rekabet hukuku yüz yılı aşkın süredir serbest piyasa ekonomisini mümkün kılan ‘rekabet süreci’ nin nihai koruyucusu olmuştur. Tüketicinin seçeneklerini arttıran ve rekabetçi fiyatları ortaya çıkaran bu süreç sayesinde tüm toplum kaynakların en iyi biçimde dağılımından istifade edebilecektir” (Adalet Bakanlığı-Federal Ticaret Komisyonu, Uluslararası Operasyonlar İçin Rekabet Hukuku Uygulaması Rehberi, 1, (Nisan 1995)). Aksi halde, rekabet hukuku rekabetin bir süreç değil bir kavram olarak, körü körüne ve amaçsızca korunduğu bir rejim olarak uygulanırsa, bu araçla “iktisadi etkinliğin sağlanması suretiyle toplumsal refahın artırılması” amacına ulaşma olanakları kısıtlı olacaktır. Neden böyle olduğunun açıklaması da özellikle 4.6.2. numaralı başlık altındaki analizlerde yer almaktadır. Burada bir “araç” olarak ortaya konulan “rekabet hukuku”, rekabetin bir süreç olarak korunması fikrine hizmet eden hukuk disiplini olarak düşünülmektedir. Rekabetin bir “süreç” olarak ele alınması gerektiği düşüncesine, rekabet hukukunda hangi kuramsal araçların kullanılması gerektiğine dair sonuçlarının dışında yüklediğimiz ikinci önem de budur (Rekabetin bir süreç olarak ele alınması meselesine ilişkin daha fazla bilgi için bkz. Fox, 1981 ve Flynn, 1990).

biri olarak görmek gerekir” (Atiyas, 1999; 51). Nitekim, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un hem “Amaç” kenar başlıklı 1. maddesi⁶ hem de daha düzgün bir tanımı içeren “Rekabet Kurumu” kenar başlıklı 20. maddesi,⁷ aslında bu çalışmada tartıştığımız anlamda bir amaç tanımını değil, aracın kendisinin bir tarifini içermektedir.⁸

Bizce, rekabet hukuku “toplumsal refahın artırılması” amacına yönelik bir araçtır. Bu böyle olmakla beraber, “toplumsal refahın artırılması” kavramı doğrudan hedeflenmeye pek müsait değildir. Daha kontrol edilebilir, hedeflenebilir, ölçülebilir ve teşhis edilebilir bir kavram olan “iktisadi etkinliğin sağlanması” kavramı bu sebeple bir hedef olarak kullanılmaktadır. Yer verdiğimiz “amaç”, “hedef” ve “araç” kavramlarının, nitelikleri itibarıyla, iktisat sahasından vereceğimiz şu örnekte aynı kavramlara yüklenenden farklı nitelikleri yahut rolleri yoktur: “Amaç” enflasyonun aşağı çekilmesi iken, kontrolü ve hedeflenmesi daha kolay kavramlar olan “döviz kuru” yahut “net iç varlıklar” hedeflenmekte ve bu hedeflemede de “açık piyasa işlemleri” araç olarak kullanılmaktadır. İşte bizim rekabet hukuku tanımımız ve “amaç” analizimiz bakımından, “rekabet sürecinin korunması”, “iktisadi etkinliğin sağlanması” ve “toplumsal refahın sağlanması” arasındaki ilişki bu tip bir araç-hedef-amaç ilişkisidir: Rekabet sürecini koruyan rekabet hukuku düzeni bir araç olarak kullanılarak iktisadi etkinliğin sağlanmasının hedeflenmesi suretiyle toplumsal refahın sağlanması amacına ulaşılacaktır.

2. REKABET HUKUKU “ARAYIŞI”

Rekabet hukukunun en geçerli tanımı, ancak bu hukuk alanının toplumun refah düzeyini arttırmaya yönelik amaçlarını gerçekleştirmek üzere başlattığı ve süregelen bir arayışı içerdiğini vurgulayarak verilebilir. Böyle bir rekabet hukuku anlayışının rekabet hukukunun ilgilendiği çeşitli işlem ve

⁶ “Bu Kanun’un amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır” (Rekabetin Korunması Hakkında Kanun-Madde 1).

⁷ “Mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde teşekkülünün ve gelişmesinin temini ile bu Kanun’un uygulanmasını gözetmek ve Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirmek üzere kamu tüzel kişiliğini haiz idarî ve malî özerkliğe sahip Rekabet Kurumu teşkil edilmiştir” (Rekabetin Korunması Hakkında Kanun-Madde 20).

⁸ Bahsettiğimiz anlamda “amaç” tanımını barındıran rekabet kanunları yok değildir. Yakın tarihteki rekabet kanunları arasında güzel bir örnek, rekabet mevzuatını Türkiye’ninkine yakın bir tarihte (1 Şubat 1996) yürürlüğe koyan Panama Cumhuriyeti’nin 29 sayılı Kanun’udur. Bu kanunun 1. maddesinde açıkça “rekabet hukukunun amacı, mal ve hizmet pazarlarının etkin işleyişinde tekeli uygulamaları ve diğer kısıtlamaları ortadan kaldırmak üzere ekonomik rekabet sürecini koruyup teminat altına alarak tüketicinin daha yüksekte bulunan menfaatlerini korumaktır” denilmektedir.

eylemlerin çözümlenmesinde de kendini göstereceğini ve hem uygulamacılara hem de karar mercilerine bu konulardaki yaklaşımlarını daima geliştirme motivasyonu sağlayacağını düşünüyoruz.

Bu anlayışa göre, rekabet hukuku yaklaşımlarının belli ilkeler çerçevesinde daima yenilenmesi ve değişmesi son derece normal ve sağlıklıdır. Rekabet hukukunun toplumsal mühendisliğe müsait bir alan olup olmadığı halen tartışma konusu olmakla beraber, sosyoekonomik şartlardaki değişimlerin rekabet hukuku yaklaşımlarını doğrudan etkilediğine ve etkilemesi gerektiğine zaten şüphe yoktur. Rekabet hukuku alanına fayda getirecek ve rekabet hukukunun amacına ulaşma olanaklarını arttıracak bir düşüncenin, en az hukuki düşünce tarzına bağlı kaldığı ve özen gösterdiği kadar iktisat biliminin esaslarına da uygun olması gerekliliğinin ana sebebi de bu etkileşimdir. Aksi halde, eğer sosyoekonomik koşullarla rekabet hukuku arasındaki yoğun ilişki yadsınırsa, diğer pek çok hukuk sahasından farklı olarak rekabet hukuku sahasındaki analiz yöntemlerinin iktisat biliminin gereçleriyle özgürleştirildiği savını (Gürkaynak, Ocak 2002; 14) desteklemeye de imkan kalmayacaktır. Oysa, ABD Yüksek Mahkemesi'nin *Syufy Enterprises*⁹ kararında açıklıkla ortaya koyduğu gibi, "bütün rekabet hukuku davaları iktisadi olarak ifade etmek zorundadır". "Hukuk ve ekonomi" yaklaşımlarının özellikle önem arz ettiği hukuk alanlarından birinin rekabet hukuku olmasının ve "amaç" tartışmasının mutlaka iktisadi perspektiften ele alınması gerekliliğinin sebebi de sosyoekonomik şartlarla rekabet hukuku arasındaki bu etkileşimdir.

Her nedense, bugün bile, "hukuk ve ekonomi" yaklaşımına ve rekabet hukukunu ekonomik amaçlara yönelten düşünce sistemine, aslında ideolojik amaçları gizleyen bir paravan olduğu endişesiyle yaklaşılmaktadır. Oysa, ABD Federal Yüksek Mahkemesi üyesi Hakim Holmes'un bundan bir asır evvel gördüğü gelecek, özellikle rekabet hukuku için, her geçen gün biraz daha gerçek olmaktadır: "Hukukun rasyonel bir biçimde çalışması bakımından, bugünün hukukçusu kanunun lafzıyla ilgili insan olsa da, geleceğin hukukçusu bir istatistik ve ekonomi insanı olacaktır" (Holmes, 1897).

3. "REKABET HUKUKUNUN AMACI" KAVRAMININ AYRIŞTIRILMASI ve BU KAVRAMIN SOSYOEKONOMİK ŞARTLARLA İLİŞKİSİ

3.1. Rekabet Hukuku'nun Amaçları Hakkındaki Tartışma

Halen devam etmekte olan bir arayışın parçası olması ve kaynağını iktisat biliminin verilerinden alması, rekabet hukukunun önemli özellikleridir.

⁹ *Syufy Enterprises v. United States*, 404 U.S. 802 (1971).

Bunlar, rekabet hukuku anlayışında benimsenmesi ve rekabet hukuku tanımında yer verilmesi gereken özelliklerdir. Ancak, doğru bir rekabet hukuku tanımı ve anlayışı için gerekli olan en önemli unsur bu hukuk disiplininin amacıdır. Yukarıda da açıklandığı gibi, “amaç” konusuna ne şekilde yaklaşıldığı, bir rekabet hukuku rejimini ve o rejimin benimsediği rekabet hukuku politikalarını şekillendiren en önemli unsurdur. Serbest piyasa mekanizmasının en yüksek toplumsal refah seviyesini sağlayacak kaynak dağılımına yol açması için, rekabetçi biçimde işliyor olması gereklidir. Serbest piyasa mekanizmasının doğal işleyişi ise bu rekabet sürecini zayıflatacak biçimde olabilmektedir. Bu durumda hukuk eliyle söz konusu rekabet sürecinin korunması gerekmektedir. Bu şartlar altında, rekabet hukukunun çıkış noktalarından birinin refahın en yüksek seviyeye çekilmesine yardımcı olmak olduğuna şüphe yoktur. Bu sebeple de, rekabet hukukunda başlıca amaçlardan birinin iktisadi etkinliği sağlamak olduğu, ilk olarak ABD rekabet hukukunda ortaya çıkan örnek kararlar¹⁰ öncülüğünde, genel kabul görmektedir. Bugün rekabet hukuku sahasındaki başlıca tartışma “iktisadi etkinliğin sağlanması” amacının yanısıra rekabet hukukunun başka amaçları da olup olmadığıdır.

İktisadi etkinliğin sağlanması amacına önem veren görüşün, bundan başka hiçbir amacın kabul edilemeyeceği yönünde ciddi bir uzantısı vardır. Rekabet hukukunun tüm amacını iktisadi etkinliğin sağlanmasından ibaret gören görüşün en iyi ifade edildiği metinler genellikle Chicago ekolü yazarları (Posner, 1979 ve Bork, 1978) tarafından kaleme alınmış olmakla beraber, Harvard ekolünün en önemli temsilcileri olan Areeda ve Turner (1978) da zaman zaman bu görüşe oldukça yaklaşmışlardır.¹¹ Rekabet hukuku bakımından bir ekonomik modelde ifade bulamayacak başka değerlerin varlığına inanan ve bu sebeple hem “iktisadi etkinliğin korunması” amacının yanısıra başka amaçları da rekabet hukuku analizine dahil eden hem de iktisat biliminin rekabet hukuku sahasındaki rolünü nispeten kısıtlı gören bir başka ciddi akım ise “küçük teşebbüslerin büyük teşebbüslerden korunması”, “tüketicinin korunması”, “ekonomik ve siyasi gücün

¹⁰ United States v. General Dynamics Corp., 415 U.S. 486 (1974); Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc., 433 U.S. 36 (1977); *Brunswick v. Pueblo Bowl-O-Mat*, 429 U.S. 477 (1977); *National Society of Professional Engineers v. United States*, 435 U.S. 679 (1978); *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting Sys., Inc.*, 441 U.S. 1 (1979); *Reiter v. Sonotone Corp.*, 442 U.S. 330 (1979).

¹¹ Bu yazarlara (Areeda ve Turner, 1978; 103-105) göre, rekabet hukukunun diğer (ekonomik olmayan) amaçlarını desteklemenin uygun yöntemi “doğrudan bu konulara ilişkin bağımsız yasalar çıkartmak”tır. “Her hangi bir makul yorum tarzına bağlı kalındığı müddetçe, rekabet hukuku bu amaçlar bakımından ancak marjinal bir etkiye sahip olabilir. Üstelik, birbiriyle çatışan menfaat ve amaçların tartılıp değerlendirilmesi mahkemeleri, esasen politik olan ve haklarında uygulanabilir bir yasal standart bulunmayan kararlarla karşı karşıya bırakır. Bu da onların üstlenmek için yeterli olanağa ve donanımına sahip olmadıkları bir düzenleyici ve denetleyici rolü üstlenmelerine yol açar”.

bir elde toplanmasının önüne geçilmesi”, “adil bir gelir dağılımının sağlanması”, “pazara giriş kolaylığının muhafaza edilmesi”, “teşebbüslerin ticari tavırlarında hakçılığın (fairness) özendirilmesi” ve hatta “dev şirketlerin gayrişahsi (impersonal) iş görme biçimlerinin engellenmesi” gibi hususları rekabet hukukunda “amaç” olarak görmektedir (Örneğin, Sullivan, 1975; Elzinga, 1977; Schwartz, 1979; Pitofsky, 1979 ve Hovenkamp, 1982).^{12,13} Bu noktada, amaç konusuna değinen ve ABD rekabet hukukundan seçtiğimiz birkaç örnek karara yer vererek doktrindeki tartışmanın uygulamada da benzer genişlikteki bir alanda cereyan ettiğini ortaya koymak ilgi çekici olabilir. Örneğin, *Dedication and Everlasting Love to Animals v. Humane Soc. of U.S., Inc.*¹⁴ kararı, ilgili mahkemenin rekabet hukukunun olası amaçlarından ne anladığını korkusuzca listelemesi bakımından, ilginçtir. Bu kararda, kar amacı gütmeyen kuruluşların rekabet hukuku uygulamasına ne şekilde konu oldukları meselesine açıklık getirilirken, rekabet hukukuna ilk anda verilen amaçların bir özetine şu şekilde yer verilmiştir: “Rekabet hukukunun tüm olası amaçları -kaynakların etkin dağılımından minimum üretim maliyetlerinin sağlanmasına, ürün icadı ve geliştirilmesinin en üst seviyeye çekilmesinden pazara eşit erişim olanağı sağlanmasına ve rekabetçi standartlara uygun olarak hakça bir dağılımın sağlanmasına kadar tüm bu amaçlar-kar için faaliyet göstermeyen kuruluşlar bakımından da geçerlidir”. *Smalley & Co. v. Emerson & Cuming, Inc.*¹⁵ kararına göre ise, “rekabet hukukunun ana amacı, tüm tüketiciler yararına olan hakça rekabeti teşvik etmektir”. *Reiter v. Sonotone Corp.*¹⁶ kararı “amaç” meselesini daha da çarpıcı bir tek cümleyle sonuca bağlamakta ve bu kararda rekabet hukuku bir “tüketici refahı reçetesi” olarak görülmektedir. *Sandy River Nursing Care Center v. National Council on Compensation Ins.*¹⁷ kararında ise, rekabet hukukunun yüz yılı aşkın geçmişine rağmen amaçları tartışmalı bir hukuk alanı olduğu vurgulanarak “yine de rekabet hukukunun en üstte yer alan amacı ekonomiktir” ve “rekabet hukukunun ekonomik ve sosyal amaçları çatıştığında mahkemeler rekabet hukukunun ekonomik amaçlarına öncelik vermektedir” gibi tespitlere yer verilmektedir.

¹² Rekabet hukukuna ekonomik amacı dışında verilen diğer amaçlara dair tartışmaların iyi bir özeti için bkz. Sullivan ve Grimes, 2000.

¹³ Ayrıca, daha önce monopolize edilmiş yahut regülasyona tabi pazarların özgürleştirilmesi ve rekabete açılması da rekabet hukukunun amaçlarından biri olarak zaman zaman dile getirilmiş ise de (Bellamy ve Child, 1996; 12), aslında bunun da tanımlanması gereken başka bir ana amaca yönelik bir politika kararı olduğu açıktır.

¹⁴ *Dedication and Everlasting Love to Animals v. Humane Soc. of U.S., Inc.* 50 F.3d 710 C.A.9 (Cal.) (1995)

¹⁵ *Smalley & Co. v. Emerson & Cuming, Inc.*, 13 F.3d 366 C.A.10 (Colo.) (1993)

¹⁶ *Reiter v. Sonotone Corp.*, 442 U.S. 330, 343, 99 S.Ct. 2326, 2333, 60 L.Ed.2d 931 (1979)

¹⁷ *Sandy River Nursing Care Center v. National Council on Compensation Ins.*, 798 F. Supp. 810 (1992)

Türk rekabet hukuku bakımından ise, yukarıda doktrin ve yargı kararlarından örneklerle ortaya koyduğumuz olası amaçlar listesinin bir benzerine Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Genel Gerekçesi'nde¹⁸ yer verilmektedir (Büyük bölümünü bu kitapta tartışacağımız farklı olası amaçların ilgili paragraf içinde daha rahat görülebilmesi için, parantez içindeki vurgular eklenmiştir):

“Rekabet sürecinin korunması ile, ülke kaynaklarının halkın taleplerine göre dağıtımı (*dağılım etkinliği*) sağlanırken, artan ekonomik verimlilik ile birlikte, genel refaha olumlu katkılar da sağlanmış olacaktır (*toplumsal refah*). Ticari faaliyete katılanlar arasındaki rekabet, daha verimli üretim ve işletmeciliği beraberinde getirirken, daha az kaynak kullanılmasını, daha az maliyetle üretim yapılmasını (*maliyet etkinliği*), teknolojik yenilikler ve gelişmelerin ortaya çıkmasını (*dinamik etkinlik*) teşvik edici bir görev üstlenmiş olacaktır. Bu da daha kaliteli mal ve hizmeti daha ucuza alabilme fırsatının doğması, böylece tüketicilerin ve toplumun tümünün refah düzeyinin artması sonucunu doğuracaktır (*tüketici refahı ve toplumsal refah*). Rekabet düzeni ile yukarıda belirtilen amaçların yanında ikincil amaçlara ulaşmak da hedeflenmektedir. Her şeyden önce rekabet düzeni, pazara giriş engellerini ortadan kaldırarak, küçük işletmelerin korunmasına (*küçük teşebbüslerin korunması*) yardımcı olmaktadır...Öte yandan, rekabet düzeni piyasada doğruluk ve dürüstlüğü yaygınlaşmasına da katkıda bulunmaktadır (*hakçılığın özendirilmesi*). Ayrıca, rekabetçi ortamın enflasyonun aşağı çekilmesinde önemli yararları olduğu da bilinmektedir (*enflasyonla mücadele*). Rekabet Kanunu ile çözümlenmesi beklenen diğer önemli bir husus da, ülkede girişimci ruhun yeniden canlandırılmasıdır (*girişimciliğin teşvik edilmesi*)”.

Görüldüğü gibi, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Genel Gerekçesi'nde rekabet hukukunda “amaç” olarak görülebilecek pek çok kavrama yer verilmiş ve aralarında birincil-ikincil ayırımı yapılmakla beraber bu kavramların tümünün ulaşılacak amaçlar olduğu fikrinden hareket edilmiştir. Bilindiği gibi, bizim bu çalışmadaki savımız, rekabet hukuku uygulaması esnasında, (sonuçta her biri iktisadi etkinliğe ait kavramlar olan dağılım etkinliği, maliyet etkinliği ve dinamik etkinlik hariç) bu kavramlar arasında hangisinin amaçlandığı konusunda bir seçim yapılması gerekebileceği ve pek çok durumda bu kavramların beraberce amaçlanamayacağıdır. Yine bu denemeye ortaya koymaya çalışılacak olan ikinci bir ilgili husus ise, bu kavramlardan bazılarının “amaç” olarak görülüp rekabet hukuku uygulamasını şekillendirmesinin hatalı olacağı ve fakat bunların doğru amaç perspektifiyle

¹⁸ Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet ve Sanayi ve Teknoloji ve Ticaret Komisyonları Raporları (1/542), T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, Sayı: B.02.0.KKG/101-485/04689 ve Tarih: 10.5.1993

uygulanan rekabet hukukunun bir “işlevi” olarak kabul edilebileceğidir. Son olarak, bu çalışmayla, yukarıda yer verilen kavramlardan bazılarının, belli şartların varlığı halinde birbiriyle yarışır hale geldiğini (örneğin, iktisadi etkinliğin farklı unsurları arasında doğabilecek yahut birer amaç olarak iktisadi etkinliğin sağlanması suretiyle toplumsal refahın artırılması ile tüketici refahının artırılması arasında doğabilecek çatışma) ortaya koyarak, bu durumda asıl “amaç” perspektifi altında nasıl bir denge kurulmasının makul olacağını irdelemeye çalışacağız.

Yukarıda yer verilen örneklerde bir şey açıkça görülmektedir. Rekabet hukukunun pek çok sahasında olduğu gibi, “amaç” analizinde de siyah-beyaz bir görüntü yoktur. Rekabet hukukunun amacı olarak ortaya konulan her bir değer ilgili olduğu sosyoekonomik şartlar içinde ele alınması ve hem kanımızca ana amaç olan “iktisadi etkinlik” amacından ne ölçüde sapma yaratacağına, hem de getirileriyle götürülerinin objektif bir mukayesesine göre değerlendirilmesi gerekir. “Amaç” konusu irdelenirken, genelgeçer bir formül değil, yukarıda yer verdiğimiz faktörleri de tartabilecek bir terazi kullanılmalıdır. Farklı sosyoekonomik koşullar rekabet hukukuna farklı amaçlar yüklenmesini haklı kılabilir. Bu sebeple, aşağıda “amaç” konusu ele alınırken, amaç olarak sunulması mümkün olan başlıca kavramlar Türk rekabet hukuku bakımından ayrı ayrı ele alınmıştır.

Kanımızca, küçük teşebbüslerin Türkiye’de karşı karşıya oldukları zorlu iktisadi koşullar dolayısıyla, Türk rekabet hukuku uygulamasında “amaç” konusunda bir rekabet politikası tercihi yapılırken “iktisadi etkinliğin korunması suretiyle toplumsal refahın sağlanması” amacının ikinci plana alınması hatasına yol açma olasılığı en yüksek olan ihtiyaç “küçük teşebbüslerin korunması” ihtiyacıdır. Aşağıda da ortaya konulacağı üzere, Türkiye’de böyle bir ihtiyacın bağımsız olarak mevcut olduğu doğrudur ve fakat bu durum çalışmamızın konusu dışındadır. Asıl konu, “rekabet hukuku” aracının bu ihtiyaca cevap verme imkanı bulunup bulunmadığı ve rekabet hukuku eğer böyle bir “amaç” benimsenerek uygulanırsa bu hukuk rejiminin aynı zamanda iktisadi etkinliğin sağlanması hedefine yönlendirilmesinin mümkün olup olmayacağıdır. Bu sebeple, olası “amaç” yaklaşımları tartışılırken, “küçük teşebbüslerin korunması” kavramı üzerinde özellikle durulacaktır.

Bu noktada açıklığa kavuşturmak istediğimiz bir başka önemli konu da şudur: Rekabet hukukunun yalnızca “iktisadi etkinliğin sağlanması suretiyle toplumsal refahın en üst seviyeye çekilmesi” amacını takip etmesi gerektiğini savunduğumuz bu çalışmada, iktisadi etkinlik sağlandı diye Türk ekonomisinin, özellikle de imalat sanayiinin, yapısal sorunlarından kurtulacağını varsaymıyoruz. Dolayısıyla, rekabet hukuku doğru uygulanırsa etkinlikte ve verimlilikte sağlanacak olan artışın, istihdam, ücretler ve yatırım artışları gibi

alanlarda gerekli etkiyi yaratmaması olasılığı bulunduğunu düşünüyoruz. Hatta, Türk ekonomisindeki etkinlik artışlarının Türk Rekabet Kurumu'nun teşkilatını oluşturarak faaliyete geçtiği 1997 güzünden önceki akıbetine bakacak olursak (bkz. Boratav, Yeldan ve Köse, 2000 ve Taymaz, 1999), bu olasılığın son derece kuvvetli olduğunu görürüz.

Elbette bu durum, hem Türk ekonomisi bakımından hem de Türkiye'de rekabet hukuku uygulamasının anlamlılığı bakımından çok önemli bir meseleyi içermektedir. Yine de, bağımsız olarak üzerinde önemle durulması gereken bu sorunun varlığı, Türk rekabet hukuku uygulamasındaki doğru amacın ne olduğu tartışmasına doğrudan etki edemez. Zira, “amaç” kavramı, bu amaca ulaşılması halinde beklenen faydanın meydana gelip gelmeyeceğinden bağımsız olarak incelenmelidir. Amaca ulaşıldığı halde arzulanan etkilerin doğmaması olasılığı sebebiyle “amaç” tanımı tahrif edileceğine, bu olasılığı ortadan kaldırmak için, uygun vasıtalar kullanılarak, ayrıca mücadele edilmelidir. Bu tespiti yaptıktan sonra bu çalışmanın ana konusuna geri dönelim.

Öncelikle, “Türk rekabet hukukunun amacı” konusundaki görüşümüzü en iyi şekilde ifade edebilmek için, rekabet hukukunda “amaç” kavramına nasıl bir görev verdiğimizizi ve benzer başka kavramlarla karıştırılmamasını neden önemli bulduğumuzu açıklıkla ortaya koymamız gerekir:

3.2. Rekabet Hukuku'nun “Amaçları”, “İşlevleri” ve “Sonuçları” Arasındaki Fark

Rekabet hukukunun “amaçları”, “işlevleri” ve “sonuçları” birbiriyle etkileşim halinde olmakla beraber, “sonuç”lardan yahut “işlev”lerden biri rekabet hukukunun “amacı” olmayabilir. Gerçekten, kanımızca, pek çoğu da değildir. O halde, rekabet hukukunun “amaçları” ile “işlevleri” ve “sonuçları” arasındaki ayrım kesin biçimde yapılmalıdır.

“Rekabet hukukunun amacı”, bu hukuk disiplininin uygulamasını şekillendiren, ona yol gösteren ve takip edilen rekabet politikasını anlamlı kılan bir kavram olmak durumundadır. Bu anlamda “amaç” kavramı, “beklenti”, “gerekçe” ve “hedef” içerir. “Rekabet hukukunun sonucu” ise çeşitli “amaçlarla” uygulanan rekabet hukuku politikalarının yarattığı ekonomik, sosyal ve hatta siyasi etkilerin *ex post* değerlendirilmesiyle ortaya çıkar. Bu kavram yol gösterici değildir. Rekabet politikası tercihlerinin altında yatan nedeni oluşturmaz; ancak “amaç”lara ulaşmakta başarılı olup olunmadığı konusunda yol gösterici olabilir. “Rekabet hukukunun işlevi” ise bu hukuk alanındaki uygulamanın ana amaçları dışında üstlendiği diğer rollerdir. Bu roller genellikle rekabet hukukunun asli iktisadi amaçlarına ait saha dışında ve sosyal alanda tanımlanır. Genellikle, rekabet hukuku uygulaması ile arzulanan sonuçlara ulaşılmaya çalışılırken ortaya çıkan pozitif dışsallık rekabet hukukunun “amacı”

değil “işlevi”dir. Örneğin, bu anlamda, “tüketicinin korunması” rekabet hukukunun “amacı”değil ama “işlevi”dir. Benzer biçimde, “siyasi çöksesliliğin adeta olmazsa olmazı olan ekonomik çöksesliliği” (Aslan, 2001; 7) teminat altına alan bir hukuk alanı olarak rekabet hukukunun bir “işlevi” de siyasi alanda göze çarpmaktadır. Öte yandan, rekabet hukukunun siyasi çöksesliliği yahut başka bir deyişle demokrasiyi korumak gibi bir amacı yoktur.

Yukarıda da değindiğimiz gibi, “rekabet hukukunun amacı” kavramını doğru değerlerle tanımlayarak aslında amaç olmayan unsurların ait oldukları yere konulmalarının önemi şudur: İster “sonuç” ister “işlev” olsun, “amaç” olmayan bir değer eğer amaçmış gibi düşünülürse rekabet hukuku analizi sakatlanır ve asıl amaç riske edilmiş olur.

Örneğin, enflasyonun aşağı çekilmesi rekabet hukukunun Türkiye’de doğru ve kararlı uygulanmasının belki dolaylı bir “sonucu” olabilirse de, hiçbir zaman “amaç”larından biri olamaz. Benzer biçimde, “girişimci ruhun yeniden canlandırılması”, asıl amacına bağlı olarak uygulanan rekabet hukukunun memnuniyetle karşılanacak bir işlevi olabilirse de, “amaç” yerini aldığı takdirde rekabet hukuku analizini yanlış yöne götürür. “İktisadi etkinliğin korunması”, “toplumsal refahın artırılması” ve “tek pazarın entegrasyonu”¹⁹ ise rekabet hukukunun doğrudan amaçları olabilir. Öte yandan, ilgili kavramların yerli yerine konmasının önemini de gösteren diğer örneklere hızla bakacak olursak, kanımızca rekabet hukuku “küçük teşebbüslerin korunması”nı amaç edinmeye elverişsiz bir vasıta olduğu gibi, “amaç” olmak şöyle dursun, “küçük teşebbüslerin korunması”nın rekabet hukuku uygulamasının bir sonucu olup olmadığı bile tartışılabilir. Eğer rekabet hukukunun belki ancak bir “sonucu” olabilecek olan “küçük teşebbüslerin korunması” düşüncesi rekabet hukukunda “amaç” rolünü üstlenmeye başlarsa, bu durum kanımızca asıl amaç olan “iktisadi etkinliğin sağlanması” amacından taviz verilmesini beraberinde getirmek zorundadır. Benzer biçimde, “tüketicinin korunması” rekabet hukukunun bir işlevi olarak algılanmaktan çıkıp “amaç” olarak görülürse, uzun vadede hem rekabet hukukunun asıl amaçları hem de toplumsal refaha bağlı olarak tüketici refahında yaşanacak azalma dolayısıyla tüketicinin nihai menfaatleri zarar görecektir.

Yukarıda belirtildiği gibi, amaçların ele alınış biçimine rekabet hukukunun uygulandığı sosyoekonomik şartlar büyük etki yapmaktadır. Bu sebeple, yukarıda ortaya konan “amaç”lardan başka amaçların listeye eklenmesi konusu da farklı rekabet rejimlerinde tartışmaya açılabilir. Her rekabet hukuku

¹⁹ Aşağıda açıklanacağı gibi, AB’den farklı sosyoekonomik şartlar nedeniyle “tek pazarın entegrasyonu” Türkiye’deki rekabet hukuku uygulamasında bir amaç olamaz. Öte yandan, bu durum, “tek pazarın entegrasyonu”nun bazı sistemlerde rekabet hukukuna yüklenebilecek geçerli bir “amaç” anlayışı olabileceği gerçeğini değiştirmez.

rejiminin farklı amaçlar ile şekillenebilmesi doğaldır ve bu, sosyoekonomik şartlar ile rekabet hukuku arasında yukarıda bahsettiğimiz etkileşimin gerçekleşmesiyle ilgili bir durumdur. “Rekabet hukuku kurallarının, tatbik edileceği ülkenin sosyal, ekonomik ve politik şartlarından soyutlanarak yorumlanması ve uygulanması mümkün değildir” (Sanlı, 2000). Dolayısıyla, rekabet hukuku da, tüm diğer hukuk disiplinleri gibi, uygulandığı toplumun gereksinimleriyle ilişki halindedir. Bu ilişki “rekabet hukukunun amaçları”nın nasıl yorumlandığında kendisini en açık biçimde göstermektedir. Bu noktada, bir kısma yukarıda kısaca yer verdiğimiz görüşler de dahil olmak üzere, Türk rekabet hukukunda “amaç” tartışmasının her bir olası amaç bakımından ayrı ayrı yapılması için Türk rekabet hukuku uygulamasının amacını, işlevlerini ve sonuçlarını incelemeye başlıyoruz.

4. REKABET HUKUKU’NUN AMACI, İŞLEVLERİ ve SONUÇLARI

4.1. Tek Pazarın Entegrasyonu Amacı: Türk Rekabet Hukuku ile AB Rekabet Hukuku Arasındaki Amaç Farkı

Rekabet hukukunun amaçlarının uygulandığı toplumun ihtiyaçlarına göre şekillenebildiğini gösteren güzel bir örnek Avrupa Birliği rekabet hukukunda mevcuttur. Avrupa Birliği rekabet hukukunun da belkemiğini teşkil eden hükümleri içeren Roma Anlaşması’nın 2. maddesi, bu anlaşmanın asıl amacının üye devletler arasında ekonomik ve sosyal bütünlüğü sağlamak olduğunu ortaya koymaktadır. Aynı anlaşmanın 3. maddesinin (g) bendi ise topluluğun faaliyetlerinin “iç pazarda rekabetin bozulmamasını teminat altına alacak bir sistem” kurmayı içereceğini belirlemektedir. Dolayısıyla, Avrupa Birliği rekabet hukukunda “tek pazar entegrasyonu” gibi bir amaç hem doktrinde (örneğin, Sauter, 1997; 118 ve Snyder, 1990), hem uygulamada²⁰ hem de rekabet

²⁰ *Consten and Grundig v Commission Case* (56, 58/64 (1966) ECR 299, [1966] CMLR 418) kararında tam yöresel korumanın Roma Anlaşması’na 81(1) altında aykırı olduğunun ve 81(3) altında tam topraksal korumanın muafiyet de alamayacağını öngörülmesi, aslında tek pazarın entegrasyonu amacının tüm diğer amaçların önüne konulmasının bir sonucudur. Aslında, eğer rekabet hukukunun toplumsal refaha dair amaçları esas alınıyor olsa, eğer Grundig Consten’in yardımı olmaksızın Fransa pazarında tutunamayacak idiyse ve eğer Consten tam topraksal koruma olmaksızın bu kadar yatırım yapmayacak idiyse, münhasır bölge yaratılması, Grundig’in yeni bir üye devlete girmesini sağlamak suretiyle rekabeti arttırıcı bir işlem olarak görülebilirdi. Oysa, ilgili kararda, tam topraksal koruma amacı tespit edilince bu analize hepten girilmemiştir. Bunun dışında, *Walt Wilhelm v. Bundeskartellamt*, Case 14/68, ECR 1, (1969) (özellikle paragraf 4-5) ve *Metro-SB-Grossmaerkte GmbH & Co. KG v. Commission*, Case 26/76, 2 CMLR 1, (1978) kararları, Avrupa Birliğinde rekabet hukukunun temel amacının tek pazarın entegrasyonu olduğunu gösteren örnek kararlardır.

politikasını ortaya koyan metinlerde²¹ zaman zaman “iktisadi etkinliğin sağlanması” amacının bile önünde yer almaktadır. Nitekim, *Hoffman-La Roche & Co. v. EC Commission*²² kararı uyarınca, “Roma Anlaşması’nın doğrudan rekabet hukukuna ilişkin hükümleri bu anlaşmanın diğer amaçlarıyla beraber değerlendirilmelidir”. KORAH’ın da Roma Anlaşması’nın 2. maddesinin Avrupa Birliği’ndeki rekabet hukuku uygulamasıyla ilgili olarak yarattığı etkiyle ilgili saptamasında belirttiği üzere, “insan ‘ortak pazar’ın etkinlik amaçlarına erişmekte kullanılan bir mekanizma olduğunu düşünebilir, ama (*ortak pazarın tesisi*) başlı başına bir amaç olmaya terfi etmiştir” (Korah, 1986; 6).

Farklı devletlerin oluşturduğu uluslararası bir yapı olan Avrupa Birliği’nde tek pazarın entegrasyonu zorlu bir amaçtır ve rekabet hukuku rejimine de bu yönde görev düşmektedir. Oysa, Türkiye için böyle bir kaygı ve görev mevcut değildir. Bu sebeple, doğal olan, rekabet hukukunun, üniter bir devlet olan Türkiye’deki ürün pazarlarındaki uygulaması bakımından, ‘tek pazarın entegrasyonu’ gibi bir amacı bulunmamasıdır.

Türkiye’deki ürün pazarlarında teşebbüslerin özellikle dikey sınırlamalarla mal tedarikinin engellenmesi ve pazar paylaşılması gibi ticari davranışlarına ne sertlikte yaklaşılacağı bakımından, Türk rekabet hukuku uygulamasında, AB rekabet hukuku uygulamasını birebir takip etmemek; bunun yerine daha yumuşak bir rekabet politikası izlemek uygun olacaktır.²³ Zira, tek pazarın entegrasyonu gibi bir birincil amacı bulunmayan Türk rekabet hukukunda, rekabet hukukunun temelde markalar arası rekabeti korumayı amaçladığı da göz önüne alındığında²⁴, bu tip sınırlamalara Avrupa Birliği rejimi ile aynı ölçüde hassasiyet gösterilmesi yerinde olmayacaktır. Oysa, ASLAN’ın da tespit ettiği gibi, “Rekabet Kurulu pazar paylaşma anlaşmalarına çok

²¹ Rekabet Politikası Hakkında I. Rapor (s. 11) pazardaki etkinliği sağlamanın rekabet politikası için ikincil bir amaç olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Rekabet Politikası Hakkında IX. Rapor (1980)’da da (s. 9-11) rekabet politikası için birinci amacın “ortak pazarı açık ve bütünleşmiş olarak muhafaza etmek” olduğu ortaya konmaktadır. Ayrıca, Rekabet Politikası Hakkında XXI. Rapor (1991)’un 3. noktası olarak “kararlı bir rekabet politikası, iç pazarı bütünleştirmek ve bunun avantajlarını tüketicilere yansıtma işlevine sahip olduktan başka, pazarın etkin işleminde ve rekabetçi baskıların muhafazasının sağlanmasında da ana unsurdur...” demek suretiyle, rekabet hukukunun amacı olarak tanımlanabilen başka unsurlara “iktisadi etkinlik” amacından evvel yer verilmektedir.

²² *Hoffman-La Roche & Co. v. EC Commission* (1979) 3 CMLR 211

²³ Nitekim, Türkiye ile benzer biçimde iç pazarında tek pazarın entegrasyonunu sağlamak gibi bir amacı bulunmayan İngiltere’de, iç pazardaki eylem ve işlemlere uygulanan bir yasa olan 1998 Rekabet Yasası’nın yasakları, pazar paylaşma sonucu doğuran dağıtım anlaşmalarını 1. Bölüm kapsamı dışında bırakacak biçimde daraltılmıştır.

²⁴ ABD Federal Yüksek Mahkemesi bu ilkeyi net bir biçimde bir kez daha ortaya koyduğu *State Oil Co. v. Khan*, 118 U.S. 275 (1997) kararında, “genel olarak rekabet hukukunun birincil amacı markalar arası rekabeti korumaktır” ifadesine yer vermiştir.

katı bir şekilde yaklaşmaktadır. Hatta Avrupa Topluluğu'ndan da katıdır" (Aslan, 2002; 75). Yukarıdaki tartışma daha evvel Türk Rekabet Kurulu'nun²⁵ dikkatine sunulmuş olmakla beraber,²⁶ uygulamada henüz Türk Rekabet Kurulu'nun bu tür bir "amaç" ve rekabet hukuku politikası farklılığı gözettiğine dair açık bir gösterge mevcut değildir.

Türk rekabet hukukunda yakın tarihte, 14 Temmuz 2002 tarihli ve 24815 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak, yürürlüğe giren "Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyet Tebliği"nin uygulanması ile bu konularda ilerleme kaydedilmesinin yolunun açılacağını umuyoruz.

4.2. Enflasyonla Mücadele Rekabet Hukuku'nun Amacı Olabilir mi?

Türk rekabet hukuku uygulaması bakımından son derece ilgi çekici bir başka konu ise, artık ne yazık ki Türkiye'deki hemen her sosyal politika sahasında başlıca amaç halini alacak kadar köklü bir geçmişe sahip olan "enflasyonla mücadele"den Türk rekabet hukuku uygulamasına ne ölçüde pay düştüğüdür. Enflasyonla mücadele ve rekabet hukuku uygulaması arasındaki ilişki bize, rekabet hukukunda "amaç" ve "sonuç" kavramları arasında doğabilecek karmaşayı göstermek bakımından ilginç bir örnek sunmaktadır. "Rekabet ortamının tesis edilmesiyle enflasyonun aşağı çekileceği" beklentisi ne kadar yüksek olursa olsun, "enflasyonun aşağı çekilmesi" rekabet hukukunun yukarıda yer verdiğimiz anlamda bir "amacı" olamaz; belki, çok doğrudan olmasa da,²⁷ "sonuç"larından biri olabilir.

Sosyoekonomik şartlar ile rekabet hukukundan beklenenler (ve dolayısıyla rekabet hukukunun "amaçları") arasında yukarıda bahsedilen türde bir bağlantı bulunması dolayısıyla, Türk rekabet hukuku uygulamasında

²⁵ Burada "Rekabet Kurulu" ifadesi bilinçli olarak kullanılmaktadır. Rekabet Kurumu'na "bağımsız idari otorite" kimliği kazandıran Rekabet Kurulu, Rekabet Kurumu'nun karar organı konumunda bulunduğu için, "Rekabet Kurumu"nun değil "Rekabet Kurulu"nun karar ve yaklaşımına atıf yapılmaktadır. Bu ikili idari yapı hakkında daha fazla açıklama için bkz. Tan, 1999; 29.

²⁶ "İGTOD" (24.11.1999, 99-53 / 575-365, 1.06.2001 tarihli ve 24419 sayılı RG) kararında, başta Benckiser Temizlik Malzemesi Sanayi ve Ticaret A.Ş. olmak üzere, bazı teşebbüsler savunmaları vasıtasıyla bu hususu açıklıkla ortaya koymuşlar ve fakat nihai kararda bu hususun göz önüne alındığına dair bir emareye rastlanmamıştır.

²⁷ Aşağıda kısmen değinileceği gibi, rekabet hukuku uygulamalarının enflasyona etki edip etmeyeceği apayrı bir iktisat tartışmasının konusudur. Oligopollerin varlığı ve pazardaki yoğunlaşma düzeyi ile fiyatların marjinal maliyetin ne kadar üzerinde seyrettiği arasında bir paralellik bulunmakla beraber, aslında fiyatların "artış hızı" ile ilgili bir kavram olan "enflasyon" ile pazardaki yoğunlaşma düzeyi arasındaki iktisadi bağlantı bu kadar doğrudan değildir. Ayrıca, rekabet hukuku uygulamalarının TÜFE'ye etki edecek kadar geniş ölçekte sonuç yaratıp yaratmayacağı da tartışılabilir.

zaman zaman “enflasyonun aşağı çekilmesi” beklentisinden bahsedilmesi şaşırtıcı değildir. Nitekim, ABD rekabet hukuku uygulamasında da, enflasyon sorununun ciddi bir hal aldığı 1970’lerin ortalarında ilk olarak medet umulan gereçlerden biri rekabet hukuku uygulaması olmuştur.²⁸ 1974 yılındaki Enflasyon Üzerine Beyaz Saray Konferansı’nın ardından Başkan FORD, 8 Ekim 1974 tarihli meşhur konuşmasında “üretimi arttırmak ve fiyatları kontrol altında tutmak için...rekabet hukuku kurallarının kuvvetli uygulanması gerektiği”ni vurgulamıştır.²⁹ Buna bağlı olarak, Federal Ticaret Komisyonu’nun Rekabet Bürosu Başkanı James HALVERSON, “rekabet hukuku uygulamasındaki kuvvetlenme Başkan’ın enflasyonla mücadele planında olduğuna göre”, “rekabetin regülasyona tercih edilmesi gerektiği”ni vurgulamış³⁰ ve FORD’un konuşmasından altı hafta sonra da rekabet hukuku uygulamasında verilebilecek cezaları arttıran Antitrust Procedures and Penalties Act yürürlüğe konmuştur. Buna bağlı olarak, o dönemde ABD rekabet hukuku uygulamasında çıkartılan pek çok yasa ve bu yasalar çıkartılırken ilgili senatörlerin genel yaklaşım biçimi, rekabet hukukunun “enflasyonla savaşta çarpışan bir savaşçı”³¹ olduğu anlayışına bağlı olmuştur.

Bu noktada, Federal Ticaret Komisyonu’nun o dönemde kendisini hızla enflasyon söylemine kaptırmasını açıkladığını düşündüğümüz bir gerçeği de ortaya koyarak, böyle şartlarla yüz yüze olmayan Türk Rekabet Kurumu’nun, kendi “amaç” analizini popüler amaç analizinden ayırmak konusundaki avantajlı konumuna da dikkat çekmek isteriz. Bilindiği gibi, ABD rekabet hukuku uygulamasında önemli role sahip olan Federal Ticaret Komisyonu’nun beş üyesi de ABD Başkanı tarafından aday gösterilip ABD Senatosu’nun çoğunluk oyuyla atanır. ABD rekabet hukuku uygulamacıları için de, bu konuda akademik çalışma yapanlar için de, rekabet hukuku uygulamasındaki eğilimlerin her yeni ABD Başkanı döneminde değişmesi hiç şaşırtıcı değildir. Bu sebeple, rekabet hukuku uygulaması dönemlerine atıfta bulunulurken, özellikle eğer belirgin farklılıklar varsa, “Reagan dönemi”, “Clinton dönemi”, “Bush dönemi” gibi adlandırmalar kullanılır.

Bu noktada niyetimiz ABD rekabet hukuku uygulamasında Federal Ticaret Komisyonu’nun politik anlamda bağımsız olup olmadığını tartışmaya açmak değildir. Federal Ticaret Komisyonu’nun yapısını içerisinde, bu

²⁸ Bu sebeple, ileride enflasyon ile yoğunlaşmanın ve dolayısıyla rekabet hukuku uygulamasının ilgisine ilişkin olarak sunacağımız çalışmalardan bir bölümü, bu konu ABD’de en sıcak biçimde tartışılırken, 1970’li yıllarda yapılmış bazı çalışmalardır.

²⁹ N.Y. Times, 9 Ekim 1974, s. 24, 2. sütun.

³⁰ BNA Antitrust & Trade Reg. Report No. 688, E-1 (1974).

³¹ 21 Mart 1975 tarihinde Senatör Hart ve Senatör Scott’un Antitrust Improvements Act’i tanıtırken yaptıkları konuşmada Senatör Hart’ın sözleridir (121 Cong. Rec. S 4868).

dengeyi sağlayacak unsurlara yer verilmiştir.³² Bir yandan Federal Ticaret Komisyonu'nun yürütme organından bağımsız olması hususuna önem verilirken diğer yandan da başına buyruk tavır almamasını ve sorumlu davranmasını güvenceye almak üzere, özellikle yasama organının elinde önemli bir silah bırakılmıştır. Bu durum, hem federal yapı ile eyaletler arasında, hem de yasama, yürütme ve yargı organları arasında oyunun tüm kurallarını daima ince bir karşılıklı silahlar dengesi üzerine kuran ABD İdare Hukuku bakımından, salt Federal Ticaret Komisyonu'na özgü bir durum değildir. Bu tip birimlere karşı en önemli pazarlık silahı daima bütçe kullanımlarına Amerikan Kongresi tarafından yetki veriliyor olması olmuştur. Dolayısıyla, özellikle 1974 sonrası dönemde başlayan ve rekabet hukukunu enflasyon karşıtı bir silah olarak gören politik söylemin, Federal Ticaret Komisyonu'na gerekliliğini ve önemini ispat etme ve böylece bütçeden daha fazla pay alarak elinde bulunan kaynakları ve olanakları artırma imkanı tanıdığı açıktır.

Nitekim, rekabet hukuku uygulamalarıyla enflasyonun indirilebileceği söylemi yerleştiğinde, bu amacı yerine getirme olanaklarına kavuşmak üzere, Federal Ticaret Komisyonu 1976 yılı bütçesinden bir önceki yıla göre 6.7 milyon ABD Doları daha fazla pay ayrılmasını talep etmiştir.³³ Bu miktarda bir artış, o tarih için, Federal Ticaret Komisyonu'nun toplam bütçesine çok ciddi oranda eklemeye yapılması demektir. Aynı sene, Adalet Bakanlığı'nın Rekabet Bölümü de bir önceki yıldan 1.4 milyon ABD Doları yukarıda olan ve toplamı 18.8 milyon ABD Doları'na denk gelen bir bütçe payı talebinde bulunmuştur.³⁴ Bu talep edilen meblağlara yetki verilmiştir ve yetki talep edilirken de verilirken de ortaya konulan başlıca gerekçe "enflasyonun aşağı çekilmesi amacı" olmuştur.³⁵

Oysa, tamamen farklı şartlar altında faaliyet gösteren Türk Rekabet Kurumu'nun, gücünü muhafaza etmek için, popüler "amaç" söylemlerine iştirak etmesine ihtiyacı yoktur. Zira, zaten başka yönlerden de tamamen bağımsız

³² Federal Ticaret Komisyonu'nun bağımsızlığı için alınmış tedbirlere örnek vermek gerekirse, üyeler 7 yıllık bir görev süresi için atanırlar ve bu süre ABD Başkanı'nunkinden 3 yıl fazladır. Üyeler Başkan tarafından sadece haklı sebeple görevden alınabilirler ve görüş ayrılığına bağlı görevden alma mümkün değildir (ABD Federal Yüksek Mahkemesi, *Humphrey's Executor v. U.S.*, 295 U.S. 602, 627-632 (1935) kararında, 1933 yılında zamanın ABD başkanı Roosevelt tarafından görüş ayrılığı sebebiyle görevden alınan ve ardından vefat eden Federal Ticaret Komisyonu üyesi William Humphrey'in maaşının mirasına katılmasına karar vermiştir). Ayrıca, her bir üyenin görev süresi farklı bir zamanda başlar ve sona erer. Dahası, üçten fazla üyenin aynı siyasi partiye mensup olmalarına olanak yoktur.

³³ BNA Antitrust & Trade Reg. Report No. 714, A-1 (1975)

³⁴ BNA Antitrust & Trade Reg. Report No. 699, A-27 (1975)

³⁵ Trade Reg. Report No. 163, at 4 (1975) ve BNA Antitrust & Trade Reg. Report No. 721, A-2 (1975)

olarak kurulmuş olan Rekabet Kurumu, 4054 Sayılı Kanun'un 39. maddesinde³⁶ ve Rekabet Kurumu Bütçe ve Muhasebe Yönetmeliği'nin³⁷ 30. maddesinin (b) bendinde³⁸ yer verilen gelirlere sahiptir ve adı geçen yönetmeliğin 24. maddesi uyarınca "Bütçe Kurum'ca hazırlanır ve Kurul tarafından, en geç ait olduğu takvim yılı başından önce onaylanarak yürürlüğe konulur". Dolayısıyla, rekabet hukukunun enflasyonla mücadeleyi amaçladığını söyleyebilmek için yegane gerekçe bağımsız bir amaç analizi yapıldıktan sonra bu noktaya gelinmiş olması olabilir. Bizim bu çalışmada yaptığımız bağımsız "amaç" analizinde, rekabet hukukuna böyle bir amaç verilmesinin doğru olmayacağı sonucuna varılmaktadır.

