

OECD/DÜNYA BANKASI MODEL REKABET KANUNU

Dr. Talat KAYA*

ÖZET

Özel teşebbüslerin rekabete aykırı eylem ve işlemlerinin uluslararası düzeyde ele alınmasına yönelik pek çok ikili ve çok taraflı girişim başlatılmış ise de, bu girişimlerin olumlu sonuçlar vermesi, ülkelerin rekabet hukuku ve politikası açısından ortak bir anlayışa sahip olmalarını gerektirir. Uluslararası alanda böylesi bir ortak anlayışın sağlanmasına yönelik çalışmalardan bir tanesi de Model Kanun çalışmalarıdır. Bu çerçevede, OECD ve Dünya Bankası tarafından 1999 yılında yayımlanan Model Kanun, rekabet düzenlemesine sahip olmayan gelişme yolundaki ülkelerin örnek alabilecekleri bir metin oluşturarak, rekabet hukuku ve politikası konusunda ortak anlayışın geliştirilmesini amaçlamaktadır. Model Kanun geliştirmekte olan ülkelerin tüm hassasiyetlerini yansıtmamakla birlikte, esnek yapısı sayesinde bu ülkeler tarafından kullanılabilir niteliktedir.

Anahtar Kelimeler: OECD, Dünya Bankası, Model Rekabet Kanunu, Rekabet Hukuku, Uluslararası Rekabet Anlaşması

OECD / WORLD BANK'S MODEL COMPETITION LAW

ABSTRACT

Although several bilateral and multilateral initiatives have been launched at the international level for addressing anti-competitive practices of private enterprises, for yielding positive results, a common

* kayatalat@gmail.com

understanding is required among the countries, in terms of competition law and policy. One of the efforts at the international arena for reaching such a common understanding is the Model Law studies. In this context, Model Law of the OECD and the World Bank, published in 1999, aims to create a common understanding, by establishing a model text for the benefit of developing countries, which have no competition laws. Although some aspects of the Model Law do not reflect the sensitivities of developing countries, through its flexible structure, it can be used by those countries.

Keywords: OECD, World Bank, Model Law on Competition Law, International Competition Agreement

GİRİŞ

İkinci Dünya Savaşı sonrasında kurulan yeni ekonomik düzenin en temel özelliği dünya ekonomileri arasında yaşanan bütünleşme eğilimidir. Bu çerçevede, uluslararası düzeyde malların, hizmetlerin, sermayenin ve hatta insanların serbest dolaşımının önündeki engeller birer birer ortadan kaldırılmaya başlanmıştır. Yaşanan bu bütünleşme sürecinde, daha önce ulusal düzeyde faaliyet gösteren pek çok şirket uluslararası düzeyde faaliyet göstermeye başlamıştır. Bu dönemde özellikle ticaret önündeki devlet engelleri Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması¹ (GATT) altında yürütülen çok taraflı müzakereler yoluyla ya da devletlerin yaptıkları ikili anlaşmalar ile ortadan kaldırılmıştır².

¹ Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması 1947 yılında imzalanmış ve 1947–1994 yılları arasında uzunca sayılabilecek bir dönemde uygulanmıştır. 1994 yılında imzalanan Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) Anlaşması ve ekinde yer alan Anlaşmalar (DTÖ Anlaşmaları) ise, GATT 1947'nin üstlenmiş olduğu rolü sürekli ve yaptırım gücü ile desteklenmiş hukuksal bir platforma taşımıştır. DTÖ Anlaşması, GATT 1947 hükümlerini ve uygulanmasını yürürlükten kaldırmamış, tam tersine, GATT 1947 sonrası dönemde üye devletlerin "Round" olarak bilinen müzakere turları sonrasında üzerinde uzlaştıkları gelişmeleri de içerecek şekilde anılan hükümleri GATT 1994 altında bünyesine katmıştır. Daha fazla bilgi için Bkz <http://wto.org>

² Bu kapsamda örneğin, Türkiye bugüne kadar AB ile gümrük birliği gerçekleştirmiş, 31 ülke ile de Serbest Ticaret Anlaşması (STA) imzalamıştır. Ancak 11 adet STA, STA

Söz konusu anlaşmaları imzalayan ülkelerin temel amacı kendi mal ve hizmetlerinin diğer pazarlarda herhangi bir engel ile karşılaşmadan eşit rekabet koşulları altında tüketicilere sunulması olmuştur³. Bununla birlikte, bahse konu devlet engellerinin yerini şirketlerin rekabete aykırı davranışlarının alması, amaçlanan hedeflerin tam anlamıyla gerçekleşmesini kısıtlamıştır⁴. Bu nedenle, devlet engellerinin kaldırılması ile bütünleşmesi öngörülen pazarlarda teşebbüslerin rekabete aykırı eylem ve işlemlerinin sınırlandırılması ve nihai olarak kaldırılması amacıyla uluslararası alanda işbirliğine yönelik çeşitli girişimler başlatılmıştır.

Bahse konu girişimlerin en yaygın olanı rekabete ilişkin ikili işbirliği anlaşmalarıdır⁵. İkili işbirliği anlaşmalarının içerikleri farklı olabilmektedir. Bazı anlaşmalar sadece bildirim, bilgi değişimi ve danışmalar yolu ile anlaşmaya taraf iki ülke arasında rekabet alanında işbirliğini öngörür iken, diğer bazıları taraflar arasında rekabet kanunlarının yakınlaştırılması ve ortak uygulanması gibi alanları kapsayacak şekilde geniş kapsamlı olabilmektedir⁶.

imzalanan ülkelerin AB'ne katılımları nedeniyle fesh edilmiştir. Bkz. <http://www.ekonomi.gov.tr/sta/index.cfm>, son erişim tarihi 1 Haziran 2014.

³ Kudrle R.T., *The Globalization of Competition Policy, Transformations In Global Governance, Implications for Multinationals and Other Stakeholders*, Ed. Vachani S., Boston University, 2007, s. 22.

⁴ Fox E., *Rekabet Hukukunun Önemi ve Küreselleşen Dünyadaki Yeri*, Rekabet Kurumu Peşembe Konferansları, 1997, s. 122-123; Karakoç K. O., *Rekabet Kurallarının Uluslararasılaşma Süreci ve Uluslararası Örgütlerin Politikaları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, 2003, s.22; Kudrle, s.22; Matsushita M, *Reflections on Competition Policy/Law in the Framework of the WTO*, *International Antitrust Law & Policy, Fordham Corporate Law*, 1997, s. 31; Zach R., *Towards WTO Competition Rules*, Kluwer Law International, 1999, Önsöz.

⁵ Fox, s. 132; Waller S. W., *The Internationalization of Antitrust Enforcement*, *Boston University Law Review*, Vol. 77, 1997, s. 361.

⁶ Taylor M. D., *International Competition Law, A New Dimension for the WTO?*, Cambridge University Press, 2006, s. 109; Wood P. D., *Internationalization of Antitrust Law: Options for the Future*, *DePaul Law Review*, Vol 44, 1994-1995, s. 1293; Böylesi bir anlaşma örneği için Bkz. *Australian Competition and Consumer Commission and New Zealand Commerce Commission, Cooperation Protocol for Merger Review August 2006*, <http://registers.accc.gov.au/content/item.phtml?itemId=757826&nodeId=>

Uluslararası alandaki diğ er bir iş birliğ i ç eş idi ise ç oklu anlaş malar yolu yapılan iş birliğ idir⁷. Sö z konusu anlaş malar genellikle belli bir coğ rafiya da yer alan ö lkelerin aralarındaki ekonomik entegrasyonun derecesi ile doğ ru orantılı olarak kapsamını belirledikleri düzenlemelerdir. Bu ç erç evede ö rneğ in, AB ö lkeleri arasında rekabet düzenlemesi uluslarüst ü nitelikte olup, teş ebbüslerin rekabete aykırı eylem ve iş lemlerine ilişkin soruşturmalar üye ö lkeler adına bir ortaklık organı olan Avrupa Komisyonu tarafından yürütö lmektedir⁸. Buna mukabil, Asya Pasifik Ekonomik İş birliğ i'ne (APEC) dahil üyeler arasındaki iş birliğ i zayıf nitelikte olup, genellikle bölge ö lkeleri arasında ikili iş birliğ i ve rekabet politikalarının yakınlaşt ırılması yolu ile ç oklu bir anlaş manın yapılmasını hedeflemektedir⁹.