Yine de, Türkiye'deki enflasyon koşullarının ağırlığı, bu koşulların meydana getirdiği hasar ve sosyoekonomik şartlar ile rekabet hukukundan beklenenler arasında daha evvel bahsedilen bağlantının varlığı düşünüldüğünde, Türk rekabet hukuku uygulamasının kısa geçmişinde "enflasyonun aşağı çekilmesi" beklentisinin sıklıkla dile getirilmiş olmasını anlamak hiç de zor değildir. Nitekim, Türk Rekabet Kurumu Başkanı Sayın Tamer MÜFTÜOĞLU enflasyonun rekabet hukuku uygulaması ile aşağı çekilmesi beklentisi ile ilgili görüşleri şu biçimde dile getirmiştir:

"Enflasyonla mücadelede muhakkak ki, temel görev hükümetimizin kararlı tutumuna ve Merkez Bankası'nın uygulamalarına bağlı olacaktır. Fakat, Rekabet Kurumu da piyasalarda etkin bir rekabet ortamının oluşmasını sağlamak; kartelleşme ve tekelleşmelerin önünü kesmek suretiyle istikrar programının daha etkili bir şekilde ve daha az bir külfetle sonuca ulaşılmasında en önemli desteklerden biri olacaktır. Unutulmamalıdır ki, serbest piyasa ekonomilerinde başarılı olmanın olmazsa olmaz şartları bağımsız bir Merkez Bankası ile bağımsız bir Rekabet Kurumu'ndan geçmektedir. Bağımsız bir Merkez Bankası ile makro süreçlerin, özellikle para piyasalarının yönlendirilmesi gerekmektedir. Bu yönlendirmelerle enflasyon olgusu ortadan kaldırılacak ve ekonominin enflasyon hastalığına yakalanmasına izin

³⁶ 4054 Sayılı Kanun'un 39. maddesi uyarınca "Kurumun gelirleri Kurumun bütçesini oluşturur ve aşağıdaki gelir kalemlerinden oluşur: (a) Bakanlık bütçesine konacak ödenek, (b) Kurulca bu Kanun'un 16 ve 17'nci maddelerine göre verilen cezaların yüzde yirmi beşi (c)Yayın ve sair gelirler...". Rekabet Kurumu, diğer gelirleri dolayısıyla, mali olanakları doğrudan kendi verdiği cezalara göre belirlenen bir yapı değildir. Yine de, Rekabet Kurulu tarafından verilen cezaların % 25'inin Rekabet Kurumu'nun gelir kalemlerinden biri olmasının sakıncalı bir durum ya da en azından, sakıncalı bir görüntü yarattığı açıktır. Bütçe meselelerine eğilmekteki maksadımızı doğrudan ilgilendirmedeği için, bu konuda yalnızca bu saptamayı yapmakla yetiniyoruz.

³⁷ 23073 numaralı ve 7.8.1997 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

³⁸ Bu hüküm uyarınca, "23.2.1995 tarihli ve 4077 sayılı Kanun'un 29'uncu maddesine göre sermayesi en az yüz milyon lira ve daha yukarıda olan anonim ve limited şirket statüsündeki tüm ortaklıkların sermayesinin ve sermaye artırımını halinde artan kısmın binde ikisi nisbetinde yapılacak ödemeler" in % 95'i Kurum'un bir diğer gelir kalemini teşkil etmektedir.

verilmeyecektir. Bağımsız bir Rekabet Kurumu'nun işlevi ise, mikro süreçleri yönlendirerek; mal ve hizmet piyasalarında etkin bir rekabet ortamı sağlamak ve bu yoldan, bu piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüsleri rekabet güçlerini artırarak en üst etkinlik seviyesinde çalışmaya zorlamaktır. Sonuç; enflasyonsuz bir ekonomide toplumu oluşturan bireylerin ihtiyaçlarının en düşük fiyatlardan, en kaliteli mal ve hizmetlerle karşılanması olacaktır” (Müftüoğlu, 6-7 Mart 2000; 9).

Bu tip bir “beklenti”nin de, asıl “amaç” perspektifinden ayrı olarak ve onun yanısıra mevcut bulunması, bizim bu çalışmada ortaya koyacağımız ana “amaç” anlayışını sakatlamadığı ve rekabet hukuku analizlerini başkalaştırmadığı sürece, rekabet hukukunun asıl amacına ulaşma olanakları bakımından bir sıkıntıya yol açmayacaktır.

Enflasyon olgusunun, başka pek çok şeyle beraber, rekabet hukuku uygulamasıyla da ilgili olduğuna şüphe yoktur. Ancak, enflasyon ile rekabet hukuku uygulaması arasında bir ilişkinin varlığına inanılarak enflasyonun aşağı çekilmesi gibi bir yan beklenti ile rekabet hukuku uygulanırken, bunun karşılıklı bir etkileşim olduğu da unutulmamalıdır. Madalyonun bir yüzü rekabet ortamının tesis edilmesi suretiyle enflasyonla mücadelede kuvvet kazanmaksa, diğer yüzü de rekabet ortamının tesis edilmesi amacıyla rekabet hukuku kuralları uygulanırken enflasyonun ticaret hayatına etkilerini göz ardı etmemektir. Enflasyonun ticaret hayatına etkileri, Rekabet Kurumu tarafından soruşturulan teşebbüslerin de sıklıkla savunmalarında dile getirdikleri ve ilgili soruşturma heyetleri yahut Rekabet Kurulu tarafından göz önünde bulundurulmasını istedikleri bir husus olmuştur. Türkiye'deki rekabet hukuku uygulamasında bu savunmalardan belki de en sık rastlanana, üretici firmaların dikey anlaşma ile fiyat tespiti iddialarına karşılık olarak ileri sürdükleri enflasyon savunmasıdır. ASLAN, “esnafın cahil olduğu savunması” adını verdiği bu savunmayı şu biçimde özetlemekte ve üzerinde düşünülmesi gerektiğini vurgulamaktadır: “Üretici firmalar, enflasyonist bir ülke olan Türkiye’de üretim maliyetlerinin sürekli olarak arttığı, bu artışların da üretici şirketler tarafından bayiler aracılığı ile tüketiciye yansıtıldığı, ancak esnafın fiyat artışlarını izleyemediği ve hangi malı kaçta satacağını bilemediği, bu nedenle tavsiye edilen fiyatları gösteren listeler gönderilmesinin, aldığı fiyat üzerine kâr ve diğer giderleri ilave etmekte güçlük çeken on binlerce bakkal için ciddi bir zorunluluk arz ettiği, bu durumda onlara satacağı fiyatların söylenmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir” (Aslan, 2002; 33).

Kanımızca, Türk rekabet hukuku uygulamasında enflasyonla ilgili belirli savunmaların üzerinde dikkatle durulması ve bunların daha iyi incelenmesi gerekmektedir. ASLAN da, “kanaatımızca, özellikle birinci savunma yani market sahiplerinin durumuna ilişkin iddiaların daha ciddi bir şekilde analiz

edilmeye ihtiyacı bulunmaktadır” (Aslan, 2002; 34) tespitiyle bu görüşü paylaşmaktadır. Enflasyona dayalı savunmaların hepsinin daima yerinde olduğunu iddia etmek mümkün değil ise de, yüksek enflasyonlu Türk ekonomisi altında faaliyet gösterilen pazarlarda Avrupa Birliği'nin enflasyonu bir ekonomik şart olarak neredeyse tamamen dışlayan uygulamasına körü körüne bağlı kalınarak rekabet hukuku uygulaması geliştirilmesi de sağlıklı olmayacaktır. Gerçekten de, yüksek enflasyon, Türk ekonomisinin başat bir unsuru olarak ticaret hayatının yürütülüş biçimini ve ekonomik verilerin yorumlanışını etkilemekte ve bu sebeple, rekabet hukukunun Türkiye'deki uygulamasını da, ilgili olduğu ölçüde, farklılaştırmasına izin vermek gerekmektedir.

Öte yandan, bu karşılıklı etkileşimin her iki yönünü de yukarıdaki biçimde tespit etmekle beraber, söz konusu etkileşimin enflasyonun düşürülmesini rekabet hukukunun “amacı” haline getiren bir yönü olmadığını düşünüyoruz. “Rekabet hukukunun amacı” bu hukuk disiplinini şekillendiren, ona yol gösteren ve takip edilen rekabet politikasını anlamlı kılan bir kavram olmak durumundadır. Oysa, “enflasyonla mücadele” gibi bir amacın böyle bir rolü olamaz.

Enflasyonla mücadelenin Türk rekabet hukukunda bir amaç olarak görülmesine işlevsel yönden yaptığımız bu itiraza ek olarak, Türk rekabet hukukuna böyle bir amaç anlayışıyla yaklaşmayı bir başka yönden de sakıncalı buluyoruz. Kanımızca, iktisat sahasında enflasyon ile yoğunlaşma arasında kurulabilen bağlantı, rekabet hukukuna doğrudan enflasyonla ilgili görev yüklemeyi ve rekabet hukukunu bu taahhüdün ve amaç anlayışının altında bırakmayı haklı kılacak kuvvette değildir.

İktisat sahasında yoğunlaşma ile enflasyon arasındaki bağlantının mevcudiyetine ilişkin olarak da niteliğine ilişkin olarak da uzlaşa bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Pek çok çalışmada böyle bir bağlantının mevcut olmadığı (ve hatta bazıları bakımından tersine bir bağlantı bulunduğu) sonucuna varılırken, böyle bir ilişkinin mevcut olduğunu iddia eden çalışmaların büyük bir bölümünde de yoğunlaşmanın fiyat artış oranlarına etki düzeyi son derece sınırlı görünmektedir. WEISS'ın ABD'de 1959-1963 yılları arasındaki dönemi esas alacak biçimde yaptığı çalışma, yoğunlaşma ile fiyat artış oranları arasında istatistiksel öneme sahip bir ilişki bulmamıştır (Weiss, 1966; 61). Amerikalı Hakim MCLAREN de, 1970 yılında Birleşik Ekonomik Komite önünde verdiği bir ifadeye, Federal Ticaret Komisyonu'nun Rekabet Bölümü'nde kendi denetimi altında ve hem yoğunlaşma bulunan hem de bulunmayan pazarlarda 1963 ile 1969 yılları arasında yapılan bir çalışmayı, yoğunlaşma ile fiyat artışlarının oranı arasında tersine bir ilişki bulunduğunun göstergesi olarak ileri sürmüştür (McLaren, 1971; 99, 102-103). Oysa, Federal Ticaret Komisyonu'nun

eski baş iktisatçısı MUELLER ise “Amerika’da kısıtlanmamış pazar gücünün varlığının enflasyona yol açtığını” ileri sürmüştür (Mueller, 1974). Aynı sıralarda başka iki iktisatçı, LUSTGARTEN ve WESTON, yaptıkları bir çalışma ile yoğunlaşma ile fiyat artış oranları arasında bir bağlantı bulunmadığını ileri sürmüşlerdir (Lustgarten ve Weston, 1974). Türkiye’de ise, YELDAN, VOYVODA ve METİN-ÖZCAN tarafından yapılan yeni bir çalışmada, Türk üretim sektörlerinde 1980 sonrası yoğunlaşma ile karlılık arasındaki ilişki de incelenmiş ve 1980 ile 1996 yılları arasındaki dönemde 29 alt sektörden elde edilen veriler üzerinde yapılan araştırmada, karlılık ile yoğunlaşma gücü arasında önemli düzeyde olumlu ilişki olduğu sonucuna varılmıştır (Yeldan, Voyvoda, Metin-Özcan, 2000).

Çeşitli çalışmaların vardıkları farklı noktalar arasındaki bu karmaşada kesin olan bir şey varsa, o da Joe BAIN’in 1951 yılındaki meşhur çalışmasından (Bain, 1951)³⁹ bu yana, yoğunlaşma olan sektörlerde rekabetçi fiyatlandırmanın olamayacağı gibi bir varsayımın doğmuş bulunduğu. Oysa, bu konu yukarıda yer verdiğimiz tarihsel gelişim süreci içerisinde ABD rekabet hukuku uygulaması gündeminin birinci sırasına oturduğu sırada bu çalışma daha büyük bir ölçekte yinelenmiş ve bu sefer yoğunlaşma bulunan sektörlerde diğerlerinden daha yüksek bir karlılık söz konusu olmadığı sonucuna varılmıştır (Brozen, 1974). Bir an için böyle bir bağlantının mevcut olduğu varsayılsa ve söz konusu etkinin varlığının öne sürüldüğü çalışmalarda bu etkinin genellikle çok sınırlı görüldüğü de unutulsa bile, bu kez de bu bağlantının varlığını iddia eden iktisatçılar böyle bir bağlantının nedenleri konusunda fikir ayrılığına düşmektedirler. Örneğin, DEMSETZ’e göre, o bağlantı pazardaki firma büyüklüklerinin çeşitliliği ile karlılık arasında oluşmaktadır (Demsetz, 1974). WEISS ise yoğunlaşma bulunan pazarlardaki yüksek karlılığın bu pazarlarda uyumlu eylemde bulunulmasının kolaylığı dolayısıyla ortaya çıktığını savunmaktadır (Weiss, 1974). Bir diğer görüş ise yoğunlaşma ile kar oranları arasındaki bağlantının yoğunlaşmanın maliyet etkinliğine dair sonuçlarından kaynaklandığını ileri sürmüştür.⁴⁰ BOCK ise, bütün bu görüşlere karşı çıkarak, böyle bir bağlantının varlığı kabul edilse de eldeki verilerin anlamlı sonuçlara varmaya elverişli düzeyde olmadığını savunmuştur (Bock, 1972).

Görüldüğü gibi, yoğunlaşma ile enflasyon arasında bir bağlantının mevcut olup olmadığı, böyle bir bağlantının dikkate alınacak ve bir sosyal politika aracı ile takip edilecek bir etki düzeyinde gerçekleşip gerçekleşmediği

³⁹ BAIN, seçilen 42 farklı sektörde 1936 ve 1940 yılları arasında yaptığı bu çalışmada, en büyük sekiz firmanın ilgili sektörün toplam % 70’inden fazla pazar payına sahip olduğu sektörlerde karlılık oranlarının sektörlerin genelindeki karlılığa göre daha yüksek olduğunu bulmuştur.

⁴⁰ Federal Ticaret Komisyonu, Politika Planlama ve Değerlendirme Bölümü, BNA Antitrust/Trade Reg. Report No. 692, E-5 (1974).

ve böyle bir etkileşim mevcutsa bunun neden kaynaklandığı konularından her biri tereddüt yaratmaktadır. Burada amacımız, yoğunlaşma ile enflasyon arasında bir bağlantı bulunmadığını iddia etmek değildir. Tezimiz, “enflasyonla mücadele” kavramına Türk rekabet hukuku uygulamasında “amaç” muamelesi yapılmaması gerektiğidir. Bunu ortaya koyarken de iki farklı analiz geliştiriyoruz. Bunlardan ilki, “enflasyonla mücadele” kavramının, işlevsel olarak, rekabet hukukunun “amacı” kavramından beklenenleri yerine getirmesine imkan bulunmadığıdır. İkinci basamakta ise, iktisat sahasında enflasyon ile yoğunlaşma arasında kurulabilen bağlantının, rekabet hukukuna doğrudan enflasyonla ilgili görev yüklemeyi ve rekabet hukukunu bu taahhüdün ve amaç anlayışının altında bırakmayı haklı kılacak kuvvette olmadığını ortaya koymayı amaçlıyoruz. “İlgili pazarlar monopolize edilmiş olduğu takdirde para politikası tedbirlerinin etkisinin azalacağı görülebilmekle beraber, rekabet hukuku uygulaması ile enflasyon arasındaki ilişki zayıf ve uzak görünmektedir” (Handler, 1991; 192). Dolayısıyla, yukarıda yaptığımız biçimde bu kavramlar arasındaki iktisadi bağlantının oldukça bulanık olduğunu ortaya koyarak, rekabet hukukunun asıl amacından saparak Türkiye’deki genel beklentiye ve popüler söyleme kapılmasının hatalı olacağını ileri sürüyoruz. Zira, HANDLER’in de belirttiği gibi, rekabet hukukunda enflasyonun düşürülmesi “amaç” olarak kabul edilerek rekabet hukukunun “ekonominin genel yönetimindeki başarısızlığın günah keçisi haline getirilmemesi gerekir” (Handler, 1991; 192).⁴¹

Ayrıca, rekabet hukukunda enflasyonla mücadelenin amaçlanması halinde, rekabet hukuku analizi sadece fiyat artışlarına odaklanacağı için, sağlıklı ve tam bir rekabet hukuku analizi yürütülmesi olanakları da tehlikeye girecektir. Bu bağlamda, Türk Rekabet Kurumu’nun enflasyonla mücadele amaçlı bir yapı olarak görülmemesinin büyük önemi bulunmaktadır. Enflasyon olgusunun Türk ekonomisinin çözülmesi gereken başlıca problemlerinden biri olduğu şüphesiz olmakla birlikte, rekabet hukukunun aslında üzerinde ya kısıtlı etki olanağına sahip olduğu ya da hiç etkisinin olmadığı bu kavramla mücadeleyi amaç olarak benimseyerek kendi ana amacından uzaklaşması yanlış bir tercih olacaktır. Bu kitabın devamında ortaya konulacağı gibi, rekabet hukuku altında analiz yürütülürken sadece kısa vadede fiyatların nasıl etkileneceğiyle değil uzun vadede iktisadi etkinliğin ve toplumsal refahın nasıl etkileneceğiyle ilgilenilmelidir. Meseleye bir an için salt “tüketici refahı” perspektifinden yaklaşılsa bile, Hakim HAND’in *United States v. Corn Products Refining Co.*⁴² kararında belirttiği gibi, “tüketicilerin uzun vadedeki menfaatleri, kısa vadede fiyatlarda bir düşme meydana gelmesindeki menfaatlerinden daha yüksek olabilir”.

⁴¹ Bu başlık altında ABD rekabet hukukunda enflasyon ve rekabet hukuku uygulaması ilişkisini gösteren bilgiler için özellikle HANDLER’in atıf yapılan eserinden istifade edilmiştir.

⁴² *United States v. Corn Products Refining Co.*, 234 F. 964 (S.D.N.Y. 1916).

Bu menfaatlerin neler olabileceği ve bunların uzun vadede korunmasında rekabet hukuku uygulamasının nasıl bir rol üstlenebileceği, ileriki bölümlerde⁴³ ayrıntılı biçimde ele alınacaktır. O tarihte Hakim HAND'in görmesinin belki de pek mümkün olmadığı fakat bugün rekabet hukuku analizine bir an evvel entegre edilmesi gereken bazı gelişmeler, bizim Türk rekabet hukuku için “amaç” anlayışımızı önemli ölçüde etkilemektedir. Örneğin, artık dünyada bilginin dolaşımındaki hız, yeni üretim yöntemlerinin ve ürünlerin icad edilme hızı ve bilginin en önemli eşya halini alması gibi nedenlerle, rekabet hukuku analizine tabi konularda dinamik etkinliğin sağlanması amacı, kısa vadede fiyatların düşürülmesi amacının önüne geçebilmelidir. Gerçekten de, rekabet hukuku analizlerinin böyle bir amaç perspektifiyle yapılabilmesi uzun vadede fiyatların düşmesine ve tüketici refahının olumlu etkilenmesine de yol açabilecektir.

Türk Rekabet Kurumu'nun asli görev anlayışının ve kaygılarının enflasyonla mücadele ve benzeri popüler amaçlardan ziyade iktisadi etkinliği sağlamak suretiyle toplumsal refahı sağlamak amacından kaynaklanması gerektiğine dair aşağıda devam edeceğimiz tartışmamızda, KARAOSMANOĞLU'nun “Bilgi Çağı, Rekabet ve Türkiye” konusundaki düşünceleri ilginç bir yere oturmakta ve dinamik etkinliğe önem verilmesi gerektiği tezimizi desteklemektedir. KARAOSMANOĞLU, bu konuya, “Bilgi çağında ekonominin veya diğer adıyla bilgi ekonomisinin motorları şunlar: Teknoloji, rekabet, yeni iş kültürü, risk alma iştahı ve heyecanı ile makro ekonomik istikrar”, “Sizin Kurumunuz gibi bir Kurumun Türkiye’de de, dünyanın her yerinde de çok önemli bir rolü ve fonksiyonu var. Ama önemli olan, değişen şartlara göre, değişen teknolojiye göre, değişen dünyaya göre bunu (*değişimin dinamiğinin, bu değişiminin devamlılığının muhafaza edilebilmesini*) nasıl en iyi yapabileceğini, nasıl yapabileceğimizi her gün yatarken bir defa, sabahleyin kalkarken bir kere daha düşünmek” biçiminde yaklaşmaktadır (Karaosmanoğlu, 2001; 12, 25). Bu konu üzerinde, özellikle “toplumsal refahın sağlanması amacı” başlığı altındaki açıklamalarımız sırasında daha ayrıntılı olarak durulacaktır.

⁴³ Bkz. özellikle 4.6. numaralı başlık altındaki açıklamalar.

4.3. “Tüketicinin Korunması” Rekabet Hukukunun “Amaç” mıdır? “Tüketici Refahının Arttırılması”nın Bir Amaç Olarak Farkı Nedir?

Bu noktada ilk olarak belirtilmesi gereken konu “tüketicinin korunması” kavramı ile “tüketici refahının arttırılması” kavramları arasında, birer “amaç” olarak, büyük fark bulunduğu. Toplumsal refahla ilişkili bir kavram olarak, “tüketici refahının arttırılması” da kanımızca rekabet hukukunun amacıdır ve zaten “iktisadi etkinliğin sağlanması” amacıyla doğrudan ilişkilidir. Tüketici refahının yükselmesi tamamen iktisadi bir kavramdır ve iktisadi etkinliğin ne ölçüde sağlandığına bağlıdır. Maksimum tüketici refahı ile iktisadi etkinlik aynı düzlemde zira, iktisadi etkinlik ancak girdiler ve çıktılar bazı üreticilerin ve tüketicilerin refahını aynı anda diğer üreticilerin ve tüketicilerin refahında oluşan azalmadan daha fazla arttırmayacak biçimde dağıtıldığı takdirde sağlanmış olmaktadır.⁴⁴ Dolayısıyla, rekabetçi bir ekonomide, iktisadi etkinlik ve maksimum toplumsal refah ancak tüketici rantı⁴⁵ ile üretici rantının⁴⁶ toplamı en yüksek seviyeye çekilmişse sağlanmış olacaktır.⁴⁷ Rekabet hukukunun başlıca sùjeleri olan şirketlerin hissedarları aynı zamanda tüketici olduğundan, aslında bu iki alan birbirinden kesin çizgilerle ayrılmamaktadır.⁴⁸ Dolayısıyla, bu kitabın ilerleyen bölümlerinde ele alacağımız birkaç istisnai durum saklı kalmak üzere, “tüketici refahının arttırılması” ve “iktisadi etkinliğin sağlanması” amaçlarının iki yarışan ve çelişen amaç olarak ortaya çıkıp bir rekabet hukuku davasında politika meselesi meydana getirmelerine olanak yoktur.

⁴⁴ Görüldüğü gibi, iktisadi etkinlik ölçütümüz olarak Pareto etkinliğini değil Kaldor-Hicks etkinliğini kullanıyoruz. Bu kavramların mukayesesine ve Kaldor-Hicks ölçütünün benimsenmesinin sonuçlarına ilişkin ayrıntılı tartışma için bkz. aşağıda başlık 4.6.1.1.1.

⁴⁵ Her bir tüketicinin alınan mal veya hizmet için ödemeye hazır olduğu en yüksek fiyat ile mal veya hizmetin pazardaki fiyatı arasında kalan farkın toplamıdır. Yani, tüketicinin alım-satım işlemine alıcı olarak katılmaktaki kazancıdır.

⁴⁶ Üreticilerin mal veya hizmeti satmaya hazır olduğu fiyatla o mal ve hizmetin aslında satıldığı fiyat arasındaki farkın toplamıdır. Yani, üreticinin alım-satım işlemine satıcı olarak katılmaktaki kazancıdır.

⁴⁷ Dolayısıyla, üreticinin iktisadi etkinliğini azaltarak tüketici refahı alanını büyümeye olanak tanıyan bir iktisadi model kurulabileceğini sanmıyoruz. Kaldı ki, böyle bir model kurulabilse bile, kanımızca istisnai nitelik taşıyacağı gibi, aslında büyük olasılıkla uzun vadede toplumsal refah da arttırılmış olmayacaktır. Aynı biçimde, üretici karları tüketici refahından taviz verilerek yükseltilmeye başlandığında da uzun vadede toplumsal refahın arttırıldığı bir denge bulunmasına imkan olmayacaktır. Dolayısıyla, rekabet hukukunun nihai amacı olarak toplumsal refahı en üst seviyeye çekmeyi kabul etmekle, bu dengeleri de rekabet hukuku uygulamasının kaygılarından biri olarak kabul etmiş oluyoruz.

⁴⁸ Hatta, CALVANI, bu durumu tespit ettiği çalışmasında, bu sebeple üretici rantını tüketici refahı tanımına dahil etmektedir (Bkz., Calvani, 1988; 8).

Oysa, “tüketicinin korunması” amacı bakımından durum böyle değildir. Bu amacı “iktisadi etkinliğin sağlanması”ndan ayrı olarak tanımlayıp benimseyen yaklaşım, “tüketicinin korunması” amacını sosyal sahada tanımlar (bkz. Aslan, 2001; 5) ve tanımlanan amaç “tüketici refahının artırılması” olarak iktisat alanında tanımladığımız amaçtan farklıdır. Bu görüşün Türk rekabet hukuku alanındaki bir temsilcisi olan ASLAN, Türk rekabet hukukunu konu alıp da rekabet hukukunun amaçları tartışmasına giren nadir eserlerden biri olan kitabında⁴⁹, “Ekonomistler rekabet hukukunu salt ekonominin ‘kanunları’ ile idare etmeyi önerirler ve onu sosyal düşüncelerden arındırmak isterler...İnsandan arındırılmış (sosyal ilişkileri göz ardı eden) bir kanun mümkün değildir⁵⁰...Bu nedenle ‘tüketicinin korunması’ fikri rekabet kanunlarının temelinde yatan ana fikirlerden başlıcası olarak daima yer alacaktır” demektedir. Burada yer verilen “tüketicinin korunması” amacının bizim kabul ettiğimiz “tüketici refahının artırılması” amacından farklı olduğuna şüphe yoktur. Nitekim ASLAN, bu ayrıma başka platformlarda da işaret etmektedir (Aslan, 1999; 3).⁵¹

Bu yaklaşımda, sanki rekabet hukukunun “iktisadi etkinliğin sağlanması” ve “tüketici refahının artırılması” amacından bağımsız bir “tüketicinin korunması” amacı var gibidir. Bu biçimde tanımlanan bir “tüketicinin korunması” amacı kabul edildiğinde, tüketicinin kısa vadedeki

⁴⁹ Aslan, 2001

⁵⁰ ASLAN’ın bu yaklaşımında ekonominin kanunlarının hukuk uygulamasında egemen olmasının hukuku insandan ve sosyal ilişkilerden arındırmak anlamına geleceği bağlantısına da katılma olanağı bulmadığımızı belirtmek isterim. ASLAN’ın bu yaklaşımı, WEST’in “‘Hukuk ve ekonomi’ taraftarları olayı tamamen yanlış anlamaktadır: Onlar gerçek hayata ve insana dair problemleri ve bu arada insanları bir takım soyutlamalarla ikame ederek şüpheli reçeteler önerirler” (West, 1988) düşüncesini çağrıştırmaktadır. Bu kitabın giriş kısmında ortaya koymaya çalıştığımız gibi, ekonominin gereçlerini hukuki analizlerde kullanma gerekliliği sosyoekonomik şartların hukukla etkileşiminden kaynaklanmaktadır. Bu çerçevede, ekonomi biliminin gereklerine uymak kisvesi altında hakkaniyetle ve sosyal mülahazalarla hepten bağdaşmayan sonuçlara varmak ne kadar sakıncalıysa, ekonomi biliminin gereçlerini ve çıkarımlarını hukuka tatbik etmeyi reddederek temelsiz uygulamalara yol açmak da o kadar sakıncalı olacaktır. Hem “hukuk ve ekonomi” düşünce okulunun kökeninde hem de rekabet hukukunun amaçları tartışmasına ekonomi biliminin gereçleriyle yaklaşılmasının altında “insan”ı dışlamak arzusu değil hukuku toplumsal refaha ve etkinliğe yöneltmek ihtiyacı yatmaktadır.

⁵¹ “Antitröst kanunlarının amacıyla ilgili olarak da 1890’dan beri devam eden ciddi bir tartışma var. ‘Bu kanunların amacı nedir’ sorusuna farklı cevaplar veriliyor, hem doktrinde, hem de uygulamada, mahkemelerden farklı cevaplar geliyor. Bu konuda en şiddetli görüşler Chicago Okuluna ait. Chicago Okulu çok net bir şekilde antitröst kanunlarının tek amacı olduğunu ve bütün kanunların bu amaç doğrultusunda uygulanması gerektiğini söylüyor. Onlara göre, rekabet kanunlarının ya da antitröst kanunlarının tek amacı, iktisadi etkinlikle sağlanacak olan tüketici refahıdır, tüketici hakları değil tüketici refahı, yani iktisadi etkinliktir, kaynak dağıtımında ve üretimde etkinlik. Diğer amaçlar, yani tüketicinin korunması, küçük işletmelerin korunması, rakiplerin korunması, hatta bazen kriz dönemlerinde sektörlerin korunması amacıyla verilmiş olan kararları tabii ki etkinliğe aykırı buluyorlar ve şiddetle eleştiriyorlar” (Aslan, 1999; 3).

menfaati ile iktisadi etkinliğin sağlanması arasında çekişme olabileceği ve bu durumlarda “tüketicinin korunması” amacının galip gelebileceği düşünülmektedir. Yani, bu görüşe göre, “tüketicinin korunması” adına sosyal sahada elde edilen sonuçlar “iktisadi etkinliğin sağlanması” amacında yaratılan sapmadan önemli ölçüde büyük olacaksa, iki yarışan amaç arasından “tüketicinin korunması” amacı seçilebilir. ASLAN, sosyal sahada tanımlanan “tüketicinin korunması amacı”nın Türk rekabet hukukunda benimsendiği görüşünü desteklemek üzere, “RKHK’nın 5. maddesinde rekabetin sınırlandırılmasına izin verilebilecek konular arasında ‘tüketici yararı’ açıkça gösterilmiştir” demektedir (Aslan, 2001; 5).

Kanımızca, rekabet hukukunun “iktisadi etkinliğin korunması yoluyla toplumsal refahın ve buna bağlı olarak tüketici refahının sağlanması” dışında, doğrudan sosyal sahada yer alan genel bir “tüketicinin korunması” amacı yoktur. Her ne kadar Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un Madde Gerekeçleri⁵² içerisinde RKHK’nın 5. maddesinin gerekeçesini açıklayan kısımda “Ortaya çıkan yarıdan tüketicinin adil bir pay alması suretiyle rekabet hukukunun sosyal yönü de ortaya çıkmaktadır” cümlesine yer verilmekte ise de, Genel Gerekeç’de de diğer madde gerekeçlerinde de yukarıda tarif edilen türde bir “tüketicinin korunması” amacına yer verilmemiş ve daima tüketici refahının artırılması amacından bahsedilmiştir. Nitekim, 1. maddenin gerekeçesinde yer verilen “fiyatların düşüşü ve kalitenin artışı ise toplumun tamamını yani tüketicileri korumak gibi sosyal bir fayda sağlar” cümlesi, gerekeçde tüketici refahının artırılması yerine “tüketicinin korunması”na gönderme yapılan iki yerden biridir ve aslında sosyal sahada tanımlanan ayrı bir tüketicinin korunması amacının değil tüketici refahının kastedildiğini belirginleştirmektedir. Aşağıda, “rekabet hukukuna ithal edilen amaçlar” başlığı⁵³ altında anlatacağımız üzere, tüketici sağlığını, güvenliğini yahut benzer bir tüketici menfaatini ön plana alan bazı yaklaşımlar dava bazında geliştirilebilir. Sosyal alanda yer alan “tüketicinin korunması” amacı bu biçimde ve ancak belli bir dava özelinde rekabet hukukunu etkileyebilir. Öte yandan, bu durum, rekabet hukukunun tüketiciyi korumak için uygulandığı anlamına gelmez. Bu bağlamda, “tüketicinin korunması”, zaman zaman rekabet hukukunun bir işlevi olabilir ama “amacı” değildir.

Kanımızca, Türk Rekabet Kanunu’nun 5. maddesinde yer alan “tüketicinin bundan yarar sağlaması” ibaresinin sosyal sahada yer alan bir tüketicinin korunması amacının varlığına mevzuatın içinden delil olarak ileri sürülmesi de pek ikna edici değildir. Türk Rekabet Kanunu’nun 5. maddesi

⁵² Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet ve Sanayi ve Teknoloji ve Ticaret Komisyonları Raporları (1/542), T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, Sayı: B.02.0.KKG/101-485/04689 ve Tarih: 10.5.1993.

⁵³ Bkz. 4.5. numaralı başlık altındaki açıklamalar.

gerçekten “tüketicinin bundan yarar sağlaması” unsurunu, teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarının 4. madde hükümlerinin uygulanmasından “muaf” tutulmasının dört şartından biri olarak belirtmiştir. Öte yandan, tüketicinin teşebbüsler arasındaki bir anlaşma, uyumlu eylem yahut teşebbüs birliği kararından faydalanması şartını, “tüketicinin korunması”nın rekabet hukukunun “amacı” olduğu yargısına varılmasını sağlayacak kadar önemli bir yere koymamıştır.

Öncelikle, “muafiyet” verilmesinin diğer şartlarından olan “malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması” şartı zaten doğruca iktisadi etkinliğin ve verimliliğin⁵⁴ sağlanması amacına yönelmektedir. Dolayısıyla, ilgili hükümde yer verilen dört şart birikimli (kümülatif) nitelik arz ettiğinden, rekabet hukukunun asıl amacı olarak ortaya koyduğumuz “iktisadi etkinliğin sağlanması amacı”ndan “tüketicinin korunması” adıyla başka bir amaç tanımlanarak ayrılmış değildir.

Muafiyet yoluyla rekabetin sınırlandırılmasına olanak tanımanın iktisadi etkinliğin sağlanması amacına ters düştüğü ve geriye kalan tek olası amacın da maddede yer verilen “tüketicinin yarar sağlaması” amacı olduğu bağlantısına katılmaya da olanak yoktur. Zira, ilgili maddenin uygulama alanı bulabilmesi için iktisadi etkinliğin ve verimliliğin sağlanması yönünde çok önemli bir şartın⁵⁵ gerçekleşmesi zaten arandığı gibi, diğer iki şart da ilgili rekabet kısıtlamasının oranlı⁵⁶ ve ölçülü⁵⁷ olmasını aramaktadır.

Bu bilgilerle beraber Türk Rekabet Kanunu’nun 5. maddesinin normal şartlarda⁵⁸ istisnai olarak uygulama alanı bulabileceği (Korah, 1998)⁵⁹ gerçeği de

⁵⁴ Pek çok Türkçe rekabet hukuku eserinde, İngilizce iktisat terminolojisinde “efficiency” olarak kullanılan terimin Türkçe iktisat terminolojisindeki doğru karşılığı olan “etkinlik” yerine “verimlilik” terimi kullanılmaktadır. Oysa “verimlilik”, İngilizce iktisat terminolojisindeki “productivity” teriminin karşılığıdır ve belirli bir üretim miktarı (çıktı) ile bunu elde etmek için kullanılan faktörler (girdi) arasındaki oranı ifade eder.

⁵⁵ “Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması” şartı.

⁵⁶ “Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlandırılmaması” şartı.

⁵⁷ “İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması” şartı.

⁵⁸ Şu anda, Avrupa Birliği rekabet hukuku rejiminde mevcut bulunan grup muafiyet tebliğlerinden bazıları Türk rekabet hukukunda henüz çıkartılmamış olduğu için, Türk rekabet hukukunda bu maddenin uygulaması “normal şartlar”da görülecek olandan daha yaygındır. Avrupa Birliği’ndeki grup muafiyeti tebliği şartlarını yerine getiren ve fakat böyle bir tebliğ henüz Türk rekabet hukuku rejiminde bulunmadığı için Türk Rekabet Kanunu’nun 4. maddesi kapsamında kalan anlaşmalar, 5. madde altında “bireysel muafiyet” olarak hukuki güvenceye kavuşturulmaktadır.

⁵⁹ KORAH, Türk Rekabet Kurumu tarafından 5-6 Ekim 1998 tarihinde İstanbul’da düzenlenen “Türkiye Birinci Uluslararası Rekabet Sempozyumu”nda yaptığı konuşmada, Avrupa Birliği rekabet hukuku rejiminde “bireysel muafiyet” tanınmasının son derece istisnai hallerde

değerlendirildiğinde, kanunun hem uygulama alanı bu kadar kısıtlı hem de getirilen diğer şartlar dolayısıyla zaten “iktisadi etkinliğin sağlanması amacı”ndan pek de sapma yaratmayan bir hükmünde dört şarttan biri olarak “tüketicinin bundan yarar sağlaması” unsuruna yer vermiş olmasının Türk rekabet hukukunun “tüketicinin korunması”nı “amaçladığı” biçiminde yorumlanamayacağını düşünüyoruz.⁶⁰

Dolayısıyla, kanımızca, rekabet hukukunun tüketici refahını arttırmak amacı dışında kalan ve tüketicinin korunması ile ilişkilendirilerek doğrudan sosyal politika sahasında tanımlanabilecek bir “amacı” yoktur.

Bu tezimizi destekler nitelik yüklediğimiz için yukarıda sunduğumuz argümanların devamı olarak algılanmasını istemediğimiz, ancak tartışmaya etkisi olabileceği için dikkat çekilmesi gereken son bir nokta da şudur: Türk Rekabet Kanunu’nun bireysel muafiyet verilmesi şartlarını düzenleyen 5. maddesinde yer alan “tüketicinin bundan yarar sağlaması” ibaresi aslında Roma Antlaşması’nın 81. maddesinin 3. paragrafının (o zamanki 85 (3))⁶¹ İngilizce metninde yapılmış olan bir çeviri hatasının devamıdır. Fransızca metinde “utilisateurs” olarak görünen sözcük, bir sebeple, İngilizce’ye çeviri sırasında “consumers” biçiminde alınmış ve bizim kanunumuzun 81(3)’e karşılık gelen 5. maddesinde de bu kelimenin doğru Türkçe karşılığı olan “tüketici” kullanılmıştır. Oysa aslında özgün metin yaratılırken amaçlanan “tüketici”ye değil “ürünün nihai alıcısı”na yer vermektir.⁶² Bu da İngilizce metin dışındaki orijinal metinlerin hemen tamamında Fransızca’daki “utilisateur”un karşılığı olacak biçimde nihai alıcıyı işaret eden bir kavramın kullanılmış olmasından anlaşılmaktadır (Korah, 1994; 64).

olabileceğinin altını “uygulamada, Komisyon, hemen hiç bireysel muafiyet vermemektedir. Geçen yılki sayı 2 idi. 1990’larda ise, yılda 3, 4 veya 5 tane vermiştir. Yani, bir yenilikle size gelen müşterinize muafiyet alamayacağını söyleyebilirsiniz” sözleriyle çizmiştir (Korah, 1998).

⁶⁰ Bu noktada saptanması gereken bir diğer husus da, Türk rekabet hukuku rejiminde ihtiyaç duyulan grup muafiyeti tebliğlerinin bir an önce çıkartılmasının önemidir. Söze konu tebliğlerin yokluğunda “bireysel muafiyet” tanınması suretiyle gereksiz mağduriyetlerin önlenmesi yerinde bir geçici tedbir ise de, bu uygulamanın gereğinden uzun süre devam etmesi ve ihtiyaç duyulan grup muafiyeti tebliğlerinin vakitlice çıkartılmaması, Türk Rekabet Kanunu’nun 5. maddesini esas kullanım amacından saptıracaktır. Oysa, 5. maddenin kullanım amaçlarının ve sınırlarının belirsizleşmesi olasılığını doğuran uygulamalardan kaçınılması lazımdır. Zira, yukarıda açıklandığı üzere, 5. maddenin kısıtlı ve sınırları belli hallerde kullanım alanı bulması, “iktisadi etkinlik” amacının etkili bir biçimde takip edilebilmesinin gereklerindedir.

⁶¹ Amsterdam Antlaşması’nın 1 Mayıs 1999’da yürürlüğe giren 12. maddesi uyarınca Roma Antlaşması’nın 85. ve 86. maddelerinin yeni madde numaraları 81 ve 82 olarak belirlendiğinden, bundan sonra bu çalışmada ilgili maddelere yeni numaralarıyla gönderme yapılacaktır.

⁶² Yani, ara malının tüketicisi ile tüketim malının tüketicisi arasında bu anlamda fark vardır.

Kanımızca, rekabet hukukunun tüketiciye etki etmesi tüketici refahını arttırmak suretiyle olmaktadır. Öte yandan, “tüketicinin korunması” biçiminde sosyal sahada tanımlanan ihtiyaç rekabet hukuku ile karşılanamaz. Tüketicinin korunması yönünde ayrı bir toplumsal ihtiyaç bulunmakla beraber, bunun için ayrı bir mevzuat vardır. Nitekim Türk Rekabet Kurumu da, konu sosyal sahada tanımlanan “tüketicinin korunması” amacını ilgilendirdiğinde, meselenin ilgili mevzuat altında ve yetkili makam tarafından ele alınmasını uygun bulmaktadır.⁶³ Zaman zaman sosyal sahada tanımlanan “tüketicinin korunması” amacını dava bazında ödünç alabilse de, rekabet hukukunda genel bir “tüketicinin korunması” amacı yoktur. Öte yandan, “tüketicinin korunması”, çoğunlukla rekabet hukukunun iktisadi etkinliğin sağlanması amacına ulaşmak üzere uygulanırken gördüğü bir işlemdir. Tüketiciler, daha düşük fiyatı ve daha kaliteli mal ve hizmet sunumunu beraberinde getirdiği için, rekabetten istifade etmektedirler. Örneğin, bir pazarda hakim durumda bulunan teşebbüsler bilinçli bir politika çerçevesinde o pazarda araştırma ve geliştirme faaliyetleri yapmıyorlar ve o pazara girebilecek yahut pazardaki payını bu yolla arttırabilecek diğer teşebbüslerin bu türden faaliyetlerinin de yatay anlaşma yahut uyumlu eylem yoluyla önüne geçiyorlarsa⁶⁴, bu eylem ve işlemlerinden rekabet hukuku vasıtasıyla sorumlu tutulmaları gerekir. Bu noktada “amaç”, tüketicinin korunması değil rekabetin ve bu yolla iktisadi etkinliğin⁶⁵ korunmasıdır.⁶⁶

⁶³ 12.11.1998 tarihli ve 23521 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan *Yeni Günaydın Gazetesi* kararında “Yakınmanın konusu, doğrudan 4077 sayılı yasa kapsamında yer aldığından, 4054 Sayılı yasaya göre değerlendirilmesine olanak bulunmamaktadır. İstemin bu nedenle reddine ve dosyanın ilgisi nedeniyle Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Tüketicinin Korunması Genel Müdürlüğü’ne gönderilmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir” denilmektedir.

⁶⁴ Benzer bir konuda, ABD rekabet hukukunda önemle üstünde durulmuş olan “patent havuzu (patent pooling)” mekanizmasıyla ilgili bir örnek de şu olabilir: Teşebbüslerin karşılıklı olarak birbirlerine sahip oldukları patentlerden istifade etme imkanı sağlayan lisanslar vermeleri ile oluşturulan bir patent havuzuna gelecekte elde edilecek tüm patentlerin de dahil edileceğinin kararlaştırılması, ABD rekabet hukuku altında risklidir. Zira, patent havuzu bu tür bir özellik gösterdiği takdirde teşebbüslerin yeni buluş ve gelişmelere olan ilgilerinin azalacağı düşünülmektedir. Rekabet hukukunun patent havuzu düzenlemeleriyle ilgili bu etkisi, ABD rekabet hukukunda “tüketicinin korunması” amaç olarak benimsendiği için değil, dinamik etkinliğin korunması amacına bağlı olarak gerçekleşmektedir. Öte yandan, bir sonuç da sosyal sahadaki anlamıyla tüketicinin korunmasıdır.

⁶⁵ Bu örnekte, rekabet hukuku aracı kullanılarak özellikle “dinamik etkinlik” korunmuş olmaktadır.

⁶⁶ Bu noktada, bu örneğimizin tartışıldığı diğer platformlarda yapılan eleştirileri dikkate alarak, doğabilecek herhangi bir tereddüdü baştan gidermek ve konuyu açıklıkla ortaya koymak isteriz. Aslında pazara girişlerin özendirilmesi Chicago’cu görüş anlamında iktisadi etkinliği sağlamaz. Pazara girişlerin hukuk vasıtasıyla özendirilmesi adına rekabet hukuku müdahalesi, “Klasik İktisat Görüşü” anlamında iktisadi etkinliği sağlayıcı bir hamle olabilir. Oysa, biz firmaların elde ettikleri pazar gücü ile üstün performansları arasında bulduğumuz paralellik bakımından Chicago’cu görüşten ayrılmamaktayız. Öte yandan, burada tespit edilmesi gereken husus, pazardaki yatay

Öte yandan, rekabet hukukunun bu uygulamasının bir “işlevi” de araştırma/geliştirme faaliyetlerine yeniden önem verilmesinin sağlanması suretiyle daha kaliteli ve ihtiyaca daha iyi cevap veren ürünlerin üretilmesine yol açarak sosyal alanda tanımlandığı biçimiyle tüketicinin korunmasıdır.

4.4. Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelerin Korunması

4.4.1. ABD Rekabet Hukuku’nda

Özellikle amaçsal perspektifler bakımından “son dönem Chicago ekolü” etkisine girmiş bulunan ABD rekabet hukuku uygulaması, küçük ve orta ölçekli işletmelerin korunmasını rekabet hukukunun amaçlarından biri olarak tanımayı artık hatalı bulmaktadır. “Son dönem Chicago ekolü” ifadesini kullanmış olmamızın altında, rekabet hukukuna genel olarak etki eden Chicago ekolünün iki ayrı dönemini birbirinden ayrı düşünme gerekliliği yatmaktadır. Bu bağlamda, yine Chicago’cu yaklaşıma ait olmakla ve onun temellerini oluşturmakla beraber, Henry SIMONS’un çalışmaları “başlangıç dönemi”nin parçası olarak görülebilir. “Başlangıç dönemi”nden “son dönem”e geçişteki en önemli faktörlerden biri, kuşkusuz, Aaron DIRECTOR’un 1940’ların sonu ile 1950’lerin başındaki çalışmalarıdır (bkz. Stigler, 1982). Zaten Director’un bu görüşlerinin de kaynağını Milton FRIEDMAN’ın iktisat yaklaşımlarından aldığı düşünülür (Posner, 1979; 928). Yukarıda “son dönem Chicago ekolü” ifadesiyle atıfta bulunduğumuz düşünce ve yaklaşım biçimi ise, POSNER, BORK, Ernest GELLHORN ve Frank EASTERBROOK gibi ekonomi biliminin tüm yöntemlerini analizlerinde güçlü bir şekilde kullanabilen hukukçuların⁶⁷ ve Betty BOCK⁶⁸ gibi hukuk disiplininin tüm düşünüş ve analiz yöntemlerine aşina iktisatçıların “başlangıç dönemi Chicago Okulu”nun bulgu ve değerlendirmelerini hakimlerin hemen uygulamasına müsait işlevsel prensiplere dönüştürmeleriyle oluşmuştur.

Nitekim, yakın tarihli *Nynex v. Discon*⁶⁹ kararında bu prensiplerden bazılarının bağlı kalan ABD Federal Yüksek Mahkemesi, şikayetçinin şikayetinde yalnızca bir rakip olarak kendisine değil, genel olarak “rekabet süreci”ne zarar verildiğini iddia ve ispat etmesini şart koşarak “teşebbüsün

anlaşmalarla araştırma ve geliştirme faaliyetlerinin önüne geçilmesinin Chicago’cu anlamda iktisadi etkinliği de bozmakta olduğudur. Bu yönden, söz konusu yatay anlaşmaya rekabet hukuku yaptırımı uygun görülürken kendi etkinlik anlayışımızla çelişkiye düştüğümüz söylenemez. “Amaç” hala “iktisadi etkinliğin sağlanması” amacıdır ve “tüketicinin korunması” yalnızca bu uygulamanın “işlevi”dir.

⁶⁷ Posner, Bork, Gellhorn ve Easterbrook gibi hukukçuların Chicago’cu rekabet hukuku prensiplerinin oluşmasındaki rolleri hakkında daha fazla detay için bkz. Kovacic, 1989; 1105-1150 ve Kovacic, 1992; 294-306.

⁶⁸ Betty Bock’un düşüncelerinin ABD rekabet politikasına etkilerinin ayrıntılı bir tartışması için bkz., Kovacic, 1997; 231-245.

⁶⁹ *Nynex v. Discon* 119 S. Ct. 493 (1998)

korunması” amacını tanımamıştır. Benzer biçimde, *Brown Shoe*⁷⁰ kararında da rekabet hukukunun amacı “rakipleri değil rekabeti korumak” olarak ortaya konmuştur.⁷¹ Teşebbüsün korunmasını rekabet hukukunun amacı olarak tanımayan ve “rekabet süreci”ni korunacak değer olarak işaret eden yakın tarihli bu kararlardan evvel de, açıkça “küçük teşebbüslerin korunması amacı”ni reddeden ve esas meseleyi “rekabetin korunması” olarak gören kararlar olmuştur. Bunlardan en önemlisi ve ABD rekabet hukuku rejiminin gelişiminde en çok iz bırakanı *Topco*⁷² kararıdır.⁷³ Bu kararda, 25 kadar küçük ve orta ölçekli işletmenin kurdukları kooperatif vasıtasıyla yürürlüğe koydukları yöresel sınırlamalar, açıkça diğer büyük markalarla rekabet için getirildikleri ve alt derece mahkemesinin kararına göre bu amacı da yerine getirdikleri halde, ABD Federal Yüksek Mahkemesi tarafından yasaklanmış ve cezalandırılmıştır.⁷⁴

ABD rekabet hukukunda “küçük teşebbüslerin korunması” bir amaç olarak yalnızca yatay anlaşmaların ele alınmasına ilişkin olarak reddedilmiş değildir. Birleşme ve devralma işlemlerine ilişkin analizlerde de, hem 1914 yılında çıkarılan Clayton Yasası hem de 1950 yılında bunu takip eden Celler-Kefauver Yasası⁷⁵ aslında Amerikan ekonomisindeki yoğunlaşma eğiliminin önüne geçerek küçük teşebbüsleri korumayı hedefliyor olmakla beraber,⁷⁶ artık asıl olan değerlendirme ölçütü küçük teşebbüslerin nasıl

⁷⁰ *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 320, 344 (1962).

⁷¹ Bu karar rekabet hukukunun amacının rakipleri değil rekabeti korumak olduğunu ortaya koyan bir karar olarak önem arz etmektedir. Öte yandan, bu kararın genel yaklaşımı küçük teşebbüsün büyük teşebbüslerin iktisadi etkinliğinden korunması düşüncesine bağlı olmuştur. *Brown Shoe Co.* kararı bu yönüyle küçük teşebbüslerin korunmasını bir rekabet hukuku “amacı” olarak reddeden bir karar değil, küçük teşebbüslerin korunmasını bir amaç olarak gören istisnai iki karardan biridir. Bu karardan 4 yıl sonra aynı yaklaşımı benimseyen diğer karar olan *Von's* kararı aşağıda ayrıntılı biçimde tartışılacaktır.

⁷² *United States v. Topco Associates* 405 U.S. 596 (1972)

⁷³ Hakim Bork, *Rothery Storage & Van Co. v. Atlas Van Lines, Inc.* 792 F. 2d 210 (D.C. Cir. 1986), cert. denied, 479 U.S. 1033 (1987) kararında, Topco kararının artık geçerliliği bulunmadığını savunmaktadır. Öte yandan, bugün ABD’de pek çok rekabet hukuku avukatı Topco’nun halen kullanılabilir içtihat olduğu görüşünü benimsemekte ve ortak girişimleri, yöresel sınırlamaların per se hukuka aykırılığını ve/veya ayrılmaz yan sınırlamaları ilgilendiren davalarında bu kararı kullanmaktadır.

⁷⁴ Bu kararın, *Chicago Board of Trade v. United States* 246 U.S. 231 (1918) kararı ile *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.* 310 U.S. 150 (1940) kararlarının yarattığı per se paradigmasında sıkışarak rekabetçi etkileri incelemeyi baştan reddetmesine katılmamakla beraber, küçük teşebbüslerin salt küçük oldukları için büyüklere karşı korunması fikrine kapılmayan bir karar olarak önemi bulunduğunu düşünüyoruz.

⁷⁵ Bir cümleyle açıklayacak olursak, Celler-Kefauver Yasası, birleşme ve devralma işlemlerine uygulanacak mevzuat olarak önceden çıkarılmış olan Clayton Yasası’nı mal varlığı devirlerine ve birbirlerinin direkt olarak rakibi olmayan teşebbüsler arasındaki birleşme/devralma işlemlerine uygulanabilir kılmak için çıkarılmıştır.

⁷⁶ *United States v. Alcoa*, 377 U.S. 271, 280 ve *U.S. v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321, 362-363 gibi kararlarda bu kanunların çıkarılış amacı tartışılmaktadır. Celler-Kefauver Yasası ile

etkileneceği değil “rekabetin ciddi ölçüde kısıtlanması yönünde ciddi bir olasılık bulunup bulunmadığı”dır.^{77,78} Ayrıca, Adalet Bakanlığı ile Federal Ticaret Komisyonu tarafından 2 Nisan 1992 ve 8 Nisan 1997 tarihlerinde hazırlanan “Yatay Birleşme Rehberi”nde de hem esas değerlendirme ölçütü rekabetin ne ölçüde kısıtlanmış olacağı olarak belirlenmiştir hem de iktisadi etkinliğin sağlanmasına dair savunmaların dikkate alınacağı açıkça belirtilmiştir. Rekabetin ciddi ölçüde kısıtlanması olasılığının varlığını ve ciddiyet düzeyini irdelerken pazardaki mevcut yoğunlaşma düzeyi (ve dolayısıyla küçük teşebbüslerin durumu) analize ilgili hale gelmekle beraber,⁷⁹ artık asıl analiz küçük teşebbüsün korunması perspektifinden değil pazardaki mevcut rekabetin ciddi ölçüde kısıtlanmasının engellenmesi amacı benimsenerek yürütülmektedir. ABD Federal Mahkemesi’nin *Von’s Grocery Co.*⁸⁰ kararı bunun son dönemdeki tek istisnası olmuştur. *Von’s* kararı, kanımızca, zaten hatalıdır. Birincisi, o davadaki ilgili ürün pazarında birleşme öncesi durumdaki yoğunlaşma yüksek değildir ve *Philadelphia National Bank* kararına atıf yapılarak gösterilen aşırı hassasiyet bu sebeple yersizdir.⁸¹ Kaldı ki, önerilen birleşme sonrası ilgili pazardaki yoğunlaşma durumu da kaygı verici olmaktan uzaktır.⁸² Ayrıca,

ilgili olarak, Celler’in kanunun çıkartılması tartışmaları esnasındaki kaygı belirten “ülkemizi kuran küçük, bağımsız ve merkezileşmemiş teşebbüsler hızla yok olmakta ve dev yoğunlaşmalara bağımlı hale gelmektedir” (95 Kongre Kayıtları, 11486) sözleri de amaç konusuna ışık tutmaktadır.

⁷⁷ Bkz., *United States v. Philadelphia National Bank* 374 U.S. 321 (1963); *FTC v. Consolidated Foods Corp.* 380 U.S. 592 (1965) ve *FTC v. Staples*, 970 F. Supp. 1066 (D.D.C. 1997) gibi kararlar.

⁷⁸ ABD rekabet hukukundaki “rekabetin ciddi ölçüde kısıtlanması yönünde ciddi bir olasılık bulunup bulunmadığı” testinin, AB rekabet hukukunda ve Türk rekabet hukukunda kullanılan “hakim durum tesis edilmesi yahut mevcut bir hakim durumun kuvvetlendirilmesi” testinden farklı sonuçlar doğurduğu tartışılmaktadır. Çok yakın tarihte çıkardığı Yeşil Kağıt (Konsey Regülasyonunun Gözden Geçirilmesine Dair Yeşil Kağıt (EEC) 4064/89, COM(2001) 745/6, 11 Aralık 2001) ile Komisyon, AB rekabet hukukunda kullanılan testin ABD’dekine yakınlaştırılması konusunu tartışmaya açmış ve fakat sonuçta, tahmin edildiği gibi, bu konuda bir değişikliğe gitmeme kararı almıştır.

⁷⁹ “Pazardaki yoğunlaşma zaten yüksekse, o pazardaki küçük yoğunlaşma artışlarını bile engellemek aynı ölçüde önem kazanmaktadır” *U.S. v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321, 365, n. 42.

⁸⁰ *United States v. Von’s Grocery Co.*, 384 U.S. 270 (1966).

⁸¹ ABD Federal Yüksek Mahkemesi, *United States v. Philadelphia National Bank* 374 U.S. 321 (1963) kararında, ilgili pazardaki mevcut yoğunlaşma düzeyinin zaten yüksek olduğunu da göz önüne alarak *Philadelphia National Bank* ile *Girard*’ın birleşmelerini *Clayton Yasası*’nın 7. maddesine dayanarak yasaklamış ve *Sherman Yasası*’nın 1. maddesine aykırılık iddialarının esasına girmemişti. Bu davada incelenen birleşme işlemi sonucunda “ticari bankacılık” pazarının % 30’u tek bir firmanın eline geçecek ve pazardaki en büyük iki teşebbüsün pazar payları toplamı % 44’den % 59’a çıkacaktır.

⁸² Birleşme sonucunda, pazardaki en büyük iki teşebbüsün pazar payları % 14.4’den % 15.5’e yükselecek ve en büyük altı teşebbüsün toplam pazar payları % 32.1’den % 35.4’e çıkacaktır.

mahkeme tarafından birleşmeyi değerlendirmekte kullanılan katı ölçüt pazardan çıkış için uygun bir yol olan satış olasılığını o kadar sert bir biçimde engellemiştir ki, bu görüşün tüm birleşme değerlendirmelerinde benimsenmesi halinde uzun vadede pazara yeni girişlerin caydırılması sonucu doğması söz konusu olabilecektir.⁸³ Bu, rekabetin yanlış politika kararı sonucunda doğrudan mahkeme eliyle bozulmasından başka bir şey değildir. Karar, kanımızca, rekabet hukukunda salt küçük teşebbüsün korunması amacıyla karar alınması halinde iktisadi etkinliğin sağlanması amacından uzaklaşıldığını gösteren bir diğer örnektir. Bu karar ABD rekabet hukukunda hem uygulamacılar hem de akademisyenler tarafından ağır biçimde eleştirilmiştir. Öte yandan, bu karardan çok sonra çıkan “Yatay Birleşme Rehberi” eğer o tarihte mevcut olsaydı, muhtemelen Von’s davası Federal Yüksek Mahkeme’nin önüne bile gelmemiş olacaktı.⁸⁴ Nitekim, ABD rekabet hukukunda 1980’li yıllardan itibaren son derece ciddi büyüklüklerdeki yatay birleşme ve devralmalara izin verilmiş ve bu konuda çok az sayıda dava açılmıştır (Eckard, 1995).

ABD rekabet hukukunda küçük teşebbüsün korunmasının bağımsız bir amaç olarak kabul edilmesi eğiliminin terk edilip asıl amacın iktisadi etkinliğin sağlanması olarak kabul edilmesi ile ilgili bir diğer göstergeye de aykırı (conglomerate)⁸⁵ birleşmelere ilişkin olarak benimsenen rekabet hukuku politikasında rastlanmaktadır. Özellikle 1965 ile 1975 yılları arasında yaşanan “aykırı birleşme” dalgası esnasında, önceleri *Procter & Gamble Co.*⁸⁶ kararıyla ortaya çıkan “sağlamlaştırma (entrenchment) doktrini”nin⁸⁷ 1982 yılında hem Federal Ticaret Komisyonu hem de Adalet Bakanlığı tarafından terk edilmesinde

⁸³ Pazardan çıkışın yersiz olarak güçleştirilmesi ile pazara giriş engelleri arasındaki bağlantı hakkında ayrıntı için bkz. Schmalensee, 1987; 41-51.

⁸⁴ Nitekim, FOX, 1982 tarihli “Yatay Birleşme Rehberi”ni bazı birleşmelerin hukuka aykırı bulunduğu önceki tarihli Federal Yüksek Mahkeme kararlarına uyguladığı çalışmada, aralarında Von’s kararının da olduğu bir çok davada meselenin Federal Yüksek Mahkeme’nin önüne bile getirilmiş olmayacağı sonucuna varmaktadır (bkz. Fox, 1982).

⁸⁵ “Aykırı Birleşmeler” kavramı, Türkçe’de “Conglomerate Birleşmeler” yerine kullanılmak üzere, ilk olarak Yılmaz Aslan tarafından önerilmiştir (bkz. Aslan, 2001; 252). “Aykırı” terimi, bir eylem ya da işlemin hukuka aykırı olduğunu çağrıştırmak gibi bir sakıncayı barındırmaktadır. Öte yandan, hem bu terimin seçilmesine dair gerekçenin kuvveti hem de bu yabancı terimin karşılığının Türk rekabet hukuku yazınında bir an önce yerleşmesi gerekliliği dolayısıyla, biz de bu Türkçe kavramı benimsiyor ve ödünç alıyoruz.

⁸⁶ *FTC v. Procter & Gamble Co.*, 386 U.S. 568 (1967).

⁸⁷ “Sağlamlaştırma doktrini”, 1982 yılından itibaren, ABD Federal Ticaret Komisyonu ve ABD Adalet Bakanlığı tarafından yatay olmayan birleşmelerin soruşturulması ve zaman zaman engellenmesi gerekçelerinden biri olmaktan tamamen çıkmıştır. AB rekabet hukukunda kullanılan “portföy etkisi (portfolio effect)” kavramının ele aldığı konuyla da ilgilenmekle beraber, “sağlamlaştırma doktrini” aslında farklı özelliklere de sahiptir. Amacımız bağımsız olarak bu kavramları incelemek olmadığı ve söz konusu doktrinin geldiği nokta ABD rekabet hukukunda “amaç” konusu incelenirken örnek olarak kullanıldığı için burada daha fazla ayrıntıya girilmeyecektir.

de rekabet hukukunun esas amacının “küçük teşebbüsün korunması” değil “iktisadi etkinliğin sağlanması” olduğu gerçeği rol oynamıştır.

Söze konu örnek kararda, zaten yoğunlaşma gözlenen “ev tipi beyazlatıcı” pazarında lider durumda bulunan ve % 49 pazar payını daha da arttırmakta olan Clorox, beyazlatıcı üretmemekle beraber başka ev tipi temizlik ürünlerinin büyük bir üreticisi olan Procter & Gamble tarafından devralınmak istenmektedir.

1967 yılındaki bu kararda, ABD Federal Yüksek Mahkemesi, Federal Ticaret Komisyonu’nun devralmanın engellenmesi yönündeki kararını onamıştır. Başlıca gerekçe ise “kuvvetli durumdaki devralan teşebbüsün (P&G), daha küçük ama yine de kendi pazarında hakim durumda bulunan teşebbüs yerine geçmesi işleminin pazardaki diğer küçük firmaların agresif biçimde rekabet etme isteğini kırma etkisi yaratacağı”dır. Mahkeme’ye göre, bu devralma işlemi rekabeti olumsuz etkileyecektir, zira pazara yeni girecek yahut coğrafi olarak mal verdikleri alanı genişletecek üreticiler, P&G ile rakip konumunda kalmak konusunda daha küçük Clorox ile olduğundan çok daha isteksiz olacaklardır.

Kaynağını “büyük kötüdür” düşüncesinin kalıntılarından alan bu yaklaşım başta AREEDA ve TURNER (Areeda ve Turner, 1980) ile BORK (Bork, 1978) olmak üzere pek çok ünlü rekabet hukukçusunun eserlerinde eleştirilmiş ve rekabet hukukunun asıl amacının büyük teşebbüsü durdurmak yahut küçük teşebbüsü korumak değil iktisadi etkinliği sağlamak olduğu vurgulanmıştır. BORK konuyu ele alırken, “Procter & Gamble kararı ancak rekabet hukuku küçük teşebbüs yanlısı bir rejim olarak düşünüldüğünde anlam ifade etmektedir. Aslında o zaman bile pek anlamlı değildir zira küçük teşebbüsler Clorox’un maliyet avantajından yalnızca eğer bu avantaj devralma yoluyla elde ediliyorsa korunabilmiş olmaktadır” (Bork, 1978; 255) diyerek kararın rekabet hukukuna yanlısı bir amaç perspektifiyle yaklaştığını vurgulamıştır. BORK’un da ortaya koyduğu üzere (Bork, 1978; 252-257), aslında mahkemenin ve Federal Ticaret Komisyonu’nun bu devralma işlemine yüklediği tüm etkiler iktisadi etkinliğin sağlanmasının görüntü biçimleridir ve bu sebeple işlemin kınanmasının değil ancak izin almasının gerekçeleri olabilirler.

Nitekim, rekabet hukukunda doğru amaç anlayışıyla hareket edilirse Procter & Gamble yaklaşımının hatalı olacağını gören mahkemeler ve Federal Ticaret Komisyonu, P&G kararından sonra “sağlamlaştırma doktrini”nden giderek soğumuş⁸⁸ ve bu doktrini kullanmayı 1980’lerin başından itibaren

⁸⁸ Örneğin, *Emhart Corp. v. USM Corp.*, 527 F.2d 177 (1st Cir. 1975) kararında mahkeme per se “sağlamlaştırma doktrini uygulaması”nı reddetmiş ve davaya konu işleme izin vermiştir. İkinci daire de, benzer biçimde, *Missouri Portland Cement Co. v. Cargill, Inc.*, 498 F.2d 851 (2d Cir. 1974) kararında sağlamlaştırma doktrinini kullanmaktan kaçınmıştır. Gerekçenin şu kısmı

tamamen bırakmışlardır.⁸⁹ Böylece, birleşme ve devralma analizlerinde “küçük teşebbüslerin korunması”nın bir amaç olarak belirmesi olasılığı tamamen ortadan kalkmış ve “iktisadi etkinliğin sağlanması” başlıca amaç olarak kabul edilmiştir.

Artık ABD rekabet hukukunda, iktisadi etkinlik toplumsal refahı artırdığı ve böylece rekabetin korunmasından beklenen faydayı sağladığı için, teşebbüslerin iktisadi etkinliği sağlayan ticari eylem ve işlemleri, belli bir teşebbüsü rakipleri karşısında güçlendirebilir, teşvik edilmektedir. ABD Federal Yüksek Mahkemesi de “Sherman Yasası’nın amacı teşebbüsleri pazarın işleyişinden korumak değil, toplumu pazarın işlememesinden korumaktır” dediği *Spectrum Sports, Inc.*⁹⁰ kararında bu gerçeğe işaret etmektedir.

Bu noktada, artık büyük teşebbüslerin ufanmasını ve küçüklerin korunmasını rekabet hukukunun varoluş sebebi olarak görmeyen ABD rekabet hukuku uygulaması bakımından,⁹¹ Amerika Birleşik Devletleri’nin kuruluşu esnasında JEFFERSON ve HAMILTON arasında yaşanan hükümet tartışmalarında⁹² Sherman Yasası’nın çıkartılmasına varacak biçimde üstün gelen Jefferson’cu görüşlerin⁹³ yavaş yavaş yerini Hamilton’un yaklaşımına

konuyu mükemmelen özetlemektedir: “Pek çok iş kolu zaten dev teşebbüsler tarafından kontrol edilmektedir. Buna rağmen, küçük teşebbüsler varlıklarını koruyabilmişlerdir. Küçük bir rakibin salt o pazarda evvelce varlığı bulunmayan büyük firma tarafından devralınmakla diğer küçük teşebbüslerin aşamayacakları bir engel yaratması mümkün görünmemektedir”.

⁸⁹ Federal Ticaret Komisyonu tarafından açılan son iki “sağlamlaştırma doktrini” dosyası olan *Heublein, Inc.*, 96 F.T.C. 385 (1980) ve *Beatrice Foods*, 101 F.T.C. 733 (1983) da, birleşmelerin tarafı olan teşebbüslerin ilgili pazardaki konumlarını sağlamlaştırdıkları gösterilemediğinden, sonuçsuz kalmıştır.

⁹⁰ *Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan*, 506 U.S. 447, 458 (1993).

⁹¹ *Appalachian Coals, Inc. v. United States*, 288 U.S. 344 (1933) kararı, ABD Federal Yüksek Mahkemesi’nin küçük üreticilere salt küçük oldukları için rekabeti kısıtlayıcı yatay bir anlaşma yapma imkanı tanıdığı tek karardır. O kararın alınmasındaki asıl rolü de karar tarihinde Amerika’da hüküm süren iktisadi depresyon oynamıştır ve bu durum karar metninde de açıkça ortaya konmaktadır. O tarihten bu yana, benzer bir karar verilmemiştir.

⁹² Bu tartışmalar hakkında ayrıntı için bkz. Neale ve Goyder, 1980 ve Baker ve Blumenthal, 1986.

⁹³ Gerçekten, çıkarılışı sırasında Sherman Yasası’nın gidermeye çalıştığı başlıca kaygı ekonomik gücün tek elde toplanması ve küçük teşebbüslerin yok olmasıdır. Nitekim, ABD Federal Yüksek Mahkemesi, Sherman Yasası’nın çıkartılmasından hemen birkaç yıl sonra 1897 yılında verdiği *United States v. Trans-Missouri Freight Assn.*, 166 U.S. 290, 323, (1897) kararında, büyük teşebbüslerin “hayatları bu işlerde geçmiş ve kendilerini etraflarındaki değişen şartlara uydurmakta zorlanabilecek olan küçük tacirleri pazar dışına iterek” rekabeti kısıtladıklarını belirtmiş ve asıl kaygıyı bu biçimde ortaya koymuştur. Bu karar, Sherman Yasası’nı yorumlarken, küçük teşebbüslerin korunması adına tüketicilerin düşük fiyatlardan elde edeceği faydanın feda edilmesi gibi bir çözümü açıkça tanıyan ilk karar olması bakımından da önem taşır.

bıraktığı söylenebilir.^{94,95} Jefferson'cu popülizm endüstriyel kuvvetin tek elde toplanma eğilimini kontrol altına almak istemekte ve hem toplum hem de hükümet görüşünde olduğu gibi iktisat alanındaki görüşlerinde de çok odaklılığı savunarak küçük ve yeni teşebbüslerin yeşerebilmesine olanak verme amacını en üste koymaktaydı. Oysa Hamilton, ekonomik gücün hukuk eliyle dağıtılmasında iktisadi etkinliği örseleyebilecek unsurlar olduğu kaygısını taşımaktaydı. Bu sebeple Hamilton'cu yaklaşım mali ve ekonomik mesele ve kurumlar üzerinde merkezi bir kontrol mekanizması kurulması fikrini reddetmekteydi.⁹⁶ İşte daha sonra Chicago ekolü olarak ortaya çıkacak olan rekabet hukuku yaklaşımı, Hamilton'un kurduğu temellerde yükselmiştir. Hatta bazı yazarlar, daha çıkartıldığı sırada Sherman Yasası'nın küçük işletmeleri koruma fikrinden ziyade iktisadi etkinliği ana hedef olarak gördüğünü öne sürmüşlerdir (Örneğin, Bork, 1966, Posner, 1976; 2. Bölüm ve Baxter, 1982).

4.4.2. Avrupa Birliği Rekabet Hukuku'nda

Avrupa Birliği'nde küçük ve orta ölçekli işletmelerin korunması amacına daha hassas yaklaşılmaktadır. Avrupa Birliği bakımından bu durum, sosyoekonomik şartların rekabet hukukunun amaçlarını şekillendirmesine güzel bir örnektir. Zira, tek pazar entegrasyonunun yok ettiği gümrüklerin ve ticaret kotalarının korumasından çıkan küçük ve orta ölçekli işletmeler, diğer üye devletlerdeki büyük firmalarla rekabette çaresiz kalmaktadır (Korah, 1994; 9). Avrupa Birliği'nde küçük işletmelerin korunması amacına daha hassas yaklaşılmasının en önemli sebeplerinden biri de, doğal olarak, bu durumun hem üye devletlerin iç siyasetinde hem de genel olarak Avrupa Birliği'nin amaçlarına

⁹⁴ ABD rekabet hukuku rejiminin kuruluşu esnasında çıkan yasaların o tarihte etkinlikten ziyade diğer olası amaçlar (küçük teşebbüslerin korunması, siyasi çok sesliliğin korunması, hakçılığın sağlanması, vb.) için çıkartılmış olduklarına dair bir diğer yaklaşıma da Scherer ve Ross tarafından yer verilmiştir (bkz. Scherer ve Ross, 1990; 12-14).

⁹⁵ Bununla beraber, ABD rekabet hukuku uygulaması ile AB rekabet hukuku uygulaması arasında "tekel olma durumu"nun nasıl karşılandığı bakımından hiçbir dönemde bir fark olmamıştır. Yani, bir kısmını yukarıda anlattığımız evrim sürecinin en başında dahi, ABD rekabet hukuku, zaman zaman teşebbüsleri salt büyüklüklerinden dolayı cezalandırıyor gibi görünse de, asla tekel olma durumunu yasaklayan bir rejim olmamıştır (Bkz. *United States v. United States Steel Corp.*, 251 U.S. 417, 440-441, 451 (1920) ve *United States v. International Harvester Co.*, 274 U.S. 693, 708 (1927)). Mahkemeler, açıkça teşebbüslerin salt büyüklüklerinden dolayı cezalandırılması sonucunu yaratan kararlarında dahi asla tekel olma durumunun cezalandırıldığını kabul etmemiş ve Sherman Yasası'nın tekelleşmeyi ve tekelleşme teşebbüsünü yasaklayan 2. maddesine dayanmışlardır (Bkz. *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1, 60, 64-65, 68 (1911) ve *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F. 2d 416, 431, 2. daire, (1945)).

⁹⁶ Jefferson'cu görüşler ile Hamilton'un savunduğu yaklaşımın bir diğer karşılaştırması için bkz. Sullivan ve Harrison, 2000; 3-4.

ulaşabilmesi bakımından arz ettiği önemlidir.⁹⁷ Ayrıca, Amerika Birleşik Devletleri ile girişilen iktisadi güç yarışında Avrupa Birliği'nin kendi rekabet hukuku rejimine biçtiği rol de Avrupa Birliği'nde küçük teşebbüslerin rekabet hukuku eliyle korunması konusuna daha hassas yaklaşılmasının siyasi sebeplerinden bir diğerini oluşturmaktadır.^{98,99}

⁹⁷ FORRESTER, Avrupa Birliği'ndeki siyasi baskıların Komisyon'un rekabet hukuku analizlerine etkilerini değerlendirirken "üye devletlerin kendi millî teşebbüsleri adına sürece dahil oldukları ve böylece alınan tedbirlerin davada çalışanların tercih edeceklerinden daha yumuşak olduğu pek çok dava bulunmaktadır" demektir (Forrester, 2001; 176).

⁹⁸ ASLAN'ın konunun bu yönüne ilişkin tespiti şudur: "Avrupa'nın tutumu da biraz daha doğal her hâlde...dev Amerikan şirketlerine karşı biraz millî politika yani...Amerika, daha etkinlik açısından yaklaşıyor; Avrupa, daha başka gerekçeleri de ön plâna çıkarabiliyor" (Aslan, 1999; 27).

⁹⁹ Yine de, bu noktada belli bir hassasiyetin varlığını kabul ederken, Avrupa Birliği rekabet hukuku rejimindeki de minimis uygulamalarının ve küçük teşebbüsleri kapsam dışı tutan bazı düzenlemelerin varlığının "küçük teşebbüsleri koruma" amacının benimsendiğini gösterdiğini düşünmüyoruz. Bu tip düzenlemelerin birincil gayesi bir amaç tercihinin yansıtması değil, rekabet üzerindeki etkisi az olan işlemlerle uğraşırken asıl önemli konulara eğilememe olasılığının önüne geçmektir. Öte yandan, bu tip pek çok hüküm beraberce barındıran ve hem yapısı hem de getirdiği düzenlemeler itibarıyla küçük teşebbüsün korunmasını rekabet hukukunun bir amacı sayan rekabet hukuku rejimleri de yok değildir. Örneğin, Alman rekabet hukuku, kanımızca, doğrudan KOBİ'lerin (Mittelstand) korunmasını amaçlamaya çalışan bir rejimdir. Almanya'da 1980 tebliği ile ve Alman Rekabet Kanunu'nun 1. maddesine küçük teşebbüslerin kurduğu alım-satım ortak girişimleri için getirilen istisna ile benimsenen "küçük teşebbüs istisnaları"nın mevcudiyeti, Alman rekabet hukukunu "küçük teşebbüsün korunması"ni amaçlamaya çalışan bir rejim örneği olmaya yaklaştırmaktadır. Genel olarak Alman rekabet hukukunda küçük teşebbüslerin ayrı süljer olarak görülmesi ve rekabet hukuku hükümlerinin uygulanmasında farklılık gözetilmesi dolayısıyla, Alman rekabet hukuku düzenini küçük teşebbüslerin korunmasını amaçlayan rejimlere bir örnek olarak verebiliyoruz. Mesela, KOBİ'lerin (ki bu kavram rekabet mevzuatında tanımlanmış olmadığından, uygulamada en azından Alman Rekabet Kanunu'nun birleşme ve devralmaları düzenleyen 35. maddesinin birinci fıkrasındaki ciro eşiklerini aşmayan teşebbüslerin rekabet mevzuatı uygulaması bakımından KOBİ oldukları varsayılmaktadır) iktisadi faaliyetlerini anlamlı kılan kartel teşekkülleri Alman Rekabet Yasası'nın 4. maddesinin ilk fıkrasında getirilen hükümle aynı kanunun 1. maddesi ile getirilen yasaktan muaf tutulmuştur. Ayrıca, Alman Federal Kartel Ofisi de KOBİ'ler arasındaki işbirliğinin geliştirilmesiyle ilgili yazılı açıklamalar yapmakta ve bilgi notları yayınlamaktadır. Bunun yanında, Alman Rekabet Yasası'nın 20. maddesi uyarınca, KOBİ'ler, eğer bir sağlayıcıya itimat edip ona bağımlı faaliyet göstermekte iseler, bu sağlayıcı kendilerinin ticari faaliyetlerini haksız olarak bozacak yahut güçleştirecek tek taraflı bir eylem ya da işlem yaptığında, söz konusu sağlayıcı hakim durumda olmasa bile şikayetçi olabileceklerdir. Son olarak, Alman Rekabet Kanunu'nun 22. maddesinin ilk fıkrasında amacı veya etkisi ilgili kanun hükümlerini dolanmak olan tavsiye fiyat uygulamaları yasaklanırken, aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca bu yasağın belli şartların sağlanması kaydıyla KOBİ'lere uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır. Bu ve benzeri örneklerin gösterdiği gibi, kimi rekabet hukuku rejimleri küçük teşebbüslerin korunmasını amaçlamaya gayret etmektedir. Ancak, bu takdirde, ilgili rejimlerin mevzuatlarında ve uygulamalarında, yukarıda Almanya örneğinde görüldüğü gibi, ciddi ve çok çeşitli göstergelere rastlanmaktadır. Basit ve istisnai bazı göstergelerden belli bir rekabet hukuku rejiminin bir politika kararı olarak küçük teşebbüslerin korunması amacını benimsediği sonucuna varılmamalıdır.

Bu hassasiyetin bir parçası olarak, Avrupa Birliği rekabet hukukunda, “küçük teşebbüslerin korunması amacı” adı altında, aslında siyasi yönü daha ağır basan bazı rekabet hukuku yaklaşımları geliştirilmiştir. “Küçük teşebbüslerin korunması amacı”, kanımızca, Avrupa Birliği’nin iç dinamikleri ve siyasi amaçları ile rekabet hukukunun iktisadi etkinliğe dair amaçları arasındaki mücadele alanlarında belirmektedir. Öte yandan, “küçük teşebbüslerin korunması”na Avrupa Birliği rekabet hukukunda hassas yaklaşıldığını gösteren pek çok emare bulunmakla beraber, kanımızca bunlardan hiçbiri Roma Anlaşması’nda yer almamaktadır. Avrupa Birliği’nde küçük teşebbüslerin korunması amacına hassas yaklaşıldığını kabul etmekle beraber, esasen siyasi ve Avrupa Birliği’nin iç dinamiklerine dayalı sebeplerden kaynaklanan bu eğilimin Roma Anlaşması’nın 82. maddesiyle ilgisi olduğunu düşünmüyoruz. Bu tespitimizin, aşağıda görüleceği gibi¹⁰⁰, Türkiye’deki rekabet hukuku uygulaması bakımından önemli sonuçları bulunmaktadır. Yine de, bundan bağımsız bir konu olarak, Avrupa Birliği’nde “küçük teşebbüslerin korunması” diye bir amaç tanımlanarak zaman zaman bunun “iktisadi etkinliğin sağlanması” amacının bile önüne geçebildiğine dair pek çok örnek karar mevcuttur. Bu kararlar, küçük teşebbüslerin kendi aralarındaki yatay rekabet kısıtlamalarına hoşgörü gösterilmesinden ziyade, birleşmelerle ve özellikle aykırı birleşmelerle ilgili rekabet politikası alanında gözlenmektedir. Nitekim Komisyon, çok yakın tarihli *Zinc Phosphate*¹⁰¹ kararında, kimyasal ürün üreten altı teşebbüsün fiyat belirleme ve pazar paylaşma yönündeki bir kartele iştirak etmiş olmalarını, hepsi küçük ölçekli işletmeler olduğu halde, global cirolarının ciddi bir yüzdesini teşkil edecek bir meblağla¹⁰² cezalandırmıştır. Oysa birleşme/devralma politikası bakımından durum farklıdır.

Örneğin, *Guinness/Grand Metropolitan*¹⁰³ kararıyla Komisyon, pazar paylarında bir örtüşme bulunmamasına rağmen, birleşen teşebbüsün Yunanistan’da Bacardi rom dağıtım anlaşmasını sona erdirmesini talep etmiştir. Birleşme tarafları farklı pazarlarda faaliyet gösteriyor olduğu halde bu tür bir koşulun öne sürülmesi, bir teşebbüs büyüdükçe salt büyüklüğü dolayısıyla efektif rekabeti olumsuz etkileyebileceği yönündeki genel korkudan kaynaklanmaktadır. Bir başka deyişle, bu karar, “büyük kötüdür” kararıdır. Nitekim Komisyon, kararının başlıca gerekçesini “önemli markaları içeren geniş

¹⁰⁰ Bkz., aşağıda 1.2.3.4.3 ve 1.2.3.4.4. numaralı başlıklar altındaki tartışma.

¹⁰¹ 11 Aralık 2001 tarihli Komisyon Kararı 37.027. Henüz yayınlanmamıştır.

¹⁰² Toplam 100.8 Milyon EURO.

¹⁰³ *Guinness/Grand Metropolitan*, 1998 O.J. (L 288) 24-54 (Case No. IV/M. 938, October 15, 1997)

bir portföyün fiyatta esnek davranma olanağını ve ciddi pazarlama olanaklarını beraberinde getirdiği”¹⁰⁴ olarak göstermektedir.

Aşağıda açıklayacağımız üzere, kanımızca, Avrupa Birliği’nde “portföy gücü” kavramına dayanılarak üretilen analizler, rekabet hukukunun amaçları siyasi içerikten arındırıldığında geriye kalan tek amaç olan “iktisadi etkinliğin sağlanması” amacına terstir. “Portföy gücü” kavramı kullanılarak alınan kararlarda ortak olarak belirtilen endişelerden büyük bölümü, bizatihi o birleşmeyle iktisadi etkinliğin sağlandığını gösteren emarelerle beslenmektedir. Bu kavrama dayalı olarak analiz geliştirilen kararlarda, aynı zamanda iktisadi etkinlik amacına da ters olduğu için, gerçekten de endişe doğurması yerinde olan tek husus, artan portföy gücü dolayısıyla ürünlerin birbirine bağlanması olasılığının da artmasıdır. Karar bu endişeye dayalı olduğu takdirde, “portföy gücü” iktisadi etkinliğin sağlanması amacı bakımından bir anlam ifade edebilecektir.¹⁰⁵ O takdirde bile, yeterli iktisadi analiz yapıldığında aslında kimi durumlarda ürünlerin bağlanmasının tüketici refahına olumsuz etki etmeyeceği görülebileceğinden,¹⁰⁶ detaylı bir analize ihtiyaç duyulacaktır. Her halukarda, “portföy gücü” düşüncesine dayanan bir kararın, eğer kaynağını ürünlerin birbirine bağlanarak pazarlanması olasılığından almıyorsa, “büyük kötüdür” düşüncesine yaslanması kaçınılmazdır.

Örneğin, Komisyon’un *Boeing/McDonnell Douglas*¹⁰⁷ kararında yer verdiği “hükümet destekli askeri araştırma/geliştirilmenin ikiye ve genel olarak savunma ve uzay sanayiindeki gelirlerin üçe katlanacak olması, Boeing’in esas olarak rekabete karşılık verme ihtiyacı duyduğu ticari hava taşıtı satışlarıyla ilgili olarak onun firma içi sübvansiyon aktarımı (cross-subsidization) olanaklarını artıracaktır”¹⁰⁸ cümlesinde aslında ortaya konulan, Komisyon’un, iktisadi etkinliğin nasıl etkileneceği ile ilgili değil, salt ortaya çıkacak teşebbüsün büyüklüğü ile ilgili kaygıdır.

¹⁰⁴ a.g.k., s. 99-100

¹⁰⁵ Örneğin, Federal Ticaret Komisyonu üyesi LEARY’nin ortaya koyduğu gibi, Federal Ticaret Komisyonu’nun 2001 yılında gerçekleşen *PepsiCo, Inc./The Quaker Oats Company (Gatorade)* birleşmesiyle ilgili ikiye iki oyla biten ve böylece birleşmeye karşı çıkılmayan kararda birleşmeye karşı olan üyelerin başlıca endişelerinden biri budur (Leary, T., 2001; 3).

¹⁰⁶ Örneğin birleşmeyle ortaya çıkan “Cournot etkisi” yüzünden yahut kapsam ekonomileri (economies of scope) dolayısıyla bağlı ürünleri beraberce üretip satmanın maliyeti onları ayrı ayrı üretip satmanın maliyetinden düşük olduğu için bağlı ürün fiyatı ürünlerin ayrı ayrı fiyatları toplamından ciddi ölçüde azsa, bu durumda da portföy etkisinden bahisle birleşmenin engellenmesi, bizim ortaya koyduğumuz biçimiyle rekabet hukukunun amacına ters olacaktır.

¹⁰⁷ *Boeing/McDonnell-Douglas*, 1997 O.J. (L 336) 16-47 (Case No. IV/M, 30 Temmuz 1997).

¹⁰⁸ a.g.k., s. 78, 81.

Komisyron'un *Coca-Cola/Carlsberg*¹⁰⁹ kararı da, "küçük teşebbüsün korunması amacı" adı altında alınan bir kararın iktisadi etkinlik amacını nasıl göz göre göre feda etmek zorunda kaldığının iyi bir örneğidir. Komisyron'un, birleşen teşebbüsün "gazlı alkolsüz içecekler" pazarındaki bir şişeleme firmasındaki payıyla Danimarka'daki üçüncü en büyük kola markası üzerindeki haklarını bırakmasını şart koşarken kullandığı önemli bir gerekçe şudur: "Carlsberg'inkiler gibi kuvvetli birer bira ve ambalajlı su markasının içecekler portföyüne katılması, bu markalara eğer ayrı satılsalardı sahip olacaklarından daha fazla pazar gücü vermektedir".¹¹⁰ Komisyron, buna ilave olarak ve çelişkiyi iyice derinleştirecek biçimde, gazlı alkolsüz içecekler pazarında ölçek ve kapsam ekonomilerinin ana rekabetçi faktörler olduğunu ileri sürerek birleşmeyle oluşacak olan bu yeni firmanın söz konusu iktisadi etkinlik durumunu efektif rekabetin aleyhinde kullanacağı endişesine kapılmıştır.¹¹¹ "Dağıtım sistemlerinde en yüksek hacme ve en geniş içecek portföyüne sahip olan teşebbüsler en düşük maliyetlere ve en yüksek sayıda müşteriye sahip olacaklardır" tespitinden açıkça anlaşılın iktisadi etkinliğin sağlanması durumu her nedense endişe ile karşılanmaktadır. ABD rekabet hukukunda 30 yıl kadar evvel terk edilen¹¹² "etkinliğin rekabeti bozması" düşüncesi "büyük kötüdür" sloganından kalma korkularla desteklenerek asıl amacın ne olduğu tamamen gözden kaçırılmaktadır. Oysa, nihai amacın iktisadi etkinliği sağlayarak toplumsal refahı en üst seviyeye taşımak olduğu bir rekabet hukuku rejiminde böylesi bir endişeye de karara da yer yoktur.

Burada gözlenen her iki endişe de yersizdir. Birleşme işleminin birleşen teşebbüsü rakiplerinden daha etkin yapması olasılığının korku doğurması da, birleşen firmanın salt büyüklüğünden dolayı rekabette avantaj elde edeceğine dair düşünce de¹¹³ kanımızca herhangi bir iktisadi temele dayanmamaktadır.

¹⁰⁹ *Coca-Cola/Carlsberg*, 1998 O.J. (L 145) 41-62 (Case No. IV/M. 833, September 11, 1997).

¹¹⁰ a.g.k., s. 67.

¹¹¹ Bu yaklaşım, söz konusu davada iktisadi etkinliğin rekabet aleyhine kullanılması olasılığını teşhis etmiş olmak gibi çok iddialı ve zor bir görevin başarıldığını ima etmektedir. Kanımızca, rekabeti düzenleyici kurumların tüketici refahına (ve dolayısıyla toplumsal refaha) yol açan etkinliğin söz konusu olduğu durumla, seyrek olarak ortaya çıkabilecek bir durum olan "rekabeti tüketicilerin büyük bölümü zararına bozacak bir etkinlik" durumunu birbirinden ayırma olanağı yoktur. Bir birleşme veya devralma işlemi henüz izin alma aşamasındayken ilgili rekabet kurumunun elinde olan iktisadi verilerle "iyi etkinlik-kötü etkinlik" ayırımı yapılarak toplumsal refahın yahut tüketici refahının korunmasına imkan bulunmamaktadır. Üstelik, etkinliği artırıcı etkisi olan bir birleşmenin tüketici refahını olumsuz etkileyecek sonuç verdiği bir tarihsel örnek vermek de pek mümkün görünmemektedir.

¹¹² ABD Federal Ticaret Komisyonu en son 1974 yılındaki *In re Ash Grove Cement*, 85 FTC 1123, 1148 (23 Eylül 1974) kararında "iktisadi etkinliği" bir işleme karşı çıkmanın gerekçesi olarak kullanmıştır.

¹¹³ Sermayenin akışkan olduğu ve derhal iyi fırsatlara yöneldiği günümüzde, teşebbüsün büyüklüğünü otomatik olarak pazarda daha fazla "iktisadi güç" elde edilmesi olarak algılamak

Aslında, birleşen teşebbüsün rekabette avantaj elde etmesi o teşebbüsün etkinliğinde birleşme işleminden kaynaklanan artışa ne kadar bağlı ise, bu birleşme işleminden rekabete ve toplumsal refaha zarar geleceğini savunmak da o ölçüde zorlaşmalıdır. Bir rekabet hukuku rejiminde birleşme ve devralmalarla ilgili olarak toplumsal refahı sağlamak, birleşme ve devralmaların iktisadi etkinlik amacına yönelmesini ve iktisadi etkinliği sağlamasını teminat altına alarak olur. Eğer gerçekten ticari faaliyet kapsamını arttırmak suretiyle elde edilebilecek bir iktisadi etkinlik ve sağlanabilecek maliyet kısıntıları varsa, rakipler de kontr-birleşme yoluyla yahut başka yollarla söz konusu maliyet kesintisini kendi ticari faaliyetlerine yansıtmak isteyecek ve bu durum genelde daha düşük fiyatı ve üretim artışını beraberinde getirerek toplumsal refahı arttıracaktır. Bu sebeple, yukarıda belirtilen iki temelsiz korkuya dayanılarak birleşmelerin engellenmesi, neredeyse her durumda, faydadan çok zarar getiren bir rekabet politikası tercihi olacaktır.

Öte yandan, faydadan çok zarar getirdiğini iddia ettiğimiz bu yaklaşım, ABD rekabet hukukunda “sağlamlaştırma doktrini” ile ilgili olarak gelinen noktadan farklı olarak, Avrupa Birliği rekabet hukuku uygulamasında hala zaman zaman kullanılan bir yaklaşım biçimidir. En son *General Electric/Honeywell*¹¹⁴ kararında Komisyon’un birleşmenin engellenmesi yönündeki kararına yine “portföy etkisi” düşüncesi altında yukarıda belirttiğimiz görüş dayanak teşkil etmiştir.¹¹⁵ Avrupa Birliği rekabet hukuku uygulamasında, zaman zaman, gerek “portföy etkisi” adı altında gerek başka yaklaşımlarla, bu zararın göz ardı edilmesinde siyasi sebepler ve Avrupa Birliği’nin hiçbir üye devletin milli ekonomisini mağdur etmeksizin bütünleşme amacı rol oynamaktadır. Oysa, salt rekabet hukuku dinamikleriyle ve iktisadi perspektiften yaklaşıldığında, doğru “amaç” tanımıyla hareket eden bir rekabet hukuku rejiminin bu zararı göz ardı etmemesi lazımdır.

Avrupa Topluluğu Adalet Divanı’nın Birinci Derece Mahkemesi tarafından önce *Airtours/First Choice* birleşmesi ile ilgili olarak 6 Haziran 2002 tarihinde verilen ve Komisyon tarafından daha evvel verilmiş yasaklama

hatalı olacaktır. Kaldı ki, bir pazarda kapsam ekonomisi ve ölçek ekonomisi geçerli olduğu müddetçe büyüklük daha düşük maliyetleri beraberinde getirecektir. Bu da, büyüklüğün rekabet üzerinde etkisi olduğu durumlarda bunun sıklıkla olumlu ve etkinlikten kaynaklanan bir etki olması demektir.

¹¹⁴ Case No. IV/M. 2220, (3 Temmuz 2001).

¹¹⁵ Oysa tarihteki en büyük endüstriyel devralma olacak olan bu işleme, yine yukarıda açıkladığımız görüş değişimi dolayısıyla, ABD makamları tarafından izin verilmişti. Bu kararın, ABD rekabet otoriteleriyle AB makamlarının aynı işlem için farklı karar verdiği ilk birleşme olması bakımından da önemi vardır. GE/Honeywell kararını “hukuk ve iktisat” perspektifinden ve ABD’deki mevcut eğilimler altında inceleyerek başka davalarla kıyaslayan bir çalışma için bkz. (Gürkaynak, Eylül 2002).

kararını¹¹⁶ bozma kararı,¹¹⁷ ardından da 2002 yılı Ekim ayı sonunda verilen ve Komisyon'un yine son dönemdeki yasaklama kararlarından olan *Schneider Electric*¹¹⁸ ve *Tetra Laval*¹¹⁹ kararlarına ilişkin bozma kararları,¹²⁰ Avrupa Birliği'nde bu konuda gelişme beklemenin yersiz olmadığı ümidini vermektedir.

Son dönemde Avrupa Birliği'nde yoğunlaşmaların kontrolü ile ilgili hemen tüm yaklaşımlara etki eden bu üç bozma kararı arasından özellikle *Tetra Laval* kararı, yukarıda aykırı birleşmelere ilişkin olarak ortaya konulan bazı sorunlu yaklaşımların düzeltilmesi zorunluluğunu beraberinde getirecektir. Örneğin, Komisyon için bundan sonra "portföy etkisi" argümanına sığınmanın eskisi kadar kolay olmayabileceği açıkça görülmektedir. Çoğu aykırı birleşmenin rekabetçi olabileceğini ortaya koyan ve yeterli delil gösterilmeden geleceğe ilişkin korkulara dayalı yasaklama kararları almanın sakıncalarına işaret eden *Tetra Laval* kararı, daha önce yer verdiğimiz *GE/Honeywell* yasaklama kararının temyizi konuları da dahil olmak üzere, Komisyon'un birleşme ve devralmalarla ilgili mevcut yaklaşımının eksik olduğunun ileri sürüldüğü tüm davalar için bir umut ışığı yakmıştır. Komisyon da bu gelişmelere kayıtsız kalmayarak, zaten üzerinde çalışmakta olduğu¹²¹ reform paketini¹²² Avrupa Konseyi'nin onayına sunmuş, En İyi Uygulamalar (Best Practices) metnini yenilemeye başlamış¹²³ ve aynı zamanda Komisyon'un ekonomik analiz yeteneğini arttıracak tedbirleri almaya başlamıştır.¹²⁴ Atılan bu ilk adımlar kendi başlarına yeterli büyüklükte olmamakla beraber, en azından doğru yönde atıldığı tartışmasız adımlardır. Kanımızca Avrupa Birliği'nde birleşme ve devralmaların kontrolü alanında son dönemde yaşanan bu hızlı gelişmeler, rekabet otoritelerinin kararlarının sıkı bir yargısal denetime tabi bulunmasının

¹¹⁶ Case IV/M.1524 (*Airtours-First Choice*), (22 Eylül 1999).

¹¹⁷ Case T-342/99, *Airtours v Commission*, (6 Haziran 2002).

¹¹⁸ Case COMP/M.2283 (*Schneider-Legrand*), (10 Ekim 2001).

¹¹⁹ Case COMP/M.2416 (*Tetra Laval-Sidel*), (30 Ocak 2002).

¹²⁰ Case T-310/01, *Schneider Electric v. Commission*, 22 Ekim 2002 ve Case T-5/02, *Tetra Laval v. Commission*, (25 Ekim 2002).

¹²¹ Pek çok kişinin sandığının ve iddia ettiğinin aksine, Komisyon reform paketini yukarıda sözü edilen üç adet bozma kararıyla karşılaşmadan evvel gündemine alıp üzerinde çalışmaya başlamış, ancak bu kararlar elbette reform paketinin Komisyon'un elinden çıkışını hızlandırmış ve önerilen değişikliklerin içeriğine etki etmiştir.

¹²² COM 2002(711), 11 Aralık 2002, 2002/0296 (CNS);

http://www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/com_2002_0711_en.pdf

¹²³ Bu metnin görüşe açık son hali (19 Aralık 2002 tarihli metin) için bkz.

http://www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/others/best_practices_public_cons.pdf

¹²⁴ *Tetra Laval/Sidel* davası özelinde ise, Komisyon 8 Ocak 2003 tarihi itibarıyla Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Birinci Derece Mahkemesi'nin bozma kararı aleyhine temyiz yoluna başvurmuştur. Bununla birlikte Komisyon, ilk kararında analize dahil etmediği belli hususlar ve taraflarca verilen bazı güvenceler ışığında 13 Ocak 2003 tarihinde bu işleme izin vermiştir. Bkz. *Tetra Laval/Sidel* kararı, Komisyon basın açıklaması, IP/03/36, (13 Ocak 2003); http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=IP/03/360IRAPID&lg=EN

ilerlemenin olmazsa olmaz şartı olduğunu açıkça ortaya koydukları için de Türk rekabet hukuku bakımından önem taşımaktadır.

4.4.3. Türk Rekabet Hukuku'nda

Türkiye'de, rekabet hukuku uygulamasının yeni olması dolayısıyla, küçük ve orta ölçekli işletmelerin korunması amacının amaçlar hiyerarşisinde yer alıp almadığı ve eğer yer alıyorsa hangi önceliğe sahip olduğu henüz netleşmemiştir. Avrupa Birliği rekabet hukuku uygulamasında böyle bir amacı doğurduğunu yukarıdaki başlık altında anlattığımız bazı şartların ve siyasi baskıların Türkiye'de Türk rekabet hukuku rejimi bakımından varolmadığı açıktır. Dolayısıyla, Türk rekabet hukuku uygulamasında Avrupa Birliği rekabet hukuku rejimini yakından takip ederken, küçük teşebbüslerin korunmasını bir "amaç" olarak kabul ederek "iktisadi etkinliğin sağlanması" amacından taviz veren karar ve yaklaşımları benimsemek konusunda dikkatli ve kuşkucu olunmalıdır.

Aslında, sadece "tek pazarın entegrasyonu" yahut "küçük teşebbüsün korunması" ile ilgili analizlerde değil, genel olarak Türk rekabet hukuku uygulamasında Avrupa Birliği rekabet hukuku rejimindeki kararlar takip edilirken meseleyi çevreleyen şartların dikkatle incelenmesi gerekir. Zira, Avrupa Birliği rekabet hukuku rejimindeki uygulamanın Roma Anlaşması'nın 2. maddesinde belirtilen diğer amaçlara uyum gösterme gayretinden dolayı, Avrupa Birliği'ndeki rekabet hukuku uygulamasının analize dahil ettiği bazı amaçsal perspektifler, henüz tam üyeliğe kabul edilmemiş bir ülkenin kendi milli rekabet hukuku rejiminde aynen benimsenmeye müsait olmayabilir. Nitekim, örneğin birleşme ve devralma analizleriyle ilgili olarak, *Comite Central d'Enterprise de la Societe Anonyme Vittel v. Eurpoean Commission*¹²⁵ kararında ilk derece mahkemesinin "aslında (*Regülasyon 4064/89*) öncelikli olarak serbest rekabetin teşekkülü ile ilgilenmekle beraber, eğer Roma Anlaşması'nın 2. maddesindeki diğer amaçları olumsuz etkileyecekse, bazı durumlarda belli bir yoğunlaşmanın sosyal etkileri de dikkate alınabilir" görüşü bu konuda ilginç bir örnek sunmaktadır.¹²⁶ Daha önce *Hoffman-La Roche & Co. v. EC Commission*¹²⁷ kararı ile ortaya koyulmuş olan, "Roma Anlaşması'nın doğrudan rekabet hukukuna ilişkin hükümleri bu anlaşmanın diğer amaçlarıyla beraber

¹²⁵ *Comite Central d'Enterprise de la Societe Anonyme Vittel v. Eurpoean Commission* Case T-12 /93 (1995) 2 ECR 1247

¹²⁶ Bununla birlikte, Avrupa Birliği rekabet hukuku rejiminde, *Aerospatiale/Alenia/de Havilland* (1992) 4 CMLR M2 ve *Mannesmann/Vallourec/Ilva* Case IV/M.315 (1994) OJ L102 gibi, Roma Anlaşması'nın 2. maddesi altındaki farklı amaç perspektiflerinin rekabet hukukunun amaçlarıyla çatışmasına çok müsait bazı başka davalarda, salt rekabete dair amaçlara öncelik tanındığı da olmuştur.