Rekabet hukuku ve politikasına ilişkin uluslararası alandaki iş birliğ i ç abalarının sonuncusu ise, bütün ö lkelerin katılımına açık ç ok taraflı bir anlaş manın yapılmasına ilişkin ç abalardır¹⁰. Sö z konusu ç abalara Birleş miş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı (UNCTAD), Ekonomik İş birliğ i ve Kalkınma Ö rgütü (OECD), ve Dünya Ticaret Ö rgütü (DTÖ bünyesinde yürütö len faaliyetler ö rnek olarak sayılabilir. Bunlardan UNCTAD daha ç ok geliş me yolundaki ö lkelerin eğ ilimlerini yansıtırken, OECD geliş miş ö lkelerin bakış aç ılarını ortaya koymaktadır. DTÖ ise ticaret ve rekabet ilişkisi bağ lamında konuya yaklaş maktadır.

Bununla birlikte, bahsi geç en ikili, ç oklu ya da ç ok taraflı tüm giriş imlerin baş arıya ulaş ması, yapılması düşünö len anlaş maya taraf olacak ö lkelerin rekabet politikaları, kanunları ile bu kanunların uygulama usulleri arasındaki benzerlik ile yakından ilişkilidir. Benzerlik ne ölç üde

[2f9a007f6ec97f492637b4afbe097458&fn=Cooperation%20protocol.pdf](#) son eriş im tarihi 5 Ş ubat 2014.

⁷ Fox, s. 133; Wood, s. 1294.

⁸ <http://ec.europa.eu/competition>, son eriş im tarihi 2 Ş ubat 2014.

⁹ <http://www.apec.org/Home/Groups/Economic-Committee/Competition-Policy-and-Law-Group>, son eriş im tarihi 10 Ocak 2014; Taylor, s 124.

¹⁰ Fox, s. 133; Wood, s. 1295.

fazla ise, anlaşmanın başarıya ulaşması o ölçüde artmaktadır. Bu sebeple, çeşitli uluslararası kuruluşlar tarafından rekabet alanındaki işbirliğinin artırılması ve rekabet kanunlarının yakınlaştırılması amacına yönelik bir takım faaliyetler yürütülmektedir.

Söz konusu faaliyetler içerisinde, henüz rekabet kanunu bulunmayan ülkelerin kanunlarını oluştururken veya rekabet kanununa sahip olmakla beraber değişiklik yapmak isteyen ülkelerin değişiklikler için esas alabilecekleri model kanunlar hazırlamak, rekabet kanunlarının yakınlaştırılmasını sağlayacak önemli araçlardan bir tanesidir. Bu kapsamda, OECD ve Dünya Bankası tarafından 1999 yılında yayımlanan Rekabet Hukuku ve Politikası Oluşturulması ve Uygulanmasına İlişkin Çerçeve (A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy) isimli bir model kanun çalışması¹¹, bu alanda en fazla dikkat çeken uluslararası çalışmalardan bir tanesidir.

OECD ve Dünya Bankası tarafından hazırlanan Model Rekabet Kanunu bu incelemenin esas konusunu oluşturacaktır. Bu kapsamda, çalışmanın ilk bölümünde OECD ve Dünya Bankası'nın rekabet hukuku ve politikası alanındaki faaliyetlerine değinilecektir. Çalışmanın ikinci bölümünde ise, Model Kanun'un rekabet hukukuna ilişkin yaklaşımı üzerinde durulacaktır. Bu çerçevede, Kanun'un amacı, kapsamı, temel tanımlar, rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ve eylemler, hâkim durumun kötüye kullanılması ve birleşme ve devralmaya ilişkin hükümleri ele alınacaktır. Çalışmanın sonuç bölümünde ise, Model Kanun'un, özellikle henüz rekabet kanunu bulunmayan gelişmekte olan ülkeler tarafından dikkate alınıp alınmayacağı sorusuna cevap aranacaktır.

¹¹ The International Bank for Reconstruction and Development (The World Bank) and the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy, 1999, (Model Kanun) http://www.oecd.org/document/24/0,3343,en_2649_34535_1916760_1_1_1_1,00.html, son erişim tarihi 1 Şubat 2014.

I. OECD VE DÜNYA BANKASI'NIN REKABET HUKUKU VE POLİTİKASINA İLİŞKİN FAALİYETLERİ

A. OECD'nin Rekabet Hukuku ve Politikasına İlişkin Faaliyetleri

OECD, İkinci Dünya Savaşı sonrasında Marshall Planı çerçevesinde Avrupa'ya yapılan ekonomik yardımın dağıtımının sağlanması amacıyla 1961 yılında kurulmuştur¹². Kuruluş daha sonra yeniden yapılandırılarak gelişmiş ve orta üst gelir düzeyi grubunda bulunan gelişmekte olan ülkeler arasında uluslararası ekonomik ve sosyal politikaların tartışıldığı ve yenilerinin üretildiği bir uluslararası örgüt haline gelmiştir¹³. 2014 yılı itibariyle 354 milyon Euroluk bir bütçeye sahip olan kuruluşun merkezi Paris'te bulunmaktadır¹⁴. Kuruluşa Almanya, Amerika Birleşik Devletleri, Avusturya, Avustralya, Belçika, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Güney Kore, Finlandiya, Fransa, Hollanda, İngiltere, İrlanda, İspanya, İsrail, İsveç, İsviçre, İtalya, İzlanda, Japonya, Lüksemburg, Kanada, Macaristan, Meksika, Norveç, Polonya, Portekiz, Slovenya, Slovakya, Şili, Türkiye, Yunanistan ve Yeni Zelanda'dan oluşan 34 gelişmiş yada orta üst gelir düzeyi grubunda bulunan gelişmekte olan ülke üyedir.

OECD ekonomik büyümenin desteklemesi, sağlıklı işgücü piyasasının oluşturulması, yatırım ve ticaretin artırılması, istikrarlı kalkınmanın desteklenmesi, yaşam seviyesinin yükseltilmesi, piyasa mekanizmasının işleminin geliştirilmesi amacıyla ülkelerin politika oluşturmalarına katkıda bulunmayı amaçlandığını açıklamaktadır¹⁵. Bu amaçlar etrafında OECD bir genel sekreter, üç genel sekreter yardımcısı ve 12 ana direktörlük ile oluşan bir yapı çerçevesinde, yaklaşık 2500

¹² Waller, s. 361; <http://www.oecd.org/about/>, son erişim tarihi 1 Şubat 2014.

¹³ Waller, s. 361.

¹⁴ <http://www.oecd.org/about/>, son erişim tarihi 1 Şubat 2014.

¹⁵ OECD 50th Anniversary Vision Statement C/MIN(2011)6, <http://www.oecd.org/mcm/48064973.pdf>, son erişim tarihi 5 Şubat 2014.

personeliyle üye ülke temsilcilerinden oluşan 250 civarında komite, çalışma grubu ve uzman grubuna destek sağlamaktadır¹⁶.

Söz konusu komitelerden bir tanesi olan ve 1987 yılında kurulan Rekabet Komitesi, OECD'nin rekabetle ilgili konulardan sorumlu organı olarak görev yapmaktadır. Rekabet Komitesi, OECD üyesi ülkelerin rekabet otoritelerinin üst düzey temsilcilerinin yanı sıra toplantılara gözlemci olarak katılan OECD üyesi olmayan ülke temsilcilerinden oluşmaktadır. Rekabet Komitesi, Şubat, Haziran ve Ekim aylarında olmak üzere yılda üç toplantı düzenlemektedir. Rekabet Komitesi, buna ilave olarak üye ülkeler ve gözlemciler yanında, üye olmayan ülkelerinde katılımına açık olan bir Küresel Rekabet Forumu düzenlemektedir. Komite altında ayrıca iki Çalışma Grubu yer almaktadır. Bu Çalışma Grupları sırasıyla düzenleyici işlem ve mevzuatın rekabet üzerindeki etkileri ile rekabet alanında işbirliği ve rekabet kurallarının uygulanması konuları ile ilgilenmektedir.¹⁷

Bu yapılanma çerçevesinde, Rekabet Komitesi bünyesinde çeşitli komite raporları hazırlanmakta, en iyi uygulamaya ilişkin yuvarlak masa tartışmaları düzenlenmekte ve politika özetleri hazırlanmaktadır. Rekabet Komitesi, rekabet hukuku ve politikası alanında OECD Konseyi tarafından kabul edilmek üzere tavsiye kararları ve iyi uygulama metinleri gibi belgelerin hazırlığını da gerçekleştirmektedir. Komite aynı zamanda OECD'ye üye olan veya olmayan ülkelerin rekabet hukuku ve politikalarını gözden geçirmekte ve buna ilişkin raporlar hazırlamaktadır. Bu kapsamda Türkiye için hazırlanan Rekabet Hukuku ve Politikası'na İlişkin Gözden Geçirme Raporlarının sonuncusu, 18 Şubat 2005 tarihinde düzenlenen OECD Küresel Rekabet Forumu'nda ayrıntılı bir şekilde değerlendirilmiştir¹⁸.