¹²⁷ *Hoffman-La Roche & Co. v. EC Commission* (1979) 3 CMLR 211

değerlendirilmelidir” ilkesi de gözönüne alındığında, Avrupa Birliği’ndeki rekabet hukuku uygulaması altında geliştirilen bazı yaklaşımların henüz Türk rekabet hukuku uygulaması için öncelik kazanmamış olan bazı amaçlara göre de şekillenme olasılığı bulunduğu iyice belirginleşmektedir. Elbette, tüm bu kararlardan evvel *Europemballage and Continental Can v. Commission*¹²⁸ kararıyla kabul edildiği üzere, “(Etkin rekabet) mevcut bulunmaksızın Roma Anlaşması’nın pek çok hükmü anlamsızlaşacaktır”. Bununla birlikte, Avrupa Birliği rekabet hukuku rejimindeki etkin rekabetin korunması yönteminin, mevzuatı neredeyse aynı olsa bile, etkin rekabeti korumak suretiyle iktisadi etkinliği sağlamak dışındaki amaçsal kaygıları kendisiyle aynı düzeyde olmayan bir milli rekabet hukuku rejiminin ideal koruma yöntemi ile örtüşmeyebileceği görülmelidir.

Dolayısıyla, Türk rekabet hukuku uygulamasında belli bir konuda Avrupa Birliği rekabet hukuku uygulamasındaki yaklaşımlar da dikkate alınarak analiz geliştirilirken o yaklaşımlara dayanak teşkil eden amaç anlayışının farklı olabileceğinin farkında olmak, Türk rekabet hukuku uygulamasının Türkiye gerçekleri bakımından kullanılabilir bir amaç perspektifiyle şekillenmesi için son derece önemli görünmektedir. Neticede, Avrupa Birliği rekabet hukuku uygulaması bazı yönlerden Türk rekabet hukukunun uygulandığı şartlardan daha farklı şartlarda ve daha farklı bir amaçlar hiyerarşisi altında uygulanmaktadır. Bu durumun sadece söz konusu farklılığın doruğa çıktığı “tek pazarın entegrasyonu amacı” veya “küçük teşebbüslerin korunması eğilimi” konularında değil, genel olarak Türk rekabet hukuku uygulamasında belli bir amaç perspektifiyle analiz geliştirilirken göz önünde tutulmasında fayda vardır.

Bu noktada Türk rekabet hukuku bakımından küçük teşebbüslerin korunması konusuna dönecek olursak, bunun bir “amaç” olamayacağı tespitimizin tek sebebinin bu konuda Avrupa Birliği rekabet hukuku rejiminde geçerli olan şartlar ve amaç analizi ile Türk rekabet hukukunun uygulanma alanını çevreleyen şartlar arasındaki farklılıktan kaynaklanmadığını ortaya koymamız gerekir. Kendi uygulandığı sosyoekonomik koşullar göz önüne alındığında da, Türk rekabet politikası açısından yerinde olan tercih, rekabet hukukunu küçük teşebbüsü koruma vasıtası yapmaya çalışarak iktisadi etkinlikten taviz vermek yerine, doğruca “iktisadi etkinliğin sağlanması” amacının benimsenmesidir. Zira, rekabet hukuku ancak bu yolla Türkiye’deki teşebbüsleri bir an evvel global rekabete hazırlayabilecektir.¹²⁹ Türkiye’de bir

¹²⁸ *Europemballage and Continental Can v. Commission*, Case 6/72 (1973) ECR 215

¹²⁹ Bu noktada görüşümüz iktisadi anlamda “yarışmacı piyasa modeli”ni benimsemeye yakındır. “İktisadi etkinliğin sağlanması amacı” kabul edilerek rekabet hukuku yaklaşımı üretilmesi ile Türkiye’de etkin faaliyete zorlanacak olan teşebbüsler pazar gücüne kavuşabilirler bile, aslında global anlamda ancak rekabet edecek düzeye gelmiş olacaklar ve global pazarda potansiyel rekabet

Rekabet Kanunu hazırlanması fikrinin o zamanın hükümetine önerilmesinde rol oynayan GÜNEŞ,¹³⁰ bu konudaki yorumunda (Güneş, 2000; 5),¹³¹ Türk Rekabet Kanunu'nun çıkartıldığı dönemde Türk ekonomisinin yeterince gelişmemiş olduğuna işaret ederek, Türk rekabet politikası tercihlerinin Türkiye'nin uluslararası rekabet gücünü olumsuz etkilememesi konusuna dikkat edilmesi gerekliliğini vurgulamaktadır. Benzer biçimde, MORGİL de, "rekabet sadece iç piyasaya yönelik olan bir şey değil" dediği konuşmasında, rekabetin "artık global seviyede olduğunu" ve meselelere bu perspektiften bakmak gerektiğini vurgulamaktadır (Morgil, 1999; 95). Daha Türk Rekabet Kanunu çıkmak üzereyken Devlet Planlama Teşkilatı bünyesinde hazırlanan "Rekabet Hukuku ve Politikası Özel İhtisas Komisyonu Raporu"nda da¹³² rekabet hukuku ve politikası ile milli sanayinin gelişmesini temin etmeye önem verilmesi gerektiği vurgulanmaktadır.¹³³

tehdidi ile etkinliklerini muhafaza edeceklerdir. Aslında bu mesele, ilgili pazar tanımlanırken, rekabetin oluştuğu ilgili coğrafi pazarın doğru tanımlanıp tanımlanmadığıyla doğrudan ilgilidir.

¹³⁰ Prof. Dr. Hurşit Güneş, 1991-1993 yılları arasında Başbakan Yardımcısı ve Devlet Bakanı Sayın Erdal İnönü'nün Ekonomiden Sorumlu Başdanışmanlığı görevini yürüttüğü dönemde bir Türk Rekabet Kanunu önerisinin Sayın Erdal İnönü'ye ve o zamanın Sanayi Bakanı Sayın Tahir Köse'ye aksettirilmesinde önemli rol oynamış, daha sonra da 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un hazırlık çalışmalarının yürütülmesinde görev almış ve ilgili komisyonun oluşturulmasında etkili olmuştur (Güneş, 2000; 3).

¹³¹ "Yine Türk Rekabet Yasasının bir önemli özelliği de şu: Türk ekonomisine baktığımız zaman bu yasa çıktığında Türk ekonomisi yeterince gelişmemişti. Türkiye'de çok büyük firmalar, yani piyasa payı açısından vardı ama, dünya ölçeğine baktığımız zaman benzer endüstrilerde ölçekleri bakımından çok büyük ölçeklerde firmalar değildiler. Yani, uluslararası rekabete açtığımız zaman, belki büyük bir kısmı rekabet edemeyecek ölçekte ekonomilerin, sanayilerin oluştuğu bir dönemde bu yasa çıktı ve burada Türk ekonomisinden ciddi tepkiler ve eleştiriler alabilirdi. Bence bu önemli bir tartışmadır. Çünkü, ölçek ekonomisiyle rekabet arasında ciddi çelişkiler olabilir. Eğer ki, rekabeti piyasa payı olarak algılasak, yani piyasada belli bir payı geçmemesi olarak algılasak o zaman belli bir ölçeğe ulaşmaması durumu olabilir ki, o zaman da belki rekabeti sağlıyorsunuz ama...istediğiniz ölçekte üretimi yakalayamazsınız...ve uluslararası rekabet gücünüzü yitirebilirsiniz" (Güneş, 2000; 5).

¹³² Rekabet Hukuku ve Politikası Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Devlet Planlama Teşkilatı Özel İhtisas Komisyonu Raporları içinde, <http://ekutup.dpt.gov.tr> (Aralık 1994).

¹³³ Elbette bu noktadaki görüşümüz rekabet hukuku uygulaması yoluyla özellikle ve sadece milli sanayinin desteklenmesi gerektiği değildir. Önemli olan Türkiye'deki teşebbüslerin rekabet gücünün artırılmasıdır ve Türkiye'deki rekabet hukuku uygulamasında yerli-yabancı ayırımı yapılmaksızın iktisadi etkinliğin sağlanması amacı benimsendiğinde, bu yarış sonunda Türk ekonomisinin rekabet gücü artacaktır. Tarihte aksi görüşün desteklendiği ve rekabet hukukunun teşebbüsleri belli bir zümreye mal etmek amacıyla uygulanması gerektiğinin iddia edildiği de olmuştur. Örneğin, ABD Federal Yüksek Mahkemesi'nin (ana iddiası itibariyle artık kullanılmayan) *United States v. Falstaff Brewing Co.*, 410 U.S. 527 (1973) kararında, Hakim Douglas rekabet hukukuna, teşebbüslerin kontrolünü etki ettikleri yerel toplumda tutmak ve aslında o toplumun parçası olmayan yabancıların (ilgili davada bu kişiler başka eyaletlerde çok katlı gökdelenlerde oturan yatırımcılardır) böyle teşebbüsleri kontrol etmesini engellemek görevi vermektedir. "Rekabet hukukunun ana amacı rekabeti korumak ve böylece nihai olarak *Amerikan*

Nitekim Türk Rekabet Kurulu da, *Borusan/Mannesmann*¹³⁴ kararıyla, Türkiye'deki sosyoekonomik şartların gerektirdiği politika tercihlerini üretebilecek çok yönlü analizleri geliştirmekte olduğunu göstermiştir. Rekabet Kurulu bu kararıyla hem Türkiye'nin rekabet gücünün korunması adına yarışmacı piyasa ekonomisi modeline sıcak bakarak¹³⁵ hem de iktisadi etkinliği sağlamak imkanından vazgeçmektense pazardaki rekabetçi durumu yakın takip altına alma külfetine girmeyi¹³⁶ tercih ederek Türk rekabet hukuku uygulamasına aydınlık bir mesaj göndermiştir. Gerçekten, Türkiye'nin diğer ülkeler karşısındaki rekabet gücünün korunması için ihtiyaç duyulan rekabet politikasının temeli, yüksek pazar payından ürkererek derhal yasakçı bir tavır alma kolaycılığında yatmamaktadır.¹³⁷ Bu noktada, birleşme ve devralma analizleri bakımından yaşanabilecek bu ikilemin altını bir kez daha çizmekte fayda vardır. "Prensip olarak, rekabetçi bir pazar yapısını koruma amacıyla tüketicinin refahını artırma amacı arasında bir çatışma olmamalıdır...Yoğunlaşma gösteren pazarlar genellikle tüketici menfaatlerine rekabetçi pazarlar kadar iyi hizmet etmezler...Yine de, yüksek yoğunlaşma içeren pazarlarda yapılacak tüm birleşmeleri engelleyen ve sadece önceki yetersiz durumu korumaya çalışan müdahaleler tüketicilere yardım etmemektedir. Bu sebeple, tüketici refahına dikkat eden hukuk uygulaması bir birleşmenin mevcut rekabetçi duruma nasıl etki edeceğine odaklanmaya meyletmektedir. Bu gerekli perspektif, her bir işlemin rekabetçi ve rekabete aykırı etkilerinin değerlendirilmesindeki maliyete

(vurgu eklenmiştir) tüketicilerinin menfaatlerini korumaktır" cümlesine yer veren *Laker Airways Ltd. v. Sabena, Belgian World Airlines*, 731 F.2d 909 (1984) kararı, benzer bir yaklaşımın kalıntılarına rastlanan son karardır ve kanımızca aynı hatanın bir parçasıdır. Rekabet hukukunun evrim süreci içinde böyle bir görüş zaman zaman su yüzüne çıkmış olduğu için, "milli sanayi"den bahsedilen bu noktada kendi görüşümüzü açıklama ihtiyacı duyduk.

¹³⁴ Rekabet Kurulu'nun *Borusan/Mannesmann* (20.08.1998, 80/617-119, 30.4.2000 tarihli ve 24035 sayılı RG) kararıyla, Borusan Holding A.Ş., Borusan Yatırım ve Pazarlama A.Ş. ve Mannesmannröhren Werke AG tarafından Borusan Mannesmann Endüstri ve Yatırım A.Ş. adıyla bir ortak girişim kurulması işlemine koşullu izin verilmiştir.

¹³⁵ *Borusan/Mannesmann* kararının gerekçesinde, elde edilen yüksek pazar payına rağmen bu ortak girişime şartlı izin verilmesinin başlıca sebeplerinden biri olarak, "Avrupa Birliği ile oluşturulan Gümrük Birliği çerçevesinde, boru sektöründeki gümrüklerin sifıra indirilerek Türk boru pazarının Avrupa Birliği'nden kaynaklanan yoğun rekabete açılması ve dolayısıyla bu işlem sonucunda ilgili ürün pazarında rekabetin önemli ölçüde azalmayacağı" gösterilmektedir.

¹³⁶ *Borusan/Mannesmann* kararıyla söz konusu ortak girişime izin verilmiş, "ancak bu iznin rekabeti kısıtlayıcı potansiyel etki değerlendirmesinin bir gereği olarak da Borusan Mannesmann Endüstri ve Yatırım A.Ş.'nin faaliyetlerinin ve işlemin sektöre etkilerinin incelenebilmesi amacıyla...Borusan Mannesmann Endüstri ve Yatırım A.Ş. Ortak Girişimi tarafından, her bir boru alt sektörü için ayrı ayrı olmak üzere, aylık bazda hazırlanan üretim, satış (iç piyasa ve ihracat) ve fiyat rakamlarını içeren bilgilerin ve bu çerçevede pazar paylarının, Rekabet Kurumu'na 6 ayda bir bildirilmesi" koşulu getirilmiştir.

¹³⁷ Örneğin, Borusan Holding A.Ş., Borusan Yatırım ve Pazarlama A.Ş. ve Mannesmannröhren Werke AG tarafından kurulması Rekabet Kurulu'nun iznine sunulan ortak girişim Türkiye'de tesisat/hat ve özel boru alt sektörlerinde % 80'e varan bir pazar payına sahip olacaktır.

rağmen seçici birleşme politikalarının kabul edilmesinin ve hazır şablon hukuka aykırılık kurallarının reddedilmesinin arkasındaki mantığı oluşturmaktadır” (Afonso, 1992; 64). Kanımızca da, Türk rekabet hukuku uygulamasında birleşme ve devralma analizlerinde iktisadi etkinliğin amaç olarak benimsenmesi ve ölçek ekonomilerini sağlayacak işlemlerin yaşatılması için mümkün olan çabanın gösterilmesi gerekmektedir. Nitekim, T.C. Merkez Bankası Araştırma Genel Müdürlüğü bünyesinde yakın tarihte yapılan bir araştırmada (Kotan, 2002) ulaşılan sonuçlar da, Türkiye’nin diğer ülkeler karşısındaki rekabet gücünü önemli ölçüde yitirmekte olduğunu (Kotan, 2002; 5-15) ortaya koymakta ve sadece parasal önlemlerin yetersiz kaldığı göz önüne alınarak “özellikle verimliliği arttırıcı önlemler almak”, “yeni yatırımlar, eğitilmiş insan gücü ve araştırma-geliştirme faaliyetleri gibi yapısal faktörlere yönelmek”, “üretim planlarında büyük ölçekli düşünmek” ve “rekabet imkanlarının iyileştirilmesi için çalışmalar yapmak” zorunlu görülmektedir (Kotan, 2002;15-16).

Tüm bu bilgiler ışığında, salt rekabet hukuku verileriyle ve iktisadi perspektiften tanımlandığında benimsenebilecek yegane amaç olması dışında,¹³⁸ Türk rekabet hukukunun uygulandığı sosyoekonomik şartlar göz önüne alındığında, bağımsız olarak yeğlenmesi gereken “amaç” tanımı da “iktisadi etkinliğin sağlanması” üzerinden geçmektedir.

Buna rağmen, Türk rekabet hukukunun Türkiye’deki küçük teşebbüsleri korumayı da “amaçladığı” zaman zaman iddia edilmektedir. Örneğin, Avrupa Birliği rekabet mevzuatında Roma Anlaşması’nın 82. maddesi ile getirilen hükmün muadilinin Türkiye’de de hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan 6. madde hükmü ile benimsenmiş olması dolayısıyla küçük ve orta ölçekli işletmelerin korunması sonucuna ulaşıldığı yönünde bir görüş vardır (bkz. Aslan, 1994 ve Erdem, 1996; 84-86). Bu görüşün iktisadi etkinliğin sağlanması amacından taviz vermek pahasına küçük teşebbüsün korunmasını amaç olarak benimsemeyi önermek istediğini sanmıyoruz. Nitekim, İNAN da, Türk rekabet hukukuna küçük teşebbüslerin korunması vazifesi verilmesi konusunda dikkatli olunması gerektiğine işaret etmektedir¹³⁹ (İnan, 1999; 8). Bizim bu çalışma ile ortaya koymaya çalıştığımız ise, başka herhangi bir amacın benimsenmesi halinde iktisadi etkinliğin sağlanması amacından taviz verilmesinin zorunlu olacağı ve bunun yanlış bir rekabet politikası tercihi

¹³⁸ Rekabet Hukuku ve Politikası Özel İhtisas Komisyonu, savımızın bu ilk bölümüne katılmamıştır (Rekabet Hukuku ve Politikası Özel İhtisas Komisyonu Raporu, 1994; 9-12.).

¹³⁹ “Tabii, (rekabet hukukunun) siyaset bilimiyle ilişkisi başka yönlerde de görülebilir; sosyal siyaset bakımından çok önemli. Özellikle işçilerin, emeğin ve KOBİ’lerin durumu, belki rekabet hukukunun sınırlarının çizilmesinde önem kazanır. Nerede duracaksınız; bu da çok önemli” (İnan, 1999; 8).

olacağıdır.¹⁴⁰ Kaldı ki, iktisadi etkinlikten taviz vermek pahasına küçük teşebbüslerin korunması amacının benimsenmesi önerisi getiriliyor olsa bile, kanımızca, 6. maddenin varlığı ile küçük teşebbüslerin korunmasının amaç olarak benimsendiği bağlantısı, aşağıda ele alacağımız sebeplerle, aslında pek de kuvvetli değildir.

4.4.4. “Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelerin Korunması”nın Rekabet Hukuku’nun Amacı Olmaya Genel Olarak Elverişsizliği

4.4.4.1. “Yıkıcı Fiyat” Kavramını Geniş Yorumlayan Bir Rekabet Politikası Dışında Hiçbir Rekabet Politikası “Küçük Teşebbüsün Korunması” Bir “Amaç” Olarak Benimsenerek Üretilmez

Aşağıda ayrı bir başlık altında yer verilecek olan “yıkıcı fiyatın geniş yorumlanması” politikası tercihi dışında, hiçbir rekabet politikası “küçük teşebbüsün korunması” “amacı”yla üretilmez. Zira rekabet hukukunun amaçlarıyla küçük teşebbüslerin menfaatleri arasında temel bir ayrılık vardır. Bunun iktisadi sebebi açıktır: Kartel durumu, küçük teşebbüslerin maliyetleri karteli oluşturan büyük teşebbüslerden yukarıda olduğu halde, büyük teşebbüslerin maliyetleri ile fiyatları arasındaki farkı suni olarak büyüterek küçük teşebbüslere pazarda tutunma imkanı verir (Posner, 2001; 26). Bu sebeple de, aşağıda açıklanacak olan rekabet politikası haricindeki politikalarla küçük teşebbüsün korunmasını doğrudan “amaç” seçmek mümkün değildir. Diğer rekabet politikalarının hepsi büyük teşebbüsün fiyatını rekabetçi seviyelere çekmeyi hedeflemektedir. Bu sebeple, küçük teşebbüsün, uzun dönemde, o politikaların hiçbirinde menfaati bulunmamaktadır.

Yoğunlaşmanın -yıkıcı fiyat olasılığı haricinde- küçük teşebbüsün menfaatine olduğu bağlantısı, rekabet hukukunun birleşme ve devralmaların ele alınmasıyla ilgili alanında da aynı biçimde kurulabilmektedir. ABD rekabet hukuku sisteminde, birleşmeler yoluyla bir pazarda yaratılacak yoğunlaşmanın

¹⁴⁰ Amacımız KOBİ’lerin kaderlerine terk edilmelerini sağlamak değil, Türk rekabet hukuku politikasını gerçek bir “amaç” tanımı çerçevesinde şekillendirecek yönde adım atmaktır. Özellikle Türkiye’de, KOBİ’ler desteğe ihtiyaç duymaktadır. Öte yandan, bu desteğin rekabet politikası bir araç olarak kullanılmak suretiyle verilmeye çalışılmaması gerekir. Aksi halde, başka bir amaca ulaşmak bakımından anlam ifade edebilecek bir hukuk rejimi hem o amaca zarar verecek hem de yönlendirildiği yeni amacı toplumsal refahı ciddi ölçüde azaltmadan sağlamaya elverişsiz olduğu için kendi içinde de anlamsızlaşacaktır. Bu konuya 4.4. numaralı bu başlık altındaki tartışmalarımızı sonuçlandırırken (4.4.2. numaralı başlık altındaki açıklamalarımızın sonunda) daha ayrıntılı olarak değinilecektir.

rakilere zarar değil fayda getireceği kabul edilerek, rakip teşebbüsün bir yatay birleşmeyi şikayet etmesi halinde davada sıfatının tanınması için o birleşmenin “yıkıcı fiyat” uygulamasına yol açması yönünde ciddi bir olasılık olduğunu ispat etmesi aranmaktadır (Areeda ve Kaplow, 1997; 852).¹⁴¹

Dolayısıyla, aşağıda ortaya koyacağımız istisna¹⁴² haricinde, küçük teşebbüs bakımından en tercihe şayan rekabet politikası, hiç rekabet politikası olmamasıdır (Posner, 2001; 26). Kanımızca, rekabet hukuku tam da bu yüzden küçük ve orta ölçekli işletmelerin bizatihi belli bir büyüklüğün altında oldukları için korunmalarını amaç edinmeye elverişli bir hukuk disiplini değildir. Yine aynı bağlantı dolayısıyla, 6. maddenin varlığının küçük teşebbüsü korumaya yönelik “sonuç” bile doğurmayabileceği tartışılabilir.

Öte yandan, 6. maddenin varlığının “küçük ve orta ölçekli işletmelerin korunması sonucunu” doğurduğu bağlantısı kabul edilse bile, 6. maddenin varlığı dolayısıyla “küçük ve orta ölçekli işletmelerin korunması”nın Türk rekabet hukukunda bir “amaç” olarak benimsendiği söylenemeyecektir. Bunun rekabet hukukunun “amaç”larından biri olarak görülüp görülmediği ve eğer görülüyorsa ne derece öncelikli bir amaç olarak ele alınacağı henüz netlik kazanmış değildir. Bir rekabet hukuku rejiminde “küçük ve orta ölçekli işletmelerin korunması”nın başlıbaşına bir amaç olarak kabul edildiğinden bahsedilebilmesi için, doğrudan “küçük iyidir (yahut büyük kötüdür)” düşüncesinden kaynaklanan ve diğer olası amaçlar için değil doğruca küçük teşebbüsün korunması için karar alındığı gözlemlenmelidir. Oysa, “iktisadi etkinlik” amacının “küçük ve orta ölçekli işletmelerin korunması” adına zaman zaman feda edilip edilmeyeceği bir politika kararı olarak Türk rekabet hukuku uygulamasında netleşmiş değildir. Bu tür bir eğilim gözlemlendiği anda, Türk rekabet hukuku rejiminde küçük ve orta ölçekli işletmelerin korunmasının yalnızca bir “sonuç” değil aynı zamanda bir “amaç” olduğuna hükmedilebilir. Yukarıda ortaya konduğu ve aşağıdaki başlık altında da tartışılacağı üzere,

¹⁴¹ ABD rekabet hukukunda şikayetçi rakip teşebbüs tarafından birleşmenin “yıkıcı fiyat” uygulamasına yol açması yönünde ciddi bir olasılık olduğunun ispat edilmesinin aranmasının bir diğer sebebi de, birleşme sonrası oluşacak teşebbüsün ulaşacağı iktisadi etkinlik düzeyinden ürken rakiplerin sahte dava (sham litigation) yoluyla refah artırıcı birleşmeleri zorlaştırmasının önüne geçmektir. ABD rekabet hukuku uygulamasında son derece önem verilen hususlardan biri, rekabet hukuku uygulamasının (yahut muhakeme sürecinin kendisinin) rakipler tarafından kötüye kullanılması olasılığıdır. ABD Federal Yüksek Mahkemesi’nin *Blue Chip Stamps v. Manor Drug Stores*, 421 U.S. 723 (1975) kararı, mahkemenin muhakeme sürecinin kötüye kullanılması ile ilgili yerinde duyarlılığını açıkça ortaya koymuştur. Kanımızca, Türk Rekabet Kurumu’nun karşısına getirilen olaylarda da, özellikle salt bir mesele Rekabet Kurumu’nun incelemesi altına alınacağı için bir teşebbüsün ticari faaliyeti zarar göreceksa, son derece dikkatli olunmalıdır. Hatta, zaman içinde gözlemlenecek eğilime göre, rakipleri Rekabet Kurumu’nu bu tür hesaplara ortak etmekten caydırıcı tedbirlerin alınması yerinde olabilir.

¹⁴² Bkz. aşağıda 4.4.4.2. başlığı altında yer verilen analizler.

büyük teşebbüsleri sınırlayıp küçük teşebbüsleri salt küçük oldukları için destekleyen bir rekabet politikası “iktisadi etkinliği sağlamak” amacını bir tarafa bırakmak durumundadır. Bu sebeple, bizim rekabet hukuku tanımımızda ve anlayışımızda, “küçük ve orta ölçekli işletmelerin korunması” rekabet hukukunun “amacı” değildir.

Kanımızca, yukarıda ortaya koyduğumuz gerekçelerle, “küçük ve orta ölçekli işletmelerin korunması” rekabet hukukunun bir “amacı” olmadığı gibi, aslında “sonucu” yahut “işlevi” de değildir. Böyle bir değer rekabet hukukunda sıklıkla tanımlanarak aslında onu korumaya elverişli bir vasıta olmayan bu alanda bir yere sahip kılınması arzusu tamamen rekabet hukukunun kendi meşruiyetini artırma ihtiyacından kaynaklanmaktadır. Bu anlamda, “küçük teşebbüsün korunması” arzusu, rekabet hukuku için kendi meşruiyetini perçinlemenin bir aracı olarak kullanılmış olmaktadır.¹⁴³ “Temelde güçlünün gücünü istismar etmesini önlemeyi hedefleyen bir yaklaşımın, toplumun geniş kesimleri tarafından son derece meşru görüleceği açıktır” (Atiyas, 2000; 43). Aslında bütün kaygısı “iktisadi etkinliğin sağlanması” olmakla beraber, kullandığı yöntem ve asıl amacının da bazen bunu gerektirmesi dolayısıyla zaman zaman güçlünün gücünü istismar etmesini önleyen rekabet hukuku alanında, sanki bu tavrı tespit etme ve toplum tarafından algılanıp hissedilmesi güç kavramlar olan “iktisadi etkinlik” ve “toplumsal refah” için değil de somut olarak göz önünde bulunan “küçük teşebbüs” menfaatine yapılırsa daha makbul ve meşru bir görüntüye kavuşulmaktadır. Oysa, yukarıda yer verdiğimiz gibi, aslında rekabet hukuku küçük teşebbüsü korumayı amaç edinmeye elverişli bir vasıta değildir.

4.4.4.2. Doğrudan Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelerin Korunmasını Amaçlayan Bir Rekabet Hukuku Rejiminde Ortaya Çıkabilecek Yegane Rekabet Politikası

Yukarıdaki başlık altında açıklanan sebeplerle, niçin yanlış bir politika tercihi olacağı aşağıda ortaya konulmaya çalışılacak olan bir tek tip rekabet politikası hariç, aslında “küçük teşebbüsler bakımından en iyi rekabet politikası hiçbir rekabet politikası olmamasıdır” (Posner, 2001; 26). İktisadi perspektiften bakıldığında, küçük ve orta ölçekli işletmelere avantaj sağlayabilecek yegane

¹⁴³ GALBRAITH, konuyu daha da ileri götürerek, “rekabet hukuku”nun büyük teşebbüslerin pazar güçlerini kullanarak küçük teşebbüsleri ezmesini yasaya bağlamak suretiyle bu durumun devamını teminat altına alan bir mizansen olduğunu ileri sürmektedir (Galbraith, 1967). “Küçük teşebbüslerin korunması amacı”ndan bahsedildiğinde ortada bir mizansen olduğunu ileri sürüyor olsak da, Galbraith’ın görüşüne katılmıyoruz. Kendi görüşümüzü yukarıda ayrıntılı biçimde ortaya koyduğumuz için, iki görüş arasındaki farkı vurgulamakla yetineceğiz.

rekabet politikası, büyük teşebbüslerin daha az etkin küçük teşebbüslerden düşük fiyatla ürün arz etmesini engelleyen bir rekabet politikası olabilir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken bir husus, bahsedilen rekabet politikasının sadece teknik anlamdaki “yıkıcı fiyat” uygulamasını engellemeyi hedef alan bir politika değil, yalnızca etkinliğini fiyatına yansıtan büyük teşebbüsü dahi bunu yapmaktan soğutan bir rekabet politikası olduğudur. Daha teknik anlatımla, bir rekabet hukuku rejiminde “küçük teşebbüsü koruma” amacının “iktisadi etkinlik” amacının önüne konulduğundan bahsedilebilmesi için, büyük teşebbüsün yalnızca ortalama değişken maliyetinin¹⁴⁴ altında kalan fiyat uygulamalarının değil genel olarak küçük teşebbüsü piyasa dışına itebilecek her türlü düşük fiyatlandırmalarının¹⁴⁵ engellenmeye çalışıldığının gözlemlenmesi gerekir. Aksi halde, engellenen davranış zaten “iktisadi etkinliğin korunması” amacına da ters düşen bir davranış olacağından, çelişen iki amaç arasında “küçük teşebbüsün korunması” amacının tercih edildiğinden bahsetmeye olanak kalmayacaktır. Büyük teşebbüsün, giriş engelleri bulunan bir piyasada ortalama değişken maliyetinin altındaki bir fiyatlandırma ile ticari faaliyet gösterdiği için bu eyleminden sorumlu tutulması halinde, “iktisadi etkinliğin korunması” hala amaç ve “küçük teşebbüsün korunması” hala sonuçtur.

Oysa, bu engelleme yapılırken esas amaç “iktisadi etkinlik” değil “küçük teşebbüsün korunması” ise, büyük teşebbüsün piyasadaki diğer küçük teşebbüslerin tutunmasına olanak bırakmayan ve fakat kendisinin ölçek ekonomisi dolayısıyla onlardan düşük olan maliyetinin üzerinde bulunan fiyatlandırmaları da “yıkıcı fiyat” sayılacaktır. Aynı sebeple, “teşebbüsün yıkıcı fiyat uygulaması sırasında kaybettiği mali gücü sonradan yapacağı yüksek fiyatlandırma ile yerine koyması olasılığı” da, öncelikli amacı “küçük teşebbüsü korumak” olan bir rekabet hukuku rejiminde, “yıkıcı fiyat”tan bahsedilebilmesi için gerekli bir unsur olmayacaktır.

¹⁴⁴ Burada, teknik anlamda “yıkıcı fiyat”tan bahsedilebilmesi için fiyatlandırmada altına inilmesi gereken sınır bakımından, kendi görüşümüzü kullandık. Kanımızca, bu sınır “ortalama değişken maliyet”in altı olmalıdır. Öte yandan, örneğimizdeki rolü bakımından bu konunun burada çözümlenmesine ihtiyaç yoktur ve zaten bu konu son derece tartışmalıdır. Örneğin, ABD’de rekabet hukuku avukatlığı yapan uygulamacıların daima yakından takip ettikleri üzere, farklı dairelerin “yıkıcı fiyat” konusunda farklı eğilimleri gözlemlenmektedir. Fiyatın yıkıcı sayılabilmesi için inilmesi şart koşulan seviye bakımından 1., 2., 5. ve 8. daireler genellikle “ortalama değişken maliyet”i belirleyici kabul ederken 6. ve 9. daireler “ortalama toplam maliyet”i esas alarak analiz yürütmektedir. 3., 4. ve 7. dairelerin ise duruma göre farklı maliyet hesaplarını esas aldıkları fakat “kaçırılan kazancın geri alınması imkanı”na büyük önem verdikleri görülmektedir. Hatta artık 7. daire, yıkıcı fiyat uygulaması ile suçlanan teşebbüsün “kaçırılan kazancın geri alınması imkanı”na sahip olduğunun şikayetçi tarafından ispatlanmadığı durumda derhal savunma makamı lehine esasa girmeksizin özet karar (summary judgment) vermektedir.

¹⁴⁵ Örneğin, teşebbüsün kendi ortalama değişken maliyetinin üzerinde olmakla beraber aynı pazarda rakibi olan küçük teşebbüslerin ortalama değişken maliyetinin altında kalan fiyatlandırmaları.

Yukarıda tarif edilen tipte bir “yıkıcı fiyat” anlayışının rekabet hukukunun “küçük teşebbüsleri koruması” amacına doğrudan yönelmekle beraber bunu “iktisadi etkinliğin korunması” amacından vazgeçmek pahasına yaptığına şüphe yoktur. Böyle geniş bir “yıkıcı fiyat” anlayışının “küçük teşebbüslerin korunması amacıyla” benimsenebilecek yegane rekabet politikası olduğu da yukarıda ayrıntılı gerekçelerle ortaya konmuştur. Öyleyse, “iktisadi etkinliğin korunması” amacı ile “küçük teşebbüslerin korunması” amacından yalnız biri benimsenebilir. Zira yukarıda açıklanan politika küçük teşebbüsleri koruyacak olmakla beraber “fiyat rekabeti”ni doğrudan baltalayacaktır. Oysa günümüz rekabet hukukunda “yıkıcı fiyat” tezinin giderek zayıflayan konumu tam da bu korkudan ve “iktisadi etkinliğin korunması” amacının “küçük teşebbüslerin korunması” amacına tercih edilmesinden kaynaklanmaktadır. Hakim BREYER, bahsettiğimiz korkuyu, *Barry Wright Corp. v. ITT Grinnell Corp.*¹⁴⁶ kararında, “belli bir istenmeyen fiyatlandırma davranışı tipini araştırma olanağı sağlayan kural ve içtihat yaratırken, bunun yasal fiyat rekabetinden caydırıcı etki yaratması olasılığından endişe etmeliyiz” biçiminde ifade etmektedir.¹⁴⁷

Dolayısıyla, yukarıda tarif edildiği biçimiyle, geniş kapsamlı bir “yıkıcı fiyat” karşıtı politika teorik olarak “küçük teşebbüsün korunması”ni doğrudan rekabet hukukunun amacı olarak kabul eden yegane rekabet politikası olmakla beraber, “yıkıcı fiyat” tezinin günümüz rekabet hukuku uygulamasında giderek zayıflayan konumu bunun rekabet hukukunun küçük teşebbüsü korumayı doğrudan amaç edindiği bir istisna olarak değerlendirilmesine bile imkan vermeyecektir. Zira, eğer “iktisadi etkinliğin korunması” ve dolayısıyla “fiyat rekabetinin korunması” gibi amaçlar “küçük teşebbüsün korunması”nın amaç olarak ele alındığı bir ortamda da muhafaza edilmeye çalışılacaksa, yıkıcı fiyat karşıtı politikalar “yıkıcı fiyat”ın “rekabetçi fiyat”dan ayrılmasındaki güçlükler sebebiyle pek uygulama alanı bulamayacaktır. Nitekim, artık “iktisadi etkinliğin korunması” amacını esas alan ABD rekabet hukuku uygulamasında, “kaybedilen karın geri kazanımı olasılığı”ni “yıkıcı fiyat”ın kabul edilmesinin ön şartlarından biri olarak gören *Liggett (Brooke Group)*¹⁴⁸ kararından günümüze kadar geçen 8 yılı aşkın sürede savunma makamı aleyhinde sonuçlanan hiçbir “yıkıcı fiyat”

¹⁴⁶ *Barry Wright Corp. v. ITT Grinnell Corp.*, 724 F. 2d 227, 234 (1st Cir. 1983).

¹⁴⁷ Aynı korku başka pek çok “yıkıcı fiyat” davasında daha ortaya konmuştur. Bunlara örnek olarak *Rebel Oil Co. v. Atlanta Richfield Co.*, 957 F. Supp. 1184, 1200 (D. Nev. 1997), aff’d, 146 F. 3d 1088 (9th Cir. 1998); *Ortho Diagnostic Sys., Inc. v. Abbott Labs., Inc.*, 920 F. Supp. 455, 465-66 (S.D.N.Y. 1996); *Cargill, Inc. v. Montfort of Colorado, Inc.*, 479 U.S. 104, 122 n.17 (1986) ve *Dial a Car, Inc. v. Transportation, Inc.*, 82 F. 3d 484, 487 (D.C. Cir. 1996) gibi kararlar verilebilir.

¹⁴⁸ *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993).

davası olmaması (Martin, 2002) bu ihlal tipine ne kadar dikkatle yaklaşıldığını göstermektedir.¹⁴⁹

Bu noktada Türk rekabet hukuku uygulamasına kısaca bakacak olursak, “yıkıcı fiyat” kavramının şu ana kadar geniş yorumlanmadığını görürüz. Kanımızca, bu tercih son derece yerindedir. Örneğin, Uzan, Doğan ve Sabah Gruplarının Star, Posta ve Takvim gazetelerinin satış fiyatını düşürerek yıkıcı fiyat uyguladıkları iddiasına ilişkin Rekabet Kurulu kararı (19 Ağustos 2000 tarihli ve 24145 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan *Uzan/Doğan/Sabah k. Cumhuriyet Gazetesi* kararı) Türk rekabet hukukundaki mevcut yaklaşımı göstermektedir. Cumhuriyet Gazetesi, bu üç grubun ikincil olarak adlandırılan gazetelerinin bağlı buldukları şirketlerin, ilgili grupların yazılı ve görsel basındaki hakim durumlarından ve finansal avantajlarından destek olarak, maliyetlerinin altında satış yapmak yoluyla pazardaki diğer kuruluşları piyasanın dışına ittikleri iddiasıyla Rekabet Kurulu’na başvurmuştur. Rekabet Kurulu, verdiği kararlar, ilgili pazarda hakim durumda bulunmayan Star Gazetesinin o zamanki fiyatını 130.000 TL’den 50.000 TL’ye düşürmesinin pazara yeni giren bir firmanın pazarda tutunma çabası olarak nitelendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca *Takvim Gazetesi*’nin fiyatını Star’dan hemen 4 gün sonra 75.000 TL’den 25.000 TL’ye düşürmesi ve *Posta Gazetesi*’nin de aynı tarihlerde fiyatını 75.000 TL’den 50.000 TL’ye düşürmesi durumunun yıkıcı fiyat uygulamasını göstermediği, aksine bu pazar davranışlarının rekabetçi olduğu kanısına varmıştır. Oysa, yıkıcı fiyatı geniş yorumlayan bir yaklaşım benimsenmiş olsaydı, muhtemelen bu teşebbüslere ceza verilir ve fiyatı söz konusu seviyelere düşürmeleri yasaklanırdı.

Bu başlık altında yer verilen “yıkıcı fiyatın geniş yorumlanması” politikası, yukarıda açıklandığı üzere, “küçük teşebbüsü korumayı amaçlayarak” yaratılabilecek tek rekabet politikasıdır. Öte yandan, böyle bir politikanın benimsenmesi rekabeti korumayı olanaksızlaştırarak toplumsal refahı sağlama amacına ters sonuçlar üretmeye mahkumdur. Nitekim, ABD Federal Yüksek Mahkemesi’nin *Cargill*¹⁵⁰ kararında, önceki *Brunswick*¹⁵¹ kararına da dayanılarak, “Rekabet hukuku, mahkemelerin küçük teşebbüsleri rekabetten doğan kar kayıplarından değil rekabet hukukuna aykırı eylemlerden doğan kar kayıplarından korumasını emretmektedir...Hakim durumdaki firmaların yoğun

¹⁴⁹ Oysa, AB rekabet hukuku uygulamasında durum böyle değildir ve yıkıcı fiyat iddiası en yakın dönem AB rekabet hukuku uygulamasının bile aktif bir parçasıdır. Örneğin, Komisyon, özellikle posta hizmetleri pazarında başlattığı mücadelenin bir parçası olarak, yakın tarihli *Deutsche Post* kararında (20 Mart 2001 tarihli Komisyon Kararı 35.141, OJ L125) yıkıcı fiyat uygulamasının varlığını öne sürerek ilgili teşebbüse ceza vermiştir.

¹⁵⁰ *Monfort of Colorado, Inc. v. Cargill, Inc.*, 479 U.S. 104 (1986).

¹⁵¹ *Brunswick v. Pueblo Bowl-O-Mat*, 429 U.S. 477 (1977).

rekabet yaratacak eylemleri, fiyat rekabeti başta olmak üzere, ‘rekabet’in menfaatindedir” denilmektedir.

Görüldüğü gibi, bu yaklaşımda, yukarıda ortaya koyduğumuz ve “küçük teşebbüslerin korunması amacıyla” üretilebilecek yegane rekabet politikası olduğunu da yine yukarıda açıkladığımız “yıkıcı fiyatın geniş yorumlanması” fikri reddedilmektedir. Ayrıca, yine Cargill kararının yukarıda yer verilen bölümünde, “küçük teşebbüsün korunması”nın rekabet hukukuyla ilişkisi “rekabet hukuku ihlali” ile sınırlanarak “küçük teşebbüsün korunması” ile “rekabetin korunması” farklı ve bağımsız kavramlar olarak tanınmış ve ana kavram olan “rekabetin korunması” bakımından “küçük teşebbüsün korunması”na bir işlev yüklenmemiştir. Yukarıda ayrıntılı olarak anlatıldığı üzere, kanımızca, rekabet politikası oluştururken “küçük teşebbüsün korunması” kavramının yeri bakımından gelinebilecek en sağlıklı ve rekabetin korunması hedefine ulaşmaya en müsait nokta da budur.

Bu noktada, rekabet hukuku verileri altındaki bu analizimizin KOBİ’lerin rekabet hukuku dışındaki politika kaynaklarıyla desteklenmesi konusuna ilişkin görüşümüzden bağımsız olduğunun altını bir kez daha çizmek isteriz. Amacımız KOBİ’lerin kaderlerine terk edilmelerini sağlamak değil, Türk rekabet hukuku politikasını gerçek bir “amaç” tanımı çerçevesinde şekillendirecek yönde adım atmaktır. Türkiye’de, özellikle imalat sanayiinin yoğunlaşma oranları dikkate alındığında (bkz. Güneş, Köse ve Yeldan, 1996; 33-47; Kaytaç, Altın ve Güneş, 1993 ve Katırcıoğlu, 1990), KOBİ’lerin desteğe ihtiyaç duydukları açıktır. Yine de, yukarıda ortaya konulduğu gibi, bu desteğin, rekabet politikası bir araç olarak kullanılmak suretiyle verilmeye çalışılmaması gerekir. Aksi halde, başka bir amaca ulaşmak bakımından anlam ifade edebilecek bir hukuk rejimi hem o amaca zarar verecek hem de yönlendirildiği yeni amacı toplumsal refahı ciddi ölçüde azaltmadan sağlamaya elverişsiz olduğu için, kendi içinde de anlamsızlaşacaktır. KOBİ’lerin desteklenmesi, rekabet hukuku uygulamasının asıl amacından sapıtılması suretiyle değil, ortak kabul gören bir KOBİ tanımı ve ilgili sınıflandırmalar yapıldıktan sonra verilecek bağımsız destekle olmalıdır. Bu kapsamda, KOBİ’lere destek vermenin doğru yolları, KOBİ’lere vergi kolaylıkları sağlanması, risk sermayesi yatırım ortaklıklarının desteklenmesi, esnaf kredisi programlarının kuvvetlendirilmesi ve KOBİ girişimciliğini özendirilen tedbirlerin alınması gibi, bir kısmı Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, Küçük ve Orta Ölçekli Sanayi Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ve/veya Esnaf ve Sanatkarlar Konfederasyonu eliyle takip edilebilen önlem ve önerilerin Türkiye’de bir an evvel oturtulmasıdır. Bu konunun uzmanları zaten KOBİ’leri desteklemekte kullanılabilecek araçları teşhis etmek ve önermek için çalışmalar

yapmışlardır (bkz., özellikle, Müftüoğlu, 1991 ve Akgemici, 2001) ve bu konudaki çabalar devam etmektedir.

Rekabet hukuku uygulaması, daha evvel bahsettiğimiz imaj tuzaklarına düşmeden, iktisadi etkinlik amacına yönelmelidir.

4.5. Rekabet Hukuku'na Geçici Olarak İthal Edilen Amaçlar

Bu noktada, amaç tartışması bakımından önemli olan bir diğer konuya daha eğilmek gerekir. Rekabet hukuku, eldeki davanın özelliklerine göre, aslında rekabet hukukunun doğrudan amacı olmayan ve fakat genel olarak sosyal politika sahasında önem arz eden herhangi bir mülahazayı ön plana çıkarabilmektedir. Öte yandan, bu türden mülahazalardan kaynaklanan kamu sağlığı, kamu güvenliği, çevrenin korunması ve benzeri amaçlar ancak belli bir olay bazında ön plana çıkabilirler ve aslında rekabet hukukunun amacı değildirler. Bu tip mülahazaların rekabet hukukundaki yeri kimi rekabet hukuku rejimlerinde açıkça tanınmış olmakla beraber,¹⁵² bunun yapılmadığı rekabet hukuku rejimlerinde de zaman zaman rekabet hukukunun asli amaçlarının geçici olarak gözardı edilmesine yol açan etkenlerin varlığı dava bazında tanınmıştır. Bunlara, “rekabet hukukuna geçici olarak ithal edilen amaçlar” diyebiliriz.

Rekabet hukukuna geçici olarak amaç ithal edilmesi uygulamalarının ABD, AB ve Türk rekabet hukuklarındaki farklı görünümüne kısaca bakacak olursak, her üç rejimde de bunun zaman zaman gerçekleştiği görülmektedir. Örneğin, ABD rekabet hukukunda *Silver v. NYSE*¹⁵³ kararıyla, aslında iş yapmanın toplu olarak reddi suretiyle grup boykotu kapsamında değerlendirilmesi gereken eylemler, hisselerin takasını ilgilendiren ilkeleri kendi kendine düzenlemenin Hisse Takası Yasası'nın (1934 tarihli Securities Exchange Act) temel politikalarından biri olduğuna karar verildiği için, rekabet hukukuna aykırı görülmemiştir.¹⁵⁴

Avrupa Birliği Rekabet Hukuku'nda da yerine göre tamamen farklı bir mevzuat bütünüyle düzenlenmiş bulunan başka hukuk sahaslarındaki amaçlar ve genel olarak sosyal politikanın parçası olan amaçlar zaman zaman rekabet

¹⁵² Örneğin, İsviçre kartel hukukunda, istisnai durumlarda, hukuka uygun olmayan rekabet kısıtlamalarına izin verilebileceği kabul edilmektedir. 6 Ekim 1995 tarihli "Karteller ve Diğer Rekabet Kısıtlamaları Hakkında Federal Kanun"a göre, Federal Konsey, yetkili makamlarca hukuka aykırı olduğuna karar verilen rekabet anlaşmalarına istisnaen izin vermeye yetkilidir. Bunun için, "baskın bir kamu yararı"nın söz konusu olması ve ilgililerin başvuruda bulunmaları gerekir (Özsunay, 2000; 17).

¹⁵³ *Silver v. New York Stock Exchange*, 373 US 341 (1963).

¹⁵⁴ ABD rekabet hukukunda geçici olarak amaç ithal edilmesi ile ilgili örneklerin çoğunun açıklanması için öncelikle federal hukuk ile eyalet hukukları arasındaki ilişkinin ve buna bağlı bazı rekabet hukuku doktrinlerinin (Örn., Devlet Eyleminin Dokunulmazlığı Doktrini, Noerr-Pennington Doktrini, vb.) açıklanması gerekeceğinden, çalışmayı bu noktada hacimlendirmek için diğer örneklerimizi AB rekabet hukuku rejiminden seçiyoruz.

hukukuyla ilişkilendirilerek amaçtan sayılmıştır. Örneğin, *Arge Bat*¹⁵⁵ kararında Komisyon, rakipler arasında pillerin çevreye zarar vermeyecek biçimde imhası hususunu da içeren anlaşmaya ılımlı yaklaşmıştır. Benzer bir konuda çok yakın tarihli bir örnek yaklaşım da *Eco-Emballages*¹⁵⁶ kararında yaşanmıştır. Bu karara konu olayda, bir Fransız teşebbüsü olan Eco-Emballages SA'nın "atıkların toplanması" ve geri dönüşümü için kurduğu sistem rekabeti ciddi ölçüde kısıtlayacak özellikler göstermektedir. Komisyon yalnızca kurulan sistemin uzunluğuna ve kapsamına itiraz etmiş ve bunun üzerine ilgili teşebbüs müşterilerini her sene sistemi bırakmakta serbest hale getirerek ve sistemin tamamının yahut yalnız bir bölümünün kullanılmasına olanak tanıyarak sistemi ayakta tutabilmiştir (Bunun hemen ardından, 2001 yılının Eylül'ündeki kararıyla¹⁵⁷ Komisyon Eco-Emballages'in Almanya'daki muadili olan Duales System Deutschland'ın garanti ve hizmet anlaşmalarını onaylamıştır).

Avrupa Birliği rekabet hukuku düzeninde sosyal politikaya dair amaçların rekabet hukuku analizine etki ettiği¹⁵⁸ bir diğer örnek karar da Komisyon'un televizyon setleri standby durumundayken elektrik kullanımının azaltılması konusundaki endüstri planına ılımlı yaklaştığı *EACEM*¹⁵⁹ kararıdır. Çok yakın tarihlerde rekabet hukukuna amaç ithal edildiği bir diğer karar da, acil ambulans taşıma hizmeti gören teşebbüsün, aslında ATAD'ın hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirdiği biçimde sair hasta taşıma hizmetlerini de görmek üzere münhasır haklara sahip olması konusuna ilişkin *Ambulanz Glöckner*¹⁶⁰ kararıdır. ATAD, "rekabet kurallarının genel ekonomik menfaatin gerektirdiği belli hizmetlerin verilmesini engelleyebileceği" mülahazasıyla, bu konudaki takdiri, meseleyi kendisine yönlendiren Alman mahkemesine bırakmıştır.