¹⁶ <http://www.oecd.org/about/whodoeswhat/>, son erişim tarihi 1 Şubat 2014.

¹⁷ <http://www.oecd.org>; <http://www.rekabet.gov.tr>, son erişim tarihi 1 Şubat 2014.

¹⁸ <http://www.rekabet.gov.tr>, son erişim tarihi 1 Şubat 2014.

Kuruluşundan bu yana Rekabet Komitesi, OECD üyesi ülkeler arasında rekabet hukuku ve politikalarının yakınlaştırılması ve rekabet otoriteleri arasında işbirliğinin sağlanmasını yolunda etkin bir rol üstlenmiştir. Bu çerçevede, Komite tarafından hazırlanan ve OECD Konseyince onaylanan bir takım tavsiye kararlarının OECD ülkelerinin rekabet hukuku ve politikaları üzerinde ciddi etkilerinin olduğunu vurgulamak yerinde olacaktır. Söz konusu tavsiye kararlarından en önemlileri ise işbirliği¹⁹, uyuşmazlık²⁰, karteller²¹, birleşme incelemeleri²², rekabet değerlendirmesi²³, regüle edilmiş sektörlerde yapısal ayrılık²⁴ ve kamu ihalelerindeki danışıklı hareketlerle mücadeleye ilişkin kararlardır²⁵.

Komite ayrıca, pazardaki rekabeti gereksiz yere sınırlandırma potansiyeline sahip kanunlar ve düzenlemeleri taramak ve hükümetlerin daha az kısıtlayıcı politikalar geliştirmesine katkı sağlamak için genel bir metodoloji sunan bir "Rekabetçi Etki Değerlendirmesi Araç Seti" hazırlamıştır²⁶. Türkçeye de çevrilen söz konusu Araç Seti ilgili tüm kamu kurum ve kuruluşlarının düzenleyici etki analizi çalışmalarında dikkate alabileceği bir rehber niteliğindedir. Bunun yanı sıra, OECD'nin Dünya

¹⁹ OECD, Revised Recommendation of the Council Concerning Co-operation Between Member Countries on Restrictive Business Practices Affecting International Trade, C(86)44 (Final), 21 May 1986, (1986) 25 ILM 1629; C(95)130/Final, 28 July 1995.

²⁰ OECD, Recommendation of the Council Concerning Co-operation Between Member Countries on Potential Conflict between Competition and Trade Policies, C(86)65(Final), 23 October 1986.

²¹ OECD, Recommendation of the OECD Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels', C(98)35/Final, 30 March 1998.

²² OECD, Recommendation of the Council on Merger Review, C(2005)34, 23 March 2005.

²³ OECD, Recommendation of the Council on Competition Assessment, C(2009)130, 22 October 2009.

²⁴ OECD, Recommendation of the Council concerning Structural Separation in Regulated Industries, C(2001)78/FINAL, 26 April 2001, Amended on 13 December 2011 - C(2011)135/CORR1, 13 December 2011 - C(2011)135.

²⁵ OECD, Recommendation of the Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement, C(2012)115, C(2012)115/CORR1, 17 July 2012.

²⁶ OECD, Competition Assessment Toolkit, <http://www.oecd.org/daf/competition/assessment-toolkit.htm>, son erişim tarihi 19 Şubat 2014.

Bankası işbirliği ile hazırlamış olduğu Model Rekabet Kanunu gelişme yolundaki ülkelerin rekabet kanunları ile uygulamalarının uyumlaştırılması bakımından; bu alanda yapılmış önemli çalışmalardan bir tanesidir.

B. Dünya Bankası'nın Rekabet Hukuku ve Politikasına İlişkin Faaliyetleri

Dünya Bankası, İkinci Dünya Savaşı sonrasında oluşturulan yeni ekonomik düzen içerisinde, başta gelişme yolundaki ülkeler olmak üzere, üye ülkelerin ekonomik kalkınmalarının teşviki ve finansmanı amacıyla Uluslararası Yeniden Yapılanma ve Kalkınma Bankası (International Bank for Reconstruction and Development-IBRD) adıyla kurulmuştur. Zaman içerisinde IBRD'ye Uluslararası Kalkınma Birliği (International Development Association-IDA), Uluslararası Mali İşbirliği, (International Finance Corporation-IFC), Çok Taraflı Yatırımlar Garanti Ajansı (Multilateral Investment Guarantee Agency-MIGA) ve Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıkları Çözüm Merkezi (International Centre for Settlement of Investment Disputes-ICSID) isimleri ile dört kurum eklenmesi ile beş kurumdan oluşan Dünya Bankası (World Bank) grubu meydana gelmiştir²⁷. Halihazırda 185 ülke Dünya Bankası'nın sahibi ve üyesidir.

Bu anlamda, Dünya Bankası kar etme amacı ile hareket eden klasik banka anlayışından farklı bir anlayış ile çalışmalarını sürdürmektedir. Bankanın temel amacı; başta gelişme yolundaki ülkeler olmak üzere uluslararası çapta fakirliğin azaltılması ve istikrarlı kalkınmanın sağlanmasına yönelik destek vermektir.

Dünya Bankası, benimsediği bu amaç doğrultusunda, üye ülkelerde etkin bir rekabet politikası ve mevzuatının varlığını istikrarlı kalkınma için önemli bir araç olarak görmektedir. Bu doğrultuda, Dünya Bankası rekabet alanında ülke ve sektör bazlı çeşitli çalışmalar yapmakta ve

²⁷ <http://www.worldbankgroup.org>, son erişim tarihi 1 Şubat 2014.

ulaştığı sonuçları raporlar halinde yayımlanmaktadır.²⁸ OECD ile hazırlanmış olduğu Model Rekabet Kanunu ise gelişme yolundaki ülkelerin kalkınma çabalarının rekabet boyutu ile de desteklenmesi bakımından önem arz etmektedir.

II. OECD/DÜNYA BANKASI MODEL REKABET KANUNUNUN REKABET HUKUKUNA İLİŞKİN YAKLAŞIMI

A. Genel

Genel olarak tüm rekabet kanunları amaç, kapsam ve tanımlar, yasaklanan anlaşma ve eylemler, hâkim durumun kötüye kullanılması, birleşme ve devralmaların kontrolü ile rekabet otoritesinin kuruluş ve çalışma usullerini belirleyen maddelerden oluşmaktadır²⁹. Bu kapsamda örneğin Türkiye, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'unu bu temelde oluşturmuştur³⁰. OECD ve Dünya Bankası tarafından hazırlanan Model Kanun da benzer şekilde bahsi geçen konulara ilişkin maddelerden oluşmaktadır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki; OECD ve Dünya Bankası'nın Model Kanun çalışması sadece tavsiye niteliğindeki kanun maddelerinden ibaret değildir. Nitekim, kanuna ilişkin çalışmada; öncelikle kanun maddesi olarak düzenlenen her bir alana ilişkin detaylı bir açıklama ve tartışma bölümüne yer verilmiş sonrasında ise, yapılan bu tartışmalar neticesinde tavsiye edilen kanun metni gerekçeli olarak ek şeklinde yayımlanmıştır.

Bu çerçevede, Model Kanun'a ilişkin çalışma 6 bölüm ve üç ekten oluşmaktadır. İlk altı bölümde, üçüncü ekte kanun maddeleri olarak düzenlenen her bir konuya ilişkin detaylı analiz ve açıklamalarda bulunulmuştur. İlk bölümde amaç, ikinci bölümde pazar tanımı, üçüncü bölümde rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar, dördüncü bölümde birleşmeler,

²⁸ <http://www.worldbankgroup.org/publications/>; Bu kapsamda örneğin bkz. Worldbank, Turkey: Fostering Open and Efficient Markets through Effective Competition Policies, Report No: ACS2430, August 23, 2013.

²⁹ Whish R., Copetition Law, Sixth Edition, Oxford University Press, 2009, s. 2-3

³⁰ Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Resmi Gazete, Tarih 13 Aralık 1994, Sayı: 22140.

beşinci bölümde hâkim durumun kötüye kullanılması ve altıncı bölümde rekabet savunuculuğuna ilişkin açıklamalara yer verilmiştir. Bu şekilde belirlenen altı bölümün yanısıra Kanun'un üç eki bulunmaktadır. Eklerden ilki pazara giriş engellerini ortaya koyarken, ikinci ek etkinliğin sağlaması amacıyla rekabetin haklı olarak kısıtlanabileceği hallere ilişkin belirlemelere yer vermektedir. Kanun'un son eki ise, tüm çalışmanın özeti sayılabilecek ve daha önceki bölüm ve eklerde yapılan açıklamalar ışığında tavsiye edilen maddeler ile gerekçelerine ayrılmıştır.

Model Kanun çalışmasının büyük bölümünün analizlere ayrılması, her iki kuruluşun da kuruluş felsefelerine uyan bir yaklaşım tarzıdır. Nitekim OECD, uluslararası ekonomik ve sosyal politikaların tartışıldığı, yenilerinin üretildiği ve bu anlamda karar alıcıları etkileme amacı taşıyan bir kuruluş iken, Dünya Bankası yapısal bir takım reformlar karşılığında mali yardımda bulunan bir kuruluş niteliğindedir. Bu çerçevede, her iki kuruluşunda gerçekleştirdiği çalışmalar ile yönlendirmede bulunduğu ülkeler üzerinde etkide bulunması ciddi bir takım analizleri ve tartışmaları zorunlu kılmaktadır.

Diğer yandan, Model Kanun'a ilişkin çalışmanın önsözünde, Kanun'un çoğunlukla henüz rekabet kanunu bulunmayan gelişme yolundaki ülkelere model olması için hazırlandığı açıklanmaktadır³¹. Ne var ki; OECD gibi çoğunlukla gelişmiş ülkelerin üye olduğu bir uluslararası bir örgütün katkıları ile hazırlanan bir metnin, gelişme yolundaki ülkeler tarafından hemen kabulü kolay bir iş değildir. Bu kapsamda Model Kanun'un ayrıntılı analizler ve tartışmalar yolu ile hitap ettiği ülkeler tarafından kabulünü kolaylaştırmayı amaçladığı aklı gelmektedir.

B. Model Kanun'un Temel Hükümleri

1. Amaç

Model Kanun'un amaca ilişkin maddesi, "Bu kanun rekabetin korunması ve geliştirilmesi yoluyla tüketici refahının artırmayı hedefler"

³¹ Model Kanun, Önsöz, s. v.

ifadesini kullanarak, kanunun ana amacının rekabetin korunması ve geliştirilmesi olduğunu çok genel ifadeler ile açıklamaktadır³². Rekabetin korunması ve geliştirilmesinin ise, nihai olarak tüketici refahını artıracığı kabul edilmektedir. Kanun'un amaç maddesinin analiz edildiği bölümde ise; ABD, Kanada, Almanya, Fransa ve İsveç gibi gelişmiş birçok ülke kanunlarında yer verilen amaçlara değinilerek genel olarak rekabet kanunlarının, rekabetin korunması ve geliştirilmesi yoluyla kaynakların etkin kullanımı ve ilgili pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin ekonomik faaliyetlerinde özgürlüklerinin sağlanmasını hedeflediklerine vurgu yapılmaktadır³³.

Bununla birlikte, rekabet politikası ve kanunları, çoğulculuk, ekonomik gücün kötüye kullanılmasının önlenmesi, küçük işletmelerin korunması, tüketicinin korunması, bölgesel kalkınmanın teşvik edilmesi, eşitlik ve adaletin sağlanması ve pazar bütünleşmesinin sağlanması gibi, başka bir takım ikincil amaçlara da hizmet edebilmektedir³⁴. Bu doğrultuda, bazı kanunlarda bu tür amaçların zikredildiği görülmektedir. Ancak Model Kanun söz konusu ikincil amaçların rekabet kanunları kapsamında yer verilmesine karşı çıkmaktadır³⁵. Kanun bu karşı çıkmayı, rekabet kanunlarının, diğer amaçların gerçekleşmesine hizmet eden asli düzenlemelerle çatışması ihtimali ve tutarsız uygulamaların ortaya çıkması riskine değinerek gerekçelendirmektedir.

Kanun'un rekabet kanunlarında ikincil amaçlara yer verilmesine karşı çıkmasının haklı yanları bulunmaktadır. Nitekim ikincil amaçlara da hizmet eden bir rekabet kanununun, asli amaç olan ekonomik etkinliğin

³² Lee, C. Model Competition Laws: The World Bank-OECD and UNCTAD Approaches Compared., Centre on Regulation and Competition, Institute for Development Policy and Management, Working Paper Series, Paper No. 96, University of Manchester, 2005, s. 4.

³³ Model Kanun, s. 2-3.

³⁴ Gürkaynak G., Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin "Hukuk ve İktisat" Perspektifinden "Amaç" Tartışması, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2003, s.7-8; Rodger B.J./ MacCulloch A., Competition Law and Policy in the EC and UK, Cavendish Publishing, Second Edition, 2001, s. 12-15; Güven P., Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukuku'nda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, Yetkin Yayınları, 2002, s. 22-24; Whish, s. 19-24.

³⁵ Model Kanun, s. 5.

sağlanması ve tüketici refahının artırılması amacı ile çelişen tarzda yorumlanması ihtimali her zaman mümkündür³⁶. Örneğin, küçük işletmelerin korunması amacıyla çıkartılabilecek bir kanun, belli bölgelerde büyük işletmelerin kurulması ve işletilmesini yasaklayabilir ya da kısıtlayabilir. Bu durumda, sırf ölçek ekonomisi kuralları çerçevesinde faaliyette bulunan ve rekabete aykırı hiçbir eylem ve işlemde bulunmayan işletmelerin faaliyetlerinin haksız olarak kısıtlanması, ekonomik etkinliğin sağlanması ve tüketici refahının artırılması amaçlarıyla çelişebilir³⁷. Ancak rekabet kanununda bir yandan ekonomik etkinliğin sağlanması, diğer yandan küçük işletmelerin korunmasına amaçlarına yer verilmesi, rekabet ihlalinin varlığının araştırıldığı bir olayda, rekabet otoritesinin ikilemde kalmasına, hatta ekonomik etkinliğin zayıflamasına göz yumma pahasına, aksi yönde karar almasını talep eden baskılarla karşılaşmasına yol açabilecektir.

Esasen, ekonomik etkinliğin sağlanması amacı ile diğer ikincil amaçların çatışması çok defa ihmal edilir düzeyde ve kolayca dengelenebilir niteliktedir³⁸. Bununla birlikte, rekabet kanununda hangi amaca öncelik verileceğinin belirtilmesi önem arz etmektedir. Ayrıca piyasaların her zaman açık, serbest, esnek ve gelişmelere uyum sağlaması, rekabet otoritesinin pazar bozulmasına yol açabilecek siyasi girişimlere karşı durmasına bağlıdır. Bu anlamda, rekabet otoritesinin asli amacının ekonomik etkinliğin sağlanması olduğunun kanunda belirtilmesi, otoritenin daha rahat hareket etmesini sağlayacaktır³⁹.

Ancak hemen belirtmek gerekir ki; bazı gelişmekte olan ülkeler ekonomik kalkınma stratejilerinin bir parçası olarak devletin ekonomiye önemli ölçüde müdahalesini tercih etmektedir. Devletin müdahalesi çok zaman ekonomik etkinliği de zayıflatabilmektedir. Bu durum Model Kanun'un bazı gelişme yolundaki ülkeler tarafından kabulünü zorlaştırabilecektir.

³⁶ Gürkaynak, s. 12.

³⁷ Whish, s. 21-22; Gürkaynak, s. 50-52.

³⁸ Lee, s. 5.

³⁹ Model Kanun, s. 9.