Benzer biçimde, *Wouters*¹⁶¹ kararında da ATAD, Hollanda Barosu'nun kabul ettiği 1993 Düzenlemesi'nin rekabeti kısıtlayıcı etki yaratmakla beraber hukuki hizmetlerin gerektiği gibi verilmesinin sağlanması için gerekli olduğuna karar vermiştir.

¹⁵⁵ Arge Bat, ZVEI and HDE, 1998 O.J. C172/12.

¹⁵⁶ 31 Ağustos 2001 tarihli Komisyon Kararı 34.950, OJ L233.

¹⁵⁷ Komisyon Basın Açıklaması, IP/01/1279, 17 Eylül 2001.

¹⁵⁸ Sosyal politikayı ilgilendiren ilke kararlarının ve amaçların Avrupa Birliği Rekabet Hukuku sahasında tanınması son dönemde iyice açık bir hal almıştır. Örneğin, Raportör Jacobs, 21 Eylül 1999 tarihli Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie C-67/96, C-115-117 ve 219/97 kararına verdiği 28 Ocak 1999 tarihli görüşünde rekabet hukuku kurallarının sosyal politikalara ait sahadan dışlanmaması gerektiğini açıkça belirtmektedir.

¹⁵⁹ EACEM Energy Saving Commitment, 1998 O.J. C12/2.

¹⁶⁰ Ambulanz Glöckner v. Landkreis Südwestpfalz, Case C-475/99, 25 Ekim 2001.

¹⁶¹ Wouters, C-309/99, 19 Şubat 2002.

Türk rekabet hukukunda da zaman zaman rekabet hukukuna geçici olarak amaç ithal edildiği gözlemlenmektedir. Öte yandan, farklı bir mevzuat ile düzenlenmiş bulunan başka hukuk sahalarındaki amaçların ve genel olarak sosyal politikanın parçası olan amaçların Türk rekabet hukuku uygulamasına ne ölçüde etki edeceği konusu tam olarak netleşmiş değildir. Türk Rekabet Kurulu'nun *İGTOD* soruşturmasında aldığı -1 Haziran 2001 tarihli ve 24419 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan- kararda, soruşturulan teşebbüslerden birinin “kamu sağlığı” mülahazasıyla rekabet kısıtlaması getirildiği yönündeki savunmasında ikna edici deliller bulunmasına rağmen, söze konu menfaatin rekabet kısıtlamaları getirilmeksizin Türk Gıda Mevzuatı¹⁶² çerçevesinde korunabileceği ifade edilerek cezaya hükmedilmiştir.

Öte yandan, rekabet hukukunun amaçlarıyla doğrudan ilgili olmayan mülahazaların Türkiye'deki rekabet hukuku uygulamasında analize dahil edilmeyeceğini düşündüren bu yaklaşımın ardından, Türk Rekabet Kurumu'nun, bu konudaki yaklaşımının henüz netleşmediğini ve konunun şimdilik dosya bazında ele alınması gerektiğini gösterecek biçimde diğer yönde analiz geliştirdiği de görülmüştür. Örneğin, Rekabet Kurumu Başkanı Prof. Dr. M. Tamer MÜFTÜOĞLU imzasıyla Başbakanlık Denizcilik Müsteşarlığı'na gönderilen Kılavuzluk ve Römorkaj hizmetleri hakkındaki yazı ile Türk Rekabet Kurumu, “halen kılavuz kaptan ve römorkaj hizmetleri piyasasında tam anlamıyla bir rekabetin oluşmadığı açık olmakla birlikte, bu rekabet kısıtlamasının can, mal ve seyir güvenliğini sağlamaya yönelik yasal mevzuattan kaynaklandığı ve rekabetin bu amaca ulaşabilmek için yeterli ölçüde kısıtlandığı, sayılan nedenlerle halen yürürlükteki mevzuatın ya da hizmet sunanlarla akdedilmiş anlaşmaların 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'a aykırı olmaları nedeni ile iptal ya da tadil edilmelerine gerek yoktur” görüşünü benimsemektedir (Dünya Gazetesi, 23 Mart 2000). Dolayısıyla, rekabet kısıtlamalarıyla ilgili olarak geliştirilecek kimi analizlerde, yukarıda yer verilen¹⁶³ geleneksel “amaç listesi”ne ilave olarak, başka toplumsal faydaların korunmasının amaç olarak listeye dahil olması kapısı açık tutulmuştur.

Uzun vadede rekabetin korunmasını daha kolaylaştıracağı düşünülerek “iktisadi etkinlik” amacının dava bazında ikinci plana alındığı yaklaşımlar da rekabet hukukuna amaç ithaline örnek teşkil eder. Bu sebeple, normal şartlarda izin alamayacak bir birleşme/devralma işlemine taraflardan biri kötü performans

¹⁶² Türk Gıda Mevzuatı terimiyle, temel olarak, Gıdaların Üretimi Tüketimi ve Denetlenmesine Dair 560 Numaralı Kanun Hükmünde Kararname (RG No: 22327, RG Tarihi: 28/6/1995), Türk gıda mevzuatı yönetmelikleri, Türk Gıda Kodeksi yönetmeliği ve ekleri ile Türk Gıda Kodeksi tebliğleri de dahil olmak üzere, ilgili kanun, yönetmelik, tebliğ ve genelgelerden oluşan bütüne gönderme yapıyoruz.

¹⁶³ Bkz. yukarıda başlık 3.1 altında yer verilen “rekabet hukukunun amaçları hakkındaki tartışma”.

gösteren ve pazardan silinecek olan bir teşebbüs olduğu için izin verilirken aşağıda yer vereceğimiz şartların tamamı aranmaz ise “iktisadi etkinliğin korunması” amacından sapılmış ve rekabet hukukuna amaç ithal edilmiş olacaktır. Öte yandan, bu şartların aranmaması veya esnek algılanması dava bazında değil de politika kararı olarak benimsenirse, rekabet hukukuna geçici olarak amaç ithal edilmesinden değil, bu kitaptaki amaç tanımını altında hatalı bir rekabet politikasından bahsedilecektir. Bu noktada, kısaca, “batan teşebbüs savunması (failing company defense)”nın kabul edildiği birleşme ve devralma işlemlerinin durumuna bakmak gerekir. Yukarıda da belirtmeye çalıştığımız gibi, batan teşebbüs savunmasının kabul edilmesi, zaman zaman iktisadi etkinliğin sağlanması amacına uygun bir seçim olabilir.

Bu savunma tipi, ilk olarak, ABD Federal Yüksek Mahkemesi tarafından 1930 yılındaki *International Shoe*¹⁶⁴ kararında kabul edilmiştir. Bugünkü biçimiyle “batan teşebbüs savunması”nın kullanılabilmesi için, (i) teşebbüsün yakın dönemdeki mali yükümlülüklerini dahi yerine getiremeyecek durumda olması, (ii) mali durumunu düzeltecek bir alternatif yolunun mevcut bulunmaması¹⁶⁵ ve (iii) alternatif bir satın alma teklifi almak için iyiniyetli bir çaba gösterildiği halde yalnız mevcut teklif sahibinin öneride bulunmuş olması¹⁶⁶ şartları aranmaktadır. Ayrıca, KWOKA ve WARREN-BOULTON’un 1986 yılındaki çalışmalarıyla (Kwoka ve

¹⁶⁴ *International Shoe Co. v. FTC*, 280 U.S. 291, 302 (1930).

¹⁶⁵ Bu noktada açmak istediğimiz bir diğer tartışma da, devralınan yahut birleşen teşebbüsün elinde Türk İcra ve İflas Kanunu’nda tanımlanan konkordato talep etme olanağının mevcut bulunması halinde, “batan teşebbüs savunması”nın bu şartının sağlanmadığının iddia edilip edilemeyeceğidir. Konkordato da, aynı iflas gibi, cebri icranın bir çeşididir. Bununla beraber, konkordato ile, borçlunun, mal varlığının tasfiyesi yerine, içinde bulunduğu ekonomik ve mali sıkıntılardan kurtulabileceği imkanlara kavuşturulması amaçlanmaktadır. Türk rekabet hukuku uygulaması için bizim görüşümüz, borçlu teşebbüsün mücerret alacaklılarıyla anlaşarak Türk Borçlar Kanunu’nun genel hükümlerine tabi bir özel konkordato yahut Türk İcra ve İflas Kanunu’nun 285-308. maddeleri arasında düzenlenen iflas dışı konkordato yollarından herhangi birine gitme olanağı varsa, Türk Rekabet Kurumu’nun birleşme veya devralma işlemini değerlendirirken “batan teşebbüs savunması”na dikkate almaması gerektiği yönündedir (ABD rekabet hukuku uygulamasında da, eğer devralınan teşebbüsün ABD İflas Yasası’nın 11. bölümü altında tekrar yapılanma olanağı mevcutsa bu savunmanın kullanılmasına izin verilmemektedir). Bu durumda, eğer hem yukarıda yer verilen şartlar mevcutsa hem de borçlunun konkordato talep etme olanağı dahi mevcut değilse, söz konusu savunmanın kabul edilmesi gerekir. Hatta, o takdirde, kanımızca “batan teşebbüs savunması” yalnızca birleşmenin rekabetçi etkilerini değerlendirirken göz önünde tutulacak bir faktör değil başkaca analize gerek bulunmaksızın birleşme/devralma işlemine izin verilmesini gerektiren mutlak bir savunma olarak görülmelidir (Bu savunmaya mutlak savunma özelliği yükleyen bir örnek karar için bkz. *United States Steel Corp. v. FTC*, 426 F. 2d 592, 6. daire, (1970)). Örneğin, mevcut malları ve alacakları borçlarının en az yüzde ellisini ödemeye yetişmeyen borçlu teşebbüsün yukarıda sayılan diğer şartları sağlayan bir birleşme işleminde “batan teşebbüs savunması” getirmesi doğruca kabul edilmelidir. Zira, Türk İcra ve İflas Kanunu’nun 285. maddesi uyarınca, bu durumdaki borçlunun konkordato talep etmesine zaten imkan bulunmamaktadır.

¹⁶⁶ Son iki şart, ABD Federal Yüksek Mahkemesi’nin *Citizen Pub Co. v. United States*, 394 U.S. 131, 138 (1969) kararıyla getirilmiştir.

Warren-Boulton, 1986) savundukları ve 1992 Yatay Birleşme Rehberi'ne "(iv) devralma işlemi gerçekleştirilmezse batan teşebbüsün mamelekinin ilgili pazardan çıkacak olması" biçiminde yansıyan dördüncü şart da bu savunmanın iktisadi etkinliğin korunması adına kabul edilebilmesi için önemlidir. Gerçekten de, eğer batan teşebbüsün mal varlığı izne sunulan birleşme yahut devralma olmaksızın dahi piyasada kalacaksa, söz konusu birleşme/devralma işlemine izin verilmemesi lazımdır. Zira bu takdirde o malvarlığı başlı başına bir ilgili pazara giriş kolaylığıdır ve orta vadede zaten rekabet eski seviyesine dönecektir.

Batan teşebbüs savunmasının temelindeki düşünce, bu savunma hangi rekabet hukuku rejiminde ileri sürülüyor olursa olsun, eğer iktisadi etkinliğin sağlanması amaçlanıyorsa bu dört şartın hepsinin aranmasını gerektirmektedir. Zira, batan teşebbüs savunmasının kabul edilmesini (i) batan teşebbüsün pazardaki mevcut rekabet düzeyine katkısının zaten çok az olduğu, (ii) yatırımcılar, istihdam edilenler ve müşteriler başta olmak üzere ilgili çevreler için birleşmenin iflastan daha olumlu sonuç doğuracağı ve (iii) ilgili pazarda başarı sağlanamaması halinde tamamen çökmeden çıkış imkanlarının mevcut olmasının pazara giriş engellerini azaltacağı gibi gerekçeler anlamlı kılmaştır (Areeda ve Kaplow, 1997; 844). Bu gerekçeler ise ancak yukarıda sayılan şartların tamamının varlığı halinde bir anlam ifade etmektedir. Aksi halde, bu şartların tamamının bulunmadığı bir somut olayda batan teşebbüs savunması kabul edilirse, iktisadi etkinliğin sağlanması yönünde bir tercih yapılmış olmayacaktır.¹⁶⁷ Bu durumda, söz konusu tercih, olay bazında yapılmış olmak ve bir politika kararı görüntüsü arz etmemek kaydıyla, rekabet hukukuna amaç ithal edilmesinin örneğidir. Öte yandan, bu durumda yapılan tercih bile, doğru ya da yanlış, hala rekabetin uzun vadede tesis edilmesini kolaylaştırmak adına yapılmaktadır. Dolayısıyla, bu tip bir yaklaşım, hiçbir durumda, hepten rekabet hukukuna yabancı bir toplumsal mülahazanın önemi göz önüne alınarak rekabet hukukunun amaçlarından evvel korunduğu bir duruma örnek değildir.

Türk rekabet hukuku uygulamasında da bu tip özel ekonomik şartlar göz önüne alınarak bir devralma işlemine izin verildiği olmuştur. Örneğin, Rekabet Kurulu'nun 19.11.1998 tarihli ve 23528 sayılı Resmi Gazete'de yayınlan *Erciyas/Toros* kararıyla, % 72 dolaylarında pazar payına sahip olan Efes Pilsen'in aynı ilgili ürün pazarında % 5 civarında pazar payı bulunan Marmara Bira'yı devralmasına izin verilmiştir. Başka şartlarda alınması güç görünen bu izne dayanak teşkil eden durum, Marmara Bira'nın bildirim tarihinde iflasın eşiğinde olmasıdır. Üstelik, Kurum'un elindeki bilgilere göre, Efes Grubu devralma tarihinde bu devralmanın getirdiğinden daha fazla bir maliyete

¹⁶⁷ "Batan teşebbüs savunması"nın iktisadi etkinlik bakımından değerlendirilmesi ile ilgili olarak bkz. Campbell, 1984.

katlanmaksızın aynı kapasite artırımını gerçekleştirebilecek durumda bulunmaktaydı. Bu durumda, izin verilmesiyle verilmemesi arasındaki yegane farkın piyasanın rekabetçi yapısı bakımından değil zaten yapılmış olan bir yatırımın ölü hale gelmesi bakımından olacağı düşünülerek Rekabet Kurumu tarafından söz konusu devralmaya izin verilmiştir.

Görüldüğü gibi, rekabet hukuku sahasına çok çeşitli amaçlar ithal edilebilmekte ve bunlar zaman zaman birbirinin önüne geçebilmektedir. Öte yandan, geçici olarak ithal edilen bu amaçlardan hiçbiri aslında rekabet hukukunun “amacı” değildir.

4.6. Toplumsal Refahın Sağlanması Amacı

Yukarıda ortaya koyduğumuz üzere, sosyal sahada bazı işlevleri bulursa da, rekabet hukukunun başlıca amacı ekonomiktir.¹⁶⁸ Söz konusu amaç iktisadi etkinliğin sağlanması suretiyle toplumsal refahın korunması ve artırılmasıdır. Bu kitabın giriş kısmında da ortaya koyduğumuz üzere, “iktisadi etkinliğin sağlanması” rekabet hukuku uygulaması vasıtasıyla toplumsal refahın teminat altına alınması amacına ulaşmak için hedeflenecek bir kavramdır. Bu kitabın temel hedefi “amaç” kavramını ve tanımını berraklaştırmak olduğu için, yöntem bakımından, öncelikle elimizde “amaç” konusuna yaklaşmaya yarayabilecek hangi materyalin kaldığını açıklığa kavuşturmak tercih edilmiştir. Bu sebeple, kitabın bu bölümüne kadar “iktisadi etkinliğin sağlanması” kavramı da “toplumsal refahın sağlanması” kavramı da kendi içlerinde incelenmemiş ve birer sembol olarak diğer olası amaçlarla yarışırılmıştır. Çalışmamızın bu noktasına kadar, rekabet hukuku uygulamasında doğru bir amaç analizinin “iktisadi etkinliğin hedeflenmesi suretiyle toplumsal refahın sağlanması” bağlantısı içinde yapılması gerektiğini detaylı bir analizle ortaya koyduk. Şimdi, Türk rekabet hukuku uygulamasındaki yegane geçerli “amaç” anlayışını barındırdığını ortaya koyduğumuz bu sembollerin kendilerini incelemek ve açıklamak gerekmektedir.

Bu konu, aslında bağımsız bir çalışmanın konusu olmayı hak edecek kadar karmaşık ve önemlidir. Nitekim, “amaç” tartışmasının olgunlaşmasına katkıda bulunmak amacıyla yazdığımızı yukarıda belirttiğimiz bu kitabın iddiası “iktisadi etkinliğin hedeflenmesi suretiyle toplumsal refahın sağlanması” amacının tüm yönlerini ve ilgili fonksiyonların kapsamı gereken tüm unsurları açıklamak değildir. Öte yandan, bu amaç anlayışının belli başlı unsurlarına ilişkin görüşlerimize aşağıda yer verilmektedir.

¹⁶⁸ Rekabet hukukunun ana amacının “ekonomik özgürlüğün sağlanması” olduğunu tartışan bir çalışma için bkz. Adams ve Brock, 1987.

Söz konusu analize yer vermeden evvel, bu noktada neden “tüketici refahı”nı değil “toplumsal refah”ı esas aldığımızı kısaca açıklamak yerinde olacaktır. Nihai amaç olarak tüketici refahını değil toplumsal refahı en üst seviyeye çekmeyi görmemizin ana sebebi, refahın bölüştürülmesine ilişkin düşüncelerin rekabet hukukundaki amaç analizinin dışında tutulması gerekliliğidir. Bu görüşümüzün sebepleri aşağıda ayrı bir başlık altında¹⁶⁹ ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Öte yandan, farklı etkinlik tipleri arasında kurulacak dengeye dair tartışmada¹⁷⁰ tekrar vurgulayacağımız gibi, zaman zaman iktisadi etkinliğin sağlanması amacı ile tüketici refahının en üst seviyeye çekilmesi amacının birbiriyle örtüşmeyebileceği de bu noktada tespit edilmelidir. Genellikle rekabet hukuku uygulaması, iktisadi etkinliği artırma hedefini takip ederken, doğal olarak hem toplumsal refahı hem de toplumsal refahla beraber tüketici refahını artıracaktır. Ancak, bu varsayım bazı şartlar altında doğru değildir. Bu tür durumlarda tüketici refahının korunması ile iktisadi etkinliğin sağlanması arasında nasıl bir denge kurulacağına özellikle dikkat edilmelidir. Bu görüşümüzü bu noktada biraz açalım:

Rekabet hukuku uygulamasında iktisadi etkinliğin sağlanması hedefinin tüketici refahı ile kolayca çelişebileceğine ve bu durumda bir tercih yapılmasının gerekeceğine en açık örnek, 4054 Sayılı Kanun’un 4. maddesinin (e) bendinde yer verilen bir ihlal tipi olan ve uygulamada kısaca “ayırıcılık” olarak ifade edilen “münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması”dır. Zira, pek çok durumda, arz esnasında fiyat ayırıcılığı yapma olanağının mevcut bulunması, üreticileri çıktıyı artırma yönünde motive edebilir. Öte yandan, bu tip bir fiyat ayırıcılığının dağılım etkinliğini artıran ve böylece iktisadi etkinliği sağlamak yönünde işlev gören bu sonucundan farklı olarak, bir de tüketici rantını ele geçirerek tüketiciden üreticiye refah aktarımına yol açan sonucu olacaktır. Bu örnek, bizim bu çalışmada benimsediğimiz gibi “toplumsal refahın en üst seviyeye çekilmesi” amacı benimsenerek iktisadi etkinlik korunursa bu korumanın ancak tüketici refahından taviz vermek pahasına yapılmış olacağı en belirgin iki örnekten biridir.

Bu örnekte ortaya koyduğumuz sancı, ABD rekabet hukuku uygulamasında *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*¹⁷¹ kararında net bir biçimde yaşanmıştır. O davada, Amerikan Bestekarlar, Yazarlar ve Yayıncılar Cemiyeti (ASCAP) ve Broadcast Music, Inc. (BMI) tarafından Columbia Broadcasting System, Inc.’e (CBS) verilen ve fiyat

¹⁶⁹ Bkz. 4.6.1. numaralı başlık.

¹⁷⁰ Bkz. aşağıda 4.6.2.1. numaralı başlık altındaki açıklamalarımız.

¹⁷¹ *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System*, 441 U.S. 1 (1979)

ayırımcılığının kuvvetli bir aracı olan¹⁷² genel lisans (blanket license)¹⁷³ çıktığı artırmakla beraber üreticilerin tüketici rantını tamamen ele geçirmelerine yol açmaktaydı. Neticede, CBS tarafından söz konusu genel lisansın hukuka aykırı bir fiyat anlaşması içerdiği ve ürünleri birbirine bağladığı gibi iddialarla açılan bu davada, ABD Federal Yüksek Mahkemesi söz konusu lisansın iktisadi etkinliği sağladığı ve kendisini oluşturan parçaların toplamından farklı ve özgün bir ürün olduğu sonucuna vararak ceza vermemiştir. Yine de, Hakim STEVENS karşı oy yazısında, bu davada yukarıda yer verdiğimiz ikilemin yaşandığını gösterecek biçimde, söz konusu uygulamanın fiyat ayırımcılığına yol açan unsurları üzerinde durmuş ve iktisadi etkinliğin sağlanması amacı takip edilirken dengenin kaçırıldığını ifade etmiştir.¹⁷⁴

İktisadi etkinliğin sağlanması suretiyle toplumsal refahın artmasının daima tüketici refahının artması anlamına gelmeyebileceğine ikinci açık örnek ise, rakip teşebbüsler arasında üretim maliyetlerini düşürmek üzere işbirliği yapıldığı ve bunun aynı zamanda da katılımcıların fiyatları yükseltmesine zemin hazırladığı durumlardır. Böyle durumlarda da, refahın tüketiciye ait olan kısmında bir azalma olduğu halde, toplumsal refahta artış meydana gelmesi olasıdır. Böyle bir durumda rekabet hukuku uygulamasıyla nasıl denge kurulacağı da toplumsal refahın sağlanması bir amaç olarak takip edilirken dikkatli olunması gereken ikinci duyarlılık noktasını teşkil etmektedir. Yine de, bu konulardaki duyarlılık, rekabet hukuku ile toplumsal refah yerine tüketici refahının amaçlanması sonucunu doğurmamalıdır. Zira, aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacak sebeplerle, rekabet hukuku ile “iktisadi etkinlik” hedeflenerek toplumsal refahın artırılması ve başka toplumsal araçlar kullanılarak bir bütün olarak büyüyen pastadan tüketicinin gerekli payı almasının sağlanması daha etkin bir çözüm olmaktadır. Ayrıca, rekabet hukukunda toplumsal refahın amaçlanması ve yaratılan değerın yeniden dağıtımının başka sosyal politika araçlarına bırakılması ile, kısa vadede tüketici refahının artırılması amacı takip edilerek yapılan rekabet hukuku uygulamalarının uzun vadede tüketicinin daha büyük bir menfaatini gözardı etmesi riski de azaltılmış olacaktır.

¹⁷² Bu davada, genel lisans karşılığında istenen ücret yayıncının reklam faaliyetlerinin düzeyine göre değişmekteydi.

¹⁷³ Genel lisans, sabit bir ücret karşılığında, lisans alana (CBS) lisans verenin üyelerinin yahut bağlı kuruluşlarının sahip olduğu tüm eserleri istedikleri sıklıkta icra etme hakkı vermektedir. CBS'in şikayeti sonucunda açılan bu davada, genel lisansı alanın ödeyeceği ücret, telif hakkı sahipleri arasındaki rekabetin sonucunda belirleneceğine, ASCAP ve BMI tarafından belirlenmekteydi (a.g.k, 5-6 ve 19-23).

¹⁷⁴ Bugün bu davanın ABD rekabet hukuku evrim sürecindeki asıl önemi, açıkça yatay fiyat anlaşması içeren bir davada bile per se analizi ileri sürülerek meselenin esasına inmekten kaçınılmamış ve iktisadi etkinlik teşhis edilerek ilgili uygulamaya izin verilmiş olmasıdır.

Örneğin, Hakim HAND'in *United States v. Corn Products Refining Co.*¹⁷⁵ kararında belirttiği ve bu çalışmada daha evvel benzer bir bağlamda yer verildiği gibi, “tüketicilerin uzun vadedeki menfaatleri, kısa vadede fiyatlarda bir düşme meydana gelmesindeki menfaatlerinden daha yüksek olabilir”.

Rekabet hukuku bu çalışmadaki amaç perspektifi ile uygulanırken dikkatli olunması gereken iki özel durumu yukarıdaki biçimde tespit ettikten sonra, “iktisadi etkinliğin sağlanması suretiyle toplumsal refahın en üst seviyeye çekilmesi” amaç anlayışının belli başlı unsurlarına ilişkin görüşlerimize aşağıda yer veriyoruz:

4.6.1. Refahın Bölüşülmesi Meselesi ve Rekabet Hukuku

Öncelikle görülmesi gereken, özellikle konuya “toplumsal refah” perspektifinden yaklaşırsa, refah fonksiyonunun pek çok farklı unsuru kapsayabileceğidir. Bu çalışmada benimsediğimiz yöntem dolayısıyla şu aşamaya kadar “iktisadi etkinlik”, “tüketici refahı” ve “toplumsal refah” kavramları kendi içlerinde ayrıntılı biçimde incelenmediklerinden, toplumsal refah fonksiyonunda yer alan unsurlardan yalnızca biri olan “iktisadi etkinlik” unsuru ön plana çıkmıştır. Oysa toplumsal refah fonksiyonu başka pek çok unsuru ve kaygıyı barındırabilir. İktisadi etkinliğin ve verimliliğin yanısıra, “gelir bölüşümündeki adaletsizlik” ve “bölgelerarası gelir dağılımındaki dengesizlik” gibi unsurlar da aslında toplumsal refah fonksiyonuna dahil edilebilir. Bu durum da ilgili kavramların, rekabet hukukunun “amaç” tanımına dahil edilmesine yol açabilir. Nitekim, daha evvel bahsedildiği üzere, birbiriyle bağlantılı bu iki kavramla ilgili olarak rekabet hukukuna görev yükleyen pek çok görüş mevcuttur (örneğin, Hovenkamp, 1982; Lande, 1983 ve Lande, 1989). Oysa, toplumsal refah fonksiyonuna dahil olduğunu kabul ettiğimiz bu iki unsur, kanımızca, rekabet hukukunun “amacı” değildir. Zaten aslında iki nihai amaç sıklıkla örtüştüğü halde bu kitapta atıfta bulunulan nihai amacın tüketici refahının artırılması değil toplumsal refahın artırılması olmasının ana sebeplerinden biri de budur.

4.6.1.1. “Sosyal Adaletin Sağlanması” Amacını Rekabet Hukukunun Öncelikli Amacı Yapmak Sosyal Politika Bütünü Bakımından Etkinsizliğe Yol Açan Bir Tercihtir

Son tahlilde amacı toplumsal refahı sağlamak olan rekabet hukuku, öncelikle “dağılım etkinliği (allocative efficiency)”, “maliyet etkinliği (cost efficiency)” ve dinamik etkinlik (innovative/dynamic efficiency)

¹⁷⁵ *United States v. Corn Products Refining Co.*, 234 F. 964 (S.D.N.Y. 1916).

kavramlarını “amaç” tanımı içinde dengelemelidir.¹⁷⁶ Gelir bölüşümündeki adaletsizliğin giderilmesi ve bölgelerarası gelir dağılımının adil biçimde düzenlenmesi ise iktisadi etkinliğin sağlanması amacıyla tavizi gerektirmediği ölçüde rekabet politikasına katılabilecek yan unsurlardır. Bu noktada temel aldığımız ve önce ilgili iktisadi etkinlik anlayışını aşağıda açıkladıktan sonra yine aşağıda¹⁷⁷ ortaya koyacağımız tez özetle şudur: Gelirin nasıl dağıtılacağına ilişkin kaygıların amaç tanımı içine sokulması halinde bu durum zaman zaman etkinliğin sağlanması amacıyla çelişerek rekabet hukukunu acizleştirecektir. Üstelik, refahın adil paylaşılmasına yönelik sonuçları doğurmaya rekabet hukukundan daha elverişli başka vasıtalar vardır. Bu durumda rekabet hukukunun sadece iktisadi etkinliği sağlamak amacıyla uygulanması gerekir.

4.6.1.1.1. Hangi Ölçüte Göre İktisadi Etkinlik?

Bu noktada, iktisadi etkinliğin hangi ölçüte göre tanımlandığı büyük önem kazanmaktadır. Bugüne kadar Türk rekabet hukuku doktrininde iktisadi etkinlikten hep Pareto anlamında etkinlik anlaşılmıştır. Refah İktisadının Birinci Teoremi'ne göre tam rekabet koşulları altında oluşan denge Pareto optimal olduğu için, ulaşılabilecek etkinlik tanımlanırken Pareto etkinliği tanımının esas alınmasına meyledilmektedir. Böylece, rekabet hukuku uygulamasıyla yaratılan kaynak tahsisinin etkin olup olmadığı irdelenirken, o ekonomideki bir başka kişinin refahı azaltılmaksızın üretici veya tüketicinin refahının artırılmayacağı bir durum hedef alınmaktadır. Pareto anlamında etkinlik budur. Dolayısıyla, Pareto etkin durumdan bahsedebilmek için, Pareto'cu anlamda üstün¹⁷⁸ bir başka seçeneğin geriye kalmamış olması gerekir. Bu durumda, Pareto etkinliği tanımında yer alan ‘bir başkasının refahında azalma yaratmama’ koşulunun varlığı, tüm işlemlerde, bu işlemlerden potansiyel olarak etkilenebilecek herkesin veto kudreti olduğunu varsaymaktadır. Bu varsayımın gerçek dışılığı sebebiyle, aslında başka iktisadi etkinlik meselelerini açıklamakta uygun bir teorik araç olan ve iktisatçıların etkinlik tanımında daima başvurdukları “Pareto etkinliği” kavramı, rekabet hukukunda nasıl bir etkinliğin hedefleneceği konusunda yeterli ölçüde yol gösterici olamamaktadır. Posner'ın da dediği gibi, “Pareto'cu anlamda üstün bir seçeneğin mevcut bulunduğu yönündeki eleştiri çoğu politika sorunuyla ilgili olarak hiçbir işe yaramamaktadır” (Posner, 1980). Bu sebeple, iktisadi etkinliğin rekabet hukuku politikalarıyla sağlanması olgusuna ‘hukuk ve iktisat’ perspektifinden bakarken, iktisatçıların bu favori kavramından değil “Kaldor-Hicks etkinliği” (Hicks, 1939 ve Kaldor, 1939) kavramından istifade edeceğiz. Zaten aslında iktisatçılar da, genellikle, etkinlik

¹⁷⁶ Bu kavramların tanımlanması için bkz. aşağıda 4.6.2. numaralı başlık altındaki açıklamalarımız.

¹⁷⁷ Aşağıda, 4.6.1.1.2. ve 4.6.1.2. numaralı başlıklar altındaki açıklamalar.

¹⁷⁸ Eğer bir işlem bir başkasının refahında azalma yaratmadan birisinin refahını artırabiliyorsa o işlem Pareto'cu anlamda üstündür.

kavramını irdelerken Pareto etkinliği dışında bir kavrama pek atıfta bulunmamakla beraber, etkinlik kavramının somut olaya uygulanmasını gerektiren ve buna bağlı politika alanlarını ilgilendiren iktisadi analizlerde çoğu kez Kaldor-Hicks etkinlik yaklaşımını kullanmaktadırlar.¹⁷⁹

Peki, Kaldor-Hicks etkinliği anlayışının Pareto etkinliğinden farkı nedir? Aslında bu fark küçük görünmektedir fakat bunun sonuca ve politika tercihlerine büyük etkisi vardır. Pareto ölçütünden farklı olarak, bir işlem, eğer o işlemden faydalananların bu faydaları diğer herkesin aynı işlemden oluşan kaybından yüksekse, yani birileri aynı işlemden başkalarının uğradığı refah kaybını potansiyel olarak telafi ettikten sonra hala net bir fayda fazlası kalacaksa, söz konusu işlem Kaldor-Hicks etkinliğini sağlamaktadır. Dikkat edilmesi gereken konu, faydalanan tarafından başkalarının refah kayıplarının gerçekte telafi edilmesinin aranmadığıdır. Eğer öyle olsaydı Kaldor-Hicks ölçütüyle Pareto ölçütü arasında pek bir fark kalmazdı. Yapılan analiz “Eğer başkalarının kaybını telafi etmiş olsaydı elinde hala fazladan bir fayda kalır mıydı?” sorusu çerçevesinde yapılmakta ve olumlu cevap verilebiliyorsa söze konu işlemin Kaldor-Hicks etkin olduğuna karar verilmektedir.

Etkinlik kavramına Kaldor-Hicks perspektifinden yaklaşmanın önemi, etkinliğin sosyal refah bütünü¹⁸⁰ en yüksek seviyeye çekecek kavram olarak anlaşılabilmesi ve bu bütünün nasıl dağıtılacağı konusuyla ayrıca ilgilenebilmesine olanak tanınmasıdır. Aşağıda açıklayacağımız gibi, rekabet hukuku sosyal adaletin sağlanması amacıyla kısıtlanmaksızın toplumsal refahın en yüksek seviyeye çekilmesi amacını takip etmelidir. Bu çerçevede, Kaldor-Hicks etkinliği bizim iktisadi etkinlik anlayışımızı şekillendiren ölçüttür.¹⁸¹

Yine de, bu noktada kitabın giriş kısmında ortaya koyduğumuz görüşümüzün altını çizmek faydalı olacaktır. Etkinliği Kaldor-Hicks ölçütüne göre tanımlayarak, yalnızca, rekabet hukukunun asıl amacına ulaşma çabası esnasında akılda tutulacak iktisadi etkinlik anlayışı için kullanılabilir ve uygun bir ölçüte yer vermiş oluyoruz. Rekabet hukuku kendi amacını yerine getirip sosyal refah bütünü en üst seviyeye çektikten sonra, uygun iktisadi ve mali araçlar kullanılarak bölüşümün nasıl olacağı meselesiyle ve hem etkinlikte hem

¹⁷⁹ POSNER’ın da belirttiği gibi, “Pareto’cu anlamda üstün tercihin ön şartları gerçeğ hayatta asla yerine gelmediğinden, etkinliğin işlemsel tanımı Pareto etkinliği olamaz ve bir iktisatçı tarafından özgür ticaretin veya rekabetin yahut kirliliğin önlenmesinin etkin bir politika olduğunun belirtilmesi sırasında, aslında o, on durumdan dokuzunda Kaldor-Hicks etkinliğini kastetmektedir” (Posner, 1992; 14).

¹⁸⁰ Bu sosyal refah bütünü ekonomideki mal ve hizmetlerin bütünü gibi durağan bir kavram değil alım gücüyle desteklenmiş faydadır. Bir başka deyişle, sosyal refah bütünü hesaplanırken esas alınan “fayda”, ödemeye istekli olunması ile kendini gösteren faydadır.

¹⁸¹ Aşağıda yer verilecek tüm örneklerde ve düşüncelerde Kaldor-Hicks anlamında iktisadi etkinlik esas alınacaktır.

de verimlilikte sağlanan artışın toplumun çeşitli katmanlarına uygun biçimde yansımalarının nasıl sağlanacağıyla ayrıca ilgilenilmesi gereklidir. Bu anlamda, Kaldor-Hicks etkinlik ölçütünü kullanan bazı hukuk ve iktisat düşünürlerinin “ekonomik büyümeden herkesin faydalanacağı” varsayımına haddinden fazla dayandıklarını düşünüyoruz. Refahın nasıl bölüştürüldüğü doğrudan rekabet hukukunun amaçlayamayacağı bir kavram olmakla beraber, bağımsız bir mesele olarak sosyal adalet yönündeki çabaları anlamsız gören yaklaşımların¹⁸² bu analizimizle ilişkilendirilmemesi gerekir. Özellikle Türkiye’deki pazarların durumu dikkate alındığında,¹⁸³ rekabet hukuku kendi görevini yerine getirdikten sonra, doğru araçlar kullanılarak refahın adil bölüşümünün düzenlenmesinin önemi büyüktür.

4.6.1.1.2. Refahın Bölüştürülmesi Konusunun Rekabet Hukuku Alanı Dışında Çözülmesi Sosyal Politika Bütününe Daha Etkin Kılacaktır

Sosyal adaletin sağlanması kendi içinde çok önemli bir amaçtır. Öte yandan, bunun için doğru aracın kullanılması gerekir. Sosyal politika alanına bir bütün olarak bakacak olursak, küçük politika sahaları bu büyük resmi oluşturmakta ve sosyal alanda istenen sonuçların belli bir bölümünü gerçekleştirmek yönünde rol oynayarak büyük resimde anlam ifade etmektedir. Böylece, her politika sahasının kendi amacına ulaşmakta en iyi biçimde kullanılması yoluyla, bir bütün olarak doğru ve etkin sosyal politika kombinasyonu bulunmuş olacaktır.¹⁸⁴ Aksi halde, sosyal politika tercihlerine bir bütünün parçaları olarak bakıldığında, sosyal politika bütününe amacı olarak özetlenebilecek olan “mümkün olan en fazla sosyal amaca olabildiğince fazla yaklaşmak” amacı bakımından etkinsizliğe yol açıldığı görülecektir. Örneğin, nasıl aslında gelir dağılımında adaleti sağlamaya daha elverişli vasıtaların yer aldığı vergi ve maliye politikaları sahasında rekabet hukuku amaçlarının birincil amaç olarak benimsenmesi bu kombinasyonu olumsuz etkileyecekse, bunun tersi de doğrudur. Rekabet politikasının bu büyük resimde anlam ifade edebilmesi

¹⁸² Örneğin, gelir artışının ve büyümenin toplumun çeşitli katmanlarına üst gelir gruplarından alt gelir gruplarına doğru sızarak yayılacağı iddiası konusunda sızıntı teorisini (trickle-down theory) irdeleyen bir çalışma için bkz. Aghion ve Bolton, 1997; 151-172.

¹⁸³ Örneğin, Türkiye’de imalat sanayiinin özellikleri ve dinamikleri göz önüne alındığında, büyüme ve bölüşüm dengelerinde önemli sorunlar olduğu göze çarpmaktadır. Türk imalat sanayiinin gelişme dinamiklerinin ayrıntılı bir tartışması için bkz. Yeldan, 2001; 65-105.

¹⁸⁴ Burada farklı sosyal politika alanlarının bir bütününe parçaları olarak görebilecekleri en etkin işlev bakımından bir iş bölümü önermemiz, Adam Smith’in sağlıklı bir iktisadi büyüme için iş bölümü önermesinden (Smith, 1937; 11) çok farklı bir mantığa dayanmamaktadır. Neticede, her bir küçük alanda etkinlik en üst düzeye çekilirse, sosyal politika alanının geneli bakımından da etkinlik en üst düzeye çekilmiş olacaktır.

için bu alanın kendi doğru amacını benimseyerek uygulanması lazımdır.¹⁸⁵ Dolayısıyla, bu bütün içinde rekabet hukukunun ve politikasının ulaşmaya çalışması gereken “amaç” analizi yapılırken büyük resimden değil rekabet hukukuna ait sahanın dinamiklerinden ve yapabilirliklerinden hareket edilmelidir.

Bu yapılmaya çalışıldığında bile, ilk anda, pazardaki alıcılardan rekabet üstü karla fiyatlandırılmış mal veya hizmetin satıcısına doğru gerçekleşen refah transferinin engellenmesinin rekabet hukukunun bir amacı olduğu akla gelebilir. Neticede rekabet hukuku uygulamayı fiyatları marjinal maliyete doğru çekmeye de çalıştığına göre, bu yönde bir işlevi olmalıdır. Ama bu, bir “işlev”dir. Zaten, yukarıda diğer başlıklar altında yapılan tartışmalara benzer biçimde, “rekabet hukukunu gelir dağılımındaki adaletsizlikleri gidermek için uygulamak” düşüncesi yol gösterici olmaktan çok uzaktır. Ayrıca, rekabet hukukunun böylesine geniş ve çok sayıda değişkenden etkilenen bir amaca etki etme olanakları sınırlıdır. Dolayısıyla, rekabet hukukunu doğru amaç perspektifiyle uygulayıp bu uygulamaya bağlı olarak gelir dağılımındaki adaletsizliğin giderildiği ölçüde bundan memnun olmak daha anlamlıdır.¹⁸⁶ Zaten, eğer iktisadi etkinliğin sağlanması hala birinci amaç olarak görülüyorsa,¹⁸⁷ salt “gelir dağılımındaki adaletsizliğin giderilmesi” bağımsız bir amaç olarak benimsendi diye rekabet hukuku vasıtasını bu yönde kullanarak daha büyük bir adım atma olanağına kavuşmuş olmamaktadır. O şartlar altında, yalnızca rekabet hukukunun iktisadi etkinliğin sağlanması hedefine ulaşma olanakları kısıtlanmış olmaktadır.

4.6.1.2. Rekabet Hukuku, Özünde Bir Etkinlik Sorunu Değil Hakkaniyet Sorunu Olan Refahın Bölüşürülmesi Meselesine Müdahalede En İyi Araç Değildir

Sonuçta, ortada bulunan ve kime ait olduğu belirlenmeye çalışılan rant, bazı alıcıların mallara veya hizmetlere onların rekabetçi fiyatlarından daha fazla

¹⁸⁵ Bu noktada akla, aslında “etkinlik” ile “hakkaniyet (equity)” arasında bir çelişki bulunmayabileceği ve bu takdirde tüm bu tartışmanın gereksiz olduğu gelebilir. Şimdilik, pastayı en büyük hale getiren politikalarla pastayı en adil biçimde paylaşan politikaların daima örtüşmeyebileceğini belirtmekle yetinelim. Gelirin yeniden dağıtılması başlı başına maliyeti olan bir süreç olduğundan, etkinlik ve hakkaniyet arasında bir çelişki ortaya çıkması muhtemeldir. Bu konu aşağıdaki başlık altında daha detaylı biçimde incelenmiştir.

¹⁸⁶ Rekabet hukukunun refah dağılımı üzerinde etkisi olduğu öteden beridir kabul edilmekte ve ölçülmektedir. Örn. bkz. Comanor ve Smiley, 1980. Bizim bu çalışmadaki amacımız da bu etkinin varlığını ve önemini yadsımak değil, “amaç” tartışmasındaki ağırlığının neden sınırlı olması gerektiğinin gerekçelerini ortaya koymaktır.

¹⁸⁷ Rekabet hukukunda refah transferlerini ve dolayısıyla gelir dağılımında adaletsizliği gidermeyi birincil amaç kabul ederek “iktisadi etkinliğin sağlanması” amacının yerine koyan bir çalışma için bkz. Lande, 1983.

değer vermeleriyle oluşmaktadır. Refahın dağıtım meselesini rekabet hukukunun “amacı” olarak gören yaklaşım, aslında bir sınıf olarak üreticilerin yaratılmış olan ekonomik ranttan vazgeçmesinin tüketicilerin bundan vazgeçmesinden daha kolay ve uygun olduğunu ileri sürmüş olmaktadır. Dolayısıyla, aradaki bu farkın aslında alıcılara mı satıcılara mı ait olduğu konusundaki tartışma bir “etkinlik” sorununu değil bir “hakkaniyet” sorununu barındırmaktadır (Calvani, 1988; 8).

Elbette, bu noktada ortaya çıkması ve üzerinde düşünülmesi gereken bir mesele, Türkiye’deki yapılanış şekli itibarıyla Türk Rekabet Kurumu’nun böyle bir yarı-politik tercihi yapma yetkisine sahip bulunup bulunmadığıdır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın “Piyasaların Denetimi ve Dış Ticaretin Düzenlenmesi” kenar başlıklı 167. maddesi “Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler” hükmüyle devlete bir görev vermiş ve 4054 Sayılı Kanun bu görevin bir parçası olarak çıkartılmıştır. Rekabet Kurumu da aynı anlayışın parçası olarak kurulmuş bir özerk yapıdır ve bazı başka ülkelerdeki rekabet otoritelerinden farklı olarak politik bir konuma sahip değildir. Bu şartlar altında, böyle bir tercihin neye dayanılarak ve hangi yetkiyle yapılabileceği de tartışma konusu olabilir. Öte yandan, bizim bu çalışmadaki amacımız, konunun bu yönüne eğilmek değil, Rekabet Kurumu tarafından böyle bir tercih sorunsuz biçimde yapılabilse bile refahın dağıtılması meselesinin rekabet hukuku analizine dahil edilmesinin yerinde olmadığını göstermektir.

Kanımızca, zaman zaman çözümü için rekabet hukukuna başvuru “refahın dağıtılması meselesi”nin aslında bir etkinlik değil hakkaniyet sorunu olduğunun belirlenmesinin önemi şudur: Eğer “etkinlik” amacı ile “hakkaniyet” amacı arasında bir çelişki mevcutsa rekabet hukuku her iki amaca birden yönelen bir politika geliştiremeyecektir. O takdirde, rekabet hukuku politikasının, toplumsal refah fonksiyonuna etki eden iki farklı unsur olan “iktisadi etkinlik” ve “gelir dağılımında adaletin sağlanması” arasından hangisini amaç seçtiğini belirlemesi gerekecektir. Eğer ikinciyi sağlamaya daha elverişli bir sosyal politika aracı varsa, rekabet hukukunun kendi amaç tanımında münhasıran “iktisadi etkinlik” unsuruna yer vermesi doğal olacaktır. Bu bağlantı dolayısıyla, “etkinlik” amacıyla “hakkaniyet” amacı arasında bir çelişki bulunup bulunmadığı önemli bir tartışmadır.^{188,189}

¹⁸⁸ Genel olarak “hakkaniyet” ile “etkinlik” arasındaki çelişkinin işlenişindeki düşünce sistematığı bakımından Stanford Üniversitesi Ekonomi Bölümü öğretim üyesi Profesör Mitchell Polinsky ile Harvard Üniversitesi’nde yapılan bazı tartışma ve sempozyumlardan yararlanılmıştır. Bu konudaki görüşleri için bkz. Polinsky, 1989.

4.6.1.2.1. “Etkinlik” ile “Hakkaniyet” Arasındaki Çelişki

Bu konuya basit bir örnekle yaklaşmak uygun olur: Diyelim ki devlet tarafından Türk Rekabet Kurumu’nun arkasındaki açıklık alana bir jeneratör yaptırılması gündemde ve bunun uygun olup olmadığı müzakere ediliyor. Jeneratörün yapılabileceği tek alan bu. Bu jeneratörden istifade edecek olanlar da yalnızca Türk Rekabet Kurumu ve açıklığın arkasındaki alanda hizmet veren bir teşebbüs olan “Mezanina” olsun. Jeneratör olmaksızın Rekabet Kurumu’nun 70 birim, Mezanina’nın ise 30 birim geliri var ve toplam gelir 100 birim. Jeneratörün getirilmesinin ve kurulmasının her iki taraf için 5’er birim maliyet getirdiğini varsayalım. Ancak, işlerinin jeneratörün çıkardığı rahatsız edici sestən etkilenmemesi için çift cam taktırması gerekeceğinden, bu jeneratörün yaptırılmasının Mezanina’ya 20 birim daha maliyeti olsun (Çift cam taktırılmadığı takdirde, sesin, teşebbüsün işleri üzerindeki olumsuz etkisi dolayısıyla 25 birim maliyet yaratacağının ve en rasyonel seçeneğin çift cam taktırmak olduğunun bilindiğini varsayalım.). Jeneratörün, bir defa kurulduktan sonra, her iki taraf için de 20 birimlik fayda yaratacağını biliyor olalım. Bu şartlar altında bu jeneratörün kurulması yönünde karar almalı mıyız?

Konuya “etkinlik” bakımından yaklaştığımızda jeneratörün kurulması gerekir. Zira, 30 birim maliyetle 40 birim fayda yaratılmaktadır. Toplam gelir 100’den 110’a çıkmıştır. Öte yandan, “hakkaniyet” bakımından bakıldığında, jeneratör kurulmadan evvel 70 birim geliri olan Türk Rekabet Kurumu’nun artık 85 birim geliri olduğu halde Mezanina’nın önceki durumda 30 birim olan geliri 25’e düşmüştür. Daha evvel % 70 ile % 30 olan gelir dağılımının ideal ve arzulanan gelir dağılımı olduğunu varsayalım. Jeneratörün kurulmasıyla bu gelir dağılımı yaklaşık % 77 ile % 23 halini alacak ve gelir dağılımında adaletsizliğe yol açılmış olacaktır. Bu örnekte de görüldüğü gibi, “etkinlik” ile “hakkaniyet” amaçları pek çok durumda çelişecektir. Dolayısıyla da, karar alınırken, bir tercih kullanmak gerekecektir.

Öte yandan, kararın alınmasına etki eden bir faktör hakkaniyet ile etkinlik arasında hangisine daha fazla önem verildiği ise, bir diğer faktör de geliri yeniden dağıtmanın maliyetli bir iş olup olmadığıdır. Karar alınmadan ve durumun şartlarına göre “etkinlik” ile “hakkaniyet” arasında bir tercih yapılmadan evvel bakılması gereken budur. Zira, Türk Rekabet Kurumu ile Mezanina arasında geliri maliyet yaratmadan yeniden dağıtmanın bir yolu varsa jeneratörün her durumda kurulması gerekir. Neticede toplam gelir 110’a

¹⁸⁹ “Etkinlik” amacıyla “eşitlik” amacı arasında çelişki bulunup bulunmadığı ise bundan biraz farklı bir tartışmadır. Şu aşamada bu çalışma için analiz edilmesi gereken çelişki durumu “hakkaniyet” ile “etkinlik” arasında olduğu için, iki tartışma arasında fark bulunduğunu tespit etmekle yetiniyoruz. Eşitlik ile etkinliğin birbirleriyle uyumlu politika amaçları olduğunu iddia eden bir tartışma için bkz. Brodley, 1982.