2. Kapsam

Genel olarak rekabet kanunlarının tüm ekonomik faaliyetlere uygulanacağı kabul edilmektedir⁴⁰. Söz konusu faaliyetler mal, hizmet veya fikri mülkiyet haklarına ilişkin eylem, işlem, anlaşma ve düzenlemeleri kapsar. Model Kanun'un kapsam başlıklı maddesinde de benzer bir ifadeye yer verilmiştir. Model Kanun'a göre ülke dışında meydana gelenleri de kapsayacak şekilde, o ülke sınırları içerisinde ciddi etkileri olan her türlü kısıtlayıcı anlaşma, hâkim durumun kötüye kullanılması ve birleşmeler Kanun'un uygulama alanı içerisindedir⁴¹.

Söz konusu ifade, Model Kanun'un etki teorisi çerçevesinde ülke dışında meydana gelen rekabete aykırı eylem ve işlemlere de uygulanacağını göstermektedir. Model Kanun'un etki teorisini kabul etmesi amaç maddesi ile uyumludur. Zira etki teorisinin en önemli gerekçesi rekabet hukukunun amacı olan serbest rekabetin korunması ve geliştirilmesidir⁴². Ayrıca, küreselleşme ile birlikte, ülke dışında meydana gelen rekabete aykırı eylem ve işlemlerin, ülke içerisinde ciddi etkileri olabilmektedir.⁴³ Bu çerçevede, rekabetin korunması ve geliştirilmesi esas amaç olduğuna göre, bu amacı ortadan kaldıran eylem ve işlemlere, meydana geldiği yere bakılmaksızın, rekabet kanununun uygulanması doğru bir yaklaşım tarzıdır. Ancak etki teorisi çerçevesinde sınır dışı uygulamanın, özellikle küçük gelişmekte olan ülkeler tarafından kullanılmasının güç olduğunu belirtmek gerekir⁴⁴.

Diğer yandan, Model Kanun'da bazı tür eylem ve işlemler kanun kapsamı dışında bırakılmıştır. Bunlar fikri mülkiyet yasaları ile tanınan ayrıcalık ve korumalar ile işçi ve işveren sendikalarının toplu pazarlık güçlerini artırmak için yapmış oldukları anlaşmalardır⁴⁵. Bununla birlikte, fikri mülkiyet yasaları ile sağlanan korumanın, rekabete aykırı olarak

⁴⁰ Lee, s. 5.

⁴¹ Model Kanun, s. 142.

⁴² Tiryakioğlu B, Rekabet Hukuku'ndan Doğan Kanunlar İtilafı; Ankara 1997, s. 77.

⁴³ Rodger /MacCulloch, s. 72.

⁴⁴ Lee, s.7.

⁴⁵ Model Kanun, s. 142.

kullanılmasının yasaklandığı hallerde, rekabet kanunu uygulama alanı bulacaktır.

Gerek fikri mülkiyet ve gerek sendikal hakların kullanılması sırasında ortaya çıkabilecek rekabete aykırı durumların kanun kapsamı dışında bırakılması esasen gelişmiş ülkelerin kaygılarını yansıtmaktadır. Oysa gelişme yolundaki ülkelerin bu alanlara ilişkin kaygıları gelişmiş ülkelere kıyasla çok daha azdır. Nitekim bazı gelişme yolundaki ülkelerde fikri mülkiyet ve sendikal hakların kullanılmasına ilişkin yasalar ya yoktur ya da çok sınırlıdır. Bu çerçevede, Model Kanun'un kapsam maddesinin gelişmiş ülkelerin perspektifini yansıttığını söylemek yanıltıcı olmayacaktır.

Öte yandan, gelişme yolundaki birçok ülkenin rekabet kanunu kapsamı dışında bırakmak istediği alanlar daha farklı olabilmektedir. Nitekim, gelişmiş ülkeler yanında, gelişme yolundaki ülke uygulamaları göz önüne alınarak hazırlanan UNCTAD Model Rekabet Kanunu, fikri mülkiyet ve sendikal haklara hiç değinmemiş, bunun yerine devletlerin veya yerel hükümetlerin egemenlik haklarından kaynaklanan eylem ve işlemleri ile teşebbüs ve gerçek kişilerin devlet veya yerel hükümetlerin zorlaması ya da yönlendirmesi ile yapmış oldukları eylemleri kapsam dışında bırakmıştır⁴⁶.

Bu çerçevede; Model Kanun'un devlet müdahalesini benimseyen ülkelerce de kabulü açısından; en azından devletin egemenlik hakkından kaynaklanan eylem ve işlemlerin rekabet kanunu uygulamasından istisna tutulabileceğine buna karşılık, devletin ticari nitelikteki eylem ve işlemlerinin kanun kapsamında olduğuna ilişkin bir ifadeye yer vermesi daha uygun olabilirdi.⁴⁷

⁴⁶ United Nations Conference on Trade and Development, Model Law on Competition, TD/RBP/CONF.5/7/Rev.3, United Nations Publication, Newyork and Geneva, 2007 (UNCTAD Model Rekabet Kanunu), s. 3, http://www.unctad.org/en/docs/tdrbpconf5d7rev3_en.pdf, son erişim tarihi 1 Mayıs 2014.

⁴⁷ Lee, s. 7.

3. Tanımlar

Tutarlı uygulama bakımından, sürekli olarak kullanılan kavramların kanun içerisinde tanımlanması, rekabet kanunları tarafından da benimsenen bir yöntemdir. Model Kanun da benzer bir yöntemi izleyerek tanım maddesinde rekabet, teşebbüs, mal ve pazar kavramlarının ne anlama geldiğini kendisi belirlemiştir. Model Kanun'a göre;

“Rekabet: bir pazarda bağımlı olarak hareket eden ekonomik aktörlerin, diğerlerinin o pazardaki kontrol kabiliyetlerini etkileme sürecidir.

Teşebbüs: ekonomik faaliyette bulunan tüm gerçek ve tüzel kişiler, devlet organları, ortaklıklar ve birliklerdir. Biri diğeri tarafından kontrol edilen iki teşebbüs tek teşebbüs olarak değerlendirir. Rekabet otoritesi nelerin kontrol olduğuna ilişkin düzenlemede bulunacaktır.

Mal: somut ya da soyut tüm malvarlığı ile hizmetlerdir.

Pazar: alıcıların değış-tokuşta buldukları veya bulunmayı isteyebilecekleri ürünleri ve ilgili ülkenin sınırlarını aşabilecek şekilde; satıcıların alıcılar arasından seçim yaptığı ya da yapabileceğı belli bir bölgeyi ifade eder⁴⁸.

Model Kanun'da tanımı yapılan bu kavramlar arasında teşebbüs ve pazar kavramları rekabet hukuku uygulamasında hayati önemi haizdir. Bu kavramlardan ilki olan teşebbüs kavramı, rekabet kanununun kimlere uygulanacağını göstermesi bakımından önemlidir. Model Kanun bu noktada işletme (teşebbüs) kavramını temel almıştır. Kanun işletme kavramını tanımlarken gerçek ve tüzel kişiler arasında bir ayrıma gitmediğı gibi, devlet organları ile diğeri ekonomik birimler arasında da bir ayrıma gitmemiştir. Kanuna göre önemli olan ekonomik faaliyette bulunmaktır.

Model Kanun pazar kavramına ise ayrı bir önem atfetmiştir. Nitekim çalışmanın ikinci bölümü pazar tanımı ve pazar payının nasıl belirleneceğine ilişkin analize ayrılmıştır. Kanun pazar kavramına verdiği bu önemin gerekçesini ikinci bölümün daha ilk cümlesinde ifade etmiştir.

⁴⁸ Model Kanun, s. 142.

Kanuna göre “herhangi bir rekabet analizinde ilk ve en önemli iş pazar tanımının yapılmasıdır”⁴⁹. Zira, tüm hesaplamalar ile ele alınan işlem ve eylemin rekabet etkisine ilişkin değerlendirmelerin hepsi ilgili pazarın büyüklüğü ve yapısına bağlıdır.

Kanun, ilgili pazar kavramını ise, bu kavramın iki temel alt bileşeni olan “ilgili ürün” ve “ilgili coğrafi pazar”a vurgu yaparak belirlemiştir⁵⁰. Bu kapsamda, ilgili ürün pazarı incelemeye konu işletmeler tarafından pazara sunulan ürün ile bu ürünü ikame edebilecek ürünlerin belirlenmesi çabasıdır⁵¹. Bu noktada ilgili ürün pazarı, ele alınan ürünlerin birbirini ikame edebilirliği ve talebin çapraz esnekliğine bakılarak analiz edilecektir. İkame ürün değerlendirmesi, ürünlerin teknik özellikleri ile tüketici tercih ve alışkanlıklarının göz önüne alınmasını gerektirmektedir⁵². Talebin çapraz esnekliği ise, bir ürünlerdeki fiyat değişiminin ikame ürüne yönelik talebi nasıl değiştirdiği incelemesini gerekli kılmaktadır⁵³. Herhangi bir ürünün fiyatındaki küçük bir artışın diğer bir ürüne yönelik talebi ciddi ölçüde artırması, iki ürün arasındaki çapraz esnekliğin yüksek olduğunu gösterir.