çıkılmaktadır ve gelir maliyetsizce yeniden dağıtılabiliyorsa Türk Rekabet Kurumu'nun 77 birim Mezanina'nın ise 33 birim gelir elde etmesi sağlanarak ideal olduğunu farz ettiğimiz gelir dağılımında bozulma yaratılmaksızın etkinlik sağlanabilir. Bu durumda, gelir maliyetsizce yeniden dağıtılabiliyorsa, "etkinlik" ile "hakkaniyet" arasında bir çelişki yoktur. Nasılsa, etkinliğin sağlanması esnasında yaratılan hakkaniyete aykırı durum maliyetsizce düzeltilebilmektedir.¹⁹⁰

Bu örnekle göstermeye çalıştığımız gibi, eğer gelir maliyetsiz bir biçimde yeniden dağıtılamıyorsa, "etkinlik" ile "hakkaniyet" arasında bir çelişki bulunmaktadır. Ne yazık ki, genellikle durum budur. Geliri yeniden dağıtmanın başlıca iki yolu, vergileri kullanmak ve hukuk kurallarını bu yönde işletmektir. Önce kısaca vergilerin kullanılması olasılığına bakarsak, fiyata etkileri yüzünden, bu yolun maliyetsiz olmadığı görülmektedir. "Genel olarak, gelirin yeniden dağıtımını amacıyla getirilecek vergiler mal ve hizmetlerin fiyatına etki edeceğinden, etkinlik bakımından bir maliyetleri olacaktır" (Polinsky, 1989; 121). Geliri yeniden dağıtmak için kullanılacak diğer yol, hukuk kurallarıyla getirilen düzenlemeleri kullanmaktır. Acaba bu yöntem geliri maliyetsizce yeniden dağıtmaya olanak tanımakta mıdır? Eğer öyleyse, rekabet hukuku uygulamasında hakkaniyeti amaç olarak benimsemekte etkinlik yönünden bir sakınca yoktur. Zira, yukarıda ortaya koyduğumuz gibi, gelirin maliyetsizce yeniden dağıtılabildiği bir ortamda bu iki amaç arasında çelişki bulunmamaktadır. Bu analiz yapılırken öncelikli olarak bakılması gereken konu, hukuk kurallarının, geliri yeniden dağıtmakta kullanılmasının mümkün olup olmadığıdır. Bu sorun halledildikten sonra, hukuk kurallarının gelirin yeniden dağıtımında kullanılmasının uygun olup olmadığı meselesine bakmak gerekecektir. Bu son mesele aynı zamanda daha elverişli bir vasıta bulunup bulunmadığının analizini gerektirecektir.

4.6.1.2.1.1. Hukuk Kurallarının Geliri Yeniden Dağıtmakta Kullanılması Mümkün müdür?

Bu mesele zaten bundan 65 yıl evvel başlayan ve 1991 yılında Nobel Ödülü ile noktalanmış bir çabanın sonunda çözülmüştür. "Hukukun ekonomik analizi" perspektifinden geliştirilen tüm düşüncelerin dayanağını teşkil eden ve bu yaklaşım biçimine hukukçu perspektifinden işlerlik kazandıran CALABRESI¹⁹¹ ile POSNER'a¹⁹² da gereken en temel iktisadi düşünce biçimini

¹⁹⁰ Bu örnekte gösterdiğimiz durum aslında Refah İktisadının İkinci Teoremi'nin farklı bir düzlemdeki görüntü biçimi olarak düşünülebilir.

¹⁹¹ "Hukuk ve ekonomi" akımının kurucularından olan CALABRESI, 1970 yılında hukukun ekonomik analizi yaklaşımını ilk defa ortaya attığı eseriyle ABD'deki haksız fiil hukukunun tüm çehresini değiştirmiş ve haksız fiil davalarında iktisadi etkinliği sağlayacak yönde olmak kaydıyla kusursuz sorumluluğa prim verilmesini sağlayan bir sistemin kurulmasına yol açmış

sağlayan COASE, aslında hukuk kurallarının geliri yeniden dağıtmasının mümkün olup olmadığıyla doğrudan ilgili bir sonuca varmaktadır.¹⁹³

Bilindiği gibi, Ronald Coase, yalnızca üretim ve taşıma maliyetlerini hesaba katan geleneksel mikroekonomi teorisinin eksik olduğunu ve aslında sözleşmelerin yapılması ile kurumların yönetilmesi için artık “işlem maliyeti (transaction costs)” olarak bilinen maliyetlerin ortaya çıkarak ekonomideki kaynakların ciddi bir bölümünün kullanımına yol açtığını ortaya koymuştur.¹⁹⁴ İşlem maliyetleri hesaba katıldığında, şirketlerin varlığını, farklı şirket türlerinin varlığını, sözleşme tiplerindeki çeşitliliği, mali sistemin yapısını ve hatta hukuki sistemin temelindeki bazı kurumları iktisadi analiz araçlarıyla anlayıp açıklamak mümkün hale gelmektedir.

(Bkz. Calabresi, 1970) ve Douglas Melamed ile beraber, hukuk ve ekonomi akımının Yale Görüşü kanadını kurmuştur. Yale Görüşü'nün hukuk ve ekonomi akımı içindeki ayırıcı özelliğini bir cümle ile anlatmak adına, bu yaklaşımın yazılı hukuk kurallarının kullanılmasına ve gelirin yeniden dağıtımına amaçlarına özellikle önem verdiğini belirtelim.

¹⁹² Richard Posner, Guido Calabresi'nin açtığı yoldan ilerleyerek “hukuk ve ekonomi” akımının gelişimine büyük katkıda bulunmuştur (bkz. özellikle, Posner, 1992 ve Posner ve Paris, 1997). Posner, Aaron Director ve Henry Simons'un görüşlerine dayanan iktisadi yaklaşımlarını Calabresi'nin yöntemleriyle destekleyerek hukuk ve ekonomi akımının Chicago Görüşü kanadını temsil etmiştir. Chicago Görüşü'nün hukuk ve ekonomi akımı içindeki ayırıcı özelliği, yazılı hukuk kuralları yerine zaten etkin olduğuna inanılan içtihatlarla dayalı örf ve adet hukukunun (common law) esas alınmasını ve asıl olarak dağılım etkinliğinin amaçlanmasını tavsiye etmesidir. ¹⁹³ Burada akla gelebilecek bir düşünce, “hukuk ve iktisat” yaklaşımının özel kişiler arasındaki belirli ilişkilere uygulanabileceği ve özel kişiler arasındaki pazarlıklar ile kamusal hak ve özgürlükleri birbirinden ayırmak gerektiği için “hukuk ve iktisat” alanının uygulama alanının kısıtlı tutulması gerektiği olabilir. Dolayısıyla, kaynağını özellikle SIMPSON'un görüşlerinde (Simpson, 1996) bulan bu yaklaşım tarzı benimsenirse, örneğin rekabet hukukunun amaçlarının incelenmesi gibi bir konuda “hukuk ve iktisat” yaklaşımını da Coase Teoremi'ni de kullanmaya imkan bulunmayacaktır. Biz bu görüşe katılmıyoruz ve çalışmamızda “hukuk ve iktisat” perspektifini kullanıyoruz. Zira, Coase'ın Simpson'a cevabında dediği gibi, “hukuk düşünürlerinin çabası sistematik bir biçimde bireysel hakların neler olduğunu tanımlamak ve bizi doğru sonuca götürecek hukuki doktrinlerin ve prosedürlerin hangileri olduğu üzerinde çalışmak olmalıdır” (Coase, 1996). Rekabet hukukunun amacı tartışmasında önemli ağırlığı olan “hakkaniyet” ile “etkinlik” dengesine dair tartışmayı yaparken hukuk ve ekonomi gereçlerine ve Coase Teoremi'ne başvurmamızın altında bu çaba yatmaktadır. Rekabet hukuku vasıtasıyla tanınması gereken haklara ve getirilmesi gereken yasaklara doğru bir perspektifle yaklaşılmasını sağlayacak ve bizi bu sonuca götürecek hukuki doktrinlere ve prosedürlere kaynaklık edecek bir amaç tanımlı üzerinde çalışılırken, Coase Teoremi'ne ve “hukuk ve iktisat” yaklaşımına ihtiyaç vardır. Bu sebeple, “Hukuk kurallarının gelirin yeniden dağıtımında kullanılması mümkün müdür?” sorusunun yanıtlanmasında da, genel olarak “hakkaniyet” ile “etkinlik” arasında rekabet hukuku adına yaptığımız tercihin ortaya konmasında da “hukuk ve iktisat” düşüncesine ve Coase Teoremi'ne dayanmayı sürdürüyoruz.

¹⁹⁴ Coase, ilk ileri sürdüğü dönemde eleştirilen bu yaklaşım biçimini işleyişinden dolayı, 1991 yılında Nobel Ödülü'ne layık görülmüştür. Bu yaklaşımın temelleri 1937 yılında atılmış (Coase, 1937) ve 1960 yılında bu yaklaşım tam olarak ifadesini bulmuştur (Coase, 1960).

Her ne kadar birincil işlevi “işlem maliyeti”nin ve aynı hakların ekonominin kurumsal yapısına ve işleyişine etkilerini göstermek ise de, Coase Teoremi’nin dağıtım ve hukuk kurallarına dair yönlerinin “hukuk kuralları geliri yeniden dağıtılabilir mi?” sorusunun cevabına önemli bir etkisi bulunmaktadır. Bizim tartışmamızı ilgilendirdiği yönüyle Coase Teoremi, kısaca şunu demektedir: “Eğer işlem maliyetleri¹⁹⁵ sıfır ise, geçerli olan hukuk kuralı ne olursa olsun, etkin bir sonuç elde edilecektir. Eğer işlem maliyetleri pozitifse her hukuk kuralı altında etkin sonuca ulaşamayabilir. Bu durumda, tercih edilmesi gereken hukuk kuralı işlem maliyetlerinin etkilerini¹⁹⁶ en aza indiren hukuk kuralıdır”.

Coase Teoremi’nin neden yukarıdaki soruya olumlu cevap vermemize yol açtığını daha evvel verdiğimiz örneği¹⁹⁷ geliştirerek ortaya koyalım: Türk Rekabet Kurumu’nun daha önce yaptırmış olduğu ve ona ait olan bir jeneratör, restoranlarla Rekabet Kurumu arasındaki açıklıkta yer alıyor ve gürültüden sadece Mezanina değil, onun yanındaki dört teşebbüsle beraber toplam beş teşebbüs etkileniyor olsun. Bu sefer ilgilendiğimiz konu, bir politika meselesi olarak jeneratörün çıkarttığı sese ilişkin hukuk kuralını nasıl koyacağımızdır.

İlgili hukuk kuralıyla “gürültüden mağdur olanlara müdahalenin men’i ve tazminat talebinde bulunma hakkı” tanınırsa Türk Rekabet Kurumu’nun elindeki seçenekler şunlar olsun: Gürültüye ilişkin bir tedbir almayarak 125 birimlik tazminat ödemek, restoranların her birine 20 birim maliyetle çift cam taktırarak toplam 100 birim maliyete katlanmak, yahut 80 birim maliyete katlanarak jeneratörün çalışması esnasındaki titreşimi emip sesi önleyen bir parçayı almak ve jeneratöre taktırmak. Bu durumda, Türk Rekabet Kurumu susturucu parçayı alıp taktıracaktır. Buna karşılık, ilgili hukuk kuralıyla “gürültü yapma hakkı” tanınmış olsaydı bu beş restoranın elindeki rasyonel seçenekler şunlar olabilirdi: Hiç tedbir almayarak toplam 125 birimlik maliyet ortaya çıkmasına katlanmak, her biri 20 birim maliyete katlanarak toplam 100 birim maliyetle çift cam taktırmak veya toplam 80 birim maliyete katlanarak susturucu parçayı alıp jeneratöre taktırmak. Bu şartlar altında ise restoranlar 80 birim maliyete katlanarak susturucu parçayı taktıracaktır. Yani, hukuk kuralı hangi politikaya göre biçimlenirse biçimlensin, etkin sonuç ortaya çıkacaktır. Zira, bu örnekte işlem maliyetleri sıfır farz edilmektedir. Böylece, Coase Teoremi’nin ilk

¹⁹⁵ Genel olarak “işlem maliyetleri”, pazarlık yapılacak karşı tarafın tespit edilmesinin, karşı tarafla bir araya gelmesinin, pazarlık sürecinin kendisinin ve üzerinde uzlaşılan bir sonucun uygulanmasının maliyetleridir.

¹⁹⁶ Bu etkiler hem ortaya çıkan işlem maliyetlerinin kendileri hem de işlem maliyetlerini engellemek kaygısıyla yapılan etkisiz tercihlerdir.

¹⁹⁷ Bkz. yukarıda başlık 4.6.1.2.1. altında verilen örnek.

kısmına ulaşılmış olmaktadır: “Eğer işlem maliyetleri sıfır ise, geçerli olan hukuk kuralı ne olursa olsun, etkin bir sonuç elde edilecektir”.

Oysa, aslında teşebbüslerin bir araya gelmeleri, Türk Rekabet Kurumu ile ve birbirleriyle pazarlık etmeleri ve alınan kararın uygulanmasını sağlamaları ortaya bir işlem maliyeti çıkarmaktadır. İşlem maliyetlerinin pozitif olduğu şartlarda “gürültü yapma hakkı” tanıyan kural artık etkinsizliğe yol açan bir kuraldır. Diğer teşebbüslerle bir araya gelerek susturucu parçayı alıp taktırmanın her bir teşebbüs için maliyetinin 10 birim olduğunu varsayarsak, restoranlar toplam 130 birimlik maliyete katlanarak bunu yapmak yerine her biri çift cam taktırmayı tercih edeceklerdir. Bu da, yukarıdaki örnekte, etkinsiz bir sonuçtur. Oysa “gürültüden mağdur olanlara müdahalenin men’i ve tazminat talebinde bulunma hakkı” tanıyan hukuk kuralı benimsenirse, tek bir bünye olan Türk Rekabet Kurumu yönünden yukarıdaki gibi bir işlem maliyeti ortaya çıkmayacak ve aynı şartlar altında Türk Rekabet Kurumu yine susturucu parçayı taktırmayı tercih edeceği için etkin sonuca ulaşılmış olacaktır. Bu da bizi Coase Teoremi’nin son kısmı olan “Eğer işlem maliyetleri pozitifse her hukuk kuralı altında etkin sonuca ulaşamayabilir. Bu durumda, tercih edilmesi gereken hukuk kuralı, işlem maliyetlerinin etkilerini en aza indiren hukuk kuralıdır” sonucuna götürmektedir.

İşte bu noktada Coase Teoremi’nin bizim sorumuza verdiği cevaba geliyoruz: Örneğimizin işlem maliyetinin sıfır olarak alındığı ilk kısmıyla ilgili olarak dikkat edilmesi gereken husus, hukuk kuralına vücut veren politika kararındaki farklılığın, etkinlik üzerinde etkiye sahip olmasa da, gelir dağılımı üzerinde etkili olduğudur. “Gürültü yapma hakkı” tanıyan hukuk kuralıyla “gürültüden mağdur olanlara müdahalenin men’i ve tazminat talebinde bulunma hakkı” tanıyan hukuk kuralı arasında hangi politika kararına göre tercih yapıldığı, susturucu parça için 80 birimlik maliyete hangi tarafın katlanacağına dair bir kararı da beraberinde getirmektedir. Yani, Coase Teoremi’ne göre, hukuk kuralı tercihinin hangi politikaya göre yapıldığı, geliri uyumsuzluğun en düşük maliyetle çözümü olanağı oranında yeniden dağıtmaktadır. Aynı zamanda, pozitif işlem maliyetleri söz konusu olduğunda, hukuk kuralı tercihi etkinlik üzerinde de rol oynamaktadır.

4.6.1.2.1.2. Hukuk Kuralları Gelirin Yeniden Dağıtılmasının Aracı Olarak Kullanılmalı mıdır? Vergi ve Maliye Politikaları Refahın Yeniden Dağıtımını İçin Daha Elverişli Bir Araçtır

Yukarıdaki başlık altında, eğer istenirse hukuk kurallarının ve bu arada rekabet hukukunun gelirin yeniden dağıtılmasının aracı olarak

kullanılabileceğini Coase Teoremi yardımıyla ortaya koyduk.¹⁹⁸ Öte yandan, bunun yapılmasının doğru olup olmadığına dair politika kararı tamamen farklı bir meseledir. “Etkinlik” amacı ile “hakkaniyet” amacı arasında bir çelişki mevcut olduğu yukarıda ortaya konduğuna göre, rekabet hukuku her iki amaca birden yönelen politika geliştiremeyecektir. Zira, aşağıda tekrar yer vereceğimiz Tinbergen-Theil Prensibi (Sayılar Prensibi)¹⁹⁹ uyarınca, birbirinden bağımsız iki politika aracı yoksa, birbirinden bağımsız iki politika amacı birden takip edilemez. Yukarıda ortaya konduğu gibi, buradaki iki amaç birbirinden bağımsızdır ve hatta sıklıkla birbiriyle çelişmektedir. O takdirde, rekabet hukuku politikasının, toplumsal refah fonksiyonuna etki eden iki farklı unsur olan “iktisadi etkinlik” ve “gelir dağılımında adaletin sağlanması” arasından hangisini amaç seçtiğini belirlemesi gerekecektir. Eğer ikinciye sağlamaya daha elverişli bir sosyal politika aracı varsa, rekabet hukukunun kendi amaç tanımında münhasıran “iktisadi etkinlik” unsuruna yer vermesi doğal olacaktır.

İşte bu bağlantı dolayısıyla, kanımızca, hukuk kuralları ve bu arada rekabet hukuku gelirin yeniden dağıtılmasının aracı olarak kullanılmamalıdır. Vergi ve maliye sistemi bu amaca hizmet etmekte çok daha elverişli bir araçtır. Öncelikle, rekabet hukuku eliyle geliri yeniden dağıtma amacını benimsemek, aslında piyasaların işleyişini belli bir mantık dairesinde düzenlemek üzere getirilmiş bir hukuk rejimini etkisizliği hoş görmeye iterek asıl amacından saptırır. Bu konu yukarıda ayrıntılı biçimde açıklanmıştır. Oysa, gelirin yeniden dağıtılmasının vergi ve maliye sistemi dahilindeki tedbirlerle sağlanmasının sosyal politika bütünü bakımından bu tür bir ek maliyeti yoktur.

Ayrıca, rekabet hukuku kullanılarak yapılacak yeniden dağıtım, yeterli gereklerden, kesinlikten ve hassasiyetten yoksundur. Rekabet hukuku sahasındaki kuralları ve bunların yorumunu belli biçimde şekillendirerek gelirin yeniden dağıtılmasında sistematik bir sonuç elde etmek çok güçtür. Zira, rekabet hukuku kuralı uygulanacağı sırada, tekelci pazarlarda tüketicilerin ve üreticilerin gerçek kimlikleri hakkında pek az fikrimiz vardır (Calvani, 1988; 8). Özünde tüketicilerin maliyetin üzerinde kalan artı değeri üreticilerden daha fazla hak ettikleri düşüncesine dayalı bir hakkaniyet argümanı olan “rant transferi argümanı”,²⁰⁰ bu anlamda hakkaniyetli olan uygulamanın bulunabilmesi için, her seferinde üretici ve tüketicinin kim olduğunun ve gelir dağılımının ne şekilde

¹⁹⁸ Rekabet hukuku kuralının hangi politikayla uygulandığı ile gelir dağılımı arasındaki ilişkiyi ortaya koyan bir örnek için bkz. başlık 4.6.2.2. altındaki örnek.

¹⁹⁹ Aşağıdaki sonuç bölümünde tekrar yer verilecek olan bu teori, 1959 yılında Türkiye için ilk kalkınma planını hazırlamaya başlayan, 1961 yılında Devlet Planlama Teşkilatı kendi müsteşarlığında kurulan ve ekonomik süreçlerin analizine uygulanacak dinamik modeller geliştirip bunları uyguladığı için 1969 yılında Nobel ödülü kazanan ünlü iktisatçı Jan Tinbergen tarafından 1952 yılında ortaya atılmıştır (Tinbergen, 1952).

²⁰⁰ Bkz. yukarıda 4.6.1.1.2. numaralı başlık altında ve devamında yer verilen açıklamalar.

bozulduğunun tespit edilebilmesini gerektirmektedir. Oysa, bir rekabet hukuku soruşturmasında şikayetçi de güçlü taraf olabilmekte, şirketlerin üretici-tüketici pozisyonları bakımından iç içe geçen hissedarlık yapıları ve üretim-dağıtım-tüketim zincirindeki karışık ilişkiler dolayısıyla, tüketici ile üretici birbirine karışabilmektedir (Calvani, 1988; 9). Vergi ve maliye sistemi ise, belli bir uyumsuzluktaki ilişkilerden çıkardığı dar sonuçlarla davranmak durumunda kalmayıp tamamen bağımsız bir kavram olarak alım gücünü kavramaya yönelik araçlara sahip olduğundan, bu anlamda da gelirin yeniden dağıtılması amacına hizmet etmeye çok daha müsaittir.

Rekabet hukuku sistemi, gelirin yeniden dağıtılması konusunda sistematik bir sonuç ortaya çıkarma olanağından şu sebeple de yoksundur: Rekabet hukuku sistemi vasıtasıyla yeniden dağıtım, o da kendi içinde mümkün olabildiği ölçüde, ancak bir uyumsuzluk çıktığında söz konusu olabilecektir (Polinsky, 1989; 126). Oysa, farklı gelir düzeylerine sahip kişiler ve farklı kimlikleri görünür olan tüketici ile üretici arasında daima rekabet hukuku uyumsuzluğu çıkmamaktadır. Halbuki tüm bu gruplar vergi ve maliye sisteminin sujesidir ve örneğin gelir vergisinde uygulanan politika ile gelirin yeniden dağıtılması bu anlamda da sistematik sonuç yaratmaya çok daha elverişlidir.

Refahın dağıtılması meselesi, tüm bu yönleriyle, rekabet hukukunun amaç tanımının dışında kalmalıdır.²⁰¹ Zira, en başta doğru bir sosyal politika bakımından farklı sahalarda arasındaki etkin iş bölümü bunu gerektirdiği için, “etkinlik” ile “hakkaniyet” amaçları birbirleriyle çeliştiğinde rekabet hukukunun kendi üzerine düşen görevden ayrılmaması ve iktisadi etkinliğin sağlanması amacını takip etmesi gerekmektedir.

4.6.2. İktisadi Etkinliğin Sağlanması Amacı

Kanımızca, toplumsal refah fonksiyonunun rekabet hukukunda amaç meselesine yaklaşıırken “yol gösterici” özelliği olan ve toplumsal refahı en üst seviyeye çekmekte kullanılacak unsurları, “dinamik etkinlik”in, “maliyet etkinliği”nin ve “dağılım etkinliği”nin sağlanmasıdır. İşte “iktisadi etkinliğin sağlanması” bu sebeple hedef kavram olarak kullanılmaktadır. Rekabet hukuku uygulaması sayesinde mal ve hizmetlerin tüketiciler arasındaki dağılımının etkin olmasını sağlamak ve pazar gücüne sahip teşebbüslerin mal ve hizmet dağılımında etkinsizlik yaratması olasılığının önüne geçmek mümkündür. Bu, doğrudan hedeflenebilir ve kontrol edilebilir bir amaç tanımıdır. Amaç tanımının dağılım etkinliğini güvenceye alan bu yönüne ek olarak, rekabet hukuku uygulaması kullanılarak, mal ve hizmetleri üreten teşebbüslerin o mal ve

²⁰¹ Bazı ekonomistler bu tartışmada kendi görüşlerini belirterek rekabet hukukuna da o yönde vazife yüklemişlerdir (Örn. bkz. Kamerschen, 1976). Biz bunun yapılamayacağını değil, neden iyi bir fikir olmadığını ortaya koymaya çalışıyoruz.

hizmetleri mümkün olan en düşük maliyetle üretmelerini sağlamaya çalışmak da mümkündür.²⁰² Maliyet etkinliğinin sağlanmasına yönelik bu amaç tanımı da, dağılım etkinliği ile ilgili olarak olduğu gibi, yine hedeflenebilir ve kontrol edilebilir bir nitelik arz etmektedir. Son olarak, sosyal refahı artıracak yeni mal ve hizmet tiplerinin ve üretkenliği artıracak üretim biçimlerinin icadı ve geliştirilmesi olanaklarının rekabet hukuku eliyle korunup desteklenmesi de mümkündür. Rekabet hukuku dinamik etkinliğin sağlanmasıyla ilgili bu amacına yönelirken kullanılacak ölçütlerin saptanması ve dinamik etkinliğin ölçülmesi nispeten daha zor olabilir.^{203,204} Üstelik rekabet ile dinamik etkinlik arasındaki ilişki hala tartışılmakta ve keşfedilmektedir.²⁰⁵ Yine de, rekabet hukukuyla dinamik etkinliğin sağlanmasının amaçlanması dağılım etkinliğinin ve maliyet etkinliğinin amaçlanması kadar mümkün ve bizce de o amaçlardan daha bile önemlidir.

Öte yandan, tarif ettiğimiz bu amaçları “iktisadi etkinliğin sağlanması” adıyla bir amaç başlığı altında toplamak daima doğru sonuç vermez. Zira, belli durumlarda, rekabet politikasının bu amaçların hepsini birden takip etmesine imkan yoktur. Örneğin, bazı pazarlarda, rekabetin korunması suretiyle dağılım etkinliği sağlanırken pazarda faaliyet gösteren teşebbüs sayısının artması kimi sabit maliyetlerin artmasına ve dolayısıyla ölçek ekonomilerinin azalmasına neden olabilir. Bu durumda, özellikle belli pazarlarda, dağılım etkinliğinin sağlanması amacı ile maliyet etkinliğinin sağlanması amacı arasında bir çelişki doğabilir. Öyleyse, yalnız rekabet hukukundaki öncelikli “iktisadi etkinliğin sağlanması” amacı olduğunu tespit etmiş olmak yetmez. Amaç tanımında, dağılım etkinliği, maliyet etkinliği ve dinamik etkinlik unsurlarının nasıl dengeleneceğini de belirlemek gerekir.²⁰⁶

²⁰² Rekabet ile maliyet etkinliği arasındaki bağlantıya dair ayrıntılı bir çalışma için bkz. Siegfried ve Wheeler, 1981.

²⁰³ Örneğin, ABD Rekabet Hukuku'nda, Yatay Birleşme Rehberi'nde 1997 Nisan'ında yapılan değişiklikten sonra, “etkinlik aynı zamanda yeni yahut geliştirilmiş ürünler sonucunda da ortaya çıkabilir...” ve “diğer etkinlik tipleri, mesela araştırma ve geliştirme ile ilgili olanlar, potansiyel olarak önemlidir fakat genellikle ispatlanmaya daha az müsait oldukları gibi rekabet karşıtı arz kısıtlamalarının bir sonucu da olabilirler” denilmektedir.

²⁰⁴ Dinamik etkinliğin kendi içinde incelenmesi ve rekabet ile ilgisinin kurulması konusuyula da ilgilenen yaklaşımlar için bkz. Porter, 1996; Porter, 1985 ve Porter, 1980. PORTER bu eserlerinde dinamik etkinliğin ölçülmesi ve rekabet imkanlarıyla ve düzeyiyle ilgili değişmelerle olan ilgisinin kurulması yönünde analiz geliştirmektedir.

²⁰⁵ Rekabet ile dinamik etkinlik arasındaki ilişkiye dair tartışmanın bir özeti için bkz. Scherer ve Ross, 1990 ve Atiyas, 2000; 35-37.

²⁰⁶ DEMSETZ, doğru rekabet politikasının salt rekabeti artırmaya çalışmaktan değil, farklı rekabet türleri arasında doğru karışımı bulmaktan geçtiğini ifade ettiği konuşmasında, kanımızca, aslında farklı etkinlik türleri arasında bulunacak doğru karışımı da kastetmektedir (bkz. Demsetz, 1991).

4.6.2.1. Rekabet Hukukunda Amaç Tanımı Bakımından Dinamik Etkinlik, Maliyet Etkinliği ve Dağılım Etkinliği Arasında Kurulacak Denge

Rekabet hukuku, fiyatlandırmada etkinlikle ilişkisi en kolay görülen iktisadi etkinlik türü o olduğu için, geleneksel olarak dağılım etkinliğine diğerlerinden fazla önem vermiştir. Bu açıdan bakıldığında, pazarlardaki yoğunlaşmaların rekabet hukukunun baş düşmanı olarak görülmesi, “büyük kötüdür” düşüncesine bağlı kararlar verilmesi ve fiyatları marjinal maliyetlerin üzerine çıkaracağı düşünülen her türlü durumun üzerinde daha fazla durulması kaçınılmaz olmuştur. Oysa, rekabet hukuku uygulamasında iktisadi etkinlik türleri arasında nasıl bir denge gözetileceğine karar verilirken, o etkinlik türünün ölçülmesindeki kolaylıktan ziyade bunlardan hangisinin bir “hedef” olarak toplumsal refahın en yüksek seviyeye çekilmesi amacına en fazla hizmet ettiği esas alınmalıdır. Bu sebeple, diğer etkinlik türlerine de önem ve hatta öncelik verilmesi gerektiği, SCHUMPETER’in bu konudaki önemli çalışması (Schumpeter, 1942) esas alınarak, hem Avrupa Birliği rekabet hukuku için hem ABD uygulaması için son dönemlerde artan bir sıklıkla tartışılmaya başlanmıştır (Bkz., örneğin, Scherer, 1987; Brodley, 1987; Jorde ve Teece, 1992; Gilbert, 2000 ve Fox, 2001).

İnsanlar salt geçinmelerine yetecek bir hayat standardından fazlasını hedefledikçe, ürün kalitesi ve bunların üretilmesi sürecinde kullanılan yöntemler gibi niteliğe ilişkin faktörler iktisadi refahın gittikçe daha fazla bir bölümünü ilgilendirecektir. Dolayısıyla, arz ve fiyat ile ilgili göstergeler tüketici refahı fonksiyonunun tamamına ilişkin bir fikir vermemektedir. “Bir endüstri için, yeni veya daha yüksek kalitedeki ürünlerin üretilmesine yarayacak yeni bilgileri ortaya çıkarmakta etkin olmanın, en az zaten bilinen ürünlerin üretiminde kullanılan kaynaklarda tasarrufu sağlayan yeni bilgilere ulaşmaktaki etkinlik kadar önemli olduğuna inanılmaktadır” (Viscusi, Vernon ve Harrington, 2000; 88-89). Başarılı yeni teknolojilerin, üretim yöntemlerinin ve ürünlerin eskilerinin yerine geçerek ekonomik sisteme yayılması süreci (SCHUMPETER buna “yaratıcı yıkım süreci” diyor) ne kadar gelişkinse, toplumsal refah bundan o kadar olumlu etkilenecektir. Bu gerçek, şu anda bildiğimiz yöntemler dinamik etkinliğin ve bunun toplumsal refaha olan etkisinin ölçülmesine ve tanımlanmasına tam olarak kifayet etmiyor diye gözardı edilmemelidir.²⁰⁷

²⁰⁷ Bu noktada, Indiana Üniversitesi’nde işletme ekonomisi ve kamu politikası alanlarında çalışan Profesör RASMUSEN’in ekonomik ve sosyal regülasyonla ilgili olarak henüz yazmakta olduğu kitabında benzer bir bağlamda yer vereceği şu benzetmeyi, izin verdiği için kendisine teşekkür ederek, kullanmak isteriz: “Ekonomik analiz esnasında, bir partiden evine dönmeye çalışan ve kayıp araba anahtarlarını bir sokak lambası altında arayan çakırkeyif insanın vaziyetine düşmemek için özellikle dikkatli olmak gerekir. ‘Anahtarlarını orada düşürdüğünden emin misin?’-‘Hayır, ama onları düşürdüğüm yer çok karanlık’” (Rasmusen, Ekim 2000 taslağı; 42).

Bugün, RICARDO'nun ve MALTHUS'un gözden kaçırdıkları ve onların ekonominin geleceğiyle ilgili kötümser tahminlerini haksız çıkararak en önemli etken teknolojik gelişme olarak görülmektedir (Scherer, 1999; 16).²⁰⁸ SCHUMPETER bir diğer önemli eserinde (Schumpeter, 1911) yeni ürün ve üretim yöntemleri geliştirmenin, yeni pazarlar açılmasının ve yeni arz kaynakları bulunmasının iktisadi büyümenin kalbinde yer aldığını ortaya koyduğundan bu yana, dinamik etkinliğin iktisadi büyüme üzerindeki keşfedilen etkileri durmadan artmıştır. Hatta, Nobel ödüllü iktisatçı SOLOW'a göre, uzun vadede iktisadi büyüme doğrudan ve yalnızca teknolojik buluş ve gelişmelere bağlıdır (Solow, 1956).²⁰⁹ İş saati başına çıktı miktarındaki artışın (verimlilik artışı) araştırma ve geliştirme faaliyetlerine yapılan harcama ile yakın ilişkisini ortaya koyan çalışmalar da (örneğin, Terleckyj, 1974)²¹⁰ konunun bir başka ilgili yönüne ışık tutmaktadır. Dolayısıyla, artık dinamik etkinlik, iktisadi büyümenin arkasındaki en önemli faktörlerden biri olarak kabul edilmektedir (Denison, 1974; Thurow, 1987; Griliches, 1995; Crepon, Duget ve Mairesse, 1998, Scherer, 1999 ve Klette ve Griliches, 2000).

Dinamik etkinliğin iktisadi büyüme ve toplumsal refah bakımından ne kadar büyük bir önem arz ettiğini tespit ettikten sonra, daha evvel yukarıda 4.2 numaralı başlık altında enflasyonla mücadelenin rekabet hukukunun amacı olarak görülmemesi gerektiğini tartışırken kısaca yer verdiğimiz ve dinamik etkinliğin tüketici refahı ile yarışan bir amaç halini aldığı durumlarda ne yapılması gerektiği konusundaki görüşümüzü bu noktada açmak isteriz. Çoğu durumda, dinamik etkinlik ile tüketici refahı çelişen iki kavram olarak ortaya çıkmayacaktır. Genellikle, dinamik etkinliğin sağlanması sayesinde tüketici refahında artış meydana gelecektir. Öte yandan, dinamik etkinliğin (yahut bazı durumlarda maliyet etkinliğinin) sağlanması amacıyla belli rekabet

²⁰⁸ Nitekim, daha sonra Karl MARX, kapitalist sistemin işleyiş dinamiklerini ele aldığı ve bu sistemin "üretim araçları mütemediyen değiştirilip yenilenmedikçe" ayakta kalamayacağını ifade ettiği eserinde, Ricardo'nun gözden kaçırdığı bu unsura kendi formülasyonu içerisinde yer vermektedir (Marx, 1955; 12).

²⁰⁹ SOLOW'un teknolojik gelişmeyi dışsal (exogenous) bir faktör olarak alan teorik modeliyle iktisadi büyüme tartışmalarına yaptığı bu katkıdan sonra, teknolojik büyümeyi neyin belirlediği üzerine bir başka tartışma kaçınılmaz olmuştur. MANKIW, ROMER ve WEIL'in teknolojik gelişmenin dışsal olduğunu varsayarak bunun sonuçlarını uygulamalı olarak test eden ve bulunan sonuçların bu varsayımı uzak düşmediğini ortaya koyan görgül çalışması (bkz. Mankiw, Romer ve Weil, 1992) ile yeni bir boyut kazanan bu tartışmada, son olarak, BERNANKE ve GÜRKAYNAK, teknolojik büyüme hızlarını hesaplayarak uzun dönemli büyümenin davranışsal değişkenlerle (tasarruf hadleri, eğitime yapılan yatırım ve nüfus artış hızı) yakından ilişkili olduğunu ve bu ilişkinin büyümeyi dışsal bir değişken olarak ele alan modellerle açıklanmasının pek kolay olmadığını bulmuşlardır (Bernanke ve Gürkaynak, 2001). Tüm bu çalışmalarda, teknolojik gelişme dışsal bile kabul edilse, teknolojik buluş ve gelişmelerin iktisadi büyüme üzerindeki etkisi tartışma dışıdır.

²¹⁰ Verimlilik artışı ile araştırma-geliştirme faaliyetlerine yapılan harcamalar arasındaki ilişki üzerine yapılan çalışmaların gözden geçirilmesi için bkz. Griliches, 1995.

kısıtlamalarına izin verildiğinde, bunun tüketici refahı üzerinde ilk anda yaratacağı etki olumsuz olabilir. Yine de, kanımızca, bu durumlarda da tüketicinin kısa vadedeki menfaatinin korumak adına kısıtlamayı yasaklamak değil, söz konusu kısıtlamaya dinamik etkinliğin veya maliyet etkinliğinin sağlanması için gerekli olduğu ölçüde izin vermek gereklidir. Bu şartlar altında rekabet hukuku analizi yürütürken, kısıtlamanın ortaya konulan dinamik etkinliği veya maliyet etkinliğini sağlamak için gerekenden fazla olmamasına dikkat edilmesi, alınabilecek en yerinde tedbirdir. Kanımızca, tüketicinin nihai olarak yaratılan artı değerden ne kadar pay alacağını da rekabet hukuku uygulamasıyla sağlama almaya çalışmak konusunda dikkatli olunmalıdır. Zira, bu konunun ispatını ararken dengeyi bulamamak zaman zaman asıl “amaç” perspektifi altında hatalı sonuçlara yol açabilir.

Gerçekten de, tüketicinin kısa vadedeki menfaatinin uzun vadedeki menfaati adına feda edilmekte olduğundan emin olmanın tek yolu, ulaşılan yeni etkinlik düzeyinde faaliyet gösterilmeye başlandığında yaratılacak olan artı değer, gelecekte bu yeni şartlar altında oluşacak rekabet tarafından tüketiciye yansıtılacağından emin olmaktır. Öte yandan, bunun ispatı her zaman mümkün değildir. Rekabet hukuku uygulamasında refah bölüşümü amaçlarının dışında tutulması gerektiğini ve asıl amacın toplam refah pastasının büyütülmesi olduğunu daha evvel ortaya koyduğumuza göre, dinamik etkinliğin yahut maliyet etkinliğinin sağlanması dolayısıyla toplumsal refahta meydana geleceği görülen artışın, salt bu artışın ne kadarının tüketiciye yansıtılacağına ispatlanmasındaki güçlük sebebiyle baştan reddedilmesi hatalı sonuçlara yol açabilir. EASTERBROOK’un da savunduğu gibi, bu tür durumlarda “rekabet hukukunun genel yaklaşımı”na istisna yapılması gereklidir (Easterbrook, 1984; 3-9). EASTERBROOK’un bu görüşünü savunmaya ilk başladığı zamandan bugüne kadar geçen sürede, “rekabet hukukunun genel yaklaşımı” zaten bu düşünceyi rahatça barındırabilecek düzeye gelmiştir. Kanımızca, iktisadi etkinliğin artırılması yoluyla uzun vadede toplumsal refahın sağlanması ile kısa vadede tüketici refahının artırılması arasında çatışma gözlemlendiği durumlarda, uzun vadede tüketici refahında bir artış meydana geleceğinin işlemden evvel ispatı bakımından, sonuçta toplumsal refahta meydana gelecek olan artışın büyüklüğüne göre bir denge aranmalıdır.

Bu kısa açıklamadan sonra, dinamik etkinliğin iktisadi büyümenin arkasındaki en önemli faktörlerden biri olduğu saptamasına dönecek olursak, Türk rekabet hukuku politikalarının henüz oluşturulmakta olduğu şu yıllarda, diğer gelişkin rekabet politikalarının tecrübeleri ve yeni yeni yönelmekte oldukları hedefler iyi gözlemlenerek dinamik etkinlik hedefine de hak ettiği

önemin verilmesi gerektiği belirginleşmektedir.²¹¹ Zira, dinamik etkinliğe hak ettiği önemi vermeyen bir rekabet hukuku politikası, toplumsal refahı artırmakta kullanılabilecek hedeflerden en büyüğünü ıskalama riskiyle karşı karşıya kalacaktır²¹² (Rowe, 1984). Bunun anlamı, eğer bir eylem veya işlemin dinamik etkinliği sağlayan bir yönü varsa maliyet etkinliği ve dağılım etkinliği analizlerine girilmeksizin izin verilmesi gerektiği değildir. Elbette, rekabet hukuku aracının temel amacı olarak toplumsal refahın sağlanmasını gördüğümüze göre, neticede son tahlilde toplumsal refahın nasıl etkilendiğine bakılmalıdır.²¹³ Dinamik etkinliği ilk sıraya koyarken ve farklı etkinlik türlerini kendi içlerinde sıralarken asıl amacımız birinin varlığının diğerinin önemini kategorik olarak ortadan kaldıracaklarını iddia etmek değil, dinamik etkinliğe hak ettiği önemin verilmesi gerektiğini vurgulamak ve toplumsal refahı en üst seviyeye çekecek doğru karışım için formül yaratılırken hangi etkinlik türünün çarpanının daha yüksek olması gerektiğini ortaya koymaktır.

Bu anlamda, Türk rekabet hukukunda dinamik etkinliğin sağlanmasının bir amaç olarak benimsenmesi konusunda, AB rekabet hukuku rejiminin bu konudaki yaklaşımından daha samimi bir yaklaşım geliştirileceğini umuyor ve bu çalışmayla bunu tavsiye ediyoruz. AB rekabet hukuku bakımından, Konsey Regülasyonu 4064/89²¹⁴ madde 2(1)(b) ile Komisyon'un "tüketicinin lehine olan teknik ve ekonomik gelişimin, rekabete bir engel teşkil etmemek kaydıyla, geliştirilmesini" dikkate alması talep edilmekle beraber, bunun birleşme ve devralmalarda dinamik etkinliğe dair mülahazaların göz önünde tutulması yönünde ciddi ve samimi bir çaba olduğundan kuşkuluyuz. Neticede, ortada

²¹¹ Dinamik etkinliğin gittikçe daha iyi anlaşılabilir ve takdir edilen önemi, son dönemlerde global kamuoyunun dikkatini rekabet hukuku uygulamasına çeken *Microsoft* davasının da başlıca hassasiyetlerinden birini oluşturmuştur. Mahkemenin bu davada ilgili hassasiyeti tanıdığı ve kararını bu hassas dengeyi gözeterek aldığını belirttiği ifadesi şudur: "Belli bilgisayar ürünlerinin hukuka aykırı olarak birbirlerine bağlandıkları kararı, ancak bilgisayar donanımı ile yazılım programını birbirine bağlayan teknolojik faktörün, teknolojik olarak avantajlı başka bir sonucu hedefleyerek değil, salt bu maksatla dizayn edildiği durumlarda verilmelidir. Başka herhangi bir uygulama, mahkemeleri ürün icadının ve geliştirilmesinin haklı gösterilmesini talep etme batağına saplayacaktır" (*United States v. Microsoft Corp.*, 147 F.3rd 935,949-50, D.C. Bölge Mah., (1998)).

²¹² Bu anlamda, Türk rekabet hukuku uygulaması bakımından, teknoloji transferi ve lisans anlaşmalarının grup muafiyeti rejiminin bir an evvel belirlenmesi de büyük önem arz etmektedir.

²¹³ Örneğin, teknoloji pazarındaki iki teşebbüsten biri getirdiği (patent korumasından istifade edemeyen) yeniliklerin hemen diğeri tarafından takip edildiğini ve bu yenilikleri yapabilmek için katlandığı araştırma ve geliştirme maliyetlerinin anlamsızlaştığını, araştırma ve geliştirme faaliyetlerinde bulunması için bir motivasyonunun kalmadığını ve söz konusu ikinci teşebbüsle birleşerek yeniliklerini içselleştirebileceğini ileri sürerek birleşme işlemine izin talep ettiğinde, bu işlemin diğer etkinlik tipleri (bu örnekte özellikle dağılım etkinliği) üzerindeki potansiyel olumsuz etkisinin büyüklüğü son tahlilde tüketici refahının işlem öncesi durumdan daha kötü bir noktaya gelmesine yol açacaksa işleme izin verilmemesi makuldür.

²¹⁴ Regülasyon 1310/97 (1997) O.J. L180/1, düzeltme (1998) O.J. L40/17 ile değiştirilmiş Konsey Regülasyonu 4064/89 (1989) O.J. L395/1, düzeltme O.J. L257/14.

İlgili piyasadaki rekabeti etkileyen bir durumun hepten bulunmadığı hallerde, Komisyon'un neyi göz önüne aldığına da pek bir kıymeti bulunmayacaktır. İlgili birleşme veya devralma ile belli bir düzeyde yoğunlaşma yaratılmakla beraber teknik ve ekonomik gelişme bakımından bunu aşan bir fayda yaratılacak olması halinde ise, ilgili maddenin uygulanmasının ön koşulunun rekabete engel teşkil eden bir durum bulunmaması olduğu mülahazasıyla, Komisyon ilgili maddeyi uygulamayacaktır. Nitekim, *MSG/Media Service* kararında²¹⁵ dijital ödemeli-TV (pay-TV) alanında faaliyet gösterecek bir ortak girişimi yasaklayan Komisyon, MSG dijital televizyonun gelişimine katkıda bulunacak olmakla beraber, rekabetin belli bir ölçüde kısıtlanacağını öne sürerek ortak girişime izin vermemiştir. Bu kararında Komisyon, dinamik etkinliğin sağlanması ile ilgili gelişmeyi başvuru lehine bir faktör olarak değerlendirmek şöyle dursun, ortak girişimin bu tür bir etkinliği sağlayarak rekabeti daha fazla kısıtlayabileceği kaygısına kapılmıştır. Daha yakın tarihli *Nordic Satellite Distribution*²¹⁶ kararıyla da Komisyon, ne yazık ki, zaten kendi içinde paradoksal olan madde 2(1)(b) ile ilgili daha olumlu bir noktaya ulaşamamıştır. 2001 yılı sonunda çıkan Konsey Regülasyonunun Gözden Geçirilmesine Dair Yeşil Kağıt da AB rekabet hukukunda dinamik etkinliğin üzerinde durulması ve korunması konusuna hiç değinmeden gelip geçmiştir. Bizim bu kitapta ortaya koymaya çalıştığımız hususların benimsenmesi halinde, Türk rekabet hukuku uygulamasının hem dinamik etkinliğe gerekli önemi veren hem de etkinliği rekabete karşıt bir kavram gibi algılamamanın nihai amaç bakımından bir hata olduğunu gören bir olgunlaşma sürecine bir an evvel gireceğini ve bu bakımdan gerekli olan adımların AB rekabet hukuku uygulaması beklenmeksizin atılacağını umuyoruz.

Görüldüğü gibi, rekabet hukukunun hedefleri arasında dinamik etkinliğin sağlanmasını en üste koyan bu analizimizin ne tür bir rekabet hukuku analizi yapılmakta olduğuyla çok yakın bir bağlantısı yoktur. Dinamik etkinlik, kanımızca, 4054 Sayılı Kanun'un 4., 6. ve 7. maddeleri altındaki tüm analizlerde dikkatle üzerinde durulması gereken birincil hedeftir. Türk rekabet hukukunun ondan sonra benimsemesi gereken ikinci en önemli hedefinin hangi iktisadi etkinlik türü olduğuna ilişkin önerimiz ise, doktrinde geleneksel olarak dinamik etkinliği ilk sıraya koyan ve dağılım etkinliğinin düşünüldüğü kadar önemli olup olmadığını tartışmaya açan görüşlerin bu konudaki önerisinden farklıdır.

Kanımızca, maliyet etkinliği ile dağılım etkinliği arasındaki politika tercihi bakılırken, rekabet hukuku uygulamasının hangi alanında analiz geliştirilmekte olduğu önem arz etmektedir. Dinamik etkinliğin sosyal refahı sağlamadaki en önemli unsur olduğu ve bu yönüyle daima listenin başında

²¹⁵ *MSG/Media Service*, (1994) O.J. L364/1.

²¹⁶ *Nordic Satellite Distribution*, (1996) O.J. L53/20.

gelmesi gerektiği yukarıda vurgulanmıştı. Öte yandan, kanımızca, maliyet etkinliğinin sosyal refah fonksiyonundaki önemi dağılım etkinliğinden daha yüksek olmakla beraber, bu iki kavram arasında birer hedef olarak gözetilmesi gereken hiyerarşinin çözümlenmesi, ikili bir yaklaşım gerektirmektedir. Fiyatın suni olarak artırılması sonucunu doğuran anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar ile 4054 Sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddeleri altında oluşturulabilecek benzer uygulamalar ile ilgili olarak rekabet hukukunun rolü, dinamik etkinliği muhafaza etmeyi en üste koyarak dağılım etkinliğini sağlamak olmak durumundadır. Zira, rekabet hukukunun bu uygulama alanında, bir rekabet politikası yoluyla pazardaki teşebbüslere dayatılmasına ihtiyaç bulunan etkinlik türü budur. Maliyet etkinliği, zaten teorik olarak teşebbüslerin karlarını artırmak için tercih edecekleri ve bir hukuk uygulaması ile kendilerine dayatılmasa bile hedefleyecekleri bir kavramdır. Dolayısıyla, rekabet hukukunun bu uygulama alanında bir teşebbüsün maliyet etkinliğini sağlamaması olasılığının önüne geçecek olan rekabet hukukundan ziyade müteşebbislerin kar güdüsüdür.

Birleşme ve devralmalarla ilgili olarak ise, dinamik etkinliğin sağlanması olarak belirlediğimiz birincil hedeften sonra -ama yine öncelikledikkate alınması gerektiğini belirlediğimiz hedef, halihazırda Türk rekabet hukuku uygulamasının en fazla üzerinde durmaya eğilimli olduğu kavram olan dağılım etkinliğinin sağlanması hedefi değildir. Kanımızca, birleşme ve devralma analizleri ile ilgili olarak, Türk rekabet hukukunun mevcut teknolojiyi, üretim yöntemlerini ve üretilen ürünlerin kalitesini ilgilendiren dinamik etkinlikten sonraki başlıca hedefi, mevcut teknoloji ile yapılan üretimin en düşük maliyetle yapılmasını ilgilendiren bir kavram olan maliyet etkinliğini sağlamak olmalıdır. Mevcut toplumsal refah bütününe tüketim değerini artırmaya yönelik bir kavram olan dağılım etkinliğinin sağlanması ise maliyet etkinliğinin sağlanmasından sonra gelen bir hedef olmalıdır. Zira, maliyet etkinliği toplumsal refahı, üretilen tüm ürünlerle ilgili olarak artırırken, dağılım etkinliği toplumsal refahı yalnız fiyat marjını etkileyerek refah üçgenini büyütebildiği ölçüde artırabilmektedir.

Bir başka deyişle, maliyet etkinliğinin ortalama maliyette meydana getireceği düşüş tüm birimlerin üretiminde toplumsal refahı artırıcı etki yaratacağı halde dağılım etkinliğinin rolü marjinal ürünün üretilmesiyle ilgilidir. Ayrıca, düşük üretim maliyetlerinin etkisi daha sistematik ve tekerrür eden bir özellik gösterecektir ve gelecekteki refahın artırılmasına etkisi vardır. Oysa dağılım etkinliği anlık bir etkiye sahiptir ve ürün marjinal maliyet seviyesinde fiyatlandırıldığı anda refahı artırıcı etki göstermektedir. Dolayısıyla, eğer Türk Rekabet Kurumu'na yapılan bir birleşme veya devralma bildirimini, yoğunlaşma yarattığı için dağılım etkinliğinin sağlanmasıyla ilgili kuşku doğurmakla beraber maliyet etkinliği bakımından söz konusu riski aşabilecek ve ispatlanabilen bir gelişme söz konusu ise, bu birleşme veya devralma işlemine izin verilmesi

mümkün olmalıdır. Kaldı ki, eğer bir birleşme devralma analizinde belli bir etkinlik türünün ölçülmesindeki kolaylık hedef analizine etki edecekse, bu etkinin açık arayla sosyal refah üzerinde en etkili etkinlik çeşidi olan dinamik etkinlikle diğer etkinlik türleri arasında değil, sosyal refaha etkileri bakımından birbirlerine nispeten daha yakın olan maliyet etkinliği ile dağılım etkinliği arasında doğması gerekir. Bu perspektiften bakıldığında da, maliyet etkinliği dinamik etkinlikten sonra ikinci sırayı alacaktır, zira birleşme ve devralma analizlerinde maliyet etkinliğinin ölçülmesi dağılım etkinliğinin ölçülmesinden daha kolaydır.²¹⁷

Rekabet hukukunda amaç tanımı bakımından farklı etkinlik tipleri arasında kurulacak dengeye ilişkin bu analizlerimizin sonunda şunun altını bir defa daha çizmek isteriz ki, bu dengenin aranması ve doğru bir biçimde bulunması, pek çok konuda sağlam ve tutarlı bir rekabet politikası oluşturulabilmesi için son derece önemlidir. İlk anda okuyucuda farklı etkinlik tiplerinin simultane olarak gerçekleşmesi gerektiği ve aralarında bir öncelik politikası aranmasının yersiz olduğu izlenimi doğabilir. Öte yandan, rekabet hukuku uygulamasında bunun böyle olmadığı haller kolaylıkla ve sıklıkla meydana gelebilmektedir. Örneğin, daha önce yer verdiğimiz örnekte olduğu gibi, teknoloji pazarında faaliyet gösteren ve yüksek pazar payına sahip iki teşebbüsün birleşme bildirimlerinde bu birleşmenin araştırma ve geliştirme faaliyetlerinin yürütülmesi bakımından yaratacağı sinerjinin çok yüksek olduğunu ortaya koydukları durumda rekabet otoritesi böyle bir tercihle karşı karşıyadır. Bir tarafta dinamik etkinliğin önemli ölçüde artması olasılığı, diğer tarafta ise birleşmeye bağlı yoğunlaşma sonucunda fiyat arttırma olanağına kavuşulması ve dağılım etkinliğinin bozulması olasılığı vardır. Benzer biçimde, daha önce belirtildiği gibi, doğal tekellerin olduğu pazarlarda, rekabetin rekabet için korunması adına ve pazara girişin sağlanması yoluyla rekabetçi bir yapının tesisi suretiyle dağılım etkinliği sağlanabilecek olmakla beraber, pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin sayısının artması kimi sabit maliyetlerin artmasına ve dolayısıyla ölçek ekonomilerinin azalmasına neden olabilecektir. Bu durumda da

²¹⁷ Özellikle maliyet etkinliği ile dağılım etkinliği arasındaki karşılaştırmamızda BRODLEY'in görüşlerine katılıyoruz (Bkz. Brodley, 1987). Bu çalışmanın söz konusu karşılaştırmaya ilişkin paragraflarında bu görüşlerden faydalandık. Öte yandan, biz bu karşılaştırmada yalnız birleşme ve devralma analizlerinde maliyet etkinliğinin listede dağılım etkinliğinden daha üst sırada yer alabileceğini düşünüyoruz. Zira, yukarıda açıklandığı gibi, fiyatın suni olarak artırılması sonucunu doğuran anlaşmalar ve 4. madde ile 6. madde altında soruşturulabilecek benzer uygulamalar ile ilgili olarak rekabet hukukunun rolü dinamik etkinliği muhafaza etmeyi en üste koyarak dağılım etkinliğini sağlamak olmaktadır. BRODLEY ise, bizim görüşümüzden farklı olarak, sadece birleşme ve devralma analizlerinde değil rekabet hukuku analizinin bütününde maliyet etkinliğine dağılım etkinliğinden daha fazla önem verilmesi gerektiğini savunmaktadır.

rekabet otoritesi dağılım etkinliği ve maliyet etkinliği arasında bir tercih ile karşı karşıyadır.

Daha evvel kullanmadığımız bir örnek, kapalı zarf usulüyle alım yapılan piyasalardan verilebilir. Bu tip piyasalarda satıcıların asimetrik enformasyonu söz konusu iken, bu durumu aşmak için satıcı firmaların birleşmeye karar vermeleri ve bu işlemi ilgili rekabet otoritesinin iznine sunmaları durumunda ortada dağılım etkinliği ve maliyet etkinliği arasında yapılacak bir tercih vardır. Piyasanın önceki durumunda, yani asimetrik enformasyon veya inanış mevcut iken, ihaleyi kazananın aslında diğerlerinden daha yüksek maliyetli olması mümkündür. Öte yandan, maliyet etkinliği söz konusu olmamakla beraber, en düşük fiyatı veren firmanın ihaleyi diğerleriyle rekabet halinde kazanmış olması da dağılım etkinliğini sağlayan bir unsurdur. Bu firmaların birleşerek piyasayı simetrik hale getirmeye çalışmalarına izin verilmesi halinde ise bu sefer maliyet etkinliğini sağlamak yönünde yol alınmış olur ama birleşen firmalar için onları (maliyetlerine oranla) düşük fiyata zorlayan asimetrik enformasyon veya inanış durumu ortadan kalkacağından, bu sefer de dağılım etkinliğinden taviz verilmek zorunda kalınmıştır.²¹⁸

Görüldüğü gibi, farklı etkinlik tipleri arasındaki tercih konusundaki tartışma, bu birleşmeye izin verip vermeyeceği konusunda karar vermek durumunda olan rekabet otoritesi için, birleşmeyi doğru bir perspektiften inceleyip sunmak durumunda olan uygulamacı için ve konu hakkında fikir yürütüp karar vermek durumunda olan tüm diğer ilgili merciler için son derece büyük önem arz etmektedir. Sonuç olarak, birkaç örnekle ana hatları ortaya koyulmuş olan ve uygulamada sıklıkla karşı karşıya kalınabilen bu durumların hepsi birer rekabet politikası meselesine vücut vermektedir. Bu bakımdan, bu konuların doğru bir bakış açısından yaklaşılarak tutarlı bir biçimde çözümlenebilmeleri için, farklı iktisadi etkinlik tipleri arasındaki ilişkiye ve tercihlere dair sağlam bir fikir oluşturulması önemlidir. Şüphesiz, dava bazında bakıldığında, bu tercihlere ilişkin politikanın mutlaka ampirik verilerin analizine dayalı sonuçlara göre oluşturulması ve böylece somut bulgulara dayandırılması da büyük önem arz etmektedir.

4.6.2.2. “İktisadi Etkinliğin Sağlanması”nın Türk Rekabet Hukuku’nun Amacı Olarak Benimsenmesinin Anlamı

Oluşturmaya çalıştığımız amaç anlayışı benimsendikten sonra ve bu amaç takip edilirken karşılaşılabilecek meseleler üzerindeki görüşlerimiz, bu çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır. Aslında, vekalet sorunu (agency

²¹⁸ Bu meselenin ayrıntılı bir analizi için bkz. Dalkır, Logan ve Masson, 2000; 383-413.

problem), öngörülemeslik, belirsizlik ve asimetric enformasyon gibi durumlar, hem genel olarak amaca ulaşmaya elverişli bir rekabet politikası dizayn etmek bakımından hem de Türkiye’de ciddi boyutlarda doğal tekellerin mevcut olması yüzünden büyük önem arz eden regülasyon meselesine etkileri bakımından, rekabet hukuku uygulamasında oldukça zorlu koşullar yaratmaktadır.²¹⁹ Öte yandan, bu çalışmadaki amacımız “amaç”ın kendisini berraklaştırmak olduğundan, amaca ulaşmada kullanılacak en uygun yöntemlerin tartışılmasını konumuz dışında bırakıyoruz.²²⁰

Yine de, rekabet hukukunda belli bir kavramın “amaç” olarak benimsenmesinin anlamını ilgilendirdiği için, uygulamaya dair şu saptamayı yapmamız gerekiyor: Bu kitabın savına katılarak rekabet hukukunun amacına giden yolu “iktisadi etkinlik”ten geçiren uygulamacıların, tüm rekabet hukuku yaklaşımlarında öncelikle bağımsız bir “iktisadi etkinlik” analizi yapmaları gerekmektedir. Bir eylem ya da işlemde rekabeti kısıtlayan etkilerin ortaya çıkması olası görüldüğü takdirde o eylem ya da işlemle iktisadi etkinliğin sağlanmasına olanak bulunmadığını varsayan yaklaşım, bu çalışmada yer verdiğimiz amaç analizine katılamaz. Bir başka deyişle, eldeki eylem ya da işlemin iktisadi etkinliği sağladığını yalnızca bu eylem ya da işlemin rekabeti kısıtlayıcı bir yönü olmadığı düşünülürken dikkate alan yaklaşım biçimi, rekabet hukukuna hala doğru amaç perspektifinden bakmamaktadır. Amaç iktisadi etkinlik olarak kabul edildiğinde asıl aranan “iktisadi etkinlik”in kendisidir. “İktisadi etkinliğin sağlanması”nı rekabet hukukunun amacı olarak görmenin anlamı, eldeki eylem ya da işlemin öncelikli olarak iktisadi etkinliğin sağlanmasıyla ilgili etkileri bakımından analize tabi tutulması ve elde edilen sonuçların genel değerlendirmede bağımsız bir ağırlığının olmasıdır.^{221,222}

Bu yaklaşıma ilişkin olarak biri Avrupa Birliği rekabet hukuku rejiminden diğeri ABD rekabet hukuku rejiminden iki örnek verelim. Bu örneklerle meselenin ne olduğu daha açık biçimde ortaya konduktan sonra kendi hazırladığımız bir örnekle rekabet hukukunda iktisadi etkinlik analizine yukarıda tavsiye ettiğimiz önemin verilmesinin sonuca nasıl etki edeceğini göstermeye çalışacağız:

²¹⁹ Genel olarak bu koşulların regülasyon sorununu neden ve nasıl karmaşıklaştırdığına dair daha fazla bilgi için bkz. Atiyas, 1999.

²²⁰ Aynı sebeple, “iktisadi etkinliğin sağlanması” amaç kabul edildiği anda beraberinde gelen sorunlardan olan “işlemden beklenen iktisadi etkinlik bir defa ispatlandıktan sonra bunun o işlemin özgün bir sonucu olup olmadığına ne derece önem verilmesi gerektiği” ve “teşebbüslerin yönetimi bakımından elde edilen etkinlik artışlarının dikkate alınması gerekip gerekmediği” gibi konuların detaylı biçimde tartışılması da başka çalışmalara bırakılmıştır.

²²¹ Bu konuda iyi bir tartışma için bkz. Fisher, Johnson ve Lande, 1989.

²²² Rekabet üzerinde olumsuz etkisi olabilmekle beraber yüksek iktisadi etkinlik sağlayan birleşme ve devralma işlemlerinin diğerlerinden ayırt edilebilmesi için kullanılacak bir model yaratırken başlangıç noktası olarak alınabilecek bir çalışma için bkz. Williamson, 1968 ve Williamson, 1988.

İçinde bulunduğumuz şu zaman diliminde, AB rekabet hukuku uygulaması, B2B internet pazarlarıyla ve e-ticaretle ilgili pazarlar bakımından yukarıda bahsettiğimiz anlayışın oturtulması yönünde bir testten geçmektedir. Bu test, “rekabetin korunması”nın bile en nihayetinde bir araç olduğu ve asıl amacın “iktisadi etkinliğin sağlanması” olduğu akılda tutulduğunda yapılması gereken doğru analize ilişkindir.

Şu anda Komisyon’un dava bazında belli rekabet kısıtlamalarına esnek yaklaşarak B2B internet pazarlarının ve e-ticaretin yaygınlaşmasını sağlamaya çalışması talep edilmektedir. İlgili dava bazında rekabet kısıtlaması var gibi görünse de, son tahlilde B2B internet pazarlarının ve e-ticaretin yaygınlaşması yoluyla pazarlarda şeffaflığın artırılması, arama, bulma ve bilgilenme maliyetinin düşürülmesi ve stok yönetiminin geliştirilmesi gibi etkiler yaratarak fiyat düşürülmüş olacağından, Komisyon’un bu alandaki belli kısıtlamalara daha esnek yaklaşması gerektiği tartışılmaktadır.²²³ Komisyon *Identrus*²²⁴ kararında B2B internet pazarlarının gelişimine ve e-ticaretin yaygınlaşmasına ne kadar önem verdiğini açıkça göstermiştir. Bu kararda Komisyon Identrus sisteminin rekabetçi e-ticaret pazarlarının yaratılmasındaki önemini vurgulayarak Avrupa’daki ve Avrupa dışındaki bazı büyük bankaların elektronik imzaları ve e-ticaretle ilgili benzer işlemleri tasdik etmesine ilişkin bir şebeke (network) kurulmasını onaylamıştır.

Gerçekten, Komisyon’un meseleye doğru amaç perspektifinden bakması, elindeki bu tür davalar bakımından esnek bir tutum benimsemesini ve kararlarında bu pazarların gelişmesinin önemini vurgulamasını gerektirmektedir. Sonuçta istenen toplumsal refahın en yüksek seviyeye çıkartılması ise, bu pazarların gelişmesi bu konuda bağımsız ve olumlu bir etkiye sahip olacaktır. Yani, ortada iktisadi etkinliği sağlamak adına kullanılacak bağımsız bir imkan bulunmaktadır. Bu durumda doğru olan politika, iktisadi etkinliğin sağlanması amacına hizmet etme olanağını doğru bir analizle belirlemek ve rekabetin hiç kısıtlanmamasını değil “amaç”a ulaşacak adımları atmaktan gerekenden fazla kısıtlanmamasını gözetmektir.²²⁵

²²³ Covisint, Komisyon Basın Açıklaması, IP/01/1155, 31 Temmuz 2001.

²²⁴ 19 Eylül 2001 tarihli Komisyon Kararı 37.462, OJ L249.

²²⁵ İşte rekabetin bir kavram olarak değil bir süreç olarak korunmasının önemli bir yönü de budur. Bu kitabın giriş kısmındaki 1.3. numaralı başlık altında rekabet hukukunu bir “araç” olarak tanımlarken vurguladığımız gibi, rekabet hukuku rekabetin bir süreç değil bir kavram olarak, körü körüne ve amaçsızca korunduğu bir rejim olarak uygulanırsa, bu araçla “iktisadi etkinliğin sağlanması suretiyle toplumsal refahın artırılması” amacına ulaşma olanakları kısıtlı olacaktır.

ABD rekabet hukukundan vereceğimiz örnek ise biraz daha eskidir ve 1984 yılında General Motors Corp. (GM) ile Toyota Motors Corp. (Toyota) arasında California’da Japon tipi bir otomobil üretmek için bir ortak girişim kurulması işlemi ile ilgilidir. Otomotiv sektöründe dünyanın en büyük iki teşebbüsünün aralarında kuracakları bu üretime yönelik ortak girişim elbette ilgili pazarlarda rekabetin önemli ölçüde bozulmasına yol açabilecekti. Buna karşın, Federal Ticaret Komisyonu, kurulacak ortak girişimin büyüklüğünden ve rekabete etkileri bakımından taşıdığı yüksek riskten otomatikman rahatsız olup bu birleşmeye karşı çıkmak yerine, eldeki işlemi öncelikli olarak iktisadi etkinliğin sağlanmasıyla ilgili etkileri bakımından analize tabi tutmuş ve elde edilen sonuçlara genel değerlendirmede bağımsız bir ağırlık vermiştir. Bu analiz sonucunda Federal Ticaret Komisyonu, ortak girişimin (i) GM’in Japon otomobil üretim tekniklerini öğrenmesini sağlayacağını (*dinamik etkinlik*), (ii) Amerikan pazarındaki arzı ithalat kotalarıyla suni olarak kısılmış olan Japon tipi arabaların pazardaki mevcudiyetini artıracaklarını (*dağılım etkinliği*)²²⁶ ve (iii) GM’in benzer küçük arabaları üretmek için katlanmak durumunda kalmış olacağı maliyetten daha az maliyetle bu arabaları üretmesine olanak tanıyacağını (*maliyet etkinliği*) görerek, söz konusu ortak girişime karşı çıkmak yerine, tarafların mutabakatına bağlı olarak verdiği kararıyla²²⁷ ortak girişimin yapısına ve işleyişine ilişkin birkaç düzenlemede bulunmakla yetinmiştir.²²⁸

Türk rekabet hukukunda da, hem birleşme/devralma analizlerinde hem de pek çok soruşturma ile ilgili olarak, yukarıda iki örneğini verdiğimiz konulara benzer testler yaşanmaktadır. Gelişen bilişim teknolojilerine bağlı pazarlarda yukarıda bahsettiğimiz tartışmaların yakın gelecekte Türk rekabet hukuku uygulamasında daha sık yapılacağına da şüphe yoktur. Zaten, her an, hem Türk Rekabet Kurumu hem de rekabet hukuku uygulamacıları aslında tamamen amaç perspektifinin nasıl algılandığıyla ilgili olan tercihler kullanmaktadırlar. Örneğin, bu kitapta ortaya koymaya çalıştığımız gibi, Türk rekabet hukuku için “iktisadi etkinliğin sağlanması yoluyla toplumsal refahın artırılması” amacının dışında bir amaç tanımlayarak rekabet politikası üretmek bu anlamda bir tercihtir. Bunun neden yanlış tercih olduğu ise zaten bu kitabın ana konularından biridir.

Bu başlık altında ortaya koymaya çalıştığımız ise, yanlış tercihin sınırlarının her zaman bu kadar kalın çizgilerle belirlenmiş olmayacağıdır. Örneğin, rekabetin korunması aracını iktisadi etkinliğin sağlanması amacı yönünde kullanırken aracı “amaç” yerine koyuvermek de yanlış

²²⁶ İşlemin bu yönünü, bir mal veya hizmetin arzının serbestleşmesinin marjinal maliyet fiyatlandırmasına yönlendirici etkisi dolayısıyla, dağılım etkinliğiyle ilişkilendiriyoruz.

²²⁷ Federal Ticaret Komisyonu’nun bu tür kararlarının İngilizce terminolojideki karşılığı “consent decree”dir.

²²⁸ General Motors Corp., 103 F.T.C. 372 (1984).

rekabet politikasına yol açacaktır. Bu kitabın başında²²⁹ yaptığımız “araç-hedef-amaç” ayırımının önemi burada yatmaktadır. Amaç tarifini iktisadi etkinlikten geçirmenin anlamı, iktisadi etkinliğin sağlanması ile ilgili etkilere bağımsız bir önem vermek ve bunları rekabetin sınırlandırılması halinde de gözardı etmemektir. Rekabet hukuku için doğru amaç tanımı kabul edildiği halde bunun gereği yapılamazsa arzu edilen sonuçlar elde edilemeyeceğinden, “iktisadi etkinliğin sağlanması”nın amaç olarak benimsenmesinin anlamının bu analizin sonuçlarına bağımsız bir önem ve ağırlık verilmesi demek olduğunun ayırdına varmanın büyük önemi bulunmaktadır.

Bu bağımsız analizin ne kadar büyük önem arz ettiği ve sonuca nasıl etki edebildiği kendi hazırladığımız bir örnek üzerinde daha iyi belirginleşmektedir: Örneği basit tutmak adına evvelce yukarıda verdiğimiz örnekten²³⁰ devam edelim. Bu örnekte rekabet hukuku ihlali analizine yaklaşırken teşebbüslerin yahut pazarın küçüklüğünü bir tarafa bırakıp prensipten hareket ediyoruz. Bu sefer Türk Rekabet Kurumu bir oyuncu olarak örneğin dışında dursun. Yalnızca yan yana duran beş teşebbüsle ilgileniyoruz. Bunların hepsinin jeneratöre ihtiyacı olsun. Teşebbüslerden biri, rakibi olan diğer dört teşebbüsün aralarında anlaşma yapıp bir jeneratörden istifade etmeye başladıklarını ve aynı anlaşmanın şikayetçi teşebbüsün bu aranjmanın dışında bırakılması konusundaki devamı dolayısıyla rekabetin kendisi aleyhine kısıtlandığı şikayetiyle Türk Rekabet Kurumu’na başvuruda bulunsun. Dahası, yan yana faaliyet gösteren ve birbiriyle rekabet halindeki beş firmadan dördünün şu ibareyi içeren anlaşmaya imza koydukları da yeterli delillerle ispat edilmiş olsun: “Büyük jeneratörün alınması ve kullanılması için diğer üç teşebbüsle eşit hak ve yükümlülükler sahip olmayı ve ‘beşinci teşebbüs’ü bu anlaşmaya dahil etmemeyi kabul ve taahhüd ederim”.

Bu şartlar altında, Türk Rekabet Kanunu’nun “belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır” biçiminde ifadesini bulan 4. maddesinin sadece lafzı bir yorumu kullanılırsa, eldeki olaya ve delillere bakılarak derhal bir rekabet hukuku ihlali tespit edilecektir.²³¹

Oysa, her rekabet hukuku analizinde olduğu gibi bu analizde de asıl hedefin iktisadi etkinliğin sağlanması olduğunun akılda tutulması durumunda,

²²⁹ Bkz. yukarıda başlık 1.3. altındaki tasnif.

²³⁰ Bkz. yukarıda başlık 4.6.1.2.1.1. altındaki örnek.

²³¹ Daha somut bir yaklaşımla, bu anlaşma, 4. maddede örnekleme yoluyla sayılan hallerden birine de girmektedir ve (d) bendinde ifadesini bulan “rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi” durumuna örnektir.

bir de meselenin asıl amaç altındaki görüntüsünü irdelemek üzere bağımsız bir “iktisadi etkinlik” analizi yapılacaktır. Diyelim ki örneğimizde bu analiz yapıldığı takdirde ortaya çıkacak detaylar şunlar: Pazarda, biri büyük biri küçük olmak üzere iki jeneratör satılmakta. O büyüklükteki dört teşebbüse hizmet verebilecek olan büyük jeneratörün maliyeti 60 birim. O büyüklükteki iki teşebbüsün kullanımına uygun olan küçük jeneratörün maliyeti ise 45 birim. Her durumda, jeneratör sahibi olmanın bir teşebbüse getirisi 25 birim. Bu şartlar altında, dört teşebbüs, kendi aralarında yaptıkları anlaşmayla, bir jeneratörden istifade etme olanağı bulamayan ve bunun diğer dört teşebbüs için fazladan yarattığı 10 birim faydadan yoksun kalan beşinci teşebbüs aleyhine rekabeti kısıtlamış oluyorlar. Öte yandan, görüldüğü gibi, bu anlaşma yapılıp uygulandığında toplam 40 birim fayda yaratılmaktadır. Oysa, rekabet hukuku politikası bu şartlar altında böyle bir anlaşmayı yasaklayıcı biçimde şekillendirilirse, ya iki tane ikili anlaşma yapılıp yine bir teşebbüs dışarıda kalarak toplam 10 birim fayda yaratılabilecek ya da bunun da ihlal olarak görüleceği düşüncesiyle hepten jeneratör alınmayacak ve bir fayda oluşmayacaktır. Bu durumda, 4. maddenin tamamen lafzi bir yorumla uygulanması halinde rekabetin korunması aracının asıl amaç olan “iktisadi etkinliğin korunması suretiyle toplumsal refahın sağlanması” amacının önüne geçeceği ve etkisiz bir sonuca yol açacağı görülmektedir. Kanımızca, bu şartlar altında yukarıdaki örnekte, yapılan anlaşmaya ceza verilmemesi mümkün olmalıdır.²³²

Bu noktada, bir başka ilginç tartışmaya daha yer vermek isteriz: Yukarıdaki örneğimizdeki dört teşebbüsün eylemlerine ilişkin soruşturmada Rekabet Kurumu’nun soruşturmayı bir anlaşmanın ispatlanması yoluyla değil uyumlu eylem karinesini kullanmak suretiyle ispat yükünü soruşturulan teşebbüslere geçirerek yürütebildiğini farz edelim. Bu takdirde, yukarıda pazara ilişkin olarak yer verdiğimiz bilgiler 4054 Sayılı Kanun’un “ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir” ibaresinde yer verdiği ekonomik ve rasyonel gerçeklerden midir? Bu şartların dört teşebbüsün beraber davranmasını ve beşinci teşebbüsün dışarıda bırakılmasını ekonomik ve rasyonel kıldığına şüphe yoktur. Öte yandan, eğer gerçekten bu şartları ortaya koyarak sorumluluktan kurtulabileceklerse, savunma makamına yatay anlaşmalarla ve

²³² Bu örnek, aynı zamanda, “etkinlik” ve “gelir dağılımında adalet” amaçları arasındaki tercihin rekabet hukuku uygulamasını nasıl etkilediğinin de küçük ölçekteki iyi bir örneğidir. Görüldüğü gibi, rekabet hukukunun iktisadi etkinliğin sağlanması amacı ön plana alınrsa teşebbüslere bu anlaşmadan dolayı ceza verilmeyecektir. Oysa, bu anlaşma gelir dağılımını beşinci teşebbüs aleyhine bozmaktadır ve meseleye bu perspektiften bakılırsa anlaşma bir rekabet hukuku ihlali olarak değerlendirilecektir. Bu örnek, bu anlamda, daha evvel genel olarak hukuk kurallarıyla gelir dağılımının etkilenebileceğini ortaya koyarken kullandığımız örneğe rekabet hukuku özelinde yapılan bir ektir.

kararlarla ilgili olarak tanınmayan bir olanak uyumlu eylem karinesi bakımından tanınmış olacaktır. Bu sebeple, muhtemelen bu tartışmada ortaya çıkacak karşı görüş, “ekonomik ve rasyonel gerçek uyumlu eylemin kendisine değil mevcut bulunmayışına ilişkin olmalıdır” görüşüdür. Uyumlu eylem karinesi ile ilgili genel tereddüt ve rahatsızlıklarımız saklı kalmak üzere (bkz. Gürkaynak, 2001 ve Gürkaynak, Şubat/Mart 2002), sunulan “ekonomik ve rasyonel gerçek” eğer aynı zamanda iktisadi etkinliğin sağlandığının açıklamasını teşkil ediyorsa, doğruca uyumlu eylemin varlığına dayanak teşkil etse dahi, ilgili teşebbüsleri sorumluluktan kurtarmasına olanak bulunması gerektiğini düşünüyoruz.

Bu noktada, rekabet hukukunda iktisadi etkinliğin amaç olarak benimsenmesinin anlamıyla ilgili yaklaşımlarımızın özellikle belli görünüş ve uygulanma biçimlerinin Türk Rekabet Kanunu’nun mevcut yapısını ve uygulanışını zorlayabileceğini idrak ettiğimizi belirtmek isteriz. Öte yandan, başta “ayrılmaz yan sınırlama” doktrini ve “muhakeme kuralı (rule of reason)”²³³ analizi²³⁴ olmak üzere, rekabet hukukunda kabul gören pek çok esnek yaklaşım

²³³ “Rule of reason”, İngilizce rekabet terminolojisinde yer alan terimlerden Türkçe’ye çevrilmesi belki de en güç olanıdır. Zira, İngilizce’deki “reason” kelimesi, hepsi rekabet hukukundaki bu analiz şeklinin çıkışıyla ve kullanılışıyla ilgili bulunan “akıl”, “neden”, “anlayış”, “mantık”, “adalet”, “muhakeme etmek” ve “gereğe” kavramlarının tümüyle ilişkilidir. Türkçe’de tüm bu kavramları çağrıştıran tek bir kelime bulunmamaktadır. Bu sebeple, “rule of reason” terimini, bu analiz şeklinin karşıt kavramı olan per se analiz biçiminden en açık biçimde ayıran özelliğine ağırlık vererek “muhakeme kuralı” biçiminde çeviriyoruz.

²³⁴ Neticede, belli iddiaları değerlendirirken “muhakeme kuralı” ile analiz yürütülmesi rekabet hukukunun amaçlarıyla yakından ilgilidir (*Clamp-All Corp. v. Cast Iron Soil Pipe Institute*, 851 F.2d 478 (1988)). Bu noktada, rekabet hukukunun amacı olarak öne sürdüğümüz iktisadi etkinliğin sağlanması ile ilgili argümanların ne ölçüde dikkate alınacağını yakından ilgilendirdiği için, “muhakeme kuralı” ve “per se” analiz yöntemleri arasındaki farkı, bu kavramların ortaya çıktıkları ABD rekabet hukuku içindeki gelişimleri bakımından kısaca ortaya koymakta fayda vardır. Kanımızca, “per se” kavramına rekabetçi etkilerin ve etkinlik argümanlarının hepten dinlenmemesi yönünde bir işlev veren ve bu kavramı kullandığında analiz ve gerekçelendirme yollarını tamamen kapatan görüş hatalıdır. Bu sebeple, zaten işin en temelinde işlevinin sorgulanması gerektiğini düşündüğümüz bu kavramın günümüz ABD rekabet hukuku uygulamasında “muhakeme kuralı” karşısında geldiği nokta açıklıkla ortaya konmalıdır. Kanımızca, rekabet hukuku, rekabet sürecini zedeleyen etkilerle buna yol açan eylem ve işlemlerin rekabeti yahut doğrudan etkinliği ilgilendiren gerekçeleri arasındaki savaş alanında cereyan etmektedir. ABD rekabet hukuku bakımından bu durum, en önemli başlıklarını *Standard Oil, Socony-Vacuum, Chicago Board of Trade, BMI (Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.)*, *National Collegiate Athletic Association v. Board of Regents of The University of Oklahoma* 468 U.S. 85 (1984), *Northwest Wholesale Stationers Inc. v. Pacific Stationery and Printing Co.* 472 U.S. 284 (1985) ve *California Dental Association v. FTC* 119 U.S. 1604 (1999) kararları ile işaretleyebileceğimiz evrim sürecinin sonunda bir derecelendirme ölçeğinin yaratılmasına yol açmıştır. “Per se” ve “rule of reason (muhakeme kuralı)” kavramlarının işlevi ise aslında bu ölçeğin farklı kısımlarına atıfta bulunmaktan ibarettir. Per se kategorisi, ölçeğin, belli bir eylem ya da işlem tipinde rekabeti bozan unsurların var sayıldığı kısmına tekabül eder. Ölçeğin bu kısmında da rekabeti veya iktisadi etkinliği sağlayan gerekçeleri her alanda ileri sürmek hala mümkün olmakla beraber (bkz. *BMI*), ölçeğin bu kısmında bu tür bir gerekçeye dayanılarak o

ve analiz şekli, aslında doğru amaç perspektifi akılda tutulduğunda ulaşılan doğru sonucun yansımalarıdır. Rekabet hukukunun asıl amacına götüren cesur adımları yalnızca eğer bu adımlar atılmazsa ortaya derhal ve apaçık bir çelişki çıkacağı zaman atmak doğru bir politika değildir. Dolayısıyla, bu tartışmada inandığımız doğruyu ve amaç anlayışını tüm görünüş biçimleriyle ortaya koyuyor, savunuyor ve öneriyoruz. Bu anlamda, bu çalışmada belirlediğimiz çizginin tüm doğru görünüş biçimlerini desteklemeye hazırız.

Örneğin, Türk rekabet hukukunun nihai amacının “iktisadi etkinliğin korunması suretiyle toplumsal refahın sağlanması” olduğu ve rekabet sürecinin korunmasının aslında bir araç olduğu görüşümüzün 4054 Sayılı Kanun’a verilen ismin aslında uygun olmadığı gibi bir uzantısı bile olabilir. Tartışmanın bu yönüne çok önem vermemekle beraber, eğer 4054 Sayılı Kanun’a verilen isim bu kitapta ayrıntılı biçimde tartıştığımız amaç analizinin benimsenmesini güçleştirecekse, isim konusunda en iyi seçimin yapılmamış olduğu görüşünü de destekliyoruz. Neticede, aynen madde kenar başlıkları gibi, kanunların ismi de hükümlerin yorumlanmasını etkilememelidir.²³⁵ Bu sebeple, burada yer verdiğimiz isim tartışması aslında tali bir konu olarak düşünülmelidir. Öte yandan, bizim açımızdan, 4054 Sayılı Kanun’a verilen ismin bu tartışmada bir ağırlığının olmadığını göstermek başlı başına öneme sahiptir. Türk Rekabet Kurulu İkinci Başkanı Kemal EROL, “Kanun’un amacını burda sizlere sunmak istiyorum. Mal ve Hizmet piyasalarındaki Rekabeti Engelleyici, Bozucu, Kısıtlayıcı Anlaşma Karar ve Uygulamaları, Piyasaya Hakim Olan

eylem ya da işlem lehinde karar verilmesi belli eylem ya da işlem tipleri için (örneğin, grup bojkotları; bkz. *Northwest Wholesale Stationers* kararı.) diğerlerinden (örneğin, yatay fiyat anlaşmaları; bkz. *Socony Vacuum* kararı) daha olasıdır. Ölçeğin per se kategorisine ait bu kısımda, “yanlış karar verilmesi durumunda doğacak mağduriyet” ile “sonuçta yine per se kuralının vereceği sonucu vermesi pek muhtemel olan muhakemenin maliyeti” arasındaki tartma işlemi sonrasında ikinci kısım ağır gelmekte ve bu alanda kalan eylem ve işlemlerin rekabeti bozan etkileri olduğu varsayılarak per se kuralı uygulanmaktadır. Ölçeğin muhakeme kuralına ait olan diğer kısımda ise rekabeti bozan etkilerin varsayılması mümkün değildir ve ihlalden bahsedilebilmesi için bu etkilerin açıkça ortaya konması gerekir. Ölçeğin bu kısımda, rekabeti bozan etkiler -ki bunlar bir eylem ya da işlemin *Standard Oil* kararı anlamında “makul olmayan rekabet sınırlaması” getirdiğini ortaya koyarlar- bazı eylem veya işlem tipleri için (örneğin, bkz., *NCAA* kararı) görülmesi daha kolay bir nitelik arz ederken, diğer bazı eylem veya işlem tiplerinde (örneğin, bkz. *California Dental* kararı) daha düşük olasılıkla görülebilirler. Ölçeğin bu kısımda da rekabeti sağlayan veya doğrudan etkinliğe yönelen gerekçelerin ileri sürülmesine daima imkan vardır.

²³⁵ "Kanunlarda böyle kenar başlık koyma usulü, özellikle Türk Hukuku açısından, başlıkların kanun metninden sayılıp sayılmayacağı konusunda tartışmaların ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Nitekim konu, 1943 yılında verilen bir önerge (TBMM Zabıt Ceridesi, C.4 (1944), S. Sayısı 45) üzerine tartışılmış ve TBMM, kenar başlıklarının, fasıl adlarının ve hasiye notlarının, uygulamada bir takım karışıklıklara neden olabileceği gerekçesiyle, kanun metninden sayılmalarına mahal olmadığına karar vermiştir (TBMM'nin 26.12.1944 tarih ve 1367 sayılı yorum kararı, 1944 tarihli ve 5621 sayılı RG) (Edis, 1983; 71). Aynı ilke Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 176. maddesi ile de Anayasa'nın yorumu bakımından kabul edilmiştir.

Teşebbüslerin Hakimiyetlerini Kötüye Kullanmaları -ki bunlar aynen Roma Anlaşmasının 85. ve 86. maddelerindeki hükümlerdir- bunları önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak nihai amaç olarak rekabetin korunmasını sağlamak şeklinde özetlemek mümkün. Kısaca Kanun'un amacı isminden de anlaşılacağı üzere rekabetin korunmasını sağlamaktır" (Erol, 1998) dediği konuşmasında bizi bu konuda bir tereddütle baş başa bırakmaktadır.²³⁶ Bu anlamda, belki de, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı bünyesinde Kasım 1984'te hazırlanan ve yasalaşmak üzere TBMM'ye giden ilk bağımsız rekabet hukuku metni olan "Rekabeti Sınırlayan Anlaşmalar ve Uygulamalar Hakkında Kanun Tasarısı" ile önerilen ismin korunması daha iyi olurdu. 1991 genel seçimlerinden sonra yeniden görüşülmek üzere hazırlanan metinlerde bu yapılmamış ve 4054 Sayılı Kanun mevcut ismiyle kanunlaşmış olduğuna göre, bu kanuna verilen ismin kanundaki hükümlerin yorumlanmasıyla ve bu arada nihai amaç analiziyle bir bağlantısının olmaması ve "amaç" tartışmasının, bu kitapta yapıldığı gibi, bağımsız bir konu olarak ele alınması gerektiğinin farkında olunması önemlidir.²³⁷

Bu noktada, 4054 Sayılı Kanun'un mevcut durumunun bizim bu çalışmayla önerdiğimiz amaç analizine dayanak oluşturmaya uygun olup olmadığı konusuna da kısaca değinmek isteriz. Kanımızca, ortadaki mesele bir yorum meselesidir ve amacın doğru algılanması ile ilgilidir. Bu kitapta önerdiğimiz yaklaşım biçiminin Türk rekabet hukuku uygulamasının herhangi bir alanında benimsenebilmesi için 4054 Sayılı Kanun'da değişiklik yapılmasına gerek bulunmadığını düşünüyoruz. Öte yandan, asıl ilgilendiğimiz mesele rekabet hukukunun "amacı" ile ilgili olduğuna göre, bu konudaki aksi görüş bizim tezimizi doğrudan ilgilendirmemektedir. Zira, Türk rekabet hukukunda doğru amaç analizinin yolunun iktisadi etkinliğin sağlanması düşüncesinden geçtiği tartışması bakımından, bu amaca ulaşmak için herhangi bir mevzuat değişikliği yapılması gerekip gerekmediği tali bir meseledir. Başka milli rekabet

²³⁶ Elbette, EROL'un yahut bir başka rekabet hukuku düşünürünün bu kitapta tartıştığımız "amaç" analizlerini "iyi ama 4054 Sayılı Kanun'a verilen isim böyle" düşüncesiyle karşılayacağını düşünmüyoruz. Nitekim, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Gerekeçesi'nde de, 4. maddenin gerekeçesine yer verilirken, genel gerekeçe altında yer verilen tüm "amaç" perspektiflerine rağmen, "Bu Kanun'un amacı rekabetin korunması olduğuna göre..." biçiminde bir giriş yapılmıştır. EROL'un örnek olarak kullandığımız bu yaklaşımının başka bir konuda verilmekte olan bir konuşmada çabucak amaçtan bahsetmek üzere ortaya çıktığının ve oradaki asıl maksadın detaylı bir amaç tartışmasında görüş belirtmek olmadığını farkındayız. Öte yandan, bu örnek, 4054 Sayılı Kanun'a verilen ismin "amaç" perspektifi oluşturulurken yanlış çağrışım yapma olasılığı bulunduğunu göstermek için iyi bir araçtır.

²³⁷ 4054 Sayılı Kanun'un kanunlaşması sürecine dair bilgilerin ayrıntısı için bkz. Müftüoğlu, 2000; 8-10.

düzenlerinde de, bir defa doğru amaç yaklaşımı oturtulduktan sonra, eğer gerekiyorsa, mevzuat değişiklikleri gündeme gelmiştir.²³⁸

Bu kitaptaki “amaç” görüşlerimizle, 4. ve 6. madde ile ilgili analizlerde olduğu gibi, 7. madde altındaki birleşme ve devralma analizlerinde de yine aynı amaç analizini ve bağlı sonuçlarını önermekteyiz. Kanımızca, rekabet hukukunda yapılacak doğru amaç tarifi altında, birleşme ve devralma analizlerinde iktisadi etkinlik argümanları mümkün olan en geniş ölçüde ve samimiyetle dinlenilmeli ve değerlendirilmelidir. Zira, bir kısmı yukarıda anılan pek çok sebeple, bir birleşme veya devralma işlemi sonucunda elde edilen yüksek pazar payı teşebbüsün fiyatları artırma ve diğer rekabet parametrelerini belirleme gücünü beraberinde getirebilir. Üstelik, belli durumlarda, elde edilecek pazar gücü dolayısıyla gerçekten de tüketiciden üreticiye refah akışı gerçekleşecek olsa bile, aynı birleşmenin dinamik etkinliği yahut maliyet etkinliğini artırıcı etkisi dolayısıyla, toplumsal refahın birleşme öncesi duruma göre hala olumlu etkilenmiş olması olasıdır. Bu sebeple, birleşme yahut devralma sonucunda ulaşılacak pazar payı ne olursa olsun, iktisadi etkinliğin sağlanmasına ilişkin argümanların sınır tanınmaksızın dikkate alınması ve bütün analizin bir parçası yapılması gereklidir.²³⁹ Yukarıdaki görüşlerimizle paralel

²³⁸ Örneğin, İngiltere’de, ilk olarak Sanayi ve Ticaret bakanlığı tarafından 1999 yılı Ağustos ayında yayımlanan raporda (“Mergers: A Consultation Document on Proposals for Reform”, <http://www.dti.gov.uk/cp/mergercon/merger.pdf>, Bölüm 3.2, s. 11) 1973 Hakça Ticaret Yasası için değişiklik önerilmesiyle başlayan süreç sonunda, 7 Kasım 2002 tarihinde onaylanan Teşebbüs Yasası (Enterprise Bill) ile milli mevzuatta çok köklü değişiklikler yapılmıştır. Sanayi ve Ticaret Sekreteri Stephen Byers’in bu yasa geçmeden evvel yaptığı yakın tarihli açıklamalarında da daima belirttiği gibi, İngiltere’deki birleşme ve devralma analizlerinde etkinlik argümanlarını pek desteklemeyen “genel kamu menfaati” testi yerine açıkça rekabet bazlı bir test olan ve ABD rekabet hukuku uygulamasında kullanılan “rekabetin ciddi ölçüde azaltılması” testi getirilmiştir. Benzer biçimde, Avrupa Birliği üyesi bir diğer ülke olan İrlanda da rekabet hukukunda iktisadi etkinlik amacını takip etmeyi kolaylaştırmak üzere (Lesguillons, Jalabert-Doury ve McCarthy, 2002; 18) 2002 yılı İrlanda Rekabet Yasası’nın üçüncü kısmını yürürlüğe koymuş ve “rekabetin ciddi ölçüde azaltılması” testine geçmiştir. Yeni Zelanda ise, 1986 tarihli Ticaret Yasası’nda 26 Mayıs 2001 tarihinde yaptığı değişikliklerle, rekabet hukuku uygulamasında iktisadi etkinliği sağlama amacını takip etmeyi kolaylaştırıcı adımları atmıştır.

²³⁹ Kanımızca rekabet hukukunun nihai amacı göz önüne alındığında mutlaka benimsenmesi gereken bu tutum, artık ABD rekabet hukuku uygulamasında iyice belirginleşmeye başlamıştır. İlk olarak 1984 yılındaki *American Medical International Inc.*, 104 FTC 1 (1984) (karar düzeltme 104 FTC 617 (1984) ve 107 FTC 310 (1986)) kararıyla birleşme işlemlerinin değerlendirilmesinde etkinlik argümanlarının göz önüne alınması gerektiği noktasına gelen ABD rekabet hukuku uygulaması, bu konuda büyük yol katetmiştir. Son olarak, her ne kadar yapılan analiz sonucunda ilgili işleme izin verilmediyse de, bebek maması pazarında faaliyet gösteren üç teşebbüsten ikisinin birleşmesiyle ilgili pazarın bir duopol haline getirecek olan bir birleşme işlemine ilişkin olarak, *FTC v. H.J. Heinz Co.* 246 F.3d 708 (D.C. Cir. 2001) kararında etkinlik argümanları en ince detayına kadar değerlendirilmiştir. Bunun bir sonucu olarak, görünüme bakılırsa izin alınması neredeyse imkansız olacak olan bu işleme, Federal Ticaret Komisyonu tarafından ancak üçe karşı iki oyla alınabilen bir kararla karşı çıkmıştır. Kanımızca, ABD rekabet hukuku avukatları arasında geleneksel olarak “üçten ikiye indirmek zordur (three to two, hard to do)” biçiminde

olarak, “iktisadi etkinlik” mülâhazalarının birleşme ve devralma analizlerinde göz önünde tutulabilmesi için de, 4054 Sayılı Kanun’da bir değişiklik yapılmasına gerek olmadığını düşünüyoruz. Her ne kadar Komisyon’un “Konsey Regülasyonunun Gözden Geçirilmesine Dair Yeşil Kağıt”²⁴⁰ ile AB rekabet hukukunda birleşme ve devralmaların gözden geçirilmesi için kullanılan testin ABD’dekine yaklaştırılması konusunu tartışmaya açarken kullandığı gerekçelerden biri etkinlik argümanlarını daha iyi göz önüne alabilmek idiyse de, kanımızca, mevcut testin etkinlik argümanlarını göz önüne almayı engelleyen bir durumu yoktur. 11 Aralık 2001 tarihli bu Yeşil Kağıt ile, AB rekabet hukukunda birleşme ve devralmaların değerlendirilmesi için kullanılan (ki bu ölçüt olduğu gibi Türk rekabet hukukunda da geçerlidir) “hakim durum tesis edilmesi yahut mevcut bir hakim durumun kuvvetlendirilmesi” testinin, ABD rekabet hukukundaki “rekabetin ciddi ölçüde azaltılması yönünde ciddi bir olasılık bulunup bulunmadığı” testine yaklaştırılması tartışmaya açılmış ve fakat sonuçta eski testin korunmasına karar verilmişti. Bu değişikliğin etkinlik argümanlarını ABD’deki kadar dikkate alabilmek için bir önkoşul olduğunu ileri sürenler şunu söylemektedir: Ortada bir hakim durum testi olduğu durumda, izne sunduğu birleşme yahut devralma bu kapsama girmekle beraber hakim durumdayken veya hakim durumunu kuvvetlendirmişken etkinliğinin ne kadar yüksek olacağını tartışan teşebbüs aslında Komisyon için daha da fazla ürküntü yaratmaktadır. Bu takdirde Komisyon, söz konusu etkinlik dolayısıyla ilgili teşebbüsün hakim durumunun iyice güçleneceği ve ilgili pazarda rekabetin gittikçe daha fazla bozulacağı endişesine kapılmaktadır. Dolayısıyla, etkinlik argümanlarının dinlenebilmesi için testin değiştirilmesi gereklidir. Bu tartışmada, bizim de taraftar olduğumuz diğer görüş ise, aslında testin değiştirilmesinin bu kadar dramatik bir etkisinin olmayacağını, ABD ve AB rekabet hukukunda birleşme ve devralmalara uygulanan mevcut testlerin aslında özünde şu anda da aynı şeyi demekte olduklarını ve esas meselenin rekabet hukukunun amacından ne anlaşıldığı

bilinen yaklaşımın, yakın gelecekte, iktisadi etkinlik argümanları belirgin ve kuvvetli işlemlerin değerlendirilmesi sonrasında değişmesi bile şaşırtıcı olmayacaktır. Özellikle Federal Ticaret Komisyonu’nun şimdiki başkanı olan MURİS’in geçmişten bu yana birleşme ve devralmalardaki etkinlik analizine yüksek önem atfeden bir rekabet hukukçusu olduğu göz önüne alındığında (örneğin, bkz. Muris, 1980), bu düşüncemiz kuvvetlenmektedir (BALTO, birleşme ve devralmalarda etkinlik argümanının yakın gelecekte ciddi bir rolü olup olmayacağı konusunda bizim kadar iyimser değildir. Ona göre, “1997 Birleşme Rehberi’ne etkinlik değerlendirmesi kısımlarını koyanların açık niyetlerine rağmen, etkinlik analizi Federal Ticaret Komisyonu’nun kara kutusunda sıkı bir şekilde muhafaza edilmektedir” (Balto, 2001; 2)).

²⁴⁰ (EEC) 4064/89, COM(2001) 745/6, (11 Aralık 2001).

olduğunu söylemektedir.²⁴¹ Rekabet hukuku uygulamasında doğru “amaç” perspektifi kabul edildiğinde, etkinlik argümanlarına tereddütlü yaklaşmanın, “iyi etkinlik-kötü etkinlik” ayırımı yapmaya çalışmanın ve etkinliği rekabete karşıt bir kavram gibi algılayarak salt bir kavram olarak rekabeti korumak için rekabeti korumanın neden hatalı olduğunun görüleceği zaten bu kitabın ana konularından biridir. Bu durum, yukarıda özellikle 4.4. numaralı başlık altında örneklerle açıklanmıştır.

“İktisadi etkinliğin sağlanmasının Türk rekabet hukukunun amacı olarak benimsenmesinin anlamı” ile ilgili analizlere yer verdiğimiz bu başlığın sonunda, bu “amaç” perspektifinin uygulamada rekabet hukuku meseleleri ele alınırken ve sonuca bağlanırken izlenen usule ilişkin olarak bir an evvel oturtulması gereken bir anlayışı beraberinde getirmesi gerektiğini de vurgulamak isteriz. Bu kitapta ortaya konulan amaç perspektifinin, Türk rekabet hukuku uygulamasında muhakeme sürecini “olması gereken”e yaklaştırmak bakımından bir öneriyi beraberinde getirmesi kaçınılmazdır. Nitekim, bu kitabın daha ilk sayfalarında, çalışmanın amacı ortaya konulurken, “amaç” kavramının nasıl şekillendiğinin rekabet hukuku muhakeme sürecinde izlenecek usule de etkisi olacağı tespit edilmiştir. Dolayısıyla, eğer rekabet hukuku bakımından bu çalışmada belirginleşen “amaç” perspektifi tamamen yahut kısmen kabul göreceyse, iktisadi analizin tüm rekabet hukuku analizlerine katılmasının önemi dolayısıyla, bağımsız ve uzman iktisatçıların belli eylem ve işlemlerle ilgili görüş ve analizlerine önem verilen bir uygulama tarzının bir an evvel yerleştirilmesi Türk rekabet hukuku uygulamasının öncelikli gündem maddelerinden biri olmak durumundadır.

SCHMALENSEE'nin dediği gibi, “sağlam bir rekabet politikası dünyanın basit olduğu hayali üzerine kurulamaz” (Schmalensee, 1982; 1789). “İktisat sahasındaki çeşitli modellerin amacı, sosyal politika sahasında kullanılmadan evvel gerçek dünyada test edilmesi gereken hipotezler sağlamaktır. Teori, kendi başına, rekabet hukuku uygulamasına yol göstermeye yeterli olmayacaktır” (Jorde ve Harris, 1983; 464). Dolayısıyla, “mikroekonomik modeller, üzerine kuruldukları varsayımların hepsi gerçek dünyada mevcut bulunmayabileceğinden, pazar davranışının hatasız tahminçileri olarak düşünülmemelidirler” (Stemmons, 1986; 6). Bu sebeple de, iktisat sahasındaki çeşitli modelleri rekabet hukukunun ilgilendiği eylem ve işlemlere uygulayarak rekabet hukuku uygulamasında yoğun ihtiyaç duyulan iktisadi analizi sağlayabilecek olan uzmanlaşmış iktisatçıların görüşlerine, hem soruşturmalarda

²⁴¹ Bu yeni konunun son derece detaylı bir tartışması 8 Mart 2002 tarihinde, New York'da, “The 2002 Antitrust Conference” kapsamındaki “Bilateral Cooperation” oturumunda yapılmıştır. Bu konuda ortaya çıkan ve yukarıda yer verdiğimiz iki farklı görüş, bu tartışmada özellikle belirginleşmiştir (Kolasky, Ehlermann, Reynolds, Hull, Davies et al., 2002).

belli iddialar yöneltirken hem teşebbüslerin savunmalarında hem de birleşme ve devralma analizlerinde, gerekli önemin verilmeye başlanması ilk olarak atılması gereken adımdır.