Model Kanun’da ilgili pazarının ikinci alt bileşeni olan ilgili coğrafi pazar ise, alıcıların bakış açısıyla yapılmıştır. Buna göre ilgili coğrafi pazar, ikame ürün analizinin yapıldığı bölgedir. Ürünün fiyatındaki küçük fakat önemli bir değişim karşısında, alıcı ürünü aldığı yeri değiştirebiliyorsa söz konusu iki yer ilgili coğrafi pazarı oluşturur⁵⁴. Bu bakımdan, ilgili coğrafi pazar küçük bir şehir olabileceği gibi küresel bir pazarda olabilir. Taşıma masrafları, ürünün yapısı, teknik özellikleri, yabancı ürünlerin yerli piyasaya girişte karşılaştıkları gümrük vergileri gibi engeller ilgili coğrafi pazarın belirlenmesinde dikkate alınacaktır⁵⁵.

⁴⁹ Model Kanun, s. 10.

⁵⁰ Model Kanun, s. 10.

⁵¹ Whish, s. 28.

⁵² Model Kanun, s. 11.

⁵³ Model Kanun, s. 11.

⁵⁴ Whish, s. 38.

⁵⁵ Model Kanun, s. 13-14.

4. Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşma ve Uyumlu Eylemler

Teşebbüsler arasındaki anlaşmalar temel olarak yatay veya dikey olmak üzere iki şekildedir. Yatay anlaşmalar üretim ve dağıtım zincirinin aynı seviyesinde bulunan teşebbüsler arasında yapılmakta iken, dikey anlaşmalar üretim ve dağıtım zincirinin farklı aşamalarında bulunan firmalar arasında yapılan anlaşmalardır⁵⁶. Genel olarak yatay anlaşmaların dikey anlaşmalara göre rekabeti daha olumsuz etkilediği kabul edilmektedir⁵⁷. Model Kanun da benzer bir yaklaşım tarzı ile rekabeti kısıtlayan yatay ve dikey anlaşmalar arasında açık bir ayrımında bulunmuştur. Model Kanun'a göre, rakip ya da potansiyel rakip olacak firmalar arasında uyumlu eylemleri de kapsayacak yapılan bazı tür yatay anlaşmaların bizatihi kendisi (*per se*) yasaktır. Bunlar kanunda;

- (a) Fiyat, tarife indirim, ek ücret ve diğer ücretlerin tespitine,
- (b) Çıktı miktarının tespiti ya da sınırlanmasına,
- (c) İhalelerde fiyat tespiti ya da sınırlanmasına,
- (d) Pazar bölüşümüne,
- (e) Var olan ya da potansiyel alıcı veya satıcıların pazardan dışlanmasına,
- (f) Var olan ya da potansiyel alıcı veya satıcılarla sözleşme yapmayı reddetme; olarak sayılmıştır⁵⁸.

Bunlar dışında kalan kısıtlayıcı anlaşmalar yatay ya da dikey olmalarına bakılmaksızın makul olup olamama (*rule of reason*) analizine tabidir. Bu halde kısıtlayıcı anlaşmaların rekabeti ciddi ölçüde kısıtlayıp kısıtlamadığı araştırılacaktır. Model Kanun'a göre *rule of reason* analizi iki ögeden oluşmaktadır:

⁵⁶ Aslan Y, Rekabet Hukuku, Genişletilmiş 4. Baskı, Bursa, 2007, s. 141.

⁵⁷ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı : 2008-3-106 Karar Sayısı : 08-50/722-282, Tarih 14 Ağustos 2008;

⁵⁸ Model Kanun, s. 144.

1. Eşik Kriteri:

- (a) Rakip ya da potansiyel olarak rakip olacak firmalar arasında yapılan anlaşmalar, anlaşmayı yapan firmaların toplam pazar paylarının % 20'yi geçmemesi halinde, rekabet ciddi ölçüde kısıtlanmış sayılmayacaktır. ,
- (b) Rakip olmayan firmalar arasında yapılan anlaşmalar;
 - i. anlaşmayı yapan taraflardan bir tanesi ilgili pazarda hâkim durumda değilse, veya
 - ii. ilgili pazarda rekabeti sınırlandıran benzer anlaşmalar çok yaygın değilse, rekabet ciddi ölçüde kısıtlanmış sayılmayacaktır.
2. Anlaşma nedeniyle rekabetin kısıtlanması yoluyla yaratılan toplam refah veya tüketicilere sağlanan refah ile zararın karşılaştırılması sonucunda anlaşmanın refah etkisinin fazla olduğunun anlaşılması halinde yasal kabul edilecektir. Bu hükümle tanınan istisnadan yararlanmak için taraflar zararın zarardan daha çok olduğunu ispatla mükelleftir⁵⁹.

Model Kanun'un rekabeti kısıtlayan eylem ve işlemler ile ilgili yaklaşım tarzının oldukça basit ve uygulaması kolay bir yaklaşım tarzı olduğunu belirtmek yerinde olacaktır. Bu açıdan gelişme yolundaki ülkeler tarafından uygulanması daha kolay görülmektedir.

5. Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması

Hâkim durumun kötüye kullanılması ifadesi, belli bir pazarda hâkim durumda olan teşebbüsün, pazardaki hâkimiyetini devam ettirmek ya da artırmak amacıyla gerçekleştirdiği rekabete aykırı davranışları ifade etmek için kullanılmaktadır⁶⁰. Bu çerçevede, belli bir pazarda hâkim durumun kötüye kullanılmasından söz edebilmek için iki hususun açıklığa

⁵⁹ Model Kanun, s. 144

⁶⁰ OECD, Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law, (OECD-Glossary), s. 9, <http://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf> son erişim tarihi 3 Mayıs 2014.

kavuşturulması gerekir: Bunlar hâkim durum kavramı ile hangi eylemlerin kötüye kullanma olarak kabul edileceği hususlarıdır.

Model Kanun hâkim durumun tespiti açısından iki aşamalı bir test öngörmektedir. İlk aşama olarak Model Kanun nicel bir yöntem seçerek firmanın ilgili pazardaki payının % 35’den daha az olması halinde, hâkim durumda olamayacağını kabul etmiştir⁶¹. Model Kanun teşebbüsün pazar payının % 35’üstünde olması halini ise, tek başına teşebbüsün hâkim durumda olduğunun tespiti bakımından yeterli kabul etmemektedir. Bunun için ilgili firmanın pazar payı, rakip firmaların pazardaki payları ve bu paylarını genişletme kabiliyetleri ile pazara yeni girişlerin olma ihtimalini de kapsayacak şekilde, firmanın pazardaki ekonomik durumunun değerlendirilmesi gerekmektedir⁶². Bu ise durum bazında bir değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır.

Diğer yandan, birçok kanunda hâkim durumun kötüye kullanılması halleri liste halinde sayılmış olmakla beraber, Model Kanun’da bu yöntem benimsenmemiştir⁶³. Model Kanun hâkim durumun kötüye kullanılması nedeniyle ortaya çıkacak sonuçları saymak yerine, bu sonuçlara neden olan eylem ve işlemler üzerinde durmayı seçmiştir. Buna göre; hâkim durumda olan firmanın, rakip firmaların pazara girişlerini veya pazar paylarını genişletmelerini engellemesi veyahut bunların pazar dışına bırakmaya yönelik davranışının rekabeti ciddi ölçüde kısıtladığı kabul edilmekte ve yasaklanmaktadır⁶⁴.

Bununla birlikte, Model Kanun hâkim durumda olan firmanın diğer firmalar ile saldırgan şekilde rekabete girmesini her zaman için diğerlerini pazar dışında bırakmaya yönelik davranış olarak kabul etmemektedir. Özellikle, diğer firmaların pazara girememeleri ya da pazar dışında kalmaları, hâkim durumdaki teşebbüsün teknolojik veya iyi yönetim

⁶¹ Model Kanun, s. 142.