Dolayısıyla, Türk rekabet hukuku uygulamasında soruşturmalar bakımından hem iddia makamının hem de savunma makamının, birleşme ve devralma analizlerinde ve belli muafiyet başvurularında ise hem başvuruda bulunanın hem de başvuruyu değerlendirenin iktisat biliminin ilgili alanında uzmanlaşmış kişilerin görüşlerinden gerekli olduğu ölçüde faydalanabildiği ve bu görüşlere önem verildiği bir sistemin kurulmasında büyük fayda bulunmaktadır. Bu sistemin nasıl işleyeceğine dair usuli prensiplerin dikkatle oluşturulması ise özellikle önemlidir. Zira, eğer bağımsız uzmanlar tarafından yapılan iktisadi analizlere hangi aşamada, hangi konularda ve hangi ölçüde ağırlık tanınacağı doğru prensipler dairesinde belirlenirse, iktisadi analiz içeren uzmanlaşmış görüşlerin sürece dahil olması, rekabet hukuku değerlendirme sürecinin tüm tarafları için olumlu sonuç doğuracaktır.

Kanımızca, uzmanlaşmış iktisatçıların görüşleri Rekabet Kurumu tarafından sunulacağı zaman, bu görüşler büyük ölçüde ana iddiayı şekillendirebileceklerinden, bunun iddianın ilk olarak muhatabına yöneltildiği anda yapılması anlamlı olacaktır. Aksi halde, örneğin iddia olunan hususa önemli etkisi olan bir uzman iktisatçı raporu iddia ilk olarak yöneltildikten sonraki bir aşamada ileri sürülürse, bunun iddianın teksifi ilkesi ile bağdaşmayacağı açıktır. Nitekim, 4054 Sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca "taraflara tanınan ilk yazılı cevap süresinin başlayabilmesi için Kurul'un bu bildirim yazısı ile birlikte, iddiaların türü ve niteliği hakkında yeterli bilgiyi ilgili taraflara göndermesi gerekir".

Öte yandan, 4054 Sayılı Kanun'un 44. maddesinde yer verilen "Kurul'un soruşturma safhasında, bu Kanunu ihlal ettiği iddia edilen kişi veya kişiler, kararı etkileyebilecek her türlü bilgi ve delili her zaman Kurul'a sunabilirler" hükmü dolayısıyla, her türlü uzman iktisatçı raporunun, savunma makamı tarafından birinci yazılı savunma ile, ikinci yazılı savunma ile ve hatta gereğinde sözlü savunma esnasında da sunulması mümkün olmalıdır. Nitekim, rekabet hukuku muhakeme süreci ana amacı ceza vermek değil maddi hakikati bulmak olan bir süreç olduğuna göre,²⁴² doğru olan da budur. Doğal olarak, eğer soruşturmanın ilerleyen aşamalarında iktisadi analize yeniden ihtiyaç gösteren hususlar ortaya çıkarsa, bunlara ilişkin görüşlerin de ispat yükünün durumuna

²⁴² Rekabet hukukunun cezai bir sistem olarak kurulduğu tartışmasız olan ABD rekabet hukuku sisteminde, "ceza vermenin" amaç halini alması bir yana, ihlalde bulunduğu sabit olanların bundan caydırılmasının ana amaç yerine konulmasının bile yanlış olduğu fikri egemendir. Nitekim, *Callahan v. Scott Paper Co.* 541 F. Supp. 550 D.C.Pa., (1982) kararında "mağdurların zararının telafisi de ihlalde bulunanların caydırılması da kendi içinde birer 'amaç' değildir" denmektedir.

göre taraflarca karşılıklı olarak uzman iktisatçı görüşü ile kuvvetlendirilmesine olanak bulunmalıdır. Ayrıca, kanımızca, kritik konulardaki iktisadi analizlerin daha iyi incelenebilmesi için, herhangi bir aşamada görüş sunan uzman iktisatçının sözlü savunma toplantısına çağırılarak görüşünün detaylarına ilişkin olarak kendisine soru sorulabilmesi de her durumda ve her iki taraf için de mümkün olmalıdır.

Elbette, Türk rekabet hukuku uygulaması bakımından, soruşturmalarda uzmanlaşmış iktisatçıların görüşlerinin “takdiri delil” niteliği taşıyacağına şüphe yoktur. Rekabet Kurulu, uzman iktisatçı görüşü de dahil olmak üzere, tüm sunulan delilleri serbestçe değerlendirerek kararına dayanak alabilecektir. Dolayısıyla, rekabet hukuku muhakeme süreci için önerilen bu basamağa açıkça yer verilmesi, Türk rekabet hukuku uygulamasında Rekabet Kurulu’nun takdiri imkanını kısıtlayan değil, aksine, görüş olanaklarını artıran bir etkiye sahip olacaktır. Eylem veya işlemleri soruşturmaya uğrayan teşebbüsler ise, önceden hazırlanmış şablon kuralların kendi faaliyetlerine uygulanmasına veya ticari davranışlarının tam olarak doğru olmayan varsayımlara dayanan soyut modellere uydurulmasına karşı mücadele etmek yerine, rekabet hukukunun asli amaçları altındaki görüntüyü ortaya koymaya müsait vasıtalarla ve iddia olunan eylem ya da işlemin özüne ilişkin savunma verme olanağına kavuşmuş olacaktırlar. Rekabet hukuku muhakeme sürecinde uzman iktisatçıların görüşlerine yer ve önem verilen bir usulün oturtulması durumundan rekabet hukuku alanında çalışan avukatlar da istifade edecektir. Özellikle ABD rekabet hukuku uygulamasında görüldüğü gibi, savunmaya iktisadi analizi sağlayan iktisatçılarla hukuki analizi sağlayan avukatlar birbiriyle rakip değil birbirini tamamlar konumdadır. Nasıl resmin iktisadi analize yönelik kısmı eksik olduğu takdirde rekabet hukukunun asli amaçlarına ulaşma imkanı kısıtlıysa, bu iktisadi analizi müvekkili bakımından değerlendirecek, savunmaya hukuki perspektifini kazandıracak ve müvekkilinin hiçbir hak kaybına uğramamasını temin edecek olan yetişmiş rekabet hukukçularının varlığı da rekabet hukuku uygulamasının amacına ulaşabilmesinin olmazsa olmazıdır. Dahası, muhakeme sürecine iktisadi analizin daha çok katılmasıyla, rekabet hukuku alanında faaliyet gösteren avukatlar, hissedip de dokunamadıkları pek çok açıklama ve savunmayı açıkça formüle etmek imkanına kavuşacaklardır.

Hukuki analiz ile iktisadi analizin kol kola girmesinin önemini çok çarpıcı bir biçimde ortaya koyan güzel bir örnek ABD rekabet hukuku uygulamasında yaşanmıştır: 1967 senesi itibarıyla, ABD rekabet hukuku uygulamasında tüm (fiyata ilişkin ve fiyat dışı) dikey kısıtlamalar *per se*²⁴³ yaklaşımı altında karara bağlanmaktaydı. *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park*

²⁴³ Çok kısa bir tanımla hatırlatmak gerekirse, “per se” yaklaşımda, belli bir ticari eylem ya da işlem hakkında rekabet üzerindeki etkilerinin analizine girilmeksizin karar verilmektedir.

& Sons Co.²⁴⁴ ve *United States v. Arnold Schwinn & Co.*²⁴⁵ gibi davalar bu bakış açısından incelenmiştir. Ardından, TELSER'in 1960 yılında kaleme aldığı kuvvetli çalışmanın (Telser, 1960) etkileri hissedilmeye başlanmış ve üreticilerin belli dikey sınırlamaları getirmekte ekonomik açıdan haklı görülmesi gereken kaygıları olabileceği gerçeği 1977 yılındaki *Continental T.V., Inc. V. GTE Sylvania Inc.*²⁴⁶ davası ile kabul edilerek fiyat dışı dikey sınırlamalara muhakeme kuralı (rule of reason) altında yaklaşılması yolu açılmıştır. Burada bu davaların ve dikey sınırlamalarla ilgili olarak gelinen noktanın tarihsel kökenlerinin ayrıntısına girmek niyetinde değiliz.²⁴⁷ Bu örnekle altını bir defa daha çizmek istediğimiz husus şudur ki, Lester Telser'in iktisadi analizi ile dikey kısıtlamalara ilişkin hukuki analiz 1977 yılında kol kola girmemiş olsa idi, dikey kısıtlamaların iktisadi analizine ilişkin gerçekler²⁴⁸ rekabet hukukunda daha nice davalarda tanınmayacak ve bu alanda avukatların "hissedip de dokunamadıkları" açıklama ve savunmalar gereği gibi ortaya koyulamadığı için mütemadiyen yanlış sonuçlara varılacaktı.

Doğru "amaç" anlayışının uygulamada nasıl bir yaklaşıma yol açacağına dair tartışmayı dışlamadığımız bu istisnai başlık altındaki açıklamalarımızı, "iktisadi etkinliğin sağlanması" hedefine Türk rekabet hukukundaki mevcut hukuki düzenlemelerle ve yalnızca doğru amaç perspektifi akılda tutularak ulaşılabileceği düşüncemizin altını bir defa daha çizerek sonlandırmak isteriz.

5. SONUÇ: TÜRKİYE'DE ANLAMLI BİR REKABET POLİTİKASI İÇİN DOĞRU "AMAÇ" ve "REKABET HUKUKU" ANLAYIŞI

Türkiye'de bir rekabet politikası yaratılırken rekabet hukuku alanının potansiyelini kullanabilmek ve bir fayda elde edebilmek için öncelikle doğru "amaç" anlayışının berraklaşması gerekmektedir. Bu kitapta yer verdiğimiz sebeplerle, rekabet hukuku aracı kullanılarak ancak bir tek amaca ulaşılabilir. Örneğin, rekabet hukukunun hem "iktisadi etkinliğin sağlanmasını" hem de "küçük teşebbüslerin korunmasını" "amaç" olarak benimsemesine imkan yoktur. Bir amacın benimsenmesi diğerinden tavizi beraberinde getirmektedir.

²⁴⁴ *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373 (1911)

²⁴⁵ *United States v. Arnold Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365 (1967)

²⁴⁶ *Continental T.V., Inc. V. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36 (1977)

²⁴⁷ Telser'in ortaya koyduğu argümanlar, bunların dikey sınırlamaların analizine etkileri ve genel olarak dikey sınırlamalara ilişkin tartışmaların gelişimine ilişkin bir çalışma için bkz. Gürkaynak, Eylül 2002.

²⁴⁸ Karşılıksız faydalanma (free-riding) kavramı ve buna bağlı motivasyon sorunları bunlara örnek olarak verilebilir.

Bu anlamda, yine iktisat alanından bir analogi kuracak olursak, iktisat politikası tercihleri ile ilgili olarak TINBERGEN tarafından 1952 yılında ortaya atılan (Tinbergen, 1952) ve THEIL tarafından 1958 yılında geliştirilen (Theil, 1958) Tinbergen-Theil Prensibi (Sayılar Prensibi)'nin bir görünüş biçimine Türk rekabet hukukunun “amaç” analizinde rastlanmaktadır. “Birbirinden bağımsız iki politika aracı yoksa birbirinden bağımsız iki politika amacı birden takip edilemez” biçiminde özetlenebilecek olan bu prensip, bize Türkiye’de bir rekabet hukuku politikası oluşturulurken neden “doğru amacın belirlenmesi” gerektiğini ortaya koymakta yardımcı olmaktadır. Nasıl Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası elindeki “para arzı-faiz” aracını kullanarak hem enflasyonu düşürmeyi hem de büyümeyi hedefleyemezse, Türk Rekabet Kurumu da elindeki “rekabet hukuku uygulaması” aracıyla, örneğin, hem iktisadi etkinliğin sağlanmasını hem de küçük teşebbüslerin korunmasını hedefleyemez. “İktisadi etkinliğin korunması dolayısıyla toplumsal refahın sağlanması” amacı ile bu amaç dışında kalan ve zaman zaman rekabet hukukunun amacı olarak ortaya konulan kavramlar birbiriyle örtüşmeyen toplumsal amaçlardır. Bunların herbirini sağlayabilecek doğru toplumsal ve hukuki araçlar vardır ve bunlar da birbirlerinden bağımsızdır.

Bu düşünceler ışığında, baştan beri önerdiğimiz gibi, Türk rekabet hukuku uygulamasında “iktisadi etkinliğin sağlanması”nın hedeflenmesi lazımdır.²⁴⁹ Zira, iktisadi etkinliğin tek ölçüt olarak kabul edilmesi ekonomik büyümeye olumlu bir etkide bulunacak, toplumsal refahı artıracak ve içtihatlarla da, ihtiyaç duyulan tutarlılığı getirecektir (Easterbrook, 1982; 713-717). İktisadi etkinliğin sağlanması hedeflenirken dinamik etkinliğin sağlanması yönünde kaydedilen gelişmelere özellikle önem verilmelidir. Zira, “toplumsal refahı artıracak” hedef olan iktisadi etkinlik bakımından bu yönde etkisi en güçlü olan unsur budur. Ayrıca, bu çalışmada, çoğunlukla rekabet hukukunun zaten diğer amaçları sağlamaya ya elverişsiz ya da yetersiz bir araç olduğu belirginleşmektedir. Olası birer amaçmış gibi ortaya konan bazı başka kavramlar ise rekabet hukukunun yalnızca “işlevi” yahut “sonucu”dur. Eğer aslında yalnızca “iktisadi etkinliğin korunması” amacına doğru biçimde hizmet edebilecek olan “rekabet hukuku” aracı başka kavramlar da amaç yerine konularak kullanılırsa, rekabet hukuku rejiminin asıl potansiyeli kullanılmamış olacak ve diğer toplumsal amaçlar da kendilerine ulaşmakta yetersiz bir araçla takip ediliyor olacaktır. Bu sebeple, Türk rekabet hukuku alanında faaliyet gösterilirken, bu alanda içtihat yaratırken, ikincil mevzuatın oluşturulması

²⁴⁹ Tinbergen-Theil Prensibi'nin ortaya konmasında daima kullanılan örneği kullanacak olursak, elimizde bir tane ok (rekabet hukuku uygulaması) vardır ve bu okla vurabileceğimiz hedef de bir tanedir. Bu kitapta ortaya konan sebeplerle, hedefler arka arkaya değil yan yana durmaktadır. Oku hedefin içinden geçirerek arkasında olduğu sanılan bir hedefi daha vurma imkanı yoktur. Bu şartlar altında ok, o okun vurmaya en elverişli olduğu ve aynı zamanda toplumsal olarak vurulmasına en fazla ihtiyaç duyulan hedefe atılmalıdır.

esnasında ve zaman içinde kanunda yapılacak değişiklikleri değerlendirirken, doğru amaç perspektifi ve “rekabet hukuku” anlayışı daima göz önünde bulundurulmalıdır.

Bu kitapta yer verilen düşünceler ışığında, konu olduğu arayış ve amacı göz önüne alınarak, “rekabet hukuku”nun tanımı şu şekilde verilebilir: “Rekabet hukuku, mal ve hizmetlerin üretim ve dağıtımında iktisadi etkinliği sağlayan rekabet sürecini desteklemek suretiyle toplumsal refahı teminat altına alacak bir hukuki vasıta arayışı sırasında yaratılmakta olan kurallar bütünüdür” (Gürkaynak, Şubat/Mart 2002; 29).

Tanımda yer verilen ve yukarıda açıklanan arayış ruhu, zaten genç olan rekabet hukuku düşünce sistemini tekrar tekrar şekillendirmeye uygun zemin hazırlamaktadır. Bir de bu hukuk alanının sosyoekonomik koşullardaki değişmelerle yakın ilişkisi göz önüne alındığında, rekabet hukuku kendi kendisini en sık ve en fazla sorgulayan hukuk dallarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁵⁰ Türkiye’de sağlıklı bir rekabet politikasının oluşturulabilmesi için gerekli gördüğümüz bu sorgulamaların sağlam bir temele oturtulabilmesi için de öncelikle “amaç” perspektifinin netleştirilmesi gerekmektedir.

²⁵⁰ Rekabet hukuku alanında “kendini sorgulama” eğilimi o kadar yüksektir ki, rekabet hukukunun tümünden gereksiz ve hatta zararlı olduğuna ve rekabet hukuku kurallarının ya hiç uygulanmaması ya da uygulamasının son derece sınırlı olması gerektiğine dair de ciddi bir görüş mevcuttur. Bu görüş rekabet hukukuna faydalı pek çok analizi barındırmakla beraber, dünyada rekabet hukuku uygulamasının ve bu uygulamalara önemli ölçüde temel teşkil eden Chicago-sonrası iktisat yaklaşımlarının beraberce geldikleri nokta göz önüne alındığında, ana iddiası itibariyle tamamen varsayımsaldır (Bu görüş hakkında daha fazla detay için bkz., Bork, 1978; Armentano, 1982 ve Eckbo, 1992).

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

- Areeda, P. ve L. Kaplow** (1997), Antitrust Analysis, 5. Baskı, Aspen Law & Business
- Areeda, P. ve D. Turner** (1978), Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application, Boston: Little, Brown
- Armentano, D.** (1990), Antitrust and Monopoly: Anatomy of a Policy Failure, New York: Holmes and Meier
- Aslan, Y.** (2001), Rekabet Hukuku, Bursa, Ekin Kitabevi
- Bellamy, C. ve G. Child** (1996), Common Market Law of Competition, 4. Baskı, Sweet & Maxwell
- Bork, R.** (1978), The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself, 2. baskı, New York: Basic Books, Inc.
- Calabresi, G.** (1970), The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis, Yale University Press
- Edis, S.** (1983), Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
- Erdem, Ş.** (1996), Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelerin Ekonomik Sorunları ve Rekabet Hukuku, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Etkisi, Yayına Hazırlayan: Doç. Dr. Nurkut İnan, Ankara, TES-AR Yayını, No: 20
- Erol, K.** (2000), Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulanması, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını
- Galbraith, J.** (1967), The New Industrial State, Boston: Houghton Mifflin Co.
- Handler, M.** (1991), Antitrust in Transition, Transnational Juris Publications, Inc.
- Jorde, T. ve D. Teece** (1992), Antitrust, Innovation and Competitiveness, New York, Oxford University Press
- Korah, V.** (1994), An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice, 5. baskı, Londra, Sweet & Maxwell
- Korah, V.** (1986), EEC Competition Law and Practice, 3. Baskı, Oxford Press
- Marx, K. ve F. Engels** (1955), The Communist Manifesto, New York: Appleton-Century-Crofts

- Müftüoğlu, T.**, (1991), Türkiye’de Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler: Sorunlar ve Öneriler, Ankara, Sevinç Yayınevi
- Neale, A., ve D. Goyder** (1980), The Antitrust Laws of The United States: A Study of Competition Enforced by Law, 3. Baskı, Cambridge: Cambridge University Press
- Polinsky, M.** (1989), An Introduction to Law and Economics, 2. Baskı, Aspen Law & Business
- Porter, M.** (1985), Competitive Advantage, The Free Press
- Porter, M.** (1980), Competitive Strategy, The Free Press
- Posner, R.** (2001), Antitrust Law, 2. Baskı (1. Baskı, Antitrust Law: An Economic Perspective, 1976), The University of Chicago Press
- Posner, R. ve F. Parisi** (1997), Law and Economics, Edward Elgar
- Posner, R.** (1992), Economic Analysis of Law, 4. Baskı, Boston: Little, Brown, and Company
- Sauter, W.** (1997), Competition Law and Industrial Policy in the EU, Oxford, Clarendon Press
- Scherer, F.** (1999), New Perspectives on Economic Growth and Technological Innovation, Washington D.C., Brookings Institution Press
- Scherer, F. ve D. Ross** (1990), Industrial Market Structure and Economic Performance, 3. Baskı, Boston: Houghton Mifflin Company
- Schumpeter, J.** (1942), Capitalism, Socialism and Democracy, 3. Baskı, New York: Harper & Row
- Schumpeter, J.** (1934) (Almanca aslı; 1911), The Theory of Economic Development: An Inquiry Into Profits, Capital, Credit, Interest And The Business Cycle, Cambridge, Harvard University Press
- Smith, A.** (1937), An Inquiry Into The Nature and Causes of The Wealth of Nations, New York: Modern Library Edition
- Snyder, F.** (1990), New Directions in European Community Law, Weidenfeld & Nicholson
- Stigler, G.** (1982), The Economist As Preacher and Other Essays, University of Chicago Press
- Sullivan, P. ve W. Grimes** (2000), The Law of Antitrust: An Integrated Handbook, St. Paul, West Publishing
- Sullivan, E. ve J. Harrison** (2000), Understanding Antitrust and Its Economic Implications, 3. Baskı, Lexis Publishing
- Theil, H.** (1958), Economic Forecasts and Policy, Amsterdam, North-Holland

Tinbergen, J. (1952), On the Theory of Economic Policy, Amsterdam, 2.Baskı-1963, North-Holland

Viscusi, K., J. Vernon ve J. Harrington (2000), Economics of Regulation and Antitrust, Londra, 3. Baskı, The MIT Press

Whish, R. (1993), Competition Law, Edinburgh, Butterworths

Yeldan, E. (2001), Küreselleşme Sürecinde Türkiye Ekonomisi (Bölüşüm, Birikim ve Büyüme), İstanbul, İletişim Yayınları

MAKALELER

Adams, W. ve J. Brock (1987), "Antitrust and Efficiency: A Comment", 62 NYU Law Review 1116

Afonso, M. (1992), "A Catalogue of Merger Defenses Under European and United States Antitrust Law", 33 Harvard International Law Journal 1

Aghion, P. ve P. Bolton (1997), "A Theory of Trickle-Down Growth and Development", Review of Economic Studies, 64: 151-172

Akgemici, T., (Haziran, 2001), "KOBİ'lerin Temel Sorunları ve Sağlanan Destekler", <http://www.kobinet.org.tr/hizmetler/bilgibankasi/ekonomi/docs/TA.pdf>

Atiyas, İ. (Mart, 2000), "Rekabet Politikasının İktisadi Temelleri Üzerine Düşünceler", Rekabet Dergisi, Cilt: 1 Sayı:1, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını

Bain, J. (1951), "Relation of Profit Rate to Industry Concentration: American Manufacturing, 1936-1940", 65 Q.J. Econ. 293

Baker & Blumenthal (1986), "Ideological Cycles and Unstable Antitrust Rules", 31 Antitrust Bull. 323, 324-25

Balto, D., (2001), "The Efficiency Defense in Merger Review: Progress or Stagnation?", Antitrust 74,

http://www.whitecase.com/article_efficiency_defense_balto.pdf

Baxter, W. (1982), "Separation of Powers, Prosecutorial Discretion and the 'Common Law' Nature of Antitrust Law", 60 Texas Law Review 661

Bernanke, B. ve R. Gürkaynak (2001), "Is Growth Exogenous? Taking Mankiw, Romer, and Weil Seriously", NBER Working Paper No. 8365 (Yayınlanacağı kaynak: NBER Macroeconomics Annual, M.I.T. Press, Cambridge, 2001)

Bock, B. (1972), "Concentration, Oligopoly, And Profit: Concepts vs. Data", The Conference Board

Boratav K., E. Yeldan ve A. Köse (Şubat, 2000), "Globalization, Distribution And Social Policy: Turkey: 1980-1998", New York, CEPA and The New School for Social Research, Working Paper Series, No: 20

- Bork, R.** (1966), "Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act", 9 J.L. & Econ. 7, 91
- Brodley, J.** (1987), "The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare and Technological Progress", 62 New York University Law Review 1020
- Brodley, J.** (1982), "Joint Ventures and Antitrust Policy", 95 Harvard Law Review 1521, 1523
- Brozen, Y.** (1974), "Concentration and Profits: Does Concentration Matter?", 19 Antitrust Bull. 381
- Calvani, T.** (1988), "What is the Objective of Antitrust", Calvani, T. ve J. Siegfried (der), Economic Analysis and Antitrust Law içinde, 2. baskı, Boston, Little, Brown and Company
- Campbell, T.** (1984), "The Efficiency of the Failing Company Defense", 63 Tex. L. Rev. 251
- Coase, R.** (1996), "Law and Economics and A.W. Brian Simpson", 25 J. Legal Stud. 103
- Coase, R.** (1966), "The Problem of Social Cost", 3 Journal of Law & Economics 1
- Coase, R.** (1937), "The Nature of the Firm", *Economica*, 4(ns), 1937, 386-405
- Comanor, W. ve R. Smiley (1980), "**Monopoly and the Distribution of Wealth: Revisited**", 94 Q. J. Econ. 185
- Crepon, B., E. Duget ve J. Mairesse** (1998), "Research Innovation and Productivity: An Econometric Analysis at Firm Level", NBER Working Paper No. 6696
- Dalkir, S., J. Logan ve R. Masson** (Nisan, 2000), "Mergers in Symmetric and Asymmetric Noncooperative Auction Markets: The Effects on Prices and Efficiency", *International Journal of Industrial Organization*, 18(3)
- Denison, E.** (1974), "Accounting for United States Economic Growth 1929-1969", Washington, D.C.: Brookings Institution
- Demsetz, H.** (1974), "Two Systems of Belief About Monopoly", "Industrial Concentration: The New Learning" içinde, Little, Brown & Co.
- Easterbrook, F.** (1984), "The Limits of Antitrust", 63 Texas Law Review 1
- Easterbrook, F.** (1982), "Is There A Ratchet in Antitrust Law?", 60 Texas Law Review 705
- Eckard, E.** (1995), "The Impact of the 1980's Merger Movement on U.S. Industrial Concentration", 40 Antitrust Bulletin 397
- Eckbo, E.** (1992), "Mergers and the Value of Antitrust Deterrence", 47 Journal of Finance 1005

- Elzinga, K.** (1977), "The Goals of Antitrust Other Than Competition and Efficiency, What Else Counts?", 125 U. Pa. L. Rev. 1191
- Fisher, A., F. Johnson ve R. Lande** (1989), "Price Effects of Horizontal Mergers", 77 California Law Review 777, 813
- Flynn, J.** (1990), "Antitrust Policy and The Concept of A Competitive Process", 35 N.Y.L. Sch. L. Rev. 893
- Forrester, I.** (2001), "The Reform of the Implementation of Articles 81 and 82 Following Publication of the Draft Regulation", "European Issues of Legal Integration", Legal Issues of Economic Integration içinde, Vol. 28, Hollanda, Kluwer Law International
- Fox, E.** (1981), "The Modernization of Antitrust: A New Equilibrium", 66 Cornell Law Review 1140
- Fox, E.** (1982), "The New Merger Guidelines-A Blueprint for Microeconomic Analysis", 27 Antitrust Bulletin 519, 590-591
- Gerber, D.** (1989), "Antitrust and the Challenge of Internationalization, Foreword to Symposium on Antitrust Law and the Internationalization of Markets", 64 CHI.-KENT L. REV. 689
- Gilbert, R.** (Mart 2000), "Exclusive Dealing, Preferential Dealing, and Dynamic Efficiency," Review of Industrial Organization, Cilt. 16, No. 2
- Griliches, Z.** (1995), "R&D and Productivity: Econometric Results and Measurement Issues", P. Stoneman (der), Handbook of Economics of Innovation and Technological Change" içinde, Oxford, Blackwell, 53-89
- Güneş, M., A. Köse ve E. Yeldan** (1996), "Input-Output Tablosu Sektör Tasnifine Göre Türkiye İmalat Sanayiinde Yoğunlaşma Eğilimleri", Ekonomik Yaklaşım, 8(26): 33-47
- Gürkaynak, G.** (Şubat/Mart 2002), "Shifting The Burden of Proof in Turkish Competition Law", Global Competition Review, Londra, Law Business Research Ltd.
- Gürkaynak, G.** (Ocak 2002), "The Problem of Proof Under Turkish Competition Law", International Financial Law Review, Londra, Euromoney Institutional Investor Publications PLC
- Gürkaynak, G.** (Nisan, 2001), "The Presumption of Concerted Practice In The Turkish Competition Law: An Institution of Legal Uncertainty With An Uncertain Future", <http://www.geocities.com/gonencgurkaynak/Research.html>
- Hicks, J. R.** (1939), "The Foundations of Welfare Economics", 49 Econ. J. 696
- Holmes, O.W.** (1897), "The Path of the Law", 10 Harvard Law Review 457, 469
- Hovenkamp, H.** (1982), "Distributive Justice and the Antitrust Laws", 51 Geo. Wash. L. Rev. 1, 24-26

Jorde, T. ve R. Harris (1983), "Market Definition in The New Merger Guidelines: Implications for Antitrust Enforcement", 71 California Law Review 464; Yeniden Basım: Fox, E. ve J. Halverson (der.) (1984), "Antitrust Policy in Transition: The Convergence of Law and Economics", American Bar Association

Kaldor, N. (1939), "Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility", 49 Econ. J. 549

Kamerschen, D. (1976), "The Economic Effects of Monopoly: A Lawyer's Guide to Antitrust Economics", 27 Mercer Law Review 1061

Katircioğlu, E. (1990), "Türkiye İmalat Sanayiinde Yoğunlaşma ve Yoğunlaşmayı Belirleyen Faktörler: 1975-1985", İstanbul, TÜSES

Klette, T. ve Z. Griliches (2000), "Empirical Patterns of Firms Growth and R&D Investment: A Quality Ladder Model Interpretation", The Economic Journal

Kotan, Z. (Ocak 2002), "Uluslararası Rekabet Gücü Göstergeleri: Türkiye Örneği", Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası Araştırma Genel Müdürlüğü, <http://www.tcmb.gov.tr/~research/discus/dpaper53.pdf>

Kovacic, W. (1992), "The Influence of Economics on Antitrust Law", Economic Inquiry, 294-306

Kovacic, W. (1997), "Creating Competition Policy: Betty Bock and the Development of Antitrust Institutions", Antitrust Law Journal. 66, 231-45

Kovacic, W. (1989), "Failed Expectations: The Troubled Past and Uncertain Future of the Sherman Act as a Tool for Deconcentration.", Iowa Law Review 74, 1105-1150

Kwoka, J. ve R. Warren-Boulton (1986), "Efficiencies, Failing Firms, and Alternatives to Merger: A Policy Synthesis," The Antitrust Bulletin, 431-50

Lande, R. (1989), "Challenges to the Chicago School Approach: Chicago's False Foundation: Wealth Transfers (Not Just Efficiency) Should Guide Antitrust", 58 Antitrust L. J. 631

Lande, R. (1983), "Wealth Transfers as the Original and Primary Goal of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged", 34 Hastings Law Journal 65

Leary, T. (2001), "Three Hard Cases and Controversies: The FTC Looks at Baby Foods, Colas and Cakes", <http://www.ftc.gov/speeches/leary/learythree.htm>

Lesguillons, H., N. Jalabert-Doury ve N. McCarthy (Şubat/Mart 2002), "The Green Paper: an exercise in tackling or tinkering?", Global Competition Review, Londra, Law Business Research Ltd.

Lustgarten, S. ve J. Weston (1974), "Concentration and Inflation", "Industrial Concentration: The Economic Issues" içinde, Little Brown and Co.

- Mankiw, N., D. Romer, and D. Weil** (1992), "A Contribution to the Empirics of Economic Growth", *Quarterly Journal of Economics*, 107(2), 407-37
- McLaren, R.** (1971), "Oligopoly and Inflation (III): The View from the Justice Department", 4 *Antitrust L. & Econ. Rev.*
- Mueller, W.** (1974), "Industrial Concentration: An Important Inflationary Force", "Industrial Concentration: The New Learning" içinde, Little, Brown & Co.
- Muris, T.** (1980), "The Efficiency Defense Under Section 7 of the Clayton Act", 30 *Case Western L. Rev.* 381, 403-07
- Müftüoğlu, T.** (Mart, 2000), "Rekabet Kanunu ve İki Yıllık Uygulaması", *Rekabet Dergisi*, Cilt: 1 Sayı:1, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını
- Pitofsky, R.** (1979) "The Political Content of Antitrust", 127 *U. Pa. L. Rev.* 1051
- Porter, M.** (Kasım/Aralık 1996), "What is Strategy?", *Harvard Business Review*
- Posner, R.** (1979), "The Chicago School of Antitrust Analysis", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 127
- Posner, R.** (1980), "The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication", 8 *Hofstra L. Rev.* 487, 489
- Rasmusen, E. (Ekim 2000 taslağı), "Economic Regulation and Social Regulation", henüz yayınlanmamıştır, <http://Php.indiana.edu/~erasmuse/papers/social.pdf>
- Rowe, F.** (1984), "The Decline of Antitrust and the Delusions of Models: The Faustian Pact of Law and Economics", 72 *Geo. L.J.* 1511, 1553-59
- Scherer, F.** (1987), "Antitrust, Efficiency, and Progress", 62 *NYU Law Review* 998
- Schmalensee, R.** (1987), "Ease of Entry: Has the Concept Been Applied Too Readily?", *Antitrust Law Journal*, Vol. 56
- Schmalensee, R. (1982), "Another Look at Market Power", 95 *Harvard Law Review* 1789
- Schwartz, L.** (1979), "'Justice' and Other Non-Economic Goals of Antitrust", 127 *U.Pa.L. Rev.* 1076
- Siegfried, J. ve E. Wheeler** (1981), "Cost Efficiency and Monopoly Power: A Survey", 21 *Q. Rev. Econ. & Bus.* 25
- Simpson, B.** (1996), "Coase v. Pigou Reexamined", 25 *J. Legal Stud.* 53
- Solow, R.** (1956), "A Contribution to the Theory of Economic Growth", *Quarterly Journal of Economics*, 70, 65-94
- Stemmons, R.** (1986), "The Adoption and Confusion of Microeconomic Theory And Policy in Antitrust Law", 51 *Missouri Law Review* 239
- Sullivan, L.** (1975) Book Review, 75 *Colum. L. Rev.* 1214

- Taymaz, E.**, (1999), "Trade Liberalization and Employment Generation: The Experience of Turkey in the 1980s", Middle East Technical University Economic Research Center Working Paper, No. 1999-11, Ankara
- Telser, L.**, (1960), "Why Should Manufacturers Want Fair Trade?", 3 J. Law & Econ. 86
- Terleckyj, N.** (1974), "Effects of R&D on The Productivity Growth of Industries: An Exploratory Study", Washington, National Planning Association
- Thurow, L.** (Aralık, 1987), "A Weakness in Process Technology", Science
- Weiss, Y.** (1974), "The Concentration Profits Relationship and Antitrust", "Industrial Concentration: The New Learning" içinde, Little, Brown & Co.
- Weiss, Y.** (1966), "Business Pricing Policies and Inflation Reconsidered", 74 J. Pol. Econ. 177
- West, R.** (1988), "Economic Man and Literary Woman: One Contrast", 39 Mercer Law Review 867
- Williamson O.** (1988), "Economies as an Antitrust Defense Revisited", 125 U. Pa. L. Rev. 699, Calvani, T. ve Siegfried, J. (der.), Economic Analysis and Antitrust Law içinde, 2. Baskı, Boston, Little, Brown and Company
- Williamson, O.** (1968), "Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs", 58 American Economic Review 18
- Yeldan, E., E. Voyvoda ve K. Metin-Özcan** (Ekim 2000), "On The Patterns of Trade Liberalization, Oligopolistic Concentration and Profitability: Reflections from Post-1980 Turkish Manufacturing",
http://www.bilkent.edu.tr/~yeldane/ERF_mv00-2.PDF

TEBLİĞLER (KONFERANSLAR ve SEMPOZYUMLAR)

- Aslan, Y.**, "Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002 (Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku), Ankara, yayınlanmamış tebliğ, (8-11 Ocak 2002)
- Aslan, İ.Y.**, "Amerikan Rekabet Hukuku Sistemi", Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu, Ankara, <http://www.rekabet.gov.tr/etkinliklerimiz.html> , Sıra No: 3, (21 Ekim 1999)
- Aslan, İ. Y.**, "AB Rekabet Politikalarının KOBİ'lere Uygulanması ve Türk Rekabet Yasası Tasarısı", Sosyal Piyasa Ekonomisi ve KOBİ'ler Semineri Notları, Tosyöv yayını, Ankara, (1994)
- Atiyas, İ.**, "Doğal Tekeller, Rekabet ve Regülasyon", Perşembe Konferansı, Rekabet Kurumu, Ankara, (16 Aralık 1999)
- Demsetz, H.**, "100 Years of Antitrust: Should We Celebrate?", Brent T. Upson Memorial Lecture, George Mason University School of Law, Law and Economics Center, yayınlanmamış tebliğ, (1991)

Erol, K., “Rekabet Kurumu ve Uygulamaları”, “Türkiye Birinci Uluslararası Rekabet Sempozyumu”, <http://www.rekabet.gov.tr/semkit.html>, (Ekim, 1998)

Fox, E., “Modernization: Efficiency, Dynamic Efficiency, and the Diffusion of Competition Law”, “The Modernization of EC Antitrust Policy”, European Competition Law Annual 2000, Ehlermann, C. ve I. Atanasu (der), Oxford, Hart Publishing, (Mayıs, 2001)

Güneş, H., “Türk Rekabet Yasasını Hazırlama Güdüler ve Uygulamasına İlişkin Öneriler”, Perşembe Konferansları, Ankara, <http://www.rekabet.gov.tr/etkinliklerimiz.html> , Sıra No: 25, (6 Nisan 2000)

Gürkaynak, G., “An Approach to the Contemporary Treatment of Vertical Integration Cases in Antitrust Law from a Law and Economics Perspective: Recent Experiences in the US and EU”, ERC/METU VI. International Conference in Economics, Ankara, <http://www.econ.utah.edu/ehrbar/erc2002/pdf/i015.pdf> , (11-14 Eylül 2002)

İnan, N., “Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinler İle İlişkisi”, Perşembe Konferansları 1, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, (7 Ekim 1999)

Karaosmanoğlu, A., “Bilgi Çağı, Rekabet ve Türkiye”, Perşembe Konferansları 15, Ankara, <http://www.rekabet.gov.tr/perkon.html> , (Mayıs, 2001).

Kaymaz M., S. Altın, ve M. Güneş, “Türkiye İmalat Sanayiinde Yoğunlaşma”, TMMOB Sanayi Kongresi Bildiriler Kitabı, Cilt 1, TMMOB-MMO Yayını, Ankara, (1993)

Kolasky, W., C. Ehlermann, M. Reynolds, D. Hull, J. Davies et al., “The 2002 Antitrust Conference”, “Bilateral Cooperation”, New York, (8 Mart 2002)

Korah, V., “Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunun 4. Maddesini Dar Anlamda Yorumlama Nedenleri”, “Türkiye Birinci Uluslararası Rekabet Sempozyumu”, <http://www.rekabet.gov.tr/semkit.html> , (Ekim, 1998).

Martin, S., 41st Annual Advanced Antitrust Seminar: Distribution & Marketing, Practising Law Institute, New York, (4 Şubat 2002)

Morgil, O., “Rekabet Politikası ve Özelleştirme Sempozyumu”, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, (1999)

Müftüoğlu, T., “Açılış Konuşması”, “Türkiye İkinci Uluslararası Rekabet Sempozyumu”, İstanbul, <http://www.rekabet.gov.tr/semkit.html>, (6-7 Mart 2000)

Öz, G., “Rekabet Politikası ve Özelleştirme Sempozyumu”, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, (1999)

Özsunay, E., “Alman Kartel Kanunu ve Topluluk Rekabet Hukuku Işığında ‘Teşebbüsler Arası Anlaşmalar’ ve ‘Teşebbüs Birliği’ Kararları”, Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu, Ankara, <http://www.rekabet.gov.tr/etkinliklerimiz.html> , Sıra No: 18, (10 Şubat 2000)

Sanlı, C., “Rekabet Hukukunda Tekelci Fiyatlandırma”, Perşembe Konferansı, Rekabet Kurumu, Ankara, (26 Ekim 2000)

Tan, T., “Rekabet Politikası ve Özelleştirme Sempozyumu”, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, (1999)

Yılmaz, E., “Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları”, Perşembe Konferansları 2, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, (1999)

KARARLAR ve İLGİLİ BASIN AÇIKLAMALARI/GÖRÜŞLER

AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ

United States v. Trans-Missouri Freight Assn., 166 U.S. 290, 323, (1897)

Standard Oil Co. v. United States, 221 U.S. 1, 60, 64-65, 68 (1911)

Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co., 220 U.S. 373 (1911)

United States v. Corn Products Refining Co., 234 F. 964 (S.D.N.Y. 1916)

Chicago Board of Trade v. United States, 246 U.S. 231 (1918)

United States v. United States Steel Corp., 251 U.S. 417, 440-441, 451 (1920)

United States v. International Harvester Co., 274 U.S. 693, 708 (1927)

International Shoe Co. v. FTC, 280 U.S. 291, 302 (1930)

Appalachian Coals, Inc. v. United States, 288 U.S. 344 (1933)

Humphrey's Executor v. U.S., 295 U.S. 602 (1935)

United States v. Socony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150 (1940)

United States v. Aluminum Co. of America, 148 F. 2d 416, 431, 2. daire, (1945)

Brown Shoe Co. v. United States, 370 U.S. 294, 320, 344 (1962)

U.S. v. Philadelphia National Bank, 374 U.S. 321 (1963)

Silver v. New York Stock Exchange, 373 US 341 (1963)

FTC v. Consolidated Foods Corp., 380 U.S. 592 (1965)

United States v. Von's Grocery Co., 384 U.S. 270 (1966)

FTC v. Procter & Gamble Co., 386 U.S. 568 (1967)

United States v. Arnold Schwinn & Co., 388 U.S. 365 (1967)

Citizen Pub Co. v. United States, 394 U.S. 131, 138 (1969)

United States Steel Corp. v. FTC, 426 F. 2d 592, 6. daire, (1970)

Syufy Enterprises v. United States, 404 U.S. 802 (1971)

United States v. Topco Associates, 405 U.S. 596 (1972)

United States v. Falstaff Brewing Co., 410 U.S. 527 (1973)

United States v. General Dynamics Corp., 415 U.S. 486 (1974)
In re Ash Grove Cement, 85 F.T.C. 1123, 1148 (1974)
Missouri Portland Cement Co. v. Cargill, Inc., 498 F.2d 851, 2. daire, (1974)
Blue Chip Stamps v. Manor Drug Stores, 421 U.S. 723 (1975)
Emhart Corp. v. USM Corp., 527 F.2d 177, 1. daire, (1975)
Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc., 433 U.S. 36 (1977)
Brunswick v. Pueblo Bowl-O-Mat, 429 U.S. 477 (1977)
National Society of Professional Engineers v. United States, 435 U.S. 679 (1978)
Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting Sys., Inc., 441 U.S. 1 (1979)
Reiter v. Sonotone Corp., 442 U.S. 330 (1979)
Heublein, Inc., 96 F.T.C. 385 (1980)
Callahan v. Scott Paper Co., 541 F. Supp. 550 D.C.Pa., (1982)
Beatrice Foods, 101 F.T.C. 733 (1983)
Barry Wright Corp. v. ITT Grinnell Corp., 724 F. 2d 227, 234, 1.daire, (1983)
National Collegiate Athletic Association v. Board of Regents of The University of Oklahoma, 468 U.S. 85 (1984)
General Motors Corp., 103 F.T.C. 372 (1984)
Laker Airways Ltd. v. Sabena, Belgian World Airlines, 731 F.2d 909 (1984)
American Medical International Inc., 104 F.T.C. 1 (1984) (karar düzeltme 104 F.T.C. 617 (1984) ve 107 F.T.C. 310 (1986))
Northwest Wholesale Stationers Inc. v. Pacific Stationery and Printing Co., 472 U.S. 284 (1985)
Cargill, Inc. v. Montfort of Colorado, Inc., 479 U.S. 104 (1986)
Rothery Storage & Van Co. v. Atlas Van Lines, Inc. 792 F. 2d 210 (D.C. Bölge Mah. 1986), cert. denied, 479 U.S. 1033 (1987)
Clamp-All Corp. v. Cast Iron Soil Pipe Institute, 851 F.2d 478 (1988)
Sandy River Nursing Care Center v. National Council on Compensation Ins., 798 F.Supp. 810 (1992)
Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan, 506 U.S. 447, 458 (1993)
Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209 (1993)
Smalley & Co. v. Emerson & Cuming, Inc., 13 F.3d 366 C.A.10 (Colo.) (1993)

Dedication and Everlasting Love to Animals v. Humane Soc. of U.S., Inc., 50 F.3d 710 C.A.9 (Cal.) (1995)

Dial a Car, Inc. v. Transportation, Inc., 82 F. 3d 484, 487, D.C. Bölge Mah., (1996)

Ortho Diagnostic Sys., Inc. v. Abbott Labs., Inc., 920 F. Supp. 455, 465-66 (S.D.N.Y. 1996)

State Oil Co. v. Khan, 118 U.S. 275 (1997)

FTC v. Staples, 970 F. Supp. 1066 (D.D.C. 1997)

Nynex v. Discon 119 U.S. 493 (1998)

Rebel Oil Co. v. Atlanta Richfield Co., 957 F. Supp. 1184, 1200 (D. Nev. 1997), aff'd, 146 F. 3d 1088, 9. daire, (1998)

United States v. Microsoft Corp., 147 F.3rd 935,949-50, D.C. Bölge Mah., (1998)

California Dental Association v. FTC 119 U.S. 1604 (1999)

PepsiCo, Inc./The Quaker Oats Company (Gatorade), Federal Ticaret Komisyonu Basın Açıklaması, <http://www.ftc.gov/opa/2001/08/pepsi.htm>, (1 Ağustos 2001)

FTC v. H.J. Heinz Co., 246 F.3d 708, D.C. Bölge Mah., (2001)

AVRUPA BİRLİĞİ

Consten and Grundig v Commission Case (56, 58/64 (1966) ECR 299, [1966] CMLR 418), (1966)

Walt Wilhelm v. Bundeskartellamt, Case 14/68, ECR 1, (1969)

Europemballage and Continental Can v. Commission, Case 6/72, ECR 215 (1973)

Metro-SB-Grossmaerkte GmbH & Co. KG v. Commission, Case 26/76, 2 CMLR 1, (1978)

Hoffman-La Roche & Co. v. EC Commission (1979) 3 CMLR 211

Aerospatiale/Alenia/de Havilland (1992) 4 CMLR M2

MSG/Media Service, (1994) O.J. L364/1

Mannesmann/Vallourec/Ilva Case IV/M.315 (1994) OJ L102

Comite Central d'Enterprise de la Societe Anonyme Vittel v. European Commission Case T-12 /93 (1995) 2 ECR 1247

Nordic Satellite Distribution, (1996) O.J. L53/20

Boeing/McDonnell-Douglas, 1997 O.J. (L 336) 16-47 (Case No. IV/M, 30 Temmuz 1997)

Coca-Cola/Carlsberg, 1998 O.J. (L 145) 41-62 (Case No. IV/M. 833, 11 Eylül 1997)

Guinness/Grand Metropolitan, 1998 O.J. (L 288) 24-54 (Case No. IV/M. 938, 15 Ekim 1997)

Arge Bat, ZVEI and HDE, 1998 O.J. C172/12 (1998)

EACEM Energy Saving Commitment, 1998 O.J. C12/2 (1998)

Raportör Jacobs'un 21 Eylül 1999 tarihli *Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie* C-67/96, C-115-117 ve 219/97 kararına verdiği görüş, (28 Ocak 1999)

Airtours/First Choice, Case No. IV/M.1524, (22 Eylül 1999)

Deutsche Post, 2001 O.J. (L125), Komisyon Kararı 35.141, (20 Mart 2001)

General Electric/Honeywell, Case No. IV/M. 2220, (3 Temmuz 2001)

Covisint kararı, Komisyon Basın Açıklaması, IP/01/1155, (31 Temmuz 2001)

Eco-Emballages, 2001 O.J. (L233), Komisyon Kararı 34.950, (31 Ağustos 2001)

Identrus, 2001 O.J. (L249), Komisyon Kararı 37.462, (19 Eylül 2001)

Schneider/Legrand, Case COMP/M.2283, (10 Ekim 2001)

Ambulanz Glöckner v. Landkreis Südwestpfalz, Case C-475/99, (25 Ekim 2001)

Zinc Phosphate, Komisyon Kararı 37.027, (11 Aralık 2001). (Henüz yayınlanmamıştır.)

Tetra Laval/Sidel, Case COMP/M.2416, (30 Ocak 2002)

Wouters, C-309/99, (19 Şubat 2002) (Henüz yayınlanmamıştır.)

Airtours v Commission, Case T-342/99, (6 Haziran 2002)

Schneider Electric v. Commission, Case T-310/01, (22 Ekim 2002)

Tetra Laval v. Commission, Case T-5/02, (25 Ekim 2002)

Tetra Laval/Sidel kararı, Komisyon basın açıklaması, IP/03/36, (13 Ocak 2003)

TÜRKİYE

“İGTOD”, (24.11.1999, 99-53 / 575-365), 1.06.2001 tarih ve 24419 sayılı RG

“Uzan/Doğan/Sabah k. Cumhuriyet Gazetesi”, (8.12.1999, 99-56/599-381), 19.8.2000 tarih ve 24145 sayılı RG

“Borusan/Mannesmann”, (20.08.1998, 80/617-119), 30.4.2000 tarih ve 24035 sayılı RG

“Erciyas/Toros”, (12.2.1998, 52/379-43), 19.11.1998 tarih ve 23528 sayılı RG

“Yeni Günaydın”, (20.11.1997, 40/250-6), 12.11.1998 tarih ve 23521 sayılı RG

DİĞER KAYNAKLAR

Rekabet Politikası Hakkında I., IX. ve XXI. Komisyon Raporu

Rekabet Hukuku ve Politikası Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Devlet Planlama Teşkilatı Özel İhtisas Komisyonu Raporları içinde, <http://ekutup.dpt.gov.tr>, (Aralık 1994)

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Gerekçesi, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet ve Sanayi ve Teknoloji ve Ticaret Komisyonları Raporları (1/542), T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, Sayı: B.02.0.KKG/101-485/04689 ve Tarih: 10.5.1993

ABD Adalet Bakanlığı ve Federal Ticaret Komisyonu tarafından hazırlanan “Uluslararası Operasyonlar İçin Rekabet Hukuku Uygulaması Rehberi”, 1, (Nisan 1995)

ABD Adalet Bakanlığı ve Federal Ticaret Komisyonu tarafından hazırlanan, “Yatay Birleşme Rehberi”, (2 Nisan 1992 ve 8 Nisan 1997)

İngiltere Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Raporu, “Mergers: A Consultation Document on Proposals for Reform”, <http://www.dti.gov.uk/cp/mergercon/merger.pdf>, Bölüm 3.2, (Ağustos 1999)

Regülasyon 1310/97 (1997) O.J. L180/1, düzeltme (1998) O.J. L40/17 ile değiştirilmiş Konsey Regülasyonu 4064/89 (1989) O.J. L395/1, düzeltme O.J. L257/14

Konsey Regülasyonunun Gözden Geçirilmesine Dair Yeşil Kağıt (EEC) 4064/89, COM(2001) 745/6, (11 Aralık 2001)

BNA Antitrust & Trade Reg. Report No. 688, E-1 (1974)

ABD Federal Ticaret Komisyonu, Politika Planlama ve Değerlendirme Bölümü, 1976 Bütçe Değerlendirmesi; BNA Antitrust/Trade Reg. Report No. 692, E-5 (1974)