⁶² Model Kanun, s. 143.

⁶³ Bu kapsamda örneğin, AB Anlaşması ve onu mehz alan Türk Rekabet Kanunu’nun 6. maddesi mal vermeyi kesme, yıkıcı fiyat uygulama, ayrımcılık yapma gibi halleri kötüye kullanma haline örnek olarak saymıştır.

⁶⁴ Model Kanun, s. 73 ve s. 142.

üstünlüğünden kaynaklanması halinde, hâkim durumdaki firmanın eylemleri kötüye kullanma olarak değerlendirilmeyecektir. Nitekim, rekabet kurallarının hâkim durumda olan teşebbüsün teknolojik ya da yönetim üstünlüklerinden kaynaklanan pazara giriş engellerini yasaklaması ekonomik gelişmenin önünü tıkayacağı gibi, tüketicilerinde refah kaybına neden olabilecek niteliktedir⁶⁵. Bu çerçevede, tüm bu hususlar rekabet otoritesi tarafından yapılacak muhtemel bir incelemede göz önünde tutulacak ve olay bazında değerlendirilecektir⁶⁶.

UNCTAD Model Kanunu gibi, diğer birçok kanunun aksine Model Kanun hâkim durumun kötüye kullanılması halinde rekabet otoritesine, hâkim durumdaki firmayı bölme yetkisi tanımaktadır⁶⁷. Ancak bu yetki otomatik bir yetki değildir. Bunun için rekabet otoritesinin hâkim durumdaki firmayı uyarma, para cezası uygulama, belli bir eylemi yapması yada yapmamasını yasaklama gibi alternatif yöntemler ile kötüye kullanmanın olumsuz etkilerinin ortadan kaldırılamayacağına karar vermesi gereklidir⁶⁸.

Hâkim durum ve bunun kötüye kullanılıp kullanılmadığı konusunda, Model Kanun'un getirdiği ölçütlerin bir kısmının gelişme yolundaki ülkelerin kolaylıkla uygulayabilecekleri unsurları içerdiği, diğer bir kısmının ise uygulamayı zorlaştırdığı görülmektedir. Nitekim, teknik kapasite bakımından yeterli olmayan rekabet otoriteleri bakımından Model Kanun'da % 35 olarak belirlenen pazar payı eşiği rahat uygulanabilecek bir kıstastır. Buna mukabil, Kanunda yıkıcı fiyat uygulamaları gibi bazı kötüye kullanma hallerinin sayılmaması bir eksiklik olarak değerlendirilmektedir. Her ne kadar maddeye ilişkin açıklama getiren beşinci bölümde, kötüye kullanma halleri örnekler verilerek açıklanmaya çalışılmışsa da, gelişme yolundaki ülkelerin kanun metnini esas alarak düzenlemede bulunacakları varsayıldığında, sık görülen kötüye kullanma hallerinin metin içerisinde

⁶⁵ Aslan, s. 450-453.

⁶⁶ Model Kanun, s. 73.

⁶⁷ Model Kanun, s. 83.

⁶⁸ Model Kanun, s. 84.

yer verilmesi, bu ülkelerdeki uygulayıcılara, uygulama kolaylığı sağlamış olacaktır. Ayrıca, hâkim durumdaki firmanın bölünmesi ve bunun öncesinde yapılması gereken işlemlerin, gelişmekte olan ülkelerin rekabet otoriteleri tarafından kolaylıkla uygulanamayacağı değerlendirilmektedir.

6. Birleşme ve Devralmalar

Genel olarak iki veya daha fazla teşebbüsün, birleşen teşebbüslerden bir tanesi altında ya da yeni bir firma oluşturarak birleşmesi ya da bir teşebbüsün diğer bir teşebbüsü devralması yolu ile bir araya gelmesi birleşme ve devralma kavramları ile ifade edilmektedir⁶⁹. Birleşme ve devralmalar, çoğunlukla büyüme ve yeni pazarlara açılma amaçlarıyla yapılmaktadır⁷⁰. Birleşme ve devralmalar yatay, dikey yada aykırı birleşmeler (*conglomerate*) şeklinde gerçekleşebilmektedir⁷¹. Yatay birleşme ve devralmalar bir mal veya hizmetin elde edilmesi sürecinin aynı aşamasında yer alan teşebbüslerin birleşmesi yada birinin diğeri tarafından devralınmasını ifade eder⁷². Dikey birleşme ve devralmalar ise, bir ürün ya da hizmetin üretim sürecinin farklı aşamalarında yer alan teşebbüsler arasındaki birleşme ya da devralmaları ifade eder⁷³. Aykırı birleşme ve devralmalar ise aynı ürün ya da hizmet pazarında olmayan teşebbüsler arasında gerçekleştirilen birleşme ve devralmaları ifade etmek için kullanılmaktadır⁷⁴.

Rekabet kanunlarının birleşme ve devralmalar ile ilgilenmesi çeşitli nedenlere dayanmaktadır. Her şeyden evvel birleşme ve devralmalar yoluyla pazarda faaliyet gösteren firma sayısı azalacağından pazar yapısı değişmektedir. Diğer yandan, birleşme ve devralma yolu ile daha önce hâkim durumda olmayan firmalar bir araya gelmek suretiyle hâkim duruma gelebilir. Gerek pazar yapısının değişmesi ve ortaya çıkan pazar gücü, gerekse hâkim durumun kötüye kullanılması ekonomik etkinliğin

⁶⁹ OECD-Glossary, s. 58; Whish, s. 798-799.

⁷⁰ Rodger /MacCulloch, s. 203.

⁷¹ Aslan, s. 534; Güven, s. 92; Rodger /MacCulloch, s.204; Whish, s. 799-800.

⁷² Güven, s. 92.

⁷³ Güven, s. 93.

⁷⁴ Güven, s. 95; OECD-Glossary, s. 58; Rodger /MacCulloch, s. 204.

azalmasına, işsizliğe, devletin uygulamak istediği bölgesel politikaların zayıflamasına ve tüketiciler için refah kaybına neden olabilecek niteliktedir⁷⁵.

Bu nedenle, rekabet düzenlemesine sahip birçok ülke, teşebbüsler arasında gerçekleşen birleşme ve devralmaların kontrolü amacıyla, bu tür işlemlerin rekabet otoritelerine bildirimini şart koşmuştur⁷⁶. Model Kanun da benzer bir yöntem takip ederek, belli bir büyüklüğü geçen birleşme ve devralmaların önceden bildirimini şart koşmuştur. Bununla beraber, Model Kanun eşik değeri kendisi tespit etmek yerine, bunu Model Kanunu esas alarak düzenlemede bulanacak ülkelere bırakmıştır.

Model Kanun'un bu yaklaşım tarzının doğru olduğu değerlendirilmektedir. Her şeyden önce, ülkelerin ekonomik büyüklüğünün farklılığı, bildirim zorunluluğunun nerede başladığının tespiti açısından, tüm ülkeler ülke için aynı değerin kullanılmasını anlamsız kılmaktadır. Ayrıca, birleşme ve devralmaların tümünün pazar yoğunlaşmasına sebep olmadığı veya küçük ölçekte olmaları nedeniyle pazar gücü yaratmadığı göz önüne alındığında, eşik değer yolu ile bu tür birleşme devralmaları bildirim yükümlüğü dışında tutmak, rekabet otoritelerinin işlerini kolaylaştıracağı gibi, küçük ölçekte olan işletmeleri de ek maliyetlerden kurtaracaktır.

Model Kanun, eşik değerin belirlenmesinde tanıdığı esneklik gibi; bazı tür birleşme ve devralmaları yasaklama veya tüketici refahı sağlaması, birleşen firmalardan birinin iflas edecek olması gibi şartlara bağlı olarak birleşme veya devralmalara izin verme konusunda rekabet otoritesine esneklik tanımıştır⁷⁷. Özellikle, tüketici refahını artıran birleşme ve devralmalar ile mali bir takım güçlükler nedeniyle pazardan çıkmak durumunda kalacak firmalara, yasak olmasına rağmen birleşme izni verilmesi, gelişme yolundaki ülkelerin ihtiyaçlarını daha iyi karşılamaktadır. Aksine bir tutum, kısıtlı kaynaklara sahip olan gelişmekte

⁷⁵ Güven, s. 47-48; Whish, s. 813-815.

⁷⁶ Whish, s. 801.

⁷⁷ Model Kanun, s. 146

olan ülkelerin kaynaklarını rekabet kuralları nedeniyle atıl bırakması anlamına gelirdi ki; bu tutum kanunun amaç maddesinde belirtilen ekonomik etkinliğin sağlanması amacı ile de ters düşerdi. Sonuç olarak, birleşme ve devralmalar konusunda, Model Kanun'un gelişme yolundaki ülkelerin ihtiyaçlarını göz önüne almış olduğunu söylemek yanıltıcı olmayacaktır.

SONUÇ

İkinci Dünya Savaşı sonrasında, özel teşebbüslerin rekabet aykırı eylem ve işlemlerinin uluslararası düzeyde ele alınmasına yönelik pek çok ikili ve çok taraflı işbirliği girişimi başlatılmış ise de, bu girişimlerin olumlu sonuçlar verdiğini söylemek güçtür. Özellikle gelişme yolundaki ülkelerin birçoğunun rekabet olgusu ile ancak son yirmi beş yıl içinde tanışmaları bu girişimlerin etkisiz kalmasında önemli rol oynamıştır. En nihayetinde, bu alandaki bir uluslararası girişimin başarıya ulaşması, devletlerin rekabet hukuku ve politikasında ortak bir anlayışa sahip olmalarını gerektirir.

Uluslararası alanda ortak bir rekabet anlayışın sağlanmasına yönelik olarak uluslararası pek çok örgüt çalışmalarda bulunmaktadır. OECD, UNCTAD ve DTÖ bu kuruluşların başında gelmektedir. Uluslararası örgütlerce yapılan çalışmalardan bir tanesi olan model kanun çalışmaları rekabet düzenlemesine sahip olmayan gelişme yolundaki ülkelerin örnek alabilecekleri metinler oluşturarak, rekabet hukuku ve politikası konusunda ortak anlayışın oluşturulmasını amaçlamaktadır. Bahse konu model kanun çalışmalarının başarıya ulaşması, öncelikle hitap ettiği gelişme yolundaki ülkelerin ihtiyaçlarını, özelliklerini ve kaynaklarını dikkate almalarına bağlıdır.

Bu çerçevede, Dünya Bankası ve OECD tarafından 1999 yılında yayımlanan Model Kanun'nun bazı yönleri ile bu hassasiyetleri göz önüne aldığı görülmekle birlikte, bazı yönleri ile daha çok gelişmiş ülkelerin kaygılarını yansıttığı hissedilmektedir. Bu kapsamda, Model Kanun'un rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ve eylemler ile birleşme ve devralmalar

bakımından getirdiği hükümler, uygulama basitliği ve gelişme yolundaki ülkelerin ihtiyaçları göz önüne alındığında, yerinde düzenlemeler olarak değerlendirilmektedir. Keza hâkim durumun tespiti bakımından getirilen düzenlemenin de, gelişme yolundaki ülkelerin bu alandaki kapasiteleri göz önüne alınarak sevk edildiği görülmektedir. Bununla beraber, kötüye kullanma halleri ile ilgili olarak, rehber niteliğinde örnek hallerin sayılmaması bir eksiklik olarak telakki edilmektedir. Diğer yandan, rekabet kanunu kapsamı dışında bırakılabilecek hallerle ilgili olarak, sadece fikri mülkiyet ve sendikal haklara yapılan vurgu, gelişme yolundaki ülkelere çok gelişmiş ülkelerin kaygısını yansıtmaktadır.

Bununla birlikte, gelişme yolundaki ülkelerin Model Kanun'dan istedikleri ölçüde yararlanma olanağına sahip olmaları ve gerektiğinde bazı bölümlerini kendi ihtiyaçları doğrultusunda değiştirerek kabul edebilmeleri Kanun'un ilgili ülkeler bakımından referans metin olarak kullanımını kolaylaştırmaktadır. Bu çerçevede, Model Kanun'un esnek yapısı ve belli bazı bölümleri itibariyle gelişme yolundaki ülkelerin ihtiyaçlarını göz önüne alarak hazırlanmış olması sebebiyle, Kanunu referans alarak düzenlemede bulunan ülkelerin rekabet mevzuatının yakınlaşmasını sağlayabilecek niteliktedir. Mevzuatı yakın olan ülkelerin ise, uluslararası alandaki ikili ve çoklu girişimlerde pozisyonlarını birine yaklaştırmaları ve nihayetinde bir uzlaşmaya varmaları kolay olabilecektir.

KAYNAKÇA

Yazılı Kaynaklar

- Aslan Y, Rekabet Hukuku, Genişletilmiş 4. Baskı, Bursa, 2007.
- Australian Competition and Consumer Commission and New Zealand Commerce Commission, Cooperation Protocol for Merger Review August 2006, <http://registers.accc.gov.au/content/item.phtml?itemId=757826&nodeId=2f9a007f6ec97f492637b4afbe097458&>, son erişim tarihi 5 Şubat 2014.
- Fox E, Rekabet Hukukunun Önemi ve Küreselleşen Dünyadaki Yeri, Rekabet Kurumu Peşembe Konferansları, 1997.
- Gürkaynak G.; Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin “Hukuk ve İktisat” Perspektifinden “Amaç” Tartışması, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2003.
- Güven P., Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukuku’nda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, Yetkin Yayınları, 2002.
- Karakoç K. O., Rekabet Kurallarının Uluslararasılaşma Süreci ve Uluslararası Örgütlerin Politikaları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, 2003.
- Kudrle R.T., *The Globalization of Competition Policy, Transformations In Global Governance, Implications for Multinationals and Other Stakeholders*, Ed. Vachani S., Boston University, 2007.
- Lee C., Model Competition Laws: The World Bank-OECD and UNCTAD Approaches Compared., Centre on Regulation and Competition, Institute for Development Policy and Management, Working Paper Series, Paper No. 96, University of Manchester, 2005.

- OECD, Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law, (OECD-Glossary), <http://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf> son erişim tarihi 3 Mayıs 2014.
- Matsushita M, Reflections on Competition Policy/Law in the Framework of the WTO, *International Antitrust Law & Policy, Fordham Corporate Law*, 1997.
- OECD, ‘Recommendation of the Council Concerning Co-operation Between Member Countries on Potential Conflict between Competition and Trade Policies’, C(86)65(Final), 23 October 1986.
- OECD, ‘Recommendation of the OECD Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels’, C(98)35/Final, 30 March 1998.
- OECD, ‘Revised Recommendation of the Council Concerning Co-operation Between Member Countries on Restrictive Business Practices Affecting International Trade’, C(86)44(Final), 21 May 1986, 25 ILM 1629; C(95)130/Final.
- Rodger B.J./ MacCulloch A, *Competition Law And Policy in The EC and UK*, Cavendish Publishing, Second Edition, 2001.
- Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Resmi Gazete, Tarih 13 Aralık 1994, Sayı: 22140.
- Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2008-3-106 Karar Sayısı: 08-50/722-282, Tarih 14 Ağustos 2008.
- The International Bank for Reconstruction and Development (The World Bank) and the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, 1999, (Model Kanun)

- Taylor M. D., *International Competition Law, A New Dimension for the WTO?*, Cambridge University Press, 2006.
- Tiryakioğlu B., *Rekabet Hukuku'ndan Doğan Kanunlar İhtilafı*; Ankara 1997.
- United Nations Conference on Trade and Development, *Model Law on Competition*, TD/RBP/CONF.5/7/Rev.3, United Nations Publication, Newyork and Geneva, 2007 (UNCTAD Model Rekabet Kanunu), http://www.unctad.org/en/docs/tdrbpconf5d7rev3_en.pdf, son erişim tarihi 1 Mayıs 2014.
- Whish R., *Copetition Law, Sixth Edition*, Oxford University Press, 2009.
- Waller S. W., *The Internationalization of Antitrust Enforcement*, *Boston University Law Review*, Vol 77, 1997, s.343-404.
- Wood P. D.; *Internationalization of Antitrust Law: Options for the Future*; *DePaul Law Review*, Vol 44, 1994-1995, s. 1289-1299.
- Zach R; *Towards WTO Competition Rules*, Kluwer Law International, 1999.

Elektronik kaynaklar

<http://ec.europa.eu/competition/>

<http://ekonomi.gov.tr>

<http://www.oecd.org>

<http://www.rekabet.gov.tr>

<http://www.worldbankgroup.org/>

<http://wto.org>